



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



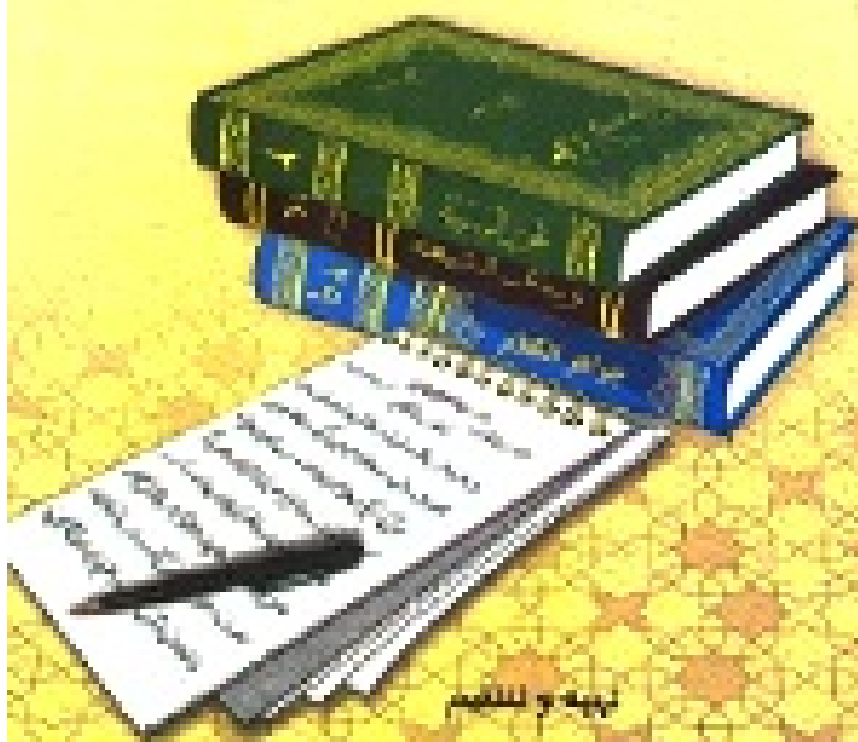
عمران
علیهما السلام

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

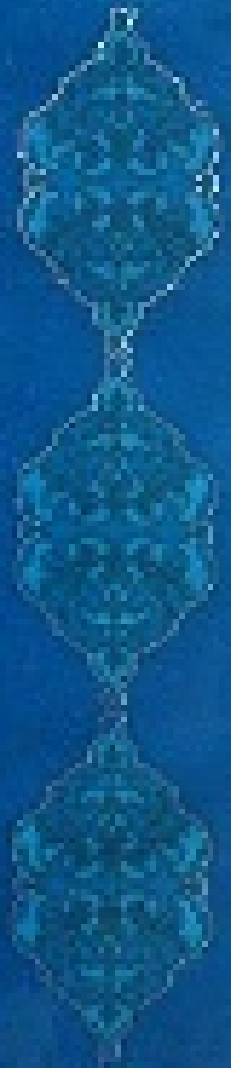
۱۶

سلسلہ مباحث خارج فقہ
آیت اللہ العظمیٰ مکارم شیرازی مدظلہ

کتاب النکاح



ترجمہ و تالیف
محمد رفیع صاحبی - مسعود مکارم



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

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

نویسنده:

ناصر مکارم شیرازی

ناشر چاپی:

مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام

ناشر دیجیتالی:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

۵	فهرست
۱۸۵	کتاب النکاح: سلسله مباحث خارج فقه آیه‌الله العظمی مکارم شیرازی (مدظله)
۱۸۵	مشخصات کتاب
۱۸۵	جلد اول
۱۸۵	فهرست
۱۸۷	مقدمه [مؤلف]
۱۸۸	[مقدمات بحث نکاح]
۱۸۸	[نکاح از مستحبات مؤکده است]
۱۸۹	پنج امر در ذیل بیان امام (ره) لازم به توضیح است:
۱۸۹	اشاره
۱۸۹	الأمر الأول: دلیل استحباب نکاح
۱۹۰	اشاره
۱۹۰	الف) آیه:
۱۹۰	ب) روایات:
۱۹۱	ج) اجماع:
۱۹۱	د) عقل:
۱۹۱	الأمر الثاني: فلسفه استحباب نکاح و مسائل فردی و اجتماعی آن
۱۹۱	اشاره
۱۹۱	فلسفه اول: شکی نیست که طریق صحیح حفظ نسل بشر، نکاح است
۱۹۲	فلسفه دوم: نکاح سبب حفظ تقوی و عفاف و همچنین سبب اجتناب از کبائر مثل زنا، لواط و استمناء می‌شود.
۱۹۲	فلسفه سوم: نکاح سبب سلامت جسم و روح انسان است
۱۹۳	فلسفه چهارم: نکاح سبب سلامت جامعه انسانی است
۱۹۴	فلسفه پنجم: نکاح سبب تقویت فعالیت‌های اقتصادی و نشاط مالی است

- ۱۹۴ اشاره
- ۱۹۴ تحلیل عقلی:
- ۱۹۵ تحلیل معنوی:
- ۱۹۵ الامر الثالث: تقسیم نکاح به اقسام خمس
- ۱۹۵ اشاره
- ۱۹۶ [کلام صاحب حدائق و نکات مطرح در آن]
- ۱۹۶ [بحثی در نکاح با اقارب]
- ۱۹۷ [ادله کسانی که ازدواج را برای همه افراد مستحب نمی‌دانند، و جواب آن]
- ۱۹۸ اشاره
- ۱۹۸ دلیل اول: آیه «وَ سَيِّدًا وَ حَضُورًا وَ نَبِيًّا مِنَ الصَّالِحِينَ»[□]
- ۱۹۹ دلیل دوم: آیه [زَيْنَ لِلنَّاسِ الْخِ][□]
- ۲۰۰ دلیل سوم: ازدواج، این گونه اشخاص را از کارهای خوب باز می‌دارد
- ۲۰۰ الامر الرابع: تفسیر کلمه نکاح
- ۲۰۰ اشاره
- ۲۰۱ معنی نکاح در اقوال ارباب لغت:
- ۲۰۱ ۱- قول راغب در مفردات:
- ۲۰۱ ۲- قول جوهری در صحاح اللغه:
- ۲۰۱ ۳- قول فیتومی در مصباح المنیر:
- ۲۰۱ معنی نکاح در اقوال فقها:
- ۲۰۱ ۱- قول مرحوم نراقی:
- ۲۰۱ ۲- قول شهید ثانی:
- ۲۰۲ ۳- قول ابن قدامه:
- ۲۰۲ معنی نکاح در روایات:
- ۲۰۵ الامر الخامس: نکاح از جمله عبادات است

- ۲۰۵ [مسأله ۱: ممّا ینبغی أن یهتّم به الانسان النظر فی صفات من یرید تزویجها]
- ۲۰۶ اشاره
- ۲۰۷ تحلیل مسئله اولی:
- ۲۰۷ اشاره
- ۲۰۷ هدف از نکاح مطابق روایات:
- ۲۰۷ مرحله اول: بقاء نسل صالح
- ۲۰۷ مرحله دوم: انتخاب شریک
- ۲۰۷ مرحله سوم: انتخاب زینت
- ۲۰۸ [مسأله ۲: لینبغی أن لا ینظر فی اختیار المرأة مقصوراً علی الجمال و المال]
- ۲۰۸ اشاره
- ۲۰۹ جمع‌بندی احادیث:
- ۲۰۹ اقسام ازدواج:
- ۲۰۹ اشاره
- ۲۰۹ ۱- ازدواج شهوی:
- ۲۱۰ ۲- ازدواج تجاری:
- ۲۱۰ ۳- ازدواج مقامی:
- ۲۱۰ ۴- ازدواج سیاسی:
- ۲۱۰ ۵- ازدواج قومی و تعصّب‌آمیز:
- ۲۱۰ ۶- ازدواج انسانی:
- ۲۱۰ ۷- ازدواج الهی:
- ۲۱۰ بقی هنا امور:
- ۲۱۰ الامر الاول: این مسائل همان گونه که در جانب زوجه وجود دارد در جانب زوج هم موجود است
- ۲۱۱ الأمر الثانی: هنگام تحقیق در مورد همسر باید توجه داشته باشد که تمام صفات خوب در یک نفر جمع نمی‌شود
- ۲۱۱ الأمر الثالث: مشاوره در اسلام در هر چیزی نیکو است، ولی در ازدواج نیکوتر است،

- ۲۱۱ الأمر الرابع: در احادیث تصریح شده است که مؤونه از دواج را تخفیف دهید
- ۲۱۲ الأمر الخامس: از چیزهایی که اساس خانواده‌ها را خراب می‌کند کثرت توقعات و انتظارات است.
- ۲۱۳ [مسألة ۱۷: يجوز للرجل أن ينظر إلى جسد محارمه ما عدا العورة].
- ۲۱۳ اشاره
- ۲۱۴ اقوال:
- ۲۱۴ اشاره
- ۲۱۴ قول اول: رؤیت تمام بدن ما عدا العوره جایز است.
- ۲۱۴ قول دوم: رؤیت مواضع زینت جایز است.
- ۲۱۴ قول سوم: محارم مانند اجنبی هستند و فقط رؤیت وجه و کفین جایز است.
- ۲۱۵ جمع‌بندی اقوال:
- ۲۱۵ ادله قول مشهور:
- ۲۱۵ اشاره
- ۲۱۵ ۱- آیه حجاب:
- ۲۱۶ ۲- روایات:
- ۲۱۹ ۳- سیره:
- ۲۱۹ اشاره
- ۲۱۹ ۱- سیره عقلا:
- ۲۲۰ ۲- سیره متشرعه:
- ۲۲۰ ۴- اصالة الاباحة:
- ۲۲۰ ادله قول دوم: (استثناء المحاسن و مواضع الزينة)
- ۲۲۰ اشاره
- ۲۲۱ ۱- آیه
- ۲۲۱ ۲- سیره:
- ۲۲۱ ۳- روایات:

- ۲۲۲ [قول سوّم هم دلیلی ندارد]
- ۲۲۲ [نظر استاد]
- ۲۲۲ [مسأله ۱۸: لا إشكال فی عدم جواز نظر الرجل الی ما عدا الوجه و الکفین من المرأة الاجنبیة]
- ۲۲۲ اشاره
- ۲۲۳ عنوان مسأله:
- ۲۲۳ [قول اول جواز عدم ستر الوجه و الکفین]
- ۲۲۳ اقوال:
- ۲۲۴ اقوال عامه:
- ۲۲۴ ادله:
- ۲۲۴ ۱- آیه [قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ]
- ۲۲۵ ۲- روایاتی که در تفسیر آیه وارد شده است:
- ۲۲۷ ۳- آیه «وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ»
- ۲۲۷ ۴- روایاتی که ارتباطی با تفسیر آیه ندارد:
- ۲۲۷ اشاره
- ۲۲۷ طایفه اول: روایاتی که با صراحت وجه و کفین را استثنا می‌کند:
- ۲۲۹ طایفه دوم: روایاتی که به دلالت مطابقی دلالت ندارد بلکه به دلالت التزامیه به بحث ما دلالت دارد
- ۲۳۱ طایفه سوّم: روایات متعددی که در مورد پوشش زن در حال نماز آمده است
- ۲۳۲ ادله قول دوم (الستر مطلقاً حتی الوجه و الکفین):
- ۲۳۲ الف) آیات:
- ۲۳۲ اشاره
- ۲۳۳ جواب از استدلال به آیات:
- ۲۳۳ جواب از آیه اول:
- ۲۳۳ جواب از آیه دوم:
- ۲۳۳ جواب از آیه سوّم:

- ۲۳۳ جواب از آیه چهارم:
- ۲۳۴ (ب) روایات:
- ۲۳۶ بقی هنا شیء:
- ۲۳۷ دلیل قول سؤم (التفصیل بین النظرة الاولى و الثانية و الثالثة).
- ۲۳۷ اشاره
- ۲۳۷ روایات:
- ۲۳۷ اشاره
- ۲۳۸ جمع‌بندی روایات:
- ۲۴۰ بقی هنا امران:
- ۲۴۰ الامر الاول: نگاه کردن به قدمین چه حکمی دارد؟ آیا آن هم مستثنی است؟
- الأمر الثاني: بسیاری از فقهای ما و فقهای اهل تسنن در بحث جواز نظر دو چیز را استثنا کرده‌اند، یکی قصد لذت و دیگری خوف فتنه)
- ۲۴۱ اشاره
- ۲۴۲ ادله:
- ۲۴۲ اشاره
- ۲۴۲ ۱- تسالم:
- ۲۴۲ ۲- مذاق شارع:
- ۲۴۳ ۳- روایات:
- ۲۴۳ اشاره
- ۲۴۳ طایفه اول: روایت علی بن سوید
- ۲۴۳ طایفه دوم: روایاتی که می‌گوید: «لا تتبع النظرة النظرة»
- ۲۴۳ طایفه سوم: روایتی که می‌گوید هر عضوی زنائی دارد و زنای چشم نگاه است.
- ۲۴۳ طایفه چهارم: حدیث مرأه خثعمیه
- ۲۴۴ طایفه پنجم: روایت کاهلی
- ۲۴۴ طایفه ششم: ذیل روایت «عتاد بن صهیب»

- ۲۴۴ [مسأله ۱۹: لا يجوز للمرأة التّظر إلى الأجنبي كالعكس]
- ۲۴۴ اشاره
- ۲۴۴ اقوال:
- ۲۴۵ ادله:
- ۲۴۵ اشاره
- ۲۴۵ ۱- آیه
- ۲۴۵ ۲- روایات:
- ۲۴۷ ۳- سیره:
- ۲۴۸ «مسئله مستحدثه» تصاویر تلوزیونی
- ۲۴۹ [مسئله ۲۰: من یحرم النظر الیه]
- ۲۴۹ اشاره
- ۲۴۹ عنوان مسأله:
- ۲۴۹ اقوال:
- ۲۵۰ ادله حرمت لمس:
- ۲۵۰ ۱- قیاس اولویت:
- ۲۵۱ ۲- روایات:
- ۲۵۱ اشاره
- ۲۵۱ طایفه اولی: روایاتی که نهی از مصافحه اجنبیه کرده و وعده عذاب داده شده
- ۲۵۲ طایفه ثانیه: روایاتی که مربوط به بیعت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله با زنان است.
- ۲۵۳ بقی هنا شیء: آیا مصافحه من وراء الثوب جایز است؟
- ۲۵۳ [مسئله ۲۱: لا يجوز النظر الى العضو المبان من الاجنبی و الاجنبیة]
- ۲۵۴ اشاره
- ۲۵۴ عنوان مسأله:
- ۲۵۴ ادله:

- ۲۵۴ اشاره
- ۲۵۵ ۱- عموم آیه غض:
- ۲۵۵ ۲- روایات حرمت نظر:
- ۲۵۵ ۳- استصحاب حرمة حال الاتصال:
- ۲۵۷ ۴- روایات منع اتصال شعر مرأة بمرأة اخرى:
- ۲۵۸ [مسألة ۲۲: يستثنى من حرمة النظر و اللمس فى الأجنبى و الاجنبية مقام المعالجة]
- ۲۵۸ اشاره
- ۲۵۸ عنوان مسأله:
- ۲۵۹ اقوال:
- ۲۶۰ ادله:
- ۲۶۰ اشاره
- ۲۶۰ ۱- دليل عقلى
- ۲۶۰ ۲- روایات (دليل نقلی):
- ۲۶۱ اشاره
- ۲۶۱ طایفه اولی: اخبار عامه که به طور عموم دلالت دارد.
- ۲۶۲ طایفه ثانیة: احادیث خاصه‌ای است که در خصوص نظر و لمس وارد شده است:
- ۲۶۴ بقى هنا شیء:
- ۲۶۵ «مسئله مستحدثه: طرح انطباق»
- ۲۶۵ [مسألة ۲۳: كما يحرم على الرجل النظر الى الاجنبية يجب عليها التستر من الاجانب]
- ۲۶۵ اشاره
- ۲۶۵ عنوان مسأله:
- ۲۶۵ الف) حجاب زنان:
- ۲۶۶ اشاره
- ۲۶۶ اقوال:

- ۲۶۶ ادله:
- ۲۶۶ اشاره
- ۲۶۶ ۱- ضرورت:
- ۲۶۶ ۲- آیات:
- ۲۶۶ اشاره
- ۲۶۶ الف) آیه «وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا». «۱»
- ۲۶۷ ب) آیه «وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ». «۲»
- ۲۶۷ ج) آیه «وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ». «۳»
- ۲۶۷ د) آیه «وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ». «۴»
- ۲۶۷ ه) آیه «أَوْ الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ [...]
- ۲۶۸ و) آیه «إِنَّمَا أَتَيْنَا النِّبِيَّ قُلًّا لَّا رُؤْيَاكَ وَ بَنَاتِكَ [...]
- ۲۶۹ ز) آیه «أَوْ إِذْ سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَسَأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ [...]
- ۲۶۹ ۳- روایات:
- ۲۶۹ اشاره
- ۲۶۹ طایفه اول: احادیثی است که در تفسیر آیه شریفه «إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» وارد شده است
- ۲۷۰ طایفه دوم: احادیثی است که در تفسیر «ثیاب» در آیه «الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ» آمده است
- ۲۷۰ طایفه سوم: احادیثی است که در حکم «نساء الاعراب» و «اهل البوادی» وارد شده است:
- ۲۷۱ طایفه چهارم: روایاتی است که در مورد «اماء» وارد شده است
- طایفه پنجم: روایات کثیره‌ای «۱» که از استثناءات بحث می‌کند آیا زن آزاد می‌تواند در مقابل «حَصَى» (خواجه) سرش را برهنه کند
- ۲۷۲ طایفه ششم: احادیثی است که در باب ۱۲۶ آمده
- ۲۷۳ طایفه هفتم: روایاتی در باب ۱۲۴ در مورد این که آیا زن باید خود را از عبدش بپوشاند یا نه؟
- ۲۷۴ ب) حجاب مردان:
- ۲۷۴ اشاره
- ۲۷۴ اقوال:

- ۲۷۴ ادله بر عدم وجوب تستر مردان
- ۲۷۴ ۱- سیره قطعیه:
- ۲۷۴ اشاره
- ۲۷۴ جواب از سیره:
- ۲۷۴ ۲- مقتضای اصل:
- ۲۷۵ اشاره
- ۲۷۵ جواب از اصل:
- ۲۷۵ ادله وجوب تستر مردان:
- ۲۷۵ اشاره
- ۲۷۵ ۱- اعانت بر اثم:
- ۲۷۵ اشاره
- ۲۷۶ اعانت بر اثم به بیان دیگر:
- ۲۷۶ ۲- از باب نهی از منکر:
- ۲۷۷ [مسأله ۲۴ و ۲۵ و ۲۶]
- ۲۷۷ [مسأله ۲۴: لا اشکال فی انّ غیر الممّیز من الصّبی و الصّبیّه خارج عن احکام النظر و اللمس بغير شهوة]
- ۲۷۷ [مسأله ۲۵: يجوز للرجل أن ينظر الى الصّبیّه ما لم تبلغ اذا لم يكن فيه تلذذ و شهوة]
- ۲۷۸ [مسأله ۲۶: يجوز للمرأة النظر الى الصّبی الممّیز ما لم يبلغ]
- ۲۷۸ عنوان سه مسأله:
- ۲۷۸ اقوال:
- ۲۷۸ اقسام صبی:
- ۲۷۹ اشاره
- ۲۷۹ ۱- صبی غیر ممّیز:
- ۲۷۹ اشاره
- ۲۷۹ مراد کدام معنی است؟

- ۲۷۹ ادله:
- ۲۷۹ ۱- آیه «أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَيَّ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ». «۵»
- ۲۸۰ ۲- انصراف آیه «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا» «... ۱» و آیات حجاب:
- ۲۸۰ ۲- صبی ممیّز:
- ۲۸۰ ادله:
- ۲۸۰ اشاره
- ۲۸۰ الف) بدون هیجان شهوت (عدم ثوران الشهوت):
- ۲۸۱ اشاره
- ۲۸۱ دلیل بر عدم جواز: آیه ... «أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَيَّ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ» «۳»
- ۲۸۱ دلیل بر جواز: آیه ۵۸ سوره نور
- ۲۸۲ جمع بندی:
- ۲۸۳ ب) همراه با هیجان شهوت (ثوران الشهوة)
- ۲۸۴ [الاحوط عدم تقبیلهما]
- ۲۸۴ اشاره
- ۲۸۴ عنوان مسأله:
- ۲۸۴ الف) شش سال به پایین:
- ۲۸۴ ادله:
- ۲۸۴ اشاره
- ۲۸۴ ۱- اجماع:
- ۲۸۴ ۲- روایات:
- ۲۸۴ ۳- سیره:
- ۲۸۴ ب) شش سال به بالا:
- ۲۸۴ دلیل: روایات:
- ۲۸۶ [مسأله ۲۷: يجوز التظر الى نساء أهل الذمة]

- ۲۸۶ اشاره
- ۲۸۶ عنوان مسأله:
- ۲۸۷ الفرع الاوّل: نساء اهل الكتاب
- ۲۸۷ اقوال:
- ۲۸۷ ادّله:
- ۲۸۷ اشاره
- ۲۸۷ ۱- روایات خاصّه:
- ۲۹۰ ۲- اهل کتاب حکم کنیز را دارند:
- ۲۹۳ بقى هنا امورّ:
- ۲۹۳ الامر الاوّل: لا فرق بين اصناف الكفّار
- ۲۹۳ اشاره
- ۲۹۳ ۱- قياس اولويت:
- ۲۹۳ ۲- اطلاق علوج:
- ۲۹۴ ۳- تعليل روايت «عتّاد بن صهيب»:
- ۲۹۴ الأمر الثاني: مقدار النظر
- ۲۹۴ الامر الثالث: هل يمكن اجبارهنّ على الحجاب
- ۲۹۴ الفرع الثاني: نساء اهل البوادى
- ۲۹۵ بقى هنا شيء: نساء بدحجاب مُدّن
- ۲۹۵ [مسأله ۲۸: يجوز لمن يريد تزويج امرأه أن ينظر اليها بشرط أن لا يكون بقصد التلذذ]
- ۲۹۵ اشاره
- ۲۹۵ عنوان مسأله:
- ۲۹۵ اشاره
- ۲۹۶ ۱- عدم قصد تلذذ:
- ۲۹۶ ۲- احتمال حصول بصيرت:

- ۳- زن جایز التزویج بالفعل باشد: ۲۹۶
- ۴- احتمال حصول توافق ۲۹۶
- ۵- من وراء الثیاب باشد: ۲۹۶
- ۶- قاصد تزویج این مرأه بالخصوص باشد: ۲۹۶
- أقوال: ۲۹۶
- دلیل: روایات ۲۹۷
- اشاره ۲۹۷
- طایفه اول: روایاتی که ما نحن فیه را به بیع تشبیه می‌کند که همه مشابه هم و تعبیر به بیع دارد. ۲۹۷
- طایفه دوم: روایاتی که فقط جواز را می‌گوید و دلیل آن را بیان نمی‌کند: ۲۹۸
- ادله شرط جواز نظر: ۳۰۰
- اشاره ۳۰۰
- دلیل شرط اول (عدم تلذذ و ربه): ۳۰۰
- دلیل شرط دوم (احتمال حصول بصیرت): ۳۰۱
- دلیل شرط سوم (مرأه جایز التزویج باشد): ۳۰۱
- دلیل شرط چهارم (احتمال حصول توافق بعد از نظر): ۳۰۱
- دلیل شرط پنجم (ان یكون النظر من وراء الثیاب الرقاق): ۳۰۱
- دلیل شرط ششم (ان یكون قاصداً لتزویجها بالخصوص): ۳۰۱
- بقی الکلام فی مقدار الجواز: ۳۰۱
- در اینجا اقوال مختلف و اختلاف شدید است: ۳۰۲
- قول اول: فقط نگاه کردن به وجه و کفین جایز است. ۳۰۲
- قول دوم: نگاه کردن به تمام بدن غیر از عورتین جایز است. ۳۰۲
- قول سوم: نگاه کردن به محاسن و وجه جایز است. ۳۰۲
- قول چهارم: نگاه کردن به موها و محاسن جایز است. ۳۰۲
- ادله: ۳۰۳

- بقی هنا فروع: ۳۰۴
- فرع اول: هل للمرأة ان تنظر الى الرجل؟ ۳۰۴
- فرع دوم: هل للولى النظر؟ ۳۰۴
- فرع سوم: هل يجوز تكرار النظر اذا لم يحصل الغرض فى مجلس واحداً و فى نظر واحد؟ ۳۰۵
- اشاره ۳۰۵
- دليل جواز: اطلاق روايات ۳۰۵
- فرع چهارم: هل يعتبر عدم امكان معرفتها من طريق آخر؟ ۳۰۵
- فرع پنجم: هل يعتبر فى ذلك اذنها و رضاها؟ ۳۰۵
- فرع ششم: هل يشترط فى ذلك عدم امكان الوصول الى مقصده من طريق العقد الموقت؟ ۳۰۶
- [مسألة ۲۹: الأقوى جواز سماع (استماع) صوت الاجنبية ما لم يكن تلذذ و ريباً] ۳۰۶
- اشاره ۳۰۶
- عنوان مسأله: ۳۰۷
- اقوال: ۳۰۷
- ادله: ۳۰۷
- اشاره ۳۰۷
- ۱- آیات: ۳۰۸
- اشاره ۳۰۸
- الف) تكلم موسى با بنات شعيب: ۳۰۸
- ب) تكلم يوسف با زن عزيز مصر و ساير زنان مصر: ۳۰۸
- ج) سخن گفتن زنان پیامبر با مردم: ۳۰۸
- ۲- سیره مستمره مسلمانين: ۳۰۸
- ۳- روايات: ۳۰۹
- روايات چند طایفه هستند: ۳۰۹
- طایفه اول: روايات سلام ۳۰۹

- ۳۱۰ طایفه دوم: روایاتی که بر جواز نوحه‌گری و مداحی زنان دلالت می‌کند.
- ۳۱۰ طایفه سوم: روایتی که بر جواز قرائت قرآن زن اجنبی در مقابل مرد اجنبی دلالت می‌کند.
- ۳۱۰ طایفه چهارم: روایات پراکنده‌ای که در ابواب مختلف است
- ۳۱۱ بحث اصولی: جمع بین احادیث ناهیه و مجوزه:
- ۳۱۲ در عروه دو مسأله مهمه ۳۵ و ۵۰ داریم که در تحریر نیست:
- ۳۱۲ [مسأله ۳۵: یستثنی من عدم جواز النظر من الاجنبی و الاجنبیه مواضع]
- ۳۱۲ اشاره
- ۳۱۳ اقوال:
- ۳۱۳ ادله:
- ۳۱۴ آیات:
- ۳۱۴ اشاره
- ۳۱۴ ۱- آیه «وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا». «۳»
- ۳۱۴ اشاره
- ۳۱۴ ۱- «الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ» چه کسانی هستند؟
- ۳۱۴ ۲- «لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا» چیست؟
- ۳۱۴ ۳- «ثياب» در اینجا به چه معنی است؟
- ۳۱۵ ۴- «غَيْرِ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ» به چه معنی است؟
- ۳۱۶ ۲- تفسیر آیه با با توجه به روایات:
- ۳۱۶ اشاره
- ۳۱۶ طایفه اول: تفسیر ثياب به جلباب
- ۳۱۷ طایفه دوم: تفسیر ثياب به جلباب و خمار و مقنعه را می‌گوید.
- ۳۱۸ جمع‌بندی روایات:
- ۳۱۹ بقی هنا امور:
- ۳۱۹ اشاره

- الامر الاول: آیا در قواعد من النساء فرقی بین ذات بعل و غیر ذات بعل هست؟ ۳۱۹
- الامر الثانی: آیا این حکم در مورد لمس هم جاری است یعنی آیا لمس هم جایز است؟ ۳۱۹
- الامر الثالث: آیا سر برهنه شدن زنان قواعد یا ظاهر شدن مقداری از ذراع آنها مخصوص خانه و نامحرمهای خانگی است یا در اسواق و ش ۳۱۹
- [مسألة ۵۰: اذا اشتبه من يجوز النظر اليه بين من لا يجوز بالشبهة المحصورة] ۳۲۰
- اشاره ۳۲۰
- عنوان مسأله: ۳۲۰
- اشاره ۳۲۰
- الف) شبهة مصداقيه از قبيل شبهة محصورة است که یک طرف «من يجوز» و طرف دیگر «من لا يجوز» است ۳۲۰
- ب) شبهة غیر محصورة یا بدوئه است، ۳۲۱
- اشاره ۳۲۱
- ۱- مماثل و غیر مماثل: ۳۲۱
- ۲- محارم نسبی و غیر محارم نسبی: ۳۲۱
- ۳- زوجه و غیر زوجه: ۳۲۱
- ۴- محارم رضاعی و غیر محارم رضاعی: ۳۲۱
- ۵- ممیز و غیر ممیز: ۳۲۱
- ۶- انسان و حیوان: ۳۲۱
- ۷- مسلمه و ذمیه یا حرّه و أمه یا قواعد و غیر قواعد. ۳۲۱
- ۱ و ۲- دوران امر «بین مماثل و غیر مماثل» یا «محارم و غیر محارم» ۳۲۱
- اشاره ۳۲۲
- ۱- تمسک به عموم عام: ۳۲۲
- الف) عموم «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ» ۳۲۲
- ب) عموم «وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ» ۳۲۲
- ۲- احراز مماثلت و محرمیت: ۳۲۳
- ۳- قاعدة مقتضى و مانع: ۳۲۴

- ۳۲۴ ۴- استصحاب عدم ازلی:
- ۳۲۵ اشاره
- ۳۲۵ بحث اصولی:
- ۳۲۶ ۵- قاعده عقلائییه (مختارنا):
- ۳۲۷ ۳ و ۴- دوران امر بین زوجه و غیر زوجه و محارم رضائی و غیر محارم رضائی
- ۳۲۷ ۵- دوران امر بین جائی که شک شود بالغ است یا غیر بالغ، ممیز است یا غیر ممیز
- ۳۲۷ ۶- دوران امر بین انسان و حیوان
- ۳۲۸ ۷- دوران امر بین مسلم و ذمی یا حرّه و امه:
- ۳۲۸ [فصل فی عقد النکاح و احکامه]
- ۳۲۸ اشاره
- ۳۲۸ عنوان: در مورد عقد نکاح (چه دائم و چه منقطع) فروعی در تحریر عنوان شده است:
- ۳۲۸ اشاره
- ۳۲۹ آیا صیغه واجب است؟
- ۳۲۹ اشاره
- ۳۲۹ اقوال:
- ۳۲۹ ادله:
- ۳۳۰ ۱- اجماع:
- ۳۳۰ ۲- لزوم انشاء در عقود:
- ۳۳۰ ۳- تمتک به مبادلۀ معاطاء:
- ۳۳۰ ۴- روایت صحیحه:
- ۳۳۱ ۵- انشاء با کتابت:
- ۳۳۲ آیا عربیت در صیغه نکاح شرط است؟
- ۳۳۳ اشاره
- ۳۳۳ اقوال:

- ۳۳۳ ادله:
- ۳۳۳ اشاره
- ۳۳۳ ۱- اصالة الفساد:
- ۳۳۴ ۲- انصراف اطلاق باب نکاح:
- ۳۳۴ ۳- قیاس عقد غیر عربی به کنایه:
- ۳۳۴ ۴- عدم صدق عقد بر غیر عربی:
- ۳۳۴ ۵- عقد نکاح از امور توقیفیه است
- ۳۳۵ [بقی هنا شیء:
- ۳۳۵ [مسألة ۱: الاحوط لو لم یکن الاقوی ان یكون الايجاب من طرف الزوجة و القبول من طرف الزوج]
- ۳۳۵ اشاره
- ۳۳۵ عنوان مسأله:
- ۳۳۶ فرع اول: این فرع در کلمات فقها جز در کلام متأخرین وجود ندارد.
- ۳۳۶ اقوال:
- ۳۳۶ ادله:
- ۳۳۶ به چند دلیل بر لزوم تقدیم ایجاب و صدور آن از ناحیه زوجه استدلال شده است:
- ۳۳۶ ۱- اصالة الفساد:
- ۳۳۶ ۲- رجوع به عرف:
- ۳۳۶ ۳- حقیقت نکاح:
- ۳۳۶ جواب از ادله:
- ۳۳۹ فرع دوم: آیا می‌توان قبول را بر ایجاب مقدم کرد؟
- ۳۳۹ اشاره
- ۳۳۹ اقوال:
- ۳۴۰ ادله:
- ۳۴۰ ۱- مقتضای قاعده:

- ۳۴۰ ۲- مقتضای ادله خاصه:
- ۳۴۰ اشاره
- ۳۴۰ جواب از کلام شهید ثانی:
- ۳۴۱ بقی هنا شیء:
- ۳۴۲ [مسأله ۲: الاحوط أن يكون الايجاب في النكاح الدائم بلفظی «انکحت» أو «زوجت»]
- ۳۴۲ اشاره
- ۳۴۲ عنوان مسأله:
- ۳۴۲ اقوال:
- ۳۴۳ ادله:
- ۳۴۳ ۱- مقتضای قاعده:
- ۳۴۴ ۲- آیات:
- ۳۴۴ اشاره
- ۳۴۴ الف) آیه «فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكُمَهَا». «۱»
- ۳۴۴ ب) آیات «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ» «۲»، «وَلَا تُنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ». «۳»
- ۳۴۴ ۳- روایات:
- ۳۴۸ [مسأله ۳: يتعدى كل من الانكاح و التزويج الى مفعولين]
- ۳۴۸ اشاره
- ۳۴۸ عنوان مسأله:
- ۳۴۹ اشاره
- ۳۴۹ ۱- آیات:
- ۳۴۹ ۲- لغت:
- ۳۵۰ ۳- روایات:
- ۳۵۲ جمع بندی:
- ۳۵۲ [مسأله ۴: (كيفية اجراء الصیغه)]

- ۳۵۲ اشاره
- ۳۵۳ عنوان مسأله:
- ۳۵۳ ادله:
- ۳۵۳ اشاره
- ۳۵۳ ۱- عمومات:
- ۳۵۴ ۲- سیره عملی مسلمین:
- ۳۵۴ ۳- روایات:
- ۳۵۴ [مسأله ۵: لا يشترط في لفظ القبول مطابقتة لعبارة الايجاب]
- ۳۵۴ اشاره
- ۳۵۴ عنوان مسأله:
- ۳۵۴ اقوال:
- ۳۵۵ دلیل عدم لزوم تطابق اطلاق ادله:
- ۳۵۶ [مسأله ۶: اذا لحن في الصيغة]
- ۳۵۶ اشاره
- ۳۵۶ عنوان مسأله:
- ۳۵۶ نتیجه:
- ۳۵۶ [در اینجا دو مسئله مهم داریم که با هم مطرح می‌کنیم.]
- ۳۵۶ اشاره
- ۳۵۷ [مسأله ۷: يعتبر في العقد القصد الى مضمونه]
- ۳۵۷ اشاره
- ۳۵۷ عنوان مسأله:
- ۳۵۷ [مسأله ۸: يعتبر في العقد قصد الانشاء]
- ۳۵۷ اشاره
- ۳۵۷ عنوان مسأله:

- ۳۵۸ اقسام کلام:
- ۳۵۸ ۱- اخبار:
- ۳۵۸ ۲- انشا:
- ۳۵۸ اشاره
- ۳۵۸ حقیقت اعتبار:
- ۳۵۹ اقسام ملکیت:
- ۳۵۹ اشاره
- ۳۵۹ الف) ملکیت تکوینی:
- ۳۵۹ ب) ملکیت اعتباری:
- ۳۶۰ حقیقت ملکیت؟
- ۳۶۱ [مسأله ۹: تعتبر الموالاة و عدم الفصل المعتد به بين الايجاب و القبول].
- ۳۶۱ اشاره
- ۳۶۱ عنوان مسأله:
- ۳۶۱ اقوال:
- ۳۶۱ ادله:
- ۳۶۱ اشاره
- ۳۶۱ ۱- عدم صدق عرفی:
- ۳۶۲ ۲- دلیل عدم اعتبار موالات:
- ۳۶۲ اشاره
- ۳۶۳ بقى هنا أمور:
- ۳۶۳ الامر الاول: مدار موالات عرفیه چیست؟
- ۳۶۳ الامر الثانى: اگر مدار بر وحدت مجلس باشد آیا وحدت مکانی شرط است یا وحدت بالاتصال و لو از طریق تلفن؟
- ۳۶۴ الأمر الثالث: ما اگر فاصله شدن کم را مضر بدانیم، ذکر متعلقات عقد هر چند طولانی هم شود مضر نخواهد بود
- ۳۶۴ الامر الرابع: مرحوم آقای حکیم در مستمسک مطلبی دارد.

- ۳۶۴ [مسأله ۱۰: یشرط فی صحه العقد التنجیز].....
- ۳۶۴ اشاره.....
- ۳۶۴ عنوان مسأله:.....
- ۳۶۴ اقوال:.....
- ۳۶۵ ادله:.....
- ۳۶۵ اشاره.....
- ۳۶۵ ۱- اجماع:.....
- ۳۶۶ ۲- دلیل عقل (استحاله):.....
- ۳۶۷ ۳- عدم عرفیت عقلانی:.....
- ۳۶۷ ۴- تخلف انشاء از منشأ:.....
- ۳۶۸ بقی هنا اموز:.....
- ۳۶۸ الامر الاول: تعلیق در عقود.....
- ۳۶۸ در طبیعت بعضی از عقود تعلیق است، و نمی توانیم بگوئیم که تعلیق در آنها اشکال دارد.....
- ۳۶۸ ۱- وصیت:.....
- ۳۶۸ ۲- تدبیر (عبد مدبر):.....
- ۳۶۸ ۳- مکاتبه (عبد مکاتب):.....
- ۳۶۹ ۴- نذر مشروط:.....
- ۳۶۹ جمع بندی: عقود و ایقاعات بر سه قسم هستند:.....
- ۳۶۹ ۱- طبیعتش دارای جزمیت و قطعیت باشد و اگر تعلیقی ایجاد شود عقلا نمی پذیرند.....
- ۳۶۹ ۲- تعلیق در طبیعت آنها است که شاذ و کم هستند.....
- ۳۷۰ ۳- هم مصداق معلق دارد و هم مصداق منجز.....
- ۳۷۰ الامر الثانی: اقسام تعلیق.....
- ۳۷۰ اشاره.....
- ۳۷۰ قسم اول: تعلیق بر یک امر مشکوک الحصول در مستقبل که در طبیعت عقد هم نباشد،.....

- قسم دوم: تعلیق بر یک امر استقبالی قطعی الحصول، ۳۷۰
- قسم سوم: تعلیق بر امر مشکوک الحصول فی الحال، ۳۷۰
- قسم چهارم: تعلیق بر امری که معلوم الحصول فی الحال است ۳۷۱
- الامر الثالث: شرط فمن عقد ۳۷۱
- الامر الرابع: شروط ضمن عقد نکاح ۳۷۱
- اشاره ۳۷۱
- دلایل مجهول نبودن شرط ضمن عقد: ۳۷۲
- ۱- روایت: ۳۷۲
- ۲- سرایت جهل در شرط به عقد ۳۷۲
- [مسألة ۱۱: يشترط فی العاقد المجری للصبغة البلوغ و العقل] ۳۷۳
- اشاره ۳۷۳
- عنوان مسأله: ۳۷۳
- اقوال: ۳۷۳
- ادله شرط اول (بلوغ): ۳۷۴
- ۱- بنای عقلا: ۳۷۴
- ۲- روایات رفع قلم: ۳۷۴
- ۳- روایات ابواب دیات: ۳۷۵
- ۴- حدیث باب حجر: ۳۷۵
- ادله شرط دوم (عقل): ۳۷۶
- اشاره ۳۷۶
- ۱- بنای عقلا: ۳۷۷
- ۲- احادیث رفع قلم: ۳۷۷
- ۳- اجماع: ۳۷۷
- ادله شرط سوم (قصد): ۳۷۷

- ۳۷۷ اشاره
- ۳۷۹ «بحث اصولی»
- ۳۸۰ جمع‌بندی:
- ۳۸۰ [مسئله ۱۲: يشترط في صحه العقد تعيين الزوجين على وجه يمتازان عن غيرهما بالاسم أو الإشارة أو الوصف الموجب لذلك]
- ۳۸۰ اشاره
- ۳۸۰ عنوان مسأله:
- ۳۸۱ اقوال:
- ۳۸۱ ادله:
- ۳۸۱ ۱- اجماع:
- ۳۸۱ ۲- روایت «نهى النبى عن بيع الغرر «۳»»:
- ۳۸۱ ۳- معلوم بودن طرفین قرارداد:
- ۳۸۲ ۴- بنای عقلا:
- ۳۸۳ [مسئله ۱۳: لو اختلف الاسم مع الوصف أو اختلفا أو أحدهما مع الإشارة يتبع العقد]
- ۳۸۳ اشاره
- ۳۸۳ عنوان مسأله:
- ۳۸۳ اشاره
- ۳۸۳ ۱- تعارض بین اسم و وصف:
- ۳۸۳ ۲- تعارض بین اسم و اشاره:
- ۳۸۳ ۳- تعارض بین اشاره و وصف:
- ۳۸۴ اقوال:
- ۳۸۴ اشاره
- ۳۸۴ دلیل: قاعده «العقود تابعة القصود»:
- ۳۸۴ صور چهارگانه:
- ۳۸۴ اشاره

- ۳۸۴ صورت اول: مقصود اصلی وصف است
- ۳۸۵ صورت دوم: مقصود اصلی مسمی (اسم) بوده است
- ۳۸۵ صورت سوم: مقصود مشار الیهها بوده است،
- ۳۸۵ صورت چهارم: مقصود اصلی اسم و یا وصف بوده و اشاره اشتباه است
- ۳۸۶ بقی هنا شیء:
- ۳۸۶ اشاره
- ۳۸۶ قیود بر دو قسم است:
- ۳۸۶ اشاره
- ۳۸۶ ۱- تعدد مطلوب:
- ۳۸۶ ۲- وحدت مطلوب:
- ۳۸۸ [مسألة ۱۴: لا اشکال فی صحه التوکیل فی النکاح]
- ۳۸۸ اشاره
- ۳۸۸ عنوان مسأله:
- ۳۸۸ فرع اول: صحه وکالت در عقد نکاح از مسلمات است منتهی وکالت باید از ناحیه بالغ عاقل یا ولی باشد.
- ۳۸۹ ادله:
- ۳۸۹ اشاره
- ۳۸۹ ۱- عمومات وکالت:
- ۳۸۹ ۲- بنای عقلا:
- ۳۸۹ ۳- روایات:
- ۳۸۹ اشاره
- ۳۸۹ طایفه اول: روایاتی که در موارد خاص وارد شده است:
- ۳۹۰ طایفه دوم: روایات مطلقه که در چند باب وارد شده است:
- ۳۹۰ فرع دوم: در صورتی که وکیل تعدی کند
- ۳۹۰ اشاره

- ۳۹۰ دلیل:
- ۳۹۱ فرع سوّم: وکیل باید مصالح موکّل را رعایت کند و اگر مصلحت را رعایت نکرد عقد، فضولی می‌شود،
- ۳۹۱ [مسئله ۱۵ (تزویج الوکیل لنفسه)]
- ۳۹۱ اشاره
- ۳۹۱ عنوان مسأله:
- ۳۹۱ اقوال:
- ۳۹۲ حکم صور پنج‌گانه:
- ۳۹۲ اشاره
- ۳۹۲ حکم صورت اول:
- ۳۹۲ حکم صورت دوّم:
- ۳۹۲ اشاره
- ۳۹۲ ادله:
- ۳۹۲ اشاره
- ۳۹۲ ۱- اجماع:
- ۳۹۳ ۲- انصراف:
- ۳۹۳ ۳- روایات:
- ۳۹۳ اشاره
- ۳۹۵ مذهب فطحیه:
- ۳۹۵ حکم صورت سوّم و چهارم:
- ۳۹۶ حکم صورت پنجم:
- ۳۹۶ [مسئله ۱۶: الاقوی جواز تولی شخص واحد طرفی العقد]
- ۳۹۶ اشاره
- ۳۹۶ عنوان مسأله:
- ۳۹۶ اقوال:

- ۳۹۷ دلیل جواز: عمومات
- ۳۹۷ ادلة عدم جواز:
- ۳۹۷ ۱- اصل:
- ۳۹۷ ۲- عدم قیام دلیل بر صحت:
- ۳۹۷ ۳- عدم کفایت مغایریت اعتباری:
- ۳۹۸ ۴- موثقه عمار
- ۳۹۸ در اینجا روایاتی هم داریم که به عنوان مؤید خوب است و حد اقل چهار روایت است:
- ۳۹۸ اشاره
- ۳۹۹ جمع‌بندی روایات:
- ۳۹۹ بقی هنا امران:
- ۳۹۹ الامر الاول: سابقاً نظر ما این بود که یک نفر نمی‌تواند دو طرف عقد (ایجاب و قبول) را بخواند
- ۴۰۰ الامر الثانی: امام (ره) تعبیری دارد و می‌فرماید: در مسأله اگر احتیاط شود (احتیاط مستحب) خوب است،
- ۴۰۰ [مسأله ۱۷: (العلم بايقاع العقد من الوكيل)]
- ۴۰۰ اشاره
- ۴۰۰ عنوان مسأله:
- ۴۰۱ [مسأله ۱۸: لا يجوز اشتراط الخيار في عقد النكاح دوماً أو انقطاعاً]
- ۴۰۱ اشاره
- ۴۰۱ عنوان مسأله:
- ۴۰۱ اشاره
- ۴۰۱ فرع اول: هل يجوز اشتراط الخيار في عقد النكاح؟
- ۴۰۱ فرع دوم: هل يجوز اشتراط الاخيار في المهر؟
- ۴۰۲ فرع اول: هل يجوز اشتراط الخيار في عقد النكاح؟
- ۴۰۲ اشاره
- ۴۰۲ اقوال:

۴۰۲ ادله:

۴۰۲ اشاره

۴۰۳ ۱- اجماع:

۴۰۳ ۲- الفسخ فی المعاوضات:

۴۰۳ ۳- العبادات لا یدخلها الخيار:

۴۰۳ ۴- اشتراط الخيار یوجب ابتذال امرأه:

۴۰۳ ۵- روایات باب متعه:

۴۰۴ ۶- روایات باب عیوب:

۴۰۴ ۷- روایات باب «من خیر امرأته لم یقع بها طلاق»:

۴۰۶ آیا بطلان شرط به عقد هم سرایت می‌کند؟ یعنی با بطلان شرط خيار آیا عقد هم باطل می‌شود.

۴۰۶ اشاره

۴۰۶ اقوال:

۴۰۷ دلیل قائلین به صحّت عقد: وجود مقتضی و فقدان مانع

۴۰۷ دلیل قائلین به فساد: قاعده

۴۰۷ اشاره

۴۰۷ جواب از دلیل:

۴۰۸ ردّ جواب:

۴۰۸ اشاره

۴۰۸ ۱- بیان مرحوم صاحب عروه:

۴۰۸ ۲- بیان مرحوم آقای خوئی:

۴۰۸ ۳- بیان استاد در حاشیه عروه:

۴۰۹ فرع دوم: هل یجوز اشتراط الخيار فی المهر؟

۴۰۹ اشاره

۴۰۹ اقوال:

- ۴۱۰ دلیل: عمومات ادله شروط
- ۴۱۰ بقى هنا امران:
- ۴۱۰ الامر الاول: تعيين مدّت خيار آیا تعيين مدت لازم است؟
- ۴۱۰ الامر الثاني: خيار در مهر نکاح منقطع آیا در نکاح منقطع هم خيار در مهر جايز است؟
- ۴۱۱ [مسألة ۱۹: ادعاء الزوجية]
- ۴۱۱ اشاره
- ۴۱۱ مقدمه:
- ۴۱۱ اشاره
- ۴۱۱ مبنای اول: اقرار
- ۴۱۱ مبنای دوم: «البينة على المدعى و اليمين على من انكر»
- ۴۱۱ مبنای سوم: نکول از يمين
- ۴۱۲ مبنای چهارم: يمين مردوده
- ۴۱۲ عنوان مسأله:
- ۴۱۲ اشاره
- ۴۱۲ حالت اول: طرف مقابل تصديق می کند
- ۴۱۳ حالت دوم: طرف مقابل تکذيب می کند در اين حالت مجموعاً شش صورت متصور است:
- ۴۱۳ ۱- مدعی اقامه بینه می کند:
- ۴۱۳ ۲- مدعی بینه ندارد:
- ۴۱۳ ۳- منکر قسم نخورد و نکول می کند:
- ۴۱۳ ۴- مدعی قسم نمی خورد:
- ۴۱۳ ۵- منکر قسم را به مدعی رد می کند:
- ۴۱۳ ۶- مدعی يمين مردوده را نمی پذیرد:
- ۴۱۴ [مسألة ۲۰: إذا رجع المنكر عن إنكاره الى الإقرار يسمع منه و يحكم بالزوجية بينهما]
- ۴۱۴ اشاره

- عنوان مسأله: ۴۱۴
- اقوال: ۴۱۴
- مسأله ۲۱: اذا ادعى رجل زوجته امرأة و انكرت فهل لها أن تتزوج من غيره] ۴۱۵
- اشاره ۴۱۵
- عنوان مسأله: ۴۱۶
- اقوال: ۴۱۷
- مسأله ۲۲: ادعاء الزوجة بأنها خلية] ۴۱۹
- اشاره ۴۱۹
- عنوان مسأله: ۴۱۹
- اقوال: ۴۱۹
- دلیل: روایات ۴۲۰
- اشاره ۴۲۰
- جمع‌بندی: ۴۲۱
- روایت معارض: ۴۲۲
- بقی هنا امران: ۴۲۲
- الامر الاول: آیا متهمه و غیر متهمه فرق دارند؟ ۴۲۲
- الامر الثاني: فحص در دو موضع است یکی در باب متهم و دیگری در جایی که فحص آسان باشد، ۴۲۳
- مسأله ۲۳: إذا تزوج بامرأة تدعى أنها خلية عن الزوج فادعى رجل آخر زوجته] ۴۲۳
- اشاره ۴۲۳
- عنوان مسأله: ۴۲۳
- اقوال: ۴۲۳
- ادله: ۴۲۴
- ۱- قواعد: ۴۲۴
- ۲- روایات: ۴۲۵

- ۴۲۶ [مسأله ۲۴: إذا ادعت امرأة أنها خلیة فتزوجه رجل ثم ادعت بعد ذلك أنها كانت ذات بعل]
- ۴۲۷ اشاره
- ۴۲۷ عنوان مسأله:
- ۴۲۷ اقوال:
- ۴۲۷ دلیل: قواعد
- ۴۲۸ [مسأله ۲۵: يشترط فی صحة العقد الاختیار اعنی اختیار الزوجین]
- ۴۲۸ اشاره
- ۴۲۸ عنوان مسأله:
- ۴۲۸ اقوال:
- ۴۲۹ ادله:
- ۴۲۹ ۱- اجماع:
- ۴۲۹ ۲- بنای عقلا:
- ۴۲۹ ۳- حدیث رفع:
- ۴۳۰ ادله:
- ۴۳۱ جلد دوم
- ۴۳۱ فهرست
- ۴۳۲ مقدمه
- ۴۳۳ [فصل فی اولیاء العقد]
- ۴۳۳ ۱ مسأله ۱ (ولایة الاب و الجد علی الصغیر و الصغیره)
- ۴۳۳ اشاره
- ۴۳۳ مقدمه:
- ۴۳۴ فروع:
- ۴۳۴ اشاره
- ۴۳۴ فرع اول: «ولایت اب و جد بر صغیر و صغیره»

- ۴۳۴ اشاره
- ۴۳۴ ادله:
- ۴۳۴ اشاره
- ۴۳۴ دلیل اول: روایات
- ۴۳۵ دلیل دوم: آیه ۲۳۷ سوره بقره
- ۴۳۵ دلیل سوم: بناء عقلا و سیره متشرعه
- ۴۳۵ فرع دوم: «ولایت اب و جد بر مجنون»
- ۴۳۵ اشاره
- ۴۳۵ دلیل اول: استصحاب
- ۴۳۵ اشاره
- ۴۳۶ اشکال:
- ۴۳۶ اشاره
- ۴۳۶ ۱- تبدل موضوع:
- ۴۳۶ ۲- شبهه حکمیه:
- ۴۳۶ دلیل دوم: آیه ۶ سوره نساء
- ۴۳۷ دلیل سوم: سیره عقلا
- ۴۳۷ فرع سوم: «عدم ولایت مادر و جد مادری بر صغیر و صغیره»
- ۴۳۷ اشاره
- ۴۳۷ اقوال:
- ۴۳۷ روایات:
- ۴۳۸ روایات معارض:
- ۴۳۸ اشاره
- ۴۳۸ اشکالات روایت:
- ۴۳۸ اشاره

- ۴۳۸ احتمال اول:
- ۴۳۸ احتمال دوم:
- ۴۳۸ فرع چهارم: «عدم ولایت عم، اخ، خال بر صغیر و صغیره».
- ۴۳۹ اقوال:
- ۴۳۹ دلیل: روایات
- ۴۴۰ روایات معارض:
- ۴۴۰ اشاره
- ۴۴۰ توجیهات روایات معارض:
- ۴۴۰ [مسأله ۲: لیس للأب و الجد للأب ولایة علی البالغ الرشید و لا علی البالغة الرشیده إذا كانت ثیبة]
- ۴۴۰ اشاره
- ۴۴۱ عنوان مسأله: آیا پدر بر دختر باکره ولایت دارد؟
- ۴۴۱ اقوال:
- ۴۴۲ اقوال عامه:
- ۴۴۲ اشاره
- ۴۴۲ شافعیته:
- ۴۴۲ ابو حنیفه:
- ۴۴۲ مالک:
- ۴۴۳ داوود:
- ۴۴۳ بررسی اقوال:
- ۴۴۳ ادله قول اول (استقلال باکره رشیده):
- ۴۴۳ دلیل اول: اصل
- ۴۴۴ دلیل دوم: آیات
- ۴۴۴ ۸ ادامه مسئله ۲
- ۴۴۴ دلیل سوم: احادیث

- ۴۴۴ اشاره
- ۴۴۵ روایات معارض:
- ۴۴۷ دلیل قول دوم: (باکره رشیده هیچ اختیاری از خودش ندارد)
- ۴۴۷ اشاره
- ۴۴۷ روایات:
- ۴۴۹ ادله قول سوم (قول به شرکت هم اذن باکره رشیده و هم اذن ولی شرط است).
- ۴۴۹ دلیل اول: اصالة الاحتیاط
- ۴۴۹ دلیل دوم: روایت
- ۴۴۹ جمع‌بندی اقوال ثلثه:
- ۴۴۹ اشاره
- ۴۵۰ البته در اینجا گروه چهارمی از احادیث معتبر و صحیح وجود دارد که احدی به آن فتوی نداده است جز آقای حکیم در مستمسک، -
- ۴۵۰ در اینجا دو طریقه جمع دیگر هم گفته شده است
- ۴۵۰ اشاره
- ۴۵۰ ۱- جمع دلالی مرحوم آیه الله حکیم در مستمسک
- ۴۵۱ ۲- جمع مرحوم شهید ثانی در مسالک
- ۴۵۱ بقی هنا امور:
- ۴۵۱ الامر الاول: عنوان ثانوی
- ۴۵۱ اشاره
- ۴۵۲ مشاكل استقلال باکره در متعه:
- ۴۵۴ مشاكل استقلال باکره در نکاح دائم:
- ۴۵۵ الامر الثانی: تفصیل بین نکاح دائم و متعه
- ۴۵۶ الامر الثالث: با فرض شرط اذن ولی در نکاح بالغه رشیده باکره، در مسأله دو استثنا وجود دارد:
- ۴۵۶ استثنا اول: جائی که بالغه باکره رشیده کفوی برای خودش انتخاب کند
- ۴۵۶ اشاره

- ۴۵۶ ادله:
- ۴۵۶ ۱- اجماع:
- ۴۵۶ ۲- آیه «فَلَا تَعْضَلُوهُمْ أَنْ يُنْكِحَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ» «... ۵»
- ۴۵۷ ۳- قاعده عسر و حرج:
- ۴۵۷ دو دلیل دیگر:
- ۴۵۷ اشاره
- ۴۵۸ ۱- مصلحت مولی علیه:
- ۴۵۸ ۲- خیانت در حقّ مولی علیه:
- ۴۵۸ فرع: «لو اختارت البنت شخصاً و الولی آخر و کل منهما کفو»
- ۴۵۹ استثناء دوم: جائی است که ولی غایب است و نمی‌توان با او تماس گرفت
- ۱۹ الامر الرابع: در تحریر از این امر بحثی نشده است ولی در کتب دیگر بحث شده است و آن حکم ثبیه است که «لا یحتاج الی اذن الولی». ۱۹
- ۴۵۹ اشاره
- ۴۵۹ ۱- حکمی: از نظر حکم مسأله تقریباً مسلم است،
- ۴۵۹ اشاره
- ۴۶۰ دلیل: روایات
- ۴۶۰ اشاره
- ۴۶۰ طایفه اول: ثبیه مطلقاً اذن نمی‌خواهد
- ۴۶۱ طایفه دوم: اگر ثبیه کفو اختیار کند، اذن ولی نمی‌خواهد
- ۴۶۱ طایفه سوم: روایات معارضه
- ۴۶۳ ۲- موضوعی:
- ۴۶۳ اشاره
- ۴۶۳ اقوال:
- ۴۶۳ اشاره
- ۴۶۳ احتمالات در مفهوم ثبیه:

- ۴۶۳ کلمات علمای شیعه:
- ۴۶۴ کلمات اهل سنت:
- ۴۶۴ ادله:
- ۴۶۴ ۱- قول لغوی:
- ۴۶۵ ۲- مفهوم عرفی:
- ۴۶۷ بقى هنا شىء:
- ۴۶۷ [مسألة ۳ (استقلال ولایة الاب و الجد)]
- ۴۶۷ اشاره
- ۴۶۷ فروع مسأله:
- ۴۶۸ اشاره
- ۴۶۸ فرع اول: آیا ولایت اب و جد مستقل است
- ۴۶۸ اشاره
- ۴۶۸ اقوال:
- ۴۶۸ اشاره
- ۴۶۸ قول اول: الاستقلال
- ۴۶۸ اشاره
- ۴۶۹ ادله قول مشهور (استقلال)
- ۴۷۱ قول دوم: اشتراط ولایة الجد بحیاء الأب:
- ۴۷۱ اشاره
- ۴۷۱ دلیل: روایت
- ۴۷۲ قول سوم: ولایت الجد مشروط بممات الاب.
- ۴۷۲ فرع دوم (از مسئله سوم تحریر):
- ۴۷۲ اشاره
- ۴۷۲ ۱- یکی از دو عقد مقدم بر دیگری باشد:

- ۴۷۳ ۲- اگر هر دو با هم (جد و اب) عقد کنند:
- ۴۷۴ جمع‌بندی:
- ۴۷۴ اشاره
- ۴۷۴ حل مسأله:
- ۴۷۵ فرع سوم (از مسئله سوم تحریر):
- ۴۷۵ اشاره
- ۴۷۵ صورت اول مجهولی التاريخ:
- ۴۷۸ صورت دوم معلوم احدهما:
- ۴۷۹ [مسأله ۴ (شرایط صحه تزویج الاب و الجد)]
- ۴۷۹ اشاره
- ۴۷۹ عنوان مسأله:
- ۴۷۹ صور مسأله:
- ۴۷۹ اشاره
- ۴۸۰ ۱- مع المفسدة:
- ۴۸۰ ۲- مع عدم المفسدة:
- ۴۸۰ دلائل اعتبار عدم المفسدة:
- ۴۸۰ ۱- اصل:
- ۴۸۰ ۲- اجماع:
- ۴۸۰ ۳- عمومات لا ضرر:
- ۴۸۱ ۴- انصراف:
- ۴۸۱ دلیل اعتبار مصلحت: آیه: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ». «۲» *
- ۴۸۱ اشاره
- ۴۸۱ سه اشکال در مورد آیه مطرح است که باید به آن توجه شود:
- ۴۸۱ اشکال اول: ما در مورد اب و جد صحبت می‌کنیم و حال آن که یتیم کسی است که پدر از دست داده است

- اشکال دوم: آیه می‌گوید: «بِآيَتِي هِيَ اَحْسَنُ» * یعنی احسن (اصلاح) را شرط می‌کند و نمی‌گوید حسن، ۴۸۲
- اشکال سوم: سلمنا که آیه مصلحت را در اموال شرط کند، در نکاح به چه دلیل شرط است؟ ۴۸۲
- بقی هنا امران: ۴۸۴
- الامر الاول: در زمان ما مصلحتی در عقد صغیر و صغیره نیست و حکم ولایت عوض نشده؛ ۴۸۴
- الامر الثاني: اگر اب و جد رعایت مصلحت نکردند یا رعایت عدم المفسده نکردند (طبق قول مشهور) آیا این عقد باطل است یا فضولی است؟
- [مسألة ۵: إذا وقع العقد من الأب أو الجد عن الصغير أو الصغيرة مع مراعاة ما يجب مراعاته] ۴۸۴
- اشاره ۴۸۴
- عنوان مسأله: ۴۸۵
- اقوال مسأله: ۴۸۵
- ادله: ۴۸۵
- ۱- اصل: ۴۸۵
- ۲- روایات: ۴۸۶
- اشاره ۴۸۶
- روایات معارض: ۴۸۶
- جمع بین روایات: ۴۸۷
- ۱- جمع شیخ طوسی: ۴۸۷
- ۲- جمع مرحوم آقای خوئی: ۴۸۷
- ادله عدم الخيار: ۴۸۸
- ۱- اصل: ۴۸۸
- ۲- روایات: ۴۸۸
- اشاره ۴۸۸
- طایفه اول: عقد ولی بر صغیر صحیح است ولی طلاقش صحیح نیست، صبی نیز مانند صبیّه حق فسخ ندارد. ۴۸۸
- طایفه دوم: نقطه مقابل روایات قبل است و می‌گوید صبی خیار دارد ۴۸۹
- [مسألة ۶: لو زوج الولی الصغيرة بدون مهر المثل] ۴۹۲

- ۴۹۲ اشاره
- ۴۹۲ عنوان مسأله:
- ۴۹۲ اقوال:
- ۴۹۳ محل بحث:
- ۴۹۴ دلیلنا: هم عقد باطل است و هم مهر، به دو دلیل:
- ۴۹۴ دلیل اول: وحدت مطلوب
- ۴۹۴ دلیل دوم: قاعده لا ضرر
- ۴۹۴ [مسأله ۷ نکاح السفیه المبدّر]
- ۴۹۴ اشاره
- ۴۹۵ عنوان مسأله:
- ۴۹۵ فروع مسأله:
- ۴۹۵ اشاره
- ۴۹۵ توضیح فرع اول: [سفیه مبدّر بدون اذن ولی نمی‌تواند عقد بخواند].
- ۴۹۵ اشاره
- ۴۹۵ ادله:
- ۴۹۶ اشاره
- ۴۹۶ قاعده:
- ۴۹۶ اشاره
- ۴۹۶ شرط اول: ولی باید زوجه و مقدار مهر را تعیین کند.
- ۴۹۶ شرط دوم: انحصار جواز ازدواج سفیه به ضرورت
- ۴۹۷ توضیح فرع دوم: (اگر بدون اذن ولی ازدواج کرد فضولی است)
- ۴۹۷ اشاره
- ۴۹۷ نکته مهم:
- ۴۹۷ روایات:

- ۴۹۹ بحث موضوعی:
- ۴۹۹ اشاره
- ۴۹۹ سفیه و سفیهه چه کسی است؟
- ۴۹۹ اشاره
- ۵۰۱ مختار ما: در اینجا سه نکته باید مورد توجه قرار گیرد:
- ۵۰۱ نکته اول: مسئله اعتبار عدم سفاهت قبل از اسلام و قبل از اینکه حکم شرعی باشد در عرف عقلا بوده است.
- ۵۰۱ نکته دوم: جای تردید نیست که اعتبار عدالت لازم نیست.
- ۵۰۲ نکته سوم: للسفاهة و الرشد درجات و مراتب.
- ۵۰۲ [مسألة ۸ تزویج الولی المولی علیه بمن له عیب]
- ۵۰۲ اشاره
- ۵۰۲ عنوان مسأله:
- ۵۰۳ دلیل:
- ۵۰۳ اصل:
- ۵۰۳ صورت اول (عالماً مع المصلحة):
- ۵۰۴ صورت دوم (عالماً دون المصلحة):
- ۵۰۴ صورت سوم (جاهلاً بالعیب):
- ۵۰۶ [مسألة ۹ استحباب استیذان المرأة من الولی]
- ۵۰۶ اشاره
- ۵۰۶ عنوان مسأله:
- ۵۰۶ موضوع مسأله:
- ۵۰۶ اقوال:
- ۵۰۶ ادله:
- ۵۰۶ الف- دلیلی عقلی:
- ۵۰۶ اشاره

- ۵۰۶ دلیل اول: مقتضای رعایت ادب
- ۵۰۷ دلیل دوم: استفاده از تجارب
- ۵۰۷ ب- دلیل نقلی:
- ۵۰۹ [مسأله ۱۰ (هل للوصی ولایة فی النکاح)]
- ۵۰۹ اشاره
- ۵۰۹ عنوان مسأله:
- ۵۰۹ اقوال:
- ۵۰۹ اصل در مسأله مطابق کدام قول است؟
- ۵۰۹ ادله قائلین به ثبوت الولاية (قول دوم مختار ما):
- ۵۰۹ ۱- مفهوم وصیت: (دلیل اصلی)
- ۵۱۰ ۲- آیات:
- ۵۱۱ ۳- روایات:
- ۵۱۳ ادله عدم ولایت (قول مشهور یا شهر)
- ۵۱۳ ۱- اصل:
- ۵۱۳ ۲- روایات:
- ۵۱۵ دلیل قول به تفصیل (قول سوم):
- ۵۱۵ اشاره
- ۵۱۵ ریشه نزاع:
- ۵۱۶ بقی هنا شیء: آیا وصی ولایت بر مجنون دارد؟
- ۵۱۶ اشاره
- ۵۱۶ اقوال:
- ۵۱۷ دلیل:
- ۵۱۷ اشاره
- ۵۱۷ الف- جنون متصل به صغر:

- ب- جنون منفصل: ۵۱۷
- [مسأله ۱۱ (ولایة الحاكم فی النکاح)] ۵۱۷
- اشاره ۵۱۷
- عنوان مسأله: ۵۱۸
- اقوال: ۵۱۸
- دلیل: ۵۱۹
- اشاره ۵۱۹
- مقدمه: ۵۱۹
- اشاره ۵۱۹
- الف- قسمی که مسئول خاصی دارد: ۵۱۹
- ب- مسائل مهمی که مسئول معینی ندارد: ۵۱۹
- بعد از ذکر این مقدمه سراغ حکم چهار قسم مسأله می‌رویم: ۵۲۰
- ۱- صغیر و صغیره‌ای هستند که اولیاء سه‌گانه را از دست داده‌اند (پدر، جد، وصی) ۵۲۰
- ۲ و ۳- جایی که مجنون باشد (خواه متصل، یا منفصل) ولی هم ندارد ۵۲۰
- ۴- در بالغه رشیده باکره عاقله تا پدرش بود اجازه پدر را می‌خواست ۵۲۰
- ادله عدم ولایت: ۵۲۱
- ۱- اجماع: ۵۲۱
- ۲- اصل: ۵۲۱
- ۳- روایات: ۵۲۱
- [مسأله ۱۲ (شرائط الولاية)] ۵۲۲
- اشاره ۵۲۲
- عنوان مسأله: ۵۲۲
- اشاره ۵۲۲
- ۱- بلوغ: ۵۲۳

- ۵۲۳ ۲- حریت:
- ۵۲۳ ۳- عقل:
- ۵۲۳ ۴- اسلام:
- ۵۲۴ ادله:
- ۵۲۴ ۱- اجماع:
- ۵۲۴ ۲- آیات:
- ۵۲۴ الف- آیه: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» «۲».
- ۵۲۴ اشاره
- ۵۲۴ ۱- غلبه نظامی،
- ۵۲۴ ۲- غلبه منطقی
- ۵۲۴ ۳- غلبه در آخرت،
- ۵۲۵ ۴- غلبه تشریعی:
- ۵۲۵ ب- آیه «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» «۴»
- ۵۲۵ ۳- روایت:
- ۵۲۶ [مسأله ۱۳ (عقد الفضولی)]
- ۵۲۶ اشاره
- ۵۲۶ عنوان مسأله:
- ۵۲۶ معنای فضولی:
- ۵۲۷ اقوال:
- ۵۲۸ ادله قائلین به صحت عقد فضولی:
- ۵۲۸ ۱- مقتضای قاعده:
- ۵۲۸ اشاره
- ۵۲۸ بیان اول: عمومات صحت عقود
- ۵۲۹ بیان دوم: تمسک به سیره عقلا:

- ۲- روایات: ۵۲۹
- اشاره ۵۲۹
- طایفهٔ اول: روایاتی که در باب نکاح عبید و اماء وارد شده است، ۵۲۹
- اشاره ۵۲۹
- نکته: نظر اسلام در مورد برده‌داری ۵۳۲
- طایفهٔ دوم: روایاتی که می‌گویند نکاح عمو، مادر، برادر، پدر نسبت به پسر کبیر و دختر کبیر، با اجازه صحیح است. ۵۳۳
- طایفهٔ سوم: روایاتی که از طرق عامه وارد شده است و ثابت می‌کند که عقد فضولی صحیح است. ۵۳۵
- طایفهٔ چهارم: احادیثی که در ابواب دیگر، غیر از نکاح آمده است ۵۳۶
- ادلهٔ قائلین به عدم صحت عقد فضولی: ۵۳۷
- اشاره ۵۳۷
- ۱- اصل: ۵۳۷
- ۲- تخلف اثر از مؤثر (دلیل عقلی): ۵۳۸
- ۳- عدم تأخر شرط از مشروط (دلیل عقلی): ۵۳۸
- ۴- روایات (مهمترین دلیل): ۵۳۸
- [مسألهٔ ۱۴ (مَنْ لَهُ الْإِجَازَةُ فِي الْفُضُولِي)] ۵۳۹
- اشاره ۵۳۹
- عنوان مسأله: ۵۴۰
- ادله: ۵۴۰
- ۱- «قضایا قیاساتها معها»: ۵۴۰
- ۲- روایات خاصه: ۵۴۰
- [مسألهٔ ۱۵ (تَأَخَّرَ الْإِجَازَةُ عَنِ الْعَقْدِ الْفُضُولِي)] ۵۴۱
- اشاره ۵۴۱
- اقوال: ۵۴۱
- ادله: ۵۴۱

- ۵۴۱ اشاره
- ۵۴۱ ۱- عمومات:
- ۵۴۲ ۲- سیره عقلا:
- ۵۴۲ ۳- روایات:
- ۵۴۴ بقى هنا امران:
- ۵۴۴ الأمر الاوّل: جمعی از اعلام در ذیل این مسأله متعرض نکته‌ای شده‌اند که در تحریر نیست
- ۵۴۵ الامر الثانی: تأخر اجازه دو گونه است:
- ۵۴۵ [مسأله ۱۶ (لا اثر للإجازة بعد الردّ فی الفضولی)]
- ۵۴۵ اشاره
- ۵۴۵ اقوال:
- ۵۴۵ اشاره
- ۵۴۶ خلاصه اقوال:
- ۵۴۶ ادله قول مشهور:
- ۵۴۶ اشاره
- ۵۴۶ ۱- اجماع
- ۵۴۶ ۲- الاجازة قائمة مقام القبول:
- ۵۴۷ ۳- قطع العلقه بعد الردّ:
- ۵۴۷ ادله قائلین به نفوذ اجازة بعد از رد:
- ۵۴۷ اشاره
- ۵۴۷ ۱- عمومات و اطلاقات
- ۵۴۸ ۲- سیره عقلا:
- ۵۴۸ ۳- روایات و هی العمدة
- ۵۴۸ روایت اوّل: صحیحة محمد بن قیس است که در باب فضولی در ۴ مسأله به آن استدلال کرده‌اند:
- ۵۴۸ اشاره

- اشکال اول: کلمه «ولیده» به معنی امّ ولد است ۵۴۸
- اشکال دوم: بچه کنیز در اینجا حرّ است ۵۴۹
- اشکال سوم: چرا مشتری پسر مالک را توقیف کرد و گروگان گرفت؟ ۵۴۹
- اشکال چهارم: قاضی نباید تلقین حجّت به احد الخصمین کند و این خلاف عدالت است و لا يجوز. ۵۴۹
- اشکال پنجم: آیا این اجازه اکراهی نبوده است؟ ۵۴۹
- اشکال ششم: این اجازه بعد از ردّ است و اجازه بعد از ردّ لا يجوز بالاجماع. ۵۵۰
- روایت دوم: روایاتی که حاکی بود از شکایت دختری نزد پیامبر ۵۵۰
- روایت سوم: حدیثی است که خدمت امام باقر یا حضرت علی علیه السلام آمدند و مولی عرض کرد که غلام بدون اجازه من ازدواج کرده ا ۵۵۰
- [مسأله ۱۷ فی الکراه] ۵۵۱
- اشاره ۵۵۱
- موقعیت مسأله: ۵۵۱
- ادلّه: (عدم مانعیت کراهت باطنیه) ۵۵۲
- ۱- عدم جریان ادلّه بطلان: ۵۵۲
- ۲- عمومات: ۵۵۲
- ۳- روایات: ۵۵۲
- ۴- صحّت عقد مکروه بعد از رضایت: ۵۵۲
- [مسأله ۱۸ (بما ذا تحصل الإجازة فی الفضولی)] ۵۵۲
- اشاره ۵۵۳
- عنوان مسأله: ۵۵۳
- اقوال: ۵۵۳
- اشاره ۵۵۳
- ۱- اجازة لفظی: ۵۵۳
- ۲- اجازة لفظی و فعلی: ۵۵۳
- ۳- اجازة لفظی و فعلی و رضایت باطنی: ۵۵۳

- ۵۵۳ ادله قول اول (اعتبار اجازه لفظیه فقط):
- ۵۵۳ اشاره
- ۵۵۴ ۱- اجازه جانشین انشاء:
- ۵۵۴ ۲- استقراء:
- ۵۵۵ ادله قول دوم (اعتبار اجازه لفظی و فعلی):
- ۵۵۵ اشاره
- ۵۵۵ ۱- قواعد:
- ۵۵۵ ۲- روایات خاصه:
- ۵۵۵ اشاره
- ۵۵۵ گروه اول: روایاتی که مضمون همه آنها این بود که عبدی بدون اجازه مولی ازدواج کرده و وقتی مولی باخبر شد سکوت کرد،
- ۵۵۵ اشاره
- ۵۵۶ الف- ضمیمه کردن روایات سکوت بکر:
- ۵۵۶ ب- تعبیر به اقرار:
- ۵۵۶ گروه دوم: روایاتی که در عقد فضولی نیست، ولی با استفاده از آن می‌توان عقد فضولی را درست کرد.
- ۵۵۷ گروه سوم: صحیح زراره که در باب ۲۴ از ابواب عقد نکاح عبید و اماء داشتیم.
- ۵۵۷ ادله قول سوم (اعتبار اجازه لفظی، فعلی و رضایت باطنی):
- ۵۵۷ اشاره
- ۵۵۸ ۱- عمومات:
- ۵۵۸ ۲- سکوت بکر و مولای عبد
- ۵۵۹ ۳- روایت صحیح زراره:
- ۵۵۹ [مسأله ۱۹ (عدم کفایه الرضا القلبی فی صحة العقد)]
- ۵۵۹ اشاره
- ۵۵۹ اقوال:
- ۵۵۹ در این مسأله نکاتی باید مورد توجه قرار گیرد:

- نکتهٔ اول: ما نمی‌توانیم چیزی را به گردن اصحاب بگذاریم، چون اصحاب متعرض این مسأله نشده‌اند که آیا رضایت قلبی کافی است یا نه، ۶
- نکتهٔ دوم: بحث ما در مقام ثبوتی است نه مقام اثباتی، ۵۶۰
- اشاره ۵۶۰
- دلیل بر عدم کفایت رضایت قلبی: ۵۶۰
- نکتهٔ سوم: لا تقاس مسئلهٔ الرضا فی الفضولی بمسألهٔ الرضا فی إباحة التصرفات. ۵۶۰
- نکتهٔ چهارم: تعبیری که متن تحریر الوسیله دارد و می‌گوید: این رضایت مُبرز و مُظهري می‌خواهد، تعبیر درستی نیست ۵۶۱
- نکتهٔ پنجم: [استدلال به حدیث معروف «خالد بن الحجاج» در عدم کفایت مجرد رضایت در عقد فضولی] ۵۶۱
- اشاره ۵۶۱
- سند حدیث: ۵۶۲
- دلالت حدیث: ۵۶۲
- جمع‌بندی: ۵۶۳
- [مسألهٔ ۲۰: لا يعتبر فی وقوع العقد فضولياً قصد الفضولیه و لا الالتفات اليها] ۵۶۳
- اشاره ۵۶۳
- عنوان مسأله: ۵۶۴
- ثمرهٔ بحث: ۵۶۴
- اقوال: ۵۶۴
- ادله: ۵۶۵
- ۱- تحلیل معنی فضولی و اصیل: ۵۶۵
- ۲- اطلاقات روایات فضولی: ۵۶۵
- نتیجه: ۵۶۶
- [مسئلهٔ ۲۱ (فی من يتوقف زوجيته على اجازته)] ۵۶۶
- اشاره ۵۶۶
- عنوان مسأله: ۵۶۶
- صور مسأله: ۵۶۶

- ۵۶۷ اشاره
- ۵۶۷ صور صحیحہ:
- ۵۶۷ صور باطلہ:
- ۵۶۷ صورت محلّ بحث:
- ۵۶۷ فرع مسأله:
- ۵۶۸ اقوال:
- ۵۶۸ ادلّہ:
- ۵۶۸ ۱- قاعدہ:
- ۵۶۹ ۲- روایت:
- ۵۶۹ اشاره
- ۵۶۹ مشکلات حدیث:
- ۵۷۱ فروغ:
- ۵۷۱ اشاره
- ۵۷۱ فرع اول: اگر تهمت (علاقہ بہ ارث) در مورد اجازہ دومی منتفی شود،
- ۵۷۲ فرع دوم: اگر خودداری کرد و قسم نخورد
- ۵۷۲ فرع سوم: دختر اجازہ داد و از دنیا رفت، سپس پسر اجازہ داد؛ ولی قسم نخورد
- ۵۷۲ فرع چهارم: نص روایت در مورد تزویج صغیرین است، آیا در کبیرین ہم همین حرف می‌آید؟
- ۵۷۳ فرع پنجم: عاقد در احد طرفین ولی و در طرف دیگر فضولی است،
- ۵۷۳ فرع ششم: اگر هر دو بالغ باشند منتهی یکی اصیل و دیگری فضولی،
- ۵۷۳ [مسأله ۲۲ (ترتّب الآثار الاخر علی الحلف)]
- ۵۷۳ اشاره
- ۵۷۴ عنوان مسأله:
- ۵۷۴ اقوال:
- ۵۷۴ نکات:

- ۱- اگر اجازه آمد و قسم هم آمد به چه دلیل سایر آثار مترتب می‌شود؟ ۵۷۴
- ۲- آن چه که عروه داشت و می‌فرمود «قسم هم نخورد سایر آثار مترتب است» ۵۷۵
- ۳- اگر زن اجازه داد و از دنیا رفت و شوهر بعداً اجازه داد، مادر زن و دختر زنِ مرحوم، بر او حرام می‌شود. ۵۷۵
- مسئله ۲۳ الظاهر جریان هذا الحكم (اجازه و قسم خوردن برای ارث) فی کل مورد، مات من لزم العقد من طرفه و بقى من يتوقف زوجيته على اج
- اشاره ۵۷۶
- بقی هنا شیء: ۵۷۶
- مسئله ۲۴ (إن العقد لازم بالنسبة الی المباشر) ۵۷۷
- اشاره ۵۷۷
- عنوان مسأله: ۵۷۷
- اقوال: ۵۷۷
- اشاره ۵۷۷
- قول اول: ترتب الآثار من طرف الاصيل ۵۷۷
- قول دوم: عدم ترتب الآثار من طرف الاصيل ۵۷۸
- قول سوم: التفصیل بین الزوج و الزوجه ۵۷۸
- [نظر استاد] ۵۷۹
- بقی هنا امور: ۵۸۰
- الامر الاول: آیا می‌توان گفت که از صحیحۀ «أبو عبیده حدّاء» «۱»، این حکم (وفادار بودن اصیل) استفاده شده است، ۵۸۰
- الامر الثانی: اگر قائل به قول اول (ترتب آثار) شدیم، تا چه زمانی باید صبر کند؟ ۵۸۱
- الامر الثالث: آیا این مسأله منحصر به جائی است که یکی اصیل باشد و دیگری فضولی، ۵۸۱
- مسئله ۲۵: إن ردّ المعقود له أو المعقود لها العقد الواقع فضولاً صار العقد كأنه لم يقع] ۵۸۱
- اشاره ۵۸۱
- عنوان مسأله: ۵۸۱
- دلیل: صحیحۀ أبو عبیده حدّاء ۵۸۲
- بقی هنا شیء: ۵۸۲

- بقی هنا شیء آخر: ۵۸۲
- مسأله ۲۶: ان زوج الفضولی امرأه برجل من دون اطلاعها و تزوجت هی برجل آخر] ۵۸۳
- اشاره ۵۸۳
- عنوان مسأله: ۵۸۳
- جمع‌بندی: ۵۸۳
- مسأله ۲۷: لو زوج فضولیان امرأه کل منهما برجل کانت بالخیار فی إجازة إیتهما شاءت و ان شاءت ردتهما] ۵۸۴
- اشاره ۵۸۴
- عنوان مسأله: ۵۸۴
- ادلّه: ۵۸۴
- مسأله ۲۸: لو وکلت زوجہ رجلین فی تزویجها فزوجها کلّ منهما برجل] ۵۸۵
- اشاره ۵۸۵
- عنوان مسأله: ۵۸۶
- صور مسأله: ۵۸۶
- اشاره ۵۸۶
- صورت اول: هر دو معلوم التاريخ هستند و سابق و لاحق هم معلوم است، ۵۸۶
- اشاره ۵۸۶
- ادلّه قول مشهور: ۵۸۷
- ۱- قاعده: ۵۸۷
- ۲- روایت: ۵۸۷
- دلیل قول شاذ: روایت ۵۸۸
- صورت دوم: هر دو عقد معلوم التاريخ و وکیلین مقارن هم عقد خوانده‌اند. ۵۸۸
- صورت سوم: احدهما معلوم التاريخ و نمی‌دانیم کدامیک بر دیگری مقدّم بوده است. ۵۸۹
- صورت چهارم: هر دو مجهول التاريخ است و نمی‌دانیم وکیل اول مقدّم بوده یا دومی ولی احتمال تقارن را هم می‌دهیم، ۵۹۰
- صورت پنجم: هر دو مجهول التاريخ و نمی‌دانیم کدامیک بر دیگری مقدّم بوده است، ۵۹۱

- اقوال: ۵۹۱
- اشاره ۵۹۱
- خلاصهٔ اقوال: ۵۹۱
- دلیل قول اول: [توقف و احتیاط تا زمان تبیین حال] ۵۹۲
- دلیل قول دوم: [فسخ نکاح از ناحیهٔ حاکم] ۵۹۳
- دلیل قول سوم: [فسخ نکاح از ناحیهٔ زوجه] ۵۹۳
- [دلیل] قول چهارم: حاکم شرع زوجین را برای دفع ضرر به طلاق مجبور کند، ۵۹۴
- دلیل قول پنجم: [قرعه برای تعیین اولویت یعنی حاکم دومی را مجبور به طلاق می‌کند و به اولی می‌گوید که تجدید عقد کند] ۵۹۴
- دلیل قول ششم: [تعیین زوج با قرعه] ۵۹۴
- بهترین قول: بهتر از همه در بین این اقوال، آن است که اختیار را به حاکم دهیم ۵۹۵
- بقی هنا شیء: ۵۹۵
- [مسأله ۲۹ (ادعاء الزوجین سبق العقد)] ۵۹۵
- اشاره ۵۹۵
- عنوان مسأله: ۵۹۶
- اشاره ۵۹۶
- قبل از ورود به مسأله، سه نکته را متذکر می‌شویم: ۵۹۶
- نکتهٔ اول: این مسأله تماماً بر محور قوانین باب قضا دور می‌زند و روایت خاصی ندارد، ۵۹۶
- نکتهٔ دوم: مسأله دو صورت دارد: ۵۹۶
- نکتهٔ سوم: جمعی از بزرگان از فقهاء متعزّض این مسأله شده‌اند ولی همه سراغ شاخهٔ دوم (تداعی) رفته‌اند ۵۹۶
- موضوع بحث: ۵۹۶
- الف) اگر احدهما (زوج اول) ادعای سبق کرد، در این صورت چهار حالت متصوّر است: ۵۹۶
- اشاره ۵۹۶
- حکم صورت اول (زوج دوم و زوجه، هر دو تصدیق می‌کنند): ۵۹۷
- حکم صورت دوم (احدهما اقرار می‌کند و دومی می‌گوید «لا ادری»): ۵۹۷

- حکم صورت سوم (کلاهما می‌گویند «لا ادری»): ۵۹۷
- اشاره ۵۹۷
- قاعده فراغ در کجا جاری است؟ ۵۹۸
- حکم صورت چهارم (صدقه الآخر و لكن کذبته الزوجه): ۵۹۸
- ب) کلاهما ادعای تقدّم دارند (تداعی)، ۶۰۱
- اشاره ۶۰۱
- حالت اول (زوجه «لا ادری» می‌گوید): ۶۰۱
- حالت دوم (زن هم در دعوی داخل شود): ۶۰۲
- [مسأله ۳۰: لو زوج احد الوكيلين عن الرجل له امرأة و الآخر بنتها] ۶۰۳
- اشاره ۶۰۳
- عنوان مسأله: ۶۰۳
- مسأله سه حالت دارد: ۶۰۳
- اشاره ۶۰۳
- حکم حالت اول (معلوم التاريخ): ۶۰۳
- حکم حالت دوم (احدهما معلوم التاريخ): ۶۰۴
- حکم حالت سوم (مجهولی التاريخ): ۶۰۴
- اشاره ۶۰۴
- بقی هنا امور: ۶۰۵
- الامر الاول: این دو زن که یقین داریم احدهما زوجه است، منتهی مجهولی التاريخ هستند (مقارن هم نیستند) تکلیف این دو اگر بخو
الامر الثاني: اگر احتیاط کنند و هیچ یک ازدواج نکنند، به عسر و حرج می‌افتند، در این صورت چه کنند؟ ۶۰۵
- الامر الثالث: آیا شوهر مهر المستمی را باید بدهد، چه طلاق دهد و چه ندهد ۶۰۵
- الامر الرابع: مسائل تداعی که در مسئله ۲۹ گفته شد، آیا اینجا هم تصوّر دارد؟ ۶۰۶
- الامر الخامس: مسئله ۲۸ و ۲۹ و ۳۰ در مورد وکیلین و ولّیین است. ۶۰۶
- فصلّ فی اسباب التّحریم ۶۰۷

- ۶۰۷ اشاره
- ۶۰۷ الف: امام (ره): هشت سبب
- ۶۰۸ ب: مرحوم محقق در شرایع: شش سبب
- ۶۰۸ ج: صاحب جواهر «۳»: بیست و یک سبب
- ۶۰۹ القول فی النسب
- ۶۰۹ اشاره
- ۶۰۹ [اول از صنوف هفت گانه مادر است]
- ۶۰۹ اشاره
- ۶۱۲ بقى هنا امران:
- ۶۱۲ الامر الاول: آیا از نظر قواعد اصولی و ادبی، اراده اعم، از لفظ امّ و بنت ممکن است،
- [الامر الثاني: نکته‌ای که در تحریر به آن اشاره نشده است [مقابل این اصناف سبعة محرّمه من النساء، اصناف سبعة محرّمه من الرجال داریم]
- ۶۱۲ اشاره
- ۶۱۳ دلیل:
- ۶۱۳ ۱- ملازمه عرفیه:
- ۶۱۳ ۲- ملازمه عقلیه:
- ۶۱۴ و اما بقیه صنوف:
- ۶۱۴ اشاره
- ۶۱۴ دلیل:
- ۶۱۵ بقى هنا شیء:
- ۶۱۵ [مسأله ۱: لا تحرم عمّة العمّة و لا خاله الخاله ما لم تدخلا فی عنوانی العمّة و الخاله و لو بالواسطه]
- ۶۱۵ اشاره
- ۶۱۶ عنوان مسأله:
- ۶۱۶ دلیل:
- ۶۱۶ [مسأله ۲ (النسب الشرعی و غیر الشرعی)]

- ۶۱۷ اشاره
- ۶۱۷ تعریف نسب شرعی:
- ۶۱۷ اشاره
- ۶۱۷ دلیل:
- ۶۱۸ احکام ولد نامشروع:
- ۶۱۸ اقوال:
- ۶۱۹ دلیل حرمت نکاح:
- ۶۱۹ اشاره
- ۶۱۹ ۱- اجماع:
- ۶۱۹ ۲- صدق عناوین بر ولد نامشروع:
- ۶۱۹ ۳- احتیاط:
- ۶۲۰ ۴- روایت:
- ۶۲۰ ۵- تناسب حکم و موضوع: (و لعلّه احسن من الجميع)
- ۶۲۱ بقی هنا اموز:
- ۶۲۱ الامر الاول: توارث
- ۶۲۲ الامر الثاني: حرمت نظر
- ۶۲۲ الامر الثالث: دامنۀ محرمات نکاح
- ۶۲۳ الامر الرابع: نفقه و حضانت و ولایت
- ۶۲۳ الامر الخامس: سایر احکام
- ۶۲۵ الامر السادس: نکاح فرزندان آدم
- ۶۲۵ اشاره
- ۶۲۵ نظریۀ اول: در عصر اول به خاطر ضرورتها، نکاح اخوه و اخوات حلال بوده و بعداً بلافاصله ممنوع شد
- ۶۲۵ نظریۀ دوم: به طور قطع ممنوع بوده است،
- ۶۲۵ نظریۀ سوم: آدم، اولین انسان روی زمین نبود

- ۶۲۵ بررسی نظریات:
- ۶۲۵ طرفداران نظریهٔ اول برای اثبات مدّعی خود به آیات قرآن و روایات استدلال می‌کنند:
- ۶۲۶ آیات:
- ۶۲۶ روایات:
- ۶۲۷ دلیل قول دوم: روایات کثیره‌ای دلالت بر این قول دارد
- ۶۲۹ اقوال عامّه:
- ۶۲۹ بررسی قول اول و دوم:
- ۶۲۹ قول سوم: نکاح ابناء آدم با نسل دیگری از انسان بوده است
- ۶۳۱ [مسألهٔ ۳ (وطء الشبهه)]
- ۶۳۱ اشاره
- ۶۳۱ عنوان مسأله:
- ۶۳۱ صور مسأله:
- ۶۳۱ اشاره
- ۶۳۲ مقام اول: وطاء الشبهه یلحق بالنسب (کبری)
- ۶۳۲ اشاره
- ۶۳۲ ادله:
- ۶۳۲ مقام دوم: ما الوطاء بالشبهه؟ (صغری)
- ۶۳۲ اشاره
- ۶۳۳ موارد وطی شبهه:
- ۶۳۳ تعریف وطی به شبهه:
- ۶۳۴ طریقهٔ ورود به مسأله:
- ۶۳۴ اشاره
- ۶۳۵ تفاوت بین نکاح و زنا:
- ۶۳۵ راه بررسی:

- ۶۳۵ اشاره
- ۶۳۵ ۱- از طریق قاعده:
- ۶۳۷ ۲- روایات خاصه:
- ۶۴۱ بقی هنا اموز:
- ۶۴۱ الامر الاول: در وطی به شبهه نسبت به مواردی که شخص معذور نیست چه حکمی جاری می‌کنیم؟
- ۶۴۲ الامر الثانی: هل فرق بین الاعمی و غیره فی وطی الشبهه؟
- ۶۴۲ الامر الثالث: اگر در حال مستی واقعه انجام گیرد آیا احکام زنا دارد؟
- ۶۴۳ الامر الرابع: آیا در ولد شبهه رضاع اثر می‌کند؟
- ۶۴۳ الامر الخامس: بیان شد که وطی شبهه مهر دارد، این مهر چه مهری است، آیا مهر المستی است
- ۶۴۳ اشاره
- ۶۴۴ اقوال:
- ۶۴۵ بهتر است مسأله را از ابتدا تقسیم کنیم:
- ۶۴۵ الف: وطی به شبهه متکی به عقد نباشد (وطی در حال مستی یا نوم و یا بالاجبار)
- ۶۴۵ ب: وطی به شبهه متکی به عقد باطلی باشد
- ۶۴۸ [مسأله مستحدثه] شبهه‌سازی (الاستساخ)
- ۶۴۸ اشاره
- ۶۴۹ در اینجا سؤالاتی مطرح است:
- ۶۴۹ البحث فی مقامین:
- ۶۴۹ المقام الاول: آیا اصل این عمل در مورد انسانها جایز است؟
- ۶۴۹ در مورد حکم شرعی از سه جهت صحبت می‌شود:
- ۶۴۹ ۱- از نظر لوازم و عوارض:
- ۶۵۰ ۲- از نظر عنوان اولی:
- ۶۵۰ ۳- از نظر عنوان ثانوی:
- ۶۵۰ اشاره

- الف: از نظر اخلاقی: ۶۵۰
- ب: از نظر مسائل حقوقی: ۶۵۰
- ج: از نظر مسائل اجتماعی: ۶۵۰
- بعضی برای حرمت شبیه‌سازی، سه دلیل اقامه کرده‌اند: ۶۵۱
- دلیل اول: اصالة الحرمة ۶۵۱
- دلیل دوم: آیه فَلْيَغَيِّرَنَّ خُلُقَ اللَّهِ «... ۱» □ ۶۵۱
- دلیل سوم: التفرقة بين المرء و زوجته ۶۵۱
- المقام الثانی: اگر انسانی از این طریق متولد شد، از جهت ارث، قتل، اسلام، حضانت و نفقه و محرمیت چه حکمی دارد؟ ۶۵۲
- [چند مسئله مهم باقیمانده از بحث مقدمات نکاح] ۶۵۲
- [مسألة ۱۲ (الافضاء)] ۶۵۲
- اشاره ۶۵۲
- عنوان مسأله: ۶۵۳
- فروع مسأله: ۶۵۳
- فروع مستحدثة مسأله: ۶۵۳
- اشاره ۶۵۳
- فرع اول: دخول به زوجة قبل از اکمال نه سالگی حرام است ۶۵۴
- اشاره ۶۵۴
- ادله: ۶۵۴
- ۱- اجماع: ۶۵۴
- ۲- روایات: ۶۵۴
- اشاره ۶۵۵
- جمع بین روایات: ۶۵۵
- اقوال عامه: ۶۵۶
- بقی هنا شیء: ۶۵۶

- ۶۵۶ فرع دوم: آیا سایر استمتاعات نسبت به کمتر از نه سال جایز است؟
- ۶۵۶ فرع سوم: اگر با زوجة خود قبل از اكمال نه سالگی وطی نمود و عیبی هم حاصل نشد.
- ۶۵۶ اشاره
- ۶۵۷ دلیل:
- ۶۵۷ فرع چهارم: اگر دخول حاصل و افضاء شد
- ۶۵۷ اشاره
- ۶۵۷ حکم اول: حرمت ابدی وطی
- ۶۵۸ حکم دوم: نفقة مادام العمر
- ۶۵۸ اشاره
- ۶۵۹ جمع‌بندی:
- ۶۵۹ حکم سوم: دیة افضاء
- ۶۵۹ اشاره
- ۶۶۰ نتیجه:
- ۶۶۰ حکم چهارم: بقاء زوجیت
- ۶۶۰ اشاره
- ۶۶۱ ادله:
- ۶۶۱ دلیل اول: استصحاب بقاء زوجیت
- ۶۶۱ دلیل دوم: روایات
- ۶۶۱ فرع پنجم: افضاء چیست؟
- ۶۶۱ اشاره
- ۶۶۲ اقوال:
- ۶۶۲ حقیقت مسأله:
- ۶۶۲ اشاره
- ۶۶۲ افضاء در روایات:

- ۶۶۲ افشاء در لغت:
- ۶۶۳ کلید حلّ مشکل:
- ۶۶۳ بقی هنا امران:
- ۶۶۴ الامر الاول: اگر افشاء را ترمیم کردند و معالجه شد (که در عصر و زمان ما کاملاً میسر است).
- ۶۶۴ الامر الثاني: اگر بعد از سن بلوغ افشاء شود
- ۶۶۴ [مسأله ۱۳: لا يجوز ترك وطء الزوجة اكثر من اربعة اشهر الا باذنها]
- ۶۶۴ اشاره
- ۶۶۵ عنوان مسأله:
- ۶۶۵ اقوال:
- ۶۶۵ ادله:
- ۶۶۵ دليل اول: اجماع
- ۶۶۵ دليل دوم: لزوم عسر و حرج و ضرر
- ۶۶۶ دليل سوم: آية ايلاء
- ۶۶۶ دليل چهارم: روايات
- ۶۶۶ ۱- روايت صفوان بن يحيى
- ۶۶۶ ۲- مرسله جعفر بن محمد عن ابى عبد الله عليه السلام: □
- ۶۶۷ بقی هنا امران:
- ۶۶۷ الامر الاول: هل هناك فرق بين المسافر والحاضر؟
- ۶۶۸ الامر الثاني: هل هناك فرق بين الدائمة والمنقطعة؟
- ۶۶۸ [مسأله ۱۴ (حكم العزل)]
- ۶۶۸ اشاره
- ۶۶۸ عنوان مسأله:
- ۶۶۸ محلّ كلام:
- ۶۶۸ اقوال:

- ۶۶۸ ادلة حرمت عزل:
- ۶۶۹ دلیل جواز عزل: روایات
- ۶۷۰ بقی هنا امور:
- ۶۷۰ الامر الاول: در صورتی که زن ناراضی باشد و اگر باردار نشود، احتمال ضرر هم باشد
- ۶۷۰ الامر الثاني: آیا کراهت یا حرمت عزل به سبب مشکلات کثرت اولاد مرتفع می‌شود؟
- ۶۷۰ الامر الثالث: عزل یکی از مصادیق جلوگیری است،
- ۶۷۱ جلد سوم
- ۶۷۱ فهرست
- ۶۷۲ مقدمه
- ۶۷۳ [القول فی الرضاع]
- ۶۷۳ اشاره
- ۶۷۳ مقدمه:
- ۶۷۴ ادلة سببیه الرضاع للحرمة:
- ۶۷۴ اشاره
- ۶۷۴ ۱- اجماع:
- ۶۷۴ ۲- آیه: «وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ» «۱»
- ۶۷۴ ۳- سنت:
- ۶۷۴ اشاره
- ۶۷۴ الف: روایات عامه:
- ۶۷۶ ب: روایات خاصه:
- ۶۷۶ بقی هنا امور:
- ۶۷۶ الامر الاول: معنی قاعده
- ۶۷۷ الامر الثاني: شمول قاعده
- ۶۷۷ الامر الثالث: عمومیت قاعده

- ۶۷۸ الامر الرابع: تأسيس اصل
- ۶۷۸ شرايط باب رضاع:
- ۶۷۸ اشاره
- ۶۷۸ [الاول أن يكون اللبن حاصلًا من وطء جازي شرعي]
- ۶۷۸ اشاره
- ۶۷۹ اقوال:
- ۶۷۹ ادله:
- ۶۷۹ ۱- اصل:
- ۶۸۰ ۲- اجماع:
- ۶۸۰ ۳- روايات:
- ۶۸۲ بقي هنا شيء:
- ۶۸۳ صور مسأله:
- ۶۸۳ مسأله داراي شش صورت است:
- ۶۸۳ ۱- لبن خودجوش:
- ۶۸۳ ۲- لبن ولد الزنا:
- ۶۸۳ ۳- لبن تولد غير مدخوله:
- ۶۸۳ ۴- لبن وطى شبهه:
- ۶۸۳ ۵- لبن حمل:
- ۶۸۴ ۶- لبن ولادت بی موقع:
- ۶۸۴ حکم صور مسأله:
- ۶۸۴ صورت اول:
- ۶۸۴ صورت دوم:
- ۶۸۴ اشاره
- ۶۸۴ ادله قائلين به عدم محرمیت:

- ۶۸۶ ادله قائلین به محرمیت:
- ۶۸۶ صورت سوم: ولادت ناشی از سبق ماء باشد، من غیر دخول.
- ۶۸۷ صورت چهارم: وطی به شبهه در جایی است که کسی غیر زوجه‌اش را به زوجه‌اش اشتباه کند،
- ۶۸۸ اشاره
- ۶۸۸ اقوال:
- ۶۸۸ ادله:
- ۶۸۹ صورت پنجم: لبن حاصل از وطی جایز شرعی باشد و لکن مع الحمل و قبل الولادة. آیا در این صورت محرمیت حاصل می‌شود؟
- ۶۸۹ اقوال:
- ۶۹۱ صورت ششم: آنجایی که بعد از ولادت باشد که خود دارای چهار حالت است:
- ۶۹۲ بقی هنا اموز:
- ۶۹۲ الامر الاول: اگر بچه از طریق «سزارین» متولد شود
- ۶۹۲ الامر الثاني: اگر از طریق «استنساخ» (شبيه‌سازی) بچه‌ای متولد و شیر هم حاصل شود
- ۶۹۲ الامر الثالث: اگر کشت نطفه در رحم کنند (زرع) سه حالت دارد:
- ۶۹۳ [مسألة ۱ (عدم اعتبار بقاء الزوجية في نشر الحرمة)].
- ۶۹۳ اشاره
- ۶۹۳ عنوان مسأله:
- ۶۹۳ اقوال:
- ۶۹۴ دلیل: عمومات، اطلاقات و اصول عملیه
- ۶۹۴ حکم صور مسأله:
- ۶۹۴ اشاره
- ۶۹۴ حکم صورت اول و دوم:
- ۶۹۵ حکم صورت سوم:
- ۶۹۵ حکم صورت چهارم:
- ۶۹۵ حکم صورت پنجم:

- ۶۹۵ حکم صورت ششم:
- ۶۹۶ [الثانی: أن يكون شرب اللبن بالامتصاص من الثدي]
- ۶۹۶ اشاره
- ۶۹۶ اقوال:
- ۶۹۷ ادله قول مشهور (شرطیت مکیدن از سینه):
- ۶۹۷ ۱- متبادر ذهنی از معنی رضاع:
- ۶۹۷ ۲- روایات:
- ۶۹۸ دلیل قول غیر مشهور: روایت
- ۷۰۰ [الثالث: ان تكون المرضعة حية]
- ۷۰۰ اشاره
- ۷۰۰ اقوال:
- ۷۰۱ ادله قول مشهور (شرطیت حیات):
- ۷۰۱ اشاره
- ۷۰۱ ۱- اصالة الحلیة یا استصحاب:
- ۷۰۱ ۲- اطلاق و عمومات:
- ۷۰۲ ادله قول مخالف (عدم شرطیت حیات):
- ۷۰۲ ۱- اطلاق و عمومات:
- ۷۰۲ ۲- استصحاب:
- ۷۰۳ [الشرط الرابع: ان يكون المرتضع في اثناء الحولين و قبل استكمالها]
- ۷۰۳ اشاره
- ۷۰۳ عنوان مسأله:
- ۷۰۴ اشاره
- ۷۰۴ فرع اول: اشتراط حولین در مورد مرتضع
- ۷۰۴ اشاره

- ۷۰۴ اقوال:
- ۷۰۴ ادلة قول مشهور:
- ۷۰۴ ۱- اصل:
- ۷۰۵ ۲- آیه شریفه: «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْفِثَ الرِّضَاعَةَ» «۱»
- ۷۰۵ ۳- روایات:
- ۷۱۰ فرع دوم: اشتراط حولین در مورد ولد مرضعه
- ۷۱۰ اشاره
- ۷۱۰ اقوال:
- ۷۱۱ ادلة قول مشهور (عدم اشتراط حولین در ولد مرضعه):
- ۷۱۱ ۱- استصحاب:
- ۷۱۱ ۲- عمومات و اطلاقات:
- ۷۱۱ ادلة قول غیر مشهور (اشتراط حولین در ولد مرضعه):
- ۷۱۱ ۱- اصالة الاباحة:
- ۷۱۱ ۲- احادیث «لا رضاع بعد فطام»:
- ۷۱۲ ۳- استنباط ابن بکیر:
- ۷۱۲ ۴- دلیل صاحب جواهر:
- ۷۱۲ [مسألة ۲ (ما المراد بالحوالین)؟]
- ۷۱۲ اشاره
- ۷۱۳ اقوال:
- ۷۱۳ دلیل: انصراف لفظ
- ۷۱۴ بقی هنا امور:
- ۷۱۴ الامر الاول: الشک فی معنی الحولین
- ۷۱۴ الامر الثاني: اكمال الرضعة الاخيرة مع تمام الحولین
- ۷۱۵ الامر الثالث: الاقل و الاكثر فی الرضاع

- ۷۱۵ اشاره
- ۷۱۵ اقوال:
- ۷۱۶ ادله:
- ۷۱۹ بقی هنا شیء:
- ۷۱۹ [الشرط الخامس: الكمية]
- ۷۱۹ اشاره
- ۷۲۰ عنوان مسأله:
- ۷۲۰ چنین مسئله‌ای که دارای اهمیت است و بین شیعه و سنی اختلافی است، باید در مقاماتی از آن بحث شود:
- ۷۲۰ اشاره
- ۷۲۰ مقام اول: اقوال خاصه و عامه
- ۷۲۰ الف- اقوال خاصه:
- ۷۲۱ اشاره
- ۷۲۱ جمع‌بندی اقوال:
- ۷۲۱ ب- اقوال عامه:
- ۷۲۱ مقام دوم: آیا مسمای رضاع کافی است؟
- ۷۲۱ اشاره
- ۷۲۲ ادله قائلین به کفایت مسمی:
- ۷۲۲ اشاره
- ۷۲۲ ۱- اطلاق آیه «وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ» «... ۶»
- ۷۲۲ ۲- روایات:
- ۷۲۴ مقام سوم: بررسی کمیت‌های سه‌گانه (اثر، عدد، زمان)
- ۷۲۴ ۱- اثر:
- ۷۲۴ اشاره
- ۷۲۴ ادله:

- ۷۲۵ بقی هنا اموز:
- ۷۲۶ ۲- زمان:
- ۷۲۶ اشاره
- ۷۲۶ اقوال:
- ۷۲۷ دلیل: روایات:
- ۷۲۹ ۳- عدد:
- ۷۲۹ اشاره
- ۷۲۹ اقوال:
- ۷۳۰ دلیل مشهور متأخرین (۱۵ رضعه):
- ۷۳۰ ادله قائلین به کفایت ده رضعه:
- ۷۳۲ مقایسه ادله دو قول:
- ۷۳۲ مقام چهارم: رتبه معیارهای سه‌گانه
- ۷۳۲ اشاره
- ۷۳۳ اقوال:
- ۷۳۳ اشاره
- ۷۳۳ قول اول: کلها اصول برأسه.
- ۷۳۳ قول دوم: انّ الاصل هو العدد و الباقیان انما یعتبران عند عدم انضباطه
- ۷۳۳ قول سوم: انّ الاصل هو الاثر و الباقیان اماره علیه،
- ۷۳۳ دلیل: روایات:
- ۷۳۳ اشاره
- ۷۳۳ طایفه اول: روایاتی که ظاهرشان حصر است
- ۷۳۴ طایفه دوم: صراحتاً می‌گوید که اصل «اثر» و بقیه اماره هستند:
- ۷۳۶ مقام پنجم: آیا معیارهای سه‌گانه با هم هماهنگی دارند؟
- ۷۳۶ مقام ششم: اثر از کجا فهمیده شود؟

مسئله ۳: المعتبر فی انبات اللحم و شدّ العظم استقلال الرضاع فی حصولها علی وجه ینسبان الیه] ۷۳۷

اشاره ۷۳۷

فرع اول: استقلال رضاع در حصول انبات لحم و شدّ عظم یکی از معیارهای سه‌گانه در حصول رضاع شدّ عظم و انبات لحم بر اثر شیر خ

فرع دوم: اثر باید عرفی و محسوس باشد تأثیر سه‌گونه است: ۷۳۸

۱- تأثیر عقلی: ۷۳۸

۲- اثر عرفی غیر محسوس: ۷۳۸

۳- اثر عرفی محسوس: ۷۳۸

مسئله ۴: یرعتبر فی التقدير بالزمان أن یركون غذاؤه فی الیوم و اللیلۃ منحصراً باللبن] ۷۳۹

اشاره ۷۳۹

عنوان مسأله: ۷۳۹

اشاره ۷۳۹

فرع اول: باید غذای بچه در این شبانه روز منحصر به شیر باشد ۷۳۹

اشاره ۷۳۹

ادله: ۷۴۰

فرع دوم: آیا مراد از شبانه روز، یک شبانه روز کامل، یعنی از طلوع فجر تا طلوع فجر روز بعد یا از طلوع شمس تا طلوع شمس روز به

مسئله ۵: یرعتبر فی التقدير بالعدد امور:] ۷۴۱

اشاره ۷۴۱

عنوان مسأله: ۷۴۱

اشاره ۷۴۱

شرط اول: کمال الرضعة ۷۴۲

شرط دوم: توالی الرضعات ۷۴۲

شرط سوم: کمال العدد من امرأة واحدة ۷۴۲

شرط چهارم: اتحاد الفحل ۷۴۲

اقوال در شرط اول (کمال الرضعة): ۷۴۲

- ۷۴۲ اشاره -
- ۷۴۲ ادله:
- ۷۴۳ ۱- اجماع:
- ۷۴۳ ۲- اصل (اصالة عدم محرمیت):
- ۷۴۳ ۳- ظهور روایاتی که عدد را بیان کرده است (بهترین دلیل):
- ۷۴۳ ۴- روایات خاصه:
- ۷۴۴ شرط دوم: توالی رضعات
- ۷۴۴ اشاره -
- ۷۴۵ اقوال در شرط دوم (توالی رضعات):
- ۷۴۵ ادله:
- ۷۴۵ ۱- اصل عملی:
- ۷۴۵ ۲- روایات:
- ۷۴۷ بقی هنا امور:
- ۷۴۷ الامر الاول: معروف و مشهور این است که تغذیه طفل به مأكولات دیگر مضرّ به توالی نیست
- ۷۴۷ الامر الثانی: مرحوم امام این امر را در تحریر بیان فرموده‌اند؛ ولی در جواهر آمده است.
- ۷۴۸ الامر الثالث: شیر زن دیگر که توالی را به هم می‌زند آیا باید رضعه کامله باشد یا رضعه ناقصه هم توالی را به هم می‌زند؟ ---
- ۷۴۸ شرط سوم: کمال العدد من امرأة واحدة (اتحاد المرضعة)
- ۷۴۸ اشاره -
- ۷۴۸ اقوال در شرایط سوم (کمال العدد من امرأة واحدة):
- ۷۴۸ ادله:
- ۷۴۸ ۱- روایات خاصه:
- ۷۴۸ ۲- اولویت:
- ۷۴۹ شرط چهارم: اتحاد الفحل
- ۷۴۹ اقوال در شرط چهارم (اتحاد الفحل)

- ۷۵۰ ادله:
- ۷۵۰ ۱- اصل:
- ۷۵۰ ۲- روایات:
- ۷۵۶ عدم شرطیت اتحاد فعل (قول طبرسی):
- ۷۵۶ اشاره
- ۷۵۷ ادله قول طبرسی:
- ۷۵۸ بقی هنا امور:
- ۷۵۸ الامر الاول: اتحاد فعل دو معنی داشت،
- ۷۵۸ الامر الثانی: در شاخه دوم که می‌گوییم محرمیت حاصل نمی‌شود در واقع بین دو بجه محرمیت حاصل نمی‌شود
- ۷۵۸ الامر الثالث: اکثریت عامه لبن فعل را موجب حرمت می‌دانند؛
- ۷۵۹ ادله رد کلام عامه:
- ۷۵۹ ۱- اجماع:
- ۷۵۹ ۲- اخبار کثیره از شیعه:
- ۷۵۹ ۳- روایاتی از عامه:
- ۷۶۰ ادله عامه بر عدم نشر حرمت:
- ۷۶۰ اشاره
- ۷۶۰ ۱- ظاهر آیه شریفه «وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ»:
- ۷۶۰ ۲- عدم ارتباط تکوینی بین مرضعه و مرد:
- ۷۶۱ [مسأله ۶: ما ذکرناه من الشروط، شروط لناشریة الرضاع للحرمة]
- ۷۶۱ اشاره
- ۷۶۱ عنوان مسأله:
- ۷۶۲ [مسأله ۷: إذا تحقّق الرضاع الجامع للشرائط صار الفعل و المرضعُ أباً و أمّاً للمرضع، و أصولهما]
- ۷۶۲ اشاره
- ۷۶۲ مقدمه:

- ۷۶۲ ادله:
- ۷۶۳ ۱- اجماع:
- ۷۶۳ ۲- روایات:
- ۷۶۳ اشاره:
- ۷۶۳ طایفه اول: روایات «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»
- ۷۶۴ طایفه دوم: احادیث خاصه
- ۷۶۷ جمع‌بندی روایات:
- ۷۶۸ [مسئله ۸: تکفی فی حصول العلاقة الرضاعیة المحرمه دخالة الرضاع فیه فی الجملة]
- ۷۶۸ اشاره:
- ۷۶۹ عنوان مسأله:
- ۷۶۹ دلیل:
- ۷۶۹ [مسئله ۹: لما كانت المصاهرة علاقة بين احد الزوجين و بعض اقرباء الآخر تتوقف علی أمرین]
- ۷۶۹ اشاره:
- ۷۷۰ عنوان مسأله:
- ۷۷۰ ادله:
- ۷۷۰ اشاره:
- ۷۷۰ ۱- اجماع:
- ۷۷۱ ۲- روایات:
- ۷۷۱ ۳- اصل:
- ۷۷۱ [مسئله ۱۰: قد تبین ممّا سبق أن العلاقة الرضاعیة المحضه قد تحصل برضاع واحد]
- ۷۷۱ اشاره:
- ۷۷۲ عنوان مسأله:
- ۷۷۲ دلیل:
- ۷۷۲ [مسئله ۱۱: (سریان الرضاع فی العمومه)]

- ۷۷۲ اشاره
- ۷۷۲ عنوان مسأله:
- ۷۷۳ دلیل: روایات عامه
- ۷۷۳ [مسأله ۱۲: نکاح أب المرتضع فی أولاد]
- ۷۷۳ اشاره
- ۷۷۳ [فرع اول: لا يجوز أن ینکح ابو المرتضع فی اولاد صاحب اللبن].
- ۷۷۳ اشاره
- ۷۷۴ اقوال:
- ۷۷۴ اشاره
- ۷۷۵ جمع‌بندی اقوال:
- ۷۷۵ ادله:
- ۷۷۵ ۱- اصل:
- ۷۷۵ ۲- قاعده:
- ۷۷۶ ۳- روایات خاصه:
- ۷۷۸ فرع دوم: لا يجوز ان ینکح أبو المرتضع فی اولاد المرضعه نسباً لا رضاعاً
- ۷۸۰ فرع سوم: نکاح أخی المرتضع فی اولاد صاحب اللبن و اولاد المرضعة
- ۷۸۰ اشاره
- ۷۸۰ اقوال:
- ۷۸۰ اشاره
- ۷۸۱ جمع‌بندی اقوال:
- ۷۸۱ ادله قول به جواز:
- ۷۸۱ ۱- اصل:
- ۷۸۱ ۲- روایت:
- ۷۸۲ ادله قول به حرمت:

- ۷۸۲ اشاره
- ۷۸۲ -۱- تعلیلی که در حدیث ابن مهزیار (و کتّ فی موضع بناتک) «۱» و آیوب بن نوح (لأنّ ولدها صارت بمنزلة ولدک) «۲» بود ۷۸۲
- ۷۸۳ ۲- احادیث «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»:
- ۷۸۳ ۳- مسئله عموم المنزلة:
- ۷۸۴ [مسألة ۱۳: (أخوات کل من المرتضین لآخوة الآخر)]
- ۷۸۴ [مسألة ۱۴: (الرضاع یمنع من النکاح لاحقاً)]
- ۷۸۴ اشاره
- ۷۸۵ عنوان مسأله:
- ۷۸۵ این مسأله مرکب از دو فرع است:
- ۷۸۵ اشاره
- ۷۸۵ [فرع اول: در مورد نسبی‌ها است.]
- ۷۸۵ اقوال:
- ۷۸۶ ادله:
- ۷۸۷ فرع دوم: زوجة کبیره، زوجة صغیره را شیر می‌دهد آیا لاحقاً باطل می‌شود؟
- ۷۸۷ این مسأله دارای سه صورت است:
- ۷۸۸ ادله:
- ۷۹۱ بقی هنا امور:
- ۷۹۱ الامر الاول: بعض ثمرات هذه المسألة
- ۷۹۱ الامر الثاني: فی المهر
- ۷۹۲ الامر الثالث: حکم الزوجة الكبيرة الثانية
- ۷۹۲ اشاره
- ۷۹۲ اقوال:
- ۷۹۲ ادله قائلین به حرمت:
- ۷۹۴ الامر الرابع: يتصور انفساخ النکاح فی موارد الثلاثة

- ۷۹۴ [تنبیّه (اذا كان اخوان في بيت واحد)] ...
- ۷۹۴ اشاره
- ۷۹۴ عنوان:
- ۷۹۵ بقی هنا امور:
- ۷۹۵ الامر الاول: ما در رساله برای این مسأله دو شرط نوشته‌ایم:
- ۷۹۵ الامر الثاني: این مسأله و لو راه حلی از نظر شرع است ولی ما توصیه می‌کنیم که سراغ این محرمیتها نروند،
- ۷۹۵ الامر الثالث: امام (ره) می‌فرمایند: [كانت زوجة كل منهما اجنبية عن الآخر]
- ۷۹۵ الامر الرابع: لقائل ان يقول این محرمیتی که بیان کردید از ریشه اشکال داشته و درست نیست،
- ۷۹۵ [مسائل فی الرضاع]
- ۷۹۵ [مسألة ۱ (ارضاع الولد جدته من طرف الام)]
- ۷۹۶ اشاره
- ۷۹۶ عنوان مسأله:
- ۷۹۶ مسأله دارای پنج فرع است:
- ۷۹۶ فرع اول: [لا ينكح أبو المرتضع في اولاد صاحب اللبن سابقا او لاحقا]
- ۷۹۶ فرع دوم: [لا ينكح أبو المرتضع في اولاد المرضعة نسباً]
- ۷۹۷ فرع سوم: [إذا أرضعت زوجة أبي البنت من لبنه ولد البنت بطل نكاح البنت]
- ۷۹۷ فرع چهارم: [الجدة من طرف الأب إذا أرضعت ولد ابنها فلا يترتب عليه شيء]
- ۷۹۷ فرع پنجم: انتفاء الموضوع
- ۷۹۷ اشاره
- ۷۹۷ ۱- بنت طلاق بگیرد:
- ۷۹۷ ۲- بنت از دنیا برود:
- ۷۹۷ ۳- شوهر بنت از دنیا برود:
- ۷۹۷ [مسألة ۲: لو زوج ابنه الصغير بابنة أخيه الصغيرة ثم أرضعت جدتهما من طرف الأب أو الأم احدهما]
- ۷۹۷ اشاره

- عنوان مسأله: ۷۹۸
- [مسأله ۳: مهر النکاح المبطّل] ۷۹۸
- اشاره ۷۹۸
- عنوان مسأله: ۷۹۹
- فرع اوّل: مهرته ۷۹۹
- اشاره ۷۹۹
- ادله قائلین به عدم تعلق مهر: ۷۹۹
- اشاره ۷۹۹
- ۱- مقتضای قواعد: ۷۹۹
- اشاره ۸۰۰
- حالت اوّل: طلاق ۸۰۰
- حالت دوّم: موت ۸۰۰
- حالت سوّم: فسخ و انفساخ ۸۰۰
- ۲- روایات: ۸۰۱
- اشاره ۸۰۱
- طایفه اوّل: روایاتی که می‌فرماید بعد از فسخ بر فرض عدم دخول «لا مهر لها» ۸۰۱
- طایفه دوم: بعضی از روایاتی که می‌گویند «و لها المهر بما استحل من فرجها» ۸۰۱
- دلیل قائلین به ثبوت مهر: استصحاب ۸۰۳
- فرع دوّم: ضمان ۸۰۳
- اشاره ۸۰۳
- اقوال: ۸۰۴
- شواهد: ۸۰۴
- بقی هنا امور: ۸۰۵
- الامر الاوّل: آیا بین عمد و جهل و خطا و نسیان فرقی وجود دارد؟ ۸۰۵

- الامر الثانی: در آنجایی که صغیره اقدام به نوشیدن شیر کرده و کبیره عالم بوده و مانع نشده آیا کبیره ضامن است؟----- ۸۰۵
- الامر الثالث: اگر مادربزرگ یا کبیره از باب اضطرار بچه را شیر دهند----- ۸۰۵
- الامر الرابع: اگر مجبور شود به رضاع آیا ضامن است؟----- ۸۰۶
- [مسألة ۴: قد سبق أن العناوين المحرمة من جهة الولادة و النسب سبعة]----- ۸۰۷
- اشاره----- ۸۰۷
- عنوان مسأله:----- ۸۰۷
- اشاره----- ۸۰۷
- «عموم منزله» چیست؟----- ۸۰۷
- تاریخچه و اقوال مسأله:----- ۸۰۸
- ادله منکرین عموم منزله:----- ۸۱۰
- اشاره----- ۸۱۰
- ۱- برائت:----- ۸۱۰
- ۲- احتیاط:----- ۸۱۰
- ۳- عموم آیه، «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ»----- ۸۱۰
- ۴- عموم آیه، «وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ»----- ۸۱۰
- ۵- اجماع:----- ۸۱۰
- ۶- استصحاب حلیت:----- ۸۱۰
- ۷- انتفاء المقتضى:----- ۸۱۰
- ادله مثبتین عموم منزله:----- ۸۱۱
- ۱- دلیل عام:----- ۸۱۱
- ۲- روایات:----- ۸۱۱
- بقی هنا امران:----- ۸۱۳
- اشاره----- ۸۱۳
- الامر الاول: مرحوم صاحب جواهر سه دلیل، غیر از ادله هفت‌گانه مرحوم محقق ثانی، بر بطلان عموم منزله اقامه کرده است:----- ۸۱۳

- ۱- آیه «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَخْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ ... وَ بَنَاتٍ عَمَّكَ وَ بَنَاتٍ عَمَّاتِكَ» «۱» ۸۱۳
- ۲- روایت موثقه «یونس بن یعقوب»: ۸۱۳
- ۳- روایت موثقه «اسحاق بن عمار»: ۸۱۳
- الامر الثاني: همان گونه که گفته شد، مرحوم محقق ثانی در باب عموم منزله سیزده مثال بیان کرده‌اند ۸۱۴
- [مسئله ۵ (لو شك في وقوع الرضاع)] ۸۱۵
- اشاره ۸۱۵
- عنوان مسأله: ۸۱۵
- شکی که در رضاع پیدا می‌شود دو گونه است: ۸۱۵
- ۱- شک در اصل رضاع: ۸۱۵
- ۲- شک در شروط و کیفیت رضاع: ۸۱۵
- اشاره یعنی اصل رضاع معلوم است؛ و در شرائط آن شک داریم، مثلاً نمی‌دانیم چند مرتبه شیر خورده است؟ آیا از پستان شیر خورده ۸۱۵
- ۱- تاریخ تولد و رضاع مجهول (مجهولی التاريخ): ۸۱۶
- ۲- تاریخ ولادت معلوم و تاریخ رضاع مجهول: ۸۱۶
- ۳- تاریخ ولادت مجهول و تاریخ رضاع معلوم: ۸۱۶
- [مسئله ۶: لا تقبل الشهادة على الرضاع الا مفضلة] ۸۱۷
- اشاره ۸۱۷
- عنوان مسأله: ۸۱۷
- ادله: ۸۱۸
- ۱- بنای عقلاء: ۸۱۸
- ۲- انصراف عمومات شهادت: ۸۱۸
- [مسئله ۷: الأقوى أنه تقبل شهادة النساء العادلات في الرضاع مستقلة] ۸۱۸
- اشاره ۸۱۸
- عنوان مسأله: این مسأله در دو مقام قابل بحث است: ۸۱۹
- اشاره ۸۱۹

- المقام الاول: شهادة النساء في الرضاع ۸۱۹
- اشاره ۸۱۹
- اقوال: ۸۱۹
- ادلة قائلين به پذیرش شهادت نساء (قول مشهور): ۸۲۰
- اشاره ۸۲۰
- طایفه اول: روایاتی که یک قاعده کلیه را مطرح می کند «تقبل شهادة النساء في ما لا يطلع عليه الرجال» ۸۲۱
- طائفه دوم: روایاتی است که قاعده کلیه در آنها نیست ۸۲۳
- طایفه سوم: روایاتی که به طور اطلاق می گوید شهادت نساء با شرائط قبول است ۸۲۵
- طایفه چهارم: ۸۲۶
- ادلة مخالفين حجيت شهادت نساء در رضاع: ۸۲۷
- اشاره ۸۲۷
- ۱- اصل: ۸۲۷
- ۲- روایت مرسله: ۸۲۷
- ۳- اجماع شیخ طوسی: ۸۲۷
- المقام الثاني: عدد الشهود ۸۲۸
- اشاره ۸۲۸
- ادلة قول اول (قول مشهور): ۸۲۸
- اشاره ۸۲۸
- ۱- اصل: ۸۲۸
- ۲- استقراء باب شهادات النساء: ۸۲۸
- ادلة قول دوم (قول شیخ مفید): ۸۲۸
- دلیل قول سوم (قول مرحوم سلار): ۸۲۹
- «شهادة النساء في ما يخفى عليه الرجال» ۸۳۰
- اشاره ۸۳۰

- ۸۳۰ شهادة النساء منفردات:
- ۸۳۰ اقوال:
- ۸۳۰ ادلة پذیرش شهادت نساء منفردات:
- ۸۳۰ اشاره
- ۸۳۱ ۱- روایات:
- ۸۳۱ ۲- اصل اعتباری عقلی:
- ۸۳۱ شهادة النساء منضّمات:
- ۸۳۲ اقوال:
- ۸۳۲ ادلة قول مشهور بر پذیرش شهادت نساء منضّمات:
- ۸۳۲ اشاره
- ۸۳۲ ۱- عمومات:
- ۸۳۲ ۲- اصل بودن مردان در شهادت:
- ۸۳۳ «شهادة النساء فی الحدود و الدیات و القصاص»
- ۸۳۳ اشاره
- ۸۳۳ اقوال:
- ۸۳۳ ادلة عدم قبول شهادت نساء در حدود و قصاص:
- ۸۳۳ اشاره
- ۸۳۳ ۱- آیات:
- ۸۳۴ اشاره
- ۸۳۴ الف: «وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ». «۶»
- ۸۳۴ ب: «لَوْ لَا جَاءُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ». «۱»
- ۸۳۴ ج: «فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ». «۲»
- ۸۳۵ ۲- روایات:
- ۸۳۵ اشاره

- ۸۳۶ روایت معارض:
- ۸۳۶ بقی هنا امران:
- ۸۳۷ الامر الاول: شهادت در زنا، لواط و مساحقه
- ۸۳۷ الامر الثاني: شهادة النساء في الزنا
- ۸۳۷ «شهادة النساء في القود (قصاص)»
- ۸۳۷ اشاره
- ۸۳۸ اقوال:
- ۸۳۸ اشاره
- ۸۳۸ جمع‌بندی اقوال:
- ۸۳۸ منشأ اختلاف:
- ۸۳۸ اشاره
- ۸۳۹ طایفه اولی: روایات نافیه
- ۸۳۹ طایفه ثانیه: روایات مثبتة
- ۸۴۰ جمع بین دو طائفه:
- ۸۴۱ مقام ترجیح بین روایات:
- ۸۴۱ «شهادة النساء في الحقوق و الاموال»
- ۸۴۱ اشاره
- ۸۴۲ اقوال:
- ۸۴۲ ادلة پذیرش شهادت نساء در امور مالی:
- ۸۴۲ ۱- آیه ۲۸۲ سورة بقره:
- ۸۴۲ ۲- روایات:
- ۸۴۲ اشاره
- ۸۴۳ طایفه اول: مطلقات
- ۸۴۳ طایفه دوم: منضعات

- ۸۴۴ طایفه سؤم: امرأتان مع الیمین
- ۸۴۵ [بقی أمور]
- ۸۴۵ الامر الاول: آیا در اوقاف، شهادة النساء پذیرفته می‌شود؟
- ۸۴۵ اشاره
- ۸۴۶ الف) وقف خاص (وقف بر اشخاص):
- ۸۴۶ ب) وقف عام (وقف بر جهات عامه):
- ۸۴۶ ج) فک ملک:
- ۸۴۶ الامر الثانی: آیا شهادت نساء در اموری که در حاشیة اموال است [پذیرفته می‌شود؟]
- ۸۴۶ «شهادة النساء فی النکاح و الطلاق»
- ۸۴۷ اشاره
- ۸۴۷ اقوال:
- ۸۴۷ منشأ اختلاف:
- ۸۴۷ دلیل:
- ۸۴۷ اشاره
- ۸۴۷ طایفه اول: تقبل شهادة النساء مطلقاً
- ۸۴۸ طایفه دوم: تقبل شهادة النساء منضمماً لا منفرداً
- ۸۴۸ روایات معارض:
- ۸۴۹ اشاره
- ۸۴۹ روایت معارض با گروه اول:
- ۸۴۹ روایت معارض با گروه دوم:
- ۸۵۰ «شهادة النساء فی الطلاق»
- ۸۵۰ اشاره
- ۸۵۱ ادله:
- ۸۵۱ ۱- آیه «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ ... فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ»

- ۸۵۱ ۲- قاعدة مرحوم محقق اردبیلی:
- ۸۵۱ ۳- روایات:
- ۸۵۲ شهادت نساء در طلاق خلع:
- ۸۵۲ فلسفه عدم پذیرش شهادت نساء:
- ۸۵۶ [مسألة ۸ (فی صفات المرضعة)]
- ۸۵۶ اشاره
- ۸۵۶ عنوان مسأله:
- ۸۵۶ اشاره
- ۸۵۷ ۱- صفات الکمالیة للمرضعة:
- ۸۵۷ اشاره
- ۸۵۷ دلیل: روایات
- ۸۵۹ ۲- هل يجوز استرضاع الکافرة؟
- ۸۵۹ ۳- هل يجوز الاسترضاع بلبين ولد الزنا؟
- ۸۶۰ [القول فی المصاهرة و ما يلحق بها]
- ۸۶۰ اشاره
- ۸۶۱ تعریف مصاهرة:
- ۸۶۱ اشاره
- ۸۶۱ بررسی تعاریف:
- ۸۶۲ بقی هنا امور:
- ۸۶۲ الامر الاول: آیا تعاریفی که در اصول و فقه ذکر می‌شود تعاریف حقیقیته است یا شرح الاسمی؟
- ۸۶۲ الامر الثاني: آیا لفظ مصاهره موضوع حکمی از احکام است و در آیه و روایت آمده است به طوری که اگر ندانیم به مشکل برمی‌خوریم؟
- ۸۶۳ الامر الثالث: معنای لغوی مصاهره با آنچه در کلام فقهاء است تفاوت دارد.
- ۸۶۳ [مسألة ۱: تحرم معقودة الاب علی ابنه و بالعکس فصاعداً]
- ۸۶۳ اشاره

- ۸۶۳ اقوال:
- ۸۶۴ ادله:
- ۸۶۴ ۱- آیات
- ۸۶۴ اشاره
- ۸۶۵ الف: [وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ] ...
- ۸۶۵ ب) آیه حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ
- ۸۶۷ ۲- روایات:
- ۸۶۸ ۳- اجماع:
- ۸۷۰ [مسأله ۲: لو عقد علی امرأة حرمت علیه امها]
- ۸۷۰ اشاره
- ۸۷۰ عنوان مسأله:
- ۸۷۱ اقوال:
- ۸۷۱ ادله:
- ۸۷۱ ۱- آیه «أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ»
- ۸۷۲ ۲- روایات:
- ۸۷۲ اشاره
- ۸۷۳ طایفه اول: روایاتی که مؤید قول مشهور است
- ۸۷۳ اشاره
- ۸۷۵ جمع‌بندی احادیث طایفه اول:
- ۸۷۵ طایفه دوم: این احادیث دلیل قول شاذ (فائلین به شرطیت دخول) است
- ۸۷۷ فرع محلّ ابتلاء:
- ۸۷۹ [مسأله ۳: فی تحریم الریبه]
- ۸۷۹ اشاره
- ۸۷۹ عنوان مسأله:

- این مسأله دارای دو فرع است: ۸۸۰
- اشاره ۸۸۰
- [فرع اول: اگر دخول به ام شود ربیبه عینا الی الابد حرام است و فرقی با دختر انسان ندارد] ۸۸۰
- اقوال در فرع اول: ۸۸۰
- ادله: ۸۸۱
- ۱- آیات: ۸۸۱
- ۲- روایات: ۸۸۱
- اشاره ۸۸۱
- طایفه اول: شرطیت دخول ۸۸۲
- طایفه دوم: عدم شرطیت حجو رکم ۸۸۳
- فرع دوم: اگر دخول به ام نشود ربیبه حرام است جمعاً ۸۸۴
- اشاره ۸۸۴
- ادله: ۸۸۴
- ۱- اجماع: ۸۸۴
- ۲- روایات: ۸۸۴
- [مسأله ۴: حرمة أقسام الریبیة] ۸۸۶
- اشاره ۸۸۶
- عنوان مسأله: ۸۸۶
- ادله: ۸۸۶
- اشاره ۸۸۶
- ۱- اجماع: ۸۸۶
- ۲- اطلاق آیه «وَرَبَائِبِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» ۸۸۷
- ۳- اطلاق روایات: ۸۸۷
- [مسأله ۵: لا اشکال فی ترتب الحرمت الأربع علی النکاح] ۸۸۸

- ۸۸۸ اشاره
- ۸۸۸ عنوان مسأله:
- ۸۸۸ محرمات بالمصاهره در وطی به شبهه:
- ۸۸۸ اقوال:
- ۸۸۸ دلیل: اجماع
- ۸۸۸ محرمات بالمصاهره در زنا:
- ۸۸۸ اشاره
- ۸۸۹ اقوال:
- ۸۸۹ اشاره
- ۸۹۰ جمع‌بندی اقوال:
- ۸۹۰ ادله قائلین به حرمت:
- ۸۹۰ اشاره
- ۸۹۰ ۱- آیات:
- ۸۹۰ الف) آیه «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ». «۱»
- ۸۹۱ ب) آیه «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ». «۵»
- ۸۹۱ ۲- روایات:
- ۸۹۱ اشاره
- ۸۹۱ طایفه اول: دلالت به منطوق
- ۸۹۱ اشاره
- ۸۹۳ جمع‌بندی روایات طایفه اول:
- ۸۹۳ طایفه دوم: دلالت به قیاس اولویت
- ۸۹۳ اشاره
- ۸۹۳ جمع‌بندی روایات طایفه دوم:
- ۸۹۳ طایفه سوم: دلالت به مفهوم

- ۸۹۳ اشاره
- ۸۹۴ جمع‌بندی روایات طایفه سؤم:
- ۸۹۵ طایفه چهارم: دلالت بالمنطوق و الغاء خصوصیت
- ۸۹۵ دلیل قول به حلیت: روایات
- ۸۹۵ اشاره
- ۸۹۵ طایفه اول: دلالت به منطوق
- ۸۹۶ طایفه دوم: دلالت به مفهوم
- ۸۹۷ جمع دلالی:
- ۸۹۷ اشاره
- ۸۹۹ بررسی اقسام چهارگانه جمع
- ۸۹۹ اشاره
- ۸۹۹ جواب از جمع اول:
- ۸۹۹ جواب از جمع دوم:
- ۸۹۹ جواب از جمع سؤم:
- ۸۹۹ مؤیدات جمع چهارم:
- ۹۰۱ جلد چهارم
- ۹۰۱ فهرست
- ۹۰۳ مقدمه
- ۹۰۴ [تتمه] القول فی المصاهرة
- ۹۰۴ اشاره
- ۹۰۵ [خلاصه ۵ مسأله القول فی المصاهرة از سال قبل تحصیلی]
- ۹۰۵ مسأله اول: [حرمت زوجه اب بر ابن فنازلاً و دیگری حرمت زوجه ابن بر اب فصاعداً]
- ۹۰۵ مسئله دوم: [حرمت امّ الزوجه و امّ امّ الزوجه و هرچه بالاتر رود است]
- ۹۰۶ مسئله سؤم و چهارم: این دو مسأله در مورد ربیبه یکی دیگر از محرمات بالمصاهرة است.

- مسئله پنجم: [لا اشكال في ترتب الحرمان الأربع على النكاح] ۹۰۷
- اشاره ۹۰۷
- عنوان مسأله: ۹۰۷
- اقوال: ۹۰۸
- ادله: ۹۰۸
- اشاره ۹۰۸
- ۱- آیات: ۹۰۸
- ۲- روایات: ۹۰۹
- اشاره ۹۰۹
- روایات دالّ بر حرمت: ۹۰۹
- روایات دالّ بر حلّیت: ۹۰۹
- طریقه جمع بین روایات: ۹۰۹
- [مسأله ۶ (لا فرق بین الزنا فی القبل أو الدبر)] ۹۱۰
- اشاره ۹۱۰
- عنوان مسأله: ۹۱۰
- اقوال: ۹۱۰
- ادله: ۹۱۱
- برای این مسأله سه دلیل ذکر کرده‌اند: ۹۱۱
- ۱- استفاده از عموم آیات سابقه: ۹۱۱
- ۲- استدلال دوّم علامه در تذکره برای عمومیت ۹۱۱
- ۳- عنوان زنا عام است: ۹۱۱
- دو دلیل دیگر هم ما در اینجا ذکر می‌کنیم: ۹۱۲
- دلیل اوّل: ما در روایات عنوان «فجور» داریم ۹۱۲
- دلیل دوّم: روایاتی است که عنوان «افضاء» دارد. ۹۱۲

- بقی هنا شیء: ۹۱۳
- اشاره ۹۱۳
- ۱- حکم غسل: ۹۱۴
- ۲- حرمت و کفاره در وطی در حال حیض: ۹۱۴
- ۳- بطلان الصوم به: ۹۱۴
- ۴- بطلان اعتکاف: ۹۱۴
- ۵- تروک احرام و کفاره آن: ۹۱۴
- ۶- محرمات بالمصاهرة: ۹۱۴
- ۷- نکاح یا زناى به ذات البعل: ۹۱۴
- ۸- نکاح یا زناى در عده: ۹۱۴
- ۹- محصنه: ۹۱۵
- ۱۰- احکام حدّ زنا: ۹۱۵
- ۱۱- الولد للفراش: ۹۱۵
- ۱۲- شرط محلّل: ۹۱۵
- ۱۳- تعلق تمام المهر: ۹۱۵
- ۱۴- شرط لعان: ۹۱۵
- ۱۵- مطلقه ثلاثه: ۹۱۶
- مسأله ۷: اذا علم بالزنا و شكّ فى كونه سابقاً على العقد أو طارئاً ۹۱۶
- اشاره ۹۱۶
- عنوان مسأله: ۹۱۶
- مرحوم آقای حکیم برای مسأله سه صورت درست کرده است، ۹۱۷
- اشاره ۹۱۷
- ۱- تاريخ عقد معلوم و تاريخ زنا مجهول: ۹۱۷
- ۲- تاريخ زنا معلوم و تاريخ عقد مجهول: ۹۱۷

- ۹۱۸ ۳- تاریخ زنا و عقد هر دو مجهول:
- ۹۱۸ [مسأله ۸: لو لمس امرأة اجنبية أو نظر اليها بشهوة لم تحرم الملموسة و المنظورة على ابى اللامس و ابنهما]
- ۹۱۸ اشاره
- ۹۱۸ عنوان مسأله:
- ۹۱۹ اقوال:
- ۹۱۹ در مسأله سه قول وجود دارد:
- ۹۱۹ ۱- قول به حرمت (قول مشهور):
- ۹۱۹ ۲- قول به حلیت (قول شاذ):
- ۹۱۹ ۳- قول به تفصیل (قول مفید):
- ۹۲۰ ادله قول به تحریم (قول مشهور):
- ۹۲۰ ۲- روایات:
- ۹۲۰ عمده این دلیل است و روایات سه طایفه است.
- ۹۲۰ طایفه اول: ملموسه و منظوره اب بر ابن و ابن بر اب حرام است.
- ۹۲۱ طایفه دوم: ملموسه و منظوره اب بر ابن حرام است.
- ۹۲۱ طایفه سوم: ملموسه و منظوره ابن بر اب حرام است که روایات این طایفه کمتر است.
- ۹۲۳ جمع‌بندی:
- ۹۲۳ روایات معارض:
- ۹۲۴ جمع بین روایات:
- ۹۲۴ بقى هنا شىء:
- ۹۲۵ اقوال:
- ۹۲۵ ادله قائلین به حرمت در مورد حزه:
- ۹۲۵ ادله قائلین به عدم حرمت در مورد حزه:
- ۹۲۶ [مسأله ۹: لا يجوز نكاح بنت الأخ على العمّة و بنت الأخت على الخالّة إلّا بإذنهما]
- ۹۲۶ اشاره

- عنوان مسأله: ۹۲۶
- اقوال: ۹۲۶
- اشاره ۹۲۶
- ۱- قول به تفصیل (قول مشهور): ۹۲۷
- ۲- جواز مطلقاً: ۹۲۷
- ۳- حرمت مطلقاً (قول صدوق): ۹۲۷
- مقتضای اصل: ۹۲۸
- دلیل حرمت: روایات ۹۲۸
- اشاره ۹۲۸
- طایفه اول و دوم (مطلق و مقید): ۹۲۸
- اشاره ۹۲۸
- جمع بین روایات (طایفه اول و دوم): ۹۳۰
- اشاره ۹۳۰
- شاهد جمع: ۹۳۰
- طایفه سوم: [که مطلق جمع را حرام دانسته است] ۹۳۰
- اشاره ۹۳۰
- جمع بین سه طایفه: ۹۳۱
- طایفه چهارم: طایفه چهارمی داریم که با روایات سابق مخالف است و می‌گوید «لا بأس» ۹۳۱
- اشاره ۹۳۱
- جمع بین چهار طایفه: ۹۳۲
- اکنون اخبار اهل سنت را مرور می‌کنیم که اگر با نظر انصاف دقت شود، مطابق مذهب مشهور شیعه است. ۹۳۲
- تا اینجا اصل مسأله بیان شد در اینجا سراغ فروع مسأله می‌رویم: ۹۳۴
- فرع اول: همان‌طور که امام (ره) فرمودند من غیر فرق بین کون النکاحین دائمین أو منقطعین أو مختلفین همه اینها حکم ممنوعیت را دارد:
- فرع دوم: فرقی نیست بین این که عمه و خاله در حال عقد باخبر شوند یا نه ۹۳۴

فرع سوم: مرحوم امام (ره) فرمودند که اگر چنین ازدواجی صورت بگیرد و مرثه را بر عمه و خاله بدون اذن وارد کند آیا این عقد شبیه عقد

اشاره ۹۳۴

قول اول: مانند عقد فضولی است و اجازه آن را درست می‌کند. ۹۳۴

اشاره ۹۳۴

۱- تمسک به عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و اطلاقات رضایت: ۹۳۵

۲- روایات خاصه: ۹۳۵

۳- بنای عقلا: ۹۳۵

قول دوم: عقد باطل است ۹۳۵

قول سوم: عمه و خاله مختیرند. ۹۳۶

فرع چهارم: اگر عکس مسأله باشد یعنی اول بنت الاخ و بنت الاخت را تزویج کرده بعداً عمه و خاله را تزویج می‌کند، ۹۳۶

پنج مسأله بعد از فروع مسأله نهم می‌باشد. ۹۳۶

[مسأله ۱۰: الظاهر انه لا فرق فی العمه و الخاله بین الدنيا منهما و العلیا] ۹۳۶

اشاره ۹۳۶

عنوان مسأله: ۹۳۷

اشاره ۹۳۷

[فرع اول: بین علیا و دنیا فرقی نیست.] ۹۳۷

اقوال در فرع اول: ۹۳۷

ادله: ۹۳۷

[فرع دوم آیا مسأله رضاع در اینجا جانشین نسب می‌شود؟] ۹۳۸

اقوال در فرع دوم: ۹۳۸

ادله: ۹۳۸

قاعده کلی: ۹۳۹

[مسأله ۱۱: اذا أذنتا ثم رجعتا عن الاذن فإن كان الرجوع بعد العقد لم يؤثر فی البطلان] ۹۳۹

اشاره ۹۳۹

عنوان مسأله: ۹۳۹

اقوال: ۹۳۹

اشاره ۹۳۹

دلیل حالت اول (پس گرفتن اجازه بعد از عقد): ۹۴۰

دلیل حالت دوم (پس گرفتن اجازه قبل از عقد): ۹۴۰

[مسأله ۱۲: الظاهر أنّ اعتبار اذنهما ليس حقاً لهما كالخيار حتى يسقط بالاسقاط] ۹۴۰

اشاره ۹۴۰

عنوان مسأله: ۹۴۰

اشاره ۹۴۰

فرع اول: عمّه و خاله هنگامی که عقد خودشان را می‌خواندند حقّ اذن را از خودشان اسقاط کرده‌اند، ۹۴۱

فرع دوم: اگر شوهر شرط اسقاط اذن آنها را نکرد ۹۴۱

[فرع اول: عمّه و خاله هنگامی که عقد خودشان را می‌خواندند حقّ اذن را از خودشان اسقاط کرده‌اند] ۹۴۱

اشاره ۹۴۱

قاعده کلی: فرق بین الحكم و الحق القابل للاسقاط ۹۴۱

اشاره ۹۴۱

«من این یعلم أنّ هذا حکم أو حق؟» ۹۴۱

نتیجه: بین حکم و حق فرق است و در مواردی که شک داریم که حق است یا حکم، اصل این است که حکم باشد و غیر قابل اسقاط.

[فرمایش مرحوم آقای حکیم برای این که اثبات کند اذن عمّه و خاله از قبیل حکم است نه حق، به دو دلیل متوسل می‌شود]: ۹۴۲

اشاره ۹۴۲

۱- اذن عمّه و خاله مانند ملک قابل واگذاری نیست: ۹۴۳

۲- اطلاق ادله: ۹۴۳

فرع دوم: اگر عمّه و خاله حقّ خود را اسقاط نکردند، ولی گفتند شرط می‌کنیم که اگر خواستی نکاح بنت الاخ و بنت الاخت کنی آن را

اشاره ۹۴۳

بقی هنا شیء: ۹۴۴

- ۹۴۴ [مسئله ۱۳: لو تزوج بالعمّة و بنت الاخ و الخالّة و بنت الاخت و شك]
- ۹۴۴ اشاره
- ۹۴۵ عنوان مسأله:
- ۹۴۵ [مسألة ۱۴: لو طلق العمّة أو الخالّة]
- ۹۴۵ اشاره
- ۹۴۶ عنوان مسأله:
- ۹۴۶ قاعدة کلی: عدّه بر دو قسم است:
- ۹۴۶ ۱- عدّه رجعیّه:
- ۹۴۶ ۲- عدّه بائن:
- ۹۴۶ بقى هنا مسئلتان:
- ۹۴۶ اشاره
- ۹۴۶ الاولى: اگر هر دو (عمّه را با بنت الاخ یا خاله را با بنت الاخت) را با هم بدون رضایت عقد کند
- ۹۴۶ اشاره
- ۹۴۶ مسأله مستحدثه
- ۹۴۷ الثانية: اگر بین شوهر و عمّه و خاله نزاعی واقع شود،
- ۹۴۸ [مسألة ۱۵: لا يجوز الجمع في النكاح بين الاختين نسبيتين أو رضاعيتين]
- ۹۴۸ اشاره
- ۹۴۸ عنوان مسأله:
- ۹۴۹ اقوال:
- ۹۴۹ ادلّه:
- ۹۴۹ ۱- آیات:
- ۹۵۰ ۲- روایات متواتره:
- ۹۵۰ اشاره
- ۹۵۰ خلاصه عناوین ابواب:

- بقی هنا فروع: ۹۵۱
- فرع اول: فرقی بین اختین ابی و امی و ابوینی نیست و همه حرام هستند. ۹۵۱
- ادله: ۹۵۱
- ۱- اجماع: ۹۵۱
- ۲- اطلاق آیه «وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ»: ۹۵۱
- ۳- اطلاق روایات: ۹۵۱
- ۴- استقراء ابواب محرّمات نکاح: ۹۵۱
- فرع دوم: لا فرق بین اختین نسبتین أو رضاعتین ۹۵۱
- اشاره ۹۵۱
- ادله: ۹۵۱
- اشاره ۹۵۱
- ۱- اجماع: ۹۵۲
- ۲- عموم «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»: ۹۵۲
- ۳- روایت صحیحہ أبو عبیده: ۹۵۲
- فرع سوم: لا فرق بین کون النکاح دائماً أو منقطعاً أو مختلفاً ۹۵۲
- اشاره ۹۵۲
- ادله: ۹۵۲
- ۱- اجماع: ۹۵۲
- ۲- عموم آیه «وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ»: ۹۵۲
- ۳- روایت: ۹۵۲
- اشاره ۹۵۲
- حدیث معارض: ۹۵۳
- فرع چهارم: لا فرق بین الدخول بالاولی و عدم الدخول، ۹۵۳
- اشاره ۹۵۳

- ۹۵۳ ادله:
- ۹۵۳ ۱- اجماع:
- ۹۵۴ ۲- اطلاق آیه و روایات:
- ۹۵۴ فرع پنجم: لو عقد علیهما (دو خواهر را) فی عقد واحد،
- ۹۵۴ اشاره
- ۹۵۴ این مسأله محلّ اختلاف است
- ۹۵۴ اشاره
- ۹۵۴ جمع‌بندی اقوال:
- ۹۵۴ اشاره
- ۹۵۵ دلیل قائلین به بطلان: مقتضای قاعده
- ۹۵۵ دلیل قائلین به تخییر: روایت جمیل بن درّاج
- ۹۵۷ بقی هنا امران:
- ۹۵۷ الامر الاول: اگر زوج انتخاب نکند در این صورت دو زوجه چه کنند،
- ۹۵۷ الامر الثانی: احتمال سوّمی هم در مسأله وجود دارد و آن این که هرکدامشان را که در عقد مقدّم انداخته او زوجه است،
- ۹۵۷ [مسأله ۱۶: لو تزوّج بالأختین و لم یعلم السابق و اللاحق]
- ۹۵۷ اشاره
- ۹۵۷ عنوان مسأله:
- ۹۵۸ مسأله دارای سه صورت است:
- ۹۵۸ ۱- احدهما معلوم التاريخ و الآخر مجهول التاريخ:
- ۹۵۸ ۲- مجهولی التاريخ مع احتمال التقارن:
- ۹۵۹ ۳- مجهولی التاريخ مع العلم بعدم التقارن:
- ۹۵۹ اشاره
- ۹۵۹ سؤال: تا چه زمانی باید احتیاط کند؟
- ۹۵۹ اشاره

- جواب: برای آن چهار راه بیان می‌کنیم: ۹۵۹
- ۱- قرعه: ۹۵۹
- ۲- عمل به احتیاط: ۹۶۰
- ۳- طلاق حاکم: ۹۶۰
- ۴- فسخ: ۹۶۱
- [مسأله ۱۷: فی مهر نکاح الأختین] ۹۶۱
- اشاره ۹۶۱
- عنوان مسأله: ۹۶۲
- مسأله چهار صورت دارد که سه صورت را امام (ره) بیان کرده‌اند و صورت چهارم را چون مفضل است متعرض نمی‌شوند: ۹۶۲
- ۱- قبل از دخول هر دو را طلاق داد و هر دو مهریه اندازه هم است: ۹۶۲
- اشاره ۹۶۲
- الف) احتیاط: ۹۶۲
- ب) قرعه: ۹۶۲
- ج) قاعده عدل و انصاف: ۹۶۲
- ۲- قبل از دخول طلاق داد ولی دو مهر متفاوت است: همان سه راه حل در پیش ماست: ۹۶۲
- الف) احتیاط: ۹۶۳
- ب) قرعه: ۹۶۳
- ج) قاعده عدل و انصاف: ۹۶۳
- ۳- دخول به اهدمای غیر معلوم واقع شده: ۹۶۳
- اشاره ۹۶۳
- الف) احتیاط: ۹۶۳
- ب) قرعه: ۹۶۳
- ج) قاعده عدل و انصاف: ۹۶۳
- ۴- دخول به هر دو جهلاً حاصل شده و مهرها هم مساوی است: ۹۶۳

- ۹۶۳ اشاره
- ۹۶۴ الف) احتیاط:
- ۹۶۴ ب) قرعه:
- ۹۶۴ ج) قاعده عدل و انصاف:
- ۹۶۴ بقی هنا نکتتان:
- ۹۶۴ اشاره
- ۹۶۴ ۱- فروع دیگر مسأله:
- ۹۶۴ ۲- قاعده عدل و انصاف:
- ۹۶۵ اشاره
- ۹۶۵ دلیل این قاعده:
- ۹۶۵ ۱- بنای عقلا:
- ۹۶۵ ۲- روایات کثیره:
- ۹۶۷ [مسأله ۱۸: نکاح الأختین من الزنا]
- ۹۶۷ اشاره
- ۹۶۸ عنوان مسأله:
- ۹۶۸ اقوال:
- ۹۶۸ دلیل: قاعده کلیه
- ۹۶۸ نقل یک شبهه:
- ۹۶۹ [مسأله ۱۹: نکاح أخت الزوجه فی عدتها]
- ۹۶۹ اشاره
- ۹۶۹ عنوان مسأله:
- ۹۶۹ مسأله در واقع دارای سه صورت است:
- ۹۶۹ صورت اول: اخت اول مطلقه به طلاق رجعی است
- ۹۶۹ اشاره

- ۹۷۰ ادله:
- ۹۷۰ ۱- قاعدة کلیه:
- ۹۷۰ ۲- مفهوم روایت «أبو الصباح الكنانی»:
- ۹۷۱ صورت دوم: اخت اول مطلقه به طلاق بائن باشد در طلاق بائن نکاح اخت بی مانع است.
- ۹۷۱ ادله:
- ۹۷۱ قاعدة حلّیت:
- ۹۷۱ منطوق روایت أبو الصباح الكنانی:
- ۹۷۱ صورت سوم: نکاح متعه
- ۹۷۱ اشاره
- ۹۷۲ مقتضای قاعده:
- ۹۷۳ [مسألة ۲۰ (حرمة الجمع بين الفاطميتين)]
- ۹۷۳ اشاره
- ۹۷۳ اقوال:
- ۹۷۴ ادله:
- ۹۷۴ ۱- مقتضای قاعده:
- ۹۷۴ ۲- روایت:
- ۹۷۴ اشاره
- ۹۷۵ این روایت دو مشکل دارد:
- ۹۷۵ ۱- از نظر دلالت:
- ۹۷۵ ۲- اعراض اصحاب:
- ۹۷۵ بقى هنا امور:
- ۹۷۵ الامر الاول: در بین اخباریون که قائل به حرمت شده‌اند اختلاف است.
- ۹۷۵ الامر الثانی: اگر کسی قائل به حرمت شد اگر شوهر هم از علویین و فاطمیین باشد آیا حکم، آنجا را هم شامل می‌شود؟
- ۹۷۶ الامر الثالث: مراد از فاطمی کیست؟ آیا پدر و مادر هر دو از اولاد فاطمه باشند یا پدر یا مادر فقط؟

- ۹۷۶ [مسأله ۲۱ (لو زنت امرأه ذات بعل)]
- ۹۷۶ اشاره
- ۹۷۶ عنوان مسأله:
- ۹۷۶ اقوال:
- ۹۷۶ اشاره
- ۹۷۷ خلاصه اقوال:
- ۹۷۷ ادله قول مشهور (حلیت):
- ۹۷۷ اشاره
- ۹۷۷ ۱- اصالة الحلیة:
- ۹۷۷ ۲- روایت عامه «ان الحرام لا یحرم الحلال» «۴»:
- ۹۷۷ ۳- روایات خاص:
- ۹۷۸ ادله غیر مشهور (حرمت در صورت اصرار):
- ۹۷۸ اشاره
- ۹۷۸ ۱- آیه «الزانی لا ینکح إلا زانیة أو مشرکة و الزانیة لا ینکحها إلا زانیاً أو مشرکاً و حرّم ذلک علی المؤمنین» «۱»:
- ۹۷۸ اشاره
- ۹۷۹ جواب از دلیل:
- ۹۷۹ ۲- روایات:
- ۹۷۹ اشاره
- ۹۸۰ جواب از دلیل:
- ۹۸۰ اشاره
- ۹۸۰ مؤید:
- ۹۸۰ شاهد:
- ۹۸۱ ۳- جلوگیری از اختلاط میاه:
- ۹۸۱ اشاره

- ۹۸۱ جواب از دلیل:
- ۹۸۲ مسأله مستحدثه
- ۹۸۲ [مسأله ۲۲: من زنی بذات بعل دواماً أو متعة]
- ۹۸۲ اشاره
- ۹۸۳ عنوان مسأله:
- ۹۸۳ اقوال:
- ۹۸۳ اشاره
- ۹۸۴ جمع‌بندی اقوال:
- ۹۸۴ ادله:
- ۹۸۴ ۱- اجماع:
- ۹۸۴ ۲- روایات:
- ۹۸۴ اشاره
- ۹۸۴ الف) روایت فقه الرضا:
- ۹۸۴ اشاره
- ۹۸۵ اشکالات روایت:
- ۹۸۵ اشاره
- ۹۸۵ جواب از اشکالات:
- ۹۸۵ ب) روایت صاحب ریاض:
- ۹۸۵ اشاره
- ۹۸۶ توجیه کلام سید مرتضی:
- ۹۸۶ ۳- قیاس اولویت:
- ۹۸۷ جواب از ادله:
- ۹۸۷ اشاره
- ۹۸۷ جواب از دلیل اول (اجماع):

- ۹۸۷ جواب از دلیل دوم (روایات مرسله):
- ۹۸۷ جواب از دلیل سوم (اولویت):
- ۹۸۸ بقی هنا امور:
- ۹۸۸ الامر الاول: اگر ما به حرمت و یا احتیاط وجوبی قائل شدیم، تفاوتی نیست در این که:
- ۹۸۹ الامر الثانی: مرحوم صاحب عروه در مسئله ۱۹ می‌فرماید: «لا فرق بین الصغير و الكبير»
- ۹۸۹ الامر الثالث: اگر کسی به زن شوهر داری وطی به شبهه کند
- ۹۸۹ الامر الرابع: اگر زناى به ذات بعل من ناحیة المرأة باشد نه از ناحیة رجل،
- ۹۹۰ [مسألة ۲۳: الزنا فى العدة الرجعية]
- ۹۹۰ اشاره
- ۹۹۰ عنوان مسأله:
- ۹۹۰ اقوال:
- ۹۹۱ ادله حرمت در عده رجعيه:
- ۹۹۱ ۱- قاعده:
- ۹۹۱ ۲- اجماع:
- ۹۹۱ ۳- روایات مرسله:
- ۹۹۱ ۴- اولویت:
- ۹۹۱ جواب از ادله:
- ۹۹۲ ادله عدم حرمت در عده بانه:
- ۹۹۲ بقی الكلام فى الفرعين الذين ذكرهما الامام (ره):
- ۹۹۲ فرع اول: اگر می‌داند زن ذات العده است ولی نمی‌داند طلاق خلعی بوده یا رجعی،
- ۹۹۳ فرع دوم: اگر می‌داند عده رجعيه است ولی شک در انقضاء عده دارد
- ۹۹۳ اشاره
- ۹۹۳ قاعده اصولی:
- ۹۹۳ [مسألة ۲۴: النساء اللاتي يحرم على اللاتي]

- ۹۹۳ اشاره
- ۹۹۴ عنوان مسأله:
- ۹۹۴ اقوال:
- ۹۹۴ ادله: روایات:
- ۹۹۴ اشاره
- ۹۹۴ الف- روایات اصلی:
- ۹۹۶ ب- روایات شاذ:
- ۹۹۷ ج- روایات تکراری:
- ۹۹۷ فروع مسأله:
- ۹۹۷ اشاره
- ۹۹۷ فرع اول: [آیا غلام بودن مفعول شرط است؟]
- ۹۹۸ فرع دوم: آیا این حکم مخصوص جایی است که فاعل بزرگسال (رجل) باشد
- ۹۹۹ فرع سوم: آیا به تعبیر امام (ره) و تعبیر عروه «ایقاب و لو به بعض الحشفه» موجب حرمت می‌شود؟
- ۹۹۹ فرع چهارم: آیا حکم، به ام و بنت منحصر است
- ۹۹۹ اشاره
- ۹۹۹ ادله:
- ۹۹۹ ۱- اجماع:
- ۹۹۹ ۲- شمول اسم:
- ۱۰۰۰ ۳- قیاس:
- ۱۰۰۰ جواب از ادله:
- ۱۰۰۰ جواب از دلیل اول:
- ۱۰۰۰ جواب از دلیل دوم:
- ۱۰۰۰ جواب از دلیل سوم:
- ۱۰۰۰ فرع پنجم: آیا این مذکورات (بنت، اخت وام) در عکس مسأله هم حرام است

- ۱۰۰۱ فرغ ششم: آیا عنوان ام و بنت و اخت فقط شامل نسبتات می‌شود یا رضاعتات را هم شامل است ----- ۱۰۰۱
- ۱۰۰۱ فرغ هفتم: آیا غیر از این سه طایفه که در نصوص موجود است چیز دیگری هم حرام است؟ ----- ۱۰۰۱
- ۱۰۰۲ فرغ هشتم: آیا در حرمت ثلاثه (مادر و خواهر و دختر) معتبر است که لواط از روی علم و آگاهی و عمدی باشد، ----- ۱۰۰۲
- ۱۰۰۲ اشاره ----- ۱۰۰۲
- ۱۰۰۲ بحث اصولی: ----- ۱۰۰۲
- ۱۰۰۲ فرغ نهم: لو كان الموطوء خنثی هل تحرم أمها و بنتها علی الواطی؟ ----- ۱۰۰۲
- ۱۰۰۲ اشاره ----- ۱۰۰۲
- ۱۰۰۳ بحث اصولی: ----- ۱۰۰۳
- ۱۰۰۳ فرغ دهم: لو كان الموطوء میتاً، [آیا خواهر و مادر و دختر مفعول بر واطی حرام می‌شود؟] ----- ۱۰۰۳
- ۱۰۰۳ اشاره ----- ۱۰۰۳
- ۱۰۰۴ بحث اصولی: ----- ۱۰۰۴
- ۱۰۰۴ [مسئله ۲۵ (اللواط الطارئ علی العقد)] ----- ۱۰۰۴
- ۱۰۰۴ اشاره ----- ۱۰۰۴
- ۱۰۰۴ مقدمه: ----- ۱۰۰۴
- ۱۰۰۴ عنوان مسأله: ----- ۱۰۰۴
- ۱۰۰۴ اقوال: ----- ۱۰۰۴
- ۱۰۰۵ اشاره ----- ۱۰۰۵
- ۱۰۰۵ جمع‌بندی اقوال: ----- ۱۰۰۵
- ۱۰۰۵ ادله قول مشهور (حلیت): ----- ۱۰۰۵
- ۱۰۰۵ اشاره ----- ۱۰۰۵
- ۱۰۰۵ ۱- اصالة الحلیة یا استصحاب الحلیة: ----- ۱۰۰۵
- ۱۰۰۵ ۲- روایت نبوی: ----- ۱۰۰۵
- ۱۰۰۶ ادله قول غیر مشهور (حرمت): ----- ۱۰۰۶
- ۱۰۰۶ اشاره ----- ۱۰۰۶

۱- اطلاق روایات خمسۀ سابقه: ۱۰۰۶

اشاره ۱۰۰۶

جواب از دلیل: ۱۰۰۶

بحث اصولی: ۱۰۰۶

۲- روایت ابی عمیر ۱۰۰۷

بقی هنا امور: ۱۰۰۷

الامر الاول: کسانی که تفصیل قائل شده‌اند ۱۰۰۷

الامر الثانی: اگر زن را طلاق داده، عدّه هم تمام شده و بعد وطی واقع شود حال بخواهد مجدداً ازدواج کند آیا مشمول اطلاق است؟ ۰۷

الامر الثالث: اگر کسی زنی را عقد کرده و بعد وطی به اخ الزوجه کرد با این عمل زوجه‌اش بر او حرام نمی‌شود ۱۰۰۷

اشاره ۱۰۰۸

بحث اصولی: ۱۰۰۹

[مسأله ۲۶: الشک فی تحقق الايقاب] ۱۰۱۰

اشاره ۱۰۱۰

عنوان مسأله: ۱۰۱۰

«فصل: القول فی النکاح فی العده و تکمیل العدد» ۱۰۱۰

اشاره ۱۰۱۰

[مسأله ۱: لا يجوز نکاح المرأة لا دائماً و لا منقطعاً إذا كانت فی عدّه الغیر] ۱۰۱۱

اشاره ۱۰۱۱

عنوان مسأله: ۱۰۱۱

فرع اول: بطلان عقد نکاح در عدّه غیر مطلقاً ۱۰۱۱

اشاره ۱۰۱۱

اقوال: ۱۰۱۲

ادلّه: ۱۰۱۲

اشاره ۱۰۱۲

- ۱- اجماع: ۱۰۱۲
- ۲- آیات: ۱۰۱۲
- ۳- متبادر عرفی از مفهوم عدّه: ۱۰۱۳
- ۴- روایات: ۱۰۱۴
- اشاره ۱۰۱۴
- روایت معارض: ۱۰۱۵
- فرع دوّم: حرمت ابدی نکاح در عدّه ۱۰۱۵
- اشاره ۱۰۱۵
- اقوال: ۱۰۱۶
- اشاره ۱۰۱۶
- جمع‌بندی اقوال: ۱۰۱۶
- ادله: ۱۰۱۶
- ۱- اجماع: ۱۰۱۶
- ۲- روایات: ۱۰۱۷
- اشاره ۱۰۱۷
- طایفه اول: علم و جهل مطلقاً ۱۰۱۷
- طایفه دوّم: دخول و عدم دخول مطلقاً ۱۰۱۷
- طایفه سوّم: جمع بین هر دو (علم و دخول) ۱۰۱۹
- طایفه چهارم: خارج از محلّ نزاع ۱۰۲۰
- طایفه پنجم: جواز مطلقاً ۱۰۲۰
- طائفه ششم: حرمت مطلق در بدو نظر ۱۰۲۱
- بقی هنا امور: ۱۰۲۲
- الامر الاول: سابقاً درباره فتوای عامّه مطلبی را نقل کردیم، و در اینجا توضیح بیشتری در مورد عقاید عامّه می‌دهیم. ۱۰۲۲

الامر الثانی: امام (ره) در متن مسأله فرمودند: اگر احدهما عالم و دیگری جاهل باشد یا هر دو عالم باشند فرقی نمی‌کند و حرمت ابدی است

- ۱۰۲۴ اشاره
- ۱۰۲۵ بحث اصولی:
- ۱۰۲۶ الامر الثالث: آیا دخولی که موجب حرمت ابدی می‌شود دخول در قُبَل است یا در غیر قُبَل هم حرمت ابدی می‌آورد؟
- ۱۰۲۶ اشاره
- ۱۰۲۷ «مسأله مستحدثه: شبیه‌سازی
- ۱۰۲۷ اشاره
- ۱۰۲۷ ۱- مشکل اخلاقی:
- ۱۰۲۸ ۲- مشکل فقدان هویت:
- ۱۰۲۸ ۳- مشکل جسمی، فکری و عاطفی:
- الامر الرابع: همان گونه که گفته شد اگر عالم به عده باشند حرام ابدی می‌شود، حال سؤال این است که آیا عالم به موضوع باشند یا حکم یا
- ۱۰۲۸ اشاره
- ۱۰۲۸ ادله:
- ۱۰۲۸ اشاره
- ۱۰۲۸ ۱- ظهور کلمه «عالم»:
- ۱۰۲۸ ۲- روایت خاص:
- ۱۰۲۹ [مسأله ۲ (التوکیل فی النکاح فی العده)]
- ۱۰۲۹ اشاره
- ۱۰۲۹ عنوان مسأله:
- ۱۰۳۰ اقوال:
- ۱۰۳۰ دلیل: ظهور روایات طایفه اول
- ۱۰۳۰ هنا اشکالان:
- ۱۰۳۰ اشاره
- ۱۰۳۰ ۱- بین زوجه معین و غیر معین فرقی نیست:
- ۱۰۳۰ ۲- در هر دو صورت وکالت وکیل باطل است:

- ۱۰۳۲ [مسأله ۳: لا يلحق بالتزويج في العدة وطئ الشبهة او الزنا بالمعتدة]
- ۱۰۳۲ اشاره
- ۱۰۳۲ عنوان مسأله:
- ۱۰۳۲ اقوال:
- ۱۰۳۲ دليل: موضوع روايات طايفة اول
- ۱۰۳۳ بقي هنا شيء:
- ۱۰۳۳ اشاره
- ۱۰۳۳ يك راه حل:
- ۱۰۳۴ [مسأله ۴: لو كانت المرأة في عدة الرجل جاز له العقد عليها في الحال]
- ۱۰۳۴ اشاره
- ۱۰۳۵ عنوان مسأله:
- ۱۰۳۵ اقوال:
- ۱۰۳۵ دليل: روايات
- ۱۰۳۶ ثمرة مسأله:
- ۱۰۳۶ [مسأله ۵: هل يعتبر في الدخول - الذي هو شرط للحرمة الأبدية في صورة الجهل - أن يكون في العدة]
- ۱۰۳۶ اشاره
- ۱۰۳۷ عنوان مسأله:
- ۱۰۳۷ اقوال:
- ۱۰۳۷ دليل قائلين به عدم حرمت: اصل
- ۱۰۳۷ ادلة قائلين به حرمت:
- ۱۰۳۸ اشاره
- ۱۰۳۸ ۱- نصوص:
- ۱۰۳۸ ۲- اطلاق روايات
- ۱۰۳۸ اشاره

- ۱۰۳۹ بحث اصولی:
- ۱۰۴۰ [مسأله ۶: لو شك فی آئها معتدّه ام لا] - - - - -
- ۱۰۴۰ اشاره
- ۱۰۴۰ عنوان مسأله:
- ۱۰۴۰ فرع اول: شك داریم که این زن در حال عدّه است یا نه، - - - - -
- ۱۰۴۰ اشاره
- ۱۰۴۰ ۱- استصحاب عدم عدّه: - - - - -
- ۱۰۴۱ ۲- استصحاب حلیت نکاح: - - - - -
- ۱۰۴۱ ۳- اصالة الحلیة: - - - - -
- ۱۰۴۱ فرع دوم: در صورتی که شك در عدّه داریم آیا فحص لازم است؟ - - - - -
- ۱۰۴۱ اشاره
- ۱۰۴۱ بحث اصولی: - - - - -
- ۱۰۴۱ اشاره
- ۱۰۴۱ ۱- در جایی که فحص سهل و آسان است: - - - - -
- ۱۰۴۱ ۲- جایی که قرائن قوی شهادت بر خلاف می دهد: - - - - -
- ۱۰۴۲ فرع سوم: در جایی که در انقضاء عدّه شك شود، اگر زن به انقضاء عدّه خبر دهد آیا خبرش قبول می شود؟ - - - - -
- ۱۰۴۲ [مسأله ۷: لو علم أنّ التزویج كان فی العدّة مع الجهل موضوعاً أو حکماً، و لكن شك فی أنه دخل بها- حتی تحرّم علیه ابدأً- أو لا] - - - - -
- ۱۰۴۲ اشاره
- ۱۰۴۲ عنوان مسأله: - - - - -
- ۱۰۴۳ مسأله‌ای از عروه: - - - - -
- ۱۰۴۳ [مسأله ۸ (التزویج بذات البعل)] - - - - -
- ۱۰۴۳ اشاره
- ۱۰۴۳ عنوان مسأله: - - - - -
- ۱۰۴۳ در اینجا دو بحث داریم: - - - - -

- الف) بطلان نکاح دوّم: ۱۰۴۴
- اشاره ۱۰۴۴
- ادله: ۱۰۴۴
- اشاره ۱۰۴۴
- ۱- اجماع: ۱۰۴۴
- ۲- ضرورت دین: ۱۰۴۴
- ۳- آیه «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ»: «۱» ۱۰۴۴
- ب) حرمت ابدیه در یکی از دو صورت (عالم باشد یا جاهل همراه با دخول): ۱۰۴۵
- اقوال: ۱۰۴۵
- ادله: ۱۰۴۶
- اشاره ۱۰۴۶
- ۱- قیاس ذات بعل به معتدّه رجعیّه: ۱۰۴۶
- ۲- قیاس اولویت قطعیه: ۱۰۴۶
- اشاره ۱۰۴۶
- جواب از دلیل: ۱۰۴۷
- ۳- روایات: ۱۰۴۷
- اشاره ۱۰۴۷
- روایات چند طائفه است: ۱۰۴۷
- جمع بین روایات: ۱۰۵۰
- بقی هنا امران: ۱۰۵۱
- الامر الاول: آنچه در نکاح در عده در مورد عقد همراه با وکالت گفتیم در اینجا (نکاح ذات بعل) هم می‌گوییم. ۱۰۵۱
- الامر الثانی: مرحوم کاشف اللثام کلامی دارند که دارای اشکالاتی است ۱۰۵۱
- [مسأله ۹: لو تزوج بامرأة علیها عده و لم تشرع فیها لعدم تحقّق مبدئها] ۱۰۵۲
- اشاره ۱۰۵۲

- عنوان مسأله: ۱۰۵۲
- اقوال: ۱۰۵۲
- دلیل قول به حلیت: اصالة الحلّیة ۱۰۵۲
- دلیل قول به حرمت: قیاس اولویّت ۱۰۵۲
- اشاره ۱۰۵۲
- ۱- بالقوه در حکم ذات العده است: ۱۰۵۳
- ۲- روایت: ۱۰۵۳
- [مسأله ۱۰: فی حد الزوجات الدائمة و المنقطعة] ۱۰۵۴
- اشاره ۱۰۵۴
- عنوان مسأله: ۱۰۵۴
- اقوال: ۱۰۵۴
- ادله قائلین به جواز تسع: ۱۰۵۵
- اشاره ۱۰۵۵
- ۱- حجیت فعل پیامبر: ۱۰۵۵
- ۲- آیه: ۱۰۵۵
- ادله قائلین به عدم جواز مافوق اربع: ۱۰۵۵
- ۱- اجماع: ۱۰۵۶
- ۲- آیه او ان جفتکم الا تفسطوا فی الیتامی [] ۱۰۵۶
- اشاره ۱۰۵۶
- نکته اول: در این آیه شرط و جزاء چه ارتباطی به هم دارند؟ ۱۰۵۶
- نکته دوم: «مثنی، ثلاث، رباع» در آیه به چه معناست؟ ۱۰۵۶
- نکته سوم: «واو» در آیه به معنی «أو» است ۱۰۵۷
- نکته چهارم: حصر (منحصر در چهار تا بودن) از کجای آیه فهمیده می‌شود؟ ۱۰۵۷
- ۳- روایات: ۱۰۵۷

- ۱۰۵۸ اشاره
- ۱۰۵۹ روایتی از طرق عامه:
- ۱۰۵۹ [از دواج در منقطعه محدود به عدد خاصی نیست]
- ۱۰۵۹ اشاره
- ۱۰۶۰ اقوال:
- ۱۰۶۰ [دلیل روایات]
- ۱۰۶۰ طایفه اول: جواز متعه بدون تقیید به عدد
- ۱۰۶۰ اشاره
- ۱۰۶۰ ۱- روایاتی که «کم شئت» می‌گوید:
- ۱۰۶۱ ۲- روایاتی که «لیست من الاربع» می‌گوید:
- ۱۰۶۱ [طایفه دوم] روایات معارض:
- ۱۰۶۱ اشاره
- ۱۰۶۱ الف) روایاتی که تعبیر «من الاربع» دارد:
- ۱۰۶۲ ب) روایاتی که تعبیر «من الاحتیاط» دارد:
- ۱۰۶۲ اشاره
- ۱۰۶۲ جمع بین این دو دسته روایت:
- ۱۰۶۳ جمع بین روایات طایفه اول و دوم:
- ۱۰۶۳ اشاره
- ۱۰۶۳ جمع دلالتی:
- ۱۰۶۴ بقی هنا نکتنان:
- ۱۰۶۴ اشاره
- ۱۰۶۴ نکته اول: روایت خوب دیگری هم برای قول به محدودیت عدد در نکاح متعه وجود دارد
- ۱۰۶۵ نکته دوم: صاحب جواهر از ابن حمزه نقل کرد که ایشان قائل به محدودیت هستند
- ۱۰۶۵ بقی هنا امور:

- ۱۰۶۵ الامر الاول: حکمت تعدد ازواج چیست؟
- ۱۰۶۵ اشاره
- ۱۰۶۶ ضرورت در باب احکام دو گونه است:
- ۱۰۶۶ ۱- به عنوان ثانوی:
- ۱۰۶۷ ۲- به عنوان حکمت:
- ۱۰۶۷ الامر الثانی: بعضی با ضمیمه کردن دو آیه از قرآن خواسته‌اند بگویند تعدد زوجات به حکم قرآن حرام است:
- ۱۰۶۸ الامر الثالث: چرا متعه اجازه داده شده است؟ چرا بدون حد متعدد است؟
- ۱۰۷۰ [مسألة ۱۱: لو كانت عنده أربع فمات إحداهنّ يجوز له تزويج أخرى في الحال]
- ۱۰۷۰ اشاره
- ۱۰۷۰ عنوان مسأله:
- ۱۰۷۱ مفارقت به سبب طلاق رجعی:
- ۱۰۷۱ اشاره
- ۱۰۷۱ ادله:
- ۱۰۷۱ ۱- اجماع:
- ۱۰۷۱ ۲- قاعده:
- ۱۰۷۱ ۳- روایات:
- ۱۰۷۳ مفارقت به سبب طلاق در جایی که عده ندارد:
- ۱۰۷۳ مفارقت به سبب فسخ، انفساخ یا طلاق بائن:
- ۱۰۷۳ اشاره
- ۱۰۷۴ دلیل قول غیر مشهور: اطلاق روایات
- ۱۰۷۴ ادله مشهور:
- ۱۰۷۴ اشاره
- ۱۰۷۴ ۱- اجماع:
- ۱۰۷۵ ۲- روایات باب جمع بین الاختین:

- ۳- روایت باب استیفاء العدد: ۱۰۷۶
- ۴- روایاتی که می‌گوید مرد هم باید عده نگه دارد ۱۰۷۷
- ۵- روایاتی که می‌گوید در صورت فوت یکی از چهار زن مرد حق ازدواج دارد ۱۰۷۷
- ۶- قاعده: ۱۰۷۸
- بقی هنا امران: ۱۰۷۸
- الامر الاوّل: مطلبی در عروه وجود دارد که در تحریر نیست ۱۰۷۸
- الامر الثانی: از صور چهارگانه مسأله یک صورت باقی مانده و آن این که اگر عده وفات باشد ۱۰۷۹
- اشاره ۱۰۷۹
- جمع دلالی: ۱۰۷۹
- [مسأله ۱۲ (فی المطلقه ثلاثاً و تسعاً)] ۱۰۷۹
- اشاره ۱۰۸۰
- عنوان مسأله: ۱۰۸۰
- فرع اوّل: مطلقه ثلاث ۱۰۸۱
- اشاره ۱۰۸۱
- اقوال: ۱۰۸۱
- ادله: ۱۰۸۱
- اشاره ۱۰۸۱
- ۱- اجماع: ۱۰۸۱
- ۲- آیات: ۱۰۸۱
- ۳- روایات: ۱۰۸۲
- بقی هنا امران: ۱۰۸۳
- الامر الاوّل: حکمت این حکم چیست و چرا شارع این حکم را جاری کرده است؟ ۱۰۸۳
- الامر الثانی: عامه قائل هستند که سه طلاق در مجلس واحد جایز است یا به لفظ واحد یا سه لفظ. ۱۰۸۴
- فرع دوّم: مطلقه تسع ۱۰۸۴

- ۱۰۸۴ اشاره
- ۱۰۸۴ اقوال:
- ۱۰۸۶ [القول فی الکفر]
- ۱۰۸۷ اشاره
- ۱۰۸۷ عنوان مسأله:
- ۱۰۸۷ بحث در هشتمین سبب از اسباب حرمت نکاح در «کفر» بود.
- ۱۰۸۷ اشاره
- ۱۰۸۷ ۱- نکاح مسلمه با کافر:
- ۱۰۸۷ ۲- نکاح مسلم با کافره غیر کتابیه:
- ۱۰۸۸ ۳- نکاح با اهل کتاب و اهل شبهه (مجوس):
- ۱۰۸۸ اقوال:
- ۱۰۸۸ اشاره
- ۱۰۸۸ ادله قائلین به حرمت:
- ۱۰۸۸ ۱- قائلین به حرمت مطلق به چند آیه استدلال کرده‌اند:
- ۱۰۸۸ ۱- آیه «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَ لَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَ لَوْ أَعْجَبَتْكُمْ
- ۱۰۹۱ ۲- آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ [
- ۱۰۹۳ ۳- آیه «وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ». «۳» - ۱۰۹۳
- ۱۰۹۳ ۲- روایات:
- ۱۱۰۰ دلیل قائلین به قول سوم:
- ۱۱۰۲ [مسأله ۱ (نکاح المجوسیه و الصابئه)]
- ۱۱۰۳ اشاره
- ۱۱۰۳ عنوان مسأله:
- ۱۱۰۳ اقوال:
- ۱۱۰۳ ادله:

- ۱۱۰۳ اشاره
- ۱۱۰۳ ۱- اطلاقات و عمومات:
- ۱۱۰۴ ۲- روایات خاصه:
- ۱۱۰۴ اشاره
- ۱۱۰۴ طایفه اول: روایتی که به طور مطلق منع می‌کند:
- ۱۱۰۴ طایفه دوم: روایاتی که بر منع از استدامه دلالت می‌کند
- ۱۱۰۵ طایفه سوم: روایاتی که دلالت بر جواز دارد.
- ۱۱۰۶ بقی هنا شیء: مجوس -
- ۱۱۰۶ اشاره
- ۱۱۰۶ اقوال:
- ۱۱۰۶ اشاره
- ۱۱۰۷ جمع‌بندی اقوال:
- ۱۱۰۷ معتقدات مجوس:
- ۱۱۰۷ اشاره
- ۱۱۰۷ نکته اول: مجوس به دو مبدأ قائل هستند، مبدأ خیر و مبدأ شر،
- ۱۱۰۷ نکته دوم: مجوس دو مبدأ (مبدأ خیر و شر) را به نام نور و ظلمت می‌نامند،
- ۱۱۰۸ نکته سوم: مجوس به چهار عنصر معتقداند همان چیزی که فلاسفه یونان قائل بودند: آتش، آب، خاک و باد
- ۱۱۰۸ نکته چهارم: مجوس معتقداند اولین کسی که آفریده شده آدم نبوده است
- ۱۱۰۸ نکته پنجم: در مورد کتاب مجوس هم اختلاف است،
- ۱۱۰۹ احکام مجوس:
- ۱۱۰۹ اشاره
- ۱۱۰۹ ۱- آیا مجوس اهل کتاب هستند؟
- ۱۱۱۱ ۲- حکم مجوس در نکاح، طهارت، جزیه، دیه و سایر جزئیات:
- ۱۱۱۱ احکام صابئین:

- ۱۱۱۲ - اشاره
- ۱۱۱۲ - اقوال:
- ۱۱۱۲ - ادله:
- ۱۱۱۲ - اشاره
- ۱۱۱۳ - ۱- آیه [شصت و دوم سوره بقره] -
- ۱۱۱۳ - اشاره
- ۱۱۱۳ - شأن نزول آیه:
- ۱۱۱۴ - ۲- آیه [شصت و نهم سوره مائده] -
- ۱۱۱۷ - بقی هنا شیء: ریشه کلمه «صابین» -
- ۱۱۱۷ - [مسأله ۲: العقد الواقع بین الکفار لو وقع صحیحاً عندهم و علی طبق مذهبهم یترتب علیه آثار الصحیح]
- ۱۱۱۷ - اشاره
- ۱۱۱۸ - عنوان مسأله:
- ۱۱۱۸ - [فرع اول: آیا نکاح آنها در بین خودشان صحیح است؟]
- ۱۱۱۸ - اشاره
- ۱۱۱۸ - اقوال:
- ۱۱۱۸ - اشاره
- ۱۱۱۸ - نکته اول:
- ۱۱۱۹ - نکته دوم:
- ۱۱۱۹ - خلاصه اقوال:
- ۱۱۲۰ - ادله:
- ۱۱۲۰ - ۱- سیره:
- ۱۱۲۰ - ۲- آیات:
- ۱۱۲۰ - اشاره
- ۱۱۲۰ - الف) آیه «وَ امْرَأَتَهُ حَمَّالَةَ الْخَطْبِ» «۳» -

- ب) «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا لِلَّذِينَ آمَنُوا امْرَأَتَ فِرْعَوْنَ». «۱» ۱۱۲۰
- ج) آیه «أَتَأْتُونَ الذُّكْرَانَ مِنَ الْعَالَمِينَ» ۱۱۲۱
- ۳- روایات: ۱۱۲۱
- بقی هنا امران: ۱۱۲۳
- الامر الاول: «لكل قوم نکاح» ۱۱۲۳
- الامر الثانی: روایات متعددی داریم که در بخش دوم خواهد آمد و می‌فرماید اگر زوج و زوجه مسلمان شوند نکاح آنها باقی است ۱۱۲۳
- فرع دوم: اگر زوج و زوجه هر دو مسلمان شوند بر نکاح اول باقی می‌مانند ۱۱۲۳
- اشاره ۱۱۲۳
- ادلّه: ۱۱۲۴
- اشاره ۱۱۲۴
- ۱- اجماع: ۱۱۲۴
- ۲- سیره: ۱۱۲۴
- ۳- روایات: ۱۱۲۴
- فرع سوم: اگر اهل کتاب نکاح ممنوعه‌ای داشته باشند ۱۱۲۵
- [مسأله ۳ (لو أسلم زوج الکتابیة)] ۱۱۲۶
- اشاره ۱۱۲۶
- مقدمه: ۱۱۲۶
- عنوان مسأله: ۱۱۲۷
- [۱- جایی که زوجه کتابیّه است.] ۱۱۲۷
- اقوال: ۱۱۲۷
- اشاره ۱۱۲۷
- جمع‌بندی اقوال: ۱۱۲۷
- ادلّه: ۱۱۲۸
- ۱- اجماع: ۱۱۲۸

- ۱۱۲۸ ۲- الاستدامة أسهل من الابتداء:
- ۱۱۲۸ ۳- روایات:
- ۱۱۲۹ ۲- زوجه وثنی و بت پرست است:
- ۱۱۳۰ اشاره
- ۱۱۳۰ اقوال:
- ۱۱۳۰ ادله:
- ۱۱۳۰ ۱- جماع:
- ۱۱۳۰ ۲- آیه «وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ»:
- ۱۱۳۰ ۳- روایات:
- ۱۱۳۱ جمع بندی:
- ۱۱۳۱ بقی هنا شیء:
- ۱۱۳۲ [مسألة ۴: لو أسلمت زوجة الوثنی أو الکتابی]
- ۱۱۳۲ اشاره
- ۱۱۳۲ عنوان مسأله:
- ۱۱۳۳ ۱- شوهر وثنی است:
- ۱۱۳۳ اقوال:
- ۱۱۳۳ دلیل این مسأله علاوه بر اجماع دو طایفه روایت است
- ۱۱۳۳ اشاره
- ۱۱۳۳ طایفه اول: روایات مطلق
- ۱۱۳۴ طایفه دوم: روایات مقید
- ۱۱۳۵ جمع بین روایات مطلق و مقید:
- ۱۱۳۶ ۲- شوهر کتابی است:
- ۱۱۳۶ اشاره
- ۱۱۳۶ ادله:

- ۱- روایات: ۱۱۳۶
- ۲- استصحاب: ۱۱۳۷
- روایات معارض: ۱۱۳۷
- بقی هنا شیء: مهریه ۱۱۳۸
- اشاره ۱۱۳۸
- اقوال: ۱۱۳۸
- ادله قول به وجوب مهر: ۱۱۳۸
- اشاره ۱۱۳۸
- ۱- استصحاب: ۱۱۳۸
- ۲- روایات: ۱۱۳۹
- ادله قول به عدم مهر: ۱۱۳۹
- اشاره ۱۱۳۹
- ۱- لا ضرر: ۱۱۳۹
- ۲- روایت: ۱۱۳۹
- ۱۱۴۰ [مسأله ۵: لو ارتد احد الزوجین أو ارتدّا معاً دفعتم قبل الدخول]
- اشاره ۱۱۴۰
- عنوان مسأله: ۱۱۴۰
- مرتد فطری: ۱۱۴۱
- مرتد ملی: ۱۱۴۱
- حکم مرتد فطری: ۱۱۴۱
- اشاره ۱۱۴۱
- دلیل سختگیری اسلام در مورد حکم مرتد فطری: ۱۱۴۱
- اشاره ۱۱۴۱
- در جواب این سؤال لازم است دو مقدمه را ذکر کنیم: ۱۱۴۲

- ۱۱۴۲ مقدمه اول: مرتد اقسامی دارد:
- ۱۱۴۲ مقدمه دوم: در اسلام یک قضیه تاریخی داریم که پایه حل مشکلات این بحث است
- ۱۱۴۲ اشاره
- ۱۱۴۲ ۱۰۰ ادامه مسئله ۵
- ۱۱۴۵ این مسأله دارای سه صورت است:
- ۱۱۴۵ صورت اول: یکی از زوجین در ادامه نکاح مرتد شود یا هر دو مرتد شوند
- ۱۱۴۵ صورت دوم: زوج مرتد ملی و زوجه مرتد ملی یا فطری باشد و دخول هم حاصل شده باشد،
- ۱۱۴۵ صورت سوم: مرد مرتد فطری است و بعد از دخول ارتداد حاصل شده،
- ۱۱۴۵ اقوال:
- ۱۱۴۶ ادله:
- ۱۱۴۶ ۱- اجماع:
- ۱۱۴۶ ۲- قواعد:
- ۱۱۴۷ ۳- روایات:
- ۱۱۴۸ بقی هنا امور:
- ۱۱۴۸ اشاره
- ۱۱۴۹ الامر الاول: اگر هر دو (زوج و زوجه) در آن واحد مرتد شوند
- ۱۱۴۹ الامر الثانی: اگر در عده ایمان نیاوردند کشف می شود فسخ نکاح از اول ارتداد بوده،
- ۱۱۴۹ الامر الثالث: حکم مهر چیست؟
- ۱۱۵۰ [مسأله ۶: العده فی الارتداد]
- ۱۱۵۰ اشاره
- ۱۱۵۰ اقوال:
- ۱۱۵۰ ادله:
- ۱۱۵۰ الف) در جایی که عده زن عده طلاق است:
- ۱۱۵۰ ب) در جایی که عده زن عده وفات است:

- ۱۱۵۰ اشاره
- ۱۱۵۱ ۱- اجماع:
- ۱۱۵۱ ۲- روایت عمار سباطی:
- ۱۱۵۱ ۳- استحسان:
- ۱۱۵۱ [مسأله ۷ (فی نکاح التّصاب و الغلاة)]
- ۱۱۵۱ اشاره
- ۱۱۵۱ عنوان مسأله:
- ۱۱۵۱ اقوال:
- ۱۱۵۲ ادله:
- ۱۱۵۲ ۱- اجماع:
- ۱۱۵۲ ۲- عمومات بطلان نکاح کافر و کافره:
- ۱۱۵۳ ۳- روایات خاصه:
- ۱۱۵۳ اشاره
- ۱۱۵۳ طایفه اول: احادیث فضیل بن یسار
- ۱۱۵۳ اشاره
- ۱۱۵۴ جمع‌بندی:
- ۱۱۵۴ طائفه دوم: نهی صریح
- ۱۱۵۵ طائفه سوم: فعل ائمه
- ۱۱۵۷ بقی هنا شیء: ناصبی کیست؟
- ۱۱۵۷ اشاره
- ۱۱۵۷ تفسیر اول: تفسیری که جمعی از بزرگان دارند و می‌فرمایند: «الناصبی من یستدین بیغض علی»
- ۱۱۵۸ تفسیر دوم: ناصبی کسانی هستند که عداوة اهل بیت علیهم السلام دارند ولی آن را مذهب خودشان اقرار نمی‌دهند
- ۱۱۵۹ تفسیر سوم: ناصبی کسی است که عداوت شیعه داشته باشد نه عداوة اهل بیت علیهم السلام فقط،
- ۱۱۵۹ تفسیر چهارم: ناصبی کسی است که غیر علی را بر علی علیه السلام ترجیح می‌دهد

- ۱۱۵۹ تفسیر پنجم: هر مخالفی ناصبی است،
- ۱۱۵۹ بررسی تفاسیر:
- ۱۱۵۹ اشاره
- ۱۱۶۰ تفسیر پنجم:
- ۱۱۶۰ تفسیر چهارم:
- ۱۱۶۰ تفسیر سوّم:
- ۱۱۶۰ تفسیر دوّم:
- ۱۱۶۰ تفسیر اوّل:
- ۱۱۶۰ غلات کافر هستند و ازدواج با آنها باطل است خواه زوج باشد یا زوجه و یا ابتدا باشد یا استدامه.
- ۱۱۶۱ ادله:
- ۱۱۶۱ ۱- اجماع:
- ۱۱۶۱ ۲- کفر غلات:
- ۱۱۶۱ ۳- روایات:
- ۱۱۶۲ [مسأله ۸: فی نکاح المخالف]
- ۱۱۶۲ اشاره
- ۱۱۶۲ عنوان مسأله:
- ۱۱۶۳ ادله قائلین به عدم جواز:
- ۱۱۶۳ اشاره
- ۱۱۶۳ شش دلیل برای کفر مخالف اقامه شده است:
- ۱۱۶۳ اشاره
- ۱۱۶۴ دلیل اوّل: روایات
- ۱۱۶۶ دلیل دوّم: داخل در عنوان ناصب
- ۱۱۶۶ دلیل سوّم: منکر ضروری دین
- ۱۱۶۶ دلیل چهارم: «كَذَلِكَ يَجْعَلُ اللَّهُ الرَّجْسَ عَلَى الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ»

- ۱۱۶۶ دلیل پنجم: تمسک به آیات «وَمَنْ يَتَّبِعْ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِيناً فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ»
- ۱۱۶۷ دلیل ششم: اجماع
- ۱۱۶۷ جواب از ادله:
- ۱۱۶۷ اشاره
- ۱۱۶۷ جواب از دلیل ششم:
- ۱۱۶۷ جواب از دلیل پنجم:
- ۱۱۶۷ جواب از دلیل چهارم:
- ۱۱۶۸ جواب از دلیل سوم:
- ۱۱۶۸ جواب از دلیل دوم:
- ۱۱۶۸ جواب از دلیل اول:
- ۱۱۶۸ اشاره
- ۱۱۶۹ مطابق این روایت کفر بر پنج وجه است:
- ۱۱۶۹ ۱- کفر جحود:
- ۱۱۶۹ ۲- کفر نعمت:
- ۱۱۶۹ ۳- کفر براءت:
- ۱۱۶۹ ۴- کفر عصیان:
- ۱۱۷۰ دلیل قائلین به طهارت مخالفین:
- ۱۱۷۰ ۱- سیره ائمه علیهم السلام و مسلمین:
- ۱۱۷۰ ۲- احادیث باب اسلام و ایمان:
- ۱۱۷۲ ۳- روایات کتاب الطهارة:
- ۱۱۷۲ روایاتی که در کتاب الطهارة آمده و از آنها حجیت بر طهارت به واسطه سه چیز استفاده می‌شود:
- ۱۱۷۲ ۱- ید مسلم:
- ۱۱۷۲ ۲- سوق مسلمین:
- ۱۱۷۳ ۳- بلاد مسلمین:

- ۱۱۷۴ جمع بین روایات:
- ۱۱۷۴ ۴- روایات خاصه:
- ۱۱۷۴ اشاره
- ۱۱۷۶ جمع‌بندی روایات:
- ۱۱۷۶ [مسأله ۹: لا يشترط في صحه النكاح تمكّن الزوج من النفقه]
- ۱۱۷۶ اشاره
- ۱۱۷۶ مقدمه:
- ۱۱۷۶ عنوان مسأله:
- ۱۱۷۷ اقوال:
- ۱۱۷۷ اشاره
- ۱۱۷۷ جمع‌بندی اقوال:
- ۱۱۷۷ ادله قائلین به عدم شرطیت یسار:
- ۱۱۷۸ اشاره
- ۱۱۷۸ ۱- آیه «وَأَنْكِحُوا الْأَبَامِي الْمُنْكَمَ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِيمَانِكُمْ إِن يُكُونُوا فُقَرَاءُ يُغْنِيهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ». «۳»
- ۱۱۷۸ ۲- روایات:
- ۱۱۷۸ اشاره
- ۱۱۷۸ طایفه اول: روایاتی که می‌فرماید خدمت پیامبر آمده و از فقر شکایت می‌کردند حضرت می‌فرمود ازدواج کنید تا غنی شوید.
- ۱۱۷۸ طایفه دوم: روایاتی که می‌فرماید کسی که به خاطر فقر اقدام به ازدواج نکند به خدا سوء ظنّ دارد
- ۱۱۷۹ طایفه سوم: روایاتی که پیامبر برای بعضی از اصحاب فقیرش عملاً زوجه انتخاب می‌کرد
- ۱۱۷۹ ادله قائلین به اشتراط:
- ۱۱۷۹ اشاره
- ۱۱۸۰ ۱- آیات:
- ۱۱۸۰ الف) آیه «وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» «۲»
- ۱۱۸۰ ب) آیه «وَلْيَسْتَغْفِرِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ». «۳»

- ۱۱۸۰ ۲- روایت:
- ۱۱۸۰ ۳- قاعدة لا ضرر:
- ۱۱۸۱ بقى هنا شىء:
- ۱۱۸۱ [مسألة ۱۰: حدوث العسر بعد اليسار]
- ۱۱۸۱ اشاره
- ۱۱۸۲ عنوان مسأله:
- ۱۱۸۲ اقوال:
- ۱۱۸۲ اشاره
- ۱۱۸۲ صورت اول: اگر عدم يسار تجدد پیدا کند
- ۱۱۸۲ اشاره
- ۱۱۸۲ ادله:
- ۱۱۸۲ اشاره
- ۱۱۸۳ ۱- قياس اولويت:
- ۱۱۸۳ ۲- استصحاب:
- ۱۱۸۳ ۳- روایت:
- ۱۱۸۳ صورت دوم: شوهر مال دارد ولی نفقه نمی‌دهد.
- ۱۱۸۴ اقوال:
- ۱۱۸۴ ادله:
- ۱۱۸۴ ۱- آیه «فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ» «۲»
- ۱۱۸۴ ۲- روایات:
- ۱۱۸۵ جلد پنجم
- ۱۱۸۵ فهرست
- ۱۱۸۶ [مقدمه‌های پژوهش]
- ۱۱۸۶ اشاره

- ۱۱۸۷ مقدمه حضرت آیه الله العظمی مکارم شیرازی بر کتاب النکاح
- ۱۱۸۷ مقدمه
- ۱۱۸۸ نکاح موقت:
- ۱۱۸۸ اشاره
- ۱۱۸۸ بحث مشروعیت نکاح موقت از دو جهت مهم است:
- ۱۱۸۸ ۱- دفاع از مذهب:
- ۱۱۸۸ ۲- مشکل ازدواج جوانان:
- ۱۱۸۹ عناوین مباحث مشروعیت نکاح موقت:
- ۱۱۹۰ تعریف نکاح موقت:
- ۱۱۹۰ اشاره
- ۱۱۹۰ جهات مشترک:
- ۱۱۹۰ اشاره
- ۱۱۹۰ ۱- محرمات نکاح:
- ۱۱۹۰ ۲- شرایط نکاح:
- ۱۱۹۰ ۳- اذن ولی:
- ۱۱۹۱ ۴- احکام ولد:
- ۱۱۹۱ ۵- عده:
- ۱۱۹۱ جهات افتراق:
- ۱۱۹۱ اشاره
- ۱۱۹۱ ۱- ذکر مدت:
- ۱۱۹۱ ۲- نفقه، ارث و حق القسّم:
- ۱۱۹۱ ۳- خروج از بیت:
- ۱۱۹۲ دو نکته:
- ۱۱۹۲ اشاره

- ۱- ما می‌توانیم برای مشروعیت متعه به اطلاقات ادله نکاح متوسل شویم؛ ۱۱۹۲
- ۲- بعضی معتقدند که حکم متعه مسلماً در شریعت اسلام بوده ۱۱۹۲
- اقوال خاصه و عامه: ۱۱۹۲
- ادله اباحه عقد موقت: ۱۱۹۴
- اشاره ۱۱۹۴
- ۱- اجماع: ۱۱۹۴
- ۲- آیات: ۱۱۹۴
- ۳- روایات: ۱۱۹۷
- اشاره ۱۱۹۷
- الف) روایات عامه: ۱۱۹۷
- اشاره ۱۱۹۷
- توجیهات اهل سنت: ۱۲۰۱
- اشاره ۱۲۰۱
- توجیه اول: این توجیه در کلام خود عمر است. ۱۲۰۱
- توجیه دوم: این از احکام حکومتی است ۱۲۰۱
- توجیه سوم: این توجیه را ابن قدامه در مغنی دارد ۱۲۰۱
- توجیه چهارم: قوشجی در شرح تجرید می‌گوید: ۱۲۰۲
- ب) روایات خاصه: ۱۲۰۲
- اشاره ۱۲۰۲
- جمع‌بندی: ۱۲۰۳
- روایات معارض: ۱۲۰۳
- ادله مخالفین (حرمت نکاح موقت): ۱۲۰۴
- اشاره ۱۲۰۴
- نسخ نکاح متعه: ۱۲۰۴

- ۱۲۰۴ اشاره
- ۱۲۰۴ روایات ناسخ از نظر زمان نسخ و جهات دیگر متعارض بوده و به چند گروه تقسیم می‌شوند: -
- ۱۲۰۴ گروه اول: روایاتی که می‌گوید در خیبر نسخ شد.
- ۵ گروه دوم: روایاتی که دلالت می‌کند در عام اوطاس «۴» (فتح مکه در سال هشتم هجری) پیامبر صلی الله علیه و آله آن را نسخ کرد.
- ۱۲۰۵ گروه سوم: روایاتی که می‌گوید در زمین مکه پیامبر صلی الله علیه و آله سه روز آن را حلال کرده و سپس آن را حرام کرده است: ۱۲۰۵
- ۱۲۰۶ اقوال دیگر: -
- ۱۲۰۷ [ادله قائلین به نسخ حکم متعه]
- ۱۲۰۷ اشاره
- ۱۲۰۷ دلیل اهمّیت بحث متعه: -
- ۱۲۱۰ فلسفه و حکمت نکاح موقت: -
- ۱۲۱۰ اشاره
- ۱۲۱۱ ویژگی‌های عصر حاضر: -
- ۱۲۱۲ نکاح المسیار و النکاح بنیة الطلاق: -
- ۱۲۱۲ اشاره
- ۱۲۱۲ تعریف اصطلاحی زواج مسیار: -
- ۱۲۱۳ تعبیرات مختلف در مورد مسیار: -
- ۱۲۱۳ اقوال علمای عامه و خاصه: -
- ۱۲۱۳ اشاره
- ۱۲۱۴ ادله موافقین: -
- ۱۲۱۶ ادله مخالفین: -
- ۱۲۱۶ اشاره
- ۱۲۱۶ ۱- محقق نشدن اهداف شرع: -
- ۱۲۱۶ ۲- ظلم به زن: -
- ۱۲۱۶ ۳- مخالف با کتاب الله: -

- ۱۲۱۶ ۴- مخالف طبیعت نکاح:
- ۱۲۱۶ ۵- شکسته شدن شخصیت زن:
- ۱۲۱۷ ۶- شبیه نکاح متعه:
- ۱۲۱۷ جواب از دلیل اول:
- ۱۲۱۷ جواب از دلیل دوّم و سوّم:
- ۱۲۱۷ جواب از دلیل چهارم:
- ۱۲۱۷ جواب از دلیل پنجم:
- ۱۲۱۸ جواب از اشکال ششم:
- ۱۲۱۸ بقی هنا امور:
- ۱۲۱۸ الامر الاول: نکاح به قصد طلاق
- ۱۲۱۹ الامر الثانی: سوء استفاده از نکاح موقت
- ۱۲۲۲ الامر الثالث: نکاح موقت مباح است، منظور از این اباحه چیست؟
- ۱۲۲۴ [مسأله ۱ (النکاح المنقطع کالدائم)]
- ۱۲۲۴ اشاره
- ۱۲۲۴ قبل از ورود به بحث دو مطلب را که به مباحث قبل مربوط است مطرح می‌کنیم:
- ۱۲۲۵ عنوان مسأله:
- ۱۲۲۵ ارکان عقد موقت:
- ۱۲۲۵ ادله:
- ۱۲۲۵ ۱- اجماع:
- ۱۲۲۶ ۲- ویژگی نکاح:
- ۱۲۲۸ [مسأله ۲ (الفاظ الایجاب و القبول فی المتعة)]
- ۱۲۲۸ اشاره
- ۱۲۳۰ تقدیم قبول بر ایجاب:
- ۱۲۳۰ [مسأله ۳ (تمتع المسلمة بالكافر و بالعکس)]

- ۱۲۳۰ اشاره
- ۱۲۳۱ عنوان مسأله:
- ۱۲۳۱ [مسأله ۴: لا يتمتع على العمّة بنت اخیها و لا على الخالّة بنت اختها الا بإذنها أو إجازتهما]
- ۱۲۳۱ اشاره
- ۱۲۳۲ ادّله:
- ۱۲۳۲ ۱- اجماع:
- ۱۲۳۲ ۲- اطلاق ادّله:
- ۱۲۳۲ [مسأله ۵: يشترط فی النکاح المنقطع ذکر المهر]
- ۱۲۳۳ اشاره
- ۱۲۳۳ عنوان مسأله:
- ۱۲۳۳ اقوال:
- ۱۲۳۳ ادّله:
- ۱۲۳۳ ۱- اجماع:
- ۱۲۳۴ ۲- روایات:
- ۱۲۳۴ ۳- دلیل شبه عقلی:
- ۱۲۳۴ بقى هنا امور:
- ۱۲۳۵ اشاره
- ۱۲۳۵ الامر الاول: المهر مال
- ۱۲۳۵ الامر الثانى: يشترط فيه العلم بالمقدار اجمالاً
- ۱۲۳۵ الامر الثالث: هل للمهر مقدار معین لا يجوز الاقل منه؟
- ۱۲۳۶ اشاره
- ۱۲۳۶ دلیل مشهور:
- ۱۲۳۶ دلیل مرحوم صدوق:
- ۱۲۳۷ [مسأله ۶ و ۷]

- ۱۲۳۷ [مسأله ۶: تملك المتمتع المهر بالعقد]
- ۱۲۳۸ [مسأله ۷: لو وقع العقد و لم يدخل بها مع تمكينها حتى انقضت المدّة]
- ۱۲۳۸ عنوان مسأله:
- ۱۲۳۸ ریشه مسأله:
- ۱۲۴۰ اکنون صور مسأله را بررسی می‌کنیم:
- ۱۲۴۰ صورت اول: آیا به مجرد مطالبه می‌توان گفت که پرداخت مهر واجب است؟ آیا زن بلافاصله بعد از عقد حق مطالبه دارد؟
- ۱۲۴۱ صورت دوم: اگر دخول نکرده و باقی‌مانده مدت را بخشیده است
- ۱۲۴۱ اشاره
- ۱۲۴۱ مقتضای قاعده:
- ۱۲۴۲ صورت سوم: اگر بقیه مدت را بخشیده و دخول هم حاصل شده است، آیا باید تمام مهر را بدهد یا بعض مهر را؟
- ۱۲۴۲ صورت چهارم: اگر زن به عقدش وفا نکرد و به نصف مدت وفا کرد، مهر تجزیه می‌شود
- ۱۲۴۲ صورت پنجم: اگر زن به تمام مدت عمل کرد، هبه مدت هم نشد و دخول هم واقع نشد
- ۱۲۴۲ [مسأله ۸: (حكم المهر في صورة تبين فساد العقد)]
- ۱۲۴۲ اشاره
- ۱۲۴۳ عنوان مسأله:
- ۱۲۴۳ اقوال:
- ۱۲۴۳ اشاره
- ۱۲۴۳ قول اول: هر مقداری از مهر که به زن داده برای او کافی است:
- ۱۲۴۳ قول دوم: ان الوجه أنها تستوفيه جميعاً مع جهالتها مطلقاً
- ۱۲۴۳ قول سوم: و لو قيل بمهر المثل مع الدخول و جهلها و عدم المهر مع الدخول و العلم منها مطلقاً كان حسناً
- ۱۲۴۴ قول چهارم: موجب مع جهلها للأقل من المثل او المسمى،
- ۱۲۴۴ قول پنجم: این قول به قرینه کلام صاحب جواهر است.
- ۱۲۴۴ ادله:
- ۱۲۴۴ ۱- مقتضای قاعده:

- ۲- روایات: ۱۲۴۴
- اشاره ۱۲۴۴
- اشکال دلالی حدیث: ۱۲۴۶
- تلخیص من جمیع ما ذکرنا: ۱۲۴۷
- بقی هنا شیء: مهر المثل چه چیزی را باید بدهند؟ ۱۲۴۷
- [مسأله ۹: یشرط فی النکاح المنقطع ذکر الأجل] ۱۲۴۸
- اشاره ۱۲۴۸
- عنوان مسأله: ۱۲۴۸
- فرع اول: لزوم ذکر اجل ۱۲۴۹
- اشاره ۱۲۴۹
- ادلّه: ۱۲۴۹
- ۱- اجماع: ۱۲۴۹
- ۲- ماهیت عقد متعه: ۱۲۴۹
- ۳- روایات: ۱۲۴۹
- فرع دوم: عدم ذکر اجل ۱۲۵۰
- اشاره ۱۲۵۰
- مقتضای قاعده: ۱۲۵۰
- اکنون اقوال سه‌گانه دیگر را بررسی می‌کنیم: ۱۲۵۱
- قول اول: قائلین به این قول به سه روایت تمتک کرده و می‌گویند بر خلاف قاعده العقود تابعه للقصود این مورد استثنا شده است، ۲۵۱
- قول دوم: در جایی که عدم ذکر اجل عمدی بوده تبدیل به دائم می‌گردد و در سهو و نسیان باطل می‌شود، ۱۲۵۴
- قول سوم: اگر به لفظ «متعت» باشد و ذکر اجل نکنند، باطل است ۱۲۵۴
- فرع سوم: تقدیر اجل با زوجین است ۱۲۵۴
- اشاره ۱۲۵۴
- بقی هنا شیء: آیا عقد نکاح‌هایی که برای محرمیت بر یک بچه شیرخوار می‌خوانند برای یک لحظه جایز است؟ ۱۲۵۵

- ۱۲۵۶ فرع چهارم: اجل باید مضبوط باشد.
- ۱۲۵۶ اشاره
- ۱۲۵۶ ادله:
- ۱۲۵۶ ۱- اجماع:
- ۱۲۵۶ ۲- روایات:
- ۱۲۵۷ ۳- روایات «نهی النبی عن الغرر»:
- ۱۲۵۷ ۴- روایت «ابن بکیر»:
- ۱۲۵۷ فرع پنجم: لو قدره بالمرّة أو المرّتين من دون تعیین زمان.
- ۱۲۵۸ [مسأله ۱۰ (انفصال المدة عن العقد)]
- ۱۲۵۸ اشاره
- ۱۲۵۸ عنوان مسأله:
- ۱۲۵۸ اقوال:
- ۱۲۵۹ ادله مجوزین:
- ۱۲۵۹ اشاره
- ۱۲۵۹ ۱- اطلاق ادله:
- ۱۲۵۹ ۲- تشبیه به اجاره:
- ۱۲۶۰ ۳- روایت «بکّار بن کَرْدَم»:
- ۱۲۶۰ ادله مخالفین (لا یصح هذا النکاح):
- ۱۲۶۱ ۱- اصالة الحرمة:
- ۱۲۶۱ ۲- احتیاط در فروج:
- ۱۲۶۱ ۳- جدا شدن اثر از مؤثر:
- ۱۲۶۱ ۴- این عقد منافی تنجیز است:
- ۱۲۶۱ اشاره
- ۱۲۶۲ «بحث اصولی»

- ۱۲۶۲ ۵- قول به انفصال مستلزم لوازم غیر قابل قبول:
- ۱۲۶۳ بقی هنا شیء:
- ۱۲۶۳ [مسألة ۱۱: تجديد العقد قبل انقضاء الأجل أو بذل المدّة]
- ۱۲۶۳ اشاره
- ۱۲۶۴ عنوان مسأله:
- ۱۲۶۴ اقوال:
- ۱۲۶۴ ادلة بطلان:
- ۱۲۶۴ اشاره
- ۱۲۶۵ ۱- اجتماع مثلین امکان ندارد:
- ۱۲۶۶ ۲- روایات:
- ۱۲۶۸ ادلة قول غیر مشهور (قائلین به جواز):
- ۱۲۶۸ ۱- تشبیه به اجاره:
- ۱۲۶۸ ۲- روایات:
- ۱۲۷۱ دلیل قائلین به تفصیل:
- ۱۲۷۱ [مسألة ۱۲: الشروط فی ضمن المتعة]
- ۱۲۷۱ اشاره
- ۱۲۷۲ اقوال:
- ۱۲۷۲ ادلة جواز:
- ۱۲۷۲ اشاره
- ۱۲۷۲ ۱- ادلة صحت شروط (دلیل عام):
- ۱۲۷۳ ۲- روایات (دلیل خاص):
- ۱۲۷۶ بقی هنا امران:
- ۱۲۷۶ الامر الاول: اگر بعد از عقد حاضر به اسقاط شرط شدند، آیا با الغای شرط، شرط ساقط می‌شود یا به قوت خود باقی است؟
- ۱۲۷۶ اشاره

- ۱۲۷۶ توضیح ذلک: قاعدة کلی
- ۱۲۷۷ الامر الثانی: مرحوم امام فرمودند «يجوز أن يشترط علیها و علیہ»
- ۱۲۷۷ [مسألة ۱۳: العزل فی المتعة]
- ۱۲۷۷ اشاره
- ۱۲۷۸ فرع اول: عزل در عقد موقت
- ۱۲۷۸ اشاره
- ۱۲۷۸ ادله:
- ۱۲۷۸ ۱- اجماع:
- ۱۲۷۸ ۲- فلسفه و حکمت عقد موقت:
- ۱۲۷۸ ۳- روایات:
- ۱۲۷۹ مسألة مستحدثه: کنترل موالید
- ۱۲۷۹ اشاره
- ۱۲۸۰ بقى هنا نکتتان:
- ۱۲۸۰ فرع دوم: فرزند ملحق به طرفین است حتی در صورت عزل
- ۱۲۸۱ اشاره
- ۱۲۸۱ اقوال:
- ۱۲۸۱ ادله:
- ۱۲۸۱ اشاره
- ۱۲۸۱ ۱- روایات عام:
- ۱۲۸۲ ۲- روایات خاص:
- ۱۲۸۳ فرع سوم: نفی ولد
- ۱۲۸۳ اشاره
- ۱۲۸۴ در عقد دائم لعان در دو مورد آمده است:
- ۱۲۸۴ ۱- نفی حد قذف:

- ۱۲۸۴ ۲- نفی ولد:
- ۱۲۸۴ تفاوت دو قسم:
- ۱۲۸۴ ادله:
- ۱۲۸۵ ۱- اجماع:
- ۱۲۸۵ ۲- روایات:
- ۱۲۸۶ فرع چهارم: عدم نفی ولد بدون یقین -
- ۱۲۸۶ [مسأله ۱۴: تبیین المتمتع] ...
- ۱۲۸۶ اشاره
- ۱۲۸۶ عنوان مسأله:
- ۱۲۸۶ اقوال:
- ۱۲۸۶ ادله:
- ۱۲۸۶ ۱- اجماع:
- ۱۲۸۶ ۲- روایات:
- ۱۲۸۷ [مسأله ۱۵: لا یثبت بهذا العقد توارث بین الزوجین]
- ۱۲۸۷ اشاره
- ۱۲۸۸ عنوان مسأله:
- ۱۲۸۸ اقوال:
- ۱۲۸۸ اشاره
- ۱۲۸۸ [قول اول مطلقاً ارث نمی‌برند]
- ۱۲۸۹ ادله:
- ۱۲۸۹ اشاره
- ۱۲۸۹ طایفه اول: مطلقاً ارث نمی‌برند
- ۱۲۹۱ طایفه دوم: عدم ارث از ارکان عقد است
- ۱۲۹۲ طایفه سوم: روایاتی که می‌گوید «هنّ مستأجرات»

- ۱۲۹۳ [قول دوم قول به تفصیل (در صورت اشتراط ارث ثابت است و در صورت عدم اشتراط ارث ثابت نیست)]
- ۱۲۹۳ [دلیل: روایات]
- ۱۲۹۳ اشاره
- ۱۲۹۳ جمع بین روایات متعارض:
- ۱۲۹۳ اشاره
- ۱۲۹۴ جمع دلالتی
- ۱۲۹۵ قول سوم: مطلقا ارث می‌برند مگر این که شرط عدم ارث کند (به عکس قول دوم)
- ۱۲۹۵ اشاره
- ۱۲۹۵ دلیل این قول یک روایت است:
- ۱۲۹۶ قول چهارم: مطلقا ارث ثابت است (مانند عقد دائم)
- ۱۲۹۶ اشاره
- ۱۲۹۶ دلیل این قول ظاهر کتاب الله است
- ۱۲۹۸ بقی هنا شیء: دلیل عقلی بر عدم ثبوت ارث در متعه
- ۱۲۹۸ [مسأله ۱۶: لو انقضی أجلها أو وهب مدتها قبل الدخول]
- ۱۲۹۸ اشاره
- ۱۲۹۹ عنوان مسأله:
- ۱۲۹۹ اشاره
- ۱۲۹۹ الف) عدم دخول:
- ۱۲۹۹ ب) دخول:
- ۱۲۹۹ ج) مقدار عدّه:
- ۱۲۹۹ اشاره
- ۱۳۰۰ صورت اول: که در سن من تحیض است و باردار هم نیست.
- ۱۳۰۰ أقوال:
- ۱۳۰۰ اشاره

- ۱۳۰۰ قول اول: حیضتان
- ۱۳۰۲ قول دوم: حیضه واحده
- ۱۳۰۵ قول سوم: حیضه و نصف
- ۱۳۰۶ قول چهارم: طهران
- ۱۳۰۷ صورت دوم: در سنّ من تحيض ولی حیض نمی‌بیند.
- ۱۳۰۷ اشاره
- ۱۳۰۷ اقوال:
- ۱۳۰۷ دلیل: روایات
- ۱۳۰۷ اشاره
- ۱۳۰۹ روایت معارض
- ۱۳۰۹ بقی هنا شیء:
- ۱۳۰۹ صورت سوم: زن باردار است.
- ۱۳۰۹ اشاره
- ۱۳۰۹ اقوال:
- ۱۳۱۰ دلیل: عموم ادله
- ۱۳۱۰ اشاره
- ۱۳۱۰ الف) عموم آیه
- ۱۳۱۰ ب) عموم روایات:
- ۱۳۱۱ صورت چهارم: عدّه وفات
- ۱۳۱۱ اشاره
- ۱۳۱۲ ۱- زن باردار نیست:
- ۱۳۱۲ اقوال:
- ۱۳۱۲ ادله قول مشهور (چهار ماه و ده روز)
- ۱۳۱۳ ادله قول دوم (شصت و پنج روز):

- ۱۳۱۴ ۲- زن باردار است
- ۱۳۱۴ اشاره
- ۱۳۱۵ دلیل: روایات
- ۱۳۱۵ [مسأله ۱۷: يستحب أن تكون المتمتع بها مؤمنة عفيفة]
- ۱۳۱۵ اشاره
- ۱۳۱۵ عنوان مسأله:
- ۱۳۱۵ ۱- ایمان:
- ۱۳۱۵ اشاره
- ۱۳۱۶ دلیل: روایات
- ۱۳۱۶ اشاره
- ۱۳۱۷ حدیث معارض:
- ۱۳۱۸ ۲- عقیفه:
- ۱۳۱۹ ۳- استحباب سؤال از حال زن:
- ۱۳۱۹ اشاره
- ۱۳۲۰ روایات ناهیه:
- ۱۳۲۱ جمع بین روایات:
- ۱۳۲۲ [مسأله ۱۸: يجوز التمتع بالزانية على كراهية]
- ۱۳۲۲ اشاره
- ۱۳۲۲ مقتضای اصل:
- ۱۳۲۳ ادله قائلین به حرمت:
- ۱۳۲۳ اشاره
- ۱۳۲۳ آیه «الزانی لا ینکح إلا زانیة أو مشرکة و الزانیة لا ینکحها إلا زانیان أو مشرک و حرّم ذلک علی المؤمنین»
- ۱۳۲۳ اشاره
- ۱۳۲۳ ۱- جمله انشائییه است:

- ۱۳۲۳ ۲- جمله خبریه است:
- ۱۳۲۵ روایات:
- ۱۳۲۷ ادله قائلین به جواز:
- ۱۳۲۸ جمع بین ادله جواز و حرمت:
- ۱۳۳۰ در ذیل مسائل عقد موقت دو مسأله داریم که در تحریر الوسيله نیامده و محل حاجت است.
- ۱۳۳۱ اشاره
[مسأله اول: در صورت جواز متعه فاجره آیا استبرای رحم (چیزی شبیه عده) قبل از نکاح لازم است؟]
- ۱۳۳۳ مسأله دوم: آیا متعه بکر جایز است؟
- ۱۳۳۳ اشاره
روایات عدم جواز:
- ۱۳۳۴ اشاره
روایات جواز:
- ۱۳۳۵ [القول فی العیوب الموجبه لخیار الفسخ و التذلیس]
- ۱۳۳۵ اشاره
و هی قسمان: مشترک و مختص.
- ۱۳۳۶ بخش اول: عیوب مشترک بین رجل و مرثه
- ۱۳۳۶ اشاره
عیب جنون بین مرد و زن مشترک و دارای حالاتی است
- ۱۳۳۶ اشاره
اقوال:
- ۱۳۳۷ اشاره
اقوال اهل سنت:
- ۱۳۳۷ نکاتی در مسأله لازم به ذکر است:
- ۱۳۳۷ نکته اول: اصل در مسأله
- ۱۳۳۸ نکته دوم: موضوع جنون

- ۱۳۳۸ نکته سؤم: الحاق عیوب دیگر
- ۱۳۳۹ نکته چهارم: عیوب قابل رفع
- ۱۳۳۹ نکته پنجم: بین خیار عیب، خیار شرط و خیار تدلیس در محلّ کلام ما فرق است ولی گاهی اینها با هم مخلوط می‌شود؛
- ۱۳۳۹ [جنون مرد]
- ۱۳۳۹ جنون سابق در ناحیه زوج:
- ۱۳۳۹ اشاره
- ۱۳۳۹ ادله جواز فسخ در جنون سابق زوج
- ۱۳۳۹ ۱- انصراف ادله وفای به عقود
- ۱۳۳۹ ۲- نفی ضرر
- ۱۳۳۹ ۳- نفی غرور
- ۱۳۳۹ ۴- قاعده نفی حرج
- ۱۳۴۰ ۵- روایات
- ۱۳۴۲ جنون لاحق زوج:
- ۱۳۴۲ اشاره
- ۱۳۴۲ ادله جواز فسخ در جنون لاحق زوج:
- ۱۳۴۳ اشاره
- ۱۳۴۳ ۱- اصل:
- ۱۳۴۳ ۲- روایت مرسله صدوق:
- ۱۳۴۴ ۳- حدیث فقه الرضا:
- ۱۳۴۵ بقی هنا امور:
- ۱۳۴۵ الامر الاول: فرقی بین جنون مطبق (دائمی) و جنون ادواری نیست.
- ۱۳۴۶ الامر الثاني: صحت عقد مجنون در جنون سابق چگونه تصوّر می‌شود؟
- ۱۳۴۶ الامر الثالث: آیا بین عقد دائم و منقطع و دخول و عدم دخول در احکام فسخ فرق است؟
- ۱۳۴۶ جنون زن:

- ۱۳۴۶ اشاره
- ۱۳۴۶ اقوال:
- ۱۳۴۷ جنون سابق زن:
- ۱۳۴۷ اشاره
- ۱۳۴۷ ادلّه جواز فسخ در جنون سابق:
- ۱۳۴۷ ۱- اجماع:
- ۱۳۴۷ ۲- لا ضرر و لا جرح:
- ۱۳۴۷ ۳- انصراف ادلّه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ:
- ۱۳۴۷ ۴- روایات:
- ۱۳۴۷ جنون لاحق زن:
- ۱۳۴۸ اشاره
- ۱۳۴۸ اقوال:
- ۱۳۴۸ ادلّه قائلین به عدم جواز فسخ:
- ۱۳۴۸ اشاره
- ۱۳۴۸ ۱- اجماع:
- ۱۳۴۸ ۲- اصالة اللزوم:
- ۱۳۴۸ ۳- استصحاب:
- ۱۳۴۸ ۴- انسباق از روایات باب:
- ۱۳۴۸ ادلّه قائلین به جواز فسخ:
- ۱۳۴۹ اشاره
- ۱۳۴۹ در این مسأله دو قرینه سبب شده است که مشهور چنین فتوا دهند:
- ۱۳۵۰ [بخش دوم عیوب مختص]
- ۱۳۵۰ اشاره
- ۱۳۵۰ عیوب مختص به رجل:

- ۱- الخصاء: ۱۳۵۰
- [الخصاء قبل العقد] ۱۳۵۰
- اشاره ۱۳۵۰
- عنوان مسأله: خصا به سه گونه است: ۱۳۵۰
- اقوال: ۱۳۵۱
- ادله: ۱۳۵۲
- الخصاء بعد العقد: ۱۳۵۵
- اشاره ۱۳۵۵
- اقوال: ۱۳۵۶
- ادله: ۱۳۵۶
- ۲- الحجب: ۱۳۵۶
- اشاره ۱۳۵۶
- عنوان مسأله: ۱۳۵۶
- ۱- عیب قبل از نکاح: ۱۳۵۷
- اشاره ۱۳۵۷
- اقوال: ۱۳۵۷
- ادله: ۱۳۵۷
- ۲- عیب بعد از نکاح: ۱۳۵۸
- اشاره ۱۳۵۸
- اقوال: ۱۳۵۹
- ادله قائلین به عدم جواز فسخ: ۱۳۵۹
- ادله قائلین به جواز فسخ: ۱۳۵۹
- ۳- عیب بعد از نکاح و دخول: ۱۳۶۰
- اقوال: ۱۳۶۰

- دلیل: ۱۳۶۰
- بقی هنا امران: ۱۳۶۰
- الامر الاوّل: اگر بعضی از عضو مخصوص موجود باشد و لو به مقدار رأس الآلهة کافی است، ۱۳۶۰
- الامر الثانی: اگر این عیب در مرد به وسیله خودش ایجاد شد ۱۳۶۰
- ۳- العین: ۱۳۶۱
- اشاره ۱۳۶۱
- بحث موضوعی: ۱۳۶۱
- بحث حکمی: ۱۳۶۲
- ادله: ۱۳۶۲
- ۱- لا ضرر ۱۳۶۲
- ۲- لا حرج ۱۳۶۲
- ۳- تدلیس: ۱۳۶۲
- ۴- روایات: ۱۳۶۲
- فروع مسأله: ۱۳۶۶
- اشاره ۱۳۶۶
- فرع اوّل: تجدد العین بعد العقد ۱۳۶۶
- فرع دوّم: لو وطأ مرّة واحدة ۱۳۶۷
- فرع سوّم: إن كان قادراً علی غیرها و لم یکن قادراً علیها آیا در این صورت زن حق فسخ دارد؟ ۱۳۶۷
- عیوب مختص مرثه: ۱۳۶۹
- نش عیب مخصوص مرثه است ۱۳۶۹
- اشاره ۱۳۶۹
- ۱- برص: ۱۳۷۰
- موضوع برص: ۱۳۷۰
- حکم برص: ۱۳۷۱

- ۱۳۷۱ ادله:
- ۱۳۷۱ ۲- جذام:
- ۱۳۷۱ اشاره
- ۱۳۷۱ موضوع جذام:
- ۱۳۷۲ حکم جذام:
- ۱۳۷۲ اقوال:
- ۱۳۷۳ ادله:
- ۱۳۷۴ ۳- قَرَن:
- ۱۳۷۴ اشاره
- ۱۳۷۴ اقوال:
- ۱۳۷۴ ادله:
- ۱۳۷۵ ادله قائلین به عدم ثبوت خیار فسخ:
- ۱۳۷۶ ادله قائلین به ثبوت خیار فسخ:
- ۱۳۷۸ ۴- الإفضاء:
- ۱۳۷۸ اشاره
- ۱۳۷۸ موضوع افضا:
- ۱۳۷۸ اقوال:
- ۱۳۷۸ ادله:
- ۱۳۷۹ ۵- عَرَج (لنگ بودن):
- ۱۳۷۹ اشاره
- ۱۳۷۹ اقوال:
- ۱۳۸۰ اکنون به بررسی اقوال چهارگانه می‌پردازیم:
- ۱۳۸۴ ۶- العمی:
- ۱۳۸۴ اشاره

- ۱۳۸۵ اقوال:
- ۱۳۸۵ دلیل مشهور: روایات
- ۱۳۸۵ دلیل قائلین به عدم خیار:
- ۱۳۸۶ بقی هنا امور:
- ۱۳۸۷ الامر الاول: [عبارت مرحوم محقق در شرایط لا ترد المرأة بعیب غیر هذه السبعة].
- ۱۳۸۹ الامر الثاني: موضوع تدلیس به حسب زمان، مکان، جوامع مختلف بشری و اشخاص متفاوت است.
- ۱۳۸۹ الامر الثالث: اگر زوج یا زوجه به بیماری‌هایی مبتلا باشند که از آن عیوب منصوصه شدیدتر است
- ۱۳۸۹ اشاره
- ۱۳۸۹ ۱- قیاس اولویت:
- ۱۳۸۹ ۲- تدلیس:
- ۱۳۹۰ ۳- اشاراتی که در روایات است:
- ۱۳۹۰ الامر الرابع: اگر هر یک از زوج و یا زوجه و یا هر دو، سلامت در عیوب را شرط کنند بعد خلاف شرط ظاهر شود،
- ۱۳۹۱ الامر الخامس: عیوبی در سابق قابل علاج نبود ولی در عصر و زمان ما به سهولت قابل علاج است،
- ۱۳۹۲ الامر السادس: عامه در این عیوب تا چه حد با ما همراه هستند؟
- ۱۳۹۲ در باقی مانده بحث عیوب ابتدا نه مسأله در مورد احکام عیوب و بعد از آن هفت مسأله درباره تدلیس داریم
- ۱۳۹۲ اشاره
- ۱۳۹۲ [مسأله ۱: إنما یفسخ العقد بعیوب المرأة إذا تبین وجودها قبل العقد].
- ۱۳۹۲ اشاره
- ۱۳۹۳ عنوان مسأله:
- ۱۳۹۳ اقوال:
- ۱۳۹۴ مقتضای اصل:
- ۱۳۹۴ روایات موجود چند طایفه است.
- ۱۳۹۴ طایفه اول: روایات مطلقه‌ای که می‌گوید «یرد بهذا العیب» و مطلق است
- ۱۳۹۵ طایفه دوم: روایاتی که دلالت بر خصوص عیب قبل از عقد می‌کند ولی آیا اثبات شیء نفی ما عدا می‌کند؟

- ۱۳۹۶ طایفهٔ سوّم: روایاتی که می‌گویند اگر عیب بعد از عقد و قبل از وطی باشد فسخ جایز است.
- ۱۳۹۶ اشاره
- ۱۳۹۷ بحث اصولی:
- ۱۳۹۷ طایفهٔ چهارم: روایاتی که به حسب ظاهر می‌گویند بعد از عقد و دخول فسخ جایز است.
- ۱۳۹۸ [مسألهٔ ۲: ليس العقم من العيوب الموجبة للخيار لا من طرف الرجل و لا من طرف المرأة.]
- ۱۳۹۸ اشاره
- ۱۳۹۸ عنوان مسأله:
- ۱۳۹۸ اقوال:
- ۱۳۹۹ ادله:
- ۱۳۹۹ اشاره
- ۱۳۹۹ ۱- اصالة اللزوم:
- ۱۳۹۹ ۲- روایات عیوب:
- ۱۴۰۰ بحث موضوعی:
- ۱۴۰۰ مسأله مستحدثه: باروری
- ۱۴۰۰ اشاره
- ۱۴۰۰ صور مسأله:
- ۱۴۰۰ اشاره
- ۱۴۰۱ اصل اوّل:
- ۱۴۰۱ اصل دوّم:
- ۱۴۰۲ اصل سوّم:
- ۱۴۰۲ اکنون صور مسأله را به طور کامل بررسی می‌کنیم:
- ۱۴۰۲ صورت اوّل: زوج اسپرم ندارد ولی زن تخمک دارد.
- ۱۴۰۳ صورت دوّم: زن، بارور نبوده و شوهر دارای نطفه است،
- ۱۴۰۳ صورت سوّم: زن و شوهر هر دو بی‌نطفه هستند،

صورت چهارم و پنجم: نطفه از زوج و زوجه است و در خارج ترکیب می‌کنند و بعد از تقویت و رشد در رحم خود زوجه قرار می‌دهند

مسئله ۳: ليس الجذام و البرص من عيوب الرجل الموجبة لخيار المرأة على الأقوى] ----- ۱۴۰۳

اشاره ----- ۱۴۰۳

اقوال: ----- ۱۴۰۴

دلیل منکرین: اصالة اللزوم ----- ۱۴۰۴

ادله قائلین به عیب بودن برص و جذام: ----- ۱۴۰۴

۱- قاعدة لا ضرر و لا حرج: ----- ۱۴۰۴

۲- اولویت: ----- ۱۴۰۵

۳- روایت حلبی: ----- ۱۴۰۵

مسئله ۴: (فوریت خیار الفسخ) ----- ۱۴۰۶

اشاره ----- ۱۴۰۶

عنوان مسأله: ----- ۱۴۰۶

اقوال: ----- ۱۴۰۶

اشاره ----- ۱۴۰۶

جمع‌بندی اقوال: ----- ۱۴۰۷

دلیل مشهور (فوریت): ----- ۱۴۰۷

۱- اجماع: ----- ۱۴۰۷

۲- مقدار متیقن از اصالة اللزوم: ----- ۱۴۰۸

۳- حصول دفع ضرر با فوریت: ----- ۱۴۰۸

ادله قول غیر مشهور (تراخی): ----- ۱۴۰۸

اشاره ----- ۱۴۰۸

۱- استصحاب: ----- ۱۴۰۸

۲- اطلاقات: ----- ۱۴۰۹

۳- روایات: ----- ۱۴۰۹

- ۱۴۰۹ اشاره
- ۱۴۱۰ بحث اصولی
- ۱۴۱۰ اشاره
- ۱۴۱۰ ۱- امکان جمع بین حَقَّین باشد:
- ۱۴۱۰ ۲- امکان جمع بین حَقَّین نباشد:
- ۱۴۱۱ بقی هنا شیء: اگر جاهل باشد آیا روی مبنای فوریت خیار ساقط می‌شود؟
- ۱۴۱۱ اشاره
- ۱۴۱۱ ۱- جهل به موضوع:
- ۱۴۱۱ ۲- جهل به حکم
- ۱۴۱۲ [مسأله ۵: إذا اختلفا فی العیب فالقول قول منکره مع الیمین]
- ۱۴۱۲ اشاره
- ۱۴۱۲ عنوان مسأله:
- ۱۴۱۴ طرق تشخیص عنن:
- ۱۴۱۵ [مسأله ۶: لو ثبت عنن الرجل فإن صبرت فلا کلام]
- ۱۴۱۵ اشاره
- ۱۴۱۵ عنوان مسأله:
- ۱۴۱۵ اقوال:
- ۱۴۱۶ دلیل: روایات
- ۱۴۱۶ اشاره
- ۱۴۱۸ جمع‌بندی روایات:
- ۱۴۱۸ روایات مخالف:
- ۱۴۱۸ جمع بین روایات:
- ۱۴۱۹ بقی هنا اموز:
- ۱۴۱۹ الامر الاول: مبدأ یک سال از چه زمانی است؟

- ۱۴۲۰ الامر الثانی: آیا واقعاً عجز از جمیع النساء معتبر است یا عجز از مرئه معین؟
- ۱۴۲۰ اشاره
- ۱۴۲۱ جمع دلالی:
- ۱۴۲۲ الامر الثالث: عنن اسباب مختلفی دارد:
- ۱۴۲۲ الامر الرابع: اگر یک بار وطی کرده و بعد عاجز شود، آیا در اینجا خیار ثابت است؟
- ۱۴۲۲ اشاره
- ۱۴۲۳ جمع‌بندی روایات:
- ۱۴۲۳ جمع دلالی:
- ۱۴۲۳ [مسألة ۷ (هل الفسخ بالعیب طلاق؟)]
- ۱۴۲۴ اشاره
- ۱۴۲۴ عنوان مسأله:
- ۱۴۲۴ اقوال:
- ۱۴۲۵ ادله: روایات:
- ۱۴۲۵ اشاره
- ۱۴۲۵ طایفه اول: تعبیر به «رد»
- ۱۴۲۵ اشاره
- ۱۴۲۶ جمع‌بندی روایات:
- ۱۴۲۷ طایفه دوم: روایات نافی خیار بعد از وطی
- ۱۴۲۷ طایفه سوم: روایاتی که می‌گویند لا مهر لها
- ۱۴۲۸ طایفه چهارم: روایاتی که تعبیر «یفرق» دارد.
- ۱۴۲۸ [مسألة ۸: لا یحتاج الفسخ إلى إذن الحاكم]
- ۱۴۲۸ اشاره
- ۱۴۲۸ عنوان مسأله:
- ۱۴۲۸ اقوال:

- ۱۴۲۹ دلیل: اطلاق روایات
- ۱۴۲۹ [مسأله ۹ (حکم المهر عند الفسخ)]
- ۱۴۲۹ اشاره
- ۱۴۳۰ عنوان مسأله:
- ۱۴۳۰ صورت اول: فسخ از ناحیه زوج و قبل از دخول
- ۱۴۳۰ اشاره
- ۱۴۳۱ ادله:
- ۱۴۳۱ ۱- روایات:
- ۱۴۳۱ ۲- ماهیت فسخ (اقتضاء ردّ کل عوض الی مالکة):
- ۱۴۳۱ صورت دوم: فسخ از ناحیه زوج و بعد از دخول
- ۱۴۳۱ اقوال:
- ۱۴۳۲ ادله:
- ۱۴۳۲ ۱- روایات:
- ۱۴۳۳ ۲- مقتضای قاعده:
- ۱۴۳۴ ۳- ادله مرحوم شیخ طوسی بر مهر المثل:
- ۱۴۳۴ ۱- لا ضرر:
- ۱۴۳۴ ۲- بطلان مهر با فسخ نکاح:
- ۱۴۳۴ صورت سوم: فسخ از ناحیه مرثه و قبل از دخول
- ۱۴۳۴ اشاره
- ۱۴۳۴ اقوال:
- ۱۴۳۵ ادله:
- ۱۴۳۵ ۱- مقتضای قاعده:
- ۱۴۳۵ ۲- روایت:
- ۱۴۳۶ صورت چهارم: فسخ توسط زوجه بعد از دخول

- ۱۴۳۶ اشاره
- ۱۴۳۷ ادله:
- ۱۴۳۷ ۱- اجماع:
- ۱۴۳۷ ۲- تعلیل مستفاد از احادیث سابق:
- ۱۴۳۷ ۳- روایات:
- ۱۴۳۸ [مسأله ۱۰: حکم التدلیس]
- ۱۴۳۸ اشاره
- ۱۴۳۸ عنوان مسأله:
- ۱۴۳۸ اقوال:
- ۱۴۳۸ ادله:
- ۱۴۳۸ ۱- اجماع:
- ۱۴۳۸ ۲- قاعده غرور:
- ۱۴۳۹ ۳- روایات:
- ۱۴۳۹ [مسأله ۱۱ (موضوع التدلیس)]
- ۱۴۳۹ اشاره
- ۱۴۴۰ معنای تدلیس:
- ۱۴۴۱ شروط تدلیس:
- ۱۴۴۱ اشاره
- ۱۴۴۱ جمع‌بندی:
- ۱۴۴۲ علاوه بر اینها (اطلاقات و قاعده غرور) دو طایفه روایت داریم
- ۱۴۴۲ اشاره
- ۱۴۴۲ طایفه اول: روایات سکوت
- ۱۴۴۳ طایفه دوم: شرط صفت کمال
- ۱۴۴۳ جمع‌بندی:

- ۱۴۴۳ [مسأله ۱۲: من المدّس؟]
- ۱۴۴۴ اشاره
- ۱۴۴۴ عنوان مسأله:
- ۱۴۴۵ [مسأله ۱۳ (اقسام التدلیس)]
- ۱۴۴۵ اشاره
- ۱۴۴۵ عنوان مسأله:
- ۱۴۴۶ جلد ششم
- ۱۴۴۶ فهرست
- ۱۴۴۸ مقدمه حضرت آیه الله العظمی مکارم شیرازی بر کتاب النکاح
- ۱۴۴۸ مقدمه
- ۱۴۴۹ [مهر]
- ۱۴۴۹ اشاره
- ۱۴۴۹ [مسائلی در احکام و شرایط مهر]
- ۱۴۴۹ مسأله ۱: کلّ ما یملکه المسلم (آیا مسلمان خصوصیتی دارد؟) یصحّ جعله مهرا
- ۱۴۴۹ اشاره
- ۱۴۴۹ عنوان مسأله:
- ۱۴۵۰ اشاره
- ۱۴۵۰ فرع اول: چه چیزهایی را می‌توان مهر قرار داد؟
- ۱۴۵۰ فرع دوم: مهر اندازه خاص ندارد.
- ۱۴۵۰ فرع سوم: چیزی که مهر قرار داده می‌شود، باید علاوه بر ملکیت مالیت هم داشته باشد.
- ۱۴۵۰ فرع چهارم: مستحب است اندازه مهر بیش از مهر السنّه (پانصد درهم) نباشد.
- ۱۴۵۰ قبل از ورود به بحث از فروع چهارگانه مسأله، چند نکته باید مقدّماتاً روشن شود:
- ۱۴۵۰ نکته اول: چرا مرحوم امام (ره) از ابتدا سراغ جنس مهر و مقدار آن رفته‌اند
- ۱۴۵۱ نکته دوم: مهر در قرآن و روایات، اسامی مختلفی دارد.

- ۱۴۵۱ اشاره
- ۱۴۵۱ وجه تسمیه مهر:
- ۱۴۵۱ نکته سوم: شهید ثانی در مسالک تعریفی برای مهر ذکر کرده است
- ۱۴۵۲ [فروع]
- ۱۴۵۲ فرع اول: چه چیزهایی را می‌توان مهر قرار داد؟
- ۱۴۵۲ اشاره
- ۱۴۵۲ ادله:
- ۱۴۵۲ اشاره
- ۱۴۵۲ ۱- آیات:
- ۱۴۵۲ ۲- روایات:
- ۱۴۵۶ سؤال: آیا عمل حرّ می‌تواند مهر واقع شود؟
- ۱۴۵۶ اشاره
- ۱۴۵۶ جواب:
- ۱۴۵۷ فرع دوم: اندازه مهر از نظر قلت و کثرت
- ۱۴۵۷ اشاره
- ۱۴۵۸ بررسی ادله سید مرتضی:
- ۱۴۵۸ اشاره
- ۱۴۵۸ ۱- اجماع:
- ۱۴۵۹ ۲- اخذ به قدر متیقّن:
- ۱۴۵۹ ۳- روایت مفضل بن عمر:
- ۱۴۶۰ فرع سوم: مالیت مهر
- ۱۴۶۰ فرع چهارم: مستحب است بیش از مهر السنّه نباشد
- ۱۴۶۰ اشاره
- ۱۴۶۱ استحباب تقلیل مهر:

- ۱۴۶۱ اشاره
- ۱۴۶۱ ادله:
- ۱۴۶۲ بقی هنا أمور:
- ۱۴۶۴ ۲- استحباب مهر السنه:
- ۱۴۶۵ اشاره
- ۱۴۶۵ دلیل این مسأله روایات است
- ۱۴۶۸ ۳- مقدار مهر السنه:
- ۱۴۶۸ مسأله ۲: لو جعل المهر ما لا يملكه المسلم
- ۱۴۶۸ اشاره
- ۱۴۶۹ عنوان مسأله:
- ۱۴۶۹ اشاره
- ۱۴۶۹ فرع اول: آیا بطلان مهر به عقد هم سرایت می‌کند؟
- ۱۴۶۹ اشاره
- ۱۴۷۰ دلیل فائلین به صحت: مطابقت اصل
- ۱۴۷۱ ادله فائلین به بطلان:
- ۱۴۷۱ اشاره
- ۱۴۷۱ ۱- رضایت در عقد مقتید به مهر است
- ۱۴۷۱ ۲- نکاح از قبیل معاوضات است
- ۱۴۷۱ ۳- روایات
- ۱۴۷۱ جواب از دلیل اول:
- ۱۴۷۲ جواب از دلیل دوم:
- ۱۴۷۳ جواب از دلیل سوم:
- ۱۴۷۳ فرع دوم: اگر قائل به صحت عقد شویم جانشین مهر در این عقد چیست؟
- ۱۴۷۴ فرع سوم: در مورد غیر مسلمین که خمر و خنزیر برایشان مالیت دارد چنین مهري چه حکمی دارد؟

- ۱۴۷۴ اشاره
- ۱۴۷۴ مقتضای قاعده:
- ۱۴۷۴ اشاره
- ۱۴۷۴ صورت اول: هیچ یک مسلمان نشده‌اند
- ۱۴۷۵ صورت دوم: اگر قبل از دادن مهر هر دو یا یکی از آن دو مسلمان شوند،
- ۱۴۷۵ صورت سوم: دفع مهر نکرده‌اند، ولی مهر عین خارجی است
- ۱۴۷۶ بقی هنا أمران:
- ۱۴۷۶ الأمر الاول: اهل کتاب مالک خمر و خنزیرند پس نسبت به خودشان مهرشان صحیح است
- ۱۴۷۶ اشاره
- ۱۴۷۷ مدارک قاعده:
- ۱۴۷۷ اشاره
- ۱۴۷۷ ۱- اجماع:
- ۱۴۷۷ ۲- عمومات:
- ۱۴۷۸ ۳- مذمت یهود در قرآن بر ارتکاب گناهان فرعیته:
- ۱۴۷۸ ۴- تأسّف کفّار در روز قیامت:
- ۱۴۷۸ راه جمع:
- ۱۴۷۹ الأمر الثانی: این مسأله (حرام) منحصر به خمر و خنزیر نیست بلکه عام است
- ۱۴۷۹ مسأله ۳: لا بدّ من تعیین المهر بما یخرج عن الإبهام
- ۱۴۷۹ اشاره
- ۱۴۸۰ عنوان مسأله:
- ۱۴۸۰ اقوال:
- ۱۴۸۰ ادله:
- ۱۴۸۰ اشاره
- ۱۴۸۰ ۱- قطع اصحاب:

- ۲- موافقت با اصل: ۱۴۸۱
- ۳- عمومات کتاب و سنت: ۱۴۸۱
- ۴- روایت: ۱۴۸۱
- ۵- ما دلّ علی کفایه مثل هذا فی العقد الموقت: ۱۴۸۱
- بررسی ادله صاحب ریاض: ۱۴۸۱
- مسأله ۴: ذکر المهر لیس شرطاً فی صحه العقد الدائم ۱۴۸۴
- اشاره ۱۴۸۴
- عنوان مسأله: ۱۴۸۴
- اشاره ۱۴۸۴
- فرع اول: عدم ذکر مهر در متن عقد ۱۴۸۴
- اشاره ۱۴۸۴
- ادله فرع اول: ۱۴۸۴
- اشاره ۱۴۸۴
- ۱- اجماع: ۱۴۸۴
- ۲- آیه: لَا جُنَاحَ عَلَیْكُمْ إِن طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۱۴۸۵
- ۳- عقد ازدواج معاوضه نیست: ۱۴۸۵
- ۴- روایات: ۱۴۸۵
- فرع دوم: تصریح به عدم مهر در متن عقد ۱۴۸۵
- اشاره ۱۴۸۵
- ادله: ۱۴۸۶
- اشاره ۱۴۸۶
- ۱- مخالفت با مقتضای عقد: ۱۴۸۶
- ۲- روایات: ۱۴۸۷
- بقی هنا شیء: ۱۴۸۸

- مسأله ۵: لو وقع العقد بلا مهر لم تستحق المرأة قبل الدخول شيئا ۱۴۸۸
- اشاره ۱۴۸۸
- فرع اول: جدایی با طلاق ۱۴۸۸
- اشاره ۱۴۸۸
- ادله: ۱۴۸۸
- [۱- آیات] ۱۴۸۸
- اشاره ۱۴۸۹
- ۱- آیه ۲۳۶ بقره: ۱۴۸۹
- ۲- آیه ۴۹ سورة احزاب: ۱۴۸۹
- ۲- روایات ۱۴۸۹
- اشاره ۱۴۸۹
- طایفه اول: ۱۴۹۰
- طایفه دوم: ۱۴۹۱
- طایفه سوم: ۱۴۹۱
- بقی هنا امور: ۱۴۹۱
- الأمر الاول: دليل استحباب هدية ما زاد بر مهر در مطلقات ۱۴۹۱
- الأمر الثاني: اقوال عامته در مورد هديه مازاد بر مهر ۱۴۹۲
- الأمر الثالث: مقدار متعه (هدیه) چه اندازه است؟ ۱۴۹۲
- الأمر الرابع: مسائل باقی مانده ۱۴۹۴
- فرع دوم: جدایی با فسخ ۱۴۹۵
- اشاره ۱۴۹۵
- ۱- الغای خصوصیت قطعیه (تنقیح مناط): ۱۴۹۵
- ۲- روایت جابر: ۱۴۹۶
- فرع سوم: جدایی با موت ۱۴۹۶

- ۱۴۹۶ اشاره
- ۱۴۹۷ ادله:
- ۱۴۹۷ ۱- اجماع:
- ۱۴۹۷ ۲- روایات:
- ۱۴۹۷ فرع چهارم: عدم تعیین مهر و حصول دخول
- ۱۴۹۷ اشاره
- ۱۴۹۸ ادله:
- ۱۴۹۸ اشاره
- ۱۴۹۸ ۱- اجماع:
- ۱۴۹۸ ۲- روایات:
- ۱۴۹۹ مسأله ۶: الأحوط فی مهر المثل هنا التصالح
- ۱۴۹۹ اشاره
- ۱۴۹۹ عنوان مسأله:
- ۱۴۹۹ اشاره
- ۱۴۹۹ فرع اول: مهر المثل در مرأه مفوضه
- ۱۴۹۹ اشاره
- ۱۴۹۹ اقوال:
- ۱۵۰۰ دلیل قول مشهور (مهر السنه): روایت ابو بصیر
- ۱۵۰۲ ادله قائلین به مهر المثل (غیر مشهور):
- ۱۵۰۲ ۱- دلیل عقلایی:
- ۱۵۰۲ ۲- روایات:
- ۱۵۰۳ فرع دوم: مهر المثل از موارد دیگر
- ۱۵۰۳ اشاره
- ۱۵۰۴ اقوال عامه:

- ۱۵۰۴ ادله:
- ۱۵۰۵ بقى هنا أمور:
- ۱۵۰۵ الأمر الاوّل: چیزی که در روایات سه‌گانه و کلمات فقها آمده یک مسئله تعدی و شرعی نیست
- ۱۵۰۵ الأمر الثانی: گاهی امثال مختلف است،
- ۱۵۰۵ الأمر الثالث: گاهی افرادی در مهر به دلایلی تخفیف می‌دهند
- ۱۵۰۵ مسألة ۷: لو أمهر ما لا یملکه أحد
- ۱۵۰۵ اشاره
- ۱۵۰۶ عنوان مسأله:
- ۱۵۰۶ اقوال:
- ۱۵۰۷ دلیل بطلان مهر:
- ۱۵۰۷ دلیل صحت عقد:
- ۱۵۰۷ دلیل قائلین به مهر المثل:
- ۱۵۰۸ دلیل قول اوّل و سوّم:
- ۱۵۰۸ مسألة ۸: لو شرک أباهما فی المهر بأن سَمی لها مهرا و لأبیها شیئا معینا یعین ما سَمی لها مهرا لها و سقط ما سَمی لأبیها
- ۱۵۰۹ اشاره
- ۱۵۰۹ عنوان مسأله:
- ۱۵۰۹ اقوال:
- ۱۵۱۰ ادله:
- ۱۵۱۰ اشاره
- ۱۵۱۰ ۱- مقتضای قاعده:
- ۱۵۱۰ ۲- روایت:
- ۱۵۱۱ بقى هنا شیء:
- ۱۵۱۲ مسألة ۹: ما تعارف فی بعض البلاد من أنه یأخذ بعض أقارب البنت كأبیها و أمها من الزوج شیئا
- ۱۵۱۲ اشاره

- عنوان مسأله: ۱۵۱۲
- بقی هنا شیء: ۱۵۱۳
- مسأله ۱۰: لو وقع العقد بلا مهر (مفوضه) جاز أن یتراضیا بعده علی شیء ۱۵۱۴
- اشاره ۱۵۱۴
- عنوان مسأله: ۱۵۱۴
- اقوال: ۱۵۱۴
- ادلّه: ۱۵۱۴
- اشاره ۱۵۱۴
- ۱- اجماع: ۱۵۱۴
- ۲- اطلاق بعضی از آیات: ۱۵۱۴
- ۳- اطلاق بعضی از روایات: ۱۵۱۵
- گروه اول: ۱۵۱۵
- گروه دوّم: ۱۵۱۵
- گروه سوّم: ۱۵۱۶
- ۴- مقتضای قاعده: ۱۵۱۶
- بقی هنا شیء: ۱۵۱۶
- مسأله ۱۱: یجوز أن یجعل المهر کلّه حالاً (نقدی) - أي بلا أجل - و مؤجلاً (مدّت دار) ۱۵۱۷
- اشاره ۱۵۱۷
- حکم اوّل: انسان می‌تواند، تمام مهر را نقد یا نسیه و یا قسمتی را نقد و قسمتی را نسیه قرار دهد. ۱۵۱۷
- اشاره ۱۵۱۷
- ادلّه: ۱۵۱۷
- ۱- اطلاق آیات: ۱۵۱۷
- ۲- روایات: ۱۵۱۷
- اشاره ۱۵۱۷

- الف) روایات مطلقه: ۱۵۱۷
- ب) روایات خاصه: ۱۵۱۸
- ۳- سیره مستمره: ۱۵۱۸
- حکم دوم: اگر مهر حال باشد، زوجه حق مطالبه دارد. ۱۵۱۸
- حکم سوم: این حکم از مسائل مبتلا به و دعوایز است ۱۵۱۹
- اشاره ۱۵۱۹
- ادله مشهور: ۱۵۱۹
- ۱- اجماع: ۱۵۱۹
- ۲- نکاح نوعی معاوضه: ۱۵۲۰
- اشاره ۱۵۲۰
- جواب از دلیل: ۱۵۲۰
- ۳- روایت: ۱۵۲۱
- اشاره ۱۵۲۱
- جواب از دلیل: ۱۵۲۱
- بقی هنا آمران: ۱۵۲۲
- [الأمر الأول مهریه‌های کلان] ۱۵۲۲
- [الأمر الثاني مهریه‌های نسیه] ۱۵۲۲
- حکم چهارم: ۱۵۲۳
- مسألة ۱۲: يجوز أن يذكر المهر في العقد في الجملة ۱۵۲۴
- اشاره ۱۵۲۴
- عنوان مسأله: ۱۵۲۴
- فرع أول: تفويض المهر ۱۵۲۴
- اشاره ۱۵۲۴
- ادله: ۱۵۲۵

- ۱- عمومات: ۱۵۲۵
- ۲- قیاس اولویت: ۱۵۲۵
- ۳- روایات: ۱۵۲۵
- فرع دوم: تعیین مهر توسط زوج بعد از عقد - ۱۵۲۵
- اشاره - ۱۵۲۵
- ادله: ۱۵۲۶
- ۱- قاعده: ۱۵۲۶
- ۲- روایت: ۱۵۲۶
- بقی هنا شیء: ۱۵۲۷
- فرع سوم: واگذاری تعیین مهر به زوجه - ۱۵۲۸
- اشاره - ۱۵۲۸
- ادله: ۱۵۲۸
- ۱- اجماع: ۱۵۲۸
- ۲- روایات: ۱۵۲۸
- مسأله ۱۳: لو طلق قبل الدخول سقط نصف المهر المسمی و بقی نصفه - ۱۵۲۹
- اشاره - ۱۵۲۹
- عنوان مسأله: ۱۵۲۹
- ادله: ۱۵۲۹
- اشاره - ۱۵۳۰
- ۱- اجماع: ۱۵۳۰
- ۳- روایات: ۱۵۳۰
- لوازم مسأله: ۱۵۳۲
- اشاره - ۱۵۳۲
- صورت اول: مهریه در ذمه زوج بوده و پس از طلاق قبل از زفاف نصف می‌شود - ۱۵۳۲

- ۱۵۳۲ صورت دوم: مهریه عین و در دست زوج است و هنوز به زوجه تحویل نداده است،
- ۱۵۳۲ صورت سوم: مهریه عین است و زوج به زوجه داده
- ۱۵۳۲ صورت چهارم: مهریه عین بوده و به زوجه پرداخت کرده ولی زوجه تلف کرده است
- ۱۵۳۲ صورت پنجم: مهریه عین است و به زوجه تحویل داده است
- ۱۵۳۲ مسأله ۱۴: لو مات أحد الزوجین قبل الدخول فالأقوی تنصیف المهر
- ۱۵۳۳ اشاره
- ۱۵۳۳ عنوان مسأله:
- ۱۵۳۳ اشاره
- ۱۵۳۳ فرع اول: موت زوج
- ۱۵۳۳ اشاره
- ۱۵۳۳ اقوال:
- ۱۵۳۴ ادله مشهور
- ۱۵۳۴ اشاره
- ۱۵۳۴ ۱- قواعد:
- ۱۵۳۴ ۲- روایات:
- ۱۵۳۶ دلیل قول غیر مشهور:
- ۱۵۳۶ روایات
- ۱۵۳۷ جمع بین روایات متعارض:
- ۱۵۳۷ اشاره
- ۱۵۳۷ الف) جمع دلالی:
- ۱۵۳۷ ب) مرجحات:
- ۱۵۳۸ بقی هنا امور:
- ۱۵۳۸ الأمر الاول:
- ۱۵۳۹ الأمر الثانی: بعضی گفته‌اند که سزاوار است ما موت را به طلاق قیاس کنیم

- ۱۵۴۰ فرع دوم: موت زوجه
- ۱۵۴۰ اشاره
- ۱۵۴۰ ادله مشهور:
- ۱۵۴۰ اشاره
- ۱۵۴۰ ۱- قاعده:
- ۱۵۴۰ ۲- مفهوم برخی از روایات:
- ۱۵۴۱ دلیل غیر مشهور:
- ۱۵۴۱ روایات
- ۱۵۴۳ مسأله ۱۵: تملك المرأة الصداق بنفس العقد
- ۱۵۴۳ اشاره
- ۱۵۴۳ عنوان مسأله:
- ۱۵۴۳ اشاره
- ۱۵۴۴ اقوال:
- ۱۵۴۴ ادله:
- ۱۵۴۴ ۱- مقتضای عمومات:
- ۱۵۴۴ ۲- آیه وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً «۱»:
- ۱۵۴۴ ۳- نکاح حکم معاوضه دارد:
- ۱۵۴۵ ۴- روایات:
- ۱۵۴۵ [آیه ۲۳۷ سوره بقره]
- ۱۵۴۶ جمع‌بندی ادله مشهور:
- ۱۵۴۶ ادله ابن جنید:
- ۱۵۴۶ اشاره
- ۱۵۴۶ ۱- روایاتی که می‌گوید مهر عند الدخول لازم است:
- ۱۵۴۷ ۲- الملك لا يزول آلا بناقل و الطلاق ليس بناقل:

- ۱۵۴۷ ۳- روایت:
- ۱۵۴۸ جمع عرفی:
- ۱۵۴۹ اعمال مرجّحات:
- ۱۵۴۹ اشاره
- ۱۵۴۹ مرجّح اول: شهرت
- ۱۵۴۹ مرجّح دوم: موافقت با کتاب الله
- ۱۵۴۹ نتیجه:
- ۱۵۴۹ بقى هنا شىء:
- ۱۵۴۹ اشاره
- ۱۵۵۰ ادله:
- ۱۵۵۰ اشاره
- ۱۵۵۰ ۱- قاعدة تسلط
- ۱۵۵۰ ۲- اجماع:
- ۱۵۵۰ ۳- ابراء زوج توسط زوجه:
- ۱۵۵۰ ۴- آیه:
- ۱۵۵۱ مسأله ۱۶: لو أبرأته من الصداق الذى كان عليه
- ۱۵۵۱ اشاره
- ۱۵۵۲ عنوان مسأله:
- ۱۵۵۲ اشاره
- ۱۵۵۲ فرع اول: مهر دين است
- ۱۵۵۲ اشاره
- ۱۵۵۲ اقوال:
- ۱۵۵۳ ادله مشهور:
- ۱۵۵۳ اشاره

- ۱- قواعد: ۱۵۵۳
- ۲- روایات: ۱۵۵۳
- فرع دوم: مهر عین خارجی است ۱۵۵۵
- اشاره ۱۵۵۵
- ادله: ۱۵۵۵
- اشاره ۱۵۵۵
- ۱- اجماع: ۱۵۵۶
- ۲- روایات: ۱۵۵۶
- ۳- مقتضای قاعده: ۱۵۵۶
- ۴- روایت ابراء: ۱۵۵۶
- بقی هنا شیء: ۱۵۵۶
- مسألة ۱۷: الدخول الذی یستقرّ به تمام المهر هو مطلق الوطاء ۱۵۵۷
- اشاره ۱۵۵۷
- عنوان مسأله: ۱۵۵۷
- اشاره ۱۵۵۷
- فرع اول: وطی اعم است از وطی در قبل و دبر ۱۵۵۷
- اقوال: ۱۵۵۷
- ادله: ۱۵۵۸
- ۱- اجماع: ۱۵۵۸
- ۲- آیه: ۱۵۵۸
- ۳- روایات: ۱۵۵۸
- بقی هنا شیء: مرحوم امام ختان المرأة را در تحریر الوسيله بحث نکرده‌اند، ۱۵۶۱
- اشاره ۱۵۶۱
- اقوال: ۱۵۶۲

- ۱۵۶۳ روایات عدم استحباب ختان:
- ۱۵۶۵ فرع دوّم: اختلاف زوجین در موقعه
- ۱۵۶۶ فرع سوّم: امتناع زوج از یمین
- ۱۵۶۶ اشاره
- ۱۵۶۶ بررسی اشکالهای چهارگانه:
- ۱۵۶۷ فرع چهارم: خلوت
- ۱۵۶۷ اشاره
- ۱۵۶۷ اقوال:
- ۱۵۶۷ اقوال خاصه:
- ۱۵۶۸ اقوال عامه:
- ۱۵۶۸ ادله:
- ۱۵۶۸ [آیه ۲۳۷ سوره بقره]
- ۱۵۶۹ ۲- روایات:
- ۱۵۷۴ [مسائلی در اختلاف در مهر]
- ۱۵۷۴ مقدمه:
- ۱۵۷۵ مسأله ۱۸: لو اختلفا فی أصل المهر فادعت الزوجه و أنکر الزوج فإن کان قبل الدخول فالقول قوله
- ۱۵۷۵ اشاره
- ۱۵۷۵ عنوان مسأله:
- ۱۵۷۵ اشاره
- ۱۵۷۵ فرع اول:
- ۱۵۷۵ اشاره
- ۱۵۷۵ ۱- قبل از دخول:
- ۱۵۷۶ ۲- بعد از دخول:
- ۱۵۷۷ نتیجه:

- ۱۵۷۷ ----- فرع دوم: زوج قبول دارد مهری بوده ولی مدّعی است که مهر را داده
- ۱۵۷۷ ----- مسألة ۱۹: لو توافقا فی أصل المهر و اختلفا فی مقداره کان القول قول الزوج بيمينه
- ۱۵۷۷ ----- اشاره
- ۱۵۷۸ ----- عنوان مسأله: ..
- ۱۵۷۸ ----- اشاره
- ۱۵۷۸ ----- فرع اول: اختلاف در مقدار مهر
- ۱۵۷۸ ----- فرع دوم: زوج عینی از اعیان را ادعا می کند
- ۱۵۷۹ ----- مسألة ۲۰: لو اختلفا فی التعجیل ..
- ۱۵۷۹ ----- اشاره
- ۱۵۸۰ ----- اقوال:
- ۱۵۸۰ ----- اشاره
- ۱۵۸۰ ----- فرع اول: آیا نقد است یا نسیه؟
- ۱۵۸۰ ----- اشاره
- ۱۵۸۰ ----- اشکال صاحب جواهر: ..
- ۱۵۸۱ ----- بقى هنا شیء: ..
- ۱۵۸۱ ----- فرع دوم: اختلاف در مدّت ..
- ۱۵۸۱ ----- مسألة ۲۱: لو توافقا علی المهر و ادعی تسلیمه و لا بیئنه فالقول قولها بيمينها.
- ۱۵۸۲ ----- عنوان مسأله: ..
- ۱۵۸۲ ----- اقوال:
- ۱۵۸۲ ----- اشاره
- ۱۵۸۳ ----- رفع تناقض: ..
- ۱۵۸۳ ----- مسألة ۲۲: لو دفع إليها قدر مهرها ثم اختلفا بعد ذلك
- ۱۵۸۳ ----- اشاره
- ۱۵۸۴ ----- اقوال:

- ۱۵۸۴ اشاره
- ۱۵۸۴ جمع‌بندی اقوال:
- ۱۵۸۵ بررسی قول اوّل و دوّم:
- ۱۵۸۵ اشاره
- ۱۵۸۵ الف) صیغه نخوانده‌اند:
- ۱۵۸۵ ب) صیغه‌ای خوانده شده:
- ۱۵۸۶ بررسی قول سوّم:
- ۱۵۸۶ قول چهارم:
- ۱۵۸۶ بقی هنا آمران:
- ۱۵۸۶ الأمر الأوّل: مرحوم امام (ره) بحث را روی تمام مهر برده‌اند -
- الأمر الثانی: همان‌گونه که ظاهر حال در قلت، ما را به سمت هدیه می‌کشاند گاهی در کثرت هم ظاهر حال ما را به سمت مهر می‌کشاند
- ۱۵۸۶ مسألة ۲۳: لو زوج ولده الصغیر فإن کان للولد مال فالمهر علی الولد
- ۱۵۸۶ اشاره
- ۱۵۸۷ عنوان مسأله:
- ۱۵۸۷ اقوال:
- ۱۵۸۷ جمع‌بندی اقوال:
- ۱۵۸۸ ادلّه:
- ۱۵۸۸ اشاره
- ۱۵۸۸ ۱- قواعد عامّه:
- ۱۵۸۹ ۲- روایات:
- ۱۵۸۹ اشاره
- ۱۵۸۹ طایفه اوّل:
- ۱۵۸۹ طایفه دوّم:
- ۱۵۹۰ طایفه سوّم:

- ۱۵۹۰ جمع بین روایات:
- ۱۵۹۰ بقی هنا امور:
- ۱۵۹۰ الأمر الأول: اگر ولی مصلحت می‌بیند که برای فرزند صغیر همسری انتخاب کند،
- ۱۵۹۱ الأمر الثاني: بیان شد حکمی که در روایات وارد شده و بین موسر و معسر فرق می‌گذارد
- ۱۵۹۲ الأمر الثالث: اگر مقداری از مهر نقد و مقداری از آن نسیه باشد در اینجا حکم چیست؟
- ۱۵۹۲ مسألة ۲۴: لو دفع الوالد المهر الذى كان عليه من جهة اعسار الولد ثم بلغ الصبي فطلق قبل الدخول
- ۱۵۹۲ اشاره
- ۱۵۹۲ عنوان مسأله:
- ۱۵۹۲ اقوال:
- ۱۵۹۳ ادلة قول مشهور:
- ۱۵۹۳ اشاره
- ۱۵۹۳ ۱- ماهیت پرداخت مهر از طرف ولی:
- ۱۵۹۴ ۲- تعبیر «ضمن الوالد المهر» در روایات:
- ۱۵۹۴ ۳- آیه و قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَيُضْفُ مَا فَرَضْتُمْ
- ۱۵۹۵ «خاتمة في الشروط المذكورة في عقد النكاح»
- ۱۵۹۵ اشاره
- ۱۵۹۵ مسألة ۱: يجوز أن يشترط في ضمن عقد النكاح كل شرط سائغ
- ۱۵۹۵ اشاره
- ۱۵۹۵ عنوان مسأله:
- ۱۵۹۵ اشاره
- ۱۵۹۵ حکم اول: در نکاح می‌توان هر شرطی که جایز است را شرط کرد
- ۱۵۹۶ حکم دوم: اگر شرط جایزی در عقد نکاح شرط شد
- ۱۵۹۶ حکم سوم: اگر در باب نکاح شرط تخلف شود، خيار تخلف شرط ثابت نیست
- ۱۵۹۶ حکم چهارم: اگر شرط به صفات زوجین برگردد و تخلف شود، حق فسخ برای مشروط له ثابت است

۱۵۹۶ اقوال:

۱۵۹۶ ادله حکم اول:

۱۵۹۶ ۱- عمومات:

۱۵۹۷ ۲- بنای عقلا:

۱۵۹۷ ۳- روایات خاصه:

۱۵۹۷ دلیل حکم دوم:

۱۵۹۷ ادله حکم سوم:

۱۵۹۷ مقدمه:

۱۵۹۸ [ادله]

۱۵۹۸ ۱- اجماع:

۱۵۹۸ ۲- فرق نکاح با عقود دیگر:

۱۵۹۸ ۳- اجازه فسخ در روایات:

۱۵۹۹ جمع‌بندی:

۱۶۰۰ دلیل حکم چهارم:

۱۶۰۰ روایات

۱۶۰۱ مسأله ۲: إذا شرط فی عقد النکاح ما یخالف المشروع

۱۶۰۱ اشاره

۱۶۰۱ مقدمه:

۱۶۰۱ اقوال:

۱۶۰۲ جمع‌بندی:

۱۶۰۲ ادله فساد شرط:

۱۶۰۲ ۱- اجماع:

۱۶۰۲ ۲- قضایا قیاساتها معها:

۱۶۰۲ ۳- روایات:

- ۱۶۰۲ اشاره
- ۱۶۰۲ طایفهٔ اوّل: روایات عامّه
- ۱۶۰۳ طایفهٔ دوم: روایات خاصّه
- ۱۶۰۳ روایت معارض:
- ۱۶۰۴ اشاره
- ۱۶۰۴ ۱- جمع دلالی:
- ۱۶۰۵ ۲- اعمال مرجّحات:
- ۱۶۰۵ بقى هنا امران:
- ۱۶۰۵ الأمر الاوّل: آیا فساد شرط به عقد و مهر سرایت می‌کند؟
- ۱۶۰۵ دلیل مشهور: روایات
- ۱۶۰۶ دلیل مرحوم شیخ و علامه:
- ۱۶۰۶ اشاره
- ۱۶۰۶ جواب از دلیل:
- ۱۶۰۶ نکته: مرحوم امام (ره) سه مثال برای شرط خلاف شرع مطرح کردند
- ۱۶۰۷ سؤال: اگر زن شرط طلاق کند، خلاف شرع است
- ۱۶۰۷ اشاره
- ۱۶۰۷ جواب: در اینجا به زوجه وکالت بلا عزل داده شده است
- ۱۶۰۸ مسألهٔ ۳: لو شرط أن لا یفتضها (ازالۀ بکارت نکند) لزوم الشرط
- ۱۶۰۹ اشاره
- ۱۶۰۹ عنوان مسأله:
- ۱۶۰۹ اقوال:
- ۱۶۰۹ ادلّهٔ قائلین به قول اوّل:
- ۱۶۰۹ اشاره
- ۱۶۱۰ ۱- ادلّهٔ عامّهٔ شروط:

- ۲- روایات خاصه: ۱۶۱۰
- روایت معارض: ۱۶۱۱
- اشاره ۱۶۱۱
- جواب: ۱۶۱۲
- مسأله ۴: لو شرط أن لا یخرجها من بلدها أو أن یسکنها فی بلد معلوم أو منزل مخصوص یلزم الشرط. ۱۶۱۲
- عنوان مسأله: ۱۶۱۲
- اقوال: ۱۶۱۲
- ادله قول اشهر (صحت عقد و شرط): ۱۶۱۳
- ۱- ادله عامه: ۱۶۱۳
- اشاره ۱۶۱۳
- جواب نقضی: ۱۶۱۳
- جواب حلّی: ۱۶۱۳
- ۲- روایت صحیحه: ۱۶۱۳
- أفصل فی القسم و النشوز و الشقاق ۱۶۱۴
- اشاره ۱۶۱۴
- حقوق زن از دیدگاه قرآن: ۱۶۱۵
- حقوق زن از دیدگاه روایات: ۱۶۱۷
- حقوق مرد از دیدگاه قرآن: ۱۶۱۷
- حقوق مرد از دیدگاه روایات: ۱۶۱۸
- بررسی حقوق زوج و زوجه ۱۶۱۹
- اشاره ۱۶۱۹
- حقوق زوج بر زوجه: ۱۶۱۹
- اشاره ۱۶۱۹
- حقّ اول: اطاعت زوجه از زوج ۱۶۱۹

- ۱۶۱۹ اشاره
- ۱۶۲۰ اصل کلی:
- ۱۶۲۰ اشاره
- ۱۶۲۰ اصل اول: «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»
- ۱۶۲۰ اصل دوم: لا يجب على الزوجة خدمة البيت
- ۱۶۲۱ اصل سوم: حق شوهر مانع از ادای واجبات زن نمی‌شود
- ۱۶۲۳ جمع‌بندی:
- ۱۶۲۴ حق دوم: عدم خروج زوجه بدون اذن زوج از منزل
- ۱۶۲۴ اشاره
- ۱۶۲۶ روایات دیگری در مورد حرمت خروج زن از منزل بدون اجازه:
- ۱۶۲۸ جمع‌بندی:
- ۱۶۲۹ استثنائات بر عدم خروج زوجه بدون اذن زوج:
- ۱۶۳۰ اشاره
- ۱۶۳۰ ۱- ضروریات زندگی
- ۱۶۳۰ ۲- فعل واجبات
- ۱۶۳۰ ۳- خروج از منزل برای دفع عسر و حرج
- ۱۶۳۱ ۴- شرط خروج در ضمن عقد
- ۱۶۳۱ ۵- نهی زوج از باب اضرار
- ۱۶۳۱ حق سوم: اذن زوج در تصرفات مالی زوجه
- ۱۶۳۱ اشاره
- ۱۶۳۲ مقتضای اصل:
- ۱۶۳۲ ادله مخالف:
- ۱۶۳۲ اشاره
- ۱۶۳۲ ۱- روایات سابق:

- ۱۶۳۳ ۲- روایت ابی مریم:
- ۱۶۳۳ ۳- عدم فتوا و عدم عمل اصحاب به این روایات:
- ۱۶۳۴ ۴- روایت صحیحہ ابن سنان:
- ۱۶۳۴ حقوق زوجه بر زوج:
- ۱۶۳۴ اشاره
- ۱۶۳۵ ۱- النفقة:
- ۱۶۳۵ ۲- لا یبجح لها وجهها:
- ۱۶۳۶ ۳- أن یغفر لها:
- ۱۶۳۶ [فی القسم]
- ۱۶۳۶ اشاره
- ۱۶۳۶ مقدمه:
- ۱۶۳۷ مسأله ۱: من كان له زوجة واحدة ليس لها عليه حق المبيت عندها و المضاجعة معها في كل ليلة
- ۱۶۳۷ اشاره
- ۱۶۳۷ اقوال:
- ۱۶۳۸ جمع‌بندی اقوال:
- ۱۶۳۸ اقوال عامه:
- ۱۶۳۹ ادله:
- ۱۶۳۹ ۱- آیات:
- ۱۶۴۱ ۲- روایات:
- ۱۶۴۱ اشاره
- ۱۶۴۱ طایفه اولی: روایاتی که ترجیح را جایز می‌داند.
- ۱۶۴۳ طایفه ثانیه: روایاتی که مساوات را لازم می‌داند.
- ۱۶۴۴ راه حل در مقام تعارض:
- ۱۶۴۵ بقی هنا أمور:

- ۱۶۴۵ اشاره
- ۱۶۴۵ الأمر الاول: اگر زوجه یکی باشد فتوا در مورد حق القسم چیست؟
- ۱۶۴۵ اشاره
- ۱۶۴۵ ۱- روایت دعائم الاسلام:
- ۱۶۴۵ ۲- الغای خصوصیت از روایات سابق:
- ۱۶۴۶ الأمر الثاني: بحثهایی که در مساوات و تفاضل داشتیم در جایی است که زوج می‌خواهد سهمش را به زوجه دیگر بدهد
- ۱۶۴۶ الأمر الثالث: این بحث مهم را امام متعرض نشده‌اند
- ۱۶۴۶ مسأله ۲:
- ۱۶۴۶ اشاره
- ۱۶۴۷ عنوان مسأله:
- ۱۶۴۷ اقوال:
- ۱۶۴۷ ادله:
- ۱۶۴۷ اشاره
- ۱۶۴۷ ۱- روایات حق القسم:
- ۱۶۴۷ ۲- روایت هشام بن سالم:
- ۱۶۴۸ بقی هنا شیء:
- ۱۶۵۰ مسأله ۳: فی کلّ لیلۃ کان للمرأة حقّ المبیّت یجوز لها أن ترفع الید عنه
- ۱۶۵۰ اشاره
- ۱۶۵۰ عنوان مسأله:
- ۱۶۵۰ اقوال:
- ۱۶۵۰ ادله:
- ۱۶۵۰ اشاره
- ۱۶۵۰ ۱- مقتضای قاعده:
- ۱۶۵۲ ۲- روایات:

- تعریف حق: ۱۶۵۳
- اشاره ۱۶۵۳
- من هنا يظهر امور: ۱۶۵۴
- الأمر الأول: بين ملك، حق و حكم فرق اساسى وجود دارد. ۱۶۵۴
- الأمر الثانى: در عناوين سه‌گانه فوق فرقى بين اهل شرع و عقلا نيست، ۱۶۵۴
- الأمر الثالث: فرق بين ملك و حق اين نيست كه مرحوم سيد يزدى صاحب عروه فرمود ۱۶۵۴
- الأمر الرابع: همه اين بحثها در صورتى است كه اين عناوين سه‌گانه در مقابل هم قرار گيرند ۱۶۵۵
- الأمر الخامس: حق معنای وسيعى در علم اخلاق و عرف دارد. ۱۶۵۵
- اقسام حق: ۱۶۵۶
- اشاره ۱۶۵۶
- ۱- قابل اسقاط و نقل و انتقال قهرى: ۱۶۵۶
- ۲- قابل اسقاط و نقل: ۱۶۵۶
- ۳- قابل اسقاط و انتقال قهرى: ۱۶۵۶
- ۴- قابل اسقاط: ۱۶۵۶
- جمع‌بندى اقسام: ۱۶۵۷
- احكام حقوق: ۱۶۵۷
- اشاره ۱۶۵۷
- ۱- طبيعت حقوق: ۱۶۵۷
- ۲- روايات خاصه: ۱۶۵۷
- شك بين حق و حكم: ۱۶۵۸
- جمع‌بندى: ۱۶۵۹
- اشاره ۱۶۵۹
- الأمر الأول: حق نوعى سلطه بر فعل است، ۱۶۵۹
- الأمر الثانى: تمام حقوق قابل اسقاط است ۱۶۵۹

- ۱۶۵۹ الأمر الثالث: حق چهار قسم است؛
- ۱۶۵۹ الأمر الرابع: اگر شک کنیم که چیزی حق است یا حکم
- ۱۶۵۹ الأمر الخامس: اگر نتوانستیم ثابت کنیم که چیزی حق است یا حکم
- ۱۶۶۰ مسألة ۴: و تختص البكر اول عرسها بسبع ليال و الثيب بثلاث
- ۱۶۶۰ اشاره
- ۱۶۶۰ عنوان مسأله:
- ۱۶۶۰ اقوال:
- ۱۶۶۰ دلیل: روایات
- ۱۶۶۰ اشاره
- ۱۶۶۱ طایفه اول: روایات قول مشهور
- ۱۶۶۱ طایفه دوم: روایات معارض
- ۱۶۶۱ جمع بین روایات:
- ۱۶۶۱ الف) جمع دلایلی:
- ۱۶۶۲ ب) مرجحات:
- ۱۶۶۲ [مسأله ۵ مستثنیات القسم]
- ۱۶۶۲ مقدمه:
- ۱۶۶۲ [فیمین لا قسمه لها من النساء]
- ۱۶۶۲ اشاره
- ۱۶۶۳ عنوان مسأله:
- ۱۶۶۳ اقوال:
- ۱۶۶۳ تفصیل مسأله:
- ۱۶۶۳ اشاره
- ۱۶۶۳ ۱- صغیره:
- ۱۶۶۳ ۲- مجنونه دائمی:

۱۶۶۳ ۳- مجنونۀ ذات الادوار:

۱۶۶۳ ۴- ناشزه:

۱۶۶۴ ۵- مسافره:

۱۶۶۴ مسأله ۶: لو شرع فی القسمة بین نسائه کان له الابتداء بأی منهنّ

۱۶۶۴ اشاره

۱۶۶۴ اقوال:

۱۶۶۴ دلیل:

۱۶۶۴ درباره مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

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

مشخصات کتاب

سرشناسه: مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۰۵ -
عنوان و نام پدید آور: کتاب النکاح: سلسله مباحث خارج فقه آیه الله العظمی مکارم شیرازی (مدظله) / تهیه و تنظیم محمدرضا حامدی، مسعود مکارم.

مشخصات نشر: قم: انتشارات امام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۸۲ -

مشخصات ظاهری: ج.

شابک: دوره: ۰-۸۹-۶۶۳۲-۹۶۴؛ ۱۰۰۰۰ ریال: ج. ۱: ۰۹-۰۱-۸۱۳۹-۹۶۴؛ ج. ۲: ۰۹-۰۷-۶۶۳۲-۹۶۴؛ ۱۰۰۰۰ ریال: ج. ۳-۹۶۴-۲-۷۴-۶۶۳۲؛ ج. ۴-۱۰-۵۴-۸۱۳۹-۹۶۴:

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

his holiness ayatullahelozma Makarem Shirazi

یادداشت: ج. ۳ (چاپ اول: ۱۳۸۱).

یادداشت: ج. ۷ (چاپ اول: ۱۳۸۷).

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

یادداشت: کتابنامه.

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

۸۴ -

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

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

موضوع: زناشویی (فقه)

شناسه افزوده: حامدی، محمدرضا، ۱۳۴۸، - گردآورنده

شناسه افزوده: مکارم، مسعود، ۱۳۴۶، - گردآورنده

رده بندی کنگره: BP۱۸۹/۱/م۷ک۲ ۱۳۸۲

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۶

شماره کتابشناسی ملی: م ۸۰-۲۳۹۸۹

جلد اول

فهرست

مقدمه ... ۵

مسئله ۱ (صفات من یرید تزویجها ...) ۱۶

مسئله ۲ (عدم اقتصار النظر علی المال و الجمال ...) ۱۸

- مسئله ۱۷ (النظر الى المحارم ... ۲۱)
- مسئله ۱۸ (لا يجوز النظر الى ما عدا الوجه و الكفين من المرأة ... ۲۶)
- مسئله ۱۹ (لا يجوز للمرأة النظر الى الاجنبي ... ۳۹)
- مسئله مستحدثه ... ۴۱
- مسئله ۲۰ (مس من يحرم النظر اليه ... ۴۲)
- مسئله ۲۱ (النظر الى العضو المبان ... ۴۵)
- مسئله ۲۲ (النظر و اللمس في مقام المعالجة ... ۴۷)
- مسئله مستحدثه: طرح انطباق ... ۵۲
- مسئله ۲۳ (وجوب الستر على النساء ... ۵۲)
- مسئله ۲۴-۲۶ (النظر الى الصبي و الصبيه و بالعكس ... ۵۹)
- مسئله ۲۷ (النظر الى نساء اهل الذمه ... ۶۴)
- مسئله ۲۸ (النظر الى المرأة التي يريد نكاحها ... ۶۹)
- مسئله ۲۹ (سماح صوت الأجنبية ... ۷۵)
- مسئله ۳۵ عروة (القواعد من النساء ... ۷۷)
- مسئله ۵۰ عروة (الشبهات الموضوعية في جواز النظر ... ۸۲)
- فصل في عقد النكاح و احكامه
- مسئله ۱ (في الايجاب و القبول ... ۹۲)
- مسئله ۲ (الفاظ الايجاب و القبول ... ۹۶)
- مسئله ۳ (تعدي النكاح و الترويج الى المفعولين ... ۱۰۰)
- مسئله ۴ (كيفية إجراء الصيغة ... ۱۰۳)
- مسئله ۵ (مطابقة الايجاب و القبول) و مسئله ۶ (اللحن في الصيغة ... ۱۰۴)
- مسئله ۷ و ۸ (قصد مضمون العقد و قصد الانشاء ... ۱۰۵)
- مسئله ۹ (اعتبار الموالاة ... ۱۰۸)
- مسئله ۱۰ (اشتراط التنجيز في العقد ... ۱۱۰)
- مسئله ۱۱ (شرائط العاقد ... ۱۱۵)
- مسئله ۱۲ (تعيين الزوجين ... ۱۲۰)
- مسئله ۱۳ (اختلاف الاسم و الوصف و الاشارة ... ۱۲۱)
- مسئله ۱۴ (التوكيل في النكاح ... ۱۲۳)
- مسئله ۱۵ (ترويج الوكيل لنفسه ... ۱۲۵)
- مسئله ۱۶ (تولي شخص واحد طرفي العقد ... ۱۲۸)
- مسئله ۱۷ (العلم بايقاع العقد من الوكيل ... ۱۳۰)
- مسئله ۱۸ (اشتراط الخيار في عقد النكاح و المهر ... ۱۳۱)
- مسئله ۱۹ (ادعاء الزوجية ... ۱۳۶)

مسئله ۳ (رجوع المنکر عن انکاره ... ۱۳۸)

مسئله ۲۱ (اذا ادعی رجل زوجیه امرأه و انکرت ... ۱۳۹)

مسئله ۲۲ (ادعاء الزوجه بأنّها خلیئہ ... ۱۴۱)

مسئله ۲۳ (ترویج بامرأه تدعی أنّها خلیئہ ... ۱۴۴)

مسئله ۲۴ (اذا ادّعت امرأه أنّها خلیئہ ... ۱۴۶)

مسئله ۲۵ (اختیار الزوجین ... ۱۴۷)

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۵

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمه [مؤلف]

الحمد لله الذي انعم علينا بفضله، وهدانا بمنه وكرمه و عرفنا مواقع احسانه و اكمل لنا ديننا و اتم نعمته علينا، و ما كنا لنهتدى لو لا ان هدانا الله، و صلى الله على اشرف بريته و خاتم رسله، محمد صلى الله عليه و آله و على الأوصياء من ذريته، أئمة الهدى، و مصابيح الدجى، و اعلام التقى و ذوى النهى، لا سيما الامام الثانى عشر، المهدي المنتظر، عليه آلاف التحيه و الثناء. كتاب حاضر اولين جلد از مجموعه «دروس خارج فقه حضرت آية الله العظمى مكارم شيرازى (مد ظله العالى)» در بحث نكاح است كه در سال تحصيلي ۷۹-۷۸ تدریس شده كه به شكلی نوین در دسترس علاقه‌مندان قرار گرفته است.

بعد از آنكه در طول سال تحصيلي، پس از هر جلسه، جزوه درس استاد، در اختيار علاقه‌مندان قرار گرفت، و با استقبال خوبی مواجه شد، بر آن شدیم كه مجموعه درس‌ها را از ابتدای بحث‌های «كتاب النكاح» در هر سال جمع‌آوری کرده و در اختيار عزيزانی كه در همه مباحث همراه نبوده و قصد دارند به جهت پیوستگی مطالب از ابتدا آنها را دنبال كنند، به چاپ برسانیم. بدین منظور مجموعه درس‌ها بازبینی گردید و تمامی روایات و مطالبی كه از كتب مختلف نقل شده، به طور دقیق و با ذكر آدرس كامل به آن اضافه گردید تا طالبین را از مراجعه به كتب مختلف بی‌نیاز كند.

ویژگی ممتاز درس استاد معظم، دسته‌بندی دقیق مطالب و کیفیت بدیع و دقیق ورود و خروج به مباحث است كه در این امر نیز سعی شده است كه به همان شیوه مطالب سنگین و مهم علمی با دسته‌بندی و تیتیر مناسب و شماره‌گذاری ارائه شود.

از جمله ویژگی‌های این مجموعه كه آن را از نظائرش ممتاز می‌كند، این است كه به صورت «درسی- فارسی» تنظیم شده كه ضمن سهولت دسترسی به مطالب، حال و هوای حضور در درس را دارد؛ علاوه بر این در کنار این مجموعه، نرم‌افزاری دروس نیز آماده شده كه به راحتی با استفاده از رایانه قابل دسترسی می‌باشد. امید است توانسته باشیم خدمت کوچکی نسبت به عزیزانی كه توفیق شركت در دروس حضرت استاد را نداشته‌اند، یا به جهت تعمق در مطالب درسی، سخنان استاد را بر روی كاغذ پیاده نكرده‌اند برداشته باشیم.

لازم به ذكر است كه در بعضی از دروس برای رعایت نظم و ترتیب مطالب و مباحث، قسمت‌هایی از مطالب درسی جابجا و به قسمت‌های مربوطه منتقل گردید، لذا آن دسته از عزیزانی كه دروس حضرت استاد را از نوار كاست و یا، در کنار این مجموعه پی‌گیری می‌نمایند، به این نکته توجه داشته باشند.

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

اللهم وفقنا لما تحب و ترضى

محمد رضا حامدی- مسعود مكارم

۲ جمادی الاولی ۱۴۲۴

حوزه علمیه قم

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۶

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۷

[مقدمات بحث نکاح]

[نکاح از مستحبات مؤکده است]

۱ مقدمه ... ۲۷ / ۶ / ۷۸

بجای آن که به آن خواهیم پرداخت، بحث نکاح و ملحقات آن است که شدیداً محل ابتلاست و مسائل مستحدثه فراوانی در عصر و زمان ما دارد. متن مورد نظر «تحریر الوسیله» که در اصل «وسیله النجاة» مرحوم آقا سید أبو الحسن اصفهانی (ره) است. مرحوم امام (ره) این کتاب را مورد توجه قرار داده و اضافاتی به آن افزوده و نظم نوینی به این کتاب بخشیدند. دلیل انتخاب این کتاب این است که به حاجات روز مردم نزدیکتر و کاربردی است و مسائل مبتلی به زمان ما را بیشتر دارد. حدود ده مسأله در ابتدای «کتاب النکاح» تحریر الوسیله به عنوان مستحبات و مکروهات و آداب و سنن نکاح است مرحوم آقای حکیم در مستمسک که شرح عروه است بیست و پنج مسأله را که از مستحبات است بدون شرح رد شده و فقط آن را نقل می‌کند و از مسئله ۲۶ مسائل را شرح می‌دهد.

مرحوم امام (ره) می‌فرماید:

و هو من المستحبات الأكیده، و ما ورد فی الحثّ (تأکید) علیه و الذمّ علی ترکه مما لا یحصی کثره (أحادیث در این زمینه متواتر است که مرحوم امام (ره) به پنج حدیث اشاره نموده‌اند):

فعن مولانا الباقر علیه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ما بنى بناء فى الإسلام أحبّ إلى الله عزّ و جلّ من التزویج»، (در این روایت تعبیر به «بناء» احتمالاً اشاره به این است که ازدواج اساس و سنگ زیر بنای نظام خانواده و نظام خانواده سنگ زیربنای جامعه بشری است).

و عن مولانا الصادق علیه السلام «رکعتان یصلیهما المتزوج أفضل من سبعین رکعة یصلیهما عذب»، (شخصی که ازدواج نکرده، به انواع گناهان آلوده می‌شود، ولی در حدیث داریم که کسی که ازدواج می‌کند نصف دینش در امان است و شاید به این جهت است که غریزه جنسی انسان با تمام غرایز او مساوی است و گناهان ناشی از آن برابر با گناهان ناشی از بقیه غرایز است، پس متزوج آلودگی فکرش به گناهان بسیار کم و نمازش ارزش بیشتری دارد).

و عنه (عن الصادق) علیه السلام

قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: رذال (در بعضی از نسخه‌ها با تشدید است که ظاهراً درست نیست و جمع «رذل»، «رذال» می‌آید)

موتاکم العزّاب» و فی خبر آخر عنه صلى الله عليه وآله «أكثر أهل النار العزّاب»، و لا ینبغی أن یمنعه الفقر و العیلة بعد ما وعد الله عزّ و جلّ بالاعناء و السعة بقوله عزّ من قائل: «إِنْ یَکُونُوا فُقَرَاءَ یُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» «۱» فعن النبی صلى الله عليه وآله: «من ترک التزویج مخافة العیلة فقد اساء الظنّ بالله عزّ و جلّ» هذا. (وعده دهنده خداوند است در حالی که قادر و حکیم علی الاطلاق است و به

و عده‌اش عمل می‌کند بنابراین دلیلی ندارد که سوء ظن داشته باشد).

در جلد ۱۴ و سایل در دو باب آمده است که انسانها نباید بخاطر ترس از فقر از ازدواج فرار کنند، و روایت داریم که «الرزق مع النساء»، «۲»

و دلیل آن هم واضح است، چون افرادی که تنها هستند هیچ مسئولیتی ندارند، ولی وقتی ازدواج می‌کنند احساس مسئولیت کرده، و برای اینکه جلوی عیال شرمنده نشوند دنبال فعالیت می‌روند و لذا افرادی هستند که در ابتدای زندگی هیچ ندارند ولی در سایه احساس مسئولیت فعالیت کرده و به همه چیز می‌رسند، این مسأله هم از نظر روانی مسلم است و هم از نظر آیه و روایت. اقوال:

از نظر اقوال، مسئله استحباب نکاح از مسلمات است و شیعه و سنی به آن تصریح کرده‌اند (إجماع المسلمین) بلکه بعضی آن را ضروری دین می‌دانند.

مرحوم شهید ثانی می‌فرماید:

یاجماع المسلمین إلّا من شدّ منهم حیث ذهب إلی وجوبه «۳» (طبیعت نکاح استحباب است ولی موارد وجوب هم دارد).

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

النکاح مشروع، بل مستحب لمن تاقت و اشتاقت نفسه الیه من الرجال و النساء کتاباً و سنّه مستفیضةً أو متواترةً، و إجماعاً بقسمیه (منقول و محصل) من المسلمین فضلاً عن المؤمنین، أو ضروره من المذهب (شیعه) بل الدین (اسلام) «۴».

بنابراین مسأله از اجماع فراتر، بلکه ضروری دین است، یعنی وقتی غیر مسلمانان با مسلمانان زندگی کنند، می‌فهمند که مسلمانان نکاح را امر مطلوبی می‌دانند.

پنج امر در ذیل بیان امام (ره) لازم به توضیح است:

اشاره

(۱) سوره نور، آیه ۳۲.

(۲) باب ۱۱ از ابواب مقدمات نکاح، ح ۴.

(۳) مسالک، ج ۷، ص ۹.

(۴) جواهر، ج ۲۹، ص ۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۸

الأمر الأول: دلیل استحباب نکاح.

الأمر الثاني: فلسفه استحباب نکاح و مسائل فردی و اجتماعی آن.

الأمر الثالث: تقسیم نکاح به اقسام خمس (واجب، مکروه، حرام، مباح و مستحب).

الأمر الرابع: کلمه «نکاح» به چه معنی است؟

الأمر الخامس: نکاح از جمله عبادات است.

۲ مقدمه ... ۲۸ / ۶ / ۷۸

اشاره

معمولاً بزرگان فقهاء به ادله ثلاث (کتاب الله و السنه و الإجماع) استناد جسته‌اند:

الف) آیه:

«وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ». (۱)

این آیه مشتمل بر تأکیدات مهمی است:

نکته اول: آیه می‌فرماید مقدمات نکاح ایامی و عزاب را فراهم کنید و چون مخاطب همه مردم هستند، نشان می‌دهد که مسأله خیلی مهم بوده که از همه کمک خواسته شده است.

پس به قیاس اولویت از امر به فراهم کردن مقدمات به استحباب نکاح پی می‌بریم، چون وقتی فراهم کردن مقدمات مستحب باشد خود ازدواج به طریق اولی مستحب خواهد بود.

این تعبیر یا قلیل التظیر است یا عدیم التظیر، چرا که به جای امر به اصل مطلب، به فراهم کردن مقدمات امر می‌کند که خود تأکیدی برای این امر است.

نکته دوم: این آیه منحصر به زنان و مردان حرّ نیست، بلکه می‌فرماید مقدمات ازدواج عبدها و کنیزهای خود را هم فراهم کنید، پس مسأله بقدری مهم است که حتی عباد و اماء را هم که به حساب نمی‌آمدند شامل می‌شود.

نکته سوم: آیه می‌فرماید مانع تراشی نکنید و اگر فقیر هستند از فقر نترسید، چرا که خداوند آنها را بی‌نیاز می‌کند و می‌دانیم که مهمترین مانع نکاح، فقر است.

نتیجه: آیه تأکید بر ازدواج را می‌رساند و امر هم ظهور در وجوب دارد ولی به جهت وجود قرائن دیگر، نکاح مستحب است. (آیات دیگری هم در این زمینه داریم).

ب) روایات:

...* عن علی بن جعفر، عن أخیه موسی بن جعفر علیه السلام قال: ثلاثه یستظنون بظلّ عرش الله یوم القیامه یوم لا ظلّ إلا ظلّه

، (خدا یا عرش خدا)

رجل زوج أخاه المسلم

(مقدمات تزویج برادر مسلمانش را فراهم کند)

أو أخدمه

(خدمت کند یا خادمی برای او بگیرد)

أو کتم له سرّاً

(اسرار او را حفظ کند). «۲»

در ابواب زیر احادیثی وجود دارد که به دلالت مطابقی یا تضمینی یا التزامی دلالت بر استحباب نکاح می‌کند.

۱- باب ۱ (استحباب نکاح) ۱۵ حدیث.

۲- باب ۲ (کراهت عزوبت) ۹ حدیث.

۳- باب ۱۰ (کراهت ترک التزویج مخافه العیله)، ۴ حدیث.

۴- باب ۱۱ (استحباب التزویج و لو عند الحاجة و الفقر) ۵ حدیث.

۵- باب ۱۲ (استحباب السعی فی التزویج و الشفاعة فیہ) ۶ حدیث.

ج) اجماع:

استحباب نکاح از مسلمّات است و شیعه و سنی به آن تصریح کرده‌اند (اجماع محضّل، منقول) بلکه بعضی استحباب نکاح را ضروری دین می‌دانند.

د) عقل:

از دلیل عقل در اینجا استفاده نکرده‌اند در حالی که به دلیل عقل هم می‌توان تمسک کرد، چون امر نکاح مصالح زیادی دارد و در ترک آن مفسد زیادی است که عقل همه آن را می‌فهمد، به همین جهت به عنوان یکی از مستقلات عقلیه، عقل به محبوبیت نکاح حکم می‌کند، و «کَلِّمًا حَکْمًا بِهَ الْعَقْلِ حَکْمًا بِهَ الشَّرْعِ».

الأمر الثانی: فلسفه استحباب نکاح و مسائل فردی و اجتماعی آن

اشاره

آن پنج فلسفه برای آن ذکر می‌کنیم که مستفاد از نصوص و آیات و روایات است:

فلسفه اول: شکی نیست که طریق صحیح حفظ نسل بشر، نکاح است

و حفظ نسل مطلوب شارع و عقلاست، حتی نسل حیوانات و گیاهان را هم باید حفظ کرد، چون حتماً مصالحی

(۱) آیه ۳۲، سوره نور.

(۲) ح ۳، باب ۱۲ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۹

بوده که خداوند آنها را آفریده است. شاهد آن حدیث مشهور:

«تَنَکَّحُوا تَنَاسَلُوا تَكْتُمُوا فَأَنْتُمْ أَبَاهِي بِكُمْ الْأُمَّمُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَ لَوْ بَالَسَقَطِ» «۱»

می‌باشد.

شبهه این حدیث در کتاب مستدرک الوسائل «۲» هم وجود دارد و در وسائل هم تعبیراتی قریب الأفق با این حدیث وجود دارد:
 ...* عن محمد بن مسلم انّ أبا عبد الله عليه السلام قال: إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: تزوّجوا فأنتي مكاثر بكم الأمم غداً في القيامة حتّى أن السقط يجيء «... ۳»

به هر حال همان گونه که در احادیث وارد شده فلسفه نکاح افزایش نسل و جلوگیری از انقراض نسل است، بلکه اگر روزی به عللی خوف انقراض نسل انسان باشد نکاح واجب می‌شود، اگر چه در حال عادی مستحب است. حتّی در جائی که موازنه جمعیت به ضرر اسلام و به نفع کفار است نکاح و ازدیاد نسل واجب است و همچنین اگر به زیان شیعه باشد، مثلاً در حواشی و اطراف کشور ما اهل سنت زیاد هستند و به آنها توصیه شده است که افزایش نسل داشته باشید در حالی که شیعیان را تشویق به فرزند کمتر می‌کنند که این باعث افزایش جمعیت اهل سنت می‌شود، در این صورت جلوی ازدیاد نسل را گرفتن جایز نیست زیرا نباید موازنه جمعیت به ضرر شیعه به هم بخورد.

ان قلت: غالب عقلاء و خبره‌های امروز از غیر مسلمان بلکه مسلمان می‌گویند کنترل جمعیت در عصر ما واجب و لازم است و الّا سبب افزایش فقر، جهل، بیماری و وابستگی می‌شود، این امر با کلام پیامبر چگونه سازگار است؟
 قلت: آنچه در باب استحباب نکاح، حفظ نسل و مباحثات پیامبر حتّی به سقط گفته شد، اصل و قانون است و هر قانونی استثنائی دارد که مسأله تهدید نفس به عنوان استثنا است و منافاتی با کبرای کلی ندارد، مثلاً غیبت به عنوان اصل حرام است ولی در مشورت برای ازدواج جایز می‌شود، پس آنچه در عصر ما هست، ویژگی این زمان است و ممکن است زمانی بیاید که به فرزند بیشتر جایزه هم بدهند.

فلسفه دوم: نکاح سبب حفظ تقوی و عفاف و همچنین سبب اجتناب از بسیاری از کبائر مثل زنا، لواط و استمناء می‌شود.

قلیلی از مردم ممکن است که در صورت عدم نکاح حتّی یک گناه هم نکنند ولی این خیلی نادر است، شاهد آن هم احادیث متعدّد است:

...* عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من تزوّج احرز نصف دينه. «۴»
 ...* فليتق الله في النصف الآخر. «۵»

این حدیث همان حدیث قبلی است که کلینی ذیلی برای آن نقل کرده.

...* فليتق الله في النصف الباقي «۶»

این حدیث را صدوق نقل کرده و ذیلی به آن اضافه کرده است.

تعبیر به نصف به این جهت است که غریزه جنسی با تمامی غرایز دیگر برابر است و اگر کسی شهوت را با ازدواج کنترل کند تقریباً نصف گناهان را مرتکب نمی‌شود.

۳ مقدمه ... ۲۹ / ۶ / ۷۸

فلسفه سوم: نکاح سبب سلامت جسم و روح انسان است

و به تعبیر دیگر کسانی که ازدواج را ترک کنند، گرفتار بیماریهای مختلف روانی و جسمانی می‌شوند، چون خداوند طبیعت انسان را به گونه‌ای آفریده است که باید ازدواج کند و هر جا از این طبیعت کناره‌گیری شده و غریزه آن سرکوب شود، مشکلات جسمی

و روانی به دنبال خواهد داشت، و هیچ غریزه‌ای هم مثل غریزه جنسی قوی نیست. یکی از اشکالات ما به مسیحیت این است که آنها ازدواج را برای روحانیون مسیحی جایز نمی‌دانند (کاتولیک‌ها ازدواج را برای روحانیت مسیحی حرام می‌دانند و پروتستانها جایز می‌دانند).

پس هر کاری بر خلاف طبیعت انسان صورت بگیرد قطعاً یک عکس العمل منفی خواهد داشت، چون خداوند انسان را این گونه آفریده است که دو جنس مختلف یکدیگر را کامل کنند، از قرآن می‌توان این معنی را استفاده کرد:

«وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا»، «۷» جمله «لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا» یعنی به وسیله همسر آرامش پیدا کنید، که هم آرامش روحی و جسمی (آرامش فردی) است و هم آرامش اجتماعی.

مفهوم آیه این است که اگر ترک ازدواج کند، آن آرامش را

(۱) بحار، ج ۴۴، ص ۱۷۰.

(۲) ج ۱۴، ح ۱۷، باب ۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) ج ۱۴، ح ۲، باب ۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۴) ح ۱۱، باب ۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۵) ح ۱۲، باب ۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۶) ح ۱۳، باب ۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۷) آیه ۲۱، سوره روم.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۰

نخواهد داشت (اشاره به کسالتها و بیماریهای مختلف).

آیه دیگر می‌فرماید:

«هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا». «۱»

برای «منها» دو تفسیر بیان شده است:

۱- از باقیمانده طینت آدم و گل او حوا آفریده شد (من فضل طینت آدم).

۲- از نوع و جنس انسان همسرانی آفرید.

فلسفه چهارم: نکاح سبب سلامت جامعه انسانی است

و اگر نکاح برچیده شود ناراحتی‌های اجتماعی فراوانی جامعه را فرا می‌گیرد چون شخص عزب مسئولیت اجتماعی نمی‌پذیرد و اگر جنایتی و کاری کرد می‌تواند جای دیگری برود، پس کسی که ازدواج کرده یک علقه و رابطه‌ای ایجاد کرده و ناچار است که مراقبت کند و کاری نکند که زن و بچه‌اش ناراحت شوند، لذا بسیاری از مؤسسات در استخدام شرط می‌کنند که شخص متأهل باشد. پس ازدواج به عنوان یک وسیله پیش‌گیری از تخلفات اجتماعی و جنایات و سرقتها مؤثر است نه به عنوان علت تامه.

روایات متعددی در این زمینه وجود دارد:

...* روی آن رسول الله صلی الله علیه و آله قال: أكثر أهل النار العزّاب. «۲»

چرا اکثر أهل نار عزّاب هستند؟

چون عذب احساس مسئولیتش کم است بنابراین مرتکب گناه و جنایت می‌شود.
 ...* قال رسول الله صلى الله عليه و آله: ما من شاب تزوج في حداثة سنّه، إلا عَجَّ
 (ناله می‌زند)

شیطان: یا ویله عصم منی ثلثی دینه، فلیتق الله العبد فی الثلث الباقی. (۳)

سؤال: در بعضی از روایات تعبیر به «نصف دین» بود ولی در اینجا می‌فرماید «دو ثلث دین» خود را حفظ می‌کند آیا اینها با هم تعارض دارند؟

ممکن است که تعدّد تعبیر، به جهت اختلاف قوه شهویه افراد باشد، ولی قدر مسلم یک قسمت عمده دین خود را با ازدواج حفظ می‌کند و بیمه می‌شود، و ممکن است که به جهت حداث سنّ باشد، چون در این سن قدرت شهوت بیشتر است و با ازدواج دو سوم دین خود را حفظ می‌کند.

* جامع الاخبار: عن النبی صلی الله علیه و آله أنه قال: شرارکم عزابکم، و العزّاب أخوان الشیاطین. و قال صلی الله علیه و آله خیار امّتی المتأهلون، و شرار امّتی العزّاب. (۴)

همه این تعابیر اشاره دارد که اگر ازدواج کند بسیاری از گناهان را انجام نمی‌دهد، از این روایات می‌توان استفاده کرد که ازدواج سبب سلامت جامعه انسانی است.

فلسفه پنجم: نکاح سبب تقویت فعالیت‌های اقتصادی و نشاط مالی است

اشاره

و روایاتی به این مضمون داریم:

...* فقال أبو عبد الله عليه السلام: هو حقّ ثم قال: الزّرق مع النّساء و العیال.

«۵...» * قال رسول الله صلى الله عليه و آله لاحد من اصحابه و هو زید بن ثابت:

تزوّج فانّ فی التزوّج برکة

«...۶»

* قال الصّدوق: و قال رسول الله صلى الله عليه و آله: اتّخذوا الأهل فانّه ارزق لکم. (۷)

آیه شریفه هم می‌فرمود:

«إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ». «...۸»

تحلیل عقلی:

انسان مادامی که فقط مسئولیت خودش را بر دوش دارد، با خود رودریاستی ندارد و ممکن است تلاش لازم را نکند در عین اینکه خداوند نیروی زیادی در وجود او نهاده است. در حالت عادی نیروی عادی شخص به کار می‌افتد ولی در شاداید است که استعدادهاى نهفته او بسیج می‌شوند، پس وقتی ازدواج کرد تمام نیروهای خود را به کار می‌گیرد که مبدأ بازدهی اقتصادی فراوانی می‌شود و به همین جهت بسیاری از انسانها قبل از ازدواج تنبل هستند، ولی وقتی مشکلات زندگی به دوش آنها افتاد، بیشتر فعالیت می‌کنند و صاحب مال و اموال می‌شوند.

تحلیل معنوی:

این که قرآن می‌فرماید: «يُغْنِيهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» ممکن است دو تفسیر داشته باشد، یکی این که از راه اسباب خفیه و من حیث لا یحتسب به او فضل و احسان نماید و دیگر این که ممکن است خدا از طریق اسباب به انسان چیزی بدهد یعنی خداست که این نیروها را در درون انسان قرار داده و اوست

(۱) آیه ۱۸۹، سوره اعراف.

(۲) ح ۷ باب ۲، از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) مستدرک، ج ۱۴، ح ۲، باب ۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۴) مستدرک، ج ۱۴، ح ۷، باب ۲ از ابواب مقدمات نکاح.

(۵) ح ۴، باب ۱۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۶) مستدرک، ج ۱۴، ح ۱، باب ۶ از ابواب مقدمات نکاح.

(۷) ح ۵، باب ۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۸) آیه ۳۲، سوره نور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۱

که از طریق عالم اسباب، انسان را به دنبال کار می‌فرستد پس مسبب الأسباب خداست، و اگر از عالم اسباب هم چیزی عاید انسان شود منافات با «يُغْنِيهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» ندارد چرا که عالم هستی، فعل الله است.

الامر الثالث: تقسیم نکاح به اقسام خمس

اشاره

آیا نکاح همیشه مستحب است و یا این که گاهی مکروه، مباح، حرام و واجب هم می‌شود؟ بسیاری از بزرگان به این مسأله متعرض شده‌اند که نکاح به اقسام خمس تقسیم می‌شود از جمله: مرحوم صاحب حدائق، مرحوم شهید اول در قواعد، مرحوم شهید ثانی در مسالک، مرحوم صاحب عروه و علمای عامه. منظور از انقسام به احکام خمس این است که طبیعت نکاح لو خلی و طبعه مستحب است (آیا مستحب است برای کسانی که اشتیاق دارند یا برای همه، در جای خودش بحث خواهد شد) اما عوارض و عناوین ثانویه‌ای پیدا می‌شود که نکاح را از حکم اولیه (استحباب) بیرون می‌برد، گاهی ممکن است نکاح واجب شود مثلاً کسی که می‌داند و یا خوف خطر می‌دهد که اگر ازدواج نکند به حرام می‌افتد یا بیماری جسمانی پیدا می‌کند و جانش در خطر می‌افتد، در اینجا ازدواج از باب عنوان ثانویه (حفظ نفس) واجب می‌شود، گاهی ممکن است که نکاح حرام شود مثلاً مستطیع است و باید حج بجای آورد و ضرورتی هم برای نکاح ندارد در اینجا نکاح مقدمه حرام است یا وقت جهاد است و اگر سرگرم ازدواج شود، از جهاد بازمی‌ماند و نکاح هم برای او ضروری نیست در اینجا نیز نکاح حرام است (البته طبق این مبنا که مقدمه واجب را، واجب و مقدمه حرام را، حرام بدانیم) و گاهی مقدمه مکروه است و گاهی هم خالی از موارد فوق (اباحه).

کلام صاحب حدائق و نکات مطرح در آن

۴ مقدمه ... ۳۰ / ۶ / ۷۸

صاحب حدائق عبارتی دارند که مشتمل بر نکاتی است:

«أعلم أنهم قالوا: إنَّ النِّكاحَ إنّما يوصف بالاستحباب بالنظر إليه في حد ذاته يعني مع قطع النظر عن اللواحق المتعلقة به (عناوين ثانویّه) و الّما (اگر نگاه به عنوان ثانوی نکنیم) فإنّه ينقسم إلى الأقسام الخمسة. فقد يكون واجباً كما إذا خيف الوقوع في الزنا مع عدمه (البته آلوده به حرام شدن منحصر به زنا نیست حتّی اگر دچار چشم چرانی شود اینهم وقوع فی الحرام است)، و لو أمکن التسرّي (کنیز بخرد) كان واجباً مخيراً و قد يكون حراماً كما إذا افضى (منجر شود) الإتيان به (نکاح) إلى ترك واجب كالحج و الزّكاه (مگر این که از قسم «سبیل الله» زکات در نکاح خرج کند، ولی گفته می شود که هر کار خیری «سبیل الله» نیست بلکه «سبیل الله» کار خیری را می گویند که جنبه مذهبی و دینی داشته باشد مثل ساختن مدارس و مساجد و ...) و اذا استلزم الزيادة علی الأربع (مثال برای نکاح حرام، ولی این مثال صحیح نیست، چون در این صورت می توان به نکاح امهات مثال زد. گاهی ذات نکاح به عنوان سببی حرام می شود و گاهی بخاطر منکوح [خود نکاح] و مثال صاحب حدائق بحسب منکوح است. در کلمات علما حرمت نفس نکاح با حرمت نسبت به منکوح مخلوط شده است) و يكره عند عدم توقان (اشتیاق) النفس اليه مع عدم الطول (توانائی مالی)، علی قول (بعضی آن را از افراد مکروه دانسته اند ولی ما اشتیاق و پولدار بودن را شرط نمی دانیم و روایات ما عام است)، و الزيادة علی الواحده، عند الشيخ (شیخ طوسی تنها کسی است که زائد بر واحد را مکروه دانسته است). و قد يستحب (استحباب عرضی به خاطر یک عنوان عرضی) کنکاح القریبه، علی قول للجمع بین صلّه الرّحم و فضیله النّکاح، و اختاره الشّهد فی قواعدہ (در نکاح خویشاوندان، هم صلّه رحم و هم استحباب ذاتی نکاح است پس استحباب مؤکد می شود) و قيل: البعيده (استحباب نکاح با غیر خویشاوند)، لقوله صلى الله عليه و آله

لا تَنكحوا القرباه القریبه، فإنّ الولد يُخلق ضاویاً أى نحيفاً

(مريض می شود) و هو اختيار العلامه فی التذکره و علل بنقصان الشّهوه مع القرباه، (علاوه بر حدیث این علت را هم در نکاح محارم گفته اند). أقول (صاحب حدائق): الظاهر أنّ الخبر المذكور عامّ حيث لم ينقل فی كتب أخبارنا و قد ذكره ابن الأثير فی نهايته و الظاهر أنّ القول المذكور للعامة تبعهم فيه العلامه فی التذکره، و استدللّ (علامه) علیه (حکم) بما استدّلوا علیه (صاحب حدائق کلام علامه را تضعیف می کند) و اما المباح فهو ما عدا ذلك (نه مقدمه واجبی باشد نه مقدمه حرام و نه استحباب و نه کراهت یعنی اباحه بالعنوان الثانوی). «۱»

بحثنی در نکاح با اقارب

۵ مقدمه ... ۳۱ / ۶ / ۷۸

نکته: امروزه، نکاح اقارب بسیار مطرح است که کار خوبی نیست نه اینکه بگویند نکاح خویشاوندان حتماً بیماری

(۱) حدائق، ج ۲۳، ص ۱۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۲

می آورد، بلکه می گویند؛ خلاف احتیاط است، برای این که اگر بیماری مخفی در وجود پدر و مادر باشد در فرزند بیماری قوی

شده و ظاهر می‌شود، پس در نتیجه اگر آزمایش شود که مثلاً پسرعمو و دختر عمو مشکلی ندارند، اجازه ازدواج می‌دهند و اگر در روایت نبوی نهی شده، از باب احتیاط است و از اینجا نتیجه می‌گیریم این که در بین ائمه علیهم السلام، خویشاوندان با هم ازدواج می‌کردند از جمله ازدواج حضرت علی علیه السلام با فاطمه زهرا علیها السلام که دختر عمو و پسر عمو بودند، اولاً، از باب استثنا است و ثانیاً، می‌دانسته‌اند که بیماری در کار نیست.

نتیجه: در ازدواج فامیلی ممکن است که بچه‌ها سالم باشند و ممکن است بیمار شوند، پس در معرض بیماری هستند و به همین جهت گفته می‌شود که احتیاط کنند، البتّه این مطلب در خویشاوندان نزدیک است (القرباء القریبه) نه خویشاوندان دورتر. سند روایت کراهت ازدواج با خویشاوندان نزدیک از طریق عامّه است، البتّه نباید سند این روایت را خیلی ضعیف بدانیم چون روایت دیگری هم به این مضمون، مرحوم سید رضی در کتاب مجازات النبویه (۱) نقل می‌کند:

قال صلی الله علیه و آله: اغتربوا

(دور شوید)

لا تضوا

«با دوردستها ازدواج کنید تا لاغر و نحیف نشوید و بچه‌های شما خوش بنیه باشند».

ابن اثیر در نهایه الفاضلی که در سنت نبوی وارد شده معنا کرده و همین حدیث را نقل کرده و می‌گوید:

أی تزوّجوا الغرائب دون القرائب، فإنّ ولد الغریبه انجب

(بهتر)

و أقوى من ولد القریبه ... و منه الحدیث: لا تنکح القرباء القریبه، فإنّ الولد یخلق ضاویاً، «۲»

بنابراین یک روایت، روایت سید رضی و روایت دیگر، روایت ابن اثیر است. پس اگر دلیل قطعی هم نداریم روایت را با ضمیمه سخنان اطبا به عنوان مؤید نقل کنیم و بگوئیم نکاح غریبه بهتر است و نکاح ائمه از باب استثناست.

شاهد اول در قواعد می‌فرماید: در اینجا دو تقسیم داریم، یک تقسیم به حسب ناکح و تقسیم دیگر به حسب منکوح، که در هر دو احکام خمسّه وجود دارد. مثالهای تقسیم به حسب ناکح قبلاً بیان شد و اما در مورد مثالهای تقسیم به حسب منکوح، برای محرمات به نکاح مادر، برای مکروه به نکاح عقیم، برای استحباب به نکاح اقارب (بنابر قول کسانی که می‌گویند نکاح اقارب سبب صله رحم است)، برای نکاح واجب به وجوب وطی بعد از اربعه شهر و برای نکاح مباح به ما عدا ذلک مثل می‌زند.

عامّه هم همین اقوال را به صورت ناقص تر دارند، هم ابن قدامه در مغنی و هم نووی (از علمای قرن هفتم) در المجموع.

ابن قدامه «۳» می‌گوید: مردم در نکاح سه دسته هستند: گروه اول کسانی که می‌ترسند اگر ترک نکاح کنند، در زنا واقع شوند، چنین اشخاصی نکاح برایشان واجب است، فی قول عامه الفقهاء، گروه دوم کسانی هستند که خوف وقوع در حرام را ندارند ولی اشتیاق به نکاح دارند که نکاح برای اینها مستحب است، و هو قول أصحاب الرأی و هو ظاهر قول الصحابه و فعلهم، گروه سوم کسی است که شهوتی ندارد (مثلاً عین) که در او دو وجه است:

الف) نکاح برایش مستحب است به خاطر عموم ادله.

ب) ترک نکاح افضل است چون خودش را گرفتار زن نکند و زن هم گرفتار او نشود.

جمع بندی: نکاح به حسب طبیعت اولیه مستحب است و به حسب طبیعت ثانویه احکام خمسّه را دارد.

[ادله کسانی که ازدواج را برای همه افراد مستحب نمی‌دانند، و جواب آن.]

بعضی استحباب (نکاح را به «اشتیاق» مقید کرده‌اند نکاح برای کسانی که علاقه به نکاح دارند مستحب است) بعضی از این فراتر رفته و فرموده‌اند: کسانی که علاقه‌ای ندارند، ازدواج برای آنها مکروه است.
ریشه مطلب:

ازدواج برنامه‌ای است که عقلاً می‌پسندند و آیات و روایات، بدون قید به آن دلالت دارند ولی کسانی که گفته‌اند برای همه مستحب نیست بلکه برای بعضی مکروه است به سه دلیل تمسک کرده‌اند:

دلیل اول: آیه «وَسَيِّدًا وَحَصُورًا وَنَبِيًّا مِنَ الصَّالِحِينَ»^۴»

که حضرت یحیی علیه السلام را مدح می‌کند و «حصور» کسی است که علاقه‌ای به ازدواج ندارد و چون در مورد حضرت یحیی چنین مدحی وارد شده است، لاقلاً در مورد کسانی که علاقه‌ای به ازدواج ندارند، نکاح مستحب نیست.

(۱) مجازات النبویه، ص ۹۱، ح ۵۹.

(۲) النهایة فی غریب الحدیث، ج ۳، ص ۱۰۵.

(۳) مغنی، ج ۷، ص ۳۳۴.

(۴) آیه ۳۹، سوره آل عمران.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۳

جواب: از این استدلال چهار جواب می‌دهیم:

۱- ممکن است که آیه «قضیه فی واقعه» باشد، و این قانون کلی نیست، یعنی اگر کسی را به خاطر صفتی مدح کردیم، قاعده کلیه نمی‌شود. زندگی حضرت یحیی مثل زندگی حضرت مسیح، زندگی خاصی بوده که دائماً برای تبلیغ دین و رسالت الهی در سفر بودند و این برنامه‌ها طوری بود که به آنها اجازه ازدواج نمی‌داد، پس باید خصوصیات زندگی او را در نظر بگیریم، شاید که مدح بخاطر وضعیتی خاص زندگی او باشد.

بنابراین عنوان اولی استحباب مطلق است و این در سایه عنوان ثانوی است که حکم دیگری می‌پذیرد.

۲- معنی کلمه «حصور» منحصر به «من لا یاتی النساء» نیست و ارباب لغت، شیخ طوسی در تبیان و طبرسی در مجمع البیان، شش معنی برای حصور ذکر کرده‌اند:

الف) العین: (ناتوان جنسی).

ب) کسی که یا علاقه ندارد و یا اگر علاقه دارد به دلایلی ازدواج نمی‌کند.

ج) الذی یمتنع ان یرج مع ندمائه شیئاً للنفقه (کسانی که به سفر می‌روند ولی آذوقه به همراه خود نمی‌برند).

د) الذی یحصر نفسه عن الشهوات (عقیف).

ه) الذی یکتم سرّه (کتوم).

و) الذی لا یدخل فی اللعب و الأباطیل.

بعضی از این معانی در شأن پیامبر نیست و جای مدح هم ندارد (مثل عین و کسی که نفقه نمی‌برد) ولی بعضی از معانی حسن است (مثل کتوم و یا لا یدخل فی اللعب و یا کسی که کنترل شهوت دارد) پس ممکن است در آیه، منظور از حصور یکی از این معانی

باشد. اگر چه در بعضی از روایات معصومین داریم

«الذی لا یأتی النساء»

و لیکن می‌توان آنها را به گونه‌ای که در جوابهای بعدی می‌آید تفسیر کرد. پس آیه دارای ابهام است و خالی از اجمال نیست و با این آیه نمی‌توان به تعارض روایات و آیاتی که ازدواج را مدح کرده، برویم، ما در مقابل محکومات نمی‌توانیم به متشابها تمسک کنیم.

۳- گاهی مدح بر منکشف است نه کاشف، یعنی مدح می‌کنیم بر صفت درونی و در حالی که کاشف ممکن است مدح نداشته باشد، مثلاً کسی در محیط پر از گناه ازدواج نکرده و سالم مانده است، در اینجا مدح بر خود نگه‌داری شخص است نه این که ازدواج نکردن او خوب باشد. پس احتمال دارد روایتی که می‌گوید

«لا یأتی النساء»

مدح بر صفت درونی حضرت یحیی است، نه بر مسئله ازدواج نکردن او.

۴- سلمنا که در شریعت یحیی این گونه بوده؛ چه ارتباطی به شریعت ما دارد؟ او در شریعت خودش دارای این صفت بود ولی در شریعت ما چنین نیست.

ان قلت: استصحاب شریعت سابقه می‌کنیم.

قلنا: اولاً، استصحاب برای جایی است که شک باشد ما در این مسأله شک نداریم، چون می‌دانیم که ازدواج در اسلام امر مطلوبی است و زندگی مجرد مبعوض است و قید و شرطی هم ندارد.

ثانیاً، در استصحاب شریعت سابقه گفتیم که اگر شریعتی که نسخ شد، تمام احکامش هم نسخ می‌شود، و اگر در شریعت بعدی آن احکام باشد از نو وضع شده است. شاهدش این است که مسلمانان با هر مسئله‌ای که روبرو می‌شدند سراغ پیامبر می‌رفتند و حکم می‌خواستند و نمی‌گفتند استصحاب حکم سابق می‌کنیم، بلکه منتظر وحی می‌شدند، مثل قانون اساسی در زمان ما که با قانون اساسی در زمان طاغوت مشترکاتی داشت ولی آن را کنار گذاشتیم و قانون اساسی جدید تدوین شد.

بنابراین تمسک به استصحاب در اینجا درست نیست.

دلیل دوم: آیه [زُیْنٍ لِلنَّاسِ الْخ]

«زُیْنٍ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنینِ وَالْقَنَاطِرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْحِیْلِ الْمُسَوَّمِیَّةِ وَالْأَنْعَامِ وَالْحَرْثِ ذَلِکَ مَتَاعُ الْحَیَاةِ الدُّنْیَا وَاللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الْمَآبِ» (۱).

این آیه در مقام مذمت است و حب نساء، و فرزندان را، مذمت می‌کند.

جواب: اگر این استدلال درست باشد نکاح نباید در هیچ مورد مستحب باشد، حتی کسی هم که علاقه دارد ازدواج نکند، چون «حب نساء» مذموم است ولی این خلاف مقصود است، زیرا شما می‌خواهید بگویید نکاح برای کسی که علاقه خاصی ندارد مستحب نیست. علاوه بر این منظور از این آیه مذمت و نفی افراط در این زمینه‌هاست، چرا که در آیات قرآن یکی از نعمتهای الهی چهار پایانی است که خداوند برای انسانها قرار داده است، مانند آیه «وَلَكُمْ فِيهَا جَمَالٌ حِينَ تُرِيحُونَ وَحِينَ تَسْرَحُونَ» (۲) (در آنها برای شما زینت و شکوه است به هنگامی که

(۱) آیه ۱۴، سوره آل عمران.

(۲) آیه ۶، سوره نحل.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۴

آنها را به استراحتگاهشان بازمی گردانید و هنگامی که صبحگاهان به صحرا می فرستید).

نتیجه: اگر علاقه به زن بد است نباید خداوند منت بگذارد و به عنوان نعمت بشمارد پس معلوم می شود که علاقه مذموم نیست، بلکه افراط در علاقه مذموم است.

دلیل سوم: ازدواج، این گونه اشخاص را از کارهای خوب باز می دارد

و بعلاوه، بار مسئولیتی هم روی دوش انسان می گذارد، که در دسر آفرین است.

جواب: اولاً، ازدواج مزاحم نیست و عون است، یعنی اگر حساب شده باشد، به انسان آرامش می دهد تا دنبال برنامه های زندگی برود.

ثانیاً، این مسئولیتها عبادت است، روایات متعددی داریم که تهیة نفقه عیال عبادت است

«الكاد لعیاله كالمجاهد فی سبیل الله» (۱)

و در روایات دیگر دارد

«أعظم أجراً من المجاهد فی سبیل الله». (۲)

۷ مقدمه ... ۷۸ / ۷ / ۴

الامر الرابع: تفسیر کلمة نکاح

اشاره

این لغت در آیات قرآن و احادیث اسلامی وارد شده است و می خواهیم بدانیم اگر بدون قرائن حائیه و مقالیه به کار برده شود، معنی آن چیست؟ در اینجا ارباب لغت و فقها در معنی کلمه نکاح شدیداً اختلاف دارند و این اختلاف بر محور چهار قول دور می زند:

۱- حقیقت در عقد است (نکاح یعنی عقد نکاح).

۲- حقیقت در آمیزش جنسی و مواقعه است.

۳- مشترک بین عقد و مواقعه است.

۴- در هیچ کدام حقیقت نیست و این معنی مجاز است، و بعضی گفته اند که معنی حقیقی آن «اختلاط» (مخلوط شدن) است، نکحت المطر الارض یعنی باران با زمین مخلوط شد) و چون اختلاط افراد انسان با یکدیگر است به آن نکاح گفته اند و یا معنی حقیقی آن «الالتقاء» (ملاقات کردن) است (تناکحت الجبال یعنی کوهها به هم رسیدند)، و بعضی گفته اند که معنی اصلی «انضمام» است (تناکحت الأشجار إذا انضم بعضها ببعض)

در اینجا حق با کدام قول است؟ اگر گفتیم نکاح به معنی عقد است در آیه «لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» معقود پدر برای پسر حرام ابدی می شود و اگر گفتیم عقد به معنی مواقعه است در این صورت مزنی بهای اب را هم شامل می شود، پس در چنین مواردی با تفاوت معنی نکاح حکم عوض می شود.

معنی نکاح در اقوال ارباب لغت:

۱- قول راغب در مفردات:

نکح: أصل النکاح للعقد، ثم استعیر للجماع و محال أن یکون فی الأصل للجماع، ثم استعیر للعقد «۳» (چون عرب لفظی که برای موافقه باشد ندارد و از گفتن آن شرم می کردند و همیشه با کنایه می گفتند).

۲- قول جوهری در صحاح اللغه:

النکاح: الوطی، و قد یکون العقد. «۴» (ظاهر کلامش مشترک لفظی است).

۳- قول فیومی در مصباح المنیر:

فیقال (انکحت) الرجل المرأة یقال مأخوذ من (نکحه) الدواء (در عقد و وطی مجاز است) اذا خامره و غلبه (اثر بگذارد) أو من (تناکحت) الأشجار اذا انضمت بعضها إلى بعض أو من (نکح) المطر الأرض إذا اختلط بثراها و علی هذا فیکون (النکاح) مجازاً فی العقد و الوطی جميعاً. «۵»
این سه لغوی هر کدام، یک معنا را اختیار کرده اند، اگر چه اکثر ارباب لغت تفسیر به وطی کرده اند.

معنی نکاح در اقوال فقها:

۱- قول مرحوم نراقی:

و هو فی اللغه عقد الترویج خاصه علی الاصح، لتبادره عرفاً، و اصالة عدم النقل، و از این اشکال که عقد چیز تازه و جدیدی بوده و در اسلام بوجود آمد، چنین پاسخ می دهند که: و کون العقد مستحدثاً ممنوع، بل لكل دین و مله عقد، و قیل: حقیقه فی الوطء خاصه بل هو الاشهر كما قیل بل علیه الإجماع عن المختلف ... و قیل:
حقیقه بینهما، (عقد و وطی) لاستعماله فیهما (و استعمال هم به عقیده سید مرتضی دلیل حقیقت است ولی متأخرین قائل نیستند...)
و قیل: مجاز كذلك (ای فیهما) لآخذهما من الضم و

(۱) وسائل، ج ۱۲، ح ۱، باب ۲۳ از ابواب مقدمات تجارت.

(۲) وسائل، ج ۱۲، ح ۲، باب ۲۳ از ابواب مقدمات تجارت.

(۳) مفردات راغب، ص ۵۰۵.

(۴) صحاح اللغه، ج ۱، ص ۴۱۳.

(۵) مصباح المنیر، ص ۶۲۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۵

الاختلاط و الغلبه و یرد بعدم ثبوت المأخذ «۱» (مأخذ برای این مبنا که بگوئیم هر دو مجاز است نداریم).

۲- قول شهید ثانی:

أعلم أنّ النکاح يستعمل لغتاً فی الوطی كثيراً، و فی العقد بقله (عکس قول نراقی). قال الجوهری: النکاح: الوطی، و قد یقال العقد. و شرعاً بالعکس (شاهد بین معنی لغوی و شرعی جدائی می‌اندازد)، يستعمل بالمعینین إلا أنّ استعماله فی العقد أكثر، «۲» بعد شهید می‌فرماید: بعضی معتقدند که در قرآن اصلاً نکاح به معنی وطی نیامده است مگر در یکجا و آن هم در حکم محلّ است «حتی تنکح زوجاً غیره» «۳» چون به مجرد عقد، محلّ واقع نمی‌شود بلکه علاوه بر عقد موافقه لازم است. قلنا: این قید از این آیه در نمی‌آید بلکه از روایات استفاده می‌شود که موافقه هم لازم است، پس در هیچ جای از قرآن نکاح به معنی وطی نیامده است.

۳- قول ابن قدامه:

النکاح فی الشرع هو عقد الترویج فعند إطلاق لفظه ینصرف إلیه ما لم یصرفه عنه دلیل «۴» (مادامی که قرینه‌ای بر خلاف نباشد) بعد در ذیل کلامش استدلال می‌کند که در لسان شرع و عرف غالباً به این معنی استعمال شده است. قلنا: ما کاری به معنی لغوی نداریم و سراغ معنی شرعی می‌رویم، البته نمی‌خواهیم ادعا کنیم که در نکاح حقیقت شرعی‌ای داریم، بلکه می‌خواهیم ببینیم در لسان شرع نکاح منصرف به چیست و حقیقت در چیست؟ یکی از علائم چهارگانه حقیقت و مجاز «اطراد و عدم اطراد» است، یعنی اگر لفظی در معنایی مطلقاً استعمال شود، علامت حقیقت است. در قرآن مجید کلمه نکاح و مشتقات آن در بیست و سه مورد به کار رفته که در همه به معنی عقد است و قرینه هم دارد مانند: «إِذْ نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ» «۵» که به قرینه طلاق، «نکحتم» اشاره به عقد است. «فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنٍ وَ ثَلَاثٍ وَ رِبَاعٍ» «۶» به معنی عقد است. «وَلَا تَغْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ» «۷» از قبیل اضافه عام به خاص است یا از قبیل اضافه سبب به مسبب است. (عقد سببی همان الفاظ است و عقد مسببی همان پیوند اعتباری عقلایی شرعی بین زوج و زوجه است). «إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ (زن از مهرش بگذرد) أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» «۸». اگر، لفظی با قرینه در معنایی زیاد استعمال شود بین این لفظ و معنی علاقه‌ای پیدا می‌شود که اگر بعداً بدون قرینه هم بکار رود آن معنا به ذهن می‌آید یا معنی حقیقی و یا منصرف الیه.

نتیجه: در قرآن در تمام موارد «نکاح» به معنی «عقد» است و از این استعمالات، ذهن انس پیدا می‌کند که نکاح به معنی عقد است.

۸ مقدمه ... ۷۸ / ۷ / ۵

معنی نکاح در روایات:

روایت مشتمل بر لفظ «نکاح» در ابواب مختلف، زیاد و در آنها غالباً «نکاح» به معنی «عقد» است، مگر در موارد نادر و شاذ که به معنی «وطی» آمده است.

فهرست قسمتی از ابواب:

- باب ۱، از ابواب مقدمات نکاح، ح ۱۰:

«و ما من شیء أحبّ إلى الله عزّ و جلّ من بیت یعمر فی الإسلام بالنکاح»

(که به معنی عقد است).

- باب ۴۸ از ابواب مقدمات نکاح، ح ۱ و ۳: کلمه نکاح دارد که به معنی عقد است

«و من سنتی النکاح»

در حدیث سوّم می فرماید

«و إن من سنتی النکاح».

- باب ۱۳۹ از ابواب مقدّمات نکاح، ح ۱:

«لیس عندی طولُ فأنکح النساء»

که نکاح به معنی عقد است.

- باب ۱۵۷ از ابواب عقد نکاح، ح ۲:

«لا تجامعوا فی النکاح علی الشبهه»

که منظور احتیاط در عقد نکاح است نه وطی.

- باب ۲ از ابواب عقد نکاح، ح ۲ و ۴ و ۶:

«فلا یصلح نکاح الّا بمهر»

که مراد عقد است.

- باب ۴ از ابواب عقد نکاح، ح ۱ و ۵:

«لا ینقض النکاح الّا الاب»

که مراد عقد ازدواج است و وطی معنی ندارد.

- باب ۶ از ابواب عقد نکاح، ح ۵:

«لا تنکح ذوات الّاباء من

(۱) مستند، ج ۱۶، ص ۹.

(۲) مسالک، ج ۷، ص ۷.

(۳) آیه ۲۳۰، سوره بقره.

(۴) مغنی، ج ۷، ص ۳۳۳.

(۵) آیه ۴۹، سوره احزاب.

(۶) آیه ۳، سوره نساء.

(۷) آیه ۲۳۵، سوره بقره.

(۸) آیه ۲۳۷، سوره بقره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۶

الابکار الّا یاذن آباهنّ»

در اینجا مادّه نکاح به معنی عقد است.

- باب ۹ از ابواب عقد نکاح، فيه روایاتٌ عدیده تدلّ علی اعتبار أذن الأب مع الباکرة الرشیده فی النکاح: «و لا تنکح الا بأمرها» که

نکاح به معنی عقد است.

- باب ۲۷ از ابواب عقد نکاح، ح ۳ و ۱ که دلالت بر بطلان نکاح شتغار می کند، (نکاح شغار عبارتست از نکاح دو زن که هر یک

مهریه زن دیگر واقع می شود)

«نهی رسول الله صلی الله علیه و آله عن نکاح الشغار» و «نهی النکاح و المرأتین» ...

در اینجا نیز مراد از نکاح عقد است.

- باب ۱ از ابواب ما یحرم بالمصاهرة، ح ۱، ۲ و ۴.

- در ابواب طلاق و مهور هم روایات متعددی دارد، مثلاً می‌گوید فسخ نکاح در این عیوب جایز است که نکاح به معنی عقد است نه وطی.

نتیجه: همان گونه که در آیات کلمه نکاح به معنی عقد بکار رفته است، در لسان احادیث هم به همین صورت است ولی در لسان روایات موارد نادری داریم که در آنها نکاح به معنی وطی استعمال شده است، از جمله در باب روزه

در صدر اسلام مسلمانان بعد از افطار تا زمانی که نخوابیده بودند حق خوردن و آمیزش را داشتند ولی هنگامی که می‌خواستند ممنوع از خوردن و آمیزش بودند، این حکم بر مسلمانان مشکل شد، آیه نازل شد که این حکم برداشته شده است و اجازه اکل و شرب و نکاح تا طلوع فجر داده شد. نکاح در اینجا به معنی عقد ازدواج نیست بلکه به معنی وطی است:

... * ان الله لما فرض الصيام، فرض أن لا ینکح الرجل أهله فی شهر رمضان

(نکاح یعنی وطی)

... و کان من المسلمین شبان ینکحون نسائهم باللیل سرّاً لقلّة صبرهم.

«۱...» * فأحلّ الله التّکاح باللیل فی شهر رمضان، و الأکل بعد النّوم «۲»

(کلمه نکاح مسلماً به معنی وطی است).

در موارد دیگری هم داریم که کلمه نکاح قلیلاً به معنی وطی استعمال شده است (مثلاً در مذمت هم جنس بازی) ولی آنچه که شایع است، نکاح به معنی عقد است.

إن قلت: شما اطّراد را دلیل بر حقیقت دانستید، در حالی که اینها موارد استعمالی است که قرینه هم در کنار آن است و ما قبول نداریم که استعمال کثیره توأم با قرینه دلیل بر حقیقت باشد.

قلنا: اطّراد علامت حقیقت است و لو همراه با قرینه باشد، چون وضع بر دو گونه است وضع تخصّصی (تعینی) و وضع تخصیصی (تعینی)، گاهی اسم کسی را احمد می‌گذاریم، این وضع تخصیصی است و گاهی به سبب کثرت استعمال، حقیقت می‌شود، این وضع تخصیصی است، چون حقیقت وضع ایجاد علاقه بین لفظ و معنی در عالم اعتبار است که وقتی لفظ را می‌گویند انسان به یاد معنی می‌افتد، این علقه و پیوند بین لفظ و معنی که در ذهن است گاهی ناشی از وضع تعینی است و گاهی ناشی از وضع تعینی، مثلاً شارع می‌خواهد لفظ «صلاة» را که به معنی «دعا» است به «ارکان مخصوصه» انتقال دهد، لفظ صلاة را در ارکان مخصوصه با قرینه استعمال می‌کند به طوری که اگر بدون قرینه هم استعمال کند انس ذهن و پیوند و علقه حاصل شده است، نکاح هم همین طور است یعنی در همه جا از لفظ «نکاح» عقد اراده کرده‌اند و انس ذهن و علقه و پیوند حاصل شده است که وقتی بدون قرینه استعمال شود، عقد به ذهن می‌آید.

إن قلت: آیا نکاح حقیقت شرعیه دارد (مثل صلاة) در حالی که صاحب جواهر می‌گوید نکاح حقیقت شرعیه ندارد.

قلنا: دو حالت دارد، اگر قائل شویم که «نکاح» در لغت به معنی «وطی» است (که اکثر ارباب لغت گفتند) ما قائل به حقیقت شرعیه می‌شویم و اگر در لغت قائل به اشتراک (عقد-وطی) شویم در این صورت می‌گوئیم، مشترک ینصرف الی احد الفردین (عقد) پس یا به حقیقت شرعیه و یا به انصراف قائلیم که نکاح به معنی عقد است.

الامر الخامس: نکاح از جمله عبادات است

گاهی در کلمات بعضی از فقها دیده می‌شود که نکاح را از عبادات دانسته‌اند و یا بعضی دیگر می‌فرمایند: «فیه شوب من العبادۃ» صاحب جواهر می‌فرماید:

«لکن لا- ریب فی ان الاحتیاط لا ینبغی ترکه خصوصاً فی النکاح الّمدی فیه شوب من العبادات المتلقّاه (دریافت شده) من الشارع، و الأصل تحریم الفرج الی ان یثبت سبب الحلّ شرعاً» (۳) (اصل این است

(۱) وسائل، ج ۷، ح ۴، باب ۴۳ از ابواب ما یمسک عنه الصائم.

(۲) وسائل، ج ۷، ح ۵، باب ۴۳ از ابواب ما یمسک عند الصائم.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۳۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۷

که هر نکاحی فاسد است تا دلیل بر صحّت اقامه شود).

نکاح چه نوع عبادتی است، آیا از عبادات بالمعنی الاخص است یا بالمعنی الأعم؟

عبادت بالمعنی الاخص یعنی «ما یشرط فی صحّتها قصد القربۃ کالصیام و الصیام... و عبادت بالمعنی الاعم یعنی «ما یشرط فی ترتّب الثواب علیه قصد القربۃ»، که تمام عبادات توصلی را شامل می‌شود، مثلاً تطهیر مسجد از نجاست از واجبات و اطعام طعام و نکاح از مستحبات، بدون قصد قربت ثواب ندارد. پس عبادت بالمعنی الاعم از اوامر توصلیّه واجب و مستحب است که برای ثوابش قصد قربت لازم است. نکاح عبادت به معنی الاخص نیست، چون احدی نگفته است که در صحّتش قصد قربت معتبر است، بلکه در ترتّب ثواب قصد قربت لازم است، ولی این منحصر به نکاح نیست و در همه اوامر توصلیه اگر قصد قربت باشد ثواب دارد.

ان قلت: چرا فقط در نکاح می‌گویند «فیه شوب من العبادۃ»؟

قلنا: منظور از عبادت بودن نکاح این است که نکاح از امور توقیفیه است و از امور عقلائییه‌ای که شارع آن را امضا کرده نیست، به این بیان که در بین عقلا سلسله عقود وجود دارد (مثل بیع) که شارع همه آنها را امضا کرده و فرموده «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و گاهی هم با سکوتش آن را امضا کرده و هر کجا هم شک کردیم، به سیره عقلا- نگاه می‌کنیم، ولی با اینکه نکاح در بین عقلا بوده است نمی‌توانیم به عقلا- مراجعه کنیم زیرا از امور توقیفیه است، و اگر شارع سکوت کند پذیرفته نیست. چون شارع در نکاح تغییرات زیادی داده و حسابش را از نکاحی که در بین عقلا بوده جدا کرده (مثلاً محرّمات نسبیّه، سببیّه، رضاعی، شرایط مهر، شرایط عیوب... و قید و شرط زیادی برای نکاح قرار داده است و شبیه عبادات توقیفیه است و به همین جهت تا زمانی که دلیلی از شارع نرسد، نمی‌توانیم بگوئیم که فلان نکاح در بین عقلا وجود دارد و شارع هم سکوت کرده است، پس این نکاح حلال است.

نتیجه: در مسائل باید با احتیاط حرکت کرد (همان گونه که صاحب جواهر فرمود) و اصله الفساد باید در اینجا حاکم باشد، کما اینکه طلاق هم همینطور است و شارع در طلاق هم قیود زیادی قرار داده است که در عرف عقلا- نیست، در حالی که بیع چنین نیست، پس برای مباحثی که در نکاح و طلاق داریم باید بر اساس دلیل شرعی پیش رویم و بدون دلیل شرعی نمی‌توانیم کاری کنیم. در معاملات سکوت شارع و قبول عقلا کافی است ولی در نکاح سیره عقلا و سکوت شارع ثمری ندارد و باید دلیل شرعی بیاید.

[مسأله ۱: ممّا ینبغی أن یهتمّ به الانسان النظر فی صفات من یرید تزویجها]

اشاره

مسأله ۱: مِمَّا يَنْبَغِي أَنْ يَهْتَمَّ بِهِ الْإِنْسَانُ النَّظْرَ فِي صِفَاتٍ مِنْ يَرِيدُ تَزْوِيجَهَا، فَعَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ «اخْتَارُوا لِنُطْفِكُمْ فَإِنَّ الْخَالَ أَحَدَ الضَّحِيعِينَ» (۱) (فجیع به معنی مصاحب است و روایت می‌فرماید: در انتخاب همسر باید ببینی برادر او چگونه شخصی است به این جهت که با برادر او در اجتماع معاشر هستی ولی با خود دختر به جهت عفت و پوشیده بودن در جامعه معاشرت نداری و نمی‌توانی خیلی تحقیق کنی بنابراین روایت، هم انتخاب را لازم می‌داند و هم راه را نشان می‌دهد، و در واقع اشاره به همان اصل وراثت دارد)

و فی خبرٍ آخر: «تَخَيَّرُوا لِنُطْفِكُمْ فَإِنَّ الْأَبْنََاءَ تُشَبِّهُ الْأُخْوَالَ»

(این حدیث، حدیث قبل را توضیح می‌دهد، البته این حدیث با این عبارت در منابع وجود ندارد و فقط در کتاب کنز العمال از کتب اهل سنت عبارتی شبیه آن وجود دارد:

تَخَيَّرُوا لِنُطْفِكُمْ فَإِنَّ النِّسَاءَ يَلِدْنَ اثْبَاهَ اخْوَانِهِنَّ وَ اخْوَاتِهِنَّ (۲))

. و عن مولانا الصادق عليه السلام لبعض أصحابه حين قال: قد هممت أن أتزوج: «انظر أين تضع نفسك و من تشرکه فی مالک و تطلعه علی دینک و سرک، فان كنت لا بد فاعلاً

(اگر تصمیمت قطعی است)

فبكرًا تُنسب إلى الخیر

(دوشیزه‌ای را انتخاب کن که منصوب به یک خانواده خوب باشد)

و حسن الخلق» الخبر (۳) و عنه عليه السلام «إنما المرأة قلادة

(گردنبند)،

فانظر ما تتقلد، و ليس للمرأة خطرٌ

(قیمت)

لا لصالحتهنَّ و لا لطالحتهنَّ،

(خوبهایشان بقدری با ارزش هستند که قیمت ندارند و بدهایشان بقدری بی‌ارزش هستند که قیمت ندارند)

فأما صالحتهنَّ فليس خطرهما الذهب و الفضة هي خيرٌ من الذهب و الفضة، و أما طالحتهنَّ فليس خطرهما التراب، التراب خيرٌ منها»

(۴) و كما ينبغي للرجل أن ينظر في من يختارها للتزويج كذلك ينبغي ذلك للمرأة و أولياءها بالنسبة إلى الرجل،

فعن مولانا الرضا عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله أنه قال: النكاح رُقٌّ

(آزادی انسان را محدود می‌کند و مسئولیتهای متعددی به وجود می‌آورد)

فإذا انكح احدكم وليدته

(دخترش را)

فقد أرقها

(محدود کرده)،

فلينظر احدكم لمن يُرق كريمة

(دختر را در محدودیت چه کسی قرار می‌دهد). (۵)

(۱) ح ۲، باب ۱۳ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) ج ۱۶، ص ۲۹۵، ح ۴۴۵۵۷.

(۳) ح ۱، باب ۶ از ابواب مقدمات نکاح.

(۴) ح ۱۶، باب ۶ از ابواب مقدمات نکاح.

(۵) ح ۸، باب ۲۸ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۸

۱۰ ادامه مسأله ۱ ... ۷/۷/۷

تحلیل مسئله اولی:

اشاره

این مسئله‌ای است که خیلی‌ها در زمان ما به آن دقت نمی‌کنند و فقط ظواهر و امور دنیوی را در نظر می‌گیرند که مشکلات بیشماری را به دنبال دارد.

باید دید ازدواج برای چه هدفی است و بعد مطابق آن اهداف، صفات را اختیار کنیم (الصفات تتبع الأهداف و الأغراض).

هدف از نکاح مطابق روایات:

مرحله اول: بقاء نسل صالح

باید افرادی را انتخاب کرد که از طریق وراثت دارای صلاحیت باشند بدون شک پدر و مادر صالح، غالباً فرزندان صالح بوجود می‌آورند و عامل وراثت همان گونه که در بیماری جسمی وجود دارد، در بیماریهای روحی هم موجود است.

این قلت: اگر عامل وراثت را مؤثر بدانیم در این صورت مکتب جبر به رسمیت شناخته شده است.

قلنا: عامل وراثت مانند عامل تربیت و محیط، مقتضی است، نه علت تامه یعنی زمینه‌هایی برای این فرزند وجود دارد و آنچه نقش اصلی را ایفا می‌کند، اراده انسان است مثلاً دو نفر را فرض کنید که یکی همسایه دیوار بدیوار مسجد است و دیگری فاصله زیادتری تا مسجد دارد، هر دو زمینه برای شرکت در مسجد را دارند ولی آنکه نزدیکتر است زمینه برایش مساعدتر است در حالی که هیچ کدام مجبور نیستند و آنکه دورتر است ثواب بیشتری می‌برد، در ما نحن فیه شخصی که زمینه‌های بد در وجودش هست اگر انسان خوبی شود اجر بیشتری می‌برد. نظیر این بحث در عامل محیط هم هست، که تأثیر عامل محیط هم علت تامه نیست بلکه مقتضی است و نقش نهائی برای اراده انسان است.

مرحله دوم: انتخاب شریک

شریک چه صفاتی باید داشته باشد؟

شریک زندگی مثل شریک هر کاری باید امین، پاک و باتقوا باشد.

مرحله سوم: انتخاب زینت

همسر زینت انسان است، در احادیث آمده بود که همسر تو چون قلاده‌ای است به گردن تو (یعنی زینت توست)، قرآن تعبیر زیبایی دارد «هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ» (۱) لباس اولاً، زینت است و ثانیاً، انسان را از سرما، گرما و آفات حفظ می‌کند. اگر انسان می‌خواهد کسی را انتخاب کند که مدافع و زینت او باشد چه صفاتی را باید در نظر بگیرد؟ هدف، انسان را به سوی صفات مورد نظر راهنمایی می‌کند.

و من العجب بعضی در انتخاب یک پیراهن که یک سال بیشتر آن را نمی‌پوشند چنان سخت گیر هستند، ولی در انتخاب همسر که تا آخر عمر با آن زندگی می‌کنند آنچنان دقت و سخت‌گیری نمی‌کنند. بزرگترین اشتباه یک جوان انتخاب همسر بدون مشورت است.

۱۱ م ۲ (عدم اقتصار النظر علی المال و الجمال ...) ۷۸ / ۷ / ۱۰

[مسأله ۲: لینبغی أن لا يكون النظر في اختيار المرأة مقصوراً على الجمال و المال]

اشاره

مسأله ۲: لینبغی أن لا يكون النظر في اختيار المرأة مقصوراً على الجمال و المال «۲»؛

فَعَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله «مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً لَا يَتَزَوَّجُهَا إِلَّا لِجَمَالِهَا لَمْ يَرِ فِيهَا مَا يُحِبُّ وَ مَنْ تَزَوَّجَهَا لِمالِهَا لَا يَتَزَوَّجُهَا إِلَّا لَهُ (هدف فقط مال است)

وَ كَلَهُ اللَّهُ إِلَيْهِ

(خدا او را به خودش وامی‌گذارد)

فَعَلَيْكُمْ بِذَاتِ الدِّينِ «۳» بل یختار من کانت واجده لصفات شریفه صالحه، قد وردت فی مدحها الأخبار فاقده لصفات ذمیه قد نطقت بدمها الآثار

(روایات)

، و اجمع خبر فی هذا الباب ما عن النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله أَنَّهُ قَالَ: «خَيْرُ نِسَاءٍ كَمِ الْوَلُودِ

(با مراجعه به بستگانش معلوم می‌شود که عقیم است یا نه و اولویّت با ولود است نه اینکه واجب باشد)،

الْوُدُودِ

(با محبت)،

العَفِيفَةُ، الْعَزِيزَةُ فِي أَهْلِهَا

(در خانواده‌اش دارای شخصیت باشد)،

الذَّلِيلَةُ مَعَ بَعْلِهَا

(در مقابل شوهر خویش متواضع باشد)،

الْمُتَبَرِّجَةُ مَعَ زَوْجِهَا

(زینتش برای شوهرش باشد)،

الْحِصَانُ عَلَيَّ غَيْرِهِ

(و در مقابل دیگران خود را حفظ کند)،

الَّتِي تَسْمَعُ قَوْلَهُ وَ تَطِيعُ امره «۴» - إلى أن قال - ألا أخبركم بشرار نساءكم؟ الذليلة في أهلها، العزيزة مع بعْلِها، العقيم الحقود التي لا

تتورّع من قبیح، المتبرّجۀ إذا غاب عنها بعلمها الحصان معه إذا حضر، لا تسمع قوله، و لا تطیع أمره، و إذا خلا بها بعلمها تمنعت منه كما تمنع الصعبة عن ركوبها، لا تقبل منه عذراً و لا تقیل (تغفر)

له

(۱) آیه ۱۸۷، سوره بقره.

(۲) ح ۴، باب ۱۴ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۱۴ از ابواب مقدمات نکاح.

(۴) ح ۲، باب ۶ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۹

ذنباً. «۱» و فی خبر آخر عنه صلی الله علیه و آله «ایاکم و خضراء الدّمن قیل یا رسول الله صلی الله علیه و آله: و ما خضراء الدمن؟

دِمن جمع دمن به معنی زباله‌ها است)

قال: المرأة الحسنة فی منبت السوء» «۲»

(زن زیبایی که در خانواده بد پرورش یافته است).

جمع‌بندی احادیث:

ازدواج سه گونه است: گاهی برای مال، گاهی برای جمال و گاهی برای کمال است که اولویت در سومی است که باید رعایت شود و اگر هر سه باشد بهتر است.

اقسام ازدواج:

اشاره

ازدواج هفت قسم است:

۱- ازدواج شهوی:

که برای هوی و هوس است و فقط جمال زن را ملاک قرار می‌دهد این گونه ازدواج‌ها گاهی به جاهای خطرناک می‌رسد، چون اساس زیبایی زن است، ممکن است مفاسد زیادی به بار آورد زیرا مرد به آنچه که می‌خواسته نرسیده (لم یر ما یحب)

و سرانجام به طلاق منتهی می‌شود چون ضامن زوجیت را که دین و اخلاق است مورد نظر قرار نداده و به جای آن در زندگی زیبایی را که امری است زائل شدنی و ناپایدار مد نظر قرار داده است.

۲- ازدواج تجاری:

در جائی که شخص به جهت اموال چه بسا با زنی که جمال هم ندارد ازدواج می‌کند، ولی این چنین ازدواجی هم ضررهای زیادی دارد، و هم نهایتاً دون‌همتی است که در سایه ثروت همسرش بخواهد زندگی کند، چنین مردی ضعیف و ذلیل است و شکست خواهد خورد و چنین مردی که بدون زحمت اموالی از همسرش بدست آورده، زود هم آن را از دست خواهد داد.

۳- ازدواج مقامی:

در جائی که پدر دختر دارای مقام است، این چنین ازدواجی هم سرانجامش طلاق است و باعث ذلیل شدن مرد در مقابل همسر خود خواهد بود.

۴- ازدواج سیاسی:

گاهی سیاست منفی و گاهی مثبت است مانند ازدواجهای پیامبر.

۵- ازدواج قومی و تعصب آمیز:

مثلاً می‌گویند پسرخاله و دخترخاله حتماً باید با هم ازدواج کنند، در حالی که هیچ یک از دختر و پسر راضی نیستند. این ازدواج هم مشکلات زیادی را به دنبال دارد.

۶- ازدواج انسانی:

طرفین به مسائل مذهبی اهمیّت نمی‌دهند ولی صفات انسانی را مدّ نظر قرار می‌دهند که فی حدّ ذاته خوب است.

۷- ازدواج الهی:

این ازدواج هم جنبه انسانی دارد و هم جنبه دینی و به همین خاطر بهترین نوع ازدواج است. درست است که صفات انسانی ممکن است در بعضی از افراد باشد، ولی اگر متکی به مسائل دینی و ایمانی باشد عمیق‌تر و ضمانت بقاء دارد.

بقی هنا امور:

الامر الاول: این مسائل همان گونه که در جانب زوجه وجود دارد در جانب زوج هم موجود است

یعنی دختری را که می‌خواهند شوهر دهند این جهات را باید در شوهر او رعایت کنند، که در احادیث هم اشاره به این معنی شده است:

«...» إذا جاءكم من ترضون خلقه و دینه فزوجوه إلیّا تَعْلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَ فِسَادٌ كَبِيرٌ «(۳)»

(شما مفسد فی الارض می‌شوید و جامعه را به فساد می‌کشید).

در ابواب دیگر می‌فرماید: دختر به شراب‌خوار و سینه‌الخلق ندهید و اگر بدهید در واقع او را قربانی می‌کنید. «(۴)»

۱۲ ادامه مسئله ۲ ... ۷۸ / ۷ / ۱۱

الأمر الثانی: هنگام تحقیق در مورد همسر باید توجه داشته باشد که تمام صفات خوب در یک نفر جمع نمی‌شود

(مگر در معصومین علیهم السلام)، اگر در انتظار این است که جامع صفات را پیدا کند، بیهوده است، پس باید معدل‌گیری کند و نقاط قوت و ضعف را روی هم رفته حساب کند و هر کدام بهتر بود آن را انتخاب نماید. نه تنها در همسر بلکه در دوست، همسایه هم نمی‌توان کسی را که از همه جهت خوب و جامع جمیع صفات است، پیدا کرد. افرادی که سخت‌گیری کنند ممکن است خسته شوند و به موردی رضایت دهند که خیلی از صفات را نداشته باشد. در اینجا روایتی نداریم ولی از علی علیه السلام نقل شده است: «من استقصی علی صدیقه انقطعت مودّته». «(۵)»

پس کسی که در انتخاب دوست خیلی سخت‌گیری کند بدون دوست می‌ماند در همسر هم همین گونه است.

(۱) ح ۱، باب ۷ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) ح ۷، باب ۷ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) ح ۱ و ۲ و ۳ و ۶، باب ۲۸ از ابواب مقدمات نکاح.

(۴) باب ۲۹ و ۳۰ از ابواب مقدمات نکاح.

(۵) غرر الحکم، ج ۵، باب صدیق، ح ۸۵۸۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۲۰

الأمر الثالث: مشاوره در اسلام در هر چیزی نیکو است، ولی در ازدواج نیکوتر است،

چون ازدواج در غالب مردم یک بار تجربه می‌شود و به همین جهت افرادی که تازه می‌خواهند ازدواج کنند بهتر است با کسانی که ازدواج‌های موفق و شکست خورده را دیده‌اند و تجربه دارند مشورت کنند، خصوصاً اینکه اگر ازدواج درست از کار در نیاید در خیلی از موارد راه بازگشت بسته است، چه بسا وقتی متوجه می‌شود که صاحب‌فرزندانی شده و مشکلات عدیده‌ای دارد بنابراین ایجاب می‌کند که حتماً مشورت کند.

الأمر الرابع: در احادیث تصریح شده است که مؤونه ازدواج را تخفیف دهید

و کثرة مؤونه و مهریه سنگین دلیل بر نامبارک بودن ازدواج است. طبق روایات زن خوشبخت کسی است که مهر و مخارج او کم

باشد. در تمام مراحل زندگی اگر بار زندگی سنگین شود تهیه آن از طریق حلال مشکل است و لذا حلال و حرام مخلوط می‌شود ولی اگر مؤونه کم باشد آسان است. البته چشم و هم‌چشمی‌ها اجازه نمی‌دهد که ازدواجها به سهولت صورت گیرد.

...* عن خالد بن نجیح، عن أبي عبد الله عليه السلام ...: فأما شوم المرأة
(بعضی مفاهیم خرافی در بین مردم است که اسلام آنها را رد می‌کند ولی بعضی از مفاهیم را تغییر محتوایی می‌دهد)

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه
ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۱، ص: ۲۰
فکثرة مهرها، و عقوق زوجها
(ناسازگاری با زوج «...») ۱
*...

عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: من برکة المرأة خفة مؤنتها
(هزینه ازدواج و هزینه‌های بعد)
و تیسیر ولادتها
(آسان وضع حمل کردن)
و من شومها شدة مؤنتها و تعسیر ولادتها. (۲)

بعضی از مهریه‌های سنگین جنبه سفهی دارد که در نتیجه آن مهر باطل و تبدیل به مهر المثل می‌شود.
ان قلت: در قرآن آمده است:

«وَآتَيْتُمْ إِخْدَانًا قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا» (۳) اگر مهریه را به اندازه یک قنطار قرار داده‌اید بعد از طلاق پس نگیرید، پس قرآن
قنطار را که به اندازه یک پوست گاو طلاست اجازه داده است.

قلنا: راغب در مفردات می‌گوید «قنطار» از ماده «قنطرة» به معنی پل است و به مال فراوان هم قنطار گفته‌اند چون به وسیله آن (به
عنوان یک پل) انسان به یک زندگی خوب می‌رسد. در ادامه راغب می‌گوید: قنطار به معنی مال کثیر به حسب افراد فرق می‌کند،
و حدّ معین ندارد (یتفاوت بتفاوت الأفراد)، بعد اقوال دیگری نقل می‌کند:

قنطار یعنی اربعون أوقیة (سبعة مثاقیل) که مجموعاً ۲۸۰ مثقال می‌شود، و از حسن بصری نقل می‌کند که «قنطار» هزار و دویست
دینار است و قيل أنه ملئ مسك ثور ذهباً.

لغویون دیگر هم همین گونه گفته‌اند، ولی اینطور نیست که این قولِ قیل را به عنوان معنی بپذیریم و به آیه برای اثبات مهریه
سنگین استدلال کنیم، پس معنی لغوی قنطار این نیست و از آیه بیش از مال کثیر استفاده نمی‌شود.

علاوه بر این نباید محکومات را به خاطر متشابهات کنار بگذاریم بلکه باید متشابهات را به وسیله محکومات تفسیر کرد، از جمله
محکومات این است که معاملات سفهی باطل است خواه بیع باشد یا نکاح، و قاعده سفه منحصر به این مورد نیست بلکه در هبه و
ابواب دیگر هم همین است.

الأمر الخامس: از چیزهایی که اساس خانواده‌ها را خراب می‌کند کثرت توقعات و انتظارات است.

یکی از عوامل طلاق، پرتوقع بودن زن یا شوهر است. انسانهای پرتوقع نمی‌توانند با دیگران زندگی کنند و نمی‌توانند دوستی پیدا

کرده یا ازدواج کنند. یکی از دستورات مهمی که به ما داده شده است مراعات، عفو و صَفْح (اگر کار خلافی از کسی دیدیم روی برگردانیم یعنی اصلاً آن را ندیده‌ایم که بالاتر از عفو است) می‌باشد، در حدیث معروفی امام سجاد علیه السلام می‌فرماید:

و قال علیه السلام: صلاح حال التعایش ملیء مکیالٍ ثلاثه فطنه و ثلثه تغافل

(دو سوّم هوشیاری و یک سوّم آن گذشت است) «۴»

الأمر السّادس: به مقتضای آیه شریفه «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ» «... ۵» سعی در نکاح ایامی یکی از مستحبات و گاهی از واجبات است. وجوب تلاش و کوشش برای فراهم کردن مقدمات ازدواج آنهایی که همسر ندارند، به این جهت است که گاهی امر به معروف منحصر است در ازدواج، و امر بمعروف هم واجب است، پس این کار هم واجب است (اگر راه منحصر در ازدواج باشد واجب تعیینی است و اگر راه دیگری هم داشته باشد واجب تخییری است). «ایامی» جمع «ایم» است به معنی

(۱) وسائل، ج ۱۵، ح ۱۱، باب ۵ از ابواب مهوور.

(۲) وسائل، ج ۱۵، ح ۳، باب ۵ از ابواب مهوور.

(۳) آیه ۲۰، سوره نساء.

(۴) تحف العقول، ص ۳۵۹.

(۵) آیه ۳۲، سوره نور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۲۱

کسی که همسر ندارد، خواه اصلاً ازدواج نکرده یا ازدواج کرده و بعداً جدا شده، هم به مذکر می‌گویند و هم به مؤنث و ماده اصلی آن «آم، یایم» و مصدر آن «ایمه» و وصف آن هم «ایم» است. قرآن به صیغه امر تصریح می‌کند و امر هم دلالت بر وجوب دارد ولی به اجماع علما حمل بر استحباب می‌شود. در احادیث هم به این مطلب اشاره شده است.

... عن السکونی عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قال علی علیه السلام: أفضل الشفاعات أن تشفع بین اثین فی نکاح حتّی یجمع الله بینهما «۱»

....* إن لله ظلماً یوم القیامه لا یستظلّ تحته إلاّ نبیّ أو وصیّ نبیّ أو عبدٌ اعتق عبداً مؤمناً أو عبدٌ قضی مغرم مؤمن

(بدهی مسلمانی را ادا کند)

أو مؤمن کفّ أیّمه مؤمن. «۲»

زمانی بود که این کارها به صورت فردی انجام می‌گرفت ولی در نظام جمهوری اسلامی باید تشکیلاتی (و لو وزارت خانه) وجود داشته باشد که عهده‌دار ازدواج جوان‌ها باشد تا قسمت عمده‌ای از فسادها و مشکلات ریشه کن شود.

۱۳ مسئله ۱۷ (النظر الی المحارم ... ۷۸ / ۷ / ۱۲)

بعد از ذکر دو مسأله از تحریر الوسيله چهارده مسأله را که در مورد مستحبات است و بحث علمی چندانی ندارد رها می‌کنیم و به سراغ مسئله هفدهم می‌رویم.

[مسأله ۱۷: یجوز للرجل أن ینظر إلی جسد محارمه ما عدا العوره]

مسألة ۱۷: يجوز للرجل أن ينظر إلى جسد محارمه ما عدا العورة إذا لم يكن مع تلذذٍ و ريبه، (خوف وقوع در فعل حرام یعنی به قصد لذت نگاه نمی کند ولی می ترسد که این نگاهها منجر به حرام شود، پس تلذذ و ريبه دو چیز است) و المراد (بیان صغری)

بالمحارم: من يحرم عليه نكاحهنّ من جهت النسب أو الرضاع أو المصاهرة (سببی) ، و كذا يجوز لهنّ النظر إلى ما عدا العورة من جسده بدون تلذذ و ريبه.

اقوال:

اشاره

صاحب جواهر می فرماید:

و كذا له ان ينظر الى المحارم ... عدا العورة مع عدم التلذذ و الريبه بلا خلاف في شيء من ذلك بل هو من الضروريات «۳» (آیا فی الجملة از ضروریات است یا نگاه کردن به تمام جسد از ضروریات است؟ خواهیم دید که تمام جسد از ضروریات نیست، شاید صاحب جواهر فی الجملة را می خواسته از ضروریات بداند، بعد از مرحوم علامه و ظاهر تحریر و از بعضی از شافعیّه نقل می کند که محرم به بدن عریان محرم نمی تواند نگاه کند، و این قول را ضعیف می داند پس معلوم می شود که مخالف در مسأله وجود دارد. و امّا آنچه که از کلام صاحب ریاض و نراقی استفاده می شود این است که مسأله ذات اقوال ثلاثه است، به احتمالی هم چهار قول است. «۴»

قول اول: رؤیت تمام بدن ما عدا العوره جایز است.

مشهور قائلند که نظر به جمیع بدن محارم غیر از عورت جایز است بل قیل أنه مقطوع به فی کلام الاصحاح بل حکى عن بعضهم عليه الإجماع، (حد اقل شهرت را می توان قبول کرد.)

قول دوم: رؤیت مواضع زینت جایز است.

بالاباحه (النظر) فی المحاسن خاصه، و فسرّها بمواضع الزینة (موهای سر، مقداری از سینه، تمام گردن، صورت، مقداری از ساعد و میچ دست که محل بستن دستبند است، بعضی بازو را هم گفته اند که بازوبند به آن می بستند، مقداری از ساق پا که محل بستن خلخال بوده) بنابراین نظر به تمام بدن جایز نیست (مثلاً، مادر نمی تواند جلوی پسرش پیراهن خود را درآورد) قائل این قول معلوم نیست.

قول سوم: محارم مانند اجنبی هستند و فقط رؤیت وجه و کفین جایز است.

قیل بالمنع (لا يجوز النظر إلّا إلى الوجه و الکفین و القدمین)، این قول از علامه و شافعیّه نقل شده است.

و از کتاب تنقیح نقل شده که مورد دیگری را هم استثنا کرده‌اند، و آن استثناء الشدی فی حال الإرضاع است. احتمال دارد این استثناء قول چهارم باشد.

پس در مسأله اقوال مختلف است و مسلم نیست.

ابن قدامه می‌گوید:

و يجوز للرجل أن ينظر من ذوات محارمه الى ما يظهر غالباً كالرقبة والرأس والكفين والقدمين ونحو ذلك وليس له النظر الى ما يستتر غالباً كالصدر والظهر ونحوهما مرد می‌تواند به محارمش نگاه کند، آن مقدار که معمولاً ظاهر می‌شود، مانند گردن، سر، کفین و قدمین و نحو ذلك بعضی‌ها گفته‌اند که تمام

(۱) ح ۲، باب ۱۲ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) ح ۶، باب ۱۲ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۷۲.

(۴) ریاض ج ۲، ص ۷۳ و مستند نراقی، ج ۱۶، چاپ جدید، ص ۴۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۲۲

بدن را می‌توان نگاه کرد ما عدا العورة (یعنی افراد نسبت به محارمشان مثل هم جنس با هم جنس هستند) بعضی گفته‌اند باید موها را هم بپوشاند سپس از ضحاک نقل می‌کند: لو دخلت علی امی لقلت ایتها العجوز غطی شعرك (موی سرت را از من بپوشان). «۱»

جمع‌بندی اقوال:

از جمع‌بندی اقوال عامه و خاصه معلوم می‌شود که در بین عامه و خاصه مسأله دارای سه قول است منتها یک تفاوت جزئی بین آنها وجود دارد.

ادله قول مشهور:

اشاره

مشهور دلالتی مطرح کرده‌اند:

۱- آیه حجاب:

«وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ فُرُوجَهُنَّ وَحِفْظَنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلَا يَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ (مقنعه که آن را روی گردن می‌اندازند تا سینه‌ها را بپوشاند) عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ (هفت طائفه از محارم ذکر می‌شود) أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ».

سؤال: در اینجا چرا دائی‌ها و عموها را ذکر نشده؟

جواب: چون به دلالت التزامی از بنی إخوانهنّ و بنی أخواتهنّ معلوم می‌شود.

جواب از دلیل: دو گونه زینت داریم: زینت ظاهری و زینت باطنی، آشکار کردن زینت ظاهری بر همه جایز است (مثل سرمه و انگشتر) و همان گونه که گردی صورت اشکال ندارد، اینها هم اشکال ندارد و اما حدّ اکثر آنچه که آیه استثنا کرده، زینت باطنه است که دیدنش بر محارم اشکال ندارد و این آیه دلالت ندارد که محارم می‌توانند تمام بدن را ما عدا العوره ببینند، پس استدلال به این آیه خالی از اشکال نیست.

در اینجا یک دلالت التزامی بین داریم، به این معنی که وقتی زینت ظاهر را می‌شود آشکار کرد، محل الزینة هم آشکار می‌شود و وقتی زینت باطن را بر محارم می‌توان آشکار کرد محل زینت را هم می‌توان آشکار کرد (مثلاً گردنبند که در گردن است وقتی آشکار کردنش جایز باشد آشکار کردن جای آن، که مقداری از سینه است، نیز جایز است) پس لازمه اظهار زینت، اظهار محلّ زینت است.

و من هنا يعلم این که بعضی زینت را به مواضع زینت معنی کرده‌اند وجهی ندارد بلکه مواضع زینت به دلالت التزام معلوم می‌شود و اگر بخواهیم زینت را مواضع زینت معنا کنیم یا باید چیزی در تقدیر بگیریم (مواضع) یا قائل به مجاز شویم یعنی «زینت» مجازاً به معنی محل الزینة باشد (به علاقه حال و محل) که این دو خلاف ظاهر است.

بقی هنا شیء: از آیه می‌توان استفاده کرد که لباسهای زینتی را هم نمی‌تواند نشان دهد، و لو تمام بدن پوشیده است اما نشان دادنش به غیر محرم حرام است، چون «وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ» * لباسهای زینتی را هم می‌گیرد و اینکه گفتیم زینت به معنی حقیقی استعمال شده نه به معنی محلّ زینت، ثمره‌اش در همین جا ظاهر می‌شود.

نتیجه: این آیه نه تنها دلالت بر قول مشهور ندارد بلکه دلالت بر قول دوم دارد که می‌گفت محارم فقط مواضع زینت را می‌توانند ببینند. پس از این آیه صرف نظر می‌کنیم.

۱ ادامه مسئله ۱۷ ... ۱۳ / ۷ / ۷۸

۲- روایات:

و اما دلیل دوم مشهور روایات متعددی است که در باب غسل میت وارد شده و می‌فرماید اگر برای غسل دادن زن هم جنس موجود نباشد محارمش او را غسل می‌دهند (باید عورت را بپوشانند و بعد غسل دهند) ظاهر این روایات این است که مرد می‌تواند ما عدا العوره از محارم خود را ببیند.

... عن الحلبي

(سند صحیح است)

عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الرجل يموت و ليس عنده من يغسله إلا النساء؟ قال: تغسله امرأته أو ذات قرابته ان كانت له و يصبُّ النساء عليه الماء صبًّا. (۳)

آیا محارم آب بریزند و بدن را برهنه کنند ولی دست نکشند یا اینکه غیر محارم کمک کنند برای ریختن آب و محارم دست بکشند، کدام مراد است؟ روایات دیگر شاهد این معنی است که محارم هم دست نکشند. دلالت این روایت تا این اندازه خوب است که برهنه کردن بدن مرد در مقابل زن محرم در حال غسل اشکالی ندارد حال از اینجا بگوئیم که حال حیات هم مثل حال ممات است یا اینکه حال حیات اولویت دارد.

این در ناحیه نگاه کردن زن به مرد بود، نگاه مرد به زن چگونه است؟

(۱) مغنی، ج ۷، ص ۴۵۴.

(۲) سوره نور، آیه ۳۱.

(۳) وسائل، ج ۲، ح ۳، باب ۲۰ از ابواب غسل میت.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۲۳

به دلالت التزام استفاده می‌شود که نگاه مرد هم به زن جایز است.

إن قلت: حکم جواز نظر در مورد روایت اختصاص به ضرورت دارد.

قلنا: اگر ضرورت بود روایت می‌فرمود از روی لباس غسل دهد و حال آنکه چنین نگفته است.

سند این روایت و دلالتش خوب است و در مورد نگاه کردن است ولی لمس را شامل نمی‌شود و اگر جمله آخر در روایت ابهام

داشته باشد، ابهام به صدر حدیث هم سرایت می‌کند و صدر را نسبت به لمس کردن از کار می‌اندازد.

نتیجه: نگاه کردن محارم به بدن محرم جایز است ولی لمس از آن استفاده نمی‌شود.

... عن عمار الساباطی عن أبي عبد الله عليه السلام في (حدیث) في الصبيّة لا تصاب امرأة تغسلها قال: يُغسلها رجلٌ أولى الناس

بها. (۱)

«صبيّة» به معنی دختر نابالغ است یا اعم است از بالغ و نابالغ؟

ظاهر این است که اعم است و از این که صبیّه عام است و غسل هم مقید نشده است که از روی لباس باشد معلوم می‌شود که

محارم می‌توانند به بدن محارم نگاه کنند.

«عمار ساباطی» فطحی مذهب ولی موثق است البتّه در این باب روایات زیادی داریم که ما را از بحث سند بی‌نیاز می‌کند (تضافر).

نکته: قوت سند از چند راه ثابت می‌شود: ۱- وثاقت راوی، ۲- عمل مشهور، ۳- تضافر (چند روایت در کتب مختلف باشد)، ۴-

محتوای حدیث (گاهی روایت محتوایی دارد که از غیر امام نمی‌تواند صادر شود مثل خطبه‌های نهج البلاغه که بسیاری از آنها

مرسل است ولی محتوا، نشان می‌دهد که از امام صادر شده است).

... عن عمّار بن موسى، عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه سئل عن الرجل المسلم يموت في السّيفر و ليس معه رجل مسلم و معه

رجال نصاری و معه عمّته و خالته مسلمتان

(در باب طهارت یهود و نصاری می‌گوییم که آنها طاهر هستند ولی در جامعه خودمان که احتیاط ممکن است می‌گوییم احتیاط

بهتر است و این حکم را از همین روایات باب غسل استفاده می‌کنیم)

كيف يصنع في غسله؟ قال:

تغسله عمّته و خالته في قميصه و لا تقربه النصاری،

(آیا از روی پیراهن غسل دادن سبب می‌شود که تمام بدن او پوشیده باشد یا اینکه در بین غسل دادن مقداری از بدن او ظاهر

می‌شود؟ اگر پیدا نشود مختص به عمّه و خاله نیست بلکه زنان دیگر هم می‌توانند او را غسل دهند.

دلیل اینکه روایت می‌گوید عمّه و خاله از روی پیراهن غسل دهند این است که بالاخره در غسل دادن از روی پیراهن هم قسمتهائی

از بدن پیدا می‌شود که فقط عمّه و خاله می‌توانند ببینند)

و عن المرأة تموت في السّيفر و ليس معها امرأة مسلمة و معها نساء نصاری و عمّتها و خالها معها مسلمان؟ قال: يغسلونها و لا تقربنها

النصرايّة كما تغسلها غير أنّه يكون عليها درع

(پیراهن بدن زن را می‌پوشاند ولی سر و گردن و قسمتی از دستها و پاها بیرون می‌ماند و اینها دلیل می‌شود که قسمتهائی از بدن را می‌شود دید) فیصبت الماء من فوق الدرع. «۲» (به مقداری از این روایت می‌توان استدلال کرد).

۱۵ ادامه مسئله ۱۷ ... ۱۴ / ۴ / ۷۸

... * صفوان بن یحیی، عن منصور قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يخرج في السفر و معه امرأته أ يغسلها؟ قال: نعم و أمه

(در اینجا باید «امّه» را مفعول بخوانیم چون اگر فاعل بخوانیم توضیح واضح است چون همجنس هستند و این روشن است) و اخته و نحو هذا

(علاوه بر این که مرد می‌تواند همسرش را غسل دهد می‌تواند مادر، خواهر، عمّه و خاله را غسل دهد) یلقى علی عورتها خرقة «۳»

(از اینجا معلوم می‌شود که بقیّه بدن برهنه است).

این روایت از بهترین روایاتی است که دلالت می‌کند بر برهنه بودن و جواز نظر.

مراد از «منصور» در سند روایت چه کسی است؟ به احتمال قوی «منصور بن حازم» است که از اصحاب امام باقر و امام صادق علیهما السلام است و در ابواب فقه ۳۶۰ روایت دارد که در نود و دو مورد «منصور» به تنهایی است و حازم ندارد و احتمال دارد منصور بن حازم باشد و احتمال دارد منصوری باشد که توثیق نشده، ولی دو قرینه داریم که در آن موارد که منصور به تنهایی ذکر شده مراد منصور بن حازم است:

اولاً: بقیّه منصورها روایتی ندارند. ثانیاً: راوی از منصور در

(۱) وسائل، ج ۲، ح ۱۱، باب ۲۰ از ابواب غسل میّت.

(۲) وسائل، ج ۲، ح ۵، باب ۲۰ از ابواب غسل میّت.

(۳) وسائل، ج ۲، ح ۱، باب ۲۰ از ابواب غسل میّت.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۲۴

این روایت «صفوان» از شاگردان «منصور بن حازم» است بقیّه روات سند هم خوب هستند پس روایت از حیث سند و دلالت خوب است.

... * عن الحسين بن علوان

(محلّ بحث است)

عن عمرو بن خالد، عن زيد بن علی

(همان «زید بن علی بن حسین» معروف که در برابر بنی امیه قیام کرد و به وضع دردناکی شهید شد.

احادیث، زید بن علی بن حسین را مدح کرده و قیام او را ستوده و می‌گویند به اذن علی بن الحسین علیه السلام بوده است، بعضی از روایات هم که زید را مذمت می‌کند نقل شده ولی روایات مادحه زیاده‌تر است و لذا زید را به عنوان ثقه می‌پذیریم ولی وجود حسین بن علوان که محلّ بحث است مشکل ایجاد می‌کند البتّه چون روایات متضافر هستند مشکلی از ناحیه صحّت اسناد بعضی از روایات پیدا نمی‌کنیم)

عن آباءه عن علی علیه السلام فی حدیث قال: إذا مات الرجل فی السفر (إلی أن قال:) و إذا كان معه نساء ذوات محرم يؤزرنه

(از ماده ازار و مأزر به معنی لنگ است و در اینجا بمعنی لنگی به او می‌پوشانند ولی بقیّه بدن برهنه است)

يَضْبِبْنَ عَلَيْهِ الْمَاءَ صَبًّا، وَيَمْسَسْنَ جَسَدَهُ

(مس جسد)

و لا يمسسنَ فَرْجَهُ. «۱»

سند این روایت قابل بحث و گفتگو ولی دلالتش خوب است.

جمع بندی روایات: دلالت مجموع روایات خوب است ولی دو اشکال در این روایات موجود است:

۱- اینها مربوط به میت و زمان ضرورت است، شما می‌خواهید از این مورد به حی تجاوز کنید و آن هم در غیر حالت ضرورت، این چه قیاسی است؟ اولویت که نیست، الغاء خصوصیت قطعیه هم نمی‌شود، قیاس ظنی هم در مذهب ما نیست.

۲- طایفه معارضی از روایات داریم که آنها هم متعدّد و متضافر هستند:

... * یكون علیها درع «... ۲»

... * و لا تُخَلَّع ثوبه «... ۳».

... * من فوق الثياب «... ۴».

جمع بین دو طایفه:

پس در میان دو طایفه از احادیث قرار گرفته‌ایم که بعضی می‌گویند برای غسل برهنه کنید و بعضی دیگر می‌گویند از روی لباس غسل دهید بین این دو طایفه روایت چگونه جمع کنیم؟

در اینجا دو طریق جمع داریم:

الف) جمع بین مطلق و مقید: این جمع متعارفی است که مطلق را حمل بر مقید می‌کنیم، این جمع برای روایت حلبی که مطلق بود خوب است و آن را به «من فوق الثياب» مقید می‌کنیم، ولی روایت «منصور» صریح بود در این که برهنه است. روایات دیگر هم می‌گویند پوشان که در اینجا حمل مطلق بر مقید سازگار نیست.

ب) حمل بر استحباب: یعنی برهنه کردن جایز است ولی پوشاندن مستحب است، حتی در جایی که شوهر، همسر خود را غسل می‌دهد بهتر این است که از روی لباس باشد.

نتیجه: اشکال دوم (روایات معارض) کارساز نشد پس اشکال دوم را پس می‌گیریم و فقط اشکال اول وارد است در نتیجه استدلال به روایات هم برای قول مشهور کافی نیست.

۱۶ ادامه مسئله ۱۷ ... ۱۷ / ۷ / ۷۸

۳- سیره:

اشاره

دلیل سوم قول مشهور (جواز نظر ما عدا العوره) تمسک به سیره است. دو گونه سیره داریم:

۱- سیره عقلا:

چیزی که در بین عقلا هست مثلاً بیع معاطات که قبل از اسلام هم در بین عقلا بوده که سیره عقلا بما هم عقلا حجّت است منتهی شارع باید با قولش یا سکوتش آن را امضا کند.

۲- سیره متشرعه:

فرقش با سیره عقلا در این است که امضاء شارع نمی‌خواهد چون اینها بما هم متشرعه چنین سیره‌ای دارند که دست به دست از شارع گرفته‌اند و لذا امضاء نمی‌خواهد.

حال در ما نحن فیه بگوئیم سیره متشرعه بر این است که در نگاه به بدن محارم سخت‌گیری نمی‌کنند و نگاه به بدن محارم ما عدا العوره جایز است.

جواب: از کجا می‌گویید که متشرعه بما هم متشرعه به ما عدا العوره از بدن محارم نگاه می‌کنند بلکه کاملاً به عکس است

(۱) وسائل، ج ۲، ح ۸، باب ۲۰ از ابواب غسل میت.

(۲) ح ۵، باب ۲۰ از ابواب غسل میت.

(۳) ح ۹، باب ۲۰ از ابواب غسل میت.

(۴) ح ۴، باب ۲۰ از ابواب غسل میت.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۲۵

و متشرعه مراعات کرده و بدن را عریان نمی‌کنند پس به هر حال مصداق سیره در اینجا مشکوک است و این دلیل هم قانع‌کننده نیست.

۴- اصالة الاباحه:

دلیل چهارم مشهور این است که وقتی شک داریم که جایز است یا نه، اصل اباحه است و با اصالة الاباحه می‌گوییم نگاه کردن به بدن محارم ما عدا العوره جایز است.

جواب: این اصل هم جاری نیست چون منقلب شده است.

اصالة الاباحه اصل عملی است که در مقابل عموم «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ» منقلب شده است و نمی‌توانیم بگوئیم محارم از تحت آن خارج است به دلیل ذیل آیه (لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ) ... آن مقداری که استثنا شده زینت و مواضع زینت است و زائد بر آن دلیلی نداریم، پس اصالة الاباحه حق است ولی مشروط بر این که عموم لفظی حاکم بر آن نباشد در حالی که در اینجا عموم لفظی داریم پس این دلیل هم قانع‌کننده نیست.

نتیجه: دلیلی بر قول مشهور نداریم.

ادلة قول دوم: (استثناء المحاسن و مواضع الزينة)

اشاره

بر اساس قول دوم محاسن و سر و سینه و مقداری از مچ دستها و پاها... مستثناست.

۱- آیه

«وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ...»

بهترین دلیل این قول همین دلیل است.

۲- سیره:

سیره به درد این قول می‌خورد، چون معمول نیست که خواهر در مقابل برادر موها و جای انگو و گردن‌بند را بپوشاند پس بهتر است سیره را دلیل بر قول دوم بگیریم.

۳- روایات:

روایاتی که در ذیل آیه آمده این قول را تأیید می‌کند پس قول دوم هم آیه دارد هم روایت و هم سیره.

دلیل قول سوم (جواز رؤیت الوجه و الکفین للمحارم و الاجنبی): روایت البته دلیل روشنی بر این قول نداریم، زیرا مخالف صریح آیه... «إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ... أَوْ أَبْنَائِهِنَّ...» است چون این قول بین اجنبی و محرم فرقی نمی‌گذارد که این خلاف آیه و سیره است. اما مرحوم حاجی نوری در مستدرک از کتاب جعفریات حدیثی نقل کرده است که می‌تواند دلیلی برای این قول باشد.

...* و بهذا الاسناد عن علی علیه السلام انه قال: إن رجلاً أتى النبی صلی الله علیه و آله فقال: یا رسول الله صلی الله علیه و آله أمی استأذن علیها، الی أن قال یا رسول الله صلی الله علیه و آله أختی تکشف شعرها بین یدی؟ قال صلی الله علیه و آله: لا، قال: و لِمَ قال صلی الله علیه و آله: أخاف أن أبدت شیئاً من محاسنها و من شعرها أو معصمها

(مچ و دستها)

أن یواقعها. (۱)

کتاب «جعفریات» به «اسماعیل بن موسی بن جعفر» می‌رسد، «اسماعیل» هم پسری به نام «موسی» داشت، آنچه در کتب رجال هست این است که این شخص کتابهایی داشته است و تمام روایات نقل شده به اسماعیل بن موسی بن جعفر می‌رسد که از او توثیقی در کتب رجالی نیست، ولی گفته‌اند که در مصر بوده و اولادی داشته است و در مورد توثیق او و پسرش دلیلی در دست نیست. کتاب «اسماعیل» را فرزندش «محمد» نقل می‌کند که در کتب رجال چیزی در توثیق او نیست و فقط گفته شده است که کتابهای پدرش را نقل می‌کند. راوی از «موسی»، «محمد بن اشعث» است که او هم توثیق نشده و شاید به جهت وجود اشعث است که کتاب جعفریات را «اشعثیات» هم می‌گویند، که اینها همه مشکوک هستند حال با وجود این اشکالات چطور می‌توانیم به این کتاب تمسک کنیم پس روایات کتاب جعفریات در جایی که دلیل دیگری داشته باشیم می‌تواند برای ما به عنوان مؤید باشد.

از نظر دلالت: حدیث با این صراحت نهی کرده که خواهر محاسن و شعر را در مقابل برادر آشکار نکند. به قول بعضی از فقها این تعبیر عادی نیست و «قضیه فی واقعه» است چون غالباً این چنین نیست، به نظر می‌رسد که آن رجل یا آن خواهر خصوصیتی داشته و پیامبر به آن آگاه بوده و چنین دستوری داده است پس حکم عام نیست. قرینه هم اینست که غالباً چنین نیست.

علاوه بر این روایت مخالف صریح آیه قرآن است و لذا باید آن را کنار بگذاریم.

[قول سوّم هم دلیلی ندارد]

نتیجه: قول سوّم هم دلیلی ندارد جز این روایت که آن را هم رد کردیم پس قول سوّم هم کنار رفت.

[نظر استاد]

قلنا: فتوای ما این است که مقدار معمول را که محرم در مقابل محرم نمی‌پوشاند اشکال ندارد و برهنه شدن اشکال دارد مگر اینکه ضرورتی ایجاب کند.

بقی هنا شیء: محارم چه کسانی هستند (صغرای مسأله)؟
در اینجا در مورد محارم به طور اجمالی بحث می‌کنیم و

(۱) ح ۴، باب ۱۱۸ از ابواب مقدّمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۲۶

شرحش در آینده خواهد آمد، فعلاً همان کلام امام در تحریر را در ذیل مسئله هفده مورد توجه قرار می‌دهیم:
و المراد بالمحارم من یحرم علیه نکاحهنّ من جهت النسب أو الرّضاع أو المصاهرة.
پس محرمیت سه منبع دارد: نسب، رضاع، مصاهره (عروس، مادر زن، زن بابا)...

اگر مصاهره معنی عامی داشته باشد هرگونه نکاحی را شامل می‌شود به عنوان مثال مواردی داریم که به سبب مصاهره حرمت ابدی هست ولی محرمیت حاصل نمی‌شود مثل نکاح در عده که اگر کسی زنی را در عده نکاح کند در حالی که عالم به حرمت باشد این زن بر او حرام ابدی می‌شود و یا اگر جاهل باشد و دخول صورت بگیرد باز حرمت ابدی می‌آید، همچنین در نکاح ذات البعل یعنی اگر از روی علم باشد و یا اگر جاهل باشد و دخول صورت بگیرد حرام ابدی می‌شود در این موارد حرمت ابدی هست و نمی‌تواند نکاح کند ولی محرم نیستند.

اللّهمّ إنّما أن یقال: این موارد مصاهره نیست چون مراد از مصاهره عقد صحیح است (مثلاً پدر زنی را عقد کرده در اینجا زن بابا بر پسر حرام است) پس در کلام امام مصاهره صحیح مراد است.

إن قلت: وقتی که عقد صحیح بر زنی خوانده شد باعث حرمت خواهر زن خواهد شد، ولی خواهر زن جزء محارم نیست، با اینکه از ناحیه مصاهره حرام شده است.

قلنا: اولاً، خواهر زن حرام نیست بلکه جمع بین دو خواهر حرام است، حال چون یک خواهر را نکاح کرده لازم‌هاش این است که خواهر دیگر حرام باشد پس:

أولاً: بالذات حرام نیست.

ثانیاً: این حرام ابدی نیست و بعد از طلاق خواهر اول و سپری شدن عده می‌تواند خواهر دوم را ازدواج کند، پس چون حرام ابدی نیست اشکال وارد نیست.

۱۷ م ۱۸ (لا یجوز النظر الی ما عدا الوجه و الکفین من المرأه...) ۱۸ / ۸ / ۷۸

[مسأله ۱۸: لا إشکال فی عدم جواز نظر الرجل الی ما عدا الوجه و الکفین من المرأه الاجنبیه]

مسألة ۱۸: لا إشكال في عدم جواز نظر الرجل الى ما عدا الوجه و الكفّين من المرأة الاجنبية من شعرها و ساير جسدها سواء كان فيه تلذذ و ريبه أم لا و كذا الوجه و الكفّان إذا كان بتلذذ و ريبه (اگر به دستها و صورت با لذت نگاه کند اشکال دارد) و اما بدونها (نگاه به وجه و کفین بدون تلذذ و ريبه) ففیه قولان بل أقوال: الجواز مطلقاً (نظرة أولى باشد یا ثانیه و ثالثه) ، و عدمه مطلقاً، و التفصیل بین النظرة الواحدة فالأول (يجوز) ، و تکرار النظر فالثانی (مطابق قول دوم یعنی لا يجوز) و أحوط الأقوال أوسطها.

عنوان مسأله:

نگاه کردن به زن اجنبی غیر از وجه و کفین جایز نیست و نگاه کردن به وجه و کفین هم با تلذذ جایز نیست و در جایی که بدون تلذذ نگاه کند سه قول است:

۱- جواز مطلقاً.

۲- عدم جواز مطلقاً.

۳- تفصیل بین نظره اول و تکرار آن.

در اینجا نکته‌ای باید روشن شود و آن این که بحث وجوب یا عدم وجوب ستر وجه و کفین از طرف زن با بحث جواز یا عدم جواز نظر از سوی مرد از هم جداست، و لو ما از جواز عدم ستر وجه و کفین جواز نظر را استفاده خواهیم کرد، ولی کسانی هستند که می‌گویند حجاب وجه و کفین واجب نیست در عین حال نگاه کردن را هم جایز نمی‌دانند پس علی الحساب بحث نظر از حجاب جدا می‌کنیم.

[قول اول جواز عدم ستر الوجه و الكفین]

أقوال:

أقوال در مسأله همان است که امام (ره) بیان فرمودند، ولی کلماتی از بزرگان فقها نقل می‌کنیم. مرحوم شهید ثانی عبارت مفصّلی دارد که خلاصه‌اش چنین است:

تحریم نظر الرجل إلى الأجنبية فيما عدا الوجه و الكفّين موضع وفاق بين المسلمين و لا فرق فيه بين التلذذ و عدمه، و لا بين خوف الفتنة و عدمه (به جای ريبه، فتنه می‌گوید) و اما الوجه و الكفّان فان كان في نظرهما أحد الأمرين (تلذذ و ريبه) حُرّم أيضاً إجماعاً، و إلّا (بدون تلذذ و ريبه) ففي الجواز أقوال: أحدها الجواز مطلقاً على كراهية اختاره الشيخ (شيخ طوسی ...) و الثاني: التحريم مطلقاً اختاره العلامة في التذكرة ... و القول الثالث جواز النظر إلى الوجه و الكفّين على كراهة مرة لا أزيد و هو المذی اختاره المصنّف (مرحوم محقق در شرایع چون متن مسالک شرایع است) و العلامة في أكثر كتبه. «۱»

از بیانات شهید ثانی معلوم می‌شود که خیلی از علما- شاید چون مسلم بوده- متعرض این مسأله (مسئله نظر) نشده‌اند.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۲۷

صاحب جواهر بعد از اینکه نظر به غیر وجه و کفین را در حال اختیار جایز نمی‌داند می‌فرماید:
اجماعاً بل ضروره من المذهب و الدین، در ادامه در مورد وجه و کفین می‌فرماید: جماعتی نظر به وجه و کفین را بدون تلذذ و ریبه اجازه داده‌اند و بعضی مطلقاً اجازه نداده‌اند و در آخر کلامش قول به تفصیل را نقل کرده و می‌فرماید:
فهو أضعف قول فی المسأله (اگر چه محقق این نظر را پذیرفته است). «۱»

اقوال عامه:

از عبارات اهل سنت معلوم می‌شود که آنها هم مثل ما سه قول دارند، ابن قدامه کلامی از «احمد بن حنبل» نقل کرده و می‌گوید:
قال احمد: لا يأكل مع مطلقته هو أجنبي لا يحل له أن ينظر اليها كيف يأكل معها ينظر الى كفها (معمولاً با دست غذا می‌خوردند) لا يحل له ذلك (معلوم می‌شود که احمد حنبل اجازه نگاه به کفین را نداده).

در ادامه ابن قدامه از قول قاضی چنین نقل می‌کند:

وقال القاضي يحرم عليه النظر الى ما عدا الوجه و الكفين لأنه عورة و يباح له النظر اليها (وجه و کفین) مع الكراهة إذا أمن الفتنة و نظر لغیر شهوة و هذا مذهب الشافعي لقول الله تعالى و لا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها قال ابن عباس: الوجه و الكفين (که از ابن عباس نقل می‌کند ولی معلوم نیست نظر خودش است یا از پیامبر نقل می‌کند البته عامه نظر صحابه را تقریباً حجت می‌دانند).

در ادامه ابن قدامه با احمد هم صدا شده و به بعضی از آیات و روایات استدلال می‌کند:

و عن علی علیه السلام قال: قال لی رسول الله صلی الله علیه و آله لا تتبع النظرة النظرة

(نگاه پشت سر هم نکن)

فإنما لك الأولى و لیست لك الآخرة

، (این تعبیر اشاره به قول سوّم است). «۲»

ادله:

۱- آیه [قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ]

«قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ ... وَ قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ ... وَ لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» «۳».

از جمله «إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» وجه و کفین را اجمالاً استفاده می‌کنیم، چون قدر متیقن از آن وجه و کفین است و خصوص سرمه چشم و لازم‌اش - چشم فقط - و یا انگشتر و لازم‌اش - انگشت به تنهایی - را احدی نگفته است، پس وجه و کفین قدر متیقن است.

إن قلت: این آیه در مورد مسئله حجاب است نه در مورد جواز نظر، آیا می‌توان از مسئله حجاب جواز نظر را استفاده کرد؟

قلنا: بله ملازمه عرفی دارد یعنی اگر اجازه داده‌اند که در مقابل مردم وجه و کفین باز باشد و پوشاندن آن لازم نباشد به این معنی است که نگاه کردن هم جایز است، و نمی‌شود به زن بگویند صورتت را باز کن و به مرد بگویند نگاه نکن و جدا کردن این دو از هم خلاف عرف است. البته ملازمه عقلی نیست چون هیچ مانعی ندارد که عقلاً به زن بگویند وجه و کفین را پوشان و به مرد بگویند نگاه نکن.

۲- روایاتی که در تفسیر آیه وارد شده است:

بحث سنت و روایات بعد خواهد آمد ولی در اینجا خصوص روایاتی که در تفسیر آیه آمده و هشت روایت است مطرح می‌شود و چون روایات متضافر است نیاز به بررسی اسناد ندارد.

... عن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عزَّ وجلَّ «إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا»

قال عليه السلام: الزَّيْنَةُ الظَّاهِرَةُ الكحل و الخاتم

(سرمه که نمایان باشد چشم هم نمایان است و اگر انگشتر هم نمایان شد انگشت هم نمایان می‌شود و کسی هم خصوص چشم و انگشت را نگفته است پس استفاده وجه و کفین می‌کنیم و وقتی پوشاندن آن لازم نیست نظر به آن جایز است). «۴»

... عن مسعدة بن زياد

(سند حدیث مشکل دارد)

قال: سمعت جعفرًا و سُئِلَ عَمَّا تَظْهَرُ الْمَرْأَةُ مِنْ زِينَتِهَا قَالَ: الْوَجْهَ وَ الْكَفَيْنِ

(متن آیه قرآن در حدیث نبود ولی از تعبیر معلوم می‌شود که ناظر به تفسیر آیه است). «۵»

... عن الفضيل قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الذراعين من المرأة هما من الزينة التي قال الله: «وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا

لِبُعُولَتِهِنَّ»؟ قال:

نعم و ما دون الخمار

(یعنی موهای سر)

من الزينة و ما دون السوارين

(بالتر از دستبند و از اینجا معلوم می‌شود که صورت و کفان برای نظر مجاز هستند.

در این روایت امام زینت باطن را تفسیر می‌کند که از آن

(۱) ج ۲۹، ص ۷۵.

(۲) مغنی، ج ۷، ص ۴۶۰.

(۳) آیه ۳۱، سوره نور.

(۴) ح ۳، باب ۱۰۹ از ابواب مقدمات نکاح.

(۵) ح ۵، باب ۱۰۹ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۲۸

تفسیر زینت ظاهر هم استفاده می‌شود و سند این روایت از بقیه بهتر است.

... عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن قول الله عزَّ وجلَّ «وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» قال: الخاتم و

المُسكَّة و هي القلب. «۱»

این که دستبند هم جزء زینت ظاهره است، به چه معنی است؟

دو احتمال دارد یک احتمال اینکه «مسکه» چیزهایی بوده که به انگشتان می‌بستند که این جزء کف دست است ولی اگر منظور چیزی است که به میچ بسته می‌شود در این صورت باید بگوییم دستبندی است که به انتهای میچ بسته می‌شود که به کفین متصل

است، چون اگر دستبند باشد میچ هم پیدا می‌شود و این را کسی نگفته است.

چرا در این حدیث به وجه اشاره نشده است چون نقاب زدن در صدر اسلام مرسوم نبوده است جواز نظر به وجه مسلم بوده است.

* علی بن ابراهیم فی تفسیره: و فی روایهٔ اَبی الجارود عن اَبی جعفر علیه السلام

(حدیث مرسله است چون علی ابن ابراهیم نمی‌تواند از اَبی جارود نقل کند)

فی قوله «وَلَا يُبَدِّينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» فهی الثیاب و الکحل و الخاتم و خضاب الکف و السوار «... ۲»

این حدیث کاملترین حدیثی است که مستثنیات را گفته است، در اینجا سوار به معنی دستبند است که همان مشکل حدیث قبل را دارد.

۱۸ ادامهٔ مسئلهٔ ۱۸ ... ۱۹ / ۷ / ۷۸

سه حدیث دیگر هم در تفسیر آیه داریم که جزء احادیث مرسله است ولی می‌تواند مؤید باشد:

تفسیر جوامع الجامع در تفسیر آیه «... مَا ظَهَرَ مِنْهَا» می‌گوید:

... * عنهم عليهم السلام: الكفان و الاصابع

(كأن استثناء صورت مسلم بوده و آنچه نیاز به بیان داشته کفان و اصابع بوده است)

و الباطنة كالخلخال و السوار...

«... ۳» * نقلا عن المحاسن

(احمد بن محمد بن خالد برقی)

عن اَبی عبد الله علیه السلام

(برقی از امام صادق نمی‌تواند بلافاصله نقل کند و واسطه بوده است)

فی قوله جل ثنائه «إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» قال: الوجه و الذرعان. «۴»

به یقین ذراعان اشتباهی است از راوی یا نساخ، چون احدی از علما ذراع را نگفته است و به نظر می‌رسد که الوجه و الکفان بوده است، پس وجه برای بحث ما مؤید است.

* و عنه

(امام صادق) علیه السلام

فی قوله عزّ و جلّ «إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» قال:

الزينة الظاهرة الكحل و الخاتم. «۵»

از مجموع این روایات اگر ابهامی در آیه «إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» باشد (که ما گفتیم ابهام ندارد) ابهام بر طرف می‌شود.

إن قلت: نهایت چیزی که از آیه و روایات مفسره نسبت به آیه استفاده می‌شود، عدم وجوب ستر وجه و کفین است یعنی يجوز الإبداء و جواز ابداء دلیل بر جواز نظر نیست و ممکن است به زن اجازه دهند که وجه و کفین را آشکار کند، چون زحمت داشته است ولی به مرد اجازهٔ نظر ندهند پس بین جواز ابداء و جواز نظر ملازمه نیست.

قلنا: ملازمهٔ عقلی نیست ولی ملازمهٔ عرفی هست.

از جملهٔ بعدی آیه (وَلَا يُبَدِّينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ) استفاده می‌کنیم که آیه اشاره به زینت باطنه است این «لام» که بر سر «لِبُعُولَتِهِنَّ»

در آمده چه کاره است؟ یعنی ظاهر کنید این زینت را برای شوهر که شوهر ببیند پس در واقع اجازهٔ نظر در «لام» نهفته است (ظاهر

کن که او مجاز است ببیند)، حال اگر در جملهٔ دوم جواز نظر باشد آیا از جملهٔ اول هم به مقارنه و اتحاد سیاق استفادهٔ جواز

نمی‌شود؟ قطعاً استفاده می‌شود، به عبارت دیگر در جملهٔ دوم متعلق ذکر شده و در جملهٔ اول ذکر نشده است یعنی در جملهٔ اول

«لِمَنْ» را نمی‌گویید. جملهٔ دوم به دلالت التزامی (ملازمهٔ عرفی) بر جواز نظر دلالت نمی‌کند بلکه به دلالت لفظی است پس از آیه

شریفه می‌توان جواز نظر را استفاده کرد.

۳- آیه «وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ»

آیه می‌فرماید خمار خود را به جیششان بزنند، «خمار» به چه معنا است؟
خمار در لغت به معنی «ما یستر شیئا» است یعنی چیزی که چیز دیگر را بپوشاند، و خمر را هم که خمر می‌گویند چون عقل

(۱) ح ۴، باب ۱۰۹ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) مستدرک، ج ۱۴، ح ۳، باب ۸۵ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) جوامع الجامع، ج ۲، ص ۶۱۶.

(۴) مستدرک، ج ۱۴، ح ۱، باب ۸۵ از ابواب مقدمات نکاح.

(۵) مستدرک، ج ۱۴، ح ۲، باب ۸۵ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۲۹

را می‌پوشاند، ولی در عرف خمار به معنی چیزی است که سر زن را می‌پوشاند مانند مقنعه، به تعبیر دیگر همان روسری فارسی است، و اما «جیوب» به معنی یقه پیراهن است و چون روی سینه افتاده بالای سینه را هم گاهی به واسطه مقارنت جیب می‌گویند. «وَلْيَضْرِبْنَ» ... به چه معناست؟ مرحوم طبرسی در مجمع البیان در ذیل آیه می‌گوید که اشاره به وضعی است که در صدر اسلام و در جاهلیت در بین زنان رایج شده بود که دو طرف خمار را به پشت سر می‌انداختند که در نتیجه مقداری از سینه و گلو و گوشها و گوشواره‌ها (همان بی‌حجابی زمان جاهلیت)، نمایان می‌شد قرآن فرمود گوشه‌های خمار را روی سینه بیندازید و گلو و سینه را بپوشانید.

مجمع البیان می‌گوید:

خمار: و هو غطاء، رأس المرأة المنسدل علی جیبها (روی سینه افتاده) أمْرَنَ بالقاء المقانع علی صدورهنّ تغطیهً لِنُحُورهنّ (گلو) فقد قیل: انهنّ کُنَّ یلقین مقانعهنّ علی ظهورهنّ فتبدوا صدورهنّ و کُنّی عن الصدور بالجیوب لآنها ملبوسه علیها. (۱)
از این قسمت از آیه استفاده می‌شود که پوشاندن صورت لازم نیست چون اگر لازم بود باید آیه می‌گفت: «وجوههنّ و جیوبهنّ» چرا که ابتدا صورت نمایان می‌شود و اگر استتار وجه واجب بود اولی این بود که اول وجه را بگوید بعد سینه را، و حال آنکه نگفته است، پس آیه به روشنی بر عدم وجوب ستر وجه دلالت می‌کند.

علاوه بر این خمار چیزی است که دلالت می‌کند بر آشکار بودن صورت، چون خمار غیر از نقاب است خمار یعنی چیزی که یستر به المرأة رأسها لا وجهها پس معلوم می‌شود که پوشاندن وجه لازم نیست، و مسأله از نظر آیات تمام است.
در اینجا خواسته‌اند که با آیاتی برای این آیه معارض درست کنند که بعداً بیان کرده و جواب می‌دهیم.

۴- روایاتی که ارتباطی با تفسیر آیه ندارد:

اشاره

این روایات با صراحت یا دلالت التزامی می‌گویند که وجه و کفین استثنا است.

طایفه اول: روایاتی که با صراحت وجه و کفین را استثنا می‌کند:

... عن مَرْوَك بن عیید، عن بعض أصحابنا عن أبی عبد الله علیه السلام قال: قلت له: ما یحلُّ للرجل أن یرى من المرأة إذا لم یکن

محرمًا؟ قال الوجه و الکفان و القدمان «۲»

(پشت پا و کف پا تا ساق).

از نظر دلالت: روایت خوبی است چون سؤال از حجاب نیست بلکه از نظر و نگاه کردن سؤال می‌کند.

از نظر سند: رجال سند خوب است ولی تعبیر «عن بعض اصحابنا» آن را مرسله کرده است. «مَرْوُک» «صالح» است. مرحوم کشی از «ابن فضال» نقل می‌کند که می‌گوید: ثقه، شیخ، صدوق، و در کتب ما حدود سی و سه روایت از او نقل کرده‌اند. بقیه روایت هم ثقه هستند.

...* عن علی بن سَوید قال: قلت لأبی الحسن

(موسی بن جعفر علیه السلام)

أنی مبتلی بالنظر إلی امرأة الجمیلة

(به حسب شغلش با زنان سرو کار دارد و از کلمه «مبتلی» معلوم می‌شود که ناراحت بوده و راه حل می‌خواسته)

فُیَعِجِبُنِي النظر إلیها

(با دیدن آنها لذت می‌برم با این که نگاه تلذذ و ریه ندارم)

فقال: یا علی لا بأس إذا عرف الله من نیتک الصدق «... ۳»

۱۹ ادامه مسئله ۱۸ ... ۲۰ / ۷ / ۷۸

* ما رواه عمرو بن شمر عن أبی جعفر علیه السلام

(امام باقر)

عن جابر بن عبد الله الانصاری قال: خرج رسول الله صلى الله عليه و آله يريد فاطمه عليها السلام و انا معه فلما انتهينا إلی الباب وضع يده عليه فدفعه ثم قال: السلام عليكم فقالت فاطمه عليها السلام: و عليك السلام یا رسول الله صلى الله عليه و آله قال صلى الله عليه و آله: أدخُلْ؟

قالت: ادخُلْ یا رسول الله صلى الله عليه و آله، قال صلى الله عليه و آله: ادخُلْ و من معی؟ قالت: لیس علی قناع، فقال صلى الله عليه و آله: یا فاطمه، خُذی فضل مَلْحَفَتِكَ فَفَنَعَى به رأسک ففعلت. ثم قال صلى الله عليه و آله: السلام عليك فقالت: و عليك السَّلام یا رسول الله صلى الله عليه و آله، قال: ادخُلْ؟ قالت: نعم یا رسول الله قال: أنا و من معی؟ قالت: و من معک، قال جابر: فدخل رسول الله صلى الله عليه و آله و دخلتُ و إذا وجه فاطمه أَصْفَر (زرد بود)

کأنه بَطْنُ جرادَة

(شکم ملخ) [از اینجا معلوم می‌شود که صورت حضرت زهرا علیها السلام باز بوده و جابر هم نگاه کرده است]

فقال رسول الله صلى الله عليه و آله: ما لی أری وجهک اصفر؟ قالت یا رسول الله صلى الله عليه و آله: الجوع، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله اللهم مشبع الجوعه و دافع الضیعه، أشبع فاطمه بنتَ محمد قال جابر: فو الله لَنظَرْتُ إلی الدم ینحدر من قُصاصها حتّی عاد وجهها احمر فما جاءت بعد ذلك الیوم. «۴»

(۱) مجمع البیان، ج ۷، ص ۲۴۱.

(۲) ح ۲، باب ۱۰۹ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) ح ۳، باب ۱ از ابواب نکاح محرم.

(۴) ح ۳، باب ۱۲ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۳۰

اگر سند این روایت صحیح بود برای جواز نظر و عدم ستر دلیل خوبی بود، در این حدیث «عمرو بن شمر» از کسانی است که جداً تضعیف شده و غیر ثقه است. مرحوم نجاشی درباره او می گوید:

عمرو بن شمر أبو عبد الله الجعفی عربی روی عن ابی عبد الله علیه السلام ضعیفٌ جداً زید احادیث فی کتب جابر الجعفی ینسبُ بعضها إلیه

(معلوم می شود که از شاگردان جابر جعفی بوده و مطالبی به کتاب او اضافه کرده است)

و الأمر ملتبس. «۱»

علاوه بر این علامه در خلاصه الرجال درباره او می فرماید:

لا اعتمد علی شیءٍ مما یرویه.

سَلْمَنًا؛ خبر واحد صحیح السندی باشد آیا متن این حدیث قابل قبول است؟ آیا فرزندان علما یا مؤمنین و معتمدین با صورت باز جلوی مرد نامحرم می نشیند، خیر، حال حضرت زهرائی علیها السلام که از ابن امّ مکتوم نابینا خودش را می پوشاند چگونه این کار را در مقابل جابر می کند، بنابراین متن روایت و لو شرعاً اشکال ندارد ولی لا یناسب بنات العلماء فکیف بالصدیقۀ الکبری فاطمۀ الزّهری علیها السلام.

* و سألته عن الرّجل ما یصلح له أن ینظر الیه من المرأة الّتی لا تحلّ له

(مرد، زن نامحرم را چقدر می تواند ببیند)

؟ قال: الوجه و الکفّ و موضع السوار. «۲»

(مراد منتهی الیه میچ دست است یعنی کف تا میچ دست که اگر غیر از این تفسیر کنیم بر خلاف اجماع است).

سند حدیث از «علی بن جعفر» است و کتاب او در نزد صاحب وسایل بوده است. روایاتی که صاحب وسایل از کتاب علی بن جعفر نقل می کند صحیح است. «عبد الله بن جعفر حمیری» در قرب الاسناد از علی بن جعفر نقل می کند که روایات او اشکال دارد. حال آیا کتاب علی بن جعفر نزد علامه مجلسی هم بوده است؟ نمی دانیم، ولی در بحار این روایت و ما قبل و ما بعد آن را از قرب الاسناد نقل می کند که علامت مخفف آن «ب» است. پس این روایت چون از قرب الاسناد نقل شده مؤید است.

... * و روت عائشۀ أنّ اسماء بنت أبی بکر دخلت علی رسول الله صلی الله علیه و آله فی ثياب رقاق

(لباس نازک)

فاغرّضَ عنها، و قال: یا اسماء إنّ المرأة إذا بلغت المحيض

(بالغ شود)

لم یصلح أن یری منها الا هذا و هذا و اشار إلی وجهه و کفیه

(این روایت چون از طرق عامه نقل شده به عنوان مؤید است). «۳»

طایفه دوم: روایاتی که به دلالت مطابقی دلالت ندارد بلکه به دلالت التزامیه به بحث ما دلالت دارد

و به این روایات استدلال نکرده اند ما این روایات را از ابواب مختلف جمع آوری کرده ایم:

... * عن علی بن احمد بن یونس

(مجهول الحال است و در کتب رجال اصلاً اسمی از او نیست)

قال: ذکر الحسین

(حسین کیست که به علی بن احمد بن یونس خبر داده است)

أنه كتب اليه

(لا بد به امام نوشته است)

يسأله عن حدِّ القواعد من النساء

(چند سالگی زن قاعده است)

التي إذا بلغت جاز لها أن تكشف رأسها و ذراعها، فكتب عليه السلام: من قعدن عن النكاح

(حال و هوای ازدواج از او گذشته است نه اینکه زمین گیر شده). «۴»

این حدیث به دلالت التزامی دلالت خوبی دارد چون سؤال از موها و ذراع است نه وجه و کفین، کأن وجه و کفین مسلم بوده است. در اینجا به سؤال راوی استدلال کردیم نه جواب امام، چون وقتی راوی از ذراع و موها سؤال می‌کند معلوم می‌شود که صورت و دستها تا مچ برای راوی مفروغ عنه بوده و امام هم نگفت که سائل اشتباه کرده و ذهن سائل را امضا کرده است پس به دلالت التزامی دلالت دارد.

در وسائل‌های سی جلدی و پاورقی و سائل‌های بیست جلدی «علی بن احمد عن یونس» آمده است. یعنی به جای «ابن»، «عن» آمده. «علی بن احمد» ممکن است «علی بن احمد بن اسیم» و «یونس» هم «یونس بن عبد الرحمن» باشد که در این صورت حال حدیث بهتر می‌شود. در تهذیب هم که صاحب وسایل روایت را از آنجا نقل کرده «علی بن احمد عن یونس» دارد.

ولی اینها مشکل را حل نمی‌کند چون «علی بن احمد بن اسیم» مجهول الحال است و یونس هم احتمال دارد که یونس بن عبد الرحمن باشد و احتمال دارد که نباشد، أضف الی ذلک که «حسین» هم وضعش مبهم است پس باز مجهول در مجهول است و مشکل حدیث حل نمی‌شود.

... عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله:

لا حرمة لנساء أهل الذمة أن ينظرن إلى شعورهنّ و ایدیهنّ «۵»

(۱) رجال نجاشی، ص ۲۸۷.

(۲) بحار الأنوار، ج ۱۰۱، ص ۳۴.

(۳) مغنی، ج ۷، ص ۴۶۰.

(۴) ح ۵، باب ۱۱۰ از ابواب مقدمات نکاح.

(۵) ح ۱، باب ۱۱۲ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۳۱

از این که پیامبر وجوه را نمی‌فرماید معلوم می‌شود که وجوه مفروغ عنه بوده است پس به دلالت التزامی آن را می‌فهمیم.

... محمد بن یعقوب، عن عدة من اصحابنا، عن أحمد بن محمد بن عيسى (قمی)، عن ابن محبوب، عن عباد بن صهيب

(محل بحث است ولی با تحقیق به این نتیجه رسیدیم که وثاقت او را می‌توان پذیرفت)

قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا بأس بالنظر إلى رءوس أهل تهماء

(مناطق حاشیه جزیره عربستان)

و الأعراب

(عربهای بیابانی)

و أهل السَّواد

(عراقیها)

و العلوج

(قبیله‌ای بودند)

لأنهم إذا نُهوا لا ينتهون «... ۱»

معلوم می‌شود آنجایی که نهی از منکر اثر ندارد نگاه کردن بدون تلذذ و ریبه اشکال ندارد. حال از این که موها را گفته و صورت را نگفته است، معلوم می‌شود که صورت مفروغ عنه بوده است (دلالت التزامی).

۲۰ ادامه مسئله ۱۸ ... ۷۸ / ۷ / ۲۴

...* عن محمد بن اسماعیل بن بزيع

(از مردان با شخصیت بود و از اصحاب امام رضا بود)

قال: سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن امهات الأولاد

(امم ولد)

لها أن تكشف رأسها بين يدي الرجال؟ قال:

تَقَعُّ. «۲»

برای روشن شدن معنی حدیث مطلبی را ذکر می‌کنیم و آن اینکه از احادیث زیادی استفاده می‌شود که حجاب سر برای کنیزان لازم نبود به گونه‌ای که سر برهنه نماز می‌خواندند. مذهب مشهور فقها هم همین است و ظاهراً صاحب جواهر «۳» هم نظر مشهور را دارد و به نظر ما از آیه قرآن هم می‌توانیم این معنی را استفاده کنیم، چون آیه می‌فرماید:

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ وَنِسَاءَ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذَيْنَ﴾ «۴» زنان جلاباب را

چنان به خود پوشانند که موهایشان پیدا نباشد بعد می‌فرماید که این سبب می‌شود که شناخته شوند. چگونه اگر حجاب داشته باشند شناخته می‌شوند؟ این به خاطر این است که کنیزان سر برهنه بودند و کسانی که اهل ریبه بودند با کنیزها مزاح می‌کردند و آیه می‌گوید که آنها سرهای خود را پوشانند تا شناخته شوند که کنیز نیستند تا اهل ریبه مزاحم آنها نشوند. پس از این آیه استفاده می‌شود که کنیزها سرشان برهنه بوده است.

چرا آیه حجاب به کنیزان دستور پوشش سر را نمی‌دهد؟

شاید به جهت پایین بودن فرهنگشان بوده است.

اگر این کنیز به منزله همسر صاحب خودش (امم ولد) شد آیا می‌تواند سر خود را برهنه کند؟ امام علیه السلام می‌فرماید: نمی‌تواند، چون در مسیر آزادی است چرا که از سهم فرزند خودش آزاد می‌شود باید حجاب را رعایت کند.

در این روایت سخن از پوشاندن و نپوشاندن سر است. و از صورت، نه ابن بزيع سؤال می‌کند و نه امام جواب می‌دهد، معلوم می‌شود که صورت مفروغ عنه بوده است.

طایفه سوّم: روایات متعددی که در مورد پوشش زن در حال نماز آمده است

که پوشاندن گردی صورت و دستها تا میج و در بعضی روایات قدمین لازم نیست. این روایات مطلق است و نماز در خانه یا جماعت را شامل است. در آن زمان وضع چنان نبود که برای زنان پرده‌ای بکشند، پس در حال نماز به طور مطلق اجازه عدم ستر داده شده

و اگر بنا بود بپوشانند باید روایات را قید می‌زدند ولی هیچ کدام از روایات قید ندارد که به صورت دلالت التزامی از این روایات می‌فهمیم که نظر به وجه و کفین جایز است.
 بعضی به ادله دیگری هم تمسک کرده‌اند که ما استدلال نکرده‌ایم، مثل مسئله عسر و حرج که اگر صورتش را بپوشاند به زحمت می‌افتد ولی دلیل محکمی نیست و به عنوان مؤید خوب نیست.
 هذا تمام الکلام فی ادله جواز عدم ستر الوجه و الکفین.

ادله قول دوم (الستر مطلقاً حتی الوجه و الکفین):

الف) آیات:

اشاره

به بعضی از آیات قرآن استدلال کرده‌اند:

- ۱- آیه «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ» (۵).
- «يَغُضُّوا» در این آیه عام است و شامل وجه و کفین می‌شود، چون حذف متعلق دلیل بر عموم است.
- ۲- آیه «وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ» (۶).
- از اینکه «بعولتهن» و «آبائهن» استثنا شده است معلوم

(۱) ح ۱، باب ۱۱۳ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) ح ۱، باب ۱۱۴ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۶۸.

(۴) آیه ۵۹، سوره احزاب.

(۵) آیه ۳۰، سوره نور.

(۶) آیه ۳۱، سوره نور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۳۲

می‌شود که «لَا يُبْدِينَ» عام است و وجه و کفین را شامل می‌شود بنابراین فقط شوهران هستند که می‌توانند زینت‌ها را ببینند و اجانب حتی زینت صورت و دستها را هم جایز نیستند که ببینند.

قلنا: اینها صدر آیه «إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» را فراموش کرده و به ذیل آیه استناد کرده‌اند.

۳- آیه «وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَسْأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ» (۱).

بعضی مثل ابن قدامه در مغنی به این آیه هم استدلال کرده‌اند.

کلمه «حجاب» در لغت عرب با فارسی فرق می‌کند، در فارسی به معنی ستر است ولی در عربی به این معنی هرگز نمی‌آید بلکه به معنی پرده، و حاجب به معنی پرده‌دار است.

در استدلال به آیه می‌گویند زنان پیامبر از پشت پرده صحبت می‌کردند و از این الغاء خصوصیت کرده و می‌گویند که زنهاى مؤمنین هم مثل زنان پیامبر از پشت پرده صحبت کنند و پوشیده باشند.

۴- آیه «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأُزْوَاجِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ وَنِسَاءَ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ» (۲).
 که ابن قدامه به آن استدلال می‌کند و معنی‌اش این است که صورت و کفین را هم بپوشانند.

جواب از استدلال به آیات:

جواب از آیه اول:

آیه اول عام است و شامل وجه و کفین هم می‌شود ولی در خود آیه مشخص آمده و استثنا خورده است چون «إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» استثنا است، وقتی ستر «مَا ظَهَرَ مِنْهَا» واجب نشد به دلالت التزامیه نظر کردن جایز می‌شود، وقتی نظر به وجه و کفین جایز شد عموم «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أُنْبُسَارِهِمْ» تخصیص می‌خورد.

جواب از آیه دوم:

این آیه جوابش واضح‌تر است چون «لَا يُدْنِينَ» دو بار در آیه آمده است و شما به دومی که در مورد زینت باطنه است و به بحث ما مربوط نیست استدلال کرده‌اید و اولی را که استثناء دارد و در مورد زینت ظاهره است رها کرده‌اید و این درست نیست.

۲۱ ادامه مسئله ۱۸ ... ۷۸ / ۷ / ۲۵

جواب از آیه سوم:

این آیه مخصوص زنان پیامبر است و چه بسا که نساء التبی احکامی داشته باشند که در مورد زنان دیگر نیست، از جمله اینکه بعد از وفات پیامبر ازدواج برای آنها حرام بود و یا اینکه گناه و ثواب آنها مضاعف بود و ما نمی‌توانیم این حکم را به جای دیگر سرایت دهیم، پس زنان پیامبر موقعیت خاصی داشتند و ممکن است برای حفظ احترام پیامبر آنها باید از پشت پرده صحبت کنند. مورد مخصیص و معمّم هم نیست یعنی اگر دلیل کوتاه باشد مورد را تعمیم نمی‌دهد کما اینکه تخصیص هم نمی‌زند، تعمیم یک حکم خاص که در مورد خاص وارد شده به کمک الغاء خصوصیت قطعیّه عرفیه است ولی نمی‌توانیم در اینجا این کار را بکنیم، حتی الغاء خصوصیت ظنیّه هم نمی‌توانیم بکنیم چون ما ظنی هم نداریم که موارد دیگر (زنان دیگر) شبیه این مورد (زنان پیامبر) هستند.

آیا این حکم در مورد زنان پیامبر واجب بود (حتماً باید زنان پیامبر از پشت پرده صحبت کنند)؟
 ظاهر آیه وجوب است ولی از ذیل آیه «ذَلِكُمْ أَطْهَرُ لِقُلُوبِكُمْ وَقُلُوبِهِنَّ» استحباب استفاده می‌شود. پس:
 اولاً، معلوم نیست که این حکم در مورد زنان پیامبر واجب باشد.
 ثانیاً، بر فرض هم که برای زنان پیامبر واجب باشد قیاس زنان دیگر به زنان پیامبر صحیح نیست.

جواب از آیه چهارم:

استدلال به آیه فرع بر این است که بینم معنای «جلباب» چیست؟ سه معنی برای آن گفته‌اند:

۱- الملحفه: چادرمانندی که در عرف ما نیست ولی در میان اعراب و هندی‌ها و پاکستانی‌ها هست.

۲- المقنعة الطويلة: مقنعه بلندی که شاید تا کمرشان را می‌پوشانده است.

۳- الدرع الواسع: پیراهن گشادی مانند مانتو.

هیچ کدام از اینها صورت را نمی‌پوشاند چون مقنعه غیر از نقاب است و سر را می‌پوشاند نه صورت را، پیراهن گشاد هم بدن را

می پوشاند و ملحفه هم صورت را نمی پوشاند، پس شما باید ابتداءً ثابت کنید که جلباب به معنی پوشش وجه است و یا اینکه حکم را از «یُدْنین» استفاده کنید، که انصاف این است که هیچ یک دلالت ندارد.

(۱) آیه ۵۳، سوره احزاب.

(۲) آیه ۵۹، سوره احزاب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۳۳

(ب) روایات:

روایات از منابع شیعه و اهل سنت است:

* و کتب محمد بن الحسن الصفار

(استاد شیخ صدوق)

الی ابی محمد بن حسن بن علی علیهما السلام

(امام حسن عسکری)

فی رجل أراد أن یشهد علی امرأه لیس لها بمَحْرَم هل يجوز له أن یشهد علیها من وراء الستر

(پرده)

و یسمع کلامها اذا شهد عدلان أنها فلان بنت فلان التي تشهدك و هذا کلامها أو لا تجوز الشهادة علیها حتی تبرز

(بیرون بیاید)

و تثبتها بعینها؟ فَوَقَّعَ علیه السلام تَتَّقَبْ و تظهر للشهود إن شاء الله. «۱»

(تنها این روایت است که دستور نقاب زدن داده است).

جواب: سند حدیث ظاهراً عیبی ندارد چون «صفار» از ثقات است ولی از نظر دلالت چند مشکل دارد:

۱- فرض کلام در جایی است که زن دلش می خواسته در پشت پرده باشد و راوی هم کأن می گوید برای زن هم سخت است که بیرون بیاید، یعنی موردی است که تمایلی به ظهور و بروز نیست، امام هم در جواب می فرماید حال که تمایل دارد بیرون نیاید راهش این است که نقاب بزند و بیرون بیاید و این غیر از این است که پرسند آیا زن نقاب بزند یا نه؟ پس اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

۲- نقاب چیست؟ آیا نقاب تمام صورت را می پوشاند؟

نقابها مختلف هستند برخی قسمتی از پیشانی و برخی تمام صورت را می پوشاند حال اگر نقاب تمام صورت را بپوشاند فایده ای ندارد چون باز باید دو نفر شهادت دهند که خود اوست، پس معلوم می شود که نقاب، ساتر تمام وجه نبوده است، بنابراین این حدیث که بهترین حدیث قول دوم است از حیث دلالت، اشکال دارد.

... عن ابی جمیله، عن ابی جعفر و ابی عبد الله علیهما السلام قالوا: ما من أحدٍ إلّا و هو یصیب خطأً من الزّنا فرنا العینین التّظر و زنا الفم القبله و زنا الیدین اللمس، صدق الفرج ذلك أو کذب. «۲»

از این روایت استفاده می کنند که زنا چشم، حرام و نظر هم عام است و همه چیز را شامل می شود حتی وجه و کفین، پس اطلاق حدیث و تعبیر به زنا دلیل بر این می شود که نظر به وجه و کفین حرام است.

جواب: اسم اصلی «أبو جمیله» «مفضّل بن صالح» است که غالباً او را به عنوان مجهول یا ضعیف ذکر کرده‌اند و حدود ۹۹ روایت دارد که خالی از ضعف نیستند. از جمله ابن غضائری می‌گوید:
«ضعیف کذاب یضع الحدیث».

ولی مرحوم وحید بهبهانی که از بزرگان رجال است تمایل دارد که ابو جمیله را تقویت کند و مایل است که بگوید:
«لا یخلو عن توثیق» چون بزرگان رجال از او نقل کرده‌اند ولی نقل بزرگان رجال دلیل بر توثیق نیست.
دلالت روایت هم خالی از اشکال نیست چون روایت منصرف است به جایی است که نگاه به قصد لذت باشد که از بحث ما خارج است زیرا ما شرط کردیم که بدون تلذذ و ریه باشد.
... عن سعد الاسکاف، عن أبی جعفر علیه السلام:

جوانی از انصار زنی را در یکی از کوچه‌های مدینه دید و زمانی بود که زنها صورت خود را خوب نمی‌گرفتند و مقنعه‌ها را پشت گوش می‌انداختند.

جوان به زن نگاه کرده و به دنبال آن زن می‌رود تا به یک کوچه تنگ می‌رسد که یکی از طوایف مدینه در آنجا ساکن بود. جوان یک مرتبه به دیوار خورد و یک تکه شیشه یا استخوان صورتش را زخمی کرده با خود گفت همین گونه خدمت پیامبر می‌روم و به او می‌گویم که چه شده است، خدمت پیامبر آمد، پیامبر فرمود

: ما هذا، فاخبره فهبط جبرئیل بهذه الآیة: «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ یَعْضُوا مِنْ أُنْبُصَارِهِمْ». «... ۳»

به این حدیث استدلال کرده‌اند که جوان به صورت زن نگاه می‌کرد و آیه هم قدر متیقن صورت را می‌گیرد پس دلیل بر مطلوب است.

جواب: اگر این روایات دلالت داشت نیاز به بررسی سند نداشت چون تضاfer آن برای ما کافی بود ولی جناب «سعد اسکاف» در بین علماء رجال محلّ کلام است که بعضی او را قبول کرده‌اند و برخی مثل نجاشی قبول نکرده‌اند، شاید از کلمات شیخ طوسی استفاده شود که مقبول است.

از نظر دلالت هم اصلاً دلالت ندارد چون مورد آیه چشم چرانی به قصد لذت بوده که همه قبول دارند و بحث ما در جایی است که نگاه بدون قصد لذت باشد.

... عن علی بن عقبه، عن أبیه عن أبی عبد الله علیه السلام قال: سمعته یقول: النَّظْرَةُ سَهْمٌ مِنْ سَهَامِ إبْلِیسَ مَسْمُومٌ
(تیر زهر آلود)

و کم من

(۱) من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۶۷.

(۲) ح ۲، باب ۱۰۴ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۱۰۴ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۳۴

نظرة أورثت حسرة طویلة. «۱»

جواب: سلّمنا که سند روایت را پذیریم ولی دلالت در مورد جایی است که نگاه با تلذذ و ریه باشد چون نگاه وقتی تیر زهر آلود شیطان است و موجب پشیمانی می‌شود که با تلذذ و ریه باشد، و حد اقل می‌توان گفت روایت انصراف دارد.

* و عن النبی صلی الله علیه و آله أنه قال: النَّظْرَةُ سَهْمٌ مَسْمُومٌ مِنْ سَهَامِ ابْلِيسَ، فَمَنْ تَرَكَهَا خَوْفًا مِنَ اللَّهِ أَعْطَاهُ إِيْمَانًا يَجِدُ حَلَاوَتَهُ فِي قَلْبِهِ «۲»

. انسان بعضی از لذات را که ترک می کند در جانش احساس شیرینی می کند که هزاران بار از لذت آن گناه بالاتر است، مخصوصاً در مسئله نگاه. این تعبیر یا منحصر به همین جاست و یا اگر در جای دیگر هم باشد کم است.

جواب: تضافر جانشین صحت سند است ولی دلالتش همان مشکل قبلی را دارد چون روایت منصرف است به جایی که نگاه با لذت باشد.

* روایتی که احمد حنبل نقل می کند:

... * أْتَتْهُ

(پیامبر)

امراً شابةً من خثعم

(زنی زیبا از طائفه بنی خثعم در حجه الوداع خدمت پیامبر رسیده و از او سؤال کرد در حالی که «فضل بن عباس» برادر «عبد الله بن عباس» پشت سر پیامبر سوار شتر بود)

ولوی عنق الفضل

(پیامبر صورت «فضل بن عباس» را برگرداند)

فقال له العباس ما لك لؤيت عنق ابن عمك؟

قال: رأيت شاباً و شابةً فخفت الشيطان عليهما. «۳»

این روایت در مورد نظر به وجه است و برگرداندن صورت «فضل» نشان می دهد که به وجه و کفین نمی شود نگاه کرد.

جواب: مشکل سند این روایت روشن است، چون از طرق عامه است و امراً از نظر دلالت هم روایت با صراحت «خفت» دارد که دلالت بر خوف فتنه می کند؛ و ما هم گفتیم آنجائی که خوف فتنه است مستثنی است.

البته روایات منحصر به این شش روایت نیست و چون متضافر هستند و لو اسناد بسیاری از آنها اشکال دارد، از نظر سند می پذیریم ولی از نظر دلالت مشکل دارند.

سَلَمْنَا، که این روایات دلالت بر حرمت نظر دارد، در مورد قول اول هم آیات و روایات دلالت بر جواز نظر داشت، اگر تعارضی بین این دو دسته از آیات و روایات واقع شود نسبت بین این دو طایفه عموم و خصوص من وجه است چون این روایات منظور از «النظرة» داشت که عام است ولی روایات قبلی صریح در استثناء وجه و کفین بود و اگر خوب دقت شود در خیلی از این روایات کاری به زن اجنبی هم ندارد پس «النظرة» مطلق است و نظر به اجنبی ندارد، و لذا می توان تشکیک کرد که منظور از «النظرة» نگاه به امور دنیوی یا جاسوسی و تجسس در کار دیگران است.

نتیجه: اگر تعارضی هم باشد تعارض به عموم و خصوص من وجه است و دسته اول مقدم است و اگر تباین هم باشد قول اول مقدم است چون قول اول موافق کتاب الله و موافق مشهور است.

بقی هنا شیء:

گاهی برای اثبات قول اول و دوم به دلایل عقلی یا به تعبیر ما اعتبارات ظنیه استدلال کرده اند. برای قول اول به قاعده عسر و حرج استدلال شده به این بیان که اگر زنان صورت خود را بپوشانند هم برای آنها و هم برای مردان مشکل است (یوجب العسر و الحرج).

جواب: به این دلیل نمی‌توان تکیه کرد چون ادلّه عسر و حرج نوعی نیست، بلکه شخصی است، به این بیان که مثلاً فرض کنید روزه در گرمای تابستان برای بعضی‌ها و یا برای غالب مردم عسر و حرج داشته باشد اما عده‌ای هستند که مشکلی ندارند و می‌توانند روزه بگیرند، آیا عسر و حرج نوعی است که که حتّی آنکه می‌تواند روزه بگیرد برایش افطار جایز باشد و یا اینکه عسر و حرج شخصی است و آنهایی که می‌توانند روزه بگیرند افطار نمی‌کنند؟

ظاهراً عسر و حرج شخصی است و ظاهر الفاظ عسر و حرج هم عسر و حرج شخصی را می‌رساند.

البته این دلیل می‌تواند مؤید باشد ولی دلیل مستقلی نیست.

و امّا برای قول دوم هم دلیل دیگری عنوان می‌کنند، و آن اینکه عمده زبانی زن در صورت اوست و اگر صورت او بیرون باشد خوف فتنه هست، پس واجب است بپوشاند.

جواب: این اجتهاد در مقابل نص است چون خود قرآن وجه

(۱) ح ۱، باب ۱۰۴ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) مستدرک، ج ۱۴، ح ۵، باب ۸۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) مسند احمد، ج ۱، ص ۷۶ و ۱۵۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۳۵

و کفین را استثنا می‌کند.

دلیل قول سوم (التفصیل بین النظره الاولى و الثانية و الثالثة).

اشاره

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۱، ص: ۳۵

روایات:

اشاره

این قول اضعف اقوال است ولی در عین حال دو فقیه بزرگ به این قول تمایل دارند، یکی محقق در شرایع و دیگری علامه در بسیاری از کتب خودش. این قول از آیات دلیلی ندارند ولی به روایاتی از طرق عامّه و خاصّه استدلال کرده‌اند. این احادیث غالباً سندی ندارند ولی متضاهر هستند.

* قال: وقال الصادق عليه السلام: أول نظرة لك

(مباح است)

و الثانية عليك و لا لك و الثالثة فيها الهلاك. «۱»

در این روایت ندارد که نگاه به چه چیزی مراد است منتهی در این باب عنوان کرده‌اند که ما را به نگاه زن نامحرم می‌کشاند.

این روایت عمومیت دارد و صورت و دستها را شامل می‌شود.

جواب: دلالت حدیث بعید است، چون نگاه اول منصرف است به نگاه بی‌اختیار و بدون قصد تلذذ نگاه دوم منصرف به قصد لذت و نگاه سوم منصرف به خوف فتنه است.

... عن أبي الطفيل، عن علي ابن أبي طالب عليه السلام: ان رسول الله صلى الله عليه و آله قال له: يا علي لك كثر في الجنة و انت ذو قرنيها

(تو ذو القرنین آن گنج هستی)

فلا تتبع النظرة النظرة

(نگاه‌های پشت سرهم به چیزی نکن)

فان لك الاولى و ليست لك الاخيرة. «۲»

اسم أبي الطفيل «عامر بن وائله» و از کسانی است که پنج معصوم را درک کرده و وفات او در سال صد و ده بوده است. در مورد او توثیق صریحی نیامده ولی تعبیری هست که «کان من خواص أمير المؤمنين» که تعبیر ساده‌ای نیست و لذا بعضی او را از ثقات می‌دانند.

جواب: همان مشکلی که در دلالت حدیث سابق بود در اینجا هم هست که نگاه اول بی‌اختیار و نگاه دوم اختیاری و از روی شهوة است.

نکته: غالب روایات «نظرة» خطاب به علی علیه السلام و از رسول الله صلى الله عليه و آله است، چون افراد عادی نگویند یک بار نگاه کردیم دوباره هم نگاه می‌کنیم، عیبی ندارد و آلوده گناه نمی‌شویم، ولی وقتی پیامبر به علی علیه السلام که اول شخص عالم است سفارش می‌کند، دیگران حساب کار خودشان را می‌کنند که این نگاه‌ها خطرناک است.

۲۳ ادامه مسئله ۱۸ ... ۲۷ / ۷ / ۷۸

... عن الحسن بن عبد الله بن محمد الرازي، عن أبيه، عن الرضا عن آبائه عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله ...

و قال: لا تتبع النظرة النظرة، فليس لك يا علي إلا أول نظرة. «۳»

جواب: این روایت مطلق و منصرف به نگاه به نامحرم است و وجه و کفین را هم ذکر نکرده است.

* و فی معانی الأخبار، قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: يا علي أول نظرة لك و الثانية عليك لا لك. «۴»

جواب: مثل روایات قبل منصرف است به نگاه به نامحرم.

حدیثی هم از طرق عامه داریم:

* عن ابن بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: لعلي عليه السلام: يا علي، لا تتبع النظرة النظرة فإن لك الاولى و

ليس لك الآخرة «۵»

. در معنای این پنج روایت روایات دیگری هم داریم که اولین نگاه را مباح و نگاه‌های بعدی را جایز نمی‌دانند و مخاطب هم غالباً علی علیه السلام است. ظاهراً این عبارت را یک بار پیامبر فرموده و اشخاص مختلفی آن را نقل کرده‌اند.

جمع‌بندی روایات:

از نظر سند: این روایات چون متضاهر هستند تضاهر جانشین وثاقت راوی می‌شود و از سند آن بحث نمی‌کنیم و مجموع من حیث المجموع کافی است.

از نظر دلالت: به نظر می‌رسد که منصرف است به نگاه‌های شهوت‌آلود، نگاه اول بی‌اختیار و بدون قصد و غرض است، ولی وقتی تکرار می‌شود لا بد قصدی دارد و انسان بیهوده تکرار نظر نمی‌کند، پس به جهت تلذذ است که در این صورت از بحث ما خارج می‌شود.

اضف الی ذلک: حد اقل دو حدیث داریم که در آنها قرینه داریم که روایات جواز نظر برای جانی است که نظر شهوت‌آلود نباشد و روایات عدم جواز نظر و حرمت تکرار برای جانی است که از روی شهوت و یا خوف وقوع در حرام باشد.

(۱) ح ۸، باب ۱۰۴ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) ح ۱۴، باب ۱۰۴ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) ح ۱۱، باب ۱۰۴ از ابواب مقدمات نکاح.

(۴) ح ۱۳، باب ۱۰۴ از ابواب مقدمات نکاح.

(۵) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۹۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۳۶

* و باسناده عن ابن ابی عمیر، عن الکاهلی قال: قال أبو عبد الله علیه السلام: النظرُ بعد النظرِ تزرع فی القلب الشهوة و کفی بها لصاحبها فتنة. (۱)

مرحوم صدوق از «ابن ابی عمیر» و او هم از «کاهلی» نقل می‌کند. کاهلی اسمش «عبد الله بن یحیی» است که دو برادر بودند و نام دیگری «اسحاق بن یحیی» است. «عبد الله بن یحیی» از اصحاب امام صادق علیه السلام و امام کاظم علیه السلام است. در حالات او توثیق صریحی در کتب رجال نیست، ولی قرائنی داریم که نشان می‌دهد آدم خوبی بوده است.

قرینه اول: یکی اینکه نجاشی در حق او می‌نویسد:

«کان وجهاً عند أبي الحسن» (در نزد امام کاظم علیه السلام شخص موجهی بوده است) گاهی تصوّر می‌شود «کان وجهاً» بالاتر از ثقه بودن است.

قرینه دوم: نجاشی می‌گوید امام کاظم علیه السلام به «علی بن یقظین» سفارش او را کرد:

«قال له: اضمّن لی الکاهلی و عیاله اضمّن لک الجنة»

. ضامن چه چیزی بشود؟ شاید کاهلی تنگدست بوده و یا در دربار هارون مشکلی داشته است که امام سفارش او را می‌کند، پس قطعاً شخص خوبی بوده که امام علیه السلام چنین سفارشی در مورد او می‌کند.

قرینه سوم: امام کاظم علیه السلام فرمود: «عبد الله» خودت را آماده کن که مرگت نزدیک شده، عبد الله نگران شد، امام فرمود: غصّه نخور تو در صف شیعیان ما هستی.

از قرائن من حیث المجموع بعید نیست که او به حد وثاقت برسد و دلالت حدیث هم خوب بود، پس شاهد بر بحث ما می‌شود که مراد از نظر، نظر شهوت‌آلود است.

نکته: در مورد «ابن ابی عمیر» بحث است که او «لا یُرسَلُ الا عن ثقه» یا «لا یروی الا عن ثقه». معروف «لا یرسَل» است، ولی بعضی می‌گویند «لا یروی» است که این مشکل است چون اشخاصی هستند که «ابن ابی عمیر» از آنها نقل کرده در حالی که از کذبین هستند مثل «یونس بن ظبیان» که مرد کثیفی بوده و ادّعی الوهیت هم داشته است، پس «لا یروی» صحیح نیست.

البته شاید در زمانی از او نقل کرده که منحرف نبوده، پس «لا یرسَل» بهتر است.

* و فی الخصال باسناده عن علی علیه السلام فی حدیث الاربعة مائة قال:

لکم اول نظرة إلى المرأة فلا تتبعوها نظرة أخرى و احذروا الفتنة. «۲»

شاهد در «احذروا الفتنة» است، یعنی نگاه دوّم و سوّم، شما را به گناه آلوده می‌کند اگر سند این روایت را نپذیریم مؤید است. نتیجه: قول سوّم قابل قبول نیست و باید بگوئیم که نگاه اول بی‌اختیار است و یا اگر با اختیار است بدون قصد و غرض می‌باشد ولی اگر برای بار دوّم و سوّم نگاه کرد عن شهوة است که ما هم می‌گوییم اشکال دارد و جایز نیست. پس حق با قول اول است که نگاه کردن به دست‌ها و صورت اگر هوس آلود نباشد، اگر چه برای بار دوّم و سوّم هم باشد، اشکال ندارد، البته احتیاط در این مورد پسندیده‌تر است خصوصاً در مورد جوانان.

۲۴ ادامه مسئله ۱۸ ... ۷۸ / ۷ / ۲۸

بقی هنا امران:

الامر الاول: نگاه کردن به قدمین چه حکمی دارد؟ آیا آن هم مستثنی است؟

مشهور و معروف در باب صلاة استثنای قدمین است، صاحب جواهر «۳» در باب صلاة بحث مفصّلی دارد. ولی در باب حجاب آیا روی پا و پشت پا و کف پا جایز است که بیرون باشد و آیا نگاه کردن بدون قصد و غرض جایز است؟ در اینجا دلایلی برای جواز نظر بدون تلذذ و ریبه می‌توان پیدا کرد.

۱- سیره‌ای در میان مسلمین در صدر اسلام بود و آن اینکه با پای برهنه حتّی بدون جوراب راه می‌رفتند، که قاعدتاً پاها پیدا می‌شد و عادتاً چشم به آن می‌افتاد و در حالی که نهی هم در آن مورد نداریم پس این سیره که در مرأی و مسمع بوده و از آن نهی نکرده‌اند دلالت بر عدم وجوب ستر دارد و به همین جهت نگاه کردن بدون تلذذ و ریبه جایز است.

ان قلت: از احادیث استفاده می‌شود که لباس زنان آن زمان بلند بوده و روی زمین کشیده می‌شده و پاها را می‌پوشانده است.

... عن سماعة بن مهران، عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يجزّ ثوبه قال: انّی لأكره أن یتشبه بالنساء. «۴»

عرض کرد شخصی است که دامن پیراهن عریش روی زمین کشیده می‌شود امام فرمود

(۱) ح ۶، باب ۱۰۴ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۲) ح ۱۵، باب ۱۰۴ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۳) ج ۸، باب لباس مصلّی، ص ۱۷۱.

(۴) وسائل، ج ۳، ح ۴، باب ۲۳ از ابواب احکام ملبس.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۳۷

من دوست ندارم که دامنش مثل زنان روی زمین کشیده شود.

حدیث دیگر را صاحب جواهر از کتاب سنن نسائی که از کتب اهل سنت است نقل می‌کند:

* ان رسول الله صلی الله علیه و آله قال: من جزّ ثوبه خبیلاً

(لباس را روی زمین بکشد برای تکبر)

لم ينظر الله اليه يوم القيامة فقالت ام سلمة: كيف تصنع النساء بذيولهن؟ قال صلی الله علیه و آله: يُرخين شبراً

(به اندازه یک وجب دامن را شل کنند)

قالت: اذن تنكشِفُ اقدامهن، قال صلی الله علیه و آله:

إذا يُرخين ذراعاً لا يزدن. «۱»

روایت دیگری هم صاحب جواهر در باب لباس مصلی نقل کرده و اشاره‌ای به مدرک روایت هم نمی‌کند:

* ان فاطمة عليها السلام كانت تجرّ أذراعها و ذیولها «۲»

(پیراهن و دامنش روی زمین کشیده می‌شد).

پس این روایات شاهد است که لباسها بلند بود، پاهای پیدا نمی‌شدند به همین جهت سیره درست نمی‌شود.

قلنا: روایت سماعه سند خوبی دارد ولی دلالت ندارد چون بیان نمی‌کند که چقدر روی زمین کشیده می‌شد آیا مجرد چند سانت روی زمین کشیده شدن در موقع راه رفتن پاهای را می‌پوشاند؟ سلمنا که لباس بلند باشد باز دلیل نمی‌شود که در طواف و سعی و بالا رفتن از پله‌ها، پاهای را بپوشاند، مگر اینکه خیلی بلند باشد.

و امّا حدیث دوم، معنایش را نمی‌فهمیم، چون واقعاً وقتی پیراهن یک ذراع روی زمین افتاده زن چگونه می‌تواند راه برود، در روزهای بارانی و یا جاهای آلوده چه می‌کند؟ شاید منظور این بوده که یک ذراع از زانو پائین تر باشد تا به روی پا برسد.

علی الخصوص حدیثی داریم که می‌فرماید:

... عن محمد بن مسلم قال: نظر أبو عبد الله عليه السلام الى رجل قد لبس قميصاً يصيب الأرض

(فرق است بین یصیب و یجرّ)

فقال ما هذا ثوب طاهر «۳».

حدیث سند نسبتاً خوبی دارد راوی از «محمد بن مسلم» «عبد الحمید» است که توثیق شده است.

حال وقتی لباسی که به زمین می‌خورد طاهر نباشد، چگونه لباسی که روی زمین کشیده می‌شود طاهر است. حدیث سنن هم از نظر ما سند درستی ندارد و در دلالتش هم شبهه داریم و روایاتی که از حضرت فاطمه علیها السلام رسیده مرسله است پس سیره درست می‌شود و مشکلی ندارد.

۲- مشهور فتوی داده‌اند که پوشیدن پا و روی پا و کف پا در نماز لازم نیست و احادیث زیادی هم داریم، پس اگر در نماز لازم نباشد آیا می‌توان باور کرد که در غیر نماز واجب باشد. البته متوجه هستیم که این احادیث در مقام بیان لباس مصلی است نه نظر، ولی بالملازمه دلالت دارد، فلا یبعد که از لباس مصلی به مسئله نظر تعدی کنیم و بگوئیم به مقداری که در نماز پوشانده نمی‌شود نظر کردن اشکالی ندارد.

۳- حدیث مرسلی که صریح است در مطلوب:

... عن مَرْوَك بن عبيد، عن بعض اصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: ما يحل للرجل أن يري من المرأة إذا لم يكن

محرمًا؟ قال:

الوجه و الكفان و القدمان «۴».

نتیجه: از مجموع این سه دلیل با ضمیمه کردن بعضی به بعضی دیگر، بعید نیست که به جواز نظر فتوی دهیم ولی چون اصحاب در بحث نظر به قدمین متعرض نشده‌اند، احتیاط بهتر است و به فرض هم که فتوی به جواز نظر دهیم بهتر است که اشاعه داده نشود چون موجب سوء استفاده قرار می‌گیرد علاوه بر اینکه قطع به این مسأله نداریم.

۲۵ ادامه مسئله ۱۸ ... ۴ / ۸ / ۷۸

الأمر الثاني: بسیاری از فقهای ما و فقهای اهل سنن در بحث جواز نظر دو چیز را استثنا کرده‌اند، یکی قصد لذت و دیگری خوف فتنه (ریبه).

غالباً این دو استثنا به عنوان مسلمات گفته شده است ولی می‌خواهیم این دو استثنا را مورد بررسی قرار دهیم چون بعضی در دومی وسوسه کرده و گفته‌اند مجرّد خوف و احتمال نمی‌تواند دلیل باشد. در زمان ما هم بعضی از کسانی که مدعی فقاقت هستند در اولی وسوسه کرده‌اند، پس تعرّض به این مسأله به جهت این وسوسه‌هایی است که در گوشه و کنار مطرح می‌شود.

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

مسئله ریه و خوف فتنه یک معنا دارد ولی بعضی مایلند بگویند که دو چیز هستند، به این بیان که خوف الفتنه یعنی ترس از وقوع در گناه ولی ریه خطوراتی است که به ذهن و قلب

(۱) جواهر، ج ۸، ص ۱۷۱.

(۲) جواهر، ج ۸، ص ۱۷۱.

(۳) وسائل، ج ۳، ح ۳، باب ۲۳ از ابواب احکام ملابس.

(۴) ح ۲، باب ۱۰۹ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۳۸

انسان می‌آید و اشکال گناه در نظر او مجسم می‌شود و خود را در حال گناه با آن طرف می‌بیند و لو می‌داند هیچ وقت در آن گناه واقع نمی‌شود، ولی انصاف این است که این دو، یک چیز هستند و دلیلی بر این معانی نداریم. بعد از این مطلب صاحب جواهر می‌فرماید:

و الامر سهل بعد معلومیة الحرمة عند الأصحاب و المفروغیة منه (و لذا استدلالی در کلماتشان نمی‌بینم و ظاهراً نزد اهل سنت هم همین گونه است و این دو استثنا را دارند) و اشعار النصوص بل ظهورها بل صریح بعضها فیه (حرمت)، فلا وجه للمناقشة فی الثانی منهما (خوف فتنه) بعدم ثبوت حرمة ذلك بمجرّد احتمال الوقوع فی المحرّم، (مجرّد احتمال باعث حرمت نمی‌شود بلکه مسلم بودن مسأله و اشعار صراحت بعض نصوص دلیل است، نه مجرّد احتمال) ضرورة کون المستند ما عرفت (تسالم اصحاب و ظهور نصوص) لا هذا (احتمال وقوع در حرام سبب حرمت باشد) كما هو واضح. «۱»

جالب این است که صاحب جواهر هم مسأله را باز نکرده و نمی‌گوید که کدام روایت نص و کدام اشعار دارد ولی ما مسأله را باز می‌کنیم تا وسوسه‌های وسوسه‌انگیزان تأثیری نگذارد.

ادله:

اشاره

دلیل بر این مسأله چند چیز می‌تواند باشد:

۱- تسالم:

خواه دلیل بگیری یا مؤید (چون اجماع، مدرکی است) این مسأله در نزد خاصه و عامه مسلم بوده که نظر با قصد لذت و خوف وقوع در حرام اشکال دارد.

۲- مذاق شارع:

در مورد رابطه زن و مرد نامحرم شارع سخت‌گیری‌هایی کرده که بعضی از آنها و لو به صورت کراهت است اما می‌تواند مذاق

شارع را مشخص کند، مثلاً می‌گوید جائی که زن نامحرم نشسته است تا موقعی که محل گرم است در آنجا ننشیند و یا می‌گوید که خلوت با نامحرم حرام است و لو احتمال خلافی هم ندهد، حتی اگر در آنجا نماز هم خوانده شود باطل است، حال شارعی که چنین اجازه‌ای نمی‌دهد با اینکه خوف وقوع در حرام هم نبود نگاه به نامحرم با وجود خوف وقوع در حرام را چگونه ممکن است اجازه دهد. چنین احکامی در شرع زیاد داریم و قصد ما تعرض به این احکام نیست بلکه از این نمونه‌ها مذاق شارع بدست می‌آید یعنی اجازه نمی‌دهد که به قصد شهوت به وجه و کفین نگاه شود؟

۳- روایات:

اشاره

این دلیل عمده است که صاحب جواهر اجمالاً به آن اشاره کرده‌اند و ما شش طایفه روایت را نقل می‌کنیم که اگر تعداد احادیث را بشماریم خیلی بیشتر از اینهاست.

طایفه اول: روایت علی بن سويد

...* عن علی بن سويد قال: قلت لأبی الحسن علیه السلام: أتى مبتلى بالنظر الى المرأة الجميلة فيعجبني النظر اليها، فقال: يا علی لا بأس اذا عرف الله من يتتك الصدق و اياك و الزنا فانه يمحق البركة و يهلك الدين. «۲»
«علی بن سويد» متعدد است ولی به قرینه روایت «علی بن حکم» مراد «علی بن سويد ساعی» است که ثقة است. پس حدیث معتبر است.

طایفه دوم: روایاتی که می‌گوید: «لا تتبع النظرة النظرة»

«۳» این احادیث خیلی زیاد است (هم در منابع شیعه و هم در منابع اهل سنت) با کمک قرائن این احادیث را این گونه معنی کردیم که نگاه اول بی‌اختیار و نگاه دوم به قصد لذت است که دلیل بر حرمت می‌باشد و از آن نهی شده است.

طایفه سوم: روایتی که می‌گوید هر عضوی زنائی دارد و زناى چشم نگاه است.

«۴» ظاهر این احادیث نظر به قصد لذت است و نظری که هیچ قصدی ندارد زنا نیست، پس نگاه هوس‌آلود حرام است.

طایفه چهارم: حدیث مرأه ختمیه

* ان النبى صلى الله عليه و آله اُرْدِفَ الْفَضْلُ بْنُ عَبَّاسٍ

(پشت خودش سوار کرد)

ثم اتا الجمرة فرماها فاستقبلته جارية شابة من ختم فقلت يا رسول الله ان ابي شيخ كبير قد أفند (قد أفعد

زمین گیر است)

و قد ادر كنهه فريضة الله فى الحج فيجزى عن الحج عنه؟ قال: حُجِّي عن ابيك و لوى عُنُقَ الْفَضْلِ فَقَالَ لَهُ الْعَبَّاسُ يَا رَسُولَ اللَّهِ لَوَيْتَ عُنُقَ ابْنِ عَمِّكَ؟

قال صلى الله عليه و آله رأيتُ شاباً و شابةً فلم آمنُ الشيطان عليهما. «۵»

طایفه پنجم: روایت کاهلی

این حدیث را از احادیث «النظر بعد النظر» جدا کردیم چون این روایت می‌فرماید: «النظر بعد النظر تزرع ... و کفی بصاحبها فتنه». (۶)

- (۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۷۰.
 (۲) ح ۳، باب ۱ از ابواب نکاح محرم.
 (۳) ح ۸، و ۱۱ و ۱۳ و ۱۴، باب ۱۰۴ از ابواب مقدمات نکاح.
 (۴) ح ۲، باب ۱۰۴ از ابواب مقدمات نکاح.
 (۵) مغنی ابی قدامه، و سنن بیهقی، ج ۷، ص ۸۹.
 (۶) ح ۶، باب ۱۰۴ از ابواب مقدمات نکاح.
 کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۳۹

طایفه ششم: ذیل روایت «عباد بن صهیب»

«۱» این روایت سابقاً گذشت و در مورد نگاه به بادیه‌نشین بود «لا بأس بالنظر الی شعرها و جسدها ما لم يتعمد ذلك» عمداً یعنی چه؟ یعنی به قصد لذت است نه اینکه در مقابل سهواً باشد پس حتی به زنانی هم که نگاه کردن به آنها جایز است به قصد لذت نمی‌توان نگاه کرد.

[مسئله ۱۹: لا يجوز للمرأة النظر إلى الأجنبي كالعكس]

اشاره

۲۶ مسئله ۱۹ (لا يجوز للمرأة النظر الی الاجنبی ...) ۷۸ / ۸ / ۵
 مسئله ۱۹: لا يجوز للمرأة النظر إلى الأجنبي كالعكس (همان گونه که مرد نگاه به زن نامحرم نمی‌کرد) و الأقرب استثناء الوجه و الكفین.

اقوال:

ظاهر این عبارت و عبارت بزرگان دیگر این است که همین قدر استثنا است. این مسأله مانند مسئله سابق مفروغ عنها و مسلم است. مرحوم صاحب حدائق می‌فرماید:

الظاهر أنه لا خلاف في تحريم نظر المرأة إلى الأجنبي، أعمى كان أو مُبصراً «۲» (اشاره به احادیث متعددی است که در مورد زنان پیامبر آمده است).

مرحوم نراقی می‌فرماید:

و كل ما ذكر فيه جواز نظر الرجل إلى المرأة يجوز فيه العكس (وجه و كفین) بالإجماع المركب «۳»

مراد از اجماع مرکب، این است که آنهایی که در مسئله سابق گفتند وجه و كفین مستثنی است و آنهایی که استثنا نکردند در اینجا

هم همین را می‌گویند یعنی آنچه که در مورد نظر مرد به زن گفته شد در اینجا هم گفته می‌شود و قول ثالثی نیست، پس اجماع مرکب است.

صاحب ریاض می‌فرماید:

و تتحد المرأة مع الرجل، فتمنع فی محل المنع لا فی غیره (غیر محلّ منع) اجماعاً. «۴»

ابن قدامه در مغنی تقریباً همین مطلب را با کمی تفاوت دارد:

فأما نظر المرأة الى الرجل ففيه روايتان: إحداهما لها النظر إلى ما ليس بعورة و الاخرى لا يجوز لها النظر من الرجل إلا الى مثل ما ينظر اليه منها اختاره أبو بكر و هذا احد قولی الشافعی. «۵»

ادله:

اشاره

عمده دلیل در اینجا دو چیز است:

۱- آیه

«وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَ...» «... ۶»

حذف متعلق دلیل بر عموم و قدر متیقن آن نگاه کردن به مردان نامحرم است که عام بوده، و حتی وجه و کفین را هم می‌گیرد، منتهی وجه و کفین را بالاجماع یا اولویت از آن خارج می‌کنیم و ظاهر آیه هم وجوب است (امر به امر هم در حکم امر است).

۲- روایات:

روایات متعدّد است هم در منابع شیعه و هم در منابع اهل سنت. یکی از روایاتی که به چند صورت نقل شده داستان «ابن ام مکتوم» نابینا است که مؤذّن پیامبر بود، روزی وارد خانه پیامبر شد، پیامبر دستور داد که زنان به او نگاه نکنند. این روایت در طرق ما و اهل سنت مختلف نقل شده است.

* محمد بن یعقوب، عن عدّه من اصحابنا

(شیوخ کلینی که ثقات هستند)

، عن احمد بن أبی عبد الله قال: استأذن ابن أم مكتوم على النبي صلى الله عليه وآله و عنده عائشه و حفصه

(بعضی از روایات غیر از این است)

فقال لهما قوما فادخلا البيت، فقالتا: انه اعمى فقال: ان لم يركما فانكما تريانِه «۷»

(نهی از نگاه است).

در این سند استاد کلینی از پیغمبر نقل می‌کند، پس معلوم می‌شود که از این سند خیلی‌ها افتاده‌اند، بسیاری از روایات در وسایل و غیر آن است که ظاهرش مرسله نیست ولی در واقع مرسله است.

ابن قدامه در مغنی همین روایت را از طرق عامه نقل می‌کند ولی به جای «عایشه» «ام سلمه» آمده است و در آخرش هم دارد:
«أفعمیاوان أنتما و لا تبصرانه».

«۸» * و عن أم سلمة قالت: كنت عند رسول الله صلى الله عليه وآله و عنده ميمونة فأقبل ابن أم مكتوم و ذلك بعد أن امر بالحجاب، فقال: احتجبا، فقلنا يا رسول الله أليس اعمى لا يبصرنا؟ قال: أفعمیاوان انتما أ لستما تبصرانه. «۹»

(۱) ح ۱، باب ۱۱۳ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) حدائق، ج ۲۳، ص ۶۵.

(۳) مستند، ج ۱۶ ص ۶۳.

(۴) ریاض، ج ۱۰، ص ۷۲.

(۵) ج ۷، ص ۴۶۵.

(۶) آیه ۳۱، سوره نور.

(۷) ح ۱، باب ۱۲۹ از ابواب مقدمات نکاح.

(۸) ج ۷، ص ۴۶۵.

(۹) ح ۴، باب ۱۲۹ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۴۰

* جعفریات از امام باقر علیه السلام نقل می‌کند که مرد نابینایی وارد منزل شد. فاطمه علیها السلام خود را در حجاب کرد و نگاه نکرد. پیامبر پرسید: چرا چنین کردی این که نابینا است؟ فاطمه علیها السلام عرض کرد:
ان لم یکن یرانی فانا أراه و هو یشم الريح» فقال التبی صلی الله علیه و آله:
«أشهد أنك بضعه منی». «۱»

مجموع این چهار حدیث نشان می‌دهد که نگاه کردن ممنوع است ولی این احادیث تحلیلی دارد.

۲۷ ادامه مسئله ۱۹ ... ۸ / ۸ / ۷۸

سؤال: نگاه به وجه و کفین اشکالی ندارد در حالی که پیامبر از نگاه کردن به وجه و کفین مرد اجنبی نهی کردند این نهی ناظر به چیست؟

جواب: احتمالاً مرد نابینا بیش از وجه کفین از بدنش آشکار بود، چرا که در صدر اسلام کسانی بودند که یک شلوار یا لنگ داشتند و برهنه بودند و شاید «ابن ام مکتوم» چنین حالتی داشته است. یکی از شواهد این مسأله داستان «سواده بن قیاس» است که وقتی در روزهای آخر، پیامبر از مردم پرسید اگر کسی حقی دارد از من بگیرد سواده برخاست و با بیان داستانی که شلاق پیامبر اشتباهاً به جای اصابت کردن به شتر بر بدن او که برهنه بوده فرود آمده تقاضای قصاص کرد، این نشان می‌دهد که بعضی در آن زمان پیراهن نداشتند و ظاهراً شواهد تاریخی بیشتری هم می‌توان پیدا کرد که در صدر اول که وضع معیشت سخت بود وضعیت اعراب چنین بوده است. در باب صلاة، در لباس مصلی هم روایاتی در مورد نماز برهنه‌ها داریم که چگونه نماز بخوانند امروزه برای ما نامفهوم است که مگر می‌شود که عده‌ای برهنه باشند. اینها نشان می‌دهند که مسئله لباس در گذشته به این سادگی که امروزه می‌گوئیم نبوده است. به هر حال احتمالاً «ابن ام مکتوم» در شرایطی بوده بیش از وجه و کفین آن مشاهده می‌شده است و لذا نهی تحریمی بوده است.

* محمد بن علی بن الحسین (صدوق) فی عقاب الأعمال بسند تقدم فی عیادة المریض قال: قال التبی صلی الله علیه و آله: اشتد

غضبُ الله علی امرأه ذات بعل ملأت عینها من غیر زوجها او غیر ذی محرم منها،
(چون کلمه غیر ذی محرم دارد معلوم می‌شود که مختص به ذات بعل نیست و عام است)
فإنها ان فعلت ذلك أحبط الله عزّ وجلّ کلّ عمل عملته «... ۲»

عبارت «بسنده تقدّم فی عیاده المریض» در خیلی از جاها آمده است که ظاهراً اشاره است به حدیثی که در وسایل «۳» آمده و سندی طولانی دارد که بیش از ده نفر در این سند هستند و سند مشتمل بر افراد مجهول است، علاوه بر آن سند به ابو هریره می‌رسد که از نظر ما معلوم الحال است و از نظر اهل سنت هم کتابی در نقد احادیث او نوشته شده است. همچنین ابن عباس هم در سند محلّ کلام است که از یاران علی علیه السلام بود ولی مشکلاتی داشت و اگر بخواهیم به عنوان ثقه روی آن حساب کنیم مشکل دارد، پس این سند مشکل دارد.

«ملأت عینها» یعنی چه؟ آیا معنی اش نظر به شهوت است، که از بحث ما خارج است، ولی بعید است که معنایش چنین باشد بلکه نظر بی‌اختیار است که در این صورت شاهد بحث ما می‌شود پس احتمال اول بعید است چون روایت می‌گوید: «او غیر ذی محرم منها» در حالی که نگاه شهوت‌آلود به زوج جایز است ولی به ذی محرم نمی‌تواند از روی شهوت نگاه کند. علماء از مجموع این احادیث چنین استفاده می‌کنند که: نگاه کردن زن به مرد، تنها در وجه و کفین استثنا است و بقیه حرام است و به سادگی از آن گذشته‌اند در حالی که مسئله مهمی است و محلّ ابتلاست.

۳- سیره:

پوشاندن چند قسمت از بدن مردان چه در زمان گذشته و چه در زمان ما به مقتضای سیره واجب نیست:

- ۱- وجه و کفین.
- ۲- قدمین، لباس بلند هم در مورد مردان جاری نیست.
- ۳- مقداری از ساقها، وقتی دستور کوتاه کردن لباس آمد با کوتاه کردن لباس‌ها مقداری از ساق پا هم علی القاعده پیدا بود.
- ۴- سر و موهای سر، اگر عده‌ای عمامه می‌گذاشتند، عده‌ای هم نمی‌گذاشتند و سرها احتمالاً برهنه بود مخصوصاً موها، که در بعضی از روایات در توصیف چهره حضرت رضا علیه السلام که گیسوان ایشان نمایان بوده است و در مورد پیامبر آمده است که موهای ایشان تا گوش مبارکشان بلند بوده است.
- ۵- گردن و مقداری کمی از سینه که پیراهن نمی‌پوشاند.
- ۶- اعضای وضو، وضو گرفتن مردان در ملاء عام معمول

(۱) مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ح ۱ باب ۱۰۰ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) ح ۲، باب ۱۲۹ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) وسائل، ج ۲، ح ۹، باب ۱۰ از ابواب احتضار.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۴۱

بود و پیغمبر هم گاهی در ملاء عام وضو می‌گرفت و آستین‌ها را بالا می‌زدند. در طواف هم که سرها و پاها باز بوده و دستها ظاهر می‌شده است پس به حسب سیره این شش مورد را می‌توان استثنا کرد.

حال اگر بگوئید مردان غیر از وجه و کفین همه اینها را پوشاندند خلاف سیره است، بنابراین با دقت در سیره می‌فهمیم وجوب ستر

این موارد منتفی است و می گوئیم ملازمه عرفیه، دلالت بر جواز نظر بدون شهوت می کند.

ان قلت: این چه ملازمه ای است که به مردان می گوئید ستر واجب نیست و به زنان می گوئید نگاه کردن حرام است و حال آنکه می توانستید به جهت عسر و حرج به مردان بگوئید که ستر واجب نیست و به زنها هم به مقتضای «يَعْضُضْنَ مِنْ أَنْبَارِهِنَّ» بگوئید که چشم خود را بپوشند.

قلنا: اگر می گوئید ملازمه عقلی نیست این درست است ولی ما معتقدیم که ملازمه عرفیه هست کما اینکه خود آقایان با آیه «إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» استدلال کردند بر جواز نظر به وجه و کفین در حالی که «إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» دستور حجاب زن را می دهد و در مورد نگاه نیست ولی ملازمه عرفی هست اینجا هم همین است.

سؤال: آیا با پیراهن های آستین کوتاه مردان می توانند در کوچه و بازار ظاهر شوند؟ آیا پیراهن های آستین کوتاه در دانشگاه حرام است که دختران و پسران در آنجا با هم هستند؟

جواب: دلیلی بر حرمت نداریم مگر در جائی که پیراهن آستین کوتاه منشأ مفاسد خاصی شود که در آنجا می گوئیم حرام است. جمع بندی: در باب نظر زن به مرد استثنا منحصر به وجه و کفین نیست بلکه غیر وجه و کفین را هم می شود استثنا کرد در صورتی که مفسده خاصی نباشد.

در مورد سینه زانی که با تن برهنه در ملا عام ظاهر می شوند و چشم زنان به آنها می افتد برخی می گویند که زنها نباید نگاه کنند زیرا دلیلی بر حجاب مردها ما عدا العورة نداریم.

قلنا: در اینجا مسئله اعانت بر اثم جاری است و ادله اعانت شامل است و لو عده ای می گویند شامل نیست، حتی می گویند که انگور را برای ساخت شراب بفروشد اشکال ندارد و اعانت نیست، ولی ما اینها را اعانت می دانیم و تمام عرفها این را کمک برای ساخت شراب می دانند. در اینجا هم نگاه زنان به بدن عریان مردان قطعاً حرام است (حتی در لباسهای ورزش اگر در غیر عکس باشد جایز نیست و اگر نگاه به عین باشد حرام است و پخش زنده با پخش غیر زنده فرقی نمی کند و از مصادیق تصویر است) و از مصادیق اعانت است و در غیر از موارد خاصه جایز نیست.

«مسئله مستحده» تصاویر تلویزیونی

یکی از مسائل مستحده در عصر ما، تصویرهای تلویزیونی است، نگاه کردن زنان به صحنه های ورزش جوانان از تلویزیون که لباس کامل ندارند مخصوصاً بعضی از ورزشها مثل کشتی که قسمت عمده بدن برهنه است چه حکمی دارد؟ همچنین نگاه کردن مردان به فیلمهایی که زنان سر برهنه در آنها هست چگونه است؟ آیا بین پخش مستقیم و غیر مستقیم فرق است؟ و آیا فرقی بین تلویزیونهای مدار بسته و غیر آن وجود دارد؟

این مسأله چون در زمان سابق بوده، روایتی هم در این زمینه نداریم پس باید با توجه به اصول کلیه به آن پاسخ دهیم.

یکی از نکاتی که در مسائل مستحده نباید فراموش کرد این است که باید موضوع مسأله دقیقاً تحلیل شود، در اینجا هم باید بینیم کار تلویزیون چیست؟ در کتابهایی که در این باره وجود دارد اجمالاً گفته شده است که دوربین هایی که عکس برداری می کنند، تصاویر را تبدیل به امواج کرده و این امواج روی آنتن می رود و به تلویزیون منتقل شده و در آنجا تبدیل به نقاط سیاه و سفید یا رنگی می شود و این نقطه ها در کنار هم تصویر کلی را ایجاد می کند. مطابق این بیان همیشه آنچه که در تلویزیون دیده می شود عکس است نه واقع خارجی، حتی مثل آینه هم نیست که تصویر در آن نمایان می شود، پس نه نگاه مستقیم است و نه نگاه در آینه بلکه یک نوع عکس برداری متحرک است. در پخش مستقیم هم همین گونه است، پس صحنه خارجی را نمی بینیم، بلکه عکس تبدیل شده را می بینیم و شاهدش این است که این عکسها را تغییر داده و مونتاژ می کنند بنابراین ماهیت تلویزیون همان ماهیت

عکس است.

حال که موضوع ثابت شد بحث در این است که آیا نگاه کردن به عکسهای ثابت و متحرک جایز است یا نه؟ آیا «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ» و «قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَعْضُنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ» این موارد را شامل می‌شود؟ ممکن است گفته شود این ادله برای نگاه مستقیم است،

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۴۲

حتی نگاه در آینه و یا نگاه به عکس در آب صاف را هم با الغاء خصوصیت درست می‌کنیم اما ما نحن فیه را نمی‌توان با الغاء خصوصیت مشمول آیه و روایات دانست و شمول آنها در این مورد مشکوک است، نتیجه این می‌شود که ادله شامل اینجا نیست. اگر بتوانیم الغاء خصوصیت قطعیه عرفیه کنیم خوب است یعنی یقین کنیم که همان ملاک حرمت نگاه مستقیم در نگاه به این فیلمها هم هست ولی اگر یقین حاصل نشد می‌گوییم نگاه کردن حلال است ولی یک استثناء مهم به آن می‌زنیم و می‌گوییم هر کجا باعث مفسده شود و یا باعث خوف فتنه و تلذذ باشد حرام است و لذا عکسهای مستهجن را حرام می‌دانیم.

بعضی‌ها می‌گویند که ما فیلمهای مستهجن را می‌بینیم و نظر حرامی نداریم، ولی باید گفت خوف الفتنه دارد و آنهایی که از آن فیلمها در مورد همسر خودشان استفاده می‌کنند نه در حرام، اینها هم وسوسه شیطان است. زن و مردی که به آن صحنه‌ها نگاه می‌کنند چشمشان، چشم دیگری می‌شود، این زن چشمش دنبال غیر شوهر و آن مرد هم چشمش دنبال غیر زنش می‌رود، و مفسد عجیبی دارد و کسانی که به این چیزها معتاد شوند کم کم مردانگی خود را از دست داده و دچار ناراحتی‌هایی می‌شوند.

[مسئله ۲۰ من یحرم النظر الیه]

اشاره

۲۸ مسئله ۲۰ (مس من یحرم النظر الیه ...) ۷۸ / ۸ / ۹

مسألة ۲۰: کل من یحرم النظر الیه یحرم مسّه فلا- یجوز مس الا-جنبیة الاجنیة و بالعکس بلی لو قلنا بجواز النظر الی الوجه و الکفین من الاجنیة لم نقل بجواز مسّهما منها (من المرأة) فلا- یجوز للرجل مصافحتها نعم لا- بأس بها من وراء الثوب لکن لا یعمر کفها (دست‌های یکدیگر را نشارند) احتیاطاً.

عنوان مسأله:

هر کسی که نگاه کردن به او حرام است لمس او نیز حرام است، این مسأله در زمان ما از مسائل مبتلا به بوده و مشکلاتی را ایجاد کرده است به عنوان مثال در سفر رجال سیاسی کشور ما به کشورهای دیگر دست ندادن آنها را توهین تلقی می‌کنند. در چنین مواردی چه کنیم؟

باید به گونه‌ای رفتار کنیم که کم کم متوجه شوند که فرهنگ ماست و بجای این که ما در فرهنگ آنها ذوب شویم آنها در فرهنگ ما ذوب شوند.

اقوال:

این مسأله ظاهراً بین اصحاب و اهل سنت مورد وفاق است، مرحوم نراقی در مستند می‌فرماید:

الظاهر عدم الخلاف في تحريم مسّ ما يحرم النظر اليه من المرأة للرجل و من الرجل للمرأة و تدلّ عليه ايضاً العلة المنصوصة المتقدّمة في رواية العلل بل التهيج في المس اقوى منه في النظر... و اما ما يجوز النظر اليه فان كان من المحارم فيجوز مسه للاصل و يؤمى (اشاره می‌کند) اليه بعض الاخبار ايضاً و ان كان من غيرهم فمقتضى العلة المتقدّمة - الخاليه عن المعارض فيه - الحرمة.

در ادامه مرحوم نراقی روایات ناهیه را که بعداً نقل خواهیم کرد بیان کرده و می‌فرماید:

و حمله (روایات ناهیه از مصافحه) في المفاتيح (فيض كاشاني) على المصافحة بشهوة و لا حامل له (وجهی برای این حمل نیست) فاطلاق الحرمة أظهر (چه با شهوت باشد و چه بدون شهوت مصافحه با اجنبیه حرام است). «۱»

از این کلام استفاده می‌شود که مرحوم نراقی نسبت به کفین مسأله را اجماعی ندانسته است.

منظور از روایت علل در کلام مرحوم نراقی روایتی است که مرحوم صدوق در کتاب علل نقل کرده است که ما آن را از وسائل نقل می‌کنیم:

...* و في العلل و عيون الاخبار باسانیده عن محمد بن سنان (شديداً محل بحث است و بعضی او را توثیق کرده و بعضی تضعیف می‌کنند) عن الرضا عليه السلام فيما كتبه اليه من جواب مسائله: و حرّم النظر الى شعور النساء المحجوبات بالازواج و الى غيرهنّ من النساء لما فيه من تهيج الرجال و ما يدعوا اليه التهيج من الفساد و الدخول فيما لا يحلّ (این تعلیل مربوط به نگاه کردن به موها است ولی مس همین اثر تهيجی را دارد «...» ۲)

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

ثم لا يخفى عليك أن كل موضع حكمنا فيه بتحريم النظر فتحريم اللمس فيه أولى كما صرح به بعضهم بل لا اجد فيه خلافاً بل كانه ضرورى على وجه يكون محرماً لنفسه (حرمت نفسی دارد و ذاتاً حرام است و تلذذ و ريبه ملاك حرمت نیست). «۳»
مرحوم آقای حكيم هم با يك عبارت کوتاهی رد شده و

(۱) مستند، ج ۱۶، ص ۶۰-۵۸.

(۲) وسائل، ج ۱۲، باب ۱۰۴ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۰۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۴۳

کلامی از شيخ انصاری نقل می‌کند:

إذا حرّم النظر، حرم اللمس قطعاً بل لا إشكال في حرمة اللمس و إن جاز النظر للإخبار الكثيرة و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه. «۱»
این کلام وجه و کفین را می‌گیرد، ایشان مصافحه (دست دادن) را حرام می‌دانند و لو بدون تلذذ و ريبه، و اختلافی هم نیست بلکه اجماعی است. بر خلاف احتمالی که فیض کاشانی در مفاتیح داده بود که بدون تلذذ و ريبه مصافحه اشکالی ندارد.

ادله حرمت لمس:

۱- قیاس اولویت:

به یقین اثر مخرب لمس بیش از تأثیر نظر است بنابراین جائی که نظر حرام باشد لمس به طریق اولی حرام می‌شود. این دلیل فی

الجملة خوب است ولی تمام مقصود را ثابت نمی‌کند چون قیاس اولیّت نسبت به موارد حرمت نظر است و وجه و کفّین را شامل نمی‌شود، ولی نگاه به وجه و کفّین حرام نیست، تا ما بخواهیم لمسش را به اولویّت حرام بدانیم، پس این دلیل بیش از این توان ندارد.

۲- روایات:

اشاره

دو طایفه روایات متضافر داریم:

طایفه اولی: روایاتی که نهی از مصافحه اجنبیه کرده و وعده عذاب داده شده

و نشان می‌دهد گناه کبیره هم هست، در اینجا به سه حدیث اشاره می‌کنیم که منحصر به این سه حدیث هم نیست.

...* عن ابی بصیر

(ظاهراً ابی بصیر هم همان ابی بصیر ثقه است)

عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قلت له: هل یصافح الرجل المرأة لیست بذات محرم؟ فقال: لا الا من وراء الثوب «۲»

(«لا» دلیل بر حرمت است).

* و عن عدة من أصحابنا ... قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن مصافحة الرجل المرأة، قال: لا یحلّ للرجل أن یصافح المرأة الا امرأة یحرم علیه أن یتزوجها، اخت أو بنت أو عمه أو خاله أو بنت اخت أو نحوها و اما المرأة التي یحلّ له أن یتزوجها فلا یصافحها الا من رواء الثوب و لا یغمز كفّها. «۳»

دو احتمال دارد یک احتمال این است که عن شهوة باشد، چون غمز کفّ بیشتر منصرف است به مسئله تلذذ ولی احتمال هم دارد که لا یغمز كفّها مطلقاً و چون دو احتمال است امام به عنوان احتیاط از این مسأله گذشته است.

* و فی عقاب الأعمال

(صدوق)

بسنَد تقدّم فی عیادة المریض عن رسول الله صلی الله علیه و آله قال: و من صافح امرأة حراماً جاء یوم القیمة مغلولاً ثم یؤمر به الی

النّار «... ۴»

۲۹ ادامه مسئله ۲۰ ... ۱۰ / ۸ / ۷۸

...* عن جعفر بن محمد، عن آبائه علیهم السلام فی حدیث المناهی ... و قال علیه السلام و من صافح امرأة تحرم علیه فقد باع

بسخطٍ من الله عزّ و جلّ «... ۵»

از اینجا معلوم می‌شود که مسأله خیلی شدید است، دو روایت اول هم سند و هم دلالت خوبی داشتند ولی روایت سوم سند خوبی ندارد و اگر کمی دقت شود دلالتش هم قابل بحث است چون «حراماً» در «من صافح امرأة حراماً» یا به معنی نامحرم است یا اینکه مصافحه حرام باشد و نظر لذت داشته باشد به عبارتی اخری این حراماً صفتی است برای زن (حال است برای زن) یا حال است برای مصافحه، هر دو احتمال در اینجا وجود دارد و اگر می‌خواست بگویند زن نامحرم است باید می‌گفت: «امرأة محرّمة»، چون حراماً هر دو احتمال را دارد به همین جهت روایت از نظر دلالت هم مشکل دارد، و ما این دلیل را به تنهایی کافی نمی‌دانیم.

روایت چهارم ظاهرش حرمت است و مصافحه با اجنبیه را باعث غضب الهی می‌داند. مجموع این روایات متضافر و معمول بهای

اصحاب است البتّه اینها فقط در مورد مصافحه وارد شده است، بعضی از بزرگان گفته‌اند شامل تماسهای دیگر نمی‌شود شاید مصافحه خصوصیت دارد، بنابراین باید به سبب اجماع بقیّه را ملحق کنیم.

مرحوم آقای حکیم می‌فرماید: و مورد الجميع المماسه فی الکفین، فالتعدی عنه لا دلیل علیه الا ظهور الاجماع «۶» (یعنی اگر اجماع نباشد تعدی درست نیست).

لکن الانصاف، این سخن غیر مقبول است تصوّر ما این است که غیر کف نسبت به کف با اولویت یا الغاء خصوصیت

(۱) مستمسک، ج ۱۴، ص ۵۰.

(۲) ح ۱، باب ۱۱۵ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۳) ح ۲، باب ۱۱۵ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۴) ح ۴، باب ۱۰۶ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۵) ح ۱، باب ۱۰۵ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۶) مستمسک، ج ۱۴، ص ۵۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۴۴

ثابت می‌شود، یعنی وقتی تماس دستها حرام باشد صورت به صورت اجنبیه و یا دست به بازوان و پاهای اجنبیه گذاشتن به طریق اولی حرام است؛ یا اینکه در اینجا الغاء خصوصیت می‌کنیم و می‌گوییم شامل تماسهای دیگر هم می‌شود و عقیده ما این است که مجممین هم به جهت الغاء خصوصیت یا اولویت قائل به الحاق سایر موارد به مصافحه شده‌اند نه اینکه به جهت ادله و روایاتی باشد که به آنها رسیده و به ما نرسیده است.

فعلی هذا این گروه از روایات بهترین دلیلی است که در مسأله مسّ برای ما حجّت می‌باشد و اثبات حرمت می‌کند.

طایفه ثانیه: روایاتی که مربوط به بیعت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله با زنان است.

... عن المفصل بن عمر قال: قلت، لأبي عبد الله عليه السلام كيف مسح رسول الله صلى الله عليه وآله النساء حين بايعهن؟ فقال: دعا بمرکنه

(تشتی که پیامبر در آن وضو می‌گرفت)

الذی کان يتوضأ فيه فصبّ فيه ماءً ثم غمس فيه يده اليمنی فكلّمها بايع واحدهً منهّن قال: اغمسی يدك فتغمس كما غمس رسول الله صلى الله عليه وآله فکان هذا مماسحته إياهن. «۱»

نظیر این روایت وجود دارد (متضافر) و در همه آنها دارد که پیامبر در موقع بیعت با زنان از ظرف آب استفاده می‌کردند. «۲» بنابراین از نظر سند نمی‌توان در آن ایراد کرد.

آیا دلالت این احادیث کافی است؟ فعل پیامبر دلالت بر جواز می‌کند (مثلاً کیفیت غذا خوردن پیامبر دلیل بر جواز است نه وجوب) و اگر پیامبر فعلی را به شکل خاصی مرتّب تکرار می‌کند می‌فهمیم که این کار یک رجحانی دارد، اما آیا می‌توان استفاده وجوب یا استحباب کرد؟

از فعل پیامبر وجوب و استحباب فهمیده نمی‌شود بلکه رجحان که قدر مشترک بین وجوب و استحباب است فهمیده می‌شود. حال در ما نحن فيه پیامبر مقتید بود که در موقع بیعت با زنان از ظرف آب استفاده نماید که این دلیل است بر اینکه این کار رجحانی داشته است اما آیا واجب هم بوده است یا رعایت استحباب بوده و پیامبر می‌خواست ترک اولی نکند؟

این فعل بیش از این دلالت ندارد و حد اقل دلالت فعل جواز و حد اکثر دلالت آن رجحان است. فقط در ذیل یکی از روایات تعبیری دارد که ممکن است بعضی از آن استفاده و جوب کنند. و آن تعبیر این است که می فرماید دست پیامبر پاک تر از آن بوده که به دست نامحرم بخورد

«فكانت يد رسول الله صلى الله عليه و آله الطاهرة أطيب من أن يُمسَّ بها كف أنثى ليست له بمحرم». (۳)

آیا این عبارت دلالتی بر وجوب دارد؟ پاکتر بودن دست پیامبر دلیل این نیست که خلافتش آلودگی است و از این تعبیر هم فقط یک رجحانی استفاده می شود، عیناً مثل این است که کسی سؤال کند آیا می شود از بازار مسلمین غذاهای مشکوک را خرید؟ و جواب دهیم که بازار مسلمین حجت است، یعنی در جایی که نمی دانیم ذبح شرعی شده یا نه، می گوئیم بازار مسلمین است، ولی اگر گفته شود فلان شخص عابد و زاهد پاک تر از این بود که از این گوشتها بخورد، این مطلب علو شأن شخص را می رساند ولی حرمت خوردن این گوشت های مشکوک را نمی توان از آن استفاده کرد.

نتیجه: روایات مصافحه را با اینکه خیلی از بزرگان برای دلالت بر حرمت در مسئله تماس جسمانی به آن استدلال کرده اند ولی دلالتی بر ما نحن فیه ندارد و حکایت فعل است و حکایت فعل یا دلیل بر جواز است یا حد اکثر دلیل بر رجحان.

جمع بندی: شکی نیست که تماس جسمانی حرام است و دلیل ما نه روایات بیعت است چون دلالت ندارد و نه اجماع چون اجماع مدرکی است بلکه عمده دلیل ما:

اولاً، روایاتی است که نهی از مصافحه می کند و ثانیاً، تحلیلی است که در روایت علل وارد شده و می گوید باعث تحریک شهوت می شود، البته این تحلیل به عنوان حکمت است نه به عنوان علت.

بقی هنا شیء: آیا مصافحه من وراء الثوب جایز است؟

من وراء الثياب به دو دلیل جایز است:

۱- اصالة الاباحه شامل اینجا می شود چون لمس جسمانی نیست و اگر شک در حرمت و حلیتش کنیم اصل برائت است.

۲- بعضی از روایات معتبره تصریح می کرد

«الا من وراء الثياب»

که بالاتر از اصالة الاباحه است ولی در ذیل یک روایت بود که «لا- یغمز» که امام هم در مسأله فرموده بود احتیاط این است که دست را فشار ندهد، منتهی همان گونه که سابقاً گفتیم «لا- یغمز» دو احتمال دارد یکی عن شهوة که شاید فرد غالبش هم همین باشد و حرام است و احتمال دیگر این که غمز مطلقاً جایز

(۱) ح ۳، باب ۱۱۵ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) ح ۴ و ۵، باب ۱۱۵ از ابواب مقدمات نکاح و مستدرک، ح ۱، ۴ و ۵، باب ۸۹ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۱۱۵ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۴۵

نیست یعنی مصافحه من وراء الثياب جایز و لکن الغمز لا يجوز مطلقاً چون روایت دو احتمال دارد بنابراین اجمال دارد و استدلال به روایت برای حرمت مطلقه مشکل است.

اشاره

۳۰ مسئله ۲۱ (النظر الى العضو المبان ...) ۷۸ / ۸ / ۱۱

مسئله ۲۱: لا- يجوز النظر الى العضو المبان من الاجنبی و الاجنبیة و الاحوط ترك النظر الى الشعر المنفصل نعم الظاهر أنه لا بأس بالنظر الى السنّ و الظفر المنفصلين.

عنوان مسأله:

امام رحمه الله اعضاء جدا شده از اجنبی و اجنبیة را سه قسمت کرده است:

۱- در بعضی از اجزاء مثل بازو حرمت نظر بعد از جدائی هم ادامه دارد.

۲- قسمتی از اعضاء مانند موها را احتیاط می کند.

۳- چیزهایی مثل ناخن و دندان را جایز می داند.

اقوال:

این مسأله در کلمات بسیاری از اصحاب ذکر نشده ولی عدّه‌ای متعرض شده‌اند که بعضی به حرمت و بعضی به جواز فتوی داده‌اند

و بعضی هم «فیه اشکال» گفته‌اند. مرحوم علامه در قواعد متعرض شده و که ما آن را از جواهر نقل می کنیم:

و فی القواعد و «العضو المبان کالمتصل علی إشکال» «۱» (علامه از کسانی است که قاطع نبوده و فتوی روشنی نداده است).

مرحوم فخر المحققین در شرح قواعد «فیه اشکال» پدر را تفسیر کرده و وجهی برای حرمت و وجهی برای جواز بیان نموده است،

شاهد اینجاست که خود فخر المحققین در آخر کلامش می گوید: «و الاصح عندی الاول» «۲» (حرمت اقوی است).

کشف اللثام هم مثل علامه می فرماید: «و العضو المبان کالمتصل علی إشکال». «۳»

پس تا اینجا علامه و کاشف اللثام هر دو به «فیه اشکال» قائلند یعنی کأنّ قائل به توقّف هستند.

مرحوم محقق یزدی در عروه این مسأله را متعرض شده و می فرماید:

«لا يجوز النظر الى العضو المبان من الاجنبی مثل اليد و الانف و اللسان و نحوه». «۴»

بسیاری از محشّین عروه هم با او در حرمت موافقت کرده‌اند.

مرحوم آقای حکیم در مستمسک در ذیل همین مسأله کلام عروه را نقل کرده و می گوید «كما نصّ علی ذلك (أی الحرمة) غیر

واحد» «۵» و اما نکته مهمّ این است که آقای حکیم از شیخ انصاری در کتاب نکاح نقل می کند که چون استصحاب حرمت در این

مسأله جاری نمی شود المرجع فیه البراءة، (یعنی جواز).

ادله:

اشاره

مسأله نص خاصی ندارد پس باید از طریق قواعد وارد شویم و آن را حل کنیم و لذا کسانی که طرفدار حرمت شده‌اند، به چند دلیل

تمسک جسته‌اند:

۱- عموم آیه غض:

«قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ ... وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ ...» که حالت اتصال و حالت انفصال را شامل می‌شود.

۲- روایات حرمت نظر:

این روایات در بحثهای گذشته نقل شد که اطلاق دارد و می‌گوید نگاه نکن که هم حالت اتصال و هم حالت انفصال را می‌گوید در واقع استدلال به اطلاق آیات و روایات شده، که البته قابل جواب است. ممکن است کسی ادعا کند که آیات شامل قطعاً مبانه نمی‌شود چون ظاهر آیه غض - و لو متعلق در آیه حذف شده - این است که از نگاه کردن به مرأه خودداری کنید. پس موضوع مرأه است و قطعاً مبانه مرأه نیست. کما اینکه روایات هم همین است چون احادیث می‌گوید نگاه به نامحرم نکن و زن نامحرم موضوع است و لذا تعبیر به «یحرم نکاحه» می‌کند و عضو «یحرم نکاحه» نیست بلکه مرأه «یحرم نکاحه» است.

۳- استصحاب حرمة حال الاتصال:

این دلیل شاید از همه مهمتر باشد در حال اتصال نگاه به آن حرام بود نمی‌دانیم بعد الانفصال جایز است یا نه؟ استصحاب بقاء حرمت می‌کنیم «لا- تنقض الیقین بالشک»، البته در صورتی می‌توان سراغ استصحاب رفت که دلیل اول و دوم درست نشود و الا سراغ استصحاب نمی‌توانیم برویم (زیرا با وجود دلیل تمسک به اصل جایز نیست).

(۱) ج ۲۹، ص ۱۰۰.

(۲) ایضاح، ج ۳، ص ۱۰.

(۳) کشف اللثام، ج ۷، ص ۳۰.

(۴) ج ۲، ص ۸۰۵، مسأله ۴۵ فصل اول کتاب النکاح.

(۵) ج ۱۴، ص ۵۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۴۶

و اما این استصحاب محلّ دعوی شدیدی بین فقها مخصوصاً معاصرین است. دو اشکال عمده به این استصحاب وارد است:

اشکال اول: ما استصحاب را در شبهات حکمیّه جاری نمی‌دانیم و تنها در شبهات موضوعیّه جاری است، مثلاً شبهی از دور می‌بینیم نمی‌دانیم مرد است یا زن یا درخت، این شبهه موضوعیّه است ولی یک وقت می‌دانیم که مرأه است ولی در حکمش شک داریم که آیا نگاه به وجه و کفین او جایز است یا نه، پس شبهه حکمیّه در جایی است که موضوع خارجی مسلم است و شک در حکم الله است ما نحن فیهِ شبهه حکمیّه است.

بنابراین جای جریان استصحاب نیست.

اشکال دوم: بسیاری اشکال کرده‌اند که اینجا موضوع عوض شده است چون قبلاً این قطعاً مبانه جزء بدن زن یا مردی بوده و حالا جدا شده و کالحجر است بنابراین نمی‌توان گفت که این همان است پس دلیل شرطیت وحدت موضوع که در استصحاب شرط

است در اینجا حاصل نیست.

دلیل شرطیت وحدت موضوع در استصحاب این است که در «لا تنقض الیقین بالشک» باید یقین و شک به یک جا بخورد (یعنی یقین به چیزی را با شک در آن چیزی نقض مکن) به عبارت دیگر وقتی زمان سابق یقین به چیزی داشتی و در زمان لاحق شک در همان چیز بکنی. بعضی گفته‌اند که موضوع عوض نشده چون عوض شدن موضوع به این است که ارکان موضوع عوض شود نه حالات، اگر حالتش عوض شود اشکالی ندارد، پس در ما نحن فیه این اتصال و انفصال رکن نیست بلکه از حالات است و تبدل حالات مضرّ به استصحاب نیست.

از اینها جواب داده‌اند که قوام موضوع به اتصال و انفصال است چون در صورت اتصال اجزاء مرأه کامل و نگاه به آن تحریک آمیز است و در صورت انفصال کالجبر است، وقتی اتصال و انفصال ملاک حرمت در نظر گرفته شود می‌دانیم که از مقومات است نه از احوال طاریه، پس اتصال و انفصال در اینجا همه کاره است و لااقل این است که در تبدل موضوع شک داریم، پس در اینجا هم استصحاب جاری نمی‌شود چون موضوع احراز نشده است.

مرحوم آقای حکیم «۱» می‌فرماید:

اگر ما موضوع را از لسان دلیل بگیریم موضوع عوض شده اما اگر موضوع را از عرف بگیریم موضوع است.

در استصحاب بحث است که آیا موضوع را از عرف می‌گیرند یا از عقل یا از لسان دلیل ما این وحدت را اگر بر معیار لسان دلیل بگیریم، مثلاً «الماء المتغیر نجس» اگر زال عنه التغیر، موضوع عوض شده، این لسان دلیل است، امّا یک وقت موضوع را از عرف می‌گیریم که می‌گوید این آب نجس بود، و زوال تغیر شده، این آب همان آب است (عرف آبی که متغیر بود، و از آن زوال تغیر شده همان آب می‌داند) حال لسان دلیل هرچه بگوید عرفاً این همان آب است.

مرحوم آقای حکیم می‌فرماید: اگر سراغ لسان دلیل بروید، و وحدت بر اساس لسان دلیل مراد باشد لسان دلیل می‌گوید «المرأه»، «الرجل» و حال آنکه این قطعه مبانه نه «مرأه» است و نه «رجل»، و جای استصحاب نیست اما اگر معیار نظر عرف باشد این دندان همان دندان و سابقاً نگاه کردنش حرام بود الان هم در نگاه کردن به این دندان شک داریم، استصحاب جاری می‌کنیم و اما اگر به دقت عقلی هم بگیریم این غیر از آن است ولی جای دقت عقلی نیست، پس مبانی مختلف شد و چون محققین قائلند به اینکه موضوع را باید از عرف گرفت پس استصحاب در اینجا جاری و نگاه کردن حرام است.

قلنا: موضوع را چه از عرف و چه از لسان دلیل بگیریم، موضوع دیگر عوض شده است و نگاه کردن به زن معیارهای حرمت را دارد نه نگاه کردن به یک دندان جدا شده و کنار افتاده.

زیرا مقوم موضوع اتصال به بدن است و عرف می‌گوید منشأش عوض شده و این حالت غیر از آن حالت قبلی است.

نتیجه: استصحاب دو اشکال پیدا کرد که یکی مبانی است (استصحاب در شبهات حکمیّه جاری نمی‌شود که مبانی ما بر این بود) اشکال دیگر اینکه اینجا موضوع باقی نیست نه به لسان دلیل نه به لسان عرف و نه به دقت عقلی و لااقل شک در بقاء موضوع داریم پس، دلیل استصحاب ساقط شد.

۳۱ ادامه مسئله ۲۱ ... ۱۲ / ۸ / ۷۸

تا اینجا بیان شد که به جهت عوض شدن موضوع استصحاب حرمت جاری نمی‌شود. مرحوم آقای حکیم این بیان را نقض کرده و می‌فرماید:

(۱) ج ۱۴، ص ۵۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۴۷

اگر اتصال و انفصال باعث تعدد موضوع شود پس در مسئله مالکیت هم این را بگوئید مثلاً زید مالک خانه است وقتی یک آجر از آن را جدا کنیم باید بگوئیم استصحاب بقاء مالکیت زید را نمی توان کرد، چون موضوع در اثر انفصال عوض شده است. همچنین در جزء جدا شده از اجزاء حیوان نجس العین باید حکم به نجاست قطعه مبانه نکنیم چون موضوع عوض شده و جای استصحاب نیست.

لکن الانصاف در مسئله مالکیت یقین داریم که اتصال و انفصال دخالت ندارد چون در مالکیت یقین داریم که جزء جزء مجموعه، ملک زید است، در بدن حیوان نجس العین هم یقین داریم که جزء جزء آن، نجس است و استصحاب برای جایی است که شک باشد به عبارت دیگر ملکیت و نجاست قائم به مجموع من حیث المجموع نیست ولی در نظر به نامحرم هم شک است و هم احتمال می دهیم که مجموعه بدن ملاک حرمت باشد چون باعث تهییج است و به همین جهت کسانی هم که می گویند حرام است، به ناخن و دندان اشکال نمی کنند و نگاه به آنها را جایز می دانند، پس استصحاب به خاطر تبدل موضوع جاری نمی شود.

۴- روایات منع اتصال شعر مرأه بمرأه اخری:

روایاتی داریم که نهی می کند از اتصال موی زنی به زن دیگر، حال بگوئیم روایات ناهیه به این جهت نهی می کند که نظر شوهر به موی زن بیگانه می افتد، بنابراین نگاه به اجزاء مبانه ممنوع است که از جمله اجزاء مبانه شعر است. عمده روایت در اینجا دو روایت است:

...* عن ثابت بن سعید

(مجهول الحال است)

قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن النساء تجعل في رؤوسهن القرامل

(گیسوان مصنوعی که به گیسوان طبیعی متصل می کنند)،

قال: يصلح الصوف و ما كان من شعر امرأة لنفسها و كره للمرأة ان تجعل القرامل من شعر غيرها...

«۱» * الحسن بن الفضل الطبرسی فی مکارم الاخلاق

(مرسله است چون طبرسی در کتاب مکارم الاخلاق آن را نقل می کند)

، عن سليمان بن خالد قال: قلت له: المرأة تجعل في رأسها القرامل، قال:

يصلح له الصوف و ما كان من شعر المرأة لنفسها و كره أن يوصل شعر المرأة من شعر بشر غيرها «...، ۲»

صحبت در این است که «کره» به چه معنی است؟ آیا همین کراهت مصطلح در لسان فقهاست که در مقابل حرمت است در این صورت این دو روایت عکس مقصود را ثابت می کند به این معنی که جایز است مع الکراهة (عکس مطلوب) و وقتی جایز شد، لوازمش هم جایز می شود (مثل نگاه کردن و لمس). ولی ممکن است که کسی بگوید که این کراهت در لسان ائمه همان کراهت مصطلح در لسان فقها نیست چون این واژه جدید است و در زمان ائمه به این معنی نبوده و لذا در قرآن مجید کراهت، در گناهان کبیره استعمال شده است و می فرماید:

«كُلُّ ذَلِكْ كَانَ سَيِّئُهُ عِنْدَ رَبِّكَ مَكْرُوهًا» «۳». قبل از این آیه گناهان عجیبی ذکر شده بعد قرآن می فرماید: که اینها مکروه است،

پس این کراهت مصطلح نیست. حال اگر قبول کنیم که کراهت مصطلح نیست ولی باید گفت حد اقل یک معنای اعمی دارد، یعنی اعم است از حرمت و کراهت مصطلح، و اگر اعم باشد استدلال به این روایات ممکن نیست چون مبهم است و اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال، البتة ما بعداً از مو و اتصال مو بحث می کنیم که بعضی فتوی به جواز داده اند و ما هم فتوی به جواز می دهیم.

نتیجه: نگاه کردن به قطعۀ مبانۀ از نامحرم شرعاً حرام نیست مگر اینکه مستلزم یک امر حرامی شود.

[مسئله ۲۲: یسثنی من حرمة النظر و اللمس فی الأجنبي و الاجنبیة مقام المعالجة]

اشاره

۳۲ مسئله ۲۲ (النظر و اللمس فی مقام المعالجة ... ۷۸ / ۸ / ۱۶)

مسئله ۲۲: یسثنی من حرمة النظر و اللمس فی الأجنبي و الاجنبیة مقام المعالجة اذا لم يمكن بالمماثل كعرفة النبض إذا لم تمكن بآلة نحو الدرجه و غيرها، و الفصد (بریدن رگهای درشت) و الحجامه (خون گرفتن از بین دو کتف و بریدن رگهای کوچک) و جبر الکسر (شکسته بندی)

و نحو ذلك و مقام الضرورة كما اذا توقف استنفاذه من الغرق او الحرق على النظر و اللمس، (امام (ره) دو استثنا ذکر کردند که یکی خاص یعنی مقام معالجه و دیگری عام و خاص یعنی مقام ضرورت) و اذا اقتضت الضرورة او توقف العلاج على النظر دون اللمس أو العكس اقتصر على ما اضطر إليه، و فيما يضطر اليه اقتصر على مقدار الضرورة فلا يجوز الآخر و لا التعدی (اگر نظر ضرورت دارد لمس جایز نیست و اگر لمس ضرورت دارد نظر جایز نیست)

(۱) ح ۱، باب ۱۰۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) ح ۳، باب ۱۰۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) آیه ۳۸، سوره اسراء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۴۸

عنوان مسأله:

در واقع آنچه امام (ره) در اینجا بیان فرمودند دو نکته بود:

یکی موارد استثنا از حرمت لمس و نظر که دو مورد ذکر کردند و نکته دیگر اینکه تا آن جایی که ضرورت لازم است و اقتضا کند (الضرورات تتقدّر بقدرها).

مرحوم محقق یزدی در عروه وارد این بحث که می شود چهار مورد برای استثنا ذکر می کند و مقام شهادت و موارد اهم و مهم را بر آن دو استثنا که در کلام امام (ره) است (معالجه، ضرورت) اضافه می کند.

نکته: در واقع کلام عروه هم مانند کلام امام (ره) مشکل دارد و اعم و اخص است و خاص (معالجه، ضروره، شبهات) مندرج در تحت عام (اهم و مهم) است.

جمع بندی: ما معتقدیم که همه این موارد در تحت اهم و مهم، مندرج است به این معنی که اگر مسئله ای پیدا شد که اهمیت رعایت آن مسأله در نظر مبارک شارع از رعایت ترک نظر و لمس مهم تر است و در این صورت شارع اجازه لمس و نظر را می دهد که این همان عنوان اهم و مهم است به عنوان مثال معالجه یکی از مصادیق این عنوان عام است که اهمیتش در نزد شارع از نظر لمس بیشتر است و همچنین استنفاذ و مقام شهادت، از مصادیق این عنوان عام است، پس ما مسأله را تحت عنوان اهم و مهم مطرح می کنیم و می گوئیم موارد استثنا موارد خاصه بوده که حکمها تدرج تحت قاعده الاهم و المهم، بعد مصادیقش را بیان می کنیم.

اقوال:

ظاهر این است که این استثناءات بین فقهای شیعه و اهل سنت مسلم است و اگر هم اختلافی باشد در مصادیق آن است که آیا این اهم هست یا نیست و یا ضرورت هست یا نیست، و یا حاجت هست یا نیست پس در صغری بحث شده است ولی در کبری (اگر ضرورتی بود و اهم و مهمی بود) نزاعی نیست. برای اثبات این که مسأله اجماعی است چند جمله از کلمات فقهای شیعه و اهل سنت را نقل می‌کنیم:

صاحب جواهر صریحاً ادعای اجماع نمی‌کند ولی تعبیر «لا ریب» دارد، این کلمه در جائی گفته می‌شود که نزدیک به اجماع است: اذ لا ریب فی أنه یجوز عند الضرورة نظر کل من الرجل و المرأة الی الآخر و لمسه «۱» مرحوم شهید ثانی می‌فرماید:

قد عرفت انّ موضع المنع من نظر کلّ من الرجل و المرأة الی الآخر مشروط بعدم الحاجة الیه اما معها (ای الحاجة) فیجوز اجماعاً «۲» (بعد مثال‌های متعددی ذکر می‌کند).

آنچه که در کلام شهید ثانی قابل ملاحظه است این است که ایشان استثناءها را تحت عنوان «مع الحاجة» مندرج کرده بعد مثالها را ذکر می‌کند، یعنی دو عنوان ذکر نمی‌کند بلکه یک استثنا ذکر می‌کند و بعد موارد را به عنوان مثال و مصادیق می‌آورد، نه به عنوان استثنای دیگر. البته ما عنوان «الحاجة» را به اهم و مهم که عمومی تر است بر می‌گردانیم. مرحوم علامه در تذکره می‌فرماید:

القسم الثانی (قسم دومی که نظر جایز است) ان یکون هناك حاجة الی النظر فیجوز اجماعاً، بعد مثالهایی ذکر می‌کند و مثالها را توسعه می‌دهد از جمله مثالها «ارادة النکاح» است که این را هم تحت عنوان حاجت و ضرورت ذکر کرده و در واقع این هم ضرورت است، چون شریک عمر انتخاب می‌کند و ضرورت دارد که ببیند، مثال دیگر «ارادة البیع» است، یعنی کاسب می‌تواند به مشتری خود نگاه کند (البته در جائی که احتیاج است). بعد مقام شهادت و معالجه را هم ذکر می‌کند. مرحوم علامه در ذیل کلامش می‌فرماید:

و لا یشرط فی جواز نظره (ای الطیب) خوف فوات العضو بل المشقة بترك العلاج خلافاً لبعض الشافعية (اشکال آنها صغروی است نه کبروی). «۳»

ابن قدامه می‌گوید:

فصل: فی من یباح له النظر من الاجانب (ایشان هم گرفتار مصادیق و عام و خاص شده) یباح للطیب النظر الی ما تدعوا الیه الحاجة من بدنها من العورة و غيرها فانه موضع الحاجة ... و للشاهد النظر الی وجه المشهود علیها ... و ان عامل امرأة فی بیع او اجارة فله النظر الی وجهها لیعلمها بعینها فیرجع علیها بالدرك «۴» (خسارت).

سپس جمله‌ای به این مضمون از «احمد حنبل» نقل می‌کند که اگر زن جوانی باشد مکروه است و اگر پیر باشد اشکال ندارد، بعد خودش می‌گوید اگر احمد جوان را مکروه دانسته در جائی

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۸۷.

(۲) مسالك، ج ۷، ص ۴۹.

(۳) تذکره، ج ۲، چاپ قدیم، ص ۵۷۳.

(۴) مغنی، ج ۷، ص ۴۵۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۴۹

است که خوف فتنه است و یا جائی که بی‌نیاز از معامله است.

از این عبارت مغنی معلوم می‌شود که کبری مسلم است و اگر احمد صحبتی کرده در صغری است.

جمع بندی: از کلمات عامه و خاصه استفاده می‌شود که مسأله مسلم است، حتی بعضی هم ادعای اجماع کرده‌اند.

۳۳ ادامه مسئله ۲۲ ... ۱۷ / ۸ / ۷۸

ادله:

اشاره

در اینجا دو دلیل داریم:

۱- دلیل عقلی

(قاعده اهم و مهم):

این قاعده، عقلی و عقلانی است به این معنی که اگر در کلام مولی دو مصلحت معارض باشد و هر دو قابل جمع نباشد بالاخره یکی از آن دو از دست می‌رود، عقل می‌گوید هر کدام را که مصلحت اقوی دارد انتخاب کن، و هر کدام را که اهمیت کمتری دارد، رها کن. مثلاً جراحی خطرانی دارد ولی انسان برای جلوگیری از به خطر افتادن زندگی خود از این مفسده مهم استقبال می‌کند، این قاعده قطعی عقلی است و مصداق «کَلَّمَا حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ» است.

در آیات و روایات هم نشانه‌هایی از این قاعده عقلیه وجود دارد، مثلاً جواز «اکل میت»، «تقیه»، «غیبت عند المشورت» «کذب برای اصلاح ذات البین» و «اکل مال غیر، در قحطی» مصادیقی از قاعده اهم و مهم هستند.

این قاعده به صورت شکل اول مرکب از صغری و کبری است:

انّ هذا اهمّ من هذا (صغری) و کلّ اهمّ یریحح علی مهمّ (کبری)، در کبرای این قاعده احدی بحث ندارد و اگر بحثی باشد در صغری است که آیا این مورد اهم است یا نه، کما اینکه نمونه‌اش در کلام اهل تسنن بود که اگر عضوی در معرض فساد باشد می‌تواند زن به طیب مرد مراجعه کند، در اینجا عدم نظر و لمس را مهم و فساد عضو را اهم می‌دانند و لذا مراجعه به پزشک را در بیماری‌های ساده اجازه نمی‌دهند.

بنابراین هرکجا از مذاق شارع فهمیدیم که این مصلحت مهم‌تر از مفسده نظر و لمس است، حرمت لمس و نظر را استثنا می‌کنیم و اجازه لمس و نظر می‌دهیم. این دلیل خوبی است که در اینجا و در تمامی ابواب فقه، قابل استناد است، پس هر جا که دوران امر بین محذورین بود قاعده اهم و مهم حاکم است.

نکته: قاعده اهم و مهم از عناوین ثانویه است کما اینکه قاعده اضطرار و ضرورت و تقیه و امثال ذلک همه از عناوین ثانویه هستند چون مطابق عنوان اولی تمام اینها جایز نیست ولی ما به واسطه قاعده اهم و مهم قائل به جواز می‌شویم.

۲- روایات (دلیل نقلی):

اشاره

دو طائفه از دلالت بر مدّعی ما (مستثنیات لمس و نظر) می‌کند:

طایفه اولی: اخبار عامه که به طور عموم دلالت دارد.

* و عن الحسين بن سعيد، عن فضالة عن حسين، عن سماعة، عن أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المريض هل تمسك له المرأة شيئاً فيسجد عليه؟ فقال: لا إلا أن يكون مضطراً ليس عنده غيرها و ليس شيء مما حرم الله إلا و قد أحله لمن اضطّر اليه (۱)

(مرحوم علامه مجلسی این را به عنوان قاعده کلیه‌ای که از ائمه علیهم السلام به ما رسیده است می‌شمارد).

از نظر دلالت: دلالت روایت خیلی خوب است هم محل بحث ما را می‌گیرد و هم فراتر از آن را و در تمام موارد اضطرار این حدیث حاکم است.

از نظر سند: این حدیث مشکل سند دارد زیرا در سند آن سه نفر هستند که وضعشان ابهام دارد:

«فضاله» متعدّد داریم، که به قرینه روایت کردن «حسین بن سعید» (که دو برادر بودند دیگری به نام حسن بن سعید) «فضاله ابن ایوب آزدی» ثقه و استاد حسین بن سعید است. فضاله حدود نهصد روایت در کتب اربعه ما دارد. شخص دیگر در سند حدیث «حسین» است و نتوانستیم قرینه‌ای پیدا کنیم که این حسین کیست، آیا «حسین بن عثمان رواسی» ثقه است؟ قرینه روشنی نداریم.

شخص سوم «أبو بصیر» می‌باشد که مشترک است بین چند نفر و اگر مشکل فضاله و أبو بصیر حل شود مشکل حسین باقی است و به همین جهت مرحوم صاحب جواهر در کتاب صلاة می‌فرماید: «خبر أبي بصير «... ۲»، معمولاً اگر صاحب جواهر در مورد روایتی فرمود که «خبر فلان» و نگفت ثقه است یا نه، معلوم می‌شود که مشکلی داشته است.

(۱) وسائل، ج ۴، ح ۷، باب ۱ از ابواب قیام در صلاة.

(۲) جواهر، ج ۹، ص ۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۵۰

پس این روایت سندش دارای اشکال ولی دلالتش خوب است و به عنوان مؤید برای احادیث آینده خوب است.

* و بالاسناد عن سماعة قال: سألت عن الرجل يكون في عينه الماء (آب مروارید)

فينتزع الماء منها فيستلقى على ظهره الايام الكثيرة: أربعين يوماً أو أقل أو أكثر فيمتنع من الصلاة الايام الا ايماءً و هو على حاله، فقال: لا بأس بذلك و ليس شيء مما حرم الله إلا و قد أحله لمن اضطّر اليه. (۱)

مشکل حدیث مضمهره بودن آن است ولی مضمهرات «سماعة» مشکلی ندارد، چون کتابی داشته که در ابتداء آن می‌گوید: سألت الصادق عليه السلام بعد می‌گوید و سألته، و سألته ... که همه اینها مرجعش امام صادق علیه السلام و امام باقر علیه السلام است. این روایت از نظر سند و دلالت خوب است.

روایت سومی هم داریم که ظاهرش عموم نیست ولی می‌توان از آن عموم کشف کرد.

... * عن مفضل بن عمر

(محل بحث است)

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أخبرني جعلني الله فداك لم حرم الله الخمر و الميتة و الدّم و لحم الخنزير؟ قال، ... ثم اباحه للمضطر

(حکم روی وصف رفته که وصف مشعر به علیت است شاید از اشعار هم بیشتر باشد و دلالت بر علیت کند)

و احله له في الوقت الذي لا يقوم بدنه الا به «... ۲»

«لا يقوم بدنه الا به»

آیا منحصر است به گوشت میتة و خنزیر و امثال آن، یا نه در باب معالجه در لمس و نگاه کردن هم قابل استناد است؟

انصاف این است که این روایت را به دست هر کسی بدهند می‌تواند یک قاعده عامی از آن استفاده کند.

جمع بندی: تعبیر «ما من شيء حرمه الله الا وقد احله لمن اضطر اليه» در تمام بحار و وسایل غیر از این دو روایت در جای دیگری

نیست، اگر چه در چندین مورد نقل شده است ولی در واقع همین دو روایت است ولی می‌شود به عنوان قاعده نقلیه استفاده از

روایت، از آن استفاده کرد.

۳۴ ادامه مسئله ۲۲ ... ۱۸ / ۸ / ۷۹

مرحوم صاحب جواهر به روایات دیگری هم استدلال کرده که به عقیده ما دلالت ندارد، روایاتی است که در صلاة قضا در مورد

مغمی علیه (بیهوش) وارد شده است. از معصوم علیه السلام سؤال می‌کنند که آیا این نمازها قضا دارد؟ فرمود: نه، سپس امام یک

قاعده کلیه را بیان فرمود:

«ما غلب الله عليه فالله اولی بالعدر» «۳» این تعبیر در دو حدیث وجود دارد به این معنی که چیزی که خدا بر آن غلبه پیدا کرده است

عذرش پیش خداست یعنی اغماء حالتی است که از جانب خدا بر این شخص غلبه پیدا کرده و به همین جهت قضا ندارد.

صاحب جواهر می‌فرماید: این روایات هم دلالت دارد که در صورت اضطرار نظر و لمس جایز است چون مصداق روایت است.

جواب: ما معتقدیم قاعده «ما من شيء حرمه الله الا وقد احله لمن اضطر اليه» غیر از قاعده «ما غلب الله عليه فالله اولی بالعدر»

می‌باشد، و در واقع اینها دو قاعده هستند، قاعده اولی قاعده اضطرار است و معنی اضطرار این است که اختیار انسان باقی است، پس

اختیار در قاعده اضطرار هست به همین جهت اضطرار به معنی سلب اختیار نیست بلکه به معنی دوران بین اهم و مهم است، ولی

قاعده دوم برای موارد سلب اختیار است مثل مغمی علیه و تعبیر «ما غلب الله عليه» مناسب با همین است و خواب شبیه آن است یعنی

اگر خواب بماند مصداق ما غلب الله است (البته در مورد خواب داریم که اگر نماز فوت شد باید قضا کند چون نص خاصی داریم)

حال اگر حدیث ابهام هم داشته باشد از استدلال برای ما نحن فیه سقوط می‌کند.

طایفه ثانیة: احادیث خاصه‌ای است که در خصوص نظر و لمس وارد شده است:

...* عن احمد بن محمد بن عیسی، عن علی بن الحکم، عن ابی حمزة الثمالی، عن ابی جعفر علیه السلام قال: سألته عن المرأة

المسلمة یصیبها البلاء فی جسدها اما کسر و اما جرح فی مکان لا یصلح النظر الیه یكون الرجل ارفق

(مناسب تر)

بعلاجه من النساء، أ یصلح له النظر إليها؟ قال: إذا اضطررت الیه فلیعالجها ان شاءت. «۴»

رجال سند خوب است و اگر بحثی باشد در مورد «علی بن حکم» است که مشترک است بین ثقة و غیر ثقة، «علی بن حکم کوفی»

ثقه است. مرحوم شیخ طوسی در کتاب «الفهرست» می‌گوید، علی بن حکم کوفی کتابی دارد که احمد بن محمد بن

(۱) ح ۶، باب ۱ از ابواب قیام صلاة.

(۲) وسائل، ج ۱۶، ح ۱، باب ۱ از ابواب اطعمه محرّمه.

(۳) وسائل، ج ۵، ح ۳ و ح ۱۳، باب ۳ از ابواب قضاء صلاة.

(۴) ح ۱، باب ۱۳۰ از ابواب مقدّمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۵۱

عیسی که در سند روایت وجود دارد از او روایت می‌کند، پس سند مشکلی ندارد.

این روایت در مورد نظر است ولی تصوّر ما این است که لمس را هم شامل می‌شود چون سؤال از شکستگی و جرح است که لمس نیاز دارد.

* دعائم الاسلام: عن أبي جعفر محمد بن علی

(امام باقر علیه السلام)

أنه سئل عن المرأة تصيبها العلة في جسدها أ يصلح أن يعالجها الرجل؟

قال: إذا اضطرت الي ذلك فلا بأس. «۱»

این حدیث مرسله است و سندی ندارد ولی دلالتش خوب است و لمس و نظر را شامل می‌شود چون معالجه گاهی با نظر است و گاهی لمس را هم لازم دارد.

... عن ابن وهب، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال امير المؤمنين عليه السلام:

إذا ماتت المرأة و في بطنها ولد يتحرك شقّ بطنها و يُخرَجُ الولد، و قال: في المرأة تموت في بطنها الولد فيتخوّفُ عليها، قال: لا بأس

أن يُدخِلَ الرجل يده فيقطّعه و يُخرِجه. «۲»

از نظر دلالت امام علاوه بر نظر بالا-ترین نوع لمس (داخل کردن دست در رحم مادر) را عنوان می‌کند و اجازه می‌فرماید، چون ضرورت است و جان مادر در خطر است.

در این سند «ابن وهب» محلّ بحث است مرحوم آیه الله خوئی در معجم رجال می‌فرماید ابن وهب همان «معاویة ابن وهب» و از

ثقات است که روایات زیادی هم در کتب ما دارد ولی اگر احتمال دهیم که ابن وهب غیر از معاویة بن وهب است در این صورت

سند حدیث مشکل پیدا می‌کند و این حدیث فقط می‌تواند مؤید باشد.

* قال (علی بن جعفر): و سألته عن الرجل يكون بطن فحّذه او اليته الجرح هل يصلح للمرأة أن تنظر اليه و تدأويه؟ قال: اذا لم يكن

عورة فلا بأس. «۳»

این حدیث سلسله سند ندارد ولی معتبر است چون ظاهراً کتاب «علی بن جعفر» نزد صاحب وسائل بوده و مستقیماً از او نقل می‌کند.

معنی این جواب چیست؟ کانّ اگر عورت باشد قاعده اهم و مهم جاری نمی‌شود، اما اگر غیر عورت باشد اشکالی ندارد.

احتمال دارد این حدیث را حمل بر محارم کنیم که آیا محارم می‌توانند تمام بدن را ببینند یا نه، در این صورت با این حدیث کلام

مشهور درست می‌شود، ولی احتمال دیگر این است که منظور نامحرم است و حالت اضطرار مراد است (کلمه اضطرار در روایت

نیست) یعنی روایت نمی‌گوید که دست رسی به مرد نیست ولی ما باید آن را بر اضطرار حمل کنیم، اگر بر احتمال اول حمل

کردیم از بحث ما خارج است ولی اگر بر اضطرار حمل کردیم می‌تواند دلیل بر بحث ما باشد. احتمال می‌دهیم که معنی دوم اظهر

باشد.

بعضی هم به احادیثی استدلال کرده‌اند که در عصر پیامبر زانی بودند که در جنگها شرکت می‌کردند و جراح بودند، خصوصاً دو

زن که در بخیه کردن و دوختن جراحات تخصیص داشتند، البته باید بررسی شود که این احادیث در منابع شیعه است یا عامه که در

هر صورت حدّ اقل بعنوان مؤید می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد.

۳۵ ادامه مسئله ۲۲ ... ۱۹ / ۸ / ۷۸

مرحوم صاحب جواهر به حدیثی استدلال کرده که به نظر می‌رسد از بحث ما بیگانه است. «۴»

مرحوم صاحب جواهر به مکاتبه «محمد بن حسن الصفار» که از اصحاب امام حسن عسکری علیه السلام است استدلال کرده که زمان غیبت صغری را ظاهراً درک کرده و مکاتباتی با امام داشته و استاد کلینی است. محمد بن حسن صفار مطلق، مجهول الحال است اما آن کسی که با امام حسن عسکری علیه السلام مکاتباتی داشته «محمد بن حسن بن فروخ الصفار» است. این همان کسی است که شیخ طوسی می‌گوید نامه‌هایی به امام حسن عسکری علیه السلام نوشته و جوابهایی دارد. نجاشی که از علماء رجال است در حق او می‌گوید:

کان وجهها فی اصحابنا القمیین ثقةً عظیم القدر، راجحاً قلیل السقط فی الروایة له کتب «۵»

. بعد هم از شیخ طوسی نقل می‌کند که مکاتباتی با امام علیه السلام داشته است بنابراین صفار در اینجا همان صفار معروف است که از اعظم و بزرگان است. و «وسایل» «۶» این حدیث را دارد ولی نه به این عبارت بلکه عبارتی که بدرد ما

(۱) مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ح ۱، باب ۱۰۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) الکافی، ج ۳، ص ۱۵۵.

(۳) ح ۴، باب ۱۳۰ از ابواب مقدمات نکاح.

(۴) جواهر، ج ۲۹، ص ۸۷.

(۵) رجال نجاشی، ص ۳۵۴.

(۶) ج ۱۸، ح ۱، باب ۴۳ از ابواب شهادت.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۵۲

می‌خورد در من لا یحضر است، صاحب جواهر از نسخه من لا یحضر نقل کرده است در حالی که به آن متنی که در وسائل وجود دارد نمی‌توان استدلال کرد.

* و کتب محمد بن الحسن الصفار الی ابی محمد بن الحسن بن علی علیهما السلام فی رجل اراد أن یشهد علی امرأة لیس لها بمحرم هل یجوز له أن یشهد علیها من وراء الستر و یسمع کلامها اذا شهد عدلان أنّها فلانة بنت فلان التي تُشهدک و هذا کلامها أو لا تعجز الشهادة علیها حتی تبرز و تُبئها بعینها؟ فوقع علیه السلام: تتنقب و تظهر للشهود ان شاء الله. «۱»

روی مبنای ما این روایت دلالتی ندارد چون در شهادت به صورت نگاه می‌کنند و بیش از آن نیست و وجه و کفین طبق مبنای ما و مشهور مستثنا است و نگاه کردن کراهت دارد که به جهت شهادت کراهت هم نیست، ولی قسمت‌های دیگر بدن در صورت ضرورت چه حکمی دارد؟ روایت دلالتی ندارد بلکه اگر بدنش کبود شده و می‌خواهد نشان دهد اینجا به درد بحث ما می‌خورد ولی بحث در وجه و نقاب است و لذا دلالتش ضعیف است.

جمع‌بندی: از تمام بحثهایی که بیان شد (قاعده‌های مهم و روایات عامه و خاصه) بطور قطع و یقین ثابت شد، در مواردی که هدف مهم تری به خطر بیافتد جواز نظر و لمس ثابت است کما اینکه اکل میتة در مقام ضرورت حلال می‌شود حال در مقام شهادت، نکاح، بیع، معالجه، غرق و حرق و یا امور دیگر باشد فرقی نمی‌کند عنوان یکی است و مصادیق متعدّد است.

بسیاری از فقها وقتی وارد بحث استثنا شده‌اند گفته‌اند که به مقدار حاجت نظر و لمس جایز می‌شود و دلیل آن هم روشن است «الضرورات تنقذ بقدرها» کسی که مضطر به اکل میتة است به مقداری که جانس از خطر نجات پیدا کند می‌تواند از میتة استفاده کند، چون اصل و قاعده اولیه حرمت لمس و نظر بود که به مقدار ضرورت استثنا شد و زائد بر آن تحت قاعده باقی می‌ماند و حرام است.

«مسئله مستحده: طرح انطباق»

به عنوان یکی از مسائل مستحده آیا لازم است در نظام پزشکی حکومت اسلامی چنان برنامه‌ریزی شود که زنان بیمار محتاج نامحرم نشوند، همین‌طور مردان، آیا این «طرح انطباق پزشکی» بر موازین اسلامی لازم است یا نه؟ طبق موازین فقهی ما این کار واجب است چون اگر بدانم اگر زاد و توشه کافی بر ندارم در بیابان مضطر به اکل میتة می‌شوم آیا واجب است زاد و توشه بردارم، هر فقهی می‌گوید که اگر یقین داری و یا احتمال می‌دهی که چنین اتفاقی می‌افتد واجب است که زاد و توشه برداری و باید مقدماتی بچینیم که به جای حرام از مباح استفاده کنیم، این یک حکم عقلی است و اگر تخلف کرد و با خودش غذا نبرد واجب است که اکل میتة کند ولی معصیت کرده است حال در ما نحن فیه ما می‌دانیم اگر دانشگاه پزشکی جداگانه و بیمارستان جداگانه برای زن و مرد نداشته باشیم گرفتار آن ضرورت می‌شویم، آیا واجب است جلوی این ضرورت را بگیریم (مثل برداشتن زاد و توشه برای سفر در بیابان) شکی نیست که طبق موازین فقهی بر حکومت اسلامی لازم است که این ضرورتها را با مقدمه چینی‌های لازم از بین ببرد.

[مسئله ۲۳: كما يحرم على الرجل النظر الى الاجنبية يجب عليها التستر من الاجانب]

اشاره

۳۶ مسئله ۲۳ (وجوب الستر على النساء ...) ۷۸ / ۸ / ۲۲

مسئله ۲۳: كما يحرم على الرجل النظر الى الاجنبية يجب عليها التستر من الاجانب ولا يجب على الرجال التستر و ان كان يحرم على النساء النظر اليهم عدا ما استثني، و اذا علموا (اي الرجال) بان النساء يتعمدن النظر اليهم (بدون تلذذ و ريبه در مقابل سهواً است) فالاحوط (احتياط مستحب) التستر منهن و ان كان الاقوى عدم وجوبه.

عنوان مسأله:

این مسأله در واقع مسئله وجوب حجاب زنان و عدم وجوب حجاب مردان است، که در عصر و زمان ما از مسائل مهمه است. در زمان طاغوت عده‌ای از قلم بدستان منکر حجاب می‌شدند، عده‌ای در مقابل آنها مقالاتی در اهميت حجاب نوشتند، ولی علی‌رغم اهميتی که این مسأله دارد در غالب کتاب‌های فقهی ما به عنوان بحث مستقل از آن بحثی نشده است. عروه و تحرير در این مورد باب مستقلی دارد. مرحوم آقای حکیم در مستمسک با چند جمله کوتاه از آن می‌گذرد.

الف) حجاب زنان:

اشاره

امام (ره) می‌فرمایند: حجاب زنان واجب است.

اقوال:

این مسأله از نظر اقوال اجماعی است.

(۱) ج ۳، ص ۶۷، ح ۳۳۴۷.
کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۵۳

ادله:

اشاره

این مسأله سه دلیل عمده دارد:

۱- ضرورت:

این دلیل غیر از اجماع است. مسئله حجاب از مسلمات و واجبات بلکه از ضروریات دین اسلام است، مخصوصاً در زمان ما همه کسانی که با مسلمانان معاشرت دارند فهمیده‌اند که یکی از برنامه‌های تمام فرق مسلمین حجاب است که کم کم به یک شعار تبدیل شده و به آن پایبند هستند و به همین دلیل است که از آن وحشت دارند.

۲- آیات:

اشاره

حد اقل شش آیه (ممکن است بعضی از آنها یک آیه باشد که چند جمله مستقل دارد و هر کدام جداگانه دلالت دارد) بر این مسأله دلالت دارد:

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه
ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۱، ص: ۵۳

الف) آیه «وَلَا يُدِينَنَّ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا». «۱»

آیه می‌فرماید «زنان زینت خود را ظاهر نکنند مگر مقداری که آشکار است (وجه و کفین)» وقتی آشکار کردن زینت‌ها جایز نباشد

به طریق اولی نباید محلّ زینت را آشکار کنند. بعضی معتقدند که اصلاً در آیه مراد محلّ زینت است، ولی ما می‌گوئیم هر دو مراد است پس فی الجمله آیه دستور به حجاب داده است.

(ب) آیه «وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ».

می‌فرماید «باید زنان دنباله‌های روسری خود را روی سینه و گلوی خود بیندازند و آن را بپوشانند» تفسیر این جمله سابقاً بیان شد که این آیه به دلالت مطابقی پوشش مقداری از سینه و گردن را شامل می‌شود که در این صورت بقیه بدن باید به طریق اولی پوشانده شود.

(ج) آیه «وَلَا يُدْرِيْنَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُحُوْلَتِهِنَّ».

زینت باطنه فقط مربوط به محارم است و آشکار کردن آن بر غیر محارم جایز نیست.

(د) آیه «وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ».

زنان عرب چیزی به نام خلخال به پاهای خود می‌بستند که به آن زنگوله‌ای وصل بود و شاید فلسفه‌اش این بود که حیوانات فرار کنند و تدریجاً به یک وسیله زینتی تبدیل شد که از زینت‌های باطنه بود، گاهی بعضی از زنان در مقابل بعضی از مردان هوس‌باز پاهای خود را محکم به زمین می‌زدند و صدای خلخال بلند می‌شد و این صدا وسوسه‌انگیز بود و افرادی که اهل ریه بودند به ساق پای آنها نگاه می‌کردند، قرآن برای رعایت عفت فرمود که پاها را محکم به زمین نزنند.

ظاهر این آیه حرمت است، چون نهی ظهور در حرمت دارد وقتی این کار حرام باشد به طریق اولی (قیاسی اولویت) نشان دادن خود خلخال و ساق پا حرام خواهد بود.

۳۷ ادامه مسئله ۲۳ ... ۲۳ / ۸ / ۷۸

(ه) آیه [وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ] ...

«وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللّٰتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ يَدَهُنَّ عَنِ مَبْرَجَاتِ بَرِيْنِهِنَّ وَأَنْ يَشْتَغِفْنَ خَيْرَ لَهْنٍ وَاللّٰهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ». (۵)

در میان فقها و مفسرین در این آیه دو کلمه محلّ بحث است.

۱- مراد از «الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ» چه کسی است؟

گاهی گفته شده منظور کسانی هستند که «يَتَسَنَّ مِنَ الْحَيْضِ» و گاهی گفته شده که منظور آنهایی هستند که دیگر امیدی برای نکاحشان نیست «لَا يَرْغَبُ فِيْهِنَّ أَحَدٌ» با اینکه آیه خودش توضیح داده نباید در آیه اختلاف کرد، چون خود آیه می‌فرماید «اللّٰتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا» و منظور از اینکه امید به نکاح ندارند به جهت غلبه است و همیشه بستگی به سنّ و سال ندارد.

۲- مراد از «ثِيَاب» چیست که هم در روایات و هم در کلام مفسرین و فقها آمده است؟

از بعضی کلمات استفاده می‌شود که مراد «خِمار» (روسری) و «جَلْبَاب» (چادر) است. از قرائن استفاده می‌شود که زنان یک روسری به نام خمار و یک چادری به نام جلباب داشتند که خمار موها و مقداری از سینه را می‌پوشانده ولی ذراعین را نمی‌پوشانده و جلباب برای پوشاندن آنها بوده است. حال آیا این زنان قواعد جلباب را بر دارند یا خمار و یا هر دو را در اینجا بحث است و روایات هم مختلف است.

«ثیاب» و «قواعد» به ای معنا کان، این آیه مفهوم دارد، چون می‌فرماید: کم کردن حجاب برای قواعد از نسائی که لا یرجون نکاحاً اشکالی ندارد و معنی‌اش این است که زنان غیر قواعد

(۱) آیه ۳۱، سوره نور.

(۲) آیه ۳۱، سوره نور.

(۳) آیه ۳۱، سوره نور.

(۴) آیه ۲۱، سوره نور.

(۵) آیه ۶۰، سوره نور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۵۴

باید حجاب داشته باشند، چرا که اگر حجاب واجب نبود استثنا معنی نداشت، چون آیه حکم استثنا را دارد. ان قلت: آیه از قبیل مفهوم وصف است و مفهوم وصف حجت نمی‌باشد. قلنا: در آیه، وصف مفهوم دارد چون در مقام احتراز است و علاوه بر این آیه در مقام استثنا است.

(و آیه [بَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكِ وَبَنَاتِكَ]...)

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكِ وَبَنَاتِكَ وَنِسَاءِ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذَيْنَ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾. (۱)

در این آیه مخاطب پیامبر است که مأمور است به چند گروه امر کند که جلاب را بخودشان بیچند زیرا این سبب می‌شود که شناخته شوند و آنها را اذیت نکنند. شأن نزول آیه:

در آن زمان زنان کنیز معمولاً حجاب درستی نداشتند و سرشان هم ظاهراً برهنه بوده حتی بعداً هم که حکم حجاب آمد زنان کنیز مشمول حکم حجاب نبودند، ولی زنان دیگر مجبور به حجاب بودند، چون فساق و فجار گاهی با کنیزها شوخی می‌کردند و گاهی هم جسور شده و نسبت به غیر کنیزها هم جسارت می‌کردند و اگر به آنها گفته می‌شد: چرا متعرض زنان می‌شوید؟ در پاسخ می‌گفتند: اینها کنیز هستند و کارشان خیلی حساب و کتاب ندارد. پس این آیه نازل شد که زنان ترتیبی دهند تا شناخته شوند که کنیز نیستند تا فساق و فجار جرأت نداشته باشند به آنها جسارت کنند، قرآن به همین اکتفا نکرده و در آیات بعد منافقین و فجار و فساق را به شدیدترین لحن تهدید کرد:

﴿لَئِنْ لَمْ يَنْتَهِ الْمُذَافِقُونَ وَالَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ وَالْمُرْجِفُونَ فِي الْمَدِينَةِ لَنُغْرِيَنَّكَ بِهِمْ ثُمَّ لَا يُجَاوِرُونَكَ فِيهَا إِلَّا قَلِيلًا مَلْعُونِينَ أَيْنَمَا تُقِفُوا أُخِذُوا وَقُتِلُوا تَفْتِيلًا﴾ (۲) وقتی این آیه نازل شد همه فهمیدند که مسأله جدی است و مجازات سختی برای آنها تعیین شده است.

در آیه «يُدْنِينَ» فعل مضارع به معنی امر است پس در واقع امر به امر است و امر به امر هم امر است مخصوصاً در جایی که امر به پیغمبر (ص) هم باشد حال «يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ» به هر معنایی که باشد منظور وجوب حجاب است و این آیه نشان می‌دهد که حجاب در اسلام واجب بوده است.

ان قلت: تعلیل ذیل آیه «ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذَيْنَ» نشان می‌دهد که امر در آیه از قبیل اوامر ارشادی (مثل قول طیب) است نه مولوی در این صورت استدلال به آیه مشکل است.

قلنا: لا یبعد که آنچه که در ذیل آمده است جنبه حکمت داشته باشد نه تعلیل، یعنی حکمتِ حجابِ عدم تعرض به زنان مسلمان است، و ظاهراً هم مفسران از آن امر مولوی استفاده کرده‌اند.

ز) آیه [وَ إِذِیۡ سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَسَلُوهُنَّ مِّنْ وَرَائِیۡ حِجَابٍ]

... «وَ إِذِیۡ سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَسَلُوهُنَّ مِّنْ وَرَائِیۡ حِجَابٍ ذَلِکُمْ أَطْهَرُ لِقُلُوبِکُمْ وَ قُلُوبِهِنَّ». «۳»

وقتی می‌خواهید از زنان پیامبر متاعی را بگیرید از پشت حجاب بعد با فاصله چند آیه استثنا می‌کند:

«لَا جُنَاحَ عَلَیْهِنَّ فِیۡ اَبَائِهِنَّ وَ لَا اَبْنَائِهِنَّ وَ لَا اِخْوَانِهِنَّ وَ لَا اَبْنَاءَ اِخْوَانِهِنَّ وَ لَا نِسَائِهِنَّ وَ لَا مَا مَلَکَتْ اَیْمَانُهُنَّ» «۴» در اینجا عموها و دایی‌ها ذکر نشده‌اند با اینکه جزء محارم هستند، ولی به قرینه مقابله معلوم می‌شود که قرآن نمی‌خواسته کلمات اضافی را بگوید وقتی حکم عمه و پسر برادر و خاله و پسر خواهر گفته شده حکم عموها و دایی‌ها هم معلوم می‌شود چون نسبتها مساوی است و در آیه برای پرهیز از الفاظ اضافه به آن اشاره شده است.

نحوه استدلال: کلمه حجاب در اینجا به چه معنی است آیا حجاب به معنی پرده خانه است یا به معنی حجاب زن؟

کلمه متاع قرینه خوبی است که حجاب به معنی پرده بیوت (ستر البیوت) است و لذا به افرادی که دم در می‌ایستادند «حاجب» می‌گفتند. اگر این معنی باشد در این صورت معنی آیه این است که بر زنان پیامبر واجب بوده که از پشت پرده با اجانب تماس داشته باشند. آیا کسی به این آیه در مورد غیر زنان پیامبر فتوی داده است؟

این خلاف سیره مستمره مسلمانان است، زیرا زنان مسلمان غالباً بازار می‌رفتند و با نامحرم به خاطر خرید صحبت می‌کردند و هیچ فقیهی هم نگفته است و ما مجبور هستیم یکی از دو کار را بکنیم:

یا بگوییم این مطلب از مختصات نساء النبوی است و یا اینکه حمل بر کراهت کنیم و قرینه آن هم «ذَلِکُمْ أَطْهَرُ» ... است

(۱) آیه ۵۹، سوره احزاب.

(۲) آیه ۶۱-۶۰، سوره احزاب.

(۳) آیه ۵۳، سوره احزاب.

(۴) آیه ۵۵، سوره احزاب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۵۵

پس می‌گوییم که مستحب است از وراء حجاب باشد.

نتیجه: این آیه از نظر استدلال مشکل دارد و اما بقیه آیات برای استدلال خوب است.

۳۸ ادامه مسئله ۲۳ ... ۲۴ / ۸ / ۷۸

۳- روایات:

اشاره

روایات زیادی که چه بسا به حد تواتر می‌رسد. این روایات در هفت طایفه است:

طایفه اول: احادیثی است که در تفسیر آیه شریفه «إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا» وارد شده است

البته آیه مربوط به حجاب است نه بحث نظر.

... عن الفضیل

(ابن یسار)

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الذراعين من المرأة هما من الزينة التي قال الله ولا يبدین زینتهنّ الا لبعولتهنّ؟ قال: نعم و ما دون الخمار من الزینة

(آنچه زیر روسری است یعنی سر و موها و گردن و کمی از سینه، که اینها هم از زینت است)

و ما دون السوارین

(با صراحت و جوب حجاب را برای زنان غیر از وجه و کفین بیان می کند). «۱»

روایت دیگری «۲» شبیه این روایت از «عبد الله بن جعفر» در قرب الاسناد است.

طایفه دوم: احادیثی است که در تفسیر «ثیاب» در آیه «الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ» آمده است

و احادیث زیادی است:

... * محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ «و الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَزُجُونَنِكَاحًا» ما الذي يصلح

لهنّ ان يضعن من ثيابهنّ؟

(کدام لباس را می توانند نپوشند)

قال:

الجلباب «۳»

(یعنی خمار را داشته باشند).

این روایت به ضمیمه روایات دیگر این باب «۴» همه در مورد قواعد بحث می کند، بعضی می گوید ثیاب به معنی جلباب است و بعضی می گوید جلباب و خمار، یعنی هر دو را بردارند که جای بحثش در اینجا نیست ولی تمام این روایات دلالت دارد که اگر از جمله قواعد نبود و زن خمر بود باید حجاب داشته باشد، پس هر شش حدیث علی اختلاف مضامینها دلیل بر بحث ما می تواند باشد.

طایفه سوم: احادیثی است که در حکم «نساء الاعراب» و «اهل البوادی» وارد شده است:

... * عن عبّاد بن صهیب

(ثابت که سند معتبر است)

قال: سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: لا بأس بالنظر إلى رءوس أهل طحامة و الاعراب

(عربهای بادیه نشین)

و اهل السواد

(اهل عراق)

و العلوج

(ایلات و عشایر)

لأنهم اذا نهوا لا ينتهون «... ۵»

چرا ضمیر مذکر برگشته است؟ در کافی «۶» هم همین است ولی در حاشیه وسایل از دو کتاب (من لا يحضر و علل الشرایع) نقل شده است

«لَا نَهَىٰ إِذَا نَهَىٰ لَا يَنْتَهِي»

، امر در مذکر و مؤنث آسان است و مشکلی ندارد. شاهد در این است که نگاه به سرهای این زنان اشکالی ندارد و استثنا است. ان قلت: این روایت در مورد نظر است در حالی که شما در مورد حجاب بحث می‌کنید.

قلنا: ما از «اذا نهوا» ... می‌خواهیم استفاده کنیم که نهی در مقابل کار حرام است پس معلوم می‌شود که کشف حجاب حرام است پس حجاب بر آنها واجب است و اگر نهی می‌شوند و گوش نمی‌کنند می‌توان به آنها نگاه کرد و اشکالی ندارد.

آیا می‌شود این حکم را به زنان بد حجاب هم سرایت داد؟

بعید نیست که اگر نظر ریه و تلذذ نباشد مضمول عموم علت باشد.

نتیجه: طایفه سوّم هم بخوبی دلالت دارد.

طایفه چهارم: روایاتی است که در مورد «اماء» وارد شده است

که وظیفه کنیزان من حیث التستر وظیفه‌شان چیست؟

...* عن محمد بن اسماعیل بن بزيع،

(از اصحاب امام رضا علیه السلام و روایت او صحیحه است)

قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن أمهات الاولاد

(کنیزی که از صاحبش بچه‌دار شده)

لها أن تكشف رأسها بين يدي الرجال قال: تُقَعِّع. (۷)

چرا از «ام ولد» سؤال می‌کنند؟ از اینجا معلوم می‌شود که حجاب مسلم است و لذا از مستثنیات سؤال می‌کند و هر کجا سؤال از استثنا شود معلوم می‌شود که اصل مسأله مسلم بوده است.

در ناحیه کنیزان حجاب مقداری آزادتر است ولی درام ولد فرق می‌کند، چون در مسیر حریت است یعنی خرید و فروش

(۱) ح ۱، باب ۱۰۹ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) ح ۵، باب ۱۰۹ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) ح ۱، باب ۱۱۰ از ابواب مقدمات نکاح.

(۴) ح ۲ و ۳ و ۴ و ۵ و ۶، باب ۱۱۰ از ابواب مقدمات نکاح.

(۵) ح ۱، باب ۱۱۳ از ابواب مقدمات نکاح.

(۶) ج ۵، ص ۵۲۴.

(۷) ح ۱، باب ۱۱۴ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۵۶

نمی‌شود و از سهم ارث ولدش آزاد می‌شود، این شخص وجوب حجاب دارد پس به طریق اولی زنان آزاد باید حجاب داشته باشند و به همین جهت این روایت صریح است.

طایفه پنجم: روایات کثیره‌ای «ا» که از استثناءات بحث می‌کند آیا زن آزاد می‌تواند در مقابل «خَصِي» (خواجه) سرش را برهنه کند؟

روایات در زمینه خصی مختلف است، بعضی روایات خصی را مردی می‌دانند که قوای مردانگی را از او گرفته‌اند ولی چون مرد

است نباید در مقابل او مکشوف الرأس ظاهر شوند، تعدادی از این روایات هم می‌گویند خصی مستثنا است و شاید داخل در مستثنای «غَيْرِ أُولَى الْأَرْبَةِ مِنَ الرَّجَالِ» است که فتوی به جواز می‌دهند.

در این باب «۲» تعدادی از روایات اجازه می‌دهد و تعدادی هم منع می‌کند، بعضی بین دو طایفه جمع کرده و حمل بر کراهت کرده‌اند، ولی بحث ما در این نیست بلکه بحث در حجاب است به این بیان که چون حجاب واجب بوده لذا از خصی سؤال می‌کند و اگر بنا بود حجاب واجب نباشد معنی نداشت که از خصی و از مستثنیات سؤال کند و روایات مجوزه و مانعاً این باب هر دو برای ما دلالت می‌کند، چون علی ای حال سؤال و جواب از مستثنی است.

... * عن علی بن علی اخی دعبل عن الرضا عن آبائه عن الحسين عليهم السلام قال: ادخِلْ علی اختی سکینه بنت علی خادم (به قرینه ذیل روایت، خادم، خصی بوده است)

فغَطَّتْ رَأْسَهَا مِنْهُ فَقِيلَ لَهَا:

أَنَّهُ خَادِمٌ

(خصی است)

فَقَالَتْ: هُوَ رَجُلٌ مُنْعٌ مِنْ شَهْوَتِهِ. «۳»

ما در اینجا نمی‌خواهیم به فعل حضرت سکینه استناد کنیم تا بگوئید جزء معصومین نیست ما می‌خواهیم چون راوی «عن الحسين» دارد، یعنی امام حسین علیه السلام به این کار راضی بوده است و این روایت نشان می‌دهد که پرهیز کردن خوب است، حال یا مستحب است یا واجب، شاید استدلال حضرت سکینه علیها السلام دلیل بر وجوب باشد چون از مردان واجب است که بپوشانند.

... * عن محمد بن اسماعیل بزیر قال سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن قِنَاعِ الحرائر من الخصِيَّاتِ

(معلوم می‌شود که غیر خصیّات از مسلمات بوده است)

، فقال: كانوا يدخلون علی بنات ابی الحسن علیه السلام

(مراد موسی بن جعفر است)

و لا يَتَفَنَّنَنَّ، قلت: فكانوا احراراً

(خصی‌ها احرار بودند)؟

قال: لا، قلت: فالاحرار يَتَفَنَّنَنَّ منهم؟

قال: لا. «۴»

خصی چه حر باشد و چه عبد، به خاطر اینکه خصی است زنان لازم نیست قناعی داشته باشند. این روایت از روایات مجوزه و روایت قبلی از روایات ناهیه است.

جمع بین این روایات چگونه است؟

کاری به جمع بین روایات نداریم و فقط برای بحث حجاب به آن استدلال می‌کنیم که بر بحث ما دلالت دارد.

۳۹ ادامه مسئله ۲۳ ... ۲۵ / ۸ / ۷۸

طایفه ششم: احادیثی است که در باب ۱۲۶ آمده

و دو مسأله را عنوان می‌کند:

۱- جاریه (دختر) از چه زمانی باید حجاب را رعایت کند (از اصل وجوب حجاب بحث نیست، پس مسلم بوده است). این روایات می‌گویند وقتی بالغ شد باید خمار و روسری داشته باشد.

۲- از چه موقعی زنان خودشان را از پسرها بیوشانند؟ و روایات می گوید تا پسر بالغ نشده لازم نیست زنان خود را از او بیوشانند و دلیل بر این است که اصل مسئله حجاب مسلم و قطعی بوده و فقط زمان آن محل اختلاف است. در این باب چهار روایت است که هر چهار روایت دلیل بر بحث ما می شود:

... عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام

(امام باقر)

قال:

لا يصلح للجارية إذا حاضت إلا أن تَحْتَمِرَ إلا أن لا تجده

(خمار نداشته باشد و یا پیدا نکند). «۵»

* عبد الله بن جعفر في قرب الاسناد ... عن الرضا عليه السلام قال: لا تُغَطِّي المرأة رأسها من الغلام حتى يبلغ الغلام. «۶»

طایفه هفتم: روایاتی در باب ۱۲۴ در مورد این که آیا زن باید خود را از عبدش بیوشاند یا نه؟

در این باب بعضی روایات دلالت بر پوشش و بعضی دلالت بر عدم پوشش دارد.

* عن يونس بن عمار و يونس بن يعقوب جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام: لا يحل للمرأة أن ينظر عبداً الى شيء من جسدها إلا

إلى شعرها غير متعمدٍ لذلك، «۷»

(نظر ریه و لذت نداشته باشد).

(۱) باب ۱۲۵ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) باب ۱۲۵ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) ح ۷، باب ۱۲۵ از ابواب مقدمات نکاح.

(۴) ح ۳، باب ۱۲۵ از ابواب مقدمات نکاح.

(۵) ح ۱، باب ۱۲۶ از ابواب مقدمات نکاح.

(۶) ح ۴، باب ۱۲۶ از ابواب مقدمات نکاح.

(۷) ح ۱، باب ۱۲۴ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۵۷

در این باب ۹ روایت است و ما فقط این روایت را انتخاب کردیم چون تمام روایات در مورد نظر ولی بحث ما در حجاب است، این

روایت می گوید «لا يحل للمرأة» ... بر زن حلال نیست که غلامش او را ببیند (این روایت در مورد وظیفه زن است).

جمع بندی:

از مجموع بحثها در این ۷ طایفه روشن می شود که ما روایات زیادی در حد تواتر داریم که دلالت می کند که حجاب لازم بوده

است. و غالب این روایات دلالتش دلالت التزامی بود و ما معتقدیم که دلالت التزامی در اینجا از دلالت مطابقی بهتر است، چون

اصل وجوب را مسلم می گیرد. پس حجاب امر مسلم و مفروض عنه بوده و سؤال از فروع آن شده است حال اگر این روایات به آیات

و به ضرورت دین (مسأله از ضروریات دین است) ضمیمه شود حکم وجوب حجاب بر زنان با ابلغ البیان و اتم البرهان ثابت

می شود و جای گفتگو ندارد که بعضی می گویند حجاب در زمان ائمه و پیامبر نبوده و در زمان صفویه پیدا شده است، هذا کله

بالنسبة الى النساء.

ب) حجاب مردان:

اشاره

اما در مورد حجاب مردان عبارت امام (ره) این بود
...ولا یجب علی الرجال التستر و ان کان یحرم علی النساء النظر الیهم.

اقوال:

در کلمات فقها مطلب چندانی بر عدم وجوب حجاب بر رجال وجود ندارد ولی از لابلای بحث‌ها به دلالت التزامی شاید چیزهایی استفاده شود، فقط مرحوم آقای حکیم با صراحت بحث کرده و می‌فرماید:
یظهر من کلماتهم انه من القطعیات (عدم وجوب حجاب مردان از قطعیات است) عند جمیع المسلمین و ینبغی ان یکون كذلك (سزاوار است که قطعی باشد) فقد استقرت السیره القطعیة علیه، بل تمکن دعوی الضرورة علیه «۱» (همان طوری که وجوب حجاب بر زنان ضروری بود عدم حجاب بر مردان جزء ضروریات است).
حجاب مردان آیه و روایت ندارد به همین دلیل عدّه‌ای از فقها که متعرض این مسأله شده‌اند معتقدند که «لا یجب علی الرجال التستر».

ادله بر عدم وجوب تستر مردان

۱- سیره قطعیه:

اشاره

این مسأله در کلام مرحوم آقای حکیم بیان شد حتی ایشان ادعای ضرورت هم نمودند.

جواب از سیره:

در جواب آقای حکیم بر این مطلب که می‌فرمایند سیره قطعیه بر این است که حجاب مردان لازم نیست از ایشان سؤال می‌کنیم که سیره تا چه اندازه است؟ اگر مراد صورت دستها، گردن، کمی از سینه، ذراعین، قدمین و کمی از ساق پاها باشد، سابقاً بیان شد که اینها نه تنها وجوب تستر ندارد بلکه جواز نظر هم دارد (اگر قصد تلذذ و ریبه نباشد) پس این موارد را کنار می‌گذاریم، آیا در بقیه هم سیره جاری شده است؟ آیا سیره داریم که مرد برهنه و فقط با یک شورت در ملاء عام ظاهر شود؟ کدام سیره است که چنین اجازه دهد؟ پس سیره در همان حدی است که گفته شد و نسبت به عریان شدن سیره نداریم. در صدر اسلام هم شاید بعضی از مسلمانان پیراهن نداشتند که بپوشند اما بعدها که وضع مسلمانان بهتر شد نشینده‌ایم که کسی برهنه باشد، پس سیره را نپذیرفتیم.

۲- مقتضای اصل:

اشاره

اصل در مسأله براءت و عدم وجوب تستر است و کسی که ادعای وجوب حجاب می کند باید اقامه دلیل و برهان کند بنابراین در اینجا بین وظیفه زن و مرد تفکیک می شود به زن می گوید نگاه نکن و به مرد می گوید که تستر واجب نیست.

جواب از اصل:

ما می خواهیم ادعا کنیم که بر خلاف این اصل دلیل داریم یعنی بگوییم همان گونه که نگاه کردن زنان اجانب به مردان حرام است بر مردان هم تستر واجب است.

ادله وجوب تستر مردان:

اشاره

اگر بدن مرد در معرض دید زنان باشد (غیر از موارد استثنا شده) به عنوان ثانوی می توان حکم به حرمت کرد که دو عنوان ثانوی را بیان می کنیم:

۱- اعانت بر اثم:

اشاره

شکی نیست که اگر مرد پیراهن نپوشد و در کوچه و بازار ظاهر شود، زنان بر بدن او نگاه می کنند و نگاه زنان حرام است پس عریان بودن او اعانت بر حرام است و حرام خواهد بود.
ان قلت: مرحوم آقای حکیم می فرمایند که در اعانت قصد لازم است (غیر از آقای حکیم فقهای دیگر هم در بحث «اعانت ظلمه» در مکاسب محرمه می فرمایند که اعانت قصد می خواهد) به این معنی که اعانت بر چیزی توقف بر قصد

(۱) مستمسک، ج ۱، ص ۵۹ ذیل مسئله ۵۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۵۸

تسبب دارد، یعنی قصد این است که شما بدن را برهنه کنید تا او نگاه کند، این حرام است، اما اگر فاعل ذی المقدمه قاصد ذی المقدمه نباشد اعانت نیست و لو علم داشته باشد.

قلنا: ما معتقدیم که اعانت امر عرفی است گاهی بدون قصد هم صدق اعانت می کند. مثلاً: گروهی از دشمنان اسلام مشغول جنگ با مسلمانان هستند گروهی سوجدو اسلحه به دشمنان می فروشند و یقین دارند که این سلاحها را در جنگ علیه مسلمانان به کار می برند در حالی که فروشنده قصدش پول است (به طوری که اگر بدانند در جنگ استفاده نشده خیلی هم خوش حال می شود) پس مقدمه را که بیع سلاح است به خاطر کسب درآمد انجام می دهد و قصد ذی المقدمه یعنی استعمال بر ضد مسلمین را ندارد، آیا نمی گویند این کمک بر ضد مسلمین است. در اینجا می گوئیم که قصد معتبر نیست و عرف می گوید که این کمک است؛ و یا به عبارت دیگر قصد آن قهری است و این مقدمه لا ینفک از ذی المقدمه است.

بنابراین بیع سلاح لاعداء الدین غیر از روایات خاصه دلیل دیگری که همان «اعانت بر اثم» است، هم دارد.

مثال دیگر: اگر انگور را به کسی بفروشد که می‌داند از آن برای ساختن خمر استفاده می‌کند، به قصد این که پول بیشتری می‌دهند در اینجا هر عرفی این را اعانت می‌داند بر آلودگی جوانان، پس در اعانت در بعضی موارد قصد لازم نیست یا قصدش قهری است. ما نحن فیه هم از همین قبیل است، اگر علم داشته باشد به فساد عرف می‌گوید که اعانت است و لذا در سینه زنی و ورزش در مقابل نامحرم هم می‌گوییم نباید برهنه شوند.

۴۰ ادامه مسئله ۲۳ ... ۲۶ / ۸ / ۷۸

اعانت بر اثم به بیان دیگر:

عنوان ثانوی اعانت بر اثم یک صغری دارد و یک کبری:

صغری: ما نحن فیه مصداق للاعانة

کبری: لا تعاونوا علی الاثم و العداوان

کبری مسلم است اما صغری مورد تردید واقع شده که این مصداق تعاون نیست چون قصد ندارد در حالی که در اعانت یک عنصر مهم قصد است و در اینجا قصد نیست پس صغری منتفی است.

ولی ما در جواب گفتیم که عنصر قصد الزاماً در عنوان اعانت شرط نیست و ما تابع صدق عرفی هستیم و می‌گوییم «القصد هنا قهری، تبعی، ضمنی»، پس ما قصد را جزء قوام عنوان اعانت نمی‌دانیم بلکه علم کافی است و قصد لازم نیست.

ان قلت: اگر چنین باشد (علم کافی باشد و قصد معتبر نباشد) باید خیلی کارها را تعطیل کنیم مثلاً باید به ارباب معاصی نان نفروسیم و مواد غذایی ندهیم اگر آنها نان پیدا نکنند و وسایل زندگی نداشته باشند گناه نمی‌کنند و اگر به آنها نان یا مواد غذایی فروخته شود، اینهم اعانت است.

قلنا: اینکه ما گفتیم در مقدمات قریبه است و این که شما می‌گوئید در مقدمات بعیده است، پس در مقدمات قریبه لا- سیما المنحصرة، قصد معتبر نیست.

و امّا در ما نحن فی می‌گوییم علم دارد (اگر چه قصد ندارد) که با در آوردن پیراهن برای ورزش یا عزاداری در مقابل زنان، عده‌ای از آنها به گناه می‌افتند، در اینجا مقدمه قریب است (با پوشیدن پیراهن به گناه نمی‌افتد) و این مورد با آن دو مثال ما (بیع عنب و بیع سلاح) فرقی ندارد بنابراین هم صغری مسلم است و هم کبری.

۲- از باب نهی از منکر:

نهی از منکر و مقدمه آن واجب است، آیا در نهی از منکر باید از طریق اعدام موضوع (از بین بردن موضوع)، منکر را از بین ببریم یا آنکه باید منکری باشد تا ما آن را از بین ببریم؟ ما معتقدیم که نهی از منکر گاهی از طریق نفی موضوع است و به همین جهت است که وقتی پیامبر به مکه آمد بتها را شکست، و یا مسلمانان وقتی به آتشکده‌ها آمدند آنها را ویران کردند، و گاهی نهی از منکر از طریق جلوگیری از فعل است.

آقای حکیم نهی از منکر را به معنی جلوگیری از انجام فعل می‌دانند و می‌فرمایند:

الزجر عن المنکر تشریحاً بمعنی: احداث الدّاعی الی التّرك (باید جلوی فعل را بگیرد نه جلوی موضوع را) فلا یقتضی وجوب ترک بعض المقدمات لئلا یقع المنکر «... ۱» یعنی نابود کردن موضوع لازم نیست و شما باید داعی به ترک فعل درست کنید و ادله شامل نمی‌شود بعد هم نقض می‌کند که اگر نهی از منکر با ترک بعضی از مقدمات حاصل شود در باب امر به معروف هم باید

(۱) مستمسک، ج ۱۴، ص ۶۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۵۹

بگوئید که اگر ما فلان مقدمات را انجام ندهیم مردم نماز نمی خوانند، پس همان گونه که وجوب فعل بعضی از مقدمات برای امر به معروف نیست و بر ما لازم نیست که مقدمات معروف را بجای آوریم بنابراین مقدمات منکر را هم لازم نیست از بین ببریم و ما فقط باید داعی به ترک فعل درست کنیم و کاری با موضوعات نداریم.

قلنا: ما یقین داریم که اگر در شراب خانه بسته نشود مردم شراب می خورند و یا اگر پارکی را که مرکز فساد است تعطیل نکنیم فساد ادامه پیدا می کند، آیا به نظر شما عموماً امر به معروف و نهی از منکر شامل اینجا می شود؟

مرحوم آقای حکیم می فرمایند: نه بلکه باید داعی به ترک فعل ایجاد کنیم که یک کار تشریحی است ولی ما می گوئیم مرکز را می بندیم که یک کار تکوینی است، هر عرفی می گوید که امر به معروف و نهی از منکر شامل اینها می شود علاوه بر عرف، فعل انبیا شاهد بر این است.

حال در ما نحن فیه شخص می داند اگر پیراهن خود را بپوشد صد منکر دفع می شود، آیا ادله نهی از منکر شامل حال او نمی شود؟ قطعاً شامل می شود و سیره عقلا بر این بوده است، مضافاً که فعل انبیا هم همین بوده که موضوع را از بین ببرند.

مثال واضح تر این است که در جایی که عده ای مشغول شراب خواری هستند و ما به دستور حاکم شرع برای جلوگیری از آنها چاره ای جز شکستن شیشه های شراب نداریم خود این آقایان می گویند باید این کار با اجازه حاکم شرع انجام شود.

و اما نقضی که آقای حکیم وارد کردند و مهم است این نقض را از ایشان می پذیریم و می گوئیم که اگر یکجا امر به معروف جز از طریق ایجاد مقدمه میسر نشود، مردم باید ایجاد مقدمه کنند، به عنوان مثال شهری است که حمام ندارد و مردم حوصله ندارند که در منزل آب گرم کرده و غسل کنند و به همین جهت نماز نمی خوانند و روزه نمی گیرند آیا در اینجا حکومت اسلامی نباید برای آنها حمام درست کند؟ اگر حمام درست شود هم نماز می خوانند و هم روزه می گیرند، ما این را هم می پذیریم یعنی در باب امر به معروف هم اگر ایجاد مقدمات باعث فعل معروف شود آن را هم واجب می دانیم یا بر مردم به عنوان واجب کفائی یا بر حکومت اسلامی، حتی این تبلیغی هم که طلب می کنند از باب ایجاد مقدمه است.

[مسئله ۲۴ و ۲۵ و ۲۶]

[مسئله ۲۴: لا اشکال فی ان غیر الممیز من الصبی و الصبیة خارج عن احکام النظر و اللبس بغیر شهوة]

۴۱ م ۲۴-۲۶ (النظر الی الصبی و الصبیة و بالعکس ...) ۲۹ / ۸ / ۷۸

مسئله ۲۴: لا اشکال فی ان غیر الممیز من الصبی و الصبیة خارج عن احکام النظر و اللبس بغیر شهوة، لا معها لو فرض ثورانها (نگاه کردن بچه غیر ممیز به جنس مخالف و بالعکس اشکالی ندارد).

[مسئله ۲۵: يجوز للرجل أن ينظر الى الصبي ما لم تبلغ اذا لم يكن فيه تلذذ و شهوة]

مسئله ۲۵: يجوز للرجل أن ينظر الى الصبي ما لم تبلغ اذا لم يكن فيه تلذذ و شهوة، نعم الأحوط الأولى الاقتصار على مواضع لم تجز العادة على سترها باللبسة المتعارفة مثل الوجه و الكفين و شعر الرأس و الذراعين و القدمين لا مثل الفخذين و الالين و الظهر الصدر و الثديين و لا ينبغي ترك الاحتياط فيها و الاحوط عدم تقبيلها و عدم وضعها في حجره اذا بلغت ست سنين.

مسئله ۲۶: يجوز للمرأة النظر الى الصبي المميز ما لم يبلغ

مسئله ۲۶: يجوز للمرأة النظر الى الصبي المميز ما لم يبلغ ولا يجب عليها التستر عنه ما لم يبلغ مبلغاً يترتب على النظر منه أو اليه ثوران الشهوة على الأقوى في الترتب الفعلي و على الأحوط في غيره.

عنوان سه مسأله:

این سه مسأله در واقع صور مختلف یک مسأله هستند که ما هر سه را با هم مطرح می کنیم:

مسئله ۲۴: نگاه کردن بچه غیر ممیز به جنس مخالف و بالعکس اشکالی ندارد.

مسئله ۲۵: نگاه کردن مردان به دختران ممیز مادامی که بالغ نشده اند جایز است اگر تلذذ و ربه ای در کار نباشد...

مسئله ۲۶: نگاه کردن زنان به پسر بچه های ممیز مادامی که همراه تلذذ و ربه نباشد اشکالی ندارد و نگاه کردن پسر بچه ممیز به زنان اگر موجب ثوران (تحریک) شهوت شود ممنوع و اگر نه جایز است.

اقوال:

صاحب ریاض می فرماید:

و يستثنى من الحكم مطلقاً (ای حکم النظر) اجماعاً محلّ الضرورة، و القواعد من النسوة و الصغیر غیر المميز، و الصغیره، فيجوز النظر منهنّ مطلقاً و اليهنّ ... و في جواز نظر المميز الى المرأة إن لم يكن محلّ ثوران (تحریک و هیجان) تشوّق و شهوة قولان: أحوطهما المنع فيمنعه الولي عنه (مسأله را سه قسمت کرده است). «۱»

(۱) ج ۱۰، ص ۷۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۶۰

مرحوم کاشف اللثام می فرماید:

و للصبي المذی لم يظهر على عورات النساء النظر الى الاجنبية بمعنى أنه ليس عليها التستر عنه امّا المذی لم يبلغ مبلغاً يحكى ما يرى (چیزهایی را که می بیند نمی تواند بیان کند) فکذلك قطعاً، للقطع بدخوله في الآية (الذین لم یظهروا علی عورات النساء «۱») و امّا الذی يحکیه و ليس له ثوران شهوة، فاستقرب في التذكرة أنه كذلك ... و امّا من به ثوران شهوة فقطع بأنه کالبالغ و هو قوی «... ۲» شهید ثانی در مسالك و صاحب ریاض مثل مرحوم امام سه صورت را ذکر کرده اند ولی کشف اللثام چهار صورت درست می کند (غیر ممیز، آنچه که می بیند نمی تواند حکایت کند، ممیز بدون هیجان و ممیز با هیجان).

از کتاب مغنی «۳» ابن قدامه و المجموع «۴» نووی که دو کتاب فقه استدلالی و معروف اهل سنت است استفاده می شود که آنها هم کم و بیش در این مسأله مانند ما هستند یعنی در غیر ممیز نظر را جایز می دانند و در مورد ممیز دو قول دارند، بعضی قائل به جواز و بعضی قائل به عدم جواز می باشند و تفاوتی که با ما دارند در این است که ما در این مسأله سه صورت تصور می کنیم (غیر ممیز، ممیز بدون ثوران شهوت و ممیز با ثوران شهوت) ولی آنها تا آنجا که ما دیده ایم دو صورت ذکر کرده اند (غیر ممیز و ممیز).

اقسام صبی:

اشاره

مسأله را بر اساس نظر امام (ره) تقسیم‌بندی می‌کنیم:

۱- صبی غیر ممیز:

اشاره

مسأله خالی از پیچیدگی نیست. ابتدا سراغ غیر ممیز می‌رویم و استثناء اول از موضوع بحث می‌کنیم.

غیر ممیز را چند گونه معنی کرده‌اند:

۱- بچه‌ای که خوب و بد و حسن و قبح را نمی‌فهمد، مثلاً نمی‌فهمد که نباید لب چاه برود.

۲- بچه‌ای که مسائل جنسی، رابطه جنسی، شهوت و رابطه زوج و زوجه را نمی‌فهمد.

۳- بچه‌ای که هیچ چیز را نمی‌فهمد حتی پدر و مادر را هم نمی‌شناسد.

مراد کدام معنی است؟

تصوّر ما این است که غیر ممیز هر جا معنی خودش را دارد اگر در حلال و حرام بحث شود مراد غیر ممیزی است که حلال و حرام را نمی‌فهمد، اگر از پاکی و نجسی بحث شود مراد بچه‌ای است که فرق بین پاکی و نجسی را نمی‌داند و اگر در ظلم و عدالت بحث شود مراد بچه‌ای است که معنی ظلم را نمی‌داند.

هر حکمی تمییز موضوع لازم دارد و هر کس تمییز موضوع نمی‌دهد مشمول آن حکم نیست، در ما نحن فیه هم غیر ممیز همین است.

ادله:

۱- آیه «أَوْ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ». «۵»

«طفل» در آیه معنی جنسی و جمعی دارد (ای الاطفال) این قسمت از آیه در واقع استثناء از زینت باطنه است (وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا...).

«لَمْ يَظْهَرُوا» به چه معناست؟

مرحوم طبرسی در مجمع البیان دو معنی را بیان می‌کند و ما در تفسیر نمونه این دو معنی را ذکر کرده‌ایم:

۱- به معنی «لم یطلعوا و لم یعلموا».

۲- به معنی «لم یقدروا» یعنی قدرت بر مسائل جنسی ندارد.

«لَمْ يَظْهَرُوا» در قرآن به هر دو معنی به کار رفته است، در سوره کهف «إِنَّهُمْ إِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ يَرْجُمُوكُمْ» «۶» در اینجا «لَمْ يَظْهَرُوا» به معنی «لم یطلعوا» است و در سوره توبه می‌فرماید:

مشرکین عهد و پیمان‌شان اعتباری ندارد و از آنها نترسید و اگر مشرکین بر شما غالب شدند پیمان را رعایت نمی‌کنند «كَيْفَ وَ إِنْ يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ لَا يَرْقُبُوا فِيكُمْ إِلَّا وَا لَ دِمَّةً» «۷» «إِنْ يَظْهَرُوا» در اینجا به معنی «یقدرو» است.

حال در آیه ۳۱ سوره نور منظور از «لم یظهروا» چیست؟

ظاهر آیه این است که به معنی «لم یطلعوا» است یعنی اینها مسائل جنسی را نمی‌فهمند بنابراین غیر ممیز یعنی بچه‌هایی که از مسائل جنسی سردر نمی‌آورند.

پس یکی از دلایل جواز نظر در صورت اول از صور ثلاثه، آیه شریفه است که می‌گوید: زینت باطنه را برای بچه‌ای که مسائل جنسی را تمییز نمی‌دهد می‌توان ظاهر کرد. این آیه

(۱) آیه ۳۱، سوره نور.

(۲) کشف اللثام، ج ۷، ص ۳۰.

(۳) ج ۷، ص ۴۵۵.

(۴) ج ۱۶، ص ۱۳۹.

(۵) آیه ۳۱، سوره نور.

(۶) آیه ۲۰، سوره کهف.

(۷) آیه ۸، سوره توبه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۶۱

خوب است ولی مشکل دارد و آن این است که اخصّ از مطلوب است (یعنی اخصّ از نگاه است) و تمام مقصود را نمی‌رساند یعنی فقط در موردی است که زن بر بچه غیر ممیز ظاهر می‌شود و در مورد نگاه مرد به دختر بچه غیر ممیز و نگاه زن به آن بچه بحث نشده است، پس این دلیل اخصّ از مدعاست.

۲- انصراف آیه «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا» «... ۱» و آیات حجاب:

«۲» این دلیل شاملتر و قویتر از دلیل قبلی است.

جمع بندی:

تا اینجا مسئله اولی را تمام کردیم یعنی نگاه غیر ممیز به زن و نگاه زن به او و نگاه کردن مرد به دختر غیر ممیز و نگاه کردن دختر غیر ممیز به مرد اشکالی ندارد (جز در صورتی که ریه باشد) و دلیل ما هم آیه‌ای از سوره نور و انصراف اطلاقات ادله از غیر ممیز بود.

۴۲ ادامه مسائل ۲۶-۲۴ ... ۳۰ / ۸ / ۷۸

۲- صبی ممیز:

ادله:

اشاره

در مورد ممیز هم آیات و هم روایات (بخلاف غیر ممیز) داریم و همان گونه که گفتیم دو صورت دارد:

الف) بدون هیجان شهوت (عدم ثوران الشهوت):

اشاره

در این صورت مسأله دارای دو قول است، عده‌ای قائل به عدم جواز شده‌اند و معتقدند زن خودش را در مقابل ممیز منکشف نکند و مثل بالغ با او رفتار کند.

دلیل بر عدم جواز: آیه ... «أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ» «۳»

اشاره

این آیه یک مفهوم و یک منطوق دارد، منطوق آیه در مورد طفل غیر ممیز، و مفهومش در مورد ممیز است. ان قلت: این از قبیل مفهوم وصف است و مفهوم وصف حجت نمی‌باشد.

بحث اصولی:

در علم اصول بحث است که آیا مفهوم وصف حجت است یا نه؟ ما معتقدیم تمام قیودی که در مقام احتراز هستند یعنی برای خارج کردن بعضی از افراد موضوع می‌باشند (نه قید توضیحی) مفهوم دارند. «۴»
 قلنا: آیه در مقام احتراز است و مفهوم دارد یعنی می‌گوید طفل در مقام ابداء زینت مستثنی است، منتهی مقید به این که «لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ» و اگر «یظهروا علی عورات النساء» باشد جایز نیست که نشان دهند و ظاهراً دلیل خوبی است.

دلیل بر جواز: آیه ۵۸ سوره نور

در سوره نور دو آیه داریم که بیان استیذان می‌کند، حکمی که در میان مسلمانها کمتر عمل می‌شود با اینکه صریح قرآن است. قرآن دستور می‌دهد که در سه زمان بچه‌های نابالغ وقتی می‌خواهند وارد شوند باید اجازه بگیرند و در غیر این سه زمان آزاد هستند، اما بچه‌های بالغ هر زمان وارد جایگاه خصوصی پدر و مادر می‌شوند باید اجازه بگیرند.
 «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنَكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ (قبل از نماز صبح) وَحِينَ تَضَعُونَ لِجِبْتِكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ (بعد از ظهر) وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ (موقع خواب) ثَلَاثَ عَوْرَاتٍ لَكُمْ (این سه زمان است که باید وقت و جای شما محرمانه حساب شود) لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ (غیر از این سه وقت) طَوَّافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ* وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ (بالغ شدند) فَلْيَسْتَأْذِنُوا (مطلقاً اجازه بگیرند که در اینجا بیشتر به نامحرم می‌خورد چون پسر خودش هر دقیقه نمی‌تواند اجازه بگیرد) كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ (اجازه گرفتن در هنگام ورود بر پدر و مادر در اقوام گذشته هم بوده و از آداب دینی و انسانی است) كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ».
 «۵»

در این سه مورد ممکن است زن و شوهر در حالتی باشند که با بودن بچه‌ها مناسب ندارد و در غیر از این سه مورد به بچه‌های نابالغ آزادی داده شده است.

نکته اول: بچه‌هایی هستند که سَنَشَان نسبتاً بالاست و معنی اجازه گرفتن را می‌فهمند، پس آیه اول چیزی بالاتر است یعنی بچه‌هایی را شامل می‌توان آنها را وادار به اجازه گرفتن کرد.

(۲) آیه ۳۱، سوره نور و آیه ۵۹، سوره احزاب.

(۳) آیه ۳۱، سوره نور.

(۴) انوار الاصول، ج ۲، ص ۵۲.

(۵) آیه ۵۹-۵۸، سوره نور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۶۲

نکته دوم: ظاهر آیه اول اعم است و فقط مخصوص بچه‌ها نسبت به پدر و مادر نیست بلکه بچه‌های دیگر فامیل، چه محرم و چه نامحرم را هم شامل می‌شود، حتی در آیه دوم قرینه‌ای داریم که نشان می‌دهد بیشتر نامحرم‌ها منظور هستند و لذا می‌گوئیم اطلاق دارد و هم محرم را می‌گیرد و هم نامحرم را.

مجموع این دو آیه دو دستور دارد که ظاهر آن هم وجوب است، یعنی اجازه گرفتن در سه موقع واجب است و اگر بالغند در هر موقع باید اجازه بگیرند. حال شاهد ما این است که وقتی شارع این سه موقع را در بچه نابالغ استثنا کرده در غیر این سه موقع ورود آنها بدون اجازه اشکال ندارد و چون غالباً زن‌ها مقتعه ندارند، پس معلوم می‌شود که در این موارد شارع اجازه می‌دهد بچه نابالغی که معنی اجازه را می‌فهمد بدون اجازه بر زنان و مردان نامحرم داخل شود و چه بسا سر برهنه هم باشند پس این دلیل است بر جواز نظر ممیز به زن نامحرم در حد متعارف.

جمع بندی:

اشاره

دو آیه پیدا کردیم که در مقابل هم وارد شده است. آیه‌ای «۱» که می‌فرماید: نظر طفل ممیز به زینت باطنه جایز نیست و آیه دیگر «۲» می‌فرماید جایز است. تقابل ظاهری دو آیه مثل روایتین متعارضین نیست که بگوئیم «خذ بما اشتهر و یا خذ بما خالف العامه و ...» اگر دو آیه ظاهرشان متعارض شد فقط باید جمع دلالی کرد (نص و ظاهر یا ظاهر و اظهر).

جمع دلالی:

اشاره

در اینجا دو راه جمع داریم (جمع تبرعی، جمع عرفی):

بحث اصولی:

جمع بر دو قسم است:

الف) جمع عرفی:

در جایی است که قرینه داریم مثل قرینه عام و خاص یا نص و ظاهر.

بعنوان مثال اگر روایتی داشته باشیم که «اغسل للجمعه» امر ظهور در وجوب و احتمال استحباب دارد و روایت دیگری بگوید: «یجوز ترک غسل الجمعة» این نص است و نص مقدم است بر ظاهر، این جمع عرفی است.

۱- بر اساس تفصیل معروف بگوئیم آنجایی که هیجان شهوت است داخل در «لا یجوز» و آنجایی که هیجان شهوت نیست جایز است، شاید این بزرگواران که بین هیجان و غیر هیجان تفصیل داده‌اند به همین جهت بوده است که دفع تعارض بین دو آیه کنند.

البته این جمع تبرّعی است و شاهد ندارد در حالی که جمع شاهد و قرینه می‌خواهد.

(ب) جمع تبرّعی:

در جائی که قرینه‌ای نداریم نه حالتیه، نه مقالیه ... این جمع کارساز نیست.

۲- در اینجا نص و ظاهر درست کنیم آیه جواز (یجوز) نص و آیه نهی، ظاهر در حرمت است و احتمال کراهت هم دارد جمع بین این دو، حمل به کراهت است یعنی اگر بچه نابالغ است مکروه است که زن در مقابل آن ظاهر شود ولی جایز است. تا اینجا یک جمع عرفی بین دو آیه درست کردیم که نتیجه آن قول به جواز شد ولی دو روایت صحیح و معتبر داریم که با صراحت اجازه می‌دهد و می‌فرماید: مادامی که بچه بالغ نشده لازم نیست زن سرش را بپوشاند (احتمالاً این دو حدیث به یک حدیث بر می‌گردد).

* محمد بن علی بن الحسین باسناده عن احمد بن محمد بن ابی نصر

(البزنطی از اصحاب امام رضا)

عن الرضا علیه السلام: قال یؤخذ الغلام بالصلاة و هو ابن سبع سنین و لا تغطی المرأة شعرها منه حتی یحتلم.

«۳...» * عبد الله بن جعفر

(فی قرب الاسناد)

عن احمد بن محمد بن عیسی عن احمد بن محمد بن ابی نصر

(البزنطی)

عن الرضا علیه السلام قال:

لا تغطی المرأة رأسها من الغلام حتی يبلغ الغلام. «۴»

روایت اول سند معتبری دارد و دلالتش هم صریح است ولی حدیث دوم از نظر سند محلّ بحث است.

آیه به عقیده ما قابل استناد است و اگر در اطلاق آیه بحث باشد به این روایات تمسک می‌شود.

(ب) همراه با هیجان شهوت (ثوران الشهوة)

هیجان بر دو قسم است: هیجان بالقوه و هیجان بالفعل، مراد از هیجان بالقوه این است که در سن و سالی است که امکان هیجان

است ولی وقوع ندارد و هیجان بالفعل یعنی اینکه وقوع هم دارد.

در جایی که صبیّ ممیّز همراه با هیجان شهوت باشد آیه و روایتی نداریم، فقط می‌توانیم از مذاق شارع بفهمیم که اگر هیجانی

باشد که منشأ فساد می‌شود چه از جانب صبیّ و چه از جانب مرأه شارع آن را منع می‌کند و این مورد از قبیل قضایا قیاستها معها

است.

(۱) آیه ۳۱، سوره نور.

(۲) آیه ۵۸، سوره نور.

(۳) ح ۳، باب ۱۲۶ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۴) ح ۴، باب ۱۲۶ از ابواب مقدّمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۶۳

[الاحوط عدم تقبیلها]

اشاره

از سه مسئله قبل نکته‌ای باقی مانده است که امام (ره) در ذیل مسئله ۲۵ ذکر می‌کند:
... و الاحوط عدم تقبیلها (دختر بچه نابالغ)
و عدم وضعها فی حجره اذا بلغت ست سنین.

عنوان مسأله:

در جایی که دختر بچه نابالغ است آیا مرد نامحرم می‌تواند او را بر زانو بنشانند و یا ببوسد؟ امام (ره) به صورت احتیاط فرموده‌اند که اگر بچه بالاتر از شش سال است این کار را نکند، ولی خیلی‌ها فتوی به حرمت داده‌اند در دو بخش این مسأله را بررسی می‌کنیم:

الف) شش سال به پایین:

ادله:

اشاره

جواز این کار در مورد دختر بچه شش سال به پایین عبارتند از:

۱- اجماع:

ظاهر این است که این مسأله اجمالاً لا خلاف فیه است.

۲- روایات:

روایات آینده که در مورد شش سال به بالاست مفهوم دارد.

۳- سیره:

سیره عملیه مسلمین بر این جاری است که بچه‌های زیر شش سال را می‌بوسند و دست بر سرشان می‌کشند.

ب) شش سال به بالا:

دلیل: روایات:

احادیث زیادی در این زمینه داریم که دلالت بر ممنوعیت این کار دارد (یا حرمت، یا کراهت) چند حدیث را که از بقیه روشن تر است بیان می‌کنیم.

... * عن عبد الله بن يحيى الكاهلي

(شخص ثقه‌ای است و بقیه روات هم معتبر هستند)

عن ابی احمد الکاهلی

(احمد بن نعمان)

و اظننی قد حضرته قال: سألته عن جاریه لیس بینی و بینها محرم تغشانی

(در آغوش من می‌آید)

فأحملها و أقبلها فقال: إذا أتى عليها ستّ سنين فلا تضعها علی حجرک. «۱»

می‌گوید «احمد بن نعمان» از امام صادق علیه السلام سؤال کرد، این تعبیر «سؤال کرد» آیا به این معنی است که من حاضر بودم و سؤال کرد یا به این معنی است که من با خبر شدم؟ اگر در حضور او سؤال کرده کاری با «احمد بن نعمان» نداریم که ثقه است یا نه، البته عبارت «اظننی قد حضرته» به معنی گمان است و نشان می‌دهد که گمان می‌کند حاضر بوده که در این صورت باید سراغ «احمد بن نعمان» برویم و ببینیم آیا او ثقه است یا نه.

□
او شخص مجهولی است و در تمام کتب اربعه ظاهراً دو روایت بیشتر ندارد، اگر او خیر داده به درد نمی‌خورد ولی اگر عبد الله بن یحیی خودش حاضر بوده حدیث خوبی است.

روایت می‌گوید او را در دامن نگیر ولی در مورد بوسیدن چیزی نمی‌گوید، مرحوم آقای حکیم می‌فرماید در مورد بوسیدن در روایت چیزی نیست ولی از این روایت اولویت فهمیده می‌شود یعنی وقتی می‌گوید در دامن قرار نده به طریق اولی می‌فهماند که بوسیدن او هم ممنوع است.

... * عن زرارة

(مرسله)

عن أبی عبد الله علیه السلام قال: إذا بلغت الجاریه الحرّة ستّ سنين فلا ینبغی لک أن تقبلها.

«۲...» * عن زکریا المؤمن رفعه

(مرفوعه است و قسمتی از سند افتاده است)

انه قال: قال ابو عبد الله علیه السلام: اذا بلغت الجاریه ستّ سنين فلا یقبلها الغلام.

«...۳»

... * عن عبد الرحمن بن بحر، عن أبی عبد الله علیه السلام قال: اذا بلغت الجاریه ستّ سنين فلا ینبغی لک أن تقبلها.

«۴...» * عن علی بن عقبه، عن بعض اصحابنا قال: کان أبو الحسن الماضي علیه السلام

(امام کاظم)

عند محمّد بن ابراهیم والی مکة و هو زوج فاطمه بنت ابی عبد الله علیه السلام «...۵»

در خانه محمد بن ابراهیم بودیم، دختری کوچک داشت او وارد مجلس مردان شد، هر کدام از حاضران او را در دامن خود می‌گذاشتند و می‌بوسیدند تا به حضرت رسید فرمود اگر دختری به شش سال رسید جایز نیست او را نامحرم ببوسد و در آغوش گیرد.

این ممنوعیت دلالت بر حرمت دارد یا کراهت؟

از این روایات که متضافر هستند اجمالاً فهمیده می‌شود که شش سال محلی است برای حکم یعنی از شش سال به بالا

(۱) ح ۱، باب ۱۲۷ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) ح ۲، باب ۱۲۷ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۱۲۷ از ابواب مقدمات نکاح.

(۴) ح ۷، باب ۱۲۷ از ابواب مقدمات نکاح.

(۵) ح ۶، باب ۱۲۷ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۶۴

چنین کاری حرام است ولی قرائنی هم داریم که دلالت بر کراهت دارد.

۱- در دو حدیث «لا ینبغی» گفته بود.

۲- یک حدیث هم در مورد پنج‌ساله است و اگر چیزی حدّش مختلف شد وجودش مشکوک می‌شود و این حدود دلالت بر درجات مختلف کراهت دارد.

اللهم الا ان يقال حکم به کراهت کنم بخصوص که در محضر امام کاظم علیه السلام این کار را انجام دادند و وقتی مقابل حضرت رسید امام تذکر دادند و اگر ایشان منکر بودند از همان ابتدا می‌فرمودند، و لکن لا ینبغی ترک الاحتیاط.

[مسأله ۲۷: يجوز النظر الى نساء أهل الذمّة]

اشاره

۴۴ مسئله ۲۷ (النظر الى نساء اهل الذمّة ...) ۷۸ / ۱۰ / ۲۲

مسأله ۲۷: يجوز النظر الى نساء أهل الذمّة (اهل کتاب)

بل مطلق الکفار مع عدم التلذذ و الریبه اعنى خوف الوقوع فى الحرام و الاحوط الاقتصار على المواضع التى جرت عاداتهنّ على عدم التستر عنها و قد تلحق بهنّ نساء أهل البوادی و القرى من الأعراب و غیرهنّ اللّاتى جرت عاداتهنّ على عدم التستر و اذا نهين لا ینتهين (آیا زنان شهری بی‌حجابی که «اذا نهين لا ینتهين» مشمول همین حکم زنان بادیه‌نشین می‌شوند)

و هو مشکل (امام می‌فرماید ملحق کردن زنان بادیه‌نشین به زنان اهل ذمه مشکل است)

نعم الظاهر أنّه يجوز التردّد فى القرى و الاسواق و مواقع تردّد تلك النسوة و مجامعهنّ و محالّ معاملتهنّ مع العلم عادتا بوقوع النظر علیهنّ و لا يجب غضّ البصر فى تلك المحالّ اذا لم یکن خوف افتتان (ترس از اینکه در دام گناه بیافتی نباشد و مراد از فتنه انحراف جنسی است).

عنوان مسأله:

این مسأله دقیقاً از عروه گرفته شده است و دارای دو فرع مهم است:

۱- اگر در شهرهایی زندگی می‌کنیم و یا به سفر خارجی می‌رویم که در آنجا اقلیت‌های مذهبی (اهل کتاب) هستند و حجاب کامل ندارند چه کنیم؟ آیا نگاه کردن جایز است؟ و اگر جایز است چه مقدار جایز است و شرایطش چیست؟

۲- حکم نگاه کردن به زنان بَوادی و زنانی که

«اذا نهین لا ینتهین»

(زنان بد حجابی که هرچه بگویی گوش نمی کنند) چیست؟

الفرع الاول: نساء اهل الكتاب

اقوال:

در این مورد مشهور می گویند که نگاه کردن به زنان اهل کتاب جایز است ولی همان دو قید را دارند (به شرط اینکه قصد لذت و خوف وقوع حرام هم نباشد) تنها مخالفی که نقل شده ابن ادریس و مرحوم علامه در مختلف است، ولی علامه در کتب فقهی دیگرش اجازه داده است.

مرحوم صاحب ریاض می فرماید:

يجوز النظر الى اهل الذمّة و شعورهنّ الا شهر الاظهر. «۱»

مرحوم صاحب حدائق می فرماید:

الاول: المشهور بين الاصحاب جواز النظر الى النساء اهل الذمّة و شعورهنّ و هو قول الشيخين (شيخ مفيد و شيخ طوس) في المقنعة و النهاية ما لم يكن ذلك على وجه التلذذ. «۲»

مرحوم صاحب حدائق در ذیل کلامش جمله ای دارد:

و على هذا القول عمل الاصحاب ما عدا ابن ادریس و تبعه العلامة في المختلف و اما في باقى كتبه فهو مطابق لمذهب الاصحاب (این تعبیر بالاتر از شهرت است و شبیه اجماع است)

ادله:

اشاره

در این مسأله اصحاب دو دلیل ذکر کرده اند:

۱- روایات خاصه:

روایاتی که صریح است و لو اسناد غالب آنها درست نیست ولی متضافر است و اگر متضافر هم نباشد اصحاب به آن عمل کرده اند (خط اصلی در استدلال این دلیل است).

در این مسأله پنج روایت داریم.

...* عن السكونی

(مشکل دارد و روایات او را نتوانستیم قبول کنیم)

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: لا حرمة لنساء أهل الذمّة أن ينظر الي شعورهنّ و ایدیهنّ. «۳»

روایت فقط موها و دستها را بیان نموده است ولی با دلالت التزامی گردن و مقداری از سینه که عادتاً در صورت عدم پوشش موها

بازمی ماند داخل می شود.

* عبد الله بن جعفر فی (قرب الاسناد) عن السندی بن محمد، عن أبی البختری (وهب بن وهب)

عن جعفر بن محمد، عن أبیه، عن علی بن أبی طالب علیه السلام قال: لا بأس بالنظر الی رعوس نساء أهل الذمّة، (که)

(۱) ج ۱۰، ص ۶۴.

(۲) ج ۲۳، ص ۵۸.

(۳) ح ۱، باب ۱۱۲ از ابواب مقدّمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۶۵

در نسخه دیگر

«الی نساء أهل الذمّة»

دارد در این صورت معنی وسیعی است که غیر از موها را هم شامل می شود.

و قال: ينزل المسلمون علی أهل الذمّة فی أسفارهم و حاجاتهم و لا ينزل المسلم علی المسلم الاّ باذنه. «۱»

«ابی البختری» را شخص ضعیف و کذّابی می دانند، علاوه بر این روایت از قرب الاسناد است که ضعیف است.

آیا ذیل روایت به منزله علت است؟ در شرایط ذمه آمده است که مسلمانان بر آنها به عنوان مهمان ناخوانده وارد می شوند و آنها باید پذیرائی کنند، بنابراین ممکن است وقتی مسلمانان به خانه أهل ذمه وارد می شوند آنها حجاب نداشته باشند پس کأن حاجت و ضرورتی هست و لا اقل حکمت حکم است.

* الجعفریات

(از کتابهایی است که محل بحث است)

...عن علی علیه السلام قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله: لیس لِنساء أهل الذمّة حرمة، لا بأس بالنظر الیهنّ ما لم يتعمّد

(دو معنی دارد، یک معنی این است که «چشمش افتاد» که این معنی با جمله اول سازگار نیست و معنی دیگر «ما لم يتلذذ» است).

«۲»

دلالت این روایت هم خوب است ولی سندی ندارد.

۴۵ ادامه مسئله ۲۷ ... ۲۵ / ۱۰ / ۷۸

...* و بهذا الاسناد قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله: لیس لِنساء أهل الذمّة حرمة، لا بأس بالنظر الی وجوههنّ و شعورهنّ و

نحورهنّ و بدنهنّ، ما لم يتعمّد ذلك

(منظور از «بدنهنّ» لخت مادر زاد نیست بلکه آن مقداری است که عرفاً بیرون می گذارند). «۳»

اسناد این چهار حدیث دارای اشکال است ولی متعدّد و معمول بهاست بنابراین اگر غیر از این چهار حدیث، حدیث دیگری هم نبود کافی بود.

حدیث پنجمی هم داریم که از «عباد بن صهیب» است و اختلاف نسخ دارد و من العجائب مرحوم صاحب جواهر به این حدیث بر ضد فتوای مشهور استدلال کرده است.

صاحب جواهر «۴» روایت را از کتب صدوق اینطور نقل می کند:

عن عبّاد بن صهیب عن الصادق علیه السلام: لا بأس بالنظر الی نساء أهل تهمأة

(بخش جنوبی جزیره العرب و گاهی به خود مکه هم می گویند)

و الاعراب و اهل البوادی من أهل الذمّة و العلوج

(جمع «علج» به معنی «الکفار العجم» و گاهی هم به مطلق کفار «علوج» می گفتند)

لانهنّ لا ینتهین اذا نهین. «۵»

از نظر سند: کسی که اشکالی داشته باشد در سند نیست جز «عبّاد» که از اصحاب امام صادق علیه السلام است و در این که از اهل سنت بوده بحثی نیست و بعضی گفته‌اند که بتری است (زیدی‌ها دو بخش هستند، زیدی‌های شیعه و زیدهای سنی، که «عبّاد» یا زیدی سنی است و یا سنی است) و اما از نظر وثاقت آقای خوئی در معجم رجال الحدیث از نجاشی و علی بن ابراهیم نقل می کند که او را توثیق کرده‌اند پس جای تردید نیست، تنها نکته‌ای که در نظر بعضی سبب ابهام شده روایتی است که در کتب رجالیه نقل شده و مرحوم آقای خوئی هم دارد و آن حدیث این است که «عبّاد» در حالت طواف چشمش به امام صادق علیه السلام افتاد و از پشت سر لباس حضرت را گرفته، و به امام می گوید:

لباس به این تمیزی چیست که شما پوشیده‌اید- کنایه از این که جدّ شما حضرت علی علیه السلام چنین لباسی نمی پوشید شما چرا پوشیده‌اید؟- امام علیه السلام جواب قاطع و دندان شکنی به او می دهند و می فرمایند اولاً، این لباس قیمتی نیست و ثانیاً، ما در عصر و زمانی زندگی می کنیم که اگر مثل علی علیه السلام لباس کرباسی بپوشم می گویند او هم مثل عبّاد ریاکار است. حال می گویند «عبّاد» که چنین حرفی به امام صادق علیه السلام زده است، پس نمی تواند ثقه باشد.

قلنا: این شخص «عباد بن صهیب» نیست بلکه «عبّاد بن کثیر» است که زاهدنما بود. نتیجه این که لااقل حدیث مشکوک است و به خاطر این حدیث مشکوک نمی توان جلوی توثیق دو بزرگوار را گرفت. عبّاد مجموعاً بیست و هفت حدیث در کتب فقهی دارد پس ما حدیث عباد را صحیح دانستیم و از نظر سند مشکلی ندارد.

از نظر دلالت: از دو جهت دلالت دارد:

۱- در این نسخه «اهل الذمّة» و «علوج» را هم دارد که آنها هم کفار هستند (یا کفار عجم یا مطلق الکفار).

۲- تعلیل در این روایت تعلیل خوبی است

(لانهنّ اذا نهین)

(۱) ح ۲، باب ۱۱۲ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۲) مستدرک، ج ۱۴، ح ۱، باب ۸۷ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۳) مستدرک ج ۱۴، ح ۲، باب ۸۷ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۴) ج ۲۹، ص ۶۹.

(۵) جواهر، ج ۲۹، ص ۶۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۶۶

لا ینتهین)

پس هم تعلیل و هم متن حدیث خوب است.

و اما نسخه دیگری که در کتاب وسایل آمده است که می فرماید:

* محمّد بن یعقوب، عن عدّه من اصحابنا، عن احمد بن محمّد بن عسی، عن ابن محبوب، عن عبّاد بن صهیب قال: سمعت أبا عبد

اللّه علیه السلام یقول: لا بأس بالنظر إلى رءوس أهل تهامة و الأعراب و أهل السواد و العلوج لأنهم إذا نهوا لا ينتهون

(پیداست که در اینجا تذکیر ضمائر از ناحیه راوی است «...» ۱)

مرحوم صدوق هم در کتاب علل «۲» «علوج» ندارد و به جای آن اهل الذمه دارد پس این حدیث سه نسخه دارد.

۴۶ ادامه مسئله ۲۷ ... ۲۶ / ۱۰ / ۷۸

صاحب جواهر روایت «عباد» را مخالف می‌داند و می‌گوید دلالت بر خلاف قول مشهور دارد. ایشان چنین می‌فرمایند:

ضرورة ظهوره فی كون العلة عدم الانتهاء بالنهي الذي يمكن كون المراد منه عدم وجوب الغص و عدم حرمة التردد فی الاسواق و الزقاق من هذه الجهة (از این جهت که قبول نهی نمی‌کنند) لما فی ذلك من العسر و الحرج بعد فرض عدم الانتهاء بالنهي فهو حينئذ امرٌ خارج عما نحن فيه. «۳»

ظاهر این تعلیل

«لأنهنّ اذا نهين لا ينتهين»

این است که عنوان ثانوی است، به این بیان که اینها گوش به حرف نمی‌دهند و اگر ما هم بخواهیم در مجامع مختلف نرویم تا چشممان به آنها نیافتد عسر و حرج است بنابراین به خاطر نفی عسر و حرج که از عناوین ثانویه است اجازه داده شده، پس این روایت دلالت دارد که حکم اولی «لا یجوز» ولی حکم ثانوی «جواز» است.

قلنا: فرمایش صاحب جواهر درست نیست و روایت از دو جهت لفظ و تعلیل موافق است، چون کلمه عسر و حرج در روایت نیامده است.

سَلَمْنَا، عسر و حرج ملا-ک باشد ولی حکمت حکم است نه علت آن. اگر علت حکم باشد عنوان ثانویه می‌شود اما اگر حکمت حکم باشد، عنوان اولی می‌شود؛ مثلاً اینکه در مسافرت نماز شکسته است و روزه را باید افطار کرد ملاکش ظاهراً عسر و حرج است آیا از قبیل حکمت است یا علت؟ اگر علت باشد در مسافرت‌هایی که با هواپیماست و مشکلی نیست باید نماز را تمام بخواند و روزه هم بگیرد چون «العله یدور الحکم مدارها» در حالی که در نماز و صیام مسافر، عسر و حرج به عنوان حکمت است نه علت و لذا حکم اولی است. در ما نحن فيه اگر

«لأنهنّ اذا نهين لا ينتهين»

علت باشد همه باید در خانه بنشینند و فقط در موارد عسر و حرج بیرون بیایند در حالی که در ما نحن فيه هیچ کس نمی‌گوید کسانی که مشکل ندارند در خانه بمانند تا چشمشان به زنان اهل ذمه نیافتد، پس معلوم می‌شود که حکمت است.

بنابراین در روایت عباد بن صهیب عسر و حرج نیست، و اگر از قرائن آن را کشف می‌کنید می‌گوئیم، حکمت است و هرکجا حکمت باشد عنوان اولی می‌شود.

اضف الی ذلك، عسر و حرج در اینجا نوعی است پس حکمت است نه علت.

نتیجه: روایت «عباد بن صهیب» از نظر دلالت و سند هیچ مشکلی ندارد پس روایتی مطابق با قول مشهور است نه مخالف آن.

تا اینجا احادیثی بود که بر جواز نظر به نساء اهل الذمه مع الشرطین، دلالت می‌کرد.

۲- اهل کتاب حکم کنیز را دارند:

دلیل دوم برای قول مشهور (جواز نظر) این است که از طریق مملوک بودن اهل ذمه وارد شویم به این بیان که می‌توان به موهای سرشان نگاه کرد چون کنیزها در صدر اسلام حجاب نداشتند و به همین دلیل لازم نبود در نماز سرشان را بپوشانند.

مرحوم محقق در شرایع روی همین عنوان تکیه کرده و می‌فرماید:

و يجوز النظر الى أهل الذمّة و شعورهنّ لأنهنّ بمنزلة الاماء. «۴»

کأنّ در اینجا یک صغری و کبری است:

صغری: اهل الذمّة بمنزلة الاماء.

کبری: يجوز النظر الى الاماء.

ابتدا باید صغری را ثابت کنیم:

اما الصغری:

اهل ذمه اگر مملوک هستند، مملوک چه کسی هستند؟ دو احتمال دارد:

(۱) ح ۱، باب ۱۱۳ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) علل الشرايع، ج ۲، ص ۵۶۵.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۶۹.

(۴) شرايع، ج ۲، ص ۴۹۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۶۷

۱- اماء للمسلمين (فیء هستند و شبیه غنایم جنگی می باشند).

۲- اماء للامام، که در احادیث متعدّد آمده است.

وقتی اینها کنیز باشند در هر دو صورت کنیز را همه می توانند نگاه کنند و سر برهنه می تواند نماز بخواند.

قلنا: این حرفها پایه درستی ندارند اما اینکه بگوییم اماء مسلمین هستند واقع مسأله این است که اینها کنیز نیستند چون کنیز آن است که در میدان جنگ اسیر شود علاوه بر اینکه کنیز هم معنا نمی دهد، چون کنیز عمومی نداریم، همچنین اینها با ما طرف قرارداد هستند و قرارداد ذمه می بندند، پس فیء مسلمین بودن هیچ دلیلی ندارد.

اما این که اهل ذمه ملک امام هستند سه روایت دارد:

...* عن ابی بصیر یعنی المرادی

(ثقه)

عن ابی جعفر

(امام باقر) علیه السلام

قال: سألته عن رجلٍ له امرأَةٌ نصرانیةٌ

(مرد مسلمان با زن نصرانی عقد دائمی نمی تواند ببندد، باید بگوئیم عقد موقت است)

له أن یتزوَّج علیها یهودیةً

؟ (اینجا ابهام دارد و معلوم نیست که سؤال از چیست؟ چون مشکلی ندارد که زن دوم بگیرد پس سؤال مبهم است)

فقال: انّ أهل الكتاب ممالیک للامام و ذلک موسّع منّا علیکم خاصّة فلا بأس أن یتزوَّج ... ۱

قلنا: جالب این است که مستدلّین به این حدیث فقط جمله «انّ أهل الكتاب ممالیک للامام» را می گویند و به آن استدلال می کنند و سؤال و جواب را نمی گویند چون در روایت سؤال ابهام دارد و جواب هم به سؤال نمی چسبند، پس سؤال مبهم و ارتباط جواب با سؤال هم مجهول است، بنابراین حدیث مبهم است.

ان قلت: ما کاری به صدر و ذیل نداریم و روایت را تقطیع کرده و به همین قسمت عمل می کنیم.

قلنا: با این تقطیع نمی‌توانیم موافقت کنیم، چون با بنای عقلا سازگار نیست.

... عن زراره

(صحیح)

عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن نصرانيّة كانت تحت نصرانيّ و طلقها هل عليها عدّة مثل عدّة المسلمة؟ فقال: لا، لأنّ أهل الكتاب ممالیک للامام

(یعنی عدّه اّمه دارد که نصف عدّه حرّه است یعنی دو حیض یا چهل و پنج روز (...)) ۲

این سؤال و جواب به هم مربوط و مفهومی روشن است.

قلنا: در ابواب عدّه اجماع بر این است که عدّه زنان کافر با زنان مسلمان یکی است. مرحوم صاحب جواهر نقل اجماع و ادّعی

شهرت می‌کند و می‌گوید ما احدی را مخالف ندیده‌ایم، پس مضمون این روایت مفتی به نیست. (۳)

جالب این است که مرحوم صاحب جواهر در اینجا «۴» (بحث جواز نظر) می‌گوید «خبر زراره» و به آن عمل می‌کند ولی در بحث

عدّه با این که «صحیح زراره» می‌گوید روایت را شاذ دانسته و می‌فرماید:

و لكن هي شاذة لم تتحقق بها عاملاً (کسی به آن فتوی نداده است) بل ظاهر الجميع او صريحهم خلافها. «۵»

اللهم الا ان يقال: ما به همین قسمت روایت عمل می‌کنیم که

«ان أهل الكتاب ممالیک للامام»

که در باب خبر واحد چنین انفکاک را احدی نمی‌پذیرد.

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۱، ص: ۶۷

۴۷ ادامه مسئله ۲۷ ... ۲۷ / ۱۰ / ۷۸

و اما روایت سوّم:

... عن أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ليس في ما بين أهل الذمّة معاقلة

(یعنی هر جنایتی صادر پای خودش است)

... و هم ممالیک للامام فمن أسلم منهم فهو حرّ. «۶»

تنها حدیثی که می‌توان برای اثبات صغری به آن تکیه کرد همین حدیث است که سنداً و دلالتاً مشکلی ندارد و لکن مجموع این

احادیث سه‌گانه چیزی نیست که ما بتوانیم با آن موافقت کنیم و بگوییم اینها ممالیک برای امام هستند چون:

اولاً: مملوک شدن در اسلام ضوابطی دارد: مثلاً باید حربی و جنگی باشد و اگر بدون اذن امام باشد غنائم برای امام و اگر به اذن

امام باشد غنائم برای مقاتلین است.

ثانیاً: احکام مملوک بر اینها جاری نمی‌شود و تا به حال فقهی فتوی نداده است که اهل ذمه را خرید و فروش کنید.

ثالثاً: اهل ذمه به این معنی است که با ما پیمان دارند و کسی که پیمان می‌بندد حرّ است نه مملوک.

رابعاً: عدّه آنها عدّه حرّه است.

(۱) وسائل ج ۱۴، ح ۱، باب ۸ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۲) وسائل ج ۱۵، ح ۱، باب ۴۵ از ابواب العِدّة.

(۳) ج ۳۲، ص ۳۱۳.

(۴) ج ۲۹، ص ۶۸.

(۵) ج ۳۲، ص ۳۱۳.

(۶) وسائل، ج ۱۹، ح ۱، باب ۱ از ابواب عاقله.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۶۸

پس به فرض که این سه روایت کامل بوده و یا این که فقط روایت آخر کامل باشد، با مبانی فقه ما نمی‌سازد و اینها از احادیثی است که یُرَدُّ علمها الی أهلها و معنی ندارد که بتوانیم یهود و نصاری را، در کشورهای اسلامی خرید و فروش کنیم.

پس معنای این روایات را نمی‌فهمیم، شاید روایات خطا کرده‌اند، و قرائتی بوده و حذف شده، علی کل حال صغرای ما با این روایات و مشکلات ثابت نمی‌شود.

و اما الکبری:

کبری مسلم است که نظر به رئوس و شعور اماء جایز است و دلیل آن به قول صاحب جواهر سیره است، یعنی سیره بوده است که اماء سرهایشان را نمی‌پوشاندند و اگر نظر به اینها حرام بوده نباید در محیط مسلمین سرهایشان را باز می‌گذاشتند. در تفسیر آیه جلاب:

«يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِنِسَائِكَ وَ نِسَاءِ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ... » گفته شد که از این آیه معلوم می‌شود که کنیزها سر برهنه بوده‌اند پس با سیره و اشعار آیه جلاب و تأیید به نماز (کنیزها سر برهنه نماز می‌خواندند) می‌شود قبول کرد که کبری مسلم است. تلخیص مما ذکرنا: برای جواز نظر به نساء اهل ذمه نباید به دلیل دوم استدلال کنیم بلکه بهتر است به دلیل اول یعنی احادیث خاصه‌ای که در اینجا وارد شده است، استدلال کنیم.

بقی هنا اموز:

الامر الاول: لا فرق بين اصناف الكفار

اشاره

در روایات ما تعبیر «اهل ذمه» بود آیا بین کفار اهل ذمه (کافرانی که در بلاد اسلامی در کنار مسلمین زندگی می‌کنند) و کفار حربی (کافرانی که با مسلمانان در جنگ هستند) و کفار مهان (کافرانی که با مسلمانان برای مدت معینی قرارداد آتش بس دارند) و کفار مستأمن (کافرانی که مسلمانان به آنها امان داده‌اند).

انصاف این است که به چند دلیل بین اینها تفاوتی نیست، زیرا:

۱- قیاس اولویت:

نظر کردن به نساء اهل ذمه که احترام نسبی دارند با آن دو شرط جایز است بقیه که احترامشان کمتر است به طریق اولی جایز است.

۲- اطلاق علوج:

تعبیر «علوج» که در احادیث بود به معنی «مطلق الکفار» یا «کفار عجم» است.

۳- تعلیل روایت «عباد بن صهیب»:

می فرمود:

«لأنهنَّ اذا نهين لا ينتهين»

این علت در همه کفار است و منحصر به اهل ذمه نیست.

الأمر الثاني: مقدار النظر

حال که نظر به اهل ذمه یا مطلق کفار جایز است، مقدار آن چقدر است؟

ظاهر همان است که در عروه و تحریر فرموده‌اند:

الاحوط الاقتصار على المقدار الذي جرت عادتهن على عدم ستره (مقدار متعارف). «۱»

پس نظر به تمام بدن جایز نیست، چون در بسیاری از احادیث ما تعبیر «رءوسهن» مثل روایت قرب الاسناد یا «شعورهن» مثل روایت سکونی بود و معلوم می‌شود که بیش از این جایز نیست و فقط یک روایت (جعفریات) داشتیم که تعبیر «ابدانهن» هم داشت که به قرینه روایت سکونی و قرب الاسناد آن را بر مقدار متعارف حمل می‌کنیم.

الأمر الثالث: هل يمكن اجبارهنَّ على الحجاب

اگر حضور زنان اهل ذمه با حالت مُكشَّفه در جامعه اسلامی منشأ فساد یا باعث جسور شدن زنان بی‌بندوبار از مسلمین شود، حکومت اسلامی می‌تواند جلوی آنها را گرفته و وادار به حجاب کند.

هذا تمام الكلام فى الفرع الاول (نساء اهل الكتاب).

الفرع الثاني: نساء اهل البوادی

آیا نگاه کردن به نساء اهل بوادی (مثل اعراب و روستائی‌ها) جایز است؟

مرحوم صاحب عروه در ذیل مسأله ۲۷ و مرحوم امام در تحریر می‌فرمایند مشکل است، در حالی که روایت «عباد بن صهیب» می‌گفت نگاه کردن مانعی ندارد و تعلیل هم داشت سایر اصحاب هم در کنار احکام اهل ذمه در باب نظر، در مورد اهل بوادی بحث نکرده‌اند.

عده‌ای چنین گفته‌اند که علت عدم بحث از اهل بوادی به خاطر ثقه نبودن «عباد بن صهیب» و محجور بودن روایتش عند الاصحاب است.

(۱) عروه، ج ۲، ص ۸۰۲ م ۲۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۶۹

قلنا: نجاشی که موثَّق ترین علماء رجال است او را توثیق کرده همچنین «علی بن ابراهیم» هم در تفسیرش او را توثیق کرده در رجال توثیق یک نفر از بزرگان را هم کافی می‌دانیم تا چه رسد به اینکه دو نفر شخصی را توثیق کرده باشند.

اضف الی ذلک مرحوم آقای حکیم در مستمسک می‌فرمایند در سند روایت «احمد بن محمد بن عیسی» است و او کسی است که «احمد بن محمد بن خالد برقی» را به خاطر نقل روایت از ضعاف از قم بیرون کرد. حال آیا چنین شخصی خودش از ضعاف نقل

می‌کند؟! بعید است پس قول آقای حکیم هم مؤید است.

مؤید دیگر «حسن بن محبوب» در سند است که از اصحاب اجماع است، ما قبول نکردیم که اصحاب اجماع لا یرؤون الا عن ثقة ولی بعضی این را مؤید دانسته‌اند، پس مشکلی از این نظر نداریم.

ان قلت: هذه الروایة محجوره و کسی به آن فتوی نداده است، و در کلمات فقهای پیشین در رابطه با اهل بوادی فتوایی نیست و شاید به خاطر همان «عباد بن صهیب» بوده است که به امام صادق علیه السلام اشکال کرد چرا چنین لباس پوشیده‌اید.

قلنا: شخص مورد نظر «عباد بن کثیر» است نه «عباد بن صهیب» بنابراین ما نمی‌توانیم از این روایت چشم‌پوشیم پس در مورد نساء اهل بوادی و اعراب و امثالهم فتوی به جواز نظر می‌دهیم.

بقی هنا شیء: نساء بدحجاب مُدن

اگر در شهرها زنان بدحجاب یا بی‌حجاب بودند آیا می‌توانیم آنها را هم مشمول تعلیل بدانیم؟ ظاهر تعلیل عام است، پس مع الشرطین (شرط عدم تلذذ و عدم خوف وقوع در معصیت) لا یبعد، که می‌توانیم به آنها نیز نظر کنیم بنابراین بعید نیست که نسبت به نساء بی‌بندوبار هم فتوی دهیم ولی در عمل باید خیلی دقت شود و در این گونه موارد باید از دام‌های شیطان ترسید چون اینجا مضال اقدام است، ولی فتوی ثابت است.

[مسألة ۲۸: يجوز لمن يريد تزويج امرأة أن ينظر اليها بشرط أن لا يكون بقصد التلذذ]

اشاره

۴۸ م ۲۸ (النظر الى المرأة التي يريد نكاحها ...) ۲۸ / ۱۰ / ۷۸

مسألة ۲۸: يجوز لمن يريد تزويج امرأة أن ينظر اليها بشرط أن لا يكون بقصد التلذذ و أن علم أنه يحصل بسبب النظر قهراً، و بشرط أن يحتمل حصول زيادة بصيرة بها، و بشرط أن يجوز تزويجها فعلاً لا مثل ذات البعل و العدة و بشرط أن يحتمل حصول التوافق على التزويج دون من علم أنها ترد خطبتها، و الأحوط الاقتصار على وجهها و كفيها و شعرها و محاسنها و أن كان الأقوى جواز التعدي إلى المعاصم بل و سائر الجسد ما عدا العورة، و الأحوط أن يكون من وراء الثوب الرقيق كما أن الأحوط- لو لم يكن الأقوى- الاقتصار على ما إذا كان قاصداً لتزويج المنظورة بالخصوص فلا يعم الحكم ما إذا كان قاصداً لمطلق التزويج و كان بصدد تعيين الزوجة بهذا الاختبار، و يجوز تكرار النظر إذا لم يحصل الاطلاع عليها بالنظرة الاولى.

عنوان مسأله:

اشاره

نگاه کردن مرد به زنی که می‌خواهد با او ازدواج کند جایز است، اما مواضعی را که می‌تواند نگاه کند محل بحث و اختلاف است. مرحوم امام (ره) چهار شرط برای این مسأله ذکر کرده و از ذیل عبارت ایشان هم دو شرط دیگر استفاده شده که مجموعاً شش شرط می‌شود، آن شروط عبارتند از:

۱- عدم قصد تلذذ:

عدم ریه هم باید باشد چون این دو شرط با هم هستند

۲- احتمال حصول بصیرت:

امر ناشناخته‌ای در مورد زن که ممکن است با نگاه کردن کشف شود.

۳- زن جایز التزویج بالفعل باشد:

زنی باشد که از نظر ازدواج بی مانع است بخلاف زنی که شوهردار است ولی فرداً قطعاً طلاق خواهد گرفت و یا زنی که در عده است- و لو عده رجعی هم نباشد- نمی تواند به او نگاه کند.

۴- احتمال حصول توافق

در جایی می تواند به زن نگاه کند که احتمال توافق بر نکاح وجود دارد ولی اگر فرد عابدی با قصد ازدواج به دختر ملک التّجار بازار نگاه کند که احتمال حصول توافق نمی رود جایز نیست.
دو شرط هم از ذیل روایت استفاده می شود:

۵- من وراء الثیاب باشد:

نگاه کردن به مواضع دیگر غیر از موها و سر و گردن باید از روی لباس نازک (رقاق) باشد.

۶- قاصد تزویج این مرأه بالخصوص باشد:

خصوص این زن در نظرش باشد نه اینکه بگوید این زنها را
کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۷۰
نگاه می کنم و از بین آنها یکی را انتخاب می کنم.

أقوال:

این مسأله علی اجمالها ممّا أجمع علیه الأصحاب است، و یک نفر مخالف هم در بین شیعه وجود ندارد. صاحب جواهر می فرماید:
ظاهر این است که در اینجا اختلافی بین مسلمین نیست بعد هم می فرماید:
بل الاجماع بقسمیه علیه بل المحکی منهما مستفیض او متواتر کالنصوص. «۱»

محقق ثانی می‌فرماید:

لا خلاف بین علماء الإسلام فی أن من أراد نکاح امرأه يجوز له النظر إليها فی الجملة و قد رواه العامة و الخاصة، و هل يستحب؟ فیہ و جهان «۲» (علاوه بر جواز، مستحب هم است ممکن است که فقط مباح باشد).

شیخ طوسی در کتاب خلاف می‌فرماید:

يجوز النظر الى امرأة اجنبية يريد أن يتزوجها اذا نظر الى ما ليس بعورة فقط و به قال ابو حنيفة و مالك و الشافعي. «۳»
شیخ طوسی در ادامه از یکی از علمای عامه به نام «مغربی» نقل خلاف کرده است.

ابن رشد می‌فرماید:

و اما النظر إلى المرأة عند الخطبة فأجاز ذلك مالك الى الوجه و الكفین فقط و أجاز ذلك غيره إلى جميع البدن عدا السواتین (أى العورة) و منع ذلك قوم على الإطلاق. «۴»

جمع بندی اقوال: در میان علمای شیعه هیچ اختلافی در اصل جواز فی الجملة نیست ولی در بین علمای عامه جواز مشهور است منتهی مختصر مخالفی وجود دارد.

دلیل: روایات

اشاره

اصل اولی در مسأله حرمت است و جواز دلیل خاص می‌خواهد و داخل در «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ» و «قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَعْضُنَّ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ» می‌باشد عمده دلیل ما روایات است که روایات هم متضافر یا متواتر است، و می‌توان آنها را به چند طائفه تقسیم کرد:

طایفه اول: روایاتی که ما نحن فیہ را به بیع تشبیه می‌کند که همه مشابه هم و تعبیر به بیع دارد.

... عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة أ ينظر إليها؟ قال: نعم إنما يشتريها بأغلى الثمن. «۵»

... عن عبد الله بن سنان قال: قلت: لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يتزوج المرأة أ ينظر إلى شعرها؟ فقال: نعم إنما يريد أن يشتريها بأغلى الثمن. «۶»

... عن جعفر، عن أبيه، على عليه السلام في رجل ينظر إلى محاسن امرأة يريد أن يتزوجها قال: لا بأس إنما هو مستام (از ماده سوم به معنی بیع و تعیین قیمت)

فان يقض امرٌ يكون «۷»

(احتمال دارد به معنی یكون على بصيرة است و یا يكون دائماً باشد).

۴۹ ادامه مسئله ۲۸ ... ۲۹ / ۱۰ / ۷۸

... عن يونس بن يعقوب قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يريد أن يتزوج المرأة يجوز له أن ينظر إليها؟ قال: نعم و ترقق له الثياب

(لباس نازک بپوشد)

لأنه يريد أن يشتريها بأغلى الثمن

(مهریه). «۸»

... عن مسعدة بن اليسع الباهلي

(شخص مجهول الحالی است و شاید بیش از دو حدیث در تمام کتب اربعه ندارد)

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا بأس أن ينظر الرجل الى محاسن المرأة قبل أن يتزوجها فأنما هو مستام

(خریدار)

فان يُقَضَّ امرؤ يكن

(ای يكون فيه الخير و البركة أو يكون فيه الدوام و البقاء) «... ۹»

علما در توجیه این عبارت نوعاً دچار مشکل شده‌اند ولی روشن است که در اینجا قسمتی از عبارت محذوف است.

... عن بعض اصحابنا، عن ابان بن عثمان، عن الحسن بن السري

(شخص مشهوری نیست و روایات زیادی ندارد بر فرض هم که این شخص توثیق شود در بین روات عن بعض اصحابنا دارد و

مرسله است)

عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سأله عن الرجل ينظر الى المرأة قبل أن يتزوجها؟ قال: نعم فلم يعطى ماله؟ «۱۰»

نتیجه احادیث طایفه اول: این احادیث شش گانه تعبیر به خریدار و مشتری کرده بود ولی باید توجه کرد که تعبیر به

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۶۳.

(۲) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۲۷.

(۳) کتاب النکاح، مسئله ۳.

(۴) بدایة المجتهد، ج ۲، ص ۴.

(۵) ح ۱، باب ۳۶ از ابواب مقدمات نکاح.

(۶) ح ۷، باب ۳۶ از ابواب مقدمات نکاح.

(۷) ح ۸، باب ۳۶ از ابواب مقدمات نکاح.

(۸) ح ۱۱، باب ۳۶ از ابواب مقدمات نکاح.

(۹) ح ۱۲، باب ۳۶ از ابواب مقدمات نکاح.

(۱۰) ح ۴، باب ۳۶ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۷۱

خریدار معنایش این نیست که زنان خرید و فروش می‌شوند چون نمی‌توان آنها را از خودشان خرید و اگر خرید و فروش باشد چرا بعد از طلاق مهریه می‌گیرند در حالی که معامله فسخ شده است. اینها دلیل است که کلمه خریدار و فروشنده کنایه و مجاز است و معنی آن، این است که به خاطر کمالات معنوی و انسانی بهای مهمی می‌پردازند و با این که بعضی از احادیث سند خوبی نداشت چون متضافر هستند قابل استناد است لذا حق نگاه کردن دارند

طایفه دوم: روایاتی که فقط جواز را می‌گویند و دلیل آن را بیان نمی‌کند:

... عن هشام بن سالم و حماد بن عثمان و حفص بن البختري كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام
(در واقع سه روایت است)

قال لا بأس بأن ينظر إلى وجهها و معاصمها
(بالاتر از کف دست و جای دستبند و انگو)
اذا اراد ان يتزوجها. «۱»

... عن عبد الله بن الفضل عن أبيه عن رجل
(مرسله)

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت: أ ينظر الرجل الى المرأة يريد تزويجها، فينظر الى شعرها و محاسنها؟ قال: لا بأس بذلك اذا لم
يكن متلذذاً. «۲»

تنها حدیثی که این شرط (عدم تلذذ) در آن ذکر شده است این حدیث است.

... عن يونس بن يعقوب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة و أحب أن ينظر إليها قال: تحتجز
(می‌نشیند و خودش را جمع و جور می‌کند)
ثم لتقع و ليدخل فلينظر، قال:

قلت: تقوم حتى ينظر إليها؟ قال: نعم، قلت فتمشي بين يديه؟ قال ما أحب أن تفعل. «۳»

حدیث دیگری هم داریم که امتیازی دارد که احادیث دیگر ندارد. احادیث دیگر همه جواز داشت ولی از این حدیث استفاده
استحباب می‌شود. متأسفانه این روایت هم سند ندارد و مرسله است:
و من ذلك قوله صلى الله عليه و آله للمغيرة بن شعبة و قد خطب امرأة
(خواستگاری کرد)

ليتزوجها: لو نظرت إليها فأنه احرى أن يؤدم
(از ماده ایدام به معنی توافق بین خصمین)
بینکما. «۴»

از این روایت استفاده می‌شود که توافق بین زوجین مستحب است و مقدمه مستحب (نگاه کردن) هم مستحب است.

۵۰ ادامه مسئله ۲۸ ... ۲ / ۱۱ / ۷۸

غیر از احادیثی که در مورد جواز نظر عند ارادة النکاح نقل کردیم احادیثی هم مرحوم محدث نوری در مستدرک «۵» نقل کرده
است، اهل سنت هم احادیثی دارند از جمله در سنن بیهقی «۶» احادیثی هست که نشان می‌دهد در زمان پیغمبر صلی الله علیه و آله
این مسأله مطرح بوده و پیامبر هم اجازه داده‌اند و در بعضی موارد بخاطر مصالحی که در نگاه قبل از نکاح هست، به این امر تشویق
کرده‌اند.

... عن أبي هريرة، قال كنت عند النبي صلى الله عليه و آله فأتاه رجل فاخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار
(ظاهراً خودش از مهاجرین بوده است)

فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله: أ نظرت إليها؟ قال: لا، قال: فاذهب فانظر إليها فان في أعين الأنصار شيئاً
(چشمهای انصار بعضی مشکلی دارد). «۷»

این روایت دلالت می‌کند که پیامبر امر فرموده است که برو نگاه کن نه اینکه امر در مقام توهم حذر باشد که دلالت بر اباحه کند

بلکه امر است و دلالت بر استحباب دارد البتّه اگر نگوئیم که امر ارشادی است که در این صورت استفاده استحباب نمی‌شود. روایت مشکلی دارد و آن این که قدر مسلّمش صورت است در حالی که صورت بحثی ندارد و وجه و کفین برای همه جایز است چه قصد ازدواج داشته باشد و چه نداشته باشد، مگر اینکه بگوئیم که «انظر» در روایت مطلق است.

ادله شرط جواز نظر:

اشاره

همان گونه که گفته شد برای جواز نظر عند اراده النکاح شروطی بیان شده است حال به بررسی ادله شرط می‌پردازیم:

دلیل شرط اول (عدم تلذذ و ربه):

روایتی که سابقاً خواندیم و تصریح کرده بود «مع عدم تلذذ»، مرسله بود و برای استدلال کافی نبوده و مؤید است، و لکن می‌دانیم مسئله عدم تلذذ از قیودی است که در تمام این باب هست و نمی‌توانیم اینجا را استثنا کنیم و در هر کجا اجازه نظر دادیم عدم تلذذ را ذکر کرده‌ایم. فعلی هذا مسئله عدم تلذذ به دلیل موارد مشابه آن که از آنها الغاء خصوصیت قطعیه می‌کنیم مسئله‌ای مسلّم است.

(۱) ح ۲، باب ۳۶ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) ح ۵، باب ۳۶ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) ح ۱۰، باب ۳۶ از ابواب مقدمات نکاح.

(۴) کتاب المجازات النبویه مرحوم سید رضی، ص ۱۱۴، ح ۸۱.

(۵) مستدرک ج ۱۴، ح ۱ و ۲ و ۳ و ۴، باب ۳۰ از ابواب مقدمات نکاح.

(۶) ج ۷، ص ۸۴.

(۷) السنن الکبری (بیهقی)، ج ۷، ص ۸۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۷۲

و لکن من العجب، صاحب جواهر می‌فرماید این شرط درست نیست و اطلاق روایات را باید پذیرفت و ما نمی‌توانیم آن را به عدم تلذذ مقید کنیم ایشان چنین می‌فرمایند:

و اما اعتبار عدم اللذّه بذلک فینبغی القطع بعدمه لاطلاق الأدلّه و لعسر التکلیف به علی وجه تتنفی الحکمّه فی مشروعیه الحکم المزبور. «۱»

ولی از ذیل کلام ایشان استفاده می‌شود که فرق می‌گذارند بین لذتی که قهراً و بدون قصد حاصل می‌گردد و لذتی که با قصد تلذذ حاصل می‌شود به این معنی که گاهی قصد تلذذ دارد ولی گاهی اوقات تلذذ قهری و بدون قصد قبلی است، که ایشان دو می‌را اجازه می‌دهند و می‌توان گفت که حق هم با صاحب جواهر است، چون ازدواج غالباً برای جوانهاست و می‌خواهد به زوجه نگاه کند در حالی که مجرّد است و قهراً بعید نیست که تلذذ حاصل شود.

دلیل شرط دوم (احتمال حصول بصیرت):

این شرط از قبیل قضایا قیاساتها معها است. چرا شارع مقدّس نگاه کردن به نامحرم را اجازه داده است در حالی که حرام بوده است؟ لیکن علی بصیره و الاّ اگر چیز تازه‌ای کشف نشود استثنا معنائی ندارد و تخصیص حرمت در اینجا جایز نیست. و ان شئت قلت: اطلاق روایات منصرف است و اینکه می‌گوید نگاه کن، یعنی نگاه کن تا چیز تازه‌ای کشف شود و اگر چیز تازه‌ای کشف نشود نباید به نامحرم نگاه کند.

دلیل شرط سوم (مرأه جایز التزویج باشد):

دلیل این شرط انصراف اطلاقات است، یعنی روایاتی که می‌گوید نگاه کن معنایش این نیست که به زن و بچه مردم نگاه کن بلکه به کسی نگاه کن که مانعی از ازدواج ندارد.

دلیل شرط چهارم (احتمال حصول توافق بعد از نظر):

اگر احتمال دهد که توافقی حاصل می‌شود نگاه کند ولی اگر می‌داند که توافق حاصل نمی‌شود، نگاه کردن جایز نیست چون در اینجا نیز علت حکم معلوم است، چرا که نگاه کردن به نامحرم حرام بود و شارع به خاطر هدفی (توافق بر ازدواج) آن را استثنا زده است، اگر علم دارد و یا احتمال عقلائی می‌دهد که توافق حاصل نمی‌شود نگاه کردن لغو است و نمی‌توان یک حکم شرعی را با کار لغو استثنا زد.

دلیل شرط پنجم (ان یكون النظر من وراء الثیاب الرقاق):

مواضعی که نگاه به آن اجازه داده شد از روی لباس نازک ببینند. دلیل این شرط روایتی است که مرحوم صدوق آن را نقل کرده که ذیل آن را توضیح خواهیم داد.

دلیل شرط ششم (ان یكون قاصداً لتزویجها بالخصوص):

به هر زنی که می‌رسد نگاه می‌کند تا یکی را بپسندد و ازدواج کند این کار جایز نیست. دلیل این مسئله تعبیری است که در روایات آمده است

«الرّجل یرید أن یتزوّج المرأه»

که الف و لام در «المرأه» عهد است یعنی زن معهود نه اینکه جنس مرأه مراد باشد، پس مورد روایت مرثه معهوده است و به فرض هم که اطلاقی داشته باشیم منصرف است به مرثه معهوده.

بقی الکلام فی مقدار الجواز:

در اینجا اقوال مختلف و اختلاف شدید است:

قول اول: فقط نگاه کردن به وجه و کفین جایز است.

مرحوم محقق در شرایع می‌فرماید:
و یختص الجواز بوجهها و کفئها. «۲»
عجب این است که عده‌ای این قول را به مشهور هم نسبت داده‌اند و مرحوم محقق در بحث آینده که بحث جواز نظر است وجه و کفین را استثنا را می‌کند، و در این شخص هم که اراده تزویج دارد همین مقدار را اجازه می‌دهد.
مرحوم شهید ثانی هم در مسالک همین بیان را دارد و می‌فرماید:
فالذی یجوز النظر الیه منها اتفاقاً (بالاجماع) هو الوجه و الکفان من مفصل الزند ظهراً و بطناً لأن المقصود یحصل بذلك فیبقى ما عداه علی العموم (عموم حرمت). «۳»

قول دوم: نگاه کردن به تمام بدن غیر از عورتین جایز است.

بعضی به این کلام تصریح کرده‌اند و از کسانی که دنبال آن را گرفته مرحوم صاحب جواهر است. شیخ طوسی در کتاب خلاف می‌فرماید:
یجوز النظر الی امرأه اجنبیه یرید أن یتزوجها اذا نظر الی ما لیس بعورة فقط. «۴»
اگر «ما لیس بعورة» را حمل بر عورتین کنیم معنایش یجوز النظر الی تمام البدن است و می‌گویند روایتی که می‌گوید

(۱) ج ۲۹، ص ۶۵.

(۲) ج ۲، ص ۴۹۵.

(۳) ج ۷، ص ۴۱.

(۴) ج ۴، ص ۲۴۷، مسئله ۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۷۳

«یجوز النظر الی تمام البدن»

و یا

«یجوز النظر الی محاسنها»

، محاسن مرأة تمام بدن اوست.

قول سوم: نگاه کردن به محاسن و وجه جایز است.

مرحوم شیخ در نهایه می‌فرماید:
و ینظر الی محاسنها: یدها و وجهها و یجوز ان ینظر الی مشیها و جسدها من فوق ثیابها. «۱»

قول چهارم: نگاه کردن به موها و محاسن جایز است.

مرحوم سبزواری در کفایہ، و صاحب مدارک، صاحب حدائق و صاحب ریاض به آن قائل شده‌اند مرحوم صاحب جواهر «۲» بعد از نقل اقوال می‌فرماید: نگاه کردن به مو و محاسن زنی که قصد ازدواج با او را دارد جایز است کأنَّ صورت و کفین مسلّم است و شعر و محاسن را اضافه کرده‌اند.

۵۱ ادامهٔ مسئلهٔ ۲۸ ... ۳ / ۱۱ / ۷۹

ادله:

اما اینکه مقدار جواز از نظر منحصر به وجه و کفین (قول اول) باشد قطعاً درست نیست چون طبق مبنای ما «يجوز النظر الى الوجه و الکفین مع الشرطین» و وقتی برای همه جایز است تخصیص به «من اراد نکاح امرأه» لغو است.

دلیلی بر قول دوم هم نداریم مخصوصاً اگر من وراء الثياب هم نباشد چون این امر غیر متعارفی است خصوصاً که اطلاقات منصرف است به متعارف، پس این دو قول کنار می‌رود.

بہتر است سراغ احادیث باب برویم و بینم مذکور در احادیث باب چیست؟

عناوینی که در احادیث باب مذکور است عنوان «وجه» و عنوان «معاصم» است که ما فوق زُند و مادون ذراع است و زند همان مفصل دست است و بالاتر از آن جای سیّوار است، بعضی از احادیث هم عنوان «شعر» و بعضی دیگر عنوان «محاسن» داشت و تعدادی از احادیث هم مطلق بود.

در اینجا باید اسناد روایات را بررسی کنیم چون احادیث متضافر نیستند.

وجه مسلم و واضح است، معاصم در یک حدیث معتبر آمده و پیداست که اگر نظر معاصم جایز باشد معلوم می‌شود که نظر به کفان هم جایز است، و اما محاسن در چند روایت «۳» آمده است که سند حدیث هشت بد نیست چون «غیاث بن ابراهیم» دارد که توثیق شده است، قبل از او هم افراد معتبری هستند، سند شیخ هم به «احمد بن محمد بن عیسی» ظاهراً معتبر است، پس بعید نیست که این حدیث را معتبر بدانیم و حدّ اقل این است که متضافر هم هست (اگر لا اقل سه روایت در یک کتاب معتبر باشد و خلاف مشهور هم نباشد، متضافر است و ما آن را معتبر می‌دانیم).

معنای «محاسن» چیست؟ چیزی که از معنای محاسن به ذهن متبادر می‌شود «مواضع الزینة» است که قدر متیقن وجه، موها، گلو و مقداری از بالای سینه، میچ دستها و شاید قسمتی از ساق پا را هم شامل شود. اما اینکه صاحب جواهر می‌فرماید محاسن تمام بدن را شامل می‌شود وجهی ندارد چون هیچ وقت معمول نبوده که جمیع بدن دیده شود.

نتیجه: تا اینجا توانستیم وجه و کفین و معصم و مواضع زینت را داخل بدانیم، شعر هم روایت بالخصوص داشت «۴» که البتہ فرقی نمی‌کند که روایت بالخصوص داشته باشد چون داخل در محاسن است.

و اما روایتی که می‌گفت «ترقق له الثياب» «۵» کجا را می‌گوید؟

این روایت را مرحوم صدوق از پدرش نقل می‌کند:

... عن سعد، عن احمد بن محمد، عن البنزطی، عن یونس بن یعقوب

(رجال حدیث خوب است)

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

الرجل يريد أن يتزوج المرأة يجوز له أن ينظر إليها؟

(اطلاق دارد آیا تمام بدن مراد است یا منصرف است به متعارف؟)

قال: نعم و ترقق له الثياب لأنه يريد أن يشتريها باغلي الثمن. «۶»

در «ثوب رقيق» دو احتمال وجود دارد:

۱- لباس بدن نما باشد.

۲- لباسی باشد که حجم بدن را نشان می دهد به عبارت دیگر لباس مثل جلباب نیست اما گاهی پیراهنی می پوشد که حجم بدن را نمایان می کند که به این هم ثوب رقيق می گویند ولی حاکی ما وراء نیست و چیزی از آن دیده نمی شود. مراد از «ترقق له الثياب» کدام است؟ بعضی می گویند معنی اول مراد است.

(۱) نهایی، ص ۴۸۴.

(۲) ج ۲۹، ص ۶۶.

(۳) ح ۵ و ۸ و ۱۲، باب ۳۶ از ابواب مقدمات نکاح.

(۴) ح ۵ و ۷، باب ۳۶ از ابواب مقدمات نکاح.

(۵) ح ۱۱، باب ۳۶ از ابواب مقدمات نکاح.

(۶) ح ۱۱، باب ۳۶ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۷۴

لکن الانصاف معنی دوّم بهتر است چون در صدر اسلام لباس رقيق به آن معنا در بین مسلمین معمول نبوده است. اگر شک هم کنیم که اولی مراد است یا دوّمی، قدر متیقّن و مطابق احتیاط دوّمی است چون اصل در مسأله هم حرمت است.

بقی هنا فروغ:

فرع اول: هل للمرأة ان تنظر الى الرجل؟

آیا آنچه که درباره نظر رجل به مرأه عند اراده النکاح است در ناحیه نظر مرأه به رجل هم می باشد؟ بعضی گفته اند که بعید است، چون تعلیل روایات این است که «یرید أن يشتريها باغلي الثمن» و مرأه خریدار نیست و مرد می خواهد ثمن را بدهد و در حکم خریدار است و تعلیل قد یعمّم و قد یخصّص و چون علّت در مورد او نیست نمی تواند نگاه کند. و لکن الإنصاف نظر مرئه به رجل هم جایز است، چون علّت منحصر به «یشتریهها باغلي الثمن» نیست بلکه علّت این است که می خواهد شریک زندگی انتخاب کند و توافق است و توافق منحصر به مرد نیست و در زن هم هست، خصوصاً که زن مشکلی دارد که در مرد نیست و آن اینکه مرد بالاخره اگر به مشکلی هم برخورد راه طلاق برایش باز است ولی زن این را هم ندارد و لذا از قرائن موجود در روایات الغاء خصوصیت عرفیه می کنیم و قرائن موجود و بعضی تعبیرات روایات به زن هم اجازه می دهد که به میزان متعارف ببیند، و اگر کسی هم در حالت عادی نظر زن را به مرد اجازه ندهد بعید نیست که در مقام خواستگاری اجازه دهد، شیخ انصاری نیز فرقی بین زوج و زوجه نمی گذارد.

فرع دوّم: هل للولی النظر؟

در آنجایی که اجازه ولی شرط است مثلاً در صغیرین - ما معتقدیم که زمان، ما ولایت بر صغیر و صغیره مشکل است - و یا در جایی که زوج و زوجه نایبنا هستند آیا جایز است ولی نگاه کند؟

در جایی که مصلحت است و می خواهند صغیرین را نکاح کنند ولی با وجود شرطین می تواند نگاه کند ولی در کبیر و کبیره جایز نمی دانیم. صاحب جواهر می فرماید که روایت در مورد زوج و زوجه است و تعدی از نصوص به ولی جایز نیست و غیر از آنها نمی تواند نگاه کنند.

۵۲ ادامه مسئله ۲۸ ... ۴ / ۱۱ / ۷۸

فرع سوم: هل يجوز تكرار النظر اذا لم يحصل الغرض في مجلس واحد و في نظر واحد؟

اشاره

آیا مجلس خواستگاری چند دقیقه باشد و یک بار نگاه کند و یا می تواند مدّت بیشتری باشد و چند بار نظر کند تا کاملاً ببیند؟ و آیا تکرار چنین مجلسی در جایی که نتوانسته خوب ببیند جایز است؟
مرحوم صاحب عروه این فروع را ذکر می کند ولی مرحوم امام بعضی از این فروع را ندارد، صاحب عروه می فرماید:
و يجوز تكرار النظر اذا لم يحصل الغرض و هو الاطلاع على حالها بالنظر الاول. «۱»

دلیل جواز: اطلاق روایات

در روایات قید «مرّة واحدة» یا «مجلس واحد» نبود و فقط می فرمود يجوز النظر. و لکن این مسأله عرف و عادت دارد نه اینکه زوج بگوید مثلاً من یک هفته باید با او زندگی کنم تا ببینم می توانیم با هم زندگی کنیم یا نه، چنین برنامه ای نیست و اگر از حدّ متعارف خارج شود اطلاق شامل او نمی شود و اطلاق از آن منصرف است.

فرع چهارم: هل يعتبر عدم امکان معرفتها من طریق آخر؟

این فرع را مرحوم صاحب عروه متعرض شده است که آیا جواز نظر عند ارادة النکاح مشروط به آنجائی است که راه دیگری برای انتخاب و اختیار نباشد مثلاً توکیل النساء (بستگان خود را برای دیدن می فرستد) و یا از طریق عکس و فیلم، آیا این شرط معتبر است؟ صاحب عروه در این مسأله می فرماید چنین شرطی نیست چون روایت اطلاق دارد بعلاوه سلیقه ها مختلف است فعلی هذا چه امکان توکیل للمماثل باشد و چه نباشد در هر دو صورت يجوز النظر للزوج و الزوجة.

فرع پنجم: هل يعتبر في ذلك أذنها و رضاها؟

آیا رضایت و اجازه دختر لازم است؟

عده ای به این مسأله متعرض شده اند از جمله صاحب عروه که می فرماید:

«و لا يشترط أن يكون ذلك بأذنها و رضاها». «۲»

(۱) ج ۲، ص ۸۰۱، مسئلہ ۲۶.

(۲) ج ۲، ص ۸۰۱، مسئلہ ۲۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۷۵

اگر واقعاً قصد تزویج دارد و تلذذ و ربیہ ہم نیست جایز است چون روایات مطلق است.

مرحوم آقای خوئی در ذیل این جملہ می فرماید:

بلا خلاف فی ذلک (ادعای اجماع می کند...) و لیس هو من حقوق المرأة کی يتوقف الحل علی رضاها «۱»

ما در اینجا حدیثی از طرق عامہ داریم کہ شاید بہ آن دسترسی نداشته اند چون بہ این حدیث بہ عنوان مؤید می توان استدلال کرد،

حدیث را بیہقی نقل می کند:

* عن جابر بن عبد اللہ قال: قال رسول اللہ صلی اللہ علیہ و آلہ: اذا خطب احدکم المرأة ففقدَ علی أن یرى منها ما یُعجبُه

(جالب باشد)

و یدعوه الیها

(دعوت کند بہ ازدواج)

فلیفعل

(کأن جابر این گونه فهمیدہ کہ می خواهد بداند یا نداند و می خواهد اجازہ دہد یا نہ)

قال جابر:

فلقد خطبتُ امرأة من بنی سلمة فکنت أتخبُّ

(پنهان شدم)

فی اصول النخل حتّی رأیت منها بعض ما أعجبنی فتزوَّجتها. «۲»

فرع ششم: هل یشرط فی ذلک عدم امکان الوصول الی مقصدہ من طریق العقد الموقت؟

مواردی هست کہ می توان عقد موقت خواند آیا اگر چنین چیزی امکان داشته باشد مقدم نیست؟

در جواب می گوئیم کہ اطلاق روایات این را شرط ندانسته است و مشروط بہ عقد موقت نیست.

نکته: وقتی عقد موقت می خوانند باید مدت عقد موقت تمام شدہ باشد یا مدت را ببخشد تا عقد دائم خوانده شود و اگر در مدت

نکاح موقت و بدون بخشیدن مدت، عقدی خوانده شود مشکلات بعدی بہ دنبال می آورد و طبق قواعد این عقد باطل است و اگر

در مدت نکاح موقت برنامه ازدواج بہ ہم بخورد و دختر را بہ نکاح زوج دیگری در آورند بدون اینکه زوج اول مدت را ببخشد در

این صورت حرمت ابدی می آید، چون نکاح بہ ذات بعلم است.

۵۳ مسئلہ ۲۹ (سماع صوت الاجنبیہ...) ۷۸ / ۱۱ / ۵

[مسئله ۲۹: الأقوی جواز سماع (استماع) صوت الاجنبیہ ما لم یکن تلذذ و ربیہ]

اشاره

مسئله ۲۹: الاقوی جواز سماع (استماع)

صوت الاجنبیة ما لم يكن تلذذ و ريبه و كذا يجوز لها إسماع صوتها للأجانب اذا لم يكن خوف فتنه و ان كان الأحوط الترك في غير مقام الضرورة خصوصاً في الشابة و ذهب جماعة الى حرمة السماع و الإسماع و هو ضعيف، نعم يحرم عليها المكالمه مع الرجال بكيفيه مهيجه بترقيق قول و تليين الكلام (نرم سخن گفتن) و تحسين الصوت فيطمع الذي في قلبه مرض.

عنوان مسأله:

این مسأله آخرین مسأله از مسائل مقدمات نکاح و در مورد سماع صوت اجنبیه است که مرحوم امام (ره) جواز سماع صوت اجنبیه را اقوی می داند مادامی که تلذذ و ريبه نباشد.

اقوال:

این مسأله در قدیم معرکه الآراء بوده است بعضی قائل به حرمت و بعضی قائل به جواز و بعضی فقط پنج کلمه صحبت کردن را اجازه می دادند و بیش از آن را جایز نمی دانستند، ولی در عصر ما به جهاتی که می دانیم مسأله جزء مسلمات شده و جایز است. مرحوم محقق در شرایع تصریح می کند:

الثانیة: الاعمی لا يجوز له سماع صوت المرأة الاجنبیة. «۳»

بعضی ادعای شهرت کرده اند، مرحوم صاحب حدائق می فرماید:

الخامس: المشهور بین الأصحاب تحريم سماع صوت المرأة الاجنبیة مبصراً كان السامع أو الأعمی و إطلاق كلامهم شامل بما أوجب السماع التلذذ و الفتنة أم لا، و لا يخلو من اشكال، «۴» (حکم به حرمت به طور مطلق).

مرحوم صاحب ریاض هم از علمامه در قواعد و محقق در شرایع و علامه در تحریر و ارشاد حرمت را نقل کرده و در آخر کلامش چنین می فرماید:

فالجواز أقوى وفاقاً لمقطوع التذكرة و ظاهر جماعة كشيخنا في المسالك و نُسبَ الى جدی العلامة المجلسی طاب ثراه. لكن الأحوط ترك ما زاد على خمس كلمات لنهي النبي. «۵»

خلاصه اقوال: مسأله ذات قولین است از طرفی حکم به حرمت شده ولی مخالفین قوی نیز در مسأله وجود دارد که حکم به جواز می کنند و ما هم می گوئیم حق با قائلین به جواز بوده و این مسأله مسلم است.

ادله:

اشاره

سه دلیل داریم:

(۱) کتاب النکاح، ج ۱، ص ۲۸.

(۲) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۸۴.

(۳) شرایع، ج ۲، ص ۴۹۶.

(۴) ج ۲۳، ص ۶۶

(۵) ریاض المسائل، ج ۱۰، ص ۷۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۷۶

۱- آیات:

اشاره

آیاتی از قرآن دلالت بر جواز می کند.

الف) تکلّم موسی با بنات شعیب:

«قَالَ مَا خَطْبُكُمْ» (کارتان چیست) «قَالَتَا لَا نَسْقِي حَتَّى يُصَدَرَ الرَّعَاءُ وَأَبُونَا شَيْخٌ كَبِيرٌ»، «۱» «فَجَاءَتْهُ إِحْدَاهُمَا تَمْشِي عَلَى اسْتِحْيَاءٍ قَالَتْ إِنَّ أَبِي يَدْعُوكَ لِيَجْزِيَكَ أَجْرًا مَا سَقَيْتَ لَنَا». «۲»

البته نه موسی علیه السلام پیغمبر بود و نه دختران شعیب معصوم بودند که فعلشان سند باشد ولی چون شعیب علیه السلام پیامبر بود اگر حرام بود نباید چنین دستوری به دخترانش می داد به علاوه به عقیده شیعه پیامبران قبل از رسالت هم معصوم بوده اند مضافاً که اگر کار بدی بود خداوند نقل نمی فرمود آن هم با لحن موافق.

ب) تکلّم یوسف با زن عزیز مصر و سایر زنان مصر:

«قَالَ رَبِّ السِّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إِلَيْهِ». «۳»

انصاف این است که استدلال به این آیه مشکل است چون آنها ما زنان فاسقه ای بودند و فعل آنها حجت نیست.

ج) سخن گفتن زنان پیامبر با مردم:

صاحب جواهر و بعض دیگر به این آیه استدلال کرده اند:

«يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ إِنِ اتَّقَيْتُنَّ فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ». «۴»

در این آیه سخن گفتنی را حرام دانسته که مقید به قید خضوع باشد و چون در مقام احتراز است حتماً مفهوم دارد. مراد به خضوع، همان ترفیق صوت است پس سخنانی که خالی از تهییج باشد اشکالی ندارد.

۲- سیره مستمرّه مسلمین:

این سیره قابل انکار نیست و در زمان پیامبر و ائمه علیهم السلام زنان نه تنها مسائل شرعی بلکه سؤالات غیر واجب را از آن

بزرگواران می پرسیدند و احوالپرسی هم می کردند و این سیره چنان است که صاحب جواهر چنین می فرماید:

لكن ذلك كله مشكل بالسيرة المستمرة في الأعصار و الامصار من العلماء و المتدینين و غیرهم علی خلاف ذلك و بالمتواتر أو المعلوم مما ورد من كلام الزهراء و بناتها علیها و علیهن السلام و من مخاطبة النساء للنبي صلى الله عليه و آله و ائمه عليهم السلام

علی وجه لا یمکن احصاؤه و لا تنزیله علی الاضطرار لِدینِ او دنیا. «۵»

البته بعضی از موارد مثل خطبه حضرت زهرا علیها السلام و زینب علیها السلام در مقام ضرورت، مصداق بارز امر به معروف و نهی از منکر بوده است ولی در مورد زنانی که خدمت پیامبر صلی الله علیه و آله و ائمه علیهم السلام می‌رسیدند ضرورت نبوده است و علما هم چنین بودند، بنابراین می‌توانیم سیره را هم دلیل دیگری برای جواز این مطلب بدانیم.

۳- روایات:

روایات چند طایفه هستند:

طایفه اول: روایات سلام

این روایات دلالت می‌کنند که پیامبر صلی الله علیه و آله و علی علیه السلام به زنان سلام می‌کردند.

...* عن ربیع بن عبد الله

(توثیق شده است و رجال سند خوب است)

عن أبی عبد الله علیه السلام قال: کان رسول الله صلی الله علیه و آله یسلم علی النساء و یردّون علیہ و کان امیر المؤمنین علیه السلام یسلم علی النساء و کان یکره أن یسلم علی الشابة منهنّ و یقول أتخوف أن یعجبنی صوتها فیدخل علیّ أكثر ممّا طلبت من الاجر (گناهش از ثوابش بیشتر باشد) «۶»

محدثین بزرگ از جمله مرحوم صدوق فرموده‌اند که منظور این است که علی علیه السلام به دیگران درس بدهد چون مقام او بالاتر از این حرفهاست و او مقام عصمت داشت و در این حدیث می‌خواهد به دیگران یاد بدهد که اگر جوان هستی و زن نیز جوان است به او سلام نکن شاید که خوف فتنه باشد.

* محمد بن علی بن الحسین

(صدوق)

باسناده عن عمار الساباطی عن أبی عبد الله علیه السلام: انه سأله عن النساء کیف یسلمن اذا دخلن علی القوم

(از جواز سلام کردن سؤال نمی‌کند بلکه از کیفیت سلام کردن می‌پرسد پس کانّ جواز سلام کردن برای راوی مسلم بوده است)

قال: المرأة تقول: علیکم السلام و الرجل یقول: السلام علیکم

(باید گفت به عفت نزدیکتر است). «۷»

پس معلوم می‌شود که اینها اسماع صوتشان اشکالی ندارد.

رجال سند خوب است «ربعی بن عبد الله» هم توثیق شده است و هر دو روایت سندش خوب است.

(۱) شرایع، ج ۲، ص ۴۹۶.

(۲) آیه ۲۳ و ۲۵، سوره قصص.

(۳) آیه ۳۳، سوره یوسف.

(۴) آیه ۳۲، سوره احزاب.

(۵) جواهر، ج ۲۹، ص ۹۸.

(۶) ح ۳ باب ۱۳۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۷) ح ۴، باب ۱۳۱ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۷۷

۵۴ ادامه مسئله ۲۹ ... ۶ / ۱۱ / ۷۸

طایفه دوم: روایاتی که بر جواز نوحه‌گری و مداحی زنان دلالت می‌کند.

معلوم است که نوحه‌خوانی در خانه نبوده، و شعرهایی می‌خواندند که صدایشان به گوش نامحرم و رجال اجانب هم می‌رسید از آن

جمله روایتی است که مرحوم علامه مجلسی در مورد امام باقر علیه السلام نقل می‌کند:

و روی ابن بابویه ان الباقر علیه السلام أوصی أن یندب له فی المواسم عشر سنین «۱»

و لخبر یونس بن یعقوب عن الصادق علیه السلام قال لی أبو جعفر علیه السلام قف من مالی کذا و کذا لئوادب «۲»

(ندبه گران)

تندبنی عشر سنین بمنی

ایام منی (که شلوغترین ایام است، ندبه کنند تا آل پیامبر صلی الله علیه و آله فراموش نشوند).

در تاریخ عرب نوحه گران نوعاً زنان بودند، علاوه بر این روایاتی راجع به «کسب النائحۃ» داریم که می‌گوید حلال است به شرط

اینکه باطل نگوید؛ در حالی که صدای آنها را اجانب می‌شنیدند.

شاهد دیگر داستان شهادت حضرت حمزه است که پیامبر صلی الله علیه و آله وقتی از در خانه او عبور کردند صدائی از خانه حمزه

نشنیدند پیامبر صلی الله علیه و آله فرمودند تا زنان در خانه حمزه عزاداری کنند. پس معلوم می‌شود که صدای زنان شنیده می‌شده و

پیامبر صلی الله علیه و آله از آن منع نکردند.

طایفه سوم: روایتی که بر جواز قرائت قرآن زن اجنبی در مقابل مرد اجنبی دلالت می‌کند.

...* عن أبي بصير، قال: كنت أقرئ

(قرائت یاد می‌دادم)

امرأة كنت أعلمها القرآن فمازحها بشيءٍ فقدمتُ عليّ ابی جعفر علیه السلام

(امام باقر)

فقال لی: أی شیءٍ قلتَ للمرأة؟ فغطتُ وجهی فقال: لا تعودنّ الیها

(دلالت دارد که مزاح اشکال دارد نه تعلیم قرآن). «۳»

طایفه چهارم: روایات پراکنده‌ای که در ابواب مختلف است

و دلالت می‌کند معصومین علیهم السلام مانند حضرت زهرا علیها السلام یا کسانی که در دامان معصومین علیهم السلام پرورش

یافته بودند، صدای خود را به گوش اجانب رسانده‌اند، شاید بتوان گفت که اینها در مورد اضطرار بوده و دین در خطر بوده است

ولی موارد کثیره‌ای داریم که زنان با امام علیه السلام صحبت می‌کردند و همه اینها را بخواهیم حمل بر ضرورت کنیم و یا اینکه

بگوئیم همه اینها پیرزن بوده‌اند، ممکن نیست در مقابل روایات معارضی داریم که نهی می‌کند:

...* عن مسعدة بن صدقة

(محل بحث است)

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام لا تبدءوا النساء بالسلام

(نهی از سلام است)

و لا تدعوهنّ الى الطعام فإنّ النبی صلی الله علیه و آله قال:

النساء عئی

(ضعیف)

و عورة فاستروا عینهن بالسکوت و استروفونیک عوراتهنّ بالبیوت. «۴»

قلنا: این حدیث دلالت بر عکس مقصود شما دارد چون می گوید شما سلام نکنید ولی زنان اگر ابتدا به سلام کنند عیبی ندارد به قول مرحوم علامه مجلسی «۵» معنی حدیث این است که اینها مقاصد خودشان را نمی توانند بیان کنند و لذا آبروریزی می کنند ولی صحبت کردن زنانی که ضعف بیان ندارند اشکالی ندارد.

* محمد بن علی بن الحسین

(صدوق)

باسناده عن شعيب بن واقد

(که ضعیف است)

عن الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله في حديث المناهي قال: و نهی ان تتكلم المرأة عند غير زوجها و غیر ذی محرم منها اکثر من خمس کلمات ممّا لا بدّ لها منه (آیا پنج کلمه نحوی یا پنج کلام، که آن هم مشروط به ضرورت است) «۶».

این حدیث از نظر سند و دلالت اشکال دارد اشکال دلالی این است که این حدیث، حدیث مناهی است که در آن نهی هایی از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل شده است در حالی که بسیاری از آنها مکروه است و اینکه بگوئیم حتما دلالت بر حرمت دارد مشکل است.

بعضی از احادیث دیگر هم شبیه همین حدیث است.

۵۵ ادامه م ۲۹ و ۳۵ عروة (القواعد من النساء ...) ۹ / ۱۱ / ۷۸

بحث اصولی: جمع بین احادیث ناهیه و مجوزه:

جمع بین روایات جمع دلالی (جمع بین ظاهر و اظهر)

(۱) بحار، ج ۷۹، ص ۱۰۶ و ۱۰۷.

(۲) بحار، ج ۷۹، ص ۱۰۷.

(۳) ح ۵، باب ۱۰۶ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۴) ح ۱، باب ۱۳۱ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۵) مرآة العقول، ج ۲۰، ص ۳۷۳.

(۶) ح ۲، باب ۱۰۶ از ابواب مقدّمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۷۸

است که در تمام ابواب فقه داریم به این بیان که روایات مجوزه صریح در جواز (اظهر) ولی روایات ناهیه ظهور در حرمت دارد (ظاهر) و ما ظاهر را بر اظهر حمل کرده و قائل به کراهت می‌شویم (عکس این مطلب هم در واجبات است وقتی یک حدیث بگوید که «اغتسل للجمعه» (ظاهر) و روایت دیگری می‌گوید «لا- یجب غسل الجمعة» (اظهر) در اینجا روایت اول را حمل بر استحباب می‌کنیم از باب جمع بین نص و ظاهر (اظهر و ظاهر).

علاوه بر این بسیاری از روایات ناهیه مشکل سندی و دلالتی دارد.

اضف الی ذلک: سیره دلیل قطعی است و آیات قرآن مؤید و مرجح است (شاهد جمع) پس جواز را ترجیح می‌دهیم و روایات ناهیه را حمل بر کراهت می‌کنیم در جایی که احتمال فتنه باشد.

نتیجه: جواز سماع و اسماع صوت مرأه مما لا ینبغی الاشکال فیه.

استثنا: استثنایی مرحوم امام و قبل از ایشان صاحب عروه در مسئله ۳۹ در مقدمات نکاح فرموده‌اند، که اگر کلام و سخن مهیج (با ادا و تغییر صوت) باشد حرام است به دو دلیل:

۱- آیه «فَلَا تَخْضَعَنَّ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَنَّ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ» (۱) که خطاب به نساء النبی صلی الله علیه و آله است در اینجا تعبیر خضوع در قول است که معنی آن تواضع و ادب نیست بلکه به معنی ترقیق و تحسین و تلبین صوت است.

ان قلت: مخاطب نساء نبی است و ربطی به دیگران ندارد و برای دیگران این حکم ثابت نیست و آیه عمومیت ندارد.

قلنا: ادله اشتراک در تکلیف جواب شما را می‌دهد، اصل اولی این است که احکام همه افراد مثل هم است و اگر جایی خصایص النبی صلی الله علیه و آله ثابت شد آن استثنا است پس اگر حکمی در مورد زنان پیامبر هست در مورد دیگران هم هست.

۲- مظنه ربه و وقوع در معصیت است پس این هم منهای آیه شریفه می‌تواند دلیل بر حرمت کلام و سخن مهیج باشد.

در مورد تلاوت قرآن هم اگر چه قرآن است ولی ممکن است که خضوع بالقول صادق باشد و مظنه ربه و وقوع فی المعصیه باشد.

سؤال: قرائت قرآن زن به صورت ترتیل چه حکمی دارد؟

جواب: گاهی قرائت زن بدون صوت است که مشکلی ندارد و مثل تکلم است ولی گاهی با صوت است که بعید نیست داخل در خضوع بالقول باشد و اما در صورت ترتیل بعید نیست که بگوئیم اشکال ندارد چون اگر شک هم بکنیم اصل اباحه و جواز است الا ما خرج بالدلیل.

قرائت جمعی هم اگر مثل فردی باشد بعید نیست که بگوئیم اشکال دارد یعنی اگر مصداق خضوع بالقول باشد جمع و فرد در آن فرقی نمی‌کند منتهی فردی مشکل تر است.

الی هنا تم الکلام فی مقدمات النکاح»

در عروه دو مسأله مهم ۳۵ و ۵۰ داریم که در تحریر نیست:

[مسأله ۳۵: یستثنی من عدم جواز النظر من الاجنبی و الاجنبیه مواضع]

اشاره

مسأله ۳۵: یستثنی من عدم جواز النظر من الاجنبی و الاجنبیه مواضع ... و منها القواعد من النساء اللاتی لا یرجون نکاحاً بالنسبه الی ما هو المعتاد له من کشف بعض الشعر و ذراع و نحو ذلک، لا مثل الثدی و البطن و نحوهما مما یعتاد سترهن له.

این استثنا در قرآن وارد شده است:

«وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ يَبَاهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ» «... ۲» و من العجب غالب فقها

مثل مناقب مسالک، کشف اللثام، مستند نراقی، لمعه، مهذب و تحریر متعرض این مسأله نشده‌اند با اینکه در قرآن آمده است، اگر چه مسأله واضح بوده، ولی شاخ و برگش محل بحث است، مثلاً «لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا» چه کسانی هستند و منظور از «غَيْرِ مُتَبَرِّجَاتٍ بَزِينَةٍ» چیست؟

اقوال:

از کسانی که متعرض این مسأله شده‌اند صاحب جواهر و مستمسک و آقای خوئی در مستند و مرحوم راوندی در کتاب فقه القرآن است که به تناسب تفسیر آیات الاحکام این مسأله را ذکر کرده است ایشان می‌فرمایند:

وقوله تعالى وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ يَعْنِي الْمَسْتَنَاتِ اللَّاتِي يَقْعَدْنَ عَنِ الْحَيْضِ وَ عَنِ التَّرْوِيجِ وَ أَمَّا ذِكْرُ الْقَوَاعِدِ لِأَنَّ (قواعد جمع قاعد است جمع قاعده چون از اوصاف مخصوص مؤنث است مثل حائض) الشَّابَّةُ يَلْزِمُهَا مِنَ السُّتْرِ أَكْثَرُ مِمَّا يَلْزِمُ الْعَجُوزَ وَ الْعَجُوزُ لَا يَجُوزُ لَهَا أَنْ تُبْدِيَ عَوْرَةَ لِغَيْرِ الْمُحْرَمِ كَالسَّاقِ وَ الشَّعْرِ وَ الذَّرَاعِ (ظاهرش این است که هیچ کدام را نمایان نکند پس فقط باید وجه و کفان را نمایان کند و این بدین جهت است که در غیر عجز و وجه و کفین را هم جایز نمی‌دانند). «۳»

(۱) آیه ۳۲، سوره احزاب.

(۲) آیه ۶۰، سوره نور.

(۳) فقه القرآن راوندی، ج ۲، ص ۱۳۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۷۹

۵۶ ادامه مسئله ۳۵ عروه ... ۱۰ / ۱۱ / ۷۸

جامع المقاصد می‌فرماید:

و لو كانت عجزاً فقد قيل أنّها كالشَّابَّةِ لِأَنَّ الشَّهْوَاتِ لَا تَنْضَبُطُ وَ هِيَ مَحَلُّ الْوَطْئِ وَ قَدْ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ لِكُلِّ سَاقِطَةٍ لَاقِطَةٌ (هر چیزی که کسی دور بیندازد به درد کسی می‌خورد) و الاقرب (چرا اقرب، مسأله اجمالش از مسلمت است) وفاقاً للتذكرة أنّ المراد: اذا بلغت في السن الى حيث تنتفي الفتنة غالباً بالنظر اليها يجوز نظرها «۱»

البته این ضرب المثل (لکل ساقطه لاقطه) اگر در کلام معصوم علیه السلام هم باشد در مورد عجز نیست، چه کسی این حرف را زده است؟ آیا این اجتهاد در مقابل نص نیست؟ قرآن استثنا کرده چه کسی می‌تواند در مقابل صراحت قرآن اجتهاد کند. مرحوم محقق به عدم مقتضی للحرمة و به آیه شریفه استدلال کرده است ولی چنین برخوردی با چیزی که منصوص در قرآن است برخورد خوبی نیست و در مقابل نص، اجتهاد درست نیست.

مرحوم علامه هم شبیه همین بحث را دارد و جامع المقاصد آن را از تذکره گرفته است «۲» و عبارتها تقریباً شبیه هم هستند.

خلاصه اقوال:

از نظر اقوال کمتر متعرض شده‌اند ولی کسانی که مسأله را متعرض شده‌اند همه فتوی داده‌اند که قواعد یک حالت استثنائی دارند و شاید به همین دلیل آقای خوئی در مستند می‌فرماید:

در این مسأله اختلافی نیست و با این که کمتر کسی متعرض این مسأله شده ولی چنین می‌فرمایند و معنی آن این است که آنهایی که متعرض شده‌اند مخالفت نکرده‌اند.

آیات:

اشاره

الف -

۱- آیه «وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا». «۳»

اشاره

اساس در این مسأله این آیه است که چند جهت قابل بحث است:

۱- «الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ» چه کسانی هستند؟

سه احتمال داده شده است:

الف) قعود عن الحيض.

ب) قعود عن الولادة.

ج) قعود عن النكاح.

این سه احتمال متقارب‌اند هر چند متلازم نیستند. «قید لا یرجون نکاحاً» بنابر تفسیر اول و دوم قید احترازی و بنابر احتمال سوم قید توضیحی است ولی در واقع تفسیر قواعد است، علی کل حال هر کدام از احتمالات که باشد با آمدن جمله «اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا» نتیجه یک چیز می‌شود.

۲- «لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا» چیست؟

آیا به خاطر سَنِّشان است یا به خاطر قیافه‌شان؟

ظاهر این است که به حسب سن است و اما «لَا يَرْجُونَ» آیا به حسب غالب است یا مطلقاً؟

ظاهر این است که به حسب غالب، علاقه‌ای به نکاح چنین مرأه ندارند. و سنّ معینی هم ندارد بلکه یختلف باختلاف الاشخاص. ممکن است خودش را خوب نگه داشته و در عین سن زیاد با طراوت مانده باشد که در این صورت نمی‌توان او را از قواعد دانست. آیا اگر کسی به جهت مال، موقعیت خانوادگی، کمال یا علم، راغب به نکاح با زنی باشد آیا آیه ناظر به این موارد می‌باشد یا ناظر به معیارهایی است که علاقه به جنس مخالف را ایجاد می‌کند (علاقه‌های نکاح)؟

ظاهر این است که مراد کسی است که جاذبه جنسی را از دست داده است و هکذا ممکن است مکانها فرق کند، در بعضی از مکانها ممکن است که به پنجاه سال که برسد در او رغبت نکنند ولی در مکان دیگر در او رغبت کنند و همچنین زمانها هم فرق می‌کند، ولی ملاک و معیار اصلی بالا رفتن سن و از دست دادن جاذبه نکاح و جاذبه جنسی است، و در این صورت است که «لا جناح علیهنّ ان یضعن ثیابهنّ».

۳- «ثیاب» در اینجا به چه معنی است؟

چند احتمال داده شده است:

احتمال اول: منظور از ثیاب تمام لباسها غیر از عورت است.

جواب: این احتمال خیلی بعید است و در هیچ مذهب و مکتبی چنین نیست. و قطعاً آیه منصرف از اوست.

احتمال دوم: مرحوم آقای خوئی در مستند می‌فرماید این که ثیاب جمع است به خاطر جماعت نساء است (مثلاً وقتی گفته شود آقایان با بچه‌هایشان در فلان مجلس شرکت کنند،

(۱) ج ۱۲، ص ۳۴.

(۲) تذکره، ج ۲، ص ۵۷۴، چاپ قدیم.

(۳) آیه ۶۰، سوره نور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۸۰

ممکن است هر کدام یک بچه بیشتر نداشته باشند ولی چون آقایان جمع هستند به همین جهت بچه‌ها را هم جمع می‌بندیم) در ما نحن فیه هم چون زنان جمع هستند لذا ثیاب به کار برده شده است.

جواب: این احتمال خلاف ظاهر است، چون ثیاب عرفاً ظهور در مجموع لباسها دارد ولی چون این امر خلاف عرف است نمی‌توانیم بگوییم زن می‌تواند تمام لباسهایش را در بیاورد.

احتمال سوم: ثیاب به معنی جلباب است که در مورد آن هم بحث است که آیا چادر است یا مقنعه بلند یا ملحفه.

احتمال چهارم: ثیاب به معنی مقنعه است که آن را هم می‌تواند بردارد.

احتمال پنجم: ثیاب به معنی خمار است که آن خمار را هم می‌تواند بردارد.

احتمال ششم: ثیاب به معنی خمار، چادر و مقنعه باشد.

مرحوم طبرسی در مجمع البیان این احتمالات را گفته و هیچ یک را انتخاب نکرده است.

احتمال هفتم: از عبارت عروه و بعضی دیگر استفاده می‌شود که خمار را به طور کلی نمی‌تواند بردارد و یضعن یعنی عقب می‌کشد و قسمتی از موها پیدا می‌شود.

و لکن الانصاف: با قطع نظر از روایات، ظاهر آیه این است که تمام لباسهایی که متعارف است (جلباب، خمار، مقنعه) می‌تواند بردارند.

اللهم الا ان يقال: معمول نیست هیچ پیرزنی سربرهنه باشد، پس از آیه شریفه یک معنای عامی در حدود متعارف استفاده می‌شود ولی در عرف بیشتر به ذیل (أَنْ يَسْتَعْفِفْنَ خَيْرٌ لَّهُنَّ) عمل می‌کنند.

۴- «غَيْرُ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ» به چه معنی است؟

در تفسیر این جمله زمخشری در کشاف دو احتمال می‌دهد (طبرسی هم دنباله بحث ایشان را دارد):

الف) «غیر مظهرات زینة» یعنی زینتشان را اظهار نکنند بنابراین اگر جلباب، مقنعه و چادر را بر می‌دارد گردن‌بند و گوشواره و دستبند نباید داشته باشد.

ب) «غیر قاصدات بالوضع التبرج» یعنی قصد اظهار زینت نداشته باشند و فرق این تفسیر با تفسیر قبل این است که در اولی می‌گوید زینتهای مخفی نداشته باشد ولی دومی می‌گوید که زینت هم اگر باشد تیتش خودنمایی نباشد.

قلنا: آنچه ما از آیه می‌فهمیم احتمال اول است، پس تفسیر آیه منهای روایات روشن شد و اما تفسیر آیه با توجه به روایات - که عمده روایات هم در باب ۱۱۰ آمده است - در جلسه آینده بحث خواهد شد.

۲- تفسیر آیه با توجه به روایات:

اشاره

احادیث این مسأله عمدتاً در باب ۱۱۰ از ابواب مقدمات نکاح آمده ولی تعدادی نیز در باب ۱۰۴ و ۱۰۷ هم آمده است. احادیث دو طایفه است.

طایفه اول: تفسیر ثياب به جلباب

... عن محمد بن مسلم

(صحیح و رجال سند معتبر است)

عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل: «وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا» ما الذي يصلح لهنّ أن يضعن من ثيابهنّ؟ قال:

الجلباب.

(ظاهر این است که فقط همین مقدار جایز است) «۱»

... عن محمد بن ابی حمزه

(بقیه رجال سند معتبر است)

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: القواعد من النساء ليس عليهنّ جناح أن يضعن ثيابهنّ قال: تضع الجلباب وحده. «۲»
سند این حدیث ظاهراً مشکلی ندارد و اگر بحثی باشد در «محمد بن ابی حمزه» است که مرحوم کشی از حمدویه نقل می کند که او مردی ثقه و فاضل است «ابن ابی عمیر» از محمد بن ابی حمزه روایات زیادی نقل می کند که اگر معتقد باشیم ابن ابی عمیر از غیر ثقه نقل روایت نمی کند این هم دلیل دیگر بر توثیق محمد بن ابی حمزه است، هر چند به نظر ما این مسأله مسلم نیست ولی آنچه که مسلم است ابن ابی عمیر لا یرسل الا عن ثقه نه اینکه لا یروی، ولی به هر حال این روایت جزء مؤیدات می تواند باشد.

* باسناده

(شیخ)

عن الحسين بن سعيد

(اهوازی)

عن محمد بن الفضيل

(محلّ بحث است)

عن أبي الصباح الكناني قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القواعد من النساء ما الذي يصلح لهنّ أن يضعن من ثيابهنّ؟ فقال: الجلباب إلا أن تكون أمه فليس عليها جناح أن تضع خمارها «۳»

(۱) ح ۱، باب ۱۱۰ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) ح ۳، باب ۱۱۰ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) ح ۶، باب ۱۱۰ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۸۱

با توجه به این که اماء، پیر و جوان ندارد و هر دو می‌توانند کشف رأس کنند، قرینه می‌شود که این حکم مستحب است یعنی اگر قواعد آمده باشد مانعی ندارد و اگر حرّه باشد پوشاندن مستحب است و کشف رأس کراهت دارد.

«محمد بن فضیل» محلّ بحث است بعضی او را توثیق و بعضی او را تضعیف کرده‌اند. صاحب جواهر به خاطر فاصله‌ای که بین مدح و ذم او وجود دارد به وثاقت او اطمینان پیدا نکرده.

«ابی الصباح» هم شخصی ثقه و اسم او «ابراهیم بن نعیم العبدی» است؛ در توثیق او وارد شده که امام صادق علیه السلام او را میزان معرفی کرده‌اند که بالاتر از وثاقت از آن استفاده می‌شود.

... عن محمد بن سنان

(محلّ بحث است)

□ عن الرضا عليه السلام فيما كتبه اليه من جواب مسأله ... و كذلك ما اشبه الشعور الا الذي قال الله تعالى: «وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي

□ لَا يَزُجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ» ای غیر الجلباب فلا بأس بالنظر الی شعور مثلهنّ. «۱»

اگر غیر الجلباب به معنی لا یضعن غیر الجلباب باشد مثل احادیث سابقه است و به درد بحث می‌خورد ولی اگر به معنای این باشد که غیر جلباب را هم می‌توانند کنار بگذارند در این صورت به بحث ما مربوط نبوده و به طایفه دوم مربوط است.

جمع بندی طایفه اول: حدّ اقل دو تا از این احادیث، هم از نظر سند و هم از نظر دلالت خوب بود.

طایفه دوم: تفسیر ثياب به جلباب و خمار و مقنعه را می‌گوید.

... عن الحلبي

(تمام رجال سند از بزرگان هستند)

عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قرء «أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ» قال: الخمار و الجلباب، قلت بين يدي من كان؟ فقال: بين يدي من كان غير مبترجة بزينة فان لم تفعل فهو خير لها و الزينة التي يبدین لهنّ شیء فی الآیة الاخری

(ذیل ابهام دارد). «۲»

... عن حرير بن عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام

(سند این حدیث هم خوب است)

أنه قرء «يضعن من ثيابهنّ» قال: الجلباب و الخمار اذا كانت المرأة مسنة.

«۳...» * عن علي بن احمد بن يونس قال: ذكر الحسين

(کدام حسین؟)

أنه كتب اليه يسئله

(کدام امام؟)

عن حدّ القواعد من النساء

(مستثنیات لباس در سؤال راوی است)

التي اذا بلغت جاز لها أن تكشف رأسها و ذراعها؟ فكتب عليه السلام من قعدن عن النكاح. «۴»

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۱، ص: ۸۱

دلالت این حدیث خوب ولی سند آن شلوغ است، «محمد بن الحسن الصفار» همان محمد بن الحسن بن فروغ الصفار است کان من شیوخ الطائفة و الثقات. پس روایت از ناحیه صفار مشکلی ندارد و اگر مشکلی داشته باشد از ناحیه «علی بن احمد بن یونس» است که شخصی به این نام در رجال نداریم و لذا احتمال داده‌اند که «علی بن احمد عن یونس» است که همان «علی بن احمد بن اشمیم» که مجهول الحال است. پس این روایت اگر چه دلالت خوبی دارد ولی دارای سند شلوغی است و به همین جهت اگر چه به عنوان دلیل مطرح نشود ولی به عنوان مؤید خوب است.

۵۸ ادامه مسئله ۳۵ عروه ... ۳ / ۱۱ / ۷۸

... عن احمد بن محمد بن ابی نصر

(مشکل سند حدیث این است که از قرب الاسناد است)

عن الرضا علیه السلام قال: سألته عن الرجل يحلّ له أن ينظر الى شعر اخت امرأته؟ فقال: لا، إلا أن تكون من القواعد، قلت له: اخت امرأته و الغریبه سواء؟ قال: نعم قلت فما لی من النظر اليه منها؟ فقال: شعرها و ذراعها (موها و ذراع زمانی ظاهر می‌شود که جلاب و خمار هر دو برداشته شود). «۵»

جمع‌بندی روایات:

در هر دو طرف چهار حدیث داریم که در بین هر دو طایفه روایات صحیح و ضعیف وجود دارد حال چگونه بین این دو طایفه جمع کنیم؟

ابتدا باید جلاب را معنی کنیم در کتابهای لغت چند احتمال در معنی جلاب داده‌اند:

۱- ملحفه (نیم‌چادر).

۲- پیراهن گشاد.

۳- مقنعه.

۴- آزار و رداء.

راغب در مفردات می‌گوید:

و الجلابیب القمص و الخمر.

این معانی خیلی با هم فرق می‌کند، آنچه از موارد استعمالش

(۱) ح ۱۲، باب ۱۰۴ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) ح ۲، باب ۱۱۰ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۱۱۰ از ابواب مقدمات نکاح.

(۴) ح ۵، باب ۱۱۰ از ابواب مقدمات نکاح.

(۵) ح ۱، باب ۱۰۷ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۸۲

استفاده می‌شود بیشتر آن نیمه چادری است که از روی مقنعه یا خمار می‌پوشیدند و آنچه که از روایات استفاده می‌شود این است که یکی از دو چیزی را که از زیر می‌پوشیدند مقنعه یا خمار بود- خمار بلندتر از مقنعه بود- و روی آن هم جلاب می‌پوشیدند و از

احادیث استفاده می‌شود که کنیزان سر برهنه بودند. در لسان العرب نقل می‌کند که کنیزی مقنعه پوشیده بود عمر او را تنبیه کرد که چرا خودت را به شکل زن‌های حَرّه در آورده‌ای.

حال بحث در این است که قواعد من النساء جلاب و خمار را برمی‌دارند یا یکی را؟ جمع بین روایات واضح است چون ما در غیر قواعد هم اجازه می‌دهیم که جلاب را بردارند چون معیار پوشش تمام بدن غیر از صورت و کفین است، بنابراین ما چیزی به نام جلاب را واجب نمی‌دانیم مگر اینکه زینتها به غیر جلاب پوشیده نشود که در این صورت برای پوشش آنها جلاب واجب است، پس وقتی جلاب برای شابه واجب نشد برای قواعد هم واجب نیست و این امتیازی برای قواعد به حساب نمی‌آید و معلوم می‌شود که قواعد هم جلاب را برمی‌دارند و هم خمار را و اگر در حدیث فقط جلاب را گفته‌اند یکی از دو علت را داشته است یا برای استحباب است یعنی مستحب است که آنها هم بیش از جلاب را بردارند و یا به خاطر این است که مرثه مورد سؤال دارای قمیص زینتی یا گردنبند و دستبند بوده است و به همین جهت فقط جلاب را اجازه داده‌اند.

نتیجه: پس در قواعد من النساء، نمایان بودن شعر و ذراع و نحور و گردنها اشکال ندارد به شرط این که غیر متبرّجات به زینت باشند و تلذذ و ریبه هم در کار نباشد.

و اما در ناحیه قواعد من الرجال آیا نگاه کردن به آنها به قسمتهائی که جایز نبود می‌توان نگاه کرد؟

اگر لا یرجون نکاحاً را علت بگیریم بعید نیست که در اینجا هم حکم به جواز کرد ولی اگر علت نباشد نمی‌توان چنین گفت.

۵۹ ادامه م ۳۵، م ۵۰ عروه (الشبهات الموضوعیه فی جواز النظر ...) ۱۷ / ۱۱ / ۷۸

بقی هنا امور:

اشاره

نکاتی در ذیل مسأله قواعد من النساء باقی مانده است:

الامر الاول: آیا در قواعد من النساء فرقی بین ذات بعل و غیر ذات بعل هست؟

آیا ذات بعل هم می‌تواند موها را بیرون بگذارد؟

تعبیر آیه و روایات مطلق است و در هیچ کدام ذات بعل و غیر ذات بعل ندارد و لکن قد یتوهم که ذات بعل نبودن از «لا یزجون نکاحاً» استفاده می‌شود چون اگر ذات بعل باشد این تعبیر معنا ندارد، تعبیر «قعدن من النکاح» در احادیث نشان می‌دهد که ذات بعل نیست، و لکن الانصاف این تعبیرات به آن معنا که توهم می‌شود نیست بلکه اشاره به سنّ بالاست و شاهدش روایت معتبره حرّیز است «۱» که می‌فرمود المسنّه یعنی معیار سنّ است نه اینکه شوهر دارد یا ندارد.

الامر الثاني: آیا این حکم در مورد لمس هم جاری است یعنی آیا لمس هم جایز است؟

لمس جایز نیست زیرا حکم اولی عدم جواز لمس است که جواز نظر استشنا شده ولی لمس استشنا نشده، پس داخل در ادله حرمت می‌ماند.

الامر الثالث: آیا سر برهنه شدن زنان قواعد یا ظاهر شدن مقداری از ذراع آنها مخصوص خانه و نامحرمهای خانگی است یا در اسواق و شوارع هم این حکم جاری است؟

روایات قیدی نداشته و اطلاق دارد، و اگر گفته شود که چرا نمی‌گذارند قواعد بدون چادر و مکشوفه الرأس در جامعه حاضر شوند جواب همان است که در مورد اهل ذمه گفته شده است (این کار باعث جسور شدن زنان بی‌بندوبار و منشأ فساد می‌شود). یکی دیگر از مسائلی که در تحریر نیامده مسئله ۵۰ از عروه الوثقی است و بهتر بود در تحریر هم می‌آمد چون تا اینجا تماماً بحث در شبهات حکمیّه بود ولی در شبهات موضوعیّه بحث نشده و بهتر است که بحث شود مثلاً از دور شبهی می‌آید نمی‌دانم که آیا مماثل است که نگاه به آن جایز باشد یا مماثل نیست که نگاه به آن جایز نباشد و نمی‌دانم آیا قواعد یا اهل کتاب یا اخت و ام من است یا نه.

پس در این مسأله بحث در شبهه موضوعیّه است و نباید منتظر روایت بود بلکه مشمول قواعدی است که در اصول خوانده‌ایم.

[مسأله ۵۰: اذا اشتبه من يجوز النظر اليه بين من لا يجوز بالشبه المحصورة]

اشاره

مسأله ۵۰: اذا اشتبه من يجوز النظر اليه بين من لا يجوز بالشبه المحصورة وجب الاجتناب عن الجميع و كذا بالنسبة الى من يجب التستر عنه و من لا يجب و ان كانت الشبهه غير محصورة او

(۱) ح ۴، باب ۱۱۰ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۸۳

بدویّه فان شك في كونه مماثلاً او لا او شك في كون من محارم النسبیه او لا فالظاهر وجوب الاجتناب لان الظاهر من آیه وجوب الغض ان جواز النظر مشروط بامر وجودی و هو كونه مماثلاً او من المحارم فمع الشك يعمل بمقتضى العموم لا من باب التمسك بالعموم في الشبهه المصادقيه بل لاستفاده شرطیه الجواز بالمماثله او المحرمیه او نحو ذلك فليس التخصيص في المقام من قبيل التنويع حتى يكون من موارد اصل البراءة بل من قبيل المقتضى و المانع و اذا شك في كونه زوجة او لا فيجری مضافاً الى ما ذكر عن رجوعه الى الشك في الشرط اصالة عدم حدوث الزوجیه و كذا شك في المحرمیه من باب الرضاع نعم لو شك في كون المنظور اليه او الناظر حيواناً او انساناً فالظاهر عدم وجوب الاحتياط لانصراف عموم وجوب الغض الى خصوص الانسان و ان كان الشك في كونه بالغاً او صبياً او طفلاً- ممیزاً او غير ممیز ففی وجوب الاحتياط وجهان من العموم على الوجه الذي ذكرنا و من امكان دعوى الانصراف و الاظهر الاول. «۱»

عنوان مسأله:

اشاره

صاحب عروه برای این مسأله هفت صورت درست کرده و یک صورت هم ما اضافه می‌کنیم. این مسأله ابتداءً دو صورت دارد:

الف) شبهه مصادقيه از قبيل شبهه محصورة است که یک طرف «من يجوز» و طرف دیگر «من لا يجوز» است

در این صورت إذا دار الامر بین الحلال و الحرام شبهه محصوره می شود یعنی می دانم یکی از آنها نامحرم است و فرقی نمی کند که طرف دیگر چه باشد.

(ب) شبهه غیر محصوره یا بدویّه است،

اشاره

البته غیر محصوره هم حکم بدویّه را دارد و به همین جهت فقط شبهه بدویّه را مطرح می کنیم. این شبهه صور، شش گانه‌ای دارد که از دوران امر بین امور ذیل ناشی می شود:

۱- مماثل و غیر مماثل:

از دور انسانی می بیند و نمی داند مرد است یا زن.

۲- محارم نسبی و غیر محارم نسبی:

می داند آن که آنجاست زن است ولی نمی داند خواهر او است یا نامحرم.

۳- زوجه و غیر زوجه:

می داند زن است ولی نمی داند همسر او است یا اخت الزوجه او.

۴- محارم رضاعی و غیر محارم رضاعی:

زنی سربرهنه را از دور می بیند ولی نمی داند که خواهر رضاعی او است یا اجنبیه.

۵- ممیّز و غیر ممیّز:

نمی داند آن دختر ممیّز است یا غیر ممیّز، که اگر ممیّز باشد طبق بعضی از مبانی نظر به آن جایز نیست.

۶- انسان و حیوان:

شبهی از دور نمایان است که احتمال می دهد انسان یا حیوان باشد.

یک صورت هم ما اضافه می کنیم:

۷- مسلمه و ذمیّه یا حزه و أمه یا قواعد و غیر قواعد.

۶۰ ادامه مسئله ۵۰ عروه ... ۱۸ / ۱۱ / ۷۸

بحث در شبهات بدویّه دوران امر بین مماثل و غیر مماثل یا محرم و غیر محرم است چون حالت سابقه ندارد و حکم آنهایی که حالت سابقه دارد جداست.

حکم این مسأله در بدو نظر براءت است، چون در شبهات بدویّه موضوعیّه تحریمیّه اجماع بر براءت است (در شبهات بدویّه در شک بین حلال و حرام حتّی اخباریون قائل به احتیاط هستند) ولی بزرگان فقهای معاصرین در این مسأله دقت کرده‌اند و گفته‌اند باید سراغ احتیاط رفت و برای آن چند دلیل گفته‌اند.

۱- تمسک به عموم عام:

الف) عموم «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ»

ای من کلّ احد، یعنی آنجایی که قطعاً جزء مصادیق مماثل یا محارم است خارج می‌شود و نظر به آنها جایز است ولی افراد مشکوک تحت عموم عام (عدم جواز نظر) باقی می‌مانند.

ب) عموم «وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ»....

اشکال: این از قبیل تمسک به عموم عام در شبهات مصداقیّه است که جایز نمی‌باشد چون وقتی عام تخصیص بخورد معنون به عنوان محدودتری می‌شود؛ به عنوان مثال وقتی مولا بگوید «اکرم العلماء» و بعد بگوید «لا تکرّم الفسّاق منهم» معنایش این است که «اکرم العلماء العدول» و در جایی که

(۱) عروه، ج ۲، ص ۸۰۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۸۴

عبد نمی‌داند این شخص مصداق عام است یا نه نمی‌تواند به عموم عام (اکرم العلماء) تمسک کند. در ما نحن فیه هم معنی آیه شریفه چنین است. «يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ عَنْ كُلِّ انْسَانٍ غَيْرِ مِمَّاثِلٍ وَغَيْرِ مُحْرَمٍ»، اگر از اوّل در قرآن این گونه مطرح می‌شد که «يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ عَنْ كُلِّ احِدٍ» می‌توانستید بگوید عموم عام شامل است که در این صورت آن که مسلم است (مماثل و محارم) خارج شده و بقی الباقی، و حال آن که این عام به عنوان علم و جهل محدود نشده بلکه به عنوان غیر مماثل و غیر محارم در متن واقع محدود شده است. نتیجه این شد که عام ما محدود و مقید شد به عنوان غیر مماثل و غیر محارم که عنوان واقعی است و در صورت شک در این عنوان به عام از قبیل تمسک به عام در شبه مصداقیّه است.

از این اشکال چنین جواب داده شده است:

اگر تخصیص موجب تنویع شود یعنی موجب معنون شدن عام به عنوان مقید خاص (عنوان محدودتر) شود حرف شما صحیح است و تمسک به چنین عامی، تمسک به عموم عام در شبه مصداقیّه است و حال آن که تخصیص باعث تنویع عام نمی‌شود سلماً که آن را قبول کنیم این ویژگی مربوط به تخصیص متصل است نه منفصل، یعنی در تخصیص متصل است که مخصّص به عام عنوان می‌دهد و ما نحن فیه از قبیل تخصیص منفصل است چون «يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ» تخصیص ندارد و مخصّص از خارج وارد شده و منفصل است و خاص به عام عنوان نداده تا قابل تمسک نباشد.

و آورد علیه‌خاص همیشه به عام عنوان می‌دهد (چه متصل و چه منفصل) و لکن تفاوتی که بین متصل و منفصل است این است که در تخصیص متصل اراده استعمالی مقید می‌شود ولی در تخصیص منفصل اراده جدی (متکلم دو اراده دارد یکی استعمالی که لفظ را در) معنای موضوع له استعمال می‌کند و یک اراده جدی که لفظ را در غیر معنای موضوع له استفاده می‌کند مثلاً از کثیر الزام سخاوت را اراده می‌کند).

آنچه که حجت است اراده جدی است، تخصیص اگر متصل باشد اراده استعمالی عام را به مخصص گره می‌زند، پس تخصیص متصل داخل در اراده استعمالی می‌شود و تخصیص باعث تنويع عام شده و نتیجه معنای آیه چنین می‌شود: الانسان غير المحارم و غير المماثل (لازم به ذکر است که در تخصیص متصل اراده استعمالی و اراده جدی یکی است) اما اگر تخصیص منفصل باشد اراده استعمالی عام است اما اراده جدی معنون شده است، یعنی اراده جدی ما انسان غیر محارم و غیر مماثل است، پس در نتیجه تخصیص علی کل حال موجب تنويع می‌شود؛ پس تمسک به عام مطلقاً (چه تخصیص متصل و چه منفصل باشد) در شبهات مصداقیه جایز نیست.

إضف الی ذلک کہ ما نحن فیه (بحث محارم و غیر محارم) تخصیص متصل است چون در خود آیه «وَلَا يُبَدِّلُ زِينَتَهُنَّ (يحرم النظر) إِلَّا لِیُعَوِّلَهُنَّ» ... محارم استثنا شده است پس تخصیص متصل است و وجه اول برای اثبات حرمت و خروج از برائت که تمسک به عموم عام بود منتفی می‌شود.

۲- احراز مماثلت و محرّمیت:

مرحوم آقای خوئی می‌فرماید که استاد ما (مرحوم نائینی) در مجلس درس این مطلب را مطرح کرده و در حاشیه عروه نیز آورده‌اند، حاصل کلام ایشان چنین است:

ذکر شیخنا الاستاد فی مجلس درسه و فی حاشیته علی الكتاب وجهاً آخر لاثباتها حیث قال: و یدلّ نفس هذا التعليق علی اناطه الرخصة و الجواز باحراز ذلک الامر و عدم جواز الاقتحام عند الشک فیه و یکون من المداليل الالتزامیه العرفیه. «۱»
به این معنی که شارع مقدس جواز نظر را به مماثلت یا محرّمیت مشروط کرده است ولی یک دلالت التزامیه عرفی داریم که باید این شرط احراز شود یعنی بدانیم محرم است یا مماثل.

اشکال: مماثلت و محرّمیت واقعی است و علم و جهل در آن دخیل نیست، یعنی دلالت مطابقی آن، مماثلت و محرّمیت واقعی است و در آن احراز (علم) وجود ندارد این احراز (علم) از کجا در موضوع پیدا شده و می‌گوید که باید مماثلت و محرّمیت احراز شود؟
جواب: مرحوم نائینی از این اشکال چنین جواب می‌دهد که:

دلالت التزامیه می‌گوید اگر می‌خواهید نگاه کنید باید مماثلت یا محرّمیت را احراز کنید.

مرحوم صاحب عروه هم عبارتی مطابق عبارت مرحوم نائینی دارد و می‌فرماید:

لأنّ الظاهر من آیه وجوب الغض أنّ جواز النظر مشروط بامرٍ

(۱) کتاب النکاح، ج ۱، ص ۱۱۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۸۵

وجودی (مماثلت و محرّمیت) و هو کونه مماثلاً او من المحارم فمع الشک یعمل بمقتضى العموم (ای الغض) لا من باب التمسک بالعموم فی الشبهه المصدقيه بل لاستفاده شرطیه الجواز بالمماثله أو المحرمیه. «۱»

این عبارت به حسب ظاهر درست نیست چون مشروط همان تمسک به عموم در شبهات مصداقیه است لا بد منظور ایشان این است که مشروط به احراز است و احرازی در تقدیر است و می‌خواهد بگوید مشروط با احراز هذا الشرط، یعنی باید به مماثلت علم پیدا کنید.

پس به طور خلاصه اینها می‌خواهند ادعا کنند که اینجا یک خصوصیتی دارد و رخصت و اجازه به یک امر وجودی مشروط شده و درست است که در امر وجودی عنوان واقعی ملاک است ولی به دلالت التزامیه به آن احراز را اضافه می‌کنیم یعنی تا این امر وجودی احراز نشود نمی‌توان نگاه کرد.

قلنا: این وجه هم درست به نظر نمی‌رسد چون این ادعا که ما به دلالت التزامیه احراز را لازم می‌دانیم بلا دلیل است. علم مربوط به احکام ظاهریه است و تمام الفاظ ظاهر در معانی واقعیّه خارجیه است پس علم در موضوعات نیست مگر در جائی که دلیل قائم شود. بنابراین وجه دوم هم بلا دلیل شد.

۶۱ ادامه مسئله ۵۰ عروه ... ۱۹ / ۱۱ / ۷۸

۳- قاعده مقتضی و مانع:

قاعده مقتضی و مانع می‌گوید اگر مقتضی معلوم و مانع مشکوک باشد به نتیجه، حکم می‌کنیم، به عنوان مثال آب با نجاست ملاقات کرده (مقتضی)، کزیت هم مانع است، نمی‌دانیم که این مانع موجود است یا نه؟ حکم می‌کنیم به نجاست. در ما نحن فیه هم همین است یعنی مقتضی حرمت نظر موجود و مانع (محرمیت) مشکوک است پس حکم می‌شود به نتیجه و می‌گوییم حرام است. ظاهر عبارت عروه هم همین است:

فليس التخصيص في المقام من قبيل التنوع حتى يكون من موارد اصل البراءة بل من قبيل المقتضى و المانع. (۲)

قلنا: قاعده مقتضی و مانع دلیلی ندارد زیرا دلیل آن یا بناء عقلا است و یا روایات که هر دو مشکل دارد، چون بناء عقلا در جائی است که مانع مفقود باشد نه مشکوک و روایتی هم در اینجا نداریم.

بعضی تصوّر کرده‌اند که صحیحه زراره دلالت بر مقتضی و مانع دارد (زراره در استصحاب سه روایت دارد و اساس باب استصحاب همین سه روایت است).

... عن زرارة قال: قلت له: الرجل ينام و هو على وضوء أ توجب الخفيّة و الخفقتان عليه الوضوء ... مال: لا حتى يستيقن أنه قد نام

حتى يجيء من ذلك امر بين و الا فإنه على يقين من وضوئه و لا تنقض اليقين ابدأ بالشك و انما تنقضه بيقين آخر. (۳)

این روایت دلالت ندارد چون بر حالت سابقه تکیه می‌کند نه بر قاعده مقتضی و مانع، و فرق بین قاعده مقتضی و مانع و استصحاب همین است چون استصحاب تکیه بر حالت سابقه دارد ولی قاعده مقتضی و مانع کاری به حالت سابقه ندارد، پس تمسک به قاعده مقتضی و مانع باطل است چون این قاعده دلیل ندارد نه بناء عقلا و نه روایت.

سَلْمنا: اگر استدلال به قاعده مقتضی و مانع را بپذیریم در صورتی است که مانع در نامحرم و محرم باشد، اما در مماثل و غیر مماثل (مثلاً شبهی از دور می‌آید و نمی‌داند که انسان است یا حیوان) نگاه کردن به انسان مقتضی حرمت نیست، پس وجه سوم هم ناتمام است.

۴- استصحاب عدم ازلی:

اشاره

بعضی ما نحن فیه داخل در بحث استصحاب عدم ازلی می‌دانند.

استصحاب عدم ازلی چیست؟

موضوعی دارای صفتی است که ملازم با ذات اوست، در جایی که شک شود که این موضوع آن صفت را دارد یا نه به استصحاب عدم ازلی تمسک می‌کنند به عنوان مثال مرأه (موضوع) اگر قرشی (صفت) باشد از اول قرشی است و اگر غیر قرشی باشد از ابتدا غیر قرشی است، در مواردی که شک می‌شود که زن قرشی است یا نه، استصحاب جاری می‌کنند به این بیان که این زن قبل از وجود قرشی نبود، بعد از اینکه موجود شد نمی‌دانیم با صفت قرشیت موجود شده یا نه؟ یقین سابق «عدم کونها قرشیه» و شک لاحق این است که شک داریم که الان که موجود شده متصف به قرشیت است یا نه، که به این استصحاب، استصحاب عدم ازلی می‌گویند.

(۱) عروه، ج ۲، ص ۸۰۶، مسئله ۵۰.

(۲) عروه، ج ۲، ص ۸۰۶، م ۵۰.

(۳) وسائل، ج ۱، ح ۱، باب ۱ از ابواب نواقض وضو.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۸۶

عده‌ای این استصحاب را حجت می‌دانند که اگر این استصحاب را بپذیریم در ما نحن فیه هم قابل استدلال است، به این بیان که در محرمیت این زن شک داریم به حالت سابقه برمی‌گردیم که قبل از وجود، محرم نبود (أم و اخت) بعد از وجود هم استصحاب می‌کنیم و نتیجه آن حرمت نظر می‌شود و اگر اشکال شود به این که این استصحاب معارض به مثل است چون وقتی قبل از وجود محرم نبود نامحرم هم نبود چنین جواب می‌دهند که محرم یک وصف وجودی و قابل استصحاب به عدم ازلی است و نامحرم وصف عدمی است و تحت استصحاب عدم ازلی نمی‌آید.

قلنا: ما در مباحث اصولی هیچ‌گاه استصحاب عدم ازلی را نپذیرفتیم.

بحث اصولی:

عدم ازلی یک امر عرفی نیست و شبیه به مزاح است که در فلسفه جای دارد و در عرف تعجب می‌کنند که مثلاً بگوییم این فرد دوست سال قبل خواهر من نبود، عرف این را نمی‌پذیرد.

ما در مباحث اصولی بر محور متفاهم عرف بحث می‌کنیم فعلی هذا نمی‌توانیم بگوئیم حالت سابقه‌اش اخت نبوده چون اصلاً چیزی نبوده است. مباحث اصولیه مخصوصاً استصحابی که از اخبار گرفته شده است تابع متفاهم عرف است، به عبارت دیگر در استصحاب باید قضیه متیقنه با مشکوکه یکی باشد یعنی موضوع و محمول و نسبت در هر دو قضیه یکی باشد منتهی یکی مشکوک و دیگری یقینی، در استصحاب عدم ازلی اتحاد قضیه متیقنه و مشکوکه نیست، می‌گوئیم این محرم نبود یعنی منتفی به انتفاء موضوع و الان محرم نیست چون شک داریم که این منتفی به انتفاء محمول است و این دو با هم متفاوت است، پس استصحاب در عدم ازلی باطل است.

۶۲ ادامه مسئله ۵۰ عروه ... ۲۰ / ۱۱ / ۷۸

توضیح: در این اواخر اصول ما با یک سری مباحث فلسفی آمیخته شد و از اینجا اصول خراب شد، چون اصول مباحث اعتباری (قرارداد و قانون) و فلسفه مباحث واقعی است.

در عالم دو دستگاه داریم: یکی دستگاه تکوین و دیگری دستگاه تشریح، دستگاه تکوین دستگاه آفرینش است که در آن با موجودات عینی خارجی سر و کار داریم مثل آسمان، زمین، حیوانات و نباتات، عالم دیگر که قوانین، احکام، تکالیف، بایدها و نبایدهاست، عالم تشریح است. اصولی که بر عالم تکوین حاکم است غیر از اصولی است که بر عالم تشریح حاکم است. در عالم تکوین اجتماع نقیضین، اجتماع و ارتفاع ضدین که یک سری بدیهیات هستند حاکم است اما در عالم تشریح حسن و قبح حاکم است آیا می‌توانیم دو وجوب را انشاء کنیم؟

بله، چون انشاء دو وجوب اجتماع مثلین ندارد و دو اعتبار است، پس ممکن ولی قبیح است. تمام احکام خمس امور اعتباریه است. تمامی موضوعات صحت و فساد، طهارت و نجاست ... در خارج است ولی اعتباری است، یعنی یک قرارداد الهی است که از مصالح و مفاسد سرچشمه می‌گیرد و قانون حسن و قبح بر آن حاکم است، مثلاً زوجیت یک امر اعتباری الهی و عقلایی است. علم اصول برای این وضع شده است که در خدمت فقه و قوانین الهی باشد. این علم شامل یک سلسله قوانین قراردادی مثل حجیت و عدم حجیت، اصول لفظی، اصول عملی ... است که یا شارع و یا عقلاً با امضای شارع قرار داده‌اند حال اگر اصولی که در فلسفه حاکم است در علم اصول آورده شود دچار اشتباه می‌شویم، مثلاً بگوئیم اجتماع امر و نهی از قبیل اجتماع ضدین است. در امور اعتباریه این حرفها نیست، و در اصول سخن از مصالح و مفاسد و احکام و قراردادهاست، اگر همین قراردادها را به فلسفه ببریم، فلسفه خراب می‌شود چون فلسفه کاری به قراردادها ندارد بلکه در امور واقعیه (امور تکوینی) دور می‌زند و فقه و اصول و ادبیات در طرف دیگر هستند.

۵- قاعده عقلائیة (مخارنا):

اگر موضوعی به حسب طبعش ممنوع و مجاز آن بر خلاف طبیعت باشد و در موارد محدود و معدودی محصور شود، در شبهات مصداقیه چنین موضوعی بنای عقلا بر احتیاط است تا جواز احراز شود، مثلاً در موارد محدودی اجازه بیع وقف داده شده اگر به یک مصداق مشکوکی برخورد شود که آیا از موارد مجاز است یا ممنوع، عقلاً در چنین موردی توقف می‌کنند چون طبیعتش ممنوعیت است و جواز آن باید احراز شود که این یک قاعده عقلائیة است.

مثالی دیگر: در حیوانات دریائی که انواع و اقسامی دارد دو نوع آن حلال است یکی السمک ذات فلس و دیگری روبیان (میگو) اگر در نوع سوومی شک کردیم که ماهی است یا نه، آیا

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۸۷

«کل شیء لک حلال» اینجا را می‌گیرد؟ عقلاً در این موارد می‌گویند آنچه که ممنوع است طبیعت حیوانات بحر است و مجازش به صورت استثنا است.

و امّا ما نحن فیه هم از این قبیل است، به این بیان که طبیعت جنس مخالف این است که نباید به او نگاه کرد (چون مفسده دارد) ولی چند مورد را شارع مقدّس استثنا کرده است از جمله خواهر، مادر، عمّه، خاله ... زنی که از دور دیده می‌شود نمی‌توان گفت خواهر است و نگاه کردن به او حلال، چون طبیعت نگاه به زن حرام بوده است.

شاید در ذهن فقهاء ما هم همین قاعده بوده است منتهی مسأله را به باب مقتضی و مانع و استصحاب عدم ازلی برده‌اند ولی این حرف در مماثل درست نیست بلکه در محارم درست است، ما نمی‌توانیم بگوئیم طبیعت بشر این است که به هم نگاه نکنند بلکه جنس مخالف و محارم داخل در این قاعده است اما اگر شک شود بین مماثل و غیر مماثل در این صورت نگاه کردن اشکال ندارد. ما در حاشیه عروه بین این دو مسأله تفکیک قائل شده‌ایم و گفته‌ایم در شک بین مماثل و غیر مماثل اقوی جواز نظر است ولی در

شک بین محارم و غیر محارم اقوی عدم جواز نظر است.

۶۳ ادامه م ۵۰ و (فصل فی عقد النکاح ...) ۲۳ / ۱۱ / ۷۸

۳ و ۴- دوران امر بین زوجه و غیر زوجه و محارم رضائی و غیر محارم رضائی

جایی که شک شود کسی که دیده می‌شود زوجه است یا غیر زوجه و یا از محارم رضاعی است یا غیر محارم رضاعی (شبهه ابتدائیه یا شبهه غیر محصوره که به حکم شبهه ابتدائیه است).

تمام وجوه قبل در اینجا می‌آید علاوه بر این که استصحاب عدم جواز هم جاری می‌شود چون این مرأه که از دور دیده می‌شود حالت سابقه‌اش عدم زوجیت است نمی‌داند این که از دور می‌بیند همان است که عقد زوجیت بر آن خوانده شده و یا دیگری است، در اینجا استصحاب عدم زوجیت (اصل این است که مرثه زوجه نبوده) جاری است و معارضی هم ندارد پس نگاه کردن به او حرام است.

در مورد رضاع هم همین‌طور است اینکه از دور دیده می‌شود حالت سابقه‌اش این است که شیر نخورده است بعداً نمی‌داند که این همان است که به واسطه شیر خوردن خواهر او شده، که در این صورت اصل عدم رضاع است، پس نظر به آن جایز نیست، این دو استصحاب آنچه را که در مورد حرمت در صورت اول و دوم بیان شد تقویت می‌کند.

۵- دوران امر بین جائی که شک شود بالغ است یا غیر بالغ، ممیز است یا غیر ممیز

در اینجا ایشان می‌گویند دو وجه داریم و فرق این صورت با بقیّه صور این است که در اینجا استصحاب جواز داریم، سابقاً ممیز نبود الان هم نیست و استصحاب عدم تمیز می‌کنیم چون شک داریم، و اما وجهی هم برای عدم جواز فرموده‌اند و آن اینکه همان بحث مقتضی و مانع را در اینجا مطرح کنیم یعنی نمی‌دانیم که چگونه است (ممیز یا غیر ممیز) و لذا داخل در عموم است پس مقتضی حرمت موجود است، بعد می‌فرمایند الاظهر الاوّل یعنی حرمت اظهر است، ولی مرحوم آقای حکیم در مستمسک و مرحوم آقای خوئی در ذیل مسأله ۵۰ در مستند العروه گفته‌اند که جای تمسک به عموم آیه یا قاعده مقتضی و مانع نیست چون اصل موضوعی بر اصل حکمی مقدم است چون شما می‌خواهید بگوئید که عمومیت این آیه شامل این شخص می‌شود، ولی ما با یک اصل موضوعی، موضوع را از بین می‌بریم، یعنی داخل در غیر ممیزی است که استثنا شده است، مولی گفته است «اکرم العلماء» بعد می‌گوید «ألم الفساق منهم»، شک داریم که این شخص فاسق است، یا نه، به فرض که تمسک به عام در شبهات مصداقیه را جایز بدانیم در این صورت اکرم العلماء این شخص را هم شامل می‌شود، ولی اگر حالت سابقه این فرد مشکوک، فسق بود آیا استصحاب فسق سابق جاری می‌شود؟ قطعاً جاری می‌شود و جائی برای تمسک به عموم عام نیست، «استصحاب عدم عدالت» موضوع است و اصلی جاری در موضوع بر اصل جاری در حکم مقدم است. در ما نحن فيه «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ» اصل حکمی و استصحاب فسق، اصل موضوعی است، مادامی که اصل موضوعی جاری می‌شود نوبت به اصل حکمی نمی‌رسد و اصل موضوعی بر اصل حکمی حاکم و مقدم است پس با وجود این استصحاب چرا صاحب عروه سراغ اصل حکمی رفته است.

۶- دوران امر بین انسان و حیوان

جایی که شک شود شبهی که از دور می‌بیند آیا انسان است یا حیوان، اگر انسان باشد اجنبیه است. در اینجا صاحب عروه

می‌گوید نظر کردن جایز است چون اصالة الاباحه (کل شیء لک حلال حتی تعرف الحرام منه بعینه) در اینجا جاری است و قاعده مقتضی و مانع و قاعده غلبه و استصحاب عدم ازلی، هیچ کدام از وجوه سابق در اینجا جاری نیست، و آیه «غص» شامل حیوان نمی‌شود، بلکه جنس مخالف مراد است پس مقتضی برای حرمت وجود ندارد.

۷- دوران امر بین مسلم و ذمی یا حرّه و امه:

صورت هفتمی را هم ما اضافه می‌کنیم که با همه موارد سابق فرق دارد و آن دوران امر بین کافر و مسلم است، که اگر مسلم باشد نگاه کردن جایز نیست و اگر کافر باشد بدون تلذذ و ریه جایز است و یا اینکه امر دائر است بین امه و حرّه بنابراین که ستر رأس امه واجب نبوده و نظر به او بدون تلذذ و ریه جایز باشد، در اینجا گاهی حالت سابقه هست (حالت سابقه اش اسلام یا کفر بوده و یا امه بوده نمی‌دانیم آزاد شده یا نه) در اینجا با دانستن حالت سابقه مشخص می‌شود که حکم چیست و گاهی حالت سابق ندارد در اینجا استصحاب کارساز نیست. آیا اصالة البراءة جاری کنیم؟ قائلین به قاعده مقتضی و مانع می‌گویند که جاری نیست؛ ما که قاعده غلبه را حاکم می‌دانستیم چه کنیم؟ لا بد باید بگوئیم که بلاد مختلف است مثلاً در کشورهای اروپائی که اکثریت کافر و اقلیت مسلمان هستند نظر جایز است ولی اگر در بلاد مسلمان که اکثریت مسلمان و اقلیت کافر هستند نظر جایز نیست پس لا یبعد که غلبه را ملاک قرار دهیم، بنابراین جائی که اکثریت کافر است یا کفر و اسلام مساوی است برائت جاری می‌کنیم. از این بحثها فقط برای بحث محرم و نامحرم نباید نتیجه گرفت بلکه با این اصول می‌توان مسائل مشابه را حل کرد.

[فصل فی عقد النکاح و احکامه]

اشاره

«فصل فی عقد النکاح و احکامه» النکاح علی قسمین دائم و منقطع و کل منهما یحتاج الی عقد علی ایجاب و قبول لفظین دال علی انشاء المعنی المقصود و الرضا به دلالة معتبره عند اهل المحاوره فلا یکفی مجرد الرضا القلبي من الطرفين و لا المعاطاة الجاری فی غالب المعاملات و لا کتابه و کذا الاشارة المفهمه فی غیر الاخرس و الاحوط لزوماً کونه فیهما باللفظ العربی فلا یجزی غیره من سائر اللغات الا مع العجز عنه و لو بتوکیل الغیر و ان کان الاقوی عدم وجوب التوکیل و یجوز بغیر العربی مع العجز عنه و عند ذلك لا بأس بایقاعه بغیره لکن بعبارة یکون مفادها مفاد اللفظ العربی بحیث تعدّ ترجمته.

عنوان: در مورد عقد نکاح (چه دائم و چه منقطع) فروعی در تحریر عنوان شده است:

اشاره

فرع اول: آیا صیغه واجب است؟
 فرع دوم: آیا رضایت قلبی طرفین کافی است؟
 فرع سوم: آیا معاطات کافی است؟ یعنی قصد انشاء بالفعل کنند و کارهائی را به قصد زوجیت انجام دهند آیا همین عمل که جانشین انشاء می‌تواند بشود و شکل معاطات به خود می‌گیرد، کافی است؟
 فرع چهارم: آیا کتابت مثلاً امضای دفتر نکاح کافی است؟
 فرع پنجم: آیا عربیت لازم است و یا به هر زبانی جایز است؟

فرع اول:

آیا صیغه واجب است؟

اشاره

مشهور این است انشاء لفظی در ایجاب و قبول در نکاح لازم است، بلکه اجماعی است.

اقوال:

صاحب حدائق چنین می فرماید:

الاولی: اجمع العلماء من الخاصّة و العامّة علی توقّف النکاح علی الايجاب و القبول اللفظیین. «۱»

مرحوم نراقی چنین می فرماید:

المسألة الاولی: تجب فی النکاح الصیغۀ باتفاق علماء الاسلام بل الضرورة من دین خیر الانام له (للاجماع) و لاصالۀ عدم ترتّب آثار الزوجیۀ بدونها. «۲»

مراد از این اصل «استصحاب عدم حصول زوجیت» است که همان اصالة الفساد بوده و در معاملات حاکم است. در عبادات اگر شک در جزئیّت و شرطیّت شود اصل برائت است.

مرحوم شیخ انصاری در معاملات اصالة الفساد را در دو جا مفصل ذکر کرده است یکی در ابتداء بیع و دیگر در ابتداء خیارات.

و اما شیخ انصاری در کتاب النکاح در ابتداء کتاب می فرماید:

الاول فی الصیغۀ: اجمع علماء الاسلام- كما صرح به غیر واحد- علی اعتبار اصل الصیغۀ فی عقد النکاح و انّ الفروج لا تُباح بالاباحۀ

(۱) ج ۲۳، ص ۱۵۶.

(۲) مستند، ج ۱۶، ص ۸۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۸۹

(ای الرضاية) و لا بالمعاطات و بذلك یمتاز النکاح عن السفاح (ای الزنا) لأنّ فيه التراضی ایضاً غالباً. «۱»

مرحوم شیخ می فرماید اگر ما صیغه لفظی را لازم ندانیم فرقی بین معاطات و زنا نیست، که ما این را کافی نمی دانیم و این دلیل تمام نیست، چون در زنا قصد زوجیت نیست بلکه فقط قصد عمل جنسی است ولی در معاطات قصد زوجیت است.

نتیجه: اعتبار انشاء لفظی در نکاح مّا اجمعت علماء الاسلام علیه، لازمه این موضوع نفی سه چیز است:

۱- لا یجوز بالتراضی قلباً.

۲- لا یجوز بالمعاطات عملاً.

۳- لا یجوز بالکتابۀ.

ادله:

۱- اجماع:

از مواردی که می توان به اجماع تکیه کرد این مورد است، این اجماع را نباید دست کم گرفت چون مدرک مهم دیگری که مجمعی به آن استناد کرده باشند در دست نیست و مدارک جزئی دیگر که ذیلاً بیان خواهیم کرد بعید است مستند این مسئله مهم واقع شود. وقتی به کلام علما نگاه می کنیم می بینیم که در محور کیفیت اداء صیغه لفظی بحث می کنند یعنی کأنّ اصل آن مسلم است، از این تسلّم و اتفاق کلمه، بلکه ادعای ضرورت استفاده می شود که مدرک اجماع این جزئیاتی که بعداً خواهیم گفت نبوده است و اگر باب اول و دوّم عقد النکاح را نگاه کنیم می بینم که در این ابواب، هم سؤال کننده و هم جواب دهنده که امام است، وجوب لفظ را مسلم گرفته اند و سؤال و جوابها از کیفیت لفظ است.

۶۴ فصل فی عقد النکاح و احکامه ... ۲۴ / ۱۱ / ۷۸

۲- لزوم انشاء در عقود:

اگر الفاظ نباشد لا بد تراضی قلبی است و تراضی قلبی هم انشاء نیست در حالی که عقود نیاز به انشاء دارند و انشاء هم باید یا با کتابت یا با لفظ یا با عمل یا با اشاره باشد به عبارت دیگر حقیقت انشاء ایجاد است و ایجاد هم ابزاری می خواهد که ابزار آن لفظ یا کتابت است.

۳- تمسک به مبادله معاطه:

بعضی استدلال کرده اند که نکاح به معاطات انجام می شود و هر دلیلی که در ابواب دیگر برای صحت معاطات باشد در اینجا هم هست که یکی از آن ادله «المؤمنون عند شروطهم» و دیگری «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است و تعبیراتی از این قبیل که شامل تمام عقود می شود اعم از عقود لفظی و فعلی، که همین حرف را در باب نکاح هم می زنیم.

جواب از دلیل: درست است که اطلاق «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل عقد معاطاتی هم می شود حتّی در نکاح، ولی جلوی این مسأله را سیره مسلمین می گیرد، یعنی اگر بیع معاطاتی زیاد است ولی از زمان پیغمبر به این طرف نکاح معاطاتی در بین مسلمین نداریم پس معاطات را هم به دلیل مخالفت با سیره و اجماع کنار می گذاریم نه به دلیلی که شیخ انصاری فرمود که اگر نکاح معاطاتی صحیح باشد فرقی با زنا ندارد.

۴- روایت صحیح:

* و عنه

(محمد بن یحیی)،

عن احمد

(احمد بن محمد که در حدیث قبل هم آمده و از ثقات است)

عن ابن محبوب

(اصحاب اجماع)

عن ابی ایوب

(ابی ایوب خزّاز ثقه)

عن بُرید

(بُرید معروف برید بن معاویة عجلی است که از اصحاب اجماع و از بزرگان است؛ در کتب اربعه چهل و دو مورد داریم که برید تنها ذکر شده و بیش از دویست و چهل مورد برید بن معاویہ داریم و لذا هر جا برید مطلق ذکر شده، مراد برید بن معاویہ است، چون احادیث کثیره‌ای از او نقل شده و از نشانه‌هایی که دلالت می‌کند برید مطلق در این سند همان برید بن معاویہ است، روایت کردن ابو ایوب خزّاز از اوست، که از شاگردان برید بن معاویہ بوده، و موارد کثیره‌ای از او نقل روایت می‌کند)

قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ «وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا» فقال: الميثاق هو الكلمة التي عُقِدَ بها النكاح و أمّا قوله: «غَلِيظًا» فهو ماء الرجل يُفِيضُهُ إليها

(اشاره به آثار عملیه‌ای است که به دنبال عقد حاصل می‌شود چون بعد از آمیزش و انتقال نطفه عقد محکم می‌شود). «۲»
جواب از دلیل: این روایت دلیل بر اعتبار انشاء لفظی نیست بلکه بر فعل خارجی (واقعه خارجی) دلالت دارد. پس این حدیث اگر چه سندش معتبر است ولی دلالتی بر مطلب ما ندارد.

(۱) کتاب النکاح، ص ۷۷.

(۲) ح ۴، باب ۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۹۰

۵- انشاء با کتاب:

اگر انشاء با کتاب باشد، یک انشاء عقلانی است و معاطات هم نیست تا ادّعی اجماع بر بطلان شود و در بین عقلا هم معمول بوده و در عصر ما بهائی که به کتابت می‌دهند به عقود لفظی نمی‌دهند حال آیا نمی‌توان اینها را دلیل گرفت که کتابت داخل در «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است؟

جواب از دلیل: در مورد نکاح بالخصوص اجماع داریم که کتابت جایز نیست. البته کتابت در اسلام اهمیت زیادی دارد و طولانی‌ترین آیه قرآن مربوط به کتابت است و هیجده حکم اسلامی در این آیه جمع شده است کتابت چیزی نیست که آن را دست کم بگیریم. حکومتها در زمان ما عقد لفظی را به تنهایی کافی نمی‌دانند و باید ثبت شود، و حتی در بعضی از عقود ابداً انشاء لفظی اعتبار ندارد مثل عقودی که دولتها با هم دارند، پس در بین عقلا اصل، کتابت و لفظ فرع است و در زمان قدیم اصل لفظ بود و کتابت فرع، حتی از اشاره اخرس هم پست تر بود، کم کم مسیر عوض شد و کتابت اصل شد و ما حرفهای گذشته را در اینجا نمی‌توانیم بزنیم پس کتابت از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.

۶۵ فصل فی عقد النکاح و احکامه ... ۲۵ / ۱۱ / ۷۸

در مسئله کتابت نه تنها در باب نکاح بلکه در تمام ابواب معاملات بحث است، به چهار نکته اشاره می‌کنیم:

۱- در قدیم الایام انشاء در عقود با الفاظ بود نه با کتابت، ولی گاهی برای اینکه نتیجه عقودها محفوظ بماند و طرفین آن را انکار نکنند و جزئیات فراموش نشود و سندی داشته باشند بعد از انشاء لفظی آن را می‌نوشتند که نوشتن به عنوان انشاء نبود بلکه به عنوان حفظ نتیجه عقد لفظی بود. به تدریج این مسأله تغییر شکل داد و انشاء کتبی یکی از دو قسم انشاء شد که جزئیات معامله را نوشته و بعد امضا می‌کردند که این امضا به معنی «قبلت و بعت» بود و اکنون به جایی رسیده که در بعضی از معاملات مهم انشاء لفظی اهمیت خود را از دست داده و انشاء معتبر همان انشاء کتبی شده است، یعنی برای الفاظ ارزش قائل نیستند.

۲- در ابواب معاملات اساس بناء عقلا- است، یعنی عقلا هر چیزی را که عقد و معامله دانستند شارع امضا کرده است الا ما خرج

بالدلیل و مثل عبادات امور توقیفیه نیستند، پس اساس در معاملات بناء عقلاست و هر چیزی عقد عقلانی محسوب شد، داخل در تحت عنوان «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است، حتی عقود مستحدثه مثل بیمه. کتابت به عنوان انشاء عقد در بین عقلا متعارف است (سابقاً بوده و الان بیشتر است) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ تمام عقودی را که انشائش با الفاظ است شامل می‌شود، و دلیلی بر منع در باب بیع هبه، وصیت و سایر معاملات نداریم، در نکاح هم باید بینم که دلیلی داریم یا نه.

۳- جماعتی از اصحاب در سه باب از فقه (طلاق غایب، وصیت و وکالت‌ها) تصریح کرده‌اند که انشاء بالکتابه جایز است. روایاتی در مورد وصیت داریم، به عنوان نمونه: شخصی از امام موسی بن جعفر علیه السلام سؤال کرد که کسی برای ورثه خویش چیزی نوشته و وصیتی کرده است و نگفته هذا وصیتی و اصلاً انشاء لفظی نکرده است (حسن روایت این است که تصریح می‌کند که انشاء لفظی نکرده است) آیا بر ورثه او واجب است که قیام به این امر کنند؟ امام فرمود تمام آنچه در این وصیت‌نامه است باید اجرا کنند (۱).

در باب طلاق هم روایتی معتبر است که غایب می‌تواند با کتابت طلاق دهد و حضرت چنین می‌فرمایند که:
لا یكون طلاقاً حتى ینطق بلسانه او یخطه بیده. (۲)

جماعتی از علما در باب انشاء به کتابت، مخالفت کرده‌اند و تصوّرشان این است که کتابت صراحت ندارد و شبیه کنایات است و الفاظ صریح است، و این توهم پیدا شده که کتابت از نظر انشاء کمبود دارد، یعنی در انشاء بودنش تردید کرده‌اند. این توهم باطل است چون کتابت همان صراحت الفاظ را می‌تواند داشته باشد، چرا که امروزه عهدنامه‌ها، و قراردادها و معاملات مهتی که انجام می‌شود تمام جزئیات را دارد و از الفاظ صریحتر و بهتر است و امضاء هم انشاء است و به معنی نفوذ دادن به نوشته است، بله اگر بنویسند و امضا نکنند چیزی نیست ولی اگر امضا کنند انشاء است.

۴- در طلاق و نکاح، بالخصوص گفته شده است که کتابت اعتباری ندارد و ادعای اجماع کرده‌اند (که تراضی، معاطات، کتابت و اشاره کافی نیست، و چون اجماع تعبدی است و

(۱) وسائل، ج ۱۳، ح ۲، باب ۴۸ از ابواب احکام و صایا.

(۲) وسائل، ج ۱۵، ح ۳، باب ۱۴ از ابواب مقدمات طلاق.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۹۱

مدرکی هم نیست، بنابراین حساب نکاح و طلاق از معاملات جداست و شبیه عبادات و توقیفی است، به این معنی که شارع مقدّس به قدری قید و شرط به آن اضافه کرده که از معاملات خارج و مثل عبادات توقیفی شده است، پس:

أَوْلَمَّا: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ما نحن فیه را شامل نمی‌شود و نکاح از آن خارج است زیرا نکاح مانند عبادات امر تعبدی است و دلیل نمی‌خواهد بنابراین ناچاریم به آنچه مسلم است قناعت کنیم، یعنی عقد نکاح باید با الفاظ واقع شود نه کتابت.

ثانیاً: سلمنا که أَوْفُوا بِالْعُقُودِ نکاح را هم شامل شود ولی در نکاحی که به کتابت انشاء شده اجماع جلوی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ را می‌گیرد. در حال حاضر باید مردم را وادار کرد که علاوه بر عقد لفظی عقودشان را محضری کنند، و تا عقدنامه تنظیم نشده، عقد خوانده نشود، چون بدون آن تبعات خطرناکی دارد، و از نظر قانون جرم است، از نظر عنوان ثانوی هم مشکل دارد چرا که تبعات زیادی به دنبال دارد، پس در شرایط فعلی شاید به عنوان ثانوی اکتفا به عقد لفظی خلاف شرع باشد.

بقی هنا شیءٌ:

اشاره

در اینجا چند قول وجود دارد:

۱- عربیت معتبر و به زبانهای دیگر نمی‌توان عقد نکاح را جاری کرد. (قول مشهور)

۲- بین عربی و غیر عربی فرقی نیست و انشاء لفظی به هر زبانی کافی است.

۳- بین کسی که قادر بر اجرای صیغه عربی است و کسی که قادر نیست فرق است و عاجز می‌تواند به زبانهای دیگر بخواند که خود دو حالت دارد:

الف) قادر بر توکیل.

ب) غیر قادر بر توکیل.

بعضی معتقدند که اگر قادر باشد باید وکیل بگیرد ولی بعضی گفته‌اند که همین که عاجز شد می‌تواند به زبان دیگر بخواند و فرقی نمی‌کند که قادر بر توکیل باشد یا نه.

۶۶ فصل فی عقد النکاح و احکامه ... ۲۶ / ۱۱ / ۷۸

اقوال:

مرحوم شیخ در مبسوط چنین می‌فرماید:

فان عقدا بالفارسیة فان كان مع القدرة علی العربیة فلا ینعقد بلا خلاف و ان كان مع العجز فعلی وجهین احدهما یصح و هو الاقوی و

الثانی لا یصح، فمن قال لا یصح قال یؤکل من یقبلها عند أو یتعلمها و من قال یصح لم یلزمه التّعلم. «۱»

مرحوم نراقی هم در مستند ادعای اجماع کرده و می‌گوید:

اجماع بر اشتراط عربیت است «۲» و از علامه در تذکره نقل اجماع می‌کند؛ ولی مرحوم شیخ انصاری در کتاب نکاح تعبیر به مشهور می‌کند، شاید علتش این باشد که عده‌ای از متأخرین عربیت را لازم نمی‌دانند.

از علماء اهل سنت هم (حدّ اقل دو نفر از فقهاء اربعه) نقل اشتراط شده است ولی بعضی مخالفت کرده‌اند.

جمع بندی اقوال: از نظر اقوال بیشتر قائل به اشتراط شده‌اند.

ادله:

اشاره

در این مسأله آیه و روایتی نداریم. ادله‌ای که برای این مسأله آورده شده تقریباً پنج دلیل است که بیشتر آنها اشکال دارد.

۱- اصالة الفساد:

مقتضای اصالة الفساد این است که بدون عربیت عقد نکاح باطل است، اصالة الفساد همان استصحاب عدم زوجیت است، یعنی این زن و مرد، زوج و زوجه نبودند نمی‌دانیم با عقد فارسی زوجیت آمده است یا نه؟ اصل عدم حصول زوجیت و ترتب آثار نکاح

دلیل می خواهد.

جواب: اگر عمومات نبود تمسک به استصحاب خوب بود چرا که عمومات اصل لفظی و استصحاب اصل عملی است و اصل لفظی بر اصل عملی مقدم است و سیاتی که عموماتی داریم:

۲- انصراف اطلاق باب نکاح:

اطلاقات در باب نکاح منصرف به عربیت است، چون لسان شارع و محیط شارع، عربی بوده است و لذا اطلاق کلامشان هم منصرف به عربیت می شود.

جواب: این انصراف، بدوی است و یزول بالتأمل. از جمله همان روایتی که در تفسیر آیه «وَ أَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا» داشتیم که امام فرمود «الميثاق هو الكلمة» آیا مراد کلمه عربی است؟ نه ما این انصراف را قبول نداریم و اطلاق عام است و

(۱) مبسوط، ج ۴، ص ۱۹۴.

(۲) مستند، ج ۱۶، ص ۹۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۹۲

شامل جمیع اصناف لغات می شود.

۳- قیاس عقد غیر عربی به کنایه:

غیر العربیة بحکم الکنایة و لا يجوز العقد بالکنایات، فلا ینعقد العقد بغير العربیة.

جواب: صغری و کبری هر دو اشکال دارد، این که می گوئید غیر عربیت به حکم کنایه است آیا منظورتان این است که کلام صریح مخصوص عربهاست و دیگر زبانها حقیقت و مجاز ندارند و همه الفاظشان کنایه است؟ این نظر باطل است چون زبانهای دیگر هم حقیقت و مجاز و کنایه دارند، و اما کبری نیز قابل بحث است چون جای سؤال دارد که آیا می شود با کنایات صیغه عقد خواند؟ در جواب می گوئیم بله، کنایاتی که قرینه داشته باشد و مصداق الکنایة بلغ من التصریح باشند، اشکالی ندارد چون مدار در صیغ عقد ظهور عرفی است.

۴- عدم صدق عقد بر غیر عربی:

این دلیل عجیب تر از بقیه و عجیب تر اینکه این را شیخ انصاری در مکاسب در عقد بیع نقل می کند، از محقق ثانی در جامع المقاصد در باب رهن می فرمایند که «العقد لا یصدق علی غیر العربی».

جواب: فرض ما این است که عقد از عناوین محل ابتلاء جمیع امتها است و می دانیم وضع الفاظ هم برای حاجت است، بنابراین عقد اجاره، هبه، بیع، نکاح... الفاظی دارد، یعنی آیا می توان گفت قراردادهای تمام عقلای دنیا باطل است و صدق عنوان عقد نمی شود؟ این، حرف تمامی نیست و بعید است که محقق ثانی چنین فرمایشی کرده باشند.

۵- عقد نکاح از امور توفیقیه است

(مثل عقد بیع نیست که دائر بین العقلاء باشد) و شارع احتیاط کرده و قیود زیادی به آن زده است و لذا می گوئیم قدر متیقن صحت عقد با عربیت است و بدون عربیت جایز نیست.

جواب: بعید نیست عربیت معتبر باشد ولی باید بینیم حد و حدود آن چقدر است؟ آیا عاجز از عربیت را هم شامل می شود، یعنی عاجز از عربیت نکاحش باطل است، و باید یاد بگیرد (کما اینکه حمد و سوره را یاد گرفته است)؟ ولی آنچه این سخن (اجبار بر توکیل و یا تعلّم) را بعید از نظر می کند این است در زمان ائمه معصومین علیهم السلام و گسترش اسلام به ممالک دیگر و داخل شدن دیگر زبانها به اسلام- در حالی که برای خود نکاح داشتند- در جایی نشینده ایم که امام سفارش به تعلّم یا توکیل کرده باشند (سیره)، در جایی که عربی بلد است داعی بر فارسی خواندن نداریم ولی در جایی که عربی بلد نیست، اجبار بر توکیل و تعلّم دیده نشده است. امام رضا علیه السلام وقتی به ایران وارد شدند توصیه نکردند که عربی یاد بگیرید.

تلّخص من جمیع ما ذکرنا، عالم بالعربیۃ از باب احتیاط واجب، یا فتوا به عربی بخواند و اما جاهل لا یجب علیه التوکیل و لا التعلّم به مقتضای سیره مسلمین در عصر ائمه معصومین علیهم السلام که طبیعتاً به زبان خودشان می خوانند و به توکیل و تعلّم هم امر نشده است پس می توانند به همان زبانی که بلد هستند بخوانند.

[بقی هنا شیء:]

صاحب عروہ و مرحوم امام (ره) فرموده اند به اینکه لازم است آن لغات دیگر ترجمه عربی باشد (طابق النعل بالنعل) این تعبیر هم تعبیر خوبی نیست و چه لزومی دارد که ترجمه باشد بلکه اگر به طور کامل ادای مقصود کند، کافی است. ولی این فتوای ما باعث نمی شود که جانب احتیاط را از دست بدهیم و تقریباً به هشت صورت عقد می خوانیم، پس اگر چه فتوا این است که فارسی هم درست است ولی نباید جانب احتیاط را از دست داد و سنت بزرگان پیشین ما این بوده که در عقد تمام صیغ را می خوانند تا مشکلی در کار نباشد.

[مسأله ۱: الاحوط لو لم یکن الاقوی ان یكون الايجاب من طرف الزوجه و القبول من طرف الزوج]

اشاره

۶۷ مسئله ۱ (فی الايجاب و القبول ...) ۲۷ / ۱۱ / ۷۸

مسأله ۱: الاحوط لو لم یکن الاقوی ان یكون الايجاب من طرف الزوجه و القبول من طرف الزوج (عکسش جایز نیست و خلاف احتیاط واجب است)

فلا یجزی أن یقول الزوج: «زوّجتک نفسی» فتقول الزوجه: «قبلت» علی الاحوط (احتیاط واجب)

و کذا الاحوط تقدیم الاوّل علی الثانی (ایجاب بر قبول)

و إن کان الاظهر جواز العکس (تقدیم قبول بر ایجاب جایز است)

اذا لم یکن القبول بلفظ «قبلت» و اشباهه (ما به عکس خواهیم گفت که فرع اول جایز و دوّمی جایز نیست).

عنوان مسأله:

این مسأله دارای دو فرع است.

فرع اول: آیا انشاء عقد باید از ناحیه زوجه باشد یا از ناحیه زوج هم جایز است.

فرع دوّم: آیا می توان قبول را بر ایجاب مقدم کرد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۹۳

ابتداء سراغ فرع اول می‌رویم.

فرع اول: این فرع در کلمات فقها جز در کلام متأخرین وجود ندارد.

اقوال:

ظاهراً صاحب جواهر متعرض آن نشده و شاید اولین کسی که متعرض شده شیخ انصاری در کتاب النکاح است و می‌گوید بعضی‌ها تصور کرده‌اند که باید ایجاب از طرف زوجه باشد ولی خودش نمی‌پذیرد، بدنبال ایشان صاحب عروه و تحریر الوسيله هم بدنبال صاحب عروه آن را مطرح کرده است، بنابراین این مسأله بیشتر در بین متأخرین مطرح بوده است.

ادله:

به چند دلیل بر لزوم تقدیم ایجاب و صدور آن از ناحیه زوجه استدلال شده است:

۱- اصالة الفساد:

شک داریم که اگر ایجاب از زوج و قبول از زوجه باشد عقد صحیح است یا نه؟ اصل در معاملات خصوصاً در نکاحی که شبیه توقیفیات است فساد است، پس قدر متیقن ایجاب زوجه و قبول زوج و غیر آن باطل و فاسد است.

۲- رجوع به عرف:

معهود نیست و ندیده‌ایم که زوجی به زوجه بگوید من خودم را به همسری تو درآوردم.

۳- حقیقت نکاح:

حقیقت نکاح عبارت است از تسلیط المرأة الزوج علی بضعه بالمهر یعنی زن شوهر را در مقابل مهر بر خودش مسلط کند، و مرد نمی‌تواند بگوید من در مقابل مهر خودم را بر تو مسلط کردم. در واقع معنی تزویج این است زن در مقابل مهر خودش را در اختیار شوهر قرار دهد پس باید از ناحیه او شروع شود و مرد نمی‌تواند بگوید که خودم را تحت اختیار تو قرار می‌دهم.

جواب از ادله:

قائلین بر لزوم تقدیم ایجاب و صدور آن از ناحیه زوجه در فهم حقیقت زوجیت اشتباه کرده‌اند و حقیقت نکاح آن نیست که اینها گفته‌اند، این تصور کسانی است که نکاح را یک نوع معامله یا بیع می‌دانند که در آن بایع غیر از مشتری است و مهر را هم عوض می‌دانند، در حالی که شبیه صلح و مصالحه است که طرفین آن هر دو مانند هم هستند و بهترین دلیل بر اینکه مهر جزء ارکان نکاح نیست این است که اگر مهر را ذکر هم نکنند عقد باطل نمی‌شود و دو رکن زوجیت، زوج و زوجه هستند، نه اینکه زوجه و مهر باشد اگر زوجه و مهر رکن بودند در مقام مقابله می‌گفتند: زوّجتک نفسی بالمهر المعلوم و حال آنکه می‌گویند: علی المهر المعلوم، یعنی مهر شرط است و رکن نیست.

مرحوم آقای حکیم می‌فرماید: زوجیت در لغت ضم شیء الی شیء است، و شما زوجیت را بد معنی کرده‌اید. کلمه «زوج» در قرآن مجید در معنی زوج و زوجه به کار رفته است، کلمه «نکاح» (نکح) هم در قرآن زوج و در مورد زوج و زوجه به کار رفته است به عنوان مثال در آیه محلل می‌فرماید:

«حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ» (در معنی زوج) «۱» و در آیه خلقت آدم می‌فرماید:

«الَّذِينَ كُنْتُمْ زَوْجُوا لَهَا» * (در معنی زوجه) «۲» بنابراین، معلوم می‌شود که اینها دو چیز هستند که به هم ضمیمه شده‌اند از اینجا می‌توان استفاده کرد که نه مردسالاری درست است و نه زن‌سالاری. همچنین در آیه «حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ» نکاح به زن نسبت داده شده و در آیه «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» «۳» نکاح به مرد نسبت داده شده است پس همان گونه که تعبیر زوج به مرد و زن صورت می‌گیرد تعبیر نکاح، هم به زن و مرد نسبت داده می‌شود بنابراین اینطور نیست که حقیقت نکاح اقتضا کند که ایجاب باید از ناحیه زن باشد.

۶۸ ادامه مسئله ۱ ... ۳۰ / ۱۱ / ۷۸

توضیح ذلک:

اگر ازدواج را مبادله‌ای میان سلطه مرد بر زن در برابر مهر بدانیم طبیعتاً باید زن بگوید سلطتک علی نفسی علی الصداق المعلوم، (ایجاب) اما اگر حقیقت نکاح ضم شیء الی شیء. و به عبارت فارسی، همسر هماهنگ هم باشد یعنی کما اینکه مرد همسر زن است، زن هم همسر مرد است به معنی در این صورت نسبت هر دو مساوی است پس کما اینکه زن می‌تواند زوجیت را انشاء کند مرد هم می‌تواند انشاء زوجیت کند.

ظاهر این است که معنی دوم مراد است و معنی اول درست نبوده و مهر هم عوض نیست بلکه از قبیل شرط است و بالفظ

(۱) آیه ۲۳۰، سوره بقره.

(۲) آیه ۳۵، سوره بقره.

(۳) آیه ۲۲، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۹۴

«علی» گفته می‌شود. شواهدی هم از آیات قرآن آوردم، مثلاً مرد بگوید: «نکحتک علی الصداق المعلوم» و زن بگوید:

«قبلت»، پس لفظ «نکح» را هم مرد می‌تواند بگوید و هم زن، همچنین در ماده «زوجیت» زن می‌گوید: «زواجک نفسی لنفسک ...»

و یا مرد می‌گوید «تزوجتک نفسی علی المهر المعلوم» و زن «قبلت» می‌گوید.

سؤال: چرا زن «زواجک» و مرد «تزوجتک» (زن باب تفعیل و مرد باب تفعل)؟

جواب: ممکن است تفاوت در این باشد که این دو درست است که همسر هم هستند ولی از آنجائی که در نظام خانواده مرد متبوع

و زن تابع است، لذا زن باب تفعیل و مرد باب تفعل می‌گوید. در فارسی هم فرق می‌کند، زن می‌گوید خودم را به همسری تو

در آوردم و مرد هم می‌گوید: من تو را به همسری خودم پذیرفتم.

روایات مؤید: روایات عدیده‌ای که در صیغه عقد متعه آمده است. در حقیقت زوجیت تفاوتی بین دائم و منقطع نیست و هر دو به

معنی شراکت هستند، روایاتی در عقد متعه آمده که در عقد دائم نیامده است.

در باب ۱۸ از ابواب عقد متعه شش روایت داریم که پنج روایت آن بر بحث ما دلالت دارد که بعضی صحیح‌السند و بعضی سندش

قابل گفتگو است ولی چون متضافر است به بررسی اسناد نیازی نیست.

...* عن ابان بن تغلب قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف اقول لها اذا خلوت بها؟ قال: تقول: أتزوجك متعة علي كتاب الله

و سنّة نبیّه لا وارثه و لا مورثه کذا و کذا یوماً و إن شئت کذا و کذا سنّه

(هر دو را انشاء می‌کند و طرف مقابل هر کدام را قبول کرد از تردید خارج می‌شود)

بکذا و کذا درهماً و تسمی من الاجر ما تراضیتما علیه قليلاً کان أو كثيراً فاذا قالت: نعم فقد رضیت و هی امرأتک و انت اولی الناس بها الحدیث

(امتیاز این حدیث بر بقیه احادیث این ذیل است). «۱»

روایت با صراحت می‌گوید که ایجاب از ناحیه زوج، و قبول از ناحیه زوجه است، همین مضمون در حدیث دوم هم هست:

* و عن علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابی نصر

(احمد بن محمد بن ابی نصر بزنی)

عن ثعلبه

(در روایات، «ثعلبه» زیاد داریم که از قرائن استفاده می‌شود «ثعلبه بن میمون» از بزرگان و اجلاء و ثقات می‌باشد و قرینه‌اش روایت ابی نصر از شاگردان ثعلبه است، پس سند حدیث معتبر می‌باشد)

قال: تقول: أتزوجک

(حدیث مقطوعه است منتهی معلوم است که شخصی مثل ثعلبه از غیر امام نقل نمی‌کند)

متعّه علی کتاب الله و سنّه نبیّه نکاحاً غیر السفاح «... ۲»

حدیث سوم و چهارم و ششم هم دلالتش خوب است پس این پنج حدیث با انضمام به یکدیگر می‌تواند مطلب را ثابت کند ولی حدیث پنجم دلالت ندارد.

... * عن الاحول قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام قلت: ما ادنی ما یتزوج الرجل به المتعّه؟

(حد اقل مهر چقدر است)

قال: کف من بُرّ یقول لها: زوّجینی نفسک متعّه علی کتاب الله و سنّه نبیّه «... ۳»

آیا این انشاء زوجیت است یا استدعاست؟

این استدعای ایجاب است و داخل در بحث ما نیست.

روایات دیگری هم در مستدرک موجود است.

ان قلت: اینها در مورد عقد متعه است در مورد عقد دائم چه می‌گوئید؟

قلنا: الغاء خصوصیت کرده و می‌گوییم آنچه در عقد متعه است در عقد دائم هم می‌آید چون در حقیقت نکاح بین این دو فرقی نیست، درست است که در عقد متعه غیر از زوج و زوجه دو رکن دیگر (مبلغ و مدت) هم وجود دارد که اگر یکی از این دو ذکر نشود باطل است؛ ولی اینها جزء ارکان نبوده بلکه شرط است و الا رکن در زوجیت، زوج و زوجه است و لذا زوجان می‌گویند که کلمه زوج به هر دو اطلاق شده است پس ماهیت نکاح بین نکاح منقطع و دائم فرقی نمی‌کند.

مما ذکرنا ظهر الجواب از دلیل اول و دوم کسانی که می‌گفتند ایجاب باید از ناحیه زن باشد. دلیل اول آنها اصالة الفساد بود که در مقابل این همه دلائل لفظی و عموماً اصالة الفساد جائی ندارد و اینکه گفته می‌شود عقد نکاح توقیفی است در جواب می‌گوییم بر فرض هم توقیفی باشد عموماً و ادلّه خاصه اجازه داده‌اند و توقیفی بودن مشکلی ندارد و در جواب از دلیل دوم می‌گوییم در عرف چنین نیست که ایجاب حتماً باید از ناحیه زوجه باشد و روایات سابق شاهد بر این مدعا است.

فرع دوم: آیا می‌توان قبول را بر ایجاب مقدم کرد؟

اشاره

- (۱) ح ۱، باب ۱۸ از ابواب عقد متعه.
 (۲) ح ۲، باب ۱۸ از ابواب عقد متعه.
 (۳) ح ۵، باب ۱۸ از ابواب عقد متعه.
 کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۹۵

اقوال:

مشهور این است که تقدیم قبول بر ایجاب جایز است و مخالف مشهور و سرشناسی در مسأله نداریم، ولی تمام آنهایی هم که قائل به جواز تقدیم هستند قیدی به آن زده و گفته‌اند به شرط اینکه با لفظ قبلت، رضیت، امضیت نباشد، پس باید به لفظ تزوجت، نکحت باشد وقتی این قید را زدند مشاهده کردند که این همان انشاء است و قبول نشد، ناچار بعضی به دست و پا افتاده و می‌گویند اسمش را قبول می‌گذاریم یعنی در اصطلاح قبول و در واقع انشاء است، پس نزاع لفظی است، یعنی کسی که می‌گوید قبول مقدم نمی‌شود، مقصودش قبول به لفظ قبلت و رضیت و امضیت است و آنهایی که می‌گویند مقدم می‌شود قبول به لفظ تزوجت را می‌گویند که این هم قبول نیست و در واقع انشاء است، پس بحث در این است که این تزوجت که مقدم شده اسمش را قبول بگذاریم یا نه؟

در اینجا رابطه‌ای بین این مسأله و مسأله قبلی ایجاد می‌کنیم، معلوم می‌شود بحث قبلی که جواز انشاء از ناحیه زوج است و در کلمات قدما اسمی از آن نیامده همین بحث است که در کلمات قدما آمده است، پس دلیل این که فقها فرع سابق را ذکر نکرده‌اند این است که در فرع اول تحت عنوان تقدیم قبول بر ایجاب مطالب خود را گفته‌اند منتهی تقدیم قبول بر ایجاب انشاء من قبل الزوج است به لفظ تزوجت.

مرحوم صاحب ریاض چنین می‌فرماید:

«و لا یشرط تقدیم الایجاب علی القبول فی المشهور بل علیه الاجماع عن المبسوط و السرائر و هو الحجة فی تخصیص الاصل (اصالة الفساد...) ثم انه یعتبر حیثما قدم القبول کونه بغیر قبلت و رضیت، کنکحت و تزوجت و هو حیثیند بمعنی الایجاب. «۱»

عبارتی هم صاحب مسالك دارد که مفصل است و می‌فرماید:

اکثر اصحاب قائل هستند که تقدیم قبول بر ایجاب جایز است بل ادعی علیه الشیخ الاجماع چون مقتضی موجود (برای اینکه ایجاب و قبول در صورت تقدیم و تأخیر قبول حاصل است) و مانع هم مفقود است، در ادامه می‌فرماید: زوج و زوجه هر کدام در قوه موجب و قابل هستند (همان بحثی که سابقاً در این مورد که زوجیت امری مساوی بین زوج و زوجه است داشتیم) و خبر سهل ساعدی «۲» هم دلالت بر این موضوع دارد (قبول را بر ایجاب می‌توان مقدم کرد) بعد در ذیل کلامشان می‌فرمایند: و ربما قبل بعدم صحته متقدماً چون معنی ندارد قبول مقدم شود و تا کسی ایجابی نکرده چه چیزی را قبول می‌کند، در انتها می‌فرماید: حقیقت قبول، «قبلت» است و این مقدم نمی‌شود و اشکالی در این مطلب نیست، پس قبولی که مقدم می‌شود «تزوجت أو انکحت» است که در واقع معنی

ایجاب دارد و قبول نیست، و تسمیته قبولاً مجرد اصطلاح. «۳»

از این عبارات معلوم می‌شود که نزاع لفظی است و بین فرع اول و دوم خلط شده است.

از کسانی که از قدامت به جواز تقدیم قبول تصریح کرده‌اند ابن حمزه در وسیله، نظام الدین الصهرشتی در اصباح الشیعه، ابن ادريس در سرائر، محقق در شرایع و مختصر النافع، علامه در قواعد، شهید در لمعه می‌باشند. «۴»

ادله:

۱- مقتضای قاعده:

قاعده می‌گوید اگر قبول به لفظ «قبلت» باشد تقدیم آن معنی ندارد چون چیزی نداریم که قبول کند و عقلاً نمی‌پذیرند و اما اگر به لفظ «تزوجت و نکحت» باشد لا اشکال در اینکه تقدیم جایز است چون نوعی ایجاب و اطلاق قبول بر آن اطلاق مجازی است، پس مقتضای قواعد در مسأله روشن است.

جواب از دلیل: این تقدیم انشاء است نه تقدیم قبول و نزاع لفظی در اینجا فائده‌ای ندارد چون فائده‌ای ندارد که چیزی را که در واقع انشاء است قبول بنامیم، پس بر عکس آنچه که مشهور گفته‌اند، می‌گوئیم لا یتقدم القبول علی الايجاب البتّه مشهور درست گفته‌اند ولی نزاع لفظی است چون در واقع در فرع اول بحث کرده‌اند و لو ظاهراً در فرع دوم بحث می‌کنند.

۲- مقتضای ادله خاصه:

اشاره

در جلسه قبل روایاتی در مورد متعه نقل کردیم که در آنها قبول مقدم شده بود، و گفته شد که انشاء است و ایجاب زوج مقدم شده است ولی مشهور می‌گوید قبول مقدم است. به عنوان مثال روایت می‌فرمود «أتزوجک علی کتاب الله و سنّه نبیه» که اگر از مرد صادر شود صحیح است و پنج روایت دلالت بر جواز می‌کرد. در اینجا بعضی مثل شهید ثانی در مسالك

(۱) ریاض، ج ۱۱، ص ۱۶.

(۲) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۲۴۲.

(۳) مسالك، ج ۷، ص ۹۴.

(۴) سلسله الینابیع الفقهیّه، ج ۱۸ و ۱۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۹۶

فرموده‌اند که باب نکاح خصوصیتی دارد که ابواب دیگر ندارد و باید قبول زوج مقدم بر ایجاب زوج شود و آن خصوصیت عبارتست از استیحاء المرأة فی ابتداء الکلام، حیای زن ایجاب می‌کند که تقدیم ایجاب نکند، حتی در وکالت عقد نکاح هم وکیل وقتی می‌خواهد از زوج وکالت بگیرد اول خود قبول می‌کند یعنی می‌گوید دوشیزه مکرمه آیا وکیل هستم پس به همین جهت شارع مقدس اجازه داده است که قبول زوج مقدم شود.

جواب از کلام شهید ثانی:

جواب این مطلب روشن و کلام ایشان مجزّد استحسان است. اگر ارکان عقد باطل است و ایجاب و قبول صحیح نیست حیاء مرأه نمی تواند عقد را درست کند بله می شود این استحسان را وسیله قرار داد که برای رعایت استحياء ایجاب از ناحیه شوهر و قبول از ناحیه زن باشد.

اضف الی ذلک؛ اگر شما می گوئید زن به خاطر حیائی که دارد مقدّم در ایجاب نمی شود و کیلش چرا این کار را نکند، در وکیل که استحيائی نیست. تا اینجا روایات خاصه هم پشتیبان ما هم هستند.

آیا می توان به عمومات ادلّه نکاح هم استدلال کرد، به عنوان مثال قرآن می فرماید: «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ» یعنی وسائل نکاح را فراهم کنید حال وقتی صیغه خوانده می شود، گاهی ایجاب بر قبول و گاهی قبول بر ایجاب مقدم می شود، پس بگوییم آیه عام است و صورت تقدیم قبول و تأخیر آن را شامل می شود، آیا این عمومات در مقام بیان این نکته هستند؟ جای بحث دارد.

نتیجه: بیشترین تکیه ما در این مسأله بر مقتضای قاعده و روایات خاصه است.

۷۰ ادامه م ۱ و م ۲ (الفاظ الايجاب و القبول ...) ۷۸ / ۱۲ / ۲

بقی هنا شیء:

به حدیثی از «سهل ساعدی» بر جواز تقدیم قبول بر ایجاب استدلال شده است، این حدیث هم از طرق عامه و هم از طرق خاصه نقل شده است:

... عن سهل بن سعد الساعدي، أنّ امرأة أتت النبي صلى الله عليه وآله فقالت: يا رسول الله أنّي قد وهبت نفسي لك (منظور نکاح بدون مهر است)

فقامت قياماً طويلاً، فقام رجل فقال: يا رسول الله صلى الله عليه وآله، زوجنيها ان لم تكن لك بها حاجة، (شاهد در این «زوجنیها» است که می خواهند آن را قبول مقدّم بگیرند)

فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: هل عندك من شيء تصدّقها إياه فقال ما عندي إلا أزارى هذا (غیر از این ازار چیزی ندارم)

فقال النبي صلى الله عليه وآله ان أعطيتها إياه جلست لا أزار لك (اگر بخواهی این را مهر قرار دهی که بدون ازار می شوی)،

فالتمس شيئاً فقال: ما أجد شيئاً قال التمس و لو خاتماً من حديد (چیز دیگری را و لو خاتم من حديد مهر زن قرار بده)

فالتمس فلم يجد شيئاً فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله هل معك من القرآن شيء؟ (آیا چیزی از قرآن می دانی)

قال: نعم سورة كذا و سورة كذا لسور سمّاها فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: قد زوجتكها بما معك من القرآن رواه البخاري في الصحيح ...

و أخرجه مسلم «... ۱»

مطابق این نقل در ذیل روایت «قبلت» وجود ندارد و معلوم می شود که به همان «زوجنیها» که جلوتر آمده بود قناعت شده و اگر «قبلت» در عبارت بود برای ما نقل می شد، از اینجا معلوم می شود که به این اندازه فاصله بین ایجاب و قبول اشکالی ندارد.

این حدیث در منابع شیعه با اسناد معتبر نقل شده است:

... عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: جاءت امرأة الى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: زوجني

(با روایت قبل فرق دارد و در واقع استدعا است)

فقال: من لهذه؟ فقام رجل، فقال انا يا رسول الله قال: ما تعطيه؟ قال: ما لي شيء الى ان قال فقال: أ تحسن شيئاً من القرآن قال:

نعم قال: قد زوجتكها علي ما تحسن من القرآن فعلهما آياه. (۲)

آیا عبارت «انا يا رسول الله» را ایجاب از ناحیه زوج بدانیم یا قبول از ناحیه زوج که مقدم شده است؟

بعضی برای تقدیم قبول بر ایجاب به آن استدلال کرده اند ولی طبق بیان ما دیگر نوبت به این بحثها نمی رسد و نیاز زیادی به این روایت نداریم و مشکل با نبود این روایت هم حل است.

[مسألة ۲: الاحوط أن يكون الايجاب في النكاح الدائم بلفظي «انكحت» أو «زوّجت»]

اشاره

مسألة ۲: الاحوط أن يكون الايجاب في النكاح الدائم بلفظي «انكحت» أو «زوّجت» فلا- يوقع بلفظ «متعت» على الاحوط و ان كان الاقوى وقوعه به مع الاتيان بما يجعله ظاهراً في الدوام، و لا يوقع بمثل «بعث» أو «وهبت» أو «ملكّت» أو «آجرت» و أن يكون القبول بلفظ «قبلت» أو «رضيت» و يجوز الاقتصار في القبول بذكر «قبلت»

(۱) ج ۷، ص ۲۴۲.

(۲) وسائل، ج ۱۴، ح ۳، باب ۱ از ابواب عقد نكاح و كافي، ج ۵، ص ۳۸۰.

كتاب النكاح (مكارم)، ج ۱، ص: ۹۷

فقط بعد الايجاب من دون ذكر المتعلقات التي ذكرت فيه، فلو قال الموجب- الوكيل عن الزوجه- للزوج: «انكحتك موكلتي فلانة على المهر الفلاني» فقال: الزوج: «قبلت» من دون أن يقول «قبلت النكاح لنفسى على المهر الفلاني» صحّ.

عنوان مسأله:

مرحوم امام (ره) در تحرير می فرماید احتیاط آن است که ایجاب در نكاح دائم حتماً به لفظ «انكحت» یا «زوّجت» باشد و معنایش این است که با لفظ «متعت» نمی توانند بگویند و بعد می فرمایند اقوی این است که با لفظ «متعت» هم صحیح است، منتهی باید همراه با قرینه ای باشد که نشان دهد مراد نكاح دائم است، مثلاً بگویند «متعت متعةً دائمةً على المهر المعلوم» که در این صورت اشکالی ندارد. در ذیل مسأله می فرماید که با لفظ «وهبت، بعث، ملكت، آجرت» ... عقد واقع نمی شود و در ادامه الفاظ قبول را بیان می کنند و می فرماید با لفظ «قبلت و رضيت» می شود و بعد تصریح می کنند که لازم نیست متعلقات را در قبول بگویند و فقط قبلت و رضيت کافی است چون قبول عطف به ایجاب می شود و تمام شرایطی که در ایجاب است در قبول خود به خود درج می شود.

اقوال:

مسئله ایجاب با «زوّجت» از همه واضح تر و اجماعی است و اهل سنت هم دارند و در قرآن و سنت هم آمده است، با لفظ «انكحت» هم اجماعی است، اما لفظ «متعت» و لو قرائن عقد دائم را هم بیاورند باز اختلافی است و همه آن را قبول ندارند.

مرحوم کاشف اللثام می فرماید:

بلا خلاف بین علماء الاسلام كما فی تذکره. «۱»

صاحب ریاض می فرماید:

النطق بأحد الالفاظ الثلاثة التي هي زَوْجَتِكَ و انكحتك و متعتك و الاكتفاء بأحد الأولين مجمع عليه در ادامه در مورد «متعت» می گوید:

و بالثالث مختلف فيه فالأكثر و منهم الاسكافي و المرتضى و ابو الصلاح و ابن حمزه و الحلبي كما حكى و عن ظاهر السيد في الطبريات الاجماع على المنع ... خلافاً للمتن (مختصر النافع محقق که متن ریاض است) و الشرائع و الارشاد و النهاية (معلوم می شود که عده ای از بزرگان اجازه داده اند). «۲»

ابن رشد می گوید:

و اتفقوا على انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن اذنه اللفظ و كذلك بلفظ التزويج و اختلفوا في انعقاده بلفظ الهبة أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة فاجازه قوم و به قال مالک و ابو حنيفة و قال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج. «۳»

ادله:

۱- مقتضای قاعده:

قاعده در تمام عقود این است که عقد به هر لفظی که صریح یا ظاهر باشد منعقد می شود. عقد قرارداد است و باید انشاء شود و انشاء یا باید صریح باشد یا ظهور عرفی داشته باشد و به مقتضای قاعده بیش از این چیزی نمی خواهیم.

آیا حتماً باید معنی حقیقی باشد یا مجاز مع القرینه هم کافی است؟

ضرورتی ندارد که حتماً معنی حقیقی باشد و مجاز مع القرینه هم کافی است، منتهی قرینه باید ظاهره باشد یا کنایه باشد که ابلغ از تصریح است. مردی که در روایت «سهل ساعدی» گفت «انا یا رسول الله»، این کنایه ای است که با قرائن حالیه و مقالیه ابلغ از تصریح است. قاعده می گوید همه اینها کافی است، چون ما قرارداد می خواهیم، قرارداد هم ایجاب و قبول می خواهد، ایجاب و قبول هم لفظ ظاهر می خواهد و حقیقت و مجاز و کنایه در آن شرط نیست، پس این قاعده در تمام عقود جاری است و نکاح هم از جمله آنهاست.

نتیجه: اگر «متعت» همراه با قرینه باشد باید بگوییم جایز است، منتهی جای اشکال دارد چون عقد نکاح از توقیفات است و جای تمسک به قاعده نیست.

۷۱ ادامه مسئله ۲ ... ۳ / ۱۲ / ۷۸

ان قلت: در غیر نکاح این قاعده خوب است چون جریان شرع مقدس بر وفق مذاق عقلا و اهل عرف است الا ما خرج بالدلیل اما در نکاح و طلاق که فیه شوب من العبادة و جنبه توقیفی دارد، نمی توانیم به این قاعده عمل کنیم و باید الفاظ به دست ما رسیده و اجازه دهند که با کدام لفظ وقوع صیغه عقد جایز است. در مورد «انکحت» و «زوجت» اجازه داده شده ولی در مورد «متعت» و «بعت» اجازه داده نشده است. پس باید تابع اجازه شرع باشیم.

(۲) ریاض، ج ۱۰، ص ۳۷.

(۳) بدایة المجتهد، ج ۲، ص ۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۹۸

قلنا: درست است ولی مردم همیشه صیغه عقد نکاح را در مرثی و مسمع شارع انجام می دادند (در حضور پیامبر و ائمه) و اگر لفظ خاصی لازم بود باید پیامبر صلی الله علیه و آله و ائمه علیهم السلام آن را بیان می کردند در حالی که در هیچ حدیثی نداریم که الفاظ عقد نکاح را بیان کرده باشند.

۲- آیات:

اشاره

در آیات به عنوان تزویج و نکاح تصریح شده است.

الف) آیه «فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا». «۱»

آیا «زَوَّجْنَاكَهَا» حکایت از ماضی است یا در مقام انشاء است؟

دو احتمال دارد، هر کدام که باشد برای ما کافی است، چون نشان می دهد که لفظ «زَوَّجْتُ» در مقام انشاء کافی است و لو به صورت اخبار باشد (اخباری که حاکی از انشاء است) و معلوم می شود که صیغه عقد زینب را خداوند برای پیامبر خوانده است و لذا زینب به دیگر زنان پیغمبر صلی الله علیه و آله می گفت: «أَنَا زَوْجُكُمْ أَهْلُكُمْ وَ زَوْجِنِي اللَّهُ».

ب) آیات «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ» «۲»، «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ». «۳»

اگر ماده نکاح ظهور یا صراحت نداشت قرآن این گونه نمی فرمود، پس ظاهر این است که این الفاظ، مجازی نیست و اگر چه جملات خبریه هستند ولی خبری است که از جواز انشاء حکایت می کند.

۳- روایات:

سابقاً در باب نکاح متعه پنج حدیث «۴» داشتیم که می فرمود:

«زَوَّجْتُكَ» و «تَزَوَّجْتُكَ» در عقد متعه صحیح هستند، در مورد عقد دائم هم فرمودند که با این دو لفظ ممکن است، چون ماهیت عقد دائم و متعه یکی است و تفاوت در تعیین مدت است، پس تزویج هم در متعه است و هم در عقد دائم، در روایات عقد دائم هم ماده تزویج در باب ۱ از ابواب عقد نکاح آمده است که ده حدیث است و اکثر آنها دلالت دارد که صیغه عقد دائم را با لفظ «زَوَّجْتُ» می توان خواند:

... * مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي حَدِيثِ خَلْقِ حَوَاءَ وَ تَزْوِيجِ آدَمَ بِهَا، إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ قَالَ لَهُ: أَخْطَبُهَا إِلَيَّ، فَقَالَ: يَا رَبِّ إِنِّي أَخْطَبُهَا إِلَيْكَ أَلَى أَنْ قَالَ فَقَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: قَدْ شِئْتَ ذَلِكَ وَ قَدْ زَوَّجْتُكَهَا فَضَمَّهَا إِلَيْكَ.

«۵»

* قال:

(ظاهراً مرسله است و مرحوم مفید در ارشاد و مرحوم صدوق در من لا یحضر این حدیث را نقل کرده‌اند)

و لَمَّا تَزَوَّجَ أَبُو جَعْفَرٍ مُحَمَّدَ بْنَ عَلِيِّ الرِّضَا عَلَيْهِمَا السَّلَامُ ابْنَةَ المَأْمُونِ خَطَبَ لِنَفْسِهِ فَقَالَ:

(حدیث در مورد تزویج دختر مأمون به امام جواد علیه السلام است که صیغه عقد را امام جواد علیه السلام می‌خواند)

الحمد لله متميم النعم، الى ان قال: وهذا امير المؤمنين زوجني ابنته علي ما فرض الله ثم ذكر قدر المهر و قال: زوجتني يا امير المؤمنين؟ قال بلى، قال قبلت و رضيت،

(در واقع «بلی» جانشین ایجاب شده است). «۶»

... عن عبيد بن زرارَةَ قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن التزويج بغير خطبة فقال: أو ليس عامه ما تزوج فتيانا فتياتنا و نحن نتعرق الطعام على الخوان نقول: يا فلان زوج فلانا فلانة فيقول: نعم قد فعلت. «۷»

در این روایت می‌فرماید غالب ازدواج‌های ما بدون خواستگاری صورت می‌گیرد، پس با لفظ تزویج یا چیزی که اشاره به لفظ تزویج است («نعم قد فعلت» که بعد از لفظ تزویج واقع شده است) واقع می‌شود و ظاهر «قد فعلت» این است که جانشین ایجاب و قبول شده و ضمناً دلالت دارد که یک نفر می‌تواند متولی طرفین عقد باشد و وقتی متولی شد لازم نیست دو صیغه بخواند. حدیث سه «۸» را هم قبلاً بیان کردیم که همان حدیث «سهل ساعدی» است و در آن روایت هم کلمه تزویج وجود دارد.

آیا در هیچ یک از روایاتی که انشاء عقد نکاح را بیان می‌کند لفظ «انکحت» نیست؟

در مقام بیان، نکاح به صورت فعل مضارع و ماضی آمده است ولی این اخبار، اخباری است که از آن جواز انشاء فهمیده می‌شود. امّا لفظ «متعت» اختلافی است، بعضی آن را جایز و بعضی غیر جایز می‌دانند. آنهایی که جایز می‌دانند می‌گویند «متعت» مطلق نکاح و قدر مشترک بین منقطع و دائم است، اگر ضمیمه مدت شود منقطع و اگر خالی از مدت باشد دائمی است، و

(۱) آیه ۳۷، سوره احزاب.

(۲) آیه ۳۲، سوره نور.

(۳) آیه ۲۲، سوره نساء.

(۴) ح ۱ و ۲ و ۳ و ۴ و ۶، باب ۱۸ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۱، باب ۱ از ابواب عقد نکاح.

(۶) ح ۲، باب ۱ از ابواب عقد نکاح.

(۷) ح ۷، باب ۱ از ابواب عقد نکاح.

(۸) ح ۳، باب ۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۹۹

روایاتی هم آورده‌اند و می‌گویند روایاتی «۱» در باب متعه داریم که می‌گویند اگر ذکر اجل در متعه نشود به دائم منقلب می‌شود و ادعای اجماع کرده و به آن فتوا داده‌اند. البته در آن باب در جزئیاتش بحث است که آیا این برای جایی است که عمداً ذکر اجل نکنند یا سهواً، آنجایی که در ابتدایش مطلق العقد بوده یا آنجایی که فقط متعه در نیتش بوده و فراموش کرده است اجل را ذکر کند، که ما هم بحث داریم و می‌گوییم اگر کسی جزماً عقیده داشت که متعه بخواند ولی فراموش کرد ذکر اجل کند این عقد دائمی نخواهد بود و خلاف قواعدی است که تا اینجا خوانده‌ایم ولی اگر عالماً و عامداً اجل را ذکر نکنند در این صورت می‌گوییم منقلب به دائم می‌شود پس فی الجمله آن روایات را قبول داریم و فتویٰ هم می‌دهیم و همین که فی الجمله می‌پذیریم، برای ما نحن فیه قابل استدلال است و معلوم می‌شود همان صیغه‌هایی که به درد متعه می‌خورد برای دائم هم خوب است و معلوم می‌شود که عقد

دائم را می توان با لفظ متعت خواند و انصاف این است که این روایات دلالت ظاهری دارد.

نتیجه: اجرای عقد دائم با لفظ تزویج و نکاح و متعه ممکن است ولی چون متعت را غالباً در عقد منقطع استفاده می کنند باید قرینه داشته باشد که منظور نکاح دائم است.

۷۲ ادامه مسئله ۲ ... ۴ / ۱۲ / ۷۸

اشکال: مرحوم امام (ره) در کتاب البیع عبارتی دارند که نشان می دهد ایشان نکاح معاطاتی را قبول داشته اند، امام این بیان را در فرق بین زنا و نکاح معاطاتی بیان کرده و می فرماید:

ان الزنا لدى العرف غير النكاح و الزواج سواء كان بالقول أو الفعل. «۲»

نکاح معاطاتی غیر از زنا است، این همان حرفی است که آقای حکیم گفته و ما هم آن را گفتیم، یعنی نکاح با صیغه (انشاء لفظی) یا بالفعل (معاطاتی) غیر از زناست.

بعد امام می فرماید:

فلو تفاوت الزوجان (گفتگوهای مقدماتی) و قصداً الازدواج ثم انشأته المرأة بذهابها الى بيت المرء بجهيزتها مثلاً و قبل المرء ذلك بتمكينها في البيت لذلك، تحققت الزوجية المعاطاتية. «۳»

آیا امام (ره) می خواهد بگوید زوجیت معاطاتی جایز است یا می خواهد بگوید که زوجیت معاطاتی غیر از زناست؟

ظاهراً نظر امام بیان فرق بین زنا و زوجیت معاطاتی است، نه این که بگوید زوجیت معاطاتی جایز است چرا که زوجیت معاطاتی بالاجماع جایز نیست، و این که بعضی خیال می کنند اگر زوجیت معاطاتی جایز باشد فرقی با زنا ندارد، اشتباه است چون بین این دو، فرق است و جایز نبودنش به خاطر اجماع بر لزوم لفظ است نه به خاطر شباهتش به زنا.

ان قلت: شما گفتید لزوم قرائت نماز به عربی، از باب توقیفی بودن است نه به دلیل نص و روایات خاص، از طرف دیگر در عقد نکاح هم قائل به توقیفیت شدید، بنابراین عربیت را در عقد نکاح هم مثل نماز لازم بدانید؟

قلنا: ما نگفتیم عربی خواندن نماز به خاطر توقیفی بودن است بلکه نماز نص دارد، و همان طوری که نماز را یاد می گیرند، صیغه عقد نکاح را یاد بگیرند. به ما گفته شده است که در نماز دو سوره از قرآن خوانده شود در حالی که به ترجمه قرآن، قرآن گفته نمی شود، همچنین در ناحیه ذکر رکوع، سجده و تشهد...

روایت داریم که به الفاظ خود گفته شود، پس عربی خواندن آن به خاطر توقیفی بودن آن نیست.

مرحوم محقق ثانی می فرماید که انشاء فارسی اصلاً عقد نیست و مرحوم شیخ انصاری تعجب می کند که مگر عقد حتماً باید عربی باشد، بعضی می گویند که محقق ثانی این حرف را نزده است و حال آن که ایشان در جامع المقاصد در کتاب رهن می فرماید:

وهل يشترط في الصيغة اللفظ العربي؟ الاقرب العدم (این را از تذکره نقل می کند بعد می گوید...) لا يقال عموم أوفوا بالعقود ينافي الاشتراط (اشتراط عربی بودن عقود) لأننا نقول نمنع صدق العقد بالعجمية مع امکان العربية. «۴»

این کلام از عجایب است و شیخ انصاری هم از آن تعجب می کند.

آیا اجرای صیغه نکاح به وسیله ماده بیع، تملیک، هبه و اجاره جایز است؟

مشهور در میان علما این است که انشاء عقد به وسیله این الفاظ جایز نیست، لکن مرحوم سید مرتضی از ابو حنیفه نقل

(۱) باب ۲۰ از ابواب متعه.

(۲) کتاب البیع، ج ۱، ص ۱۸۰.

(۳) کتاب البیع، ج ۱، ص ۱۸۰.

(۴) ج ۵، ص ۴۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۰۰

می کند که همه اینها را اجازه داده است. مرحوم سید مرتضیٰ چنین می فرماید:

قال: ابو حنیفہ ینعقد النکاح بكل لفظ یقتضی التملیک، کالبيع و الهبۃ و التملیک فاما ما لا یقتضی التملیک کالرهن و الاباحۃ فلا ینعقد به و فی الاجارۃ عنده روایتان اصحهما انه لا ینعقد بها. (۱)

قاعده اقتضا می کند که این الفاظ توأم با قرینه اشکال ندارد، چون ظهور دارد و لکن ما در مقابل ان قلتی که در جلسه قبل داشتیم و می گفت نکاح توقیفی است و با این الفاظ نمی شود، گفتیم که چون عقود نکاح در مرأی و منظر شارع مقدس انجام می گرفته لا بد شارع آنها را امضا کرده است و اگر راضی نبود برای آن لفظ معین می کرد در حالی که لفظی تعیین نکرده است. امروز می گوئیم آیا این الفاظ (بعث، ملک و ...) در زمان شارع (معصومین) در بین مردم مرسوم بوده است؟

این معنا ثابت نیست بلکه عکس آن ثابت است چون اینها الفاظ غیر متعارف هستند، ما گفتیم با آن الفاظی که ظهور داشته باشد و متعارف هم باشد، چون در مرأی و منظر معصومین علیهم السلام بوده و با آن موافقت کرده اند صحیح است. توقیفیت را قبول داریم ولی چون شارع آزاد گذاشته، الفاظی را که در بین مردم متعارف بوده است کافی می دانیم و الفاظی را که متعارف نبوده نمی پذیریم.

آیا به لفظ هبه جایز است؟ بعضی به آیه «وَأَمْرًا «مُؤْمِنَةً» إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ» (۲) استدلال کرده اند که انشاء نکاح با لفظ هبه فقط برای پیامبر صلی الله علیه و آله جایز است. بنابراین در غیر پیامبر به نص قرآن صحیح نیست.

قلنا: آیه در مقام بیان اجرای نکاح به لفظ «وهبت» نیست بلکه با لفظ «نکحت» است، چون ذیل آیه می گوید «ان اراد النبي أن يستنكحها» معلوم می شود که با نکحت عقد انجام می شود، پس «وهب» به معنی نکاح بدون مهر و مانند هبه است و این تفسیر در روایات متعددی آمده است و «خالصة لك من دون المؤمنين» یعنی نکاح بدون مهر فقط مخصوص تو است و مؤمنین دیگر نمی توانند چنین کنند.

۷۳ ادامه م ۲ و م ۳ (تعدي النكاح و التزويج الى المفعولين ... ۷۸/۱۲/۷)

روایات متعددی در باب دوم از ابواب عقد نکاح مسئله هبه و آیه ۵۰ سوره احزاب را متعرض شده و بیان می کنند که مراد نکاح بدون مهر است، و چون روایات متضاف است از سند آنها بحث نمی کنیم اگر چه غالباً اسناد آنها صحیح است.

... عن الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة تهب نفسها للرجل ينكحها بغير مهر؟ فقال: إنما كان هذا للنبي صلى الله عليه وآله فاما لغيره فلا يصلح هذا حتى يعوضها شيئاً... (۳)

... عن ابي الصباح الكناني عن ابي عبد الله عليه السلام قال: لا تحل الهبة الا لرسول الله صلى الله عليه وآله و اما غيره فلا يصلح نكاح الا بمهر. (۴)

احادیث دیگری (۵) هم در این زمینه وجود دارد و فقط حدیث پنجم است که از آن بوی خلاف می آید ولی این حدیث هم به نظر ما مؤید است و مخالف نیست.

... عن عبد الله بن المغيرة عن رجل

(مرسله است)

عن ابي عبد الله عليه السلام في امرأة وهبت نفسها لرجل من المسلمين قال: إن عوضها كان ذلك مستقيماً. (۶)

گاهی تصور می شود که این روایت با روایات قبلی معارض است و می گوید هبه جایز است در حالی که تصریح می کند و می گوید

«ان عَوْضُهَا» یعنی هبه معوضه باشد که جانشین مهر است به این معنی که خودش را بخشیده و در مقابل این بخشش طرف مقابل هم چیزی هبه کرده است (الهبه المعوضه). پس نه تنها معارض با آن چند حدیث نیست بلکه موافق و مؤید است.

از مجموع این روایات و آن توضیحی که در تفسیر آیه ۵۰ سوره احزاب بیان شد معلوم می شود که این آیه و روایات ارتباطی با بحث انشاء عقد و الفاظ انشاء ندارد بلکه مربوط به این است که مهر یکی از ارکان عقد است، سواء ذکر أم لم يذكر.

تا اینجا قسمت عمده مسئله دوم روشن شد و فقط یک قسمت باقی مانده و آن این است که آنچه که تا کنون گفته شد در مورد الفاظ انشاء بود، حال قبول باید به چه لفظی باشد؟

در تحریر فرمودند که قبول با لفظ «قبلت و رضیت» و هر چه که این معنی را بدهد (مثل امضیت) واقع می شود.

دلیل بر این که «رضیت و قبلت» کافی است چیست؟

(۱) ناصریات، ص ۳۲۴، مسئله ۱۵۲.

(۲) آیه ۵۰، سوره احزاب.

(۳) ح ۱، باب ۲ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۲، باب ۲ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۳، ۴، ۶، ۸، ۹، باب ۲ از ابواب عقد نکاح.

(۶) ح ۵، باب ۲ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۰۱

اولاً: حقیقت قبول با این الفاظ صریح حاصل می شود، پس مطابق قاعده و متعارف بین الناس است.

ثانیاً: در روایات عدیده «۱» «قبلت و رضیت» وجود دارد.

نکته ای در اینجا وجود دارد که امام به آن اشاره کرده اند و لازم است ما نیز به آن اشاره کنیم، آیا ذکر شرایط و متعلقات در قبول لازم است؟

در انشاء ایجاب گفته می شود زَوْجَتِ نَفْسِ مَوْكَلَّتِي لِمَوْكَلِّكِ عَلَى الْمَهْرِ الْمَعْلُومِ وَالشَّرَاطِ الْمَعْلُومِ، آیا در قبول هم لازم است که این ارکان گفته شود؟

امام (ره) می فرماید لازم نیست، نه ذکر زوج، نه زوجه، نه مهریه و نه شرایط، چون قبول عطف بر ایجاب است و هر چه در ایجاب باشد مثل این است که در قبول گفته اند، به عبارت دیگر این از جاهایی است که المقدر کالمذکور و در ناحیه قبول در تقدیر است.

مسئله ۳: يتعدى كل من الانكاح و التزويج الى مفعولين

اشاره

مسئله ۳: يتعدى كل من الانكاح و التزويج الى مفعولين (پس صحیح است بگویند: زَوْجَتِ نَفْسِ مَوْكَلَّتِي مَوْكَلِّكِ) و الاولى ان يجعل الزوج و الزوجه ثانياً و يجوز العكس و يشتركان (النكاح و التزويج) في ان كلا منهما يتعديان الى المفعول الثاني بنفسه تارةً و بواسطة «من» اخرى فيقال: انكحت أو زوّجت زيداََ هنداََ أو انكحت هنداََ من زيدٍ و باللام ايضاً هذا بحسب المشهور و المأنوس و ربما يستعملان على غير ذلك و هو ليس بمشهور و مأنوس.

عنوان مسأله:

اشاره

این مسأله چون در کلام علمای سابق نبوده و کمتر متعرض آن شده‌اند باید در لابه‌لای آیات و روایات و لغت آن را پی‌گیری کنیم.

۱- آیات:

در آیات قرآن لفظ نکاح و تزویج متعددی به دو مفعول مکرر استعمال شده است:

«فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَا كَهَا». (۲)

در مورد لفظ نکاح هم در داستان حضرت شعیب می‌فرماید:

«قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكَحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيْ هَاتَيْنِ» (۳) که در این دو مورد زوج بر زوجه مقدم است.

آیه‌ای هم داریم که قد یتوهم دلالت بر بحث ما دارد:

«أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا» (۴) این آیه در مورد موالید است و آیه قبل از آن می‌فرماید:

«يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ» و «يُزَوِّجُهُمْ» به معنی يعطيهم است، یعنی در کنار هم به کسی هم دختر و هم پسر

می‌دهد.

تا اینجا در آیات قرآن دیدیم که هر دو بدون حرف جر آمده است و اما متعدی به حرف جر در قرآن فقط متعدی به «باء» داریم و

متعدی به «من» و «لام» نیامده است در حالی که در تحریر الوسيله «من و لام» آمده و «باء» ذکر نشده است و سزاوار بود «باء» را هم

می‌فرمودند:

«كَذَلِكَ وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ». (۵)

۷۴ ادامه مسئله ۳ ... ۸ / ۱۲ / ۷۸

۲- لغت:

در منابع لغت هم در این مسأله محدود صحبت کرده‌اند.

المنجد می‌گوید:

زوجه امرأة أو بامرأة أو لامرأة، عَقِدَ لَهُ عَلَيْهَا، (۶) در واقع هم متعدی به دو مفعول را ذکر کرده و هم متعدی به حرف جرّ «باء» و

«لام» را، بعد می‌گوید:

و انكر بعضهم تعدّيه بالباء.

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۱، ص: ۱۰۱

در کتاب مختار الصحاح که خلاصه صحاح اللغة است می‌گوید:

قال يونس ليس من كلام العرب زوجه بامرأة بالباء ولا تزوج بامرأة بل نجد منها (يعني نه در طرف زوج و نه در طرف زوجه با

حرف «باء» متعدی نمی‌شود (...). و قال الفراء تزوج بامرأة لغة. «۷»

در قاموس اللغة که از معتبرترین منابع لغت است علاوه بر بلاواسطه فقط تعدی به باء را گفته است، بنابراین آنچه که از کتب اهل لغت برمی‌آید این است که تعدی به مفعولین بدون واسطه در میان همه مسلم است و تعدی به «باء» یا «لام» در میان لغویین مشکوک است.

(۱) باب ۱۸ از ابواب عقد متعه و باب ۱ از ابواب عقد دائم.

(۲) آیه ۳۷، سوره احزاب.

(۳) آیه ۲۷، سوره قصص.

(۴) آیه ۵۰، سوره شوری.

(۵) آیه ۵۴، سوره دخان.

(۶) المنجد، ماده زوج (زواج).

(۷) مختار الصحاح، ماده زوج.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۰۲

۳- روایات:

در احادیث ما تعدی به «باء» و «لام» و «الی» و «من» یافت شده است. در قرآن «زَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ» * داشتیم ولی مفسران منکر آن هستند و «زَوَّجْنَا» را به معنی «قَرْنْنَا» می‌گیرند، اما دلیلی بر این تفسیر نداریم و «زَوَّجْنَا» به معنی تزویج است، شاید چون در کتب لغت تعدی به باء را نیافته بودند چنین توجیه کرده‌اند ولی این تفسیر درست نیست.

در روایات متعددی تعدی با هر چهار حرف جر وجود دارد البته ممکن است که اغلب این روایات از نظر سند ضعیف باشند اما ضعف سند در اینجا ضرری ندارد چون بر فرض هم روایت مجعول باشد، جاعل روایت عرب بوده و قصد ما بیان استعمال لغت است نه شنیدن حکم خدا از زبان معصوم علیه السلام، پس هر جا استشهاد به روایات برای بیان استعمالات عرب است، اسناد روایات مورد توجه واقع نمی‌شود چون استعمالات عربی را هر عرب می‌تواند به کار برد و می‌خواهیم بگوییم متعدی به حرف جر در عرب استعمال شده است.

در تفسیر عیاشی در ذیل آیه «عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلٰی شَيْءٍ» چنین دارد:

عن ابی بصیر

(مقطوعه)

فی الرجل ینکح امته لرجل

(مفعول دوّم بالام است)

أله أن ینزق بینهما اذا شاء؟ «۱»

و اما تعدی به حرف «الی» در دو مورد وجود دارد:

... عن درست بن عبد الحمید، عن ابی ابراهیم علیه السلام

(حضرت موسی بن جعفر)

قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله تزوجوا الى آل فلان فانهم عفاؤا نسائهم ولا تزوجوا الى آل فلان فانهم بغوا فيغت نسائهم «... ۲»

شاهد در تعدی تزوجوا با «الی» است. □

... * عن محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث: لا تجالسوا شارب الخمر ولا تزوجوه ولا تتزوجوا اليه «... ۳»

تعدی به «من» که در هیچ لغتی ندیدیم در روایات زیاد است:

* و عن محمد بن مسلم قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل، ينكح امته من رجل؟ قال: ان كان مملوكاً فليفرق بينهما اذا شاء «... ۴» □

* دعائم الاسلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله انه نهى عن نكاح الشغار و هو ان ينكح الرجل ابنته من رجل على ان ينكحه الآخر ابنته و ليس بينهما صداق «... ۵»

در حدیث دیگری دارد که جوانی خدمت حضرت علی علیه السلام آمد و عرض کرد من مادری دارم که فرزندی مرا انکار می کند و علت آن این است که برادرهای مادرم می خواهند مرا از ارث آینده مادرم محروم کنند و می گویند که خواهر ما پسری ندارد. خلیفه دوم از من مدرک خواست و چون مدرکی نداشتم مرا را محکوم کرد. علی علیه السلام خطاب به برادرهای مادر آن جوان فرمود شما می گویند این خواهر شما هرگز شوهر نکرده است، اولیاء او چه کسانی هستند؟ و از آنها پرسیدند آیا در مورد خواهرتان به من و کالت می دهید، عرض کردند بله، فرمود شاهد و گواه باشید که من خواهر شما را به ازدواج این جوان در آوردم و مهر آن را چهارصد درهم قرار دادم و خودم آن را می پردازم و به آن جوان فرمود که دست زنت را بگیر و برو امشب عروسی کنید و فردا پیش من حاضر شو در حالی که بر تو اثر غسل ظاهر است، وقتی مطلب به اینجا رسید زن گفت:

ترید أن تزوجنی من ولدی. «۶»

و در جای دیگر روایت دارد:

انّی قد زوّجت هذه الجاریة من هذا الغلام،

پس هم در مقام انشاء و هم در مقام حکایت «من» وجود دارد و معلوم می شود که با «من» متعدی می شود.

موارد دیگری هم داریم که با «من» متعدی شده که از آن جمله:

«قد زوّجت فاطمة من علی» «۷»

«أوحى الی آدم أن یزوّج بناته من بنیه» «۸»

«قال فانی قد زوّجتک من عون ابن جعفر» «۹»

«زوّجت عبدی من امتی فاشهدوا ملائکتی». «۱۰»

موارد متعدّد دیگری داریم که با باء متعددی شده است:

«قال صلّی الله علیه و آله یا علی أبشر أبشر، فانی قد زوّجتک بابتی فاطمة علیها السلام». «۱۱»

«فأوحى الله الیه: انّی قد زوّجت علیاً بفاطمة علیهما السلام». «۱۲»

«قد زوّجت نفسی کما امرنی بعلی علیه السلام». «۱۳»

(۱) تفسیر عیاشی، ج ۲، ص ۲۶۵.

(۲) ح ۷، باب ۳۱ از ابواب نکاح محرم.

(۳) وسائل، ج ۱۷، ح ۸، باب ۱۱ از ابواب اشربة محرمه.

(۴) مستدرک الوسائل، ج ۱۵، ح ۲، باب ۳۲ از ابواب نکاح عیید و اماء.

(۵) مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ح ۲، باب ۱۶ از ابواب عقد نکاح.

(۶) وسائل، ج ۱۸، ح ۲، باب ۲۱ از ابواب کیفیت حکم.

(۷) صحیفه الرضا، ص ۱۷۲ و ۲۹۳.

(۸) وسائل، ج ۱۴، ح ۴، باب ۳ از ابواب ما یحرم بالنسب.

(۹) ذخائر العقبی، ص ۱۷۱.

(۱۰) مستدرک، ج ۱۴، ح ۱۱، باب ۳۳ از ابواب مقدمات نکاح.

(۱۱) مدینه المعاجز، ج ۲، ص ۳۲۹.

(۱۲) مستدرک، ج ۱۵، ح ۳، باب ۴ از ابواب مهوور.

(۱۳) الفضائل، شاذان بن جبرئیل القمی، ص ۱۰۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۰۳

۷۵ ادامه م ۳ و م ۴ (کیفیت اجراء الصیغه ...) ۷۸ / ۱۲ / ۹

جمع بندی:

انشاء نکاح قدر مسلم بالفظ «زوّجت» یا «تزوّجت» که متعدی به دو مفعول بلاواسطه باشد بلاشکال است مخصوصاً اگر زوج بر زوجه مقدّم شود بالفظ نکاح (انکحت و نکحت) هم مسلماً جایز است، در مورد حرف جر هم «من و باء» در احادیث زیاد بود و حرف «لام و الی» هم در احادیث وجود دارد پس اگر کسی بخواهد احتیاط کند می تواند یک بار با ماده «زوّجت» با دو مفعول بدون واسطه بار دیگر با ماده «انکحت» با دو مفعول بدون واسطه، مرتبه دیگر با واسطه «من» با واسطه «باء» با واسطه لام، با واسطه «الی» و اگر بخواهد تقدیم زوج و زوجه را هم رعایت کند مجموعاً دوازده صیغه می شود، بعضی به صورت فضولی هم می خوانند «زوّجت المرأة المعلومه المسماء بفلان للمرء المعلوم المسماء بفلان علی المهر المعلوم و الشرائط المعلومه» تا اگر وکالت مشکلی داشته باشد عقد صحیح باشد و بعداً آنها هم رضایت می دهند، البته یک صیغه هم کافی است ولی به جهت اهمّیت نکاح احتیاط پسندیده است.

[مسأله ۴: (کیفیت اجراء الصیغه)]

اشاره

مسأله ۴: عقد النکاح قد يقع بین الزوج و الزوجه و بمباشرتهما، فبعد التناول و التواطؤ و تعیین المهر، تقول الزوجه مخاطبه للزوج: «أنکحتک نفسی، أو أنکحت نفسی منک- أو لک- علی المهر المعلوم»، فيقول الزوج بغير فصل معتد به: «قبلت النکاح لنفسی علی المهر المعلوم»، أو ... «هكذا»، أو تقول: «زوّجتک نفسی- أو زوّجت نفسی منک، أو لک- علی المهر المعلوم» فيقول: «قبلت التزویج لنفسی علی المهر المعلوم»، أو «.. هكذا». و قد يقع بین و کیلیهما، فبعد التناول و تعیین الموکّلین و المهر، يقول وکیل الزوجه مخاطباً لوکیل الزوج:

«أنکحت موکّلك فلاناً موکّلتی فلانئ- او من موکّلك فلان- علی المهر المعلوم»، فيقول وکیل الزوج: «قبلت النکاح لموکّلی علی المهر المعلوم»، أو «هكذا» أو يقول وکیلیها: «زوّجت موکّلتی موکّلك- أو من موکّلك أو لموکّلك فلان- علی المهر المعلوم» فيقول

وکیله: «قبلت التزویج لموکلّی علی المهر المعلوم»، أو ... «هكذا». وقد يقع بین ولیئہما کالأب و الجّد، فبعد التناول و تعیین المولیٰ علیہما و المهر یقول ولیّ الزوجة: «أنکحت ابنی أو ابنة ابنی فلانة- مثلاً- ابنک أو ابن ابنک فلاناً، أو من ابنک أو ابن ابنک، أو لابنک أو لابن ابنک علی المهر المعلوم»، أو یقول: «زوّجت بنتی ابنک- مثلاً- أو من ابنک أو لابنک»، فیقول ولیّ الزوج: «قبلت النکاح أو التزویج لابنی أو لابن ابنی علی المهر المعلوم». و قد یكون بالاختلاف؛ بأن يقع بین الزوجة و وکیل الزوج و بالعکس، أو بینہا و بین ولیّ الزوج و بالعکس، أو بین وکیل الزوجة و ولیّ الزوج و بالعکس، و یعرف کیفیة ایقاع العقد فی هذه الصور مما فصلناه فی الصور المتقدمة. و الاولیّ تقدیم الزوج علی الزوجة فی جمیع الموارد کما مرّ.

عنوان مسأله:

عصاره کلام در مسأله این است که انشاء حدّ اقل شش حالت دارد:

- ۱- مباشرت زوج و زوجه در انشاء عقد که همان اقسامی را که در مسئلہ سابق گفته شد، دارد: زوّجت نفسی لک ...
 - ۲- بین الوکیلین باشد که متعارف در بین ما همین است و همان تقسیمات مسئلہ سابق (مسئلہ ۳) می آید.
 - ۳- بین الولیین باشد نمونہ اش عقد حضرت آدم علیہ السلام است چون خداوند ولیّ همه است.
 - ۴- یکی بالمباشرة و دیگری بالوکالہ باشد که در داستان «سهل ساعدی» آمده بود و سهل مباشر بود و یا در داستان آن زن که فرزند خود را انکار می کرد، حضرت از ناحیة زن وکیل شد.
 - ۵- یک طرف مباشرت و طرف دیگر ولایت است.
 - ۶- مخلوطی از ولایت و وکالت باشد، مثلاً طرف زوجه وکالت است و طرف زوج ولایت است و یا بالعکس.
- هل يجب التصريح بعنوان الوكالة أو الولاية؟

آیا لازم است گفته شود عن قبل موکلّتی أو ولدی أو من قبل من أنا ولیّ علیہ؟ خیر لازم نیست و آنچه که لازم است وکالت در متن واقع است نه در مقام انشاء لفظی، پس واقع ولایت و وکالت شرط صحّت است نه تلفظ به ولایت و وکالت، به عبارت دیگر هرکس که وکیل شد هرچه به قصد موکلش بخواند جانشین اوست و لازم نیست که تصریح به لفظ کنند، و شاهد آن روایات گذشته است مثلاً در روایت «سهل ساعدی» پیامبر فرمود: «زوّجتکها» و نفرمود «زوّجتک موکلّتی» و یا علی علیہ السلام بعد از وکیل شدن فرمود: «زوّجتکها» و به وکالت تصریح نفرمود و مقاوله های ابتدایی در فهم وکالت، کفایت می کند و معلوم می شود که عقد وکالتاً است، پس تصریح به الفاظ وکالت لازم نیست ولی احتیاطاً به آن تلفظ می شود.

ادله:

اشاره

دلیل مسائلی که گفته شد (مباشرت، وکالت و ولایت) چیست؟

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۰۴

مباشرت نیاز به دلیل ندارد و اما ادله صحّت وکالت و ولایت عبارتند از:

۱- عمومات:

عموم ادله و کالت و ولایت، حاکم است و ما هیچ دلیل دیگری در اینجا نداشته باشیم این عمومات کافی است.

۲- سیره عملی مسلمین:

غالباً عقود به مباشرت نبوده است.

۳- روایات:

روایاتی که قبلاً بیان شد (داستان حضرت علی، «۱» داستان پیامبر و سهل ساعدی، «۲» داستان حضرت آدم، «۳» داستان حضرت جواد علیه السلام «۴» و موارد عدیده‌ای که و کالتاً یا ولایتاً ادا شده است).

[مسئله ۵: لا یشرط فی لفظ القبول مطابقته لعبارة الايجاب]

اشاره

۷۶ م ۵ (مطابقت الايجاب و القبول) و م ۶ (اللحن فی الصیغه ...) ۷۸ / ۱۲ / ۱۰

مسئله ۵: لا- یشرط فی لفظ القبول مطابقته لعبارة الايجاب بل یصح الايجاب بلفظ و القبول بلفظ آخر فلو قال زوّجتک، فقال: قبلت النکاح أو قال انکحتک، فقال: قبلت التزویج، صحّ و ان کان الاحوط المطابقت.

عنوان مسأله:

گاهی قبول به لفظ «قبلت» یا «رضیت» یا «نعم» است، این الفاظ مقدّری دارد، که مشابه لفظ ایجاب است و با آن مطابقت دارد (ایجاب: انکحت، قبول: قبلت ای قبلت النکاح). این مورد از محل بحث خارج است و بحث در جایی است که در قبول عنوان نکاح را ذکر کند و به «قبلت» و «رضیت» و «نعم» قناعت نکند آیا در این موارد تطابق لازم است یا نه؟

اقوال:

این مسأله نیز از مسائلی است که کمتر متعزّض آن شده‌اند.

مرحوم صاحب جواهر به دنبال مرحوم محقق در شرایع این مسأله را عنوان فرموده است. صاحب شرایع همین فتوایی که در تحریر آمده، دارد، صاحب جواهر در ذیل کلام محقق می‌فرماید:

بلا خلاف و لا اشکال لاطلاق الادله. «۵»

«لا- خلاف» معنایش این نیست که همه اصحاب متعزّض شده‌اند بلکه معنایش این است که مخالفی در مسأله نیست و لو لعدم التعزّض.

بعد از ایشان هم در عروه و شروح عروه و معاصرین این مسأله را دنبال کرده و تطابق را لازم ندانسته‌اند.

دلیل عدم لزوم تطابق اطلاق ادله:

ادله می گویند که باید به عقد نکاح وفا شود (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و احکامی که در باب نکاح وارد شده به عقود متعارفه منصرف است و این عقدی که بدون مطابقت خوانده شده از عقود متعارفه است.
ان قلت:

عقد نکاح توقیفی است، پس مطابقت بین ایجاب و قبول لازم است.
قلنا:

معنای توقیفی بودن عقد نکاح این است که در حضور شارع عقد نکاح خوانده می شد در حالی که شارع لفظی را برای آن تعیین نمی کرد، بنابراین آنچه که در بین مسلمین بوده امضا کرده است.

مسلمین پایبند به مطابقت نبودند که حتماً باید بین ایجاب و قبول مطابقت باشد یعنی اگر مردم را به حال خودشان بگذاریم به هر لفظی که ادای مقصود می کند (بالصراحه أو بالظهور) قناعت می کنند و اگر شارع راضی به این کار نبود باید آنها را منع می کرد، مضافاً این که در بعضی از روایات (روایت سهل ساعدی) هم عدم تطابق دیده می شود، آنچه در کتب عامه آمده شاهد ما نیست چون تطابق در آنها بوده (مرد عرب «زوجنیها» گفت، پیامبر هم فرمود «زوّجتکها» که تطابق موجود است)، اما آنچه که در طرق ما آمده است مرحوم صاحب وسایل در ج ۱۴ این حدیث را به گونه ای و در ابواب مهور به گونه دیگری نقل کرده است، حال اگر به گونه ای باشد که در ج ۱۴ نقل کرده است شاید شاهد بر عدم تطابق باشد.

... عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال: جاءت امرأة الى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: زوّجني

(ایجاب زوجیت نیست چون زوج و مهر تعیین نشده است پس تقاضا و درخواست است)

فقال: مَنْ لهذه، فقام رجل فقال: انا يا رسول الله... قد زوّجتکها علی ما تحسن من القرآن فعلمها اياه. «۶»

(۱) وسائل، ج ۱۸، ح ۲، باب ۲۱ از ابواب کیفیات حکم.

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

(۳) وسائل، ج ۱۴، باب ۳ از ابواب ما یحرم بالنسب.

(۴) وسائل، ج ۱۴، ح ۲، باب ۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۵) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۳۹.

(۶) ح ۳، باب ۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۰۵

□
در اینجا «قبلت» از ناحیه مرد عرب نیست و فقط «انا یا رسول الله» دارد که جانشین قبول مقدم شده است یا ایجاب من ناحیه الزوج است و «قد زوّجتکها» هم در عبارت وجود دارد. □ اگر بگوییم «قبلت» دیده نمی شود و «انا یا رسول الله» جانشین قبول است در این صورت تطابقی بین «قد زوّجتکها» و «انا یا رسول الله» وجود ندارد و ممکن است شاهد بر بحث ما باشد ولی اگر بگوییم که «انا یا رسول الله»، خواستگاری است و قبول بعداً آمده و در روایت ذکر نشده است، شاهد بحث ما نمی شود.

همین حدیث را مرحوم صاحب وسایل در جایی دیگر ذکر کرده است:

... * انا یا رسول الله زوّجنیها

(که این انشاء قبول مقدم است)

...

قال صلی الله علیه و آله: قد زوّجتکها «... ۱»

در اینجا تطابق بین ایجاب و قبول وجود دارد.

حال اگر روایت در واقع هم به صورت دوّم باشد (که در کافی به این صورت است) در این صورت شاهی بر عدم تطابق از روایات نداریم و باید به سراغ قاعده برگردیم، که بر اساس قواعد و عمومات تطابق لازم نیست.

[مسأله ۶: اذا لحن فی الصیغۀ]

اشاره

مسأله ۶: اذا لحن فی الصیغۀ فان كان مغیراً للمعنی بحيث یعدّ اللفظ عبارة لمعنی آخر غیر ما هو المقصود لم یکف، و ان لم یکن مغیراً بل كان بحيث یفهم منه المعنی المقصود و یعدّ لفظاً لهذا المعنی الاّ انه یقال له: لفظ ملحون و عبارة ملحونه من حیث المادّة أو من جهة الاعراب و الحركات فالاکتفاء به لا یخلو من قوّه و ان كان الأحوط خلافه و أولى بالاکتفاء اللغات المحرفه عن اللغه العربیة الاصلیة، کلغه سود العراق فی هذا الزمان اذا كان المباشر للعقد من اهالی تلك اللغه لكن بشرط أن لا یكون مغیراً للمعنی مثل جوّزت بدل زوّجت الاّ اذا فرض صیورته فی لغتهم کالمنقول.

عنوان مسأله:

این مسأله نیز محلّ ابتلاء و در مورد لحن و غلط در صیغه است گاهی غلط و اشتباه در اعراب و گاهی در مادّه و گاهی در مخارج حروف است، اینها چه حکمی دارد؟ عبارت تحریر طولانی است و سه صورت را ذکر می کند که در کتب فقها نیامده است مگر در عروه:

۱- لحنی که مغیر معناست و قطعاً جایز نیست (مثلاً به جای زوّجتُ بگوید زوّجت) چون اصل فساد است.

۲- لحنی که مغیر معنا نیست و قرائن هم قائم است مثلاً «صداق» با «سین» تلفّظ می کند و «انکحت» را با «حاء» تلفظ نمی کند که در این صورت چون قرینه وجود دارد و لفظ ادای مقصود می کند اشکالی ندارد.

۳- در جایی که از لغات تحریف شده (عربی های عامیانه) باشد مثلاً به جای زوّجت، جوّزت می گویند امام این صورت را نیز دو قسم می کند: گاهی مغیر معنا نیست و گاهی مغیر معناست که این صورت اشکال دارد، مرحوم آقای حکیم می فرماید: وقتی متعارف است و ادای مقصود هم می شود و همه می فهمند اشکالی ندارد.

نتیجه:

غلطهایی که مغیر معنا نیست اشکالی ندارد ولی باید سعی شود که صیغه صحیح خوانده شود.

[در اینجا دو مسئله مهم داریم که با هم مطرح می کنیم.]

اشاره

در اینجا دو مسئله مهم داریم که با هم مطرح می کنیم.

[مسئله ۷: يعتبر فی العقد القصد الی مضمونه]

اشاره

مسئله ۷: يعتبر فی العقد القصد الی مضمونه، و هو متوقّف علی فهم معنی لفظی «انکحت» و «زوّجت» و لو بنحو الاجمال حتّی لا یكون مجرد لقلقه لسان، نعم لا يعتبر العلم بالقواعد العربیة و لا العلم و الاحاطه بخصوصیات معنی اللفظین علی التفصیل، بل یکفی علمه اجمالاً، فاذا كان الموجب بقوله «انکحت» أو «زوّجت» قاصداً لا یقاع العلقه الخاصیه المعروفه المرتکزه فی الاذهان التي یطلق علیها النکاح و الزواج فی لغه العرب و یعبّر عنها فی لغات آخر بعبارات آخر و كان القابل قابلاً لهذا المعنی کفی الا اذا كان جاهلاً باللغات بحيث لا یفهم انّ العلقه واقعه بلفظ «زوّجت» أو بلفظ «موکلی» فحینئذ صحّته مشکله و إن علم أنّ هذه الجملة لهذا المعنی.

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد قصد معنی است یعنی عقد بدون قصد معنی نمی شود. و اگر کسی بدون فهم معنی عقد را بخواند ممکن نیست. آیا قصد تفصیلی لازم است یا اجمالاً بدانند کافی است، به عبارت دیگر سه گونه می توان عقد خواند:

۱- تفصیلاً معانی لغات و نقش هر یک از کلمات می داند.

۲- معانی الفاظ را اجمالاً می داند.

۳- اجمالاً و تفصیلاً معانی الفاظ را نمی داند.

[مسئله ۸: يعتبر فی العقد قصد الانشاء]

اشاره

مسئله ۸: يعتبر فی العقد قصد الانشاء بان یكون الموجب فی

(۱) وسائل، ج ۱۵، ح ۱، باب ۲ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۰۶

قوله «انکحت» أو «زوّجت» قاصداً ایقاع النکاح و الزواج و ایجاد ما لم یکن لا الاخبار و الحکایه عن وقوع شیء فی الخارج، و القابل بقوله:

«قبلت» منشأ لقبول ما أوقعه الموجب.

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد قصد انشاء است، یعنی قصد او از گفتن «زوّجت» اخبار از گذشته نباشد. در عروه مسئله قصد انشاء را مقدم کرده است و به نظر ما هم بهتر است که قصد انشاء جلوتر بحث شود. به یک معنی این دو مسأله در مورد قصد است و از هم جدا نیست و اگر بخواهیم از هم جدا کنیم اول باید از قصد انشاء بحث کنیم.

اقسام کلام:

۱- اخبار:

اخبار حکایت از نسبتی در خارج است و در واقع نوعی عکس برداری از خارج است، حال اگر این نسبت کلامی با وجود خارجی مطابق باشد خبر صادق و اگر مطابق نباشد خبر کاذب است، پس چیزی را در خارج ایجاد نمی‌کند. حکایت ممکن است از گذشته یا از آینده و یا از حال باشد.

۲- انشاء:

اشاره

انشاء ایجاد است، یعنی چیزی که نبود ایجاد می‌کنیم استفهام، در واقع ایجاد استفهام است و یا نداء در واقع ایجاد نداء است. انشاء اقسام زیادی دارد که وارد آن نمی‌شویم. گاهی انشاء ایجاد یک امر اعتباری است.

حقیقت اعتبار:

این یک بحث دامنه‌دار است به عنوان مثال علقه زوجیت بین زید و هند نبود من با «زوّجت» این علقه را ایجاد می‌کنم که یک امر اعتباری است، و یا در تملیک علقه مالکیت را که یک امر اعتباری است ایجاد می‌کنیم، عقلاً برای این امور اعتباری آثار زیادی قائل هستند و چه بسا امور اعتباریه‌ای که قوت و تأثیرش بیشتر از امور تکوینیه است. پس امور انشائیه با خبریه فرق دارد. آیا انشاء امر پیچیده‌ای است؟ کنه انشاء پیچیده است ولی وجود اجمالی آن از اظهر اشیاء است، مثلاً معنای مالکیت را بچه هم می‌فهمد، پس انشاء چیز پیچیده‌ای نیست که می‌گویند حتماً باید علما آن را بخوانند بلکه چون علما معانی آن را بهتر درک می‌کنند، بخوانند بهتر است به طور ساده معنای انشاء نکاح عبارت است از این که این دختر را به آن پسر دادیم که همه این را می‌فهمند.

۷۸ ادامه مسئله ۷ و ۸ ... ۱۴ / ۱۲ / ۷۸

امور اعتباریه و انشاء از مسائلی است که همه به آن علم اجمالی دارند پس علم تفصیلی به آن در غایت اشکال است و فقط علما حقیقت آن را می‌دانند.

توضیح ذلک: ما اموری داریم که شب و روز با آن سر و کار داریم مانند زمان، مکان، قوه جاذبه که همه اجمالاً معانی آنها را می‌دانند و از بدیهیات است ولی حقیقت زمان چیست؟

این مسئله پیچیده‌ای است، آیا مقدار حرکت است؟ آیا حرکت جوهری است؟ آیا بُعد چهارم جسم است؟ آیا زمان مخلوق است؟ یعنی آیا ممکن است که زمانی باشد که زمان در آن نباشد؟

ماهیت مکان چیست؟ آیا بعد موهومی است، یعنی می‌شود که خداوند مکان را از بین ببرد و مکانی باشد که مکان نباشد؟ آیا

نسبتی است که بین اجسام واقع می‌شود؟ یعنی اگر تمام عالم یک چیز باشد مکان معنا ندارد. آیا مکان و زمان بعد از اشیاء است یا قبل از اشیاء؟ تصوّر بسیاری بر این است که زمان و مکان قبل از اشیاء بوده است و بعضی معتقدند که زمان و مکان بدون اشیاء معنا ندارد و زمان و مکان همزمان با پیدایش اشیاء به وجود آمده‌اند.

پس مسئله‌ای به این سادگی که بچه‌ها نیز معنای آن را می‌فهمند کنه و حقیقتش پیچیده است. همچنین جاذبه را همه می‌فهمند ولی حقیقتش چیست؟ چه نیرویی است، امواج است، ذرات است، مسئله‌ای است که فهم آن آسان نیست. ما در عالم از این چیزها زیاد داریم که وجود اجمالی‌اش از واضحات ولی کنه و حقیقتش در غایت خفا است و تنها ذات باری تعالی نیست که «وجودها من اظهر الاشیاء و کنهها فی غایة الخفاء» باشد. در موجودات امکاتیبه و مخلوقات نیز موجوداتی داریم که وجودها من اظهر الاشیاء و کنهها فی غایة الخفاء باشند. انشاء و امور اعتباریه هم همین‌طور هستند، ما می‌دانیم ملکیت و خرید و فروش هست و همه این را می‌فهمند و یا معنی زوجیت و نکاح را همه می‌فهمند که وجوده من اظهر الاشیاء است ولی حقیقت اینها چیست؟ امور اعتباریه یعنی چه؟ انشاء که به معنی ایجاد است، در کجا ایجاد می‌کند؟ اگر در خارج باشد، ما در خارج چیزی به نام ملکیت یا ازدواج نداریم و اگر در ذهن است از

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۰۷

کدام یک از وجودات ذهنی است چون وجودات ذهنیه مختلف است.

کنه معنی ملکیت، انشاء و زوجیت که اموری اعتباری هستند فی غایة الخفاء است، پس آنچه که ما به آن نیازمندیم وجود اجمالی آنهاست و این وجود اجمالی چیزی نیست که در آن وسوسه کنیم و فرقی بین عقد ازدواج و عقد بیع نیست که در ناحیه عقد ازدواج علما می‌گویند مردم معنی قصد انشاء را نمی‌فهمند اگر در عقد زواج نمی‌فهمند در عقد بیع هم نمی‌فهمند چه تفاوتی بین این دو وجود دارد؟ چرا علما در عقد زواج دچار وسوسه شده‌اند، آنچه که ما در انشاء به آن نیاز داریم همان فهم اجمالی معنی انشاء است که همه آن را می‌دانند.

جمع بندی: وجود انشاء و وجود امور اعتباریه اجمالاً برای همه روشن است و پیچیدگی خاصی هم ندارد و اما کنه انشاء و حقیقت انشاء چیست؟

اقسام ملکیت:

اشاره

ملکیت بر دو قسم است:

الف) ملکیت تکوینی:

مثل سلطه خداوند بر عالم هستی که مالکیت تکوینی الهیه است و یا مالک بودن انسان بر اعضای خود و یا مالک بودن او بر ماهی که صید می‌کند.

ب) ملکیت اعتباری:

در واقع از ملکیت خارجیّه عکس برداری شده است، مثلاً خانه‌ای در شهر دیگر است، مالک با دیگری قولنامه می‌نویسند و شش ماه دیگر مالک می‌خواهد آن را تحویل دهد، در اینجا فروشنده مالکیت خارجیّه ندارد بلکه مالکیت اعتباریه دارد یعنی یک امر اعتباریه از آن ملکیت خارجیّه تکوینیّه انتزاع می‌شود.

حقیقت ملکیت؟

بعضی می‌گویند که ملکیت یک بناگذاری است یعنی در ذهن بنا می‌گذاریم که شما مسلط بر این خانه باشید که البته بناگذاری ذهنی هم معنایش روشن نیست. بعضی آن را به معنی فرض می‌دانند یعنی این خانه را که برای شما هست به منزله دست شما فرض می‌کنیم، منتهی این از فروض خیالیّه نیست بلکه فرضی است که عقلاً برای آن اثر قائلند، یعنی خانه در تحت سلطه شماست به همان گونه که بر دست و گوش و اعضای دیگر خود تسلط دارید، عقلاً هم اگر شرایط معامله جمع باشد به آن ترتیب اثر می‌دهند و اجازه مزاحمت به دیگری نمی‌دهند و قانون مزاحم را تعقیب می‌کند و هکذا در ناحیه زوجیت، یک زوجیت تکوینی داریم مثلاً چشمان ما زوج هستند، که در واقع دو چیز هستند که در وجود خارجی احدها به دیگری ضمیمه می‌شود، این زوجیت تکوینی خارجی است و احتیاجی به انشاء ما ندارد، در عالم اعتبار در بعضی جاها با بعضی از شرایط عکس این عالم تکوین را می‌کشیم و آثار عقلائیّه را هم مترتب می‌کنیم، مثلاً می‌گوییم هند را زوجه زید قرار دادیم نه در خارج (چون چه بسا عقد زوجیت که خوانده می‌شود این دو در کنار هم نیستند) بلکه همان حالت تکوینیّه خارجیّه را در عالم اعتبار و ذهن ایجاد می‌کنیم که عقلاً برای آن آثاری قائلند و زندگی اجتماعی بدون این اعتباریات ممکن نیست. این مسئله‌ای است که به تفکر زیادی نیاز دارد و در اصول و فلسفه بحث شده است دانستن حقایق اینها برای علما و فلاسفه ممکن است و آنچه برای مردم عادی ممکن است فهم اجمالی انشاء است که برای زندگی روزمره آنها کافی است.

تخلّص من جمیع ما ذکرنا:

اولاً: امور اعتباریه و از جمله انشاء که به معنی ایجاد است بوجودها الاجمالی برای همه روشن است و کنه آنها در غایت خفا است. ثانیاً: آنچه که در انشاء عقد به آن احتیاج داریم همان علم اجمالی است و دانستن کنه لازم نیست. ثالثاً: تحقّق انشاء برای همه آسان است و خواندن عقد چه بیع و چه نکاح برای عوام اشکالی ندارد، و لکن اینها مانع از احتیاط نمی‌شود، یعنی از باب احتیاط افرادی که سلطه بیشتری دارند عقد را بخوانند خصوصاً در مورد نکاح که مسئله مهمی است. بعد از روشن شدن این مسأله به مسئله هفتم برمی‌گردیم که آیا لازم است معنای دانه دانه کلمات عقد را بدانند یا مجموع جمله را بدانند کافی است؟ سه حالت دارد:

۱- تمام جزئیات را می‌فهمد (زوجیت فعل ماضی از باب تفعیل، «ت» ضمیر)....

۲- اینها را نمی‌فهمد ولی مجموع من حیث المجموع را می‌فهمد.

۳- معنی جمله را هم نمی‌داند نه تفصیلاً و نه اجمالاً و فقط لقلقه لسان است، طبعاً قصد انشاء هم نمی‌کند.

شکی نیست که صورت سوّم فایده‌ای ندارد و صورت اول هم اشکالی ندارد و صحیح است و امّا صورت دوّم را امام اشکال می‌کند.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۰۸

قلنا: چون اجمالاً قصد انشاء دارد و معنی را هم اجمالاً می‌داند و با این لفظ می‌خواهد ایجاد علقه زوجیت کند، پس مانعی ندارد که ایجاد علقه زوجیت کند و دلیل آن وجدان، صدق عقد، صدق نکاح و عمومات است.

[مسئله ۹: تعتبر الموالاة و عدم الفصل المعتقد به بين الايجاب و القبول.]

اشاره

۷۹ مسئله ۹ (اعتبار الموالاة ... ۷۸ / ۱۲ / ۱۵)

مسئله ۹: تعتبر الموالاة و عدم الفصل المعتقد به بين الايجاب و القبول.

عنوان مسأله:

اولین نکته‌ای که در شرح این مسأله باید به آن دقت شود این است که عقد نکاح با سایر عقود در این زمینه فرقی ندارد و موالات در تمام عقود معتبر است و دلیل خاصی هم در نکاح نداریم، بنابراین باید سراغ ادله اعتبار موالات در بقیه عقود برویم. این ادله را در بیع مرحوم شیخ انصاری داشتند و صاحب جواهر هم اشاره‌ای دارند بنابراین در اینجا یک بحث کلی می‌کنیم.

اقوال:

بسیاری از بزرگان موالات را در عقد لفظی معتبر دانسته‌اند و لو بعضی هم متعرض آن نشده‌اند. مرحوم محقق در شرایع نه در کتاب السبع و نه در کتاب النکاح متعرض آن نشده‌اند. و صاحب جواهر هم در کتاب السبع خیلی کوتاه به آن اشاره کرده است ولی معاصرین و بزرگان متأخرین مسئله موالات را جدی گرفته و آن را مطرح کرده‌اند، بنابراین از نظر اقوال کمتر متعرض این مسأله شده‌اند.

ادله:

اشاره

دو دلیل عمده بر اعتبار موالات داریم:

۱- عدم صدق عرفی:

اگر بین ایجاب و قبول فاصله طولانی باشد عرفاً عقد صدق نمی‌کند چون عقد یک هیأت اتصالیه بین ایجاب و قبول است، این هیأت اتصالیه و عقد لفظی باید به هم متصل شود، به عبارت دیگر ایجاب و قبول در حکم کلام واحد و قرارداد است و باید هیأت اتصالیه عرفیه این قرارداد حاصل شود و اگر فاصله زیادی شود عقد صدق نمی‌کند و اصل هم در این موارد فساد است یعنی نمی‌دانیم بیع، تملیک، تملک و زوجیت حاصل شده یا نه؟ اصل این است که حاصل نشده است.

ان قلت: عقد یک امر نفسانی و تعهد است و مادامی که انصراف از آن حاصل نشده است باقی است و لو یک هفته هم طول بکشد، به عبارت دیگر حقیقت عقد اتصال بین دو التزام نفسانی است، و تا زمانی که از التزام نفسانی برنگردد، آن التزام باقی است، پس چرا بگوییم عقد صدق نمی‌کند؟ مگر عقد چیزی غیر از گره خوردن دو التزام است، التزامات مادامی که از آن منصرف نشده‌اند در

نفس موجود است.

قلنا: عقد التزام نفسانی نیست بلکه عقد ایجاب و قبول لفظی توأم با التزام است که ایجاب و قبول یا با کتابت یا با لفظ و یا با اشاره (فی الجملة) است.

ان قلت: درباره فاصله‌هایی که بین ایجاب و قبول در عرف می‌شود چه باید گفت مثلاً تاجری با مکاتبه با تاجر دیگر معامله می‌کند و حد اقل یکی دو هفته فاصله می‌شود در حالی که آنها در عقد اشکال نمی‌کنند و آن را عقد می‌دانند، خصوصاً در مورد هدایایی که از شهری به شهر دیگر می‌فرستند آن هم عقد است و طول می‌کشد تا به دست طرف مقابل برسد و تا قبول نکند عقد حاصل نمی‌شود. بعضی به «ماریه قبطیه» مثال زده‌اند که نجاشی بعد از اسلام آوردن به عنوان هدیه برای پیامبر فرستاد و پیامبر قبول کرد در عین این که فاصله طولانی بوده است، پس طبق قول شما این هدیه باطل است چون بین ایجاب و قبول فاصله شده است.

قلنا: کتابت حسابش از انشاء لفظی جدا است، در نکاح کتابت نیست و در جاهایی که جایز است چون یک امر بقاداری است نباید با ما نحن فیه (الفاظ) مقایسه شود، و اما مسئله هدایا از قبیل معاطات است که ایجاب و قبول آن در یک آن حاصل می‌شود و ارسال هم غیر از اعطاء است و تا به خدمت پیامبر رسید و پیامبر قبول کرد ایجاب و قبول حاصل شد، ارسال ایجاب نیست و ارسال وقتی ایجاب می‌شود که به دست طرف مقابل برسد، پس شما ارسال را با اعطاء اشتباه گرفته‌اید.

سَلَمْنَا؛ مع الفصل الطویل عقد صادق باشد و لیکن اطلاق «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» منصرف به عقود متعارفه است و در عقود متعارفه در جایی نداریم که کسی امروز بگوید «انکحت» و شخص دیگر فردا بگوید «قلت»، پس اگر بین ایجاب و قبول فاصله ایجاد شود خارج از متعارف است و اطلاقات از این مصداق منصرف است.

تا اینجا ادله خودمان را ذکر کردیم طرف مقابل هم به روایت

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۰۹

سهل ساعدی و روایات دیگر تمسک کرده‌اند، که در آنجا فصل طویل شده است.

۸۰ ادامه مسئله ۹ ... ۷۸ / ۱۲ / ۱۶

۲- دلیل عدم اعتبار موالات:

اشاره

تنها دلیلی که اقامه کرده‌اند همان روایت معروف «سهل ساعدی» است که در کتب عامه و خاصه آمده است ولی در طرق خاصه این روایت به سهل ساعدی نمی‌رسد مگر در یک جا «۱» که از عوالی اللثالی از سهل ساعدی نقل می‌کند. در طرق خاصه این روایت به امام باقر علیه السلام می‌رسد که ایشان هم مستقیماً از جدشان نقل می‌کنند. این روایت در وسائل در ابواب مهور به طور مفصل نقل شده ولی در ابواب عقد نکاح فشرده‌تر نقل شده است. از این روایت استفاده می‌کنند که بین ایجاب و قبول فصل طویل شده است چون پیامبر بعد از سه مرتبه درخواست ازدواج از سوی زن از مردم پرسید که چه کسی آمادگی ازدواج با این زن را دارد پس در واقع بین ایجاب و قبول فاصله شده و معلوم می‌شود که این مقدار فاصله اشکالی ندارد و موالات واجب نیست.

جواب: اولاً؛ این مقدار فاصله با موالات عرفیه منافات ندارد بلکه با موالات عقلی منافات دارد، لا سیما صحبتی که فاصله شده صحبت اجنبی و بیگانه نیست بلکه در مورد متعلقات عقد است. بعضی تصریح کرده‌اند که اگر فاصله به متعلقات عقد باشد نه اجنبی، این مقدار فاصله مضر به موالات نیست.

ثانیاً؛ چه کسی گفته است که «زوجهایها» در روایت قبول مقدم یا ایجاب من ناحیه الزوج بوده و «زوجتکها بما معک من القرآن»

ایجاب مؤخر بوده است، از کجا می‌گویید که کلام اعرابی انشاء است بلکه می‌توانیم بگوئیم که آن انشاء نبوده و اعرابی بعد از کلام پیامبر «قبلت» گفته که به ما نرسیده است. شاهد آن دو چیز است:

۱- مهریه هنوز بیان نشده بود بدون مهریه چگونه می‌خواهد ایجاب بخواند و اگر هم ایجاب بوده پس انشاء بلا مهر بوده و انشاء بلا مهر باطل است (بدون ذکر مهر باطل نیست بلکه بلا مهر باطل است).

۲- پیغمبر صلی الله علیه و آله از انشاء او صرف نظر کرد و مجدداً اعلام کرد در مرتبه دوم باز مرد برخاست و پیامبر صرف نظر کرد، در مرتبه سوم پیامبر فرمود «زوّجتکها»، از اینجا معلوم می‌شود که ایجاب با قبول ارتباطش قطع شده است چون پیامبر از آن صرف نظر کرده و دوباره و سه باره داوطلب خواست، پس در واقع ایجاب نبوده است و اگر فرض کنیم کلام پیامبر ایجاب است بعد از انشاء پیامبر قبول نیامده است و آنچه که قبلاً بوده (قبول مقدم) به عبارت پیامبر جوش نمی‌خورد.

علی کل حال به این روایت نمی‌توان تمسک کرد، چون یا قبولی بعداً آمده است و یا اینکه پیامبر ولایت یا وکالتاً عقد را از ناحیه هر دو خوانده است.

نتیجه: تا اینجا ما موالات عرفیه را شرط دانستیم که یا از مفهوم عقد استفاده می‌شود و یا اطلاقات انصراف به موالات عرفیه دارد. مرحوم علامه مجلسی وقتی این روایت را نقل می‌کند می‌گوید که این روایت صحیح و معتبر و مضمون آن بین عامه و خاصه مشهور است و احکام مختلفی از آن استفاده می‌شود تا به اینجا می‌رسد که می‌فرماید:

الثالث: الفصل بین الايجاب و القبول و هو خلاف المشهور، و ربما یوجّه بأنّها کانت من مصلحة العقد و أنّما یضّرّ الکلام الاجنبی و یظهر من التذکره جواز التراخی باکثر من ذلك فانه (علامه در تذکره) اکتفی بصدورهما فی مجلس واحد. (۲)

بقی هنا أمور:

الامر الاوّل: مدار موالات عرفیه چیست؟

آیا مدار فقط مجلس واحد است کما حکاه المجلسی عن العلامة فی التذکره یا علاوه بر مجلس واحد عدم فصل طویل هم لازم است.

دلیل ما این بود که این عقد باید گره بخورد، گاهی ممکن است یک مجلس دو تا سه ساعت طول بکشد، اول مجلس ایجاب بخوانند در آخر مجلس داماد «قبلت» را بگوید این متعارف نیست و عقد را دوباره می‌خوانند. پس در مجلس واحد هم اگر فصل طویل شود منافات با موالات دارد و باید در حد متعارف باشد که ایجاب و قبول به هم گره بخورد و اگر بیش از آن فاصله شود جایز نیست و اصل فساد و عمومات هم از این مورد منصرف است. بلکه گاهی یک بسم الله گفته می‌شود که این مضر نیست و گفتن حمد و ثنا هم بعد از آن جایز است چون

(۱) مستدرک، ج ۱۴، ح ۴، باب ۱ از ابواب عقد نکاح.

(۲) مرآة العقول، ج ۲۰، ص ۱۰۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۱۰

موالات عرفیه حاصل است. بعضی به این مقدار فاصله را هم اجازه نمی‌دهند.

الامر الثاني: اگر مدار بر وحدت مجلس باشد آیا وحدت مکانی شرط است یا وحدت بالاتصال و لو از طریق تلفن؟

ظاهر این است که وحدت مکانی معیار نیست و با تلفن هم اجراء عقد صحیح است و مراد وحدت مخاطب است و لو از نظر مکانی

در دو نقطه دور از هم باشند.

الأمر الثالث: ما اگر فاصله شدن کم را مضر بدانیم، ذکر متعلقات عقد هر چند طولانی هم شود مضر نخواهد بود

مثلاً کسی است که دارای مهریه مفصلی است و یا بخواهند شرایطی که در عقدنامه‌ها وجود دارد متذکر شوند، با وحدت عرفیه عقد منافاتی ندارد چون اینها جزء صیغه عقد است و در واقع بین ایجاب و قبول فاصله نشده است.

الامر الرابع: مرحوم آقای حکیم در مستمسک مطلبی دارد.

نعم يعتبر فيها أن يكون الموجب منتظراً للقبول. «۱»

حاصل کلام ایشان این است که اصلاً موالات معتبر نیست، نه حقیقیه و نه عرفیه، مادامی که حالت انتظاریه موجب هست رابطه عقد حاصل است و لو موالات بهم بخورد و بعد مثال می‌زند که اگر موجب ایجابی بخواند، بعد زوج مهر را قبول نکنند بعد از مدتی صحبت کردن زوج قبول کند اشکالی ندارد چون حالت انتظاریه موجب باقی است و مادامی که حالت انتظاریه باقی است اگر چه فصل طویلی هم بشود «قبلت» با آن ایجاب گره خواهد خورد و عقد حاصل است.

ما فرق بین موالات و فرمایش ایشان را نمی‌فهمیم، کان لفظی است و تفاوتی بین موالات و حالت انتظاریه موجب وجود ندارد چون اگر منظور ایشان انتظار فی الجملة است که این عبارت اخراج موالات عرفیه است و اگر مرادشان فاصله طولانی است، هیچ کس این را قبول ندارد.

[مسأله ۱۰: بشرط فی صحه العقد التنجيز]

اشاره

۸۱ مسئله ۱۰ (اشترط التنجيز فی العقد ...) ۷۸ / ۱۲ / ۱۸

مسأله ۱۰: بشرط فی صحه العقد التنجيز، فلو علقه علی شرط و مجيء زمان بطل، نعم لو علقه علی امر محقق الحصول كما اذا قال فی يوم الجمعة «انکحت ان كان اليوم يوم الجمعة» لم یبعد الصحه.

عنوان مسأله:

آیا تنجیز (عدم تعلیق) در صحت عقد شرط است؟ اگر قائل به شرطیت تنجیز شویم معلق کردن عقد بر شرط یا بر زمان مبطل عقد است مگر این که عقد را بر یک امر محقق الحصول معلق کنیم، مثلاً نذر کرده بود که عقد را در روز جمعه بخواند و به همین جهت چنین عقد می‌خواند: «انکحت ان كان اليوم يوم الجمعة» و عقد صحیح است.

اقوال:

این مسأله از قدیم الایام در بین فقهای خاصه و عامه مطرح بوده و فقط در نکاح مطرح نشده است بلکه در «کتاب الوقف» هم مطرح است، چون وقف گاهی معلق به شروطی می‌شود، و در موارد دیگری مثل کتاب الوکاله، کتاب النکاح و کتاب البیع، و ابواب دیگر هم آمده است، پس در این چهار کتاب بیشتر متعرض آن شده‌اند. این مسأله روایت خاصی ندارد و علی القاعده بحث می‌کنیم و

چون علی القاعده بحث می‌کنیم در تمام عقود یکسان است.

مشهور در مسئله اعتبار تنجیز است و معروف این است که عقد نباید معلق باشد و ادعای اجماع هم شده است.

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد می‌فرماید:

یحِبُّ أَنْ تَكُونَ الْوَكَالَةُ مَنْجُزَةً عِنْدَ جَمِيعِ عُلَمَائِنَا فَلَوْ عُلِّقَ بِشَرْطٍ وَ هُوَ مِمَّا جَازَ وَقُوعَهُ كَدُخُولِ الدَّارِ أَوْ صِفَةِ وَ هِيَ مَا كَانَ وَجُودَهُ مَحْقُقًا كَطُلُوعِ الشَّمْسِ لَمْ يَصَحَّ وَ ذَهَبَ جَمْعُ مِنَ الْعَامَةِ إِلَى جَوَازِهَا مَعْلُوقَةً (به داستان جنگ موته استناد کرده‌اند چون می‌گویند پیامبر فرمود فرمانده لشکر جعفر است اگر او شهید شود زید بن حارثه و اگر زید شهید شود عبد الله است، که این اگرها را در واقع وکالت معلق دانسته‌اند)

لَاِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ قَالَ فِي غَزَاةِ مَوْتِهِ أَمِيرِ كَمِ جَعْفَرٍ فَإِنَّ قَتْلَ فَرِيدِ بْنِ حَارِثَةَ الْحَدِيثِ

. وَ التَّأْمِيرُ فِي مَعْنَى التَّوَكِيلِ وَ لِأَنَّهُ لَوْ قَالَ:

أَنْتَ وَ كَيْلِي فِي بَيْعِ عَبْدِي إِذَا قَدِمَ الْحَاجُّ صَحَّ أَجْمَاعًا. «۲»

این بحث را مرحوم محقق ثانی در کتاب الوقف و کتاب النکاح «۳» مطرح کرده است.

مرحوم فاضل اصفهانی در کشف اللثام می‌فرماید:

وَ يَشْتَرُ التَّنْجِيزَ اتِّفَاقًا (ادعای اجماع) اذ لا عقد مع التعليق خصوصاً و أمر الفروج شديد «۴» بعد در ادامه می‌فرماید حتی اگر بر امر محقق هم معلق کند، باطل است.

(۱) ج ۱۴، ص ۳۷۹، ذیل مسئله ۹.

(۲) ج ۸، ص ۱۸۰.

(۳) ج ۸، ص ۵۴.

(۴) ج ۷، ص ۴۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۱۱

مخالفینی هم در این اواخر پیدا شده است. مرحوم محقق اردبیلی و محقق سبزواری گفته‌اند که باطل بودنش محل تأمیل است و محقق قمی می‌گوید در وکالت قطعاً تعلیق صحیح است. مرحوم آقای خوئی «۱» فرموده است که تعلیق در تمام عقود صحیح است، آقای خوئی نسبت به شهرت و اجماع اعتنای چندانی نداشته و حجت نمی‌دانستند ولی معنی حجت نبودن این نیست که اجماع و شهرت هیچ است، بلکه باید روی آن تأمیل کرد، وقتی بزرگان قدیم و حدیثاً روی مسأله‌ای اتفاق نظر داشته باشند، آنها را هیچ گرفتن، درست نیست پس اجماع و مشهور چیز ساده‌ای نیست و باید با احتیاط از کنار آن بگذریم.

ادله:

اشاره

دلایلی برای بطلان تعلیق و لزوم تنجیز اقامه کرده‌اند:

۱- اجماع:

چون مسأله آیه و روایتی ندارد این اجماع مدارکی نیست. در این مسأله دلیل خوبی است و لکن خواهیم دید که مسأله دلیل عقلی دارد پس اجماع مدرکی خواهد بود و نمی‌توانیم تنها دلیل را در مسأله اجماع بدانیم.

۲- دلیل عقل (استحاله):

تعلیق در انشاء محال است چون انشاء همان ایجاد است (و لو در عالم اعتبار). ایجاد و وجود هم یکی است و نمی‌توان ایجاد یا وجود را معلق کرد، چون ایجاد و وجود یا هست یا نیست و معلق کردن معنا ندارد، به عبارت دیگر همان گونه که وجودات تکوینی قابل تعلیق نیست (خداوند چیزی را معلقاً ایجاد کند، معنی ندارد) وجودات تشریحیه انشائیة اعتباریه هم تعلیق‌بردار نیست و از همین جا است که مرحوم شیخ انصاری در بحث واجب مشروط و معلق می‌فرماید، واجب مشروط به واجب معلق بر می‌گردد، واجب مشروط آن چیزی است که در موقع انشاء قیدش در وجوب بیافتد مثلاً ان استطعت فحج.

مرحوم شیخ معلق شدن که وجوب و ایجاب که امر انشایی اعتباری است بر شرط محال می‌داند و لذا می‌فرماید: قید را باید در واجب بیندازید نه در وجوب، یعنی بگوئید: يجب عليك الحج المقيّد بالاستطاعة و یا يجب عليك الصلاة المقيّدة بدخول الوقت.

۸۲ ادامه مسئله ۱۰ ... ۷۸ / ۱۲ / ۲۱

آنچه که شیخ انصاری را وادار کرده که واجب مشروط را به واجب معلق برگردانده و قید را از وجوب برداشته و در واجب قرار دهد (به عبارت دیگر قید به هیئت نخورد بلکه قید به ماده بخورد) مسئله استحاله تعلیق در انشاء است. همچنین این مسأله همان چیزی است که آقای خوئی را وادار کرده که در تفسیر انشاء بگوید انشاء ایجاد نیست، به این بیان که می‌فرماید: انشاء اصلاً ایجاد نیست بلکه ابراز ما فی الضمیر است.

مثال: در اوامر، مولی اراده‌ای در باطن دارد که با گفتن «افعل» ما فی الضمیر خود را ابراز می‌کند و در واقع شبیه حکایت است (حکایه عن وجود الارادة فی ضمیر المولی) در باب عقود وقتی «زوّجت نفسي» می‌گوید یک بناگذاری در باطن بر زوجیت کرده است و وقتی این عبارت را می‌گوید معنایش این است که «ابرز لک البناء النفسانی» و یا وقتی «ملکت» می‌گوید یعنی «ابرز لک ما فی نفسي من البناء علی المملکیة فی مقابل الثمن» و ایجاد در کار نیست، بلکه ابراز ما فی الضمیر است.

قلنا: این دو بیان (شیخ انصاری و آقای خوئی) را نمی‌توان پذیرفت، اما آنچه که شیخ انصاری فرموده است، خودشان قبول دارند که خلاف ظاهر است یعنی خلاف ارتکاز است نه ظاهر لفظ، چون بالوجدان وقتی می‌گوییم «اذا دخل الوقت فصل» این اذا دخل الوقت به «يجب» می‌خورد نه «صلاة»، که این خلاف وجدان و ارتکاز است چون قیود در واجبات مشروطه به انشاء بر می‌گردد و همین‌طور تعلیق در انشاء معاملات.

و اما بیان آقای خوئی مشکلش بیشتر است چون بالوجدان وقتی گفته می‌شود «اذا دخل الوقت فصل»، معنی ابراز نمی‌دهد و بین «اذا دخل الوقت يجب عليك الصلاة» و بین «ابرز لک إرادتی التي فی نفسي» فرق است چون لازمه فرمایش ایشان این است که انشاء هم صدق و کاذب داشته باشد، همان گونه که اخبار صدق و کذب دارد به این گونه که در ضمیر شما بناگذاری نباشد و شما بگوئید «ابرز لک ما فی ضمیری» که این کذب است، در حالی که همه می‌گویند انشاء صدق و کذب ندارد. پس کلام ایشان.

اولاً: خلاف وجدان است، و ثانیاً؛ لازمه‌اش این است انشاء هم صدق و کذب داشته باشد در حالی که مسلم است انشاء صدق و کذب ندارد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۱۲

ما معتقدیم که انشاء ایجاد است نه اخبار؟ و تعلیق هم به انشاء می خورد در عین حال محال هم نیست.

توضیح ذلک: باید بینیم که معنای «ان» شرطیه چیست؟ اگر معنای آن را تحلیل کنیم می بینیم که به معنی فرض کردن است وقتی می گوید «ان استطعت» معنایش این است که «فرض آنک کنت مستطیعاً» (که این معنی با توجه به لحاظ آلی است و با توجه به لحاظ استقلاللی به معنای آن فرض است) و به دنبال این فرض، مولی امری می کند که ظاهرش مطلق است ولی بر یک فرض استوار است، یعنی «امر علی فرض» یا «تملیک علی فرض» یا «ترویج علی فرض».

مثال دیگر: مولی در انتظار قدوم زیاد است با شنیدن صدای ماشین فکر می کند زید آمده است بعد می گوید «یا غلام قم اکرم زیداً» این مطلق است، منتهی این مطلق بعد از یک خیال است، در اینجا یک تخیل واقع شده و به دنبال آن یک بعث قطعی در فضای آن خیال واقع شده و بعد هم معلوم شد که آن خیال مطابق واقعیت نیست. در اینجا آن بعث قطعی اثر خودش را از دست می دهد. واجبات مشروط یک پیش فرض و یک بعث دارد که آن بعث مطلق و انشاء ایجاد است، اما ایجاد بعد از یک پیش فرض در همه جا همین است و محال نبوده و مطابق ظاهر کلام هم هست، وقتی می گوید «اکرم زیداً ان جاء»، مولی خودش را در فضای مجئی زید فرض می کند بعد می گوید «اکرم»، یا در «ان استطعت یجب علیک الحج» ایجاد مطلق است و «ان» شرطیه در واقع نوعی پیش فرض است.

نتیجه: حقیقت انشاء ایجاد است امّا اگر معلق شد معنی تعلیق در انشاء، ایجاد بعد از یک پیش فرض است و این هیچ استحاله ای ندارد و خاصیتش این است که تا آن فرض حاصل نشود این انشاء باعثیت ندارد و عقلاً خاصیتی برای آن قائل نیستند، مثل همان «قم یا غلام اکرم زیداً» است، که مولی متوجه می شود بعثش بعد از آن تخیل بوده است و در موقعی که زید واقعاً آمد آن بعث کارساز است، پس نه کلام مرحوم شیخ انصاری لازم است که ما همه قیود را به ماده برگردانیم که خلاف وجدان است و نه کلام آقای خوئی لازم است که ما مرتکب خلاف ظاهر شده و همه انشاءات را به اخبار برگردانیم، بلکه انشاء ایجاد است و تعلیق هم در ایجاد نیست چرا که نوعی پیش فرض است. فعلی هذا مهمترین دلیل اشتراط تنجیز در عقود که استحاله تعلیق در انشاء است از بین رفت.

۸۳ ادامه مسئله ۱۰ ... ۲۲ / ۱۲ / ۷۸

۳- عدم عرفیت عقلائی:

در بین عقلا- مرسوم است که عقد را به صورت قطعی می خوانند نه به صورت معلق، چون تعلیق یا بر امر معلوم است یا بر امر مشکوک، اگر تعلیق بر امر معلوم باشد که لغو است، امّا اگر تعلیق بر امر مجهول و مشکوک باشد، عقلا- عقود را مجهول و مشکوک نمی کنند و لذا شارع معاملات غرری را باطل دانسته و عقلا نیز باطل می دانند.

ممکن است که بالاتر بگوییم یعنی بگوییم بر عقد تعلیقی عنوان عقد صدق نمی کند سابقاً می گفتیم که عقد صادق است و اطلاعات منصرف است اکنون می گوئیم اصلاً صدق عقد نمی کند و شبهه مصداقی است، چون عقد یعنی چیزی که گره خورده باشد و در چنین موردی چیزی گره نخورده و پا در هواست، در حالی که عقد در واقع معاهده محکم است.

۴- تخلف انشاء از منشاء:

در اینجا بعضی برای اشتراط تنجیز دلیل چهارمی هم اقامه کرده اند که به نظر ما درست نیست، دلیل این است که اگر تعلیق در انشاء

جایز باشد تخلف انشاء از منشأ می‌شود.

توضیح ذلک: انشاء به معنی ایجاد است که با وجود همراه است در واقع وجود یک ایجاد و یک حرکت است، بنابراین هر کجا ایجاد بود وجود هم باید باشد (هر کجا انشاء بود منشأ هم باید باشد) حال در ما نحن فیه انشاء معلق شده و گفته می‌شود «زوجتک نفسی اذا کان یوم الجمعة»، معنای «اذا کان یوم الجمعة» این است که عقد و منشأ روز جمعه است (زوجیت روز جمعه است) اما ایجادش امروز است، مگر امکان دارد ایجادش امروز و وجودش یوم الجمعة باشد این با حقیقت ایجاد نمی‌سازد (البته این تعلیق بر امور مستقبله است و الا تعلیق بر امور حالیه این اشکال را ندارد).

جواب: طبق مبنای ما، ایجادی که عقد معلق است ایجاد علی فرض است نه ایجاد مطلق، و در آن فضای فرض، خودش ایجاد می‌کند، بنابراین الآن وجود مطلق پیدا نکرده است و وقتی این فرض محقق شد وجود و ایجاد محقق می‌شود، پس هم ایجاد، یوم الجمعة است و هم وجود، چون ایجاد بعد از یک پیش فرض است نه به طور مطلق. و اما طبق مبانی دیگران که

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۱۳

این تعبیرات را ندارند، می‌گویند فرض ما این است که انشاء معلق است که در این صورت ایجاد هم معلق است، کلاهما متلازمان. (تعلیق را هر چه که معنی کنند) شما ایجاد را مطلق می‌کنید و وجود را معلق می‌گیرید این درست نیست، چون هم ایجاد معلق است و هم وجود، اگر وجود استقبالی باشد ایجاد هم استقبالی است، نه اینکه ایجاد حالی و وجود استقبالی باشد معنای تعلیق این نیست و این خلاف حقیقت تعلیق است، فعلی هذا تفکیکی بین ایجاد و وجود و انشاء و منشأ حاصل نمی‌شود اگر اشکالی باشد جای دیگر است یا استحاله عقلی دارد (که ما نپذیرفتیم) یا خلاف عرف است که ما گفتیم.

بقی هنا اموز:

الامر الاول: تعلیق در عقود

در طبیعت بعضی از عقود تعلیق است، و نمی‌توانیم بگوییم که تعلیق در آنها اشکال دارد.

۱- وصیت:

در وصیت (اگر وصیت را عقد بدانیم که ما وصیت تملیکیه را عقد می‌دانیم) می‌گوید «اذا امت فهذا الدار لک»، این وصیت تملیکیه چیزی غیر از تعلیق نیست.

۲- تدبیر (عبد مدبر):

مولی به عبدش می‌گوید «انت حرّ دبر وفاتی» در اینجا حریت بر وفات مولی معلق شده است.

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

و علی کل حال فلا خلاف بین المسلمین فی تحقّقه (تدبیر) بانشاء عتق العبد أی المملوک معلقاً له علی ما بعد وفاة المولی (تعلیق در انشاء). «۱»

۳- مکاتبه (عبد مکاتب):

مولی با عبد قرارداد می‌بندد که عبد به صورت اقساطی خودش را از مولی بخرد (انت حرّ بعد عشر سنوات و خمسة آلاف) که در

واقع تعلیق است.

صاحب جواهر می‌فرماید:

مولی به عبدش می‌گوید:

کاتبک (بهذا المقدار من العوض فی هذا المقدار من الزمن) فاذا ادیت فانت حرٌّ. «۲» پس به روشنی تعلیق در این عقود و ایقاعات وجود دارد یعنی همین تعلیقی که ما آن را محال دانستیم اینجا داخل در انشاء است.

۴- نذر مشروط:

نذرهایی، که مشروط به شروط مستقبل است به عنوان مثال ان شفا نی الله الی آخر الشهر فلله علی ذبح شاه، که ایقاع (نذر، تملیک یا شبیه تملیک) و در واقع معلق است پس نمونه‌هایی داریم که تعلیق در طبیعت آنها هست که یا عقد هستند یا ایقاع، در این موارد تعلیق صحیح است، چون عقلاً آن را جایز می‌دانند و نشان می‌دهد که تعلیق در انشاء استحاله ندارد و اگر در جایی عقلاً نمی‌پذیرند به خاطر این است که در طبیعت عقد نیست ولی اگر چیزی طبیعتش تعلیق باشد معلوم می‌شود که آنجا حاجتی به تعلیق بوده است و عقلاً آن قاطعیتی که در عقود دیگر می‌خواهند در آنجا نمی‌خواهند.

نتیجه: طبیعت عقد قاطعیّت است مگر در جایی که در ذات عقد تعلیق است. از این مثال‌هایی که در اینجا مطرح شد دو چیز معلوم می‌شود:

اولاً: تعلیق در انشاء محال نیست و اگر مشکلی داشته باشد عدم عرفیت است، در جایی که طبیعت عقد بر تنجیز است (مثل بیع و نکاح).

ثانیاً: همه عقود بجز موارد نادر همین است و عقلاً تعلیق در این موارد را نمی‌پذیرند، مگر موارد محدودی که طبعش معلق است چرا که عقلاً مشکلاتی دارند که جز با عقود معلقه نمی‌توانند آن را حل کنند.

۱۸۴ ادامه مسئله ۱۰ ... ۲۳ / ۱۲ / ۷۸

جمع‌بندی: عقود و ایقاعات بر سه قسم هستند:

۱- طبیعتش دارای جزمیت و قطعیت باشد و اگر تعلیقی ایجاد شود عقلاً نمی‌پذیرند

مانند بیع، اجاره، نکاح، طلاق، مضاربه، هبه، مزارعه، مساقات ... اکثر عقود و ایقاعات از این قبیل هستند و شارع هم این بنای عقلاً را امضا کرده است.

۲- تعلیق در طبیعت آنها است که شاذ و کم هستند

مثل تدبیر، مکاتبه، وصیت تملیکیه (که به منزله نوعی هبه معلقه بر وفات است) نذر هم شبیه اینهاست در طبیعت این موارد تعلیقی قرار دارد که عقلاً پذیرفته‌اند و شارع هم آن را امضا کرده است انسان در زندگی نیازهایی دارد که منجزاً نمی‌تواند آنها را انجام دهد مثل باب وصیت چون در حال حیات به اموال خود نیاز

(۱) ج ۳۴، ص ۱۹۴.

(۲) ج ۳۴، ص ۲۶۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۱۴

دارد ولی بعد از ممت می‌خواهد از مقداری از اموالش خیری ببرد و لذا وصیت می‌کند که این نیاز فطری و اجتماعی انسان است که بطور منجز نمی‌تواند، به آن دسترسی پیدا کند پس این عقود برای رفع نیازهاست که این نیازها با عقود منجزه درست نمی‌شود. حال در همین قسمت اگر یک تعلیق اضافه بر آنچه که در طبیعت این عقود است بر آنها تحمیل کنید درست نیست مثلاً وصیت می‌کند و آن را معلق می‌کند بر این که «ان جاء زید» که این تعلیق درست نیست چون وصیت معلق بر مرگ است و اگر به غیر آن معلق شود درست نیست، از اینجا معلوم می‌شود که در همه جا باید قراردادها جزمی باشد مگر آن مقداری که ضرورت و مصلحت ایجاب کند.

۳- هم مصداق معلق دارد و هم مصداق منجز

مانند وکالت، که شاید تنها مصداق این مورد باشد که در مواردی باید منجز باشد ولی گاهی در همین وکالت نیاز به تعلیق هست، مثل همان جنگ موته که عامه به آن استدلال کرده‌اند که پیامبر فرمود:

امیر کم جعفر فان قتل جعفر فزید بن حارثه بنابراین که این امارت به معنی وکالت باشد در این صورت یک وکالت، منجز (امارت جعفر) و بقیه معلق است چون جای حاجت است و در موقع نیاز پیامبر دست رسی ندارند و لذا از قبل تکلیف را معلقاً مشخص کرده است و امارت یک معنای اعتباری است که قابل انشاء است و اگر هم از عقود بدانیم وکالت و باز قابل استثناء است.

الامر الثانی: اقسام تعلیق

اشاره

تعلیق بر چند قسم است:

قسم اول: تعلیق بر یک امر مشکوک الحصول در مستقبل که در طبیعت عقد هم نباشد،

مثلاً: «بعثک هذا الدار ان قدم الحاج، أو ان اشتریت داراً آخر»، قدر متیقن از بطلان این موارد است و دلیل آن عدم عرفیت و منافات تعلیق با طبیعت این عقود است.

قسم دوم: تعلیق بر یک امر استقبالی قطعی الحصول،

مثلاً:

«بعثک هذا ان طلعت الشمس غداً»، این قسم از تعلیق لغو، باطل و کالعدم است و تأثیری در عقد ندارد و عقد باطل نبوده و فقط تعلیقش باطل است.

قسم سوم: تعلیق بر امر مشکوک الحصول فی الحال،

مثلاً:

«بعثک هذا ان کان هذا ملکی»، و یا «ان کانت هذه زوجتی فهی طالق»، که خود بر دو قسم است:

الف) در طبیعت آن تعلیق وجود دارد (همان مثال‌های اول)، این قسم اشکالی ندارد، چون اگر این قسم را منکر شویم باید طالق‌ها و نکاح‌ها و مصالحه‌های احتیاطی همه از بین برود چون در جایی که شک دارد زوجه‌اش هست یا نه و می‌خواهد آن را طلاق دهد می‌گوید «ان کانت هی زوجتی فهی طالق» و همین‌طور در ناحیه نکاح و مصالحه، پس در این موارد تعلیق اشکال ندارد.

ب) تعلیق در طبیعت عقد نیست، در این صورت عقد باطل است و تعلیق با روح عقد سازگار نیست.

قسم چهارم: تعلیق بر امری که معلوم الحصول فی الحال است

که این تعلیق لغو است.

۸۵ ادامه مسئله ۱۰ ... ۲۵ / ۱۲ / ۷۸

الامر الثالث: شرط فمن عقد

اگر تعلیق در انشاء باطل بوده و تنجیز شرط است پس چرا شروط ضمن عقد را اجازه می‌دهد؟ مثلاً می‌گوید من خودم را به تو تزویج کردم به شرط اینکه مرا از این شهر بیرون نبری، و یا به شرط اینکه خانه ملک برای من تهیه کنی، که معنای آن این است «ان كنت واجداً لهذه الشروط فقد زوجتك نفسی»، چه شرط فعل باشد و چه شرط صفت، آیا اینها تعلیق در انشاء نیست؟ در حالی که همه می‌گویند تعلیق در انشاء باطل است و همه این موارد را اجازه می‌دهند.

قلنا: اینها به هم ارتباطی ندارد، شرط ضمن عقد دو گونه است:

الف) یک قسم از آن از قبیل التزام در التزام است یعنی در ضمن التزام عقد یک التزامی هم تبعاً درست می‌کند به این معنی که ملتزم می‌شود که زوجه این شخص باشد و زوج هم ملتزم می‌شود که او را از این شهر بیرون نبرد، عیناً مثل اینکه می‌گوید: «بعثک هذا علی أن تخیط لی ثوباً» که در واقع التزام به خیاطت در ضمن التزام بیع است و تعلیق در انشاء نیست منتهی این دو التزام به هم گره خورده است و لذا اگر طرف مقابل تخلف کند خیار تخلف شرط دارد.

ب) صفتی را شرط می‌کند مثلاً سلامت از عیوب، داشتن حدی از تحصیلات، که اینها هم تعلیق در انشاء نیست بلکه اینها قیود فی المنشأ است لا قید فی الانشاء، در حالی که تعلیق در انشاء قید در انشاء است مثل اینکه می‌گوید «زوجتک ان جاء

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۱۵

زید» که تعلیق در انشاء است ولی در اینجا می‌گوید زوجتک مقیداً به این اوصاف (صفت در زوجه یا زوج یا مهر) که اینها قیود در منشأ است و ربطی به تعلیق در انشاء ندارد.

الامر الرابع: شروط ضمن عقد نکاح

اشاره

امروزه، در عقدنامه‌ها سیزده شرط نوشته شده که به عنوان شرایط ضمن عقد است و امضای آن هم اجباری نیست دوازده شرط محدودیت برای زوج است مثلاً اگر زوج نفقه ندهد یا معتاد شود یا جنایتی کند که چند سال زندانی شود و یا بدون موافقت او همسری بگیرد زوجه وکالت دارد که خودش را مطلقه کند یعنی زوج در ضمن عقد نکاح به زن وکالت طلاق را در این فروض می‌دهد و وکالت هم بلا عزل است، چون عقد نکاح التزام آور است و وکالت در ضمن آن هم بلا عزل خواهد شد در عین اینکه

و کالت قابل عزل است.

این قید و بندها در زمان ما برای چه در نکاح آمده است؟

همیشه سوء استفاده از آزادی‌ها موجب سلب آزادی می‌شود. مردها از آزادی حَقّ طلاقشان سوء استفاده کردند و سبب شد که این محدودیت‌ها بیاید و شرایط فعلی زمان ما هم ایجاب می‌کند که این قیدها و بندها باشد، چون در مواردی دیده شده که مرد نه طلاق می‌دهد و نه نفقه می‌دهد و نه زندگی می‌کند، در این موارد حاکم شرع می‌تواند دخالت کند و طلاق دهد ولی خواسته‌اند که دیگر حاکم شرع دخالت نکند و خود زن بتواند طلاق بگیرد.

آیا این شروط مشروع است؟

بله چون شرط در ضمن عقد است، ولی کسی نمی‌تواند بگوید که حَقّ طلاق با زن است چون خلاف کتاب الله و سنت است و یا نمی‌توان گفت که مرد حق ندارد که ازدواج مجدد کند، اما می‌توان گفت که اگر این کار را کردی زن از طرف تو وکیل است که خودش را مطلقه کند و حق دارد دیگری را وکیل کند که او را طلاق دهد (وکیل در توکیل).

و اما شرط سیزدهم این است که اگر زن را بدون عذر مطلقه کند باید نیمی از اموالش را که در زندگی مشترک به دست آورده است به زن بدهد، برای اینکه مرد دنبال هوی و هوس نرود، آیا شرط درست است؟

الآن این شرط را امضاء می‌کنند در حالی که یک جهالت شدید است، چون معلوم نیست که در چند سال آینده که طلاق می‌دهد چقدر دارایی دارد، آیا جهالت شرط مضرّ به عقد است؟

این مطلب مورد بحث است، عده‌ای جهالت شرط را مضر می‌دانند و از بعضی استفاده می‌شود که جهالت شرط مضر نیست بلکه خود عقد نباید مجهول باشد (زوج و زوجه و مهر...

نباید مجهول باشد).

مرحوم شیخ انصاری در آخر ابواب خیارات مکاسب باب شروط را مطرح کرده و برای شرط ضمن عقد نه شرط بیان می‌کند، از آن جمله اینکه خلاف کتاب الله نباشد، خلاف سنت نباشد...، و شرط ششم این است که شرط ضمن عقد مجهول نباشد به آن فتوی داد. و آن را از مرحوم علامه در تذکره هم نقل می‌کند.

دلایل مجهول نبودن شرط ضمن عقد:

۱- روایت:

«نهی النبی عن الغرر» آیا روایت «عن بیع الغرر» «۱» است یا «عن الغرر»؟ اختلافی است در انوار الفقاهة بحث کرده‌ایم که «عن الغرر» به صورت مطلق درست است که در این صورت شامل شروط هم می‌شود بنابراین نهی از غرر، معامله مجهول، شرط مجهول و ارکان مجهول را شامل می‌شود.

۲- سرایت جهل در شرط به عقد

گاهی جهل در شرط به جهل در عقد سرایت می‌کند به عنوان مثال در بیع می‌گویند این حیوان را به شرط تملیک این بچه‌ای که در شکم دارد به تو فروختم، حال آیا این بچه یکی است یا دو تا، نر است یا ماده، بعضی گفته‌اند که اینجا شرط سرایت می‌کند چون ضمیمه کردن مجهول به معلوم مساوی است با مجهول، و لذا ما در این موارد (شرط سیزدهم) می‌گوئیم چون چنین شرطی مشکل دارد زوج و زوجه به گونه‌ای با هم مصالحه کرده و یکدیگر را راضی کنند.

[مسئله ۱۱: بشرط فی العاقد المجری للصبغة البلوغ و العقل]

اشاره

۸۶ مسئله ۱۱ (شرائط العاقد ... ۷۸ / ۱ / ۷)

مسئله ۱۱: بشرط فی العاقد المجری للصبغة البلوغ و العقل، فلا- اعتبار بعقد الصبی و المجنون و لو ادوارياً حال جنونه، سواء عقدا لنفسهما أو لغيرهما، و الا حوط البناء علی سقوط عبارة الصبی (نه می توان وکیل در عقد باشد و نه وکیل در اجرای صبغة عقد)، لکن لو قصد المميز المعنی و عقد لغيره و كاله او فضولاً و أجاز، أو عقد لنفسه مع اذن الولی أو اجازته أو أجاز هو بعد البلوغ يتخلص

(۱) الخلاف، ج ۳، ص ۳۱۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۱۶

بالاحتیاط و کذا يعتبر فيه القصد (قصد جدی عن ارادة)

فلا اعتبار بعقد الساهی و الغالط و السكران و اشباههم، نعم فی خصوص عقد السكری (زن مست)

إذا عقبه الاجازة بعد افاقتها لا یترك الاحتیاط بتجدید العقد أو الطلاق.

عنوان مسأله:

در اینجا از سه شرط بحث می کنیم: بلوغ، عقل، قصد. نقطه مقابل بلوغ شخص نابالغ است و لو قریب البلوغ باشد، که در اینجا دو بحث است:

۱- صبی مجری صبغه باشد (وکیل در اجراء صبغه).

۲- صبی عاقد باشد (وکیل در عقد).

این دو با هم فرق دارد چون یک وقت گفته می شود که شما عقدی بخوانید که در این صورت باید زوجه و زوج را معین کرده و تعیین مهر کنید ولی یک مرتبه وکیل در اجرای صبغه هستید که در این صورت تعیین زوج و زوجه و مقدمات عقد را خودشان انجام داده اند و فقط مجری صبغه عقد می خواهند.

شرط دوّم عقل و شرط سوّم قصد است که منظور از آن اراده جدیه است، شخص مست اراده جدی ندارد و یا شخص خواب ممکن است اجراء صبغه کند در اینجا نیز قصد نیست غلط و ساهی هم قصد ندارد.

این سه شرط در همه عقود هست و منحصر به عقد نکاح نیست غالب ادله این شروط در تمام عقود (بیع، اجاره، صلح، هبه، مزارعه، ...) یکی است.

اقوال:

نسبت به بلوغ و دو شرط دیگر، مسأله بین اصحاب مشهور است و غالب کسانی که متعرض شده اند ارسلوه ارسال المسلمات، و برای اصل آن استدلال نکرده بلکه برای شاخ و برگ های آن استدلال کرده اند.

مرحوم محقق ثانی می فرماید:

لا شبهة فی أن العاقد کائنا من کان زوجاً أو زوجةً أو ولی احدهما أو وکیله بشرط فيه البلوغ و العقل و الحرّیه فلو عقد الصبی لنفسه

(استقلال در عقد) او لغیره (استقلال در اجراء صیغه) لم یعتد بعبارتہ و ان اجاز و لئیه و کذا الصبیئہ و کذا من به جنون ذکرأ کان أو أنثی (اشاره به همان مسئله مست است در صورتی که زن باشد) و فی حکمه المغمی علیہ (شخص بیهوش که اجرای عقد نمی کند مگر اینکه بگویم بیهوشی است که تکلم هم می کند) و السكران. «۱»
مرحوم کاشف اللثام «۲» و مرحوم نراقی «۳» ارسلوہ ارسال المسلمات، کانّ مسأله مشهور یا اجمالی است.

ادله شرط اول (بلوغ):

۱- بنای عقلا:

عقیده ما این است که اولین دلیل بنای عقلاست که شارع مقدس آن را امضا فرموده است. وقتی در میان تمام عقلا گردش کنید چه آنهایی که دارای دین هستند و چه آنهایی که بی دین هستند و چه آنهایی که در عصر ما هستند و چه آنهایی که قبل از ما بوده اند مشاهده می کنیم که برای معاملات بچه اعتباری قائل نیستند، پس به طور کلی در میان عقلا چیزی به نام بلوغ قانونی هست. حال کسانی که زیر سن بلوغ قانونی باشند هیچ یک از عقودشان، نه بیع، نه نکاح، نه هبه، نه اجاره ... پذیرفته نمی شود و این در بین همه عقلا هست و شارع مقدس هم آن را نفی نکرده بلکه امضاء کرده است. این مهم ترین دلیل است که متذکر آن نشده اند، شاید به خاطر روایات باب، خودشان را از این دلیل بی نیاز می دانستند ولی ما معتقدیم این روایات هم امضای همین بنای عقلاست. این دلیل در مجنون، غیر قاصد (مست لا یعقل) و هازل هم جاری است، یعنی در تمام اقوام و ملل، معاملات و افعال آنها اعتباری ندارد.

۲- روایات رفع قلم:

این احادیث ظاهراً متعدد و در ابواب مختلف نقل شده است، مضمون این احادیث این است که:

... * رفع القلم عن الثلاث: عن الصبی حتى یحتلم و عن المجنون حتى یفیک و عن النائم حتى یتیقظ. «۴»

گفته شده که معنی رفع قلم این است که احکام تکلیفی و وضعیه هر دو برداشته شده است در نتیجه عقود و ایقاعات و باطل است. ان قلت: ظاهر رفع قلم، قلم تکلیف است (مؤاخذهای نمی کنند) و کاری به احکام وضعیه ندارد و لذا اگر صبی اتلاف مال اتلاف مال غیر کند ضامن است و جای تمسک به «رفع القلم» نیست و یا اگر صبی قتل انجام دهد؛ قصاص ندارد ولی دیه دارد، پس «رفع القلم»، قلم تکلیف است.

(۱) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۴.

(۲) کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۲.

(۳) مستند، ج ۱۶، ص ۹۹.

(۴) وسائل، ج ۱۸، باب ۸ از ابواب مقدمه حدود.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۱۷

قلنا: احکام وضعیه دو گونه است:

الف) اختیار در آن شرط نیست، مثل ضمان، که شخص اگر در خواب هم چیزی را بشکند، ضامن است و اختیار و قصد در آن

شرط نیست.

ب) اختیار در آن شرط است و تعهدات عن قصد است.

صبیّ تعهداتش اعتباری ندارد چون این تعهدات برای او تکلیف آور است وقتی «زوّجت» یا «بعثت» می‌گوید یعنی یک سلسله تعهدات بر دوش خود گذاشتم اگر تکلیف برداشته شد، باید قلم وضعی که عن قصد و اختیار و تعهد است برداشته شود چون اینها تکلیف آور و تعهد آور است و صبیّ تعهدش کالعدم است و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل او نمی‌شود. بنابراین به احادیث رفع القلم می‌توان تمسک کرد.

۳- روایات ابواب دیات:

روایاتی در ابواب دیات نقل شده و عمدتاً در ابواب عاقله است و چون این روایات متعدّد است از اسناد آنها بحثی نمی‌کنیم. مضمون احادیث این است که:

... * عمد الصبی و خطاه واحد «۱»

و لو در ابواب عاقله ذکر شده ولی اطلاق دارد و عام است یعنی عمد صبی را در عقود، ایقاعات جنایات، و در جاهای دیگر شامل می‌شود. بنابراین مورد مخصص نیست و لو در باب دیات ذکر شده است.

جواب از دلیل: ظاهر این است که این روایات مخصوص دیات است چون در بعضی از روایات تفسیر شده است:

«عمد الصبیان خطا، یحمل علی العاقله» «۲»

و می‌دانیم که الاحادیث یفسّر بعضه بعضاً، پس معنای عمد الصبی در مورد عاقله است و اگر در اطلاق و عمومیت شک کنیم در این صورت کالعدم است، یعنی اطلاق و عمومیت نیست، بنابراین دلیل سوّم درست نیست.

۸۷ ادامه مسئله ۱۱ ... ۸ / ۱ / ۷۹

۴- حدیث باب حجر:

احادیث مربوط به سن بلوغ در کتاب الحجر آمده است.

حدیثی در مورد سن بلوغ پسر و دختر است که می‌فرماید سن بلوغ دختر نه سال تمام قمری و پسر پانزده سال تمام قمری است. در اینجا کاری به سن بلوغ نداریم بلکه با این قسمت از روایت کار داریم که می‌فرماید: وقتی به این سن رسید «جاز امرها فی البیع و الشراء» و مفهومش این است که وقتی به این سن نرسیده است «لا- یجوز امره فی البیع و الشراء» «و لا- یجوز» یعنی صحیح نیست و «امر» هم عام است یعنی تمام تصرفاتش.

... * عن حمران

(سند حدیث ضعیف است ولی چون معمول بهای اصحاب است ضعف سند جبران می‌شود)

عن ابی جعفر علیه السلام

(فی حدیث)

قال: انّ الجاریه لیست مثل الغلام، انّ الجاریه اذا تزوّجت و دخل بها و لها تسع سنین ذهب عنها الیتیم

(صغیر نیست)

و دفع اليها مالها و جاز امرها فی الشراء و البیع

(ای نافذ)

و اقيمت عليها الحدود التامة و اخذت لها و بها قال: و الغلام لا يجوز امره فی الشراء و البیع و لا يخرج من الیتیم حتی يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر

(رویش مو)

أو ینبت قبل ذلك. (۳)

پس روایت در مورد بیع و شراء است ولی یقیناً می توان الغاء خصوصیت کرد و فرقی بین عقد نکاح و بیع و شراء نیست، اگر اینها به حدی رسیدند که تصرفاتشان نافذ است هم در امر نکاح نافذ است و هم در اموالشان و اگر به آن حد نرسیدند در هیچ کدام نیست، پس نکاح با تصرف در اموال فرقی ندارد. این حدیث دلالت خوبی بر مطلب دارد و تنها مشکل آن ضعف سند است مگر اینکه بگوئیم ضعف سند با عمل اصحاب جبران می شود.

این حدیث در ناحیه دختر می گوید در صورتی که ازدواج کند و دخول حاصل شود و نه سال تمام داشته باشد، بالغ می شود، آیا هر سه مورد در بلوغ دختر شرط است؟ ظاهر روایت این است که هر سه مورد شرط است مگر اینکه بگوئیم اینها نشانه های رشد دختر است چون بسیاری از دخترها در سن نه سالگی رشد کافی ندارند ولی وقتی به حد ازدواج برسند از نظر جسمانی و عقلانی رشد کافی پیدا می کنند، بنابراین موارد برای استکشاف حالت رشد است، یعنی باید علاوه بر رشد جسمانی، رشد عقلانی و بلوغ هم حاصل شود.

جمع بندی: از مجموع ادله استفاده می شود که غیر بالغ لا يجوز امره نه مستقلاً و نه با اجازه ولی. در باب بیع بعضی از علما گفته اند که صبی با اذن ولی فقط می تواند آلت ایصال باشد ولی با بیع نیست، در نکاح هم همین است و با اذن ولی نمی تواند نکاح کند و نمی تواند اجراء صیغه کند به دلیل اطلاق ادله،

(۱) و سائل، ج ۱۹، باب ۱۱ از ابواب عاقله.

(۲) و سائل، ج ۱۹، ح ۳، باب ۱۱ از ابواب عاقله.

(۳) و سائل، ج ۱۳، ح ۱، باب ۲ از ابواب حجر.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۱۸

(اطلاق الأدلة تدلّ علی أنّ عبارته و عبارتها قبل البلوغ ساقطة).

بنای عقلا هم ظاهراً همین است، چون عقلا می گویند بچه نمی تواند طرف تعهد و مجری تعهد باشد زیرا به سنّ قانونی نرسیده است و لذا تعهدات او نافذ نیست، نه برای خودش و نه برای دیگران، نه با اذن ولی و نه بدون اذن ولی، و اینکه بعضی از معاصرین گفته اند ما استقلال صبی را نمی پذیریم اما با اذن ولی می تواند، بدون دلیل است.

شرط اول در عقد که بلوغ بود بررسی شد اکنون به شرط دوم می پردازیم:

ادله شرط دوم (عقل):

اعتبار عقل در انشاء کننده عقد نکاح از مسئله بلوغ واضح تر است.

۱- بنای عقلا:

خیلی واضح است، چرا که در هیچ مذهب و ملتی برای دیوانه حسابی باز نمی‌کنند و نمی‌تواند پای هیچ سندی را امضا کند و شارع مقدس هم این بنای عقلا را امضا کرده است.

۲- احادیث رفع قلم:

احادیث رفع قلم هم این معنا را می‌گفت (عن المجنون حتی یفیک) و با بودن این روایات با آن توجیهی که ما بیان کردیم - که فقط احکام تکلیفیه را نمی‌گویند - مسأله روشن است.

۳- اجماع:

این مسئله اجماعی است.

ادله شرط سؤم (قصد):

اشاره

ادله این شرط نیز مانند شرط سابق واضح است و نیازی به تکرار آن نیست ولی یک حدیث صحیح معتبر داریم که می‌فرماید زن اگر در حالت مستی ازدواج کند و بعد هوشیار شود و راضی به آن ازدواج شود صحیح است، بنابراین معلوم می‌شود که آن عقدی که در حال مستی خوانده درست بوده و رضایتش در حال مستی درست نبوده است (مثل عقد فضولی) حد اقل این روایت دلالت می‌کند که اجرای عقد نکاح در حالت مستی اشکالی ندارد.

* محمد بن الحسن

(شیخ طوسی)

باسناده عن الحسين بن سعيد

(سند شیخ طوسی به «حسین بن سعید» معتبر است)

عن محمد بن اسماعیل بن بزيع

(از ثقات و بزرگان و از کسانی است که امام کاظم، امام رضا و امام جواد علیهم السلام را درک کرده و بیش از دویست حدیث نقل کرده است)

قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ

(آب جو یا شراب کشمش)

فسکرت فزّوجت نفسها رجلاً فی سکرها ثم أفاق فانکرت ذلک

(این ازدواج در نظرش منکر آید)

ثم ظنّت أنّه یلزمها ففزعته منه فأقامت مع الرجل علی ذلک التزوید أ حلال هو لها أم التزوید فاسد لمکان السكر و لا سبیل للزوج علیها؟ فقال: اذا أقامت معه بعد ما أفاق فهو رضی منها

(کأنّ عقد مانند فضولی در عقدیتش کم و کسری نداشته و با رضایت که بعداً ضمیمه شود، کامل می گردد)

قلت و یجوز ذلک التزوید علیها؟ فقال: نعم. «۱»

جواب از روایت:

این حدیث دارای مشکلاتی است و با قواعد مسلمی که در دست داریم از سه جهت سازش ندارد:

۱- عقد در حال مستی خوانده شده و در حال مستی نه عقد نافذ است و نه چیز دیگری چون قصد ندارد.

۲- در باب فضولی گفته شده است که اگر نفی کرد حق ندارد بعد از آن اجازه دهد و رضایت بعدی فایده ندارد و این مورد هم شبیه فضولی است.

۳- این رضایت عن جهل بوده است خیال می کرده که عقد نافذ است و لذا راضی شده است و الا اگر می گفتند عقد نافذ نیست و رضایت تو شرط است، راضی نمی شد، پس این رضایت خیالی و بر اساس یک تخیل غلط بوده است.

۸۸ ادامه مسئله ۱۱ ... ۷۹ / ۱ / ۹

در مقابل این حدیث که از نظر سند معتبر و از نظر دلالت هم واضح است، اصحاب سه قول مختلف را انتخاب کرده‌اند:

قول اول: بعضی مثل صاحب ریاض با صراحت فرموده‌اند که این حدیث مخالف قواعد است پس باید آن را کنار بگذاریم و یا اینکه توجیه کنیم، چون قصد و رضایت معتبر است و ما نمی توانیم با یک خبر واحد آن قواعد را کنار بگذاریم بلکه روایات متواتر بود ناچار بودیم که قواعد را تقیید بزیم. صاحب ریاض چنین می فرماید:

ألما أنّها لمخالفتها الا-صول القطعیة المعترضه فی خصوص المقام بالشهره العظیمه لا- یجوز التعویل علیها فی مقابلتها (قواعد) و تخصیصها بها. «۲»

قول دوم: صاحب حدائق و بعضی دیگر می گویند که ما تابع

(۱) ح ۱، باب ۱۴ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ج ۱۰، ص ۴۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۱۹

احادیث هستیم و از این حدیث تبعیت کرده و قواعد کلیه خودمان را تخصیص می زنیم، صاحب حدائق می فرماید:

و کیف کان ففی ذلک (این حدیث) تأیید لما قدّمناه فی غیر موضع من أنّ الواجب العمل بالروایه و أنّ یخصص بها عموم ما دلّت علیه تلك القواعد المذكوره. «۱»

قول سوم: عده‌ای حدیث را طرح نمی کنند بلکه آن را توجیه می کنند و می خواهند هم حدیث و هم قواعد را قبول کنند و سه توجیه ذکر کرده‌اند:

۱- توجیه کشف اللثام:

روایت را بر بیان حکم ظاهری حمل می کنند، یعنی حکم واقعی مسأله همان است که قواعد می گوید (مست قصد ندارد پس عقودش باطل است)، امّا در مورد زنی که مدّتی با مردی زندگی کرده و الآن می گوید من آن روز که عقد را خواندم مست

بوده‌ام، اگر در اینجا قبول کنیم، هر زنی که از شوهر خود پشیمان شود ادعا می‌کند که خواب‌آلود یا مست بوده است که در این صورت عقد نکاح‌ها متزلزل می‌شود و هکذا در بقیه عقود.

۲- توجیه نراقی در مستند:

عقدی که در حال مستی خوانده باطل است و حال که در هوشیاری راضی شده، مجرد رضایت بدون الفاظ کارساز است و این دلیل بر این است که رضایت به تنهایی برای عقد کافی است و لو صیغه و انشاء لفظی در کار نباشد.

۳- توجیه علامه در مختلف:

مستی دارای مراتب و درجات است. مستی‌هایی است که انسان را از خود بی‌خود می‌کند (شیه جنون) این مستی هیچ اعتباری ندارد و اگر انشاء عقدی هم بکند کالعدم است و یک نوع مستی هم داریم که دستگاه ادراک انسان به طور کلی از کار نمی‌افتد و نیمه هوشیار است در چنین حالتی انسان وقتی عقدی بخواند صحیح و کامل است.

قلنا: در میان این سه قول بهترین آن، همان قول اول است که می‌گوید روایت را طرح کنیم، چون خبر واحدی است که خلاف قواعد است و ما نمی‌توانیم از قواعدمان به این سادگی دست برداریم. و اما توجیهاتی که گفته‌اند هیچ کدام قابل قبول نیست.

جواب از توجیه کشف اللثام:

امّا اینکه بگوئیم روایت بیان حکم ظاهری می‌کند، این مخالف صریح روایت است و حال آنکه توجیه باید خلاف ظاهر باشد نه خلاف صریح روایت، صریح روایت این است که «عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت» شراب خورد و مست شد، آن وقت شما می‌گویید که ادعا می‌کند که مست شده است در ادامه امام می‌فرماید که چون راضی شده است بعداً ما سبق را جبران می‌کند، یعنی امام هم پذیرفته است که مرثه واقعاً مست بوده است.

جواب از توجیه نراقی:

توجیه دوم می‌گفت این روایت دلیل بر این است که مجرد رضایت قلبی کافی است ولی این خلاف اجماع است چون اجماع بر این است که در عقد نکاح لفظ لازم است، پس اجماع بر بطلان داریم و احدی به آن فتوای نمی‌دهد، و حتی خودشان هم رضایت قلبی را کافی نمی‌دانند.

جواب از توجیه علامه:

توجیه سوم که می‌گفت مسئله مستی دارای مراتب است، اولاً ما هم آن را قبول داریم که در مرتبه‌ای از مستی انسان عقل را از دست نمی‌دهد، حال اگر عقدی را که در این حالت خوانده و راضی بوده همان رضایت کافی باشد پس چرا امام می‌فرماید که رضایت بعدی مؤثر است، ثانیاً: روایت «فزع و انکرت» دارد و دلیل بر این است که هوشیار نبوده. و مست لا یعقل بوده است و بعد از بهبودی (افاقت) پشیمان شده است.

تا اینجا فهمیدیم که قبول روایت امکان‌پذیر نبوده و توجیه آن با قواعد هم درست نیست پس می‌گوییم روایت را کنار می‌گذاریم «و یرد علمها الی اهلها».

«بحث اصولی»

سؤال: منظور از «قواعد» در جایی که می‌گویند فلان حدیث خلاف قواعد است و کنار می‌گذاریم، چیست؟

جواب: ما اصول مذهب‌مان را از ادلّه متقن (روایات متعدد، آیات متعدّد، اجماع و عقل) می‌گیریم بنابراین مسئله شرطیت عقل در صحّت عقود که دلیل آن بنای عقلا (که شارع آن را امضا کرده) و حدیث «رفع القلم عن المجنون»، و اجماع مسلمین است قاعده‌ای

نیست که با یک روایت جزئی آن را درست کرده باشیم بلکه پایگاه این قاعده محکم و قطعی است، و نمی توان چنین اصل قطعی را کنار گذاشت، پس اگر در مقابل قاعده یک خبر واحد باشد می گوئیم خبر واحد به تنهایی نمی تواند اصول قطعیه را کنار بزند. در باب حجیت خبر واحد بحثی در انوار الاصول داریم که

(۱) ج ۲۳، ص ۱۷۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۲۰

حجیت خبر واحد چنان نیست که «صدق العادل» همه جا را شامل شود، و مطالب با هم فرق می کند مطالبی است که اگر یک عادل هم خبر دهد قبول می کنیم اما مطالب مهمی داریم که با خبر یک نفر نمی توانیم آنها را بپذیریم، مثلاً کسی می گوید زید را دیدم می گوئیم چون شخص عادل است درست می گوید ولی اگر یک خبر واحد بگوید من رهبر انقلاب را امروز در حرم دیدم، نمی توان قبول کرد چون مسئله مهمی است و اگر ایشان تشریف بیاورند افراد زیادی مطلع می شوند. پس خبر واحد در هر مسئله ای حجت نیست و لذا عده ای می گویند که اخبار آحاد لا تقبل فی الاصول.

جمع بندی:

ما در جواب صاحب حدائق می گوئیم که می فرمود: حدیث را طرح نکرده بلکه آن را توجیه می کنیم این قواعد با ادله قویه معتبره ثابت شده و نمی توانیم به جهت وجود یک خبر واحد آنها را کنار بگذاریم، علاوه بر این مهمترین ادله حجیت خبر واحد بنای عقلاست، و عقلا بنا ندارند در هر جا و هر مسئله ای خبر واحد را پذیرفته و قواعد متقن و محکم خود را با وجود یک خبر واحد، کنار بگذارند.

[مسئله ۱۲: یشرط فی صحه العقد تعیین الزوجین علی وجه یمتازان عن غیرهما بالاسم أو الإیارة أو الوصف الموجب لذلك]

اشاره

۸۹ مسئله ۱۲ (تعیین الزوجین ...) ۱۰ / ۱ / ۷۹

مسئله ۱۲: یشرط فی صحه العقد تعیین الزوجین علی وجه یمتازان عن غیرهما بالاسم أو الإیارة أو الوصف الموجب لذلك، فلو قال: «زوّجتک احدی بن اتی» أو قال: «زوّجت بنتی فلانہ من احد بینک أو من احد هذین» بطل، نعم یشکل فیما لو کانا معینین بحسب قصد المتعاقدين و متمیزین فی ذهنهما لکن لم یعینا هما عند اجراء الصیغه و لم یکن ما یدلّ علیہ من لفظ أو فعل أو قرینة خارجیة، كما اذا تقاولا و تعاهدا علی تزویج بنته الکبری من ابنه الکبیر و لکن فی مقام اجراء الصیغه قال: «زوّجت احدی بناتی من احد بینک» و قبل الآخر، نعم لو تقاولا و تعاهدا علی واحدة فعقدا مبتیاً علیہ فالظاهر الصحه، كما اذا قال بعد التقاول: «زوّجت ابنتی منک» دون أن یقول: «زوّجت احدی بناتی».

عنوان مسأله:

یکی از شرایط عقد نکاح، تعیین زوج و زوجه است که یا با نام، (زوّجت نفس موکلتی فاطمه)، یا با اشاره (هذه الجالسة) تعیین می شود یا با اوصاف (ابنتی، در جایی که یک دختر بیشتر ندارد) و اگر زوج و زوجه تعیین نشود، عقد باطل است مثلاً احدی بناتی

هؤلاء. در ذیل این مسأله امام (ره) می‌فرماید که اگر قبلاً مقاوله کرده و مشخص کنند ولی در موقع انشاء مشخص نکنند، اشکالی ندارد، چون این عقد مبنی علی المقاوله و صحیح است.

اقوال:

مسأله از نظر اقوال اجماعی و مسلم است، و لا خلاف بین الاصحاب فی تعیین الزوجه بالاسم أو الوصف أو الاشارة. مرحوم صاحب جواهر از جماعتی حکایت اجماع می‌کند، و مرحوم آقای حکیم در مستمسک در ذیل مسئله هفده از عروه در باب عقد نکاح می‌فرماید:

اجماعاً كما فی التذکره و اتفاقاً كما فی کشف اللثام و فی الجواهر حکاه عن غیره ایضا و فی الحدائق نسبته الیهم. «۱»
مرحوم کاشف اللثام می‌فرماید:

و لو زوجها الولی افتقر العقد أو الولی فیہ اتفاقاً (ای اجماعاً) الی تعیینها كما لا بد من تعیین الزوج مطلقاً اما بالاشارة أو بالاسم، أو بالوصف الراجع للاشتراك. «۲»

ادله:

۱- اجماع:

اجماع در اینجا مدرکی و به عنوان مؤید است.

۲- روایت «نهی النبی عن بیع الغرر ۳»:

اگر چه روایت مربوط به بیع است ولی ما الغاء خصوصیت می‌کنیم چون بیع خصوصیتی ندارد و تمام قراردادها این گونه هستند.

۳- معلوم بودن طرفین قرارداد:

عقد ازدواج یک تعهد طرفینی است و باید هر یک از طرفین مقابل خود را بشناسد و بداند که با چه کسی تعهد می‌بندد، اینجا از بیع بدتر است چون در بیع در واقع بایع و فروشنده معلوم هستند و متاع مجهول شده است، ولی در ما نحن فیہ طرف قرارداد معلوم نیست چه کسی است. بعضی می‌گویند که عقد ازدواج از قبیل تضایف است و این اضافه جایگاهی داشته باشد و نمی‌تواند قائم به مجهول یا مردد باشد مثلاً فوقیت و یا تحتیت باید بین دو جسم خارجی باشد و این درست نیست که بگوییم احد الجسمین لا علی التعین فوق است یا احد الجسمین لا علی التعین تحت است. این در واقع آب و رنگ

(۱) ج ۱۴، ص ۳۹۲.

(۲) کشف اللثام، ج ۷، ص ۴۹.

(۳) الخلاف، ج ۳، ص ۳۱۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۲۱
فلسفی به مسأله دادن است که ما چنین نمی گوییم.

۴- بنای عقلا:

ما در بین عقلا جایی نداریم که زوجه لا علی تعیین را عقد ببندند و در سند بنویسند «تزویح نمودیم یکی از دختران زید را برای یکی از پسران عمرو».

اضف الی ذلک؛ حدیثی در اینجا داریم که صاحب حدائق می خواهد از آن استفاده عکس کند و بگوید تعیین لازم نیست و می فرمایند از جاهائی که باید قاعده را تخصیص زد همین جاست، قاعده می گوید که تعیین زوجه و زوج لازم است ولی با حدیث صحیح «ابو عبیده» قاعده را تخصیص می زنیم و می فرمایند که ما باید تابع کلام معصوم علیه السلام باشیم گرچه تابع کلام معصوم کم است.

...* عن ابی عبیده،

(قبل از او هم شخصیت های شناخته شده و ثقه ای هستند)

قال: سألت ابا جعفر علیه السلام عن رجل کن له ثلاث بنات ابکار فزوّج إحداهن رجلاً و لم یسمّ التی زوّج للزوج و لا للشهود و قد کان الزوج فرض لها صداقها فلما بلغ ادخالها علی الزوج (زمان عروسی)

بلغ الزوج أنّها الکبری من الثلاثه، فقال الزوج لأبیها: أنّما تزوّجت منك الصغیره من بناتک قال: فقال أبو جعفر علیه السلام: ان کان الزوج رآهن کلهنّ و لم یسمّ له واحده منهنّ فالقول فی ذلک قول الاب (مجهول و مبهم و بعد هم پدر، یکی را انتخاب می کند، که این فهم صاحب حدائق است، یا اینکه نه همه را دیده و پسندیده است و وکالت در تعیین را به پدر داده است)

و علی الاب فیما بینه و بین الله أن یدفع الی الزوج الجاریه التی کان نوى أن یزوّجها ایاه عند عقدہ النکاح

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه
ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۱، ص: ۱۲۱

(در موقعی که عقد نکاح را خوانده نیتی داشته چرا که زوج آنها را دیده و پسندیده است و در موقع خواندن عقد، اسم نبرده و وکالت داده است پس اب مبهم نخوانده و تعیین کرده است چون وکالت داشته بنابراین روایت شاهد بحث ما یعنی لزوم تعیین می باشد).

و ان کان الزوج لم یرهن کلهنّ و لم یسمّ له واحده منهنّ

(اسم خاصی نبوده و همه را هم ندیده یعنی وکالتی به او نداده است)

عند عقدہ النکاح فالنکاح باطل. «۱»

یک صورت صحیح و یک صورت باطل است، صورت صحیح آنجایی است که همه را دیده و اسم نبرده است، در این صورت لا بد به همه راضی بوده و به پدر وکالت داده و پدر هم بینه و بین الله تعیین کرده است. صورت باطل جایی است که ندیده و تعیین هم نکرده و وکالت هم نداده و پدر خود سرانه تعیین کرده است که در این صورت باطل است پس این روایت بر خلاف برداشت

صاحب حدائق دلالت بر لزوم تعیین می کند.

[مسئله ۱۳: لو اختلف الاسم مع الوصف أو اختلفا أو أحدهما مع الإشارة يتبع العقد]

اشاره

۹۰ مسئله ۱۳ (اختلاف الاسم و الوصف و الإشارة ... ۳ / ۲ / ۷۹)

مسئله ۱۳: لو اختلف الاسم مع الوصف أو اختلفا أو أحدهما مع الإشارة يتبع العقد لما هو المقصود و يلغى ما وقع غلطاً و خطأً، فاذا كان المقصود تزويج البنت الكبرى و تخيل أن اسمها فاطمة و كانت المسماة بفاطمة هي الصغرى و كانت الكبرى مسماة بخديجة و قال:

«زوجتك الكبرى من بناتي فاطمة» وقع العقد على الكبرى التي اسمها خديجة و يلغى تسميتها بفاطمة و ان كان المقصود تزويج فاطمة و تخيل أنها كبرى فتبين أنها صغرى وقع العقد على المسماة بفاطمة و ألغى وصفها بأنها الكبرى، و كذا لو كان المقصود تزويج المرأة الحاضرة و تخيل أنها كبرى و اسمها فاطمة فقال: «زوجتك هذه و هي فاطمة و هي الكبرى من بناتي» فتبين أنها الصغرى و اسمها خديجة وقع العقد على المشار إليها و يلغى الاسم و الوصف، و لو كان المقصود العقد على الكبرى فلما تخيل ان هذه المرأة الحاضرة هي تلك الكبرى قال: «زوجتك هذه و هي الكبرى» لا يقع العقد على الكبرى بلا اشكال، و في وقوعه على المشار إليها وجه لكن لا يترك الاحتياط بتجديد العقد أو الطلاق.

عنوان مسأله:

اشاره

در این مسأله مرحوم امام می فرماید که گاهی بین عناوین سه گانه اسم و صفت و اشاره تعارض واقع می شود به این بیان که:

۱- تعارض بین اسم و وصف:

مثلاً «زوجت الكبرى من بناتي فاطمة» می گوید در حالی که او در واقع «صغرى» است.

۲- تعارض بین اسم و اشاره:

مثلاً می گوید «زوجت هذه فاطمه» در حالی که «هذه» در واقع خديجه است.

۳- تعارض بین اشاره و وصف:

مثلاً می گوید «زوجت هذه الصغرى در حالی که در واقع «هذه» كبرى است. تکلیف این تعارض ها چیست؟ کدام يك از اسم، یا وصف یا اشاره مقدم است و دلیل آن چیست؟

امام (ره) چهار صورت برای این مسأله ذکر کرده‌اند و قبل از ورود به بیان این چهار صورت یک حکم کلی را مطرح کرده و می‌فرمایند مدار و معیار در تعارض تابع قصد عاقد است اگر قصدش مسمی بوده معیار همان است و وصف ملغی می‌شود و اگر قصدش وصف بوده، تابع همان وصف هستیم و اگر قصدش

(۱) ح ۱، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۲۲

اشاره بوده و کاری به اسم و وصف ندارد، در این صورت اشاره معتبر است، پس حکم تابع قصد است (العقود تابعه للقصود).

اقوال:

اشاره

فقه‌های دیگر غالباً این مسأله را متعرض نشده‌اند. از کلام علامه در تذکره استفاده می‌شود که این مسأله حتی در لسان علمای عامه هم مطرح بوده است. و صاحب جواهر «۱» و صاحب عروه در مسئله هیجده و به دنبال آن شارحین عروه مانند آقای حکیم در مستمسک (۱) در ذیل همین مسأله از آن بحث کرده‌اند. بنابراین مسئله‌ای نیست که اصحاب به طور وسیع متعرض آن شده باشند زیرا اصحاب نوعاً در جاهایی بحث می‌کنند که روایتی در مورد آن وارد شده باشد.

دلیل: قاعده «العقود تابعه للقصود»:

از نظر روایات در این مسأله دستمان خالی است و به همین جهت ما هستیم و اصول و قواعد کلیه.

دلیل ما در اینجا همان قاعده کلی «العقود تابعه للقصود» است.

توضیح ذلک: عقد نوعی قرار داد است و قرار داد تابع نظر، قصد و نیت متعاقدين است و تخیل و اشتباه در اوصاف و اسماء مشکلی ایجاد نمی‌کند. همه این مسائل فرع بر این است که قبلاً توافق‌هایی حاصل شده باشد و اگر چیزی در قلبش نیت کند و بدون توافق قبلی بگوید «العقود تابعه للقصود» ممکن نیست و فرض مسأله جایی است که توافق‌هایی بر اسم یا صفت و یا مشار الیه حاصل شده و بر اساس آن عقد می‌خوانند و اگر اشتباهی پیش آید در این صورت اشتباه را حذف کرده و آنچه که مطابق مقصود است اخذ می‌کنند.

صور چهارگانه:

اشاره

مرحوم امام (ره) در تعارض بین عناوین سه گانه (اسم، وصف، اشاره) چهار صورت بیان می‌کنند:

صورت اول: مقصود اصلی وصف است

مثل «الکبری من بنات زید»، یعنی روی دختر بزرگتر قبلاً توافق شده است ولی عاقد گمان می‌کند که اسم او فاطمه است و در مقام خواندن صیغه گفت «زوّجت البنت الکبری المسماة بفاطمة»، که اسم اشتباه است. در اینجا عقد صحیح بر بنت کبری واقع شده و اشتباه از ناحیه اسم هم کالعدم است زیرا مقصود عاقد، کبری بوده و صحبت‌ها هم روی کبری بوده است و در گفتن اسم اشتباه شده است.

صورت دوم: مقصود اصلی مسمی (اسم) بوده است

و گمان می‌کند که او دختر بزرگتر است یعنی وصف اشتباه شد و صیغه را به این نحو می‌خواند «زوّجت فاطمة الکبری من بنات زید»، در اینجا نیز عقد بر مسمی به فاطمه صحیح است و کبری (وصف) ملغی است؛ زیرا صحبت‌ها روی فاطمه بوده و توافق قبلاً روی مسمی حاصل شده و با بزرگی و کوچکی (وصف) کاری نداشته است.

صورت سوم: مقصود مشار الیها بوده است،

مثلاً مرأه را در مجلس دیده و پسندیده است ولی خیال کرده که اسمش فاطمه است و معلوم شد که خدیجه بوده است و یا خیال کرد کبری (وصف) است و معلوم شد صغری است و بر اساس مشار الیها صیغه خواند «زوّجت هذه المرأه المسماة بفاطمة» یا «الکبری من بنات زید» که مسمی و وصف اشتباه است.

این صورت هم اشکالی ندارد چون مقصود مشار الیها بوده است و وصف و اسم، تخیل و اشتباه بوده است.

صورت چهارم: مقصود اصلی اسم و یا وصف بوده و اشاره اشتباه است

مثلاً چنین می‌گوید: «زوّجتک هذه و هی الکبری أو و هی الفاطمة»، در اینجا امام (ره) به گونه دیگری بحث می‌کند که با آن سه صورت متفاوت است و می‌فرماید: «لا يقع العقد الکبری بلا اشکال» (چرا؟ تا کنون که می‌گفتیم «العقود تابعه القصد») و فی وقوعه علی المشار الیها وجه (و لو اشاره مقصود نبوده است) لکن لا یترک الاحتیاط (احتیاط به این است که یا دو بار عقد کنند و یا طلاق دهند) بتجدید العقد او الطلاق».

در صورت چهارم دو خلاف قاعده وجود دارد:

اولاً: فرمود «لم يقع علی الکبری» در حالی که قاعده این بود که «العقود تابعه للقصد».

ثانیاً: عقد بر مشار الیها که غیر مقصود است واقع می‌شود که این هم خلاف «العقود تابعه للقصد» است و نهایتاً در جایی که خلاف مقصود واقع شده مرحوم امام (ره) به احتیاط تنزل می‌کنند این چه احتیاطی است، علاوه بر این در مهریه هم کار مشکل می‌شود و باید مصالحه کنند.

تصوّر ما این است که وقتی ایشان می‌گویند «لا يقع علی الکبری» برای این است که روی کبری که مقصود بوده صیغه خوانده نشده است، لا بدّ لازمه حرف ایشان این می‌شود که اگر عبارت را عوض کرده و بگوییم «زوّجت الکبری و هی هذه» عقد صحیح است.

ولی اینکه احتمال می‌دهند که عقد روی «هذه» خوانده شده

(۱) ج ۱۴، ص ۳۹۵ ذیل مسئله ۱۸ از مسائل عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۲۳

و ندانسته، الموجود فی المجلس را عقد کرده وجه آن روشن نیست، و به عبارت دیگر تعبیر «کبری» در واقع از قبیل دواعی است.

نهایت توجیهی که می توان برای کلام امام (ره) بیان کرد این است که عقد روی مشار الیها خوانده شده و تعبیر «کبری» یا اسم از قبیل دواعی است.

و لکن الانصاف: نمی توانیم با این حرف موافقت کنیم و می گوئیم عقد روی این اشاره باطل است چون «العقود تابعه للقصود» و «ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع». و همچنین نسبت به وصف و اسم هم عقد باطل است.

چرا اشاره از مسمی و وصف جدا شد؟ زیرا وقتی اشاره می کند عقد بر جزئی حقیقی در مجلس واقع شده و کبری و فاطمه تخیلی است.

۹۱ ادامه م ۱۳ و ۱۴ (التوکیل فی النکاح ...) ۷۹ / ۲ / ۴

بقی هنا شیء:

اشاره

مرحوم آقای حکیم این مسأله را بر وحدت و تعدد مطلوب مبتنی کرده است به این بیان که اگر قائل به وحدت مطلوب باشیم عقد باطل است، و می فرمایند:

و منشأ الاشکال هو ان القید (وصف یا اسم) اخذ علی نحو تعدد المطلوب أو وحدته فعلى الاول یصح (عقد صحیح است) و علی الثانی یبطل و لا ینبغی التأمل فی ان المرتکزات العرفیه تقتضی الاول و لذا بنوا مع تخلف الشرط علی صحه العقد و خیار الاشتراط فلو قال: «بعتک هذا العبد الکاتب» فتبین أنه غیر کاتب صح العقد و کان له الخیار نعم اذا کان القید مقوماً للموضوع عرفاً و ذاتياً من ذاتیاته بطل العقد بفقده. «۱»

قیود بر دو قسم است:

اشاره

اسم قیود:

۱- تعدد مطلوب:

منظور از تعدد مطلوب این است که ذات مقید مطلوبی است و قید هم مطلوب دیگر و اگر دو قید دارد قید دوم مطلوب دیگر و اگر سه قید دارد قید سوم هم مطلوب دیگر. به عنوان مثال اگر بگوید «بعتک هذا الفرس العربی» ولی مشخص شود که غیر عربی بوده، می گویند چون تعدد مطلوب است معامله در اصل فرس صحیح ولی به خاطر فقدان قید، خیار تخلف شرط ثابت است.

نکته مهم این است که وحدت و تعدد مطلوب به نظر بایع و مشتری نیست بلکه بر حسب عرف عقلاست.

ممکن است که نذر کرده که فرس عربی بخرد و در راه خدا بدهد و از دیدگاه مشتری عربیت فرس مقوم است، ولی معیار نظر شخصی چون احکام عقلا تابع شخص نبوده بلکه تابع غالب افراد است.

۲- وحدت مطلوب:

اگر گفته شود «بعتک هذا الفرس» ولی مشخص شود که حمار بوده نمی‌توان گفت «هذا» مطلوب او بوده و فرسیت هم مطلوب دیگر و از قبیل تعدد مطلوب و معامله در حمار صحیح است، چون «هذا» اشاره به مبیع است هرچه که می‌خواهد باشد (حمار یا فرس) عرف در اینجا وحدت مطلوب می‌بیند یعنی هذا و فرس را یک چیز می‌داند و بین فرس و حمار فرق می‌گذارد. پس معامله باطل است چون «ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع».

نتیجه: قیود در نزد عقلا در باب معاملات از قبیل تعدد مطلوب هستند مگر اینکه قید ذاتیاً من ذاتیاته و مقوماً للموضوع باشد، که این یک قانون کلی است، ولی در باب عبادات این طور نیست و ظاهر ادله وحدت مطلوب است وقتی گفته می‌شود «صل مع الوضوء» این تعدد مطلوب نیست به طوری که اگر وضو نبود یک مطلوب از بین رفته باشد و مطلوب دیگر باقی باشد به همین دلیل ما در حج در باب قربانی می‌گوییم وقتی شارع می‌فرماید:

«وَالْيَدَيْنِ جَعَلْنَاهَا لَكُمْ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطِعُوا الْقَانِعَ وَ الْمُعْتَرَّ» (۲) قربانی کنید و گوشت را سه قسمت کنید یک قسمت را خودتان بخورید و دو قسمت را به قانع و معتر بدهید، وحدت مطلوب است، در مقابل دیگران که می‌گویند اراقه دم یک مطلوب و مصرف گوشت در آن سه مورد مطلوب دیگر است و از قبیل تعدد مطلوب است. این مطلب است. این مطلب نیاز به اثبات دارد، چون ظاهر اوامر و عبادات وحدت مطلوب است، شما که می‌گویید تعدد مطلوب است باید ثابت کنید.

پس در باب عبادات قائل به وحدت مطلوب هستیم مگر در مستحبات، که تعدد مطلوب است مثلاً اگر شارع فرمود که در روز عاشورا مستحب است زیارت عاشورا همراه با طهارت و در یک فضای باز خوانده شود اگر همراه با طهارت و یا در فضای باز نبود باز زیارت عاشورا مستحب است. پس در مستحبات به

(۱) مستمسک، ج ۱۴، ص ۳۹۵.

(۲) آیه ۳۶، سوره حج.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۲۴

واسطه استقرائی که انجام داده شده بنابر تعدد مطلوب است.

سؤال: آیا ما نحن فيه (تعارض وصف اسم و اشاره) از قبیل تعدد و وحدت مطلوب است که آقای حکیم فرمودند؟
بیان ذلک:

منظور آقای حکیم این بود که اگر عاقد یک مطلوب بیشتر نداشته و نظرش مثلاً روی «کبری» بوده و اسم و اشاره تأثیری نداشته و یا نظرش «فاطمه» بوده اشاره و وصف تأثیری نداشته و یا نظرش «هذه» بوده اسم و وصف تأثیری نداشته، در این موارد حکم روی آن مطلوب می‌رود و غیر از آن باطل است، اما اگر تعدد مطلوب باشد یعنی در واقع مسمی به فاطمه را می‌خواستند و صغری بودن هم مد نظرش بوده است، صغری بودن یک مطلوب، و مسمی به فاطمه بودن مطلوب دیگر بوده یعنی در اینجا می‌فرماید صحیح است و در وحدت مطلوب کل عقد باطل است و همین مسأله را توجیه کلام شافعی قرار می‌دهند.

قلنا: بحث وحدت و تعدد مطلوب در جای خود صحیح است و از ما نحن فيه اجنبی است چون بحث ما داخل در چیز دیگری است چرا که «اسم» یکی از مطلوب‌ها نیست یعنی این طور نیست که خوشش می‌آمده که اسم همسرش فاطمه باشد بلکه «اسم» عنوان مشیر است (اشاره به فرد خارجی). همین طور در ناحیه وصف، «کبری» یا «صغری» مطلوب مستقل نیست، یعنی مثلاً به خاطر بزرگ بودن یا کوچک بودنش مطلوب له بوده و یا «هذا» که می‌گوید، حضور در مجلس مطلوب مستقلاً نیست بلکه اینها از قبیل عناوین مشیر هستند و مطلوبیت ندارند بلکه مطلوب، آن وجود خارجی است که دارای اوصاف خاصی است، منتهی به آن اشاره می‌کند و

به جهت اینکه دل بستگی به وصف یا اسم نداشت، چنین تعبیر شده بود که «تخیل آنها کبری» و تعبیر «تخیل» بهترین دلیل دل بستگی به عنوان اسم یا وصف با مشار الیه نبوده بلکه دل بستگی به فرد خاصی بوده که قبلاً دیده و پسندیده و صحبت کرده‌اند. حدیث ضعیف السندی به عنوان مؤید برای مختار ما در این مسأله آمده است:

...* عن محمد بن شعيب

(مجهول الحال)

قال: كتبت اليه

(حدیث مضمرة است)

انّ رجل خطب الي ابن عم له ابنته

(خواستگاری از ابن عم کرده است برای دخترش)

فأمر بعض اخوانه أن يزوجه ابنته التي خطبها و انّ الرجل اخطأ باسم الجارية فسمها بغير اسمها فاطمة فسمها بغير اسمها

و ليس للرجل بنت باسم التي ذكر المزوج

(اشاره و وصف درست است ولی اسم اشتباه است)

فوقع لا بأس به. «۱»

این روایت اگر ضعف سند نداشت دلیل واضح و روشنی بود.

نتیجه: ما نحن فيه أجنبي من ذلك البحث (وحدت و تعدد مطلوب).

[مسأله ۱۴: لا اشكال في صحّة التوكيل في النكاح]

اشاره

مسأله ۱۴: لا اشكال في صحّة التوكيل في النكاح من طرف واحد أو من طرفين (هر دو طرف وکالت است)

بتوكيل الزوج أو الزوجة ان كانا كاملين أو بتوكيل وليهما ان كانا قاصرين و يجب على الوكيل أن لا يتعدى عما عينه الموكل من حيث الشخص و المهر و سائر الخصوصيات فان تعدى كان فضولياً موقوفاً على الاجازة و كذا يجب عليه مراعاة مصلحة الموكل، فان تعدى و أتى بما هو خلاف المصلحة كان فضولياً، نعم لو عين خصوصية تعينت و نفذ عمل الوكيل و ان كان ذلك على خلاف مصلحة الموكل.

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد وکالت است که امام (ره) سه فرع را بیان می کند:

۱- وکالت در عقد نکاح در اجرای صیغه جایز است (از طرف زوج یا زوجه و یا هر دو).

۲- اگر وکیل از وظیفه اش تخلف کند عقد از جهت وکالت نافذ نبود، و فضولی است.

۳- وکیل باید مصلحت موکل را مراعات کند در جایی که موکل وکالت مطلقه داده است.

فرع اول: صحّت وکالت در عقد نکاح از مسلمات است منتهی وکالت باید از ناحیه بالغ عاقل یا ولی باشد.

ادله:

اشاره

چند دلیل بر صحت وکالت داریم:

۱- عمومات وکالت:

ادله صحت وکالت ما نحن فيه را هم شامل است.

۲- بنای عقلا:

عقلا در این گونه مسائل به وکیل اجازه می دهند.

۳- روایات:

اشاره

دو طایفه است:

طایفه اول: روایاتی که در موارد خاص وارد شده است:

(۱) ح ۱، باب ۲۰ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۲۵

... عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال: جاءت امرأة الى النبي صلى الله عليه و آله فقالت زوجني فقال: من لهذه؟

قال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها اياه. «۱»

این روایت اشاره به جریان زنی است که خدمت پیامبر آمده و عرض کرد

«زوجنی»

و پیامبر در اینجا وکالتاً عقد زن را برای آن مرد خواندند که با الغاء خصوصیت می گوئیم همان گونه که پیامبر وکالتاً عقد این زن

را خواند دیگران هم می توانند در عقد نکاح وکیل شوند.

... عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده عليهم السلام عن جابر قال: لما اراد رسول الله صلى الله عليه و آله أن يزوجه فاطمة علياً

... و هذا محمد بن عبد الله صلى الله عليه و آله زوجني ابنة فاطمة علي صدق «... ۲»

این روایت در مورد داستان تزویج حضرت علی علیه السلام با فاطمه علیها السلام است: که پیامبر وکالتاً عقد را خواند.

... عن عاصم بن ضمره، عن امير المؤمنين عليه السلام في حديث طويل انه قال لامرأة: أ لكك وليّ...؟ انّی قد زوجت هذه الجارية

من هذا الغلام بربع مائة درهم و النقد من مالی. «۳»

روایت دیگر درباره داستان جوانی بود که همراه با زنی خدمت حضرت امیر علیه السلام آمدند و زن فرزندی آن جوان را انکار

می کرد، حضرت می خواست وکالتاً عقد زن را برای پسرش بخواند، پس معنایش این است که عقد با وکالت صحیح است.

قال: و لما تزوج ابو جعفر محمد بن علی الرضا علیهما السلام ابنه المأمون خطب لنفسه. وقتی که حضرت جواد علیه السلام خواست دختر مأمون را برای خودش عقد کند خطبه مفصلی خواند و در ادامه فرمود: و هذا امیر المؤمنین زوجه ابنته علی ما فرض الله ثم ذکر قدر المهر و قال: زوجه ابنتی یا امیر المؤمنین؟ قال: بلی قال: قبلت و رضیت. «۴» این ازدواج به عنوان وکالت از ناحیه دختر مأمون بوده است. البته غیر از این موارد اشباه و نظایر زیادی در روایات وجود دارد. ۹۲ ادامه م ۱۴ و م ۱۵ (ترویج الوکیل لنفسه ...). ۷۹ / ۲ / ۶

طایفه دوم: روایات مطلقه که در چند باب وارد شده است:

... عن محمد بن شعيب قال: كتبت اليه ان رجلا- خطب الى ابن عم له ابنته فأمر بعض اخوانه أن يزوجه ابنته التي خطبها و أن الرجل اخطأ باسم الجارية فسمها بغير اسمها «... ۵» معنایش این است که اصل وکالت احتیاج به سؤال نداشته و مسلم بوده و به همین جهت از اشتباه وکیل سؤال می کند پس به دلالت التزامی بین دلالت می کند که اصل وکالت مسلم است. ... عن ابراهيم بن يحيى، عن ابى عبد الله عليه السلام قال: تزوج رسول الله صلى الله عليه و آله أم سلمة زوجه ابنته عمر بن ابي سلمة و هو صغير لم يبلغ الحلم. «۶» بحث در این است که بچه صغیر هم می تواند در اجراء عقد وکیل باشد پس سؤال از اصل وکالت نیست بلکه از صغیر و کبیر بودن سؤال می کند بنابراین اصل وکالت محرز است. ... عن الحلبي، عن ابى عبد الله عليه السلام فى امرأة و لّت امرها رجلاً فقالت زوجه ابنته فلانا ... فقال هو للقوم: استهدوا انّ ذلك لها عندى و قد زوجهتها نفسى فقالت المرأة لا و لا كرامة و ما امرى الا بيدي «... ۷» روایت می فرماید اگر وکیل از وظیفه اش تعدی کند جایز نیست پس اصل وکالت محرز است. در این باب روایات دیگری نیز وجود دارد.

فرع دوم: در صورتی که وکیل تعدی کند

اشاره

مثلاً زن گفته بود که صیغه مرا برای زید بخوان، وکیل برای عمرو خواند و یا زن گفته بود که مهریه من ۱۱۴ سکه باشد و وکیل با ۱۴ سکه عقد را خواند، در این صورت عقد فضولی است و اگر زن بعداً اجازه دهد صحیح می شود.

دلیل:

محدودیت اختیارات وکیل دلیل روشن است چون دایره اختیارات وکیل در محدوده‌ای است که به او وکالت داده شده و اگر از آن فراتر رود جایز نیست (قضایا قیاساتها معها).

فرع سوم: وکیل باید مصالح موکل را رعایت کند و اگر مصلحت را رعایت نکرد عقد، فضولی می‌شود،

مثلاً زن گفته است برای من شوهر مناسبی پیدا کن، وکیل او را به شخصی می‌دهد که صلاحیت ندارد (یا معتاد است یا بی‌بندوبار یا از نظر سنی به هم نمی‌خورند) در تمام این صور فضولی است. دلیل: در بطن معنی وکالت معنی عرض وکالت آمده است که وکیل باید مصالح موکل را رعایت کند و مدافع حقوق او باشد و دلیل زائد

(۱) ح ۳، باب ۱ از ابواب عقد نکاح.

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

(۳) ح ۶، باب ۱ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۲، باب ۱ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۱، باب ۲۰ از ابواب عقد نکاح.

(۶) ح ۱، باب ۱۶ از ابواب عقد نکاح.

(۷) ح ۱، باب ۱۰ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۲۶

نمی‌خواهد، به عبارات دیگر وکیل جانشین موکل است یعنی همان گونه که موکل مصالح خودش را رعایت می‌کند وکیل هم باید مصالح او را رعایت کند، بلکه انسان گاهی تصرفاتی در حق خودش می‌کند که وکیل حق ندارد چنین کند مثلاً جنس خودش را می‌تواند به خاطر ثواب به نصف قیمت بفروشد ولی وکیل حق ندارد چنین کند. پس دائره اختیارات وکیل از موکل هم کمتر است و لذا باید مصالح او را رعایت کند.

لازم به ذکر است که رعایت مصلحت در جایی است که تعیین مصداق نکرده و وکالت کلی باشد، اگر بگوید عقد مرا برای «زید» با فلان مهریه در فلان وقت بخوان در اینجا دیگر رعایت مصلحت برای وکیل لازم نیست و رعایت مصالح در جایی است که کلی باشد مثلاً بگوید برای من همسری پیدا کن.

[مسئله ۱۵ (تزیوج الوکیل لنفسه)]

اشاره

مسألة ۱۵: لو وکلت المرأة رجلاً فی تزویجها لیس له أن یزوّجها من نفسه الا اذا صرّحت بالتعمیم (زوجنی لمن شئت) أو کان کلامها بحسب متفاهم العرف ظاهراً فی العموم بحيث یشمل نفسه.

عنوان مسأله:

اگر زنی، مردی را وکیل کند تا همسر مناسبی برای او پیدا کند، وکیل نمی‌تواند زن را برای خودش عقد کند مگر این که وکالت عام باشد مثلاً بگوید زوجنی لمن شئت.

اقوال:

- این مسأله چون روایت دارد در کلام تمام علما موجود است و اقوال در آن گسترده و «لا یجوز» فی الجمله مسلم است.
- مسأله پنج صورت دارد که در حدائق و مسالک و جواهر آمده است:
- ۱- وکیل کرده که او را برای یک مرد معین تزویج کند.
 - ۲- وکیل کرده و مطلق گذاشته است.
 - ۳- تصریح به عموم کرده و مثلاً می گوید «زوّجنی لمن شئت».
 - ۴- تصریح به عموم کرده و نفس وکیل را هم می گوید مثلاً «زوّجنی ممن شئت و لو من نفسک».
 - ۵- می گوید «زوّجنی من نفسک».

حکم صور پنج گانه:

اشاره

اکنون به بررسی احکام هر یک از صور مسأله می پردازیم:

حکم صورت اول:

در این صورت اگر وکیل تخلف کند اجماع قائم است که عقد فضولی و متوقف بر اجازه است.

حکم صورت دوم:

اشاره

مرحوم نراقی در مورد حکم این صورت می فرماید:

و لو وکله مطلقاً فالظاهر الاشهر - کما قیل - عدم جواز التزویج لنفسه. «۱»

شهید ثانی در مسالک می فرماید:

لا خلاف فی انه لا یجوز له تزویجها من نفسه. «۲»

۹۳ ادامه مسئله ۱۵ ... ۷ / ۲ / ۷۹

ادله:

اشاره

برای اثبات صورت دوم سه دلیل اقامه شده است:

۱- اجماع:

اجماع قائم است که عقد فضولی و متوقف بر اجازه است.

۲- انصراف:

وقتی می گوید «زوجه» ظاهرش این است که مزوج غیر از زوج است و اطلاق انصراف به غیر وکیل دارد، حتی اگر شک در اطلاق هم کنیم باز کالعدم است چون اطلاق باید ثابت شود، پس شبهه انصراف هم اطلاق را از کار می اندازد و در اینجا یا انصراف قطعی است یا شبهه انصراف است.

۳- روایات:

اشاره

در اینجا سه روایت وجود دارد که هر سه قابل بحث است.

روایت اول دارای دو سند و در واقع دو روایت است چون در یک طریق «حلبی» از امام صادق علیه السلام نقل کرده و همین روایت را «أبو الصباح کنانی» در طریق دیگر از امام صادق علیه السلام نقل می کند پس دو روایت است که سند هر دو صحیح است.
* محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن أبیه و عن محمد بن یحیی، عن احمد بن محمد جمیعاً عن ابن ابی عمیر، عن حماد بن عثمان، عن الحلبي، عن ابی عبد الله علیه السلام فی امرأة و لت (ولایت به معنی وکالت است)

امرها رجلا فقالت زوجنی فلاناً فقال: لا أزوجه حتى تشهدی لی أن امرک بیدی، فأشهدت له، فقال عند التزویج للذی یخطبها (خواستگاری)

: یا فلان علیک کذا و کذا قال: نعم، فقال هو للقوم: اشهدوا ان ذلك لها عندی فقد زوجتها نفسی، فقالت المرأة: لا و لا کرامه و ما امری الا بیدی و ما ولیتک امری الا حیاء من الکلام، قال:
تنزع منه و یوجع رأسه
(اشاره به تعزیر است). (۳)

(۱) مستند، ج ۱۶، ص ۱۴۶.

(۲) مسالک، ج ۷، ص ۱۵۲.

(۳) ح ۱، باب ۱۰ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۲۷

امام با صراحت می فرماید با اینکه این زن به مرد اختیار مطلق داده، مرد حق نداشته برای خود تزویج کند و حتی مجازات هم باید بشود.

ظاهر روایت در بدو نظر این است که دلالت دارد، ولی این روایت مصداق تدلیس است، چون اگر تدلیس نبود و وکالت مطلق بود دیگر تعزیر معنا نداشت. پس ارتباطی به بحث ما ندارد، چون بحث ما در جایی است که زن به مرد وکالت مطلق داده است بدون تدلیس.

سند دیگر این روایت چنین است:

* عن محمد بن یحیی، عن احمد بن محمد، عن علی بن نعمان، عن ابی الصباح الكنانی، عن أبی عبد الله علیه السلام مثله.

* محمد بن الحسن
(شیخ طوسی)

باسناده عن محمد بن علی بن محبوب، عن احمد بن الحسن، عن عمرو بن سعید، عن مصدق بن صدقه، عن عمار الساباطی، قال:
سألت ابا الحسن علیه السلام عن امرأة تكون فی اهل بیت فتکره أن یعلم بها اهل بیتها
(ازدواج پنهانی)
أ یحل لها أن توکل رجلاً یرید أن یتزوَّجها؟ تقول له: قد وکلتک فاشهد علی تزویجی
(آیا وکالت بر شهادت بوده یا بر تزویج؟)
قال: لا، قلت له:

جعلت فداک و ان کانت ائیماً
(بیوه؟)

قال: و ان کانت ائیماً،

(پس منشأ اشکال با کره بودن و اذن اهل نیست بلکه اصلاً این وکالت غلط است)

قلت: فان وکلت غیره بتزویجها [فیزوَّجها] منه؟ قال: نعم. «۱»

پس عیب در وکالت زوج است، یعنی زوج خودش وکیل در اجرای صیغه عقد باشد. بنابراین زوج نمی تواند وکیل در اجرای صیغه عقد شود، البته این در موردی است که بالخصوص به او وکالت داده است، حال در ما نحن فیه که بالا طلاق وکالت داده، به طریق اولی وکالت باطل است، پس با یک قیاس اولویت می توانیم صورت دوم و سوم و چهارم را باطل بدانیم.
این روایت از حیث سند و دلالت مورد بحث است.

از نظر سند: مرحوم شهید ثانی در مسالک «۲» می فرماید سند حدیث ضعیف است. ابن محبوب از بزرگان و سند شیخ طوسی به او صحیح است «احمد بن الحسن بن علی بن محمد بن فضال» هم از ثقات و به قرینه روایت از عمرو بن سعید از نوادگان ابن فضال و فطحی مذهب است، مرحوم نجاشی و مرحوم علامه «عمرو بن سعید مدائنی» را ثقة می دانند ولی مرحوم کشی که از علماء رجال است از «نصر بن صباح» نقل می کند که «عمرو بن سعید» فطحی مذهب است پس مذهب او فاسد ولی وثاقت او را انکار نکرده است.

«نصر بن صباح» از غلات است و هیچ توثیقی ندارد، پس شهادت او در مورد فطحی بودن «عمرو بن سعید» برای ما اعتباری ندارد، پس نقطه ضعفی در مورد عمرو بن سعید نداریم.

کشی بعد از نقل قول از نصر می گوید: اعتمادی بر قول نصر نیست حال چرا امثال مرحوم شهید ثانی و بعضی از بزرگان دیگر «عمرو بن سعید» را تضعیف کرده اند برای ما روشن نیست.

دو راوی دیگر «مصدق بن صدقه» و «عمار بن موسی الساباطی» است که هر دو ثقة و فطحی مذهب هستند پس سند در مجموع مشتمل بر جماعتی که حد اقل سه نفر آنها فطحی مذهب هستند. در مجموع سند قابل قبول است و می توانیم به این روایت عمل کنیم ولی این روایت در مورد خودش (صورت پنجم که وکالت را به زوج داده است) معرض عنهاست، حال ما چگونه در ما نحن فیه (اطلاق) به آن فتوی دهیم.

مرحوم صاحب حدائق «۳» چون به این اعراض اصحاب اعتنائی ندارد می فرماید: مانعی از عمل کردن به این حدیث وجود ندارد و ما به آن فتوی می دهیم.

مذهب فطحیه:

کسانی که بعد از امام صادق علیه السلام قائل به امامت فرزند بزرگان ایشان به نام عبد الله بن جعفر هستند، چون معتقدند که «الامامة فی الولد الاکبر» در حالی که این درست است ولی استثنا دارد و اینجا یکی از موارد استثناست، «عبد الله» از نظر معلومات ضعیف بود و قرائن حالش نشان می‌داد که او امام نیست. آیا «افطح» لقب همین عبد الله بن جعفر است؟ معلوم نیست چون افطح به معنی کسی است که پاها یا سرش بزرگ و غیر متعارف باشد، و ممکن است فطحیه رئیس دیگری به نام عبد الله بن افطح داشته‌اند که به آن جهت اینها را فطحیه می‌گویند. به هر حال عبد الله بن جعفر ادعای امامت کرد و امام صادق علیه السلام به موسی بن جعفر علیه السلام فرمود با او کاری نداشته باشید، عمر او کوتاه است و در حدود سه ماه نگذشت که از دنیا رفت و بعد از او پیروانش قائل به امامت موسی بن جعفر علیه السلام شدند یعنی در واقع فطحیه سیزده امامی شدند در حالی که می‌توانستند از موسی بن جعفر علیه السلام بپرسند و حق را

(۱) ح ۴، باب ۱۰ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ج ۷، ص ۱۵۳.

(۳) ج ۲۳، ص ۲۵۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۲۸

دریابند ولی وقتی انسان دچار جمود شد گرفتار تناقض می‌شود.

مذهب فطحیه انحرافی هم داشت از جمله این که معتقد بودند در مقام قضاوت میان عثمان و حضرت علی علیه السلام باید سکوت کنیم، که به اینها «مُرَجَعه» می‌گویند، به هر حال اگر چه شیعه خالص نبودند ولی افراد ثقه‌ای بودند و مانعی ندارد که به جهت وثاقت روایاتشان را قبول کنیم.

از نظر دلالت: صاحب حدائق فرماید: دلالت حدیث صریح است ولی و کالت در «قد و کلتک فاشهد» بر چه بوده است؟ آیا شهادت بر ازدواج لازم است؟ در طلاق شاهد گرفتن واجب است ولی در نکاح شاهد مستحب است (عامه به عکس ما هستند) شاید مقام تقیه بوده است یعنی این شخص هم وکیل شده برای اینکه شهادت بدهد و امام فرمود شهادتش جایز نیست چون زوج نباید شاهد خودش باشد چرا که طرف دعوی است، پس ممکن است حدیث در مقام تقیه و شهادت عند الزواج باشد و شخص ثالث می‌تواند شاهد باشد پس ربطی به بحث ما ندارد.

نتیجه:

اولاً؛ حدیث معرض عنهاست و لو سنداً صحیح است.

ثانیاً؛ از نظر دلالت دارای تشویش و اضطراب است پس نمی‌توانیم به این حدیث فتوی دهیم.

۹۵ ادامه م ۱۵ و م ۱۶ (تولی شخص واحد طرفی العقد ...) ۷۹ / ۲ / ۱۲

حکم صورت سوم و چهارم:

برای صورت سوم (زوجه منی شئت) و صورت چهارم (زوجه منی شئت و لو من نفسک)، حدیثی نداریم. در صورت دوم انصراف بود ولی در اینجا انصراف نیست و حق این است در اینجا ازدواج صحیح است و لو وکیل برای خودش عقد کند.

حکم صورت پنجم:

در صورت پنجم (زوجه‌ای من نفسک) همه قائلند این عقد صحیح است مگر بعضی مثل صاحب حدائق که می‌فرماید عقد باطل است و دلیل ایشان همان حدیث «عمار بن موسی الساباطی» است که گفتیم از نظر سند خوب است ولی معرض عنهای اصحاب و از نظر دلالت هم مبهم است پس صورت پنجم هم برای ما مشکلی ندارد.

نتیجه: صورت اول و دوم فضولی ولی صورت سوم و چهارم و پنجم صحیح است و مشکلی ندارد.

[مسئله ۱۶: الاقوی جواز تولی شخص واحد طرفی العقد]

اشاره

مسئله ۱۶: الاقوی جواز تولی شخص واحد طرفی العقد بأن يكون موجِباً و قابلاً من الطرفين اصالةً من طرف و وكالةً من آخر، أو ولايةً من الطرفين أو وكالةً عنهما أو باختلاف و ان كان الاحوط الأولى مع الامكان تولی الاثنین و عدم تولی شخص واحد للطرفین خصوصاً فی تولی الزوج طرفی العقد اصالةً من طرفه و وكالةً عن الزوجة فی عقد الانقطاع فانه لا یخلو من اشکال غیر معتدّاً به لکن لا ینبغی فیہ ترک الاحتیاط.

عنوان مسأله:

آیا شخص واحد می‌تواند از طرفین عقد وکالت پیدا کند؟ یا ولایت از طرفین عقد پیدا کند یا از یک طرف ولایت و از طرف دیگر وکالت و یا از یک طرف اصالت و از یک طرف وکالت که شقوقی دارد. به طور کلی شخص واحد صیغه ایجاب و قبول را می‌خواند (تولی طرفی العقد)، آیا همه این موارد صحیح است؟

همه موارد از نظر حکم یکسان است و مشهور و معروف این است که تولی طرفی العقد جایز است.

۹۶ ادامه مسئله ۱۶ ... ۱۳ / ۲ / ۷۹

اقوال:

مرحوم نراقی از مسالک نقل می‌کند که این مسأله مخالفی ندارد در حالی که خواهیم دید در مسأله مخالف داریم، مرحوم نراقی می‌فرماید:

ذهب الفاضلان (محقق و علامه) و فخر المحققین و الشهدان الی الجواز، بل هو الاشهر كما قيل و عن المسالك: نفی الخلاف فیہ در ادامه از کتاب ایضاح (شرح قواعد) از بعضی علما قول به منع را نقل می‌کند. بعضی علما چه کسی است معلوم نیست، ولی خود نراقی قول منع (منع تولی طرفی العقد) را اقوی می‌داند:

ولذا ذهب بعض علمائنا - كما صرح به فی الايضاح - الی المنع و هو الاقوی. «۱»

صاحب ریاض هم نقل می‌کند که جواز اشهر است. صاحب جواهر هم فتوی به جواز داده است.

نکته مهم این است که بزرگان فقهاء در این مسأله دو دسته‌اند، بعضی این مسئله را مستقلاً مطرح کرده‌اند، ولی بعضی این مسأله را در ذیل مسئله سابق بحث کرده و گفته‌اند «و لو لزم تولی طرفی العقد». سابقاً عقیده ما منع بود، منتهی به صورت

(۱) مستند، ج ۱۶، ص ۱۴۸ و ۱۴۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۲۹

احتیاط واجب می گفتیم که جایز نیست، ولی بعداً از این فتوی برگشته و قائل به جواز شدیم.

دلیل جواز: عمومات

عمومات و کالت و ولایت و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، شامل تَوَلَّى طرفی العقد می شود و این مسأله منحصر به باب نکاح نیست و در ابواب دیگر هم جاری است.

ان قلت: يشترط في المتعاقدين التغير والتعدد، چون طبیعت عقد و قرارداد چنین است، پس این شرط از متن عقد بر می خیزد و دلیل دیگری نمی خواهد، حال در ما نحن فيه طرفین عقد یک نفر است، پس این عقد باطل است.

قلنا: تغیر دو گونه است:

۱- تغیر حقیقی.

۲- تغیر اعتباری.

تغیر حقیقی مثل زید و عمرو، ولی تغیر اعتباری هم داریم به این بیان که بما آنه و کیل لهذا یک نفر است و بما آنه و کیل لهذه شخص دیگری است، پس در ما نحن فيه تغیر اعتباری وجود دارد و این تغیر کافی است.

به یک معنی تغیر حقیقی هم هست چون یک طرف مثلاً زید و طرف دیگر هند است که من از طرف این دو و کیل شده ام. اضم الی ذلک: بنای عقلا بر این است که وحدت اشکالی ندارد و یک شخص می تواند از طرف دو نفر و کیل شود.

ادلة عدم جواز:

۱- اصل:

اصل در معاملات فساد است به این معنی که اگر یک نفر عقدی را از جانب دو نفر بخواند شک داریم که صحیح است یا نه، اصل فساد است.

۲- عدم قیام دلیل بر صحت:

این دلیل ظاهراً همان عبارة اخراى دلیل اول است.

جواب از دلیل اول و دوم: تمسک به اصل در جائی است که عموم و اطلاقی در کار نباشد و با وجود عمومات تمسک به اصل معنی ندارد.

۳- عدم کافیت مغایرت اعتباری:

مغایرت اعتباری کافی نیست بلکه مغایرت حقیقیه در طرفین عقد لازم است. جواب از دلیل: این یک ادعا است و باید ثابت کنید در حالی که عرف عقلا، تغایر اعتباری را کافی می دانند

۴- مؤتفه عمار

«۱»: روایتی که در مسأله قبل آمده بود و می گفت وکیل حق ندارد زن را برای خود عقد کند که از اینجا معلوم می شود که تولی طرفین عقید جایز نیست. اولاً: استدلال به روایت در مورد خودش (مسئله ۱۵) معرض عنها بود. ثانیاً: دلالتش مبهم بود. ثالثاً: سلمنا شوهر نتواند عقد زن را بخواند ولی اگر یک وکیل عقد هر دو را بخواند چرا باطل باشد، پس استدلال به حدیث عمار باطل است.

در اینجا روایاتی هم داریم که به عنوان مؤید خوب است و حد اقل چهار روایت است:

اشاره

...* عن ابی عبد الله علیه السلام فی حدیث خلق حوّا و تزویج آدم بها انّ الله عزّ و جلّ قال له: اخطبها الیّ فقال: یا ربّ فانی اخطبها الیک «الی أن قال» فقال الله عزّ و جلّ: قد شئت ذلک و قد زوجتکها فضّمها الیک. «۲» این روایت در مورد ازدواج حضرت آدم و حوّا است. وقتی حضرت آدم، حوّا را دید از خدا پرسید که این را برای چه آفریده‌ای؟ خطاب آمد که برای آرامش تو، حضرت آدم عرض کرد پس او را برای من تزویج کن، خداوند عقد را خواند و فرمود: قد زوجتکها فضّمها الیک.

ان قلت: ممکن است حضرت آدم قبول کرده ولی قبول او در روایت نیامده است.

قلنا: اگر آدم «قبلت» گفته ولی در روایت نیامده است، در این صورت قابل استدلال نیست ولی اگر بگوییم روایت از این جهت در مقام بیان نسبت به عنوان مؤید می تواند باشد که خداوند ظاهراً عقد را از طرف هر دو خوانده است.

...* جاءت امرأة الی النبی صلی الله علیه و آله فقالت

زنی خدمت پیامبر آمده و از پیامبر تقاضا کرد که عقد زوجیت او را برای کسی بخواند، پیامبر در انتها فرمود:

قد زوجتکها علی ما تحسن من القرآن فعلمها ایاه. «۳»

در اینجا هم ندارد که طرف مقابل «قبلت» گفته باشد پس می توانیم بگوییم پیامبر از طرف هر دو وکیل بوده و تولی طرفین عقد است، و می توانیم بگوییم که در مقام بیان این جهات نیست و «قبلت» برای ما نقل نشده است.

...* عن امیر المؤمنین علیه السلام فی حدیث طویل انه قال لامرأة:

زنی بچه‌ای را از خودش نفی می کرد و خدمت حضرت علی علیه السلام

(۱) ح ۴، باب ۱۰ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۱، باب ۱ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۳، باب ۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۳۰

رسید و حضرت خواست عقد زن را برای فرزندش بخواند و از برادران آن زن و کالت گرفته و فرمود:

أشهد الله و أشهد من حضر من المسلمین أنّی قد زوجت هذه الجاریة من هذا الغلام باریع مائة درهم و النقد من مالی. «۱»

در اینجا عقد صوری بود و سر نگرفت ولی فی الجمله استفاده می شود تولی طرفین عقد جایز است و اگر جایز نبود نباید علی علیه السلام عقد را می خواند.

اللهم اَلَا أن یقال: از این جهت در مقام بیان نیست و یا اینکه قبول را گفته و به ما نرسیده است.

... عن ابی عبد الله علیه السلام فی امرأه و لّت امرأها رجلاً فقالت زوجنی فلاناً ... فقال هو للقوم: اشهدوا انّ ذلك لها عندی و قد

زوجتها نفسی «... ۲»

این مرد کار را تمام شده حساب کرد چون پیش خودش حساب می کرد که زن به او و کالت داده و از طرف خودش هم که اصیل است.

جمع بندی روایات:

از این روایات استفاده می شود که در عرف آن زمان تولی طرفین عقد بوده است، پس می تواند مؤید باشد.

۹۷ ادامه م ۱۶ و م ۱۷ (العلم بايقاع العقد من الوكيل ... ۱۴ / ۲ / ۷۹)

بقی هنا امران:

الامر الاوّل: سابقاً نظر ما این بود که یک نفر نمی تواند دو طرف عقد (ایجاب و قبول) را بخواند

احتیاط واجب می کردیم که دو نفر بخوانند ولی از آن نظر برگشتیم، چرا در سابق نظر ما چنین بود؟

چون در بین عقلا- کمتر دیده می شود و عقود هم عقود عقلائی هستند، در میان عقلا- کسی خودش بگوید فروختم و خریدم یا ازدواج کردم و پذیرفتم یعنی اینکه طرفین عقد را یک نفر تولی کند کم است به همین دلیل در شمول «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و امثال ذلك برای چنین موردی تردید داریم، ولی کم کم دیدیم که در مواردی تولی طرفین عقد وجود دارد که یک نمونه آن بیع معاطاتی است، مثلاً جنسی در انبار خانه زید دارد، می گوید آن جنس را از طرف من بردار و پول آن هم امانت پیش تو باشد، که در واقع نوع معاطات است، یا در اسناد کتبی در بین عقلا دیده می شود که یک نفر از طرف دو نفر امضا می کند مثلاً خانه ای را با وکالت بلا عزل خریده است وقتی که خریدار می خواهد سند را به نام خودش تنظیم کند طرفین عقد یک نفر (خریدار) است و ما معتقدیم که انشاء کتبی حکم انشاء لفظی را دارد بلکه از آن هم قوی تر است. پس بین عقلا تولی طرفین عقد در کتابت فراوان و در معاطات هم کم نیست.

مضافاً به اینکه روایت حلبی «۳» با صراحت می گوید آن مردی که از طرف زن وکالت گرفته بود، زن را برای خودش نکاح کرد، کاری نداریم که این شخص شیاد بود ولی معلوم است که عرف آن روز این کار را صحیح می دانستند چون ظاهر «اشهدوا» این است که در آنجا عده ای هم حاضر بودند و به او ایراد نکردند و امام علیه السلام هم که جواب می دهد این قسمت را نفی نمی کند، بلکه به جهت تدلیس، او را مستحق تعزیر می داند و باطل بودن عقد به این جهت است که از اول تدلیس کرده اند، نه اینکه به جهت

تولّی طرفین عقد باطل باشد، پس این روایت هم به عنوان مؤید باعث شد که ما این طرف (جواز) را انتخاب کنیم، به خصوص که اصحاب هم غالباً تولّی طرفین عقد را اجازه داده‌اند، که این شهرت بین الاصحاب هم می‌تواند مؤید دیگری باشد.

الامر الثانی: امام (ره) تعبیری دارد و می‌فرماید: در مسأله اگر احتیاط شود (احتیاط مستحب) خوب است،

یعنی طرفین عقد دو نفر باشند بعد می‌فرماید: لا سیما در عقد منقطع، چرا امام عقد منقطع را چنین بیان می‌کند؟ کسی متعرض این مسأله نشده است و تصوّر ما این است که در ذهن مبارک ایشان این بوده که روایت عمّار ناظر به تولّی طرفین عقد و مورد آن هم نکاح منقطع است، چون زن گفته بود که مخفیانه این کار صورت بگیرد و زن هم بیوه بود، اینها را قرینه گرفته‌اند بر اینکه نکاح منقطع بوده است. احتمال دارد که توجیه کلام امام (ره) این باشد.

[مسأله ۱۷: (العلم بايقاع العقد من الوكيل)]

اشاره

مسأله ۱۷: اذا وكّلا وكيلا في العقد في زمان معين لا يجوز لهما المقاربه بعد ذلك الزمان ما لم يحصل لهما العلم بايقاعه و لا يكفي الظنّ، نعم لو اخبر الوكيل بالايقاع كفي، لانّ قوله حجه فيما وكلّ فيه.

عنوان مسأله:

اگر کسی را وکیل شود که ساعت دوازده روز جمعه عقدی بخواند، آیا زن و شوهر می‌توانند بعد از ساعت دوازده با هم ارتباط داشته باشند؟ وکیل قول داده بود که بخواند و ظنّ هم داریم که خوانده است آیا به این ظنّ می‌توان اعتماد کرد؟

(۱) ح ۶، باب ۱ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۱، باب ۱۰ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۱، باب ۱۰ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۳۱

نمی‌توانیم به قولی که وکیل قبلاً داده است اعتماد کنیم چون احتمال می‌دهیم که فراموش کرده و یا مانع دیگری پیدا شده باشد، چون اصل عدم وقوع عقد است و در مقابل اصالت عدم یعنی «لا تنقض الیقین بالشک»، «انقضه بیقین آخر» لازم است یعنی باید یقین پیدا کنیم که صیغه عقد را خوانده است.

ان قلت: چرا در اینجا اصالة حمل فعل مسلم بر صحّت جاری نمی‌کنید؟

قلنا: فعلی انجام نشده است که بگوییم صحیح است یا نه، و حمل فعل مسلم بر صحّت در جائی است که مثلاً نمازی بر میت خوانده شده و نمی‌دانیم صحیح خوانده شده یا نه، در اینجا حمل فعل مسلم بر صحّت می‌کنیم، اما وقتی نمی‌دانیم بر این میت نماز خوانده شده یا نه، نمی‌توانیم حمل فعل مسلم بر صحّت کنیم.

اگر وکیل خبر داد که عقد را خوانده است در اینجا به چه دلیل قول او را می‌پذیریم؟ اگر یقین داریم راست می‌گوید بحثی نیست ولی اگر احتمال می‌دهیم دروغ می‌گوید چرا قولش حجت باشد؟ ظاهراً بنای عقلا بر این است که در ذوالید، وکیل، وصی و ولی

قول آنها را قبول می‌کنند یعنی افرادی که در کاری ذو الید و صاحب اختیار هستند قولشان حجت است چون اگر حجت ندانند سنگ روی سنگ بند نمی‌شود، البته استثنائی در این موارد داریم: اگر وکیل (ذو الید) متهم باشد (مثلاً متقلب است)، در این صورت خبرش حجت نیست، حتی در اموال خبر ذو الید متهم را حجت نمی‌دانیم و نمی‌توانیم بگوییم «الید اماره علی المملکیه» چون شخص متهم است، پس قول ذو الید غیر متهم حجت است.

ان قلت: شما گفتید در جائی که نمی‌دانید عقد را وکیل خوانده است یا نه اصل عدم است، این در واقع استصحاب عدم ازلی است چون شک دارید که عقد خوانده شده یا نه، استصحاب می‌کنید عدم عقد را. قلنا: این استصحاب عدم نعتی است چون زید و فاطمه وجود خارجی داشتند و عقدشان خوانده نشده بود بعد نمی‌دانیم که عقدشان خوانده شده یا نه، این استصحاب عدم نعتی است نه عدم ازلی.

[مسئله ۱۸: لا يجوز اشتراط الخيار في عقد النكاح دواماً أو انقطاعاً]

اشاره

۹۸ مسئله ۱۸ (اشترط الخيار في عقد النكاح و المهر ... ۷۹ / ۲ / ۱۶)

مسئله ۱۸: لا- يجوز اشتراط الخيار في عقد النكاح دواماً أو انقطاعاً لا للزوج و لا للزوجه، فلو شرطاه بطل الشرط، بل المشهور علی بطلان العقد أيضاً، و قيل ببطلان الشرط دون العقد، و لا يخلو من قوة، و يجوز اشتراط الخيار في المهر مع تعيين المدّة، فلو فسخ ذو الخيار سقط المهر المسمّى، فيكون كالعقد بلا ذكر المهر، فيرجع الى مهر المثل، هذا في العقد الدائم الذي لا يعتبر فيه ذكر المهر، و اما المتعة التي لا تصحّ بلا مهر فهل يصح فيها اشتراط الخيار في المهر؟ فيه اشكال.

عنوان مسأله:

اشاره

آیا در عقد نکاح می‌توان شرط فسخ کرد؟ این مسأله در واقع دارای دو فرع است:

فرع اول: هل يجوز اشتراط الخيار في عقد النكاح؟

چه عقد دائم باشد و چه منقطع، زوج شرط کند یا زوجه و یا هر دو شرط کنند، اگر گفتیم حق ندارند در این صورت شرط باطل خواهد بود، آیا با بطلان شرط، عقد هم باطل خواهد شد؟ مشهور این است که بطلان شرط به عقد هم سرایت می‌کند. مرحوم امام می‌فرماید: اقوی این است که بطلان شرط باعث بطلان مشروط نمی‌شود (سرایت نمی‌کند) که ما هم همین را انتخاب می‌کنیم.

فرع دوم: هل يجوز اشتراط الاخير في المهر؟

مثلاً خانه را مهر زوجه قرار می‌دهد و برای خودش شرط خیار می‌کند که اگر خواست مهر را فسخ کند، در صورتی که فسخ کرد

باید مهر المثل بدهد.

این در عقد دائم است ولی در عقد موقت جایز نیست چون در عقد موقت مهر یکی از ارکان عقد است.

نکته: بین شرط الخيار و خيار تخلف الشرط فرق است، شرط خيار همین است که برای خودش شرط می‌کند تا مدت معینی خيار داشته باشد و اما خيار تخلف شرط این است که شرط کرده است که سه ماه بعد تحویل دهد، اگر تا سه ماه تحویل نداد، تخلف از شرط کرده و طرف مقابل خيار دارد. در نکاح خيار تخلف شرط هست ولی خيار شرط نیست.

فرع اول: هل يجوز اشتراط الخيار في عقد النكاح؟

اشاره

امام (ره) فرموده‌اند این صورت باطل است چه عقد دائم و چه منقطع.

اقوال:

از نظر اقوال مسأله تقریباً مسلم و اجماع قائم است که «لا يجوز اشتراط الخيار في النكاح».

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

نعم لا يصح لا يجوز اشتراطه (خيار) في العقد اتفاقاً كما في

كتاب النكاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۳۲

كشف اللثام و غيره. «۱»

مرحوم صاحب حدائق هم می‌فرماید:

أمّا اشتراطه في اصل النكاح فالمشهور أنه غير جائز و لو اشترطه كان العقد باطلاً ... و خالف في ذلك (بطلان عقد) ابن ادریس

فحكم بصحة العقد و فساد الشرط. «۲»

مرحوم آقای حکیم در ذیل مسئله اولی از مسائل متفرقه عقد نکاح عروه می‌فرماید:

و في مكاسب شيخنا الاعظم عن الخلاف و المبسوط و السرائر و جامع المقاصد و المسالك الاجماع عليه (بطلان شرط خيار) و در

ذیل کلامشان می‌فرمایند:

و اذا العمدة فيه الاجماع المدعى و ان كان ظاهر الحدائق وجود القائل بالجواز (چون صاحب حدائق المشهور گفت پس معلوم

می‌شود که مخالفی هم هست) لانه (حدائق) نسب المنع الى المشهور و لكن لم يعرف بذلك قائل (پس مسأله اجماعی است). «۳»

از مجموع اقوال استفاده می‌شود که در مسأله مخالفی نیست.

ادله:

اشاره

در کلمات علما شش دلیل وجود دارد که دلیل هفتمی هم ما اضافه می‌کنیم که از بقیه بهتر است.

۱- اجماع:

□
سیأتی الکلام فیہ ان شاء اللہ تعالیٰ.

۲- الفسخ فی المعاوضات:

شاهد اینکه نکاح معاوضه نیست این است که خیلی از جهالت‌ها در نکاح مجاز، ولی در بیع مجاز نیست، مثلاً در زوجه خیلی از صفات ممکن است مجهول باشد ولی در مبین و ثمن جهالت پذیرفته نمی‌شود. جواب از دلیل: این دلیل در واقع مصادره به مطلوب است به این بیان که چه کسی گفته است که شرط خیلی منحصر به معاوضات است، ما قبول نداریم و در واقع نزاع در همین است.

۳- العبادات لا یدخلها الخیار:

در نکاح شائبه عبادیت موجود است و در عبادات خیار نیست. جواب از دلیل: عبادتی داریم که در آن خیار می‌آید و آن احرام است چون در حین احرام می‌تواند شرط کند (حُلنی حیث ما منعتی) هر جا به مانع برخورد کردم از احرام خارج می‌شوم (شرط خیار) پس اگر در اثناء احرام بیمار شد می‌تواند از احرام خارج شود که این خیار در عبادت است.

۴- اشتراط الخیار یوجب ابتذال امرأه:

اشترط خیار باعث می‌شود که زن مبتذل و بی‌ارزش شود این ضرر عظیمی برای او است. جواب از دلیل: این در صورتی است که مرد شرط خیار کند ولی اگر زن شرط خیار کند موجب ابتذال او نیست پس ابتذال امرأه اخصّ از مدعاست.

۵- روایات باب متعه:

□
...* عن عبد الله بن بکیر

(صحیحه)

□
قال: قال ابو عبد الله عليه السلام فی حدیث: ان سمی الاجل فهو المتعه و ان لم یسم الاجل فهو نکاح بات

(قطعی و غیر قابل فسخ). «۴»

گفته شده است «نکاح بات» یعنی اینکه به هیچ قیمتی نمی‌توان آن را به هم زد حتی شرط خیار هم نمی‌توان کرد. جواب از روایت: این روایت شاید اشعاری داشته باشد ولی تمام نیست، چون اگر چه طبیعت نکاح لزوم است ولی این لزوم منافاتی با شرط خیار ندارد کما اینکه طبیعت بیع بالصیغه هم لزوم است و در عین حال شرط خیار هم در آن می‌شود پس این روایت طبیعت نکاح را بیان می‌کند و منافات با شرط ندارد.

* و بالاسناد السابق عن ابان بن تغلب فی حدیث صیغه المتعه

(سند حدیث ظاهراً خوب است)

□
انه قال لأبی عبد الله عليه السلام: فأنی أستحی أن اذکر شرط الايام قال: هو اضرب علیک، قلت و کیف؟ قال:

لأنك ان لم تشرط كان تزويج مُقام «... ۵»

گفته‌اند که «مقام» یعنی ثابت است و خیار و فسخی در آن نیست.

جواب از روایت: همان جواب قبل را در اینجا می‌دهیم که معنی حدیث این است که طبیعت لزوم است و منافاتی با شرط الخیار ندارد کما اینکه در بیع بالصیغه چنین است.

۹۹ ادامه مسئله ۱۸ ... ۱۸ / ۲ / ۷۹

۶- روایات باب عیوب:

مضمون روایات «۶» این است که «ترد المرأة بعيب كذا و كذا» یعنی نکاح را فقط به خاطر آن چند عیب می‌توان فسخ کرد، حال

(۱) ج ۲۹، ص ۱۴۹.

(۲) ج ۲۳، ص ۱۸۴.

(۳) مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۰۴ و ۴۰۵.

(۴) ح ۱، باب ۲۰ از ابواب متعه.

(۵) ح ۲، باب ۲۰ از ابواب متعه.

(۶) وسائل، ج ۱۴، باب ۱ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۳۳

می‌گویند که این احادیث عام است و معنایش این است که نکاح قابل فسخ نیست نه به خیار نه به غیر آن، مگر با عیوب خاصه. جواب از دلیل: این دلیل هم صحیح نیست و روایات دلالت ندارد، چون ناظر به باب عیوب است کأن می‌گوید «لا یرد النکاح بعيب الا هذه العیوب (حصر اضافی)» پس ناظر به تمام عوامل فسخ نیست بلکه فقط ناظر به عیوب است، در نتیجه نمی‌توان به این احادیث برای نفی خیار شرط در نکاح استدلال کرد.

۷- روایات باب «من خیر امرأته لم يقع بها طلاق»:

همان‌طور که در ابتدا بیان شد کسی متعرض این دلیل نشده در حالی که از ادله دیگر بهتر است. در کتاب الطلاق بابی داریم که آیا جایز است برای مرأه خیار قائل شویم، یعنی به زن بگوییم اختیار با خودت می‌خواهی برو یا بمان. البته آن خیار از خیار شرطی است که ما می‌گوییم چون ما خیار شرط در حین اجرای عقد را می‌گوییم و چیزی که در باب طلاق از آن بحث کرده‌اند خیار بعد العقد است، ولی از آن می‌توان برای ما نحن فیه استفاده کرد.

توضیح ذلک: در سورة احزاب دستوری در مورد زوجات النبی صلی الله علیه و آله داده شده است:

يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأُزَوِّجَكُ إِنْ كُنْتُمْ تُرَدُّنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَ زَيْنَتَهَا فَمَنْ تَعَلَّيْنِ أُمَّتُكُنَّ وَ أَسْرَحُكُنَّ سَرَّاحًا جَمِيلًا. وَ إِنْ كُنْتُمْ تُرَدُّنَ اللَّهَ وَ رَسُوْلَهُ وَ الدَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا. «۱» ای پیامبر به همسرانت بگو اگر شما طالب زینت حیات دنیا هستید بیایید با هدیه‌ای شما را بهره‌مند سازم و به طرز نیکویی شما را رها کنم و اگر شما خدا و پیامبرش و سرای آخرت را می‌خواهید خداوند برای نیکوکاران شما پاداش عظیمی آماده ساخته است (در واقع پیامبر اکرم زنانش را مخیر کرد).

شأن نزول:

غزوات اسلامی که پیش آمد، غنائم فراوانی بدست مسلمانان رسید که در میان آنها چیزهای گرانبها و پرزرق و برقی هم یافت

می‌شد، بعضی از همسران پیامبر چشمشان که به این غنائم می‌افتاد تصوّر می‌کردند که اینها ملک خصوصی پیامبر است، و درخواست فلان لباس یا زینت یا مال را می‌کردند و پیش خود فکر می‌کردند که دوران فقر و نداری پیامبر تمام شده و پیامبر همه چیز دارد پس باید همسران او به نوایی برسند.

خداوند به پیامبر فرمود که به زن‌ها بگو این اموال برای من نیست اگر این زندگی را می‌پسندید بمانید و اگر نمی‌پسندید بروید، و برای آنها خیار قرار داد.

در بین مفسران شیعه و سنی بحث در این است که:

اولاً، آیا معنای خیاری که برای زنان پیامبر قرار داده شد، این است که دیگر طلاق نمی‌خواهند؟ عده‌ای گفته‌اند که دیگر احتیاج به طلاق نبوده و کأنّ خیار فسخ به آنها داده شده و همین طلاق است، در حالی که بعضی معتقدند معنایش این است که اگر می‌خواهید بروید طلاقتان بدهم نه اینکه خودتان انتخاب کنید، شاید ذیل آیه هم همین معنا را برساند: «فَتَعَالَيْنَ أُمَتُّكُنَّ وَأُسُرُّكُنَّ سَوَاحًا جَمِيلًا» یعنی من شما را آزاد کنم و طلاق دهم.

ثانیاً: سلّمنا که این اختیار جانشین طلاق باشد آیا این از خصائص النبی و مخصوص پیامبر است یا شامل دیگران هم می‌شود؟ این مسأله شدیداً محل بحث است، مشهور و معروف در بین فقهای ما این است که این مسأله اگر هم باشد اختصاص به پیامبر دارد و شامل دیگران نمی‌شود.

در وسائل در کتاب الطلاق بابی داریم که چند روایت آن می‌تواند شاهد بحث ما باشد.

روایتی می‌گوید جعل خیار برای مرأه جایز نیست حتی تعبیرش این است که «یفسد العقد» و از اینجا معلوم می‌شود که جعل خیار در عقد می‌کنند چون اگر بعد از عقد باشد، عقد باطل نمی‌شود.

...* عن هارون

[مروان]

بن مسلم عن بعض اصحابنا

(مرسله)

عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قلت له: ما تقول فی رجل جعل امر امرأته بیدها؟ قال: فقال لی: ولیّ الامر من لیس اهله و خالف السنّه و لم یجز النکاح

(در موقع صیغه عقد گفته است که امرت به دست خودت است که همان خیار فسخ است). «۲»

این حدیث از تمام ادله‌ای که بیان شد برای بحث ما بهتر است، اگر چه دلیل اخصّ از مدعاست ولی ما بعداً رجل را هم ملحق می‌کنیم.

روایات متعددی ناظر به خیار بعد العقد است و می‌گوید جایز نیست و این مخصوص رسول خدا صلی الله علیه و آله بوده است و امت نمی‌تواند چنین اختیاری به دست مرأه بدهند:

...* عن محمد بن مسلم قال: سألت ابا جعفر علیه السلام عن الخیار فقال: و

(۱) آیه ۲۸ و ۲۹، سوره احزاب.

(۲) ح ۵، باب ۴۱ از ابواب مقدمات طلاق.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۳۴ □

ما هو و ما ذاک؟ انما ذاک شیء لرسول الله صلی الله علیه و آله.

« ۱... » * عن عیص بن القاسم عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن رجل خیر امرأته فاخترت نفسها، بانت منه؟ قال: لا، انما هذا شیءٌ کان لرسول الله صلی الله علیه و آله خاصهً «... ۲» □

□ *... عن محمد بن مسلم: قلت لأبی عبد الله علیه السلام انی سمعت اباک يقول: ان رسول الله صلی الله علیه و آله خیر نساءه فاخترن الله و رسوله و لم یمسکهن علی طلاق و لو اخترن أنفسهن لُبِنَ (بینونت و جدائی حاصل می شد)

فقال: ان هذا حدیث کان یرویه ابی عن عائشه و ما للناس و الخیار، انما هذا شیءٌ خصّ الله به رسوله (حدیث در مقام تقیه است). «... ۳»

احادیث متعدّد دیگری هم در این باب هست. مثلاً اگر کسی به همسرش بگوید اختیار داری، مادامی که در مجلس است می تواند اختیار کند و اگر مجلس به هم خورد اختیار ندارد (مثل خیار مجلس) و در روایت دارد که شهود هم باید باشند، که این روایات معرض عنهای اصحاب است.

این احادیث چه ارتباطی به بحث ما دارد؟ یک حدیث خوب ولی سندش ضعیف بود مگر اینکه بگوییم ضعف سند با عمل اصحاب جبران می شود ولی احادیث دیگر هم به عقیده ما به طریق اولویت یا الغاء خصوصیت برای ما نحن فیه قابل استدلال است، احادیث تحاشی کرده و می گوید اصلاً چنین حقی را خدا به مرأه نداده است و معنای این تحاشی این است که طلاق برای مرد است و زن حقی ندارد پس تحاشی می کند از مطلق جعل الخیار و لو مورد جعل الخیار بعد العقد باشد و تعلیل (این خلاف سنت است) عام است، اگر در موقع عقد هم قرار دهد خلاف سنت است، پس از مجموع تعلیلات، تحاشی و حدیث اول می توانیم بفهمیم که جعل الخیار للمرأه جایز نیست، البته در مورد مردی چیزی ندارد پس دلیل اخصّ از مدعاست و اینکه رجل ذکر نشده برای این نیست که رجل حقّ فسخ دارد بلکه چون رجل احتیاجی نداشته و حقّ طلاق دارد. این دلیل به نظر ما از شش دلیل دیگر بهتر است.

اضف الی ذلک: که می توان این را به عنوان دلیل هشتم یا مؤید قرار داد:

در بین عقلا- نکاح همیشه بوده است، در میان عقلا- هم در نکاح حقّ فسخ قرار نمی دهند، منتهی طلاق هست که بعضی از اقوام طلاق را مخصوص مرد می دانند، در بعضی از اقوام به زن هم حق می دهند، ولی چیزی مثل خیار فسخ در نکاح در میان عقلا نیست و در مذاق متشرّعه هم نیست و اگر شنیده شود چیز عجیبی می دانند. نتیجه: اصل مسأله ثابت شد که خیار فسخ در نکاح جاری نمی شود.

۱۰۰ ادامه مسأله ۱۸ ... ۱۹ / ۲ / ۷۹

آیا بطلان شرط به عقد هم سرایت می کند؟ یعنی با بطلان شرط خیار آیا عقد هم باطل می شود.

اشاره

در اینجا بعضی به سرایت و بعضی به عدم آن قائل شده اند.

مشهور معروف این است که سرایت می کند یعنی عقد نکاح هم باطل می شود ولی در سایر ابواب وقتی به شرط فاسد می رسند می گویند بنا بر قول مشهور شرط فاسد مفسد نیست فرق نکاح با ابواب دیگر در چیست؟

اقوال:

مرحوم صاحب حدائق می‌فرماید:

و لو اشترطه (خیار) كان العقد باطلاً... و بذلك قطع الشيخ في المبسوط و جمله من المتأخرين... و خالف في ذلك ابن ادریس فحكم بصحة العقد و فساد الشرط... فقال: انه لا دليل على البطلان (بطلان عقد) من كتاب و لا سنة و لا اجماع بل الاجماع على الصحة لأنه لم يذهب الى البطلان احد من اصحابنا و انما هو من تخريج (استنباط) المخالفين و فروعهم و اختاره الشيخ على عادته في الكتاب «۴» (عادت شیخ در مبسوط این است که تحت تأثیر عامه است. این تعبیر تندی از ناحیه ابن ادریس نسبت به ایشان است چون در زمان شیخ به جهت اُبْهت او معاصرینش مقلد او بوده و جرأت مخالفت نداشتند و ابن ادریس برای اینکه باب اجتهاد باز باشد قصدش شکستن اُبْهت او است).

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

مع انّ القول فيها ببطلان العقد ببطلان الشرط معروف بل في كشف اللثام نسبتبه الى المشهور هنا. «۵»
مرحوم آقای حکیم «۶» علاوه بر این مسالک نقل شهرت می‌کند، ولی مرحوم محقق که غالباً هماهنگ با مشهور است در شرایع حکم به صحّت کرده است.

(۱) ح ۱، باب ۴۱ از ابواب مقدمات طلاق.

(۲) ح ۴، باب ۴۸ از ابواب مقدمات طلاق.

(۳) ح ۳، باب ۴۱ از ابواب مقدمات طلاق.

(۴) ج ۲۳، ص ۱۸۴ و ۱۸۵.

(۵) ج ۲۹، ص ۱۵۰.

(۶) ج ۱۴، ص ۴۰۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۳۵

جمع‌بندی: مشهور این است که فساد شرط به عقد هم سرایت می‌کند.

دلیل قائلین به صحّت عقد: وجود مقتضی و فقدان مانع

عمده دلیل همان چیزی بود که مرحوم ابن ادریس گفت یعنی مقتضی صحّت عموماً و فناء به عقود موجود و مانع صحّت مفقود است، چون کتاب، سنت و اجماع در اینجا نداریم پس حکم به صحّت موافق قاعده است.

دلیل قائلین به فساد: قاعده

اشاره

بر طبق قاعده العقود تابعه للقصد، اگر شرط فاسد باشد و عقد فاسد نشود، در این صورت ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع، چون هر دو را با هم می‌خواست یعنی نکاحی می‌خواست که تا مدتی حقّ تجدید نظر داشته باشد. بنابراین عقد در این صورت فاسد است.

جواب از دلیل:

در مقابل این دلیل جوابی داده شده به این که عرف عقلا در اینجا به حسب ارتکاز عرفی قائل به تعدّد مطلوب هستند و می‌گویند

خود عقد چیزی است و شرط چیز دیگر و در واقع دو مطلوب است و اگر یکی فاسد شد چرا دو می فاسد شود، در باب مهر فاسد، مثلاً به گمان اینکه محتوای ظرف سرکه است آن را مهریه قرار داد بعد معلوم شد که خمر است یا اینکه خانه را مهر قرار داد بعد معلوم شد که مال غیر است گفته می شود که فساد مهر به عقد سرایت نمی کند و فقط مهر باطل است و عقد باطل نیست، با اینکه ممکن است زوجه بگوید که من عقد را به خاطر آن مهر می خواستم، در حالی که شرط نیز مانند مهر است.

و همچنین در بیع ما یملک و ما لا یملک که از شرط هم بالاتر است و در واقع جزء است، گفته می شود در ما یملک بیع صحیح است و در ما لا- یملک باطل است در حالی که خریدار همه را با هم می خواسته است، که همه از باب تعدد مطلوب است. در ما نحن فیه هم همین را می گوئیم یعنی نکاح و شرط خیار دو امر مختلف و از قبیل تعدد مطلوب هستند وقتی یکی به مشکل برخورد، دو می به قوت خود باقی است. پس تا اینجا از قول مشهور جواب دادیم.

ردّ جواب:

اشاره

در مقابل، مشهور به سه بیان جواب می دهند:

۱- بیان مرحوم صاحب عروه:

مسئله تعدد مطلوب در همه جا درست نیست بعضی جاها رکن است، یعنی اگر شرط یا جزئی از ارکان باشد در آنجا قائل به فساد می شویم و فساد شرط موجب فساد عقد می شود مثل اینکه یک جفت کفش خریده است که یک لنگه آن برای غیر است، در اینجا تعدد مطلوب معنا ندارد چون جزء رکن است. در ما نحن فیه هم شرط خیار جزء ارکان است و جای تعدد مطلوب نیست، یعنی کسی که عقد را با خیار طلبیده است، خود عقد را به طور دائم نخواسته و شما نمی توانید آن را به گردش بیندازید.

۲- بیان مرحوم آقای خوئی:

در جاهای دیگر شرط فاسد به عقد سرایت نمی کند ولی در ما نحن فساد شرط به عقد هم سرایت می کند ایشان در حواشی بر عروه در ذیل مسئله اولی از مسائل متفرقه نکاح می فرماید:

ان اشترط الخیار یرجع الی تحدید الزوجیه بما قبل الفسخ لا محاله (در این صورت نه زوجیت دائم است و نه زوجیت منقطع، دائم نیست چون مقید به فسخ است و منقطع نیست چون مدت ندارد و هو ینافی قصد الزواج الدائم أو المؤجل الی اجل معلوم. «۱») پس این شرط با روح عقد نکاح سازگار نبوده و شرط مخالف مقتضای عقد است در نتیجه شرط فاسد و عقد هم باطل است. جواب: جعل الخیار لا ینافی قصد الدوام، چون در تمام بیعها هم همین طور است بیع تملیک محدود نیست بلکه تملیک مطلق الی الابد است و در عین حال خیار فسخ دارد و در عین اینکه طبیعت آن دوام است منافات با خیار فسخ ندارد، کما اینکه عیوب، نکاح را فسخ می کند، بنابراین طبیعت عقد دوام است و دائمی بودن طبیعت، با خیار فسخ منافات ندارد.

۳- بیان استاد در حاشیه عروه:

در جاهایی که شرط باطل می شود و اصل معامله باقی است یک راه جبران دارد مثلاً گفته می شود که مهر ملک غیر بوده است وقتی مهر باطل شد جبرانش مهر المثل است که جانشین آن می شود و یا در بیع ما یملک و ما لا یملک وقتی بیع در ما یملک صحیح شد

جبرانش به خیار تبعض صفت است و یا در شروط فاسده دیگر، خیار تخلف شرط جبران می‌کند. در ما نحن فیه که جعل خیار کرده بودند که تا یک ماه مثلاً حق فسخ داشته باشند، اگر خیار فسخ برداشته شود چیزی جانشین آن نمی‌شود و راه جبران ندارد و تا ابد این ازدواج به گردن او می‌افتد، بنابراین در

(۱) عروه، ج ۲، ص ۸۵۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۳۶

جاهای دیگر که قائل به تعدد مطلوب هستیم و سرایت را هم قائل نیستیم، در مقابل از دست دادن یک مطلوب، به روی کسی که یک مطلوب را از دست داده است راه جبرانی باز است در حالی که در ما نحن فیه درها به رویش بسته است، و اینجاست که ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد حاصل می‌شود، پس ما جزء کسانی هستیم که می‌گوییم این مسأله با جاهای دیگر فرق دارد و فساد شرائط دیگر به عقد سرایت نمی‌کند ولی در ما نحن فیه فساد شرط به عقد سرایت می‌کند چون راه جبران به روی صاحب شرط بسته است و با مسدود بودن راه جبران خلاف مقصودش حاصل می‌شود.

الی هنا تم الکلام فی الفرع الاول.

۱۰۱ ادامه م ۱۸ و م ۱۹ (ادعاء الزوجیه ...) ۲۰ / ۲ / ۷۹

فرع دوم: هل يجوز اشتراط الخیار فی المهر؟

اشاره

خانه‌ای را مهر همسرش قرار می‌دهد ولی شرط خیار می‌کند که روی این مسأله فکر کند و اگر خواست فسخ کرده و سراغ مهر المثل برود.

مشهور و معروف در بین فقها این است که چنین خیاری مانعی ندارد، چون اگر اعمال خیار کرد و مهریه (مهر المسمی) باطل شد مهر المثل جانشین آن می‌شود.

اقوال:

مرحوم محقق در شرایع، مرحوم علامه در قواعد، مرحوم شهید ثانی در مسالک، مرحوم فاضل اصفهانی در کشف اللثام و دیگران به این مسأله فتویٰ داده‌اند. مرحوم آقای حکیم در مستمسک می‌فرماید:

كما هو المعروف بينهم المصرح به فی کلام جماعه کالشرائع و القواعد و المسالک و کشف اللثام و غيرها مرسلین له ارسال المسلمات من دون تعرض فیه لخلاف او اشکال. «۱»

مرحوم شیخ طوسی می‌فرماید:

مسأله ۳۳: اذا اصدقها داراً و شرط فی الصداق ثلاثه ایام شرط الخیار صحّ الصداق و الشرط معاً و النکاح صحیح، (چه فسخ کند و چه نکند) و للشافعی فی صحه النکاح قولان احدهما یبطل و الثانی یصحّ فاذا قال یصحّ فله فی الصداق ثلاثه أوجه، احدهما یصحّ المهر و الشرط معاً كما قلناه و الثانی یبطلان معاً و الثالث یبطل الشرط دون الصداق. دلیلنا قوله صلی الله علیه و آله المؤمنون عند

شروطهم (شیخ طوسی هر جا که محل اجماع باشد می‌فرماید «اجماع الفرقه» معلوم می‌شود که مسأله در نظر ایشان اجماعی نبوده است ولی از آن طرف می‌دانیم که مخالفی هم در مسأله نیست پس می‌توان گفت که مسأله مطرح نبوده است از عامه هم فقط شافعی این مسأله را مطرح کرده است) و لآنّ هذا الشرط لا یخالف الكتاب و السنّة فیجب أن یکون صحیحاً. «۲» بنابراین دلیلی که ایشان انتخاب کرده اجماع نیست، بلکه دلیل عمومات صحّت شروط است که دلالت می‌کند این شرط صحیح است.

اگر قائل به صحّت شرط خیار در باب مهر شویم (که هستیم) آیا حد معین دارد و سه روز است؟ لیس له حد محدود و اینکه می‌گویند «ثلاثة ایام» تصوّر این است که بعضی از خیارات زمانش سه روز است و سه روز برای فکر کردن کافی است بنابراین ذکر ثلاثة ایام از این جهت است و الا شرط الخیار حد معینی ندارد.

دلیل: عمومات ادله شروط

دلیل این مسأله همان عمومات ادله شروط (المؤمنون عند شروطهم) است و روایت خاصی در باب شرط در ضمن مهر نداریم. پس شرط خیار در مهر اشکالی ندارد بر فرض هم که مهر فسخ شود، سراغ مهر المثل می‌روند، علاوه بر این مهر از ارکان عقد نیست و لذا شرط در ضمن آن اشکالی ندارد.

بقی هنا امران:

الامر الاول: تعیین مدتّ خیار آیا تعیین مدت لازم است؟

بعضی گفته‌اند که تعیین لازم نیست.

معنای عدم تعیین چیست؟

آیا تا آخر عمر است و یا مبهم است؟ اگر تا آخر عمر است زمان دارد و مانعی ندارد، اما اگر مبهم باشد، ابهام جایز نیست و تعیین لازم است چون ابهام موجب غرر و جهل و به حکم عقلا و شرع باطل است و اگر در این مسأله تعیین مدت را تصریح نکرده‌اند به جهت وضوح آن است.

الامر الثاني: خیار در مهر نکاح منقطع آیا در نکاح منقطع هم خیار در مهر جایز است؟

ظاهر بعضی از کلمات و تصریح مرحوم امام در تحریر الوسيله این است که جعل خیار در مهر در عقد موقت، دارای اشکال است، بعضی بالاتر گفته و آن را باطل دانسته‌اند چون اگر

(۱) ج ۴، ص ۴۰۷.

(۲) الخلاف، ج ۴، کتاب الصداق، مسئله ۳۳، ص ۳۸۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۳۷

شرط خیار کند و بعد فسخ کند، مهر از بین می‌رود و عقد بدون مهر می‌شود چون در عقد موقت مهر المثل نداریم و پس عقد موقت بدون مهر باطل است.

ان قلت: در اینجا ابتداءً تعیین مهر بوده و بقاءً بلا مهر شده است (بعد از اعمال خیار) چه کسی گفته است که هم حدوداً و هم بقاءً ذکر مهر از شرائط عقد موقت است.

قلنا: ظاهر ادله این است که در نکاح موقت باید مهر باشد هم حدوداً و هم بقاءً، چون در عقد موقت مهر المثل نداریم، و لا اقل باید احتیاط واجب بگوییم.

نتیجه: شرط خیار در عقد نکاح جایز نبوده و موجب بطلان عقد نکاح می‌شود اما در مهر جایز است به شرط اینکه عقد دائم باشد که عدول به مهر المسمی می‌شود ولی در عقد موقت نمی‌توان در مهر شرط خیار کرد.

[مسئله ۱۹: ادعاء الزوجیه]

اشاره

مسئله ۱۹: اذا ادعى رجل زوجیه امرأه فصدقتها أو ادعت امرأة زوجیه رجل فصدقها حکم لهما بذلك مع احتمال الصدق، و ليس لا حد الاعتراض عليهما من غير فرق بين كونهما بلديين معروفين أو غريبين، و اما اذا ادعى احدهما الزوجیه و انكر الآخر فالبينه على المدعى و اليمين على من انكر فان كان للمدعى بينه حکم له و الافتتوجه اليمين الى المنكر فان حلف سقطت دعوى المدعى، و ان نكل يرد الحاكم اليمين على المدعى فان حلف ثبت الحق، و ان نكل سقط، و كذا لو رده المنكر على المدعى و حلف ثبت، و ان نكل سقط، هذا بحسب موازين القضاء و قواعد الدعوى و اما بحسب الواقع فيجب على كل منهما العمل على ما هو تكليفه بينه و بين الله تعالى.

مقدمه:

اشاره

این مسئله و پنج مسئله بعد از آن در مورد دعاوی در باب زوجیت است که بر مبانی و پایه‌هایی قرار گرفته که جای آن در کتاب قضاست در اینجا به تعدادی از آنها اشاره می‌کنیم.

مبنای اول: اقرار

از جمله مبانی در باب قضاء، «اقرار العقلاء على انفسهم جائز» است که هم مضمون روایت و هم بنای عقلا و هم اجماع بر آن است، ولی اقرار به نفع، بینه می‌خواهد.

مبنای دوم: «البینه على المدعى و اليمين على من انكر»

این قاعده نیز مسلم و در روایات وارد شده است حال اگر مدعی از بینه عاجز بود منکر باید قسم بخورد.

مبنای سوم: نکول از یمین

اگر منکر حاضر به قسم نشد، نکول از یمین است و حاکم شرع از مدعی می‌خواهد که قسم بخورد، یا مدعی قسم می‌خورد و حق را به او می‌دهند و یا مدعی هم قسم نمی‌خورد که در این صورت دعوی ساقط می‌شود.

مبنای چهارم: یمین مردوده

در جائی که مدعی بینه ندارد و منکر قسم یاد نمی‌کند ولی می‌گوید اگر مدعی راست می‌گوید قسم بخورد یعنی از مدعی مطالبه یمین می‌کند که یا مدعی قسم می‌خورد و حق را به او می‌دهند و یا قسم نمی‌خورد که در این صورت دعوی ساقط است.

۱۰۲ مسئله ۱۹ ... ۷۹ / ۲ / ۲۱

عنوان مسأله:

اشاره

زنی ادعا می‌کند که این مرد همسر من است و یا مردی ادعا می‌کند که این زن همسر من است (ادعای زوجیت) که دو حالت دارد:

حالت اول: طرف مقابل تصدیق می‌کند

در اینجا این دو محکوم به زوجیت هستند و آثار زوجیت جاری می‌گردد، به شرط اینکه احتمال صدق باشد، اگر یقین به کذب داشته باشیم (مثلاً می‌دانیم که زن یک ماه پیش طلاق گرفته است) پذیرفته نمی‌شود. مرحوم امام (ره) می‌فرماید هیچ کس نمی‌تواند به این زن و شوهر اعتراض کند.

آیا بین غریب و بلدی فرق است؟

امام (ره) می‌فرماید فرقی نیست، ولی بعضی از اهل سنت فرق گذاشته و می‌گویند اگر غریب ادعا کند قبول می‌شود، ولی نسبت به بلدی قبول نمی‌شود. از این تعبیر که می‌گویند نظر عامه چنین است معلوم می‌گردد که خاصه در این مسأله اختلافی ندارند.

چرا عامه بین بلدی و غریب فرق می‌گذارند؟

عامه شهود عند النکاح را واجب می‌دانند و در شخص غریب دسترسی به شهود نیست به همین جهت عامه بین غریب و بلدی فرق گذاشته‌اند.

قلنا: دلیلی برای شهود در نکاح نداریم و جای تعجب است که عامه شهود عند الطلاق را که قرآن به آن تصریح می‌کند قبول نداشته ولی شهود عند النکاح را واجب دانسته‌اند.

سَلْمَنًا؛ اگر ما شهود در نکاح را واجب بدانیم فرق گذاشتن

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۳۸

بین بلدی و غریب وجهی ندارد چون در بسیاری از موارد چه در مورد غریب و چه در مورد بلدی دست رسی به شهود نیست.

یک مورد استثنا:

اگر در جایی از این عنوان سوء استفاده شود مثلاً هر پسر و دختری ادعای زوجیت کنند و این عنوان منشأ سوء استفاده و فساد شود در اینجا شاید بتوانیم تحقیق کنیم نه اینکه تکذیب کنیم.

حالت دوم: طرف مقابل تکذیب می‌کند در این حالت مجموعاً شش صورت متصور است:

۱- مدعی اقامه بیینه می‌کند:

در این صورت حکم به زوجیت شده و آثار بر آن مترتب می‌گردد.

۲- مدعی بیینه ندارد:

در این صورت دوومی بر نفی ادعا قسم می‌خورد و دعوی ساقط می‌شود.

۳- منکر قسم نخورد و نکول می‌کند:

در این صورت حاکم شرع از مدعی می‌خواهد که قسم بخورد و اگر، قسم خورد، زوجیت ثابت می‌شود.

۴- مدعی قسم نمی‌خورد:

در این صورت دعوی ساقط است و زوجیت ثابت نمی‌شود.

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه
ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۱، ص: ۱۳۸

۵- منکر قسم را به مدعی رد می‌کند:

در این صورت اگر مدعی قسم بخورد، زوجیت ثابت می‌شود.

۶- مدعی یمین مردوده را نمی‌پذیرد:

در این صورت دعوی ساقط می‌شود. حکم این صور هفت گانه (حالت اول و شش صورت حالت دوم) طبق مبانی باب قضا روشن است و بحثی ندارد و تنها بحثی که در اینجا مطرح است و امام (ره) هم به آن اشاره می‌کنند این است که اینها همه حکم قضائی است، نه حکم واقعی، اما بیینه و بین الله تعالی اگر حکم قاضی مطابق واقع نباشد طرفین مسئول هستند به واقع عمل کنند، به عبارت دیگر حکم قاضی، حکم ظاهری است و حکم ظاهری عند الشک است، اما طرفین دعوی که از باطن قضیه خبر دارند، حکم ظاهری به در آنها نمی‌خورد.

در اینجا حدیثی از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله داریم که حدیثی معتبر و مشهور است.

...* عن هشام بن الحكم عن ابي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: انما أفضى بينكم بالبيّنات والأيمان و بعضكم ألحن

(قوی تر در بیان)

بحجته من بعض فأیما رجل قطعت له من مال اخیه شیئاً فأنما قطعت له به قطعة من النار. «۱»

۱۰۳ مسئله ۲۰ (رجوع المنکر عن انکاره ... ۲۴ / ۲ / ۷۹)

مسألة ۲۰: إذا رجع المنکر عن إنکاره الى الإقرار یسمع منه و یحکم بالزوجیة بینهما]

اشاره

مسألة ۲۰: إذا رجع المنکر عن انکاره الى الإقرار یسمع منه و یحکم بالزوجیة بینهما و ان کان ذلك بعد الحلف علی الاقوی.

عنوان مسأله:

در مسئله قبل بحث در این بود که کسی ادعای زوجیت کرده و طرف مقابل انکار می کند، حال در این مسأله بحث در این است که اگر بعد از انکار اقرار کند، آیا این اقرار مؤثر است، مخصوصاً در جایی که دعوی نزد حاکم شرع بوده، منکر قسم خورد و حاکم شرع هم حکم به فسخ کرده است حال برگشته و می گوید همسر من است (اقرار بعد الانکار). این مسأله در باب زوجیت، اموال و جنایات محل ابتلا و مهم است، چون هر جانی که مرتکب جنایتی شده است در ابتدای کار منکر شده و قسم می خورد ولی بعد از مدتی که بازجویی می کنند اقرار می کند و تقریباً همه جنایتکاران این طور هستند. فعلاً با این قسم کاری نداریم و در باب زوجیت بحث می کنیم که ابتداء انکار کرده (خواه قسم خورده یا هنوز قسم نخورده است) و بعد اقرار می کند.

اقوال:

این مسأله با اینکه مبتلی به است در کلمات اصحاب بیان نشده و بسیار کمند کسانی که متعرض آن شده اند. مرحوم شهید ثانی در شرح لمعه و مرحوم صاحب جواهر در کتاب القضاء اشاره ای به این بحث دارند. مرحوم سید در عروه در ذیل مسئله ثانیه از مسائل متفرقه عقد نکاح همین مسأله را آورده و به همین صورت که امام (ره) فرموده اند ایشان هم می فرمایند. بعد از صاحب عروه شروع عروه مانند مستمسک و مهذب در این مورد بحث کرده اند. مرحوم شهید ثانی می فرماید:

ثم ان استمرت الزوجة علی الانکار فواضح و ان رجعت الى الاعتراف بعد تزویجها بغیره (قبل از تزویج به غیر اقرار او قبول و بعد از تزویج محل بحث است) لم یسمع بالنسبة الى حقوق الزوجیة الثابتة علیها و فی سماعه (اقرار بعد الانکار) بالنسبة الى

(۱) وسائل، ج ۱۸، ح ۱، باب ۲ از ابواب کیفیت الحکم.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۳۹

حقوقها قوه (حقوقی که از زوج اول می برد مثل ارث) اذ لا مانع منه فیدخل فی عموم جواز اقرار العقلاء علی أنفسهم. «۱» و من العجب در اینجا زن از شوهر دوم ارث نمی برد ولی نفقه دارد و تمکین هم می کند، ولی نسبت به شوهر اول نفقه ندارد و تمکین هم نمی کند، ولی ارث می برد، آیا دامنه وسعت «اقرار العقلاء علی أنفسهم جائز»، چنین مسئله عجیبی را هم شامل می شود؟ بعید می دانیم که عمومات چنین شمولی داشته باشند، پس اگر می خواهیم بگوئیم اقرار بعد الانکار مؤثر است لا اقل باید بگوئیم قبل

از ازدواج مؤثر است چون با انتخاب زوج جدید و ازدواج مجدد از زوج اول بریده شده است.

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

فتعارضاً و بقی سالمًا عن المعارض (مورد کلام صاحب جواهر زوجیت نیست بلکه در باب ملک است). «۲»

از این کلام صاحب جواهر معلوم می‌شود که بعید است فرمایش مرحوم امام و صاحب عروه را بپذیرند.

گاهی انسان اول اقرار می‌کند بعد انکار که مسلماً قبول نمی‌شود و اما عکس آن که اقرار بعد الانکار است آیا قبول می‌شود؟

صاحب عروه می‌فرماید:

فیه قولان، «۳» ولی بهتر است که به جای آن «فیه وجهان» بگویند، چون قائل نداریم:

وجه اول: قبول می‌شود به دلیل عموم ادله اقرار. مرحوم آقای حکیم به قاعده «من ملک» هم استدلال کرده و می‌فرماید:

من ملک شیئاً ملک الاقرار به. «۴»

ممکن است گفته شود که این قاعده چه ربطی به باب نکاح دارد چرا که در باب ملکیت است، مگر این که بگوییم منظور از

«شیء»، «نفس» است یعنی «من ملکت نفسها ملک الاقرار به»، ولی ما بعید می‌دانیم که قاعده من ملک جایش در اینجا باشد چون

آن قاعده ملک‌های عرفی را می‌گوید.

وجه دوم: در شمول قاعده نسبت به اینجا (اقرار بعد الانکار) شک داریم و عموماً منصرف است چون دائماً یا غالباً این شخص در

این اقرار متهم است مخصوصاً که هم در تحریر و هم در عروه قید «اذا لم یکن متهماً» را آورده‌اند، و مرحوم صاحب عروه شرط

دیگری (به شرط بیان العذر) را هم بیان می‌کند.

اقرارهای ضد و نقیض همیشه اتهام آور است فعلی هذا، بعید می‌دانیم در عرف عقلاً عموم اقرار شامل اینجا شود و اگر در شمول

عموم شک کنیم، شامل نیست، مخصوصاً اگر شوهر دیگری هم کرده باشد، عقلاً چنین اقراری را نمی‌پذیرند. پس بر خلاف آنچه

که تحریر و عروه نوشته‌اند (و لو بعد الحلف) و آنچه که شهید ثانی گفته است (و لو بعد الازدواج الثانی) این اقرار تمام نیست.

و من هنا یعلم، کلام صاحب جواهر که می‌فرماید: تعارضاً و تساقطاً، اشکال دارد و ما می‌گوییم اولی علی القاعده حجّت است و

دومی حجّت نیست در حالی که تعارض فرع بر این است که هر کدام فی حد ذاته حجّت باشد.

کلام مرحوم سبزواری ناظر به بعد الحلف است و می‌فرماید:

بعد الحلف هم اقرار مؤثر است چون، لأن المنساق مما ورد فیما یتعلق بالقضاة عن المدعی و المنکر و الحلف و البینه هو المستقر

منها (حلفی که تا آخر باشد و یا بینه‌ای که تا آخر باشد) ... لا اثبات الزائل (قسم خورده و برگشته است) فلا بقی موضوع لان

یقال ان الحلف فاسخ تعبدی. «۵»

جواب: این یک ادعاست، کسی که انکار کرد اقرارش فایده‌ای ندارد، چون اطلاقات شامل نمی‌شود.

بقی هنا شیء: اگر در باب حقوق و جنایات انکار کند (مثلاً گفت خانه را نفروختم یا قاتل نیستم) و بعد از بازجویی‌های متعدد اقرار

کند، همه محافل قضائی چنین اقراری را می‌پذیرند، چون این با بحث سابق فرق دارد.

در بحث سابق اقراری از ناحیه زوج شده بود و تصدیقی از ناحیه زوجه می‌خواست (هم منفعت دارد و هم مسئولیت و لذا دو طرف

باید قبول کنند) که بیان شد وقتی انکار کرد و برگشت متهم می‌شود، که شاید به خاطر منافع برگشته است، ولی در اینجا منفعتی در

کار نیست و به همین جهت قبول می‌شود.

[مسألة ۲۱: اذا ادعی رجل زوجیه امرأه و انکرت فهل لها أن تنزّج من غیره]

۱۰۴ م ۲۱ (اذا ادعی رجل زوجته امرأة و انكرت ...) ۷۹ / ۲ / ۲۵

مسأله ۲۱: اذا ادعی رجل زوجته امرأة و انكرت فهل لها أن تتزوج من غيره و للغير أن يتزوجها قبل فصل الدعوى و الحكم ببطلان

(۱) شرح لمعه، ج ۵، ص ۱۲۶.

(۲) جواهر، ج ۴۰، باب قضا، ص ۴۴۷.

(۳) ج ۲، ص ۸۵۹.

(۴) مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۰۹.

(۵) مهذب الاحکام، ج ۲۴، ص ۲۳۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۴۰

دعوی المدعی أم لا؟ وجهان، اقواما الاول خصوصاً فيما لو تراخى المدعى فى الدعوى أو سكت عنها حتى طال الامر عليها، و حينئذ إن أقام المدعى بعد العقد عليها بينه حكم له بها و بفساد العقد عليها، و ان لم تكن بينه تتوجه اليمين الى المعقود عليها، فان حلفت بقاء على زوجيتها و سقطت دعوى المدعى، و كذا لو ردت اليمين على المدعى و نكل عن اليمين، و أما الاشكال فيما اذا نكلت عن اليمين أو ردت اليمين على المدعى و حلف، فهل يحكم بسببهما بفساد العقد عليها فيفرق بينها و بين زوجها أم لا؟ وجهان أوجهما الثانى، لكن اذا طلقها الذى عقد عليها أو مات عنها زال المانع فترد الى المدعى بسبب حلفه المردود عليه من الحاكم أو المنكر.

عنوان مسأله:

ادعایی شده و طرف مقابل انکار می کند و کارشان به نزد قاضی کشیده شده است. اگر زن بخواهد شوهر کند آیا حق دارد یا باید مهلت دهد تا تکلیف پرونده روشن شود؟ آیا طرح دعوی مانع از ازدواج می شود؟ در اینجا دو قول است:

قول اول: ازدواج باطل و مزاحم طرح دعوی است و اگر ازدواج کند موضوع از بین می رود.

قول دوم: پرونده مسیر خودش را طی می کند و کسی مزاحم ازدواج این زن نیست و می تواند ازدواج کند.

طرح دعوی در محکمه سه حالت دارد:

۱- مدعی بینه اقامه می کند و حکم به زوجیت زن برای مرد اول می شود که نتیجه آن جدایی از مرد دوم است، پس نکاح دوم باطل می شود.

۲- مدعی بینه ای ندارد و نوبت به قسم می رسد و زن قسم می خورد یا نکول می کند ولی مرد (مدعی) قسم نمی خورد. در اینجا دعوی ساقط است و زن با شوهر دوم می ماند.

۳- مدعی بینه ای ندارد و نوبت به قسم می رسد و زن قسم نمی خورد و نکول کرده یا رد قسم می کند و مدعی قسم می خورد، که این زن، همسر من است. اگر این زن شوهر نداشت مال این مرد بود اما چون شوهر دارد، اختلاف شده است بعضی گفته اند که این قسم مثل بینه مؤثر است (از شوهر دوم جدا می شود و سراغ شوهر اول می رود) بعضی هم گفته اند که قسم حکم بینه را نداشته و الان هیچ فایده ای ندارد و تنها فایده آن این است که اگر شوهر دوم طلاقش داد، بدون احتیاج به عقد ازدواج برای شوهر اول است چون در اینجا مانعی برای تأثیر قسم موجود بود (زوجیت شوهر دوم) وقتی مانع قسم برطرف شد این زن برای مرد اول است.

قول سؤم:

قول سؤمی هم در مسأله داریم: اگر مدّت طولانی نشود زن باید صبر کند تا مسئله دعوی حل شود ولی اگر طولانی شود زن آزاد است.

اقوال:

در مسأله اقوالی نیست و این مسأله را جز معاصرین کسی متعرض نشده است و فقط مرحوم شهید ثانی در مسالک بحثی در مورد این مسأله دارد. صاحب عروه در مسئله چهارم از مسائل متفرقه عقد نکاح این مسأله را مطرح کرده و شارحین عروه هم به دنبال ایشان این مسأله را مفصل بحث کرده‌اند. این بحث منحصر به زوجیت نیست و در ابواب دیگر مثل اموال و تمام حقوق دیگر مطرح است و ما به صورت عام و کلی آن را مطرح می‌کنیم، به این عنوان که طرح دعوی آیا مزاحم استفاده انسان از مال و جان خویش می‌شود یا نه؟

مقتضای قاعده این است که «الناس مسلطون علی أموالهم و أنفسهم» و ادعای مدعی نمی‌تواند جلوی آزادی تصرف مردم را بگیرد و اقامه دعوی نمی‌تواند مانع باشد و مانعیت آن ثابت نشده است و اگر گفته شود مانع است، باید ثابت شود و به علاوه تالی فاسدهایی هم دارد که مانعین به آن ملتزم نیستند.

پس زن حق ازدواج دارد، و بعد از ازدواج زن مانعین طرح دعوی، مسیر خودش را طی می‌کند و سه حالت پیش می‌آید:

۱- مدعی بیینه اقامه می‌کند که موجب نفوذ حکم است. ادله حجیت بیینه می‌گوید که این زن از شوهر دوم جدا و به شوهر اول سپرده می‌شود.

۲- بیینه نیست و زن قسم می‌خورد و یا نکول می‌کند و مرد هم نکول می‌کند، در این صورت دعوی تمام می‌شود و زوجیت شوهر دوم ادامه دارد.

۳- بیینه نیست و زن قسم نخورد و مرد قسم مردود را قبول کرد. آیا با قسم خوردن مرد عقد فاسد می‌شود؟ در جایی که این زن بی مانع بود با قسم مدعی به مدعی برمی‌گردد ولی الان شوهر کرده و نمی‌توانیم زوجیت را به هم بزنیم، پس زوجیت باطل نمی‌شود چون قسم مدعی تا این اندازه تأثیر ندارد تا مزاحم زوجیت شوهر دوم شود و زوجیت زوج دوم استصحاب می‌شود و اگر بخواهیم زوجیت را به هم بزنیم دلیل بیاوریم.

علاوه بر این حلف اماره نیست و زوجیت را به هم نمی‌زند ولی بیینه اماره است و می‌تواند زوجیت را به هم بزند.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۴۱

حلف در اینجا چه فایده‌ای دارد؟

فایده‌اش این است که اگر شوهر دوم زن را طلاق دهد این زن بدون احتیاج به عقد به شوهر اول برمی‌گردد چون مانع برطرف شده است.

ولی ما در این که قسم چنین تأثیری داشته باشد، اشکال داریم چون مقدار مسلم از تأثیر قسم و ادله حجیت حلف این است که از اول مانعی نداشته باشد و این که بگوییم قسم بعد از زوال مانع اثر می‌کند چیز عجیبی است. پس این قسم اثری ندارد.

ان قلت: آیا کسی می‌تواند اقدامی کند که حق طرح دعوی را از دیگری بگیرد؟ ما نحن فیه از این قبیل است و با این ازدواج حق اقامه دعوی از مدعی گرفته شده است مگر این که مدعی بیینه اقامه کند و بدون اقامه بیینه حق اقامه دعوی از او گرفته شده است، به تعبیر دیگر حق قسم خوردن را از مدعی گرفته است، آیا کسی حق دارد چنین کند؟

قلنا: اقامه دعوی جزء حقوق نیست و جزء احکام است و هر کسی که مظلوم شده شرعاً می‌تواند اقامه دعوی کند. جواز اقامه دعوی

یک حکم شرعی است که اگر موضوعش باقی باشد این حکم خواهد بود و اگر موضوعش منتفی شود این حکم شرعی منتفی می‌شود. اقامه دعوی[□] فرع بر این بود که این زن شوهر نکند، حال که شوهر کرد موضوع از بین رفت (اگر بینه باشد موضوع دارد) پس به سبب انتفای موضوع حکم منتفی شد. به عبارت دیگر شما می‌خواهید به خاطر احتمال حق مدعی، حق مسلم مرأه را نادیده بگیرید چون احتمال دارد که مدعی کارش به قسم بکشد، چگونه است که احتمال حق مدعی قابل قبول است ولی حق مسلم این زن (الناس مسلطون علی انفسهم و اموالهم) را نادیده می‌گیرد؟ هیچ وقت احتمال حق با حق مسلم معارض نمی‌شود، بنابراین نه در اینجا و نه در اموال و نه در هیچ جا اقامه دعوی[□] مانع از آزادی عمل صاحب ملک یا صاحب نفس نیست و آنها به تصرفات خودشان ادامه می‌دهند تا مدعی بتواند به جایی برسد.

۱۰۵ ادامه م ۲۱ و م ۲۲ (ادعاء الزوجه بانها خلیه ...) ۲۶ / ۲ / ۷۹

مرحوم سبزواری در ذیل مسأله چهارم از مسائل متفرقه نکاح عروه می‌فرماید:

این که می‌گویید زن بر نفس خود سلطه دارد مصادره به مطلوب و اول الکلام است (مصادره به مطلوب یعنی ادعا را دلیل قرار دهیم) بعد در ادامه می‌فرماید:

بهرتر است سراغ روایتی برویم که دلالت دارد بر این که زن مسلط بر خویش است.

... عن میسر قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام: القی المرأه بالفلات التی لیس فیها احد فاقول لها: أ لک زوج؟ فتقول: لا، فأتروجها؟ قال: نعم هی المصدقه علی نفسها (ادعایش در مورد خودش پذیرفته است). «۱»

«میسر» مشترک بین عده‌ای است و روشن نیست کدام یک در اینجا مراد است. «میسر بن عبد العزیز» را بعضی توثیق کرده‌اند و شاید به همین جهت است که این روایت را موثقه یا صحیحه نمی‌گویند بلکه به آن «خبر میسر» می‌گویند. در ما نحن فیه هم همین گونه است چون زن می‌گوید این مدعی دروغ می‌گوید، و من بدون همسر هستم و می‌خواهم ازدواج کنم، بنابراین ادعای او را می‌پذیریم و می‌گوییم در روایت «هی المصدقه» اطلاق دارد یعنی و لو کسی هم ادعا کند باز زن مصدقه است. این استدلال ظاهراً خوب است.

در ادامه مرحوم سبزواری می‌فرماید: بنابراین از این حدیث استفاده می‌شود که حق اقتضائی دعوی[□] (حق حلف) مانع از حق فعلی زن نیست، و لکن با این که دلیل اقتضا می‌کند اگر بگوییم زن حق دارد تزویج کند و اقامه دعوی[□] مانع کار او نباشد، این خلاف مرتکز متشرعه است، و اذهان متشرعه نمی‌پذیرد شخصی با زنی که محل دعواست ازدواج کند، حتی در جایی که احتمال دعوی[□] هست سراغ آن نمی‌روند تا چه رسد به این که یک مدعی قطعی که طرح دعوی[□] کرده است در کار باشد. «۲»

چند قسمت از فرمایش مرحوم محقق سبزواری قابل مناقشه است:

اولاً: این که فرمودند مصادره به مطلوب است درست نیست، چون سلطه انسان بر نفسش یک قاعده عقلائی شرعی است و تنها دلیل آن «الناس مسلطون علی اموالهم» نیست که بگویید «علی انفسهم» در روایت نیست، بلکه مسئله‌ای است که مقتضای یک قاعده عقلایی بوده و از روایات متعددی هم می‌توان آن را استفاده کرد.

ثانیاً: استدلال به حدیث از نظر دلالت خوب است ولی از نظر سند محل بحث است و تنها با یک حدیث نمی‌توان این سلطه را ثابت کرد البتّه به عنوان مؤید خوب است.

(۱) ح ۲، باب ۲۵ از ابواب عقد نکاح.

(۲) مهذب الاحکام، ج ۲۴، ص ۲۴۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۴۲

ثالثاً: این که ایشان فرمودند یک حق اقتضایی مربوط به دعوی[□] هست که این حق اقتضایی مانع حق فعلی زن نمی‌شود چون این بالفعل است، در جواب می‌گوییم حقی به نام حق طرح دعوی[□] در اینجا نیست بلکه حکم شرع است که به او اجازه داده تا اقامه دعوی کند و بینه بیاورد و یا حق دارد قسم بخورد پس این حکم الهی است نه حق اقتضایی.

رابعاً: این که ایشان فرمودند اذهان متشرّعه این معنی را نمی‌پذیرد، در جواب می‌گوییم درست است ولی آیا از باب احتیاط نمی‌پذیرند یا واقعاً این را یک حکم الهی می‌دانند؟

انسان‌های متشرّع احتیاط می‌کنند و عده‌ای هم نه به خاطر احتیاط بلکه از باب پرهیز از دردسر سراغ آن نمی‌روند، پس اینها برای اجتناب از دردسر عرفی و احتیاط مستحب شرعی است نه این که یک حکم الهی باشد و متشرّعه آن را واجب بدانند.

ان قلت: در زمان ما چون عقود در دفاتر ثبت می‌شود پس محل ابتلا نیست.

قلنا: در عقود منقطع محل ابتلاست چون غالباً ثبت نمی‌شود و یا در مورد تبعه‌های کشورهای دیگر در کشور ما که عقد آنها ثبت نمی‌شود.

جمع بندی: اقامه دعوی[□] در مورد مال و نفس، مانع از آزادی افراد نمی‌شود و اگر هم اقامه دعوی[□] شد باید مسیرش را طی کند.

[مسأله ۲۲: ادعاء الزوجه بانها خلیه]

اشاره

مسأله ۲۲: يجوز تزويج امرأة تدعى انها خلیة من الزوج مع احتمال صدقها من غير فحص حتى فيما اذا كانت ذات بعل سابقاً فادعت طلاقها او موته، نعم لو كانت متهمة في دعواها فالاحوط الاولى الفحص عن حالها فمن غاب غيبه منقطعاً لم يعلم موته وحياته اذا ادعت زوجته حصول العلم لها بموته من الامارات والقرائن و اخبار المخبرين جاز تزويجها و إن لم يحصل العلم بقولها و يجوز للوكيل أن يجري العقد عليها اذا لم يعلم كذبها في دعوى العلم، و لكن الاحوط الترك خصوصاً اذا كانت متهمة.

عنوان مسأله:

آیا سخن زن را درباره خودش که می‌گوید من بی‌مانع و بی‌شوهر هستم، می‌توان پذیرفت؟ امام (ره) صریحاً می‌فرماید: در جایی که احتمال صدق بدهیم جایز است ولی اگر یقین به کذب داشتیم جایز نیست و فحص هم لازم نیست حتی در صورتی که سابقاً شوهر داشته است. در ادامه مرحوم امام (ره) اضافه می‌کنند که اگر زن در این دعوی[□] متهم باشد احتیاط مستحب است که فحص کنیم در ادامه دو نکته اضافه می‌کنند:

اگر زنی شوهرش غایب شود و زن بگوید از قراین یقین پیدا کردم که شوهرم مرده است، این ادعا هم پذیرفته می‌شود. نکته دیگر این که وکیل هم می‌تواند به ادعای زن عمل کرده و صیغه عقدش را بخواند، اگر چه احتمال کذب موکله را بدهد باز می‌تواند عقد را بخواند و مانعی ندارد و به عهده خود زن است.

پس بحث در این مسأله در مورد آزادی زن و تصدیق او در ادعایش می‌باشد.

اقوال:

اصحاب کمتر متعرض این مسأله شده‌اند ولی بعضی ادعای اجماع می‌کنند. مرحوم آقای حکیم در مستمسک می‌فرماید:

بلا اشکال ظاهر، «۱» ظاهر آن این است که لا خلاف هم هست.

بعضی از محشّین عروه در ذیل این مسأله (مسئله هفتم از مسائل متفرقه عقد نکاح) تعبیر «المشهور»، دارند و بعضی هم مثل مرحوم سبزواری می‌فرماید: للاصل و الاجماع. «۲»

به هر حال ظاهر مسأله این است که مخالف شناخته شده‌ای نداریم. مرحوم محقق در مستحبات متعه در شرایع این مسأله را متعرض شده و می‌فرماید:

و ان یسئله عن حالها مع التهمه (مستحب است) صاحب جواهر این عبارت را شرح کرده و روایت «ابو مریم» را نقل می‌کند که دلالت بر استحباب دارد، منتهی صاحب جواهر می‌فرماید، استحباب منحصر به صورت تهمت نیست بلکه در همه جا مستحب است: الا- ان یعلم کونها مأمونه، مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید، از روایت ابی مریم استفاده می‌شود که در مورد متهمه و عادی (متهم نیست و مأمونه هم نیست) مستحب است. «۳»

مسالک هم که شرح شرایع است با صراحت استحباب را نقل کرده و مخالفی هم نقل نمی‌کند و فرقی بین دائم و منقطع نمی‌گذارد که از آن استفاده لا خلاف می‌کنیم چون اگر مخالفی بود گفته می‌شد.

صاحب جواهر در لابه‌لای بحث‌های شبهه اشاره‌ای به این مسأله کرده است (منظور از شبهه آن جایی است که عقد نکاحی نبوده ولی خیال می‌کردند که بوده است)، در مثال‌های شبهه این گونه مثال می‌زند:

و التعویل (مسلم گرفته است که به کلام زن می‌توان اعتماد

(۱) ج ۱۴، ص ۴۳۲.

(۲) مهذب الاحکام، ج ۲۴، ص ۲۵۰.

(۳) ج ۳۰، ص ۱۵۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۴۳

کرد) علی اخبار المرأة بعدم الزوج أو بانقضاء العدة أو علی شهادة العدلین بطلاق الزوج أو موته. «۱»

شیخ انصاری در کتاب «صراط النجاة» «۲» که رساله عملیه ایشان است می‌فرماید: اگر زن ادعا کند که شوهرم وفات کرده و متهمه نباشد مرد می‌تواند او را به عقد خود درآورد.

دلیل: روایات

اشاره

دلیل این مسأله تعدادی از روایات است از جمله روایات، روایت میسر بود که در جلسه قبل خوانده شد، اگر چه سند روایت محلّ بحث است ولی چون روایات متعدّد هستند، با سند آنها کاری نداریم، ولی حدیث میسر یک مشکل دارد و آن این که اخصّ از مدعاست، چون در جایی است که قدرت بر فحص نداریم و نمی‌توان الغاء خصوصیت کرد. پس روایت فی الجمله قابل استدلال است.

توجه: اصل در این مسأله در بسیاری از موارد فساد است چون در صورتی که زن سابقاً شوهر کرده اصل این است که شوهر دارد و

یا در جایی که احتمال می‌دهیم طلاق گرفته اصل فساد است، بله در جایی که سابقاً شوهر نکرده اصل جواز است.
 ...* عن اسحاق بن عمار، عن فضل مولی محمد بن راشد، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قلت: انی تزوجت امرأة متعة فوقع فی نفسی أن لها زوجاً ففتشتُ عن ذلك فوجدت لها زوجاً، قال ولم فتشت؟ «۳»
 این روایت به روشنی دلالت دارد که تفتیش لازم نبوده و فرقی بین عقد منقطع و دائم نیست.

...* عن مهران بن محمد، عن بعض اصحابنا

(مرسله)

□ □
 عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قيل له: ان فلاناً تزوج امرأة متعة فقيل له: ان لها زوجاً فسألها فقال أبو عبد الله علیه السلام: و لم سألها؟

(مصدق است و قبول می‌شود). «۴»

...* عن محمد بن عبد الله الاشعری قال: قلت للرضا علیه السلام: الرجل يتزوج بالمرأة فيقع فی قلبه أن لها زوجاً فقال: و ما علیه؟ أ رأیت لو سألها البينة كان يجد من يشهد أن ليس لها زوج. «۵»

این روایت اختصاص به عقد منقطع ندارد اگر چه در باب متعه قرار داده شده است.

۱۰۶ ادامه مسئله ۲۲ ... ۲۷ / ۲ / ۷۹

□ □
 ...* عن عمر بن حفظة قال: لأبی عبد الله علیه السلام: انی تزوجت امرأة فسألت عنها (درباره او سؤال کردم)

فقيل فيها، فقال: و أنت لم سألت أيضاً لیس علیکم التفتیش. «۶»

آیا این حدیث در مورد بحث ماست یا در این مورد است که زن آلوده‌ای است؟ به جهت وجود «فقیل فیها» احتمال دارد در مورد آلوده بودن زن باشد پس حد اقل حدیث ابهام دارد و استدلال به آن درست نیست.

...* عن ابی مریم، عن ابی جعفر علیه السلام انه سئل عن المتعة فقال: أن المتعة اليوم لیست كما كانت قبل اليوم إنهن کنن یومئذ یؤمنن و اليوم لا یؤمنن فاسئلوا عنهن. «۷»

اگر «فاسئلوا عنهن» را دلیل بر وجوب بگیریم نه استحباب، فی الجملة بر وجوب سؤال دلالت دارد که در مورد متهمه سؤال کنید. اما اگر متهمه نباشد این دلیلی بر بحث ما می‌شود.

* الشیخ المفید فی رسالته المتعة عن ابان بن تغلب

(مرسله)،

□ □
 عن ابی عبد الله علیه السلام فی المرأة الحسنة تری فی الطريق و لا یعرف أن تكون ذات بعل أو عاهرة فقال: لیس هذا علیک (تفتیش لازم نیست)

إنما علیک أن تصدقها. «۸»

...* عن زرارة عن ابی جعفر علیه السلام قال: العدة و الحیض للنساء اذا ادعت صدقت

(اگر ادعا کند عده‌ام گذشته است قبول است) «۹» فی الجملة دلالت دارد.

جمع بندی:

مجموع این احادیث هشت گانه با مشکلات سندى بعضی و مشکلات دلالی بعضی دیگر، و با این که بعضی اخص از مدعا بود، با

انضمام به یکدیگر و عمل اصحاب، برای اثبات مطلب کافی است.

روایت معارض:

در مقابل این دلیل قانع کننده برای عدم و جو فحص در موارد ابتلا، یک روایت معارض داریم که می گوید باید دو شاهد عادل خبر دهد، این روایت از نظر سند مشکل دارد:

* و بهذا الاسناد عن علی علیه السلام، فی امرأة قدمت علی قوم فقالت: انه لیس لی زوج و لا یعرفها احد فقال: لا تزوج حتی تقیم شهوداً عدولاً انه لا زوج لها. «۱۰»

(۱) ج ۲۹، ص ۲۴۵.

(۲) مسئله ۸۸۳.

(۳) ح ۳، باب ۱۰ از ابواب متعه.

(۴) ح ۴، باب ۱۰ از ابواب متعه.

(۵) ح ۵، باب ۱۰ از ابواب متعه.

(۶) ح ۱، باب ۲۵ از ابواب عقد نکاح.

(۷) ح ۱، باب ۶ از ابواب متعه.

(۸) مستدرک ج ۱۴، ح ۱، باب ۹ از ابواب متعه.

(۹) وسائل، ج ۱۵، ح ۱، باب ۲۴ از ابواب عده.

(۱۰) مستدرک، ج ۱۴، ح ۲، باب ۱۵ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۴۴

ظاهر نهی، حرمت است یعنی تا اقامه شهود نشود حرام است. دلالت حدیث خوب و سند آن ضعیف و معرض عنهای اصحاب است و سلمنا که معرض عنها هم نباشد در مقابل آن روایات نمی تواند مقاومت کند، چون آن روایات هم روایتاً و هم فتوی شهرت دارد، البته راه جمع هم دارد به این بیان که بگوییم این روایت در مورد متهمه است. راه حل دیگر حمل «لا تزوج» بر کراهت است، پس این روایت مانعی بر سر راه ما ایجاد نمی کند.

بقی هنا امران:

الامر الاول: آیا متهمه و غیر متهمه فرق دارند؟

مرحوم امام (ره) احتیاط مستحب فرمودند ولی صاحب عروه احتیاط وجوبی فرمود، انصاف این است که احتیاط وجوبی اقرب است، چون چند روایت داشتیم که در مورد متهمه دستور فحص می داد، روایت «ابی مریم» و روایت اخیر نهی بود، و نهی ظهور در حرمت دارد، که حد اقل آن احتیاط وجوبی است.

اضف الی ذلک: در ابواب مختلف فقه شهادت متهم حجّت نبوده (مثلاً ذو الید متهم یدش حجّت نیست) و اعتباری به اقوال و اموال

متهم نیست و عقلاً اعتماد نمی کنند، حال خیلی بعید است در مسئله زوجیت به قول متهم اعتماد کنیم و بعد هم معلوم شود که شوهر داشته است، چون هم روایت داریم، هم بنای عقلاً و مشابه این مسأله در فقه وجود دارد، علاوه بر این بحث در مورد نکاح است که مسئله مهمی است، و مجموع اینها سبب می شود که ما به احتیاط و جوبی در این مسأله قائل شویم و بگوییم اگر متهمه باشد نباید به حرف او اعتماد کنیم.

الامر الثانی: فحص در دو موضع است یکی در باب متهم و دیگری در جایی که فحص آسان باشد،

مثلاً شک دارد که به زید بدهکار است یا نه؟ چون شبهه موضوعیه است اصل برائت است، ولی دفتری دارد که اگر به آن مراجعه کند می فهمد که به زید بدهکار است، آیا باز اصالة البراءة جاری است؟
عقلاً در چنین موردی معتقدند که چون فحص آسان است باید فحص کرد. مرحوم حاج شیخ عبد الکریم حائری (ره) هم در جایی که علمش در آستین است (سهل الوصول) نمی گویند که فحص لازم نیست، پس در چنین مواردی فحص لازم است.

[مسأله ۲۳: إذا تزوج بامرأة تدعی أنها خلیة عن الزوج فادعی رجل آخر زوجیتها]

اشاره

۱۰۷ مسئله ۲۳ (تزویج بامرأة تدعی أنها خلیة ...) ... ۲۸ / ۲ / ۷۹

مسأله ۲۳: إذا تزوج بامرأة تدعی أنها خلیة عن الزوج فادعی رجل آخر زوجیتها فهذه الدعوی متوجهة الی کل من الزوج و الزوجة، فان اقام المدعی بینه شرعیة حکم له علیهما و فرّق بینهما و سلمت الیه، و مع عدم البینه توجه الیمین الیهما، فان حلفاً معاً علی عدم زوجیت سقطت دعواه علیهما، و ان نکلا- عن الیمین فردها الحاکم علیه أو رداها علیه و حلف ثبت مدعاه و ان حلف احدهما دون الآخر بأن نکل عن الیمین فردها الحاکم علیه أو ردّ هو علیه فحلف سقطت دعواه بالنسبة الی الحالف، و اما بالنسبة الی الآخر و إن ثبت دعوی المدعی بالنسبة الیه لکن لهذا الثبوت اثر بالنسبة الی من حلف فان کان الحالف هو الزوج و الناکل هی الزوجة لیس لنکولها اثر بالنسبة الی الزوج، الا- أنه لو طلقها أو مات عنها ردّت الی المدعی، و ان کان الحالف هی الزوجة و الناکل هو الزوج سقطت دعوی المدعی بالنسبة الیه و لیس له سبیل الیه علی کل حال.

عنوان مسأله:

زنی ازدواج کرده و بدون مدعی بود (ظاهراً خلیة). بعد از ازدواج یک مدعی ادعا کرد که این زن زوجه او است. تکلیف چیست؟ پنج حالت در اینجا قابل تصور است.

اقوال:

این مسأله در عبارات علما فراوان ذکر شده است چون در این مسأله نصّ داریم. مرحوم صاحب ریاض می فرماید:
و لو عقد علی امرأة و ادعی آخر زوجیتها لم یلتفت الی دعواه إلا مع البینه فتقبل دعواه حینئذ لا مطلقاً بلا خلاف للنصوص. «۱»
مرحوم صاحب حدائق می فرماید:

المسألة الثامنة: اذا عقد على امرأة فادعى آخر زوجيتها فقد صرح جمع من الاصحاب بأنه لا يلتفت الى دعواه الا بالبينه بمعنى عدم سماع دعواه بالكلية مع عدم البينه بحيث لا يترتب عليها اليمين على المرأة و ان كانت منكراً (از منكرهايي است كه استثناءً قسم بر دوشش نيست ...) و ذهب آخرون من الاصحاب ايضاً الى قبول الدعوى و توجه اليمين و الرد و ان لم يسمع في حق الزوج (اثر در مورد زوجه هم وقتي است كه طلاق بگيرد يا شوهر بميرد). «۲»

مرحوم شهيد ثانی «۳» هم به اين مسأله متعرض شده است و قولين در مورد يمين (زن قسم بخورد يا نخورد) را گفته است.

ادله:

۱- قواعد:

شکی نیست که مدعی اقامه دعوی بر علیه دو نفر کرده است

(۱) ج ۱۰، ص ۴۹.

(۲) ج ۲۳، ص ۱۸۷ و ۱۸۸.

(۳) مسالك، ج ۷، ص ۱۱۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۴۵

(هم علیه زن و هم علیه شوهر) که پنج حالت دارد:

الف) بينه می آورد که در این صورت حکم به نفع اوست و مطابق بينه عمل می شود و زن به همسر اول برمی گردد.

ب) بينه ندارد و هر دو (زن و شوهر) منکر هستند و قسم می خورند که دعوی ساقط می شود.

ج) هر دو نکول می کنند که حاکم قسم را رد می کند یا هر دو رد قسم می کنند به مدعی و مدعی قسم می خورد که در این صورت زن را به او می دهند.

د) زوج نکول می کند و زوجه و مدعی قسم می خورند، در اینجا دعوی ساقط است چون قسم مدعی اثری ندارد چرا که زوجه نکول نکرده است، بنابراین قسم بیهوده است و حکم به قسم، حکیمانه نیست.

اللهم الا ان يقال: این قسم وظایفی را برای زوج می آورد به این بیان که این زوج تا آنجا که می تواند خود را از زوجه دور نگه دارد یعنی نفقه و حقوقش را بدهد ولی از او مثلاً ارث نبرد. در حالی که زوجه از او ارث می برد، ولی زوجی که نکول کرده ارثی از آن نمی برد، حال اگر چنین آثاری بر آن درست کنیم قسم خوردن مدعی در فرض نکول زوج معنی پیدا می کند و الا قسم بی محتوی است.

ه) زوج قسم می خورد و زوجه نکول می کند یا رد یمین می کند، مدعی قسم می خورد، این قسم در حال زوجیت اثری ندارد، اگر شوهر دوم فوت کند یا زن را طلاق دهد، زن باید بدون نکاح برگردد، چون مانع مرتفع شده است چرا که نکول زوجه سبب شد که مدعی قسم بخورد و قسم مدعی هم با مانع مواجه شد، وقتی که مانع برطرف شد قسم مدعی مؤثر واقع می شود، ولی ما سابقاً گفتیم چنین تأثیری برای قسم مدعی مشکوک است و ثابت نیست، چون ادله تأثیر یمین مردوده یا نکول، تا این اندازه شمول ندارد و تأثیرش در صورتی است که اثرش در آن موقع ظاهر شود، که در این صورت قسم مدعی در اینجا هم بی خاصیت است.

۲- روایات:

تا اینجا قواعد را بدون در نظر گرفتن روایات بررسی کردیم، اکنون روایات این باب را بدون در نظر گرفتن قواعد مورد بررسی قرار می‌دهیم تا ببینیم آیا بر این مسأله دلالت دارند؟

سپس قواعد و روایات را با هم می‌سنجیم. در اینجا دو حدیث داریم که یک حدیث معتبر و یک حدیث مشکوک است.
...* عن عبد العزیز بن المهتدی

(این شخص حدیث کم دارد ولی جزء و کلای امام رضا علیه السلام است و مرحوم نجاشی و علامه هر دو او را توثیق کرده‌اند)
قال: سألت الرضا علیه السلام قلت: جعلت فداك انّ اخي مات و تزوّجت امرأته، فجاء عمی فادّعی أنّه كان تزوّجها سرّاً، فسألته عن ذلك فانكرت اشدّ الانكار و قالت: ما كان بيني و بينه شیء قطّ، فقال: يلزمك اقرارها و يلزمه انكارها ، (قسم لازم نیست چون امام نفرمود قسم بخورد). «۱»

آیا این روایت دلالت دارد که قسم لازم نیست و او باید بیینه بیاورد؟

بعید نیست که کسی بگوید چنین دلالتی ندارد، چون قسم در جایی است که در نزد قاضی شکایت کند، و تا شکایت نکرده نه قسم لازم است و نه بیینه، پس نمی‌توانیم از این روایت بفهمیم که اگر طرح دعوی هم در محکمه بشود، قسم لازم است یا نه، بنابراین از این روایت لزوم و عدم لزوم حلف استفاده نمی‌شود.

دلالت و سند حدیث خوب است و از آن چیزی بر خلاف قواعد استفاده نمی‌شود مگر این که از این حدیث بفهمیم مطلقاً قسم لازم نیست.

* و باسناده عن الصّفّار عن احمد بن محمّد

(ممکن است «احمد بن محمّد خالد برقی» باشد و ممکن است «احمد بن محمّد بن عیسی» باشد که هر دو ثقة هستند)

عن علی بن احمد

(ناشناس است و علی بن احمد در رجال زیاد داریم که ظاهراً علی بن احمد در اینجا همان علی بن احمد بن اشیم است چون «احمد بن محمّد بن خالد برقی» و «احمد بن محمّد بن عیسی» هر دو از «علی بن احمد بن اشیم» نقل می‌کنند و ابن اشیم در رجال مجهول الحال است، پس حدیث ضعیف است)

عن یونس قال:

سألته

(مضمهره است، ولی چون «یونس بن عبد الرحمن» از اصحاب موسی بن جعفر علیه السلام است این اضمار مضر نیست)
عن رجل تزوّج امرأة فی بلدٍ من البلدان فسألها لک زوج؟ فقالت: لا، فتزوّجا، ثم انّ رجلاً اتاه فقال: هی امرأتی فأنكرت المرأة ذلك ما یلوم الزوج فقال: هی امرأته ألا أن یقیم البینه (مگر مدعی اقامه بیینه کند و صحبتی از حلف نیست). «۲»

آیا این روایت دلیل می‌شود که قسم خوردن زوجه منکره لازم نیست یا بگوییم این مقام طرح دعوی نبوده و فقط یک

(۱) ح ۱، باب ۲۳ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۳، باب ۲۳ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۴۶

ادّعایی کرده است، پس این روایت دلالتش خوب ولی سندش ضعیف است و می‌تواند مؤید اول باشد علاوه بر این که معمول بهای اصحاب هم می‌باشد و عمل اصحاب سند را جبران می‌کند. این حدیث یک سند دیگر هم دارد که سند خوبی است که می‌توانیم با این سند حدیث را تقویت کنیم.

* و باسناده عن احمد بن محمد بن الحسن یعنی ابن سعید انه كتب اليه و يسأله و ذكر مثله.

پس برای اثبات مطلب از نظر روایات مشکلی نداریم ولی در اینجا یک حدیث داریم که ممکن است معارض شناخته شود:

* محمد بن الحسن

(شیخ طوسی)

باسناده عن الحسين بن سعيد

(اهوازی)

عن اخيه الحسن

(هر دو ثقة هستند) عن زرعة،

عن سماعة، قال: سألته

(ظاهراً مضمهره است ولی اشکالی ندارد چون سماعة در ابتدای کتابش «سألت أبا عبد الله عليه السلام» نوشته است و این ضمیرها به آنجا برمی‌گردد)

عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها فحدّثه رجل ثقة أو غير ثقة، فقال: ان هذه امرأتی و لیست لی بیئنه، فقال: ان كان ثقة فلا یقربها و ان كان غیر ثقة فلا یقبل منه. «۱»

ظاهراً حدیث معارض است چون می‌گویند به شرط ثقة بودن قبول می‌شود، یعنی نمی‌گویند که قول مدّعی مطلقاً قبول می‌شود.

مرحوم صاحب حدائق «۲» می‌فرماید: ما به این حدیث معارض عمل می‌کنیم و در واقع عام و خاص است، یعنی دو حدیث قبل عام بود و می‌گفت قبول نمی‌شود چه ثقة باشد و چه نباشد اما این حدیث خاص است و می‌گویند اگر ثقة باشد پذیرفته می‌شود، سپس ما بین عام و خاص جمع کرده و می‌گوییم دو حدیث سابق که می‌گفت پذیرفته نمی‌شود، در صورت ثقة بودن پذیرید، بدون این که شاهدی بیاورد.

در مقابل کلام صاحب حدائق چند اشکال مطرح می‌کنیم:

۱- اصحاب به این حدیث عمل نکرده‌اند و صاحب حدائق چون اخباری است به آن عمل می‌کند و اعراض اصحاب را حجت نمی‌داند.

۲- ایشان این دو را عام و خاص می‌دانند در حالی که در اینجا عام و خاص معنایی ندارد چون روایت می‌گویند «عموی من» و نمی‌گویند «رجل» پس عام نیست بنابراین جمع بین عام و خاص مشکل است.

۳- عام و خاص جمع خوبی است ولی ما در اینجا جمع دلالتی دیگری داریم، پس چرا جمع صاحب حدائق را بپذیریم؟ جمع ما این است که جایی که ثقة جای احتیاط است، به این بیان که آن دو روایت صریح در جواز و این حدیث ظاهر در حرمت است، پس حمل بر کراهت می‌کنیم یعنی مکروه است و مجرای احتیاط. در روایات متعارضه چنین جمعی زیاد است. سلّمنا این احادیث معارض باشند شکی نیست که آن دو حدیث مقدّم است، چون این حدیث مخالف قواعد و در واقع شاذ و نادر است (خذ بما اشتهر بین اصحابک ودع الشاذ النادر)، پس ما به فتوای مشهور عمل کرده و قول ثقة را هم معتبر نمی‌دانیم، مگر یقینی حاصل شود.

اشاره

۱۰۹ مسئله ۲۴ (اذا ادعت امرأة أنها خلیئة ...) ... ۱ / ۳ / ۷۹

مسألة ۲۴: اذا ادعت امرأة أنها خلیئة فتزوجها رجل ثم ادعت بعد ذلك أنها كانت ذات بعل لم تسمع دعواها نعم لو اقامت البینه علی ذلك فرّق بينهما، و یکفی فی ذلك بأن تشهد بأنها كانت ذات بعل فتزوجت حين كونها كذلك (در وقتی که ذات بعل بودن) من الثانی من غیر لزوم تعیین زوج معین.

عنوان مسأله:

در مسائل قبل یک مدّعی در مقابل زوجه بود در این مسأله مدّعی خود زوجه است یعنی زنی در ابتدا ادّعا کرد که شوهر ندارد و ازدواج کرد ولی بعداً گفت که شوهر داشته در اینجا مرحوم امام (ره) می فرمایند قول او حجت نیست ولی اگر بینه روشنی بیاورد این نکاح باطل شده و از هم جدا می شوند.

اقوال:

این مسأله هم از مسائلی است که در کلمات علماء کمتر دیده می شود ولی مرحوم صاحب عروه در مسأله هشتم از مسائل متفرقه عقد نکاح این مسأله را بیان کرده و محشّین عروه مثل مرحوم آقای حکیم و مرحوم سبزواری در مهذب در ذیل آن بحث کرده اند.

دلیل: قواعد

بر طبق قواعد ادّعی این زن پذیرفته نیست، به سه دلیل:

دلیل اول: ادّعایی است بر خلاف اصالة الصحّة، چون اصل، صحت این عقد است که خوانده شده و بدون بینه بر خلاف این عقد صحیح نمی توان ادّعا کرد، ولی اگر قبل از عقد ادّعا می کرد قبول می شد. این مسأله منحصر به اینجا نیست و در تمام مباحث فقهی وقتی عقدی انجام شد و کسی بعداً ادّعی فساد

(۱) ح ۲، باب ۲۳ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ج ۲۳، ص ۱۹۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۴۷

کرد پذیرفته نمی شود چون عقد انجام شده پس صحیح است و هر کسی که می خواهد بگوید فاسد است باید بینه بیاورد. اصل در تمام عقود انجام شده، صحت است و چون اصالة الصحّة اماره است، اقرار بر علیه آن پذیرفته نمی شود.

دلیل دوم: در اینجا اقرار در حق دیگری است و قبول نمی شود چون می خواهد حق زوج دوم را از بین ببرد، پس آنچه که از این اقرار بر ضد خودش می باشد قبول می شود.

دلیل سوم: روایات سابقه در آنجایی که پای دیگری در میان نبود می فرمود «انها مصدّقه» و آن ادله از اینجا منصرف است، چون در اینجا شوهر کرده است و ادله «انها مصدّقه» شامل اینجا نمی شود پس دلیلی بر قبول قولش نداریم.

اضف الی ذلك (دلیل چهارم یا مؤید):

اگر این راه را باز کنیم و بگوییم «انها مصدقہ» و قولش را بدون بیّنه بپذیریم هر زنی که بخواهد از شوهرش جدا شود، بدون طلاق می‌تواند از این روش استفاده کند، آیا اقرار این زن پیامدهایی برای خودش دارد؟ دو حالت دارد:

حالت اول: نمی‌دانسته و می‌گوید یادم رفته بود و یا فکر می‌کرده مدت عقد انقطاعی و عدّه آن تمام شده در این صورت حدی بر او جاری نمی‌شود.

آیا مهریه (مهر المسمی) را حق دارد بگیرد؟

خیر، چون به اقرار خودش ذات بعل است و عقد دوم باطل بوده پس مهر المسمی برای او نیست ولی چون حواسش نبوده به او مهر المثل می‌دهند، چون نمی‌دانسته و خبر نداشته است و اگر مهر المسمی کمتر باشد مسمی را به او می‌دهند.

حالت دوم: می‌دانسته و عمدتاً بوده است در این صورت باید حدّ بر او جاری شود که اگر فرض کنیم چهار بار اقرار کرده و شرایط جمع بوده حدش اعدام است، اگر چه با این اعدام حقّ زوج از بین می‌رود ولی وجود حقّ زوج موجب نمی‌شود که حکم اعدام بر او جاری نشود.

و اما در مورد نفقه بعید نیست که نفقه هم داشته باشد، و لو به اقرار خودش ذات بعل بوده است ولی الان مجبور به تمکین است (به حکم ظاهری، شارع او را مجبور به تمکین کرده است).

اگر بیّنه آورد، آیا در بیّنه لازم است که تعیین شخص هم بکند و بگوید که شوهر این زن چه کسی بوده است؟

تعیین لازم نیست و حجّیت بیّنه می‌گوید بپذیر.

و لکن هنا شیء: اگر بیّنه بگوید قبلاً شوهر داشته و نمی‌دانیم طلاق گرفته یا شوهرش فوت کرده است، آیا می‌توانیم با استصحاب بگوییم علقه زوجیت سابق تا لحظه ازدواج دوم باقی بوده پس ازدواج دوم باطل است؟

این استصحاب در مقابل اصالة الصحه (اصالت صحّت نکاح دوم) نمی‌تواند بایستد چون اصالة الصحه از قبیل امارات و استصحاب از اصول عملیه است.

[مسأله ۲۵: یشرط فی صحه العقد الاختیار اعنی اختیار الزوجین]

اشاره

۱۱۰ مسئله ۲۵ (اختیار الزوجین ...) ۲ / ۳ / ۷۹

مسأله ۲۵: یشرط فی صحه العقد الاختیار اعنی اختیار الزوجین، فلو اکرها أو أکره احدهما علی الزواج لم یصح، نعم لو لحقه الرضا صحّ علی الاقوی.

عنوان مسأله:

بهرتر بود این مسأله را در تتمه شرایط بعد از ذکر بلوغ و عقل و قصد ذکر می‌کردند، چون اختیار هم از شرایط عامه است نه تنها در اینجا بلکه در تمام عقود این گونه است و نه تنها در شرع بلکه در نزد تمام عقلا نیز چنین است و در جایی نداریم که کسی بگوید عقد اجباری صحیح است پس اگر هر دو یا یکی از این دو مجبور باشند عقد صحیح نیست امام (ره) می‌فرماید این عقد مثل عقد فضولی است که اگر بعداً رضایت آمد صحیح می‌شود.

اقوال:

غالب فقها این مسأله را به جهت وضوحش در اینجا متعرض نشده‌اند چون عقد مکره باطل است. بیشتر از همه جا در طلاق آن را بحث کرده‌اند چون طلاق اکراهی زیاد است (مثلاً نزدیکان زن مرد را مجبور به طلاق می‌کنند) حتی در بیع هم این بحث زیاد نیست.

مرحوم صاحب جواهر در بحث طلاق مکره شرایط عامه (چهار شرط) را ذکر کرده و اکراه را از همه مفصل‌تر بحث می‌کند. مرحوم شیخ طوسی می‌فرماید:

طلاق المکره و عتقه و سائر العقود الّتی یکره علیها لا یقع منه و به قال الشافعی و مالک و الاوزاعی و قال ابو حنیفۀ و اصحابه طلاق المکره و عتاقه واقع و کذلک کلّ عقد یلحقه فسخ فاما ما لا یحلّقه فسخ مثل البیع و الصلح و الاجاره فانه اذا اکره علیه ینعقد عقداً موقوفاً فان اجازها و الّا بطلت دلیلنا اجماع الفرقه و اخبارهم و ایضاً الاصل براءة الذمه ... و ایضاً حدیث الرفع (که از طرف عامه حدیث رفع را نقل می‌کند). «۱»

پس به اجماع همه علمای اسلام طلاق و عقد نکاح و سائر

(۱) خلاف، ج ۴، کتاب الطلاق، مسئله ۴۴، ص ۴۷۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۱، ص: ۱۴۸

عقود مکره مؤثر نیست مگر این که اجازه به آن ملحق شود، جز ابو حنیفه، که البته او هم مخالف نیست و در واقع می‌گوید اگر اکراهاً طلاق واقع شد می‌تواند رجوع کند و اگر رجوع نکرد معلوم می‌شود به آن راضی بوده است. حال با توجه به این نکته در این مسأله احدی مخالف نیست.

ادّله:

۱- اجماع:

اجماع در اینجا به عنوان مؤید خوب است.

۲- بنای عقلا:

بهترین دلیل ما در این مسأله در درجه اول بنای عقلاست، چه آنهایی که صاحب مذهب هستند و چه آنهایی که بدون مذهب هستند، عقود و ایقاعات بدون اختیار را معتبر نمی‌دانند مثل طلاق، نکاح، بیع و حتی اقرار اجباری را هم باطل می‌دانند، اصلاً معاهده به معنی پیمانی است که از رضایت درون ناشی شود و در ماهیت معاهده آمده است و شارع هم این بنای عقلا را امضا کرده و بر اساس آن حکم کرده است.

۳- حدیث رفع:

این حدیث هم دلیل بسیار خوبی است. از طرق عامه و خاصه نقل شده است که می‌فرماید:

«رفع ما أکرهوا علیه»

و در بعضی از نسخ،

«رفع ما استکرهوا علیه»

دارد. در اصول گفته‌ایم که حدیث رفع شامل احکام تکلیفیّه و وضعیّه هر دو می‌شود یعنی هم مجازات و عقوبت با اکره برداشته می‌شود و هم احکام وضعیّه از جمله نکاح، طلاق و بیع، پس حدیث رفع «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» را برمی‌دارد، یعنی لسان حدیث عام است و دلیلی هم نداریم که اختصاص به احکام تکلیفیّه داشته باشد. در حدیث معتبری هم از امام صادق علیه السلام از طلاق اکراهی سؤال شد و امام صادق علیه السلام در رفع احکام وضعیّه به این روایت پیامبر استدلال فرمودند. پس حدیث رفع، احکام وضعیّه را هم شامل می‌شود.

اگر بعداً راضی شد آیا صحیح می‌شود؟

ادّعا کرده‌اند که مسلماً اشکالی ندارد و اگر بعداً رضایت ملحق شود صحیح است.

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

عقد النکاح (نکاح فضولی) یقف علی الاجازة علی الاظهر الا شهر بل المشهور شهرةً عظيمةً بین القدماء و المتأخرين. «۱»

در ادامه از ابن ادریس نفی خلاف و از سید نقل اجماع می‌کند، تنها کسی که از او مخالفت نقل شده و فضولی در نکاح را باطل می‌داند مرحوم شیخ در خلاف است و احتمال دارد که از نظرش برگشته باشد، چون در کتاب‌های دیگرش اجازه داده است. از فخر المحققین هم نقل شده است که ایشان هم شبهه کرده‌اند و غیر از این دو نفر مخالفی نقل نشده است. در اینجا حق با مشهور است.

ادله:

تمام ادله‌ای که در بیع فضولی داریم (ادله عامّه) در اینجا هست. «۲» مشکلی که در اینجا داریم این است که عقد فضولی باید انجام شود تا بعداً اجازه بیاید. آیا نکاح مکره مثل عقد فضولی است و به عبارت اخری «المکره له قصد الی الإنشاء أم لا»، چه بسا مکره قصد انشاء ندارد، در حالی که در عقد فضولی که موقوف بر اجازه است قصد وجود دارد، ولی فضولی است، پس مکره در انشائش مشکل دارد که آیا قصد انشاء دارد یا نه، این بحث مفصّلی است و در طلاق و بیع مطرح شده است. ما در کتاب بیع گفته‌ایم که مکره قصد دارد و انشاء می‌کند (الفاظ بی‌معنا نمی‌گوید) و فقط رضایت ندارد (مکره مثل هازل نیست) پس مکره داخل در فضولی است و با اجازه درست می‌شود.

مسأله: اگر عقدی واقع شد بعد در این که عقد دائمی است یا منقطع اختلاف شد بعضی گفته‌اند که حق با دوام و بعضی گفته‌اند حق با متعه است و بعضی هم باطل دانسته‌اند. ما می‌گوییم قدر متیقن که متعه است قبول می‌کنیم و زائد بر آن را نمی‌پذیریم. «۳»

پایان سال تحصیلی ۷۸-۷۹

(۱) ج ۲۹، ص ۲۰۱.

(۲) أنوار الفقاهة، کتاب البیع.

(۳). مختلف، ص ۵۶۴، ملحقات عروء، ج ۳، ص ۱۸۱، مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۵۹، مسئله ۶۲، مهذب الاحکام، ج ۲۷، ص

جلد دوم

فهرست

مقدمه ... ۵

فصل في اولياء العقد مسئله ۱: ولاية الاب و الجد على الصغير و الصغيرة ... ۷

مسئله ۲: ولاية الاب و الجد على الباكرة الرشيدة ... ۱۰

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

مسئله ۴: شرائط الصحة الترويج الاب و الجد ... ۳۲

مسئله ۵: عقد الولى من العقود اللازمة ... ۳۵

مسئله ۶: تزويج الولى الصغيرة بما دون مهر المثل ... ۳۹

مسئله ۷: نكاح السفیه المبذر ... ۴۱

مسئله ۸: تزويج الولى المولى عليه بمن له عيب ... ۴۶

مسئله ۹: استحباب استيذان المرأة من الولى ... ۴۸

مسئله ۱۰: هل للوصى ولاية في النكاح ... ۵۰

مسئله ۱۱: ولاية الحاكم في النكاح ... ۵۴

مسئله ۱۲: شرائط الولاية ... ۵۷

مسئله ۱۳: عقد الفضولى ... ۵۹

مسئله ۱۴: من له الاجازة في الفضولى ... ۶۷

مسئله ۱۵: تأخر الاجازة عن العقد الفضولى ... ۶۸

مسئله ۱۶: لا اثر للاجازة بعد الرد في الفضولى ... ۷۰

مسئله ۱۷: في الكاره ... ۷۳

مسئله ۱۸: بما ذا تحصل الاجازة في الفضولى ... ۷۴

مسئله ۱۹: عدم كفاية الرضا القلبي في صحة العقد ... ۷۷

مسئله ۲۰: قصد الفضولى و الالتفات اليها ... ۸۰

مسئله ۲۱: في من يتوقف زوجيته على اجازته ... ۸۱

مسئله ۲۲: ترتب الآثار الأخر على الحلف ... ۸۶

مسئله ۲۳: فروع في الاجازة ... ۸۷

مسئله ۲۴: العقد لازم بالنسبة الى المباشر ... ۸۸

مسئله ۲۵: لو رد المعقود له صار العقد كأنه لم يقع ... ۹۰

مسئله ۲۶: إن زوج الفضولى امرأة ... ۹۱

مسئله ۲۷: لو زوج فضوليان ... ۹۲

مسئله ۲۸: لو وكلت رجلين في تزويجها ... ۹۳

مسئله ۲۹: ادعى الزوجين سبق العقد ... ۹۹

مسئله ۳۰: تزویج احد الوکیلین عن الرجل له امرأه ... ۱۰۴

فصل فی اسباب التّحریم القول فی النسب ... ۱۰۸

مسئله ۱: فی تحریم العمه ... ۱۱۲

مسئله ۲: النسب الشرعی و غیر الشرعی ... ۱۱۲

مسئله ۳: وطء الشّبهه ... ۱۲۱

الاستنساخ (شبهه سازی ...) ۱۳۱

تمه فی مقدّمات النّکاح مسئله ۱۲: الافضاء ... ۱۳۳

مسئله ۱۳: ترک وطء الزوجه اکثر من اربعه اشهر ... ۱۴۰

مسئله ۱۴: حکم العزل ... ۱۴۲

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

مقدمه

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

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

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

ویژگی ممتاز درس استاد معظم، دسته بندی دقیق مطالب و کیفیت بدیع و دقیق ورود و خروج به مباحث است که در این امر نیز سعی شده است که به همان شیوه مطالب سنگین و مهم علمی با دسته بندی و تیترو مناسب و شماره گذاری ارائه شود.

از جمله ویژگی های این مجموعه که آن را از نظائرش ممتاز می کند، این است که به صورت «درسی-فارسی» تنظیم شده که ضمن سهولت دسترسی به مطالب، حال و هوای حضور در درس را دارد؛ علاوه بر این در کنار این مجموعه، نرم افزاری دروس نیز آماده شده که به راحتی با استفاده از رایانه قابل دسترسی می باشد.

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

لازم به ذکر است که در بعضی از دروس برای رعایت نظم و ترتیب مطالب و مباحث، قسمت هایی از مطالب درسی جایجا و به قسمت های مربوطه منتقل گردیده، لذا آن دسته از عزیزانی که دروس حضرت استاد را از نوار کاست و یا، در کنار این مجموعه

پی گیری می نمایند، به این نکته توجه داشته باشند.

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

اللَّهُمَّ وَفَّقْنَا لِمَا تَحَبَّ وَ تَرْضَى

محمد رضا حامدی - مسعود مکارم

۲۱ رمضان المبارک ۱۴۲۲

حوزه علمیه قم

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷

[فصل فی اولیاء العقد]

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

اشاره

۷۹ / ۶ / ۱۹...

فصل فی اولیاء العقد

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

مقدمه:

اولیاء عبارتند از:

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

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

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

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

السّلام علیک و علی آبائک الطاهرین

مرحوم صاحب حدائق نیز چنین می فرماید:

و (ثانیها) دومین مورد اختلاف قول ابن ابی عقیل فی نقصان الجد من هؤلاء المذكورین فانه قال: الولی الذی اولی بنکاحهنّ هو الاب

دون غیره من الاولیاء و لم یذکر للجد الولایة. «۳»

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

۲ ادامه مسئله ۱ ... ۲۰ / ۶ / ۷۹

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

فروع:

اشاره

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

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

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

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

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

اشاره

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

ادله:

اشاره

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

دلیل اول: روایات

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

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

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

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

نکته:

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

(۱) ج ۷، ص ۱۰۰.

(۲) آیه ۳۸، سوره یوسف.

(۳) حدائق، ج ۲۳، ص ۲۰۲.

(۴) ح ۱، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۶) ح ۳، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸

دلیل دوم: آیه ۲۳۷ سوره بقره

این آیه در مورد مهر است و می فرماید که قبل از دخول اگر طلاق بدهند مهر نصف می شود و در دنباله آیه می فرماید: «إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» این تعبیر اجمالاً می فهماند که چه کسی در نکاح اختیار دارد قطعاً خود زوجه را نمی گوید و قدر متیقن از آن «اب» است. البته در تفسیر آیه اختلاف وجود دارد.

دلیل سوم: بناء عقلا و سیره متشرّعه

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

فرع دوم: «ولایت اب و جد بر مجنون»

اشاره

در اینجا نیز ادعای اجماع شده است، که پدر بر مجنون متصل ولایت دارد، اما این مسأله هیچ روایتی ندارد، چون شاید این امر از مسلمات بوده و کسی از امام علیه السلام سؤال نکرده است.

پس سرچشمه این اجماع از کجاست؟

در اینجا دو دلیل اقامه می کنیم:

دلیل اول: استصحاب

اشاره

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

لا تنقض الیقین بالشک

می گوید حالا هم که مجنون کبیر شده استصحاب ولایت می کنیم.

اشکال:

اشاره

به این استصحاب ممکن است دو اشکال وارد شود:

۱- تبدل موضوع:

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

۲- شبهه حکمیّه:

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

۳ ادامه مسئله ۱ ... ۲۱ / ۶ / ۷۹

دلیل دوم: آیه ۶ سوره نساء

«... فَإِنْ أَنْشَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» ... مفهوم جمله شرطیه این است که اگر رشید نبودند اموالشان را به آنها ندهید، به این معنی که ولایت بر اموال در مجنون مسلم است، حال الغاء خصوصیت می کنیم و می گوئیم بسیار بعید است که شارع مقدس ولایت بر اموال مجانین را برای پدر و جد قرار دهد، اما در نکاح ولایت قرار ندهد، اگر ملاک علاقه پدر است که در هر دو مورد وجود دارد، و اگر ملاک عدم توانائی مجنون است، این هم در هر دو مورد موجود است. مضافاً بر اینکه روایتی داریم که ملازمه بین اموال و نکاح را ثابت می کند.

البته سند روایت اشکال دارد چون

«عن البرقی أو غیره»

دارد.

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

* باسناده عن احمد بن محمد بن عیسی، عن البرقی او غیره، عن صفوان، عن عبد الله، عن ابی بصیر، عن ابی عبد الله علیه السلام:

قال سألته عن الذى بيده عقدة النكاح، قال: هو الاب و الاخ و الرجل يوصى اليه، و الذى يجوز امره فى مال المرأة فيبتاع لهما فيشتري فأبى هؤلاء عفا فقد جاز. «۱»

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

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

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

دلیل سوم: سیره عقلا

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

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

اشاره

(۱) ح ۴، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۲) آیه ۳۸ سوره مائده.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹

اقوال:

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

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

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

روایات:

...* عن محمد بن مسلم عد احدهما علیه السلام قال: لا تستأمر الجارية اذا كانت بین ابویها

(تا پدر و مادر دارد از خودش نظرخواهی نمی‌شود)

لیس لها مع الاب امرٌ، و قال: یستأمرها کلّ احد ما عدا الاب. «۲»

...* عن زرارة ابن اعین قال: سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول: لا ینقض النکاح الّا الاب. «۳»

...* عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام قال: لا ینقض النکاح الّا الاب. «۴»

روایات معارضی:

اشاره

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

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

یعنی اینها باید درباره دخترانشان اجازه بدهند به عبارت دیگر مادر درباره دخترش اجازه دارد.

دلالت حدیث خوب است ولی سند معتبری ندارد چون از منابع عامّه نقل شده است.

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

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

اشکالات روایت:

اشاره

۱- ولایت بر «ابن کبیر» را احدی در هیچ جا نگفته است.

۲- اگر این نکاح درست بوده بدون طلاق بهم نمی‌خورد (ظاهر این نکاح فضولی است).

۳- اگر این نکاح صحیح باشد چرا مادر مهریه را بدهد؟ در حالی که «المهر علی الزوج».

احتمال اول:

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

احتمال دوم:

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

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

اقوال:

در اینجا مسأله اجماعی است و مخالفی هم ندارد، اما اهل سنت برای خویشاوندان پدری (عصبه) غالباً قائل به ولایت هستند. «۷»
مرحوم نراقی ادعای اجماع بر عدم ولایت عم و اخ کرده است.
مرحوم محقق ثانی می فرماید:

«و الولاية الثابتة بالقرابة منحصرة عندنا في القرابة الابوة و الجدة من الابوة باتفاق علمائنا، فلا تثبت للاخ و لایه، من الأبوين كان أو من احدهما، انفرد أم كان مع الجد، خلافاً للعامة و كذا الولد و سائر العصابات، قربوا أم بعدوا». «۸»

(۱) ج ۱۶، ص ۱۲۴.

(۲) ح ۳، باب ۴ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۱، باب ۴ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۵، باب ۴ از ابواب عقد نکاح.

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

(۶) ح ۳، باب ۷، از ابواب عقد نکاح.

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

(۸) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰

دلیل: روایات

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

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

۵ ادامه مسئله ۱ ... ۲۳ / ۶ / ۷۹

... عن الحلبي، عن ابی عبد الله علیه السلام فی حدیث قال: سئل عن رجل یرید أن یرزوج اخته؟ قال: یؤامرهما فان سکتت فهو اقرارها و ان ابت لا یرزوجها. «۲»

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

۱- نفی استقلال برادر است به این معنی که ولایت مشترک را نه نفی می کند و نه اثبات.

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

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

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

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

نتیجه: این دو حدیث گرچه توجه مستدلین به نفی ولایت اخ را به خود جلب کرده است؛ ولی دلالتی بر عدم ولایت اخ بر صغیر ندارد، پس دلیل ما در اینجا عموماً عدم ولایت است.

روایات معارض:

اشاره

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

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

(دومی و طی به شبهه است)

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

مرحوم صاحب جواهر این روایت را بدون عبارت

«اخ لها صغیر»

نقل کرده است. «۵»

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

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

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

توجهات روایات معارض:

این روایات را سه گونه توجه کرده‌اند:

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

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

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

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

[مسئله ۲: لیس للأب و الجد للأب و ولایة علی البالغ الرشید و لا علی البالغة الرشیده إذا کانت یتیمه]

اشاره

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

(۱) ح ۲، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۴، باب ۴ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۱، باب ۷ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۲، باب ۷، از ابواب عقد نکاح.

(۵) ج ۲۹، ص ۲۳۱.

(۶) ح ۴، باب ۷ از ابواب عقد نکاح.

(۷) ح ۶، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱

استقلالها و عدم الولاية لهما عليها لا مستقلاً و لا منضمّاً، و استقلالهما و عدم سلطنته و ولاية لها كذلك و التشریک بمعنى اعتبار اذن الولی و اذنها معاً، و التفصیل بین الدوام و الانقطاع إما باستقلالها فی الاوّل دون الثانی أو العکس و الأحوط الاستئذان منهما، نعم لا اشکال فی سقوط اعتبار اذنها ان منعها من التزویج بمن هو کفو لها شرعاً و عرفاً مع ميلها، و کذا إذا کانا غائبین بحيث لا یمكن الاستئذان منهما مع حاجتها إلى التزویج.

عنوان مسأله: آیا پدر بر دختر باکره ولایت دارد؟

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

اقوال:

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

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

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

۳- التشریک بمعنى اعتبار اذن الولی و اذنها معاً.

۴- التفصیل بین الدوام و الانقطاع، باستقلالها فی الاوّل (دائم) دون الثانی (متعّه).

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

۶- انّ التشریک فی الولاية تكون بین المرأة و أیها خاصه (نسبت به جد تشریک نیست) دون غیره من الاولیاء، و نسبه الی المفید «۱».

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

و پدر احتیاطاً از حاکم شرع اجازه می‌گیرد.

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

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

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

قائلین قول چهارم: محقق در شرایع.

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

قائلین قول ششم: به مفید نسبت داده شده است.

۷ ادامه مسئله ۲ ... ۲۷ / ۶ / ۷۹

اقوال عامه:

اشاره

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

شافعی:

قائل شده‌اند که اجازه ولی شرط است.

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

ابو حنیفه:

قائل به استقلال کامل دختر شده است.

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

مالک:

قائل به تفصیل بین نسبی و دئی شده است.

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

إلیه «۴».

داوود:

قائل به تفصیل بین بکر و ثیب شده است.
ان كانت بکراً فنکاحها لا ینعقد الا بولی و ان كانت ثیباً لم یفتقر

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

بررسی اقوال:

ادله قول اول (استقلال باکره رسیده):

دلیل اول: اصل

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

سؤال: آیا می‌توان در اینجا به استصحاب تمسک کرد؟

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

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

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

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

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

دلیل دوم: آیات

دو دسته آیه داریم:

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

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

۸ ادامه مسئله ۲

۷۹ / ۶ / ۲۸...

دسته دوم: آیات طلاق که می‌فرمایند زنان بعد از عده طلاق حق ازدواج دارند:

«وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ» «۳» هنگامی که زنان را طلاق دادید و عده تمام شد مانعشان نشوید از هر کاری که می‌خواهند برای خودشان انجام دهند (بقریه مقام منظور ازدواج است) پس از این تعبیر استفاده می‌شود که نباید آنها را منع کرد.

استدلال به این آیه، منوط بر دو مقدمه است:

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

دلیل سوم: احادیث

اشاره

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

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

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

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

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

(۱) خلاف، ج ۴، ص ۲۵۲.

(۲) آیه ۲۳۴ و ۲۴۰ سوره بقره.

(۳) آیه ۲۳۲ سوره بقره.

(۴) ح ۴، باب ۹ از ابواب عقد النکاح.

(۵) ح ۶، باب ۹ از ابواب عقد النکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳

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

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

این صحیحه، «صحیحة الفضلاء» است و سند بسیار قوی دارد، چون چهار نفر از بزرگان روایت، آن را روایت کرده اند.

در دلالت این روایت سه اشکال وجود دارد:

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

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

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

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

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

قلنا: خود روایت می فرماید: بغير ولی جائز یعنی ولی دارد.

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

تزوج المرأة من شاءت اذا كانت مالكة لامرها، فان شاءت جعلت ولية «۲».

(مراد وکیل گرفتن است).

۹ ادامه مسئله ۲ ... ۳۰ / ۶ / ۷۹

... عن ابی سعید القمطاط عن رواه

(سند مشکل دارد)

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

فان رضیت بذلك، قال: و ان رضیت فانه عار على الابكار. «۳»

این دلیل است بر عدم جواز مواقعه با او.

... عن الحلبي

(سند مشکل دارد)

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

روایات معارض:

این روایات معارض دارد.

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

(مرفوعه است و سند مشکل دارد)

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

...* عن ابن بریده، عن أبیه

(سند از نظر عامه صحیح است)

قال:

جاءت فتاة الى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه له ليرفع بي خسيسته

(تا اینکه شخصیت پیدا کند یا اینکه خیلی خرجی نداشته باشد)

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

۱۰ ادامه مسئله ۲ ... ۷۹ / ۷ / ۲

ان قلت: این احادیث

«مالکة لامرها»

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

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

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

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

(۱) ح ۱، باب ۳ از ابواب عقد النکاح.

(۲) ح ۸، باب ۳ از ابواب عقد النکاح.

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

(۴) حدیث ۹، باب ۱۱ از ابواب متعه.

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

(۶) ج ۱، ص ۶۰۲، ح ۱۸۷۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۴

قلت: اولاً: باید گفت تعبیر به

«مالکة لامرها»

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

ثانیاً: شک نکنید که مراد از

«مالکة لامرها»

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

«التي تشتري و تبيع» «... ۱»

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

«المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفيه و لا المولى عليها» «۲»

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

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

اشاره

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

روایات:

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

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

(لا تستأذن)

الجارية التي بين ابويها اذا اراد ابوها أن يُزوّجها هو أنظر لها و اما الثيب فانها تستأذن، و ان كانت بين ابويها اذا ارادا أن يُزوّجها «۳» . این حدیث دلالت کاملی دارد.

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

(موقع ازدواج او بشود)

أ لها مع أبيها امراً؟ فقال:

ليس لها مع أبيها امراً ما لم تُثيب «۴» □

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

فهى اولى بنفسها. «۵» □

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

مع أبيها امراً، قال: و سألت عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء، أ لها مع أبيها امراً؟ قال: ليس لها مع أبيها امراً ما لم تكبر «۶».

(ثيب)

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

لم يزوجها الا برضا منها «۷»

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

نكاحه و ان كانت كارهه «۸»

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

نعم، لیس یکون للولد

(دختر)

امرٌ أَلَا ان تكون امرأةٌ قد دُخِل بها قبل ذلك، فتلک لا يجوز نکاحها أَلَا أن تستأمر. «۹»

۱۱ ادامه مسئله ۲ ... ۳ / ۷ / ۷۹ □

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

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

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

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

(۱) ح ۶، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۱، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۶، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۱۱، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۱۳، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۶) ح ۳، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۷) ح ۳، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۸) ح ۷، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۹) ح ۸، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۱۰) ح ۳، باب ۱۳ از ابواب عقد نکاح.

(۱۱) روایات باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۵

دعوی اب و جد بر سر کبیره است:

... * عن علی بن جعفر عن اخیه موسی بن جعفر علیه السلام قال ...: قال أَلدی هوی الجد احق بالجاریه لَأَنها (باکره) و اباهما للجد

«۱»

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

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

...»

أَحَبُّ إِلَیَّ ان ترضی بقول الجَدّ «۲»،

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

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

دلیل اول: اصالة الاحتیاط

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

دلیل دوم: روایت

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

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

(این قسمت دلالت بر شرکت دارد)

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

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

«هذا تمام الکلام فی الأقوال الثلاث»

جمع بندی اقوال ثلثه:

اشاره

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

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

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

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

مرجّح اول، شهرت: بیشتر مؤید قول اول است.

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

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

نتیجه: چاره‌ای نداریم که قول اول را بپذیریم.

۱۲ ادامه مسئله ۲ ... ۷۹ / ۷ / ۴

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

روایاتی که می‌گویند پدر می‌تواند نکاح را فسخ کند، پس معلوم می‌شود که نکاح باکره رشیده، صحیح است، منتهی پدر می‌تواند فسخ کند، مثل حقّ شفعه و بیعی که در آن خیار باشد، که مجموعاً دو روایت است:

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

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

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

آقای حکیم روایتی هم از حلبی «۶» نقل می‌کند به همین معنا. ظاهر روایات این است که بنت استقلال دارد ولی پدر بعد از آن می‌تواند فسخ کند که از اینجا قول هفتمی هم در می‌آید. حال ما باشیم و قواعد اصول این روایات را باید کنار هم بگذاریم و نتیجه بگیریم.

(۱) ح ۸، باب ۱۱ از ابواب عقد النکاح.

(۲) ح ۴، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۲، باب ۹، از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۱، باب ۴، از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۵، باب ۴، از ابواب عقد نکاح.

(۶) مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۴۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۶

همان گونه که گفته شد بین روایات جمع دلالی نیست و باید سراغ مرجّحات برویم و مرجّحات هم، مطابق قول اول است، بنابراین تا اینجا اقوی، قول اول است.

در اینجا دو طریقه جمع دیگر هم گفته شده است

اشاره

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

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

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

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

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

۲- جمع مرحوم شهید ثانی در مسالک

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

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

بقی هنا آموز:

الامر الاوّل: عنوان ثانوی

اشاره

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

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

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

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

توضیح ذلک: در زمان ما سن ازدواج بالا رفته است که علت اول آن تحصیلات عالی است. علت دوم سختگیری‌ها و توقعات زیادی که در بین مردم پیدا شده و تشریفات و زرق و برقها زیاد شده است.

علت سوم عوامل تحریک جنسی زیاد شده و تقاضای ازدواج موقت افزایش یافته است، در حالی که این افراد با اذن پدر مواجه

می‌شوند و هیچ پدری اجازه نمی‌دهد. حال اگر اذن ولی را شرط ندانیم موقتاً این مشکل حل می‌شود ولی این حلال مشکلات نیست، چرا که خودش مشکلات دیگری را بدنبال خواهد داشت.

۱۳ ادامه مسئله ۲ ... ۷۹ / ۷ / ۵

مشاكل استقلال باکره در متعه:

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

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

(۱) مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۴۵ - ۴۴۶ - ۴۴۷.

(۲) ج ۱، ص ۴۵۰.

(۳) ج ۲۹، ص ۱۸۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۷

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

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

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

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

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

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

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

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

(ای الایکار)

التي لها اب لا تزوج متعة إلا باذن أبيها. «۳»

... عن المهلب الدلال أنه كتب الى ابي الحسن عليه السلام

(الكاظم؛ أبا الحسن الرضا)

ان امرأة كانت معي في الدار، ثم أنها زوجتني نفسها

(قرائن نشان می دهد که بکر بوده است)،

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

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

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

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

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

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

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

۱۴ ادامه مسئله ۲ ... ۷۹ / ۷ / ۶

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

نعم يستحب لها

(باکره رشیده)

ایثار اختیار ولیها علی اختیارها، بل یکره لها الاستبدار

(پیشی گرفتن)

كما أنه یکره لمن

(۱) ح ۱۴، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۲) ح ۱۳، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۳) ح ۱۲، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۴) ح ۱۱، باب ۱۱ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۸

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

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

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

مشاكل استقلال باکره در نکاح دائم:

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

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

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

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

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

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

۱۵ ادامه مسئله ۲ ... ۷۹ / ۷ / ۹

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

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

زنان باید عده نگه دارند حتی زن عقیم؛ وقتی طلاق می‌گیرد، اگر یائسه نباشد باید عده نگه دارد، حال اگر بناء باشد استثنا بخورد هر کسی خود را مصداق این قانون می‌داند، در ما نحن فیه هم در صورت استثناء، تمام دختران می‌گویند ما از پدرمان عالم‌تر هستیم، خصوصاً در زمان ما، که جوانان خود را عاقل‌تر و عالم‌تر می‌دانند.

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۲، ص: ۱۸

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

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

ان قلت: بین این عناوین ثانویه و استحسان‌های اهل سنت که علمای شیعه آن را نمی‌پذیرند، چه فرقی است؟
 قلنا: آن چه که مقبول نیست، استحسانات ظنیّه است، امّا اگر مسائل قطعیه مسلّمه به میان آمد، استحسان نیست و ما به آن فتوی می‌دهیم، مثل حکم میرزای شیرازی در مورد تحریم تنباکو و مسئله اضطرار به اکل میته، و در ما نحن فیه آنچه که در مورد مشکلات استقلال بنت در نکاح دائم و موقت گفتیم، قطعی است و ظنی نیست که استحسان باشد.
 نتیجه: عنوان اولی چه در متعه و چه در نکاح دائم استقلال بنت است؛ ولی با توجه به عناوین ثانویه، یا به قطع می‌گوئیم اذن ولی لازم است یا به صورت احتیاط واجب می‌گوئیم که نظر ولی را هم جلب کند.

الامر الثانی: تفصیل بین نکاح دائم و متعه

مرحوم محقق تفصیلی بین نکاح دائم و متعه (در قول چهارم و پنجم) نقل کرده که قائلش معلوم نیست. به این بیان که گفته‌اند: در نکاح دائم مستقل، و در متعه اذن ولی لازم است.
 امّا قائل عکس این مطلب (اذن در نکاح دائم و استقلال در متعه) شیخ طوسی در تهذیب و استبصار است؛ ولی در کتابهای دیگرش

(۱) ج ۲۹، ص ۱۸۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۹

این فتوی را نداده است.

دلیل تفصیل اول:

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

...* عن ابی مریم، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: العذراء التي لها أب لا تزوج متعة إلا باذن أبيها. «۱»

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

البكر لا تزوج متعة إلا باذن أبيها «۲»

. ظاهراً منحصر به این دو صحیحه هم نیست.

دلیل تفصیل دوم:

احادیثی داشتیم (طایفه دوم) که می‌گفت

«لا يجوز الا باذن أبيها»

که می‌گوئیم اینها منصرف به عقد دائم است پس عقد دائم اجازه می‌خواهد و امّا متعه اجازه نمی‌خواهد.

...* عن الحلبي قال: سألته عن التمتع من البكر اذا كانت بين ابويها بلا اذن ابويها، قال: لا بأس ما لم يقتض «... ۳»

(در صورتی که مسئله بکارت محفوظ باشد اشکال ندارد).

... عن ابی سعید قال: سئل أبو عبد الله عن التَّمَتُّعِ مِنَ الْبَكَارِ اللَّوَاتِي بَيْنَ الْاَبْوَيْنِ، فَقَالَ: لَا بَأْسَ «... ۴»

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

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

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

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

۱۶ ادامه مسئله ۲ ... ۷۹ / ۷ / ۱۱

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

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

اشاره

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

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

ادله:

۱- اجماع:

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

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

می فرماید بعد از اتمام عده، مانع از آن نشوید که این زنان ازدواج کنند. اطلاق آیه شامل جائی که زن ازدواج کرده و عده هم به او

واجب شده؛ ولی باکره است، (چون دخول غیر متعارف صورت گرفته) می شود، بنابراین اطلاق آیه شامل ما نحن فیه هم می شود.

۳- قاعده عسر و حرج:

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

(۱) ح ۱۲، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۲) ح ۵، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۳) ح ۹، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۴) ح ۶، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۵) آیه ۲۳۲ سوره بقره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۰

جواب از استدلالات سه گانه:

این استدلالات هم قابل نقد و ایراد است:

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

اما آیه: چند اشکال متوجه اوست:

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

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

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

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

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

دو دلیل دیگر:

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

۱- مصلحت مولی علیه:

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

۲- خیانت در حق مولی علیه:

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

بقی هنا شیء: کفو شرعی و عرفی چیست؟

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

۱- از نظر سن و سال.

۲- از نظر سواد و معلومات.

۳- از نظر دیانت.

۴- از نظر سلامت جسم.

۵- از نظر وضع زندگی مادی.

البته این تناسب منحصر در این پنج مورد نیست.

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

۱۷ ادامه مسئله ۲ ... ۷۹ / ۷ / ۱۲

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

(۱)

(۱) جواهر، ج ۲۹ ص ۱۸۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۱

این فرع در تحریر الوسیله نیست؛ ولی مرحوم صاحب جواهر این فرع را دارد. اگر تعارض شد بین اختیار ولی و اختیار بنت، اختیار

کدام مقدم است؟ به تعبیر دیگر آیا اذن ولی در اینجا هم ساقط است چون مانع کفو شده است؟

در اینجا مابین فقہا اختلاف شده، مرحوم شهید ثانی در مسالک می گوید: مختار دختر مقدم است «۱»، و صاحب جواهر می گوید: مختار پدر مقدم است.

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

استثناء دوم: جائی است که ولی غایب است و نمی توان با او تماس گرفت

«غاب غیباً طویلاً لا یمكن الوصول الیه او مات مع حاجۃ البنت الی النکاح»، در اینجا بنت چه کار کند؟

در اینجا هم غالباً گفته اند که «یسقط اذن الولی»، شیخ در خلاف، محدث بحرانی در حدائق، صاحب ریاض در ریاض، شیخ انصاری در رسالہ نکاح، که همه این اقوال در مستمسک آمده است و گفته است «و ینظر من الجمیع عدم الخلاف فی ذلک» «۲». قلنا: این مسأله هم نص خاصی ندارد و لذا سراغ همان قواعد و دلائل عامه می رویم. در اینجا اگر بخواهیم به همان دلیل سابق استناد کنیم باز همین حرف وجود دارد به این معنی که ولی برای حفظ مصالح است و ولی غایب و ولی فوت شده نمی تواند حفظ مصلحت کند و لذا اذن او ساقط است.

ان قلت: آیا احتیاج به اذن حاکم دارد؟

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

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

اشاره

در اینجا دو بحث داریم:

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

۲- موضوعی: تیبیه چه کسی است؟

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

اشاره

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

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

دلیل: روایات

اشاره

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

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

طایفه اول: ثیب مطلقاً اذن نمی‌خواهد

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

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

در اینجا شاهد در

«ما لم تثيب»

است و این حدیث از احادیث صحیحه است.

□
...* عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عن الثيب تخطب (خواستگاری می‌کند یا می‌پذیرد خواستگار را)

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

(۱) مسالک، ج ۷، ص ۱۴۲.

(۲) مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۴۹.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۸۵.

(۴) ح ۱۱، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۲

تزوجت زوجاً قبله «۱»

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

لا تستأمر الجارية في ذلك اذا كانت بين ابويها

(اجازه‌ای از دختر نمی‌گیریم)

فاذا كانت ثيباً فهی اولی بنفسها. «۲»

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

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

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

(به معنی ثیب است به قرینه ذیل حدیث)

احقّ بنفسها من وليها و البكرُ تستأذن في نفسها «۴»

طایفه دوم: اگر ثیب کفو اختیار کند، اذن ولی نمی خواهد

اشاره

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

كان كفواً

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

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

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

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

این حدیث چند سند دارد و لذا می شود آن را سه روایت بدانیم (سه راوی مختلف عبد الله، حسن، حلبی) که بعضی از اسناد هم قطعاً معتبر و صحیح است.

۱۸ ادامه مسئله ۲ ... ۷۹ / ۷ / ۱۳

جمع بین روایات دو طایفه:

مطلقاً می گفت ثیب در نکاح آزاد است و مقیدات می گفت، در جائی که کفو باشد اذن ولی نمی خواهد (که شبیه بکر است)،

این دو دسته روایات را چگونه جمع کنیم؟

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

جواب: این جمع درست نیست، چون اولاً بکر و ثیب از نظر حکم یکی می شود و ثانیاً کسی چنین فتوایی نداده است. پس باید این جمع را رها کنیم.

با توجه به اینکه کسی به این روایات فتوی نداده؛ ولی می خواهیم تا حد امکان، بین اخبار جمع کنیم، دو طریق جمع دیگر هم بین این دو طایفه بیان می کنیم.

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

جمع سوم:

«اذا كان كفواً»

اشاره به این است که ثیبیه رشیده باشد چون رشیده غالباً کفو انتخاب می کند.

طایفه سوم: روایات معارضه

احادیثی که صریحاً در ثیب می گوید اذن ولی شرط است مثل بکر، و این احادیث با روایات قبلی معارض هستند. در اینجا دو

حدیث بیشتر نداریم که هر دو ضعیف هستند:

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

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

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

دلالت این حدیث ظاهر است بعضی می گویند:

«ذا»

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

... عن المهلب الدلال

(مجهول الحال است و وثاقتش ثابت نیست)

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

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

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

(۱) ح ۱۲، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۱۳، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

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

(۴) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۱۱۵ و ۱۱۹.

(۵) ح ۲، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۶) ح ۴، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۷) ح ۱۵، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۸) ح ۱۱، باب ۱۱ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۳

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

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

۲- موضوعی:

اشاره

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

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

اقوال:

اشاره

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

احتمالات در مفهوم ثیب:

چهار احتمال در مفهوم ثیب وجود دارد:

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

کلمات علمای شیعه:

مرحوم شهید ثانی می‌فرماید:

واعلم: انّ الثیبوه تتحقّق بزوال البکاره (معیار زوال عضو است) بوطء و غیره، و انتفاء الولاية عنها مشروط بكونها بالوطء (و لو ثیبوه به زوال عضو متحقق می‌شود؛ ولی انتفاء ولایت در جایی است که زوال عضو به سبب وطی باشد، پس دو چیز را شرط می‌داند: زوال العضو و کونها بالوطء) كما تبّه عليه في الرواية السابقة فلو ذهب بغيره فهي بمنزلة البکر «۱».

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

خلاصه کلام نراقی این است:

لو ذهبت بکارتها بغير الوطی فحکمها حکم البکر للاستصحاب، ... و منه يظهر الحكم فيمن ذهبت بکارتها بالزنا ايضاً (پس ایشان سه چیز را شرط می‌داند، ۱- زائل شدن عضو. ۲- به وطی بودن. ۳- حلال بودن وطی ...) و لو تزوّجت و مات زوجها او طلقها قبل الوطء لم تسقط الولاية (بازهم باکره است و ولایت و اذن ولی هست) للاجماع و صدق الباکره و الجاریه. «۴»

مرحوم سید یزدی صاحب عروه احتمال چهارم را پذیرفته است و می‌گوید مدار تزویج است اگر ازدواج کرده، ثبیه است و اگر ازدواج نکرده، باکره است «۵» (چه عضو باشد، چه نباشد) بنابراین هر آنچه را که مستند ادعای اجماع بر آن دارد ایشان خلاف آن را می‌گوید. البته احتمالات دیگری هم در کلام ایشان هست.

کلمات اهل سنت:

فصل: و الثیب المعتمر نطقها هی الموطوءة فی القبل سواء کان الوطاء حلالاً او حراماً و هذا هو مذهب الشافعی «۶».

شافعی حکم را دائر مدار وطی می‌کند مگر اینکه کلام ایشان را حمل بر غالب کنیم که غالباً در اثر وطی عضو زائل می‌شود که در این صورت با کلام مسالک سازگار است. سپس از مالک و ابو حنیفه نقل می‌کند که وطی باید حلال باشد و اگر حرام باشد، حکم باکره را دارد

(۱) مسالک، ج ۷، ص ۱۴۴.

(۲) ح ۱۵، باب ۱۳ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۸، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۴) مستند، ج ۱۶، ص ۱۲۳.

(۵) عروه، ج ۲، ص ۸۶۵.

(۶) مغنی ابن قدامه، ج ۷، ص ۳۸۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۴

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

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

ادله:

۱- قول لغوی:

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

از کلمات اهل لغت استفاده می‌شود که «ثیب» گاهی صفت زن است و گاهی برای مرد است ولی غالباً صفت برای زن است. احتمال دارد از ماده (تَوَّبَ) و یا (تَيَّبَ) گرفته شده باشد. راغب در مفردات می‌گوید از ماده (تَوَّبَ) است و (ثَابِ يَثُوبُ) به معنی (رجع یرجع) است و ثیب را ثیب می‌گویند چون ازدواج کرده و طلاق گرفته یا شوهرش مرده است و بازگشته (رجع)، لذا نتیجه می‌گیرند لانه رجع من الزّواج الی حاله قبل الزّواج. پس معیار را ازدواج و طلاق می‌داند.

قاموس می‌گوید: الثیب المرأة فارقت زوجها او دُخِلَ بها.

صاحح مطلبی از ابن سکیت نقل می‌کند و خودش چیزی نمی‌گوید و ظاهراً همان را می‌پذیرد. هو الذی دخل بامرأة و هی الّتی دخلت بها (پس هم مرد و هم زن را ثیب می‌گویند)

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

اشاره

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

روایات:

اشاره

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

اخبار ما می‌گوید کسی که ازدواج کرده ثبیه است و کسی که ازدواج نکرده، باکره است:

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

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

(این حدیث از حیث سند ضعیف است).

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

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

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

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

۲۰ ادامه مسئله ۲ ... ۱۷ / ۷ / ۷۹

روایت معارض:

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

سألته عن الرجل هل يصلح له ان يزوج ابنته بغير اذنها؟ قال: نعم ليس يكون للولد امرٌ الا ان تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك فتلك لا يجوز نكاحها الا ان تستأمر. «۵»

روایت می‌فرماید: نکاح کسی که دخول به او صورت نگرفته است بدون اذن جایز نیست. بنابراین معیار،

«قد دخل بها قبل ذلك»

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

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

(۱) ح ۴، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۲، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۱۲، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۳، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۸، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۶) آیه ۳۶، سورہ واقعہ.

(۷) آیه ۵۶، سورہ الرحمن.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۵

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

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

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

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

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

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

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

۲- فلسفه این حکم ظاهر است، کسی که نکاح نکرده تجربه و خبرویت ندارد، اما اگر نکاح کرد و جدا شد، برای بار دوم، تجربه به دست آورده است، و دخول دخالتی در این تجربه ندارد و آنچه دخالت دارد اصل نکاح است البته برای آن که اشکال استحسان پیش نیاید این را مؤید می دانیم نه دلیل.

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

ان قلت: در معنای ثیب، دو حدیث با هم متعارض شد که هر دو صحیح هستند (صحیحہ حلبی که می گوید عقد کافی است و صحیحہ علی بن جعفر که می گوید دخول شرط است) که هیچ کدام ترجیحی بر دیگری ندارد، چرا یکی ترجیح داده شده؟

قلت: در طرف اعتبار عقد در حدوث ثبوت روایت زیاد است و روایت منحصر به صحیحہ حلبی نیست، بلکه سه حدیث دیگر هم داریم که و لو صحیحہ نیستند؛ ولی چون متضافر هستند، می توانند مؤید باشند، علاوه بر این قرائنی هم ذکر کردیم (مادامی که

ازدواج نکرده، خبرویت ندارد و بعد از نکاح خبرویت پیدا می‌کند و دخول باعث خبرویت نمی‌شود) که این قرائن همگی اعتبار عقد را تأیید می‌کند.

بقی هنا شیء:

سَلَمْنَا که امر دائر مدار غشاء و عضو مخصوص باشد (اگر باقی باشد بکر است و اگر نباشد ثیب است)، این سؤال پیش می‌آید که اگر عضو مخصوص زائل شد و از طریق پیوند و جراحی آن را ترمیم کنند؛ حال آیا باز ثیبوت می‌رود و بکر صدق می‌کند و در نکاح اجازه پدر لازم است؟

جواب: بکارت زائل، بر نمی‌گردد چون اطلاقات وجود آن را از اول می‌گفتند نه اینکه بعد از ازاله برگردانند، پس اطلاقات منصرف از اوست.

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

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

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

[مسأله ۳ (استقلال ولایه الاب و الجد)]

اشاره

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

مسأله ۳: ولایه الجد لیست منوطه بحیاه الاب و لا موته، فعند وجودهما استقل کلّ منهما بالولایه، و اذا مات احدهما اختصت کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۶

بالآخر، و ایّهما سبق فی تزویج المولی علیه عند وجودهما لم یبق محلّ للاخر، و لو زوج کلّ منهما من شخص فان علم السابق منهما فهو المقدم و لغا الآخر و ان علم التقارن قدم عقد الجد و لغا عقد الاب و ان جهل تاریخهما فلا یعلم السبق و اللحق و التقارن لزم اجراء حکم العلم الاجمالی بکونها زوجة لاحدهما و ان علم تاریخ احدهما دون الآخر فان کان المعلوم تاریخ عقد الجد قدم علی عقد الاب و ان کان عقد الاب قدم علی عقد الجد، لکن لا ینبغی ترک الاحتیاط فی هذه الصورة.

مرحوم صاحب جواهر در ج ۲۹ جواهر و مرحوم شیخ در خلاف، هم این مسأله را آورده‌اند.

فروع مسأله:

اشاره

این مسأله دارای سه فرع است:

فرع اول: آیا ولایت اب و جد مستقل است

اشاره

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

اقوال:

اشاره

در این مسأله سه قول است:

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

قول اول: الاستقلال

اشاره

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

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

صاحب حدائق اقوال را جمع کرده است و می‌فرماید:

هل یشرط فی ولایة الجد حیاة الأب أم لا؟ المشهور الثانی (مستقل است...) و هو ظاهر الشیخ المفید و المرتضی و سلار، حیث اطلقوا الحکم بولایة الجد، (چون مطلق گذاشته‌اند و مشروط نکرده‌اند دلیل بر آن است که جد مستقل است) و به قطع ابن ادریس و من تأخر عنه. (از اینجا معلوم می‌شود که قائلین زیاد هستند) و ذهب الشیخ فی النهایة الی ان حیاة الاب شرط فی ولایة الجد علی البکر البالغة و الصغیره و موته مسقط لولایته علیهما و نقله فی المختلف ایضاً عن ابن الجنید و ابی الصلاح و ابن البراج و الصدوق فی الفقیه. «۱» (از اینجا معلوم می‌شود که قائلین قول دوم هم زیاد هستند).

تعبیری هم جواهر دارد و می‌فرماید: بعضی از عامه به عکس (اعتبر موت الاب فی ثبوت ولایة الجد من العامة) «۲» قائل شده‌اند و

بعضی از عامه هم چیزی شرط نمی‌کنند (لا یشرط فی ولایته بقاؤه و لا موته) «۳».

شیخ طوسی در خلاف می‌فرماید:

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

ادلة قول مشهور (استقلال)

اشاره

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

دلیل اول: استصحاب

در حال حیات پدر، جد ولایت دارد، بعد از ممات پدر، ولایت جد را استصحاب می‌کنیم. البته مواردی داریم که این استصحاب جاری نمی‌شود، مانند جائی که پدر بمیرد و بیچه در شکم مادر باشد در اینجا نمی‌توان

(۱) ج ۲۳، ص ۲۰۲.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۷۱.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۷۲.

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

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۷

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

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

دلیل دوم: روایات

1- اطلاقات باب 11:

روایات این باب می‌گفت اگر تعارض شود بین ولایت اب و جد، جد مقدم است مفهومی این است که هر دو ولایت مستقله دارند چون تعارض، متفرع بر این است که ولایت هر دو مسلم باشد.

جواب: مورد سؤال، حیات هر دو است (چون تعارض، فرع بر حیات هر دو است) و بحث ما در جائی است که پدر بمیرد پس تمسک به اطلاقات هم مخدوش است.

2- روایات مفسره:

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

(حدیث معتبر است)

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

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

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

...* عن البرقی او غیره

(که روایت را مرسله می کند و لذا سند ضعیف است)

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

تعبیر

«الذی یجوز امره فی مال المرأه» ...

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

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

3- روایت عبید بن زرارہ:

صاحب جواهر به این روایت استناد کرده است:

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

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

در ذیل روایت دارد

«و یجوز علیھا تزویج الاب و الجد»

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

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

دلیل پنجم: قیاس اولویت

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

قول دوم: اشتراط ولایة الجد بحیاء الأب:

اشاره

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

دلیل: روایت

* و عن حمید بن زیاد، عن الحسن بن محمد، عن جعفر بن سماعه، عن ابان عن الفضل بن عبد الملک، عن ابی عبد الله علیه السلام قال:

انَّ الجَدَّ اذا زَوَّجَ ابْنَهُ ابْنَهُ و كان ابوها حیاً و كان الجَدُّ مرضیاً
(خیانت نمی‌کند و مصلحت بنت را رعایت می‌کند)

جاز «... ۵»

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

(۱) آیه ۲۳۷ سوره بقره.

(۲) ح ۲، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۴، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۸

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

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

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

نوبت به جد نمی‌رسد. بنابراین این روایت مفهوم ندارد و دلالت حدیث ثابت نمی‌شود.

۲۳ ادامه مسئله ۳ ... ۲۳ / ۷ / ۷۹

قول سوم: ولایت الجد مشروط بممات الاب.

گوینده این سخن شافعی است:

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

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

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

فرع دوم (از مسئله سوم تحریر):

اشاره

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

۱- یکی از دو عقد مقدم بر دیگری باشد:

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

علاوه بر قاعده روایات هم تصریح دارد، از جمله روایت عیید بن زراره که سند آن هم معتبر بود. «۲»

... عن عیید ابن زرارۃ قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام: الجاریۃ یرید ابوها ان یزوجها من رجل و یرید جدّها ان یزوجها من رجل آخر، فقال:

الجدّ اولی بذلک ما لم یکن مضاراً ان لم یکن الاب یزوجها قبله «... ۳»

صریحاً می‌گوید هر کدام مقدم باشد مؤثر است.

روایت دیگری هم بر این مطلب دلالت دارد که دو راوی دارد و در واقع دو روایت است، این حدیث از حدیث قبلی صریح‌تر است:

... عن هشام بن سالم

(ثقه)

و محمد بن حکیم

(مجهول الحال)

، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: اذا زوج الاب و الجدّ کان التزوج للاول، فان کانا جميعاً فی حالٍ واحده فالجدّ اولی. «۴»

روایات دیگری هم در همین باب ۱۱ و همچنین در مستدرک الوسائل باب ۱۰ داریم که بر همین مطلب دلالت دارد.

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

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

(۱) کتاب الام، ج ۵، ص ۱۴.

(۲) رجوع شود به درس ۲۱، ص ۱۸.

(۳) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۳، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۲۹

جواهر این اجماع را نقل کرده است «۱».

مسأله در بین ما اجماعی است و عامه این را نمی‌گویند، دلیل، دو روایت بود با صراحت می‌فرمود

«فان كانوا جميعاً فی حال واحد فالجد اولی»

، و روایت عبید بن زراره هم موثق بود و عبارتش این بود:

«الجد اولی بذلک ما لم یکن مضاراً»

منتهی مشکلی که این روایت دارد این است که می‌گوید

«الجاریه یرید ابوها ان یزوجهما من رجل»

«یرید» یعنی می‌خواهد؛ هم پدر می‌خواهد و هم جد می‌خواهد و نمی‌گوید که اقدام کرده‌اند، در واقع این مسأله، مسأله‌ای است که پدر و جد با هم «تشاح» کرده‌اند (جدال و دعوا دارند) نه اینکه عقد خوانده‌اند، (عروه مسأله تقارن عقدین و تشاح اب و جد را از هم جدا کرده است) حال وقتی عند التشاح جد مقدم باشد در هنگامی که با هم عقد خوانده‌اند به طریق اولی (قیاس اولویت) جد مقدم است.

در ذیل حدیث دارد:

«ان لم یکن الاب زوجهما قبله»

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

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

* عبد الله بن جعفر فی

(قرب الاسناد)

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

(اب الاب)

الآخر، ایهما احق ان ینکح؟ قال: الذی هوی الجدّ احقّ بالجاریه لانّها و اباهما للجدّ. «۲»

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

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

... عن الفضل بن عبد الملك، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: انّ الجد اذا زوج ابنه ابنة و كان ابوها حیاً و كان الجدة مرضیاً جاز، قلنا: فان هوی ابو الجاریه هوی و هوی الجدّ هوی و هما سواء فی العدل و الرضی، قال: احبّ الیّ ان ترضی بقول الجدة. «۳»

ظاهر تعبیر

«احبّ الیّ ان ترضی بقول الجدة»

، استحباب است که در این صورت روایات دیگر را نیز حمل بر استحباب می کنیم. کشف اللثام از شیخ طوسی در خلاف، از سید مرتضی در انتصار و از بعضی دیگر نقل اجماع بر تقدیم اختیار جد عند التشاح و تنازع کرده است. (مرحوم آقای حکیم این مطلب را در ذیل همین مسأله در مستمسک نقل می کند).

جمع بندی:

اشاره

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

۲۴ ادامه مسئله ۳ ... ۲۴ / ۷ / ۷۹

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

در این مسأله دو قول است، مرحوم شهید در مسالك می گوید:

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

حل مسأله:

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

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

(۱) جلد ۲۹، ص ۲۱۰.

(۲) ح ۸، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۰

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

«... * ایتها احق ان ینکح قال الذی هوی الجدا حق بالجاریه » «... ۱»

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

«لأنها و ابها للجد...»

و «مالکیت» حکم وضعی است.

فرع سوم (از مسئله سوم تحریر):

اشاره

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

صورت اول مجهولی تاریخ:

در اینجا دو مبنا است:

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

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

پس هم عقد اب و هم عقد جد دارای استصحاب است و ذیل اخبار استصحاب می گوید

«انقضه بیقین آخر»،

باید یکی را کنار بگذارد، پس عقد یکی واقع شده و نمی دانیم در کدامیک استصحاب جاری نمی شود. بنابراین صدر روایت می گوید در هر دو تا استصحاب جاری کنید چون شک است ولی ذیل می گوید که جاری نکنید.

هر کدام از این دو مبنا که باشد در نتیجه فرق نمی کند پس علم اصول در اینجا کارساز نیست اما بالتعارض و التساقط و اما بعدم

جریان الاستصحاب من اول الامر.

تکلیف دختر چه می‌شود؟ کدام شوهر (انتخاب جد، انتخاب اب) شوهر این دختر است؟

برخی می‌گویند که قرعه می‌زنیم (صاحب جواهر و مستمسک) «القرعة لكل امر مشکل او مشتهبه».

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

نفقة بعهدۀ کیست؟

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

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

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

۲۵ ادامه مسئله ۳ ... ۲۵ / ۷ / ۷۹

ان قلت: اینها چگونه می‌توانند طلاق بدهند در حالی که هر کدام شک در زوجیت دارند و طلاق فرع بر زوجیت است، اگر هم به صورت قضیه شرطیه بگویند: «ان كانت هذه زوجتی فهی طالق» در این صورت از قبیل تعلیق در انشاء است که باطل است. قلنا: اولاً تعلیق بر وجود موضوع است (زوجیت) و این تعلیق

(۱) ح ۸، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۱

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

حتی لازم نیست به صورت قضیه شرطیه و «ان كانت» بگوید، بلکه اگر بگوید «هذه المرأة» و به قصد رجاء او را طلاق دهد، کافی است، شبیه قصد رجاء در عبادات، چون عبادات قصد می‌خواهد و در جایی که نمی‌داند عبادت است یا نه، نمی‌تواند قصد کند و لذا رجاء بجای می‌آورد به این معنی که اگر خدا امری دارد من آن را بجای می‌آورم، پس همان گونه که در عبادات تعلیق به قصد رجاء عیبی ندارد در عقود هم رجاء اشکالی ندارد. البته در درون رجاء هم، تعلیقی وجود دارد و آن تعلیق نیز بر وجود موضوع است و تعلیق بر وجود موضوع اشکالی ندارد بعنوان مثال در مال مشکوک می‌گویند که اگر این، مال من است آن را به شما بخشیدم.

ثانیاً: طلاق منجز بدون تعلیق هم ممکن است، تا اشکال تعلیق در انشاء پیش نیاید. به این صورت که هر یک از زوجین به شخص سومی وکالت می‌دهد، و وکیل چنین می‌گوید: از طرف موکلم که زوج واقعی تو است، تو را طلاق می‌دهم «ان فاطمة زوجة موکلی طالق».

صاحب جواهر در اینجا دو احتمال می‌دهد «۱»:

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

جواب: حدیث قرعه می گوید:

«القرعة لكل امر مشكل او مشتبه»

، آیا مشکل و مشتبه یعنی هر مجهول و مشکوکی؟ یعنی مثلاً آیا در انائین مشتبهین یا در قبله با قرعه می توان مشکل را حل کرد به این معنی که در هر جا مشتبه شد، قرعه بزینم و احتیاط لازم نباشد؟

این حرف درست نیست، و معلوم می شود که مشکل و مشتبه این نیست، بلکه معنای دیگری دارد و مشکل در جائی است که کارد به استخوان برسد نه اماره‌ای و نه اصل لفظی و نه ...

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

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

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

۲- تقدیم جد: به دو دلیل:

الف) استصحاب:

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

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

ب) اطلاق روایت عبید بن زراره:

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

جد اولی است اگر اب

«زوجها قبله»

نباشد و در اینجا نمی دانیم اب «زوجها قبله ام لا» چون نمی دانیم به اطلاق این روایت عمل می کنیم که می گوید: همه جا جد اولی است.

جواب: این کلام صاحب جواهر هم اشکال روشنی دارد و آن این است که احکام تابع عناوین واقعیه هستند و کاری به علم و جهل ندارند. مثلاً «الدم نجس» عام است، عند الشک نمی توان به عام تمسک کرد. اگر واقعاً دم باشد مشمول روایت است و نجس و اگر واقعاً دم نباشد مشمول روایت نیست و پاک، چون موضوع «الدم المعلوم» نبوده، بلکه «الدم الواقعی» بوده است، پس باید در این

موارد سراغ اصول عقلیه رفت. ما نحن فیه هم همینطور است می گوید اگر پدر قبل از جد عقد نکرده باشد جد مقدم است شما می گوئید ما نمی دانیم آیا عقد اب مقدم بوده است یا نه؟ پس تمسک

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۱۱.

(۲) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۲

به عموم عام می کنیم که می گوید جد مقدم است. در جواب می گوئیم که در مورد روایت، علم اخذ نشده است و وقتی حکم روی عناوین واقعیه رفت سراغ علم و جهل نمی رویم.

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

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

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

صورت دوم معلوم احدهما:

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

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

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

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

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

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

«من علم بنجاسة ثوبه ...»

اگر علم و جهل در موضوع اخذ شده باشد، دخیل در حکم است، و اگر می گوید

لا صلاة الا بطهور

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

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

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

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

[مسأله ۴ (شرایط صحه تزویج الاب و الجد)]

اشاره

۲۶ مسئله ۴ (شرایط صحه تزویج الاب و الجد ...) ۷۹ / ۷ / ۲۶

مسأله ۴: یشرط فی صحه تزویج الاب و الجد و نفوذه (تزویج)

عدم المفسده و الا یكون العقد فضولياً کالاجنبی یتوقف صحته علی اجازة الصغیر بعد البلوغ بل الاحوط (احتیاط و جویی) مراعاة المصلحه.

عنوان مسأله:

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

صور مسأله:

اشاره

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

(۱) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۳

۱- مع المفسدة:

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

۲- مع عدم المفسدة:

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

دلایل اعتبار عدم المفسدة:

۱- اصل:

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

۲- اجماع:

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

۳- عمومات لا ضرر:

این عقد برای دختر ضرر و مفسده دارد پس لا ضرر حکم به فساد می کند (دلیل خوبی است).
ان قلت: بین عمومات ولایت اب و جد و بین عموم لا- ضرر تعارض است، عموماتی داشتیم که می گفت «الاب و الجد حکمهما نافذ» که عام است و مقید به قید مصلحت و عدم المفسده نیست، به این معنی که حتی مع المفسده هم صحیح است، حال نسبت بین این دو دسته عمومات چیست (عموم لا ضرر و عمومات ولایت اب و جد)؟

قلنا: نسبت، عموم و خصوص من وجه است چون لا- ضرر هم باب نکاح را می‌گیرد و هم موارد دیگر را، ولایت هم صورت مصلحت را می‌گیرد و هم صورت مفسده را؛ ولی عمومات لا ضرر دلیل حاکم است و در باب حکومت نسبت سنجیده نمی‌شود. چون لا ضرر ناظر و مفسر بقیه احکام است و سنجیدن نسبت، مربوط به تعارض است نه تفسیر. به تعبیر دیگر لا ضرر عنوان ثانوی است و عنوان ثانوی با عنوان اولی تعارض نمی‌کند و حاکم است.

۴- انصراف:

این که به اب و جد ولایت داده‌اند برای این نیست که به او ضرر بزنند، بنابراین عمومات ولایت اب و جد بدون لا- ضرر هم منصرف است به صورتی که مفسده‌ای نباشد.

آیا مصلحت نیز معتبر است؟ عدّه‌ای گفته‌اند که مصلحت معتبر نیست ولی ضرر هم نرساند. باید دید نگاه ما به عنوان «ولایت» چگونه است؟ در این مسأله دو دیدگاه وجود دارد:

۱- اگر نگاه ما به عنوان ولایت «مالکیت» است

(انت و مالک لایبک)

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

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

۲۷ ادامه مسئله ۴ ... ۲۷ / ۷ / ۷۹

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

اشاره

آیه، مصلحت را در تصرفات در اموال یتامی شرط می‌کند. در اموال، مشهور است که رعایت مصلحت شرط است و ادّعی اجماع هم کرده‌اند که البتّه اجماعی نیست چون مخالف دارد، ولی مشهور است.

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

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

و آیه در مورد بیگانگان

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

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۴

است که باید مصلحت یتیم را رعایت کنند.

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

اشکال دوّم: آیه می گوید: «بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» * یعنی احسن (اصلاح) را شرط می کند و نمی گوید حسن،

به این معنی که اگر صالحی باشد و اصلحی باید سراغ اصلح رفت و حال آنکه احدی نگفته است که اصلح واجب است بلکه اصلح مستحب است پس آیه، حمل بر استحباب می شود و از کار می افتد.

قلنا: آیات قبل صراحتاً در مورد محرّمات است:

قُلْ لِّمَالِكِنَا مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئاً ... ۱»

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

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه
ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۲، ص: ۳۴

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

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

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

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

۲۸ ادامه مسئله ۴ ... ۳۰ / ۷ / ۷۹

ان قلت: احادیث می گوید

«انت و مالک لا ینکح»

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

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

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

- ۱- ولی، بر کبیر و کبیره ولایت داشته باشد، ولایت بر دختر را عده ای گفته اند ولی ولایت بر پسر را، احدی نگفته است.
- ۲- لازمه اش این است که مع المفسده هم عقد جایز باشد که احدی این را نگفته است و اجماع بر خلافش است.
- ۳- پدر بتواند اموال پسر خود را به میل خود بفروشد که احدی این را نگفته است بلکه گفته اند همانگونه که نفقه پسر بر پدر لازم است نفقه پدر هم بر پسر لازم است اگر معسر باشد پس اگر بنا باشد که هرچه دارد برای پدر باشد، نفقه معنا ندارد و «انت و مالک لاییک»

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

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

... عن فضل بن عبد الملك، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: لا تستأمر الجارية التي بين ابويها اذا اراد ابوها ان يزوجهما، هو انظر لها «... ۲»

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

(۱) آیه ۱۵۱ سوره انعام.

(۲) ح ۶، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۵

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

... عن الفضل بن عبد الملك، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: إن الجد اذا زوج ابنة ابنه و كان ابوها حياً و كان الجد مرضياً جاز «... ۱»

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

□

... عبيد بن زرارة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يُريدُ ابوها ان يزوجهما ... فقال: الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضاراً

«۲...»

روایت می‌فرماید

«الجدّ اولی بذلک ما لم یکن مضاراً»

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

«ترك المصلحة فی موارد امکان المصلحة مصداق للمضرة»

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

بقی هنا امران:

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

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

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

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

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

[مسألة ۵: إذا وقع العقد من الأب أو الجد عن الصغير أو الصغيرة مع مراعاة ما يجب مراعاته]

اشاره

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

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

عنوان مسأله:

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

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

(۱) ح ۴، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۶

اقوال مسأله:

نسبت به صغیره اجماع است که بعد البلوغ عقد قابل فسخ نیست و نسبت به صغیر اختلاف است؛ مشهور گفته اند عقد قابل فسخ نیست؛ ولی تعدادی از بزرگان گفته اند که صغیر می تواند فسخ کند (البته لازم نیست طلاق دهد بلکه فسخ می کند و فرق فسخ و طلاق را بعداً بیان می کنیم).

مرحوم صاحب ریاض می فرماید:

... و لا خيار للصبيّ مع البلوغ لو زوجها الوليّ قبله اجماعاً، (شاهد در این اجماعاً است) حکاه جماعه ... و فی الصبی قولان اظهرهما و اشهرهما انه كذلك (لا خيار له ...) خلافاً للشيخ و جماعه، فاثبتوا له الخيار بعد الادراك (ای البلوغ). «۱»

مرحوم شیخ طوسی می فرماید:

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

مرحوم نراقی در مستند می فرماید:

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

ادله:

۱- اصل:

اصل، در مسأله عدم الخیار است (اصالة اللزوم)، شیخ انصاری در دو جا اصالة اللزوم را مطرح می کند، یکی اوائل بیع و دیگری در

باب خیارات، به این معنی که اصل در عقود لزوم است چون «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می گوید تا آخر عقد لازم الوفاء است، شما که می خواهید آن را به هم بزنید دلیل می خواهد، مادام که دلیلی بر خیار نباشد هیچ عقدی قابل فسخ نیست، البته در اینجا عموماً غیر از «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هم داریم.

۲- روایات:

اشاره

روایات متعددی بر عدم الخیار بعد البلوغ وارد شده است (فعللاً در مورد صغیره صحبت می کنیم).

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

(امام رضا علیه السلام)

عن الصَّبِيَّةِ يَزُوجُهَا أَبُوهَا ثُمَّ يَمُوتُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ فَتُكْبَرُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا زَوْجُهَا، يَجُوزُ عَلَيْهَا التَّرْوِيجُ

(تزوید پدر برای او لازم است)

أَوِ الْأَمْرِ إِلَيْهَا؟

(حق فسخ داشته باشد)

قال: يجوز عليها تزويج أبيها «٤».

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

... عن علي بن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام: أ تزوج الجارية و هي بنت ثلاث سنين أو يزوج الغلام و هو ابن ثلاث

سنين و ما ادنى حذ ذلك الذي يزوجان فيه، فإذا بلغت الجارية فلم ترض فما حالها؟ قال: لا بأس بذلك إذا رضی ابوها أو وليها. «٥»

... عن عبد الله بن الصلت قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوجه ابوها لها امر إذا بلغت؟

(اختیاری دارد)

قال: لا، ليس لها مع أبيها امرٌ

(هیچ حقی ندارد، روایت صریح است «...») «٦»

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

روایات معارض:

در مقابل، روایات معارضی نیز وجود دارد:

... عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبى يزوج الصبىة، قال: ان كان ابوا هما اللذان زواجهما فنعم جاز،

و لكن لهما الخيار اذا ادركا

(بالغ شدند)

فان رضيا بعد ذلك «... ٧»

این روایت با کمال وضوح، اثبات خیار می کند.

... عن يزيد بن كناسي قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: متى يجوز للاب أن يزوج ابنته و لا يستأمرها؟ قال: اذا جازت تسع

سنين فان زوجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها «... ٨»

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

جمع بین روایات:

۱- جمع شیخ طوسی:

روایاتی که می‌گویند خیار ندارند حفظ کنیم و روایات مقابل (محمد بن مسلم) را در ناحیه زوج حمل بر «طلاق» کنیم و در ناحیه زوج حمل بر «مطالبه طلاق» کنیم.
جواب: این جمع درست نیست چون خیلی روشن است که هر مردی می‌تواند طلاق دهد و هر زنی می‌تواند مطالبه طلاق کند و نیاز

(۱) ریاض، ج ۱۰، ص ۹۱.

(۲) نهاییه، ص ۴۶۷.

(۳) مستند نراقی، ج ۱۶، ص ۱۳۲.

(۴) ح ۱، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۷، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۶) ح ۳، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۷) ح ۸، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۸) ح ۹، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۷

نبود روایت، آن را بیان کند.

۲- جمع مرحوم آقای خوئی:

«۱» طایفه اولی عام است یعنی هم جائی را شامل است که احدهما صغیر است و هم جائی که کلاهما صغیر هستند و طایفه دوم خاص است، فقط جائی را شامل است که کلاهما صغیر هستند، پس روایات اول را که عام است به خاص تخصیص می‌زنیم. روایات دوم می‌گویند دختر و پسر، هر دو صغیر باشند لهما الخیار و اگر یکی صغیر و دیگری کبیر باشد خیار ندارند.

جواب: کلام آقای خوئی دارای دو اشکال است:

اولاً: شاید این فرد (احدهما صغیر) نادر باشد چون غالباً هر دو صغیره هستند و یک صغیر و یک کبیر کمتر است شما تخصیص اکثر می‌زنید و فرد غالب را خارج می‌کنید درحالی که در اصول خوانده‌ایم که تخصیص اکثر باطل است.

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

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

ادله عدم الخيار:

۱- اصل:

اصل عدم خيار است و منظور از این اصل مراجعه به عموماً «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است، یعنی به عقدی که خوانده‌اید وفا کنید و به آن ملتزم باشید که معنای آن عدم الفسخ است.
 ان قلت: در تفسیر أَوْفُوا بِالْعُقُودِ گفته‌اند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» به منزله «أوفوا بعقودکم» است و در اینجا صبی عقدی نبسته؛ ولی عقد را بسته است و او باید وفا کند، و صبی بعد از بلوغ می‌تواند بگوید «انّ هذا لیس بعقدی» و من مسئول عقد دیگران نیستم.
 قلنا: ولی از طرف خودش عقد نمی‌کند و عقد الولی به منزله عقد المولیّ علیه است کما انّ عقد الوکیل بمنزله عقد الموکّل، حتّی ولایت از جهات مختلف از وکالت بالاتر است.
 پس مشکلی از ناحیه اصل نیست و باید توجه داشت که اصل در اینجا به معنی استصحاب نیست که بعد از فسخ، بقاء عقد را استصحاب کنیم، چون استصحاب در شبهات حکمیّه جاری نمی‌شود و اینجا شبهه حکمیّه است.

۲- روایات:

اشاره

دو طایفه روایت داریم:

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

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

فقال: أمّا تزويجه فهو صحیح، و أمّا طلاقه فینبغی ان تحبس علیه امرأته حتّی یدرک فیعلم أنّه کان قد طلق، ... قلت فان ماتت أو مات؟

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

از این روایت استفاده می‌کنند که صبی خيار ندارد.

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

...* عن محمد بن مسلم، عن ابي جعفر عليه السلام في الصبي يتزوج الصبيّة يتوارثان؟

(آیا ارث می‌برند)

فقال: اذا كان ابواهما اللذان زوجاهما فنعم، قلت فهل يجوز طلاق الاب؟ قال: لا. «۳»

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

... عن عبيد بن زرارة، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الصبي يزوج الصبيّة هل يتوارثان؟ قال: ان كان ابواهما اللذان

(۱) مستند عروه، ج ۲ نکاح، ص ۲۷۸.

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

(۳) ح ۱، باب ۱۲ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۸

زوّجها فنعم، قلنا: يجوز طلاق الاب؟ قال: لا. «۱»

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

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

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

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

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

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

پس طایفه دوم اجازه فسخ را به پسر می دهد: □

... عن الفضل بن عبد الملك، عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث قال:

اذا زوج الرجل ابنة فذاك الى ابنة

(پسر خیار دارد)

و اذا زوج الابنة جاز

(لازم است). «۳»

آیا این روایت ناظر به کبیر است یا صغیر؟ اگر ناظر به کبیر باشد، ربطی به بحث ما ندارد چرا که معنایش این است که ولی ولایت بر پسر بالغ ندارد اما بر دختر بالغ ولایت دارد، پس اینکه امام می گوید

«ذاک الى ابنة»

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

... عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام: عن الصبي يزوج الصبي، قال: ان كان ابواهما اللذان زوجاهما فنعم جائز، ولكن لهما الخيار اذا ادركا فان رضيا بعد ذلك فان المهر على الاب «... ۴»

... عن برید او یزید الكناسی قال: قلت لأبی جعفر علیه السلام: متى يجوز للاب أن يزوج ابنته ولا يستأمرها؟ قال: اذا جازت تسع سنين فان زوجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها اذا بلغت تسع سنين ...، فقال: يا ابا خالد ان الغلام اذا زوجه ابوه و لم يدرك كان بالخيار اذا ادرك و بلغ خمس عشرة سنة «... ۵»

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

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

۳۱ ادامه مسئله ۵ ... ۸ / ۸ / ۷۹

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

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

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

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

(۳) ح ۴، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۸، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۹، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۳۹

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

ولی مرحوم آفای خوئی مطابق آنچه که در مستند «۱» آمده دو روایت دیگر برای قول مشهور پیدا کرده‌اند، و ما هم یک روایت

دیگر (مجموعاً سه روایت) اضافه می‌کنیم. روایت اول برای عبید بن زرارہ و روایت دوم برای فضل بن عبد الملک است تصور ما این است که این دو نفر روایتی طولانی از امام علیہ السلام نقل کرده‌اند که این روایت در مورد مهریه، نکاح، و ارث بوده است و بعداً روایت در ابواب مختلف تقطیع شده است.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

که اینها روایات خاصه بود.

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

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

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

مسئله ۶: لو زوج الولی الصغیره بدون مهر المثل

اشاره

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

مسئله ۶: لو زوج الولی الصغیره بدون مهر المثل (کمتر از مهر المثل) أو زوج الصغیر بأزید منه (مهریه سنگین)

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

(۱) مستند عروه، ج ۲، ابواب نکاح.

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

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

(۴) ح ۷ باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۰

عنوان مسأله:

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

و امّا اگر عقدی برای صبیّه بکند که ذات عقد خوب است، امّا مهرش کم است و مصلحت ندارد و یا در صبی همسری برایش اختیار کرده بسیار مناسب، ولی مهریه آن سنگین است و به مصلحت پسر نیست، پس مصلحت در اصل عقد هست ولی در مهر نیست در اینجا چه کنیم؟ آیا حکم به صحت عقد و مهر کنیم یا فساد هر دو و یا صحت عقد و فساد مهر؟

اقوال:

در اینجا سه قول است:

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

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

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

«اذا زوج الأب أو الجد من له اجبارها على النکاح (کسی که اب و جد ولایت بر او دارند)، من البکر الصغیره أو الکبیره بمهر دون مهر المثل، ثبت المسمی (هم عقد صحیح است و هم مهر)، و لا یجب مهر المثل (قول سوم)، و به قال ابو حنیفه (صحت کلیهما) و قال الشافعی: یبطل المسمی، و یجب مهر المثل (قول دوم). سپس مرحوم شیخ طوسی دلیل می آورد: دلیلنا: انّ المسمی لا خلاف أنّه واجب علیه. و من اوجب مهر المثل فعليه الدلالة «۱» (استدلال به قدر متیقن) دلیل می گوید مهر المسمی دون مهر المثل است،

اشتغال ذمه به مهر المسمی ثابت است و قدر متیقن در صبیّه مهر المسمی است و زائد بر آن را شک داریم اصل (برائت) را جاری می‌کنیم. مرحوم شیخ فقط صبیّه را مورد بحث قرار داده است و به حکم صبیّ متعزّض نشده است.

محل بحث:

آیا روی مبنای کسانی بحث می‌کنیم که مصلحت را شرط می‌دانند یا لااقل عدم المفسده را یا روی مبنای کسانی که هیچ کدام را شرط نمی‌دانند؟ اگر هیچ کدام را شرط ندانیم و بگوئیم «انت و مالک لایبک»

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

شیخ انصاری نیز مانند شیخ طوسی به همین قول قائل است و می‌گوید «انت و مالک لایبک»

، ولایت پدر مثل ولایت مولی و عبد است.

پس بحث ما در محور دو قول اول و دوم دور می‌زند یا هر دو صحیح و یا هر دو فاسد و ما بر اساس شرطیت مصلحت بحث می‌کنیم و قول سوم روی مبنای کسانی است که مصلحت و عدم المفسده را شرط نمی‌دانند.

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

ما معتقدیم: حق با کسانی است که می‌گویند هر دو (عقد و مهر) یک چیز است و در احادیث ما به بیع تشبیه شده است، مثلاً روایت می‌گوید وقتی برای خواستگاری می‌روی حق داری نگاه کنی، چون تشبیه بیع است و معاوضه و یا عقد بلامهر (اگر بگویند زوجتک نفسی بلامهر) باطل است، مثل بیع بلائمن است.

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

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

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

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۱

مهر شده است منتهی از این باب که معلوم بوده، لازم به ذکر نیست، مثل کارگری که استخدام می‌شود، اگر مزدش طی نشده باشد باید اجرة المثل عرفی عادی به او داده شود و اجاره، حتماً با اجرة المثل است و بدون اجرة المثل اجاره امکان ندارد و باطل است

پس این قول و لو ظاهرش فریبنده است ولی باطنش، برعکس دلالت می کند.

و دلیل بر شرطیت مهر است.

۳۳ ادامه مسئله ۶ ... ۱۱ / ۸ / ۷۹

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

دلیل اول: وحدت مطلوب

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

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

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

دلیل دوم: قاعده لا ضرر

این دختر که به مادون مهر المثل عقد شده است اگر اَوْفُوا بِالْعُقُودِ شامل این عقد شود ضرر و زیان است بر دختر، در موارد دیگر خیار فسخ داریم و ضرر جبران می شود؛ ولی در نکاح قائل به خیار نیستیم و نمی تواند فسخ کند و اگر مهر المثل را اختیار کنیم، ضرر بر پسر است چون پسر عقد را بر پنج سکه بسته است حالا شما می گوئید پنج سکه باطل است چون ضرر بر دختر است پس مهر المثل را که مثلاً یکصد و پنجاه سکه است بدهد که این ضرر بر پسر است و یا به عکس مثلاً دختر با مهر بالائی ازدواج کرده، بعد گفتند که این مافوق مهر المثل است اگر بگوئیم با ده سکه که مهر المثل است، عقد شود در این صورت ضرر بر دختر است در حالی که فسخ هم نمی تواند بکند چون خیار فسخ در عقد بر خلاف اجماع است، پس مجبور است که تن به عقد ناخواسته دهد و این کار ظلم و ضرر است و شرع آن را نمی پذیرد. پس ما قائل می شویم که هر دو باطل است تا دچار این مشکل نشویم.

[مسأله ۷ نکاح السّفیة المبدّر]

اشاره

مسألة ۷: السفیه المبدّر المتصل سفیه بزمان صغره او حُجر عليه للتبذیر، لا یصحّ نکاحه اّلا بإذن أیبه أو جدّه أو الحاکم مع فقدهما، و تعیین المهر و المرأة إلى الولی، لو تزوّج بدون الاذن وقف على الاجازة، فان رأى المصلحة و أجاز جاز و لا یحتاج إلى إعادة الصیغة.

عنوان مسأله:

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

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

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

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

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۲

فروع مسأله:

اشاره

در واقع این مسأله دو فرع دارد:

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

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

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

اشاره

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

«و لیس للسفیه ان یستقلّ بالتزویج لانّ النکاح یشتمل على مؤن (جمع مؤنّة) مائیة (نکاح مشتمل بر مؤونه های مالی است مثل مهر و نفقه) و لو استقلّ به لم یؤمن ان یفنی ماله فی المهر و النفقة فلا بدّ له من مراجعة الولی». «۱»

محقق ثانی در جامع المقاصد «۲»، شهید ثانی در مسالک «۳» و صاحب جواهر «۴» هم شبیه به همین بحث را دارند.

ادله:

اشاره

-۱-

قاعده:

اشاره

صغری: «النکاح من الامور المالیة» چون مهر در او هست و نفقه زن‌ها با هم فرق می‌کند، کبری: «کَلَّمَا كَانَ مِنَ الْاُمُورِ الْمَالِيَّةِ فَانَ السَّفِيهَ مَحْجُورٌ فِيهَا» فرض ما هم این است که سفیه مبذر است و اگر اموالش به دستش باشد به باد فنا می‌دهد و نکاح هم از امور مالی است.

نتیجه: «السفیه محجورٌ من النکاح» پس نکاح به دست خودش نیست و ولی می‌خواهد، منتهی در اینجا دو شرط دارد:

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

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

جواب: در برابر فرمایش آقای حکیم می‌گوئیم:

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

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

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

شرط دوم: انحصار جواز ازدواج سفیه به ضرورت

اگر ضرورت نباشد، نباید ازدواج کند، صاحب جواهر می‌فرماید: خلافتی در این مسأله نیست که باید رعایت ضرورت کرد، «اذا كان فيه اتلافٌ لماله» «۶» و شرطش این است که ازدواجش به حسب ضرورت باشد و اگر ضرورت ایجاب نکرد ازدواج نکند.

جواب: اگر چه صاحب جواهر ادعای اجماع کرده ولی ما می‌گوئیم با سفیه هم باید مثل دیگران رفتار کرد، زیرا ازدواج برای خیلی از افراد ضروری نیست و در میان عقلاء ازدواج به عنوان یک امر مشروع است نه به عنوان یک ضرورت، پس در سفیه هم باید همین گونه باشد نه اینکه منحصر شود به ضرورت، مثلاً در سفیه آیا فقط به اندازه زنده بودن به او غذا می‌دهند و به همان کفایت می‌کنند؟ نه، بلکه به او غذاهای مختلف می‌دهند و این تلف مال نیست تا زمانی که اسراف نباشد، پس سفیه را نباید در تنگنا قرار

داد تا وقتی که کارد به استخوان رسید، ازدواج کند این شرط درست نیست، و این که می‌گویند مالش تلف می‌شود کجا تلف می‌شود؟ در حالی که خرج ازدواج، خانه، ماشین و خوراک او می‌شود.

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

اشاره

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

(۱) تذکره، چاپ قدیم، ج ۲، ص ۶۱۰.

(۲) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۹.

(۳) مسالک، ج ۷، ص ۱۵۰.

(۴) جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۹۱.

(۵) مستمسک، ج ۱۴، ص ۴۵۹.

(۶) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۹۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۳

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

نکته مهم:

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

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

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

۳۵ ادامه مسئله ۷ ... ۱۵ / ۸ / ۷۹

روایات:

متأسفانه بعضی از بزرگان در نصوص بحث نکرده‌اند و بعضی گفته‌اند که نصی نداریم در حالی که در این مسأله نصوص خاصه‌ای

وارد شده است که دلالت بر همان چیزی دارد که قاعده دلالت داشت (نصوص بر خلاف قاعده نیست)، عجب این است که مرحوم صاحب حدائق صریحاً می‌گوید:

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

... عن الفضیل بن یسار و محمد بن مسلم و زرارة و برید بن معاویة عن ابی جعفر علیه السلام قال: المرأة التي قد ملکت نفسها غیر السفیهة و لا المولیة علیها (مجنون و صغیر نیست) تزویجها بغیر ولیّ جایز. «۲»

«غیر السفیهة» وصف است ولی مفهوم دارد چون در مقام احتراز است و هر قیدی (مکان، زمان، لقب وصف، غایه) ... در مقام احتراز مفهوم دارد و معنی اینست که سفیه نکاحش جایز نیست. ان قلت: حدیث در مورد حکم «سفیهة» است نه سفیه، و حال آن که بحث ما در مورد سفیه است.

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

... * موسی بن بکر

(مجهول الحال)

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

فان امرها جایز تزوج ان شاءت بغیر اذن ولیها، و ان لم تکن كذلك (رشیده نیست)

فلا يجوز تزویجها الا بامر ولیها «۳».

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

... * عن ابی الحسین الخادم بیاع اللؤلؤ، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سأله أبی و انا حاضر عن الیتیم، متى يجوز امره ...؟ جاز علیه امره الا ان یكون سفیهاً او ضعیفاً (ضعیف از نظر عقلی یعنی مجنون) «۴»

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

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

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

(۱) حدائق، ج ۲۳، ص ۲۴۷.

(۲) ح ۱، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۶، باب ۹ از ابواب عقد النکاح.

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

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۴

روایات من حیث المجموع شاهد برای بحث می‌باشد و شاید صاحب حدائق که به اینها استدلال نکرده است نه به خاطر این است که این روایات را ندیده، بلکه از این جهت است که این روایات را قابل عمل نمی‌دانسته، چون دلالت بر استقلال باکره دارد و خیلی‌ها استقلال باکره را قبول ندارند و این روایات غیر معمول بها بوده و لذا استدلال نکرده‌اند و روایت آخر هم که نکاح ندارد و شاید به امور مالی برمی‌گردد که غالباً در مورد سفیه از امور مالی بحث می‌شود. به هر حال ما این روایات را مؤید، بلکه دلیل می‌دانیم چون قائل به استقلال بودیم. جمع‌بندی: تا اینجا قواعد و روایات را بیان کردیم، ذکر مخالفین و بررسی اسناد شد، پس این روایات می‌تواند برای ما دلیل باشد اجمالاً.

بحث موضوعی:

اشاره

حکم مسأله که سفیه و سفیهه حق نکاح ندارند، بیان گردید، اکنون در موضوع بحث می‌کنیم: ان قلت: قاعدتاً موضوع مقدم است بر حکم چرا ابتدا از حکم بحث می‌کنید؟ قلنا: در مقام واقع و ثبوت موضوع مقدم است بر حکم (تا شرابی نباشد، حرمتی نیست) ولی در مقام اثبات باید حکم را قبل از موضوع بحث کرد چون باید ببینیم در لسان دلیل حکم روی چه رفته است، پس باید عنوان را از لسان دلیل گرفت و لذا ابتدا حکم را می‌خوانیم و ادله و عنوان ادله را می‌بینیم بعداً سراغ موضوع می‌رویم.

سفیه و سفیهه چه کسی است؟

اشاره

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

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

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

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

«فهو (رُشد) کیفیة نفسانیة تمنع من افساد المال، و صرفه فی غیر الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء.» (۲)

مرحوم شهید در مسالک می‌فرماید:

«لیس مطلق الاصلاح موجبا للرشد (اگر کسی مالش را خوب خرج کرد دلیل بر رشد نیست بلکه باید ملکه باشد)، بل الحق انّ الرشد ملکه نفسائیه، تقتضی اصلاح المال، و تمنع من افساده و صرفه فی غیر الوجوه اللاتقۀ بأفعال العقلاء.» (۳)

آیا «تنمیه و تکسب» هم شرط رشد است؟ (یعنی بهره‌برداری از مال و اضافه کردن آن هم رشد است) آیا کسی که تکسب به مال و تنمیه نمی‌کند، سفیه است؟ گفته شده است که تنمیه شرطش نیست.

بلکه آن را که خرج می‌کند بیهوده خرج نکند.

در اینجا دو حدیث مرسله هم در مورد سفاهت و رشد داریم، یکی در مجمع البیان مرحوم طبرسی در تفسیر «فَإِنْ أَنْشِئْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا». (۴)

«و الاقوی أن یحمل علی انّ المراد به العقل و اصلاح المال ... و هو المروی عن الباقر علیه السلام. (۵) (منظور عقل اقتصادی است). و دیگری در مجمع البحرین در مادهٔ رشد از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند

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

۳۶ ادامهٔ مسئله ۷ ... ۱۶ / ۸ / ۷۹

آیا عدالت هم شرط رشد است؟ به این معنی که علاوه بر ملکهٔ اصلاح مال، عادل هم باشد که اگر عادل نباشد اموالش را به دستش نمی‌دهند، و در واقع «فَإِنْ أَنْشِئْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا» هم رشد اقتصادی و هم رشد اخلاقی (عدالت) را بیان می‌کند.

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

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

«قال اکثر اهل العلم الرشد الصّلاح فی المال خاصیه (مقابل این است که مسائل غیر مالی دخالتی در مسئلهٔ رشد ندارد) سواء كان صالحاً فی دینه أو لا (بنابراین عدالت شرط نیست) و هو قول مالک و ابي حنیفه و احمد (از فقهاء اهل سنت) و هو المعتمد عندی (عدم

(۱) جواهر، ج ۲۶، ص ۴۸.

(۲) قواعد، ج ۲، ص ۱۳۴.

(۳) مسالک، ج ۴، ص ۱۴۸.

(۴) آیه ۶، سورهٔ نساء.

(۵) مجمع البیان، ج ۳، ص ۹.

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

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۵

اشترط عدالت. (۱)

علامه دلایل زیادی برای عدم اعتبار عدالت می‌آورد که عمدهٔ آن دو دلیل است:

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

«لأنّ العدالة لا یعتبر فی الرشد فی الدوام فلا یعتبر فی الابتداء» (۲)

۲- منظور از اعتبار شرط رشد در اعطاء اموال یتیم به او این است که بتواند مال خودش را حفظ کند و تعبد نیست و اگر هدف این

است، عدالت شرط نیست چون انسان در مال خودش خیانت نمی‌کند پس عدالت برای چه لازم باشد، بله اگر اموال دیگران را بخواهند به او بدهند عدالت شرط است. چون ممکن است در اموال دیگران خیانت کند.

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

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

شیخ با صراحت قائل به اشتراط عدالت شد و معلوم می‌شود تنها کسی که از عامه قائل به اشتراط عدالت شده است شافعی است بعد شیخ طوسی برای اعتبار عدالت دلیل می‌آورد و در بعضی از کلمات استدلال به قدر متیقن می‌کند که قدر متیقن کرده و می‌گوید: اگر هر دو باشد (عدالت و صلاح) اموال را به او می‌دهند و اگر یکی باشد نمی‌توان اموال را به او داد ولی، بعداً خواهیم گفت که جای قدر متیقن نیست و دلیل بر عدم اعتبار عدالت داریم.

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

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

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

در عرف به کسی می‌گویند که توان اصلاح مال را ندارد مثلاً به مادون قیمت می‌فروشد یا به مافوق قیمت می‌خرد، اموالش را به غیر ثقه می‌سپارد و اموال خود را حفظ نمی‌کند و یا اموالش را در معرض فساد قرار می‌دهد. نقطه مقابل، رشید است که به قیمت می‌خرد، به قیمت می‌فروشد، به اشخاص معتبر می‌دهد و مدرک می‌گیرد و اموالش را حفظ می‌کند.

در لغت هم به همین معنی است منتهی کمی وسیعتر. راغب می‌گوید سفیه در حقیقت به معنی: «قَلْبُهُ الْوِزْنُ فِي الْبَدَنِ بِحَيْثُ لَا يَقْدِرُ، عَلَى الْمَشْيِ مُتَعَادِلًا»، بعد توسعه داده‌اند و خفت وزن عقل را هم سفیه گفته‌اند.

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

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

چون در مال خودش هوش اقتصادی می‌خواهد، نه عدالت و در مال دیگران عدالت جا دارد، چون انسان که به خودش خیانت نمی‌کند، پس اگر مصلح مال است، نیاز به عدالت ندارد و شاهد این مطلب که عدالت شرط نیست این است که ریشه بحث، بناء عقلا است، که اموال سفیه را به او نمی‌دهند چون حفظ نمی‌کند. آیا عقلا که مال را به سفیه نمی‌دهند عدالت را شرط می‌دانند؟ در شرع هم امضای بنای عقلا شده است، پس شکی نیست که عدالت معتبر نیست.

مضافاً به اینکه دلیلی بر اعتبار عدالت نداریم و قدر متیقن دلیل نمی‌شود و اطلاق «فَإِنْ أَنْسَلْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا» منصرف است به رشد مالی نه رشد اخلاقی گوئی که در اینجا خلطی بین رشد عقلی و رشد اقتصادی شده است مثلاً «أَلَيْسَ مِنْكُمْ رَجُلٌ رَشِيدٌ» قرینه است که رشد اخلاقی مراد است.

پس آیه بهترین قرینه است که معتبر رشد مالی است نه رشد اخلاقی.

نکته سوم: للسفاهة و الرشد درجات و مراتب،

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

(۱) ج ۲، ص ۷۵.

(۲) تذکره، ج ۲، ص ۷۵.

(۳) کتاب الحجر، ج ۳، ص ۲۸۳، مسأله ۳.

(۴) آیه ۶، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۶

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

[مسأله ۸ تزویج الولی المولی علیه بمن له عیب]

اشاره

۳۷ مسئله ۸ (تزویج الولی المولی علیه بمن له عیب ...) ۱۷ / ۸ / ۷۹

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

عنوان مسأله:

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

۱- دانسته این کار را می‌کند (می‌داند و انتخاب می‌کند) که خود دو صورت دارد:

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

ب) می‌داند و بدون مصلحت است (صورت دوم).

۲- نمی‌دانسته و جاهلاً این کار را می‌کند یعنی همسری انتخاب کرد و نمی‌دانست که معیوب است (صورت سوم).

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

دلیل:

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

اصل:

صورت اول (عالماً مع المصلحه):

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

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

دلیل قول اول (مولی علیه خیار ندارد):

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

دلیل قول دوم (مولی علیه خیار فسخ دارد):

دو بیان در این مسأله است:

بیان محقق ثانی:

محقق ثانی ثبوت خیار را این گونه تفسیر می کند:

«انّ النکاح يتعلّق بالشهوه فلا يكون رضاه بالعيب ماضياً علی

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۷

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

جواب:

اولاً: فرض ما این است که اصل عقد را از عیب نمی توان جدا کرد، چون در خارج از هم جدا نیستند، یا این زن را می خواهی با

تمام عیوبش، یا نمی‌خواهی. چون وجود واحد است، در خارج نمی‌تواند بگوید زن را می‌خواهم ولی عییش را نمی‌خواهم و این دو قابل تفکیک نیست (وجود واحد فی الخارج اصله و فرعه، المرأة مع عیبه و الرجل مع عیبه) و لذا اگر عالم به عیب بود و نکاح کرد معنایش این است که راضی شده است و اگر بگوید اصلش را می‌خواستم پذیرفته نمی‌شود. ثانیاً رضایت ولی جانشین رضایت مولی علیه شده است. پس این بیان جامع المقاصد قابل قبول نیست. بیان شهید ثانی:

«... اما ثبوت الخيار فوجود العیب الموجب له لو كان هو المباشر للعقد جاهلاً (اگر خود مولی علیه جاهل بود خيار داشت اینجا هم خيار دارد و علم ولی به درد نمی‌خورد) و فعل الولی له حال صغره بمنزلة الجهل». (۲)

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

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

دلیل امام شاید تمسک به اطلاق ادله عیوب است، چون اطلاق ادله می‌گوید که بعد از کبیر شدن خيار فسخ بخاطر عیب دارد. جواب: ادله عیوب تخصیص خورده است، به صورت جهل و اجماعی و مسلم است که در صورت علم خيار ندارد، وقتی علم ولی علم مولی علیه است در این صورت مثل این است که صغیر عالم بوده و کبیر هم که شد، حق فسخ ندارد. نتیجه: در صورت اول نه ولی حق فسخ دارد و نه مولی علیه. در اینجا از تحریر الوسیله جدا می‌شویم که نه در عیوب منصوصه و نه در عیوب غیر منصوصه حق فسخ ندارند نه ولی و نه مولی علیه.

صورت دوم (عالمًا دون المصلحة):

ظاهر مسأله این است که باطل است، چون ما مصلحت را شرط می‌دانستیم؛ ولی بعضی از بزرگان در اینجا قائل به صحت شده‌اند. شیخ طوسی در خلاف همین مسأله را متعرض می‌شود و می‌فرماید صحیح است:

«اللاب ان یزوج بنته الصغیره بعد او مجنون، او مجذوم، او ابرص، او خصی و قال الشافعی: لیس له ذلک، دلیلنا: انا قد بینا ان الکفاءة لیس من شرطها الحریة و لا غیر ذلک من الاوصاف». (۳)

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

۳۸ ادامه مسئله ۸ ... ۱۸ / ۸ / ۷۹

صورت سوم (جاهلاً بالعیب):

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

کدام قول است؟

عبارت امام ذیل مسئله هشت این بود:

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

ففيه تأمل و تردد و ان لا تبعد الصَّحَّة مع اعمال جُهدِهِ فی احراز المصلحة، و علی الصَّحَّة له (ولی)

الخيار فی العیوب الموجبة للفسخ، كما ان للمولَّى علیه ذلك (ای الخيار)

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

حل مسأله از دو راه است:

۱- آیا مصلحتی که ولی باید رعایت کند مصلحت واقعی است و در مقام ثبوت، یا مصلحت خیالی و در مقام اثبات و ظاهر (تلاش

و کوشش کرده و بجائی نرسیده و همین کافی باشد)؟

اگر گفتیم مصلحت در مقام ثبوتی است، عقد باطل است چون در

(۱) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۴۴.

(۲) مسالك، ج ۷، ص ۱۷۱.

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

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۸

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

قاعدتاً مصلحت واقعی شرط است، مثلاً اگر واقعاً و کیل اشتباه کرد و چیزی را به عشر قیمت فروخت آیا بیع او درست است؟ قطعاً

درست نیست و مصلحت واقعی شرط است پس نکاح باطل است یعنی لا ینفذ و یکون فضولياً.

ان قلت: شما که می گوئید مدار ولایت، مصلحت واقعی است چه کسی می تواند به واقع برسد؟

قلنا: از طریق علم و علم ما علم طریقی است نه موضوعی، گاهی علم موضوعی است یعنی اذا علمت المصلحة فالنکاح صحیح که اگر

خلاف واقع هم در بیاید نکاح صحیح است، چون علم موضوعی بوده و در موضوع اخذ شده؛ ولی در ما نحن فیه مصلحت واقعی را

با علم طریقی کشف کرده ایم ثم انکشف که این علم خطا بوده و به واقع نرسیده ایم پس ولایت درست نبوده و باطل است.

ان قلت: اگر شک کردیم علم طریقی است یا موضوعی چه باید کرد؟

قلنا: اصل در علم، طریقت است الا ما خرج بالدلیل

۲- اگر عیب از عیوب موجب فسخ باشد، در اینجا لا ضرر جاری نمی شود چون ضرر با خيار فسخ جبران می شود (الضرر منجر

بالخيار) اما اگر عیب دیگری باشد (آدم بی دین، حقه باز، بدزبان و ...) که هیچ یک از این عیوب موجب فسخ نیست، اگر بگوئیم

عقد صحیح است در اینجا «لا ضرر» جلوی صحت عقد را می گیرد، چون خيار فسخی ندارد که جبران کند و خيار در نکاح محدود

است و مثل بیع نیست، پس لا- ضرر در اینجا جاری می شود. لا ضرر در همه ابواب جاری می شود و منحصر به چند باب نیست.

گاهی ضرر نیست بلکه «حرج» است یعنی مثلاً زن با این شوهر جانش به لبش می رسد و شب و روز ندارد پس لا حرج هم در اینجا

هست. حال اگر بگوئیم عقد صحیح است این دو بسوزند و بسازند در مقابل لا ضرر و لا حرج چه جوابی داریم (مرحوم امام هم

قائل به صحت بود).

نتیجه: ما قائل به تفصیل شدیم، اگر از عیوبی باشد که خيار فسخ دارد عقد صحیح است و لا ضرر و لا حرج هم با خيار جبران

می شود اما اگر از عیوبی باشد که خيار فسخ ندارد باید بگوئیم عقد باطل است. (لا ینفذ فیکون فضولياً)

[مسئله ۹ (استحباب استیذان المرأة من الولی)]

اشاره

۳۹ مسئله ۹ (استحباب استیذان المرأة من الولی ...) ۲۱ / ۸ / ۷۹

مسئله ۹: ینبغی بل یتحب (ینبغی جنبه عقلانی و یتحب استحباب شرعی مسأله است) للمرأة المالكه امرها (تعبیر به المالكه امرها به جهت وجود مبانی مختلف است که در مسئله دوم بیان شد) آن تستأذن ابها أو جدّها و ان لم یكونا فأخاها و ان تعدد الاخ قدّمت الاکبر.

عنوان مسأله:

هر زنی که استقلال در نکاح دارد مستحب است که از ولی خود در امر ازدواج اجازه بگیرد. این یک مسئله استحبابی و یکی از آداب عرف عقلا و شرع مقدّس اسلام است.

موضوع مسأله:

«المرأة المالكه امرها» است که مراد استقلال در امر نکاح است (یا باکره است و عقیده ما این بود که باکره رشیده استقلال دارد و یا اگر استقلال باکره رشیده را قائل نباشیم در این صورت مراد ثبیه است که استقلال دارد به بیانی که در مسئله دو تحریر الوسيله گذشت).

اقوال:

از نظر اقوال بسیاری از فقهاء متعرض این مسأله شده‌اند: مرحوم محقق در شرایع، صاحب جواهر در ذیل مسئله ۱۱ از لواحق باب عقد نکاح، مرحوم صاحب عروه در مسئله ۱۴ از مسائل اولیاء العقد و محشین عروه هم تا آنجا که اطلاع داریم مخالفتی ندارند، پس مخالفی در مسأله نداریم، به خصوص که مستحبی است که با عرف عقلا هم سازگار است.

ادله:

الف - دلیلی عقلی:

اشاره

این مسأله دو دلیل عقلی دارد:

دلیل اول: مقتضای رعایت ادب

مقتضای ادبی است که باید بین پدر و دختر باشد حتی پسر هم مستحب است اجازه بگیرد، پس ادب اقتضا می‌کند که فرزند در

مسائل مهم زندگی اجازه بگیرد و چه مسئله‌ای مهمتر از مسئله ازدواج؟ بخصوص اینکه مسائل مربوط به ازدواج فرزندان در زندگی پدر و مادر و برادران تأثیر می‌گذارد، اگر خوب در بیاید اثر مثبت و اگر بد در بیاید اثر منفی دارد. پس پدر چگونه می‌تواند بی تفاوت باشد و حال آنکه مفسد و مصالح زندگی فرزندان به زندگانی پدر و مادر سرایت می‌کند، بنابراین یک ادب تشریفاتی و خشک و خالی نیست، بلکه ادبی است که منشأ اثر است.

دلیل دوم: استفاده از تجارب

پدر تجاربی دارد هم در ازدواج خودش و هم در ازدواج

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۴۹

نزدیکان، که می‌تواند برای فرزند روشنگر باشد و فرزند مستغنی از آن نیست. (در جواهر اشاره‌ای به آن شده است) اینها از قبیل استحسانات ظنی نبوده، بلکه از مستقلات عقلی است (مثل حُسن احسان و قبح ظلم) و بدون استدلال می‌توان آنها را درک کرد و «کَلِّمًا حَكَمًا بِه الْعَقْل، حَكَمًا بِه الشَّرْع» پس می‌توانیم از این دو دلیل عقلی، استحباب شرعی استفاده کنیم.

ب- دلیل نقلی:

روایات متعددی در این مسأله وارد شده است، ظاهر روایات می‌گوید که واجب است اذن بگیرد، منتهی ما بین این روایات و روایات استقلال (که در مسئله دوم گذشت) جمع کرده و حمل بر استحباب می‌کنیم.

...* عن ابن ابی یعفور، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا تنكح ذوات الآباء من الابكار الا باذن آبائهنَّ «۱»

. ظاهر روایت این است که واجب است باکره رشیده بدون اذن ازدواج نکند.

...* عن الحلبي، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن البكر

(مراد صغیره است به قرینه اذا بلغت مبلغ النساء)

اذا بلغت مبلغ النساء ألهما مع أبيها امر؟ فقال: ليس لها مع أبيها امر ما لم تتيب «۲»

. این روایت هم از نظر سند معتبر است.

...* عن ابن بكير، عن رجل

(مرسله است)

، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا بأس ان تزوج المرأة نفسها اذا كانت ثيباً بغير اذن أبيها اذا كان، لا بأس بما صنعت «۳»

. مفهوم قضیه شرطیه این است که اگر باکره باشد بدون اذن آنها نکاح نکند.

روایات دیگری غیر از این موارد هم داریم.

ظاهر این روایات می‌گفت که واجب است باکره رشیده بدون اذن ازدواج نکند و در مسئله دوم روایاتی داشتیم که استقلال را ثابت می‌کرد، چه کنیم؟ در ابواب مختلف فقهی مواردی داریم که دو دسته روایت است یک دسته مجوزه که نص در جواز فعل است و طایفه دیگر ظهور در منع دارد که در چنین مواردی جمع بین نص و ظاهر به این است که حمل بر استحباب می‌کنیم و این جمع عرفی در بین فقها معمول است هم در ابواب عبادات و هم غیر عبادات.

اگر پدر و جدی ندارد مستحب است از برادر اجازه بگیرد و اگر متعدّد باشند اول از برادر بزرگتر اجازه بگیرد.

...* عن ابی بصير، عن ابی عبد الله علیه السلام

(حدیث مرسله است به دلیل اینکه در سلسلهٔ روایت حدیث عن البرقی او غیره دارد)

قال:

سألته عن الذی بیده عقدہ النکاح، قال: هو الاب و الاخ و الرجل یوصی الیه «... ۴»

روایت می‌فرماید عقد نکاح به دست اینهاست ظاهرش این است که اذن واجب است ولی در هنگام جمع بین اینها و روایات استقلال حمل بر استحباب می‌شود.

... * عن محمد بن مسلم کلاهما عن ابی جعفر علیه السلام: مثله «۵»

(که عین روایت قبل را نقل کرده‌اند).

... * عن بعض اصحابنا، عن الرضا علیه السلام قال: الاخ الاکبر بمنزله الاب. «۶»

اضف الی ذلک: دو دلیل عقلی که در مورد اب آوردیم در مورد اخ هم هست زیرا اولاً آداب اجتماعی اقتضا می‌کند که برادر در جریان باشد و اگر بی‌اطلاع او کاری کنند، باعث رنجش می‌شود و خوب و بد زندگی خواهر در زندگی برادر تأثیر دارد و زندگی برادر و خواهر به هم گره خورده است و ثانیاً مسئلهٔ تجارب هم هست چون پسرها در جامعهٔ بازتری زندگی می‌کنند و تجربه‌شان بیشتر است و اگر بیشتر هم نباشد انسان از کسی که از نظر تجربه با او مساوی است کسب مشورت کند، خوب است.

در ذیل این مسأله، صاحب جواهر می‌فرماید: استحباب از روایت در نمی‌آید بلکه «کراهه الاستبداد» «۷» از روایت استفاده می‌شود، و بین این دو تفاوت است و هر چیزی که مکروه شد، ضدش جزء مستحبات نیست مثلاً خوردن غذای داغ مکروه است؛ ولی خوردن غذای سرد مستحب نیست. در ما نحن فیه روایت از استبداد نهی کرده است و باید آن را حمل بر کراهت کنیم، صاحب حدائق هم به این نکته توجه کرده است که از روایات ناهیه کراهت استبداد استفاده می‌شود نه استحباب استیذان.

صاحب جواهر در ادامه نکته‌ای می‌گوید:

«اللهمَّ الا ان یدعی استفادهً ذلک عرفاً من امثال تلک الخطابات» «۸» وقتی گفته‌اند استبداد مکروه است یعنی استیذان مستحب است و بین این دو عرفاً ملازمه است.

(۱) ح ۵، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۱۱، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۱۴، باب ۳ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۴، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۵، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۶) ح ۶، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۷) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۲۹.

(۸) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۲۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۰

نکته:

دو دلیل عقلی که قبلاً بیان کردیم مؤید استحباب است زیرا استیذان از علامات ادب و مؤید استحباب است و هکذا استفاده از تجارب هم مؤید استحباب است، چون امر کرده‌اند ما را به استفاده از تجارب دیگران، فعلی هذا آن دو دلیل مؤید می‌شود که اگر در ما نحن فیه علماً گفته‌اند استحباب الاستیذان از باب ملازمه بوده است.

[مسأله ۱۰ (هل للوصی ولایة فی النکاح)]

اشاره

۴۰ مسأله ۱۰ (هل للوصی ولایة فی النکاح ...) ۲۳ / ۸ / ۷۹

مسأله ۱۰: هل للوصی أى القیم من قبل الاب او الجد ولایة على الصغیر و الصغیره فی النکاح؟ فیہ اشکال، لا یترک الاحتیاط. (و لو مصلحت هم باشد وصی حق دخالت در ازدواج را ندارد).

عنوان مسأله:

آیا بحث از وصی است که دایره وصایتش عام بوده یا وصی که دایره وصایتش محدود بوده است؟ ما در جائی بحث می کنیم که وصی من جمیع الجهات باشد و اگر فقط وصی در اموال باشد که دعوائی ندارد، پس تعبیر به «قیم» تعبیر خوبی است، زیرا قیم من جمیع الجهات است.

اقوال:

مرحوم محقق نراقی می فرماید:

«فی المسأله اقوال: الاول نفی الولاية مطلقاً، اختاره فی موضع من المبسوط و الشرائع و النافع و القواعد و التذکره و اللعنه و الکفایه، بل هو المشهور كما فی المسالك (ولی مسالك «۱» تعبیر به اشهر دارد) و الروضه. الثانی: ثبوتها (ای الولاية) كذلك (ای مطلقاً) و هو للمبسوط ایضاً و عن المختلف و شرح الارشاد للشهید و الروضه. الثالث: ثبوتها اذا نص الموصی علی النکاح و عدمه بدونه و هو المحکی عن الخلاف و الجامع و المحقق الثانی و غیرهم. «۲» (تفصیل بین جائی که موصی تصریح کند که تو وصی هستی حتی در نکاح اما اگر تصریح نکند حق ندارد).

اصل در مسأله مطابق کدام قول است؟

اصل، عدم ولایت است چون هر کس مستقل آفریده شده و ولایت دلیل می خواهد و لذا در ولایت فقیه هم دلیل می آوریم و بعبارة اخرى، سابقاً گفتیم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یعنی «اوفوا بعقودکم» اگر صغیر بعد از بلوغ دید وصی پدرش، برایش زن گرفته می تواند بگوید ولایت او در نکاح ثابت نیست زیرا «عقودکم» شامل اینجا نمی شود چون شبهه مصداقی عموم اوفوا است، پس اصل عدم ولایت وصی در نکاح است و اگر بخواهیم ولایت را ثابت کنیم نیاز به دلیل دارد. و اصل در مسأله مطابق قول اول است (نفی الولاية).

۴۱ ادامه مسأله ۱۰ ... ۲۴ / ۸ / ۷۹

ادله قائلین به ثبوت الولاية (قول دوم مختار ما):

۱- مفهوم وصیت: (دلیل اصلی)

این مطلب را به چند تعبیر می توان بیان کرد:

تعبیر اول: آیا وصی «من یقوم بامر الاموال» است یا محتوای وصیت یک معنی عامی دارد یعنی «یقوم مقام الاب فی جمیع امور» به این معنی که پدر می‌گوید من پایم از این دنیا کشیده می‌شود تا خودم بودم مراقب اموال و ازدواج و تحصیل و بیماری و... بچه‌هایم بودم، اکنون تو به جای من آنها را سرپرستی کن، معلوم می‌شود که او فقط وصی در اموال نیست، خصوصاً که تعبیر به «قیم» هم بود و قیم یعنی «من یقوم مقام الاب».

تعبیر دوم: آیا فلسفه وصایت، فقط حفظ اموال است یا حفظ اولاد من جمیع الجهات؟ ظاهر این است که فلسفه آن حفظ اولاد است من جمیع الجهات، نکاح را کنار می‌گذاریم در بیماری یا تحصیل چه کسی باید دخالت کند؟ آیا وصی یا قیم می‌تواند بگوید من فقط در اموال مأمور هستم؟ اگر وصی در این امور دخالت نکند خیانت کرده و مردم او را مسئول می‌دانند.

تعبیر سوم: وصایت قبل از اینکه در شرع بیاید در بین عقلاء بوده است و شارع هم آن را امضاء کرده است نه تأسیس (مثل بیع، نکاح، هبه و...) و عقلاً حقیقت وصایت را مخصوص اموال نمی‌دانند بلکه هر نیاز و ضرورتی برای طفل باشد وصی باید آن را انجام دهد.

تعبیر چهارم: اگر بچه غیر از اموال حاجتی پیدا کرد آیا شرع برای این بچه مسئولی معین کرده است یا نه؟ مسئول آن یا حاکم شرع است یا وصی و قیم؟ اگر بگوئید بچه مسئول ندارد کسی باور نمی‌کند که اسلام چنین خلئی را در سرپرستی ایتام قائل شود و اگر بگوئید سرپرست حاکم شرع است، اتفاقاً اگر پیش حاکم شرع هم بروند تعیین قیم می‌کند. در ما نحن فیه پدر تعیین قیم کرده آیا پدر مقدم است یا حاکم شرع؟ مسلماً پدر مقدم است، پس علی القاعده وصی از جانب ولی مقدم است بر حاکم شرع. این چهار تعبیر از مفهوم وصایت استفاده می‌شود و در پایان صغری و کبری را می‌چینیم:

(۱) ج ۱، ص ۴۵۳.

(۲) مستند، ج ۱۶، ص ۱۳۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۱

صغری: پدر این شخص را بر تمام امور، وصی قرار داده است (نصب الاب الوصی لجمیع منافع و مصالح الایتام). کبری: وصایت را وصی قبول کرده است و وصایت از عقود است و اَوْفُوا بِالْعُقُودِ شامل او می‌شود، زیرا در حیات موصی قبول وصایت از ناحیه وصی شرط است.

نتیجه: وصی در تمام امور دخالت می‌کند و حافظ تمام منافع بچه است و به مقتضی اَوْفُوا بِالْعُقُودِ شارع او را قرار داده تا آن بچه را سرپرستی کند، پس باید به عقد خود وفا کند و در تمام امور بچه دخالت کند، نه فقط در اموال او.

ان قلت: ولایت پدر در حال حیات قابل واگذاری نیست پس چگونه بعد از موت می‌خواهد این ولایت را واگذار کند.

قلنا: در حال حیات دلیلی برای جواز واگذاری نداریم ولی در حال ممات دلیل شرعی داریم (عموم اَوْفُوا بِالْعُقُودِ و عموم ادله وصیت)

۲- آیات:

آیه اول: «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» (۱)

این آیه از تغییر وصیت نهی می‌کند و می‌گوید هر کسی که وصیت را تغییر دهد گناهش بر گردن اوست و خداوند شنوا است و فرض ما هم این است که مفهوم وصیت عام است، پس در این صورت نیاز به صغری و کبری و اَوْفُوا بِالْعُقُودِ نداریم و آیه خودش

دلالت دارد.

ان قلت: آیه فقط مخصوص اموال است و آن هم برای والدین به قرینہ آیه قبل «کُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذْ حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» گفته شده کہ «کُتِبَ» به معنای وجوب نیست بلکه مستحب است (ذاتاً وصیت مستحب است) مگر اینکه دینی به گردن او باشد و «خیراً» در اینجا به معنی مال است، مال بهترین خیرات و بدترین شرور است، پس به این قرینہ منظور وصیت مالی است و آن هم در ناحیہ والدین.

قلنا: اولاً: اگر چه آیه در مورد اموال است؛ ولی مخصص نیست و کبری (تغییر وصیت) عام است «فَمَنْ بَدَّلَهُ» یعنی «فمن بدل الوصیة» ثانیاً: قرآن می گوید «بِالْمَعْرُوفِ» اساس، معروف بودن وصیت است و مال خصوصیت ندارد. پس معروف باشد یعنی کار پسندیده‌ای باشد و نکاح هم جزء معروف است، همچنان کہ مداوا و تحصیلات هم جزء معروف است ثالثاً: در کتاب الوصایا «۲» به این آیه بطور عام استدلال شده است و اختصاص به موردی ندارد و دلیل بر این است کہ آیه عام است. رابعاً: اشکال والدین وارد نیست چون بعد از آن «اقربین» را هم دارد.

پس این آیه من حیث المجموع دلالتش خوب است و علما به به فمّن بدلّه به طور عام در تمام امور استدلال می کنند و در تمام وصیت نامه ها می آورند.

البتہ شأن نزول آیه در مورد اموال است ولی شأن نزول در اینجا مخصص نمی تواند باشد.

آیه دوم: «وَيَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِضْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ» «۳»

«اصلاح» عام است و اصلاح اموال، ابدان، تحصیل، نکاح، همه را شامل می شود عموم این آیه از آیه قبلی روشن تر است.

ان قلت: همه مخاطب آیه هستند، آیا شما به همه اجازه می دهید کہ در کار یتامی دخالت کنند؟

قلنا: بعضی از آیات قرآن خطابات عامه‌ای دارد؛ ولی مسئول معینی برایش تعیین شده است، مثلاً در «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» «۴» آیه عام است؛ ولی آیا هر کسی می تواند دست دزد را قطع کند؟ خیر، قطعاً مسئول دارد و آن حاکم شرع است. یا مثلاً در «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا» «... ۵» آیه عام است؛ ولی مخاطب آن حکومت است. در ما نحن فیه هم همین گونه است و مرجع ضمیر در این موارد در بین عقلاء معلوم است و در عین این کہ عام است و همه را شامل می شود ولی برای آن مسئول معین شده است.

۴۲ ادامه مسئله ۱۰ ... ۲۵ / ۸ / ۷۹

۳- روایات:

روایت، از ابو بصیر، سماعه و حلبی نقل شده، پس در واقع سه روایت است.

... عن ابی عبد الله علیه السلام فی قول الله عزّ و جلّ: «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً (تعیین مهریه)

فنصف ما فرضتم الا ان یعفون

(زنها)

او یعفوا الذی بیده عقدہ النکاح» «۶»

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۲، ص: ۵۱
(سؤال شد که گره نکاح دست کیست)
قال: هو الاب أو الاخ أو الرجل

(۱) آیه ۱۸۱ سوره بقره.

(۲) وسائل، ج ۱۳، باب ۳۲ از کتاب الوصایا.

(۳) آیه ۲۲۰ سوره بقره.

(۴) آیه ۳۸ سوره مائده.

(۵) آیه ۲، سوره نور.

(۶) آیه ۲۳۷، سوره بقره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۲

یوصی الیه، و الذی یجوز امره فی مال المرأة فیتباع لها فتجیز
(و یتجر)

فاذا عفا فقد جاز. «۱»

این شخص چهارم که در روایت با

«الذی یجوز امره» ...

معرفی شده است و کیل تام الاختیار در امر مالی است که از جمله امور مالی مهر است. این روایت اگر همه اسنادش معتبر نباشد بعضی از آن معتبر است. دلالت و سند روشن است.

ان قلت: در روایت کلمه «اخ» وجود دارد و برادر به اجماع علماء ما ولایت ندارد، پس چطور می توان به حدیث عمل کرد، در حالی که تجزیه هم ممکن نیست؟

قلنا: بهترین توجیه این است که بگوئیم برادری مراد است که وکیل شده است، (تفویض اختیار به او شده).

ان قلت: آیا قرینه‌ای بر چنین معنی وجود دارد؟

قلنا: دو قرینه داریم.

قرینه اول: ذیل روایت است که وکیل را می گوید منتهی وکیل بیگانه، و این وکیلی است که برادر هم است. ولایت و وکالت با هم می تواند در یک روایت جمع شود و منافاتی با وحدت سیاق ندارد.

قرینه دوم:

□□* عن اسحاق بن عمار قال: سألت جعفر بن محمد عن قول الله:

«إِلَّا أَنْ يُعْفُونَ» قال: المرأة تعفو عن نصف الصداق، قلت: «أَوْ يُعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ» قال: ابوها اذا عفا جاز له، و اخوها اذا

كان يقيم بها

(برادری که قیم است)

و هو القائم عليها فهو بمنزلة الاب و يجوز له، و اذا كان الاخ لا يهتم بها و لا يقوم عليها لم يجز عليها امره «۲»

. پس برادر دو حالت دارد یک برادر

«يقوم بامرها»

است که اختیار خواهر دست اوست و یک برادر «لا یقوم بامرها» است که اختیار خواهر به دست او نیست. سند این روایت مرسله است.

تفسیر عیاشی روایات خوبی دارد؛ ولی برای اختصار، سند روایات را حذف کرده و روایت مرسله شده است؛ ولی برای بحث ما مؤید می‌شود. پس روایت قبل را نجات دادیم و آمدن اخ در آن روایت، روایت را از کار نینداخت و دلالت روایت بر ولایت وصی خوب است.

□
...* عن ابی بصیر، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن الذی بیده عقدة النکاح، قال: هو الاب و الاخ و الرجل یوصی الیه، و الذی یجوز امره فی مال المرأة فیبتاع لها و یشتری فأی هؤلاء عفا فقد جاز. «۳»
(احتمال دارد که این روایت همان روایت ابو بصیر باشد که در ابواب مهور ذکر شده است).

...* عن محمد بن مسلم کلاهما، عن ابی جعفر علیه السلام مثله الا انه قال: فأی هؤلاء عفا فعفوه جایز فی المهر اذا عفا عنه. «۴»
پس در این مسأله ۴ روایت (روایات ابو بصیر، سماعه، حلبی و محمد بن مسلم) داریم که همگی معتبر است.
نتیجه: با آیات و روایات و سیره عقلا در مفهوم وصایت ثابت کردیم که وصی بر صغار ولایت دارد مطلقا حتی در امر نکاح (قول دوم).

۴۳ ادامه مسأله ۱۰ ... ۲۸ / ۸ / ۷۹

ادله عدم ولایت (قول مشهور یا اشهر)

۱- اصل:

اصل «عدم ولایة احد علی احد» است که این اصل را قبلاً اثبات کردیم و گفتیم که «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» یعنی «عقودکم» و عقودکم شامل اینجا نمی‌شود و عقد وصی واجب الوفاء بر صغار نیست زیرا باید ولایت وصی ثابت شود تا وفاء بر عقد وصی لازم باشد.

۲- روایات:

در اینجا چند حدیث داریم که مضمون روایت آخر با بقیه متفاوت است:

...* عن محمد بن مسلم
(صحیح السند)

، عن ابی جعفر علیه السلام فی الصبی یتزوَّج الصبیة یتوارثان؟

(سؤال از ارث است که ارث هم لازمه نکاح است و توارث فرع بر صحّت نکاح است)

فقال: اذا کان ابواهما اللذان زوّجاها، فنعم

(از ادای شرطیه مفهوم گرفته‌اند که دیگری نمی‌تواند عقد کند، یعنی اگر وصی عقد کرده باشد عقد صحیح نیست و ارث نمی‌برند)

قلت: فهل یجوز طلاق الاب؟ قال: لا. «۵»

پس از روایت استفاده می‌شود که اگر پدر سبب ازدواج باشد درست است و غیر از او کسی نمی‌تواند و جد را هم از باب توسعه در

مفہوم داخل می‌کنیم.

... عن محمد بن مسلم

(که این روایت هم به همان مضمون روایت قبل است و ظاهراً همان روایت است که تقطیع شده است)

قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبي يزوج الصبيّة؛ قال: ان كان

(۱) وسایل، ج ۱۵، ح ۱، باب ۵۲ از ابواب مهور.

(۲) ح ۵، باب ۵۲ از ابواب مهور.

(۳) ح ۴، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۵، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۵) ح ۱، باب ۱۲ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۳

ابوہما اللذان زوّجاہما فنعم جایز و لكنّ لہما الخيار اذا ادركا «... ۱»

... عن عبيد بن زرارة، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الصبي يزوج الصبيّة هل يتوارثان؟ قال: ان كان ابوہما ہما

اللذان زوّجاہما فنعم، قلنا: يجوز طلاق الاب؟ قال: لا. «۲»

استدلال به این روایات از دو جهت قابل مناقشه است:

۱- وصی به منزلة الاب است و وصی اب مثل وکیل اب است، آیا اگر وکیل اب صغار را ازدواج دهد باطل است؟ خیر، پس حدیث

می‌گوید

الاب و کل من کان بمنزلة الاب، و الوصی بمنزلة الاب.

۲- حصر در روایت حصر اضافی است یعنی نسبت به بیگانه‌ها و لذا جد را نگفته است در عین این که جد ولایت دارد. حتی در

صورتی که وصی و قیم نداشته باشد و ضرورت هم ایجاب کند، حاکم شرع ولایت بر او دارد ولی روایت آن را هم نگفته است.

پس حصر، اضافی و در مقابل بیگانگان است و حاکم و وصی و وکیل بیگانه نیستند.

نتیجه: این احادیث دلالت ندارند.

... عن محمد بن اسماعيل بن بزيع قال: سأله رجل

(روایت مضمومه است مگر اینکه بگوئیم ابن بزيع از اصحاب امام رضا عليه السلام است و هرچه را نقل کرده از اوست)

عن رجلٍ مات و ترک أخوين و ابنةً و البنت صغيرة فعمد

(اقدام کرد)

احد الاخوين الوصی فزوّج الابنة من ابنة ثم مات ابو الابن المزوّج، فلما أن مات قال الآخر: اخی لم يزوّج ابنة فزوّج الجارية من ابنة،

فقيل للجارية: ایّ الزوجين احبّ اليك الاول أو الآخر؟

(یعنی دختر بزرگ شده است و به او گفته‌اند که کدام را امضاء می‌کنی؟)

قالت: الآخر

، (تا اینجا دو عقد خوانده شده است یکی از ناحیه وصی یعنی برادر اول و دیگری از ناحیه غیر وصی یعنی برادر دوم)

ثم انّ الاخ الثاني مات و للاخ الاول ابن اکبر من الابن المزوّج، فقال للجارية: اختاری ایہما احبّ اليك الزوج الاول او الزوج الآخر.

فقال عليه السلام: الرواية فيها أنّها للزوج الاخير، و ذلك إنّها قد كانت ادركت حين زوّجها

(در موقع تزویج دوّم بالغ بوده است)

و لیس لها ان تنقض ما عقدته بعد ادراکها «۳».

این روایت می‌گوید نه عقد برادر اوّل درست بوده است و نه عقد برادر دوم و بعد از بلوغ آن که انتخاب کرده است درست است، پس روایت می‌رساند وصی حق ندارد، و قبل از بلوغ هیچ عقدی صحیح نبوده حتی عقد وصی، این روایت حال و هوای بهتری دارد و مفهوم نیست بلکه صریح است.

جواب: این روایت قابل خدشه است

اوّلًا: اضطراب و اضمار

اضطراب در متن دارد (الروایة فیها یعنی چه؟ روایت چه کسی، پیامبر، امام رضا، دیگران، چه کسی مراد است؟) همچنین تعبیر «الروایة فیها» شبیه عبارات معصومین نیست اضمار هم دارد (سأله مراد کدام امام است؟)

ثانیًا: اتهام وصی

احتمال دارد که عدم صحه عقد وصی به این جهت باشد که وصی متهم است که مصلحت موصی له را در نظر نگرفته است، چون برای پسر خودش عقد کرده است پس عقد وصی زیر سؤال می‌رود.

ثالثًا: عدم وسعت دایره وصایت

شاید این وصی فقط وصی در مال بوده چون بسیاری از اوصیاء، اوصیاء مال هستند و لا اقلّ شک داریم که دایره وصایت چقدر بوده آیا فقط در اموال بوده یا شامل نکاح هم می‌شده است، اصل عدم این ولایت است (جواب مرحوم خوئی در مستند عروه) سلّمنا این احادیث با اشکالاتی که بیان شد دلالت داشته باشد در مقام معارضه و تعارض این روایات با روایات قبلی (که اثبات ولایت برای وصی در امر نکاح می‌کرد) احادیث قبل اظهر و اقوی است. بنابراین قول قبلی را انتخاب می‌کنیم.

دلیل قول به تفصیل (قول سوم):

اشاره

قول سوم می‌گوید: در صورتی که تصریح به نکاح کرده باشد عقد درست است، چون داخل در «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ» ... می‌شود یعنی تغییر وصیت جایز نیست و در جائی که تصریح نکرده است باید بگوئیم روایات ناهیه نهی می‌کند. جواب: بحث ما در جائی است که ظهور عرفی در عموم داشته باشد (الاموال و النکاح). اگر ظهور حجّت است ما الفرق بین التصریح فی النکاح او الظهور فی عموم النکاح و الاموال هر دو داخل در فَمَنْ بَدَّلَهُ می‌شود.

ریشه نزاع:

ظاهراً نزاع بین بزرگان در اینجا لفظی است آنهائی که می‌گویند عقد وصی برای صغیر صحیح نیست می‌گویند دامنه وصایت شامل نکاح نمی‌شود و فقط اموال را می‌گیرد و لذا گفته‌اند که اگر اب تصریح کند قبول است و آنهائی که می‌گویند ولایت وصی در عقد جایز است جائی را می‌گویند که وصایت عمومیت داشته باشد.

(تصریح یا اطلاق عموم).

- (۱) ح ۸، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.
 (۲) وسایل، ج ۱۵، ح ۲ باب ۳۳ از ابواب مقدمات طلاق.
 (۳) ح ۱، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.
 کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۴
 جمع بندی: اگر تصریح کند به نکاح یا وصایت عام باشد در این صورت وصی می تواند در امر نکاح دخالت کند.
 ۴۴ ادامه مسئله ۱۰ ... ۲۹ / ۸ / ۷۹

بقی هنا شیء: آیا وصی ولایت بر مجنون دارد؟

اشاره

جنون یا متصل به صغر است که از بچگی دیوانه بوده بلغ فاسد العقل، و یا اینکه بعد از بلوغ فاسد العقل شده است، این قسم نیز خود دو قسم است: در حیات اب مجنون شده است (پسر عاقلماً بالغ شده و بعد از بلوغ در حیات اب مجنون شد) و یا این که پدر که زنده بود بچه عاقل و بالغ بود و بعد از ممات پدر فاسد العقل شده، پس مجموعاً سه قسم است. امام اسمی از مجنون نبرده است. نکته: مباحثی که در مورد مجنون داریم نه فقط برای نکاح، بلکه برای ابواب مختلف است و ریشه‌های بحث در اینجا حل می شود.

اقوال:

مرحوم محقق یزدی در عروه می فرماید:
 و للوصی ان یزوّج المجنون «۱» (وصی ولایت بر مجنون دارد، بدون اینکه تفصیلی دهد) ولی از کلمات دیگران استفاده می شود که ولایت وصی بر مجنون برای قسم اول است (من بلغ فاسد العقل).
 مرحوم صاحب جواهر می فرماید:
 للوصی ان یزوّج من بلغ فاسد العقل (غیر فاسد العقل را نمی گوید) اذا کان به ضرورة الی النکاح (نیاز به نکاح داشته باشد) بل نفی بعضهم الخلاف عن ثبوتها فی ذلک (مسأله اجماعی است که وصی ولایت بر مجنون بالغ فاسد العقل دارد) بل عن ظاهر الکفایة الاجماع علیه «۲». ظاهر عبارت جواهر این است که محل بحث جنون متصل است.
 مرحوم آیه الله حکیم در مستمسک وقتی به شرح کلام عروه می رسد می فرماید کلام عروه مطلق است در حالی که ظاهر کلام اصحاب اختصاص ولایت وصی به جنون متصل است.
 از مجموعه گفتگوها استفاده می شود که در جنون متصل بحثی نیست؛ ولی در جنون منفصل بحث و تأمل است؛ زیرا نسبت به خود اب و جد هم بحث است که آیا بر مجنون منفصل ولایت دارند یا نه؟
 بعضی می گویند حتی اب و جد هم ولایت ندارند و باید سراغ حاکم شرع رفت پس وقتی پدر ولایت ندارد وصی پدر به طریق اولی ولایت ندارد.

دلیل:

اشاره

در این مسأله نصّ خاصّی نداریم، ما هستیم و مقتضای قواعد و اصل هم عدم ولایت است باید دید دلیل بر ولایت چیست؟ از همان راهی که در وصی بر صغار داشتیم راه را در مجنون طی می‌کنیم.

الف - جنون متصل به صغر:

پدیری از دنیا می‌رود و مجنونی دارد وصیت می‌کند و قیمی برای او قرار می‌دهد اگر ظاهر وصیت عام باشد وصی، جانشین اب می‌شود و باید سرپرستی اموال و ازدواج او را بکند هم به حکم بناء عقلا و هم به حکم «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ»... و یا اگر وصیت هم عام نبود در صورتی که موصی به امر نکاح، تصریح کند، وصی جانشین اب می‌شود.

ب - جنون منفصل:

گاهی در حیات پدر است و گاهی بعد از حیات پدر، ابتداءً باید ببینیم که پدر بر مجنون منفصل ولایت دارد یا نه؟ مشهور فقهاء این است که پدر بر مجنون منفصل ولایت ندارد و حاکم شرع ولی اوست که البته خلاف سیره عقلا است. اگر بچه‌ای در خانواده‌ای دیوانه شد چه کسی باید او را سرپرستی کند؟ آیا جای تعجب نیست، اگر با وجود پدر به حاکم مراجعه شود؟ بله اگر دیوانه‌ای زنجیری باشد که نتوان او را نگهداری کرد در این صورت به دولت مراجعه می‌شود پس بنا به سیره عقلا پدر باید او را نگهداری کند، حالا که پدر مسئولیت دارد می‌تواند همین را به وصی منتقل کند. کسانی که قائل به ولایت وصی در جنون منفصل نشده‌اند در پدر هم قائل به ولایت نبوده‌اند. و اما اگر جنون منفصل، بعد ممات الاب باشد، در این صورت اگر وصایت عام بوده، عموماً شامل اینجا می‌شود، یعنی اگر گفته است این بچه‌های من تحت سرپرستی توست حتی اگر بعد از مردن من دیوانه شوند، در این صورت وصی ولایت دارد، پس ولایت وصی بر جنون منفصل بعد ممات الاب فرع بر این است که وصایت عام باشد. جمع‌بندی: وصی بر صغیر و مجنون ولایت دارد به اقسام سه‌گانه جنون، منتهی مجنون و صغیری که نکاح برایشان ضرورت داشته باشد.

[مسأله ۱۱ (ولایة الحاکم فی النکاح)]

اشاره

۴۵ مسأله ۱۱ (ولایة الحاکم فی النکاح ...) ۳۰ / ۸ / ۷۹

مسأله ۱۱: «لیس للحاکم ولایة فی النکاح علی الصغیر ذکراً کان أو أنثی مع فقد الاب و الجد (اب و جد باشد بحثی نیست که حق ندارد در صورت نبودن هم حقی ندارد) ، و لو اقتضت الحاجة و الضرورة

(۱) عروء، مسئله ۱۲ نکاح.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۹۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۵

و المصلحة اللازمة المراعاة النکاح بحيث ترتب علی ترکه مفسده یلزم التحرز عنها، قام الحاکم به (حاکم اقدام به نکاح صغیر و صغیره می کند)

، و لا یترک الاحتیاط بضم اجازة الوصی للاب او الجد مع وجوده، (ای الوصی) (صورت اول)
 . و کذا فی من بلغ فاسد العقل (مجنون متصل) (صورت دوم).

أو تجدد فساد عقله اذا كان البلوغ و التجدد فی زمان حیاة الاب أو الجد (صورت سوم).

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد ولایت حاکم است، آیا حاکم بر صغار، مجنون، کبیره ولایت دارد؟
 مسأله چهار صورت دارد که مرحوم امام سه صورت از چهار صورت را بیان کرده اند:

- صورت اول: صغیر و صغیره که حاکم ولایت ندارد.

- صورت دوم: مجنون متصل.

- صورت سوم: مجنون منفصل.

در این دو صورت حاکم ولایت دارد

- صورت چهارم: باکره رشیده‌ای که پدرش مرده است اگر قائل به استقلال باکره رشیده باشیم همان گونه که پدر دخالت نمی کرد حاکم شرع هم دخالتی ندارد اما اگر گفتیم پدر ولایت بر باکره رشیده دارد در این صورت بعد از ممات پدر آیا حاکم ولایت دارد؟

خیلی ها گفته اند که حاکم بر این قسم ولایت ندارد.

اقوال:

صاحب ریاض در شرح عبارت محقق در المختصر النافع (لا یزوج الوصی و کذا الحاکم) می فرماید:

فلا یزوج الصغیرین مطلقاً فی المشهور و البالغین فاسدی العقل مع وجود الاب و الجد اجماعاً ... و یزوجهما مع فقدهما مع الغبطة (حاکم شرع کبیر و کبیره فاسد العقل را با نیاز ازدواج می دهد) اجماعاً لانه ولیهما فی المال فیتولی نکاحهما «۱» بعد ادله ای ذکر می کند تا به اینجا می رسد که یکی از دلایل احتیاج و نیاز است و می فرماید که اگر این دلیل (دلیل نیاز) در فاسدی العقل هست در صغیر و صغیره هم این دلیل وجود دارد چون آنها هم نیاز دارند و فرض این است که پدر و جد هم نیست، پس حاکم بر صغیر و صغیره هم ولایت دارد.

صاحب جواهر می فرماید:

عند فقد الاب و الجدد بالغه باکره رشیده اگر اب و جد از دنیا رفتند مستقل می شود و ادعای اجماع می کند. در مورد مجنون هم می گوید: بلا خلاف أجده فيه، بل الظاهر كونه مجمعاً علیه. «۲»

این قدامه صاحب کتاب المغنی می فرماید:

لا- نعلم خلافاً بین أهل العلم فی أن للسلطان (حاکم شرع) ولایة تزویج المرأة عند عدم اولیائها او عضلهم (ای منعهم) و به یقول مالک و الشافعی و اسحاق و أبو عیید و أصحاب الرأی (ابو حنیفه و پیروانش)، و الاصل فيه قول النبی صلی الله علیه و آله فالسلطان

ولی من لا ولی له (۳).

پس در بین علماء عامه هم جمع زیادی قائل به ولایت شده‌اند.

تا اینجا معلوم شد که ولایت حاکم شرع در بین ما و در بین عامه اجماعی است اجمالاً.

دلیل:

اشاره

در این مسأله نصّ خاصی در مورد دخالت حاکم در نکاح نداریم مائیم و قواعد عامه و دایره اختیارات حکومت اسلامی، که آیا ولایت نکاح را هم می‌گیرد یا نه؟

مقدمه:

اشاره

حوادثی که در جامعه واقع می‌شود و امور مورد ابتلاء مردم دو قسم است:

الف - قسمی که مسئول خاصی دارد:

مثل حضانت فرزند که بر عهده پدر و مادر است، نفقه فرزند که بر عهده پدر است و اگر پدر نباشد بر عهده مادر است (اگر مالی داشته باشد)، موقوفاتی که متولّی دارد خواه موقوفات عامه باشد یا موقوفات خاصه، کوچه‌های بن بست که مسئول آن همان خانه‌هایی هستند که در آن کوچه هستند و امثال این موارد که به مسئول خاصش رجوع می‌شود.

ب - مسائل مهمی که مسئول معینی ندارد:

مثل حفظ نظام جامعه، امن السبیل (امنیّت جاده‌ها)، قتال العدو، حفظ اموال غیب (افرادی غایب هستند و مثلاً سیلی در شهر افتاده و اموال آنها تلف می‌شود کسی باید اموال آنها را حفظ کند)، حفظ اموال قُصیر (ایتامی که کسی را برای سرپرستی ندارند) اصلاح شوارع، اجراء حدود، احقاق حقوق، در این موارد شخص خاصی متولّی نیست. در عرف عقلا از قدیم الایام این گونه امور بدون متولّی خاص، به عهده حکومت بوده و اصلاً فلسفه تشکیل حکومت همین است که این مشکلات را که متولّی خاصی ندارد بعهده بگیرد. گاهی از این امور یا بعضی از اینها را به امور حسبیّه تعبیر می‌کنند که بر عهده حکومت است. بنابراین دایره اختیارات حاکم شرع تمام امور زمین مانده

(۱) ریاض، ج ۲، ص ۸۱.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۸۹.

(۳) المغنی، ج ۷، ص ۳۵۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۶

جامعه است که مسئول خاصّی ندارد و اگر حکومت متولّی آن نباشد، هرج و مرج می‌شود و نظام مختل می‌گردد. بنابراین دائره اختیارات حاکم نامحدود است و این روایت نبوی که می‌گوید:

السلطان ولیّ من لا ولی له

که در کلام مغنی بوده امضاء بناء عقلا است و این روایت در کتب ما هم هست «۱» و دیگران از فقهاء ما هم آن را ذکر کرده‌اند. پس اسلام این بناء عقلا را امضاء کرده است و اصل حکومت را پذیرفته، منتهی برای متولّی امر حکومت، شرایطی را قائل شده است.

بعد از ذکر این مقدمه سراغ حکم چهار قسم مسأله می‌رویم:

۱- صغیر و صغیره‌ای هستند که اولیاء سه‌گانه را از دست داده‌اند (پدر، جد، وصی)

این فرد دو حالت دارد، یک حالت نیازی به ازدواج ندارد که در این صورت حاکم دخالت نمی‌کند و غالباً هم ضرورتی نیست، اگر ضرورتی پیش آمد (یا برای حفظ جان یا برای محرمیت) در اینجا چون کار زمین مانده است، حاکم شرع دخالت می‌کند و اینکه صاحب جواهر و دیگران ادعای اجماع بر عدم ولایت حاکم بر صغیر و صغیره کرده‌اند شاید نظرشان به آنجائی باشد که ضرورتی نبوده که غالباً هم همین است و در جائی که نیاز باشد احدی نمی‌گوید که حاکم دخالت نکند.

۲ و ۳- جائی که مجنون باشد (خواه متّصل، یا منفصل) ولی هم ندارد

و یا ولی دارد اما بگوئیم در جنون منفصل حق دخالت ندارد (کما اینکه بعضی گفته‌اند) پس کار زمین مانده است و مجنون هم حاجت به ازدواج پیدا کرده (ضرورت در کبیر مجنون، فرد نادری نیست). همان فقهای که در صغیر به عدم ولایت حاکم فتوا می‌دادند، در اینجا می‌گویند حاکم ولایت دارد و باید دخالت کند و نمی‌تواند در مقابل چنین مجنونی بی تفاوت باشد زیرا ممکن است در غیر این صورت باعث مشکلات بیشتری شود.

امام در اینجا جمله‌ای دارد:

«کذا فی من بلغ فاسد العقل او تجدد فساد عقله اذا کان البلوغ و التجدد فی زمان حیاة الاب أو الجد» (اگر جنون بعد از فوت پدر بود مجنون بلا تکلیف می‌شود) چرا باید حاکم دخالت نکند، این چه حکمی است؟ اینجا که بدتر است و حاکم حتماً باید مسئول باشد. امام این قید را برای چه آورده‌اند؟

شاید به این جهت باشد که امام در مسئله قبل وصی را دخالت دادند، که احتیاطاً از وصی هم اجازه بگیرند، و بگوئیم این قید ناظر به دخالت دادن وصی است نه حاکم، که اگر در حیات اب مجنون شد وصی دائره کارش مجنون در حیات اب را می‌گیرد، پس باید از وصی هم اجازه بگیریم ولی اگر بعد از حیات پدر دیوانه شد اجازه وصی نمی‌خواهد، و فقط مربوط به حاکم شرع است. این توجیه اگر چه خلاف ظاهر هم باشد کلام امام هیچ توجیه دیگری غیر از این ندارد.

۴- در بالغه رشیده باکره عاقله تا پدرش بود اجازه پدر را می‌خواست

(ما به عنوان ثانوی گفتیم؛ ولی عده زیادی به عنوان اولی می‌گویند که اجازه پدر در باکره رشیده شرط است) وقتی پدر از دنیا رفت آیا باکره رشیده برای ازدواج باید از حاکم اجازه بگیرد؟ فرموده‌اند: اجازه نمی‌خواهد چون کار زمین مانده نیست، و دختر عاقله و بالغه است و خودش راه را پیدا می‌کند و ادعای اجماع بر

استقلال شده است. امّا اگر بگوئیم مفسده دارد (همان عنوان ثانوی که ما قائل بودیم) و ممکن است فریب بخورد و کار به طلاق کشیده شود و یا مفاسدی بر آن مترتب شود و اختلافات و طلاقها در جامعه زیاد شود در این صورت باید اجازه حاکم شرع باشد تا مفسده‌ای پیش نیاید پس در این صورت ما اجازه حاکم را شرط می‌دانیم.

۴۶ ادامه مسئله ۱۱ ... ۱ / ۹ / ۷۹

ادله عدم ولایت:

۱- اجماع:

اجماع قائم است بر عدم ولایت حاکم بر صغیر و صغیره. جواب: چون این مسأله ادله دیگری هم دارد، در چنین مواردی توسل به اجماع بعنوان مؤید خوب است نه بعنوان استدلال.

۲- اصل:

اصل عدم ولایه احد علی احد است، و از جمله، حاکم شرع، پس اصل این است که ولایت نداشته باشد الا ما خرج بالدلیل. جواب: شما می‌گوئید الا ما خرج بالدلیل و ما دلیل اقامه کردیم، در آن جایی که ضرورت اقتضا کند که ازدواجی برای صغیر و صغیره انجام بگیرد و فرض هم این است که اولیاء ثلاثه (اب، جد، وصی) وجود ندارند، اگر حاکم شرع دخالت نکند در این صورت مصالح مهم صغیر و صغیره از بین می‌رود پس به حکم عقلا از اهل عرف و به حکم روایاتی که در شرع وارد شده (السلطان ولی من لا ولی له)

این مصلحت زمین مانده را باید حاکم شرع انجام دهد، و دلیل عقلانی و شرعی قائم است بر ولایت حاکم بر صغیر و صغیره، و همچنین است حال مجنون متّصل و منفصل. پس اصل هم با وجود دلیل کنار می‌رود.

(۱) ریاض، ج ۲، ص ۸۱

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۷

۳- روایات:

روایات سابقه که در باب عدم ولایت وصی به آن استدلال شده بود (روایت محمد بن مسلم از امام باقر و امام صادق، روایت عبید بن زراره). مضمون روایات این بود که شخصی صغیر و صغیره‌ای را به زوجیت درآورده، آیا زوجیت صحیح است؟ امام در جواب فرمود:

«ان کان ابواهما اللذان زوّجاها فنعیم» (۱)

مفهوم قضیه شرطیه این است که اگر غیر از اب دخالت کند باطل است، مفهوم شرط از مسلمات است خصوصاً که مقام، مقام احتراز است یعنی حاکم شرع و وصی ولایت ندارد و فقط ولایت مخصوص اب است، روایت عبید بن زراره هم همین را می‌گفت.

جواب: این حصر، حصر اضافی است و ناظر به برادر و سایر خویشان است که آنها ولایت ندارند و ناظر به وصی جانشین اب و حاکم شرعی که از طرف خدا مأمور است نمی‌باشد.

اضف الی ذلک: این روایات در مقابل عامه وارد شده است، عامه می‌گفتند: تمام قرابات اب (عصبه) برادر اب، عموزاده‌ها همه ولایت دارند، این روایت حصر اضافی است و آنها را رد می‌کند و کاری به حاکم و وصی ندارد و انصاف این است که این روایات و لو مفهوم دارد ولی ناظر به حاکم و وصی نیست و اگر احتمال هم بدهیم که حصر، حصر اضافی است برای از کار انداختن مفهوم کافی است (اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال).

تا اینجا ادله نافی حکومت حاکم بر صغیر و صغیره را دانستیم.

نکته: گمان ما این است که نزاع در این مسأله لفظی است.

آن جایی که ضرورتی نباشد همه می‌گویند که حاکم دخالت نکند، و غالباً اینها ضرورت ندارند و آنها که می‌گویند ولایت ندارد ناظر به همین جهت بوده‌اند اما آن جایی که ضرورت ملزومه (تلف شدن- مشکل محرمیت) باشد آنها که منکر هستند در اینجا به حاکم ولایت می‌دهند و کدام فقیه است که بگوید حاکم دخالت نکند و بچه تلف شود. پس نزاع ظاهراً لفظی است.

نتیجه: اگر مصلحت ملزومه‌ای ایجاب کند در صغیر و صغیره و در مجنون منفصل و متصل حاکم باید دخالت کند چون کار زمین مانده است و اگر دسترسی به حاکم شرع نبود سراغ عدول مؤمنین می‌روند.

[مسأله ۱۲ (شرائط الولاية)]

اشاره

۴۷ مسأله ۱۲ (شرائط الولاية ...) ۲ / ۹ / ۷۹

مسأله ۱۲: یشرط فی ولاية الاولیاء (چهار شرط هست و بعضی شرط پنجمی هم اضافه کرده‌اند)

البلوغ و العقل و الحریة و الاسلام اذا كان المولی علیه مسلماً، (مثلاً اگر مسلمانی از دنیا رفت بخواهد به غیر مسلمان وصیت کند که مواظب بچه‌های او باشد، جایز نیست و وصی باید مسلمان باشد).

فلا ولاية للصغیر و الصغیرة علی احد بل الولاية فی موردها لولیتهما، و کذا لا ولاية للاب و الجد اذا جنّا (مجنون شوند)

، و ان جنّ احدهما یختص الولاية بالآخر و کذا لا ولاية للاب الکافر علی ولده المسلم (مادر مسلمان است یا پدر عند انعقاد نطفه مسلمان بود و بعد از آن کافر شد)،

فتکون للجد اذا كان مسلماً (اگر پدر و پسر هر دو کافر بودند آیا ولایت کافر بر کافر هست؟)،

و الظاهر ثبوت ولايته (ای الاب)

علی ولده الکافر اذا لم یکن له جدّ مسلم (جدّ مسلمان مقدم است بر پدر کافر و لو بچه هم کافر باشد)،

و الا فلا یبعد ثبوتها له (جدّ مسلم)

دون الکافر.

عنوان مسأله:

اشاره

مرحوم امام در این مسأله، ۴ شرط برای ولی قائل شده اند:

۱- بلوغ:

آیا می شود ولی نابالغ پیدا کنیم یعنی پدری باشد نابالغ؟ خیر، مصداقی ندارد. بله در مورد وصی و حاکم ممکن است مصداقی پیدا شود مثلاً وصی هست چهارده ساله ولی هوشیار مثل بوعلی سینا یا علامه حلی، اینجا جای بحث است که بگوئیم چون بالغ نیست نمی تواند حاکم شرع یا وصی باشد پس نسبت به اب و جد غیر بالغ موضوعی ندارد ولی نسبت به حاکم شرع و وصی موضوع دارد، البته در بین معصومین افرادی داریم که در صغر به مقام نبوت و امامت رسیده اند، یکی از آنها حضرت یحیی علیه السلام است «آتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا» (۲) (ظاهرش حکم نبوت است)، و دیگری حضرت عیسی علیه السلام «قَالَ إِنِّي عَبْدُ اللَّهِ آتَانِيَ الْكِتَابَ وَجَعَلَنِي نَبِيًّا» (۳) که با این دو آیه بسیاری از شبهات در ناحیه امامت امیر المؤمنین و امام جواد علیه السلام جواب داده می شود؛ ولی غیر از معصومین و بعضی از پیامبران قول غیر بالغ در اموری مثل حکومت و وصایت پذیرفته نمی شود و معصومین و پیامبران از باب استثناء است.

۲- حریت:

حریت هم بحثی ندارد، چون عبد در مقابل مولی از خودش اختیاری ندارد مگر مولی به او اجازه بدهد که بعید نیست با اجازه مولی وصایت و حاکمیت شرع را بپذیریم، البته چون محل ابتلاء

(۱) ح ۱، باب ۱۲، ح ۸، باب ۶ از ابواب عقد نکاح و ح ۲، باب ۳۳ از ابواب مقدمات طلاق.

(۲) آیه ۱۲، سوره مریم.

(۳) آیه ۳۰، سوره مریم.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۸

نیست از آن بحثی نمی کنیم.

۳- عقل:

در مورد دیوانه نیز بحثی نیست و همه می دانند که دیوانه نمی تواند حاکم شرع یا وصی شود، (قضایا قیاساتها معها) پس این سه شرط مسلم است و بحثی ندارد و آنکه باید روی آن بحث شود شرط اسلام است.

۴- اسلام:

در صورتی که مولی علیه مسلمان باشد اجماعی است که ولی باید مسلمان باشد. صاحب ریاض، صاحب جواهر، مسالک، حدائق و کشف اللثام آن را نقل کرده اند.

صاحب حدائق می‌فرماید:

الظاهر أنه لا خلاف بين الاصحاب في اشتراط الاسلام في الولاية (ولى صغير و حتى كبير مثل مجنون بايد مسلمان باشد) فلا تثبت للكافر - أباً كان أو جدّاً أو غيرهما - الولاية على الولد المسلم صغيراً أو مجنوناً، ذكراً كان أو انثى، «۱» در ادامه می‌فرماید چگونه می‌شود پدر کافر، اما فرزند مسلمان باشد. ایشان چهار صورت را ذکر می‌کند:

۱- مادرش مسلمان باشد. ۲- جدّش مسلمان باشد. ۳- خودش بعد از بلوغ مسلمان شد، بعد دیوانه شد. ۴- بالغ عاقل مسلمان اما باکره رشیده بنا بر قول به اذن، آیا پدر بر این دختر مسلمان ولایتی دارد، می‌گویند نه. صورت دیگری هم تصور کرده‌اند و آن اینکه بچه نابالغ مسلمان بشود، اگر بگوئیم که اسلام بچه نابالغ پذیرفته می‌شود.

ما می‌گوئیم بچه نابالغ اگر عاقل و هوشیار باشد و مسلمان شود پذیرفته می‌شود چون صحت نماز و روزه بچه عاقل و فهمیده، فرع بر این است که اسلام او پذیرفته شود.

مرحوم حکیم در مسئله ۱۶ از مسائل عروه، اجماع را از مسالك و كشف اللثام نقل می‌کند.

ادله:

۱- اجماع:

اجماع قائم است بر عدم ولایت کافر بر مسلمان.

جواب: چون دلیل‌های دیگر داریم اجماع مدرکی است و حجت نیست. زیرا مادامی که دلیل‌های دیگر باشد اجماع فقط مؤید است.

۲- آیات:

الف - آیه: «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» «۲».

اشاره

آیه قابل بحث است زیرا در مورد «سبیل» چهار احتمال داده‌اند.

۱- غلبه نظامی،

(الغلبة العسكرية) یعنی کافران بر مؤمنان غلبه نظامی نخواهند کرد ولی این درست نیست و مانعی ندارد که کفار در جنگی پیروز شوند. مانند پیروزی آنان در جنگ احد (این احتمال خوبی نیست).

۲- غلبه منطقی

(الغلبة من ناحية الحجّة)، مرحوم طبرسی در مجمع البیان این احتمال را می‌دهد که غلبه منطقی و حجت و استدلال بر مؤمنین ندارند و منطق اسلام از همه قوی‌تر است (این احتمال خوبی است).

۳- غلبه در آخرت،

یعنی در آخرت طلبکار از مسلمانان نخواهند بود این تعبیر به خاطر ضمیمه شدن قسمت قبلی آیه است که خداوند می‌فرماید: **فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ** «... ۳»

۴- غلبه تشریحی:

ولایت، حکم تشریحی است که خداوند برای کافران ولایت بر مؤمنان را قرار نداده است، این در عالم تشریح است. اگر احتمال آخر را بتوانیم درست کنیم و بقیه احتمالات کنار رود، آیه به برای استدلال مناسب است، البته احتمال دارد که سه احتمال آخر با هم مورد نظر باشد یعنی نه غلبه منطقی و نه سبیل آخرت و نه سبیل تشریحی قرار نداده و سبیل هم عام است و تمام موارد را شامل می‌شود. بعضی می‌گویند در عالم تشریح خداوند ولایت قرار داده است، مثل این که انسان مسلمان اجیر شخص کافر شود؛ ولی در جواب باید گفت در چنین موردی ولایت نیست، چون در این صورت حاکمیت نیست و فقط نوعی معامله است. پس این آیه زنده شد و مطابق این آیه عمل می‌کنیم.

ب- آیه «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» «۴»

مفهوم آیه این است که مؤمنین می‌توانند ولی هم شوند ولی کفار نه، و آیه: «وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» «۵» می‌فرماید: بعضی از کفار می‌توانند ولی بعضی دیگر شوند.

۳- روایت:

استدلال به حدیث نبوی

«الاسلام یعلو و لا یعلی علیه» «۶»

که احتمالات چهارگانه در مورد آیه در این روایت هم مطرح است

(۱) حدائق، ج ۲۳، ص ۲۶۷.

(۲) آیه ۱۴۱ سوره نساء.

(۳) آیه ۱۴۱ سوره نساء.

(۴) آیه ۷۱ سوره توبه.

(۵) آیه ۷۳ سوره انفال.

(۶) بحار، ج ۳۹، ص ۴۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۵۹

«یعلی» یعنی غلبه نظامی یا غلبه منطقی یا غلبه در آخرت و یا غلبه تشریحی.

این روایت مرسله است ولی مشهور به آن عمل کرده‌اند که عمل اصحاب جبران ضعف روایت می‌کند.

نکته: کافر بر مسلمان ولایت ندارد ولی آیا کافر بر کافر ولایت دارد؟ بعضی سخت‌گیری کرده‌اند و معتقدند که مشکل است کافر بر کافر ولایت داشته باشد.

ما معتقدیم که آیه می‌فرماید ولایت دارند و سیره عقلا- هم بر این است و حتی بچه‌های مسیحی‌ها و یهودیهایی که در جامعه

مسلمانان زندگی می‌کردند، حکومت بر آنها ولایت نمی‌کرد بلکه پدر بر آنها ولایت داشت، حتی در جائی که جد مسلمان و پدر و بچه مسیحی هستند ما می‌گوئیم پدر ولایت دارد.
نتیجه: آنچه مسلم است کافر بر مسلمان ولایت نخواهد داشت و ولایت کافر بر کافر هیچ مشکلی ندارد.

[مسأله ۱۳ (عقد الفضولی)]

اشاره

۴۸ مسأله ۱۳ (عقد الفضولی ...) ۷۹ / ۱۰ / ۱۲

مسأله ۱۳: العقد الصادر من غیر الوکیل و الولی (مرحوم امام (ره) باید زوج و زوجة کبیر را هم اضافه می‌کرد ولی به هر حال منظور از غیر، کسی است که صاحب اختیار نیست اجنبی)
المسمی بالفضولی (المسمی صفت برای «غیر» است نه برای عقد، چون عقد فضولی نیست بلکه شخص، مسمی به فضولی است)
یصح (ای العقد)
مع الاجازة، سواء كان فضولياً من الطرفين (زوج و زوجه)
او من احدهما (یک طرف اصیل و یک طرف فضولی)
, و سواء كان المعقود عليه صغيراً او كبيراً (اگر صغیر باشد، باید ولی اقدام کند ولی اجنبی اقدام کرده)،
و سواء كان العاقد قريباً للمعقود عليه كالآخ و العم و الخال أو اجنبياً، و منه (ای عقد الفضولی)
العقد الصادر من الولی او الوکیل علی غیر المأذون فيه بان أوقع الولی علی خلاف المصلحة أو الوکیل علی خلاف ما عینه الموكّل.

عنوان مسأله:

هر کسی که اختیار عقد را نداشته باشد و آن را انجام دهد «عقد فضولی» است و فرقی بین ولی، وکیل، خویشاوندان و یا اجنبی نیست. در فضولی عقد از لحاظ اجرای صیغه کامل است و فقط عاقد اجازه نداشته است. این مسأله از امهات مسائل است چون ساری و جاری در سایر ابواب فقه است، عقود و حتی ایقاعات هم فضولی دارد.

معنای فضولی:

منسوب به فضول را «فضولی» می‌گویند و «فضول» در لغت به معنی زوائد و اضافات است بنابراین فضولی کسی است که مسائل اضافی را انجام می‌دهد (من يفعل الفضول)
ارباب لغت می‌گویند: الفضولی هو من يتعرض لما لا يعنيه و این که در فارسی می‌گوئیم: «فضولی کرد» از باب تسامح است بلکه باید بگوئیم: «کار فضول کرد». پس فضولی کسی است که متعرض کاری می‌شود که از اختیارات او خارج است.
و اما در اصطلاح فقهاء فضولی به کسی می‌گویند که سراغ عقد یا ایقاعی می‌رود که اختیارش را ندارد (هو من يتعرض لعقد او ایقاع لیس له سلطه علیه). بنابراین وقتی می‌گوئیم عقد فضولی، باید به صورت اضافه باشد یعنی «عقد الفضولی» (عقدی که شخص فضولی می‌خواند) نه بصورت توصیف «العقد الفضولی» (عقد متصف به صفت فضولیت) زیرا دانستیم «فضولی» شخص است نه

عقد. در کلمات علماء گاهی به عقد تسامحاً فضولی گفته شده است.

در ذیل این مقام ذکر دو نکته لازم است.

نکته اول: فضولی، معنی وسیعی دارد و عقد فضولی گسترش دارد، همان گونه که امام (ره) در عنوان مسأله فرمودند، حتی وکیل و ولی گاهی فضولی هستند.

نکته دوم: هر عقدی را نمی توان گفت عقد فضولی است، زیرا در عقد فضولی باید رابطه ای در کار باشد، مثلاً اگر به بنگاهی گفته شود برای فلان منزل مشتری پیدا کند ولی او قولنامه را هم می نویسد و منزل را بدون اجازه می فروشد، این فضولی است و یا برادری، به خواهرش می گوید برای دختر تو شوهری پیدا کردم و عقدی خوانده ام، این هم فضولی است چون در آن ارتباط موجود است ولی اگر یک نفر که به تمام معنی اجنبی است؛ بگوید: خانه شما را فروختم و یا دختری را در خیابان ببیند و بگوید این دختر را به عقد شما در آوردم. این موارد که اجنبی به تمام معنی الکلمه است و هیچ رابطه ای در کار نیست، عقد فضولی عرفی نیست و عقلاً آن را جدی نمی دانند، و مواردی را اجازه می دهند و فضولی می دانند که رابطه ای در کار باشد و در معرض اجازه باشد.

اقوال:

مرحوم محقق در شرایع (و صاحب جواهر «۱») می فرماید: عقد

(۱) ج ۲۹، ص ۲۰۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۰

النکاح (الصادر من الفضولی) یقف علی الاجازة علی الاظهر «۱» (مرحوم محقق قید فضولی را در عبارت نیاورده است). محقق علی الاظهر می گوید یعنی به حسب ادله، مرحوم شهید در لمعه علی الاقرب می گوید یعنی به حسب قواعد و صاحب جواهر علی الاظهر می گوید یعنی به حسب اقوال.

در ادامه صاحب جواهر می فرماید: بل المشهور شهرة عظيمة بین القدماء و المتأخرین، سپس از سرائر فی الجملة نفی خلاف را حکایت می کند، بعد بالاتر می رود و از ناصریات سید مرتضی نقل اجماع می کند، جالب این که کسانی که در بیع منکر فضولی شده اند در نکاح، فضولی را قبول دارند (من انکر فی البیع افتی به فی النکاح) زیرا در نکاح ده روایت یا بیشتر داریم که در موارد فضولی فرموده اند با اجازه درست می شود ولی در بیع دست ما از روایت خالی است و تنها یک روایت معروف داریم و آن روایت «عروة بارقی» است و لذا کسانی که در باب بیع، فضولی را نپذیرفته اند در باب نکاح آن را غالباً قبول کرده اند ولی در عین حال در نکاح هم مخالف وجود دارد. مرحوم شیخ طوسی در دو کتاب خلاف و مبسوط مخالفت کرده و عقد فضولی را باطل می داند ولی در بعضی از کتابهایش مثل نهاییه، تهذیب و استبصار، با قول مشهور موافقت کرده و قائل به صحّت آن در نکاح شده است. پس ایشان یک موافق و مخالف نیمه کاره است.

مرحوم فخر المحققین هم در کتاب ایضاح الفوائد در باب بیع فضولی مخالفت کرده است. در بین قدما موافق کم داریم و در بین متأخرین موافق بیشتر است، ولی در نکاح چون از نظر اقوال وضعش خوب است، قدما و متأخرین اکثریت قائل به صحّت عقد فضولی شده اند.

۴۹ ادامه مسئله ۱۳ ... ۱۳ / ۱۰ / ۷۹

از بعضی از اقوال بزرگان فقهاء استفاده می شود که در نکاح فضولی، بین فقهاء سه قول وجود دارد: فخر المحققین بیانی دارد که خلاصه آن چنین است:

فی المسأله اقوال ثلاثه، (الف) انه (عقد الفضولی) يقع موقوفاً علی الاجازه... و هو قول المفید، و المرتضی، و الشیخ فی النهایه، و ابن أبی عقیل، و سلار، و ابن البراج، و أبی الصلاح، و ابن إدیس و والدی المصنّف (علّامه در قواعد)، (ب) انه لا یقف علی اجازه،... فعقد الفضولی باطل من اصله و هو اختیار الشیخ فی الخلاف و المبسوط (ج) قول ابن حمزه انه یقع موقوفاً فی تسعه مواضع (که در نصوص خاصه آمده است) و عدّ منها عقد الاخ و الامّ و العمّ و الرشیده بدون اذن الولی (در واقع ایشان با نصوص تعبّدی برخورد کرده و نتوانسته قاعده خاصّی را استنباط و استخراج کند) ثم قال (فخر المحققین) و الذی افتی به بطلان عقد الفضولی «۲»

بنابراین سه قول بیان شد، قول اول مشهور بین القدماء کما هو المشهور بین المتأخرین و قول دوم نظر شیخ طوسی و فخر المحققین و قول سوم قول به تفصیل. این چهره اقوال در بین فقهاء شیعه بود اما اقوال عامه که آنها هم مجموعاً سه قول را انتخاب کرده‌اند کمی با اقوال شیعه فرق دارد اقوال آنان را از مرحوم شیخ در خلاف و از کتاب المجموع نووی «۳» نقل می‌کنیم.

الاول یصحّ نکاح الفضولی مع الاجازه و ان ردّه بطل و هو قول ابی حنیفه و من تبعه و كذلك البیع عنده، الثانی انّ جمیع اقسامه لا یصحّ و هو قول الشافعی و احمد بن حنبل و اسحاق و الثالث یصحّ اذا اجازه عن قرب (اگر زود اجازه بدهد و تأخیر نیاندازد) و إن اجازه عن بُعد بطل و هو قول مالک (مرحوم شیخ طوسی بعد از نقل اقوال می‌گوید) عقد الفضولی باطل فی البیع و النکاح (قول دوم)

ادله قائلین به صحّت عقد فضولی:

۱- مقتضای قاعده:

اشاره

دو بیان دارد:

بیان اول: عمومات صحّت عقود

کبری: عمومات صحّت عقد شامل عقد فضولی می‌شود زیرا «بما أیّها اللّٰذین آمنوا أوفوا بالعقود» در واقع معنایش «اوفوا بعقودکم» است.

صغری: عقد فضولی در زمان صدور، عقد صاحب اصلی نبود و بعد از اجازه، مصداق «عقودکم» شده است. به عنوان مثال دلّال عقدی برقرار می‌کند و به مالک می‌گوید شما به من گفته بودید با این شرایط مشتری پیدا کن، ولی با شرایط دیگری مشتری پیدا کردم، این هم قولنامه اگر می‌پذیرید آن را امضاء کنید، مالک می‌گوید می‌پذیرم و امضا می‌کند بعد از امضاء قولنامه آیا «عقودکم» صدق می‌کند؟ مسلماً صدق می‌کند.

ان قلت: در هنگام صدور عقد اجازه‌ای نبود و بعد از الحاق اجازه عقدی وجود ندارد، چون عقد تمام شده زیرا عقد و انشاء آنی

(۱) شرایع، ج ۲، ص ۵۰۴.

(۲) ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۷.

(۳) المجموع، ج ۱۷، ص ۲۴۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۱

الحصول است، زمانی که عقد بود اجازه‌ای نبود و زمانی که اجازه آمد عقدی نبود در حالی که عقد و اجازه باید با هم جمع شوند پس چگونه این دو را با هم جمع می‌کنید؟

قلنا: انشاء، آنی الحصول است، اما مُنشأً یک وجود بقادار و مستمر است (انشاء را بعضی التزام قلبی و بعضی وجود اعتباری می‌دانند) اگر انشاء التزام قلبی باشد با رفتن لفظ، الزام و تعهد باقی است و اگر انشاء را در عالم اعتبار بدانیم، لفظ ایجادکننده از بین می‌رود ولی وجود اعتباری باقی می‌ماند، پس هنگامی که صاحب عقد، عقد را امضاء می‌کند الفاظ را امضاء نمی‌کند، بلکه آن التزام قلبی و وجود اعتباری را امضاء می‌کند که در این صورت عقد فضولی هم بعد از اجازه «اوفوا بعقودکم» می‌شود. (مانند باب اکراه که در آن قضیه روشن تر است، اگر اجازه بعداً آمد عقد مکروه هم درست می‌شود اینجا نیز مانند باب اکراه است).

بیان دوم: تمسک به سیره عقلا:

در میان عقلا- عقد فضولی وجود دارد و شارع هم آن را امضاء کرده است از جمله، روایت «عروه باریقی» (از صحابه پیامبر) که در کتاب بیع نقل شده و مضمون حدیث چنین است که پیامبر به عروه یک دینار داد و فرمود اشتر بذلک لی شاء (۱)

، او با یک دینار دو گوسفند خرید و یکی را به یک دینار فروخت و پیش پیامبر آمد و گفت این یک دینار شما و این هم گوسفندی که دستور خرید آن را فرموده بودید. عروه چرا این کار را کرد در حالی که چنین اجازه‌ای نداشت، پس اگر بین عقلا این برنامه نبود، عروه چنین نمی‌کرد تا بعداً موکل اجازه دهد، پس در بیع مواردی بوده که شخص از حد و کالت فراتر رفته و بعد هم اجازه گرفته است. از روایات باب نکاح هم معلوم می‌شود که عرف چنین کاری می‌کرده‌اند و این که روایات می‌گویند جایز است، معلوم می‌شود که این عمل در بین مردم بوده است، در زمان ما نیز رایج است که وکیل از حدود اختیارات تعدی می‌کند حتی دلال هم که وکالت ندارد چنین می‌کند.

جمع بندی: هم از باب سیره عقلا و هم از باب عمومات می‌توان وارد شد و به اطلاق تمسک کرد زیرا اطلاقات، مقارنه بین عقد و اجازه را لازم نمی‌دانند.

۵۰ ادامه مسئله ۱۳ ... ۱۴ / ۱۰ / ۷۹

۲- روایات:

اشاره

احادیث زیادی در باب نکاح داریم که نشان می‌دهد نکاح فضولی صحیح است، این احادیث هیچ کدام عام نیست، به گونه‌ای که صراحتاً نکاح فضولی را صحیح بدانند، ولی هنگامی که این ادله خاصه را کنار هم قرار دهیم، می‌توانیم از آن حکم کلی را استخراج کنیم بخصوص که بعضی از آنها مشتمل بر تعلیل است و می‌توان این موارد را قیاس منصوص العله دانست. این احادیث چند طایفه هستند.

طایفه اول: روایاتی که در باب نکاح عبید و اماء وارد شده است،

اشاره

عبید و اماء، بدون اجازه مولی حق ازدواج ندارند، زیرا ازدواج آنها برای مولی مسئولیت‌هایی ایجاد می‌کند. روایات متعددی در این باب داریم که اگر عبید و اماء بدون اذن ازدواج کنند و بعد مولی اجازه دهد، نکاحشان صحیح است. (مصدق بارز نکاح فضولی) نکته: روایات عبید و اماء در این زمان مورد ابتلاء نیست ولی مشتمل بر تعلیلاتی است که در همه جا می‌توان از آن استفاده کرد، از جمله مرحوم شیخ انصاری در مقام صحت بیع فضولی به این حدیث استدلال کرده است:

... عن زراره عن ابی جعفر

(امام باقر) علیه السلام

قال: سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده، فقال: ذاك الي سيده، إن شاء اجازة، و إن شاء فرّق بينهما، قلت أصلحك الله (خدا شما را به سلامت بدارد که مراد از اصلح، اصلاح مزاج است)

إنّ الحكم بن عتيبة و إبراهيم النخعي

(از فقهای عامه در عصر امام باقر علیه السلام)

و اصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد و لا تحلّ اجازة السيد له، فقال أبو جعفر عليه السلام إنه لم يعص الله، و إنّما عصي سيده، فإذا أجازة فهو له جاز. «۲»

می‌فرماید: خلاف فرمان خدا (مانند نکاح محارم و نکاح فی العده) رفتار نکرده است، بلکه نکاح حلال است و کمبود آن فقط، استناد به مولی است که در هر زمانی قابل تحصیل است و اشکالی ندارد.

البته مخالفت مولی، خلاف حکم شرع است ولی منظور روایت این است که خلاف قوانین غیر قابل تغییر شریعت، رفتار نکرده، بلکه خلافی کرده است که قابل جبران و تدارک است.

از این عموم علت، در تمام عقود فضولی (بیع، اجاره، صلح) ...،

می‌توانیم استفاده کنیم، مثلاً می‌توانیم در بیع فضولی بگوئیم: بیع خمر نکرده که عصیان خدا و غیر قابل تدارک باشد، بلکه عصیان

(۱) مستدرک الوسائل، ج ۱۳، ص ۲۴۵، ح ۱۵۲۶۰.

(۲) وسائل، ج ۱۴، ح ۱، باب ۲۴ از ابواب نکاح عبید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۲

مالک را کرده و فقط اذن او را می‌خواهد که اگر اجازه دهد، درست می‌شود. (سند حدیث معتبر و دلالت آن واضح است).

... عن زراره

(سند این روایت خالی از ضعف نیست ولی در این باب احادیث متعدّد داریم که مجموعاً متضاهر هستند)،

عن ابی جعفر علیه السلام قال: سألته عن رجل تزوج عبده «امرأة» بغير اذنه فدخل بها ثم أطلع علی ذلك مولاه، قال: ذاك لمولاه، ان شاء، فرّق بينهما و إن شاء أجاز نکاحهما، فان فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها

(زن باید صدقش را بگیرد)،

إلا ان يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً

(معلوم می‌شود که مهر المسمی را باید بدهد نه مهر المثل را)

و إن أجاز نکاحه فهما علی نکاحهما الاوّل

(و دوباره صیغه نمی‌خواهد)

، فقلت لابی جعفر علیه السلام: فإن أصل النکاح كان عاصياً، فقال أبو جعفر علیه السلام: إنّما اتی شيئاً حلالاً و ليس بعاص لله، إنّما

عصى سيده و لم يعص الله، إن ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّة و أشباهه. «۱»

سؤال ۱: حدیث می گوید اگر مولی اجازه نداد زن باید صداقش را بگیرد و حال آنکه نكاح باطل بوده، پس صداق بخاطر چیست؟
جواب: چون وطی به شبهه بوده باید مهر المسمی را بگیرد.

سؤال ۲: چه کسی باید این مهر را بدهد؟ اگر بگوئید عبد باید این مهر را بدهد، که معمولاً عبد مالی ندارد و اگر بگوئید مولی، چرا او اینجور را بکشد و حال آن که ازدواج مربوط به او نیست.

جواب: اگر عبد مالی دارد باید مهر المسمی را بدهد و اگر مالی ندارد، مولی باید خسارت او را بدهد، چون مسئولیت عبد و اعمال او بعهده مولی است.

۵۱ ادامه مسئله ۱۳ ... ۱۷ / ۱۰ / ۷۹

... عن عبید بن زراره،

(این حدیث خصوصیت تازه‌ای دارد و بحث از عبد مشترک می‌کند، یکی از مالکین عبد اجازه داده که عبد نکاح کند ولی دیگری اجازه نداده، پس نسبت به دو می‌فضولی بوده است)

عن ابی عبد الله علیه السلام فی عبد بین رجلین زوجه احدهما و الآخر لا يعلم، ثم انه علم بعد ذلك، أله أن یفرق بینهما؟ قال: للذی لم یعلم و لم یأذن أن یفرق بینهما و إن شاء ترکه علی نکاحه. «۲»

نکته: اجازه به ترک هم محقق می‌شود، یعنی اگر مالک فهمید و مانع نشد کافی است و اجازه لفظی «اذنت لک» را لازم ندارد، این معنی نشان دهنده توسعه مفهوم اجازه است.

... عن معاویه بن وهب، قال: جاء رجل الی ابی عبد الله علیه السلام فقال: انی کنت مملوکاً لقوم، و انی تزوجت امرأة حرّة بغير اذن موالی، ثم اعتقونی بعد ذلك، فأجدد نکاحی ایها حین اعتقت؟ فقال له: أکانوا علموا أنك تزوجت امرأة و أنت مملوک لهم؟

فقال: نعم و سکتوا عنی و لم یغیروا علی

(دعوا نکردند یا تغییر ندادند)

قال:

فقال: سکوتهم عنک بعد علمهم اقرار منهم، اثبت علی نکاحک الاوّل. «۳»

حدیث ۲ و ۳ این باب از حسن بن زیاد طائی هم به همین مضمون است و با صراحت دلالت دارد که عقد نکاح فضولی، بعد از اجازه کافی است و سکوت بعد از علم به عقد، بمنزله اجازه است.

این دو حدیث ظاهراً مشکل سند دارد ولی چون احادیث متضافر هستند نیاز به بحث ندارد.

حدیث دیگر، حدیثی است که در مسئله اجازه، به دلالت التزامی قناعت می‌کند، دلالتی که از فعل، سکوت و لفظ بالاتر است منتهی حدیث سندی ندارد، و باید به احادیث دیگر ضمیمه شود.

... قال: جاء رجل الی امیر المؤمنین علیه السلام، و قال: ان هذا مملوکى تزوج بغير اذنى، فقال امیر المؤمنین علیه السلام:

(اگر رضایت نداری)

«فرق بینهما أنت»، فالتفت الرجل الی مملوکه و قال: یا خبیث، طلق امرأتک، فقال امیر المؤمنین علیه السلام للعبد: «إن شئت فطلق و

ان شئت فامسک، ثم قال: کان قول المالك للعبد طلق امرأتک رضی بالتزویج، فصار الطلاق عند ذلك للعبد». «۴»

نتیجه: رضایت دارای چهار مرحله است.

۱- رضایت لفظی. ۲- رضایت فعلی. ۳- رضایت بالترک.

۴- رضایت بالدلالة الالتزامیة.

... * عن علی بن جعفر عن اخیه موسی بن جعفر علیه السلام عن أبیه، عن آبائه، عن علی علیه السلام أنه اتاه رجلاً بعبد، فقال: انّ عبدی تزوّج بغير اذنی فقال علی علیه السلام لسیده: فرّق بینهما
(تا اینجا شبیه حدیث قبلی است)

، فقال السّید لعبد: یا عدّوا ... طلق، فقال له علی علیه السلام کیف قلت له؟ قال: قلت له: طلق، فقال علی علیه السلام للعبد: اما الآن فان شئت فطلق، و ان شئت فامسک، فقال السّید: یا امیر المؤمنین علیه السلام امرّ کان بیدی،
(اذن دست من بود)

فجعلته بید غیری، قال: ذلك لانک حين قلت له: طلق أقررت (أمضیت) له بالنکاح «۵»
. این روایت روشن تر است، منتهی تمام این احادیث قدر

(۱) ح ۲، باب ۲۴ از ابواب نکاح عیید و اماء.

(۲) ح ۱، باب ۲۵ از ابواب نکاح عیید و اماء.

(۳) ح ۱، باب ۲۶ از ابواب نکاح عیید و اماء.

(۴) مستدرک، ج ۱۵، باب ۱۹ از ابواب نکاح عیید و اماء، ح ۱.

(۵) ح ۱، باب ۲۷ از ابواب نکاح عیید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۳

مشترکی دارند که صحّت نکاح فضولی است، ولی خصوصیتی در این حدیث است که به دلالت التزامی هم اجازه را نافذ و کافی می داند و «طلق» به دلالت التزامی یعنی «امضیت النکاح». ولی این خصوصیت چون منحصر در این حدیث است باید سندش درست باشد تا بتوانیم از آن، این خصوصیت را استفاده کنیم؛ ولی در قدر مشترک چون متضافر بود مشکلی نداشت، ظاهراً حدیث قبل هم همین حدیث است. اما سند حدیث مشکل دارد، «بنان بن محمد و موسی بن قاسم» هر دو مجهول هستند، هر چند بقیه سند خوب است.

(البته ممکن است روایت در مقام اثباتی باشد نه در مقام ثبوتی و اقرار هم، به معنی خود اقرار باشد نه بمعنی امضاء، یعنی طلق گفتن مالک در اینجا، در مقام اثبات، قرینه شود بر اینکه قبلاً اذن داده است).

جمع بندی: روایات نکاح فضولی صحیح است و اجازه به یکی از صور چهارگانه ممکن است و با کمک تعلیلاتی که در ذیل روایات نکاح فضولی بود می توان به ابواب دیگر هم تعدی کرد.

نکته: نظر اسلام در مورد برده داری

اسلام نظام بردگی را نپذیرفته است، بلکه به عنوان یک مسئله مقطعی روی آن کار کرده تا به آزادی بشر منتهی شود. این مسأله از سه محور قابل بررسی است:

محور اول: اسلام برده فروشی را بدترین کار می داند و در این رابطه می گوید:

«شَرُّ النَّاسِ مِنْ بَاعِ النَّاسِ».

محور دوم: اسلام برای آزادی بردگان فتح ابواب زیادی را کرده است که خود، فهرست مفصّلی دارد. در کفّارات، مکاتبه، تدبیر، ذات ولد و به عنوان یک مستحبّ (در روایات آمده که علی علیه السلام هزار غلام از دسترنج خود خرید و آزاد کرد) و یا اگر مولی بعضی شکنجه ها را به عبدش وارد کند عبد آزاد می شود و یا اگر عبد کافر در دست کافر مسلمان شد باید آزاد شود، و یا

اگر عبد شریکی بود و یکی سهم خود را آزاد کرد دیگری هم باید آزاد کند و ... حتی ائمه با کمترین بهانه‌ای، بنده خودشان را آزاد می‌کردند و بدین طریق اسلام تمام راههای آزادی را به روی بردگان گشود.

محور سوم: تمام طُرُق استرقاق به روی انسانها بسته شد در حالی که در عصر جاهلیت به کمترین بهانه‌ای، انسانها برده می‌شدند، مثلاً کسی که دزدی می‌کرد و یا بدهکار بود، برده می‌گشت؛ ولی اسلام فقط در جنگها آن هم به صورت واجب مخیر (فَأَمَّا مَنْ بَعْدَ وَإِنَّمَا فِدَاءً) «۱» و مع المصلحة اجازه داده است و مسلم در شرایط فعلی حاکم فقط «فداء» را اختیار می‌کند.

وقتی روی این محورها مطالعه می‌شود، معلوم می‌شود که اسلام، نظامی مخالف بردگی بوده است، منتهی اسلام در زمانی آمد که در آن برده‌داری بوده و در جامعه نفوذ داشته و ممکن نبوده این مسأله یک مرتبه کنار گذاشته شود، پس اسلام در ابتدا آن را مصلحتاً امضاء کرد، به این جهت که آزادی بردگان یکجا ممکن نبود، هم برای خودشان مشکل‌ساز می‌شد و هم برای مالکان آنها، چرا که منبع درآمدی برای امرار معاش نداشتند و لذا اسلام مرحله به مرحله پیش آمد و مالکین را قانع کرد و بندگان را هم کم کم به آزادی رساند و آزادی، تدریجی و بی‌دردسر شد.

۵۲ ادامه مسئله ۱۳ ... ۱۸ / ۱۰ / ۷۹

طایفه دوم: روایاتی که می‌گویند نکاح عمو، مادر، برادر، پدر نسبت به پسر کبیر و دختر کبیر، با اجازه صحیح است.

...* عن علی بن مهزیار، عن محمد بن الحسن الاشعری قال: کتب بعض بنی عمی الی ابی جعفر الثانی (امام جواد علیه السلام)

ما تقول فی صبیة زوجها عمها، فلما کبرت ابت التزویج، فکتب لی: لا تکره علی ذلک و الامر امرها. «۲» آیا معنی حدیث این است که نکاح جدیدی بکنند یا این که همان نکاح قبلی را اجازه دهد؟ قطعاً همان اجازه کافی است (قول بعض عامه که می‌گفتند «عن قرب» اجازه دهد معلوم می‌شود که فاصله زمانی مؤثر نیست).

...* عن الفضل بن عبد الملك عن ابی عبد الله فی حدیث قال: اذا زوج الرجل ابنه فذاک الی ابنه (فضولی است و اگر پسر خواست اجازه می‌دهد)

و اذا زوج الابنة جاز. «۳»

ذیل حدیث نشان می‌دهد تمام اختیار دختر به دست پدر است ولی نپذیرفتیم. در اینجا کاری به ذیل روایت نداریم و ذیل را در مقابل روایات دیگر تفسیر کردیم و گفتیم ممکن است مستحب باشد که دختر اختیار خود را به پدر بدهد، ولی شاهد ما صدر روایت است.

...* عن محمد بن مسلم، عن ابی جعفر (امام باقر علیه السلام):

انه سأله عن رجل زوجته امه و هو غائب، قال النکاح جائزٌ ان شاء المتزوج

(۱) آیه ۴، سوره محمد.

(۲) ح ۲، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۴

قبل، و ان شاء ترک

(فضولی از نظر انشاء عقد صحیح است، منتهی یک شرط دارد و آن اجازه است)

فان ترک المترّوج تزویجه، فالمهر لازم لآمه. «۱»

اشکال: وقتی اجازه به عقد فضولی ملحق نشود، عقد باطل است و مهر ندارد پس ذیل حدیث چگونه توجیه می‌شود؟

جواب: ۱- مرحوم صاحب وسایل بیان می‌کند که بعضی از علماء ما مسأله را حمل کرده‌اند بر جایی که مادر ادّعی و کالت کند و پسر بگوید وکیل نبوده، مادر که ادّعی و کالت دارد باید مهر بدهد چون از نظر او عقد واقع شده است و پسر که منکر است، از نظر او عقدی واقع نشده و چیزی لازم نیست بدهد.

۲- حمل کنیم بر اینکه نکاح صحیح است، منتهی پسر حق فسخ دارد و اگر بخواهد طلاق بدهد و فسخ کند باید مهریه را بدهد و چون مادر سبب این زیان شده، مهر به گردن مادر می‌افتد، منتهی کسی به چنین توجیهی فتوی نداده است، اما شاهد بحث ما صدر روایت است و شاهد خوبی است.

... عن محمد بن اسماعیل ابن بزیع قال: سأله رجل عن رجل، مات و ترک اخوین و ابنه و البنت صغیره، فعمد (اقدام کرد)

احد الاخوین الوصی، فزوّج الابنه من ابنه، ثم مات ابو الابن المزوّج (برادر اول)

، فلما أن مات، قال الآخر

(برادر دوم):

اخی لم یزوّج ابنه، فزوّج الجاریه من ابنه فقیل للجاریه:

(معلوم می‌شود که دختر کبیر شده است و عقد هم فضولی بوده است)

ای الزّوجین احبّ الیک الاول أو الآخر؟ قالت: الآخر «... ۲»

ذیل حدیث مطالبی دارد که به بحث ما مربوط نیست. تا اینجا دو عقد فضولی خوانده شده است و حضرت در ذیل می‌فرماید عقد دوّمی صحیح است، بنابراین عقد فضولی بوده و همان را امام بعد از اجازه صحیح دانسته است.

... عن ابان، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: اذا زوّج الرجل ابنه کان ذلك الی ابنه و اذا زوّج ابنته جاز ذلك «۳» (عین این روایت را قبلاً داشتیم).

... عن ابی عبیده

(احتمالاً صحیح السند باشد)

قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن غلام و جاریه، زوّجهما ولیان لهما و هما غیر مدرکین (بالغ نبودند)

قال: فقال: النکاح جائز، ایهما ادرك کان له الخيار «... ۴»

اگر ولی اقدام کرده

«کان له الخيار»

یعنی چه؟

بعضی گفته‌اند مراد ولی عرفی است که قولش نافذ نیست، مثل برادر و عمو نه ولی شرعی، بنابراین فضولی است، و خیار در اینجا هم، یعنی خیار در امضاء عقد، پس این حدیث در مورد مسئله فضولی است که اگر اجازه لاحق شود، صحیح است.

جمع بندی: از مجموع این احادیث با ضعف سند بعضی و قوت سند بعضی، و ضمیمه کردن آنها به یکدیگر استفاده می‌شود که

فضولی مع لحوق الاجازه صحیح است.

طایفه سوم: روایاتی که از طرق عامه وارد شده است و ثابت می‌کند که عقد فضولی صحیح است.

* عن ابن عباس ان جاریه بکرأ، اتت النبی صلی الله علیه و آله فذکرت له ان اباها زوّجها و هی کارهه، فخبیرها النبی «۵» (مخبیری پذیری یا پذیری)

پیامبر فرمود که صیغه تازه بخوان، پس این حدیث هم صراحت دارد که عقد فضولی بوده و با اجازه صحیح می‌شود.

* عن ابن بُریده عن أبیه، قال: جاءت فتاه الی النبی صلی الله علیه و آله فقالت ان ابی زوّجنی ابن اخیه لیرفع بی خسیسته (شاید مقام خانواده دختر بالا بوده و مقام خانواده پسر پست بوده و خواسته با این کار مقام خانواده پسر را بالا ببرد)

قال: فجعل الامر الیها، فقالت: قد أجزت ما صنع ابی و لکن اردت ان تعلم النساء ان لیس الی الآباء من الامر شیء «۶»

۵۳ ادامه مسئله ۱۳ ... ۱۹ / ۱۰ / ۷۹

صاحب جواهر در ذیل این مسأله حدیثی را به عنوان نبوی از اهل سنت نقل کرده و می‌فرماید:

* زنی خدمت پیامبر آمد و عرض کرد پدر من بدون تمایل من، مرا به ازدواج درآورده است، پیامبر فرمود:

اجیزی ما صنع ابوک

بعد از این که دختر اجازه نداد، پیامبر فرمود که آزاد هستی، ما از عبارت

«اجیزی ما صنع ابوک»

استفاده می‌کنیم که نکاح فضولی با اجازه درست می‌شود. منتهی بحث در این است که این عبارت به این لفظ در کدام کتاب

است؟ در صحاح سته و المعجم المفهرس لالفاظ

(۱) ح ۳، باب ۷ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۱، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۳، باب ۱۳ از ابواب عقد نکاح.

(۴) وسائل، ج ۱۷، ح ۱، باب ۱۱ از ابواب میراث الازواج.

(۵) سنن ابن ماجه، ج ۱، ص ۶۰۳ و سنن بیهقی، ج ۷، ص ۱۱۷.

(۶) سنن ابن ماجه، ج ۱، ص ۶۰۲ و سنن بیهقی، ج ۷، ص ۱۱۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۵

حدیث النبوی (معجمی برای صحاح سته و مسند احمد حنبل و موطأ مالک و سنن دارمی) این حدیث وجود ندارد ولی در کتابهای فقهی اهل تسنن هست، در مبسوط سرخسی «۱» و در احکام القرآن «۲» جصاص که در مورد آیات الاحکام است.

در کتاب ناصریات «۳» مرحوم سید مرتضی هم این حدیث وجود دارد ولی در کتب حدیث اهل تسنن این حدیث یافت نشده است.

سرخسی در کتاب مبسوط به این حدیث برای فضولی استدلال نکرده بلکه برای استیذان از بکر استدلال کرده است که در باکره

رشیده، اجازه گرفتن از باکره لازم است و چنین گفته و دلیل علیه (لزوم استیذان بکر) حدیث الخنساء (که زوجه شخصی بوده

است)

فانها جاءت الی النبی صلی الله علیه و آله فقالت: ان ابی زوّجنی من ابن اخیه و انا لذلك کارهه، فقال صلی الله علیه و آله: اجیزی ما

صنع ابوک، فقالت: ما لی رغبه فی ما صنع ابی فقال صلی الله علیه و آله اذهبی فلا نکاح لک

(نکاح باطل شده و کالعدم است)

انکحی من شئت، فقالت: أجزتُ ما صنع ابی

(قبل از اجازه، پیامبر فرمود نکاح باطل است و بعد دوباره دختر اجازه داده است).

و لکنی اردت ان تعلم النساء ان لیس للآباء من امور بناتهنّ شیءٌ «۴».

این روایت شاهد بر این است که علی کل حال فضولی با اجازه درست می شود و احتمال می دهیم که هر چهار روایت طایفه سوم یک داستان باشد که روات مختلف آن را نقل کرده اند، و لذا از قول عامّه هم صحّت عقد فضولی با روایات متضافر ثابت می شود.

طایفه چهارم: احادیثی که در ابواب دیگر، غیر از نکاح آمده است

ولی می توانیم آنها را با الغاء خصوصیت به جواز نکاح فضولی ربط دهیم.

این روایات هفت طایفه هستند:

۱- ما ورد فی باب بیع الفضولی:

از آن جمله حدیث عروه باری «۵» است.

۲- ما ورد فی ابواب المضاربه:

اگر عامل تعدی کند و بر خلاف قرارداد کاری انجام دهد، مثلاً جنس دیگری بخرد فضولی است، اگر خسارتی وارد شد برای عامل و اگر سودی کرد طبق قرارداد مضاربه، تقسیم می شود (بینهم بالشرط) این که می گوید سودی که می کند طبق قرارداد تقسیم می شود، معنی اش این است که، صاحب مال بدش نیامده و در واقع اجازه داده، پس فضولی با اجازه درست می شود.

۳- ما ورد فی الاتّجار بمال الیتیم من غیر اذن الولی:

شخصی غاصب، مال یتیم را برای تجارت برمی دارد اگر ضرر کرد، دامنش را می گیرد و اگر سودی کرد، برای یتیم است، پس این فضولی بوده چون تصرّف به اذن ولی نبوده و چون سود کرده و سود به یتیم می رسد لا بد ولی اجازه می دهد (در روایت ندارد که بعداً اجازه داده است ولی طبیعتاً در جایی که سود کند اجازه خواهد داد).

این روایات هم مصداق واضح صحّت فضولی بعد از اجازه است.

۴- ما ورد فی ابواب الخمس عند التّصرّف بغیر اذن الامام:

کسی در خمس بدون اذن امام تصرّف کرد و امام اجازه دادند، پس آن تصرّفات فضولی مع الاجازه بوده است. در زمان ما هم افرادی که در اموال غیر مخمس تصرّف می کنند، تصرّفات فضولی است، البته وقتی برای حساب می آیند ما هم طبق آنچه که از ائمه یاد گرفته ایم اجازه می دهیم.

۵- ما ورد فی الخیانه فی الودیعه:

ودیعه ای نزد شخصی گذاشته اند، خیانت می کند و می گوید دزد برده است، بعد از مدّتی پشیمان شده و می گوید: من خیانت کرده و با آن مال معامله کردم «فجاء بالودیعه مع ربّحها»

غاصب معامله نموده و سود کرده است این کار فضولی بوده و چون هر کسی معمولاً به سود راضی است، این اجازه فضولی می شود.

۶- ما ورد فی امضاء الورثه الوصیّه الزائده علی الثلث بعد وفاه المیت:

شخصی وصیت کرده که خانه مرا به همسرم بدهید، با این که وصیت در ثلث نافذ است و وصیت تملیک است و جزء عقود، اگر

ورثه بیش از ثلث را اجازه دهند، وصیت نافذ است. این نیز فضولی است چون تملیکی است زائد بر حَقش (بیش از ثلث) و این تملیک بعد از اجازه صاحبان حق، ممضی می‌شود.

۷- ما ورد فی ابواب مجهول المالك (لقطة) اذا جاء صاحبها و رضیت كانت الصدقة له:

مال مجهول المالك صدقه داده شد و بعد صاحبش پیدا شد، اگر صدقه را اجازه دهد صدقه برای مالک است و اگر اجازه نداد ضامن است و باید عوض آن را به مالک بدهد، پس در اینجا صدقه که نوعی تملیک است، و شارع در صورت رضایت شخص، این عقد فضولی

(۱) ج ۵، ص ۲.

(۲) ج ۳، ص ۴۱۴.

(۳) ص ۳۳۱.

(۴) مبسوط سرخسی، ج ۵، ص ۲.

(۵) مستدرک، ج ۱۳، ص ۲۴۵، ح ۱۵۲۶۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۶

را صحیح می‌داند.

نتیجه: از مجموع این روایات که در ابواب مختلف آمده است می‌توانیم الغاء خصوصیت کرده و بگوئیم: الفضولی لا یختص بباب دون باب بل یصح الفضولی فی جمیع الابواب حتی النکاح، اگر الغاء خصوصیت را پذیرفتیم طایفه چهارم دلیل مستقل است، و اگر الغاء خصوصیت را نپذیریم لاقول مؤید بسیار خوبی است ولی ما آن را دلیل می‌دانیم چون نمی‌شود همه روایات را تعبد دانست.

ادلة قائلین به عدم صحّت عقد فضولی:

اشاره

شیخ طوسی و فخر المحققین در ایضاح (از مخالفین عقد فضولی) چهار دلیل برای قولشان ذکر کرده‌اند که عمده دلیلشان همان دلیل چهارم است:

۱- اصل:

اصل در معاملات و نکاح فساد است (اصالة الفساد) و زوجیت و تأثیر عقد امر تازه‌ای است که باید ثابت شود. مرحوم نراقی در مستند در همین بحث استناد به اصل کرده است.

جواب: اصل در جایی است که دلیل نباشد و حال آنکه این همه دلیل در مسأله وجود دارد (عمومات، سیره عقلا و چندین طایفه روایات).

۲- تخلف اثر از مؤثر (دلیل عقلی):

فخر المحققین می فرماید:

انّ العقد سبب الاباحه فلا یصح صدوره من غیر معقود علیه او ولیّ. «۱» عقد سبب ترتیب آثار است و ایجاب می کند که اجازه و رضایت در موقع انشاء عقد موجود باشد، تا آثار مترتب شود و الا اگر اجازه تأخیر بیافتد، عقدی حاصل شده ولی اباحه و ترتب آثار هم نشده است و این تخلف اثر از مؤثر است.

جواب: این که شما می فرمائید عقد سبب اباحه است، آیا مرادتان انشاء لفظی است یا انشاء مع جمیع الشرائط (آیا انشاء علت تامه است یا علت ناقصه؟) ما هم قبول داریم که «العقد سبب الاباحه»، اما مع وجود الشرائط، پس اگر عقد بدون شرایط حاصل شود انتظار می کشیم تا زمانی که شرایط حاصل شود و آن وقت، اباحه حاصل می شود، پس انشاء لفظی علت ناقصه و رضایت و اذن جزء اخیر علت است، که با آمدن آن آثار هم می آید، غایه الامر بین انشاء لفظی و اثر فاصله شده است که این هم مانعی ندارد مثلاً کسی که وصیت می کند، ممکن است ده سال بعد بمیرد و آثار وصیت ده سال بعد از آن محقق می شود، پس شرط وصیت فوت است که بعداً محقق می شود و آثار، مع اجتماع شرایط حاصل می شود و یا در خیار تخلف شرط، اگر بعد از یک سال هم خلاف شرط رفتار شد، خیار دارد در اینجا نیز شرایط بعداً حاصل می شود و یا وقف برای بعد از فوت (وقف مقطوع الاول) که خیلی ها جایز می دانند (ما هم جایز می دانیم) الان انشاء می کند و اثر بعداً ظاهر می شود، یا در عبد مدبر و ... فضولی هم مثل این موارد است.

۳- عدم تأخر شرط از مشروط (دلیل عقلی):

فخر المحققین در کتاب ایضاح می فرماید: رضاء المعقود علیه او ولیه شرط و الشرط لا يتأخر عن المشروط «۲»، رضایت و اجازه شرط است و شرط از مشروط متأخر نمی شود و شرط متأخر جایز نیست و شرط باید متقدم و یا متقارن باشد.

جواب: اولاً: مشروط چیست؟ آیا مشروط انشاء لفظی است یا نقل و انتقال؟ به عبارۀ اخری مشروط عقد سببی (انشاء) است یا عقد مسببی (نتیجه و انتقال)؟ اگر مشروط انشاء لفظی و عقد سببی است، باید رضایت، مقارن باشد؛ ولی مشروط نقل و انتقال و نتیجه است که شرط از آن متأخر نیست و تا رضایت و انشاء نباشد نقل و انتقال حاصل نمی شود، پس خلطی در کلام فخر المحققین، بین عقد سببی و عقد مسببی، شده است و اگر هم کسی شرط متأخر را باطل بداند، اینجا ربطی به شرط متأخر ندارد.

ثانیاً: شرط متأخر، در عالم تشریح و اعتبار باطل نیست و در عالم تکوین باطل است.

۴- روایات (مهمترین دلیل):

احادیث کم نیست منتهی چون شبیه هم و متضافر هستند، از سند آنها بحثی نمی کنیم.

...* عن ابی العباس البقیاق قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: يتزوج الرجل بالأمة بغير علم أهلها؟ قال: هو زنا، انّ الله يقول: **فَأَنْكِحُوهُنَّ بِأَذْنِ أَهْلِهِنَّ**. «۳»

...* عن ابی العباس قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تزوج بغير اذن أهلها، قال: يحرم ذلك عليها و هو الزنا. «۴»

...* عن فضل بن عبد الملك قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة

(۱) ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۸.

(۲) ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۸.

(۳) ح ۱، باب ۲۹ از ابواب نکاح عیید و اماء.

(۴) ح ۲، باب ۲۹ از ابواب نکاح عیید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۷

تزوّج بغير اذن موالیهها، فقال: یحرم ذلك علیها و هو الزنا. «۱»

این سه حدیث می گوید اگر بدون اجازه باشد زنا است. (احادیث اطلاق دارد).

جواب: آیا واقعاً این احادیث اطلاق دارد یا ناظر به آن جایی است که مطلقاً اجازه نیامده و تا آخر بدون اجازه است؟ مسلماً اطلاق ندارد بلکه می گوید اگر تا آخر بدون اجازه باشد، و کاری صورت بگیرد، چون علت تامه حاصل نشده، زناست. بعضی گفته اند که این روایات با روایات قبلی تعارض دارد، ولی این حرف درستی نیست، چون این روایات ظهوری ندارد تا تعارضی باشد. پس جواب صحیح این است که فرض روایت برای جایی باشد که اجازه مطلقاً نیست و اگر گفته شود این روایات ابهام دارند، در این صورت روایات سابقه مفسر می شود که با حقوق اجازه عقد صحیح باشد، نه این که تعارضی بین این روایات باشد.

... عن ابن ابی یعفر، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا تنکح ذوات الآباء من الابکار الا باذن آباءهنّ. «۲»

... عن منصور بن حازم، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: تستأمر البکر و غیرها

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۲، ص: ۶۷

(ولی مستقل نیست)

و لا تُنکح الا بامرها «۳»

از این روایت استفاده می کنند که اول باید اجازه بگیرند، بعد صیغه را بخوانند یعنی فضولی باطل است.

... عن ابراهیم بن میمون، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: اذا كانت الجاریه بین ابویها

(باکره است)

فلیس لها مع ابویها امرٌ «... ۴»

. از این احادیث اینطور استفاده کرده اند که اول باید اجازه گرفت و بعد صیغه عقد را خواند، پس از این روایات، تقدّم اذن را استفاده می کنند.

جواب: «باذن اهلهنّ» و «الا بامرها» و «لیس لها مع ابویها امرٌ» معنایشان این است که نکاح باید اذنی داشته باشد و فرقی نمی کند که آن اذن مقارن، مقدّم یا مؤخّر باشد و اگر ابهامی هم باشد روایات سابقه مفسر آن خواهد بود.

[مسأله ۱۴ (من له الاجازة فی الفضولی)]

اشاره

۵۵ مسأله ۱۴ (من له الاجازة فی الفضولی ...) ۲۱ / ۱۰ / ۷۹

مسأله ۱۴: إن كان المعقود له، ممن یصح منه العقد لنفسه، بان كان بالغاً عاقلاً فانما یصح العقد الصادر من الفضولی باجازته، (چون

صاحب عقد بالغ و عاقل است)

و ان كان ممن لا- يصح منه العقد و كان مؤلفاً عليه بان كان صغيراً او مجنوناً فانما يصح إماماً باجازه وليه في زمان قصوره او اجازته بنفسه بعد كماله، فلو أوقع الاجنبي عقداً على الصغير أو الصغيرة وقفت صحته عقده على اجازتهما له بعد بلوغهما و رشدتهما إن لم يُجزأ ابوهما او جدّهما في حال صغرهما، فأى من الاجازتين حصلت كفت، نعم يعتبر في صحته اجازة الولي ما اعتبر في صحته عقده، فلو اجاز العقد الواقع على خلاف مصلحة الصغير لعت اجازته و انحصر الامر، في اجازته بنفسه بعد بلوغه و رشدته.

عنوان مسأله:

اساس مسئله چهارده تحرير اين است که چه کسی بايد اجازة فضولى را بدهد؟ جواب آن معلوم است، کسی که عقد برای او است، خودش، ولی اش، وکیلش یا وصی که جانشین ولی است، بايد اجازة فضولى را بدهند. امام (ره) فقط صاحب عقد و ولی را گفته و اشاره‌ای به وکیل و وصی نکرده است.

ادله:

۱- «قضایا قیاساتنها معها»:

معلوم است که صاحب العقد باید اجازة دهد (خودش یا ولی اش یا وکیلش) و اگر بخواهیم به زبان علمی بیان کنیم، می گوئیم عموماً اَوْفُوا بِالْعُقُودِ می گوید «عقودکم» و عقد زمانی عقد است، که شخص، وکیلش یا ولی اش اجازة دهد. منتهی در زمان ما ولی صلاح نیست که اجازة دهد، مگر در موارد استثنائی.

۲- روایات خاصه:

از جمله روایت ابو عبیده حضرمی که می گفت دو ولی، غیر از اب و جد عقد دو صغیره را خواندند، امام فرمود:

ایهما بلغ و اجاز صح

، صاحب العقد باید اجازة دهد و اگر هر کدام انکار کردند باطل است،

و لو ماتا فی الصغر، لا میراث بینهما

معنی اش این است که عقد هر دو باطل بوده است، چون اگر عقد صحیح باشد از هم ارث می برند. اگر روایت تعبیر

«العقد جایز»

دارد یعنی در حد انشاء جایز است نه بیشتر.

روایات از این قبیل زیاد است، منتهی دو نکته واضح است، ولی برای تأکید آن را ذکر می کنیم:

۱- چرا امام (ره) وکیل و وصی را در عبارت خود نفرموده است؟

لا بد باید بگوئیم لوضوحه، چون واضح است که وکیل و وصی جانشین ولی هستند.

۲- انسان برای خودش، لازم نیست رعایت مصالح کند (ایثار در خود انسان امر پسندیده است) ولی وکیل و وصی و ولی باید

مصلحت را رعایت کنند چون حق ایثار ندارد، وصی و ولی که واضح

(۱) ح ۳، باب ۲۹ از ابواب نکاح عیید و اماء.

(۲) ح ۵، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۱، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۳، باب ۹ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۸

است حق ندارند ولی اگر به وکیل اجازه ایثار داده باشد، می تواند.

[مسأله ۱۵ (تأخر الإجازة عن العقد الفضولی)]

اشاره

۵۶ مسأله ۱۵ (تأخر الإجازة عن العقد الفضولی ... ۲۴ / ۱۰ / ۷۹

مسأله ۱۵: لیست الاجازة علی الفور، فلو تأخرت عن العقد بزمین طویل صحّت، سواء كان التأخیر من جهة الجهل بوقوعه أو لاجل التروی او للاستشارة أو غیر ذلك (مثلاً برای استخاره یا مسائل دیگری مثل اینکه دختر، خواستگارهای دیگری غیر از این مورد فضولی دارد که باید بررسی کند و لذا تأخیر می اندازد تا تکلیف بقیه روشن شود).

اقوال:

خیلی از فقها متعرض این مسأله نشده‌اند و حتی بعضی متعرض فضولی هم نشده‌اند ولی از میان معاصرین و متأخرین مرحوم نراقی در مستند «۱»، مرحوم شیخ انصاری در بحث بیع فضولی مکاسب، مرحوم محقق یزدی در عروه «۲» و شارحین عروه مانند مرحوم آقای حکیم «۳» و مرحوم فقیه سبزواری در کتاب مهذب «۴»، متعرض آن شده‌اند و هیچ مخالفی را در این مسأله نقل نکرده‌اند (ارسالو ارسال المسلمات) بلکه بعضی تعبیری دارند که دلیل بر عدم خلاف است:

مرحوم آقای حکیم می فرماید: هو المعروف، و مرحوم سبزواری می فرماید: لتسالم الاجله.

از این عباراتی که بیان شد معلوم می شود در بین متأخرین، مسأله روشن بوده است که تأخیر اجازه اشکالی ندارد.

ادله:

اشاره

در حلّ یک مسأله، باید به سراغ ادله اصلی و از ادله اصلی سراغ فروع آن رفت (اجتهاد یعنی رد الفروع الی الاصول) پس به دلالتی که در عقد فضولی داشتیم برمی گردیم: عمومات، سیره عقلا و احادیث، و از آنها در حلّ این مسأله کمک می گیریم.

۱- عمومات:

عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» معنایش «اوفوا بعقودکم» است، یعنی استناد به شخص عاقد لازم است و بعد از اجازه «العقد یکون عقده» چه فاصله داشته باشد و چه نداشته باشد، پس تأخر اجازه لطمه‌ای به صحت عقد وارد نمی‌کند.

۲- سیره عقلا:

اگر عقد فضولی واقع شد، مثلاً دلال قولنامه‌ای تنظیم کرد و مشتری امضاء کرد، ولی دست رسی به صاحب خانه پیدا نشد و بعداً صاحب خانه آمد و به آن راضی شد و امضاء کرد، عقلا این عقد را قبول دارند اگر چه فاصله زمانی هم زیاد باشد، پس سیره عقلا حاکم است.

۳- روایات:

همانگونه که در اصل مسئله عقد نکاح فضولی احادیث زیادی داشتیم، در فوریت و عدم فوریت هم احادیث زیادی داریم. * حدیث ابو عبیده «۵» که مضمون حدیث این بود: «دو ولی غیر شرعی، پسر و دختری را به عقد هم درآورده بودند، امام فرمود باید بزرگ شوند، اگر بعد از بلوغ اجازه دهند عقد صحیح است». در حالی که معلوم نیست، چند سال به بلوغ آنها مانده است و امام هم سؤال نکرد (ترک استفصال)، پس فوریت شرط نیست.

نکته: یکی از قواعد اصولی «ترک استفصال» است، اولین کسی که آن را مطرح کرده، مرحوم میرزای قمی در بحث عموم و خصوص است، می‌فرماید: «ترک الاستفصال فی حکایه الحال مع قیام الاحتمال ینزل منزله العموم فی المقال» «۶» اگر مسئله‌ای سؤال شد و صوری داشت و امام از آن صور سؤال نکرد و جواب داد دلالت بر عموم می‌کند یعنی سؤال جزئی ولی جواب آن عام بوده است.

* حدیث ابن بزیع «۷» که مضمون حدیث این بود «پدری فوت کرد و دختر صغیره‌ای از او باقی ماند و برادر اول میت وصی او شد و دختر را برای پسر خود عقد کرد و بعد از فوت برادر اول، برادر دوم، دختر را برای پسر خودش عقد کرد، دختر بعد از بلوغ، عقد دوم را اجازه داد، امام فرمود: همان درست است» در حالی که عادتاً بین عقد و اجازه خیلی فاصله شده است.

* روایت علی بن مهزیار «۸» که مضمون روایت این بود «دختر کوچکی را عمویش، به عقد کسی درآورد، هنگامی که کبیر شد امتناع کرد و امام فرمود: «الامر امرها» یعنی اگر اجازه کند درست و اگر اجازه نکند باطل است»، این دختر هم صغیری بوده که سالها طول کشیده تا بالغ شده است، پس بین عقد و اجازه فاصله شده است.

(۱) ج ۱۶، ص ۱۸۰.

(۲) عروه، ج ۲، مسئله ۱۸ از مسائل اولیاء عقد، ص ۸۷۰.

(۳) مستمسک عروه، ج ۱۴، ص ۴۹۱.

(۴) مهذب، ذیل مسئله ۱۸ از عروه.

(۵) وسائل، ج ۱۷، ح ۱، باب ۱۱ از ابواب میراث الازواج.

(۶) قوانین، ص ۲۲۵.

(۷) ح ۱، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

(۸) ح ۲، باب ۶ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۶۹

* احادیث زیادی که در طایفه اولی «۱» در مورد عبید و اماء داشتیم. مضمون احادیث این بود: «عبدی ازدواج کرده، بعد از آنکه مولی باخبر شد، سکوت کرد، امام فرمود سکوت آنها امضای آنها است و سؤال نکرد که مولی فوراً باخبر شد یا نه؟» (ترک استفصال) قاعدتاً بعد مخفی کاری می کند و زمانی طول کشیده تا مولی از جریان باخبر شده، پس جوابی که امام می دهد، دلیل بر این است که طول مدّت یا کوتاهی آن فرقی نمی کند.

* احادیث عامه ای که در طایفه ثالثه «۲» داشتیم که مضمون آنها این بود: «دختری خدمت پیامبر آمد و گفت: «ابی زوّجنی و انا کارهه»

پیامبر جواب داد اگر حرف پدر را گوش کنی بهتر است و گرنه مختار هستی» بسیار بعید است که تا عقد واقع شده، سریعاً خدمت پیامبر آمده باشد، چون وقتی مشکل خیلی شدید می شد، خدمت پیامبر می آمدند و اگر این را قبول نکنید، لااقل ترک استفصال است، که دلالت می کند بر اینکه فاصله بین عقد و اجازه عیبی ندارد.

* احادیث زیادی که در طایفه چهارم داشتیم که مربوط به بابهای مختلف بود، از جمله:

ما ورد فی الاتّجار بمال الیتیم من غیر اذن الولی

مضمون احادیث مربوطه این بود «شخصی تجارت با مال یتیم کرده بود، امام فرمود: سودها برای یتیم است» درحالی که فاصله عقد و اجازه زیاد است.

ما ورد فی ابواب المضاربه

مضمون احادیث مربوطه این بود «عامل تعدی کرده و جنس دیگری خریداری کرد، امام فرمود سود بینهما است» در حالی که تا مالک باخبر شود و این معامله را اجازه کند طول می کشد، ولی امام فرمود اشکالی ندارد.

ما ورد فی ابواب مجهول المالک

مضمون احادیث مربوطه این بود «مال مجهولی از طرف صاحبش صدقه داده شد و امام فرمود: اگر صاحبش پیدا و راضی شد، صدقه از جانب اوست و اگر راضی نشد ضامن است». در اینجا هم بین عقد و اجازه فاصله زیاد است، ولی امام آن را صحیح می داند.

ما ورد فی الخیانه فی الودیعه

مضمون احادیث این بود «کسی با مال امانتی کاسبی کرد و بعد توبه کرد و برای کامل شدن توبه اصل امانت و سودها را به صاحبش برگرداند» زمان زیادی طول کشیده تا مالک اجازه داده و اگر مالک امضاء نمی کرد، سود به او نمی رسید.

ما ورد فی امضاء الورثه الوصیّه الزائده علی الثلث

مضمون احادیث این بود «اگر بعد از موت، ورثه زائد بر ثلث را امضاء کردند، عقد میت صحیح است»، در اینجا نیز بین عقد و اجازه فاصله زیادی شده است و معلوم می شود که تأخیر اجازه از عقد مانعی ندارد.

این همه روایت در عقد نکاح و عقود دیگر داریم که بین عقد و اجازه فاصله زیادی شده است و در هیچ کدام نگفته اند که عقد باطل است. و من العجب بعضی از بزرگان در باب نکاح فقط به روایت «صحیحه محمد بن قیس» که برای باب بیع است استناد کرده اند. شیخ انصاری در بیع فضولی، برای صحت تأخیر اجازه به این روایت تمسک کرده، همچنین آقای حکیم در مستمسک فقط به همین روایت استناد کرده است، در حالی که این همه روایات متعدّد داشتیم و روایت محمد بن قیس اشکالات متعدّد دارد. که ان شاء الله در مسئله ۱۶ مفصلاً آن را بررسی خواهیم کرد.

جمع بندی:

از احادیث متعددی، که قسمتی در باب نکاح و قسمتی در باب بیع، وصیت، تجارت به مال یتیم، امانت و ... داریم، گاهی به صراحت و گاهی به ترک استفصال و گاهی با قرائن حائیه استفاده می‌شود که تأخیر اجازه مطلقاً جایز است و فرقی نمی‌کند که تأخیر به چه جهت است و تفصیلی داده نشده است.

۵۷ ادامه مسأله ۱۵ ... ۲۵ / ۱۰ / ۷۹

اشکال: از جمله احادیثی که برای صحّت نکاح فضولی به آن استدلال شد «احادیث لقطه» است که می‌گوید: اگر مالی پیدا شود و از طرف صاحبش صدقه داده شود و بعداً صاحبش پیدا شد و راضی به صدقه شد، جایز است و اگر راضی نشد، باید پول را به او بپردازد و صدقه از مال خود اوست و حال آن که شارع اجازه داده است که لقطه، از طرف صاحب اصلی اش صدقه داده شود و شارع مالک الملوک و ولی همه است، پس این صدقه فضولی نیست بلکه باذن الولی است، (ولی گاهی پدر و جدّ و گاهی خداست) مثل مال احتکار شده که شارع اجازه فروش می‌دهد، با اینکه مالک راضی نیست.

جواب: در ذیل احادیث لقطه امام می‌فرماید:

«إذا رضی

(۱) ح ۱ و ۲، باب ۲۴، ح ۱، باب ۲۵، ح ۱، باب ۲۶، ح ۱، باب ۲۷ از ابواب نکاح عیید و اماء.

(۲) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۱۱۷ و ۱۱۸ و سنن ابن ماجه، ج ۱، ص ۶۰۲ و ۶۰۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۰

صاحبها فهو له و ان لم یرض فهو لک ...

، شارع می‌گوید اجازه من شارع مشروط است، اگر مالک پیدا نشد ضامن نیست، ولی اگر پیدا شد و راضی به صدقه نشد، ضامن است و پولش را باید پس دهد.

بقی هنا امران:

الأمر الأوّل: جمعی از اعلام در ذیل این مسأله متعرض نکته‌ای شده‌اند که در تحریر نیست

و آن این که، اگر تأخر اجازه باعث ضرر و زیان اصیل (طرف غیر فضولی) شود یعنی اصیل مجبور باشد تا تکلیف اجازه و ردّ معلوم نشده صبر کند، اما طرف فضولی امروز و فردا کند در این صورت اصیل می‌تواند به حکم لا ضرر، نکاح را فسخ کند.

قلنا: اگر قائل به نقل در اجازه باشیم (یعنی از لحظه اجازه، عقد جوش می‌خورد) در این صورت اجازه هنوز نیامده و ممکن نیست که از طرف اصیل قطعی باشد، بنابراین اصیل آزاد است و معامله قطعی نیست که فسخ بخواهد. و اگر قائل به کشف در اجازه باشیم، ممکن است بگوئیم عقد حاصل شده و اجازه بعدی، کاشف از صحّت عقد فعلی است، و از اول، عقد درست بوده است. در اینجا جای آن است که کسی بگوید اصیل نمی‌تواند آن را به هم بزند، ولی می‌توان با «استصحاب عدم اجازه در آینده» مشکل را حل کرد، به این بیان که، نمی‌دانیم آیا در آینده اجازه می‌آید یا نه، اصل عدم اجازه در آینده است (استصحاب، هم در گذشته حجّت است و هم در مستقبل، منتهی در صورتی که اثر داشته باشد). پس اصیل احتیاج به فسخ ندارد و آزاد است و تعهدی ندارد. ان قلت: با وجود عموم لا ضرر، اصیل نمی‌تواند عقد را فسخ کند و دیگر نوبت به تمسک به استصحاب نمی‌رسد.

قلنا: استصحاب در موضوع مقدّم بر عمومات حکمی (اصل حکمی) است و در اینجا عموم در ناحیه حکم است و استصحاب اصل موضوعی است و مقدّم است.

الامر الثانی: تأخر اجازه دو گونه است:

گاهی عالماً تأخیر می‌اندازد و گاهی، علم به فضولی ندارد و لذا تأخیر می‌اندازد، آیا فرقی بین این دو صورت هست؟ قلنا: فرقی نمی‌کند، چون تأخیر ممکن است علل مختلفی داشته باشد و تأخیر مع العلم دلیل بر ردّ نیست، بلکه ممکن است برای ترویج، استشاره، استخاره یا انتخاب باشد، بخصوص که بعضی از روایات صریح در تأخیر مع العلم بود، مثل حدیث «محمد بن قیس» که ابتدا مولی عالماً اجازه نداد ولی بعداً اجازه داد، تأخیر در اینجا مع العلم بود و مع ذلک امام فرمود صحیح است.

[مسأله ۱۶ (لا اثر للإجازة بعد الردّ فی الفضولی)]

اشاره

۵۸ مسأله ۱۶ (لا اثر للإجازة بعد الردّ فی الفضولی ...) ۲۶ / ۱۰ / ۷۹
مسأله ۱۶: لا اثر للإجازة بعد الردّ، و کذا لا اثر للردّ بعد الاجازة فیها (اجازه)
یلزم العقد و به (ردّ)

ینفسخ، سواء كان السابق من الردّ أو الاجازة واقعاً من المعقود له او ولیه (آن کسی که صاحب اختیار است)
، فلو اجاز أو ردّ ولی الصغیرین، العقد الواقع علیهما فضولاً، لیس لهما بعد البلوغ ردّ فی الاوّل و لا اجازة فی الثانی (قسمت مهمّ در مسأله آن جائی است که می‌گوید اجازه بعد از ردّ اثری ندارد و بقیه مسأله واضح است).

اقوال:

اشاره

در دو شاخه مسأله (عدم تأثیر اجازه بعد از ردّ و عدم تأثیر ردّ بعد از اجازه) ادّعی اجماع شده است، مرحوم نراقی می‌فرماید:
لو قبل عقد الفضولی و اجازة، لزم من جهته، و لیس له بعده ردّه بالطلاق اجماعاً و لو ردّه لم تؤثر بعده الاجازة للبطان بالردّ بالاجماع، فلم یبق شیء تؤثر معه الاجازة! «۱»
این ادّعی اجماع در کلام شیخ انصاری و دیگران هم وجود دارد که اجازه بعد از ردّ اثری ندارد همان گونه که ردّ بعد از اجازه، مؤثر نمی‌باشد.

البته در این اواخر مخالفینی پیدا شده است، مرحوم سید، صاحب عروه در کتاب البیع (حاشیه بر مکاسب) می‌فرماید مانعی ندارد که اجازه بعد از ردّ، مؤثر واقع شود همچنین در مسئله ۴ باب وصیت عروه می‌فرماید: اگر ورثه وصیت را ردّ کردند، مانعی ندارد بعداً اجازه بدهند. بنابراین صاحب عروه در دو جا مخالفت کرده است. بعد از مرحوم سید، آقای خوئی دنباله مطلب را گرفته‌اند و می‌فرمایند: اجازه بعد از ردّ، صحیح است و اشکالی ندارد که این اجازه نفوذ داشته باشد و ادله‌ای هم ذکر می‌کند که بعداً بیان می‌کنیم در آخر کلامی می‌فرمایند:

و مما تقدّم يظهر، أنّه لا دلیل علی عدم تأثیر الاجازة بعد الردّ «۲».
ما نیز در کتاب البیع مکاسب گفته ایم که اجازة بعد از ردّ، مؤثر است.

خلاصه اقوال:

اجماع در بین متقدمین این است که اجازة بعد از رد مؤثر نیست

(۱) مستند، ج ۱۶، ص ۱۸۰.

(۲) کتاب النکاح، ج ۲، ص ۳۲۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۱

ولی در بین متأخرین عدّه ای قائل شده اند که اجازة بعد از ردّ، مؤثر و منشأ اثر است چون در بسیاری از نکاح ها معقود علیها ابتداءً نمی پذیرد ولی بعد از اینکه با او صحبت شد می پذیرد. آیا چنین اجازة ای مؤثر است؟ پس این مسأله خیلی مورد ابتلاء است.

ادّله قول مشهور:

اشاره

قائلین به عدم نفوذ اجازة بعد از ردّ، سه دلیل برای مدّعی خود اقامه می کنند که از آن جواب می دهیم.

۱- اجماع

جواب: ممکن است اجماع مدرکی باشد و اجماع مدرکی حجّت نیست.

در اجماع مدرکی، لازم نیست بگوئیم که مجمعی حتماً استناد به مدارک دیگری غیر از اجماع کرده اند، بلکه اگر احتمال آن را هم بدهیم کافی است، زیرا شرط اجماع، کاشفیت از رأی معصوم است و این کاشفیت در زمانی است که احتمال مدرک دیگری را در مسأله ندهیم و حال آن که این مسأله مدارک دیگری هم دارد که ممکن است، مدرک مجمعی هم، همین ها باشد.

۲- الاجازة قائمة مقام القبول:

اگر مشتری بعد از ایجابِ قابل، آن را رد کند دیگر قبول مؤثر نیست (بایع گفت «بعثک» و مشتری رد کرد و گفت «لا اقبل» و بعد گفت «قبلت» این مؤثر نیست چون انشاء قبول، باید به ایجاب متصل باشد و در اینجا بین ایجاب و قبول فاصله انداخته است) در ما نحن فیه اجازة، جانشین قبول اصیل شده است و لذا بعد از ردّ، مؤثر نیست یعنی اگر فاصله ای بین آن و ایجاب بیاید، انشاء را بهم می زند.

جواب: اولاً نقل کلام می کنیم به قبول در ناحیه اصیل، و می گوئیم چه اشکالی دارد که در آنجا هم، قبول اصیل را بعد از ردّ، مؤثر

بدانیم چون عقد عرفی است، مثلاً در مجلس عروسی و کیل عروس ایجاب را می‌خواند اما داماد قبول نمی‌کند بعد او را توجیه می‌کنند و می‌پذیرد و بعد از آن قبول را می‌خواند، عقلاً این عقد را صحیح می‌دانند و می‌گویند این قبول اشکالی ندارد. اوضح من ذلک، جایی است که انشاء به کتابت باشد. مثلاً محضر دار عقدنامه را نوشت و عروس امضا کرد ولی داماد گفت پشیمانم و امضاء نکرد، بعد او را قانع کردند و روز بعد امضاء کرد، عقلاً آن را صحیح می‌دانند و این فاصله شدن و رد کردن را مبطل نمی‌دانند.

نتیجه: در عقد لفظی اگر فاصله زیاد نشود به طوری که اجازه (قبول) به ایجاب بچسبد، اشکالی ندارد و این اجازه بعد از رد، قبول است.

ثانیاً: سلّمنا که در اصیلین، تخلّص ردّ بین ایجاب و قبول، موجب بطلان شود امّا قیاس فضولی به آن قیاس مع الفارق است چون فضولی ایجاب و قبول را دارد و بین آن دو علقه ایجاد شده و فقط رضایت صاحب العقد را می‌خواهد، یعنی جسم عقد حاصل شده است و روح عقد که اجازه است حاصل نشده؛ ولی در اصیل فقط انشاء موجب است و انشاء قابل هنوز نیامده است.

۳- قطع العلقه بعد الزدّ:

با عقد فضولی یک علقه‌ای بر مال یا نفس پیدا می‌شود، و صاحب العقد وقتی عقد فضولی را ردّ می‌کند و می‌گوید نمی‌خواهم، علقه قطع می‌شود و وقتی علقه قطع شد چیزی باقی نمی‌ماند و اگر ردّ او این علقه را قطع نکند مخالفت با «النّاس مسلّطون علی اموالهم و انفسهم» ... است. حال که علقه را قطع کرد دیگر اجازه نافذ نیست.

جواب: عقد فضولی، انشاء بی‌اثر است و نمی‌تواند علقه‌ای ایجاد کند و در واقع سندی تنظیم شده است بدون جزء اخیر علت تامّه و تا تمام علت نیاید، علقه‌ای نیست. به تعبیر بزرگان، صحت عقد فضولی صحت تأهلیّه است، نه صحت فعلیه و صحت تأهلی علقه‌ای ایجاد نمی‌کند و اگر علقه ایجاد کند، خلاف قاعده سلطنت از اوّل است، زیرا هر کسی سلطان مال و جان خویش است و بدون اجازه او نمی‌توان علقه‌ای بر مال یا نفس او ایجاد کرد. پس بر خلاف تصوّری که بعضی دارند، عقد فضولی هیچ علقه‌ای بین مال و آن شخص یا بین نفس و آن معقود علیه ایجاد نمی‌کند و عقد فضولی جزء علت است مانند هیزم که به تنهائی گرما نمی‌آورد بلکه هیزم جزء علت است.

۵۹ ادامه مسئله ۱۶ ... ۲۷ / ۱۰ / ۷۹

ادلّه قائلین به نفوذ اجازه بعد از ردّ:

اشاره

در اینجا سه دلیل می‌توانیم اقامه کنیم:

۱- عمومات و اطلاقات

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ در اینجا صدق می‌کند و لو اول صاحب عقد رد کرده، ولی بعد که اجازه داد، عقد حاصل شده است و با صدق عقد، «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل آن می‌شود.

۲- سیره عقلا:

سیره عقلا بر این است که اگر سندی را بنویسند و نفر اول آن را کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۲ امضاء کند ولی از طرف نفر دوم مورد قبول واقع نشود و منکر آن شود و بعد از چند روز مذاکره سند را بپذیرد و پای سند را امضا کند آن را معتبر می‌دانند و به خاطر ردّ لفظی سابق، باطل نمی‌دانند. (ایجاب هم با لفظ می‌شود و هم با کتابت).

۳- روایات و هی العمده

روایت اول: صحیح محمد بن قیس است که در باب فضولی در ۴ مسأله به آن استدلال کرده‌اند:

اشاره

۱- مسئله صحت عقد فضولی که مرحوم شیخ انصاری به آن استدلال کرده است.

۲- مسئله تأخر اجازه.

۳- مسأله اجازه بعد از رد.

۴- مسئله کشف و نقل برای اثبات کاشفیت اجازه.

تمام رجال حدیث ثقه هستند و اگر اشکالات دلالی را در آن رفع کنیم حدیث خوبی است.

... عن محمد بن قیس عن ابی جعفر علیه السلام قال: قضی

(احتمال دارد که قضاوت‌های علی علیه السلام باشد و احتمال دارد که قضاوت امام باقر علیه السلام باشد)

فی ولیدة باعها ابن سیدها و ابوه غائب، فاشترها رجل، فولدت منه غلاماً، ثم قدم سیدها الاول، فخاصم سیدها الاخير، فقال هذه ولیدتی باعها ابنی بغیر اذنی، فقال:

(امام)

خذ ولیدتک و ابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه یعنی الذی باع الولیدة حتی ینفذ لک ما باعک، فلما اخذ البیع الابن فقال ابوه:

أرسل ابنی، فقال: لا ارسل ابنک حتی ترسل ابنی، فلما رأى ذلک سید الولیدة الاول، اجاز بیع ابنه «۱».

محتوای این حدیث شش اشکال دارد که اگر پنج اشکال اول حل شود نوبت به اشکال ششم می‌رسد.

اشکال اول: کلمة «ولیده» به معنی امّ ولد است

(کنیزی که از مولا صاحب فرزند شده و به منزله همسر است) و قابل خرید و فروش نیست و باید بماند، مولی که از دنیا رفت از سهم

ارث فرزندش آزاد شود پس چرا امام نمی‌گوید که اصل معامله باطل است؟

جواب: اولاً: «ولیده» یعنی اکنون بچه دار شده نه در هنگام بیع، بلکه آن موقع کنیز معمولی بوده و ولیده نبوده است (البته این خلاف ظاهر است چون ظاهر روایت این است که از اول ولیده بوده و بعد فروخته شده است ولی در اینجا قرینه داریم که ظاهر مراد نیست).

ثانیاً: ولیده، ولیده اصطلاحی نیست که امّ ولد باشد، بلکه منظور کنیزی است که در بیت مولای اول متولد شده است، نه از خود مولی، بلکه از پدر و مادری که عبد و امه بوده اند متولد شده است.

ثالثاً: در کتب لغت داریم که ولیده به کنیز هم اطلاق می شود «الولیده الصبیّه المملوکه» پس ولیده را حمل بر معنی لغوی کنیم. رابعاً: امّ ولد در بعضی موارد قابل بیع است مثلاً اگر ولدش بمیرد. چون بچه مرده، ارث نمی برد. بنابراین با یکی از این جوابها اشکال مرتفع می شود.

اشکال دوم: بچه کنیز در اینجا حرّ است

زیرا مشتری فکر می کرده معامله درست بوده و مالک کنیز شده است پس حدّ اقلّ وطی به شبهه است و در وطی به شبهه اگر پدر یا مادر حرّ باشد، ولد حرّ است پس چرا امام می فرماید:

«خذ ولیدتک و ابنها»؟

چون معامله فضولی بوده است ولیده را می گیرد؛ ولی بچه حرّ را نمی تواند بگیرد.

جواب: در واقع بچه را به عنوان گروگان گرفته است چون مشتری تفویض منافع در مورد این بچه کرده است، یعنی بچه ای را که می توانست رق باشد، حر شده و باید غرامت آن را بپردازد. پس بچه را در مقابل غرامت تفویض می گیرد.

اشکال سوم: چرا مشتری پسر مالک را توقیف کرد و گروگان گرفت؟

این کار وجه شرعی ندارد.

جواب: پسر مالک اول باعث خسارت شده و تدلیس کرده است (به ظاهر خودش را مالک نشان داده) و مشتری از مبیع استفاده کرده است اکنون به مشتری می گویند غرامت این استفاده را بده، مشتری متضرر شده و المغرور يرجع الی المغرور بنابراین مالک باید خسارت او را جبران کند پس گروگان گرفتن او برای گرفتن غرامت است.

اشکال چهارم: قاضی نباید تلقین حجت به احد الخصمین کند و این خلاف عدالت است و لا یجوز.

جواب: اولاً: در باب تلقین خصمین دلیل خاصی (آیه و روایت) جز مسئله عدالت نداریم و گفته شده است که قاضی باید به هر دو به چشم مساوی نگاه کند ولی بیان حکم شرع اشکالی ندارد و قاضی می تواند هر کدام را که از حکم الهی غافل است، آگاه کند. مثلاً مشتری نمی دانسته که می تواند از مدّلس غرامت بگیرد و امام، او را راهنمایی کند در واقع امام حکم شرع را یاد داده و ارشاد به حکم الهی کرده و مخصوصاً که به هر دو هم یاد داده.

ثانیاً: ممکن است که در اینجا «قضا» به معنای فتوی باشد و در باب فتوی ارشاد کردن اشکالی ندارد.

اشکال پنجم: آیا این اجازه اگراهی نبوده است؟

چون فلماً رأی

(۱) ح ۱، باب ۸۸ از ابواب نکاح عیید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۳

ذلک مجبور شد و بیع پسرش را اجازه داد، در حالی که یکی از شرایط صحت اجازه این است که اجازه از روی اکره نباشد. جواب: اکره با اضطرار فرق می‌کند، اکره این است که او را تهدید کنند، فی نفسه او مال او عرضه، او ولده، بغیر حق، در اینجا مشتری که ولد مولی را توقیف کرده به ناحق نبود و این اکره نیست، مانند کسی که خانه‌اش را برای معالجه فرزندش می‌فروشد، در حالی که مجبور است؛ ولی اجبار و تهدیدی نیست، احدی نگفته است که معامله او باطل است و اینها ضرورتِ اهم و مهم است و فدا کردن مهم در مقابل اهم اکره نیست و همه عقلا آن را تأیید می‌کنند.

۶۰ ادامه مسئله ۱۶ ... ۲۸ / ۱۰ / ۷۹

اشکال ششم: این اجازه بعد از رد است و اجازه بعد از رد لا يجوز بالاجماع.

مالک ابتداءً اجازه نداد چون ولیده و بچه را باز پس گرفت (ردّ عملی و قولی) ولی بعداً اجازه داد در حالی که اجازه بعد از رد، خلاف اجماع است.

جواب: اولاً: هذا اول الکلام زیرا خیلی‌ها متعرض این اجماع نشده‌اند.

ثانیاً: اجماع مدرکی است و وقتی اشکالات خمسه پاسخ داده شد، ما به این روایت برای صحت اجازه بعد از رد استناد می‌کنیم.

روایت دوم: روایاتی که حاکی بود از شکایت دختری نزد پیامبر

مبنی بر اینکه پدرش بدون اجازه او، او را به ازدواج دیگری درآورده است، این روایات نشان می‌داد که دختر ابتداءً عقد را رد کرده است، ولی بعداً آن را اجازه داده و پیامبر آن را صحیح دانست. «۱»

ان قلت: ذیل روایت نشان می‌دهد که دختر راضی بوده است و می‌خواسته مقام زنان در اسلام را نشان دهد، لذا شکایت صوری بوده و شکایت صوری دلیل بر رد نیست.

قلنا: پیش از آنکه بگویید که این شکایت صوری است، ظاهر روایت این است که شکایت جدی بوده (با علم غیب پیامبر کاری نداریم و مدار قضاوت، علم غیبی نیست) در عین حال پیامبر فرمود:

«اجیزی»

، پس معلوم می‌شود که اجازه بعد از ردّ جدی، جایز است و صوری بودن شکایت تأثیری در استدلال ما ندارد.

روایت سوم: حدیثی است که خدمت امام باقر یا حضرت علی علیه السلام آمدند و مولی عرض کرد که غلام بدون اجازه من ازدواج کرده است.

آیا این شکایت معنایش این نیست که قبول ندارد و ردّ می‌کند؟ علاوه بر این مولی گفت

«یا خبیث طلق» «۲»

که دلیل بر ردّ است، اگر سکوت مولی بعد از اطلاع، به منزله قبول است، شکایت مالک نیز دلیل بر ردّ است. پس این حدیث ظاهرش ردّ است و اجازه بعد از ردّ را نافذ می‌داند.

نتیجه:

نه تنها در عقد فضولی در نکاح، بلکه در ابواب دیگر، (بیع، اجاره) ...، هر جا ردی بیاید و بعد از آن اجازه، این اجازه نافذ است.

– ردّ بعد از اجازه چه حکمی دارد؟

واضح است که ردّ بعد از اجازه، اثری ندارد چون وقتی اجازه داد یکون العقد نافذاً لازماً (نکاح و بیع و اجاره ... از عقود لازمه است) و وقتی عقد لازم را اجازه داد مثل این است که خودش صیغه را خوانده باشد و دیگر قابل بازگشت نیست.

[مسأله ۱۷ فی الکاره]

اشاره

۶۱ مسأله ۱۷ (فی الکاره ...) ۷۹ / ۱۱ / ۲

مسأله ۱۷: اذا كان احد الزوجين كارهاً (بحث در کراهت قلبی است)

حال العقد لكن لم يصدر منه ردُّ له (للعقد)

فالظاهر انه يصحّ لو اجاز بعد ذلك، بل الاقوى صحّته (ای العقد)

بها (ای الاجازه)

حتى لو استؤذن فنهى و لم يأذن و مع ذلك أوقع الفضولى العقد.

موقعت مسأله:

این مسأله در واقع فرعی از فروع مسأله سابق است، یعنی صورت کمرنگ مسأله سابق است، در مسأله قبل مالک نهی و رد کرده بود، لفظاً یا عملاً، بعداً اجازه آمد ولی در اینجا کراهت قلبی است (و فرق است بین کاره و مکره، کاره خودش راضی نیست و مکره در جایی است که تهدید از خارج است و تحت فشار است، پس نسبت بین کاره و مکره عموم و خصوص مطلق است یعنی هر مکرهی کاره است ولی هر کارهی مکره نیست) این مسأله در صورتی است که اجازه بعد از ردّ را نافذ ندانیم ولی اگر قائل به جواز شویم و اجازه بعد از نهی را جایز بدانیم دیگر جای بحث نیست زیرا بطریق اولی در کراهت قلبی اجازه بعد از نهی جایز خواهد بود.

– طبق مبنای کسانی که اجازه را بعد از رد نافذ ندانسته‌اند اجازه بعد از کراهت قلبی چگونه است؟

این مسأله را تعداد کمی از بزرگان مطرح کرده‌اند و شاید اولین کسی که آن را مطرح کرده، شیخ انصاری در مکاسب است و بعد از

(۱) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۱۱۸.

(۲) مستدرک، ج ۱۵، باب ۱۹ از ابواب نکاح عبید و اماء، ح ۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۴

ایشان محقق یزدی در مسأله ۲۳ عروه، مرحوم آقای حکیم در مستمسک، آقای خوئی در مستند و امام در تحریر الوسيله این مسأله را عنوان کرده‌اند و معمولاً پذیرفته‌اند که اگر نهی مانع باشد کراهت باطنیه مانع نیست. مرحوم آقای حکیم می‌فرماید:

قد يظهر من شيخنا الاعظم (ره) في التنبيه الثاني من تنبيهات القول في الاجازة: أنه (عدم مانعیت کراهت باطنی) مسلّم عند الاصحاب. و يقتضيه القواعد العامّة. «۱»

پس مرحوم آقای حکیم از کلام شیخ استفاده می‌کند که مسأله در نزد اصحاب مسلّم است (یعنی اجماعی است) البته این مسأله همان گونه که گفته شد در کلام اصحاب نیامده است ولی چون روایات این باب را نقل کرده و منع نکرده‌اند ظاهراً موافق هستند.

ادله: (عدم مانعیت کراهت باطنیه)

۱- عدم جریان ادله بطلان:

دلایل بطلان که در مسئله نهی و رد بیان شد در اینجا جاری نیست، یک دلیل اجماع بود که در اینجا نیست و عکس آن است یعنی اجماع بر عدم تأثیر کراهت قلبی.

دلیل دیگر این که نهی که آمده سلطه عقد فضولی را بر مال خودش قطع می‌کند آیا کراهت باطنی هم انشاء است، که بتواند چنین کاری بکند؟ مسلماً نه، پس کراهت باطنی، سلسله را از بین نمی‌برد.

دلایل دیگر از این قبیل هم، در اینجا جاری نیستند.

۲- عمومات:

عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل عقد فضولی بعد از اجازه می‌شود و آیا اگر اجازه داد، کراهت باطنیه مانع است؟ شک داریم، پس عمومات شامل این عقد فضولی می‌شود و عقد فضولی کمبودی ندارد و کمبود آن فقط کراهت باطنیه است و این کراهت مانع نیست.

۳- روایات:

الف: روایات نکاح عبد به غیر اذن مولی که روایات مختلف بود و مضمونش این بود: اگر مولی کاره باشد بعداً می‌تواند اجازه دهد.

ب: شکایت دختری که خدمت پیامبر آمد و به حسب ظاهر حال، از آن ازدواج کراهت داشته و پیامبر فرمود اشکالی ندارد.

۴- صحت عقد مکره بعد از رضایت:

در جائی که انسان خودش صیغه را تحت فشار و تهدید بخواند، انشاء عقد درست است منتهی شرطش که طیب نفس است، وجود ندارد، بعد از لحوق رضایت، عقد او را صحیح می‌دانند، می‌گوئیم مکره یکی از مصادیق کاره است، وقتی عقد مکره بعد از لحوق رضایت صحیح است در کاره هم باید عقد صحیح باشد و کراهت در ما نحن فیه مانع نمی‌باشد. مرحوم شیخ و دیگران به این طریق استدلال می‌کنند.

جواب: این استدلال خالی از خدشه نیست، چون در عقد مکره انشاء ایجاباً و قبولاً تمام بوده و هر دو از مالک اصلی صادر شده است؛ ولی در ما نحن فیه انشاء ناقص است و بین ایجاب و قبول، کراهت باطنیه مانع می‌شود، (ایجاب آمده و فضولی است و قبول هم نیامده است) و لذا عقد کاره را به عقد مکره قیاس کردن مشکل است.

اشاره

۶۲ مسأله ۱۸ (بما ذا تحصل الاجازة فی الفضولی ... ۳ / ۱۱ / ۷۹
مسأله ۱۸: یکفی فی الاجازة المصححة لعقد الفضولی کلّ ما دلّ علی إنشاء الرضا بذلك العقد، بل یکفی الفعل الدالّ علیه.

عنوان مسأله:

بما ذا تحصل الاجازة؟ متن تحریر این است که اجازة به هر لفظی که دلالت بر آن کند کافی است بلکه بالفعل هم اجازة حاصل می شود.

اقوال:

اشاره

احتمالات و اقوالی در مسأله است که عمدتاً سه قول است:

۱- اجازة لفظی:

فقط اجازة لفظیه معتبر است و مانند عقد، اجازة هم باید لفظی باشد.
اجازة لفظیه انواعی دارد، گاهی به دلالت مطابقی و گاهی به دلالت التزامی است، گاهی به صراحت و ظهور و گاهی به کنایه است آیا همه اینها کفایت می کند؟

۲- اجازة لفظی و فعلی:

اجازة اعم است هم اجازة لفظیه را شامل می شود و هم اجازة فعلیه را، حتی سکوت بعد از اطلاع هم کافی است، مثل آنچه که در مورد عبد و مولی داشتیم که سکوت مولی بعد از اطلاع، اجازة بود.

۳- اجازة لفظی و فعلی و رضایت باطنی:

اجازة علاوه بر لفظ و فعل، شامل رضایت قلبی هم می شود، یعنی رضایت قلبی کافی است که اطلاع بر آن از قرائن معلوم می گردد.
این مسأله در میان قداما محلّ بحث نبوده و اولین بار مرحوم شیخ در مکاسب آن را مطرح کرده، و دیگران دنباله روی کرده اند.

ادله قول اول (اعتبار اجازة لفظیه فقط):

اشاره

دو دلیل ذکر کرده اند:

(۱) مستمسک، ج ۱۴، ذیل مسئله ۲۳، ص ۵۰۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۵

۱- اجازه جانشین انشاء:

اجازه، جانشین انشاء قبول می شود و انشاء قبول باید به لفظ باشد پس اجازه هم باید به لفظ باشد.

جواب: صغری را می پذیریم یعنی اجازه به منزله انشاء فضولی است ولی کبری به اینکه تمام عقود لازمه احتیاج به لفظ دارد، اول بحث است و باید ثابت شود. معاطات از عقود لازمه و غیر قابل فسخ است بلکه از ابتداء تمام معاملات به صورت معاطات در بین بشر بوده است و بیع به صیغه، از اختراعات بعدی است (بعکس آنچه که در فقه ما است که بیع به صیغه را اصل می دانند و بیع معاطات را فرع قرار می دهند) پس بیع معاطات، یا هبه معاطاتی از عقود لازمه است و هر معامله لازمی احتیاج به صیغه لفظی ندارد. ان قلت: در عقد نکاح لفظ لازم است و معاطات مورد قبول نیست و نکاح معاطاتی، شبیه زنا است. بحث ما هم در عقد فضولی نکاح است پس در مقام اجازه لفظ لازم است، و باید حد اقل بحث نکاح را جدا کرد، و در عقد نکاح فضولی اجازه لفظی را لازم دانست اگر چه در ابواب دیگر، اجازه به غیر لفظ هم کافی باشد.

قلنا: اولاً: نکاح معاطاتی زنا نیست. معاطات این است که بالفعل قصد زوجیت کند یا موقتاً، (برای مدت معین) و یا دائمه، در حالی که زانی و زانیه قصد زوجیت نمی کنند بلکه در مقابل پولی، قصد عمل نامشروع دارند. پس این که در نکاح لفظ معتبر است به جهت اجماعی است که ادعا شده و به جهت احتیاطی است که در نکاح است نه از این جهت که نکاح معاطاتی زناست. ثانیاً: اگر در نکاح الفاظ را لازم بدانیم، قدر متیقن در مقام انشاء اصل نکاح است و در فضولی هم انشاء اصل نکاح به الفاظ صورت گرفته است و اما این که اجازه هم به لفظ باشد، قدر متیقن این را نمی گیرد.

۲- استقراء:

استقراء می کنیم عقود لازمه را و می بینیم عقود لازمه با لفظ است.

جواب: دلیل دوم که استقراء است از نظر صغری و کبری اشکال دارد، صغری را نمی پذیریم چون استقراء کرده اید که انشاء عقود لازمه با لفظ است، پس معاطات چه می شود که انشاء آن با لفظ انجام نمی شود بلکه انشاء آن فعلی است و معاطات در ابواب مختلف لازم است. پس استقراء شما را نمی پذیریم بلکه به عکس است و انشاء غالب معاملات لازمه با لفظ انجام نمی شود.

کبری را هم نمی پذیریم چون دلیل شما استقراء ظنی است، و استقراء تام عقلی حجت است.

مرحوم آقای حکیم «۱» هم به هر دو دلیل اشکال می کند و از کلام ایشان استفاده می شود که ایشان هم مانند صاحب عروه اجازه لفظیه را شرط نمی داند و اعمی است.

آقای خوئی می فرماید:

وقد ذهب جماعة الى اعتبار اللفظ فيها (ای الاجازه) تارة بدعوى أنّها بمنزلة العقد الجديد و آخر بدعوى ان الاستقراء يقتضى اعتبار

اللفظ فیما یقتضی اللزوم «۲».

این تعبیر که می‌گوید «الاجازة بمنزلة العقد الجديد» مسامحه است چون اجازة عقد نیست بلکه اجازة به منزلة قبول جدید است، حتی قبول جدید هم نیست بلکه قبول فضولی را به رسمیت می‌شناسد. به عبارت دیگر قبول فضولی یک جسم بی‌روح است و اجازة به عقد فضولی که بی‌جان بوده، روح می‌دهد پس دلیل اول بعد از اصلاح این شد که اجازة در واقع جانشین قبول می‌شود و چون در ایجاب و قبول عقود لازمه لفظ لازم است، اجازة هم لفظ لازم دارد.

ادلة قول دوم (اعتبار اجازة لفظی و فعلی):

اشاره

دو دلیل دارد:

۱- قواعد:

ما هستیم و أوفوا بالعقود یعنی باید عقد صدق کند. فضولی عقدی ایجاد کرده است و من باید این عقد را مستند به خود کنم تا در قبال آن مسئولیت داشته باشم، در اینجا کفایت می‌کند که اجازة لفظیه باشد یا اجازة فعلیه، یعنی اگر واقعاً فضولی معامله‌ای انجام داد و ایرادی گرفته نشد و پذیرفته شد و سکوت کردند، تمام عقلاً می‌گویند که این عقد انجام شده است.

۲- روایات خاصه:

اشاره

روایات عدیده‌ای که نشان می‌دهد اجازة منحصر به لفظ نیست:

گروه اول: روایاتی که مضمون همه آنها این بود که عبدی بدون اجازة مولی از دواج کرده و وقتی مولی باخبر شد سکوت کرد،

اشاره

امام فرمودند که این سکوت، رضایت است. و در هر سه روایت داشت که «ذلک اقرار منهم» «۳».

(۱) مستمسک، ج ۱۴، ذیل مسئله ۱۹ عروه، ص ۴۹۳.

(۲) کتاب النکاح، ج ۲، ص ۳۲۴.

(۳) روایت ۱ و ۲ و ۳، باب ۲۶ از ابواب عقد النکاح عیید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۶

ان قلت: حساب عقد فضولی از نکاح عیید و اماء جداست و نمی توان عقد فضولی را به نکاح عیید و اماء قیاس کرد، به عبارۀ اخری قیاس مع الفارق است چون در نکاح عیید و اماء، معقود له و معقود علیها هر دو خودشان انشاء کرده اند، منتهی متعلق حق غیر بوده است، و به عبارت دیگر عقد عبد، مزاحم حق غیر بوده است، و وقتی غیر اجازه داد مزاحمت از بین می رود، پس این فضولی نیست و اصیل است، مثل بیع عین مرهونه، که مالک عین مرهونه را می فروشد، در اینجا با بیع مالک است و فضولی نیست، منتهی عین مرهونه متعلق حق غیر است و وقتی اجازه داد، درست می شود، ولی در فضولی، شخصی بیگانه عقد را می خواند که مالک نیست، و این قابل قیاس با بیع مرهونه یا نکاح عیید و اماء نیست.

قلنا: اگر این اشکال وارد باشد ممکن است بگوئیم که استدلال به این روایات در مسائل سابق و در اینجا صحیح نیست، اما از این اشکال می توان چنین پاسخ داد:

الف - ضمیمه کردن روایات سکوت بکر:

این روایات را در کنار روایات

«اذن البکر سکوتها»

(که گروه دوم از روایات بحث ما است) قرار می دهیم در آنجا سکوت اصیل جانشین ایجاب و قبول است، در سکوت بکر اصلاً انشائی نیست، حال بگوئیم به قرینه سکوت در بکر، سکوت در اینجا هم (عقد فضولی) جانشین ایجاب و قبول است.

ب - تعبیر به اقرار:

چرا می گوید «سکوتهم اقراراً» و چرا نمی گوید «سکوتهم دلیل علی الرضا» اقرار یک معنی انشائی است یعنی انشاء اجازه و امضاء است، پس اقرار در اینجا در واقع انشاء است.

گروه دوم: روایاتی که در عقد فضولی نیست، ولی با استفاده از آن می توان عقد فضولی را درست کرد.

...* عن احمد بن محمد بن ابی نصر

(بزنطی)

قال: قال أبو الحسن عليه السلام: في المرأة البكر اذنها صماتها

، (سکوت)

و الثيب امرها اليها «۱»

. سکوت در اینجا جانشین «زوجه نفسی» است یا جانشین توکیل است؟ معمولاً دختر خودش عقد را نمی خواند، از او می پرسند که می خواهیم تو را به ازدواج کسی در آوریم و او هم سکوت می کند، این در واقع توکیل است یعنی انشاء توکیل با سکوت حاصل شده است (ایجاب از ناحیه دختر با سکوت حاصل شده است و طرف مقابل هم قبول کرده است) پس جائی که انشاء توکیل که یکی از عقود است با سکوت حاصل شود، اجازه فضولی به طریق اولی حاصل می شود.

...* عن ابی عبد الله عليه السلام في رجل يري ان يزوجه اخته قال:

يؤامرها فان سكتت فهو اقرارها و ان ابت لم يزوجه «۲»

(ایجاب توکیل).

...* در مورد داستان ازدواج حضرت زهرا علیها السلام است، در ذیل روایت چنین دارد که حضرت علی علیه السلام برای خواستگاری حضرت زهراء علیها السلام خدمت پیامبر آمد، پیامبر فرمود قبل از تو کسانی آمدند و با فاطمه مطرح کردم و آثار کراهت را در چهره او دیدم، اکنون اینجا بمان تا با خود او مطرح کنم، پیامبر صلی الله علیه و آله نزد فاطمه علیها السلام رفت □ و قال صلی الله علیه و آله: إِنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ قَدْ ذَكَرَ مِنْ أَمْرِي كَيْ شَيْئًا، فَمَا تَرَيْنَ؟ فَسَكَتَتْ وَلَمْ تُؤَلِّ وَجْهَهَا وَلَمْ يَرَ فِيهِ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ كِرَاهَةً، فَقَامَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَهُوَ يَقُولُ اللَّهُ أَكْبَرُ، سَكَتَتْهَا أَقْرَارَهَا «۳».

این روایات متضاد است، و از اسناد بی نیاز هستیم.

وقتی ایجاب در عقدی مثل وکالت با سکوت محقق شود، در جای دیگر مثل اجازه عقد فضولی به طریق اولی حاصل می شود. ان قلت: این نوع ایجاب فقط در مورد بکر است و استثنائی است و نمی توان آن را به جاهای دیگر سرایت داد، زیرا به جهت حیائی که بکر دارد، شارع کار او را آسان کرده است.

قلنا: این که روایت در مورد بکر است نه بخاطر تعبدی بودن آن است، بلکه بخاطر این است که در باکره قرینه قائم است و آن حیائی است که باکره دارد، و ثبیه سکوتش قرینه ای ندارد و نشانه چیزی نیست زیرا روی او باز است. حال اگر شرایطی بود که سکوت در ثبیه هم قرینه بود، در آنجا هم می پذیریم، پس هر کجا فعل توأم با قرینه بود می پذیریم.

گروه سوم: صحیح زاره که در باب ۲۴ از ابواب عقد نکاح عیید و اماء داشتیم

و امام فرمود:

... «أَنَّهُ لَمْ يَعْصِ اللَّهَ، وَ أَمَّا عَصِي سَيِّدَةٍ، فَإِذَا أُجِزَ فَهُوَ لَهْ جَائِزٌ» «۴».

ما از این تعلیل استفاده می کنیم که معیار رفع عصیان است به هر چه که حاصل شود، بالاجازه الفعلیة او القولیة او الکنایة او

(۱) ح ۱، باب ۵ از ابواب عقد نکاح.

(۲) ح ۲، باب ۵ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۳، باب ۵ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۱، باب ۲۴ از ابواب نکاح عیید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۷

التصریح، پس ما یرتفع به العصیان حتماً اجازه قولی نیست بلکه اجازه فعلی هم می تواند باشد.

خلاصه: قول دوّم، هم از عمومات و هم از نصوص دلیل دارد و قوی است.

ادله قول سوم (اعتبار اجازه لفظی، فعلی و رضایت باطنی):

اشاره

قائلین قول سوم رضایت قلبی را کافی می دانند. شیخ انصاری در بعضی از کلماتش در متاجر به این قول تمایل پیدا کرده است، برای این قول به اموری استدلال شده است:

۱- عموماً:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و عموماً شامل چنین عقدی که رضایت قلبی مالک، بعداً به آن ملحق شده است، می‌شود.

جواب: عقد به معنی قرارداد است و قرارداد یعنی دو انشائی که به هم گره خورده‌اند، رضایت باطنی به تنهایی قرارداد نیست و قرارداد یک انشاء به هم پیوسته است، و هر دو طرف باید چیزی را برای طرف مقابل اعتبار کنند، پس رضایت (طیب نفس) یک حالت تکوینی است (انشاء نیست) و مصداق عقد نیست و تمسک به عموم (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) در اینجا تمسک به عموم عام در شبهه مصداقیه است.

۶۴ ادامه مسئله ۱۸ ... ۷۹ / ۱۱ / ۵

سکوتی که همراه قرینه باشد جانشین انشاء لفظی است یعنی «و کلتک» پس امری اعتباری است ولی رضایت قلبی نیاز به قرینه ندارد و از امور تکوینی است.

توضیح ذلک:

امور دو گونه است:

الف- امور تکوینی: وجود خارجی دارند و حالات نفسانی هم جزء آن است مثلاً غضب، رضا، علم و امثال ذلک از حالات نفسانیه و امور تکوینی هستند و واقعاً وجود دارند و تابع انشاء و اعتبار نیستند.

ب- امور اعتباری انشائی: در خارج وجود ندارند و اگر عقلاً آن را اعتبار نکنند وجود پیدا نمی‌کنند مانند ملکیت، زوجیت.

حقیقت الاعتبار: بحث حقیقت اعتبار یک بحث دامنه‌دار اصولی است، که در جای خودش بیان شده که اعتبار یک نوع فرض کردن است، یعنی چیزی‌های بدلی را، به جای موارد حقیقی فرض می‌کنیم، مثلاً من مالک دست خود هستم و برای خانه‌ای که به من منسوب است، یک ملکیت اعتباری و فرضی قرار می‌دهم، که این حتماً انشائی می‌خواهد و باید ایجاد شود، ولی با رضایت که یک حالت تکوینی است، این تملیک انشاء و اعتبار حاصل نمی‌شود.

پس رضایت که امر تکوینی است نمی‌تواند در مقام اجازه، عقد فضولی را به هم گره بزند، تا بتوان به عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ تمسک کرد.

ان قلت: رضایت حالت نفسانی نیست، بلکه «إنشاء الرضا فی القلب» است.

قلنا: رضایت در قلب چگونه انشاء می‌شود؟ و حال آن که انشاء امر خارجی عقلانی است، و تا فعلی و قولی در کار نباشد، این امر عقلانی انشائی نمی‌شود.

۲- سکوت بکر و مولای عبد

دلیل دومی که برای قول سوم (کفایة الرضا الباطنی) ذکر کرده‌اند، روایات سکوت است که می‌گوید اگر عبد ازدواج کند، سکوت مولی کافی است و سکوت کاشف از رضا است و امر انشائی نیست، پس معلوم می‌شود که فعل و قول لازم نیست و رضایت قلبی کافی است.

جواب: سکوت توأم با قرینه، انشاء است، یعنی سکوت در حالتی که باید سخن بگوید، این سکوت معنی دارد و انشاء است و لذا سکوت بکر توکیل است و از او استیذان می‌کنند که راضی هستی؟ و او سکوت می‌کند، پس این سکوت جانشین «و کلتک» است، توکیل انشاء می‌خواهد و این انشاء از سکوت بکر در می‌آید.

۳- روایت صحیحۀ زرارہ:

... * « انہ لم یعص اللہ و انما عصی سیدہ » ...

عصیان به رضای قلبی مرتفع می شود و دیگر انشائی نمی خواهد، پس از این روایت می فهمیم که عقد دائر مدار رفع عصیان است و رفع عصیان نیاز به انشاء ندارد و رضایت قلبی کافی است. جواب: اگر عصیان به تصرف در مال باشد، با رضایت، عصیان مرتفع می شود ولی اگر عصیان بخاطر انشاء و عقد باشد مثلاً با عقد فضولی کسی را به عقد دیگری در آورند، رفع عصیان به این است که آن عقد، عقد او شود، پس باید انشائی کند تا معصیت برطرف شود و تنها با رضایت قلبی عقد حاصل نمی شود.

[مسأله ۱۹ (عدم کفایۃ الرضا القلبی فی صحۃ العقد)]

اشاره

۶۵ مسأله ۱۹ (عدم کفایۃ الرضا القلبی فی صحۃ العقد ...) ۸ / ۱۱ / ۷۹

مسأله ۱۹: لا یکفی الرضا القلبی فی صحۃ العقد و خروجه عن الفضولیۃ و عدم الاحتیاج الی الاجازۃ، فلو کان حاضراً (صاحب العقد) حال العقد راضیاً به الا انہ لم یصدر منه قولٌ أو فعلٌ یدلّ علی کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۸
رضاه (انشاء نیست و فقط دلالت بر رضایت است)
فالظاهر انہ من الفضولی، نعم قد یكون السکوت اجازۃ (انشاء است)
، و علیہ تُحمل الاخبار فی سکوت البکر.

اقوال:

این قول منسوب به شیخ انصاری است و از عبارات شیخ انصاری استفاده می شود که ایشان می خواهد این قول را به اصحاب نسبت دهد، چون تعبیرشان این است که اصحاب فتوی می دهند که سکوت، جز در موارد خاص کفایت نمی کند، «لأنه لا یدلّ علی الرضا» معلوم می شود که اگر دلالت بر رضایت کند، کافی است، پس شیخ از این عبارت استفاده می کند که «ظاهر قول الاصحاب علی کفایۃ الرضا الباطنی»، و معلوم می شود که معیار آن رضای باطنی است.
در مقابل آقای خوئی می فرماید:

الرضا الباطنی التقدری لا یکفی فی الخروج عن الفضولیۃ بلا خلاف فیہ بین الاصحاب (!) «۱»

در این مسأله نکاتی باید مورد توجّه قرار گیرد:

نکتہ اول: ما نمی توانیم چیزی را به گردن اصحاب بگذاریم، چون اصحاب متعزّض این مسأله نشده اند که آیا رضایت قلبی کافی است یا نه،

(نه ثبوتش را و نه عدمش را)، بلکه این مسأله بین متأخرین از زمان شیخ انصاری مورد بحث واقع شده است و آنها غالباً مجرد رضا

را قبول ندارند.

نکته دوم: بحث ما در مقام ثبوتی است نه مقام اثباتی،

اشاره

یعنی اگر فی علم الله (فی الواقع) شخص رضایت داشته باشد، آیا عقد صحیح است یا نه؟
ان قلت: در مقام اثبات از کجا بفهمیم که راضی است؟
قلنا: گاهی با یک جمله خبریه، با خبر می‌شویم، مثلاً می‌گوید:

«قد كنت راضياً او كنت راضیة فی زمن العقد و ان كنت ساکتة»، عقد روز گذشته واقع شده و شخص، این جمله خبریه را امروز می‌گوید، اگر رضایت باطنیه کافی باشد عقد او دیروز صحیح است.

گاهی ما کاری به اظهار نداریم بلکه خود شخص می‌خواهد بین خودش و خدای خودش بداند که وظیفه‌اش چیست؟ مثلاً آیا الان زوجه معقوده است یا آزاد؟ هیچ کس هم نمیداند، خودش می‌داند و خدا، اگر رضایت باطنی کافی باشد زوج اوست، و اگر کافی نباشد، نیازی ندارد که بگوید و بسراغ خواستگار دوم می‌رود، در ناحیه زوج هم همین است، اگر رضایت باطنی کافی باشد در جایی که قلباً به عقد خوانده شده راضی باشد، نمی‌تواند با مادر آن دختر ازدواج کند و اگر رضایت باطنی را کافی ندانیم، در این صورت ام الزوجه او نیست و برای او ازدواج با آن زن حلال است. پس در مقام اثبات گاهی با جمله خبریه، خبر می‌دهد و گاهی جمله خبریه هم نیست، بلکه تکلیف خود را بینه و بین الله می‌خواهد بداند، که آیا آثار عقد مترتب هست یا نه؟

دلیل بر عدم کفایت رضایت قلبی:

در بحث سابق ادله قائلین به کفایت رضای قلبی را نقل و نقد کردیم، اکنون بینیم دلیل ما بر عدم کفایت رضایت باطنی چیست؟ ما در عقد فضولی اسناد می‌خواهیم، یعنی باید عقد فضولی اسنادی به صاحب عقد پیدا کند و این اسنادلا یكون الا بالانشاء، رضایت باطنی انشاء نیست، جمله خبریه هم انشاء نیست و حتی گاهی جمله خبریه را هم نمی‌گوید، پس ما نمی‌توانیم به مجرد رضایت باطنی و حتی بعد از اظهار با جمله خبریه، عقد را به صاحب العقد نسبت دهیم، و این فضولی بر فضولیت باقی می‌ماند، مگر این که قولاً یا فعلاً اجازه دهد، اگر انشاء شود اسناد آن هم درست می‌شود.

نکته سوم: لا تقاس مسئله الرضا فی الفضولی بمسألة الرضا فی إباحة التصرفات.

در اباحه تصرفات رضایت کافی است، حتی رضایت تقدیری هم کافی است، رضایت تقدیری این است که شخص بالفعل راضی نیست ولی وقتی دانست راضی می‌شود، مثلاً پسرش در تاریکی به خانه وارد می‌شود و چون او را نمی‌بیند می‌گوید خارج شو، ابتداءً راضی نیست ولی اگر بداند پسرش است، راضی می‌شود. اباحه تصرفات، حسابش از عقد فضولی جداست، چون در تصرفات مشکل، مشکل «عقود کم» نیست بلکه مشکل «لا یحل مال امرئ مسلم الا عن طیب نفسه»

است یعنی مشکل طیب نفس است که آن هم حاصل است و انشاء نمی‌خواهد حتی طیب نفس تقدیری هم کافی است، ولی در ما نحن فیه طیب نفس در اسناد کافی نیست و انشاء می‌خواهد تا این عقد به صاحبش اسناد داده شود.

نکته چهارم: تعبیری که متن تحریر الوسیله دارد و می‌گوید: این رضایت مُبرز و مُظهري می‌خواهد، تعبیر درستی نیست

چون انشاء می‌خواهد، پس رضای مُبرز هم کافی نیست بلکه باید رضایتی باشد که با جمله انشائیه ابراز و اظهار شود، نه با هر ابراز و اظهاری مانند جمله خبریه.

نکته پنجم: [استدلال به حدیث معروف «خالد بن الحجاج» در عدم کفایت مجرد رضایت در عقد فضولی]

اشاره

بعضی برای عدم کفایت مجرد رضایت در عقد فضولی و بطلان چنین عقدی، به حدیث معروف «خالد بن الحجاج»

(۱) مستند العروه (کتاب النکاح)، ج ۲، ص ۳۲۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۷۹

استدلال کرده‌اند که در مکاسب هم آمده است

... عن یحیی بن الحجاج عن خالد بن الحجاج قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام الرجل یجئ فیقول: اشترِ هذا الثوب، و ازبُحک کذا و کذا

(بخر و به من بفروش و من به تو سود می‌دهم)

، قال علیه السلام: ألیس ان شاء ترک، و إن شاء أخذ؟

(یعنی مشتری کار را تمام کرده یا مختار است، اگر می‌خواهد می‌خرد و اگر نخواهد نمی‌خرد)

قلت: بلی

(قرارداد نبسته)

، قال: لا بأس به أنما یحلّ

(یحلّ)

الکلام و یحرّم الکلام. «۱»

(اگر معامله را قبل از خریدن تمام می‌کرد درست نبود، چون

«لا بیع الا فی ملک»

ولی چون هنوز نفروخته، عیب ندارد)

در متن حدیث امام علیه السلام می‌فرماید:

«أنما یحلّ الکلام و یحرّم الکلام»

بنابراین نه تنها رضایت باطنی کافی نیست بلکه انشاء فعلی هم کافی نیست و باید کلام باشد، یعنی حلّیت و حرمت عقود به کلام

است، انشاء عقد ازدواج به کلام است و طلاق هم به کلام است...

پس این روایت با روایات سکوت در باب بکر و روایات سکوت باب عیید و اماء در تعارض است.

قلنا: چه کلامی است که حلال می‌کند و چه کلامی است که حرام می‌کند؟ یعنی اگر قبلاً انشاء بیع کردی، حرام است ولی اگر

مقاله کردی حلال است؟ این عبارت چهار احتمال دارد که احتمال اساسی این است که حدیث هیچ ارتباطی به بحث ما ندارد.

۶۶ ادامه مسئله ۱۹ ... ۷۹ / ۱۱ / ۹

سند حدیث:

در سند روایت، قبل از «خالد بن حجاج»، «یحیی بن حجاج» است که هر دو برادرند و ثقه، و بقیه رجال سند هم خوب است. بعضی می‌گویند که اگر یحیی بن حجاج باشد روایت حسنه است در حالی که مرحوم علامه در خلاصه و مرحوم نجاشی او را توثیق کرده‌اند، شاید این که گفته‌اند حسنه است به خاطر این است که اول سند در حدیث کافی و تهذیب «علی بن ابراهیم» عن ابیه دارد که «ابراهیم بن هاشم» محل بحث است؛ ولی ما معتقدیم که او از ثقات است. پس اگر سند حدیث «یحیی بن حجاج» عن «خالد بن حجاج» باشد این سند درست است، در مورد «ابراهیم بن هاشم» تعبیر به ثقه نیست ولی تعابیری در مورد اوست که از ثقه بودن بالاتر است.

لکن الانصاف: این روایت نسخه بدل دارد و به جای «خالد بن حجاج»، «خالد بن نجیح» دارد، که مجهول الحال است. پس سند روایت مردد است و قابل اعتماد نیست.

دلالت حدیث:

احتمالات زیادی در جمله

«أما يحل الكلام و يحرم الكلام»

که در ذیل روایت است وجود دارد، صاحب جواهر و شیخ انصاری چهار احتمال را متذکر شده‌اند و ما هم می‌توانیم دو احتمال دیگر اضافه کنیم.

احتمال اول: چیزی که حلال و حرام را درست می‌کند انشاء لفظی است (الانشاء اللفظی فی ابواب العقود یحلل و یحرم) که هم معاطات را خراب می‌کند و هم اجازه فعلی را در باب فضولی، صاحب وسایل می‌فرماید: فیهِ دلالة علی عدم انعقاد البیع بغير صیغة فلا یكون بیع المعاطاة معتبراً، فتدبر. (۲)

جواب: اگر این حدیث را این گونه معنی کنیم هیچ ارتباطی با صدر روایت پیدا نمی‌کند، چون صدرش می‌پرسد که بیع این دلیل چگونه است؟ حضرت در جواب می‌فرماید: آنچه عقد را صحیح می‌کند انشاء لفظی است. بله اگر این حدیث فقط همین عبارت را داشت، این احتمال بود، ولی در اینجا بین صدر و ذیل حدیث ارتباطی نیست.

احتمال دوم: کلام واحد در بعضی از مقامات حلال می‌کند و در بعضی از مقامات حرام می‌کند، این معنی با صدر حدیث مربوط می‌شود یعنی اگر قبل از خریدن، انشاء بکند، حرام می‌کند و اگر بعد از خریدن انشاء کند، حلال می‌کند.

جواب: اولاً دلالتی بر بحث ما و بحث معاطات ندارد یعنی روایت ندارد که حتماً عقود باید با لفظ باشد و روایت این را نمی‌رساند که عقد لفظی لازم است و ثانیاً انشاء قبل از خریدن باعث حرام شدن نمی‌شود و اگر حرام بوده از قبل حرام بوده

(لا بیع الا فی ملک)

، چون معامله حاصل نشده و مالک نشده است، پس این مسامحه است.

احتمال سوم: کلامها مختلف است، بعضی از کلامها موجب حلّیت و بعضی موجب حرمت است، مثلاً در عقد نکاح اگر با لفظ «أنکحت» باشد، حلال است، و اگر با لفظ «بعت» باشد حرام است.

جواب: اولاً: ارتباطی به صدر روایت ندارد چون صدر کاری به الفاظ مختلف ندارد بلکه با انشاء کردن و نکردن کار دارد و ثانیاً

«بعث» به جای «انکحت» سبب حرمت نمی شود بلکه بی اثر است (از قبل حرام بوده است) پس بعث اثر نکرده، و این که بگوئید این کلام

(۱) وسائل، ج ۱۲، ح ۴، باب ۸ از ابواب احکام العقود.

(۲) وسائل، ج ۱۲، ص ۳۷۶، پاورقی.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۰

سبب حرمت می شود مسامحه است.

احتمال چهارم: کلمات مختلف است و این کلام کنایه از مقوله است (یعنی گفتگوی مقدماتی دلال) اما إنشاء البیع قبل از خرید دلال باعث حرمت می شود، پس انشاء موجب حرمت است و مقوله باعث حرمت نیست، در این صورت ذیل با صدر به خوبی سازگار است.

جواب: نه مقوله باعث حلیت می شود و نه انشاء بیع باعث حرمت، آن چیزی که سبب حلیت است انشاء بعدی است نه مقوله و این مسامحه است کما این که در

«یحرم الکلام»

هم انشاء قبلی موجب حرمت نیست بلکه بیع ملک غیر است

(لا بیع الا فی الملک)

که سبب حرمت می شود و این تعبیر هم مسامحی است و انشاء قبلی بی خاصیت است.

احتمال پنجم: کلام یعنی انشاء (به قرینه مقام) یعنی در نکاح انشاء نکاح حلال می کند و در طلاق انشاء طلاق حرام می کند، در باب بیع انشاء است که حلال می کند و انشاء فسخ است که موجب حرمت می شود، بنابراین امام می فرماید انشاء که نکرده اند پس حلال است.

احتمال ششم: کلام به معنی انشاء است، «یحل» یعنی متاع را برای مشتری حلال می کند و ثمن را برای بایع، و از آن طرف متاع را برای بایع حرام می کند و ثمن را برای مشتری، پس در یک معامله واحد چیزی برای بایع حلال می شود و چیز دیگری حرام، و همینطور در ناحیه مشتری. در احتمال قبلی حلال در یک عقد و حرام در عقد دیگر بود ولی در این احتمال حلال و حرام هر دو در یک عقد است. پس اگر بخواهیم حدیث را درست کنیم باید کلام در حدیث به معنی انشاء باشد.

جمع بندی:

روایت تنها با تفسیر پنجم و تفسیر ششم هماهنگ است و در هر دو تفسیر کلام به معنی انشاء است در این صورت دلالتی بر بحث ما ندارد، چون امام در مقام بیان این نیست که انشاء باید لفظی باشد، بلکه می خواهد بگوید که صحبت های قبلی موجب حرمت نیست، پس نه در باب معاطات و نه در ما نحن فیه به این روایت نمی توان تمسک کرد.

[مسأله ۲۰: لا يعتبر فی وقوع العقد فضولاً قصد الفضولیة و لا الالتفات الیها]

اشاره

مسأله ۲۰: لا یتبر فی وقوع العقد فضولیاً قصد الفضولیة و لا الائتفات الیهما، بل المدار فی الفضولیة و عدمها هو کون العقد بحسب الواقع صادراً عن غیر من هو مالک للعقد و ان تخیل خلافه، فلو تخیل کونه ولیاً أو وکیلاً و أوقع العقد فتبین خلافه کان من الفضولی و یصح بالاجازة، كما أنه لو اعتقد أنه لیس بوکیل و لا ولیاً فأوقع العقد بعنوان الفضولیة فتبین خلافه صحَّ العقد و لزم بلا توقّف علی الاجازة مع فرض مراعاة المصلحة.

عنوان مسأله:

آیا فضولی باید قصد فضولیت و اصیل قصد اصالت کند یا این قصد لازم نیست؟ همچنین آیا لازم است که اصیل عالم به اصالت و فضول، عالم به فضولیت باشد؟

ثمره بحث:

کسی وکالت دارد (اصیل) ولی نمی داند یا فراموش کرده یا به او خبر داده نشده است، عقدی جاری کرده به گمان این که فضولی است ولی در واقع اصیل بوده است، اگر قصد و علم را لازم ندانیم، عقد او صحیح است «لأنه صدر من اهله و وقع فی محلّه» و عکس این مسأله هم صادق است یعنی فکر می کرد که مالک است و زمین را فروخت بعد معلوم شد که ملک او نیست «فهذا یكون عقداً فضولياً یصح بالاجازة». پس اگر قصد و علم به فضولیت و اصالت را شرط ندانیم، آن جائی که فکر می کرد فضولی بوده ولی در واقع اصیل بوده، لا- یحتاج الی الاجازة و اگر فکر می کرد که اصیل بوده ولی در واقع فضولی بوده، العقد یحتاج الی الاجازة، و اگر علم و قصد را لازم بدانیم در این صورت عقد باطل است.

اقوال:

این مسأله در کلمات متقدمین عنوان نشده و در بین متأخرین مطرح شده است و از اولین کسانی که این مسأله را مطرح کرده محقق نراقی است. خلاصه عبارتش چنین است:

هل یشرط فی صحّة الفضولی قصد کونه فضولياً (فقط قصد را گفته و علم را نگفته) أو عدم قصد کونه بالاختیار، ام لا-؟ (بعد مقداری از ثمره بحث را بیان می کند ...). الظاهر الاخیر (عدم اعتبار القصد) لاطلاقات اخبار الفضولی «۱».

بعد از ایشان مرحوم صاحب عروه «۲»، و مرحوم صاحب جواهر و شارحین عروه مثل آقای حکیم در مستمسک و آقای خوئی در مستند در این باره بحث کرده اند. مرحوم آقای حکیم در ذیل این مسأله بحث کوتاهی دارد، می فرماید:

(۱) مستند، ج ۱۶، ص ۱۷۹.

(۲) عروه، ج ۲، ص ۸۷۱، مسأله ۲۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۱

هذا ممّا لا ینبغی الاشکال فیه. و فی الجواهر: القطع به، (قصد لازم نیست) لاطلاق الأدلّة. انتهى. و قد یقتضیه صحیح محمّد بن قیس الوارد فی بیع ولد المالك جاریهً أبیه بغیر اذنه بناءً علی ظهور کون البیع لاعتقاد کونه ولیاً علی البیع کابیه «۱». (فکر می کرده که اصیل است)

و من العجب بعضی از شارحین تحریر الوسيله عین این عبارت را در شرح عبارت تحریر آورده اند، بدون این که نام بیرند از کجا

نقل کرده‌اند.

ادله:

۱- تحلیل معنی فضولی و اصیل:

ریشه مسأله را باید در این عبارت که «آیا فضولیت و اصالت از عناوین قصدیّه است یا نه؟» پیدا کرد، چیزهائی داریم که از عناوین قصدیّه است، مثل هبه که تا قصد آن را نکند، هبه نمی‌شود. اما ملاقات با نجاست از عناوین قصدیّه نیست و وقتی که ملاقات با نجس کرد، نجس می‌شود. آیا فضولیت و اصالت از عناوین قصدیّه است؟ علاوه بر این، آیا علم، در موضوع فضولیت و اصالت اخذ شده است؟ چه بداند و چه نداند، عقد غیر مالک، فضولی است و عقد مالک اصیل است. وقتی به ادله رجوع می‌کنیم در جائی نمی‌بینیم علم یا قصد در موضوع فضولی یا اصیل اخذ شده باشد، بلکه یک واقعیت خارجیّه است که «اذا صدر عن المالك اصیل و اذا صدر عن غیر المالك فضولی».

۲- اطلاقات روایات فضولی:

اطلاقات می‌گوید روایات فضولی عقدی که از غیر مالک سر زده، اگر اجازه، بعدش بیاید، به هر نیتی که فضولی انجام داده صحیح است و امام نپرسیده که آیا نیت کرده یا نه، علم داشته یا نه؟ و یا عموی دختر، عقدی برای دختر خوانده، امام فرمود صحیح است، و نپرسید که آیا قصد بوده یا نه، علم بوده یا نه و فرمود عقد فضولی با اجازه صحیح است.

ان قلت: در صحیح محمد بن قیس «۲» معنی عبارتی که می‌گوید

«باعها ابن سیدها و ابوه غائب»

این است که خودش را اختیاردار می‌داند؟

قلنا:

«ابوه غایب»

نشان می‌دهد که خودش را مالک نمی‌داند، چون وقتی پدرش غائب است این کار را می‌کند، پس اگر ظهور در عدم نداشته باشد، ظهور در صاحب اختیار بودن پسر (که گمان می‌کرده، مالک است) ندارد، زیرا کدام بچه خود را مالک اموال پدر می‌داند، پس تمسک به این روایت که آقای حکیم و بعضی از شارحین تحریر الوسیله به آن استدلال کرده‌اند، درست نیست.

ان قلت: اگر شخص خیال می‌کرد که فضولی است و جنسی را فروخت، یا عقد زوجیتی را برقرار کرد، بعد معلوم شد که مالک بوده است، در اینجا باید به او بگوئیم خیال تو تأثیری ندارد و تو واقعاً مالک و اصیل بودی.

آیا در اینجا مالک نمی‌تواند بگوید من فکر می‌کردم که عقد تمام نیست و برای مالک مجال وسیع است تا استشاره و استخاره کند و من اگر می‌دانستم که عقد تمام می‌شود، این عقد را نمی‌خواندم.

آیا می‌توانیم بگوئیم تو اصیل بودی و خیال تأثیری ندارد و بگوئیم «العقد عقدک أوفوا بعقودکم»؛ آیا عقلا این عقد را صحیح می‌دانند و او را ملزم به عقد می‌کنند؟

قلنا: بسیار بعید است که این مسئله عقلانی باشد و «أوفوا بعقودکم» شامل او شود. او به گمان این که عقد دیگری است، این عقد را

خواننده است و شاهد بر این معنی وجدان عقلائی است و اگر شک کنیم که درست است یا نه اصالةً الفساد جاری می‌کنیم، اگر این اشکال درست شود نتیجه‌اش این است که در فضولی علم لازم نیست، ولی در اصیل باید به اصالت علم داشته باشد، چون اصیل تعهداتی دارد و فضولی تعهدی ندارد، پس این عقد را چون عقد خودش نمی‌داند، «عقود کم» نیست.

نتیجه:

در مسأله باید قائل به تفصیل شویم و بگوئیم در فضولیت علم و قصد شرط نیست ولی در اصالت حد اقل علم لازم است چون عقود کم در جایی است که آگاهانه عقد بخواند.

[مسئله ۲۱ (فی من یتوقف زوجیتہ علی اجازتہ)]

اشاره

۶۸ مسئله ۲۱ (فی من یتوقف زوجیتہ علی اجازتہ ...) ۱۱ / ۱۱ / ۷۹

مسألة ۲۱: ان زوج صغیران فضولاً فان اجاز و لیہما قبل بلوغہما أو اجازا بعد بلوغہما أو بالاختلاف بان اجاز ولی احدہما قبل بلوغه و اجاز الآخر بعد بلوغه ثبت الزوجیة و یترتب جمیع احکامہا، و ان ردّ ولیہما قبل بلوغہما أو ردّ ولی احدہما قبل بلوغه أو ردّا بعد بلوغہما أو ردّا احدہما بعد بلوغه أو ماتا أو مات احدہما قبل الاجازة بطل العقد من اصله بحيث لم یترتب علیہ اصلاً، من توارث و غیره من سائر الآثار، نعم لو بلغ احدہما و اجاز ثم مات

(۱) مستمسک، ذیل مسئله ۲۴، ج ۱۴، ص ۵۰۳.

(۲) ح ۱، باب ۷۷ از ابواب نکاح عبید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۲

قبل بلوغ الآخر و اجازتہ، یعزل من ترکته مقدار ما یرث الآخر علی تقدیر الزوجیة، فان بلغ و اجاز یدفع الیه لکن بعد ما حلف علی أنّه لم تکن اجازتہ للطمع فی الارث، و ان لم یجز أو اجاز و لم یحلف علی ذلک لم یدفع الیه بل یرد الی الورث، و الظاهر انّ الحاجة الی الحلف انما هو فیما اذا کان متھماً بانّ اجازتہ لاجل الارث، و اما مع عدمه کما اذا اجاز مع الجهل بموت الآخر أو کان الباقی هو الزوج و کان المهر اللّازم علیہ علی تقدیر الزوجیة ازید ممّا یرث یدفع الیه بدون الحلف.

عنوان مسأله:

بحث در این است که فضولی صغیرین را به عقد هم در آورده و مصلحت هم رعایت شده است، اگر یکی از اینها بالغ شود و بگوید من به این عقد راضی هستم و از دنیا بروم، دومی هم بعد از بلوغ اجازه دهد، در این صورت بعد از حلف، از اولی ارث می‌برد، یا به تعبیر دیگر اولی که از دنیا رفت سهم ارث دومی را کنار می‌گذارند تا ببینند وقتی که بالغ شد اجازه می‌دهد یا نه؟ اگر اجازه داد، سهم ارث او را می‌دهند، ولی به شرط این که قسم یاد کند که اجازه این فضولی به خاطر طمع در ارث نبوده، به طوری که اگر اولی در قید حیات بود، آماده زندگی با او بود و اگر اجازه نداد، سهم او را نمی‌دهند.

صور مسأله:

اشاره

مرحوم امام در این مسأله تبعاً للعروة و عروه هم تبعاً للجواهر و جواهر هم تبعاً للمسالک، تمام شقوق عقد صغیرین را بیان می‌کنند، که مجموعاً هشت صورت است و آنچه را که گفتیم، صورت هشتم بود. هفت صورت اول واضح هستند و بحثی ندارد، ولی صورت ثامن محل بحث است. از هفت صورت، سه صورت صحیح و چهار صورت باطل است.

صور صحیحه:

- ۱- هنگامی که عقد فضولی به گوش ولین رسید و هر دو در حال صغر اجازه دادند، در این صورت این دو زن و شوهر هستند و تمام احکام زن و شوهر بین این دو نفر جاری است، چه صغیرین اجازه دهند و چه اجازه ندهند.
 - ۲- هر دو بالغ شوند و هر دو اجازه دهند، که در اینجا هم زوج و زوجه می‌شوند.
 - ۳- احدهما ولّیش در حال صغر اجازه دهد و دومی خود بالغ شود و اجازه دهد (زوج و زوجه تفاوت نمی‌کند) چرا این صور صحیح است؟
- قضایا قیاساتها معها، زیرا مشمول احکام گذشته می‌شود که ادله آن گذشت و روشن گردید و جای بحث ندارد.

صور باطله:

- ۱- هر دو ولی قبل از بلوغ رد کنند، در اینجا فضولی بعد از رد از بین می‌رود و امّا این که اجازه بعد از رد چه حکمی دارد قبلاً گذشت و فرض ما هم این است که بعد از بلوغ هم خودشان اجازه نداده‌اند.
- ۲- ولی احدهما قبل از بلوغ رد کند در این صورت اگر یکی اجازه دهد فایده ندارد چون نتیجه تابع اخصّ مقدمتین است.
- ۳- هر دو بالغ شوند و هر دو رد کنند.
- ۴- هر دو بالغ شوند و یکی از آنها رد کند. (فرقی نمی‌کند که کدام رد کند زوج یا زوجه).

صورت محلّ بحث:

جائی است که «احدهما بلغ فاجاز ثم مات» در اینجا سهم ارث دومی را کنار می‌گذارند تا بالغ شود و اگر اجازه کرد، بعد از قسم خوردن سهم ارث او را می‌دهند.

فرع مسأله:

در ذیل این مسأله یکی از فروع را امام ذکر می‌کند که خوب بود جداگانه می‌گفتند، می‌فرماید این قسم برای جائی است که شخص متهم باشد که بخاطر جیفه دنیا این ازدواج را قبول کرده است و امّا جائی که اتهام نیست، مثلاً خبر موت و خبر ارث به او نرسیده است می‌گوید «اجزّت» در اینجا به گمان زنده بودن اجازه داده است و جای اتهام نیست، پس قسم هم لازم نیست. یا اصلاً

ارثی ندارد، در اینجا نیز جای اتهام نیست. پس به طور کلی قسم در جایی است که اتهام باشد.

اقوال:

از کسانی که این مسأله را عنوان کرده‌اند، مرحوم آقای حکیم «۱»، آقای خوئی «۲»، صاحب جواهر «۳» و صاحب مسالک «۴» است. از کلمات این بزرگواران استفاده می‌شود که در مسأله مخالفی نیست: مرحوم آقای حکیم در مستمسک می‌فرماید: «بلا خلاف ظاهر».

ادله:

۱- قاعده:

طبق قاعده این عقد، عقد باطلی به نظر می‌رسد، زیرا گفتیم که فضولی یک عقد عقلایی است، در جایی که مثلاً زن ده سال قبل

(۱) مستمسک، ذیل مسئله ۲۹ عروه.

(۲) مستند، ذیل مسئله ۲۹ عروه.

(۳) جواهر، ج ۲۹، مسئله ۸ از ملحقات عقد نکاح، ص ۲۱۶.

(۴) مسالک، ذیل مسئله هشتم از ملحقات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۳

مرحوم شده و مرد می‌خواهد بعد از ده سال عقد را امضا کند، عقلاً این را نمی‌پذیرند، زیرا موضوع من احد الجانبین منتفی شده است و دیگر جای اجازه نیست. اگر روایت چنین عقدی را صحیح بدانند تعجباً می‌پذیریم، ولی از نظر قاعده، خلاف قاعده است و شبیه این است که خانه‌ای را فضولاً فروخته‌اند، بعد از چند سال که خانه خراب شده، می‌خواهد اجازه دهد، تا کرایه‌های سالهای قبل را بگیرد، و حال آن که خانه‌ای که ویران شده، چگونه خرید و فروش می‌شود، در حالی که منتفی شده است.

نکته: این که بعضی از بزرگان می‌فرمایند «لا خلاف» باید دید که آیا همه متعرض این مسأله شده‌اند و مخالفی نیست و یا اینکه بعضی متعرض نشده‌اند و لذا باید دید که سابقه مسأله، چگونه است.

۶۹ ادامه مسئله ۲۱ ... ۱۲ / ۱۱ / ۷۹

در باب عقد اصیل داریم که «من شرایط الايجاب و القبول بقاء الموجب و القابل علی الاهلیة الی آخر العقد» یعنی اگر موجب ايجاب کرد و محجور یا دیوانه شد، در این صورت بر اهلیت تا پایان عقد نبوده و عقد باطل است. در فضولی، موجب و قابل فضولی، جسمی از عقد را درست کرده‌اند و نمی‌توانند قرارداد حقیقی ایجاد کنند، زیرا قرارداد حقیقی بین مالکین عقد است و اجازه آنهاست که قرارداد واقعی است، پس صدق معاهده بدون اهلیت طرفین و یا اجازه طرفین درست نیست.

مرحوم نراقی چنین می‌فرماید:

«لأن الاصل عدم ترتب الاثر علی الاجازة بعد موت احد الطرفين، فان جريان ادلة صحة الفضولی الی مثل المقام غیر معلوم (ایشان می‌گویند که ادله صحت فضولی منصرف است به جایی که هر دو زنده باشند، ما می‌گوئیم از انصراف هم بالاتر است و اصلاً صدق عقود نمی‌کند).

... لعدم قبول المحل حين الاجازة للزوجية، و عدم تحقق الزوجية قبل الاجازة. ألا أنه ثبت بالنص الصحيح (خبر أبو عبيده) و غيره تأثير اجازة الحي الحاصلة بعد موت الآخر» (۱).

جمع زیادی از قدماء هم به وراثت و صحت اجازة بعد از موت فتوی داده‌اند.

نتیجه: اصل در میان عقلا- عدم صحت چنین عقدی است و اگر شک کنیم در صحت این عقد، اصله الفساد جاری می‌شود و عموماً هم شامل اینجا نیست، مگر اینکه دلیل روائی قوی پیدا کنیم تا چنین حکم خلاف عرفی را بدهیم.

۲- روایت:

اشاره

روایتی که در این باب به آن استدلال کرده‌اند، روایت صحیحه أبو عبيده است، سند روایت خوب است، ولی سند دیگری دارد که «سهل بن زیاد» در آن است و مشکل دارد و دو سند دیگر هم دارد که خوب است (حسن بن محبوب، از اصحاب اجماع و بقیه از ثقات هستند).

... عن ابی عبيده قال سألت أبا جعفر علیه السلام عن غلام و جاریه (صغیرین)

زوجهما ولیان لهما

(از ذیل روایت استفاده می‌شود که ولیان دو ولی شرعی نبوده‌اند، بلکه ولی عرفی بوده‌اند که فضولی بوده است) و هما غیر مُدرکین قال: فقال: النکاح جائزٌ ائیهما ادرک کان له الخيار فأن ماتا قبل ان یدرکا فلا میراث بینهما و لا مهر الا ان یکونا قد ادرکا و رضیا، قلت: فان ادرک احدهما قبل الآخر قال: يجوز ذلك علیه إن هو رضی، قلت فان کان الرجل (میت شوهر است و مسئله مُردن زن در اینجا نیست)

الذی ادرک قبل الجاریه و رضی النکاح ثم مات قبل ان تدرک الجاریه أ ترثه؟ قال: نعم یعزل میراثها منه حتی تُدرک و تحلف بالله ما دعاها، الی اخذ المیراث الا رضاها بالترویج ثم یدفع الیها المیراث و نصف المهر «... ۲»

۷۰ ادامه مسئله ۲۱ ... ۱۵ / ۱۱ / ۷۹

مشکلات حدیث:

۱- در آغاز حدیث می‌فرماید

«زوجهما ولیان لهما»

، اگر ولیان تزویج کرده‌اند، در این صورت فضولی نیست، پس از بحث ما خارج است. جواب: غالباً بزرگان مثل صاحب جواهر و صاحب وسایل جواب داده‌اند به این که ولی در اینجا ولی شرعی نیست، بلکه ولی عرفی است و شاهدش ذیل حدیث است که راوی می‌گوید

«قلت فان کان ابوها هو الذی زوجهما»

پس به قرینه ذیل، در صدر تصرّف می‌کنیم و می‌گوئیم ولی عرفی مراد است.

۲- امام می‌فرماید باید نصف المهر را داد با این که تنصیف مهر در طلاق است، یعنی اگر شوهر طلاق داد به مقتضای آیه «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا

(۱) مستند، ج ۱۶، ص ۱۹۱.

(۲) ح ۱، باب ۱۱ از ابواب میراث الازواج.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۴

فَرَضْتُمْ «... ۱» در صورت طلاق نصف است، ولی اگر شوهر مرحوم شد باید تمام مهر را بدهند و لو دخولی هم حاصل نشده باشد. در اینجا ادعای اجماع شده و قائل به نصف مهر شاذ است. روایات در مورد نصف مهر هم داریم، ولی روایاتی که تمام مهر را می گوید مشهور است و در مقام تعارض مقدم است، پس ذیل حدیث مشکل دارد.

جواب: مرحوم صاحب جواهر دو جواب می دهد که هیچ کدام از نظر ما قابل قبول نیست (صاحب جواهر، مسئله فضولین را در دو جا متذکر می شوند، یکی در ابواب نکاح «۲» و دیگری در ابواب میراث «۳») ایشان در ابواب میراث چنین می فرمایند:

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۲، ص: ۸۴

اولاً: اگر حجیت حدیث را در قسمتی بپذیریم مانع از رد حجیت حدیث در قسمت دیگر نمی شود و ثانیاً: شاید نصف دیگر مهر را قبلاً داده و نصف دیگر را الآن می دهد.

قلنا: هر دو جواب ناتمام است. مشکل جواب اول این است که حدیث واحد آن هم در یک حکم مرتبط به هم (ارث مال و ارث مهر) مطابق سیره عقلا نیست و حال آن که مهمترین دلیل حجیت خبر واحد سیره عقلاست.

و اما جواب دوم تکلف بسیار عجیبی است که نصف مهر را قبلاً داده باشد، چون دومی هنوز اجازه نداده و بالغ نشده، چگونه نصف مهر را داده است؟

پس این مشکل را به این صورت نمی توانیم حل کنیم، و اشکال به قوت خود باقی است.

۳- قسم برای چیست؟

مرحوم صاحب جواهر چنین می فرماید:

«طلب الیمین من المجیز مع ان القاعدة تقتضی عدمها منه لانه (مجیز) مصدق فی ما لا یعلم الا من قبله، (تیت خودش را می داند) بل لعل المتجه ترتب الحكم و لو كان الذي دعاه الى الرضا الرغبه فی الميراث، ضرورة تحقق الرضا و ان كان دعاه اليه الطمع.» «۴»

مردم کثراً با پولدارها به خاطر طمع در مال طرف مقابل ازدواج می کنند، و نمی توانیم بگوئیم که این ازدواج باطل است بلکه ازدواجهای مختلف داریم، ازدواج تجاری، سیاسی، الهی که اینها همه درست است. پس این حکم نه با مبانی عقلا سازگار است و نه نظیری در فقه دارد، چون در جایی در فقه نداریم که ارث یا زوجیت را با قسم ثابت کنیم. در مقابل این اشکال جوابی نمی توان داد مگر اینکه بگوئیم تعبد محض است که شارع می گوید قسمی خورده شود.

پس حدیث به خاطر حکم تنصیف مهر و این اشکال متزلزل می شود.

أضف الی ذلک: بعد از این که احد طرفین از قابلیت خارج شود زوجیت بین عقلا وجهی ندارد. این امور حجیت حدیث را متزلزل می کند چون خبر واحدی است که حجیت آن از جهاتی تزلزل پیدا کرده است.

اللهم الا ان یقال: اصحاب قدیماً و جدیداً به آن عمل کرده اند و لو نراقی و صاحب مسالک می گویند خلاف قاعده است؛ از جمله کسانی که به این روایت عمل کرده اند، شیخ طوسی در نهاییه، ابن حمزه در وسیله، یحیی بن سعید در الجامع للشرائع، علامه در تبصره و قواعد و شهید در دروس است که همه به آن فتوی داده اند.

نتیجه: از طرفی سند حدیث معتبر و عمل اصحاب به آن زیاد است و مخالفی هم ندارد (آیه الله سبزواری در مهذب ادعای اجماع می‌کند) و از طرف دیگر حدیث مشتمل بر مسائلی است که حجیت آن را متزلزل می‌کند، ما در اینجا برای اینکه هم مخالفت صریح با روایات نکرده باشیم و هم مخالفت با روشهایی که از ائمه یاد گرفته‌ایم نباشد، می‌گوئیم که ورثه با این شخص مصالحه کند (الاحوط المصالحه) زیرا فتوی به ارث مشکل است و نفی ارث خلاف اصحاب.

نکته: ظاهر عبارت حدیث انحصار است اگر

... «قلت فان كان الرجل ادرک الذی قبل الجاریة» ...

را صفت بگیریم، خبر ندارد و اگر خبر باشد، از آن استفاده حصر می‌شود (ای و ان كان الرجل هو الذی) ... و اگر حصر باشد عجیب‌تر می‌شود که اگر دختر زنده ماند و اجازه داد ارث می‌برد بخلاف جائی که پسر زنده بماند و اجازه دهد.

۷۱ ادامه مسئله ۲۱ ... ۱۶ / ۱۱ / ۷۹

فروع:

اشاره

مسئله فروعی دارد که از مسالک «۵» آنها را نقل می‌کنیم. امام هم بعضی از فروع را در مسئله ۲۱ و بعضی دیگر را در مسئله ۲۲ و ۲۳ آورده و بعضی را هم نیاورده است.

(۱) آیه ۲۳۷ سوره بقره.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۱۹.

(۳) جواهر، ج ۳۹، ص ۲۰۴.

(۴) جواهر، ج ۳۹، ص ۲۰۴.

(۵) مسالک، ذیل مسئله ۸ از ملحقات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۵

فرع اول: اگر تهمت (علاقه به ارث) در مورد اجازه دومی منتفی شود،

مثل آنجائی که خبر از موت اولی نداشته است و یا نفر دوم شوهر و مهریه سنگین‌تر از مال الارث است آیا دومی لازم است قسم بخورد؟

مرحوم شهید ثانی مسأله را بر این مبتنی می‌کند که آیا نفی تهمت از قبیل علت است یا حکمت؟ اگر از قبیل علت باشد، هرکجا تهمت هست، قسم هم هست و هرکجا تهمت نیست، قسم هم نیست، اما اگر از قبیل حکمت باشد، حکمت دائمی نیست، بلکه غالبی است. اگر به کسی گفته شد برای طلاق عدّه نگه‌دار، برای اینکه تداخل میاه می‌شود، این حکمت است نه علت، و لذا اگر شوهر چهار سال در مسافرت بوده، و زن می‌خواهد طلاق بگیرد باز باید زن عدّه نگه‌دارد، با این که تداخل میاه نیست. در ما نحن فیه مرحوم شهید می‌فرماید که علل الشرایع من قبیل الحکمۀ غالباً و اگر تهمت هم نباشد باید قسم بخورد.

قلنا: راه مسأله این نیست و کاری به علت و حکمت ندارد بلکه، بحث در این است که آیا روایت منصرف است به جائی که تهمت باشد یا منصرف نیست. ما می گوئیم این حدیث به دست هر عرفی داده شود، می گوید منصرف است به جائی که تهمت باشد، چون در جائی که تهمت نباشد، قسم لغو است چرا که روایت می فرماید

«ما دعاها إلى اخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج»

، جائی که عیان است چه حاجتی به قسم خوردن است! پس اطلاق انصراف دارد از چنین قسمی و مانند امام (ره) می گوئیم که اگر تهمت منتفی شود جائی برای قسم نیست.

فرع دوم: اگر خودداری کرد و قسم نخورد

(اجازه و لم یحلف) و بعد فوت کرد آیا این اجازه نقشی دارد؟

قد يقال: این اجازه دلیل بر کمال عقد است و چون عقد کامل شده است بنابراین ارث می برد.

قلنا: این خلاف نص است چون نص می گوید «یحلف» پس شرط آن حلف است و اگر شرط حاصل نشد، مشروط حاصل نمی شود. بله اگر احتمال قسم خوردن بدهیم در اینجا باید صبر کنیم تا قسم بخورد، البته باید ملاحظه ورثه هم بشود که آنها هم متضرر نشوند.

فرع سوم: دختر اجازه داد و از دنیا رفت، سپس پسر اجازه داد؛ ولی قسم نخورد

در اینجا مال الارث را به او نمی دهیم؛ ولی آیا او باید مهریه را بدهد؟

مرحوم شهید می فرماید فیه وجهان:

الاول: مهریه فرع نکاح است و نکاح هم متوقف بر یمین است، حالا که قسم نخورد نه ارث می برد و نه مهر می دهد.

الثانی: مهر را بدهد و ارث را نگیرد چون اجازه از قبیل

«اقرار العقلاء علی انفسهم»

و اقرار به ثبوت حق است و مهر هم که بر علیه اوست و باید مهر را بدهد ولی ارث نمی برد، چون علیه دیگری است مگر اینکه قسم بخورد و تهمت از بین برود. مرحوم شهید ثانی احتمال دوم را اختیار می کند.

قلنا: در مقام ثبوت و واقع، مهریه و ارث از هم جدا نیستند، اگر هست، هر دو هستند و اگر نیست، هیچ یک نیستند ولی در مقام اثبات احکام جدا می شوند، به مقتضای اقرار مهر ثابت می شود؛ ولی ارث نمی برد. نظیر این مسأله در ابواب مختلف فقہ وجود دارد و احکام ظاهریه تفکیک پیدا می کنند، مثلاً اگر بعد از نماز شک در وضو کند، قاعده فراغ می گوید نماز او صحیح است؛ ولی برای نماز بعدی باید وضو بگیرد، پس وجه ثانی اختیار می شود.

فرع چهارم: نص روایت در مورد تزویج صغیرین است، آیا در کبیرین هم همین حرف می آید؟

مثلاً دو نفر فضولی عقدی برای کبیرین خوانده اند، خبر به یکی رسید و اجازه داد و بعد از دنیا رفت، بعد خبر به دومی رسید و اجازه

داد، آیا همان حرفهائی که در صغیرین بود در اینجا هم هست؟ آیا ارث می برد؟ آیا قسم بخورد؟

مورد نص صغیرین است ولی در کبیرین دو وجه است:

الأول: تعدی کنیم «لتساویهما فی کون العقد فضولياً» به عبارت دیگر در مورد صغیرین الغاء خصوصیت کنیم و در کبیرین هم قائل شویم.

الثانی: عدم تعدی که صاحب مسالک چنین می‌فرماید: «و من أن فی بعض احکامه ما هو خلاف الاصل فیتصر علی مورد و هذا اقوی»

قلنا: وقتی اصل مسأله دست‌انداز داشته باشد فروع آن هم مشکل دارد، ما اصل قضیه را به زحمت (تعبداً) پذیرفتیم ولی اینجا را نمی‌پذیریم و اقتصار بر مورد می‌کنیم.

فرع پنجم: عاقد در احد طرفین ولی و در طرف دیگر فضولی است،

مثلاً دو صغیر را یک طرف ولی عقد خوانده و طرف دیگر را فضولی، صغیر در طرف ولی کبیر شده و فوت کرد یا پیش از کبیر شدن فوت کرد (چون ولی او اجازه داده است تفاوتی ندارد) و طرف دیگر (فضولی) کبیر شد و اجازه داد، آیا این مورد نیز ملحق به احکام حدیث است؟

در اینجا نیز دو وجه جاری است، منتهی مرحوم شهید در

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۶

مسالک با قوت می‌گوید اقوی این است که این صورت را ملحق کنیم به قیاس اولویت، چون این مورد اولی از مورد نص است، زیرا مورد نص هر دو فضولی بودند ولی در اینجا یک طرف اصیل است. پس قیاس اولویت قطعیه است و اشکال ندارد و قیاسی که لیس من مذهبنا قیاس ظنی است.

قلنا: حکم به اولویت قطعی قابل تأمل است، ما واقع را نمی‌دانیم و حکم تعبدی است، و اساس آن، «نمی‌دانیم» است پس چگونه تعدی کنیم، شاید حکمتی است که فقط در فضولین می‌آید.

فرع ششم: اگر هر دو بالغ باشند منتهی یکی اصیل و دیگری فضولی،

یکی بعد از خواندن عقد از دنیا رفت و طرف دیگر بعد از اطلاع اجازه داد آیا این را هم به نص ملحق کنیم؟ در اینجا باز بعضی خواسته‌اند که دو وجه درست کنند، یک وجه قیاس اولویت است چون یک طرف اصیل است، وجه دیگر این است که خروج از مورد نص است.

قلنا: چون نص در مورد صغیرین و این فرع در مورد کبیرین است و حکم تعبدی است، لذا در اینجا نیز مانند مورد سابق احکام حدیث جاری نمی‌شود.

[مسأله ۲۲ (ترتیب الآثار الاخر علی الحلف)]

اشاره

مسأله ۲۲: كما یترتب الإرث علی تقدیر الاجازة و الحلف یترتب الآثار الاخر المترتبة علی الزوجية ایضاً من المهر و حرمة الام و البنات و حرمتها (زوجه‌ای که زنده مانده است)
 علی اب الزوج و ابنه ان كانت الزوجة هی الباقية و غیر ذلك (اگر برادر و خواهر رضاعی داشتند)،
 فیترتب جميع الآثار علی الحلف فی الظاهر علی الاقوی (چون حلف مربوط به مقام اثبات و ظاهر بود).

عنوان مسأله:

این مسأله با مسئله قبل مرتبط است و از فروع آن است. محتوای مسأله این است که گفتیم با اجازه و حلف، مهر و ارث (دو اثر از آثار زوجیت) مترتب می‌شود، آیا سایر آثار مانند محارم سببی هم بر آن مترتب می‌شود؟ فرض مسأله جایی است که دختر بالغ شد و اجازه داد و از دنیا رفت، پسر وقتی اجازه داد، مادر آن دختر امّ الزوجة اوست و بر او حرام است، همچنین دختران آن مرحومه هم بر او حرام می‌شود.

اقوال:

کسانی که متعرض این مسأله شده‌اند، بیشتر معاصرین و من یقارب عصرنا هستند و قدما کمتر اشاره‌ای به این مسأله کرده‌اند، از جمله کسانی که متعرض شده‌اند، صاحب عروه است و مطلب اضافه‌ای هم دارد که امام (ره) نگفته‌اند:
 «الظاهر ترتب هذه الآثار بمجرد الاجازة من غیر حاجة الی الحلف (قسم برای ارث و مهر است و این آثار قسم نمی‌خواهد) فلو اجاز و لم یحلف مع کونه متهماً لا یرث و لکن یرتب سائر الاحکام». (۱)
 در اینجا جمعی از محشین عروه قائلند که حلف باید باشد و اگر نباشد، آثار دیگر هم مترتب نمی‌شود. آقای حکیم چنین می‌فرماید:
 «هذا ممّا لا اشکال فیه، لکونه ظاهر الصحیحة المتضمنة لثبوت الزوجية بعد الحلف» (۲)

نکات:

۱- اگر اجازه آمد و قسم هم آمد به چه دلیل سایر آثار مترتب می‌شود؟

الف- کسانی که این زوجیت را موافق قاعده می‌دانند: چون موافق قاعده است باید آثار دیگر هم بر آن مترتب شود.
 ب- کسانی که مسأله را تعیّد محض و خلاف قاعده می‌دانند (مختار ما): سایر آثار جای بحث دارد (چه طبق مبنای کشف و چه نقل) و هذا تبعاً مخصوص بالارث و المهر و تا آنجائی که صحیحه گفته ما هم می‌گوئیم و زائد بر آن را چون خلاف قاعده است نمی‌گوئیم.

اللهم الا ان ینقال: ظاهر صحیحه این نیست که ارث یا مهر بدهید، بلکه می‌گوید زوجیت حاصل است
 «فتحلف بالله ما دعاها الی اخذ المیراث الا رضاها بالتزویج»

یعنی قسم که می‌خورد زوجیت روشن می‌گردد و ارث و مهر ثابت می‌شود، از این تعبیر معلوم می‌شود که امام می‌خواهد بفرماید بعد از اجازه و قسم زوجیت حاصل شده است و ارث و مهر می‌برند و سایر آثار هم چون زوجیت هست، مترتب می‌شود. ولی ما بخاطر اینکه در اصل مسأله احتیاط کردیم در اینجا هم در سایر آثار باید احتیاط کنیم.

۲- آن چه که عروه داشت و می‌فرمود «قسم هم نخورد سایر آثار مترتب است

چون این حکم موافق قاعده است، پس زوجیت حاصل است و تمام آثار مترتب می‌شود و فقط مهر و میراث است که قسم می‌خواهد، این قول دو اشکال دارد:
اولاً: موافق قاعده نیست بلکه مخالف قاعده است و لذا تا قسم

(۱) عروه، ج ۲، ص ۸۷۳، مسئله ۳۰ از احکام عقد.

(۲) مستمسک، ج ۱۴، ص ۵۱۲، ذیل مسئله ۳۰ عروه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۷

نیاید هیچ اثری مترتب نیست.

ثانیاً: بر فرض هم موافق قاعده باشد، در اینجا شارع می‌گوید زوجیت بدون قسم حاصل نمی‌شود، که ارث با قسم حاصل می‌شود، پس تا قسم نیاید این اجازه جدی نیست و بدون اجازه، عقد مشکوک است و بر این عقد مشکوک هیچ اثری مترتب نمی‌شود. پس مهر و ارث از سایر آثار جدا نیست و تفکیکی که صاحب عروه و بعضی محشّین قائل شده‌اند، درست نیست. اصل مسأله عجیب و تفکیک بین آثار، عجیب‌تر است.

۳- اگر زن اجازه داد و از دنیا رفت و شوهر بعداً اجازه داد، مادر زن و دختر زنِ مرحوم، بر او حرام می‌شود.

در مادر زن بحثی نیست و بعید نیست، اما زوجه از کجا دختر دارد او که صغیر بوده است؟ بر فرض هم دختر داشته باشد (ربیبه)، به مجرد ازدواج حرام نمی‌شود بلکه بعد از دخول به ام، حرام می‌شود.

یکی از این دو اشکال بر مبنای کسانی که این زوجیت را موافق قاعده می‌دانند، قابل جواب است و آن این است که مسأله توسعه داده شد و گفته شد که در ناحیه کبیرین هم می‌آید بنابراین چنین فرض می‌شود که دختر قبلاً ازدواج کرده و دختری دارد و طلاق گرفته (زنی مانده و ربیبه‌ای) فضولی این زن را برای یک مرد کبیر عقد کرده، زن، عقد دوم را اجازه داد و مرحوم شد، شوهر نیز اجازه داد در اینجا هم مادر این زوجه حرام شد و هم، ربیبه موجود است، ولی اشکال دوم (ربیبه به مجرد ازدواج، حرام نمی‌شود، بلکه دخول لازم است) باقی است. مرحوم آقای خوئی با قوت و قدرت فتوی می‌دهد که «انّ هذا من سهو القلم جزماً». پس بنت زوجه (ربیبه) تصور نمی‌شود، چون فرض مسأله در این است که دخول حاصل نشده است.

ان قلت: ممکن است قبل از اجازه، وطی به شبهه‌ای در اینجا واقع شده باشد، و وطی به شبهه از قبیل عقد است پس دخول حاصل شده است.

قلنا: در این صورت حرمت از ناحیه وطی به شبهه است، ما می‌خواهیم اجازه باعث حرمت شود، نه وطی شبهه، و باید دخول بعد از اجازه باشد، مگر طبق مبنای کشف بگوئیم، آن وقت که وطی شبهه شد، وطی به زوجه بوده است و شاید بعضی از بزرگان که اینجا را حاشیه زنده‌اند، آن را با وطی شبهه توأم با مبنای کشف توجیه کرده‌اند.

ان قلت: وقتی اجازه داد، این اقرار به مهر است و بنابراین از باب اقرار باید مهر را بدهد و لو قسم هم نخورد، و حال آنکه بعضی اشکال می‌کنند، که اجازه انشاء، و اقرار اخبار است، چگونه اجازه به منزله اقرار می‌شود؟

قلنا: طبق مبنای کسانی که عقد را مطابق قاعده می‌دانند، گامی در کنار انشاء به دلالت التزامی اخباری وجود دارد، وقتی اجازه کرد،

یعنی به دلالت التزام، قبول کرده (قبلت به اینکه ذمه اش مدیون این مهر است)، پس به دلالت التزامی انشاء دلالت بر اقرار می کند.

[مسئله ۲۳ الظاهر جریان هذا الحكم (اجازه و قسم خوردن برای ارث) فی کل مورد، مات من لزم العقد من طرفه و بقى من يتوقف زوجيته علی اجازته]

اشاره

۷۳ مسئله ۲۳ (فروع فی الاجازه ...) ۱۹ / ۱۱ / ۷۹

مسئله ۲۳: الظاهر جریان هذا الحكم (اجازه و قسم خوردن برای ارث)

فی کل مورد، مات من لزم العقد من طرفه و بقى من يتوقف زوجيته علی اجازته، كما اذا زوج احد الصغیرین الولی (یک طرف اصیل باشد)

و زوج الآخر الفضولی فمات الاوّل (قبل از بلوغ یا بعد از بلوغ)

قبل بلوغ الثانی و اجازته بل لا یبعد جریان الحكم فیما لو كانا کبیرین فاجاز احدهما و مات قبل موت الثانی و اجازته (موت ثانی دخالتی در مسأله ندارد)،

لکن الحلف مبنی علی الاحتیاط كالحلف فی بعض الصور الاخر.

توضیح: این فرع در توضیحات مسئله ۲۱ تحریر از صاحب مسالك بیان گردید منتهی اضافه ای که ایشان دارد این «لکن» است که ممکن است در این صورت (فیما لو كانا کبیرین) بگوئیم قسم لازم نیست، حتی در صورت قبل هم بگوئیم قسم لازم نیست، چون حلف خلاف قاعده است و در مورد صغیرین است.

باید توجه داشت که این بحثها طبق مبانی کسانی است که اصل مسأله را اجازه می دهند ولی ما تعبداً پذیرفتیم و در اصل مسأله اشکال داشتیم و از آن به فروع دیگر تعدی نمی کنیم.

ریشه مسأله:

آیا اصل مسئله صغیرین علی القاعده است یا مخالف قاعده؟

اگر مخالف قاعده بدانیم تعدی مشکل است و فروع دیگر مسأله هم در دسر دارد و لذا گفتیم تعدی ممکن نیست، چون یک طرف مرحوم شده و چنین عقدی عقلائی نیست و طرفین عقد باید زنده باشند، اما اگر گفتیم طبق قاعده است (حتی اگر روایت هم نباشد طبق مبنای کشف بعد از اجازه عقد درست است)، در این صورت معنایش این است که کبیرین هم مانند صغیرین است. همچنین است جائی که احدهما اصیل باشد (مثل جائی که ولی عقد صغیر را خوانده) و دیگری فضولی باشد، پس کاری به حدیث ندارد، بلکه حدیث ابو عبیده حلف را تحمیل کرده است و چون اصل مسأله و

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۸

حدیث موافق قاعده و حلف خلاف قاعده است، لذا فروعی که در متن حدیث است، حلف لازم دارد، اما فروعی که در حدیث نیست حلف لازم ندارد.

قلنا: بین این قول و قول ما خیلی فاصله است، ما می گفتیم اصل مسأله خلاف قاعده است و قسم تعبدی است، ولی این گروه می گویند که طبق قاعده است و قسم خلاف قاعده است.

بقی هنا شیء:

یکی از آثار، عدّه وفات است، آیا در اینجا عدّه وفات هست؟

مثلاً صغیرین را فضولیین به عقد هم در آوردند، صغیر اوّل که زوج بود اوّل ماه رمضان بالغ شد و اجازه داد و در نیمه ماه رمضان هم مرحوم شد، زوجه که صغیره بود اوّل ماه شوّال بالغ شد و اجازه داد، آیا عدّه وفات نگه دارد؟ (در عدّه وفات دخول شرط نیست و عدّه وفات، حریم زوجیت است) و اگر نگه دارد چه مدّت؟ مبدأ عدّه از زمان وفات زوج است (نیمه ماه رمضان) یا از زمان اجازه دادن (اوّل ماه شوّال)؟

قلنا: بنا بر قول به نقل، از روز اجازه باید عدّه نگه دارد (البته اصل مسأله که آیا با قول نقل می‌سازد یا نه محلّ بحث است) و اما بنا بر قول کشف، عدّه از همان زمان مرحوم شدن زوج است. پس عدّه هم یکی از آثار عجیب این مسأله است.

[مسأله ۲۴ (إنّ العقد لازم بالنسبة الی المباشرة)]

اشاره

۷۴ مسئله ۲۴ (إنّ العقد لازم بالنسبة الی المباشرة ...) ۲۳ / ۱۱ / ۷۹

مسأله ۲۴: اذا كان العقد فضولياً من احد الطرفين كان لازماً من طرف الاصيل، فلو كان (اصیل) هی الزوجه لیس لها أن تتزوج بالغير قبل أن یرد الآخر العقد و یفسخه، و هل یثبت فی حقه تحریم المصاهرة قبل اجازه الآخر و ردّه، فلو كان (اصیل)

زوجاً حرّم علیه نکاح امّ المرأة و بنتها و اختها (اگر اصیل زوج باشد، آیا ازدواج با مادر زن و خواهر زن و دختر زن حرام است؟) و الخامسة ان کانت هی الرابعه؟ (آیا اگر این نکاح مورد چهارمی باشد، نمی‌تواند پنجمی را عقد کند) الاحوط ذلک (ای الحرمة)

و ان كان الاقوی □ خلافه (اقوی عدم حرمت محرّمات بالمصاهرة است و احتیاط استجابی است).

عنوان مسأله:

آیا اگر عقد از یک طرف اصیل و از طرف دیگر فضولی باشد، اصیل باید روی عقد خودش بایستد یا آزاد است و هر کاری خواست انجام می‌دهد، و اگر کاری مخالف کار قبلی انجام داد، کار قبلی باطل می‌شود؟ این مسأله شدیداً محلّ ابتلاست و نظیر آن در غیر فضولی هم هست، مثلاً در ایجاب و قبول اصیلین، که بایع ایجاب کرده و مشتری می‌خواهد فکر کند، در این صورت آیا موجب باید روی ایجابش بایستد یا اگر پشیمان شد می‌تواند به هم بزند؟

اقوال:

اشاره

در مسأله سه قول وجود دارد:

قول اوّل: ترتّب الآثار من طرف الاصيل

اصیل که ایجاب می کند، تمام آثار از ناحیه او مترتب می شود و باید منتظر بماند، به عبارۀ دیگر عقد از ناحیه او لازم است. از کسانی که این قول را پذیرفته اند محقق ثانی و مرحوم کاشف اللثام است، مرحوم کاشف اللثام می فرماید:

«و لو تولی الفضولی احد طرفی العقد و باشر الآخر بنفسه أو ولیه او و کیله ثبت فی حق المباشر تحریم المصاهرة الی ان یتبین عدم اجازة الآخر، لتمامیة العقد بالنسبة الیه، فإن کان زوجاً حرم علیه الخامسة و الاخت بلا اشکال» (۱) (شاهد در این قسمت است). ایشان در آخر کلامشان می فرمایند «اگر فضولی فسخ کرد، همه چیز به هم می خورد ولی مادر زن ممکن است تا آخر حرام باشد (حرمت ابدی)»، (هذا من عجائب الکلام).

محقق ثانی می فرماید: «انّ العقد لازم بالنسبة الی المباشر» (۲).

همچنین مرحوم شیخ انصاری در مکاسب به این قول تمایل دارد. در بین معاصرین هم از جمله کسانی که این قول را انتخاب کرده اند، سید عبد الاعلی سبزواری است. ایشان با صراحت می گوید:

«عقد از ناحیه مباشر لازم است» (۳).

قول دوم: عدم ترتب الآثار من طرف الاصل

صاحب عروه می فرماید تا اجازه دوّمی نیاید، هیچ اثری از ناحیه اصیل جاری نمی شود و عقد کامل نمی شود، مگر در صورتی که اصیل علم دارد که اجازه بعداً خواهد آمد و قائل به کشف هم باشیم (که از حین عقد، عقد حاصل است) پس اگر یقین به اجازه نداشته باشد و یا اینکه به مبنای نقل قائل باشیم، در این صورت اثری مترتب نمی شود (۴).

(۱) کشف اللثام، ج ۲، ص ۲۳.

(۲) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۵۹.

(۳) مهذب الاحکام، ج ۲۴، ص ۲۹۴.

(۴) عروه، ج ۲، ص ۸۷۴، مسئله ۳۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۸۹

از کسانی که این قول را پذیرفته اند، آقای خوئی (۱) است، ایشان می فرماید:

«در صورتی که کشف حقیقی را هم قائل باشیم اصیل می تواند عقد را به هم بزند، زیرا بر مبنای کسانی که قائل به کشف هستند، باید بین ایجاب و قبول کار خلافی انجام نشود»، پس ایشان استثنای صاحب عروه را نمی پذیرد.

قول سوم: التفصیل بین الزوج و الزوجة

تحریر الوسیله بین زوج و زوجه فرق می گذارد، یعنی اگر زوجه باشد باید صبر کند و اگر زوج باشد می تواند مخالفت کند.

سؤال: بین زوج و زوجه چه فرقی است؟

جواب: ریشه اصلی مسأله یک نکته است که اگر حل شود، جواب مسأله روشن است و آن این است که «هل ینحل عقد الزواج الی شیئین مستقلین أم لا-؟» اگر قائل شویم که عقد ازدواج منحلّ به دو چیز می شود (ایجاب طرف اول و قبول طرف دوم) هر کدام از اینها باید به سهم خودش ملتزم باشد؛ ولی اگر گفتیم که انحلالی نیست و عقد به معنی گره است و هر دو یک چیز است، در این

صورت هیچ کاری انجام نشده و همان گونه که فضولی آزاد است، به همان اندازه هم اصیل آزاد است (هم در ایجاب و قبول اصیلین و هم در موردی که احد طرفین فضولی است).

[نظر استاد]

قلنا: وقتی به عرف رجوع کنیم، واضح است که قرارداد، بین دو نفر است و ازدواج مثل طلاق و یا نذر، کار یک نفره نیست، بلکه مانند بیع، اجاره، هبه و صلح و ... کار دو نفره است و تا دو نفر به میدان نیایند چیزی انجام نشده است. آقای سبزواری بعد از اختیار قول اول (که هر کدام مستقل است) عبارتی دارد که مضمونش چنین است: هر کدام منحل می شود به یک التزام مستقل که شبهه الايقاع یعنی عقد نکاح، هم ایقاع است و هم عقد، (کل واحد ایقاع است و روی هم عقد است). قلنا: این تناقض است اگر ایقاع است کار یک نفره است و اگر عقد است کار دو نفره است و نمی شود که هم کار یک نفره باشد و هم کار دو نفره.

۷۵ ادامه مسئله ۲۴ ... ۲۴ / ۱۱ / ۷۹

یرد علی هذه الکلمات:

اولاً: عقد نکاح به مقتضای طبیعتش امر مشترک بین الاثنین، (کلمه زوجیت به معنی جفت است یعنی امر بین اثنین) فان تم من الجانبین فهو الا هیج کاری انجام نشده است، مثل مبیعه و یا مصالحه ...، پس عقد، ربط التزام به التزام است و تا دو طرف انجام نشود، هیچ چیزی نیست.

ثانیاً: اگر التزام اصیل را لازم الوفاء بدانیم باید همه آثار را مترتب کنیم، و فقط ترتب آثاری مثل ازدواج با مادرزن و خواهر زن ... درست نیست و اگر آثار مترتب است، باید همه آثار مترتب شود، مثلاً مهر را هم بدهد، البته احدی به این قول قائل نشده که تا مادامی که قبول نیامده است مهریه را بدهد، پس تفکیک بین آثار جایز نیست. در باب بیع نیز تا زمانی که مشتری قبول نکرده است، ثمن را نمی پردازند.

قلنا: در این مسأله فرقی بین قول نقل و کشف به هر سه قسمش، (حقیقی، حکمی، انقلابی) نیست.

کشف حقیقی: از همان ابتداء که عقد انشاء آمد، اثر می کند و عقد مؤثر است و اجازه علامت و کاشف است، بر اینکه از حین عقد کامل بوده است (کشف حقیقی معنی ندارد چون کشف حقیقی یعنی اجازه، هیچ کاره است و جزء مؤثر نیست).

کشف حکمی: از ابتداء عقدی نبوده است و تعبداً آثار را به امروز بار می کنیم، یعنی واقعاً عقد نبوده ولی در حکم بودن است.

کشف انقلابی: یعنی ابتداء عقد نبود ولی امروز که اجازه آمد، آن را عوض می کند. معروف این است که الواقع لا ینقلب، اما می گویند امور اعتباریه ممکن است منقلب شود، یعنی دیروز عقدی واقع شد و واقعاً اثر نکرد، و امروز صحنه دیروز منقلب شد.

پس در ما نحن فیه که ما می گوئیم اثری مترتب نمی شود و اصیل آزاد است، قول به نقل و قول به کشف به هر سه قسمش تفاوت نمی کند، چون کسی که قائل به کشف است، مشروط می کند به این که بین عمل اصیل و اجازه منافیاتی انجام نشود مثلاً ازدواج با خواهر این زن نکرده باشد (قول آقای خوئی).

نتیجه: بدون شک و تردید (عکس آن چه که مرحوم کاشف اللثام فرمود) اصیل هیچ تعهدی ندارد، چون عقد باید حاصل شود، و تعجب است که در اینجا فضولی را مؤثر بدانیم، ولی رکن اصلی که اجازه است نادیده بگیریم. بنابراین اصیل تمام منافیات را می تواند انجام دهد و حتی می تواند فسخ کند. البته تعبیر به فسخ تعبیر مسامحی است و بهتر است بگوئیم می تواند «صحت تأهلی ایجاب» را به هم بزند، یا با قول یا با فعل و حتی می تواند دختر این زن را هم

(۱) مستند العروۃ (کتاب النکاح)، ج ۲، ص ۳۴۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۰ بگیرد.

ان قلت: چرا دختر زن حرام شود و حال آن که تا دخول حاصل نشود، دختر زن حرام نمی‌شود، بله در حرمت در ناحیه مادرزن و خواهر زن دخول شرط نیست.

قلنا: دختر زن دو رقم حرمت دارد، یک رقم حرمت ابدی که با دخول حاصل می‌شود و اما یک حرمت جمع بین مادر و دختر است فی عقد واحد او فی عقدین، که این هم حرام است. پس آنهایی که قبول کرده‌اند و دختر زن را هم اضافه کرده‌اند، معتقدند که دختر زن از باب جمع حرام است.

امّا توجیهی که برای قول ثالث که فرق بین زوج و زوجه است (در ناحیه زوج قائل شویم که لازم نیست وفادار باشد، ولی اگر زوجه اصیل باشد باید وفادار بماند و شوهر نکند) نیافتیم، چون طبق ریشه مسأله زوجه و زوج فرقی نمی‌کند و نمی‌شود که در یک طرف (زوجه اصیل باشد) انحلالی باشیم و در طرف دیگر (زوج اصیل باشد) انحلالی نباشیم.

نکته: بعضی گفته‌اند که یک کلمه ممکن است در عبارت غلط باشد و آن اینکه بگوئیم «لیس» در عبارت تحریر «هل» بوده است «هل لها ان تتزوج بالغیر» ... در این صورت اشکال رفع می‌شود خصوصاً که تحریر به ترتیب عروه است (عروه مسئله ۳۲) و لذا چون هیچ راه حلّی نیست، می‌گوئیم نسخه اشتباه است و عبارت غلط است.

ان قلت: در توجیهی که برای کلام امام در مسئله ۲۴ بیان کردید گفتید به جای «لیس» کلمه «هل» باشد، در این صورت قسمت قبلی کلام را چگونه توجیه می‌کنید که امام می‌فرماید «اذا كان العقد فضولياً من احد الطرفين كان لازماً». قلنا: در این صورت «هل» را بر سر «کان» در می‌آوریم که با فتوای ایشان در حاشیه عروه سازگار است. ۷۶ مسئله ۲۵ (لو ردّ معقود له صار العقد كأنه لم يقع ...). ۷۹ / ۱۱ / ۲۵

بقی هنا اموز:

الامر الاول: آیا می‌توان گفت که از صحیحۀ «أبو عبيدۀ حذاء» «ا»، این حکم (وفادار بودن اصیل) استفاده شده است،

و لو عدّه‌ای سراغ قاعده رفته‌اند و توجّهی به روایت نکرده‌اند، ولی بگوئیم از روایت تأثیر پذیرفته‌اند چون در روایت، امام می‌فرماید ...: يعزل ميراثها منه حتّى تدرک.

چرا میراث را کنار می‌گذارند؟ برای اینکه شوهر کبیر شده و اجازه داده است و شبیه اصیل است، پس اگر قبل از آمدن اجازه دومی، میراث را کنار می‌گذارند، باید آثار دیگر هم مترتب شود و از مسئله فضولی باید به اصیل بیائیم، زیرا فضولی اجازه داده شده، مثل اصیل است، و اگر برای استدلال، سراغ این روایت بروند بهتر است.

قلنا: اولاً: سلّمنا که روایت دلالت داشته باشد، ولی روایت أبو عبيدۀ تعبیدی است و فقط به موردش (میراث) عمل می‌کنیم و نمی‌توانیم از آن به غیر میراث تعدی کنیم.

ثانیاً: روایت می‌فرماید میراث ملک او نیست، بلکه از باب احتیاط کنار گذاشته می‌شود و ملکیت حاصل نمی‌شود، پس از روایت، حرمت محرّمات مصاهره استفاده نمی‌شود.

اللهم ألما ان يقال: در مورد محرّمات مصاهره هم بگوئیم از باب احتیاط است، که با ضمیمه دو مقدمه درست می‌شود، اولاً تعدی از

مورد روایت را جایز بدانیم، ثانیاً آثار احتیاطاً مترتب باشد (البته این خلاف ظاهر اصحاب است، چون اصحاب صریحاً می‌گویند حرام است و احتیاط نمی‌کنند). پس به این حدیث نمی‌توان استدلال کرد چون اولاً حدیث اشکال دارد، ثانیاً تعدی جایز نیست و ثالثاً حدیث از باب احتیاط است نه فتوی.

نکته: این حدیث عکس قول ثالث است، حدیث می‌گوید اگر زوج اجازه داد و فوت کرد آثار مترتب می‌شود و صحبتی از زوجه نیست، در حالی که قول سوم که در متن تحریر آمده است، می‌گوید اگر زوجه اصیل باشد، نباید شوهر کند و آثار مترتب است، با توجه به این نکته، این فکر تقویت می‌شود که عبارت تحریر غلط است، از جمله چیزهایی که شاهد بر غلط بودن عبارت تحریر است، این است که امام در حاشیه عروه قول صاحب عروه (قول دوم) را قبول کرده است، حتی استثنائی که صاحب عروه کرده بود (که اگر بداند که اجازه بعداً خواهد آمد) این استثنا را امام نپذیرفته است.

الامر الثانی: اگر قائل به قول اول (ترتب آثار) شدیم، تا چه زمانی باید صبر کند؟

اگر در این مدت متضرر شد چه کند؟
قلنا: تا زمانی که ضرری دامنش را نمی‌گیرد صبر کند، اگر ضرری بیاید قاعده لا ضرر جلوی ترتب آثار را می‌گیرد. (لا ضرر هم نفی و هم اثبات خیار می‌کند).

(۱) ح ۱، باب ۱۱ از ابواب میراث ازواج.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۱

الامر الثالث: آیا این مسأله منحصر به جائی است که یکی اصیل باشد و دیگری فضولی،

یا اگر هر دو فضولی بودند و یکی اجازه داد (شبهه صحیحۀ ابو عبیده که وقتی اجازه داد، شبهه اصیل است)، این را هم شامل می‌شود؟
قلنا: در اینجا نیز همان بحثها می‌آید.

[مسأله ۲۵: إن ردّ المعقود له أو المعقود لها العقد الواقع فضولاً صار العقد كأنه لم يقع]

اشاره

مسأله ۲۵: إن ردّ المعقود له أو المعقود لها العقد الواقع فضولاً صار العقد كأنه لم يقع، سواء كان العقد فضولياً من الطرفين و ردّاه معاً أو ردّه احدهما، بل و لو اجاز احدهما و ردّ الآخر، أو من طرف واحد و ردّ ذلك الطرف فتحلّ المعقود لها على اب المعقود له و ابنه و تحلّ بنتها و امها على المعقود له.

عنوان مسأله:

این مسأله فرعی از مسأله ۲۴ است و حاصل مسأله این است که اگر اولی اصیل بود و دومی فضولی و اجازه نداد، با نفی دومی تمام

آثار التزام از طرف اول (اصیل) برچیده می شود.

مرحوم سید در عروه در مسئله ۳۳ این مسأله را بیان می کند.

در این مسأله اختلافی نیست (جز یک مورد)، حتی از عبارت صاحب جواهر استفاده می شود که محو آثار از ضروریات است و از قضایائی است که قیاساتها معها، وقتی عقدی انجام نشده، چرا اثر مرتب شود. حتی کسانی که می گویند مثل ایقاع است، شرط می کنند که طرف دیگر رد نکند، و اگر دومی رد کند تمام آثار از بین می رود.

دلیل: صحیحۃ أبو عبیده حذاء

اولاً چون صدر روایت می فرماید:

«ایهما ادرک کان له الخيار»

اختیار دارد یعنی می تواند به هم بزند و اگر به هم بزند چیزی باقی نمی ماند و همه چیز منتفی می شود. ثانیاً جمله دیگر روایت این است که

«فان ماتا قبل ان یدرکا فلا میراث بینهما و لا مهرأ»

ظاهر روایت این است که اگر هر دو بمیرند، ولی اگر یکی هم بمیرد همین حکم را دارد، پس از این جمله می توان استفاده کرد که اگر ردی هم واقع شد، آثار منتفی می شود.

بقی هنا شیء:

از بعضی از عبارات قواعد استفاده می شود که اگر اصیل مرد باشد و زن رد کند، در اینجا همه محرمات بر این مرد حلال است و فقط مادر زن حرام است و به حرمت خود باقی می ماند. در اینجا مرحوم کاشف اللثام (شرح قواعد علامه) توجیهی دارد و می فرماید: این مسأله مبتنی بر این است که فسخ را من الحین (حین الفسخ) بدانیم یا فسخ را از روز عقد بدانیم (مثلاً اصیل روز شنبه عقد کرده، فضولی روز یکشنبه رد می کند، آیا این رد از روز شنبه اثر می کند یا از روز یکشنبه، اگر گفتیم از روز شنبه اثر می کند، بنیان عقد به هم می خورد، ولی اگر گفتیم از روز یکشنبه به هم می خورد در این صورت گوئی عقد بوده و حرمت مادرزن هم آمده است).

قلنا: اولاً: اینجا فسخ نیست، و در معاملات هم مسلم است که فسخ، من حین الفسخ است و در اینجا اصلاً معامله صورت نگرفته است، نه اینکه معامله ای هست و فسخ می کند، پس قیاس اینجا به فسخ در معاملات قیاس مع الفارق است.

ثانیاً: باید پدر و یا پسر این زوج هم بر این زن حرام باشد، زیرا فرقی بین اینها نیست و همه اینها باید حرام باشد و حال آن که احدی این را نگفته است.

۷۷ مسئله ۲۶ (ان زواج الفضولی امرأه ...) ... ۲۶ / ۱۱ / ۷۹

بقی هنا شیء آخر:

مرحوم صاحب عروه «۱» در جواب علامه در قواعد و کاشف اللثام (که کلام علامه را توجیه می کند و می گوید حتی بعد از رد هم امّ الزوجه حرام است) دو اشکال وارد می کنند:

اشکال اول: وقتی عقد حاصل نشده است نه امّ الزوجه حرام است و نه بنت الزوجه، (این همان اشکالی است که سابقاً ذکر کردیم).

اشکال دوم: ما الفرق بین امّ الزوجه و بنت الزوجه اگر امّ الزوجه حرام است، بنت الزوجه هم حرام است (جواب نقضی).

مرحوم آیه الله خوئی به این جواب نقضی صاحب عروه اشکال می کند و می گوید سرچشمه حرمت بنت الزوجه دو چیز است، اول: زمانی که دخول به ام شده باشد که در ما نحن فيه نیست، دوم: جمع بین ام و بنت است و این جمع هم منتفی است، چون وقتی مادر اجازه داده نشد و عقدش سر نگرفت، دیگر جمع نیست و این غیر از ام الزوجه است، چون درام الزوجه عقد که خوانده شد، حرمت می آید. (طبق قول کسی که می گوید عقد اصیل هم برای حرمت کافی است)، پس قیاس این دو به هم جایز نیست. قلنا: بهتر بود که صاحب عروه به جای بنت، اب و ابن زوج را می گفت و این نقض را وارد می کرد. ولی آقای خوئی در لابلای

(۱) عروه، مسئله ۳۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۲

کلامش به صورت جمله معترضه مطلبی دارد که می گوید جمع بین بنت و ام را حرام نمی دانیم در عین اینکه مشهور قائل به حرمت هستند، این کلام خیلی عجیب است:

«لأنَّ الموجب لحرمة البنت ينحصر في احد امرين: الدخول بالام أو الجمع بينهما في الزوجية على ما اختاره المشهور و إن لم نرتضه...»

اگر کسی جمع کرد بین مادر و دختر، در عقد واحد، آیا هر دو عقد صحیح می شود؟ خیر، جایز نیست و عدم جواز از جهت جمع بین مادر و دختر است نه به این جهت که مادرزن را نمی توان عقد کرد و عقد باطل است.

[مسألة ۲۶: ان زوّج الفضولی امرأةً برجل من دون اطلاعها و تزوّجت هی برجل آخر]

اشاره

مسألة ۲۶: ان زوّج الفضولی امرأةً برجل من دون اطلاعها و تزوّجت هی برجل آخر، صحّ الثانی و لزم و لم یبق محلّ لاجازة الاول، (چون شرایط جمع است و مانعی از صحّت نیست) و کذا لو زوّج الفضولی رجلاً بامرأة من دون اطلاعها و زوّج هو بامرأة أو بنتها ثمّ عَلِمَ.

عنوان مسأله:

اگر مردی خبر نداشت که فضولی عقد دختری را برای او خوانده است و پیش از باخبر شدن، مادر دختر را عقد کرد، در اینجا دیگر جایی برای عقد فضولی نیست، و یا بالعکس اگر فضولی زن را به عقد کسی در آورد و زن بدون خبر با مرد دیگری ازدواج کرد، در اینجا نیز جایی برای عقد فضولی نیست، چون موضوع از بین رفته است. پس زوج و زوجه ای که با فضولی عقد شده اند، اگر کار منافی انجام دهند، دیگر محلی برای فضولی باقی نمی ماند.

جمع بندی:

عقد فضولی به سه وسیله از کار می افتد و اثری ندارد:

۱- ردّ لفظی.

۲- ردّ عملی، مثل آنجائی که باخبر شد و عالمّاً با مادر دختر ازدواج کرد، یا دختر با شوهر دیگر ازدواج کرد، که معنایش عدم

قبول فضولی است.

۳- ایجاد مانع و لو نداند، یعنی موضوع منتفی شود و دیگر جائی برای عقد فضولی نمی ماند.

دلیل:

دلیل اینها از باب قضایا قیاساتها معها است.

نکته: بعضی تصور کرده‌اند که طبق مبنای کشف و نقل، مسأله فرق می کند، یعنی اگر قائل به نقل باشیم مسأله روشن است، چون وقتی اجازه بیاید، جائی برای اجازه فضولی نیست، ولی طبق مبنای کشف گفته‌اند که چون عقد فضولی قبلاً بوده است و عقد اصیل از ناحیه خودش بعداً آمده است و وقتی اجازه داد، سبب می شود که عقد فضولی قبلی درست شود و زمینه‌های عقد اصیل (عقد خودش) از بین برود.

قلنا: اجازه فضولی وقتی صحیح است که فعل ضدی قبلاً نیامده باشد (بین عقد فضولی و اجازه) ولی در اینجا فعل ضد آمده است، و وقتی هنوز اجازه درست نشده باشد، چگونه کاشف است، پس کشف و نقل در این مسأله تفاوت نمی کند.

[مسأله ۲۷: لو زوّج فضولیان امرأه کل منهما برجل کانت بالخيار فی إجازة إيهما شاءت و ان شاءت ردّتهما]

اشاره

۷۸ مسأله ۲۷ (لو زوّج فضولیان ...) ... ۲۹ / ۱۱ / ۷۹

مسأله ۲۷: لو زوّج فضولیان امرأه کل منهما برجل کانت بالخيار فی إجازة إيهما شاءت و ان شاءت ردّتهما، سواء تقارن العقدان أو تقدّم احدهما علی الآخر و كذلك الحال فیما اذا زوّج احد الفضولیین رجلاً بامرأه و الآخر بامرأه او بنتها او اختها فانّ له إجازة إيهما شاء.

عنوان مسأله:

اگر دو فضولی در دو زمان با هم عقدی را بر زنی بخوانند، زن بعد از اطلاع، مخیر است هر کدام را که خواست، بپذیرد و می تواند هر دو را رد کند. در ناحیه زوج هم همین است، اگر دو فضولی دو عقد متضادّ برای او خواندند، (یکی مادر و دیگری دختر مادر را) در اینجا هر کدام را که خواست، اجازه می کند و یا هر دو را رد می کند.

ادله:

دلیل این مسأله همان قضایا قیاساتها معها است. قاعده می گوید عقد فضولی ناقص است (صحت تأهلی دارد) جزء اخیر علت تامه (که عمده هم همین جزء است) اجازه مالک العقد است، اگر اجازه به عقد اول بخورد عقد اول تام است و اگر به دوم بخورد عقد دوم تام است و اگر به هیچ یک نخورد، هر دو عقد ناقص است و در اینجا فرض ما این است که دو عقد متضادّ است (نه زن می تواند دو شوهر کند و نه مرد می تواند با مادر و دختر همزمان ازدواج کند) پس این مسأله واضح است.

از احادیث هم گاهی می توان این مسأله را استفاده کرد، مثلاً روایت «ابن بزيع» از امام رضا علیه السلام، که سند حدیث قوی است؛ ولی ظاهراً این حدیث مرسله است چون در صدر روایت دارد...

سأله

(۱) مستند عروه، جلد دوم از کتاب النکاح، ص ۳۵۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۳

رجل،

اما در چنین مواردی که می دانیم راوی از اصحاب خاصّ کدام یک از ائمه علیه السلام است، مرسله بودن آن ضرر نمی زند. در اینجا ابن بزیع از اصحاب خاصّ امام رضا علیه السلام است.

... عن محمّد بن اسماعیل ابن بزیع قال: سأله رجلٌ عن رجلٍ مات و ترك اخوين و ابنةً و البنت صغيرة فعمد احد الاخوين الوصى فزوّج الابنة من ابنة ثم مات ابو الابن المزوّج، فلما أن مات قال الآخر:

أخى لم يزوّج ابنة فزوّج الجارية من ابنة، فقيل للجارية ایّ الزوجين احبّ اليك الاول أو الآخر؟ قالت: الآخر،

(تا اینجا عین مسأله ما است، اما غافل از اینکه ذیل حدیث جمله ای دارد که بحث ما را به هم می زند)

ثم انّ الاخ الثاني مات و للاخ الاول ابن اكبر من الابن المزوّج، فقال للجارية: اختاری ایّهما احبّ اليك الزوج الاول أو الزوج الآخر، فقال: الروایة فیها

(چه کسی این جمله را گفت، آیا امام یا ابن بزیع؟)

أنّهما للزوج الاخير، و ذلك أنّها قد كانت ادرکت حين زوّجها

(چون عقد دوم که واقع شد بالغه بود)

و ليس لها أن تنقض ما عقدته بعد ادراكها «۱».

ما با توجه به صدر روایت فکر می کردیم که هر دو عقد فضولی است؛ ولی ذیل روایت می گوید که دومی اصیل است، چون دختر بالغ شده بود. در اینجا حدیث از بحث ما خارج می شود و مربوط به مسئله ۲۶ است، پس اگر چه حدیث به حسب سند قوی است؛ ولی به حسب دلالت ضعیف است، چون صدر آن فضولین است ولی ذیلش صراحتاً می گوید که یکی از دو عقد فضولی بوده و دیگری اصیل است.

[مسئله ۲۸: لو وکلت زوجة رجلین فی تزویجها فزوّجها کلّ منهما برجل]

اشاره

۷۹ مسئله ۲۸ (لو وکلت رجلین فی تزویجها ...) ... ۳۰ / ۱۱ / ۷۹

مسئله ۲۸: لو وکلت (زوجه)

رجلین فی تزویجها فزوّجها کلّ منهما برجل، فان سبق احدهما صحّ و لغا الآخر (هر دو معلوم تاریخ و سابق و لاحق هم معلوم است) ، و ان تقارنا بطلا معاً (این فرض، فرد نادر است)

، و ان لم یعلم الحال فان علم تاریخ احدهما حکم بصحّته دون الآخر (به مقتضای استصحاب، یعنی استصحاب می کنیم که دومی نیامده است)

، و ان جهل تاریخهما فان احتمال تقارنهما حکم بطلانهما فی حق کل من الزوجة و الزوجین، و ان علم عدم التقارن فیعلم اجمالاً بصحّ احد العقدین و تكون المرأة زوجةً لاحد الرجلین و اجنبیة عن احدهما، فليس للزوجة أن تتزوّج بغيرهما، و لا للغير ان يتزوّج بها، لكونها ذات بعلٍ قطعاً، و اما حالها بالنسبة الی الزوجین و حالهما بالنسبة الیها فالاولی أن یطلقاها و یجدد النکاح علیها احدهما

برضاها، و ان تعاسرا (سخت گیری کردند)

و كان في التوقف الى ان يظهر الحال عسرًا و حرج على الزوجه او لا يُرجى ظهور الحال، فالمتجه تعيين الزوج منهما بالقرعة، فيحكم بزوجه من وقعت عليه.

این مسأله بر خلاف بعضی از مسائل قبلی، مسئله‌ای ریشه‌دار و قدیمی است و از زمان معصومین علیه السلام بین شیعه و اهل سنت مطرح بوده است.

عنوان مسأله:

دو نفر از طرف زوجه وکیل هستند، وکیل اول زن را به عقد زید درآورد، وکیل دوم هم بی‌خبر، زن را به عقد عمرو درآورد، کدام یک از این دو عقد صحیح است؟

صور مسأله:

اشاره

مسأله ۵ صورت دارد و مرحوم علامه در تذکره این وجوه را بیان کرده است که عمده صورت پنجم است:

۱- هر دو معلوم التاريخ و می‌دانیم یکی از دو عقد، قبل از دیگری بوده است (وکیل شماره ۱ روز شنبه و وکیل شماره ۲، روز یکشنبه عقد را خوانده‌اند)، در این صورت و کالت وکیل دوم باطل است، زیرا موضوع منتفی شده است.

۲- هر دو معلوم التاريخ و هر دو متقارن و در آن واحد باشد (این فرض بعید است) در اینجا نیز تکلیف روشن و هر دو باطل است چون جمع بین هر دو ممکن نیست و ترجیح یکی بر دیگری، ترجیح بلامرجح است.

۳- احدهما معلوم التاريخ و نمی‌دانیم کدامیک بر دیگری مقدم بوده است.

۴- هر دو مجهول التاريخ و احتمال می‌دهیم مقارن بوده باشند.

۵- هر دو مجهول التاريخ و نمی‌دانیم کدامیک بر دیگری مقدم بوده است.

صورت اول: هر دو معلوم التاريخ هستند و سابق و لاحق هم معلوم است،

اشاره

مشهور و معروف، صحت عقد اول است؛ ولی از بعضی از عبارات استفاده می‌شود که مخالف هم در مسأله وجود دارد. مشهور در میان اهل سنت هم صحت عقد اول است، آن گونه که علامه در تذکره نقل می‌کند:

«و به قال الشافعی و ابو حنیفه و احمد و هو قول حسن البصری

(۱) ح ۱، باب ۸ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۴

و جماعةً اخرى» (۱).

مرحوم علامه از مبسوط حکایت می‌کند، که ایشان یک صورت را استثنا کرده و آن را اختلافی دانسته است و آن موردی است که بعد از دخول به دومی، مطلع شد که عقدی جلوتر واقع شده است، در خصوص این مورد گفته‌اند که عقد دوم صحیح است. «ان فیہ خلافاً (در خصوص این استثنا) و انه روی اصحابنا ان العقد له (دومی) و هو المحکی عن مالک و هو قول عمر: اذا انکح الولیان فالاول احق ما لم یدخل بها الثانی (قول عمر است ولی اهل تسنن آن را به عنوان روایت نقل می‌کنند)».

قلنا: مختار ما در مسأله، قول مشهور است.

ادله قول مشهور:

۱- قاعده:

وکیل اول عقد جامع شرایط انجام داده است، پس مؤثر است و وکیل دوم با مانع برخورد می‌کند. به عبارت دیگر زن ذات بعل است و نمی‌توان آن را دوباره به عقد کسی درآورد و اگر عالمأ دخولی از طرف دومی صورت گیرد، زنا، و اگر جاهلاً باشد، وطی به شبهه است و احکام خاص خود را دارد، پس دخول هیچ تأثیری ندارد.

۲- روایت:

روایت محمد بن قیس و چون یک روایت است و متضافر نیست، از سند آن بحث می‌کنیم:

* محمد بن یعقوب، عن علی ابن ابراهیم، عن ابيه

(ابراهیم بن هاشم که ثقة است)

، عن ابن ابی نجران

(که ثقة و معتبر است)

، عن عاصم بن حمید

(از ثقات)

، عن محمد بن قیس

(از اصحاب امام باقر علیه السلام و از ثقات)

عن ابی جعفر علیه السلام قال: قضی امیر المؤمنین علیه السلام فی امرأه انکحها اخوها رجلاً ثم انکحتها امها بعد ذلك رجلاً و خالها

أو أخ لها صغیر

(در مقابل برادر اول کوچکتر بوده است، نه اینکه صغیر باشد)

فدخل بها فحبلت فاحتكما فيها فأقام الاول الشهود

(شاهد بر اینکه او جلوتر بوده است)

فألحقها بالاول و جعل لها الصداقین جميعاً

(اولی چون شوهر است و دومی هم چون وطی به شبهه است)

و منع زوجها الذي حقت له أن یدخل بها حتی تضع حملها

(چون وطی به شبهه عدّه دارد)

ثم الحق الولد بابیه «۲».

ان قلت: در این روایت ندارد که اینها وکیل بودند و شما هم ولایتی برای اخ و ام و خال قائل نیستید؟

قلنا: قرینه داریم که اینها وکیل هستند، چون صحبتی از اجازه فضولی در روایت نیست و کأن احتیاجی به اجازه نبوده و وکالت داشته‌اند.

دلیل قول شاذ: روایت

دلیل قول شاذ که گفته‌اند در صورتی که دخول حاصل شده عقد برای دومی است روایت است:

الف) بعض عامه که به این قول، قائل شده‌اند، استدلالشان به قول عمر است «اذا انکح الولیّان فالاول احقّ ما لم یدخل بها الثانی».

ب) شیعه به روایتی استدلال کرده که سندش خوب است جز ولید بیاع الاسقاط که این شخص مجهول الحال است، بنابراین سند حدیث ضعیف است.

... عن ولید بیاع الاسقاط قال: سئل ابا عبد الله علیه السلام و انا عنده عن جاریه کان لها اخوان زوّجها الاکبر بالکوفه، و زوّجها الاصغر بارض اخرى، قال: الاول بها اولی الا ان یکون الآخر قد دخل بها فهی امرأته و نکاحه جایز. «۳»
(آیا مراد از اول، برادر اول است یا عقد اول و شوهر اول؟ ظاهراً اشاره به همان عقد اولی است).

قلنا: اولاً: از ناحیه مشهور معروض عنها است و حمل بر تقیه هم مجرانی ندارد چون اکثریت عامه با آن مخالف هستند.

ثانیاً: از نظر دلالت هم مسلم نیست، چون قابل حمل بر عقد فضولی است، چرا که الولد الاکبر بمنزله الاب پس بهتر است از او اجازه بگیرد و اولی را اجازه دهد، ولی دومی را که اجازه داده است به جهت دخول است و در روایت قبل «۴» چون صحبت برادر بزرگ و کوچک نبود، لذا حمل بر فضولی نشد، ولی در اینجا به جهت وجود برادر بزرگتر و کوچکتر قابل حمل بر فضولی هست.

نتیجه: روایتی که در اینجا برای قول دوم اقامه شده، هم از نظر سند ضعیف است و هم از نظر دلالت مشکل دارد، بعلاوه معروض معروض عنهای اصحاب هم هست.

۸۰ ادامه مسئله ۲۸ ... ۱ / ۱۲ / ۷۹

صورت دوم: هر دو عقد معلوم التاریخ و وکیلین مقارن هم عقد خوانده‌اند.

حکم مسأله:

اذا تقارنا محکوم بالفساد و ظاهراً مشهور قائل به فساد عقدین هستند، چون یا هر دو باید صحیح باشد یا احدهما و یا هیچ کدام،

(۱) تذکره، ج ۲، ص ۵۹۷ چاپ قدیم.

(۲) ح ۲، باب ۷ از ابواب عقد نکاح.

(۳) ح ۴، باب ۷ از ابواب عقد نکاح.

(۴) ح ۲، باب ۷ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۵

هر دو صحیح باشد محال است، چون یک زن، دو شوهر نمی‌تواند داشته باشد و اگر احدهما صحیح باشد، ترجیح بلامرّج است و تنها احتمال سوم باقی می‌ماند که هر دو فاسد است.

در اینجا بعضی احتمال داده‌اند که باید متوسّل به قرعه شویم، و زوج واقعی را با قرعه تعیین کنیم. ولی توسّل به قرعه در اینجا صحیح نیست، نه به خاطر اینکه واقع مجهولی در کار نیست، بلکه به این جهت که مشکلی نداریم، چون قواعد می‌گوید هر دو

فاسد است.

توضیح ذلک:

قرعه دو رقم است:

۱- واقع مجهولی داریم و می‌خواهیم آن را کشف کنیم، مثل غنم موطئه در قطع غنم که یک واقعیتی دارد و گوسفند خاصی بوده و مجهول شده، پس واقعیت مجهول است و با قرعه آن را کشف می‌کنیم. و یا در قرآن در داستان حضرت یونس جماعت گفتند که در این کشتی گناهکاری هست و قرعه زدند و قرعه به نام یونس افتاد (گناهکار به معنی ترک اولی است چون او در هدایت قوم عجله کرده بود) پس واقع مجهولی بوده و با قرعه پیدا شد، و یا در ولدی که از زنی متولد شده (وطی به شبهه) که پدرش مجهول است، چون به هر حال این بچه از نطفه انسانی به وجود آمده است. برای کشف مجهول قرعه می‌زنیم، در روایات هم داریم که وقتی جماعتی با مشکل مواجه شوند، آن را به خدا واگذار کنند و قرعه بزنند خدا واقع را به آنها نشان می‌دهد:

«ما من قوم فوّضوا امرهم الى الله عزّ و جلّ و القوا سهامهم الاّ خرج السهم الا صوب» «۱»

۲- واقع مجهولی نداریم، بلکه برای قطع ماده نزع قرعه می‌زنیم.

به عنوان مثال در حالات پیامبر در باب قرعه هست که وقتی پیامبر می‌خواست مسافرت کند، با قرعه یکی از زنان را برای همراهی در سفر معین می‌فرمود و یا در مورد کسی که مسلمان شده در حالی که قبل از اسلام پنج همسر داشته است، اکنون که مسلمان شده نمی‌تواند هر پنج همسر را داشته باشد، یکی از آنها باطل می‌شود که مورد آن را با قرعه معین می‌کنند، در اینجا نیز واقع مجهولی نداریم و یا قبل از اسلام جمع بین اختین کرده بود، در اینجا نیز یکی را باید کنار بگذارد و آن را با قرعه تعیین می‌کنند. و یا تقسیم ارث، در جائی که اموال از نظر قیمت مساوی است، در اینجا نیز برای روشن شدن سهم هر یک از ورثه قرعه می‌زنند و یا در تقسیم زمین مشاع با قرعه سهم هر یک را مشخص می‌کنیم. در تمامی این موارد، قرعه برای حذف ماده نزع است و در واقع، مجهولی نبوده است. همه این موارد مدرک دارد که در کتاب «قواعد الفقهیه» در باب قرعه «۲»، آن را بیان کرده‌ایم.

در شرع مقدّس قرعه این گونه (۲ نوع) است ولی در میان عقلا- قرعه همیشه برای فصل ماده نزع است و آنها قرعه را کاشف نمی‌دانند و می‌گویند قرعه همین مقدار که فصل نزع می‌کند، کافی است (استخاره هم نوعی قرعه است که تفویض امر به خدا کرده و از او طلب خیر می‌کنیم).

در ما نحن فیه که عقدان متقارنان است اگر کسی سراغ قرعه برود این از قسم دوم است، چون واقع مجهولی وجود ندارد و می‌خواهیم حذف ماده نزع کنیم. پس این که بعضی اشکال کرده‌اند که اینجا جای قرعه نیست، چون واقع مجهولی ندارد، وارد نیست، چرا که واقع مجهول هم نباشد، می‌توان برای حذف ماده نزع قرعه زد.

نتیجه: عدم تمسک به قرعه در اینجا (صورت دوم) از این جهت نیست که واقع مجهولی نداریم، بلکه از این جهت است که قواعد مسأله را حل می‌کند. «القرعة لكل امر مشکل أو مشتبّه» و در اینجا مشکل نیست، زیرا مشکل در جائی است که اصول لفظیه، اصول عملیه، دلیل خاص و دلیل عام مشکل را حل نکنند، پس هر جا دستمان به دلیل برسد سراغ قرعه نمی‌رویم.

بر خلاف اینکه دیگران گفته‌اند دلیل قرعه تخصیص خورده، ما معتقدیم که تخصیص نخورده است و در تمام مواردی که دستمان به دلیل نمی‌رسد و هیچ راهی نداریم، قرعه جاری است و قرعه اماره و حلال بسیاری از مشکلات خواهد بود.

صورت سوم: احدهما معلوم التاريخ و نمی‌دانیم کدامیک بر دیگری مقدّم بوده است.

حکم مسأله:

در اینجا قانون معلوم التاريخ و مجهول التاريخ حاکم است، در جایی که دو حادثه داشته باشیم که یکی معلوم التاريخ و دیگری مجهول التاريخ است، در مجهول التاريخ، استصحاب جاری می‌شود، چون در معلوم التاريخ شکی نداریم و لذا جای استصحاب نیست؛ ولی دومی را که نمی‌دانیم چه موقع خوانده است، آیا قبل از عقد دیگری است یا بعد از آن؟ اگر قبل از آن باشد عقد و کیل معلوم التاريخ باطل است و اگر بعد از آن باشد، عقد و کیل مجهول التاريخ باطل است. در اینجا استصحاب می‌کنیم، که عقد و کیل مجهول التاريخ خوانده نشده است، تا زمانی که عقد و کیل

(۱) عوائد الایام، ص ۲۲۶.

(۲) قواعد الفقہیہ، ج ۱، ص ۳۲۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۶

معلوم التاريخ خوانده شده است، پس عقد و کیل مجهول التاريخ بعد بوده و باطل است.

در زمانهای گذشته که اصول خیلی رشد نکرده بود (قبل از زمان شیخ انصاری) بعضی از بزرگان فقها حکم به فساد هر دو عقد کرده‌اند چون مجاری اصول منقح نبود.

ان قلت: این اصلی که شما جاری می‌کنید از دو جهت «اصل مثبت» است:

۱- عدم تحقق عقد روز پنجشنبه، اثبات نمی‌کند که عقد روز شنبه واقع شده است، چون این لازمه عقلی است.

قلنا: ما نمی‌خواهیم بگوئیم که آن مجهول التاريخ روز شنبه واقع شده بلکه ما می‌خواهیم بگوئیم که روز جمعه عقد مجهول التاريخ نبوده است (یعنی آنچه که ما با آن کار داریم این است که جمعه، محل بلا مانع باشد و کاری به لازمه عقلی نداریم).

۲- سلمنا، شما می‌گوئید که زن روز جمعه مزوجه نبوده و وکیل اول هم صیغه عقدی را در روز جمعه (معلوم التاريخ) خوانده است پس وقع العقد علی من لم یزوج، و حال آن که این لازمه عقلی و اصل مثبت است.

قلنا: اگر ما استصحاب را در موضوع جاری کردیم، حکم مترتب می‌شود و اصل مثبت نیست مثلاً شک داریم این آب نجس است یا پاک، استصحاب طهارت می‌کنیم و می‌گوئیم می‌شود با آن وضو گرفت، حال نمی‌توان گفت این که شما می‌گوئید وقع الوضوء علی ماء الطاهر، لازمه عقلی است، پس اصل مثبت است، چون موضوع و حکم این بحثها را ندارد و ما نحن فیه هم همین گونه است، موضوع این است که زن بلا مانع باشد و استصحاب می‌گوید بلامانع است، پس موضوع (بلا مانع بودن) به وسیله استصحاب ثابت شد و احکام بر او مترتب می‌شود. نتیجه این که، صورت سوم هم اشکالی ندارد.

صورت چهارم: هر دو مجهول التاريخ است و نمی‌دانیم وکیل اول مقدم بوده یا دومی ولی احتمال تقارن را هم می‌دهیم،

یعنی سه احتمال دارد: وکیل اول جلوتر باشد یا وکیل دوم و یا هر دو متقارن باشند.

حکم مسأله:

در اینجا نیز حکم بطلان است، چون مجهول التاريخ است و احتمال تقارن هم هست، پس اصالة الفساد می‌گوید که هر دو عقد فاسد است چون تقارن فاسد است و حکم تابع اخص مقدمتین است.

بعضی گفته‌اند: این صورت که قائل شویم که در آن واحد دو عقد باشد، فرض نادری است و بهتر است که این صورت را به صورت پنجم ملحق کنیم.

صورت پنجم: هر دو مجهول التاریخ و نمی‌دانیم کدامیک بر دیگری مقدّم بوده است،

مثلاً زنی به دو نفر وکالت داده، وکیل اوّل عقد او را برای مردی می‌خواند و وکیل دوم هم بدون اطلاع، عقد او را برای مرد دیگری می‌خواند، بعداً معلوم می‌شود که عقد این زن به دو نفر خوانده شده و نمی‌دانند کدام مقدّم است. به طور مسلم عقد این زن خوانده شده، و شوهری دارد اما شوهرش کیست، معلوم نیست. در اینجا حکم شرعی چیست؟ زن چه کند؟ شوهران چه کنند؟ همه این بحثها فرع بر این است که ذات بعل نبودن، شرط واقعی باشد برای صحت عقد، نه شرط علمی. ان قلت: این فرع، فرض نادری است خصوصاً در زمان ما و نیازی به بحث ندارد. قلنا: ما هم قبول داریم که فرض نادر است، خصوصاً در زمان ما، ولی چون در این گونه مسائل تعدادی از قواعد اصولی و فقهی پیاده می‌شود، که برای آموزش اجتهاد مفید است، مورد بحث قرار می‌گیرد. در چنین مسائلی پای علم اجمالی، حق الله و حق الناس در بین است.

اقوال:

اشاره

در مورد این مسأله از قدیم الایام بین عامّه و خاصّه اقوال متعدّدی بوده است. از جمله مرحوم علامه در تذکره اقوالی را نقل می‌کند. ۱- قول شافعی: وَقَفَ الْحَالُ إِلَىٰ أَنْ يَتَبَيَّنَ (یعنی زن شوهر نکند و آن مردان هم این را به عنوان یک زن حساب کنند، مگر این که با میل خودشان طلاق دهند یا یکی طلاق دهد و دومی تجدید عقد کند، یا هر دو از دنیا بروند و یا یکی مرحوم شود و دومی تجدید عقد کند).

۲- قول ابو حنیفه، مالک و احمد: حاکم شرع پادرمیانی کرده و از طرف هر دو، او را طلاق می‌دهد و می‌گوید من قبیل زوجها الواقعی طَلَّقْتُهَا وَلَا يَهُ.

۳- قول دیگری از احمد: میان آنها قرعه بزنیم میان آنها به این عنوان که قرعه به نام هر کس در آمد دیگری را وادار به طلاق کنیم و اوّلی را وادار به تجدید نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۷

مرحوم علامه بعد از نقل قول سوّم می‌فرماید: «و لا بأس به» (۱)

مرحوم شهید ثانی در مسالک احتمالاتی داده است که یکی دخالت حاکم (قول دوم) و قول دیگر اجبارهما علی الطلاق (قول چهارم) است، بعد به صورت اشکال مقدر، اشکالی می‌کند و جواب می‌دهد که «و لا یقدح الاجبار فی صحه الطلاق. لانه بحق» (چون حق این زن است که بلا تکلیف نماند) و قول سوّمی هم ایشان دارند که همان قرعه برای تعیین زوج است و احتیاج به طلاق دیگری و تزویج مجدد نیست (قول پنجم). (۲)

مرحوم صاحب عروه قول ششمی اضافه می‌کند و آن این که زوجه حق فسخ دارد، چون گرفتار و در زحمت است و لذا نیازی به حاکم نیست و هر کدام را که خواست، فسخ می‌کند و با هر کدام که خواست، مجدداً ازدواج می‌کند.

خلاصه اقوال:

- ۱- توقّف و احتیاط تا زمان تبیین حال (هذا قول شافعی و حکمی عن المبسوط و التحریر).
- ۲- فسخ نکاح از ناحیه حاکم (و هو قول العلامة فی القواعد بنا بر آنچه که مرحوم آقای حکیم «۳» نقل می‌کند و معظم فقهاء عامه هم این قول را اختیار کرده‌اند).
- ۳- فسخ نکاح از ناحیه زوجه (مرحوم آقای حکیم می‌فرماید قائلی به این قول نیافتیم).
- ۴- حاکم هر دو را مجبور به طلاق کند و اجبار هم به حق است، (صاحب مسالک این قول را به عنوان احتمال مطرح کرده است).
- ۵- قرعه برای تعیین اولویت یعنی حاکم دومی را مجبور به طلاق می‌کند و به اولی می‌گوید که تجدید عقد کند، (قول دیگری از احمد است).
- ۶- تعیین زوج با قرعه، (امام در تحریر الوسیله و مرحوم صاحب عروه و بعضی از شارحین عروه این قول را اختیار کرده‌اند).

دلیل قول اول: [توقّف و احتیاط تا زمان تبیین حال]

قول اول احتیاط است و در ناحیه علم اجمالی و شبهه محصوره، احتیاط مقتضای قاعده است. زن احتیاط می‌کند و شوهر نمی‌کند، ولی آن دو نفر چه کار کنند؟ ممکن است که گفته شود آنها هم در ناحیه نفقه و مهر احتیاط کنند و احتیاطاً هر یک نصف آن را بدهند.

ان قلت: نفقه فرع بر تمکین است و اینجا تمکینی نیست، پس نفقه نیست.

قلنا: عدم تمکین دو صورت دارد: ۱- به خاطر مانع شرعی. ۲-

مانعی ندارد و اختیاراً تمکین نمی‌کند، در صورت دوم نفقه ندارد، ولی در صورت اول که به خاطر عذر شرعی (نفاس، حیض) تمکین نمی‌کند، نفقه دارد، در ما نحن فیه هم عدم تمکین به خاطر مانع شرعی است و باید نفقه داده شود.

ان قلت: چرا ما نحن فیه از قبیل واجدی المنی فی الثوب المشترك نباشد که هر یک برائت جاری می‌کنند، در اینجا هم هر دو اصالة البراءة جاری کنند (شبهه بدویّه است و جای اصالة البراءة).

قلنا: اصل برائت را نباید جاری کنند، چون اصل برائت در حقوق الله (مثل غسل) جاری می‌شود، ولی در جائی که حقّ الناس از بین می‌رود، جای تمسک به برائت نیست (مثلاً جماعتی تیراندازی می‌کردند و به یک نفر خورد و از بین رفت و نمی‌دانیم تیر کدامیک بوده است، در اینجا اگر در هر یک برائت جاری کنند، خون از بین می‌رود، و چون حقّ الناس است دیه بین آنها تقسیم می‌شود). در ما نحن فیه هم حقّ الناس است و لا یبعد که جای برائت نباشد.

تا اینجا بیان شد که احتیاط چه مسئولیتی برای زن و چه مسئولیتهائی برای شوهرها دارد و قاعده هم همین را اقتضا می‌کند. یرد علیه:

اولاً: لا- شک انّ هنا الاحتیاط ضرری و حرجی، در اینجا لا- ضرر و لا- حرج به میدان می‌آید و ما نمی‌توانیم زن را بلا تکلیف بگذاریم.

ثانیاً: منهای لا ضرر و لا حرج، از حکمت شارع بعید است که این زن را بلا تکلیف بگذارد، بنابراین قول اول در مقابل لا ضرر و لا حرج و حکمت شارع مقدّس، محکوم است.

ان قلت: ضرر ناشی از حکم شرعی نیست، ضرر ناشی از حکم عقل است، زوجیت واقعی این زن که ضرر ندارد، بلکه حکم عقل به ضرورت احتیاط است که ضرر دارد (در شبهه غیر محصوره هم گفته می‌شود که اگر احتیاط شود ضرر است و این ضرر از ناحیه

شارع نیست چون مورد یکی بوده است) لا ضرر هم ناظر به حکم شرع است (لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام).

قلنا: درست است که حکم عقل به وجوب احتیاط سبب ضرر شده، ولی سرچشمه حکم عقل چیست؟ همان حکم شرع است به بقاء زوجیت، و شارع اگر حکم خودش را در اینجا بردارد، عقل حکم به احتیاط نمی‌کند، (در اطراف شبهه غیر محصوره هم همین گونه است، شارع می‌گوید این نجسی که بین این هزارتا هست نجس است و عقل هم می‌گوید که همه را کنار بگذارد).

(۱) تذکره، ج ۲، ص ۵۹۸ چاپ قدیم.

(۲) مسالک، چاپ جدید، ج ۷، ص ۱۹۴.

(۳) مستمسک، ذیل مسئله ۳۵ عروه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۸

۸۲ ادامه مسئله ۲۸ ... ۳ / ۱۲ / ۷۹

دلیل قول دوم: [فسخ نکاح از ناحیه حاکم]

قول دوم این بود که حاکم ولایه طلاق دهد چون حاکم برای اقامه حق و اغائه ملهوفین و دفع ضرر از مظلومین است و منصب حاکم شرع این است که می‌تواند دخالت کند و ولایه از طرف زوجین طلاق دهد. این طریق خیلی خوب است، لو لا طریق اسهل و اقرب من هذا الطريق.

نکته: آیا لا ضرر فقط نفی احکام ضرریه می‌کند یا اثبات حکم هم می‌کند؟

عده‌ای می‌گویند لا ضرر فقط نفی احکام ضرری می‌کند (لا حکم ضرری فی الإسلام) بنابراین لزوم عقد معنون به عنوان ضرری است، لا- ضرر لزوم را بر می‌دارد و عقد جایز و قابل فسخ می‌شود، گفته شده است که نقش لا ضرر در همین حد است و اثبات حکم نمی‌کند.

قلنا: لا ضرر هم نفی و هم اثبات حکم می‌کند، اتفاقاً پیامبر در حدیث «سَمْرَةُ ابْنِ جَنْدَبٍ» که روایت قاعده لا ضرر است، اثبات حکم کرده است. سمره بن جندب بدون اجازه برای سر زدن به نخل خودش وارد خانه شخصی شد، آن شخص به پیامبر شکایت کرد و حضرت فرمود:

سمره استأذن

، پیامبر با استفاده از لا ضرر اثبات حکم کرد، ولی بعد از عدم قبول سمره اجازه قطع شجره را صادر کرد و به

فإنه لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام

استدلال کرده و اثبات حکم کرد.

پس لا ضرر فقط نفی حکم نمی‌کند، در ما نحن فیه هم حاکم شرع برای نفی ضرر ولایه طلاق می‌دهد.

دلیل قول سوم: [فسخ نکاح از ناحیه زوجه]

قول سوم فسخ نکاح از ناحیه زوجه است که درست به همان دلیل لا ضرر است، چون لزوم این عقد ضرری علی الزوجه و لذا لزوم

را شارع نسبت به زوجه برداشته و لازمه‌اش جواز فسخ است.

اشکال: این قول خوب است و فقط یک مشکل دارد و آن این است که فسخ زوجه در اسلام فقط در موارد خاصی است (عیوب)، فهذا امر غیر معهود، پس زوجه‌ای که شوهرش چهار سال است که مفقود شده، فسخ نمی‌کند و سراغ حاکم شرع می‌رود و اگر بنا بود لا ضرر اجازه فسخ دهد در چنین موردی هم باید اجازه فسخ می‌داد.

۸۳ ادامه مسئله ۲۸ ... ۷ / ۱۲ / ۷۹

[دلیل] قول چهارم: حاکم شرع زوجین را برای دفع ضرر به طلاق مجبور کند،

چون باقی ماندن زن به این حال ضرر است.

ان قلت: اجبار موجب فساد عقد است.

قلنا: چون اینجا اجبار به حق است، صحیح است.

یرد علیه:

اساس و رکن عقد این است که عن طیب نفس و عن جِدِّ باشد. در اینجا که اجبار است طیب نفس و جدیت نیست و طلاق، یک لقلقه لسان است و فقط یک صورت طلاق است بدون معنی، و این که می‌فرمائید اجبار به حق است، اجبار در عمل خارجی ممکن است؛ ولی اینکه بگوئیم اجباراً طلاق بده مع التیة و طیب النفس، این امر ذهنی است و قابل اجبار نیست (مثل اینکه کسی را مجبور کنیم که کسی را دوست بدارد) پس در اینجا قوام طلاق حاصل نیست و کالعدم است، پس در مواردی که در فقه اجبار پیش می‌آید (مثلاً احتکار) حاکم شرع خود، اقدام به فروش اموال محترک می‌کند و نمی‌گویند که او را به فروش، مجبور می‌کند، پس قول چهارم باطل است.

[دلیل قول پنجم: [قرعه برای تعیین اولویت یعنی حاکم دومی را مجبور به طلاق می‌کند و به اولی می‌گوید که تجدید عقد کند]

این قول مثل قول چهارم است با این فرق که ابتداءً قرعه می‌زنیم و دومی را که قرعه به نام او در نیامده است، اجبار بر طلاق می‌کنیم و اولی هم که قرعه به نامش در آمده، عقد نکاح را تجدید می‌کند (این قول مرکب است از قرعه و اجبار و تجدید نکاح). یرد علیه: در اینجا نیز اشکال قول چهارم وجود دارد که اجبار در امور خارجی قابل تصور است و در امور باطنیه مثل رضایت و طیب نفس معنی ندارد.

[دلیل قول ششم: [تعیین زوج با قرعه]

چون این زن برای یکی از این دو مرد است و نمی‌تواند بلا-تکلیف بماند و همچنین برای هر دو هم که نمی‌تواند باشد، پس قرعه می‌زنیم، مانند بچه‌ای که از دو نفر به عنوان وطی به شبهه متولد شده و راهی هم برای تعیین نیست، زیرا عنوان قرعه یا لکل امر مشتبّه

است (که در احادیث است) و یالکل امر مشکل است (که در کلام علما است) هر کدام از این دو عنوان که باشد در ما نحن فیه صادق است، پس چون عموماً قرعه شامل اینجا می‌شود، قرعه می‌زنیم.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۹۹

یرد علیه:

قرعه دو مشکل دارد:

اشکال اول: مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد می فرماید:

نکاح مبنی بر احتیاط است و شوهر را نمی توان با قرعه انتخاب کرد، چون خلاف احتیاط است و واقعاً هم مشکل است زیرا تا آخر عمر این دو شک دارند که آیا واقعاً زوج و زوجه هستند یا نه. به عبارۀ اخری شمول عمومات قرعه بر چنین موردی محل شک است و مشکل.

اشکال دوم: موضوع قرعه در اینجا نیست نه اینکه عمومات منصرف است (که در اشکال اول می گفتیم) به این معنی که در اینجا مشکلی نیست، چون حاکم شرع هست و طلاق می دهد، اگر بن بست باشد (مثل ولدی که از وطی به شبهه است) حاکم شرع کاری نمی تواند بکند؛ ولی در ما نحن فیه حاکم می تواند طلاق دهد پس مشکل و مشتبه نیست. تا اینجا همه اقوال با اشکالاتش بیان شد.

بهترین قول: بهتر از همه در بین این اقوال، آن است که اختیار را به حاکم دهیم

(وجه دوم)، جمعی از علماء شیعه و سنی، این قول را اختیار کرده اند و حاکم از طرفین می خواهد زن را طلاق دهند و اگر امتناع کردند حاکم ولایۀ طلاق می دهد. معاصرین غالباً به قرعه تمایل پیدا کرده اند و در حاشیۀ عروه، ما نیز قرعه را انتخاب کرده ایم؛ ولی بهتر این است که ولایت حاکم را بپذیریم.

بقی هنا شیء:

همین مشکلی که برای زوجه پیدا شد برای زوج هم ممکن است پیدا شود، زوج دو وکیل انتخاب کرده که برای او همسری انتخاب کنند، یکی این خواهر و دومی خواهر دیگر را و یا اولی مادر و دومی دختر را برای او تزویج کرد و بعد هم مجهول التاریخ شد، همان بحث ها در اینجا هم می آید. صاحب عروه این مسأله را در ذیل مسأله ۳۵ آورده است و حقیقش این بود که امام هم این مسأله را در همین جا مطرح می کردند ولی امام (ره) به عنوان یک مسأله جداگانه در آخر مطرح می کنند.

[مسأله ۲۹ (ادعاء الزوجین سبق العقد)]

اشاره

۸۴ مسأله ۲۹ (ادعاء الزوجین سبق العقد ...) ۸ / ۱۲ / ۷۹

مسأله ۲۹: لو ادعی احد الزوجین سبق عقده فان صدقه الآخر و کذا الزوجه، او صدقه احدهما و قال الآخر: «لا ادری»، فالزوجۀ لمدعی السبق و ان قال کلاهما: «لا ادری» فوجوب تمکین الزوجه من المدعی بل جوازه محلّ تأمل الا اذا رجع عدم درایه الرجل (دومی که می گوید لا ادری)

الی الغفلة حین اجراء العقد و احتمال تطبیقه (عقد اولی)

علی الصّحیح من باب الاتّفاق (تصادفاً...)

عنوان مسأله:

اشاره

این مسأله دنباله مسئله ۲۸ است، در آنجا بحث در این بود که دو وکیل، بدون اطلاع از یکدیگر، زوجه را شوهر دادند، و هر دو مجهول التاریخ بود، اقوال شش گانه‌ای در مسأله بود، در این مسأله بحث در دعوی بر تقدّم و تأخر است یعنی مسأله سابق مقام ثبوت بود و هر دو در مقابل حکم تسلیم بودند و فتوی می‌خواستند؛ ولی در این مسأله دنبال فتوی نیستند، بلکه هر یک ادعا می‌کند که مقدم بوده است و قضاوت می‌خواهند نه فتوی، پس این بحث در مقام اثبات و قضاوت است.

قبل از ورود به مسأله، سه نکته را متذکر می‌شویم:

نکته اول: این مسأله تماماً بر محور قوانین باب قضا دور می‌زند و روایت خاصی ندارد،

پس در اینجا کار ما پیاده کردن قواعد کلیه‌ای است که در باب قضا مطرح است.

نکته دوم: مسأله دو صورت دارد:

الف) یکی از آنها ادعای تقدّم می‌کند و دیگری یا ادعایی ندارد و یا این که دیگری را تصدیق می‌کند.
ب) تداعی است (هر یک ادعای تقدّم دارند) هر کدام از این دو صورت شاخه‌هایی دارد.

نکته سوم: جمعی از بزرگان از فقهاء متعرض این مسأله شده‌اند ولی همه سراغ شاخه دوم (تداعی) رفته‌اند

و کمتر کسی متعرض صورت اول شده است، از کسانی که این مسأله را متعرض شده‌اند:
مرحوم شیخ طوسی «۱»، مرحوم فاضل هندی «۲»، در شرح کلام علامه، مرحوم محقق ثانی «۳»، مرحوم صاحب عروه «۴» و شارحین عروه، مثل آقای حکیم و دیگران در ذیل مسئله ۳۵ عروه این بحث را مطرح کرده‌اند.

موضوع بحث:

الف) اگر احدهما (زوج اول) ادعای سبق کرد، در این صورت چهار حالت متصور است:

اشاره

- (۱) مبسوط، ج ۴، ص ۱۸۲.
- (۲) کشف اللثام، ج ۲، ص ۲۵.
- (۳) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۸۲.

(۴) عروہ، مسئلہ ۳۵ از مسائل اولیاء العقد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰۰

۱- زوج دوم و زوجه هر دو او را تصدیق می کنند.

۲- احدهما تصدیق می کند و دیگری «لا ادری» می گوید (یا زوج دوم تصدیق می کند و زوجه می گوید نمی دانم یا بالعکس).

۳- هر دو «لا ادری» می گویند.

۴- زوج دوم تصدیق می کند و زوجه تکذیب می کند.

حکم صورت اول (زوج دوم و زوجه، هر دو تصدیق می کنند):

چون هر دو تصدیق کرده اند و دعویایی نیست، پس داخل در

«اقرار العقلاء علی انفسهم جایز»

است در واقع زن و مردی به زوجیت اقرار کرده اند.

اشکال:

مرحوم آقای حکیم در مستمسک در ذیل این مسأله اشکالی دارد و می فرماید: این اقرار بر ضد دیگری هم هست (مثلاً به زیان سایر ورثه است چون از هم ارث می برند) و نمی توانیم اقرار او را بپذیریم، پس دلیل این مسأله به بیان ایشان اجماع و سیره است نه قاعده اقرار.

لکن الانصاف:

این اشکال درست نیست، چون جُلُّ اقرارات در مراحل تالیه نسبت به دیگران آثاری دارد، اگر زید و عمرو اقرار کردند که این خانه را فروختیم یا هبه کردیم و یا ... با اینکه این کار به ضرر ورثه تمام خواهد شد؛ ولی اقرار نافذ است. پس متن اقرار طرفینی است و تبعات بعدی که در صورتهای تالیه پیش می آید، تأثیری بر نفوذ اقرار ندارد. نتیجه: دلیل اصلی در مسأله، اقرار طرفین است.

حکم صورت دوم (احدهما اقرار می کند و دومی می گوید «لا ادری»):

اگر زوجه تصدیق کند و دومی بگوید لا- ادری، در این صورت قول زوج قبول می شود و مشکلی نیست (مثل صورت قبلی)، یا زوجه می گوید «لا ادری» ولی زوج دوم تصدیق می کند، یعنی عقد خودش را باطل می داند بنابراین عقد اول صدر من اهله، وقع فی محلّه. در واقع زنی که ذات بعل نبوده و کیل شرعی عقد او را خوانده است و زوجه هم ادعایی ندارد.

حکم صورت سوم (کلاهما می گویند «لا ادری»):

اشاره

زوج اول می گوید من سابق بودم و زوجه و زوج دوم. نمی دانند.

مرحوم امام می فرماید ترتّب آثار زوجیت در اینجا مشکل است (فوجب تمکین الزوجه من المدعی بل جوازه محل تأمل) چون نمی دانیم اولی در محل بلامانع واقع شده یا محل مانع داشته است؟

چون هر دو مجهول التاریخ است، بنابراین اصل فساد است، بعد امام می فرماید، الا اینکه در این عقد از باب قاعده فراغ اصالة الصحة جاری کنیم (الا اذا رجع عدم درایه الرجل الی الغفلة حین اجراء العقد و احتمال تطبیقه علی الصحیح من باب الاتفاق).

قاعده فراغ در کجا جاری است؟

در همه افعال جاری می‌شود (عبادات، معاملات) ولی در قاعده فراغ نزاعی مطرح است، و آن نزاع این است که آیا جریان قاعده فراغ در جائی است که در حین عمل متذکر باشد یا نه؟ به عنوان مثال با انگشتر وضو گرفتم، شک می‌کنم که بعد از وضو آب زیر انگشتر رفته است یا نه؟ احتمال می‌دهم که حین وضو توجه داشته‌ام و انگشتر را شاید تکان نداده‌ام، که در این صورت همه می‌گویند وضو صحیح است؛ ولی یک وقت یقین دارم که انگشتر را تکان نداده‌ام؛ ولی احتمال می‌دهم که شاید آب خودش زیر انگشتر رفته باشد، در اینجا قاعده فراغ جاری نیست.

در ما نحن فیه اگر ما قائل باشیم که در جریان قاعده فراغ، شرط است که در حین عمل متذکر باشد، در این صورت کسی که عقد اول را خوانده و کیلی است که بی‌خبر است از عقد دیگری، در اینجا اگر عقد هم درست شده، به صورت اتّفاقی درست شده است ولی اگر گفتیم در جریان قاعده فراغ، متذکر بودن شرط نیست، صحیح است.

یعنی در ما نحن فیه من باب الاحتمال عقد اول سابق بوده و در غیر ذات بعل بوده است، اگر چنین قاعده فراغی را جاری بدانیم آثار زوجیت مترتب می‌شود؛ ولی اگر قاعده فراغ را جاری ندانستیم، آثار زوجیت مترتب نمی‌شود.

۸۵ ادامه مسأله ۲۹ ... ۷۹ / ۱۲ / ۹

ادامه مسأله ۲۹:

و ان صدقه الآخر (زوج اول را زوج دوم تصدیق کند)

و لكن كذّبه الزّوجه، كانت الدعوى بين الزّوجه و كلا الزّوجين، فالزّوج الاوّل يدّعى زوجيتها و صحّة عقده و هي تنكر زوجيتها و تدّعى فساد عقده، و تنعكس الدعوى بينها و بين الزوج الثّاني، حيث أنّه (زوج ثانی) يدّعى فساد عقده و هي تدّعى صحّته،

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰۱

ففي الدعوى الاولى تكون هي المدّعية و الزوج هو المنكر، و في الثانية بالعكس، فان اقامت البيّنة على فساد الاوّل، المستلزم لصحّة الثّاني حکم لها بزوجيتها للثّاني دون الاوّل، و ان اقام الزوج الثّاني بيّنة على فساد عقده (پس عقد اولی خود به خود درست می‌شود) يحکم بعدم زوجيتها له و ثبوتها للاوّل ...

حکم صورت چهارم (صدقه الآخر و لكن كذّبه الزّوجه):

زوج دوم، زوج اول را تصدیق می‌کند؛ ولی زوجه تکذیب می‌کند، پس در اینجا دو ادّعا مطرح است، یعنی یک دعوی سه‌گانه‌ای پیدا شده است (زوج اول، زوج دوم و زوجه) که منحل به دو دعوی می‌شود، یک دعوی بین زوجه و زوج اول و یک دعوی بین زوجه و زوج دوم. زوجه نسبت به زوج اول می‌گوید: دروغ می‌گوئی و نسبت به زوج دوم می‌گوید: همسر تو هستم. حال که دو دعوی در اینجاست باید سراغ قواعد باب دعوی برویم که قاعده‌ای داریم به نام

البيّنة على المدّعى و اليمين على من انكر

، طبق این قاعده، باید مدّعی و منکر را پیدا کنیم، که اگر مدّعی بیّنه نداشت منکر قسم بخورد.

برای تشخیص مدّعی و منکر بحث مفصّلی مطرح است، ولی فعلاً فرض را بر این می‌گیریم که کسی که قولش موافق اصل است، منکر است و کسی که مخالف اصل است، مدّعی است. اصل در عقد و کیلها صحّت است، پس در این دو دعوی هر کس طرفدار صحّت بود منکر است و هر کس مخالف صحّت بود (یعنی مدّعی فساد بود) مدّعی است و باید بیّنه بیاورد. در دعوی اول (بین

زوجه و زوج اول) که زوج اول می‌گوید عقد من صحیح است، قولش مطابق اصل است و بیینه‌ای از او نمی‌خواهیم؛ ولی زوجه می‌گوید عقد فاسد بوده است و مدعی است، پس باید بیینه بیاورد، اگر بیینه آورد، قول او مقدم است و اگر بیینه نیاورد، زوج اول قسم می‌خورد و حق با اوست و زوجه، زن شوهر اول خواهد بود، و امّا در دعوی دوم، زوج دوم مدعی فساد است، پس مدعی است و باید بیینه بیاورد، و زن می‌گوید صحیح است و چون ادعای صحّت می‌کند، قولش مطابق با اصل است و اگر زوج دوم بیینه نیاورد، قسم می‌خورد و اگر شوهر دوم بیینه آورد، در این صورت زوجه، زن شوهر اول است تا اینجا تکلیف این دعوی روشن شد:

ادامه مسئله ۲۹:

و ان لم تكن بينة يتوجه الحلف الى الزوج الاوّل في الدعوى الاولى و الى الزوجه في الدعوى الثانية، فان حلف الزوج الاوّل و نكلت الزوجه ثبتت زوجيتها للاوّل، و إن كان العكس بأن حلفت هي دونه حكم بزوجيتها للثاني، و ان حلفا معاً فالمرجع هي القرعة...، اگر هر دو بیینه اقامه کنند، از قبیل تداعی است (امام این فرع را ذکر نمی‌کند). و به همان بحث قبل (مسئله ۲۸) برمی‌گردد که یکی از آن شش وجه را حاکم می‌کنیم.

حال اگر هیچ یک بیینه نیاورد، در این صورت منکر اولی که زوج بود، قسم می‌خورد و اگر زوجه که در دعوی دوم منکر بود قسم نخورد، زوجه، زن شوهر اول است؛ ولی اگر اولی قسم نخورد و زوجه قسم خورد، زوجه متعلق به زوج دوم می‌شود، چون قولش موافق اصل است و بیینه هم نیست.

صورت دیگر این است که هر دو قسم می‌خورند که عقدشان صحیح بوده که در این صورت باز تساقط می‌شود و به مسئله قبل (مسئله ۲۸) برمی‌گردد که باز یکی از وجوه ششگانه حاکم است.

۱۸۶ ادامه مسئله ۲۹ ... ۱۰ / ۱۲ / ۷۹

ادامه مسئله ۲۹:

و ان حلفا معا (مدعی اول و دوم بیینه نداشتند، منکرها قسم می‌خورند)

فالمرجع هي القرعة (چون قسم‌ها مثل بیینه‌ها تعارض کرده، ساقط می‌شوند و علم اجمالی داریم و مرجع علم اجمالی به عقیده امام (ره) قرعه است ولی ما گفتیم که مرجع حاکم شرع است)،

هذا اذا كان مصبّ الدعوى صحه العقد و فساد لا السبق و عدمه أو السبق و اللحق أو الزوجية و عدمها، و بالجملة الميزان في تشخيص المدعى و المنكر غالباً مصبّ الدعوى...

برای روشن شدن این عبارت امام (ره)، باید دو قاعده از قواعد باب دعاوی را بیان کنیم:

الف) ما المعيار و الميزان في معرفة المدعى و المنكر؟ (مدعی و منکر را چگونه بشناسیم؟)

در عبارات بزرگان پنج تعبیر برای شناخت مدعی و منکر دیده می‌شود:

۱- من كان قوله موافقاً للاصل فهو المنكر و من كان مخالفاً للاصل فهو المدعى مثلاً خانه در دست من است شما ادعای مالکیت خانه را می‌کنید، اصالة الید می‌گوید خانه برای من است و شما که قولتان مخالف اصل است مدعی هستید باید بیینه بیاورید.

۲- من كان قوله موافقاً للظاهر فهو المنكر و من كان مخالفاً للظاهر فهو المدعى ظاهر حال ذو الید مالکیت است و اگر کسی در مقابل او ادعائی کند، مخالف ظاهر حال است و مدعی است و کسی که موافق ظاهر حال است، منکر است.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰۲

۳- المدعى من لو ترک ترک مدعی کسی است که اگر دعوی را رها کند کاری به او ندارند مثلاً در مقابل ذو الید ادعای مالکیت می‌کند، اگر از ادعای خودش دست بردارد ما هم با او کاری نداریم.

۴- المدعى من يدعى امرأ خفياً، و المنكر من يدعى امرأ جلياً، ادعا می‌کند که این خانه به وسیله سرقت، غصب ... که از امور خفیه

است گرفته شده.

۵- المدعی من یدعی شیئاً علی الغیر، و یکون ملزماً باثباته عند العقلاء کأن یدعی شیئاً من مال او فائده او شبه ذلک.

جمعی از بزرگان متأخرین مانند صاحب جواهر و آیه الله خوئی «۱» می‌فرمایند: ما در مورد مدعی و منکر که در روایات آمده (البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر)

حقیقت شرعیته‌ای نداریم (مثل صلاة و حج)، بنابراین سراغ لغت و عرف می‌رویم.

مدعی در لغت کسی است که ادعای چیزی می‌کند و نزد عقلا ملزم به اثبات آن است و منکر کسی است که حقی یا دینی یا چیزی را نفی می‌کند.

تصوّر ما این است، کسانی که معنائی را برای مدعی و منکر ذکر کرده‌اند، همین مطلب در ذهنشان بوده و توضیح بیشتری داده‌اند نه اینکه معنای معارضی با معانی دیگر گفته باشند، لذا تصور نمی‌کنیم که در اینجا دعوائی باشد و در واقع نزاع لفظی است و بر فرض هم دعوائی در بین این اقوال پنج‌گانه باشد، حق با قول پنجم است (معنای عرفی و لغوی)، که این معنا با چهار احتمال دیگر هم می‌سازد، پس حقیقت مدعی و منکر یک معنی عرفی است قبل از این که شارع

«البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر»

را گفته باشد.

(ب) ما المراد من «مصّب الدعوی» و «طرح الدعوی»؟:

مصّب دعوی به معنی مآل و نتیجه و عصاره است (محلّ پذیرش دعوی) در ما نحن فیه مصّب دعوی صحّه و فساد بود که به هر عبارتی دعوی را طرح کنند، مصّب دعوی صحّه و فساد است. طرح دعوی آن عبارتی است که دعوی با آن عبارت عنوان می‌شود، مثلاً بنده بگویم عقد من اول بود، دیگری بگوید عقد من اول بود این طرح دعوی است، ولی منظور از اول و دوم، صحت و فساد عقد است، اگر چه دعوی در لباس سبق و لحوق طرح می‌شود؛ ولی مصّب دعوی و نتیجه، صحت و فساد عقد است. اگر ما بخواهیم به طرح دعوی نگاه کنیم شاید چهره مسئله عوض شود، چون سبق و لحوق هر دو حادث است و هیچ یک موافق اصل نیست؛ ولی اگر مصّب دعوی معیار باشد، کسی که ادعای صحت می‌کند، مطابق اصل و ظاهر بوده و ادعای امر خفی نکرده است.

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه
ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۲، ص: ۱۰۲

آیا در مقام قضاوت، قاضی باید به طرح دعوی نگاه کند یا به نتیجه و مصّب؟ مسلماً عقلاً به مصّب دعوی نگاه می‌کنند، چون با عوض شدن الفاظ شکل دعوی عوض شده و منکر و مدعی جایشان عوض می‌شود. در ما نحن فیه اگر مصّب را مدّ نظر قرار دهیم، دعوی در صحت و فساد است، امام (ره) در اینجا این مسئله را مطرح می‌کند و می‌فرماید این بحثها در صورتی است که به مصّب دعوی نگاه کنیم ولی اگر الفاظ و عبارات را مدّ نظر قرار دهیم، حکم تفاوت می‌کند.

۸۷ ادامه مسئله ۲۹ ... ۱۴ / ۱۲ / ۷۹

ان قلت: این مسئله را دنباله مسئله ۲۸ دانستید در حالی که در این مسئله، اسمی از وکیلین نیست، بلکه زوجین هستند، که هر کدام ادعای تقدّم می‌کنند؟

قلنا: اولاً این پیوند در کلام علما هم وجود دارد، مرحوم شیخ طوسی در مبسوط و محقق ثانی در جامع المقاصد، و صاحب عروه هم در ذیل مسئله ۳۵ این مطلب را ذکر کرده‌اند، پس و لو در عبارت امام پیوندی بین دو مسئله نبود؛ ولی متقدمین و متأخرین علما، این دو مسئله را به هم پیوند داده‌اند.

ثانیاً سألنا که دو مسأله را از هم جدا کنیم، ولی از نظر قاضی فرقی نمی‌کند، چون مسأله در مجهولی التاریخ است و زوجین مدعی هستند، پس قواعد مجهولی التاریخ پیاده می‌شود، مگر این که بینه اقامه کنند.

ان قلت: چرا قائل به قرعه شدید، در حالی که احتمال تقارن هم هست و اگر تقارن باشد، حکم بطلان است و در صورتی که احتمال بطلان هست، نمی‌توان زوجه را به یکی از دو طرف دعوی داد.

قلنا: بحث ما در صورت عدم تقارن است، چون در بحث قبل بیان کردیم که در صورت تقارن قرعه نیست و لذا بحث را جایی بردیم که یقین به تقدیم و تأخیر داریم، پس مسئله ۲۹ جایی است که یقین به تقدیم و تأخیر داریم.

ان قلت: گفتید نصی در این مسأله وارد نشده است؛ ولی ما دو روایت «۲» داریم که در مورد تعارض است.

قلنا: این دو روایت ناظر به شاخه کوچکی از مسأله است و در روایت هم چیزی غیر از این قواعدی که گفتیم، نیست.

(۱) مبانی تکملة المنهاج.

(۲) ح ۲، باب ۷ و ح ۳، باب ۲۳ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰۳

ادامه مسئله ۲۹:

...و ان ادعی کل من الزوجین سبق عقده فان قالت الزوجه: «لا ادری» تكون الدعوی بین الزوجین، فإن أقام احدهما بینه دون الآخر حکم له و كانت الزوجه له، و إن أقام کل منهما بینه تعارضت البینتان فیرجع الی القرعه فیحکم بزوجه من وقعت علیه، و ان لم تکن بینه یتوجه الحلف الیهما، فان حلف احدهما حکم له، و ان حلفا أو نکلا یرجع الی القرعه، و ان صدقت المرأه أحدهما کان احد طرفی الدعوی من لم تصدقه الزوجه، و الطرف الآخر الزوج الآخر مع الزوجه، فمع اقامه البینه من احد الطرفين أو من کلیهما الحکم كما مرّ، و اما مع عدمها و انتهاء الامر الی الحلف فان حلف من لم تصدقه الزوجه یحکم له علی کل من الزوجه و الزوج الآخر، و اما مع حلف من صدقته (زوجی که زوجه با اوست)

فلا یتربّب علی حلفه رفع دعوی الزوج الآخر علی الزوجه بل لا بدّ من حلفها ایضاً.

مسأله دارای دو صورت بود، یکی اینکه احدهما ادعای تقدّم می‌کرد که بحث آن بیان شد (صورت الف) و اما صورت دوم:

(ب) کلاهما ادعای تقدّم دارند (تداعی)،

اشاره

یعنی زید می‌گوید عقد من مقدّم بوده و عمرو می‌گوید عقد من مقدّم بوده است. در کلمات قدما و اکثر متأخرین این فرع است که مطرح شده.

این صورت دو حالت دارد:

حالت اول: زوجه کنار ایستاده و «لا ادری» می‌گوید.

حالت دوم: زوجه هم داخل در دعوی است و حق را به یکی از طرفین می‌دهد.

حالت اول (زوجه «لا ادری» می‌گوید):

در اینجا شکل مسأله این است که زوجین هر دو مدعی و منکر هستند، چون دو ادعا (ادعای زوجیت و انکار زوجیت دیگری)

است. طبق قاعده

«البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر»

هر کدام اقامه بینه کنند، حق با اوست و اگر هر دو بینه آوردند «تعارضاً تساقطاً»، سراغ احتمالات شش گانه‌ای که در مسئله قبل بود، می‌رویم که قائلین به قرعه، قرعه را انتخاب می‌کنند و ما هم قائل به دخالت حاکم شرع هستیم.

اما اگر هیچ کدام بینه نداشتند، سراغ

«الیمین علی من انکر»

می‌رویم، یا یکی قسم می‌خورد و دیگری قسم نمی‌خورد (نکول) در اینجا حق را به کسی می‌دهیم که قسم می‌خورد، یا اگر هر دو قسم خوردند، تساقطاً، و قاضی چون علم اجمالی دارد که زوجه برای یکی از این دو زوج است به یکی از وجوه شش گانه، تکلیف زن را روشن می‌کند.

حالت دوم (زن هم در دعوی داخل شود):

در این صورت دعوی دارای سه طرف است یک طرف دعوی دو نفر است (زوجه با یکی از دو زوج) و طرف دیگر دعوی یک نفر است (زوج دیگر)، باز سراغ قواعد باب دعوی می‌رویم، اگر آن طرف دعوی[□] که یک نفر است، اقامه بینه کرد، حق را به او می‌دهیم، ولی اگر طرف دیگر که دو نفر هستند، اقامه بینه کردند، (چه یکی بینه اقامه کند یا هر دو اقامه کنند) حق را به آن دو می‌دهیم.

اگر هر دو طرف دعوی بینه بیاورند، تعارضاً تساقطاً (در آن طرف دعوی که دو نفر هستند، چه هر دو نفر اقامه بینه کنند یا اینکه یک نفر اقامه بینه کند)، باز سراغ همان وجوه ششگانه در مسئله ۲۸ می‌رویم و اما اگر نوبت به قسم برسد، اگر آن طرف دعوی که یک نفر است قسم بخورد و طرف دیگر که دو نفر است قسم نخورند (نکول) تکلیف روشن است و حق را به او می‌دهیم، و اما اگر این طرف دعوی که یک نفر است نکول کرد، و طرف دیگر که دو نفر هستند خواستند قسم بخورند، امام می‌فرماید، هر دو (زوج دیگر و زوجه) باید قسم بخورند، کأنّ دو ادعا است، یک ادعا آن یک نفر با زوج دارد که آن ادعا با قسم زوج تمام می‌شود، ادعایی دیگر هم با زوجه دارد، که با قسم زوج دیگر تمام نمی‌شود، مگر اینکه زوجه خودش قسم بخورد.

ان قلت: چرا در بینه یک بینه را از دو نفر قبول می‌کنید؛ ولی در قسم، یک قسم را کافی نمی‌دانید، اگر در بینه، یکی را کافی می‌دانید در قسم هم کافی بدانید.

قلنا: بینه اماره است و با آمدن آن تکلیف زوج و زوجه روشن می‌شود و چون بینه اماره است، لوازم بینه هم حجت است (طریق الی الواقع)، امّا حلف، اماره نیست و شبیه اصل است و لذا لوازم آن حجت نیست، پس وقتی یکی قسم خورد، دومی هم باید قسم بخورد.

و لکن الانصاف: این مسأله خالی از اشکال نیست، همانگونه که یک بینه کافی بود، در حلف هم یکی کافی است، نه به خاطر این که بینه اماره است و حلف اماره نیست؛ بلکه به خاطر این است که در اینجا یک مسأله، بیشتر نیست، چون وقتی یکی قسم خورد که این زن، زوجه من است، این زن، زوجه اوست و دو دعوی نیست، لآنّ الزّوجیه امرٌ بسیطه که دو پایه دارد و قسم خوردن بر یک امر بسیط است، زیرا ممکن نیست که این مرد زوج باشد و زوجه نداشته باشد، پس زوج که شد، زوجه هم دارد و از قبیل متضایفینی است که دو چیز نیست، بلکه رابطه بین دو چیز است. به عبارۀ دیگر اگر مال مشترکی باشد که هر یک ادعای سه دانگ آن را دارند، در اینجا باید

هر دو قسم بخورند، چون دو چیز است ولی زوجیت یک چیز بیشتر نیست. نتیجه: قسم خوردن زوج و زوجه‌ای را که در یک طرف دعوی هستند نمی‌پذیریم؛ ولی بقیه مسأله را قبول داریم.

[مسأله ۳۰: لو زوج احد الوکيلين عن الرجل له امرأة و الآخر بنتها]

اشاره

۸۸ مسئله ۳۰ (تزوج أحد الوکيلين عن الرجل له امرأة ... ۷۹ / ۱۲ / ۱۵)

مسأله ۳۰: لو زوج احد الوکيلين عن الرجل له امرأة و الآخر بنتها صحّ السابق و لغا اللاحق، و مع التقارن بطلا معاً، و ان لم يعلم السابق فان علم تاريخ احدهما حکم بصحته (معلوم التاريخ) دون الآخر، و ان جهل تاريخهما فإن احتمل تقارنهما يحکم ببطلان كليهما، و ان علم بعدم التقارن فقد علم بصحة احد العقدين و بطلان احدهما، فلا يجوز للزوج مقاربه واحده منهما، كما أنه لا يجوز لهما التمكين منه، نعم يجوز له النظر الى الام و لا يجب عليها التستر عنه للعلم بأنه اما زوجها او زوج بنتها، و اما البنت فحيث انه لم يحرز زوجيتها و بنت الزوجه أتما يحل النظر اليها ان دخل بالام و المفروض عدمه فلم يحرز ما هو سبب لحلية النظر اليها، و يجب عليها التستر عنه، نعم، لو فرض الدخول بالام و لو بالشبهه كان حالها حال الام.

عنوان مسأله:

این مسأله، با مسئله ۲۸ و ۲۹ در ارتباط است در واقع عکس مسئله ۲۸ است، در مسئله ۲۸ گفتیم که زوجه و کالت به دو نفر داده و آنها بی‌خبر از یکدیگر هر کدام همسری برای او انتخاب کرده‌اند، این مسأله در مورد زوج است که به دو وکیل و کالت داد، و بی‌اطلاع از یکدیگر دو همسر که جمع بین آنها ممکن نیست برای او عقد کردند، در مسئله ۲۸ زوجه معین و زوجین مختلف بودند، در این مسأله، زوج معین، و زوجه مختلف است، مثلاً یکی مادر و دیگری دختر است و یا دو خواهر هستند. البته این مسأله به طور نادر اتفاق می‌افتد؛ ولی چون احکامی مربوط به دعاوی و باب قضا در آن است، برای بحث از قواعد فقهی مفید است. همان تقسیمهائی که در مسئله ۲۸ و ۲۹ بود، در اینجا هم هست؛ ولی در مواردی، به خاطر تفاوت احکام زوج و زوجه، تفاوت می‌کند.

مسأله سه حالت دارد:

اشاره

۱- معلومی التاريخ. ۲- احدهما معلوم. ۳- مجهولی التاريخ.

حکم حالت اول (معلوم التاريخ):

هر کدام که مقدم باشد صحیح است و اگر مقارن بودند، چون ترجیح بلامرجح جایز نیست و هر دو هم، نمی‌تواند صحیح باشد،

پس هر دو باطل است.

حکم حالت دوم (احدهما معلوم التاريخ):

معلوم التاريخ صحيح است، چون استصحاب عدم مجهول التاريخ تا زمان صدور معلوم التاريخ جاری می‌شود، مثلاً عقداً، معلوم التاريخ و روز شنبه است؛ ولی عقد بنت معلوم نیست که جمعه بوده یا یکشنبه، استصحاب می‌گوید که عقد بنت تا زمانی که عقداً واقع شود، واقع نشده. استصحاب می‌گوید عقداً در محل بلا مانع واقع شده است، و با لوازم آن (تأخر عقد بنت) کاری نداریم که اصل مثبت باشد، بلکه می‌خواهیم بگوئیم که عقد دختر قبلاً یا مقارن عقد مادر واقع نشده است. استثنا: اگر قطع داشته باشیم که هر دو مقارن هستند، هر دو باطل است.

حکم حالت سوم (مجهولی التاريخ):

اشاره

دو احتمال دارد:

الف) احتمال مقارنت می‌دهیم.

ب) یقین به عدم مقارنت داریم یعنی یکی مقدم و دیگری مؤخر است.

الف) در صورت اول که احتمال مقارنت می‌دهیم هر دو فاسد است و فرقی نمی‌کند که در هر دو طرف استصحاب را جاری بدانیم و بعداً هر دو استصحاب تعارضاً تساقطاً، و یا اینکه اصلاً استصحاب را در مجهولی التاريخ جاری ندانیم، در هر دو صورت فرقی نمی‌کند.

ب) اگر علم داریم که احدهما مقدم و دیگری مؤخر است (یا مادر مقدم بوده یا دختر) در اینجا باید به مقتضای علم اجمالی عمل کرد.

وظیفه شوهر چیست؟

مقتضای علم اجمالی احتیاط است که شوهر با هیچ یک مقاربت نمی‌تواند بکند چون علم اجمالی و دوران امر بین وجوب و حرمت است

وظیفه زنها چیست؟

برای زنها هم تمکین جایز نیست، چون نکاح مردّد است و نکاح هیچ یک ثابت نیست.

آیا نگاه کردن زوج به مادر و دختر جایز است؟

به مادر می‌تواند نگاه کند چون یا زوجه و یا ام الزّوجه اوست، در

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰۵

اینجا از علم اجمالی، علم تفصیلی به جواز نظر و محرّمیت متولّد می‌شود. البتّه نگاهی که می‌کند اولاً نگاه شهوت‌آلود نمی‌تواند بکند، بلکه نگاهی که به محرم می‌توان کرد جایز است، و ثانیاً نگاه به تمام بدن هم نمی‌تواند بکند و فقط به مقدار متعارف می‌تواند نگاه کند (امام این شرط را نمی‌فرماید).

اما نگاه به دختر جایز نیست، چون اگر همسرش باشد، جایز است؛ ولی اگر ربیبه باشد، نگاه کردن به او وقتی جایز است که دخول

به ام صورت بگیرد، امام استثنائی می‌زند، مگر آن جائی که وطی به شبهه‌ای صورت گرفته باشد، یکی از دو عقد را خیر دادند و او قبل از باخبر شدن از دومی، با مادر مقاربت کرد (وطی به شبهه) در اینجا نگاه کردن به دختر جایز است، چون دختر یا همسر است یا ریبه‌ای است که دخول به ام هم صورت گرفته است.

تا اینجا مطلب امام تمام است؛ ولی سؤالات زیادی باقی مانده است:

۱- بحث قرعه که در مسئله قبل مطرح بود آیا در اینجا هم هست؟

۲- زنها چه کار کنند، می‌توانند شوهر کنند؟ آیا مثل واجدی المنی فی الثوب المشترك است که هر یک بتوانند شوهر کنند؟

۳- آیا حاکم شرع می‌تواند پادرمیانی کند؟

۴- آیا نفقه و مهریه بدهد؟ اگر بدهد به کدامیک بدهد؟ آیا جای تنصیف است؟

۵- چرا مسئله دعاوی در اینجا مطرح نشده است؟

۱۸۹ ادامه مسئله ۳۰ ... ۱۷ / ۱۲ / ۷۹

بقی هنا اموز:

الامر الاول: این دو زن که یقین داریم احدهما زوجه است، منتهی مجهولی التاریخ هستند (مقارن هم نیستند) تکلیف این دو اگر بخواهند ازدواج کنند چیست؟

آیا هر کدام آزاد است یا این که باید صبر کنند تا تکلیفشان روشن شود؟

در اینجا علم اجمالی هست ولی یکی از دو طرف علم اجمالی خارج از محل ابتلاء است، یعنی تکلیف بنت به مادر مربوط نیست و تکلیف مادر هم به بنت مربوط نیست (مثل واجدی المنی فی الثوب المشترك که یقین دارند بر احدهما غسل واجب است؛ ولی گفته شده که احتیاط، واجب نیست، چون خطاب به دو نفر است و تکلیف هر یک در غسل و نماز ربطی به دیگری ندارد). هر جا علم اجمالی مردد بین دو نفر شد، احتیاط بر هیچ یک واجب نیست و هر یک اصالة البراءة و استصحاب طهارت جاری می‌کند، بلا معارض.

در ما نحن فیه مقتضای قاعده این است که این دو را آزاد بگذاریم؛ ولی تنها فرقی که دارد این است که بناء شارع مقدس در باب نکاح بر احتیاط است، حتی گاهی در شبهه بدوی هم بنا بر احتیاط است و در اینجا هم شارع راضی نمی‌شود که قبل از اقدام بر طلاق، هر دو ازدواج کنند، بنابراین الاحوط لو لا الاقوی عدم جواز نکاح کل واحده منهما.

الامر الثاني: اگر احتیاط کنند و هیچ یک ازدواج نکنند، به عسر و حرج می‌افتند، در این صورت چه کنند؟

ابتدا به زوج می‌گوئیم که طلاق بدهد، اگر قبول نکرد یکی از وجوه شش گانه حاکم است که ما در وجوه شش گانه قائل به دخالت حاکم شدیم.

الامر الثالث: آیا شوهر مهر المسمی را باید بدهد، چه طلاق دهد و چه ندهد

(مهر المسمی بمجرد عقد، واجب می‌شود و با طلاق قبل از دخول تنصیف می‌شود)؟

قاعدتاً باید مهر بدهد.

به کدامیک مهر بدهد، آیا به یکی بدهد یا تنصیف کند؟

مهر تابع واقع است و علم لازم نیست، طبق قاعده عدل و انصاف، در جائی که مردد است که به کدامیک از دو نفر بدهکار است،

در اینجا هم به هر یک از دو نفر نصف می‌دهند.

بله اگر آنهایی که عقد خوانده‌اند در ثبت کردن تاریخ کوتاهی کرده باشند، در این صورت زوج می‌تواند یقۀ و کیلین را بگیرد و هر یک نصف مهر را بدهند، چون ضرر از ناحیۀ و کیلین دامن این شخص را گرفته است.

آیا نفقه بدهد؟ و اگر بدهد به کدامیک بدهد؟

نفقه فرع بر تمکین است و اینها می‌گویند اگر شرع اجازه دهد، تمکین می‌کنیم و شارع به زوج هم اجازه مقاربت نمی‌دهد، پس نفقه باید بدهد خصوصاً اگر بگوئیم که این دو زن باید صبر کنند، حتی ما می‌گوئیم لا یبعد که باید دو نفقه بدهد، چون به واسطۀ لجاجت زوج است که هر دو زن گرفتارند و لذا نفقه هر دو را باید بدهد.

الامر الرابع: مسائل تداعی که در مسئله ۲۹ گفته شد، آیا اینجا هم تصوّر دارد؟

در اینجا نیز همان دعاوی تصوّر می‌شود، منتهی در ناحیۀ زوجه‌ها، مثلاً مادر ادّعی سبق می‌کند و یا دختر ادّعی سبق می‌کند، گاهی یکی ادّعا می‌کند دیگری «لا ادّری» می‌گوید، گاهی شوهر با

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰۶

یکی همراه می‌شود، تعارض بینین، تعارض حلفین ...، تمام آن بحثها در اینجا هم می‌آید، منتهی آنجا زوجین بر سر یک زوجه دعوی داشتند، در اینجا دو زوجه بر یک زوج دعوی دارند، و چه خوب بود که امام (ره) همان بحثها را در اینجا هم می‌فرمودند.

۹۰ ادامه مسئله ۳۰ و فصل فی اسباب التحريم ... ۲۰ / ۱۲ / ۷۹

الامر الخامس: مسئله ۲۸ و ۲۹ و ۳۰ در مورد وکیلین و ولّیین است.

در موردی که دو عقد تقارن پیدا کند، به حسب قواعد، کلاهما باطل است. مثلاً دو وکیل، زن را بدون اطلاع از یکدیگر به عقد دو نفر درآوردند، و یا وکیل اول زید، عقد مادر و وکیل دوم که بی‌خبر از عقد اول بوده، عقد دختر را برای او خوانده و یا وکیل واحد در مجلس واحد و عقد واحد، دو عقد متضاد خوانده، که بیان شد علی القاعده هر دو باطل است. در اینجا دو حدیث داریم که می‌گوید مخیر است بین انتخاب احدهما:

* محمّد بن علی بن الحسین بابویه

(صدوق)

باسناد عن ابن ابی عمیر، عن جمیل بن درّاج، عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل تزوّج اختین فی عقدۀ واحدة قال: یمسک ایتھما شاء و یخلی سبیل الاخری، و قال: فی رجل تزوّج خمساً فی عقدۀ واحدة، قال: یخلی سبیل ایتھن شاء «۱».

سند حدیث معتبر است و دلالت حدیث بر خلاف آنچه که ظاهر است، صریح نیست چون ممکن است

«یخلی سبیل ایتھن شاء»

اشاره به این باشد که به عقد جدید یکی را انتخاب کند و دیگری کنار بگذارد.

... عن ابن ابی عمیر، عن جمیل بن درّاج، عن بعض اصحابه، عن احدهما علیه السلام انه قال فی رجل تزوّج اختین فی عقدۀ واحدة قال: هو بالخيار یمسک ایتھما شاء و یخلی سبیل الاخری «۲».

اولاً: سند این حدیث معتبر نیست چون عن بعض اصحابه دارد، پس مرسل است.

ثانیاً: احتمال می‌دهیم که این دو روایت یک روایت بوده و حدیث قبلی هم در واقع عن بعض اصحابه بوده است. در جائی که زائد با ناقص در عبارات تعارض داشته باشد، زائد مقدّم است، چون در ناقص احتمال از قلم افتادن هست ولی این که احتمالاً چیزی

اضافه شده باشد، کم است. اگر بخواهیم در ما نحن فیه به این قاعده تمسک کنیم، علاوه بر سند، دلالت هم جای اشکال دارد، و سند هم خالی از دغدغه نیست و این که آقای خوئی سند را هم جزماً صحیح می‌داند، خالی از اشکال نیست.

مشکل مهم این روایت این است که این روایات از ناحیه اصحاب مفتی به نیست و ظاهراً مشهور نیز به متن این احادیث فتوی نداده‌اند، و با اعراض مشهور (مضافاً به اشکالی که بیان شد) این حدیث مشکل دارد. آقای خوئی که اعراض مشهور را نمی‌پذیرند، در عقد اختین «۳»، به این مسأله فتوی داده‌اند، ولی طبق مبنای ما درست نیست چون ما طبق مبنای مشهور در خبر واحد، اعراض مشهور را معتبر می‌دانیم مضافاً که سند و دلالت هم خالی از اشکال نیست.

اضف الی ذلک: حاجی نوری حدیثی از دعائم الاسلام نقل می‌کند که قویاً حکم به بطلان می‌کند. این روایت و لو سندش دعائم الاسلام است ولی مؤید خوبی است

* دعائم الاسلام: عن جعفر بن محمد علیه السلام، أنه سئل عن رجل تزوج اختین او خمس نسوة فی عقدة واحدة، قال ... فان لم یعلم من بدأ باسماهنّ منهنّ بطل النکاح کله «۴».

صاحب قواعد قائل به بطلان است و این روایت هم مؤید بر بطلان است.

نتیجه:

اگر بخواهیم یک قاعده مسلّم را به خاطر یک روایت شاذ کنار بگذاریم و قائل به تخییر شویم، خلاف احتیاط است، در حالی که به سادگی می‌توان صیغه را تکرار کرد.

تمّ الکلام فی باب عقد النکاح

فصل فی اسباب التحريم

اشاره

در این باب اسباب تحریم (زنان حلال و حرام) را بررسی می‌کنیم. اسباب تحریم را مختلف ذکر کرده‌اند.

الف: امام (ره): هشت سبب

اسباب التحريم اعنی ما بسببه یحرم ولا یصحّ تزویج الرجل بالمرأة و لا یقع الزواج بینهما، و هی امور: النسب و الرضاع و المصاهرة و ما یلحق بها و الکفر (ازدواج با زن کافره غیر کتابی و در

(۱) ح ۱، باب ۲۵ من ابواب ما یحرم بالمصاهرة.

(۲) ح ۲، باب ۲۵ من ابواب ما یحرم بالمصاهرة.

(۳) مستند العروة، باب محرّمات بالمصاهرة، ذیل مسأله ۴۴.

(۴) مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ح ۱، باب ۲۵ از ابواب مصاهرة.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰۷

کتابی هم ازدواج دائم حرام است و یا در صورت ارتداد عقد خودبخود باطل می‌شود)

و عدم الکفاءة (ممکن است مراد، عدم کفائت عرفی باشد ولی کفائت عرفی شرط نیست، مگر اینکه بگوئیم ولی در حال صغر وقتی می‌خواهد عقد کند، علاوه بر کفائت شرعی (اسلام) کفائت عرفی را هم در نظر بگیرد و احتمالات دیگری هم ممکن است)

و استیفاء العدد (خامسه)

و الاعتداد (در عدّه)

و الاحرام (در حال احرام).

ب: مرحوم محقق در شرایع: شش سبب

اسباب التحريم و هي ستة: النسب و الرضاع و المصاهرة و استیفاء العدد و اللعان و الكفر «۱»
 بین این شش مورد و هشت موردی که امام بیان کرده است، عموم خصوص من وجه است یعنی بعضی اسباب را شرایع دارد که در تحریر نیست و بعضی اسباب در تحریر است که در شرایع نیست.

مرحوم صاحب مسالك در شرح عبارت شرایع از محقق دفاع می‌کند و می‌گوید:
 حصر المحرمات فی ستة بحسب ما اقتضاه المقام و الا فالا سباب اكثر من ذلك مذکوره فی تضاعیف الكتاب «۲» (اثناء کتاب شرایع).

ج: صاحب جواهر «۳»: بیست و یک سبب

۱- نسب. ۲- رضاع. ۳- مصاهره. ۴ و ۵- نظر و لمس (در جائی که پدر امه‌ای داشته باشد و به او نظر کند یا بدن او را از روی شهوت لمس کند، سبب تحریم او بر پسر می‌شود یعنی منظوره و ملموسه الاب تحرم علی الابن). ۶- الزنا بها (مثل زنا به ذات بعل، سبب حرمت ابدی می‌شود). ۷- زنا بغيرها (به زنی که زنا کرده، سبب می‌شود دختر حرام شود که محل بحث است؛ ولی در زنا به عمه و خاله روایت داریم). ۸- الايقاب (لواط که سبب حرمت ابدی سه کس می‌شود، خواهر و مادر و دختر موطوئه). ۹- الافضاء (کسی که دختری را افضاء کند و لو معقوده‌اش باشد سبب حرمت ابدی می‌شود). ۱۰- الکفر. ۱۱- عدم الکفاءة. ۱۲- الرق (ازدواج با کنیز برای آزاد حرام است الا بشرطین: پولی ندارد که زن آزاد و حر بگیرد و یا خوف وقوع در گناه را دارد).

۹۱ فصل فی اسباب التحريم ... ۷۹ / ۱۲ / ۲۱

۱۳- تبعیض السبب (امه‌ای است مشترک در بین دو نفر که احد الموالی عقد او را اجازه می‌دهد و مولای دیگر اجازه نمی‌دهد و ممکن است اشاره به عقد دختر خواهر و دختر برادر باشد که بدون اجازه عمه و خاله باطل است به این بیان که، اگر زوج بخواهد با دختر برادر یا دختر خواهر زوجه خود ازدواج کند اذن زن در اینجا شرط است، پس رضایت مرد و آن دختر جزء سبب است و جزء دیگر رضایت زوجه (عمه و خاله) است که اگر رضایت آن حاصل نشود، عقد باطل است، و یا نسبت به باکره رشیده، آنهایی که اجازه ولی را شرط می‌دانند اگر اجازه یکی از آن دو [دختر و ولی] باشد، تبعیض سبب است).

۱۴- استیفاء العدد. ۱۵- الاحصان (زن شوهردار). ۱۶- اللعان (اگر مردی به زن خود نسبت زنا دهد و نفی ولد از خودش کند و شاهدی هم نداشته باشد ملاعنه می‌شود، مرد پنج بار قسم می‌خورد زن هم پنج بار قسم می‌خورد، سپس زن و مرد بر هم حرام ابدی می‌شوند). ۱۷- قذف الصیماء و الخرساء (اگر به زنی که کر و لال است، نسبت زنا دهد، زن بر شوهر حرام ابدی می‌شود). ۱۸- الطلاق (طلاق سوم سبب حرمت می‌شود بدون محلل، و طلاق نهم سبب حرمت ابدی می‌شود). ۱۹- الاعتداد (کون المرأة فی عدّه الغیر). ۲۰-

الاحرام (نکاح زن و مرد در حال احرام حرام است و اگر عالماً و عامداً باشد حرمت ابدی دارد). ۲۱- التعظیم (نساء النبی صلی الله علیه و آله به خاطر احترام حضرت برای دیگران حرام بودند).

ظاهراً موارد دیگری هم غیر از این موارد وجود دارد.

ان قلت: چرا قرآن زنان پیامبر را از ازدواج کردن محروم کرد از جمله عایشه که در زمان رحلت پیامبر حدوداً بیست‌ساله بود.

قلنا: کسی که چنین سخنی می گوید از دو نکته آگاهی ندارد:

اولاً زنان پیامبر با آغوش باز از این مسأله استقبال کرده و در بین مؤمنین عظمت خاصی پیدا کردند و به عنوان «امهات المؤمنین» خوانده می شدند و در هیچ جا دیده نشده است که از این حکم الهی گلایه‌ای داشته باشند، پس وقتی خود، افتخار بدانند و راضی باشند، نمی توانید از آنها دفاع کنید. این سخن را کسی می گوید که زن را فقط در مورد علایق جنسی بشناسد و شخصیت او را در علایق جنسی بداند.

ثانیاً: بعضی انسانها در یک شرایط اجتماعی قرار می گیرند که باید از خود فداکاری نشان بدهند. اگر زنان پیامبر آزاد بودند که ازدواج کنند، مورد بهره‌برداری سوء افراد دیگر قرار می گرفتند که

(۱) ج ۲، ص ۵۰۶.

(۲) ج ۷، ص ۱۹۸.

(۳) ج ۲۹، ص ۲۳۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰۸

سبب می شد، احترام پیامبر از بین برود و مفسده‌ای در درون جامعه اسلامی ایجاد گردد، و لذا باید برای حفظ حرمت پیامبر و حفظ حریم جامعه اسلامی چنین فداکاری داشته باشند. در جائی که شوهر مرحوم می شود و زن برای بزرگ کردن بچه‌های خود شوهر نمی کند و فداکاری می کند، و عقلا او را مدح می کنند، پس در اینجا که همسر پیامبر به خاطر حفظ جامعه فداکاری می کند، قطعاً پسندیده و مورد ستایش است.

القول فی النسب

اشاره

یحرم بالنسب سبعة اصناف من النساء علی سبعة اصناف من الرجال: الام

[اول از صنوف هفت گانه مادر است]

اشاره

(مادر که در اینجا گفته می شود دامنه اش وسیع است و شامل مادر، مادرِ مادر، مادرِ پدر، مادرِ مادر، مادرِ مادرِ پدر ... و خلاصه هر کس که انسان از او با واسطه یا بی واسطه تولد یافته است می شود).

بما شملت الجدات عالیات و سافلات، لابی کنّ أو لأم، فتحرم المرأة علی ابنها و علی ابن ابنها و علی ابن بنتها و ابن بنت بنتها و ابن بنت ابنها و هكذا، و بالجملة تحرم علی کل ذکر ینتمی الیها بالولادة، سواء کان بلا واسطة او بواسطة او وسائط، و سواء کانت الوسائط ذکوراً او اناثاً او بالاختلاف.

صاحب مسالک و صاحب جواهر تعبیر خوبی دارند:

«کل امرأة ولدتک بالواسطة أو بلا واسطة»

این مسأله از مسلمات است و بقدری مسلم است که در مسأله، ذکر اقوال نمی کنند، ولی بحث این است که مدرک این حکم غیر از این تسلّم چیست؟ بعضی به آیه: «حُرِّمَتْ عَلَیْکُمْ اُمَّهَاتُکُمْ» «... ۱» تمسک کرده اند. منتهی بحث در این است که آیا امهات در آیه

شامل همه اینها می‌شود یا نه امهات همان مادر بلاواسطه است و بقیه جدّه هستند، آیه شامل جدّات نمی‌شود و حکم جدّات از سیره و روایات استفاده می‌شود. صاحب جواهر می‌فرماید آیه عام است و «أُمَّهَاتُكُمْ» در آیه شامل تمام زنانی که در مسیر ولادت هستند می‌شود، البتّه کلام ایشان خالی از اشکال نیست.

۹۲ القول فی النسب ... ۷۹ / ۱۲ / ۲۲

مرحوم نراقی بعد از ذکر محرمات نسبی می‌فرماید:

و تحریم هؤلاء مجمع علیه بین الامّیه، بل علیه الضرورة الدیّتیة، و مصرّح به فی الجملة فی الكتاب و السنه «۲» (در کتاب و سنت به جهت وضوح، مسأله اجمالاً مطرح شده و شاخ و برگها نیامده است)

صاحب ریاض بعد از انکار دلالت آیه ۲۳ سوره نساء بر عموم، چنین می‌فرماید: «فاذا الحجّة التامة اجماع الامه» «۳»

از این عبارات معلوم می‌شود که این مسأله از مسائلی است که در بین شیعه و سنی اجماعی است.

آیا می‌توان از آیه شریفه سوره نساء «۴» این عمومیت را استفاده کرد؟

بعضی مثل صاحب جواهر می‌فرمایند که آیه دلالتش جامع است و بعضی دیگر مثل محقق نراقی می‌گویند که آیه دلالتش اجمالی است و لولا الاجماع نمی‌توانیم بر تمام موارد به آیه استدلال کنیم.

خلاصه بیان صاحب جواهر چنین است:

ما قبول داریم که «امّ» در غیر مادر بلاواسطه مجاز بوده و «امّ مع الواسطه» اسمش «جدّه» است منتهی می‌فرماید: فمجاز الا أنه مراد فی خصوص الآیه «۵» و چهار قرینه ذکر می‌کند:

قرینه اول: اجماع المفسّرين علی عمومیه معنی الآیه

قرینه دوم: آیه ۲۴ می‌فرماید «وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» آیه هفت صنف محارم نسبی، محارم رضاعی و محارم سببی را می‌شمارد

بعد می‌فرماید که غیر از اینها حلال است، صاحب جواهر می‌فرماید اگر ما آیه را منحصر به مادر بلاواسطه بدانیم پس باید غیر مادر

بلاواسطه (مثل دختر و عمّه و خاله ... که عام است و مع الواسطه و بلاواسطه را شامل می‌شود) از «أُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» استثنا

شود و این از موارد تخصیص اکثر و قبیح است (این عبارت مضمون بیان صاحب جواهر است) پس می‌گوئیم آن عناوین سبعة عام

است یعنی امهات، اعم از با واسطه و بی‌واسطه و بنات، اعم از بلاواسطه و با واسطه ... است.

قرینه سوم: هر انسانی یک مادر دارد پس چرا «امهاتکم» در آیه جمع آمده است؟ لا- بد مراد از امهات مادرهای با واسطه هم

می‌باشد.

حال که در «امّ» قائل شدیم که مع الواسطه هم داخل است، بنات و خالات هم با اتحاد سیاق شامل با واسطه می‌شود، اگر چه در

ناحیه عمّات و خالات و بنات تعدّد تصوّر می‌شود.

ان قلت: شاید صیغه جمع به خاطر تعدّد مخاطبین است.

قلنا: این خلاف ظاهر است، ظاهر این است که صیغه جمع به

(۱) آیه ۲۳، سوره نساء.

(۲) مستند نراقی، ج ۱۶، ص ۲۲۰.

(۳) ریاض، ج ۲، ص ۸۵.

(۴) آیه ۲۳، سوره نساء.

(۵) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۴۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۰۹

خاطر تعدد مادر است، عبارت جواهر چنین است: لآن خطاب الجماعة للعموم، و مقتضاه ثبوت حکم لكل واحد دون المجموع. قرینه چهارم: احادیثی که در تفسیر آیه آمده است آیه را عام می‌داند، البتّه احادیث کاری به مسئله حرمت نکاح ندارد و می‌خواهد ثابت کند که امام حسن علیه السلام و امام حسین علیه السلام ابن رسول الله صلی الله علیه و آله بودند، چون مخالفینی معتقد بودند که پسر دختر، پسر نیست، ائمه استدلال کردند که اینها «ابن حقیقی» هستند چون زنان پیامبر، اگر بر امت حرام نمی‌شدند، نمی‌توانستند با امام حسن علیه السلام و امام حسین علیه السلام ازدواج کنند، و هکذا اگر پیامبر زنده می‌ماند، نمی‌توانست زنان مطلقه امام حسن علیه السلام و امام حسین علیه السلام را تزویج کند، چون قرآن می‌فرماید «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» (۱) و «وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ» (۲). پس شما که نمی‌توانید بگوئید که زنان اینها بر پیامبر حلال است، چگونه می‌گوئید که اینها پسر حضرت رسول اکرم صلی الله علیه و آله نیستند، پس از اینجا معلوم می‌شود که آیه آباء با واسطه و ابناء با واسطه را می‌گیرد، پس امهات هم در آیه امهات با واسطه را شامل می‌شود.

* عن محمد بن مسلم عن احمدها عليه السلام انه قال: لو لم تحرم على الناس ازواج النبي صلى الله عليه وآله لقول الله عزّ وجلّ: «وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَدًا». حُرِّمَتْ عَلَى الْحَسَنِ وَالْحُسَيْنِ بِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» وَلَا يَصِحُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْكِحَ امْرَأَةً جَدَّهُ (۳).

... عن ابی الجارود عن ابی جعفر علیه السلام فی احتجاجه علی ان الحسن و الحسین علیه السلام ابنا رسول الله صلی الله علیه و آله قال ان الله يقول: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ» الی قوله «وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ». فسلمهم هل یحلّ لرسول الله صلی الله علیه و آله نکاح حلیتیهما فان قالوا نعم کذبوا و ان قالوا لا فهما و الله ولداه لصلبه و ما حرما علیه الا للصلب. (۴) ظاهر کلام صاحب جواهر این است که این روایات نشان می‌دهد که امهات و ابناء و بنات عام است. صاحب جواهر در آخر می‌فرماید که من تعجب می‌کنم از کسانی که عمومیت آیه را، با وجود قرائن انکار کرده‌اند، هذا تمام کلامه بیان منّا. بخشهایی از کلام ایشان قابل مناقشه است:

اولاً این که فرمودند اجماع مفسرین داریم، اگر بر فرض هم باشد حجّیتی در باب احکام ندارد و فقط مؤید است. ثانیاً در مورد قرینه سومی که فرمودند هر کسی یک مادر دارد و جمع بودن صیغه به جهت جمع بودن مخاطبین نمی‌باشد، باید بگوئیم چون مخاطب جمع است صیغه جمع به کار رفته است و آیات زیادی داریم که به جهت جمع بودن مخاطبین صیغه جمع به کار رفته است، مثلاً در آیات زیادی است که «أَلَسْتُمْ تَكْفُرُونَ» * به صورت جمع استعمال شده است (در قرآن سه بار أَلَسْتُمْ تَكْفُرُونَ و شش بار أَلَسْتُمْ تَكْفُرُونَ وجود دارد) هر انسانی هم یک زبان بیشتر ندارد و در اینجا جمع بستن به جهت تعدد مخاطبین است و در «افواه» هم همینطور است (در قرآن در دو مورد افواهکم ده مورد افواههم وجود دارد) در حالی که هر کس یک دهان دارد پس به جهت تعدد مخاطبین است که جمع استفاده شده است و در حدود بیست مورد داریم که به اعتبار تعدد مخاطبین، صیغه جمع استعمال شده است، پس اینکه صاحب جواهر می‌فرمایند، خلاف ظاهر است، درست نیست.

اما در مورد روایات باید گفت که، سند روایت دوم، ابی الجارود (زیاد بن المنذر) است که روایات زیادی در مذمت او وارد شده، حتّی برخی از طوائف منحرفه به نام جارودیّه و یا سرحویّیه به او منتسب هستند، پس روایت دوم از نظر سند مشکل دارد ولی روایت اول سندش معتبر است و در این حدیث امام به آباء و ابناء استدلال می‌کند که مع الواسطه را هم شامل می‌شود، وقتی آباء و ابناء با واسطه در آیه ۲۳ وارد باشد امهات و بنات مع الواسطه هم باید در آیه وارد باشد.

۹۳ القول فی النسب ... ۲۳ / ۱۲ / ۷۹

قرینه دیگری هم ما اضافه می‌کنیم و آن این که امام علیه السلام به عنوان تعیید امامت به این آیه استدلال نمی‌کند، بلکه در مقابل

مخالفین استدلال می‌کند، یعنی همه از آیه، عمومیت را می‌فهمند، نه تنها کسانی که اطاعت امام علیه السلام را واجب می‌دانند، بلکه مخالفین هم نمی‌توانند انکار کنند. به عبارت دیگر، ارتکاز ذهن در مسئله محرمات نکاح، عمومیت است به خلاف ابواب دیگر، بعنوان مثال اگر کسی وصیت کند که به دخترم یا مادرم این مبلغ را بدهید، وصیت او، مادرِ مادر یا دخترِ دختر را نمی‌گیرد، بنابراین شکی نیست که ارتکاز ذهن در موارد دیگر بلاواسطه است؛ ولی در باب نکاح، ارتکاز ذهن عمومیت است، یعنی در امر نکاح یک نوع ارتکاز

(۱) آیه ۲۲، سوره نساء.

(۲) آیه ۲۳، سوره نساء.

(۳) ح ۱، باب ۲ از ابواب محرمات بالمصاهرة.

(۴) ح ۱۲، باب ۲، از ابواب محرمات بالمصاهرة.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱۰

ذهنی عرفی بر تسری است و امام علیه السلام هم به آن استدلال می‌فرماید، بنابراین تعمیم در آیه شریفه واقعیت دارد و حق با صاحب جواهر است.

بقی هنا امران:

الامر الاول: آیا از نظر قواعد اصولی و ادبی، اراده اعم، از لفظ ام و بنت ممکن است،

به این صورت که استعمال لفظ در اکثر از معنی واحد باشد یعنی جمع بین معنی حقیقی (ام بلاواسطه) و مجازی (ام مع الواسطه) شده باشد یا این که بگوئیم که قدرِ جامعی (کسانی که در طریق ولادت قرار گرفته باشند) بین معنی حقیقی و مجازی است و لفظ در آن استفاده شده است.

ما هر دو را جایز می‌دانیم (هم استعمال لفظ در اکثر از معنای واحد و هم در قدر جامع) و در بحث استعمال لفظ مشترک در اکثر معنا «۱» گفتیم که هیچ مشکلی ندارد و مشکلاتی که گفته شده خیالات است و اشعار کثیره‌ای از عرب داریم که لفظ در معانی متعدد به کار رفته است، البته راه دوم بهتر است که معنی واحد جامع باشد (ولادت بلاواسطه و مع الواسطه را شامل شود) پس از این جهت مشکلی نداریم.

الامر الثاني: نکته‌ای که در تحریر به آن اشاره نشده است [مقابل این اصناف سبعة محرمة من النساء، اصناف سبعة محرمة من الرجال داریم]

اشاره

ولی بسیاری از فقهاء (مثل صاحب جواهر و صاحب شرایع) به آن اشاره کرده‌اند، این است که مقابل این اصناف سبعة محرمة من النساء، اصناف سبعة محرمة من الرجال داریم، وقتی مادر من بر من حرام شد، من هم به مادر خود حرام هستم به عبارت دیگر خطاب آیه که می‌فرماید: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ» ... همین آیه با تغییر خطاب «حُرِّمَ عَلَيْكَ أَبْنَاؤُكَ» ... می‌شود.

پس کما این که سبعة من النساء برای رجال حرام است، سبعة من الرجال هم بر نساء حرام است.

در آیه: «قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ»... «... ۲» آباء و ابناء و اخوان، جای امهات و بنات و اخوات را گرفته است، یعنی مردان جانشین زانی که در سوره نساء آمده بود، شده است، به عبارت دیگر در اینجا مخاطب زنان هستند و در آنجا مخاطب مردان بودند.

سؤال: در سوره نساء هفت قسم از مردان ذکر شده است؛ ولی در سوره نور، پنج دسته: ۱- آبائهن. ۲- ابنائهن. ۳- اخوانهن. ۴- بنی اخوانهن. ۵- بنی اخواتهن. عمّات و خالات که در سوره نساء بود، مردان مقابل آن (عمو و دایی) در اینجا نیست، چرا آن دو ذکر نشده است؟

آن دو عنوانی که در اینجا ذکر نشده است، به دلالت التزامیه از دو تا از عناوین مذکور فهمیده می‌شود، یعنی وقتی آیه می‌گوید بنی اخوانهنّ به خاطر نسبتی که برادر با خواهر دارد، دختر خواهر (خواهرزاده) را هم نسبت به برادر (دائی) شامل می‌شود. و وقتی آیه عمه را نسبت به پسر برادر شامل شود، عمو را هم با دختر مقابلش (دختر برادر) شامل می‌شود.

۹۴ القول فی النسب ... ۲۷ / ۱۲ / ۷۹

دلیل:

۱- ملازمه عرفیه:

وقتی مادر بر پسر حرام باشد، پسر هم بر مادر حرام است. در سوره نور آیه ۳۱، همین اصناف ذکر شده‌اند و فقط اعمام و اخوال ذکر نشده است. پس دلیل بر حرمت هفت صنف از رجال، ملازمه آن با حرمت هفت صنف از نساء است.

۲- ملازمه عقلیه:

بعضی گفته‌اند که دلیل آن تلازم عقلی است لآن الزوجیه امرٌ بسیط غیر قابلٍ للتجزیه یا حلال است یا حرام و امر بسیط ابعاض ندارد. صاحب جواهر به این دلیل ایراد می‌کند و می‌فرماید منظور از زوجیت، اگر انشاء است، انشاء بسیط نیست بلکه مرکب از ایجاب و قبول است و اگر منظور وطی است (که از آثار زوجیت است) آن هم مرکب است از فعل قائم بالواطی و فعل قائم بالموطوءه، و مانعی ندارد که یکی حرام و یکی حلال باشد. پس این دلیل تمام نیست و لذا در باب بیع وقت النداء (إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ) «... ۳» گفته شده برای کسی که اقامه نماز جمعه بر او واجب است (حاضر) بیع حرام است و برای کسی که اقامه نماز جمعه بر او واجب نیست (مسافر) حلال است، پس یک معامله نسبت به یکی (مسافر) حلال و نسبت به دیگری (حاضر) حرام است.

قلنا: کلام صاحب جواهر درست نیست و در اینجا دو چیز با هم مخلوط شده است، حکم تکلیفی و حکم وضعی، به عبارت دیگر ما یک بیع سببی داریم و یک بیع مسببی، همینطور در نکاح، (عقد سببی و مسببی از زمان شیخ انصاری مرسوم شد)، بیع سببی، انشاء ایجاب و قبول و بیع مسببی، نقل و انتقال است، در نکاح هم یک انشاء زوَجت و قبلت است و یک علقه زوجیت، که این علقه زوجیت امر بسیط است و صحت نکاح یعنی همان علقه زوجیت. در

(۱) أنوار الأصول، ج ۱، ص ۱۴۶ الی ۱۵۴.

(۲) آیه ۳۰، سوره نور.

(۳) آیه ۹، سوره جمعه.

بیع مسببی هم نقل و انتقال بسیط است چون ممکن نیست از ملک من خارج شود و در ملک دیگری داخل نشود. در ما نحن فیه ممکن نیست که علقه را تجزیه کنیم، اگر هست در هر دو طرف هست و اگر نیست در هیچ کدام نیست، و امّا بیع وقت النداء که می گوئیم حرام است، از نظر تکلیفی قابل تجزیه است نه از نظر وضعی که برای مسافر و مجاور، هر دو صحیح است. در نکاح هم بحث در حکم وضعی (عدم حصول علقه زوجیت) است یعنی وقتی با آن زن نمی تواند ازدواج کند، آن زن هم با آن مرد نمی تواند ازدواج کند.

ان قلت: با این که این تلازم بین محرّمات سبعة از ناحیه رجال و محرّمات سبعة از ناحیه نساء وجود دارد، چرا در سوره نساء هفت صنف ذکر شده است ولی در سوره نور، آیه حجاب، پنج صنف؟

قلنا: اینها با هم تلازم دارند، چون وقتی دختر برادر بر کسی حرام باشد، او نیز که عمویش است بر آن دختر حرام است و وقتی دختر خواهر بر کسی حرام باشد او نیز که دایه اش است بر آن دختر حرام است، بنابراین دایه و عمو، با بنت الاخ و بنت الاخت تلازم دارد.

ان قلت: اگر این ملازمه هست چرا خداوند در سوره نساء به همان پنج مورد قناعت نکرده است تا دو مورد دیگر (عماتکم و خالاتکم) با ملازمه معلوم شود؟

قلنا: لعل سرّ آن این است که نکاح امر مهمی است و باید به این امر مهم تصریح شود و به ملازمه قناعت نشود تا بهانه به دست کسی نیفتد.

بحث «امّ» از صنوف هفت گانه روشن شد،

و اما بقیه صنوف:

اشاره

«بنت» که حرام باشد، بنت بنت و بنت ابن، بنت بنت ابن، بنت بنت بنت و همینطور شاخه‌های دیگر آن تا آخر حرام هستند. «بنات الاخ» هم که حرام باشد، بنت ابن اخ و بنت بنت اخ و همینطور شاخه‌های دیگر آن تا آخر حرام هستند. «بنات الاخت» که حرام باشد، بنت بنت الاخت و بنت ابن الاخت و همینطور شاخه‌های دیگر آن تا آخر حرام هستند (فرق نمی کند که اخت یا اخ، ابوینی، ابی، یا امّی باشند و تمام دختران آنها حرام است، خواه مع الواسطه یا بلاواسطه). «عمه» که حرام باشد، عمّه پدر و مادر، عمّه جدّ پدری، عمّه جدّ مادری، عمّه جدّ ابوینی ... همه حرام هستند. «خاله» که حرام باشد، خاله پدر و مادر، خاله جدّ پدری، خاله جدّ مادری و خاله جدّ ابوینی ... همه حرام هستند. تمام این اصناف با تمام شاخ و برگهایش مثل «امّ» هستند.

دلیل:

دلیل ما در این پنج طایفه همان مطالبی است که در ناحیه «امّ» گفته شد.

۱- اجماع

۲- ضرورت دین

۳- آیه ۲۳ سوره نساء با استفاده از دو قرینه، یکی روایاتی که در مورد ابناء رسول الله صلی الله علیه و آله وارد شده و دیگری آیه ۲۴ سوره نساء «وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ» که اگر این موارد را وارد نکنیم، آیه قبلی تخصیص می خورد و حال آن که تخصیص

اکثر قبیح است.

«اغت»، خواهر انسان بر انسان حرام است (خواهر ابی، امی، و ابوینی) ولی خواهرِ خواهر نداریم. در شش طایفه قبلی سافلات و عالیات داشتیم ولی در خواهر، سافلات و عالیات نداریم.

بقی هنا شیء:

برای محرمات سبعة نسبی به روایاتی استدلال شده است (ما روی قرآن و اجماع و ضرورت دین تکیه کردیم) که این روایات در پنج باب وارد شده است (ابواب ما یحرم بالنسب، باب ۱ در تحریم ام، باب ۲ در تحریم بنت، باب ۳ در تحریم اغت، باب ۴ در تحریم عمه و خاله و باب ۵ در تحریم بنت الاخ و بنت الاغت)، تحریم تمام اصناف سبعة در این پنج باب آمده است.

استدلال به این روایات خوب، ولی قلیل الفائده است، چون:

اولاً: بسیاری از روایات متن آیه را ذکر کرده و چیز اضافه‌ای ندارد یعنی دلیل مستقلاً نمی‌شود، حتی حکم «یحرم» هم ندارد، پس فقط تأکید است.

ثانیاً: بقیه روایات هم فقط اصناف سبعة بلاواسطه را می‌گوید، در حالی که قرینه بر عمومیت در روایات نیست، بخلاف آیه که قرینه داشت (أَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ). اصناف سبعة بلاواسطه از واضحات است و مشکل در مورد مع الواسطه است، در حالی که فقط یک روایت تصریح به مع الواسطه دارد که این روایت در مورد بنت است.

...* عن هانی بن محمد بن محمود، عن أبيه رفعه الى ابي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام أنه قال للرشيد في حديث يا امير

المؤمنين

(از باب تقيته)

لو ان النبي نثر

(پیامبر زنده شود)

فخطب اليك كريمتك

(دختر تو را)

هل كنت تجيبه؟ فقال و لم لا اجيبه؟ فقال أبو الحسن عليه السلام: و لكنّه لا يخطب اليّ و لا اجيبه، قال: و لم؟ قال: لأنّه

كتاب النكاح (مكارم)، ج ۲، ص: ۱۱۲

وَلَدَنِي وَ لَمْ يَلِدْكَ. «۱»

این روایت از نظر دلالت خوب؛ ولی مشکل سندی دارد (مرفوعه)، البتّه به عنوان مؤید خوب است.

[مسألة ۱: لا تحرم عمّة العمّة و لا خالة الخالة ما لم تدخلا في عنواني العمّة و الخالة و لو بالواسطة]

اشاره

۹۵ مسئله ۱ (فی تحریم العمّة ...) ۲۸ / ۱۲ / ۷۹

مسألة ۱: لا تحرم عمّة العمّة و لا خالة الخالة ما لم تدخلا في عنواني العمّة و الخالة و لو بالواسطه، و هما قد تدخلان فيهما فترمان، كما اذا كانت عمّتك اختاً لايبك لاب و ام أو لاب، و لأبي ابيك اغت لاب أو ام اولهما فهذه عمّة لعمّتك بلا واسطه، و عمّة لك معها، و كما اذا كانت خالتك اختاً لاأمك لأمها او لامها و أبيها و كانت لام أمك اغت فهي خالة لخالتك بلا واسطه، و خالة لك

معها، و قد لا- تدخلان فیهما فلا- تحرمان، كما اذا كانت عمّتك اختا لایبک لامّه لا لایبیه و كانت لأبی الاخت اخت فالاخت الثانیة عمّیه لعمّتك و لیس بینک و بینها نسب اصلا، و كما اذا كانت خالتک اختا لامّک لایبها لا لامّها و كانت لامّ الاخت اخت فهی خالّة لخالتک و لیست خالتک و لو مع الواسطه، و كذلك اخت الاخ أو الاخت أنّما تحرم اذا كانت اختا لا مطلقا، فلو كان لك اخ او اخت لایبک و كانت لامّها بنت من زوج آخر فهی اخت لایبک أو أختک و لیست اختا لك لا من طرف ایبک و لا من طرف امّک فلا تحرم علیک.

عنوان مسأله:

در این مسأله دو مطلب مهم وجود دارد، یکی راجع به خواهرِ خواهر و دیگری راجع به عمّه عمّه و خالّه خاله است که اینها گاهی بر انسان حرام می‌شوند و گاهی نه، مرحوم امام ابتدا عمّه عمّه و خالّه خاله را بیان کرده است بعد خواهرِ خواهر را. خواهرِ خواهر در کجا حرام است؟ خواهرِ خواهر در جائی که همه ابوینی و یا ابی و یا امی باشند، حرام خواهد بود. اما اگر فاطمه که با زید خواهر ابی است، با زینب خواهر امی باشد، زینب خواهر فاطمه است؛ ولی خواهر زید نیست. چون نه پدرشان یکی است و نه مادرشان و با هم هیچ اشتراک نسبی ندارند. در اینجا نکاح خواهرِ خواهر بر زید حرام نیست.

دلیل:

حدیث خوبی در این باره داریم:

...* عن ابی جریر القمی

(زکریا بن ادريس و یا زکریا بن عبد الصمد که هر دو را تأیید کرده‌اند و می‌شود به آن اعتماد کرد، رجال قبلی سند هم خوب است و بعید نیست که حدیث معتبر باشد)

قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام أزواج أخی من امی أختی من أبی؟

فقال أبو الحسن عليه السلام زوج أیها ایه أو زوج ایه ایها «۲»

(ظاهراً تردید از راوی است).

روایت دیگری هم داریم که امام می‌فرماید:

«ما أحبّ له ذلك» «۳»

که ظاهراً حمل بر کراهت می‌شود چون ممکن است که مردم اشتباه کنند و فکر کنند که نکاح اخت جایز است.

و من هنا يظهر الحال فی العمّه و الخالّة:

پدر زید خواهری دارد به نام فاطمه که از ناحیه مادر، خواهر اوست (خواهر مادری) و عمّه زید است. فاطمه پدری دارد به نام بکر که هیچ ربطی به زید ندارد، زیرا پدر زید و عمّه زید فقط از ناحیه مادر با یکدیگر ارتباط دارند و از پدر جدا هستند. بکر خواهری دارد به نام زینب که عمّه فاطمه است، فاطمه هم عمّه زید است. پس زینب عمّه عمّه زید است ولی عمّه زید نیست چون رابطه زینب از طریق بکر است که پدر عمّه زید است، که هیچ ارتباطی به زید ندارد. خاله هم همینطور است.

اشاره

۹۶ مسئله ۲ (النسب الشرعی و غیر الشرعی ...) ۸۰ / ۱ / ۲۵

دو مسئله مهم و محلّ ابتلاء در ذیل مسئله محرمات نسیّه باقی مانده است:

۱- فرزندان نامشروع (ولد الزّنا) در باب نکاح و بالمناسبه در بقیه بابها.

۲- احکام ولد شبهه.

امام (ره) وقتی وارد بحث اولّ (ولد الزّنا) می شود مانند دیگران (صاحب جواهر، صاحب مسالک، جامع المقاصد، صاحب ریاض، علامه در تذکره) ابتدا نسب را تعریف می کنند، و پس از آن وارد بحث نسب نامشروع می شوند و احکام آن را بیان می کنند.

مسأله ۲: النسب إمّا شرعی (قسم اولّ)

و هو ما کان بسبب وطء حلالٍ ذاتاً بسبب شرعی من نکاحٍ أو ملک یمینٍ أو تحلیلی (تحلیل ملک یمین برای غیر مالک) و ان حرّم لعارضٍ من حیضٍ أو صیامٍ أو اعتکافٍ أو إحرامٍ أو نحوها، و یلحق به وطء الشبهه. (امام (ره) «یلحق» می گویند چون وطی به شبهه وطی بدون عقد است، ولی

(۱) ح ۳، باب ۲ از ابواب ما یحرم بالنسب.

(۲) ح ۱، باب ۶ از ابواب ما یحرم بالنسب.

(۳) ح ۴، باب ۶ از ابواب ما یحرم بالنسب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱۳

جهلاً وطی واقع شده پس نکاح حقیقی نیست؛ و زنا هم نیست، بلکه ملحق به نکاح است)

و إمّا غیر شرعی (قسم دوم)

، و هو ما حصل بالسفاح و الزنا و الاحکام المترتبة علی النسب الثابتة فی الشرع من التوارث و غیره و ان اختصت بالاولّ (نسب مشروع)

، لکن الظاهر بل المقطوع أنّ موضوع حرمة النکاح اعم، فیعم غیر الشرعی، فلو زنا بامرأة فولدت منه ذکراً و أنثی حرمت المزوجة بینهما، و کذا بین کل منهما و بین اولاد الزانی و الزانیة الحاصلین بالنکاح الصحیح أو بالزنا بامرأة اخری، و کذا حرمت الزانیة و أمها و أمّ الزانی و اختهنّ علی الذکر، و حرمت الانثی علی الزانی و أبیه و أجداده و إخوته و أعمامه.

تعریف نسب شرعی:

اشاره

آنچه ناشی از وطی حلال باشد (این معنی را خیلی از بزرگان گفته‌اند) و مهم این است که ذاتاً حلال باشد و اگر چه عارضاً حرام باشد، یعنی اگر در بعضی از موارد (مانند احرام)، وطی عارضاً حرام باشد، در این صورت اگر فرزندی منعقد شود، فرزند نامشروع نیست و لو عمل حرام بوده است، بلکه فرزند مشروع است و ارث می برد.

دلیل:

اولاً: این معنا تقریباً اجماعی و مسلم است.

ثانیاً: حقیقتاً صدق نسب می‌کند یعنی فرزند مشروع است و انعقاد نطفه نامشروع نبوده، بلکه عمل نامشروع است، به عبارت دیگر در حال صیام و اعتکاف و احرام ... زوجیت باقی است، بنابراین ولد از نطفه زوج و زوجه است، و زوجیت با این عوارض بهم نمی‌خورد، یعنی اگر در حال صیام نطفه را با وسیله‌ای غیر از مواقعه در رحم زن بگذارند، ترکیب نطفه آنها حرام نیست، بلکه مواقعه حرام است، به تعبیر دیگر مقدمات، که وطی باشد حرام بوده ولی ذی المقدمه حلال است (مثل صحت حج با مرکب غضبی).

احکام ولد نامشروع:

۱- ولایت (مربوط به اموال). ۲- حضانت (نگهداری و پرورش).

۳- ارث. ۴- نفقه.

۵- عدم قصاص والد به واسطه قتل ولد.

۶- عاقله (در قتل خطائی، نزدیکان پدر دیه را تقسیم می‌کنند و می‌پردازند).

۷- عتق در موارد خاص (مثلاً اگر پسری پدرش را که برده است بخرد فوراً آزاد می‌شود).

۸- نگاه کردن به محارم.

آیا همه این احکام شامل فرزند نامشروع می‌شود، یا فقط مخصوص فرزند مشروع است و یا اینکه قائل به تفصیل می‌شویم؟ معروف این است که فقط احکام نکاح جاری است و بقیه احکام جاری نیست.

اقوال:

مرحوم محقق ثانی می‌فرماید:

و اما الزنا، و هو: الوطی الذی لیس بمستحقّ شرعاً مع العلم بالتحريم (وطی به شبهه خارج می‌شود)، فلا یثبت به النسب اجماعاً، لکن اجمع اصحابنا علی انّ التحريم المتعلق بالنسب یثبت مع الزنا اذا تولّد به ولد. «۱» سپس می‌فرمایند: عنوان ولد صادق است و چون صدق عنوان می‌کند باید احکام حرمت نکاح جاری شود، و بلافاصله اشکال می‌کند که اگر صدق عنوان کافی است؛ پس باید تمام احکام را شامل شود (مثلاً احکام ارث) بعد در ذیل کلامشان دچار یک اضطراب در سخن می‌شوند و این گونه ادامه می‌دهند که نکاح چون امر مهمی است، جایز نیست و شارع به امر فروج و تحقّق ولد اهمّیت داده و احتیاط می‌کند.

مرحوم علامه می‌فرماید:

البنّت المخلوقه من الزنا یحرم علی الزانی و طوّها و کذا علی ابنه و ابيه و جدّه و بالجملة حکمها فی تحريم الوطء فی حکم البنّت عن عقد صحیح، عند علمائنا اجمع و به قال ابو حنیفه لقوله تعالی «وَبَنَاتُكُمْ» و حقیقه البنّته الموجوده فیها فان البنّت هی المتکونه من منی الرجل و نفيها عنه شرعاً لا یوجب نفيها حقیقه لانّ المنفی فی الشرع هو تعلق الاحکام الشرعیّه من المیراث و شبهه ... و قال الشافعی لا- تحرم بل یکره و به قال مالک ... و العجب انّهم اتفقوا علی أنّها ان وَلَدَتْ ابناً حرم علیه ان ینکحها فما الفرق «۲»؟ (اگر پسر نمی‌تواند با مادر ازدواج کند، پدر هم با دختر نمی‌تواند ازدواج کند و کأنّ در مادر و پسر دیده‌اند که کار ناجور شده است، لذا استثنا نکرده‌اند).

مرحوم شیخ «۳» کلام اصحاب و موافقت ابو حنیفه و مخالفت شافعی را نقل می‌کند، سپس استدلال کرده و صدق بنت (علامه) و

احتیاط (محقق) را در استدلال به هم ضمیمه می‌کند.

(۱) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۹۰.

(۲) تذکره، ج ۲، ص ۶۱۳.

(۳) خلاف، کتاب النکاح، مسئله ۸۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱۴

۹۷ ادامه مسئله ۲ ... ۲۶ / ۱ / ۸۰

دلیل حرمت نکاح:

اشاره

در ولد الزنا در تمام محرمات نسبیّه حرمت نکاح هست، در اینجا چند دلیل می‌توان اقامه کرد:

۱- اجماع:

در این مسأله مخالفی نیست و همه آن را پذیرفته‌اند یا فتوی داده‌اند و یا احتیاط کرده‌اند و اگر دست ما به دلیل دیگری نرسد (کما اینکه گفته شده است) اجماع محکم و کاشف از قول معصوم می‌شود و مدرکی نخواهد بود.

۲- صدق عناوین بر ولد نامشروع:

عناوینی که در قرآن مجید آمده است «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ» ...

همه این عناوین صدق می‌کند و حقیقت شرعیّه‌ای هم در باب نکاح نیست که بگوئیم مثلاً بنت مانند صلاّه از معنی لغوی به معنی شرعی منتقل شده است، و در کلماتی که از علما و فقها بیان شد روی این حکم و استدلال تأکید کرده‌اند ولی این استدلال اشکال مهمی دارد که محقق ثانی در جامع المقاصد چنین بیان کرده بود:

اگر شما قائل به صدق عناوین هستید، همین حرف را در باب ارث هم بگوئید چون قرآن می‌گوید «وَالْأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا الشُّدُّسُ» و این عناوین بر ولد نامشروع هم صادق است، پس باید در تمام ابواب بگوئیم که احکام جاری است. پس این تفصیل نادرست است و دلیل دوم اشکال دارد و جوابی در مقابل این نقض نداریم.

۳- احتیاط:

در ذیل کلام محقق ثانی و در کلام شیخ طوسی چنین بود «النکاح مبني على الاحتياط» چون مبنای شارع در نکاح بر احتیاط است، می‌گوئیم حرام است و احکام نکاح در ولد نامشروع جاری است؛ ولی بنای ارث بر احتیاط نیست.

این دلیل هم قابل خدشه است، زیرا بناء نکاح بر احتیاط، به عنوان مؤید خوب است، چون شارع مقدس در نکاح هر جا که شک شد احتیاط جاری نمی‌کند در حالی که در خیلی از موارد براءت هم ممکن است جاری شود پس به عنوان دلیل مشکل است.

۴- روایت:

صاحب جواهر به روایتی استناد فرموده است که در مورد این مسأله نیست ولی به تناسب از آن استفاده می‌کنند.
...* عن عمّار، عن ابن توبه عن زرارة قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام:

ابتدای نسل انسان در زمین چگونه کثرت پیدا کرد، آیا دختران آدم با پسران آدم ازدواج کردند (همانگونه که اهل تسنن می‌گویند) امام تعجب کرده و فرمود سبحان الله خداوند چگونه اجازه می‌دهد چنین نکاح فاسدی را، و حال آنکه انبیاء و اولیاء صالح همه نسلشان به آنها برمی‌گردد. امام در ذیل این روایت فرمود: قباحت این مسأله به قدری زیاد است که من شنیده‌ام در بعضی از گله‌های گوسفندان وقتی دو گوسفند نر و ماده که از یک مادر هستند، با هم آمیزش کردند و آن نر بعداً فهمید، خودش را کشت، چگونه است که حیوانات قباحت این مسأله را می‌فهمند ولی انسانها نمی‌فهمند «۱».

آیا خواهر و برادر بودن حیوانات لغوی است یا شرعی؟

مسئلاً لغوی است زیرا بین گوسفندان نکاحی نبوده، پس توالد و تناسل لغوی بوده است. از اینجا معلوم می‌شود که مجرّد توالد و تناسل لغوی برای حرمت کافی است، پس موضوع لغوی است و مسئله عقد شرعی معیار نیست.

این دلیل نیز قابل خدشه است، هم سنداً و هم دلالتاً، اما سندش اشکال دارد چون «ابن توبه» مجهول الحال است و حتی اسم او نیز معلوم نیست، امّا اشکال دلالی این است که خلاف وجدان است، چون در خارج می‌بینیم که توالد و تناسل گوسفندان از همان نرهای گله است و از جای دیگر گوسفند نر نمی‌آورند، پس این روایت خلاف وجدان و احتمال کذب آن زیاد است.

۵- تناسب حکم و موضوع: (و لعلّه احسن من الجميع)

دلیل این تفصیل تناسب حکم و موضوع است، یعنی این احکام با توجه به موضوعاتشان ممکن است اشکال مختلف به خود بگیرند، وقتی که در باب نکاح، اب وام گفته می‌شود، به تناسب حکم سراغ معنای لغوی می‌رویم ولی در باب ارث سراغ معنای شرعی می‌رویم.

توضیح ذلک: وقتی شارع می‌گوید که فرزندان از پدر و مادر ارث می‌برند، ارث یک مسئله حقوقی است و ظاهر این است که پدر و مادر باید قانونی باشند، اما مسئله حرمت محارم یک مسئله طبیعی خارجی است و بر این اساس است که از چه نطفه‌ای متولد شده است، حتی کسانی که دین و مذهب ندارند این چیزها را بر خود تحریم می‌کنند، اینها بر اثر ضررهای جسمانی و اخلاقی است و این تولّد چه قانونی باشد و چه غیر قانونی باشد اثر جسمانی هست، یا اگر از نظر اخلاقی قبحی داشته باشد به خاطر جنبه‌های جسمانی است و

(۱) وسایل، ج ۱۴، ح ۴، باب ۳ از محرمات نسبیّه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱۵

شاهد آن این است که اگر بچه از یک زن بیگانه بیست و چهار ساعت شیر بخورد بر او حرام است، پس چگونه فرزندی که ۹ ماه

در شکم او بوده و از او بوجود آمده بر او حرام نباشد، آیا می‌شود باور کرد که شارعی که آن را سبب تحریم می‌داند این یکی را حلال بداند و لذا در مسئله مادرِ جانشین (مادر کرایه‌ای)، یعنی آن موردی که نطفه مرد و زنی در خارج رحم ترکیب شده و بعد از ترکیب چون مادر اصلی رحمش ضعیف است، در رحم فرد ثالثی کاشته می‌شود و پرورش پیدا می‌کند، قائل به محرمیت هستیم و می‌گوئیم بچه نمی‌تواند با مادر جانشین ازدواج کند. (اولویت نسبت به رضاع)

در ما نحن فیه که هم نطفه و هم پرورش از اوست، به طریق اولی حرام است. حتی آنهایی که قائل به حلّیت هستند در پسر ولد الزنا نسبت به مادر، به واسطه همین تناسب حکم با موضوع جرأت نکرده‌اند که آن را جایز بدانند.

خلاصه: در یک جا معنای لغوی را کافی می‌دانیم، زیرا مسائل جسمانی مطرح است و در جائی دیگر معنای شرعی را کافی می‌دانیم چون مسائل حقوقی و قانونی مطرح است، و این تفصیل در اعماق جان علماء بوده و لو بیان نکرده‌اند و اگر هم بیان نکرده‌اند لعل در ذهنشان بوده است..

۹۸ ادامه مسئله ۲ ... ۲۷ / ۱ / ۸۰

بقی هنا آموز:

الامر الاوّل: توارث

در ولد الزنا ارث نیست، نه از پدر و مادر و نه از بستگان دیگر.

این مسأله از مسأله‌های اجماعی است، گرچه بحث آن در باب ارث مطرح است؛ ولی برای تکمیل بحث به آن اشاره‌ای می‌کنیم. مرحوم صاحب جواهر تعبیری دارد که بسیار گویا است: [عدم الارث] بلا خلاف آنچه فیہ بل الاجماع بقسمیه (منقول، محضّل) علیه. (۱)

ولی در بعضی از فروع این مسأله مخالفینی و لو شاذ وجود دارد، از جمله مرحوم صدوق، ابی الصلاح حلبی و أبو علی که همگی از قدماء اصحاب هستند و گفته‌اند: ولد نامشروع از پدر و بستگان پدری ارث نمی‌برد؛ ولی از مادر و بستگان مادری ارث می‌برد. تصوّر ما این است که اینها در کل مسأله قائل به توارث هستند ولی چون پدران، غالباً در فرزندان نامشروع، ناشناخته‌اند، از آن جهت ارث از پدر و بستگان پدری را نگفته‌اند.

دلیل بر این مسأله روایات زیادی است که با صراحت می‌فرماید ولد نامشروع ارث نمی‌برد از جمله، روایت صحیحه حلبی: ... عن الحلبي، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: ايما رجل وقع على وليدة

(کنیز)

قوم حراماً ثم اشتراها فادعى ولدها فإنه لا يورث منه شيء، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: الولد للفراش وللعاهر (الزانی)

الحجر ولا يورث ولد الزنا الا رجل يدعى ابن وليدته (۲)

(احتمالاً ذیل روایت به این معنی باشد که مولی می‌گوید این کنیز من بوده و با من زندگی می‌کرده و اگر کسی با آن عمل نامشروع انجام داده و مردّد است که ولد از مولاست یا از شخصی فاجر، وقتی مولی ادعا کند که مال من است ولد برای اوست).

امثال این روایت متعدد است، صاحب جواهر می‌فرماید:

المعتبرة المستفیضة (۳).

پس فرزندان نامشروع نه از پدر ارث می‌برند و نه از مادر و معارض شاذ به مسأله ضرر نمی‌زند، چون شهرت قویّه بر خلاف آن است.

ارث این افراد به چه کسی می‌رسد (خودش نامشروع است؛ ولی فرزندان و همسر او مشروع هستند)؟ اگر زن و فرزندی داشته باشد به آنها می‌رسد و اگر نداشته باشد به امام و بیت المال می‌رسد و در زمان ما زیر نظر حاکم شرع در موارد مورد نیاز مصرف می‌شود.

الامر الثانی: حرمت نظر

وقتی قائل شدیم که محارم نسبیّه در فرزند نامشروع هست، آیا می‌تواند به مادر، خواهر ... نگاه کند؟ یا فقط حرمت نکاح است؟ در کلمات فقهاء بعضی متعروض آن شده‌اند و ظاهر کلماتشان این است که نظر جایز نیست، از جمله مرحوم صاحب ریاض بعد از آنکه اجماع بر حرمت نکاح را ذکر می‌کند می‌فرماید:

وهو الحجّة (اجماع) دون صدق النسبة فی العرف و اللّغّة لعدم الاكتفاء بها بمجرّدها فی الشریعة مع استلزامها ثبوت الاحکام الواقعیة کحل النظر (هیچ کس قائل به آن نیست ...) و غیر ذلك من توابع النسب ... و لو احتیط فی الجمیع کان اولی. «۴»

و لصاحب الجواهر کلام یأتی فی الامر الثالث.

و لكن الانصاف: حق این است که ببینیم دلیل ما چیست؟ اگر

(۱) جواهر، ج ۳۹، ص ۲۷۴.

(۲) وسائل، ج ۱۷، احکام ارث، احکام ولد ملاحنه، ح ۱، باب ۸.

(۳) جواهر، ج ۳۹، ص ۲۷۵.

(۴) ریاض، ج ۲، ص ۸۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱۶

دلیل، اجماع تعبّدی باشد حق با صاحب ریاض است، چون اجماع منحصر است به نکاح و لا یشمل النظر، و اگر معیار دلیل احتیاط باشد (که بعضی گفته‌اند) بازهم منحصر به نکاح است و لا يجوز النظر، اما اگر دلیل اولاً تناسب حکم موضوع و ثانیاً اولویت نسبت به رضاع باشد، تمام احکام محرمیت جاری می‌شود، وقتی بجهت رضاعی که ۲۴ ساعت شیر خورده نگاه کردن او به مادر و خواهر رضاعیش جایز است، بطریق اولی برای ولد نامشروع که ۹ ماه در شکم مادر بوده، نگاه کردن حلال خواهد بود. به تعبیر دیگر مسئله حلیت نظر یک مسئله جسمانی است نه مسئله حقوقی.

پس اگر به دلیل خامس تمسک کردیم و قائل به حرمت نکاح شدیم، در این صورت حلیت نظر هست و صاحب جواهر ملازمه بین حرمت و جواز نظر را در این مسأله پذیرفته است.

الامر الثالث: دامنه محرمات نکاح

آیا محرمات نکاح منحصر به همان نسبی است (هفت طائفه) یا مصاهرات را هم شامل می‌شود؟ یعنی اگر دختر نامشروع دارای شوهری شود آیا این شوهر با مادرزنش محرم است؟ آیا با مادر زن می‌تواند ازدواج کند؟ همچنین اگر ولد نامشروع بزرگ شد و

زانی همسری داشت و طلاق داد آیا ولد نامشروع با زن پدر می‌تواند ازدواج کند؟ اگر خواهری داشت آیا جمع بین الاختین هم در اینجا صادق است؟

ظاهر کلام امام این است که مصاهرات مشکلی ندارد، چون امام عناوین نسبی را فرموده‌اند و سببی را فرموده‌اند. در کلام قوم هم بیشتر، عناوین نسبی مطرح است. مرحوم صاحب جواهر در این مورد مطلبی فرموده‌اند:

«لا- ینبغی التأمل فی انّ المتّجه عدم لحوق حکم النسب فی غیر النکاح، بل ستعرف قوّة عدم جریان حکمه فیہ ایضاً فی المصاهرات فضلاً عن غیر النکاح، بل قد یتوقّف فی جواز النظر بالنسبۃ الی من حرّم نکاحه مما عرفت. لکنّ الانصاف عدم خلوّ الحلّ (حلیت نظر) من قوّة بدعوی ظهور التلازم بین الحکمین هنا (اگر نکاح حرام است، نظر حلال است)، خصوصاً بعد ظهور اتحادهما فی المناط. «۱» پس اگر معیار دلیل پنجم باشد (که رابطه جسمانی کامل با مادر دارد) مصاهرات را هم شامل می‌شود، و ولد نامشروع نمی‌تواند زن مطلقه پدر را بگیرد و تمام آن احکام جاری می‌شود، بنابراین هم در نسبتات و هم در سببیتات، بلکه بالاتر احکام رضاع هم در اینجا (ولد نامشروع) هست. مثلاً مادر که ولد نامشروع دارد یک ولد رضاعی هم دارد، این احکام نسبت به آن ولد رضاعی هم هست، البته در رضاع کسی را ندیده‌ایم که بحث کند.

۹۹ ادامه مسئله ۲ ... ۲۸ / ۱ / ۸۰

الامر الرابع: نفقه و حضانت و ولایت

آیا نسب بریده شده و حکومت اسلامی و بیت المال باید نفقه ولد حرام را بدهد و یا بر عهده پدر و مادر اوست و هکذا حضانت و ولایت او؟

چیزی در این مورد ندیده‌ایم الا جمله‌ای که ابن قدامه دارد و آن هم فقط در مورد نفقه است:

یحرم علی الرجل نکاح بنته من الزنا و اخته و بنت ابنه و بنت بنته و بنت اخیه و اخته من الزنا و هو قول عامّة الفقهاء (اکثریت فقهاء اهل سنت) و قال مالک و الشافعی فی المشهور من مذهبه یجوز ذلک کله ... و لا یجری التوارث بینهما ... و لا تلزمه نفقتها «۲».

در این مسأله روایتی نداریم و اقوالی هم نیست؛ ولی ظاهر اطلاق کلمات علما این است که ولد نامشروع، نفقه و حضانت و ولایت ندارد.

لکن الانصاف: سیره عقلا بر این است که پدر و مادر را بر حضانت و نفقه، ملزم می‌کنند و اگر بگوئیم این سیره تا عصر پیغمبر و ائمه بوده، لا یبعد که این سیره دلیل و حجّت شود بر وجوب نفقه بر پدر و مادر، بنابراین الاحوط لو لا الاقوی وجوب نفقه علی ابویه و کذا حضانته.

الامر الخامس: سایر احکام

آیا احکام ولایت، احکام عاقله، احکام من ینعتق علیه، احکام عدم قصاص والد بر ولد، احکام عدم قبول شهادت ولد بر علیه والد، و همچنین احکام تجهیزات و دفن میت و ... در ولد نامشروع جاری است؟

در این مسأله هم نه کلامی از فقهاء وجود دارد و نه روایتی، باید دید مقتضی اصل چیست؟ در مورد ولایت اصل عدم ولایة احد علی احد است، مگر این که ثابت شود. در باب قصاص، اصل قصاص است و عدم قصاص دلیل می‌خواهد.

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۵۹.

(۲) مغنی، ج ۷، ص ۴۸۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱۷

در باب عاقله «لَا تَزْرُ وَازِرَةً وَزِرًا أُخْرَى» * داریم.

در باب شهادت، هر کسی که عادل است شهادتش پذیرفته می‌شود و اصل قبول شهادت است.

پس مقتضای اصل، نفی احکام با قید است، و اگر کسی قائل به ثبوت سایر احکام شود باید دلیل بیاورد.

نتیجه: غیر از حرمت نکاح، نظر، نفقه و حضانت، بقیه احکام از ولد الزنا منتفی است و چون دلیلی بر اثبات آن نداریم نمی‌توانیم آنها را جاری کنیم.

مرحوم مامقانی (از بزرگان علماء نجف و نویسنده کتاب تنقیح المقال فی علم الرجال) در کتاب مناہج المتّقین می‌فرماید:

و الاقوی اتحاد ولد الزنا و ولد الحلال فی جمیع احکام النسب عدا الارث فانه لا ارث بین ولد الزنا و اقاربه للنص الخاص و اما فيما عداه فالمرجع اطلاق الادله لصدق الابن و الاخ و نحوهما لغه و عرفاً.

آیا این فتوای شاذ، صحیح است؟

غیر از ایشان کسی این سخن را نگفته است و اصلاً متعرض این مسأله نشده‌اند و این مطلب صحیح نیست، گرچه در بدو نظر تمسک به صدق عرفی و عموماً و اطلاقات است، ولی می‌دانیم که در مسأله ولد حرام، اصل منقلب شده و هیچ یک از آثار نباید مترتب شود، چون شارع گفته است این ولد، ولد قانونی و شرعی نیست و

الولد للفراش

(نکاح صحیح)

و للعاهر الحجر،

پس این جمله بر تمام اطلاقات ادله حکومت می‌کند یعنی هر کجا که شارع فرمود: أبناؤکم، آباؤکم ... مراد نسب صحیح (ولد شرعی) است.

ان قلت: عبارت

«الولد للفراش و للعاهر الحجر»

برای جائی است که شک داشته باشیم، یعنی ندانیم که نطفه برای همسر است یا عاهر به عبارت دیگر مربوط به مقام اثبات و شک است که در این صورت شارع فراش را مقدم کرده است. پس این عبارت اصل اولی را منقلب نمی‌کند.

قلنا: امام صادق علیه السلام در صحیح حلی به این روایت برای مقام ثبوت استدلال کرده؛ ولی آنجائی هم که یقین داریم ولد برای عاهر است باز امام استدلال به قول پیامبر می‌کند و بعد می‌فرماید

و لا یورث ولد الزنا...

به این معنی که از قبیل قیاس منصوص العله است (چرا ارث نمی‌برد؟ چون پیامبر فرموده الولد للفراش) و ارث برای جائی است که ولد از نکاح صحیح باشد، پس این که ارث نمی‌برد چون علی القاعده است و شارع اصل اولی را عدم اجرای حکم قرار داده.

بنابراین اصل این است که هیچ حکمی جاری نشود مگر مواردی که استثناء شده. مرحوم مامقانی اصل را این گونه معنی می‌کند که تمام احکام جاری است الا ما خرج بالدلیل ما می‌گوئیم هیچ یک از احکام جاری نمی‌شود الا ما خرج بالدلیل.

در مسأله نکاح گفتیم بخاطر اولویت و تلازم حکم و موضوع نکاح فقط مربوط به فرزند قانونی نیست، فعلی هذا نکاح و آنچه که

از لوازم نکاح است (مانند نکاح با مصاهرات و رضاع) بالملازمه و اولویتی در ولد نامشروع هست. در مسأله نفقه و حضانت به سیره تمسک کردیم و اینکه سیره عقلا بر این است که پدر و مادر را در مقابل ولد، مسئول می‌دانند پس اصل (فرزند نیست) منقلب شده است الا ما خرج بالدلیل یعنی بقیه احکام مثل ولایت، قصاص، ارث، عاقله.. داخل در عنوان «الولد للفراش» است و ولد غیر شرعی حکمی ندارد.

۱۰۰ ادامه مسئله ۲ ... ۲۹ / ۱ / ۸۰

الامر السادس: نکاح فرزندان آدم

اشاره

آیا حرمت نکاح اخوه مع اخوات از زمان حضرت آدم بوده یا در عصر اول مباح بوده است؟ صاحب وسایل در مسئله محرمات نسبیّه عنوانی دارد و می‌فرماید: تحریم اخت همیشه بوده است، حال اگر قائل به تحریم نکاح اخوه و اخوات از روز اول شویم، مسئله تکاثر و تولید مثل فرزندان آدم معما می‌شود، چون در آن زمان غیر از اخوه و اخوات کسی نبود پس فرزندان طبقه بعدی از چه متولد شدند؟ در اینجا مفسرین، علماء کلام و محدثین بحث مفصّلی دارند و عمدتاً سه نظر بیان شده است:

نظریه اول: در عصر اول به خاطر ضرورت‌ها، نکاح اخوه و اخوات حلال بوده و بعداً بلافاصله ممنوع شد

(بعضی از معاصرین به این نظر تمایل دارند).

نظریه دوم: به طور قطع ممنوع بوده است،

به دلیل روایات متعددی که در این زمینه است و افزایش نسل از طریق حوریان بهشتی یا جنیان که با فرزندان آدم ازدواج کردند، حاصل شد.

نظریه سوم: آدم، اولین انسان روی زمین نبود

و همانگونه که کتب تاریخی و آثار یافت شده نشان می‌دهد، قبل از او انسانهای دیگری هم بودند و در موقع خلقت آدم، تمام نسل انسانهای پیشین

(۱) آیه ۱۸ سوره فاطر.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱۸

منقرض نشده بودند، و بقایای نسلهای پیشین با فرزندان آدم ازدواج کردند و ازدواج از اینجا سر گرفت.

بررسی نظریات:

طرفداران نظریه اول برای اثبات مدّعی خود به آیات قرآن و روایات استدلال می‌کنند:

آیات:

آیه اول: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا» (۱) منظور از «ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ» در آیه با توجه به قرائن، آدم و حوّا است و «شعوب» و قبائل دیگر از این آدم و حوّا بوده است و ظاهر آیه نشان می‌دهد که پای نسلهای دیگر یا حوریّه و جن در کار نیست، زیرا خلاف ظاهر آیه است.

آیه دوم: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ (آدم) وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا (منها حال آيا از دنده آدم يا از باقیمانده گل آدم) وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً.» (۲)

«بَثَّ» به معنی «منتشر ساخت» می‌باشد، پس نسلها در طبقات مختلف از آدم و حوّا بوجود آمده است، یعنی تمام فرزندان آدم از یک پدر و مادر بوده‌اند و اگر پای ثالثی در کار بود، قرآن آن را می‌فرمود، پس ظهور بدوی این است که نکاحی بین فرزندان آدم انجام شده است.

ان قلت: شاید منظور آیه، فرزندان خود آدم است (فرزندان بلافضل آدم) چون در روایتی داریم که حضرت آدم علیه السلام بیست و پسر و بیست دختر داشته است.

قلنا:

اولاً: اینکه فرزندان آدم زیاد بوده ثابت نیست و حتی از برخی روایات استفاده می‌شود که فرزندان آدم، چهار یا هشت تا بوده است. ثانیاً: با هدف آیه سازگار نیست چون هدف این آیه همان هدف آیه سوره حجرات است که می‌گفت همه شما از نفس واحدی هستید و فضیلت شما به تقوی است، اگر این دو آیه را شبیه هم بدانیم و هر دو یک هدف داشته باشند روشن می‌شود که رجال و نساء اشاره به فرزندان بلافضل و مع الفصل حضرت آدم است.

۱۰۱ ادامه مسئله ۲ ... ۱ / ۲ / ۸۰

روایات:

روایاتی هم در این زمینه نقل شده است که فرزندان آدم با هم ازدواج کرده‌اند و تحریم بعداً نازل شده است، و عمدتاً دو روایت است (قرب الاسناد و احتجاج)

... عن البزنطی قال سألت الرضا علیه السلام عن الناس: کیف تناسلوا من آدم علیه السلام؟ فقال: حملت حواء، هابیل و اختاً له فی بطن، ثم حملت فی البطن الثانی قابیل و اختاً له فی بطن، فزوج هابیل التي مع قابیل و تزوج قابیل التي مع هابیل، ثم حدث التحريم بعد ذلك (۳).

* عن الثمالی قال: سمعت علی بن الحسین علیه السلام یحدّث رجلاً من قریش قال ...: فوُلد له (ای لآدم)

فی کل بطنٍ ذکرٌ و انثی، فأوّل بطنٍ ولدت حواء هابیل و معه جاریه یقال لها اقلیما، قال: و ولدت فی البطن الثانی، قابیل و معه جاریه یقال لها لوزا، و کانت لوزا اجمل بنات آدم...

در ادامه می‌فرماید که اینها بزرگ شدند و موقع ازدواجشان رسید، و آدم علیه السلام ترسید که فتنه‌ای برپا شود، چون همزاد قابیل زیبا بود و قابیل نمی‌خواست او را از دست بدهد، آدم علیه السلام تصمیم به قرعه گرفت، (معنای قرعه این است که حتی اگر همزاد هر یک هم، قرعه به نام او در می‌آمد به او داده می‌شد)، طبق قرعه همزاد قابیل به نام هابیل درآمد (یکی از عوامل حسادت قابیل هم همین مورد عنوان شده است).

قال: فخرج سهم هابیل علی لوزا اخت قابیل و سهم قابیل علی اقلیما اخت هابیل، قال: فزوجها علی ما خرج لهما من عند الله

(نشان می‌دهد که قرعه در بسیاری از موارد کاشفیت دارد)

قال: ثم حرم الله نكاح الاخوات بعد ذلك، فقال له القرشي فاولداهما؟ قال: نعم، فقال القرشي: فهذا فعل المجوس اليوم، قال: فقال علي بن الحسين عليه السلام: ان المجوس، انما فعلوا ذلك بعد التحريم من الله. ثم قال علي بن الحسين عليه السلام: لا تنكر هذا أليس الله قد خلق زوجة آدم منه ثم احلها له؟ فكان ذلك شريعاً من شرائعهم، ثم انزل الله التحريم بعد ذلك «٤».

مرحوم علامه مجلسی بعد از نقل این دو روایت می‌فرماید:

بیان: «هذان الخبران محمولان على التقيّة لاشتہار ذلك بين العامّة».

در مستدرک هم روایتی به همین مضامین موجود است.

مرحوم علامه طباطبائی ذیل آیه مورد بحث می‌فرماید:

«اقول و هذا الذي ورد في الحديث هو الموافق لظاهر الكتاب و الاعتبار (دلیل عقل یعنی کأنّ حوریّه و جن تناسبی با انسان ندارد که بتوانند با انسان ازدواج کنند) و هناك روايات اخر تعارضها و هي

(۱) آیه ۱۳، سوره حجرات.

(۲) آیه ۱، سوره نساء.

(۳) بحار، ج ۱۱، ص ۲۲۶، ح ۵.

(۴) بحار، ج ۱۱، ص ۲۲۵، ح ۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۱۹

تدلّ علی أنّهم تزوّجوا بمن نزل الیهم من الحور و الجانّ و قد عرفت الحق فی ذلك «۱».

دلیل قول دوم: روایات کثیره‌ای دلالت بر این قول دارد

و ان تفاوتت ألسنتها.

گروه اول: دسته‌ای از روایات می‌گویند نکاح اخوه و اخوات قبیح است و خدا اولیائش را از این امر قبیح به وجود نمی‌آورد؛ ولی چگونگی ازدیاد نسل را بیان نمی‌کند.

... عن ابن توبه

(مجهول الحال)

عن زرارة قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام كيف بدو النسل فانّ عندنا اناساً يقولون ان الله اوحى الى آدم ان يزوّج بناته من بنیه و انّ اصل هذا الخلق من الاخوة و الاخوات قال أبو عبد الله عليه السلام: سبحان الله و تعالی عن ذلك علواً كبيراً يقولون من يقول هذا انّ الله جعل اصل صفوة خلقه و احبائه و انبيائه و رسله و المؤمنین و المؤمنات من حرام و لم يكن له من القدرة ما يخلقهم من الحلال و قد أخذ ميثاقهم على الحلال و الطهر الطاهر الطيب و الله لقد ثبت ان بعض البهائم «... ۲»

بحث سندی و دلالتی این حدیث قبلاً بیان شد و بیان شد که مضمون روایت خلاف وجدان است.

... عن سمع زرارة يقول و ذکر مثله

(روایت قبلی است یا سند دیگر)

و زاد ... ان كتب الله كلّها فی ما جرى فيه القلم فی کلّها تحريم الاخوات على الاخوة، مع ما حرم. الحدیث «۳».

... عن الاصمغ ابن نباته، عن امیر المؤمنین علیه السلام فی حدیث ان الاشعث قال له: كيف يؤخذ من المجوس الجزیه و لم ينزل

علیهم کتاب و لم یبعث الیهم نبی؟ فقال: بلی یا اشعث قد انزل الله علیهم کتاباً و بعث الیهم نبیاً و کان لهم مَلِکٌ سکر ذات لیلۃ فدعا بابنته الی فراشه فارتکبها فلما اصبح تسامع به قومه فاجتمعوا الی بابه و قالوا: اخرج نظهرک و نقم علیک الحد فقال: هل علمتم ان الله لم یخلق خلقاً اکرم علیه من ابینا آدم و حوا؟ قالوا: صدقت قال: ألیس قد زوج بنیه من بناته و بناته من بنیه؟ قالوا: صدقت هذا هو الدین فتعاقدوا علی ذلك فمحق الله العلم من صدورهم و رفع عنهم الکفرۃ یدخلون النار بلا حساب، و المنافقون أسوأ حالاً منهم. «۴»

این روایات قبیح و ممنوعیت این کار را بیان می‌کند؛ ولی چگونگی افزایش نسل را بیان نمی‌کند.

گروه دوم: دسته‌ای از روایات می‌گویند که با حوریه ازدواج کردند. «۵»

گروه سوم: دسته‌ای از روایات می‌گویند که با جنیه ازدواج کردند. «۶»

گروه چهارم: دسته‌ای از روایات می‌گویند که هم با حوریه و هم با جنیه ازدواج کرده‌اند. «۷»

۱۰۲ ادامه مسئله ۲ ... ۲ / ۲ / ۸۰

این روایات متضافر و متعدد هستند و در کتب روایی و تفسیر نقل شده و به حدی است که علماء اهل سنت هم روایات ما را از طرق شیعه نقل کرده‌اند، از جمله تفسیر المنار در ذیل آیه «وَأَنْتُمْ عَلَیْهِمْ نَبَأٌ ابْتِئِیَ آدَمَ» «... ۸» روایاتی را نقل می‌کند، پس این نظر در بین شیعه معروف بوده است و اهل سنت هم می‌دانستند.

ولی این روایات، علی‌رغم تکاثر و تضافر خالی از اشکال نیست.

اشکال اول: آیا ممکن است فرزندان آدم با حوریه‌ای ازدواج کنند که «جسم نوری» و یا جنیه‌ای که «جسم ناری» در حالی که از نظر جنس مخالف هم هستند.

ان قلت: درباره قیامت چه می‌گویند که معاد جسمانی است و انسانها همسرانی از حوریه هم دارند هرچه در آنجا می‌گویند در ما نحن فیه هم بگویند.

قلنا: ممکن است انسان از غیر همجنس برای لذت جسمانی استفاده کند؛ ولی فرزندی متولد نمی‌شود، پس انسان که جسمی ترابی است در بهشت از حوریه برای لذت جسمانی استفاده می‌کند ولی تولد فرزند بعید می‌باشد و حال آنکه فرض ما در اینجا تولد فرزندان است.

اشکال دوم: این روایات با هم متعارض هستند بعضی می‌گویند صرفاً با حوریه، بعضی می‌گویند صرفاً با جنیه و بعضی می‌گویند با هر دو ازدواج کردند.

اللهم الا ان یقال: روایتی که می‌گویند حوریه، ساکت است از جنیه و یا روایتی که می‌گویند جنیه ساکت است از حوریه.

اشکال سوم: بعضی از این روایات خلاف وجدان و آن چیزی است که ما عیناً در خارج می‌بینیم.

(۱) تفسیر المیزان، ج ۴، ص ۱۴۷.

(۲) ح ۴، باب ۳ از ابواب محرمات نسبیّه.

(۳) ح ۵، باب ۳ از ابواب محرمات نسبیّه.

(۴) ح ۳، باب ۳ از ابواب محرمات نسبیّه.

(۵) ح ۱، باب ۳ از ابواب محرمات نسبیّه.

(۶) ح ۶، باب ۳ از ابواب محرمات نسبیّه.

(۷) تفسیر برهان، ذیل آیه ۱ سوره نساء.

(۸) ج ۴، ذیل آیه ۲۷ سوره مائده.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۰

اقوال عامه:

چند دسته از عامه (مفسران و مورخان و فقهاء) متعرض این مسأله شده‌اند مفسران در ذیل آیه «وَ اٰتٰلُ عَلَيْهِمْ نَبَا اٰبَتِيْ اٰدَمَ بِالْحَقِّ اِذْ قَرَّبَا قُرْبٰنًا فَتَقَبَّلَ مِنْ اٰحَدِهِمَا» «... ۱» این بحث را مطرح کرده‌اند.

چون آنها معتقدند به اینکه فرزندان آدم دوقلو به دنیا آمده‌اند و داستان همزاد قابیل که زیبا تر از همزاد هابیل بود و اینکه یکی از عوامل قتل هابیل حسادتی بود که قابیل از این کار داشت، بنابراین در ذیل این آیه روایات مربوط به ازدواج فرزندان آدم را نقل کرده‌اند.

از جمله زمخشری در کشف «۲» و از بین مورخین ابن اثیر در الکامل «۳» و طبری در تاریخ طبری «۴» و مسعودی در مروج الذهب «۵» به این مسأله پرداخته‌اند. ابن اثیر بعد از نقل قصه هابیل و قابیل بیان مفصلی دارد و ازدواج با یکدیگر را ترجیح می‌دهد. طبری در تاریخش از افراد متعدّد نقل می‌کند.

مسعودی می‌گوید که آدم علیه السلام کوشش کرد که اینها با همزاد خود ازدواج نکنند ولی چون موضع اضطرار بود و راهی نداشت، هر یک با همزاد دیگری ازدواج کرد.

اهل سنت در بعضی کتابهای فقهیشان مانند مبسوط سرخسی و در بعضی از کتابهای حدیث مانند سنن بیهقی به این مسأله اشاره دارند. ابن ابی الحدید هم در شرح نهج البلاغه اشاره‌ای به آن دارد.

نکته جالب توجه این است که در هیچ یک از این منابع، حدیثی از پیامبر وجود ندارد، بلکه روایات را از صحابه و یا مفسرین یا مورخین نقل کرده‌اند و مستند به پیامبر نیست، بر خلاف ما که روایات ما مستند به معصوم علیه السلام است. احتمال دارد که ریشه این مسأله (ازدواج فرزندان آدم با یکدیگر) از عهدین (تورات و انجیل) باشد.

بنابراین قول مرحوم علامه مجلسی که می‌فرمود مشهور بین عامه قول اول است درست است.

بررسی قول اول و دوم:

قول اول دو روایت داشت که دلالتش صریح بود، اما سندش غیر معتبر؛ ولی ظاهراً موافق کتاب الله و در قول دوم روایات متضافر و بعضی صحیح‌السند، موافق با شهرت و مخالف عامه؛ ولی مخالف ظاهر کتاب الله بود.

بین این دو قول چه کنیم؟ آیا ظاهر کتاب را بگیریم یا شهرت را.

در اینجا لا یبعد که کسی بگوید، چون از آن مواردی است که یُرَدُّ علمه الی اهل و از احکام عملیه‌ای نیست که مبتلی به باشد، لذا توقّف می‌کنیم و اگر در این مورد سؤال شود، اینطور نیست که جوابی نداشته باشیم، بلکه می‌گوئیم دو دسته روایت نقل شده است و هر دو قول را نقل می‌کنیم. ممکن است کسی بگوید قول دوم قوی‌تر است و لذا خیلی‌ها به آن تمایل دارند؛ ولی لولا مخالفت ظاهر کتاب قول دوم ترجیح دارد.

تا اینجا دو قول معروف را مطرح کردیم و قائل به توقّف شدیم.

قول سوم: نکاح ابناء آدم با نسل دیگری از انسان بوده است

منتهی انسانهایی که قبل از آدم بوده و منقرض نشده بودند. برای این مطلب سه قرینه ذکر شده است.

۱- اقوال مورّخین از جمله ناسخ التواریخ که می‌نویسند، قبل از آدم انسانها و تمدن‌ها و سلاطین متعدّدی بوده‌اند، و شاید قرآن هم در آیه «فَالْوَأَلُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ» (۶) به این مسأله اشاره داشته باشد، زیرا اگر انسانی قبل از آدم نبود، ملائکه از کجا می‌دانستند که او خون‌ریز است؟

۲- علم امروز می‌گوید که انسانها از میلیونها سال پیش وجود داشتند درحالی که هبوط آدم را به چند هزار سال قبل برمی‌گردانند.

۳- روایات متعدّدی داریم که می‌گوید قبل از آدم، انسانهایی بوده‌اند از جمله روایاتی است که مرحوم صدوق در کتاب توحید و کتاب خصال دارد.

در خصال از امام باقر علیه السلام نقل می‌کند:

* بلی و الله لقد خلق الله تبارک و تعالی الف الف عالم و الف الف آدم أنت فی آخر تلك العوالم و اولئك الادمیین (۷).

در توحید صدوق «۸» نیز مطلب نقل شده است.

صاحب تفسیر المنار همین روایت صدوق و روایت دیگری را از امام صادق علیه السلام نقل کرده است:

* إن لله تعالی اثنی عشر الف عالم کل عالم منهم اکبر من سبع سماوات و سبع ارضین ما یری عالم منهم أن لله عزّ و جلّ عالماً غیرهم (۹).

بنابراین مطابق این نظریه قبل از آدم انسانهایی بوده‌اند و ما اولین

(۱) آیه ۲۷، سوره مائده.

(۲) کشاف، ج ۱، ص ۶۲۴.

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۲، ص: ۱۲۰

(۳) الکامل، ج ۱، ص ۵۴۱.

(۴) تاریخ طبری، ج ۱، ص ۹۲.

(۵) مروج الذهب، ج ۱، ص ۳۱.

(۶) آیه ۳۰، سوره بقره.

(۷) آخرین حدیث کتاب خصال.

(۸) ح ۲، باب ۳۸.

(۹) تفسیر المنار، ج ۴، ص ۳۲۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۱

انسان روی زمین نیستیم و دلیلی نداریم که تمام انسانهایی که قبل از آدم بوده‌اند منقرض شده باشند. بنابراین ممکن است ازدواج فرزندان آدم با بقایای انسانهای پیشین صورت گرفته باشد، البته دلیلی بر این مطلب نداریم ولی قول سوم مشکل ازدواج حوریه با انسان را که تولّد فرزند از آن ممکن نبود، حل می‌کند؛ ولی مشکل مخالفت ظاهر کتاب الله که در قول دوم بود در قول سوم هم بقوّت خویش باقی است.

ان قلت: آدم اولین انسان روی زمین نبوده و قبل از او انسانهای دیگری بوده‌اند، این مطلب با جمله‌ای که حضرت علی علیه السلام در خطبه اشباح دارد نمی‌سازد:

فلما مهّد ارضه و انفذ امره، اختار آدم خیرهً من خلقه و جعله اوّل جبّله «۱».

قلنا: اگر به معنی «جبّله» مراجعه شود جواب روشن می‌شود، کوه و جمعیت‌های زیاد را «جبّله» می‌گویند، معنی دیگر جبّله طبیعت (فطرت) است و فطرت انسان هم مانند کوه قابل جابجائی نیست.

جبّله به معنای انسان برجسته هم آمده است و منافات ندارد که انسانهای دیگری قبل از آدم بوده‌اند ولی انسان برجسته نبودند. هذا غایه ما فی الباب و ما اصراری در انتخاب یکی از اقوال نداریم چون مربوط به شریعت نیست و نیازی به فتویٰ ندارد و توقّف می‌کنیم.

[مسئله ۳ (وطء الشبهه)]

اشاره

۱۰۳ مسئله ۳ (وطء الشبهه ...) ۳ / ۲ / ۸۰

مسئله ۳: المراد بوطء الشبهه الوطء الّذی لیس بمستحقّ مع عدم العلم بالتحريم، كما اذا وطء اجنيبةً باعتقاد أنّها زوجته، أو مع عدم الطريق المعتبر عليه بل أو الاصل كذلك، و مع ذلك فالمسألة محل اشكال (صورت دوم که شک دارد محل اشکال است که آیا وطی به شبهه است یا نه)

و يلحق به (وطی به شبهه)

وطء المجنون و النائم و شبههما (ای غیر بالغ)

دون السكران اذا كان سكره بشرب المسكر عن عمدٍ و عصيان.

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد وطی به شبهه است که مسئله بسیار مهمی است و در همه جای فقه با مسئله ولد شبهه برخورد می‌کنیم. مرحوم امام در این مسأله سراغ مصداق وطی به شبهه می‌رود، چون حکم آن را در مسئله قبل با یک کلمه بیان کردند (و يلحق به ولد الشبهه) و در اینجا بحث صغروی می‌کنند؛ ولی ما هم کبروی بحث می‌کنیم و هم صغروی.

صور مسأله:

اشاره

مرحوم امام (ره) چهار صورت را متذکر شده‌اند:

۱- آنجائی که علم دارد. ۲- مجنون و نائم و صغیر. ۳- جائی که شک به زوجیت داشته باشد و وطی کند. ۴- سکرانی که عمداً مست شده است.

مرحوم امام دو صورت اوّل را از مصداق مسلم وطی به شبهه گرفته‌اند؛ ولی دو مورد آخر را از موارد مشکوک برشمرده‌اند.

المسألة فی مقامین:

در مسأله در دو مقام بحث می‌کنیم:

مقام اول: وطء الشبهه يلحق بالنسب (کبری)

اشاره

فقهاء در مورد حکم، مسأله را مسلم گرفته‌اند، (ارسلوه ارسال المسلمات) صاحب جواهر در مورد وطی به شبهه حدوداً دوازده صفحه صحبت می‌کند که فقط یک خط در مورد کبری و بقیه در مورد صغری است، عبارت جواهر چنین است:

و کذا یثبت النسب مع الشبهه اجماعاً بقسمیه «۲»

مرحوم آقای حکیم در مستمسک ذیل کلام صاحب عروه جمله کوتاهی در مورد حکم مسأله بیان می‌کند و سپس شش صفحه در مورد موضوع وطی به شبهه بحث می‌کند.

مرحوم شهید ثانی در مسالک خیلی کوتاه‌تر از صاحب جواهر حکم را بیان می‌کند و می‌فرماید:

و يلحق به وطء الشبهه و المراد به «... ۳»

ادله:

دلایل این مسأله چیست؟

۱- اجماع.

۲- شمول عمومات.

۳- عدم شمول روایات.

ولدی از وطی شبهه متولد شده است عنوان ولد بر او صادق است و ولد حرام هم نیست، پس عناوین شامل او می‌شود.

ما در فرزند نامشروع روایت داریم که شارع نسب را قبول نکرده،

(الولد للفراش و للعاهر الحجر)

؛ ولی در مورد وطی شبهه چنین گفته نشده است و عموماتی که در تمام ابواب داریم شامل وطی به شبهه می‌شود و روایات نافی مخصوص زناست.

(۱) خطبه ۹۱ نهج البلاغه.

(۲) ج ۲۹، ص ۲۴۴.

(۳) مسالک، ج ۷، ص ۲۰۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۲

مقام دوم: ما الوطء بالشبهه؟ (صغری)

اشاره

در موضوع مسأله بحث زیادی مطرح است. موارد مسلمی دارد که همه آن را قبول دارند و موارد مشکوکی هم دارد که محل دعوا است.

موارد وطی شبهه:

مجموعه آن ده مورد است:

- ۱- اذا وطء امرأة مع اعتقادٍ قطعی أنّها امرأته.
- ۲- اذا وطئها مع قیام دلیل شرعی معتبر (مثلاً دو شاهد عادل شهادت دادند که صیغه خوانده شده است و وطی حاصل شد، ولی بعداً معلوم شد که عقد خوانده نشده بود).
- ۳- اذا وطئها مع قیام اصل شرعی کالاستصحاب (مثلاً در عدّه رجعی فکر می‌کرد که عدّه‌اش تمام نشده است، بمقتضای استصحاب رجوع نموده و وطی کرد، ولی بعداً معلوم شد که عدّه تمام شده).
- ۴- اذا وطئها مع الظنّ غیر المعتبر (مثلاً گمان می‌کرد که عقد خوانده شده و وطی کرد. این ظن غیر معتبر است که بعضی آن را وطی به شبهه می‌دانند و بعضی نمی‌دانند).
- ۵- اذا وطئها مع الشکّ أو الوهم (مثلاً وطی کرده در حالی که شک داشته یا احتمال می‌داده که زوجه اوست).
- ۶- اذا وطء امرأة یعلم حرمتها علیه اکراهاً و جبراً (مثلاً مردی زنی را تهدید کند و وطی کند، از ناحیه زوج زنا به عنف است ولی از ناحیه زوجه وطی به شبهه است یا شخص ثالثی زن و مردی را وادار به وطی کند).
- ۷- اذا واقعها اضطراراً (حدیثی در کتاب حدود داشتیم که زنی متهم به زنا با مردی بود که از باب اضطرار زن راضی به وطی شده بود).
- ۸- اذا واقعها فی حال الجنون أو فی حال الصغر، (حالی که مکلف نیست).
- ۹- اذا واقعها فی حال النوم (ذاتاً مکلف است ولی موقتاً حالت نوم دارد که تکلیف را برمی‌دارد).
- ۱۰- اذا واقعها فی حال السكر و صورت دارد، یکی عمدی و دیگری غیر عمدی است (این شاخه از مسأله ملحق به وطی به شبهه است).

البته همه این موارد را می‌توان در چند عنوان خلاصه کرد:

- ۱- عنوانی که حجّت شرعی دارد (یقین، اصل یا دلیل شرعی).
- ۲- عنوانی که احتمال حجّت شرعی می‌دهد (ظن، شک، وهم).
- ۳- غیر مکلف (غیر بالغ، نائم، مجنون، سکران).
- ۴- اضطرار، اکراه و اجبار.

۱۰۴ ادامه مسئله ۳ ... ۴ / ۲ / ۸۰

تعریف وطی به شبهه:

مرحوم صاحب جواهر از افراد مختلف برای وطی به شبهه سه تعریف نقل می‌کند:
تعریف اول:

أنّه (وطی به شبهه) الوطاء الذی لیس بمستحقّ فی نفس الامر مع اعتقاد فاعله الاستحقاق او صدوره عنه بجهالةً مغتفره فی الشرع (جاهل قاصر) او مع ارتفاع التکلیف (مکره، نائم، مجنون، مضطر) بسبب غیر محرّم (سکران عن عمد) «۱».

تعریف دوم:

أنّه الوطاء الذی لیس بمستحقّ مع ظن الاستحقاق «۲» (که تمام احکام ظن را ظاهراً شامل می‌شود، اما مواردی مثل اجبار و اضطرار و

اکراه و نائم داخل در مسأله نیست).

تعریف سوم:

الوطء الذی لیس بمستحقّ مع عدم العلم بالتحريم «۳» (عدم العلم، شک و وهم را هم شامل می‌شود).

این تعاریف بعضی ظن و بعضی عدم العلم و بعضی تمام موارد را شامل می‌شود. در برابر تمام این تعاریف سؤالی مطرح است. مأخذ این تعاریف کجاست؟

آیا معنی لغوی شبهه است یا معنی شرعی؟ اینها ادعاهائی بدون دلیل است و عقیده ما این است که از راه خوبی به مسئله وطی به شبهه وارد نشده‌اند. کلمه وطی به شبهه در هیچ روایتی نیست بلکه در معاهد اجماعات است، و بیان خواهیم کرد که ظاهراً اجماع مدرکی است و به درد ما نمی‌خورد، البتّه حدیث مرسله‌ای که در آن لفظ وطی به شبهه آمده است و فقط دو مورد از ده مورد را شامل می‌شود، وجود دارد:

* و رواه علی بن ابراهیم فی تفسیره مرسلًا اَلَا اَنَّهُ قَالَ: سَتُّهُ نَفْرٌ،

شش نفر را نزد عمر بردند، عمر دستور داد که همه را حد بزنند، علی علیه السلام حاضر بود و فرمود که این حد درست نیست و دستور داد

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۴۴.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۴۸.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۴۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۳

یکی را رجم کردند، دیگری را حد زدند و دیگری را نصف حد زدند، چهارمی را معاف کرد و پنجمی را فرمود تعزیر کنید. حضرت تک تک موارد را توضیح داده و در مورد پنجمی فرمود: ثمّ قال: و اما الخامس فکان ذلک عنہ بالشبهه فعزّراه و ادّباه. «۱»

منظور از شبهه چیست؟ در روایت تفسیری در مورد آن نشده است، احتمالاً مربوط به جایی است که شخص مقصّر بوده (صورت ظنّ و شک) که حدّ زنا ندارد ولی تعزیر و تأدیب دارد، و الاّ اگر قاصر بود، تعزیر نداشت. اگر این حدیث سندی داشت فی الجمله مشکل را حل می‌کرد، البتّه فقط در موارد محدود.

پس کاری با تفسیر کلمه وطی به شبهه نداریم، چون وقتی به دنبال تفسیر کلمه می‌رویم که یا در آیه باشد یا در روایت یا در معقّد اجماع تعبّدی؛ ولی هیچ یک در اینجا نیست پس تفسیر وطی به شبهه را کنار می‌گذاریم. ان قلت: اگر چنین است چرا کلمه وطی به شبهه را مرتّباً تکرار می‌کنید؟

قلنا: منظور ما از وطی به شبهه همان عناوین عشره است. و این لفظ بار فقهی ندارد. کلید حل مسأله این است که احکامی را که درباره نسب صحیح و زنا هست، در نظر بگیریم و ببینیم احکام این عناوین عشره با احکام نکاح صحیح مطابق است یا با احکام زنا.

طریقه ورود به مسأله:

اشاره

زنا و نکاح احکامی دارد و برای ملحق کردن وطی به شبهه به نکاح، باید این احکام را بررسی کنیم.

تفاوت بین نکاح و زنا:

چهار فرق است که بین زنا و نکاح بیان کرده‌اند:

- ۱- حد: زنا حد دارد و نکاح حد ندارد.
 - ۲- مهر: زنا مهر ندارد ولی نکاح مهر دارد.
 - ۳- عدّه: زنا عدّه ندارد (البته محل بحث است که بعضی عدّه آن را یک حیض می‌دانند) ولی نکاح عدّه دارد.
 - ۴- نسب: زنا نسب درست نمی‌کند (للعاهر الحجر) ولی نکاح نسب دارد.
- ۱۰۵ ادامه مسئله ۳ ... ۵ / ۲ / ۸۰

راه بررسی:

اشاره

اکنون که می‌خواهیم بگوئیم وطی به شبهه ملحق به نکاح است باید ببینیم در چند مورد از این احکام ملحق به نکاح است؟ برای بررسی این احکام در مورد وطی به شبهه دو راه داریم:

- ۱- از طریق قاعده. ۲- از طریق روایات خاصّه پراکنده، که فی الجمله مسأله را بیان می‌کند.

۱- از طریق قاعده:

اشاره

هل وطء الشبهه بحکم العقد فی جمیع هذه الاحکام الاربعه؟

در اینجا چهار حکم عمده داریم:

1- حد:

وطی به شبهه ملحق به نکاح است و حد ندارد مگر آنجائی که حجت شرعیّه نداشته است مثلاً احتمال می‌داد که شوهرش مرده و شوهر کرد، در اینجا استصحاب می‌گوید که شوهر نمرده است و حجت شرعی ندارد، پس اگر معلوم شد که شوهر زنده است، زن را حد می‌زنیم و یا مثلاً مست عصبیانی عمدی که می‌دانست اگر مست شود سراغ این موارد می‌رود، معذور نیست پس قاعده اقتضا می‌کند که در تمام مواردی که معذور است حد شرعی ندارد (وطء الشبهه ملحق بالنکاح فی الموارد التي هو معذور بمقتضى القواعد).

2- مهر:

روایت می‌گوید:

لا مهر لبغی

، اما کسی که خطائی کرده و در خطایش معذور بوده، محترم است و بغی نیست و لذا باید مهریه بدهد (مهر المثل) و در مواردی که معذور نیست مهر ندارد و عنوان بغی صدق می‌کند.

3- عدّه:

اشاره

علما اجماع دارند که در موارد وطی به شبهه عدّه هست. صاحب جواهر می‌فرماید: لا خلاف فیہ و لا اشکال «۲»، دلیل مسأله غیر از اجماع روشن است، چون اگر نطفه‌ای منعقد شود حلال و محترم است و لذا عدّه دارد و اما در مواردی که معذور نبود حکم زنا دارد.

آیا زنا عدّه دارد؟

این مسأله محلّ بحث است، مرحوم صاحب عروه «۳» در این باره بحثی دارد. ایشان می‌فرماید روایاتی داریم که می‌گویند باید عدّه نگه دارد: «و الاحوط الاولی ان یکون بعد استبراء رحمها بحیضه من مائه». (یک بار حائض شود برای او کافی است) ایشان می‌خواهد بفرماید که عدّه مستحبّ است و یا بدون عدّه کراهت دارد ولی ما قائل به احتیاط هستیم. مرحوم شهید ثانی می‌فرماید: اگر عدّه نگه ندارد و فرزندی متولد شود معلوم نیست که از اوست یا نه.

(۱) وسائل، ج ۱۸، ح ۱۷، باب ۱ از ابواب حدّ زنا.

(۲) جواهر، ج ۳۲، ص ۲۴۶.

(۳) عروه، احکام نکاح، فصل ۴، مسئله ۱۷، ص ۸۲۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۴

بحث ما در عدّه زنا نیست، بلکه در عدّه وطی به شبهه است که گفتیم مثل عدّه زنان مزوّجه است و لذا بحث عدّه زانیه در جای خودش بحث خواهد شد.

4- نسب:

المشهور الحاق النسب فی جمیع احکام، حتّی الارث، ما در مسئله نکاح، زنا را به نسب ملحق کردیم؛ پس وطی به شبهه را هم ملحق می‌کنیم و
«للعاهر الحجر»

در اینجا جاری نیست، چون اب و ابن وام ... صادق است و شارع نفی نسب نکرده است، پس ولد شبهه ملحق به ولد نکاح است، در حضانت، ارث، نکاح ...، البتّه در مواردی که معذور است تمام احکام نکاح جاری است و در جائی که معذور نیست احکام زنا جاری می‌شود.

نتیجه:

طبق قاعده در بررسی احکام، وطی به شبهه به نکاح ملحق می‌شود، به شرط اینکه معذور باشد.

جمع بندی:

تعاریف را کنار گذاشتیم و گفتیم مشکلی را حل نمی‌کند چون در کتاب و سنّت وطی به شبهه نداریم پس باید سراغ احکام برویم و از طریق قاعده وارد شویم که علی القاعده در آنجائی که معذور است، ملحق به نکاح می‌شود.

۲- روایات خاصه:

در این روایات کلمه وطی به شبهه نیست، ما هستیم و مصادیق آن، و حتی تمام احکام هم در یک روایت بیان نشده است، بلکه در روایات یا بیان حکم عدّه، یا مهریه، یا حکم ولد و یا عدم حد شده است. اسناد بعضی از این روایات، معتبر، و بعضی مشکل دارد؛ ولی اگر این روایات را کنار هم بگذاریم شاید بتوانیم یک قانون کلی که در کلمات علماء آمده و از قواعد استفاده کردیم، از آن استخراج کنیم.

از طرف دیگر، تمام مصادیق شبهه در این روایات نیست، بلکه غالباً مسئله جهل است، و گاهی جنون. این روایات عمدتاً در سه باب آمده است:

... عن زرارة، عن ابي جعفر عليه السلام قال: اذا نعى الرجل الى اهله أو خبروها أنه طلقها فاعتدت ثم تزوجت فجاء زوجها بعد، فإن الأول احقّ بها من هذا الرجل، دخل بها او لم يدخل بها (زوج اول)

، و لها من الآخر المهر بما استحلت من فرجها، قال: و ليس للآخر ان يتزوجها ابداً «۱»
(چون ازدواج به ذات بعل عن جهل مع الدخول است).

در روایت فقط مسئله مهر بیان شده است و در مورد ولد و عدّه صحبتی نیست، منتهی بحث در این است که آیا این روایت معذور و غیر معذور را شامل می‌شود (عام) یا مواردی را شامل می‌شود که دلیل شرعی داشته باشد (خاص)؟
ظاهراً شامل جائی است که دلیل شرعی دارد و معذور است، پس این روایت از دو جهت محدود است، از جهت حکم فقط شامل حکم مهر است و از نظر مورد هم شامل موردی است که دلیل و حجت شرعی دارد.

... عن محمد بن مسلم، عن ابي جعفر عليه السلام قال: سألت عن رجلين شهدا على رجل غيب عند امرأته أنه طلقها فاعتدت المرأة و تزوجت ثم انّ الزوج الغائب قدم فرعم (ای علم)

أنه لم يطلقها فاكذب نفسه احد الشاهدين، فقال: لا سبيل للاخير عليها
(چون نکاح به ذات بعل است)

و يؤخذ الصداق من الذي شهد فيردّ على الاخير، و الاول املك بها و تعتدّ من الاخير و لا يقربها الاول حتى تنقضى عدتها «۲».
در این روایت حکم مهریه و عدّه بیان شده است و معلوم می‌شود که مهریه ثابت است و زن باید عدّه نگه دارد و مورد روایت در جائی است که شخص از طریق معتبر اقدام کرده است.

... عن محمد بن قيس قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل حسب اهله أنه قد مات او قتل فنكحت امرأته و تزوجت سرّيته (کنیزش)

و ولدت كل واحد منهما من زوجها فجاء زوجها الاول و مولی السريه، قال: فقال: يأخذ امرأته فهو احقّ بها و يأخذ سرّيته و ولدها
(چون از کنیز او استیلاذ شده است)

أو يأخذ
(مولی)

رضا من ثمنه «۳»

(ای ولد).

ذیل روایت به این معنی است که مولی ثمن ولد را از شوهر کنیز می گیرد؛ ولی ما قاعده ای داریم که ولد شخص حرّ نمی تواند عبد باشد، پس در ما نحن فیه، حدّ اکثر این است که وطی به شبهه بوده، و چون ولد، حر شده است (در واقع منفعت مولی فوت شده است) مولی باید ثمن بچه را (اگر عبد بود چه قیمتی داشت) بگیرد. پس مولی ولد را به عنوان گروگان برای اخذ ثمن نگه می دارد. طبق این تفصیل ولد، مال شوهر کنیز می شود. پس از این روایت فقط حکم الحاق ولد استفاده می شود.

... عن زرارة، عن ابي جعفر عليه السلام قال: اذا نعى الرجل الى اهله او خبروها انه قد طلقها فاعتدت ثم تزوجت فجاء زوجها الاول، قال:

(۱) ح ۱، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۲) ح ۲، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۳) ح ۳، باب ۳۷ از ابواب عدد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۵

الاول احقّ بها من الآخر دخل بها او لم يدخل بها، و لها من الآخر المهر بما استحلّ من فرجها «۱»

(این روایت در واقع همان روایت قبلی زراره است).

... عن ابي بصير وغيره، عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال في شاهدين شهدا على امرأة بان زوجها طلقها او مات عنها فتزوجت ثم جاء زوجها، قال: يضربان الحدّ

(به معنی تعزیر است چون در این مورد حد نداریم)

و يضمّنان الصداق للزوج بما غرّاه ثم تعتدّ و ترجع الى زوجها الاول «۲».

این روایت حکم صداق و مهر را بیان می کند و مورد هم در جائی است که طریق معتبر دارد.

... عن ابن بكير او عن ابي العباس، عن ابي عبد الله عليه السلام في المرأة تزوج في عدتها، قال: يفرّق بينهما و تعتدّ عدّة واحدة منهما جميعاً «۳»

(ممکن است طریق شرعی داشته باشد یا احتمال می داده است؛ ولی تعدّد محض را شامل نمی شود).

شاهد در این است که مقدار باقی مانده از عدّه زوج اول با عدّه وطی به شبهه تداخل می کند، پس وطی به شبهه عدّه دارد، منتهی از نظر مورد، احتمال دارد که عام باشد و جائی را هم که دلیل معتبر شرعی ندارد شامل شود.

۱۰۷ ادامه مسئله ۳ ... ۸۰ / ۲ / ۹

... عن زرارة، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن امرأة نعى إليها زوجها فاعتدت

(عدّة وفات)

فتزوجت فجاء زوجها الاول ففارقها و فارقها الآخر، كم تعتدّ للناس؟ قال: بثلاثة قروء

(حيض)

و أنّما يستبرأ رحمها بثلاثة قروء، تحلّها للناس كلّهم، قال زرارة: و ذلك أنّ اناساً

(فقهاء عامه)

قالوا: تعتدّ عدّتين لكل واحدٍ عدّة، فأبى ذلك أبو جعفر عليه السلام و قال: تعتدّ ثلاثة قروء فتحلّ للرجال «۴».

نکاتی از این حدیث استفاده می شود:

نکته اول: روایت می‌گوید عدّه واحده بجا می‌آورد. آیا این عدّه مربوط به شوهر اول است یا شوهر دوم؟ روایت دو احتمال دارد:
 ۱- عدّه برای شوهر اول است و دومی که وطی به شبهه است، عدّه نمی‌خواهد (شاهدی بر بحث ما نیست).
 ۲- ادغام دو عدّه (وطی به شبهه و طلاق) که اگر چنین باشد، شاهد برای بحث ما است.
 و لکنّ الإنصاف: ظاهراً تداخل عدّتین است، چون راوی می‌گوید که اهل سنّت دو عدّه قائل هستند و امام می‌فرماید دو عدّه متداخل هستند.

نکته دوم: اهل سنّت هم مسئله وطی به شبهه را مثل نکاح می‌دانند بلکه شدیدتر، به طوری که دو عدّه قائلند، یک عدّه برای طلاق شوهر اول و یک عدّه برای وطی به شبهه از شوهر دوم.
 نکته سوم: آیا این زن از طریق معتبر باخبر شده یا اینکه اعم از طریق معتبر و غیر معتبر؟ اگر بگوئیم مراد عام است (طریق معتبر و غیر معتبر)، بسیاری از شقوق مسأله را شامل می‌شود و اگر بگوئیم خاصّ است، فقط شامل طرق معتبر می‌شود. روایت از این جهت در مقام بیان نیست و بعید نیست که بگوئیم مراد خاصّ است.
 ...* عن یونس عن بعض اصحابه
 (حدیث مرسله است)

فی امرأة نعی الیها زوجها فتزوجت ثم قدم زوجها الاوّل فطلقها و طلقها الآخر
 (دومی که طلاق لازم ندارد، پس منظور طلاق لغوی به معنی رها کردن است)
 ، فقال ابراهیم النخعی: علیها ان تعتدّ عدّتین، فحملها زرارۃ الی ابی جعفر علیہ السلام فقال: علیها عدّه واحده. «۵»
 ...* عن جمیل عن بعض اصحابه
 (روایت مرسله است)،

عن احدهما
 (امام باقر یا امام صادق) علیه السلام
 فی المرأة تزوج فی عدّتها قال:
 یفرق بینهما و تعتدّ عدّه واحده منهما جمیعاً
 (صراحت دارد که عدّه برای هر دو است، هم وطی به شبهه و هم عدّه‌ای که در آن بوده است)
 و ان جاءت بولد لسنّه أشهر أو اکثر فهو للاخیر و ان جاءت بولد للاقل من سنّه أشهر فهو للاوّل. «۶»
 ظاهراً نکته‌اش این است که فراش موجود فعلی، دومی است، و ولد شبهه حکم فراش دارد، اگر شش ماه یا بیشتر باشد که به دومی بخورد، دومی مقدم است، امّا اگر به فراش دوم نخورد (مثلاً پنج‌ماهه ولدی آورد) معلوم می‌شود که برای فراش اول است. روایت صریحاً ولد را منتسب می‌داند و تمام احکام ولد را در وطی شبهه جاری می‌داند.
 تا اینجا نه حدیث بیان شد که بعضی حکم عدّه، بعضی حکم مهر و بعضی حکم ولد را بیان می‌کرد، دو حدیث دیگر هم داریم که در باب شبهه به معنی اشتباه نیست، بلکه برای اکراه و اجباری است که از مصادیق وطی به شبهه قرار دادیم.

(۱) ح ۴، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۲) ح ۵، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۳) ح ۶، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۴) ح ۱، باب ۳۸ از ابواب عدد.

(۵) ح ۲، باب ۳۸ از ابواب عدد.

(۶) ح ۱۴، باب ۱۷ از ابواب مصاهرات.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۶

... عن محمد بن عمرو بن سعید، عن بعض اصحابنا

(حدیث مرسله است ولی معمول بها است)

قال: أتت امرأة الى عمر فقالت: يا امير المؤمنين اني فجرت فاقم في حد الله، فأمر برجمها و كان على عليه السلام حاضراً فقال له: سلها كيف فجرت؟ قالت: كنت في فلاة من الارض فأصابني عطش شديد، فرفعت لي خيمة فأنتيتها فأصبت رجلا اعرابياً، فسألته الماء فأبى علي أن يسقيني الا ان امكنه من نفسي، فوليت منه هاربة، فاشتد بي العطش حتى غارت عيناى و ذهب لساني، فلما بلغ مني (در آستانه مرگ قرار گرفتم)

أتيته فسقاني و وقع علي، فقال له علي عليه السلام: هذه التي قال الله عز و جل:

«فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ» * هذه غير باغية و لا عادية اليه فخل سبيلها (بگذار برود)

، فقال عمر: لو لا على لهلك عمر. «۱»

در اینجا تنها حکم عدم حد است، پس وقتی حدی نباشد، زنا نیست و وقتی زنا نبود بالملازمه نسب، و مهر و عده هست.

* محمد بن محمد المفید فی الارشاد

(سند ندارد)

قال: روى العامة و الخاصة

(حدیثی است مشهور بین شیعه و اهل سنت که شهرتش قابل توجه است)

ان امرأة شهد عليها الشهود أنهم وجدوها في بعض مياه العرب مع رجل يطأها و ليس ببعل لها، فأمر عمر برجمها، و كانت ذات بعل

(رجم زن شوهردار در جائی است که همسرش صبح و شام با اوست؛ ولی زنی که در بیابان است شرایط رجم را ندارد)

فقالت: اللهم انك تعلم اني بريئة، فغضب عمر و قال: و تجرح

(تکذّب)

الشهود ايضاً؟! فقال امير المؤمنين عليه السلام: ردوها و اسألوها فلعل لها عذراً، فردت و سئلت عن حالها، فقالت: كان لاهلي ابل

فخرجت مع ابل اهلي و حملت معي ماء و لم يكن في ابل لبني، و خرج معي خيلطنا و كان في ابل له، فنقد مائي فاستسقيته فأبى أن

يسقيني حتى امكنه من نفسي فأبيت، فلما كادت نفسي أن تخرج امكنته من نفسي كرهاً، فقال امير المؤمنين عليه السلام: الله اكبر

«فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ» فلما سمع عمر ذلك خلى سبيلها. «۲»

جمع بندی: مجموعاً یازده روایت نقل کردیم. بعضی در مورد اکراه، بعضی در مورد یقین و بعضی در مورد ظن است، بعضی حکم

نسب، بعضی حکم حد و بعضی حکم مهر را بیان می کند. اگر همه را به هم ضمیمه کنیم و از مورد، الغاء خصوصیت کنیم از

مجموع، یک قاعده کلیه استخراج می شود.

لا یبعد، در تمام مواردی که وطی به شبهه معذور است (هشت مورد از ده مورد) احکام عقد صحیح جاری است (مهر، نسب، عده،

و عدم حد)

اضف الى ذلك: اگر مقتضای قاعده را به آن ضمیمه کنیم دیگر اشکالی در مسأله باقی نمی ماند و نیاز به الاحوط نیست و احکام

نکاح صحیح جاری می گردد.

بقی هنا آموز:

الامر الاوّل: در وطی به شبهه نسبت به مواردی که شخص معذور نیست چه حکمی جاری می‌کنیم؟

آیا احکام زنا جاری می‌شود؟ بعنوان مثال اگر زن، ظنی پیدا کند که شوهرش از دنیا رفته یا او را طلاق داده و با این ظن، شوهر کند، ولی بعداً معلوم شود که شوهرش نمرده یا او را طلاق نداده، امر او چگونه است؟ مرحوم صاحب جواهر «۳» این مسأله را در جواهر مطرح و حقّ مسأله را ادا کرده است. این مسأله شقوقی دارد:

۱- ظنّ معتبر باشد (دو شاهد عادل)، در این صورت بلا اشکال داخل در وطی به شبهه بوده و ولد ملحق به نسب صحیح و تمام احکام نکاح ثابت است.

۲- ظنّ غیر معتبر باشد که دو حالت دارد:

الف) می‌داند ظنّ غیر معتبر است و به ظنّ غیر معتبر نباید اعتنا کرد (عالم بالحکم و الموضوع)، در این صورت اگر ازدواج کند زناست و تمام احکام زنا جاری می‌شود.

ب) نمی‌داند که شرعاً این کار جایز نیست و لو قادر بر فحص هم بوده ولی سؤال نکرده است (جاهل قاصر یا جاهل مقصّر)، ظاهر کلام علما این است که این قسم را داخل در وطی شبهه دانسته و آن را زنا نمی‌دانند، اطلاق بعضی از روایات هم این مورد را شامل می‌شود.

صاحب جواهر در اینجا شاهد خوبی می‌آورد و می‌فرماید:

بسیاری از مذاهب باطله نکاحهائی دارند که در شرع اسلام باطل است (مثلاً نکاح با امهات و اخوات در مذهب مجوس) فقهاء اینها را ملحق به نسب صحیح دانسته‌اند، با اینکه مقصّر بوده و دنبال مسأله نرفته است تا آن را بیاموزد، پس این دلیل می‌شود که در صورت مقصّر بودن هم، وطی به شبهه است. همچنین حدیث «لکل قوم نکاح»

هم شاهد دیگری است. حتّی در میان مسلمین گاه مطلقه ثلاث

(۱) وسایل، ج ۱۸، ح ۷، باب ۱۸ از ابواب حدّ زنا.

(۲) ح ۸، باب ۱۸ از ابواب حدّ زنا.

(۳) ج ۲۹، ص ۲۵۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۷

در مجلس واحد و یا کسی که طواف نساء نکرده است، نکاح می‌کند، در عین اینکه باطل است و می‌توانسته است بپرسد؛ ولی با این حال فرزندان او را ولد الزنا نمی‌دانیم، بلکه نسب آنها صحیح است.

امام (ره) در کلام خود در این قسمت چنین می‌فرماید:

كما اذا وطأ اجنبیة باعتقاد أنّها زوجته، او مع عدم الطريق المعبر علیه بل أو الاصل كذلك (که امام این را وطی به شبهه می‌داند)

و مع ذلك فالمسألة محل اشكال، چون راهی داشته و دنبال راه نرفته است مسئول است و مجازات دارد. ولی ظاهر اطلاقات ادله و کلمات علماء این است که صدق زنا نمی‌کند پس ما بر خلاف امام مثل صاحب جواهر می‌گوئیم که لا اشکال فیه.

الامر الثاني: هل فرق بين الاعمی و غیره فی وطی الشبهه؟

مشهور و معروف، عدم فرق است مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

فلا- فرق فی حکم الشبهه بین الاعمی و غیره «۱» خلافاً للشيخین (شیخ مفید و شیخ طوسی) و ابن البراج که قائل شده‌اند به این که میان اعمی و غیر اعمی فرق است و گفته‌اند که اگر اعمی ادعای وطی به شبهه کند قبول نمی‌شود، ولی از غیر اعمی قبول می‌شود، چون اعمی می‌فهمد که نباید مبتلی به شبهه شود و باید احتیاط کند (مثل اینکه بینا در جوی آب می‌افتد ولی اعمی نباید بیافتد چون احتیاط می‌کند).

لانه يجب عليه التحفظ و مع التحفظ لا يقبل الشبهه منه.

علت دیگر اینکه اگر ما اعمی را معذور بدانیم هر اعمائی که زنا کند بهانه می‌آورد که من ندیدم (و کان ذریعه الی الزنا) پس نکته مهم این است که خلط میان مقام ثبوت و اثبات شده است، ما در مقام ثبوت بحث می‌کنیم ولی اعمی در مقام اثباتی است، یعنی اگر به یقین بدانیم که اعمی اشتباه کرده، وطی به شبهه ثابت است و فرقی بین اعمی و غیر اعمی نیست و اگر فرقی هم باشد در مقام اثبات (مقام پذیرش دعوی شبهه و عدم پذیرش آن) است، نه در مقام ثبوت.

الامر الثالث: اگر در حال مستی موقعه انجام گیرد آیا احکام زنا دارد؟

مستی دو گونه است:

الف) جاهلاً، اکراهاً و اجباراً بوده است که در این صورت معذور است و هر عمل خلافی انجام دهد، حدی بر او جاری نمی‌شود.
ب) عالماً و عامداً بوده، مرحوم صاحب جواهر این مسأله را عنوان کرده و می‌فرماید، احکام زنا جاری می‌شود چون سکران متعمد به حکم صاحبی (هوشیار) است و هر جنایتی بکند مجازات می‌شود:

ولا- يخفى على من احاط بالنصوص الواردة في تحريم الخمر و كل مسكر أنّها ظاهرة او صريحة في ان السكران في افعاله بمنزلة الصاحي في افعاله، فيترتب ما يترتب عليه من قود (قصاص) و حدّ (بخاطر زنا) و نفی ولد و غیر ذلك، و هو معنى قولهم عليه السلام: «ان الخمر رأس كل اثم». «۲»

چگونه شراب کلید همه گناهان است، اگر در مستی چیزی برای انسان نویسند؟ البته روایتی نداریم که صریحاً بگوید ان السكران كالصاحي؛ ولی اینکه می‌گوید «رأس كل اثم» به همین معنی است.

هاهنا تفصیل:

شخص شراب‌خوار دو حالت دارد:

الف) می‌داند یا ظن دارد که اگر شراب بخورد مرتکب جنایتی می‌شود، در این صورت می‌توانیم مطابق فرمایش صاحب جواهر فتوا دهیم که احکام زنا و قتل نفس ... جاری می‌شود، الامتناع بالاختیار لا ینافی الاختیار.

ب) می‌داند که اگر شراب بخورد آزارش به کسی نمی‌رسد؛ ولی اتفاقاً این دفعه که شراب خورد بر خلاف همیشه دست به جنایتی زد.

در اینجا مشکل است که این فرد را زانی بدانیم.

۱۰۹ ادامه مسئله ۳ ... ۱۲ / ۲ / ۸۰

الامر الرابع: آیا در ولد شبهه رضاع اثر می‌کند؟

بعنوان مثال زنی خیال می‌کرد شوهرش از دنیا رفته، با شخص دیگری ازدواج کرد و بعد شوهرش پیدا شد، بچه‌ای از شوهر دوم متولد شده و با شیر آن (شوهر دوم) بچه‌ای را شیر داده است. آیا این بچه (مرتضع) با بچه‌ی وطی به شبهه، خواهر و برادر رضاعی هستند یا مسئله رضاع مربوط به شیر از طریق نکاح حلال و صحیح است؟

شیخ انصاری می‌فرماید:

أما الوطاء بالشبهة: فالمشهور إلحاقه فی النثر بالنکاح (نشر حرمت نکاح) و أخویه (ملک یمین و تحلیل)، كما فی غالب الاحکام، و تردّد فيه المحقق فی الشرائع، و عن الحلّی الجزم بعدم النثر أوّلاً

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۵۶.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۴۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۸

ثمّ بالنشر ثانياً، ثمّ النظر و التردّد ثالثاً. «۱» (ابن ادریس در یک عبارت کوتاه سه قول دارد: جزم به عدم الحاق، جزم به الحاق، و تردید).

عبارت ابن ادریس چنین است:

و إنّما التأثير للبن الولادة من النکاح المشروع فحسب (پس زنا و شبهه فایده ندارد)، دون النکاح الحرام و الفاسد، و وطاء الشبهة... و إن قلنا فی وطاء الشبهة بالتحريم، كان قویاً، لأنّ نسبه عندنا نسب صحیح شرعی، و الرسول صلی الله علیه و آله قال: «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» فجعله (نسب) اصلاً للرضاع و لّی فی ذلك نظر و تأمل. «۲»

و لكن الانصاف: با آن بیاناتی که در ولد شبهه داشتیم، حلّ مشکل رضاع پیچیده نیست، چون طبق قواعد تمام احکام نسب برای ولد شبهه هست و همچنین روایات را ذکر کردیم که مهر و الحاق نسب و عده هست و حد برای ولد شبهه نیست. رضاع هم با بقیه فرق نمی‌کند و در ولد شبهه، نسب وجود دارد. حال اگر از این شیر که شیر فحل است بچه‌ای بخورد احکام رضاع ملحق می‌شود. نتیجه: یکی از احکام نکاح صحیح، رضاع است که این حکم را هم به ولد شبهه تسری می‌دهیم.

الامر الخامس: بیان شد که وطی شبهه مهر دارد، این مهر چه مهری است، آیا مهر المسمی است

اشاره

(آنچه که عقد خوانده‌اند)، یا مهر المثل (مهری که شبیه این خانم با این صفات دارد) یا مهر السینه است؟ آیا مهر عقد دائمی داده می‌شود یا مهر عقد منقطع؟

وطی به شبهه دو رقم است:

الف: عقدی خوانده‌اند و مهری تعیین شده، مثل جائی که خبر مرگ شوهر یا خبر طلاق او را آورده‌اند، و زن بعد از عده، شوهر

می‌کند و مهری قرار داده شده است (مهر المسمی) بعد معلوم شد که شوهر نمرده یا طلاق نداده، حال این مهر که باید بدهند، آیا مهر المسمی است که در این عقد خوانده‌اند، یا بگوئیم مهر کالعدم است لآن العقد باطل، پس مهر المسمی نیست. اگر بگوئیم مهر المثل عقد دائم کامل را بدهند، مشکل است چون امروزه مهرهای سنگین معمول شده است و در قبال یک اشتباه مهر سنگینی باید پردازند.

ب: وطی شبهه‌ای است که عقدی نخوانده‌اند، بلکه غیر زوجه را با زوجه اشتباه کرده، در اینجا سخن از مهر المسمی نیست، پس باید سخن از مهر المثل به میان بیاید.

آیا مهر المثل حدی دارد؟ مرحوم صاحب جواهر بحثی در ذیل کلام محقق دارد و می‌فرماید مشهور گفته‌اند مهر المثل درست است؛ ولی مهر المثل از مهر السنه (۵۰۰ درهم، و هر درهم، نیم مثقال نقره است) بالاتر نرود. «۳» آیا این حرف در همه جا درست است و هیچ مهر المثلی نباید از مهر السنه بالاتر برود؟!

آیا ادله به چنین مهری دلالت دارد؟ بحثی در باب مهور هست که اگر مهر المثل از مهر السنه تجاوز کند یُرد الی مهر السنه. آیا این قانون در وطی به شبهه هم هست؟

۱۱۰ ادامه مسئله ۳ ... ۱۵ / ۲ / ۸۰

اقوال:

مرحوم محقق در شرایع بعد از آن که می‌فرماید: عقد بدون مهر صحیح است و باید مهر المثل پردازند می‌فرماید:

الثانیة: المعتبر فی مهر المثل، حال المرأة فی الشرف و الجمال و عادة نساها، ما لم يتجاوز السنه و هو خمسمائة درهم «۴».

آیا همه جا این گونه است یا در خصوص کسی است که ذکر مهر نکرده است؟

صاحب جواهر بعد از نقل این عبارت می‌فرماید:

بل المشهور نقلًا و تحصیلًا، بل عن الغنیة (ابن زهره) و فخر المحققین الاجماع علیه، و هو الحیة (اجماع حجت است)، مضافاً الی موثق أبی بصیر عن الصادق علیه السلام. «۵»

و امیاً مرحوم مغنیه در «الفقه علی المذاهب الخمسة» (که علاوه بر مذاهب اربعه اهل سنت، مذهب امامیه را هم آورده است) می‌فرماید:

الوطء بشبهه یوجب مهر المثل بالاتفاق ... و یقاس مهر المثل عند الحنفیة بمثلاتها من قبيلة أبيها لا من قبيلة أمها، و عند المالکیة بصفاتها خلقًا و خُلُقًا، و عند الشافعیة بنساء العصباء، ای زوجه الاخ و العم، ثم الأخت الشقیقة إلخ. و عند الحنابلة الحاكم یفرض مهر المثل بالقیاس الی نساء قرابتها کام و خالته. و قال الامامیة: لیس لمهر المثل تحدید فی الشرع فیحکم فیہ أهل العرف الذین یعلمون حال المرأة نسباً و حساباً، و یعرفون أيضاً ما له دخل

(۱) کتاب النکاح، ص ۲۹۲.

(۲) سرائر، ج ۲، ص ۵۵۲.

(۳) ج ۳۱، ص ۵۴.

(۴) شرایع، ج ۲، احکام المهور، مسئله ۲.

(۵) جواهر، ج ۳۱، ص ۵۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۲۹

و تأثیر فی زیاده المهر و نقصانه علی شریطه (به شرط) آن لا يتجاوز مهر السنه و هو ما يعادل ۵۰۰ درهم «۱».

پس مغنیه بالاتر نبودن مهر المثل از مهر السنه را منحصر به غیر وطی به شبهه ندانسته است.

در کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه چنین دارد:

و قد فسره بعضهم بانّه قدر ما يستأجر به مثلها للزنا لو جاز «۲» (چون عامه قائل به نکاح موقت نیستند چنین گفته‌اند).

و التحقیق فی المقام:

باید دید در روایات عبارت مهر المثل است یا عبارت دیگری؟

در روایت چنین آمده بود:

و لها من الآخر المهر بما استحل من فرجها «۳»

(کلمه مهر المثل نداشت). «بما» چه معنایی دارد و «ال» در المهر چیست؟ آیا «ال» عهد است و منظور از آن مهر عقد دوم است، یا

اینکه «ال» جنس است و بآء هم برای مقابله، یعنی به اندازه‌ای که استحل من فرجها.

مؤید اینکه «ال» در المهر برای عهد باشد (مهر المسمی در عقد) روایت ابی بصیر است

و یضمّنان

(شاهدین)

الصداق للزوج بما غراه «۴»

چرا در روایت می‌گوید صداق را به زوج می‌دهند؟ چون زوج قبلاً مهر المسمی را داده است (در عرب مرسوم بوده که مهر را در

هنگام عقد می‌دادند) و باید آن دو شاهد، مهر المسمی را به زوج بدهند.

و لکن هیچ کس به مهر المسمی فتوی نداده است، چون عقد فاسد بوده است.

تا اینجا دیدیم که در روایات ما تعبیر (لها من الآخر المهر بما استحل من فرجها) دارد که و لو روایت ابو بصیر مؤید است که حمل

بر مهر المسمی کنیم؛ ولی چون اعراض شده است، مهر المسمی را کنار می‌گذاریم.

و اما اگر مراد مهر المثل باشد، آیا مهر المثل عقد دائم است یا مهر المثل عقد منقطع؟ بعد از روشن شدن این مطلب باید بینیم که

آیا مهر المثل اگر از مهر السنه بالاتر بود در وطی به شبهه هم، به مهر السنه برمی‌گردد یا نه؟

۱۱۱ ادامه مسئله ۳ ... ۱۶ / ۲ / ۸۰

بهتر است مسأله را از ابتدا تقسیم کنیم:

الف: وطی به شبهه متکی به عقد نباشد (وطی در حال مستی یا نوم و یا بالاجبار)

در اینجا احتمال مهر المسمی معنا ندارد و باید دو احتمال دیگر (مهر المثل یا مهر السنه) را دنبال کنیم.

ب: وطی به شبهه متکی به عقد باطلی باشد

(مثلاً خبر از موت شوهر یا طلاق او داده‌اند و عده نگه داشت و بعد ازدواج کرد؛ ولی بعداً معلوم شد که زوج او زنده است) و

گاهی خالی از عقد است، اگر متکی به عقد باشد، در اینجا احتمالات سه‌گانه (مهر المسمی، مهر المثل، مهر السنه) می‌آید.

از بعضی از روایات استفاده می‌شود که در این گونه موارد مهر المسمی ثابت است، مثلاً روایتی که در مورد شاهدان «۵» بود و

می‌فرمود اگر شاهدان به باطل شهادت دادند، باید مهر را بدهند که مهر المسمی است و در روایت دیگر «۶» هم اگر «ال» در «المهر»

را عهد بگیریم، دلیل بر مهر المسمی می‌شود؛ ولی کسی به این معنا فتوا نداده است الا شاذ، از مرحوم شیخ طوسی در کتاب مبسوط

این قول نقل شده است که می فرماید:

لأنَّ العقد هو السبب في ثبوت المهر، لأنه (عقد) الوجه في الشبهة، فكان كالصحيح. «۷»

پس این عقدِ باطل، حکم عقد صحیح را دارد و همانگونه که در عقد صحیح مهر المسمی ثابت است، در عقد باطل هم مهر المسمی ثابت است، مرحوم شیخ در نهاییه نیز مهر المسمی را مطرح کرده است.
جواب از قول شیخ:

درست است که عقد سبب شبهه شده؛ ولی عقد سبب مهر نیست، بلکه مهر «بما استحلَّ من فرجها» است، یعنی سبب مهر، دخول است و لذا اگر عقد را بخواند (عقد باطل) و دخول نکند، هیچ کس نمی گوید که باید مهر بدهد. پس مهر المسمی اگر چه از بعضی روایات هم مؤید داشته باشد، قابل قبول نیست، چون مشهور از آن اعراض کرده اند و کسی به آن فتوی نداده است. پس باقی می ماند مهر المثل و مهر السنه، کدام را باید انتخاب کنیم؟

مهر المثل، اگر به معنی مهر المثل عقد صحیح دائم باشد ضرر عظیمی بر زوج است، چون بی دلیل باید مهر عقد کاملی را بدهد،

(۱) الفقه علی المذاهب الخمسه، ص ۳۴۲-۳۴۳.

(۲) الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۱۲۱.

(۳) ح ۱، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۴) ح ۵، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۵) ح ۵، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۶) ح ۴، باب ۳۷ از ابواب عدد.

(۷) مستمسک، ج ۱۴، ص ۱۴۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۰

مخصوصاً در عصر ما که مهرها سنگین است. مگر اینکه بگوئیم مراد مهر المثل عقد منقطع است (که ظاهراً معقول است) چون بهره ای گرفته و مطابق آن باید مهریه را بدهد، و این همان است که اهل سنت گفته اند که فرض کنیم اگر زنا صحیح بود، چقدر اجرت داشت، همان را بدهیم، این فرض بدان جهت است که آنها عقد منقطع را نمی پذیرند؛ ولی این فرض باطلی است و فرض باطل مبدأ احکام در شرع نمی شود. (چون ندیدند حقیقت، ره افسانه زدند).

البته ظاهر کلمات علما مهر المثل عقد دائم است و لو اسم دائم و منقطع را نیاورده اند؛ ولی مانعی ندارد که ما در مقابل دیگران قائل به مهر المثل عقد منقطع شویم یا لا اقل احتیاط کنیم و بگوئیم که زن و مرد مصالحه کنند. پس اگر مخالفت مشهور نبود، می گفتیم که مهر المثل عقد منقطع ثابت است.

سَلَمْنَا که قائل به مهر المثل عقد دائم شویم، آیا این مهر المثل اگر زائد بر مهر السنه شد، به مهر السنه برمی گردد؟ در اینجا سراغ بحث قبلی می رویم که مرحوم محقق در شرایع و صاحب جواهر و دیگران بحث کرده اند و گفته اند در مواردی که عقد صحیح است و مهر ذکر نشده، باید مهر المثل را بدهند، اگر زائد بر مهر السنه نباشد و در این مورد ادعای اجماع یا شهرت شده است. پس اگر در آنجا قائل به بازگشت به مهر السنه شویم، در وطی شبهه به طریق اولی باید قائل به بازگشت شویم، چون آنجا عقد صحیحی انجام شده و با اینکه عقد صحیح دائم است، مهر المثل می دهند و اگر بیشتر از مهر السنه بود به مهر السنه بازگشت می کند، در ما نحن فیه که عقد صحیحی هم نخوانده اند به طریق اولی به مهر السنه برمی گردد و لذا مرحوم مغنیه «۱» این بحث را به وطی شبهه هم سرایت داده است.

و اما روایاتی که می گوید

«یردّ الی مهر السنّة»

، عمدتاً سه روایت است که دو مورد آن معتبر و یکی غیر معتبر است و مشهور هم که در باب مهر المثل چنین فتوایی داده‌اند به این روایات تمسک کرده‌اند.

...* عن ابی بصیر قال: سألته عن رجل تزوّج امرأة

(ازدواج صحیح)

فوهم أن یسمی لها صداقاً

(فراموش کرد و خیال کرد که مهر را تعیین کرده است)

حتّی دخل بها، قال: السنّة و السنّة خمس مائة درهم. «۲»

(این تفسیر یا از امام است یا از راوی)

ان قلت: امام از اول فرموده‌اند مهر السنّة و نفرمودند مهر المثل و اذا تجاوز یردّ الی مهر السنّة و صحبتی از مهر المثل نیست و این خلاف کلام مشهور است و دلیلی بر کلام مشهور نمی تواند باشد.

قلنا: شاید این ناظر به غالب باشد، مخصوصاً در زمان امام صادق علیه السلام که مردم نوعاً از نظر مالی وضعیتی خوبی داشتند و غالباً مهر المثل‌ها بالاتر از مهر السنّة بوده و بدین جهت امام فرموده مهر السنّة.

ان قلت: این روایت در مورد عقد صحیح است، چرا در وطی به شبهه به آن استناد می کنید؟

قلنا: اگر در عقد صحیح قائل به مهر السنّة باشیم، در عقد باطل و جائی که اصلاً عقدی خوانده نشده است به طریق اولی قائل به مهر السنّة می شویم.

...* عن اسامة بن حفص و كان قیماً لأبّی الحسن موسی علیه السلام قال:

قلت له: رجل یتزوّج امرأة و لم یسم لها مهراً، و كان فی الکلام:

أتروّجک علی کتاب الله و سنّة نبیه، فمات عنها، أو أراد أن یدخل بها فما لها من المهر؟ قال: مهر السنّة، قال: قلت: یقولون

(عامّه)

: لها مهور نسائها، فقال: مهر السنّة

(از اینجا معلوم می شود که مهر المثل بیش از مهر السنّة بوده است)

و کلما قلت له شیئاً، قال: مهر السنّة. «۳»

چیزی در مدح و توثیق «اسامة بن حفص» در رجال نیامده و فقط این جمله را دارد که و كان قیماً لأبّی الحسن موسی علیه السلام، در کتب رجال هم همین را آورده‌اند؛ ولی قاعدتاً کسی را که امام به عنوان قیّم در امور مالی انتخاب می کند، باید شخص ثقه‌ای باشد، پس همین را دلیل بر وثاقتش می گیریم.

۱۱۲ ادامه مسئله ۳ ... ۱۷ / ۲ / ۸۰

روایت سوّمی هم داریم که دلالتش خوب است ولی سند ندارد:

* دعائم الاسلام: عن جعفر بن محمّد علیه السلام، أنّه قال: من تزوّج امرأة علی مهر مجهول، لم یفسد النکاح، و لها مهر مثلها ما لم یتجاوز مهر السنّة، خمس مائة درهم «۴».

این روایت از جهت سند ضعیف است؛ ولی اصحاب به مضمونش فتوی داده‌اند. به علاوه، دو حدیث قبلی را هم ضمیمه می کنیم و مشکلی ندارد.

تا اینجا ظاهر روایات این است که اگر مهر المثل در موارد مجهول، بیش از مهر السنه باشد، به مهر السنه برمی‌گردد. بعضی از فقها به کلام مشهور اشکال نموده و حتی در شهرت آن هم دغدغه ایجاد کرده‌اند. از جمله علامه سبزواری که می‌فرماید: قاعده معمول

(۱) الفقه علی المذاهب الخمسه، ص ۳۴۳.

(۲) وسائل، ج ۱۵، ح ۲، باب ۱۳ از ابواب مهور.

(۳) ح ۱، باب ۱۳ از ابواب مهور.

(۴) مستدرک، ج ۱۵، ح ۲، باب ۴۳ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۱

ما در این گونه موارد، در سراسر فقه، حمل بر استحباب است، چون در ما نحن فیه روایاتی داریم که می‌گویند مهر المثل را بدهند و شما می‌خواهید آن را حمل بر مهر السنه کنید، چگونه است که در این گونه موارد در جاهای دیگر حمل قید بر استحباب می‌شود؛ ولی در اینجا حمل قید بر استحباب نکردید «۱».

ولی این کلام عجیب است، چون قاعده مسلم در سراسر فقه در عام و خاص و مطلق و مقید، تقید است و اگر ممکن نشد حمل بر استحباب. ما نحن فیه از همین قبیل است که روایات در مورد عدم ذکر مهر می‌گویند

مهر نساها

(مهر المثل) این مطلق و عام است، و این دو سه روایت هم می‌گویند مهر السنه، که این مقید است، ابتداءً روایات را تقیید می‌زنیم و اگر ممکن نشد حمل بر استحباب می‌کنیم. پس اشکال ایشان وارد نیست و ما قائل به کلام مشهور هستیم.

اللهم الا ان یقال: اگر ما بخواهیم تخصیص بزیم و مقید کنیم، تخصیص اکثر لازم می‌آید چون مهر المثل غالباً بالاتر از مهر السنه است (در زمان ما که این گونه است) آیا در زمان امام صادق علیه السلام هم مهر المثلها بالا بوده است، و یا سنت عربها این بود که مهر را سبک می‌گرفتند، چون نقداً مهر را می‌پرداختند؟ اگر بتوانیم بگوئیم که در آن عصر هم مهر المثلها بالا بوده‌اند، در این صورت تخصیص اکثر می‌شود، بنابراین طبق بیان آقای سبزواری قید را استحبابی می‌گیریم (مهر السنه حمل بر استحباب می‌شود) ولی اگر نتوانیم آن را بگوئیم، باید قائل به وجوب شویم.

نتیجه: چون این مسائل مشکوک شد که آیا در زمان امام صادق علیه السلام مهر المثلها بالا بوده یا نه، و اینکه آیا قاعده تقیید و اطلاق را جاری کنیم یا قید را استحبابی بگیریم، لذا باید بگوئیم احتیاط این است که مصالحه کنند بر مهر عقد بین دائم و منقطع و همچنین در مورد مهر السنه مشکل است فتوی دهیم که به خاطر یک اشتباه، مهر سنگین عقد دائم را بپردازد.

البته اگر زن باکره باشد و دخول صورت بگیرد و ازاله بکارت شود در عرف هم مهرش سنگین است.

«هذا تمام الكلام فی مسائل الوطء بالشبهه»

[مسأله مستحدثه] شبیه‌سازی (الاستساخ)

اشاره

مسأله مستحدثه‌ای که این روزها پیدا شده است مسئله شبیه‌سازی است. یعنی بدون ترکیب نطفه مرد و زن، انسانی از جزء بدن انسانی متولد شود.

عنوان مسأله:

بدن انسان از سلول‌ها ترکیب شده، که کوچک‌ترین اجزاء بدن هستند. هر سلول، تمام اوصاف انسان را در بر دارد و اگر بتوانیم آن را پرورش دهیم یک انسان کامل می‌شود. اخیراً روی حیوانات این آزمایش نتیجه داده است. یعنی یک سلول را از بدن حیوان یا از خون حیوان می‌گیرند و آن را در درون تخمکی که داخل آن خالی شده (پوسته تخمک) قرار داده (بدون اینکه ترکیبی صورت گیرد) و سپس در رحم حیوانی می‌کارند و پرورش پیدا می‌کند و حیوانی می‌شود درست شبیه حیوانی که سلول از او گرفته شده است.

در انسان هنوز این کار به جهت ممنوعیت‌های قانونی انجام نشده است و اگر هم انجام داده باشند، هنوز اعلام نشده است. این مسأله اگر با دقت ملاحظه شود، مثل قلمه زدن در گیاهان است که هم قلمه و هم زمین مساعد را خدا آفریده است و در مورد انسان هم همین است، پس از نظر تشکیلات آفرینش یک بذرافشانی و قلمه زدن است و چیز عجیبی نیست. این عمل را **cloning** (تکثیر کردن) می‌گویند.

در اینجا سؤالاتی مطرح است:

آیا این کار جایز است؟ بچه‌ای که متولد می‌شود چه حکمی دارد؟ آیا احکام و محرمات نسبت به او دارد؟ آیا جانشین همان شبیه است؟ از چه کسانی ارث می‌برد؟ آیا از اقوام شبیه ارث می‌برد؟ نفقه و حضانت چنین بچه‌ای با کیست؟ اگر کسی او را به قتل برساند آیا قصاص و دیه دارد؟ اگر مسلمان شود آیا اسلامش پذیرفته می‌شود؟

نکته: در حدود سی سال قبل که کتاب «معاد و جهان پس از مرگ» را نوشتیم در شبهه آکل و ماکول این فرض را داشتیم که اگر انسانی از بدن انسان دیگر تغذیه کند (بلاواسطه یا مع الواسطه) و مقداری از بدن انسان اول جزء بدن او شود، در روز قیامت که معتقد به معاد جسمانی هستیم، آیا انسان اول از انسان دوم جدا می‌شود؟ اگر جدا شود انسان دوم ناقص می‌شود و اگر جدا نشود انسان نیکوکار و بدکار با هم مخلوط است، پس امر چگونه است؟

جواب‌هائی داده شده، من جمله جوابی که ما داده‌ایم بعنوان یک نظریه، این است که حتی اگر یک سلول از انسان دوم هم باقی بماند، از پرورش یک سلول بقدرت خداوند، انسان دومی ساخته شود و انسان اول هم به جای خودش هست.

(۱) مهذب الاحکام، ج ۲۵، ص ۱۵۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۲

۱۱۳ مسئله مستحدثه (شبیه‌سازی ...) ۸۰ / ۲ / ۱۸

البحث فی مقامین:

المقام الاول: آیا اصل این عمل در مورد انسانها جایز است؟

در مورد حکم شرعی از سه جهت صحبت می‌شود:

۱- از نظر لوازم و عوارض:

این کار مسلماً مستلزم نظر و لمس حرام است (به جهت کاشتن در درون رحم) مگر اینکه کسی که این کار را می‌کند شوهر زن

باشد که فرض نادری است.

۲- از نظر عنوان اولی:

اصل اباحه است چون آیه و روایت و اجماع و دلیل عقلی بر حرمت شبیه‌سازی نداریم، و از مسائل مستحدثه است.

۳- از نظر عنوان ثانوی:

اشاره

این عمل از نظر مسائل اخلاقی و حقوقی جوانب مختلفی دارد.

الف: از نظر اخلاقی:

اگر این باب مفتوح شود که از شبیه‌سازی فرزندان متولد شود، در این صورت ممکن است مسئله نکاح و ازدواج که یک امر طبیعی است، برچیده شده و نظام خانوادگی مختل شود و بسیاری از زنان بی‌شوهر باردار شوند و یا زنی از وجود خودش باردار شود، که ظاهراً مادر و فرزند هستند؛ ولی به یک معنی دوقلو هستند. اخلاق در سطح جهان این عمل را نمی‌پذیرد، زیرا باعث اضمحلال در جوامع بشری می‌شود.

ب: از نظر مسائل حقوقی:

این بچه نه پدری دارد (چون از نطفه مرد نیست) و نه مادری (چون ترکیب نطفه نیست)، و نه خواهری دارد و نه برادری و نه منتسب به فامیل، و در رحمی پرورش پیدا کرده که مادرش نیست بلکه مادر جانشین است.

ج: از نظر مسائل اجتماعی:

اختلافات زیادی ایجاد می‌کند و ارکان جامعه را بهم می‌ریزد.

ان قلت: این کار فوائد زیادی هم می‌تواند داشته باشد.

فایده اول:

سلولهای نواخ را بگیرند و نگهداری کنند و در هر عصر و زمانی نواخی درست کنند و شبیه‌سازی سر از نابغه‌سازی در بیاورد، چون نواخ سرمایه‌ای برای امتها و ملت‌ها هستند.

قلنا: اولاً: آیا شبیه نابغه هم نابغه خواهد شد؟ هذا اول الکلام، چون در شبیه‌سازی جنبه‌های جسمانی شبیه هم می‌شود، حتی دوقلوها هم از نظر استعداد در بسیاری از موارد شبیه هم نیستند.

ثانیاً: سلمنا که بتوان نواخی بوجود آورد. معلوم نیست که نواخ هم اگر در جامعه‌ای زیاد شوند جامعه خوشبخت شود، چون ممکن است خود نواخ با هم اختلاف داشته باشند (جنگ نواخ).

ثالثاً: اگر این باب مفتوح شود، ممکن است جانیان را هم شبیه‌سازی کنند، بنابراین بهتر است کار روی حسابی باشد که نظام آفرینش دارد. پس این که گمان شود شبیه‌سازی فوایدی دارد در کنار آن مضرات زیادی هم دارد که قابل کنترل نخواهد بود.

فایده دوم: بوسیله شبیه‌سازی پیوند اعضا انجام داده و افرادی را از این طریق از مرگ نجات دهند.

قلنا: جواب آن معلوم است، چون مثلاً کلیه را به تنهایی نمی‌توان شبیه‌سازی کرد، بلکه باید انسانی بسازیم و آن را قطعه‌قطعه کنیم و قطعات بدنش را بر انسان دیگر پیوند بزنیم و حال آنکه انسان شبیه‌سازی شده هم حق حیات دارد، پس ترمیم اعضاء به قیمت کشتن انسانها خواهد بود و این کار جایز نیست.

پس از نظر عناوین ثانویه این کار برای جامعه بشری خطرناک است و تمام اقوام و ملل جهان آن را خلاف مسائل اخلاقی می‌دانند و حتی بسیاری از دولتها با تصویب قانون، این کار را ممنوع دانسته‌اند.

۱۱۴ مسئله مستحدثه (شبیه‌سازی ...) ۸۰ / ۲ / ۱۹

بعضی برای حرمت شبیه‌سازی، سه دلیل اقامه کرده‌اند:

دلیل اول: اصالة الحرمة

بدن ما ملک خداست و ما اجازه‌ای نداریم که از آن برداریم و روی آن کار کنیم و در تخمک ماده قرار دهیم، تا در رحم بماند و پرورش پیدا کند.

قلنا: این منطق اصالة الحظری‌هاست که اصل را در همه اشیاء حرمت می‌دانند؛ ولی اصل در اشیاء اباحه است و اینکه ما ملک خدا هستیم مالکیت تکوینی الهی است و در مقابل داریم که خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً و يَالنَّاسِ مَسْلُطُونَ عَلَىٰ أَمْوَالِهِمْ و انفسهم که اینها با مالکیت تکوینی الهی منافات ندارد و بر فرض هم ملک خدا باشد، خدا خودش بر اساس کل شیء لك حلال اجازه داده است.

دلیل دوم: آیه فَلْيَغْيِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ ... ۱

شیطان می‌گوید انسانها را وسوسه می‌کنم تا خلق خدا را تغییر

(۱) آیه ۱۱۹، سورة نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۳

دهند پس نباید خلق خدا را تغییر بدهیم و شبیه‌سازی هم نوعی تغییر خلق الله است.

قلنا: اولاً (جواب نقضی) در این صورت از خیلی از کارها باید جلوگیری کنید مثلاً جراحی زیبایی (عملية التجميل) را باید حرام بدانید، و یا جراحی برای جداسازی انگشت ششم و یا جدا کردن دوقلوهای به هم چسبیده و یا ترکیب انواع گیاهان با هم و تولید گیاهان جدید که اینها همه تصرف در خلق الله است و باید بگوئید همه حرام است، در حالی که هیچ کدام حرام نیست. ثانیاً (جواب حلی): «خَلَقَ اللَّهُ» در آیه اشاره به فطرت الله است، یعنی من اینها را وسوسه می‌کنم تا فطرت الله را تبدیل به کفر کنم، چون می‌فرماید فَطَرَتِ اللَّهُ التِّي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ «۱» که در ذیل آیه فطرت است و فَلْيَغْيِرَنَّ خَلْقَ اللَّهِ را تفسیر می‌کند. پس آیه مربوط به توحید و شرک است و ربطی به جراحی و شبیه‌سازی ندارد.

دلیل سوم: التفرقة بين المرء و زوجته

معتقدند به مقتضای آیه فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَ زَوْجِهِ «۲» این کار حرام است، یعنی شبیه‌سازی را به جریان هاروت و ماروت تشبیه می‌کنند که آنها از طریق سحر بین مرأه و زوجش جدائی می‌انداختند.

قلنا: اینها هیچ ربطی به هم ندارند، زن و شوهر را از هم جدا کردن غیر از شبیه‌سازی است، چون شبیه‌سازی تکثیر از غیر طریق ترکیب نطفه زن و مرد است (غیر جنسی).

نتیجه: اگر چه از نظر عنوان اولی قائل به اصالة الاباحه شدیم؛ ولی از نظر عنوان ثانوی مشاكل اخلاقی زیادی دارد که از جمله از بین رفتن نظام خانواده و باردار شدن زنهای بدون شوهر ... است، که این مسأله اگر در جامعه گسترش پیدا کرد، خانواده‌ها تهدید می‌شود و مسائل غیر اخلاقی و اشباع قوای جنسی از راه نامشروع، شایع می‌شود و مشاكل عظیم اجتماعی را ایجاد می‌کند و اگر بتوانیم بگوئیم حرام است، از طریق عنوان ثانوی است.

المقام الثانی: اگر انسانی از این طریق متولد شد، از جهت ارث، قتل، اسلام، حضانت و نفقه و محرمیت چه حکمی دارد؟

- محرمیت: چون عناوین «الاب» و «الاخ» و «الاخت» در مورد چنین ولدی صادق نیست، یعنی شبیه دوقلو است؛ پس صدق برادر و خواهر نمی‌کند، بنابراین هیچ یک از عناوین نسبیّه بر آن صادق نیست؛ ولی عنوان «الام» در اینجا شبیه مادر رضاعی است که او را پرورش داده، و نطفه‌ای در کار نیست. ما می‌گوئیم با این مادر ازدواج نکند چون مثل مادر رضاعی است، زیرا گوشت و پوست او از آن زن پرورش یافته است، بنابراین احکام محارم جاری نمی‌شود جز نسبت به مادر، احتیاطاً.

- اسلام: اگر مسلمان شود حکم مسلمان را دارد.

- قتل: اگر مسلمان باشد، قتلش دیه دارد.

- نفقه و حضانت: عرف عقلاً کسی را که سبب پیدایش چنین طفلی شده (غیر از عرف عقلاً دلیلی نداریم) مسئول می‌داند پس نفقه و حضانتش با اوست.

- ارث: چون در حقیقت برادر و خواهر کسی نیست ارث هم نمی‌برد.

[چند مسئله مهم باقیمانده از بحث مقدمات نکاح]

[مسئله ۱۲ (الافضاء)]

اشاره

۱۱۵ مسئله ۱۲ (الافضاء ...) ۶ / ۳ / ۸۰

چند مسئله مهم (مسائل ۱۲ و ۱۳ و ۱۴) از بحث مقدمات نکاح باقی مانده است که به آن می‌پردازیم.

مسئله ۱۲: لا يجوز وطء الزوجة قبل اكمال تسع سنين، دواماً كان النكاح او منقطعاً، و اما سائر الاستمتاع كاللمس بشهوة و الضم و التفخيذ فلا بأس بها حتى في الرضیعة، و لو وطأها قبل التسع و لم يفضها لم يترتب عليه شيء غير الاثم على الاقوى، و إن افضاها بأن جعل مسلکی البول و الحيض واحداً أو مسلکی الحيض و الغائط واحداً حرم عليه و طؤها ابداً، لكن على الاحوط في الصورة الثانية، و على أي حال لم تخرج عن زوجيته على الاقوى، فيجری عليه احكامها من التوارث و حرمة الخامسة و حرمة اختها معها و غيرها، و يجب عليه نفقتها ما دامت حيّة و إن طلقها بل و ان تزوّجت بعد الطلاق على الاحوط، بل لا يخلو من قوّة، و يجب عليه دية الافضاء، و هي دية النفس، فاذا كانت حرّة فلها نصف دية الرجل مضافاً الى المهر الذي استحقتّه بالعقد و الدخول، و لو دخل بزوجه بعد اكمال التسع فافضاها لم تحرم عليه و لم تثبت الدية، و لكن الاحوط الانفاق عليها ما دامت حيّة و ان كان الاقوى عدم الوجوب.

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد «افضاء» است، اگر دخول صورت گیرد و

(۱) آیه ۳۰، سوره روم.

(۲) آیه ۱۰۲، سوره بقره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۴

موجب افضاء شود، چه احکامی دارد؟ مرحوم صاحب عروه این بحث را در ده مسأله بیان کرده؛ ولی مرحوم امام (ره) همه را در یک مسأله خلاصه کرده است.

فروع مسأله:

این مسأله دارای فروعی است:

فرع اول: قبل از نه سالگی دخول به زوجه جایز نیست (حکم تکلیفی).

فرع دوم: استمتاع دیگر غیر از دخول جایز است.

فرع سوم: اگر دخولی حاصل شد، و موجب افضاء نشد، گناه کرده است و فقط حاکم شرع می‌تواند او را تعزیر کند.

فرع چهارم: در صورت افضاء، چند حکم مترتب می‌شود:

۱- حرمت ابدی

۲- نفقه مادام العمر (حتی اگر او را طلاق دهد و زن شوهر کند)

۳- دیه افضاء (دیه کامله مرأه ۵۰۰ مثقال طلا)

۴- بقاء زوجیت و آثار مترتب بر آن (مانند ارث و سایر احکام تا زمانی که او را طلاق نداده)

فرع پنجم: افضاء چیست؟

فرع ششم: اگر بعد از نه سالگی افضاء حاصل شد، احکام مترتبه فرع چهارم را ندارد.

فروع مستحدثه مسأله:

اشاره

۱- اگر عیب افضاء را معالجه کنند آیا باز این احکام جاری است؟

۲- اگر در سنین بالاتر خوف افضاء از جلوتر بوده است (مثلاً مرأه ضعیف الجثه بوده) آیا برای مرد جایز است دخول به زوجه کند؟

۳- در چنین صورتی اگر افضاء شد، آیا احکام افضاء را دارد؟ (به عبارت دیگر آیا سن نه سالگی موضوعیت داشته و یا نه سالگی از باب غلبه است؟).

۴- اگر عیبی غیر از افضاء پیدا کند چه حکمی دارد؟ آیا ارش دارد؟

۵- آیا تفاوتی بین مادون نه سالگی و مافوق نه سالگی است؟

اکنون باید فروع مسأله را یکی یکی بررسی نمود.

فروع اول: دخول به زوجه قبل از اكمال نه سالگی حرام است

اشاره

ما بعداً نیز بیان می‌کنیم که اگر بعد از نه سالگی هم خوف افضاء باشد، باز هم حرمت دخول هست.

ان قلت: آیا سنّ نه سالگی سنّ پائینی برای این مسأله نیست؟

چرا شارع، سن را بالاتر نبرده است؟

قلنا: اقوام از این جهت مختلفند، در بعضی از مناطق استعداد و آمادگی برای دخول در این سنین حاصل می‌شود و همه مناطق را نباید یکسان دانست.

اضف الی ذلك معمول آن زمان این بود که نوجوانهای کم سنّ و سال را با دختران کم سن و سال تزویج می‌کردند، پس اگر زوجه کم سن و سال بوده، زوج هم کم سن و سال بوده است، و مسئله خطر کمتر پیدا می‌شد.

ادله:

۱- اجماع:

مسأله از نظر اقوال اجماعی است لا خلاف و لا کلام، و لا اشکال آنّه لا يجوز الدخول قبل تسع سنين.

مرحوم صاحب جواهر این مسأله را متعزّض شده و بعد از بیان حکم حرمت، می‌فرماید: اجماعاً ايضاً بقسميه «۱» (محضّل، منقول).

شیخ طوسی می‌فرماید:

و لا يجوز للرجل ان يدخل بامرأته قبل أن يأتي لها تسع سنين فان دخل بها قبل ان يأتي لها تسع سنين، فعابت (هر عیبی که پیدا کند)

كان ضامناً لعيبها و يفرّق بينهما و لا تحلّ له ابداً. «۲»

شیخ طوسی ادّعی اجماع نکرده است، چون کتاب نهایی کتابی نیست که در آن نقل اقوال شده باشد.

مرحوم نراقی نقل اجماع می‌کند و می‌فرماید:

المسألة السابعة: لا يجوز الدخول بالمرأة قبل إكمالها تسع سنين، بالاجماع المحقّق، و المحكي مستفيضاً (گروه کثیری ادّعی اجماع

کرده‌اند). «۳»

مرحوم محقّق می‌فرماید:

لا خلاف في أنه لا يحلّ الدخول بالزوجة حتى تبلغ تسع سنين. «۴»

شاهد ثانی می‌فرماید:

لا خلاف في تحريم وطى الانثى قبل ان تبلغ تسعاً. «۵»

پس اجمالاً اختلافی در مسأله نیست، بنابراین اگر اجماع را مدرکی ندانستیم، دلیل است و اگر اجماع را مدرکی دانستیم در این

صورت مؤید است.

۲- روایات:

اشاره

روایات صحیحه و غیر صحیحه در این زمینه وارد شده است.

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۴۱۴.

(۲) نهاییه، ص ۴۸۱.

(۳) مستند، ج ۱۶، ص ۸۰.

(۴) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۳۰.

(۵) مسالک چاپ قدیم، ج ۱، ص ۴۳۹ و ج ۷، ص ۶۷ چاپ جدید.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۵

طایفه اول: روایاتی که می فرماید

«تسع سنین»

□
... عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال: اذا تزوج الرجل الجارية و هي صغيرة فلا يدخل بها حتى يأتى لها تسع سنين

«۱»

(لا يدخل نهى است و روایت صریح است).

□
... عن عمّار السجستاني قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لمولى له:

(امام به یکی از دوستان یا غلامان خود چنین می فرماید)

انطلق فقل للقاضي قال رسول الله صلى الله عليه و آله: حدّ المرأة ان يدخل بها على زوجها ابنة تسع سنين «۲»

. جای تفتیه نبوده است و امام با صراحت برای قاضی مدینه پیغام می فرستد.

* دعائم الاسلام: عن جعفر بن محمد عليه السلام، انه قال: من تزوج جارية صغيرة، فلا يطأها حتى تبلغ تسع سنين. «۳»

(سند معتبری ندارد؛ ولی دلالتش خوب است)

طایفه دوم: روایاتی که می فرماید:

«تسع سنين او عشر سنين»

دو روایت است، روایت زراره «۴» و روایت ابو بصیر «۵».

طایفه سوم: روایتی که می فرماید:

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۲، ص: ۱۳۵

«عشر سنين»

روایتی که از حضرت علی علیه السلام نقل شده «۶» و از جهت سند مشکل دارد.

جمع بین روایات:

طریق جمع بین این روایات واضح است چون تخیر بین اقل و اکثر جایز نیست و لذا اکثر را حمل بر استحباب می کنیم، پس روایت

«عشر سنين» حمل بر استحباب می شود.

بعضی محیل دیگری را گفته‌اند و آن اینکه «عشر سنین» به معنی شروع عشر و «تسع سنین» به معنی پایانِ تسع باشد که در این صورت سه طایفه روایت، در یک طایفه خلاصه می‌گردد.

۱۱۶ ادامه مسئله ۱۲ ... ۸۰ / ۳ / ۷

اقوال عامه:

عامه مسئله افضاء را متعرض شده‌اند؛ و بیشتر، مسئله دیه را عنوان کرده‌اند.

بقی هنا شیء:

ظاهر فتاوی و روایاتی که خوانده شد این است که «نه سالگی» موضوعیت دارد، بنابراین اگر علم بر عدم افضاء هم داشته باشیم، باز وطی حرام است مانند اینکه زوجه از نظر جنه قوی و زوج ضعیف باشد، بنابراین خوف افضاء از قبیل حکمت است نه از قبیل علت و لکن اگر بالاتر از تسع سنین باشد و خطر افضاء یا عیب مهم دیگری باشد.

در اینجا به مقتضای قاعده لا ضرر می‌گوئیم لا يجوز الوطء و در ناحیه زن هم می‌گوئیم لا يجب علیها التمکین و باید مدتی صبر کنند، اگر خوف برطرف، و استعداد جسمانی حاصل شد، زن واجب است تمکین کند؛ ولی اگر خوف برطرف نشد، مرد خیار فسخ دارد (شبهه موانعی که در زوجه مانع مقاربت می‌شود و سبب فسخ است). به همین جهت ما در مسئله بلوغ معتقدیم بلوغ مراحل دارد، مثلاً مرحله «بلوغ للعباده» نه سال تمام است، ولی «بلوغ للنکاح» علاوه بر نه سالگی، استعداد جسمانی نیز لازم دارد، «بلوغ للاقتصاد» (بلوغ در مسائل مالی) رشد عقلانی می‌خواهد، پس بلوغ دارای مراحل است و احکام بلوغ مرحله به مرحله پیاده می‌شود.

فرع دوم: آیا سایر استمتاع نسبت به کمتر از نه سال جایز است؟

جمعی از متأخرین و معاصرین به جواز سایر استمتاع تصریح کرده‌اند، صاحب جواهر می‌فرماید لاصل السالم من المعارض، «۷» که منظور از اصل، اصالة الاباحه یا عموماتی است که مطلقاً اجازه استمتاع را می‌دهد و وطی با دلیل خارج شده است. و لکن الانصاف: این حکم را با این عمومیتی که گفته‌اند نمی‌پذیریم، چون بعضی از استمتاع نسبت به صغیر السن قبح عقلانی دارد، مانند استمتاع از رضیعه. پس حسن و قبح در اینجا حاکم است و لذا عمومات استمتاع زوج از زوجه منصرف است بما یتعارف عند العقلاء و شامل این گونه موارد نمی‌شود.

فرع سوم: اگر با زوجه خود قبل از اكمال نه سالگی وطی نمود و عیبی هم حاصل نشد.

اشاره

مشهور فرموده‌اند که هیچ حکمی ندارد و گناهی کرده است و بنابراین که هر گناه کبیره‌ای تعزیر دارد، حاکم شرع می‌تواند او را تعزیر کند. لکن جماعتی از علماء که در اقلیت هستند، قائل به حرمت ابدی شده‌اند. شیخ مفید در مقنعه، شیخ طوسی در نهاییه، ابن ادریس در سرائر، سبزواری در کفایه، حرمت ابدی را نسبت به جماعتی داده

(۲) ح ۳، باب ۴۵ از ابواب مقدمات نکاح.

(۳) مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ح ۴، باب ۳۶ از ابواب مقدمات نکاح.

(۴) ح ۲، باب ۴۵ از ابواب مقدمات نکاح وسائل.

(۵) ح ۴، باب ۴۵ از ابواب مقدمات نکاح وسائل.

(۶) ح ۷، باب ۴۵ از ابواب مقدمات نکاح وسائل.

(۷) جواهر، ج ۲۹، ص ۴۲۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۶

است، ظاهر کتاب مفاتیح هم چنین است، بعضی از متأخرین هم قائل به حرمت ابدی شده‌اند.

دلیل:

دلیل کسانی که قائل به حرمت ابدی شده‌اند، روایت مرسلهٔ یعقوب ابن یزید است:

...* عن یعقوب بن یزید، عن بعض اصحابنا، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: اذا خطب الرجل

(ازدواج)

المرأة فدخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين فزق بينهما و لم تحل له ابداً. «۱»

در این حدیث افضاء ندارد، پس و لو هیچ عیبی پیدا نکند، باز حرمت ابدی هست.

به این حدیث نمی‌توان عمل کرد چون از نظر سند مرسله است، و انجبار به عمل مشهور هم نیست، چون مشهور با آن مخالف هستند، بعلاوه این حدیث دلالتش هم مشکل دارد، چون ظاهر «فزق» بطلان نکاح است که کمتر کسی به آن قائل است بلکه مشهور قائل به حرمت ابدی هستند. اگر به فرض سند این حدیث مورد قبول باشد، با احادیث افضاء قابل جمع است، چون این حدیث مطلق و احادیث افضاء مقید است و جمع بین مطلق و مقید می‌کنیم. پس به این روایت برای اثبات حرمت ابدی نمی‌توان تمسک کرد.

فرع چهارم: اگر دخول حاصل و افضاء شد

اشاره

در اینجا چهار حکم گفته شده است:

۱- یحرم علیه وطئها ابداً.

۲- یجب الانفاق علیها ما دامت حیة (و لو طلاق دهد و زن شوهر کند).

۳- یجب علیه أن یغرم دیتها (۵۰۰ دینار دیه کامله زن).

۴- بقاء الزوجیه و آثاره (اگر یکی از زوجین از دنیا رفت توارث هست)

این احکام اربعه، علی اجمالها مشهور است.

حکم اول: حرمت ابدی وطی

تنها دلیل در مورد حرمت ابدی، مرسله یعقوب بن یزید است که می‌گویند دلالت (اطلاق روایت) و ضعف سند (مرسله بودن) آن به قرینه فتوای مشهور جبران شده است.

آیا این فتوای مشهور قابل عمل است؟ در بین متأخرین تزلزلی در این فتوی پیدا شده است که اگر قابل وطی است، چرا تا ابد حرام باشد و این مسأله را بعضی پذیرفته‌اند، حتی صاحب جواهر که غالباً در کنار مشهور است، می‌فرماید لا یبعد که این حکم را زیر سؤال ببریم، چون ضعف دلالت با فتوای مشهور درست نمی‌شود و از این گذشته روایت می‌گوید «فَرَّقَ بَيْنَهُمَا» و «فَرَّقَ» به معنای بطلان عقد است نه اینکه حرمت ابدی باشد پس جبران ضعف سند و دلالت نمی‌شود.

مضافاً به اینکه: در تمام فقه چنین مسئله‌ای نداریم، نمی‌گوئیم محال است و اگر سند معتبری داشت می‌پذیرفتیم؛ ولی با چنین دلیل وضعیفی نمی‌توان آن را ثابت کرد، چون در جائی از فقه نداریم که زوجه باشد و قابل وطی هم باشد ولی وطی او حرام باشد. اصف الی ذلک: إنَّ فیهِ ضرراً عظیماً علی الزَّوجَةِ، چون زوجه نمی‌تواند شوهر کند و این شوهر هم که نمی‌تواند وطی کند و ادله لا ضرر در اینجا حاکم است.

لا- سیما: اگر اندمال حاصل شود و بهبود یابد و به کمک جراحی مثل اولش درست شود (همانگونه که در بکارت این کار را می‌کنند).

در این صورت هم بعضی می‌گویند که حرام ابدی است؛ ولی این فتاوی بر خلاف ذوق فقه است، چون جائی که دلیل به این وضعیفی دارد، نباید پافشاری کنیم، و لذا با صراحت در حاشیه عروه گفته‌ایم:
لا دلیل علی الحرمة.

۱۱۷ ادامه مسئله ۱۲ ... ۸۰ / ۳ / ۸

حکم دوم: نفقه مادام العمر

اشاره

فتوی به وجوب انفاق، مشهور و معروف است و عده‌ای ادعای اجماع کرده‌اند و ظاهر فتاوی اطلاق دارد، خواه زن را طلاق بدهد یا طلاق ندهد، خواه زن، شوهر دیگری انتخاب کند یا نکند، مادامی که زن زنده است، زوج باید بر او انفاق کند.

صاحب جواهر در هنگام نقل اقوال می‌فرماید:

بلا خلاف معتد به اجده فیهِ. (۲)

دلیل:

دلیل عمده در این مسأله روایت صحیحه حلبی است.

...* عن الحلبي، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سألته، عن رجل تزوج جاریه فوقع بها فأفصاها قال: علیه الاجراء (ای الانفاق)

علیها ما دامت حیة. (۳)

(۱) ح ۲، وسائل، ج ۱۴، ابواب المصاهرة.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۴۲۶.

(۳) ح ۴، باب ۳۴ از ابواب محرّمات بالمصاهرة.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۷

سند حدیث خوب است ولی دلالت آن خیلی وسیع است، و مادون تسع و مافوق آن را شامل می‌شود، زیرا جاریه به معنی دختر جوان (شایئه) است که مادون و مافوق تسع را می‌گیرد، همچنین چه طلاق دهد یا ندهد، و چه شوهر کند یا نکند، همگی را شامل می‌شود. پس روایت عام است؛ ولی آن را به مادون البلوغ تخصیص زده‌اند، چون شهرت عظیمه‌ای است که برای مادون البلوغ است؛ اما هیچ دلیلی بر تخصیص غیر از فتوای مشهور نیست.

اما باید گفت شهرت حجت نیست بلکه انجبار ضعف سند است؛ و نمی‌تواند مخصص واقع شود. بنابراین اگر جرأت کنیم بر خلاف مشهور فتوی دهیم باید بگوئیم که اگر افضاء شود چه مادون و چه مافوق تسع باشد، انفاق واجب است.

ما معتقدیم که اگر افضاء را به معنی «عطلها علی الازواج» بگیریم (زنی که شوهر برای او پیدا نمی‌شود) چون زن به ضرر می‌افتد، باید تا آخر عمر بر او انفاق کند، اما اگر تعطیل بر ازواج نشد، یعنی طلاق گرفت و شوهر کرد، در اینجا انفاق کردن لازم نیست، چون دو نفقه لازم نیست.

بعضی چنین توجیه کرده‌اند که یکی نفقه است و دیگری جریمه، ولی این توجیه دلیلی ندارد و اطلاق شامل اینجا نمی‌شود.

جمع بندی:

فتوای ما وجوب انفاق است به دلیل شهرت، اجماع و اطلاق روایت صحیحه، و فرقی هم بین قبل از بلوغ و بعد از بلوغ نمی‌گذاریم؛ ولی اگر شوهر کند و یا بهبود یابد دیگر انفاق واجب نیست، اگر چه مشهور چنین قائل نیستند.

حکم سوم: دیه افضاء

اشاره

حکم به وجوب دیه بین اصحاب مشهور است و ادعای اجماع بر آن شده است و حتی اهل سنت هم دیه را می‌گویند اگر چه بقیه احکام را نمی‌گویند.

ابن قدامه در مغنی می‌گوید:

اما الاول: فان الضمان انما يجب بوطيء الصغيرة أو النحيفه التي لا تحتل الوطى دون الكبيرة المحتملة له (توانائی وطی دارد) و بهذا قال ابو حنيفه و قال الشافعي يجب الضمان في الجميع لأنه جناية فيجب الضمان به «۱» در ادامه ابن قدامه در مقدار دیه بحث می‌کند که آیا مقدار دیه ثلث است یا دیه کامله؟ بعضی گفته‌اند که ثلث است چون «جنایت جائفه» است (جنایتی که سرایت به داخل بدن می‌کند) و بعضی گفته‌اند که دیه کامله است چون سقوط عن المنفعة الكلیه است و اگر منفعت به کلی ساقط شود دیه کامل لازم است.

نووی می‌گوید بعضی از عامه قائل به تفصیل شده‌اند یعنی اگر افضاء به گونه‌ای باشد که تعطیل بر ازواج شده باشد، دیه کامل است و اگر از قابلیت وطی خارج نشود ثلث دیه است. «۲»

اما علماء خاصه همگی قائلند که دیه کامل را باید بدهد و دلیل آنها سه روایت است:

... عن سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام ... و سألته عن رجل وقع بجارية فأفضاها

(عام است و قبل و بعد از تسع را شامل می‌شود)

و كانت إذا نزلت بتلك المنزلة لم تلد

(چنان معیوب شده که صاحب فرزند نمی‌شود)؟

فقال: اللدیه کامله. «۳»

... عن حمران، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سئل عن رجل تزوج جاریه بکراً لم تدرك فلما دخل بها اقتضها فافضاها فقال: ان كان دخل بها حين دخل بها و لها تسع سنين فلا شیء علیه (به قرینه ذیل منظور دیه است)،

و ان كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها اقل من ذلك بقليل حين اقتضها فانه قد افسدها و عطلها علی الازواج فعلى الامام ان یغرمه دیتها، و ان أمسکها و لم یطلقها حتی تموت فلا شیء علیه «۴».

(مشهور به این ذیل فتویٰ نداده است). این حدیث هم توصیف به صحت شده است.

... عن برید بن معاویه، عن ابی جعفر علیه السلام فی رجل اقتض جاریه یعنی امرأته فافضاها؟ قال: علیه الدیه ان كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين قال: و ان أمسکها و لم یطلقها فلا شیء علیه ان شاء أمسک و ان شاء طلق. «۵»

اما ذیل روایات را چه کنیم؟

بعضی مثل ابن جنید اسکافی به آن فتویٰ می‌دهند؛ ولی این حرف اشکال دارد و مشهور به آن عمل نکرده‌اند، چون دیه برای جنایت است و به محض جنایت واجب می‌شود و ساقط نمی‌شود و فرقی نمی‌کند که او را نگه دارد و یا طلاق دهد. مرحوم صاحب جواهر توجیهی دارد و می‌فرماید شاید ذیل روایت ناظر به جائی است که مصالحه کنند یعنی زن شرط کند که مرد او را طلاق ندهد، در مقابل، زن دیه نگیرد.

(۱) مغنی، ج ۹، ص ۶۵۲.

(۲) المجموع، ج ۱۹، ص ۱۲۶.

(۳) وسایل، ج ۱۹، ح ۱، باب ۹ از ابواب دیات المنافع.

(۴) ح ۱، باب ۳۴ از ابواب محرّمات بالمصاهرة.

(۵) ح ۳، باب ۳۴ از ابواب محرّمات بالمصاهرة.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۸

نتیجه:

دیه کامله واجب می‌شود به شرط اینکه قبل از تسع سنین افضاء حاصل شود؛ ولی سیأتی که افضاء دو قسم است: یک نوع افضاء در جائی است که تعطیل بر ازواج شود که دیه کامله دارد، چون هر عضو منفعتش بطور کلی تعطیل شود، دیه کامله دارد. ولی نوع دیگر آنجائی است که تعطیل بر ازواج نشود و قابل وطی باشد، بعید نیست که ما در این صورت تفصیل عامه را قائل شویم.

۱۱۸ ادامه مسئله ۱۲ ... ۸۰ / ۳ / ۹

حکم چهارم: بقاء زوجیت

اشاره

این مسأله مشهور است و به تعبیر بعضی، فتوای معظم، بلکه کلّ فقهاء است و مخالفی در مسأله نیست، و اگر هم باشد (یعنی به محض افضاء عقد منفسخ شود) خیلی شاذ است.

بقاء زوجیت به این معنی است که از هم ارث می‌برند، اگر این زن، چهارمین زن باشد، زوج، زن پنجم یا خواهر این زن را نمی‌تواند بگیرد.

ادله:

دلیل اول: استصحاب بقاء زوجیت

جواب: استصحاب در اینجا، استصحاب در شبهه حکمیّه است (آیا افضاء سبب انفساخ است؟) نه در شبهه موضوعیّه، زیرا در موضوع خارجی (مرأه خارجیّه افضاء شده) شک نداریم. و ما استصحاب را در شبهه حکمیّه حجّت نمی‌دانیم و نمی‌توانیم به آن استدلال کنیم؛ ولی می‌توان به نوع دیگری بدون آوردن نام استصحاب، مسأله را حل کرد.

از استقراء احکام شرع در نکاح و زوجیت دریافته‌ایم که انفساخ زوجیت در شرع اسبابی دارد و تا آن اسباب حاصل نشود زوجیت باقی است (مثل ملکیت که طبیعت آن دوام است و اسباب معینی برای فسخ هست)، طبیعت زوجیت هم بقاء است و اسباب انفساخ آن معین است و مسئله افضاء و جنایت از اسباب انفساخ نیست. پس زوجیت باقی است و اگر بخواهیم آن را جزء اسباب انفساخ بشمریم دلیل لازم داریم.

دلیل دوم: روایات

ذیل دو روایت حمران «۱» و برید «۲» که می‌فرمود:

«ان امسکها و لم یطلقها فلا شیء علیه»

با صراحت دلالت می‌کند که زوجیت باقی است و افضاء سبب جدائی نیست، بلکه طلاق باعث جدایی می‌شود.

جواب: مشکلی که ذیل این روایات دارد، این است که معمول بهای اصحاب نیست و مشهور به آن عمل نکرده‌اند، بنابراین نمی‌توان به آن عمل کرد. پس بر فرض که بپذیریم تجزیه در روایت صحیح باشد؛ ولی وقتی ذیل معمول بها نیست نمی‌توان به آن تمسک کرد و دلیل ما در مسأله فقط طبیعت زوجیت است.

در مقابل بعضی حکم به عدم بقاء زوجیت کرده‌اند و دو دلیل اقامه می‌کنند:

۱- حدیث مرسله یعقوب بن یزید «۳» که می‌فرمود

«فرّق بینهما»

که به معنی انفساخ است.

جواب: این حدیث علاوه بر اشکالات متعدّد در دلالت، از حیث سند هم ضعیف و مرسله است.

۲- در صورت افضاء زن، چگونه می‌توان حکم به حرمت ابدی داد، در حالی که بین حرمة ابدیه و بقاء زوجیت منافات است و جمع بینهما ممکن نیست، پس قائل به انفساخ می‌شویم.

جواب: ما حرمت ابدی را قبول نکردیم؛ پس این دلیل نیز باطل است.

فرع پنجم: افضاء چیست؟

اشاره

علماء شیعه و اهل سنت، در این مسأله اختلاف دارند. اختلاف علماء شیعه را می‌توان از مبسوط شیخ تا جواهر و مستمسک یافت، و اختلاف علماء عامّه را هم در کتاب المجموع نووی «۴» می‌توان یافت.

اقوال:

مجموعه اقوال در مورد تعریف افضاء پنج قول است.

مقدمه:

در نساء سه مجری هست، ۱- مجرای بول، ۲- مجرای حیض (که مجرای تولد و مقاربت هم هست)، ۳- مجرای غائط. فاصله بین مجرای اول و دوم غشاء و پرده نسبتاً نازکی است و آن پرده ممکن است که از هم گسسته شود؛ ولی غشاء و پرده‌ای که بین مجرای حیض و غائط است، نسبتاً ضخیم است که پاره شدن آن محال نیست؛ ولی این امر را بعید دانسته‌اند.

قول اول: اتحاد مسلکی (مجرای) البول و الحيض.

قول دوم: اتحاد مسلکی الحيض و الغائط.

قول سوم: اتحاد کل واحدٍ منهما (اتحاد مسلکی البول و الحيض)

(۱) ح ۱، باب ۳۴ از ابواب مّا يحرم بالمصاهرة.

(۲) ح ۳، باب ۳۴ از ابواب مّا يحرم بالمصاهرة.

(۳) ح ۲، باب ۳۴ از ابواب مّا يحرم بالمصاهرة.

(۴) المجموع، ج ۱۹، ص ۱۲۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۳۹

او مسلکی الحيض و الغائط).

قول چهارم: اتحاد المسالك الثلاثة.

قول پنجم: اتحاد مسلکی البول و الغائط.

این قول معنای درستی ندارد، زیرا بدون از بین رفتن غشاء مابین مجرای بول و حیض، این امر محال است.

۱۱۹ ادامه مسئله ۱۲ ... ۱۲ / ۳ / ۸۰

حقیقت مسأله:

اشاره

برای پیدا کردن معنای صحیح افضاء باید سراغ ریشه مسأله رفت.

افضاء در روایات:

کلمه «افضاء» در احادیث ما به چند عنوان وارد شده است:

۱- «افضاء» در سه حدیث. «۱»

۲- «اقتض» از ماده اقتضاض به معنی پارگی (افضاء و اقتضاض لازم و ملزوم هم هستند).

۳- «افساد».

۴- «عطلها علی الأزواج».

افضاء در لغت:

«افضاء» در لغت از ماده فضا (وسعت و میدان) به معنی توسعه دادن است. ارباب لغت «اتحاد المسلمین» را به عنوان یکی از معانی افضاء شمرده‌اند، از جمله قاموس چنین دارد: الافضاء هو اتحاد المسلمین، شاید در نظرشان مسلم بوده است که اتحاد مسلک اول و دوم مراد است. لسان العرب هم می‌گوید: الافضاء اتحاد المسلمین که ایشان هم تبیین نکرده‌اند که کدام دو مسلک مراد است، فقط مجمع البحرین بعد از بیان «اتحاد المسلمین» آن را چنین تفسیر می‌کند: ای مسلک البول و الغائط که گفتیم این معنی بدون عبور از مسلک دوم امکان‌پذیر نیست.

سؤال: آیا ارباب لغت که اتحاد مسلمین را مطرح کرده‌اند، این معنی را از فقهاء گرفته‌اند، یا فقهاء از آنها؟

کلید حلّ مشکل:

در اینجا نکته‌ای هست که ممکن است کلید حلّ مشکل باشد.

توسعه دادن در دستگاه تناسلی، بدون تخریب دیواره‌های بین مجاری ممکن نیست و دیواری که احتمال بیشتری در خراب شدن آن هست، مجرای اول و دوم است؛ ولی خراب شدن دیوار بین مجرای دوم و سوم بعید است که اگر خراب شود بازهم افضاء است و اگر هر سه هم خراب شود، باز توسعه است و افضاء.

پس فقهاء از ریشه لغوی استفاده کرده و «افضاء» را معنی کرده‌اند و «اتحاد مسلمین» که بعضی از لغویون آن را ذکر کرده‌اند از کلام فقهاء گرفته شده، بنابراین در اینجا نیازی نیست سراغ اجماع برویم، همانگونه که بعضی مدرک منحصر به فرد را اجماع دانسته‌اند.

اگر بخواهیم عناوین موجود در روایات افضاء را در یک عنوان جمع کنیم، معیار کدام یک از این عناوین است؟

معیار عنوان چهارم است، «عطلها علی الازواج» یعنی تعطیل بر ازواج، قدر متیقن از افضاء است، تعطیل بر ازواج هم از دو جنبه است:

۱- تعطیل از ناحیه ولادت (صارت بحیث لا تلد).

۲- تعطیل از ناحیه مقاربت

سؤال: اگر پارگی حاصل شد، اما بگونه‌ای بود که تعطیل بر ازواج نشد (ناقص شده اما از کار نیافتاده و فرزند می‌آورد و قابل وطی

است) آیا احکام افضاء جاری است؟

جواب: معیار ما در افضاء عطلها علی الازواج است، پس احکام افضاء جاری نیست، به عبارت دیگر روایت حمران «۲»

(لأنه افسدها و عطلها علی الازواج)

مثل قیاس منصوص العله است، قیاس منصوص العله گاهی محدود می‌کند و گاهی توسعه می‌دهد (العله تعمم و تخصّص).

در ما نحن فیه علت توسعه می‌دهد، یعنی اگر پارگی منجر به تعطیل بر ازواج نشود نمی‌توان احکام افضاء را جاری کرد چون علت

منصوصه مقدّم است.

نتیجه: در باب افضاء از نظر موضوع تنها جائی قائل به افضاء هستیم که تعطیل بر ازواج شود، (در جنبه ولادت و مقاربت) و لعلّ که

نظر مشهور هم همین باشد، چون مشهور مطلق گفته‌اند و تناسب مسأله این است که اگر زن از کار نیافتاده است، چرا دیه کامله داده

شود، دیه کامله یا برای قتل است یا برای از کار افتادن کامل یک عضو و در نقصان فی الجملة عضو، دیه کامله نداریم، پس اگر

بطور کامل از کار نیافتاده، دیه کامل و انفاق الی الابد لازم نیست.

بقی هنا امران:

الامر الاول: اگر افضاء را ترمیم کردند و معالجه شد (که در عصر و زمان ما کاملاً میسر است)

لا سیما که بسهولة ممکن باشد، آیا در این صورت باز دیه کامله و انفاق الی الابد لازم است؟
جواب: انصاف این است که ادله ما شامل اینجا نمی شود، چون

(۱) ح ۱ و ۳ و ۴ باب ۳۴ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۱، باب ۳۴ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۴۰

در باب دیات اشباه و نظائر متعدد دارد مثلاً اگر گردن بشکنند به گونه‌ای که دیگر صاف نایستد، دیه‌اش کامل است، اما اگر معالجه شود، در این صورت ارزش ثابت است و یا مثلاً در صورت شکستن ستون فقرات به گونه‌ای که کمر شخص منحنی شود یا نتواند بنشیند و راه برود، دیه کامل دارد؛ ولی اگر معالجه شود، دیه آن صد دینار است (یک دهم دیه کامل)، همچنین در اعضاء دیگر اگر سالم شود دیه اول ثابت نیست، پس موارد کثیره‌ای در باب دیات داریم، که دیه بعد از بهبودی تقلیل می یابد. حال چگونه در اینجا به اطلاق تمسک کنیم؟ پس ما در اینجا می گوئیم احکام افضاء جاری نیست (دیه کامله یا دیه منصوصه ندارد) و باید ارزش بدهند و انفاق مادام العمر هم لازم نیست.

الامر الثاني: اگر بعد از سن بلوغ افضاء شود

مشهور و معروف می گویند که مطلقاً ضمانی نیست. آیا در اینجا تفصیل لازم نیست؟
یعنی در مواردی ممکن است با وجود بلوغ زوجه، زوج و زوجه به هم نخورند و خوف خطر باشد، آیا در این صورت اگر افضاء شود بازهم ضامن نیست؟

جواب: این مسأله دو صورت دارد. ما می گوئیم اگر خطر و ضرری باشد (مثلاً زوجه سابقاً قابل وطی بوده و اکنون بیماری پیدا کرده که مقاربت با او خطر دارد) در این صورت تمکین بر زن لازم نیست و اگر زوج اصرار کند، ضامن است، چون حق ندارد. صورت دیگر در جایی است که خوفی نبوده و طرفین راضی بوده‌اند (خوف ضرر نبوده) ولی حادثه‌ای واقع شد، در اینجا نمی توان زوج را ضامن دانست، چون حادثه مستند بفعل کلیهما بوده است. پس فتوای مشهور را که به طور مطلق فرموده‌اند: «در ما فوق سن بلوغ ضمانی نیست» باید استثنا زد چون مقتضای ادله چنین است.

[مسأله ۱۳: لا يجوز ترك وطء الزوجة اكثر من اربعة اشهر الا باذنها]

اشاره

۱۲۰ مسئله ۱۳ (ترك وطء الزوجة اكثر من اربعة اشهر ...) ۸۰ / ۳ / ۱۳

مسأله ۱۳: لا يجوز ترك وطء الزوجة اكثر من اربعة اشهر الا باذنها حتى المنقطعة على الاقوى، و يختص الحكم بصورة عدم العذر، و اما معه فيجوز الترك مطلقا مادام وجود العذر، كما اذا خيف الضرر عليه أو عليها و من العذر عدم الميل المانع عن انتشار العضو، و هل يختص الحكم بالحاضر فلا بأس على المسافر و إن طال سفره أو يعمها فلا يجوز للمسافر اطالة سفره أزيد من اربعة اشهر، بل

يجب عليه مع عدم العذر الحضور لإيفاء حق زوجته؟

قولان، اظهرهما الاوّل، لكن بشرط كون السفر ضرورياً و لو عرفا كسفر تجارة أو زيارة أو تحصيل علم و نحو ذلك دون ما كان لمجرّد الميل و الانس و التفرّج و نحو ذلك على الاحوط.

عنوان مسأله:

ترك وطى زوجته بیش از چهار ماه جایز نیست. زیرا یکی از حقوق زوجیت این است که در طول چهار ماه وطى انجام شود و اگر شوهر در این مدت وطى را ترک کند گناه کرده و حقّ زوجه را ضایع کرده است.

اقوال:

مسأله معروف و مشهور و ادّعی اجماع بر آن شده است.

صاحب حدائق می فرماید:

قد صرّح الاصحاب، بأنّه لا يجوز ترك وطء الزّوجۀ اكثر من اربعة اشهر. «۱»

شهید در مسالك می فرماید:

هذا الحكم موضع وفاق، و به حدیث ضعیف السند...، العائمه انّ عمر سأل نساء اهل المدینه- لَمَّا أُخْرِجَ ازواجهنّ الى الجهاد و سمع امرأه تشد ابیاتاً من جملتها:

فو الله لو لا الله لا شيء غيره لزلزل من هذا السرير جوانبه

- عن اكثر ما تصبر المرأة عن الجماع؟ فقيل له: اربعة اشهر، فجعل مدة المضروبۀ للغيبة اربعة اشهر. «۲»

ظاهراً اهل سنت هم قائل به چهار ماه هستند و سفر و حضر در نزد آنها یکسان است.

ادله:

دلیل اول: اجماع

تکیه بر اجماع در این مسأله که دلایل دیگری هم دارد، مشکل است.

دلیل دوم: لزوم عسر و حرج و ضرر

با استفاده از آیه «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» «۳»، و «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ» «۴» و روایت

لا ضرر

حکم می کنیم به عدم جواز ترک وطى زوجه بیش از چهار ماه، زیرا اگر بیش از این مقدار بشود، ممکن است عسر و حرج و ضرر حاصل شود. مخصوصاً اگر مرأه شائبه باشد، اما چون عسر و حرج و ضرر یختملف باختلاف الاشخاص

(۲) مسالک، ج ۷، ص ۶۶ و ۶۷.

(۳) آیه ۷۸، سوره حج.

(۴) آیه ۱۸۵، سوره بقره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۴۱

و الموارد، بنابراین دلیل بر قول مشهور نمی تواند باشد.

دلیل سوم: آیه ایلاء

لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ* وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ «۱».

ترجمه: کسانی که زنان خود را ایلاء می نمایند [سوگند یاد می کنند که با آنها آمیزش جنسی ننمایند] حق دارند چهار ماه انتظار بکشند (و در ضمن این چهار ماه، وضع خود را با همسر خویش از نظر ادامه زندگی یا طلاق، روشن سازند) اگر (در این فرصت) بازگشت کنند (چیزی بر آنها نیست زیرا) خداوند آمرزنده و مهربان است* و اگر تصمیم بر جدائی گرفتند، (آن هم با شرایطش مانعی ندارد) خداوند شنوا و داناست.

در اینجا شارع اجازه چهار ماه انتظار را داده است و می گوید بعد از آن باید یا طلاق دهد یا رجوع کند، بنابراین معلوم می شود که تأخیر بیش از چهار ماه به حسب طبیعت الحال جایز نیست.

این دلیل خوبی است و صاحب جواهر «۲» به آن اشاره کرده است؛ ولی خیلی ها متعزض آن نشده اند. شاید کلمات ائمه در روایات هم متکی به آیه شریفه باشد.

دلیل چهارم: روایات

۱- روایت صفوان بن یحیی

(عمدتاً به این روایت استدلال شده است)

این روایت را شیخ طوسی در تهذیب و استبصار و مرحوم صدوق در من لا یحضر نقل کرده است. روایت سه طریق دارد که فقط یکی از طرق صحیح است، طریقی که در سند آن، علی بن احمد بن اشیم دارد، مجهول الحال است، و معتبر نیست (صاحب مسالک به این مطلب اشاره دارد).

... عن صفوان بن یحیی، عن ابی الحسن الرضا علیه السلام انه سأل عن الرجل تكون عنده المرأة الشَّائِئَةَ فیمسک عنها الا شهر و السنه لا یقربها لیس یرید الاضرار بها یكون لهم مصیبه (مصیبت زده هستند)

، یكون فی ذلک آثماً؟ قال: اذا ترکها اربعه اشهر کان آثماً بعد ذلک «۳».

تنها مشکل حدیث این است که مخصوص شائبه است در حالی که موضوع بحث ما عام است، بنابراین بعضی بخاطر همین حدیث، حکم را به شائبه منحصر کرده اند. دلالت این حدیث و سندش خوب است و ظاهراً مستند مشهور هم همین حدیث است.

۲- مرسله جعفر بن محمد بن ابی عبد الله علیه السلام:

...* عن جعفر بن محمد، عن بعض رجاله، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: من جمع من النساء ما لا ینکح (مقاربت نکند)

فزنا منهنّ شیء فالائم علیه «۴».

این حدیث از نظر سند مشکل دارد و مرسله است و از نظر دلالت هم چهار ماه ندارد و فقط فی الجمله می تواند مؤید باشد. بنابراین عمده دلیل، آیه ایلاء و روایت صفوان است و بقیه مؤیدات هستند.

نتیجه: می توان از مجموع این دلایل، حکم عام مطلق، اعم از شایئه و غیر شایئه را ثابت کرد که «لا یجوز ترک وطئ الزوجه الشائبه أو غیر شائبه اکثر من اربعه اشهر».

استثنا: از این حکم «الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ» (زنان از کار افتاده) مستثنی است چون آیه از آنها انصراف دارد.

ان قلت: اگر زوجه ای شائبه باشد و تا چهار ماه صبر ندارد بلکه تا یک ماه هم صبر ندارد، در اینجا فتویٰ داده اند که یجب علی الزوج الوطاء، این وجوب بنابر چه معیاری است؟ آیا عسر و حرج است، یا دلیل لا ضرر، یا مرسله، یا دلیل امر به معروف و نهی از منکر (یعنی این زوجه نهی از منکر نمی شود مگر اینکه در فواصل کوتاهتری با او مقاربت شود)؟

قلنا: در این گونه موارد بنابر مجموع ادله سابق قائل به وجوب هستیم و دلیل امر به معروف و نهی از منکر هم می تواند علاوه بر ادله قبلی، دلیل دیگری بر وجوب باشد.

بقی هنا امران:

الامر الاول: هل هناك فرق بين المسافر والحاضر؟

در این مسأله اختلاف است، مرحوم شهید ثانی در کتاب لمعه فرموده مطلقاً فرقی نیست ولی در مسالک فرموده عدم جواز مخصوص حاضر است. صاحب جواهر و بعضی دیگر به اطلاق ادله تمسک کرده اند (آیه ایلاء و روایت صفوان و معقد اجماعات مطلق هستند) ولی بعضی مثل خود صاحب جواهر در ذیل کلامش می فرماید لعل کسی ادعای انصراف کند، اگر دلیل انصراف روایت عمر باشد، روایت او برای ما حجت نیست، و اگر دلیل انصراف سیره باشد یعنی چون در قدیم سفرها طول می کشید و کسی نمی گفت سفرت را طولانی نکن، پس ادعای سیره کنیم. و لکن الانصاف: این سیره مسلم نیست و لعل سیره در جائی بوده

(۱) آیه ۲۲۶ و ۲۲۷، سوره بقره.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۱۱۶.

(۳) ح ۱، باب ۷۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۴) ح ۲، باب ۷۱ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۴۲

که زوجه رضایت داشته است (اما للزیاره او للتجاره أو غیرهما) و در غیر این مورد، ادعای سیره مشکل است. بنابراین اگر سفر طولانی باشد و ضرورتی در کار نباشد جلب رضایت زوجه لازم است.

الامر الثاني: هل هناك فرق بين الدائمة و المنقطعه؟

بعضی فرق نگذاشته‌اند و تمسک به اطلاق ادله کرده‌اند؛ ولی آیه اطلاق ندارد چون حکم ایلاء در منقطعه نیست. بنابراین آیه دلالت ندارد.

آیا روایت صفوان عمومیّت دارد؟

بعضی گفته‌اند که منقطعه را نمی‌گیرد، چون منقطعه خیلی از احکام زوجیت را ندارد (حق القسم، نفقه، ارث)، به نظر می‌رسد که از منقطعه این حکم منصرف است و لکن احتیاط این است که در منقطعه طولانی مدت هم این حکم جاری است. نتیجه: الاحوط لو لا الاقوی العموم فی المسأله.

[مسأله ۱۴ (حکم العزل)]

اشاره

۱۲۱ مسأله ۱۴ (حکم العزل ...) ۸۰ / ۳ / ۱۶

مسأله ۱۴: لا اشکال فی جواز العزل، و هو اخراج الآله عند الانزال و افراغ المنی الی الخارج فی غیر الزوجه الدائمة الحرّة، و کذا فیها مع اذنها، و اما فیها بدون اذنها ففیه قولان، اشهرهما الجواز مع الکراهه و هو الأقوی، بل لا یبعد عدم الکراهه فی الّتی علم أنّها لا تلد، و فی المسئله و السلیطه و البذیه و الّتی لا ترضع ولدها، کما انّ الاقوی عدم وجوب دیه النطفه علیه و ان قلنا بالحرمة، و قیل بوجوبها علیه للزوجه، و هی عشره دانیر، و هو ضعیف فی الغایه.

عنوان مسأله:

هل يجوز العزل (جلوگیری از انعقاد نطفه) ام لا؟ در زمان گذشته تنها راه جلوگیری از انعقاد نطفه، «عزل» بود.

محلّ کلام:

مسئلاً در بعضی از موارد مثل امه، عقد منقطع و حرّه دائمه با رضایتش، عزل جایز است، و محلّ کلام تنها در مورد حرّه دائمه‌ای است که رضایت ندارد. آیا زوج در این مورد می‌تواند عزل کند؟

اقوال:

مسأله اختلافی است، مشهور قائل به «جواز مع الکراهه» است؛ اما اقلیتی از قدماء مثل شیخ طوسی و شیخ مفید و جماعت دیگری قائل به «حرمت» شده‌اند و حتّی گفته‌اند که دیه هم دارد.

ادله حرمت عزل:

دلایلی برای حرمت عزل اقامه شده است:

۱- روایتی که از طرق خاصّه و عامّه نقل شده است:

* دعائم الاسلام: عن جعفر بن محمد علیه السلام أنه قال: الوأد

(زنده به زیر خاک کردن)

الخفی أن یجامع الرجل المرأة، فإذا احسّ الماء نزعها منها فأنزله فیما سواها، فلا تفعلوا ذلك، فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله ان یعزل عن الحرّة إلا باذن سيدها «۱».

۲- روایتی است که از طرق عامّه به همین مضمون نقل شده است.

... * و سأله عن العزل فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: الوأد الخفی. «۲»

۳- روایاتی که در موارد خاصّه دلالت بر جواز می کند و مفهوم دارد، یعنی در غیر این موارد لا یجوز العزل.

... * عن يعقوب الجعفی قال: سمعت أبا الحسن

(موسی بن جعفر علیه السلام)

يقول: لا بأس بالعزل فی سته وجوه: المرأة التي تیقت أنّها لا تلد، و المسنة و المرأة السليطة و البذیة

(بد زبان)

و المرأة التي لا ترضع ولدها و الامه «۳».

مفهوم روایت این است که «فی غیره بأس»

جواب از دلیل: بأس همیشه دلالت بر حرمت ندارد، زیرا در موارد کثیره‌ای هم در کراهت به کار می‌رود، پس اعم از حرمت و کراهت است.

۴- روایاتی که دلالت بر دیه می کنند:

روایاتی «۴» که می گویند انزال خارج رحم دیه دارد و مقدار آن ده دینار است که یک صدم دیه کامله است، چون دیه برای جنایت است پس این کار هم جنایت است و حرام.

جواب از دلیل: روایات نشان می دهد که دیه در جائی است که کسی دیگری را اجبار کند که ماء را در خارج از رحم بریزد، و در اینجا چون حقّ مرد ضایع شده است، باید دیه پردازند و این دیه بخاطر جنایتی است که بر مرد وارد شده و این غیر از بحث ما است، چون بحث ما در جائی است که مرد به رضایت خودش این کار را بکند.

نتیجه: این چهار دلیل هیچ کدام مورد قبول نیست، زیرا دلیل اول و دوم سند نداشت (اولی از دعائم الاسلام بود و دومی هم سنن

(۱) مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ح ۱، باب ۵۷ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۲۳۱.

(۳) ح ۴، باب ۷۶ از مقدمات نکاح.

(۴) وسائل، ج ۱۹، کتاب الدیات، باب ۱۹ از ابواب دیات الاعضاء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۲، ص: ۱۴۳

بیهقی بود که برای ما حجت نیست) و دلیل سوم و چهارم هم دلالت ندارد.

سلمانکه دلالتی هم داشته باشد؛ ولی در مقابل اینها روایاتی داریم که دلالت بر جواز می کند:

... عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل:

فقال: ذاك الى الرجل يصرفه حيث شاء. «۱»

احادیث دیگر «۲» این باب هم دلالت دارد. وقتی این گروه دوم روایات که مطابق اصالة الحلیة و مطابق مشهور است، در کنار روایات سابقه قرار دهیم، ترجیح با جواز است، لا سیما روایاتی هم داریم که تعبیر به کراهت دارد و شاهد بر جمع است.

... عن محمد بن مسلم، عن احدهما عليه السلام أنه سئل عن العزل فقال:

أما الامه فلا بأس فأما الحرّة فأنى اكره ذلك إلا أن يشترط عليها حين يتزوجها. «۳»

حدیث دوم این باب هم همین مضمون را دارد.

بقی هنا اموز:

الامر الاول: در صورتی که زن ناراضی باشد و اگر باردار نشود، احتمال ضرر هم باشد

(مثلاً مریض می‌شود، جسماً یا روحاً) آیا در این صورت عزل جایز است؟

در اینجا با ادله

«لا ضرر»

می‌توانیم بگوئیم که عزل حرام است.

الامر الثاني: آیا کراهت یا حرمت عزل به سبب مشکلات کثره اولاد مرتفع می‌شود؟

کثره اولاد دو رقم مشکل ایجاد می‌کند، گاهی مشکل فردی مثل تأمین زندگی، تربیت اولاد و... و گاهی مشکلات اجتماعی مثل مشکلات فرهنگی، اقتصادی، اخلاقی، امنیتی، بهداشتی ایجاد می‌کند. اگر در برهه‌ای از زمان دیدیم مشکلاتی هست می‌توان گفت که کراهت برطرف می‌شود، زیرا معیاری که در مستثنیات شش گانه (در روایت) بود، در این مورد به طریق اولی هست و مشکلات در اینجا بیشتر است، بنابراین کراهت برطرف می‌شود. منتهی افراط و تفریط باطل است.

الامر الثالث: عزل یکی از مصادیق جلوگیری است،

در زمان ما مصادیق دیگری هم وجود دارد، مثل قرصها، استفاده از وسایل جلوگیری و بستن لوله‌ها، آیا احکام عزل در این موارد هم جاری است؟

لحن روایات اینها را هم می‌گیرد، تناسب حکم و موضوع هم همین است چون عزل برای جلوگیری از انعقاد ولد است و موارد دیگری هم که مشابه عزل است باید حکم آن را داشته باشد و اگر در مورد عزل قائل به کراهت یا حرمت یا استثنا شویم، در موارد دیگر هم همین را می‌گوئیم.

(۲) ح ۲ و ۳ و ۴ و ۵ باب ۷۵ از مقدمات نکاح.

(۳) ح ۱، باب ۷۶ از ابواب مقدمات نکاح.

جلد سوم

فهرست

- مقدمه ... ۵
- القول فی الرضاع ... ۷
- شروط الرضاع (الأول ...) ۹
- مسئله ۱ ...: ۱۸
- شروط الرضاع (الثانی ...) ۲۰
- شروط الرضاع (الثالث ...) ۲۲
- شروط الرضاع (الرابع ...) ۲۴
- مسئله ۲: ما المراد بالحوالین ... ۲۹
- شروط الرضاع (الخامس ...) ۳۳
- مسئله ۳: المعتبر فی انبات اللحم ... ۴۳
- مسئله ۴: المعتبر فی التقدير بالزمان ... ۴۴
- مسئله ۵: المعتبر فی التقدير بالعدد ... ۴۵
- مسئله ۶: شرط نشر الحرمة بین المرتضعین ... ۵۶
- مسئله ۷: مصادیق عناوین المحرمه ... ۵۷
- مسئله ۸: حصول العلاقه الرضاعیه ... ۶۰
- مسئله ۹: فی العلاقه الرضاعیه ... ۶۱
- مسئله ۱۰: فی العلاقه الرضاعیه ... ۶۱
- مسئله ۱۱: سریان الرضاع فی العمومه و ... ۶۳
- مسئله ۱۲: نکاح ابی المرتضع فی اولاد ... ۶۴
- مسئله ۱۳: اخوات کل من المرتضعین لاخته الآخر ... ۷۰
- مسئله ۱۴: الرضاع يمنع من النکاح لاحقاً ... ۷۰
- تنبيه: اذا كان اخوان فی بیت واحد ... ۷۶
- مسئله ۱: ارضاع الولد جدته من طرف الام ... ۷۷
- مسئله ۲: لو زوج ابنه الصغیر ... ۷۸
- مسئله ۳: مهر النکاح المبطل بالرضاع الطاری ... ۷۹
- مسئله ۴: عموم المنزله ... ۸۴
- مسئله ۵: لو شک فی وقوع الرضاع ... ۸۸

- مسئله ۶: الشهادة على الرضاع ... ۹۰
- مسئله ۷: قبول شهادة النساء في الرضاع ... ۹۱
- شهادتهن في ما يخفى عليه الرجال ... ۹۷
- شهادة النساء في الحدود و القصاص ... ۹۹
- شهادة النساء في الحقوق و الاموال ... ۱۰۵
- شهادة النساء في النكاح و الطلاق ... ۱۰۸
- فلسفة عدم قبول شهادتهن في بعض الامور ... ۱۱۰
- مسئله ۸: في صفات المرضعة ... ۱۱۳
- القول في المصاهرة و ما يلحق بها ... ۱۱۶
- مسئله ۱: تحريم معقودة الاب على ابنه ... ۱۱۷
- مسئله ۲: تحريم تزويج ام الزوجه ... ۱۲۱
- مسئله ۳: في تحريم الزبية ... ۱۲۶
- مسئله ۴: حرمة اقسام الزبية ... ۱۳۰
- مسئله ۵: لا اشكال في ترتب ... ۱۳۱
- کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۵
بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

مقدمه

الحمد لله الذي لا يبلغ مدحته القائلون و لا يحصى نعمائه العادون و لا يؤدي حقه المجتهدون ثم الصلاة و السلام على رسوله و امين و حيه سيدنا و نبينا نبي الرحمة و امام الامة حبيب اله العالمين محمد صلى الله عليه و على آله المعصومين الهداة المهديين و لعنة الله على اعدائهم اجمعين الى قيام يوم الدين.

کتاب حاضر سوّمین جلد از مجموعه «دروس خارج فقه حضرت آیه الله العظمی مکارم شیرازی (مد ظله العالی)» در بحث نکاح است، که در سال تحصیلی ۸۱-۸۰ تدریس شده و به شکلی نوین در دسترس علاقه‌مندان قرار گرفته است.

بعد از آنکه در سال گذشته جلد دوم این مجموعه به زیور طبع آراسته شد و مورد توجه علاقه‌مندان و مراکز علمی مختلف قرار گرفت بطوری که فضلا و بزرگان و صاحب نظران این جانبان را مورد تشویق قرار داده و با پیشنهادهای سازنده خود ما را در انجام هرچه بهتر این مهم یاری کردند، با امید و دلگرمی هرچه بیشتر بر آن شدیم که جزوات درس امسال استاد معظم را به شیوه سال گذشته و با دقت بیشتر جمع آوری کرده و در اختیار عزیزانی که در همه مباحث همراه نبوده و قصد ندارد به جهت پیوستگی مطالب از ابتدا آنها را دنبال کنند به چاپ برسانیم.

در این مجموعه نیز به روال سابق، مجموعه درسها بازبینی شده و تمامی روایات و مطالبی که از کتب مختلف نقل شده به طور دقیق و با ذکر آدرس کامل در این کتاب آورده شده تا طالبین را از مراجعه به کتب مختلف بی نیاز کند.

در کنار این مجموعه، dc نرم افزاری دروس نیز آماده شده که به راحتی با استفاده از رایانه قابل دسترسی می باشد، البته در بعضی از دروس برای رعایت نظم و ترتیب مطالب و مباحث قسمت‌هایی از مطالب درسی جایجا و به قسمتهای مربوطه منتقل گردیده، لذا آن دسته از عزیزانی که دروس حضرت استاد را از روی کاست و یا dc در کنار این مجموعه پیگیری می نمایند، به این نکته توجه

داشته باشند.

در پایان از اینکه خداوند توفیق داد بعد از چاپ جلد دوم «کتاب النکاح» به چاپ جلد سوم این مجموعه موفق شویم. خدای را سپاس می‌گوییم و امیدواریم که توانسته باشیم قدمی هرچند ناچیز در نشر علوم آل محمد صلی الله علیه و آله برداریم و این خدمت ناچیز، منظور نظر آقا امام زمان (عج) واقع شده و در روزی که «لَا يَنْفَعُ مَالٌ وَلَا بَنُونَ» مثمر ثمر گردد، چرا که رسول خدا صلی الله علیه و آله در حدیثی می‌فرماید:

«المؤمن اذا مات و ترك ورقة واحدة عليها علم تكون تلك الورقة يوم القيامة ستراً فيما بينه و بين النار؛ (۱)»

وقتی که مؤمن از دنیا برود و از او نوشته‌ای علمی باقی بماند، آن نوشته در روز قیامت میان او و آتش دوزخ حجاب و مانعی خواهد بود.

اللَّهُمَّ وَقْنَا لِمَا تَحَبُّ وَ تَرْضَى

محمد رضا حامدی - مسعود مکارم

۷ جمادی الثانی ۱۴۲۳

حوزه علمیه قم

(۱) بحار الأنوار، ج ۱، ص ۱۹۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۷

[القول فی الرضاع]

اشاره

۱ القول فی الرضاع ... ۱۷ / ۱۶ / ۸۰

اسباب التحريم ستة أولها النسب، ثانيها الرضاع، ثالثها المصاهرة و ملحقاتها، رابعها استيفاء العدد، خامسها اللعان، سادسها الكفر «القول فی الرضاع»

فقهها در باب نکاح، برای حرمت، شش سبب ذکر کرده‌اند؛ اولین سبب را در سال گذشته بحث کردیم و اما دومین سبب رضاع است.

مقدمه:

امام در مقدمه بحث رضاع می‌فرماید:

انتشار الحرمة بالرضاع يتوقف على شروط.

از اینجا معلوم می‌شود که اصل حرمت به سبب رضاع به نظر امام مسلم است؛ ولی اکثر فقها، ابتداءً از حرمت رضاع صحبت کرده و بعد وارد شروط می‌شوند.

مسئله رضاع از بعضی جهات در زمان سابق بیشتر مبتلی به بود، چون نوعاً بچه‌ها را شیر می‌دادند و جایگزین‌های رنگارنگ امروزی برای شیر مادر نبود؛ ولی امروزه خیلی از زنان، به جهاتی مایل به شیر دادن نیستند، یا بواسطه حفظ زیبایی ظاهر و یا بخاطر اشتغال در خارج از خانه و ... در حالی که ثابت شده است، ترک رضاع هم برای مادر زیان‌های مهمی دارد و هم برای فرزند به همین

جهت مسئله رضاع در عصر ما کمتر شایع است؛ ولی از بعضی جهات در عصر ما نیز مبتلی به است، چون عده‌ای، بچه‌هایی را برای سرپرستی و تولی برمی‌گزینند و معمولاً مایلند که بچه به اهل خانه محرم شود، که بهترین راه آن همان رضاع است. از جهت دیگری نیز مسئله رضاع محلّ ابتلاء است، و آن در مورد زنانی است که در خارج از خانه اشتغال دارند و نمی‌توانند بچه خود را شیر دهند. پس اگر چه از جهاتی ابتلاء به مسئله رضاع کم شده؛ ولی از بعضی جهات ابتلاء به آن زیاد شده است.

ادله سببه الرضاع للحرمة:

اشاره

ادله ثلاثه (اجماع، کتاب و سنت) بر این مسأله دلالت دارد ولی دلیل عقل در اینجا راه ندارد چون این مسأله از مسائل تعبدی است، البته می‌توانیم استحسانات ظنی درست کنیم و بگوییم چون از شیر این زن گوشت و پوست بر بدن بچه روییده است، حکم مادر را دارد.

۱- اجماع:

اصل این مسأله (رضاع موجب حرمت است) از مسلمات، و اجماع شیعه و سنی بر آن است؛ بلکه از ضروریات دین است.

۲- آیه: «وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ» «۱»

بعضی از محرمات نه گانه نسبیّه در ناحیه رضاع را می‌توانیم از این آیه با مقایسه محرمات رضاعی به محرمات نسبی به دست آوریم، چون قرآن به اجمال بیان می‌کند و سنت، آن را توضیح می‌دهد.

۳- سنت:

اشاره

روایات متواتره، رضاع را موجب حرمت می‌داند که هم در منابع شیعه است و هم در منابع اهل سنت، این روایات دو دسته هستند: یک قسم عام است و تمام محرمات نسبیّه را می‌گیرد و قسم دیگر در موارد خاصّه وارد شده است.

۲ القول فی الرضاع ... ۸۰ / ۶ / ۱۹

الف: روایات عامه:

روایات عامه به سه تعبیر وارد شده است:

یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب.

یحرم من الرضاع ما یحرم من القرابه.

الرضاع لحمه

«لُحْمَةٌ» از ماده لحم است و معانی متعددی دارد که یکی از معانی آن پود است)

کلحمة النسب.

تعبیر اول در روایات زیاد و متواتر است، تعبیر دوم هم در چند روایت وجود دارد؛ ولی تعبیر سوم را در کتب روایی پیدا نکرده‌ایم؛ از کتب فقهی که تعبیر سوم در آنها آمده است می‌توان از جامع المقاصد، حدائق، مسالک، کفایة الاحکام سبزواری، شرح لمعه، در المنثور، جواهر «۲»، زبدۀ البیان، ریاض، مستند نراقی، وسیله ابن حمزه، مهذب البارع و از کتب تفسیر هم می‌توان از تفسیر المیزان، و تفسیر صافی نام برد، البته بود و نبود این حدیث در کتب

(۱) آیه ۲۳، سوره نساء.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۱۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۸

روایی تأثیری در احکام مسأله ندارد.

مرحوم نراقی در مستند به عنوان روایتی معتبر از پیامبر صلی الله علیه و آله نقل کرده و می‌فرماید:

ورد فی السنّة المقبولة عنه صلی الله علیه و آله أنه قال: الرضاع لحمة کلحمة النسب؛ «۱»

صاحب وسایل «۲» از هفت نفر تعبیر اول را نقل می‌کند:

برید بن معاویه، ابی الصباح الکنانی، داود بن سرحان، عبید بن زراره، عبد الله بن سنان، حلبی، عثمان بن عیسی، که بعضی از آنها از حضرت رسول صلی الله علیه و آله، بعضی از امام صادق علیه السلام و بعضی از ابی الحسن (که احتمالاً موسی بن جعفر علیه السلام است) نقل شده است، و تعبیر دوم نیز در دو حدیث آمده است:

... * عن عبد الله بن سنان، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سمعته یقول: یحرم من الرضاع، ما یحرم من القرابة. «۳»

... * عن عبد الله بن سنان، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: یحرم من الرضاع ما یحرم من القرابة. «۴»

این دو حدیث احتمالاً یک حدیث باشد که روایت مختلف آن را از «عبد الله بن سنان» نقل کرده‌اند.

مرحوم حاجی نوری روایاتی از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله آورده که مشتمل بر تعبیر اول است:

* دعائم الاسلام: روينا عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن آبائه:

ان رسول الله صلی الله علیه و آله، قال: یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب. «۵»

حدیثی هم از عوالی اللالی نقل می‌کند که از سعید بن مسیب است و عامه هم کراراً به عبارات مختلف این حدیث را نقل می‌کنند:

* عوالی اللالی: روی سعید بن المسیب، عن علی بن ابی طالب علیه السلام، قال: قلت: یا رسول الله، هل لك فی بنت عمك حمزة،

فانها اجمل فتاة فی قریش؟ فقال صلی الله علیه و آله: اما عملت ان حمزة اخی من الرضاعة؟ و ان الله تعالی حرم من الرضاعة ما حرم

من النسب. «۶»

در کتب عامه هم روایات عدیده‌ای نقل شده که چند روایت آن از عایشه است. روایات عایشه داستان مفصّلی دارد، اجمال داستان

این است که مردی اجنبی وارد خانه یکی از همسران پیامبر شد، عایشه به پیامبر خبر داد و پیامبر فرمود: این دو خواهر و برادر

رضاعی هستند، و در ذیل حدیث آمده است:

قال صلی الله علیه و آله: ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة. «۷»

روایتی هم از طریق ابن عباس است که در خدمت پیامبر بود و به پیامبر پیشنهاد ازدواج با دختر حمزه را داد، در ذیل روایت آمده

است که پیامبر صلی الله علیه و آله فرمود:

أَنَّهَا لَا تَحَلُّ لِي أَنَّهَا ابْنَةُ أَخِي مِنَ الرِّضَاعَةِ وَ أَنَّ اللَّهَ حَرَّمَ مِنَ الرِّضَاعَةِ مَا حَرَّمَ مِنَ النَّسَبِ. «۸»

این روایت در سنن بیهقی است و در صحیح بخاری و مسلم هم نقل شده است. پس این روایت، یک روایت متواتر است که به انحاء گوناگون نقل شده است.

ب: روایات خاصه:

روایات زیادی که خصوصیات را بیان می کنند و در موارد خاص وارد شده اند.

نتیجه:

از این عبارتی که از پیامبر صلی الله علیه و آله و ائمه هدی علیهم السلام نقل شده می خواهیم یک قاعده کلی استخراج کنیم که مخصوص باب رضاع است و آن قاعده «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» است.

اصل اولی، حلّیت و اباحه (استصحاب حلّیت و اصالة الحلیة) است، اما وقتی قاعده آمد اصالة الحلیة به حرمت منقلب می شود و چون قاعده ما (یحرم من الرضاع) ... عام لفظی است و مقدّم است بر اصل عملی (اصالة الحلیة و استصحاب حلّیت)، پس در موارد شک، تمسک به اصول عملیه جایز نیست، اجمالاً.

۳ القول فی الرضاع ... ۲۰ / ۶ / ۸۰

بقی هنا اموز:

الامر الاوّل: معنی قاعده

بسیاری از بزرگان در اینجا کلمه «نظیر» در تقدیر گرفته اند، یعنی «یحرم من الرضاع نظیر ما یحرم من النسب» و معتقدند که اگر کلمه نظیر در تقدیر نگیریم تحصیل حاصل است، چون مادر نسبی حرام است و لازم نیست معنون به عنوان مادر رضاعی باشد، یعنی اگر مادر حقیقی است، برای حرمت عنوان رضاع نمی خواهد.

(۱) مستند نراقی، ج ۱۶، ص ۲۲۶.

(۲) ج ۱۴، باب ۱ از ابواب رضاع.

(۳) ح ۲، باب ۱ از ابواب رضاع.

(۴) ح ۹، باب ۱ از ابواب رضاع.

(۵) مستدرک، ج ۱۴، ح ۱، باب ۱ از ابواب رضاع.

(۶) ح ۴، باب ۱ از ابواب رضاع.

(۷) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۴۵۱.

(۸) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۴۵۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۹

قلنا: اگر کمی دقت شود نیازی به تقدیر نیست، چرا که روایت می‌فرماید:

«یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»

و «من یحرم» نمی‌گوید، اگر «من» می‌گفت کلمه نظیر لازم بود ولی «ما» می‌گوید، که کنایه از عناوین است، نه اشخاص، یعنی «یحرم من الرضاع العناوین التي یحرم من النسب کعنوان الام، و الاخت»، پس این تعبیر دقیق و حساب شده است و تقدیر هم لازم ندارد.

الامر الثاني: شمول قاعدة

جملة

«یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»

تمام عناوین نه گانه محرمات نسبی (ام، بنت، بنت البنت، اخت، بنت الاخ، بنت الاخت، عمه، خاله، جدّه) را شامل می‌شود، ولی ما یحرم بالمصاهرة را شامل نمی‌شود، چون روایت ما یحرم من النسب می‌گوید. اگر دلیلی از خارج ثابت کند، بحث دیگری است؛ ولی قاعده فقط شامل نسیب است، حتی ممکن است بعضی جاها ترکیبی از مصاهرة و نسب باشد، که این موارد را هم شامل نمی‌شود.

الامر الثالث: عمومیت قاعدة

آیا این روایت عام است و شرائط و خصوصیات را هم شامل می‌شود؟ مثلاً طفلی ده بار شیر خورده و یا دو سال و یک ماه دارد و از زنی شیر خورده است، آیا عنوان رضاع صدق می‌کند و حرام می‌شود؟ آیا می‌توانیم بگوییم قاعده عام است و دو سال و سه سال ندارد و رضاع صادق است؟ اگر این باشد تمام موارد شک در عدد، سنه، فحل ... را شامل می‌شود، چون صدق رضاع می‌کند. عده‌ای می‌گویند عمومیت دارد و شامل جمیع ابواب رضاع می‌شود و هر جا که صدق رضاع کرد، اصل حرمت است. لکن الانصاف: قاعده در مقام بیان این شرایط نیست و در صدد بیان حرمت عناوین نسبی است و کأن رضاع مفهومی داشته است که در اذهان معلوم بوده و امام می‌فرماید این عنوان که حاصل شد، این آثار را دارد. وقتی می‌توان به اطلاق مطلق تمسک کرد که در مقام بیان باشد، حتی اگر شک کنیم که مطلق در اینجا در مقام بیان است یا نه، اصل این است که در مقام بیان نیست، خصوصاً اگر بگوییم از این جهت در مقام بیان است، باید تخصیصات متعددی بزنیم، چون نه عدد دارد، و نه زمان، و نه اشتراط فحل، و تخصیص اکثر مستهجن است، پس چه بهتر است که بگوییم از نظر شرایط در مقام بیان نیست.

نعم، اگر گفته بود کل ولد ارتضع من امرأه، می‌گفتیم «ارتضع» به یک بار هم صادق است؛ ولی وقتی «الرضاع» می‌گویند، «ال» آن عهد است نه جنس، یعنی «رضاع» معنی معهودی داشته است.

ان قلت: آیا رضاع حقیقت شرعی است یا لغوی؟ اگر بگویید حقیقت شرعی است باید ثابت کنید که شما به دنبال آن نیستید، پس می‌گوییم رضاع حقیقت شرعی ندارد، بلکه حقیقت لغوی عرفیه دارد، در این صورت چرا عام نباشد و شامل همه موارد نشود، الا ما

خرج بالدلیل؟

قلنا: ما عرض نکردیم حقیقت شرعیه دارد؛ ولی می‌گوییم این اطلاق در مقام بیان نیست و روایت ناظر به عناوین محرّمه است و کاری به بیان شرایط ندارد.

الامر الرابع: تأسیس اصل

اصل در مباحث رضاع چیست؟ اگر قاعده را قبول کنیم اصل حرمت است، اما اگر قائل به عمومیت عناوین نباشیم، اصل اباحه است و استصحاب حلیت می‌کنیم، البته این اصالة الاباحه برای کسی است که استصحاب را در شبهات حکمیه جاری بداند و اگر جاری نداند، اصل دیگری (اصالة الحلیة کل شیء لک حلال) جاری است که هم شبهات حکمیه و هم شبهات موضوعیه را شامل می‌شود، پس اگر استصحاب را حجت دانستیم چه بهتر و اگر ندانستیم به اصالة الحلیة تمسک می‌کنیم.

البته مواردی در رضاع داریم که استصحاب جاری نمی‌شود و لو استصحاب را حجت بدانیم، پس مجبوریم سراغ اصالة الحلیة برویم. بعنوان مثال طفلی از زنی شیر می‌خورد، بعد از دوران شیرخوارگی، خدا به این زن دختری می‌دهد؛ در اینجا رضاع جلوتر بوده است و جای استصحاب نیست، چون استصحاب عدم ازلی است، پس به اصالة الحلیة تمسک می‌شود.

هذا کله فی شبهات الحکمیه و امّا در مورد شبهات موضوعیه چه کنیم؟ مثلاً می‌دانیم پانزده بار شیر خوردن کافی است؛ ولی نمی‌دانیم این بچه از این مادر چند بار شیر خورده، در اینجا باز اصالة الحلیة جاری است، پس در هر کجا شک کنیم که رضاع مع الشرائط بوده یا نه همه اینها شبهات موضوعیه هستند و جای تمسک به اصالة الحلیة می‌باشد.

۴ شرایط الرضاع (الاول ...) ۸۰ / ۶ / ۲۱

شرایط باب رضاع:

اشاره

امام (ره) حرمت رضاع را مطرح نکرده، و فقط شرایط آن را بیان می‌کند.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۰

[الاول أن يكون اللبن حاصلًا من وطء جائز شرعی]

اشاره

۱- لبن حاصل از وطی جائز باشد

مرحوم امام (ره) می‌فرماید:

انتشار الحرمة بالرضاع يتوقف على شروط: الاول أن يكون اللبن حاصلًا من وطء جائز شرعی بسبب نکاح أو ملک یمین أو تحلیل أو ما بحکمه کسبق الماء الى فرج حلیته من غیر وطء (جذب ماء بدون دخول به حلیه اش)

و يلحق به وطء الشبهة على الاقوى (غیر زوجه را زوجه خود گمان کرده)

بنابراین اگر بدون تولد ولد و بدون وطی حلال شیر در پستان بیاید، احکام رضاع جاری نمی‌شود ولی اهل سنت فرقی نمی‌گذارند

و اگر خود بخود هم از پستان شیر بیاید، آن را کافی می دانند.

ابن رشد «۱» تصریح می کند که به اعتقاد علمای اهل سنت، لبن از هر جا حاصل شود موجب نشر حرمت می شود، حتی صغیره، یائسه، حامل و، ... علاوه بر این بعضی از علمای عامه معتقدند که اگر شیر را بدوشند و در ظرفی بریزند و بچه یا شخص بزرگسال از آن شیر بخورد، موجب نشر حرمت می شود.

اقوال:

مرحوم شیخ طوسی می فرماید:

إذا درّ (بجوشد) لبن امرأه من غیر ولاده، فارضعت صبیاً صغیراً، لم ینشر الحرمة. و خالف جمیع الفقهاء (عامه) فی ذلك دلیلنا: اجماع الفرقه و اخبارهم. «۲»

مرحوم شهید ثانی می فرماید:

اجمع علمائنا علی انه یشرط فی اللبن المحرم فی الرضاع أن یكون من امرأه عن نکاح. و المراد به هنا الوطاء الصحیح. «۳»

مرحوم شیخ انصاری می فرماید:

الاول أن یكون اللبن عن وطاء صحیح فلو درّ لا- عن وطاء أو عن وطاء بالزنا، لم ینشر علی المعروف بین الاصحاب و حکمی علیه الاجماع فی المدارک عن جماعه منهم جدّه فی المسالک. «۴»

نکته: کتاب مدارک، باب نکاح ندارد و از اول عبادات تا آخر حج است، چگونه شیخ از «مدارک» نقل اجماع می کند؟ در حالی که مسالک از اول معاملات است تا آخر دیات و صاحب مدارک برای تکمیل کتاب جدّ خود، کتابش را از اول عبادات تا آخر حج نوشته است.

کلام شیخ را می توان چنین توجیه کرد که صاحب مدارک کتاب دیگری داشته به نام «نهایه المرام» که مسئله رضاع را متعرض شده و اجماع را در آنجا نقل کرده است، پس در واقع سهو قلم از شیخ است و باید می فرمود صاحب مدارک در نهایه المرام این را گفته است.

صاحب جواهر در شرح کلام محقق می فرماید:

فلو درّ من الامراه من دون نکاح فضلاً عن غيرها من الذکر و البهیمه لم ینشر حرمة بلا خلاف اجده فیه، بل الاجماع بقسمیه (محصل و منقول) علیه. «۵»

نتیجه: مسأله اجمالاً در بین ما اجماعی است، که رضاع باید از وطی شرعی باشد و اصل در موارد شک، حلیت است یعنی مادامی که شیر، از تولّد حاصل از وطی شرعی صحیح نباشد، نشر حرمت نمی شود و قاعده هم در مقام بیان از این جهت نیست.

۵ شرایط الرضاع (الاول ...) ۸۰ / ۶ / ۲۴

ادله:

۱- اصل:

اصل عدم حرمت است الا ما ثبت و قاعده

یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب

هم شامل شرایط نمی‌شود، پس ما هستیم و اصاله الحلیه و رضاع در جایی موجب حرمت است که از وطی جایز شرعی باشد و اگر هم شک کنیم، اصل عدم حرمت است.

۲- اجماع:

مسأله اجمالاً در بین ما اجماعی است که لبن باید از طریق وطی جایز باشد.

۳- روایات:

مهمتر از اصل و اجماع روایات است که دو روایت صریح است و چند روایت هم بالمفهوم دلالت دارند.

* محمد بن یعقوب، عن حمید بن زیاد، عن الحسن بن محمد، عن احمد بن الحسن المیثمی، عن یونس بن یعقوب (رجال سند توثیق شده‌اند)
 عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن امرأة درّ (بجوشد)

لبنها من غیر ولاده فارضعت جاریه و غلاماً من ذلك اللبن هل یحرم بذلك اللبن ما یحرم من الرضاع؟ قال: لا. «۶»

(۱) بدایه المجتهد، ج ۲، ص ۳۱.

(۲) خلاف، کتاب الرضاع، مسئله ۲۲، ج ۵، ص ۱۰۸.

(۳) مسالک، ج ۷، ص ۲۰۷.

(۴) کتاب نکاح، ص ۲۸۹.

(۵) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۶۴.

(۶) باب ۹ از ابواب رضاع، ح ۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۱

سند حدیث خوب و دلالت آن هم صریح است.

اشکال در دلالت حدیث:

از این حدیث استفاده می‌شود که باید ولادتی باشد؛ ولی جایز بودن وطی را نمی‌توان از آن استفاده کرد، و حدیث نسبت به آن ساکت است. پس حدیث اخصّ از مدعاست، چون مدعای ما این است که ولادت از وطی مباح باشد و ولادت از زنا در نشر حرمت کافی نیست.

... عن محمد بن علی بن محبوب، عن عبد الله بن جعفر، عن موسی بن عمر البصری، عن صفوان بن یحیی، عن یعقوب بن شعیب قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام: امرأة درّ لبنها من غیر ولاده فارضعت ذکراً و اناثاً أ یحرم من ذلك ما یحرم من الرضاع؟ فقال لی: لا. «۱»

در سند این حدیث «موسی بن عمر» مجهول الحال است، بعضی از علماء رجال اصلاً اسمی از او نبرده‌اند، حتی به عنوان مجهول الحال و بعضی از او نام برده‌اند؛ ولی نه او را توثیق کرده‌اند و نه تضعیف، و بعضی مثل مرحوم آقای خوئی معتقدند که با «موسی بن عمر بن یزید» متحد است که او نیز مجهول است.

از نظر رجالی این نکته‌ای که ایشان فرموده‌اند قابل بحث است، چون در کتب رجال گفته شده «موسی بن عمر بن یزید کان له

کتاب یروی عنه محمد بن علی بن محبوب»، بنابراین راوی از «موسی بن عمر بن یزید»، «ابن محبوب» است در حالی که در حدیث ما «ابن محبوب» با واسطه «عبد الله بن جعفر» از «موسی بن عمر» نقل می‌کند، بنابراین «موسی بن عمر» نمی‌تواند «موسی بن عمر بن یزید» باشد، پس این حدیث از نظر سند به خاطر مجهول بودن بعضی از روات سند، ضعیف است.

البته صفوان و ابن محبوب از اصحاب اجماع هستند و اگر کسی وجود اصحاب اجماع را در سلسله روات حدیث، موجب تقویت سند بداند، حدیث صحیح‌السند خواهد بود؛ ولی ما قائل به آن نیستیم. بلکه بالاتر از مشهور (بلکه بالاتر از مشهور یعنی اجماع) به این حدیث، سند را تقویت کرد.

و اما از نظر دلالت این حدیث دلالتش خوب است؛ ولی اخص از مدعاست و هر ولادتی را کافی می‌داند، چه از وطی جایز و چه از وطی بالزنا.

دلیل اساسی، این دو روایت است که به دلالت مطابقی دلالت بر فتوای مشهور داشت و روایات دیگری هم وجود دارد که بعضی به آنها هم استدلال کرده‌اند.

□
... عن برید العجلی فی حدیث قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن قول رسول الله صلى الله عليه وآله: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فسر لي ذلك، فقال: كل امرأة أرضعت من لبن فحلها

(ای زوجها)

□
ولد امرأة أخرى من جارية أو غلام فذلك الذي قال رسول الله صلى الله عليه وآله، و كل امرأة أرضعت من لبن فحلين كانا لها واحداً بعد واحد

(اول شوهر کرد و یک فرزند رضاعی داشت و طلاق گرفت و سپس شوهر دیگری کرد و فرزند رضاعی دیگری داشت که در واقع، مادر رضاعی یکی است ولی پدر دو نفر است، آیا در باب رضاع مثل باب نسب اتحاد مادر کافی است؟)
من جارية أو غلام فإن ذلك رضاع ليس بالرضاع الذي قال رسول الله صلى الله عليه وآله «... ۲»

این حدیث به دلالت مطابقی دلالت بر بحث ما ندارد چون اثبات شیء نفی ما عدا نمی‌کند؛ ولی بالمفهوم دلالت دارد به این معنی که بگوییم این حصر است یعنی غیر از این مورد داخل در یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب نیست.

ممکن است ذیل این حدیث سبب شود که بگوییم این روایت، ناظر به مسئله دیگری است یعنی در مقام بیان اتحاد فحل است، نه در مقام بیان اشتراط فحل، (حصول لبن از طریق وطی جایز) پس احتمال دارد که در ناحیه اصل وجود فحل، ساکت باشد و ناظر به در لبن نباشد، با این اشکال ممکن است این روایت و روایات بعد از محل بحث خارج شوند.

در اینجا ممکن است گفته شود که می‌توان به قیاس اولویت تمسک کرد، یعنی اگر مادری از شیر دو پدر، دو بچه را شیر دهد در نشر حرمت کافی نیست، پس به طریق اولی از شیر خودجوش، رضاع حاصل نمی‌شود، بنابراین باب رضاع اتحاد پدر می‌خواهد نه اتحاد مادر.

۶ شرایط الرضاع (الأول ... ۲۵ / ۶ / ۸۰

... عن عبد الله بن سنان

(روایت حدیث همه ثقه هستند)

قال:

□

سألت أبا عبد الله عليه السلام عن لبن الفحل قال: هو ما أرضعت امرأتك من لبنك و لبن ولدك و ولد امرأة أخرى فهو حرام. «۳»

اگر شیر یک شوهر را به این بچه و شیر شوهر دیگر را به بچه

(۱) باب ۹ از ابواب رضاع، ح ۲.

(۲) ح ۱، باب ۶ از ابواب رضاع.

(۳) ح ۴، باب ۶ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۲

دیگر بدهد کافی نیست، پس اتحاد مادر کافی نیست، بلکه اتحاد فحل لازم است.

اشکال: این حدیث ربطی به شرط اول ندارد، چون در مقام بیان، نسبت به وطی جایز شرعی نیست. □

* و بالاسناد، عن ابن محبوب، عن ابی ایوب الخزاز، عن ابن مسکان عن الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يرضع من امرأة و هو غلام أ يحلّ له أن يتزوج أمتها من الرضاعة؟ فقال: إن كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا يحلّ فان كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحلين فلا بأس بذلك. «۱»

در اینجا نیز اگر چه از شیر مربوط به ولادت حلال بحث می کند؛ ولی در مقام بیان چیز دیگری است و کاری به ولد الزنا و یا جوشیدن لبن ندارد.

* و عن عدّه من اصحابنا، عن سهل بن زياد، و عن علي بن ابراهيم، عن أبيه، عن احمد بن محمد بن ابی نصر قال: سألت أبا الحسن

(أبا الحسن الرضا عليه السلام)

عن امرأة ارضعت جارية و لزوجها ابن من غيرها

(پسر و دختر از مادر جدا و پدرشان یکی است)

أ يحلّ للغلام ابن زوجها أن يتزوج الجارية التي ارضعت؟ فقال: اللّبن للفحل «۲»

(اتحاد فحل لازم است).

در سند این حدیث «سهل بن زیاد» است که از نظر ضعف و قوت مشکل دارد، اگر چه در بسیاری از اسناد کافی «سهل بن زیاد» وجود دارد؛ ولی به مجرّد آن نمی توان قناعت کرد، امّا حسن مسأله این است که حدیث سند معتبر دیگری هم دارد که «سهل بن زیاد» در آن نیست.

اشکال قبلی به این روایت هم وارد است که این روایت در مقام بیان نیست و حتّی اگر هم شک کنیم که در مقام بیان است یا نه باز نمی توانیم به آن تمسک کنیم چون در مقام بیان بودن باید احراز شود.

نتیجه: دلیل ما بر این مسأله همان دو روایت است که در باب نهم وجود دارد.

بقی هنا شیء:

کلمه

«اللبن للفحل»

در کلمات فقهاء عامّه و خاصّه وجود دارد، بعید هم نیست که مستند به حدیثی از پیامبر باشد، امّا نکته مهم این است که ما با راهنمایی ائمه علیهم السلام می گوئیم معنی این عبارت این است که لبن برای فحل واحد باشد و تعدّد مادر ضرر نمی زند؛ ولی عامّه می گویند که از طرف مادر محرمیت می آید و از طرف پدر معلوم نیست، مثلاً دو بچه از یک مادر شیر خورده اند و لو پدر هم واحد باشد، رضاع از ناحیه مادر می آید؛ ولی پدر رضاعی، عموی رضاعی وجود ندارد، چون آیه می گوید وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ، و در مقابل بعضی از عامّه می گویند که از ناحیه پدر هم محرمیت می آید، و بسّمونه لبن الفحل، پس ربطی به اتحاد و تعدّد ندارد.

این رشد در کتاب البدایة المجتهد می گوید:

فأنهم اختلفوا فی ذلك (لبن الفحل)، فقال مالک و ابو حنیفه و الشافعی و احمد و الاوزاعی و الثوری: لبن الفحل یحرم (دختر رضاعی بر پدر هم محرم است)، و قالت طائفة لا یحرم لبن الفحل و بالاول (محرمیت از ناحیه پدر) قال علی و ابن عباس، و بالقول الثانی قالت عائشة و ابن الزبیر و ابن عمر. «۳»

در همین کتاب نقل حدیثی از عایشه می کند به این مضمون که مردی اجنبی می خواست وارد خانه عایشه شود. عایشه از پیامبر می پرسد او کیست؟ پیامبر می فرماید عموی رضاعی توست، عایشه می گوید که رضاع در ناحیه مادر است. پیامبر فرمود اشتباه می کنی و از ناحیه پدر هم، محرمیت حاصل می شود، و من العجب که راوی این حدیث عایشه است ولی فتوای خودش بر خلاف این حدیث است.

جمع بندی: ما به صورت اجمال و سر بسته فتوای مشهور را ثابت کردیم که لبن باید از وطی جایز باشد.

صور مسأله:

مسأله دارای شش صورت است:

۱- لبن خودجوش:

یعنی لبن مستند به ولادت نباشد، خواه زن مجرّد باشد یا شوهر دارِ مدخوله و یا شوهر دارِ مدخوله ای که باردار نشده است.

۲- لبن ولد الزنا:

لبن از تولّد باشد ولی از تولّد نامشروع.

۳- لبن تولّد غیر مدخوله:

لبن مربوط به تولّد مشروع است اما دخولی نبوده و سبق الماء بوده است، یعنی نطفه، بر کنار رحم ریخت و جذب رحم شد و بچه ای متولّد گشت.

۴- لبن وطی شبهه:

لبن از ولدی که از وطی شبهه که وطی جایزی است، بوده باشد.

۵- لبن حمل:

لبنی که مستند به ولد و نکاح است؛ ولی هنوز بچه متولّد نشده است.

(۱) ح ۳، باب ۶، از ابواب رضاع.

(۲) ح ۷، باب ۶ از ابواب رضاع.

(۳) بدایة المجتهد، ج ۲، ص ۳۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۳

۶- لبن ولادت بی موقع:

لبنی که مستند به نکاح و وطی جایز باشد، ولی ولادت بی موقع است که این خود سه صورت دارد:

الف: قبل از ولوج روح، که بیچہ زنده نمی ماند.

ب: بعد از ولوج روح و قبل از اکمال ۹ ماهگی، در صورتی که بیچہ زنده نماند.

ج: بعد از ولوج روح و قبل از اکمال ۹ ماهگی، در صورتی که بیچہ زنده بماند.

صورت هفتمی هم وجود دارد که امام در مسئله بعدی آن را ذکر می کند.

لبن بعد از طلاق: و آن جایی است که زن بعد از طلاق شیر دارد و فحلی هم ندارد.

۷ شرایط الرضاع (الاؤل ...) ۸۰ / ۶ / ۲۶

حکم صور مسأله:

صورت اول:

قدر متیقن روایات در لبن در جایی است که بدون ولادت و وطی، شیر در پستان زن بجوشد که گاهی خودبخود و گاهی به جهت اعمالی که انجام می دهند شیر از پستان می جوشد.

صورت دوم:

اشاره

که شیر ولد الزنا است. در اینجا صاحب جواهر «۱» ادعای اجماع (محصل و منقول) بر حلیت و عدم محرمت می کند.

مرحوم نراقی می فرماید:

فلا يحصل الرضاع المحرم للنکاح باللبن الحادث من الزنی، اجماعاً محققاً، و محکیاً فی السرائر و التذکره و شرحی القواعد للمحقق الثانی و الہندی (فاضل ہندی در کشف اللثام) و شرح النافع للسید (ریاض) و المفاتیح (فیض کاشانی) و شرحه، و ظاہر المسالک و الکفایہ (سبزواری) و غیر ذلک «۲».

«ابن جنید اسکافی» از علمای شیعه لبن ولد الزنا را کافی می داند و می گوید برای محرمت از طرف مادر (زانیہ) کافی است، ولی به مخالفت او اعتنا نکرده اند.

صاحب جواهر از قول ابن جنید این عبارت را نقل می کند:

فما عن ابن الجنید من انها لو ارضعت بلبن حمل من زنا حرمت و اهلها علی المرتضع، و کان تجنبہ اهل الزانی احوط و اولی فی غیر محلّه «۳».

عجیب است که ایشان لبن زنا را از یک سو (از طرف مادر) محرم دانسته است.

نتیجه: مسأله اجماعی است و مخالفی غیر از ابن جنید ندارد.

ادلّه قائلین به عدم محرمت:

اشاره

کسانی که شیر ولد الزنا را در محرّمیت به سبب رضاع کافی نمی‌دانند به چند دلیل تمسک جسته‌اند:

۱- اصل:

اصل عدم حرمت است. آیا تمسک به اصل در اینجا صحیح است؟ این اصل در مقابل قاعده است و چون قاعده می‌گوید یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب، ولد الزنا (نسب غیر شرعی) هم احکام محرّمیت دارد و فقط ارث ندارد، پس مشمول قاعده است و این اصل در مقابل قاعده نمی‌تواند بایستد.

۲- روایت:

الف: روایاتی که در مورد لبن فجور وارد شده است

* دعائم الاسلام: عن جعفر بن محمد علیه السلام، أنّه قال: لبن الحرام لا یحرّم الحلال، و مثل ذلك امرأة أرضعت لبن زوجها ثم أرضعت لبن فجور (زنا)

، قال: و من أرضع من فجور لبن صبیّه، لم یحرم من نکاحها، لأنّ اللبن الحرام لا یحرّم الحلال (۴).
دلالت روایت صریح است که لبن حرام تأثیری ندارد؛ ولی سند آن ضعیف است. البتّه در این مسأله ضعف سند مشکلی ایجاد نمی‌کند، زیرا با عمل اصحاب (شهرت) ضعف سند جبران می‌شود.

ب: روایات اتحاد فحل

روایاتی که تعبیر به

«لبن الفحل»

می‌کرد که فحل به معنی شوهر است نه زانی، بخصوص که می‌گفت

«من لبن امرأتک»

، که ظاهر اینها شیر حلال است.

ولی اگر ما معتقد شدیم که روایات «لبن الفحل» ناظر به مسئله دیگری است و کاری به لبن حلال و حرام و درّ لبن ندارد و می‌خواهد بگوید که اگر دو پدر باشد و یک مادر رضاعی، بچه‌ها به هم محرم نمی‌شوند، در این صورت این دلیل کافی نخواهد بود.

۳- انصراف ادلّه حرمت:

«یحرم من الرضاع»

انصراف به شیر حلال دارد و یا «أُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ» یعنی مادری که از راه حلال شیر بدهد. ممکن است که در مقابل گفته شود، ادلّه مطلق است؛ ولی ما می‌گوییم که غلبه با ولد حلال است و غلبه باعث انصراف ذهن به فرد غالب می‌شود، در مقابل ما کسانی هستند که می‌گویند غلبه موجب

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۶۵.

(۲) مستند نراقی، ج ۱۶، ص ۲۳۱.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۶۴.

(۴) مستدرک، ج ۱۴، ح ۱، باب ۱۱ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۴

انصراف نمی‌شود.

جمع بندی ادله: مهمترین این ادله همان روایت دعائم الاسلام است که منجبر به عمل اصحاب بود.

ادله قائلین به محرّمیت:

اشاره

ابن جنید که می‌گوید محرّمیت از طرف مادر حاصل می‌شود به دو دلیل تمسک کرده است:

۱- اطلاق ادله:

یعنی

«یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»

اطلاق دارد.

جواب: این اطلاق به ادله‌ای که می‌گوید نشر حرمت نمی‌شود، تخصیص می‌خورد.

۲- تکوینی بودن رضاع:

مسئله رضاع یک مسئله تکوینی است یعنی گوشت و پوست بچه از شیر مادر رشد کرده، خواه شیر حلال باشد، یا حرام، به این معنی که بچه از این شیر تغذیه کرده و جزئی از بدن مادر شده، پس چگونه با مادر ازدواج کند، بنابراین رضاع امر تکوینی است و حلال و حرام در آن تأثیری ندارد.

جواب: این در واقع یک استحسان نادرست است، چون موارد زیادی است که این استحسان هست؛ ولی حکم به حرمت نمی‌شود مثلاً در لبن خودجوش، با این که این استحسان هست، همه می‌گویند حرمت نمی‌آورد. معلوم می‌شود که قانون تکوینی محض نیست. مثال دیگر در تعدد فحل نیز انبات لحم و اشتداد عظم (استحسان) هست؛ ولی مشهور فتوا می‌دهند که کافی نیست و حرام نمی‌شود. حال فرض کنیم که به مادر محرم شود، چرا دو بچه با هم محرم نمی‌شوند؟ پس معلوم می‌شود که چیزی ماورای تکوین است. مثال سوم شیر خوردن بعد از دو سال است که با اینکه اشتداد عظم و انبات لحم هم شده است، محرّمیت حاصل نمی‌شود.

نتیجه: در حرمت باب رضاع اگر تکوین هم مؤثر باشد حکمت است نه علت، و حکمت هم جزء علت است نه تمام علت.

شرایط الرضاع (الأول ...) ۲۷ / ۶ / ۸۰

صورت سوم: ولادت ناشی از سبق ماء باشد، من غیر دخول.

مثلاً ماء رجل بدون دخول، به زوجه حلال خودش رسیده است، اگر بچه‌ای به این طریق متولد شود و با لبن این بچه، بچه دیگری را

شیر دهند، آیا محرّمیت حاصل می‌شود؟

ظاهر کلام بعضی از اصحاب این است که سبق ماء کفایت نمی‌کند و باید ولادت حاصل از دخول باشد. ما دلیلی بر این شرط (دخول) نداریم و چنین قیدی بدون دلیل است، زیرا:

اولاً: به فرض، که روایتی دخول را گفته باشد، می‌توانیم الغاء خصوصیت کنیم، چون می‌دانیم این فرد غالب است و شرط نیست. در ناحیه الغاء خصوصیت نظایر زیادی در فقه داریم مثلاً در شکوک داریم «رجل شکک» در حالی که این شکوک در ناحیه «مرأه» هم جاری است و «رجل» از باب مثال، سؤال یا غلبه بوده و الغاء خصوصیت کرده؛ و در مورد مرأه هم احکام شک را جاری می‌دانیم.

البته حدیثی نداریم که شرط دخول کند، بلکه می‌گوید

«یحرم من الرضاع، ما یحرم من النسب»

و بچه‌ای که از راه سبق ماء متولد شده، نسب صحیح دارد و همان گونه که با خواهر و برادرهای خودش محرم است بچه‌ای هم که از شیر او بخورد، احکام رضاع جاری می‌شود.

ثانیاً: روایاتی «۱» هم داشتیم که می‌فرمود

«إذا درّ لبنها من غیر ولادة»

و معیار را ولادت گرفته بود، نه دخول و مفهوم «من غیر ولادة» این است که ان کان من الولادة تنشر الحرمه و فرق نمی‌کند که ولادت از ناحیه دخول باشد، یا از ناحیه سبق الماء.

نکته: اگر کسی کلامی بگوید که دارای مفهوم باشد، آیا به اطلاق مفهوم، مثل اطلاق منطوق می‌توان عمل کرد؟ مثلاً کسی به دیگری می‌گوید الغنم ان کان صائمه له زکاة، آیا غیر صائمه در هیچ حالی زکات ندارد یا فی الجملة زکات ندارد و یا ناظر به اطلاق مفهوم نیست؟

در ما نحن فیه ممکن است کسی بگوید «من غیر ولادة» در مقام بیان درّ لبن است، و ممکن است ولادت قید و شرطهایی داشته باشد، پس تمسک به مفهوم روایات درّ لبن در صورتی جائز است که قائل به اطلاق مفهوم باشیم، و هذا اول الکلام، مگر این که احراز کنیم متکلم در مقام بیان اطلاق مفهوم و منطوق است که در ما نحن فیه کار آسانی نیست. به عبارت دیگر روایاتی که می‌گوید «من غیر ولادة، من لبنک»، در مقام بیان از ناحیه دخول و سبق ماء نیست.

اگر دلیل دوم را منکر شوید دلیل ما منحصر می‌شود در دلیل اول که الغاء خصوصیت بود.

نتیجه: در صورت سوم، قائل به نشر حرمت می‌شویم.

بعضی از معاصرین برای اثبات این مسأله به روایاتی استناد کرده‌اند به این مضمون که در زمان حضرت علی علیه السلام و عثمان

(۱) ح ۱ و ۲ باب ۹ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۵

پیرمردی شکایت کرد که زنی باکره گرفته و در او تصرّف نکرده‌ام؛ ولی بچه‌دار شده است. بعد از بررسی معلوم شد باکره است، خواستند او را حدّ بزنند، حضرت به پیرمرد فرمود: آیا سبق مائی شده؟ گفت بله، حضرت فرمودند: همان ماء جذب او شده و این فرزند برای توست. استناد به این روایت را در باب رضاع نمی‌پذیریم چون روایات ثابت می‌کند که ولد برای اوست، و نمی‌گوید ملحق به رضاع است. پس این دو حدیث فقط الحاق نسب را می‌گوید یعنی دخول، شرط نسب نیست نه اینکه دخول شرط رضاع نیست.

صورت چهارم: وطی به شبهه در جایی است که کسی غیر زوجه‌اش را به زوجه‌اش اشتباه کند،

اشاره

که گاه در مصداق خارجی اشتباه می‌کرد و گاه در حکم خدا، مثلاً فکر می‌کند که نکاح در عده جایز است و یا کسی ندانسته، خواهر رضاعی خود را عقد کرد.

همه اینها وطی شبهه است یعنی به گمان حلّیت وطی شده که در این صورت قطعاً فرزند حلال زاده است، آیا احکام رضاع هم دارد؟

اقوال:

مشهور این است که ولد شبهه ملحق است به ولد نکاح؛ ولی بعضی مخالفت کرده و ولد شبهه را ملحق ندانسته‌اند. مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

ظاهر اکثر علما الحاق به ولد نکاح است؛ بلکه خلافی هم در این مسأله ندیده‌ایم، بعد در ادامه می‌فرماید:
فان الظاهر المحکی عن الحلّی التردّد. «۱»

مرحوم نراقی ابتداءً عنوان می‌کند که آیا حرمت به لبنی که از وطی شبهه حاصل شده ایجاد می‌شود؟ بعد کلام حلّی را نقل کرده و می‌فرماید:

و يظهر نوع میل الیه من المسالک و الکفایه. «۲»

پس مخالف ابن ادریس است و شهید ثانی و سبزواری به این قول تمایل دارند.

ابن ادریس در ابتداءً می‌گوید که این حکم، خاص ولد نکاح است چون ولد شبهه به حکم نکاح فاسد است بعد می‌گوید:
ان قلنا فی وطء الشبهه بالتحريم، کان قویاً... و لی فی ذلک نظر و تأمل. «۳»

این تغییر نظریه ممکن است نتیجه چند روز مطالعه و بررسی باشد که وقتی به نتیجه نرسیده، «فی ذلک نظر و تأمل» می‌گوید. نتیجه: آخرین نظر حلّی در این مسأله تردید است؛ ولی ما و اکثریت می‌گوییم که حق با الحاق است و رضاع، صحیح است.

ادله:

۱- استقراء:

تمام احکام ولد در ولد شبهه وجود دارد، و در تمام فقه نمی‌توانیم حکمی پیدا کنیم که ولد نکاح داشته باشد و ولد شبهه نداشته باشد (ارث، محرمیت، ولایت، حضانت) ... پس وقتی تمام احکام هست بعید است که رضاع نباشد، و اگر بگویید استقراء است و مفید علم نیست به جای آن الغاء خصوصیت می‌کنیم.

۲- اطلاقات:

مفهوم اطلاقات «ولدک من غیر ولاده» و

«یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»

این فرد را شامل می‌شود، چون احکام نسبی در ولد شبهه هست پس احکام رضاعی هم هست، مگر اینکه بگویید ولد شبهه فرد نادر است و معمولاً چنین اشتباهی رخ نمی‌دهد و اطلاقات شامل فرد نادر نمی‌شود.

دلیل سوّمی هم صاحب جواهر آورده که دلیل عجیبی است:

صغری: فرزندان اهل کتاب عموماً ولد شبهه هستند چون نکاحشان نکاح شبهه است؛ ولی حلال زاده هستند.

کبری: اگر در حال کفر شیر دادند و بعد مسلمان شدند، احکام رضاع در مورد آنها جاری می‌شود.

نتیجه: ولد شبهه فرد نادر نیست چون تمام کفار اهل کتاب و غیر کتاب ولد شبهه هستند، پس باید قبول کنیم که وطی به شبهه باعث جریان احکام رضاع می‌شود.

جواب: اولاً می‌دانیم

«لکل قوم نکاح»

، پس نکاح آنها وطی به شبهه نیست و شارع مقدّس نکاح آنها را امضاء کرده است. حتّی نکاح مجوس را که ازدواج با اخوات و امهات را جایز می‌دانند شارع امضا کرده است (البته مجوس امروز آن را انکار می‌کنند).

ثانیاً: چرا نکاح اینها باطل باشد، نکاح شرایط خاصی ندارد و فقط یک انشاء می‌خواهد و غیر از طلاق است که شرایط خاص می‌خواهد (شاهدین، طهر غیر موقع)، ... حتّی ما در نکاح عربیت و عدم کفایت کتابت را احتیاطاً می‌گوییم، پس دلیلی بر بطلان نکاح آنها نداریم و طبق موازین اسلام، نکاح آنها هم صحیح است.

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۶۶.

(۲) مستند، ج ۱۶، ص ۲۳۲.

(۳) سرائر، ج ۲، ص ۵۵۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۶

۹ شرایط الرضاع (الاول ...) ۸۰ / ۶ / ۲۸

ان قلت: این احادیث دلیل بر امضاء نکاح آنها نیست، و فرزندان آنان اولاد شبهه هستند، چون این احادیث در مورد نفی حدّ زنا و نفی قذف بر آنان، وارد شده است، نه اینکه نکاحشان امضاء شده باشد، پس این احادیث ربطی به بحث ما ندارد.

قلنا: کسی که این سخن را گفته، احادیث این باب را با دقت ندیده است، چون احادیث یکی و دو تا نیست و کاری به زنا و قذف ندارد، این احادیث در دو جا وارد شده است یکی در باب ۸۳ از ابواب نکاح عیید و اماء و دیگری در باب اول از ابواب حدّ قذف. ...* عن ابی بصیر، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: کلّ قوم يعرفون النکاح من السفاح فنکاحهم جائز «۱».

بله اگر قومی تابع هرج و مرج جنسی باشند، نکاح آنها قابل قبول نیست؛ ولی کسانی که فرق می‌گذارند، نکاحشان مورد قبول است، که به معنی برسمیت شناختن نکاح آنها است.

صورت پنجم: لبن حاصل از وطی جایز شرعی باشد و لکن مع الحمل و قبل الولادة. آیا در این صورت محرّمیت حاصل می‌شود؟

اقوال:

اشاره

اقوال مختلف است و خیلی‌ها هم سراغ این مسأله نرفته‌اند.

مرحوم امام حمل را کافی نمی‌داند و می‌فرماید: ولادت شرط است و الا نشر حرمت نمی‌شود.

قبل از امام مرحوم علامه در تحریر همین مطلب را دارد ولی در کتاب قواعد، لبن حمل را کافی می‌داند.

شیخ انصاری می‌فرماید:

هل يعتبر انفصال الولد أو يكفى الحمل؟ وجهان، بل قولان، اختار العلامه أولهما في التحرير و ثانيهما (ولادت شرط نیست) في القواعد و هو الاظهر. «۲»
 مرحوم صاحب حدائق نیز قول اول را پذیرفته است ولی شیخ در مبسوط قول دوم را اختیار کرده است، به هر حال در این مسأله دو قول وجود دارد.

دلیل قول اول (شرط ولادت): روایات در لبن

«امرأة در لبنها من غير ولادة» «۳»

بدون ولادت دو فرد دارد، ممکن است شوهر نداشته باشد و شیر در پستانش پیدا شود و ممکن است زن شوهردار، در حال حمل باشد چون به او هم در لبنها من غير ولادة صادق است. اگر بپذیریم که این روایت دلالت دارد، در این صورت اطلاقات را تخصیص می‌زند، حتی می‌توان گفت لبن خودجوش کم است، ولی لبن در حال حمل زیاد است، پس اصراری نداریم که روایت «من غير ولادة» را در مورد زن بدون حمل بدانیم که فرد نادر است.
 نتیجه: حق با امام و مرحوم علامه در تحریر است که فرموده‌اند، شیر بدون ولادت باعث نشر حرمت نمی‌شود.

ادله قول دوم (عدم شرط ولادت):

1- اطلاقات

«يحرم من الرضاع» ...

و «أُمَّهَاتُكُمْ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ» هیچ یک ولادت را شرط نمی‌داند.

جواب: معلوم نیست اطلاقات در مقام بیان باشد و این فرد نادر است.

2- روایات فحل:

صحيحه بريد بن معاوية العجلي که می‌فرمود:

«كل امرأة أرضعت من لبن فحلها» «... ۴»

که این باعث نشر حرمت است، آیا بچه‌ای که در رحم مادر است از این شوهر نیست؟ معیار لبن فحل است و در اینجا لبن فحل صدق می‌کند، پس کافی است و همچنین است روایات دیگر این باب.

جواب: این دلیل هم قابل خدشه است، چون روایات باب فحل ممکن است ناظر به این امور نباشد، بلکه در مقام بیان عدم کفایت فحلین است، پس باید فحل واحد باشد.

نتیجه: هر دو دلیل قابل خدشه است.

۱۰ شرایط الرضاع (الأول ...) ۸۰ / ۶ / ۳۱

بعضی به روایت «عبد الله بن سنان» از روایات فحل برای شرط بودن ولادت استدلال کرده‌اند که روایت این بود:

... قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن لبن الفحل قال: هو ما أرضعت امرأتك من لبنك و لبن ولدك و ولد امرأة اخرى فهو

حرام «۵».

روایت تعبیر به «لبن ولدك» دارد و «ولد» هم به حمل

(۱) ح ۳، باب ۸۳ از ابواب نکاح عیید و اماء.

(۲) کتاب النکاح، ص ۲۹۱.

(۳) ح ۱ و ۲، باب ۹ از ابواب رضاع.

(۴) ح ۱، باب ۶ از ابواب رضاع.

(۵) ح ۴، باب ۶ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۷

نمی‌گویند و ظاهر این است که باید بچه متولد شده باشد، پس شیر مقارن با حمل فایده‌ای ندارد و نشر حرمت نمی‌کند. بنابراین که روایت در مقام بیان چنین مواردی باشد، استدلال بدی نیست.

ان قلت: به بچه در شکم هم «ولد» می‌گویند و شاهی برای آن وجود دارد در کتاب لعان، در جایی که مرد می‌گوید بچه‌ای که در شکم این زن است، بچه من نیست، در این صورت فقهاء می‌گویند که این مرد نفی ولد می‌کند قبل از تضع حملها، پس معلوم می‌شود که «ولد» به بچه‌ای که در شکم است اطلاق می‌شود.

قلنا: به نظر می‌رسد، این اطلاقات مجازی است و به بچه در شکم به علاقه اول و مشارف مجازاً «ولد» می‌گویند.

سَلَمْنَا، که بگوئیم حمل هم ولد است، باید حملی باشد که کامل شده و ولوج روح شده باشد.

صورت ششم: آنجایی که بعد از ولادت باشد که خود دارای چهار حالت است:

حالت اول: بچه متولد شده در حالت علقه و مضغه است و هنوز کمال صورت و ولوج روح، نشده است و به یقین ولادتی که ما می‌خواهیم نیست و صدق بچه نمی‌کند.

حالت دوم: بچه کامل و ولوج روح هم شده؛ ولی مرده متولد شده است، در اینجا صدق ولادت می‌کند و در نشر حرمت حیات شرط نیست.

حالت سوم: آنجایی که بچه کامل و زنده متولد شده؛ ولی در سن «من لا یعیش» است، در اینجا نیز تولد صادق است و نشر حرمت می‌کند.

حالت چهارم: بچه کامل متولد شده و زنده می‌ماند و در سن «من یعیش» است، که قدر متیقن و مسلم است و بحثی ندارد، چون اگر ما ولادت را هم لازم بدانیم که ما اینک ما لازم دانستیم، ولادت حاصل شده است.

نتیجه: در صورت ششم فقط در یک حالت نشر حرمت نمی‌شود و آن در صورتی است که بچه قبل از کامل شدن و ولوج روح بدنیا بیاید (حالت اول).

خلاصه: آنچه امام در تحریر الوسيله بیان کرده‌اند، جز در یک مورد، با بقیه موافقیم:

فلو درّ اللبن من المرأة من دون نکاح و ما يلحق به لم ينشر الحرمة (با امام موافقیم)

، و کذا لو كان من دون وطء و ما يلحق به و لو مع النکاح (امام سبق الماء را کافی ندانسته‌اند؛ ولی ما نپذیرفتیم و گفتیم عرف، الغاء خصوصیت می‌کند و فرقی بین دخول با سبق ماء نمی‌گذارد)

، و کذا لو كان اللبن من الزنا، بل الظاهر اعتبار كون الدر بعد الولادة (که امام حمل را کافی نمی‌داند)،

فلو درّ من غير ولادة و لو مع الحمل لم تنشر به الحرمة على الاقوى. □

صوری هم ما در لابه‌لای بحث اضافه کردیم که امام در تحریر نفرموده‌اند.

الامر الاول: اگر بچه از طریق «سزارین» متولد شود

(من طریق شق البطن) و شیر هم در پستان باشد، آیا باعث نشر حرمت می‌شود؟
اطلاقات اینها را نمی‌گیرد؛ ولی ما می‌گوییم که الغاء خصوصیت می‌کنیم و وضع حمل طبیعی و سزارین را یکی می‌دانیم، کما اینکه در باب نفاس هم می‌گوییم: خونی که بعد از سزارین از موضع مخصوص دفع می‌شود، احکام نفاس را دارد، البتّه اگر در سزارین هیچ خونی از موضع مخصوص دفع نشد جای بحث دارد.

الامر الثانی: اگر از طریق «استنساخ» (شبه‌سازی) بچه‌ای متولد و شیر هم حاصل شود

و از شیر آن، بچه دیگری را هم شیر دهند، آیا احکام رضاع جاری است؟
ظاهر ادله این است که باید پای فحل در میان باشد و ولادت از نکاح باشد (بچه زنا را هم کافی ندانستیم) پس این شیر، شیر فحل نیست و مستند به شبهه‌سازی است. اگر به روایات فحل اشکال شود که در مقام بیان نیست، می‌گوییم این فرد نادری است و اطلاقات ادله هم شامل آن نمی‌شود، حتّی این شیر، شیر مادر هم نیست، چون این زن، مادر او نیست و در واقع محیط پرورش و «مادرِ جانشین» است.

الامر الثالث: اگر کشتِ نطفه در رحم کنند (زرع) سه حالت دارد:

۱- نطفه مرد بیگانه‌ای را به این زن تزریق کنند و با نطفه او ترکیب شود. این حالت حرام است و فرقی با ولد زنا ندارد، چون مستند به نکاح نیست، پس همان گونه که ولد نامشروع نشر حرمت نمی‌کند، این فرزند هم مثل فرزند نامشروع است.
۲- نطفه زن و شوهری را در بیرون رحم با هم ترکیب (چون درون رحم ضعیف است و نمی‌تواند بچه را نگهدارد) و در فرد ثالثی کشت دهند، بنابراین ترکیب نطفه حلال و بچه حلال زاده و برای صاحب نطفه است و دلیلی بر حرمت این کار نداریم؛ ولی شیری که از این زن بوجود می‌آید، شیر مادر نیست و آثار حرمت کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۸
بر آن جاری نمی‌شود و مثل شیری است که از درّ لبن حاصل شده باشد.

۳- نطفه شوهر را در رحم همسر او کشت کنند یا بیرون رحم ترکیب کرده و بعد از تقویت در رحم مادر قرار دهند؛ این اشکالی ندارد، چون نطفه برای فحل است که با نطفه زن او ترکیب کرده و در رحمش قرار داده‌اند.
نکته: این موارد مستلزم لمس و نظر حرام است و به همین جهت در غیر موارد ضرورت جایز نیست.

ان قلت: چرا در ابواب بیع می‌گویند عقود مستحدثه مثل بیمه و یا بیع زمانی (که خانه‌ای را در طول سال به عنوان مثال به دوازده نفر می‌فروشند و هر یک در یک ماه مالک آن خانه هستند) مشمول «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هستند در حالی که در سابق چنین بیعهایی نبود.

قلنا: باب معاملات امضاء شارع دارد و باب رضاع یک تعبیر است، در باب معاملات شارع اصولی را شرط کرده و به جزئیات آن کاری ندارد مثلاً نباید معامله اجباری باشد (تِبْجَارَةٌ عَنْ تِرَاضٍ)، مورد معامله نباید مال صغیر و مجنون باشد (فَإِنْ أَنْشَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ)، معامله نباید غرری و مجهول باشد

(نهی النبی عن الغرر)

، معامله به چیزهایی تعلق نگیرد که استفاده از آن حرام است

(ان الله اذا حرّم شيئاً حرّم ثمنه)

، و جزئیات معاملات را به عقلا واگذار کرده است و لذا می‌گوییم در باب بیمه هم باید آن اصول کلی حاکم باشد (بیمه‌کننده، بیمه شونده، چیزی که بیمه می‌شود، مقدار بیمه) ... ولی باب رضاع تعبّد است و یک برنامه امضائی در بین عقلا نیست به همین جهت شارع جزئیات را تعیین کرده است نه فقط اصول آن را.

[مسئله ۱ (عدم اعتبار بقاء الزوجیه فی نشر الحرمة)]

اشاره

۱۱ مسئله ۱ (عدم اعتبار بقاء الزوجیه فی نشر الحرمة ...) ۸۰ / ۷ / ۱

بعد از بیان مقدمات مسئله رضاع در باب نکاح، سراغ مسئله اولی می‌رویم:

مسئله ۱: لا يعتبر فی النشر بقاء المرأة فی حبال الرّجل (مردن شوهر و طلاق تأثیری ندارد)

، فلو طلقها الزوج أو مات عنها و هی حاملٌ منه أو مرضعةً فارضعت ولداً نشر الحرمة (و لو الان فحلی ندارد ولی این شیر از فحل است)

، و ان تزوّجت و دخل بها الزوج الثانی و لم تحمّل منه أو حملت منه و كان اللبن بحاله لم ينقطع و لم تحدث فيه زیاده، بل مع حدوثها اذا احتمل كونه للاول.

عنوان مسأله:

امام در مسئله نشر حرمت از طریق رضاع، نسبت به بقاء زوجیت چهار صورت را بیان می‌کند:

۱- در حالی که شیر داشت، طلاق گرفت.

۲- در حالی که شیر داشت، طلاق گرفت و ازدواج کرد؛ ولی باردار نشد.

۳- شوهر کرده، باردار شد؛ ولی شیر اضافه نشد.

۴- شوهر کرده، باردار شد و شیر اضافه شد؛ ولی احتمال دارد برای این حمل نباشد.

امام صورتی را که بیجه دوم را وضع حمل کرده نگفته است، که در این صورت شیر برای بیجه دوم است و نسبت به بیجه دوم، نشر حرمت می‌شود.

اقوال:

این مسأله را فقهای شیعه و سنی متعرض شده‌اند و صوری برای آن ذکر کرده‌اند، مرحوم صاحب جواهر، محقق در شرایع و صاحب مسالک، همه، این مسأله را آورده‌اند و بهتر از همه، محقق ثانی در جامع المقاصد، شقوق مسأله را بیان کرده است. در بین اهل سنت هم ابن قدامه «۱» صور مسأله را ذکر کرده است.

خلاصه کلام محقق ثانی در جامع المقاصد «۲» چنین است:

۱- زن طلاق گرفته و رضاع قبل از آن باشد که زن شوهر کند.

۲- زن طلاق گرفت و شوهر کرد؛ ولی از شوهر دوم باردار نشد و شیر سابق ادامه داشته و با آن بیجه‌ای را شیر داد.

۳- زن بعد از طلاق شوهر کرد و حامل شد؛ ولی ولادت حاصل نشد و شیر هم زیاد نشده باشد.

۴- زن بعد از طلاق شوهر کرده و باردار شد و شیر هم اضافه شده باشد.

۵- زن بعد از طلاق شوهر کرده و باردار شد؛ ولی شیر قطع شده و بعد از مدتی دوباره به جریان درآمد.

۶- زن بعد از طلاق شوهر کرده و باردار شد و وضع حمل کرد که احتمال دارد مقداری از شیر، ادامه شیر سابق باشد و مقداری از آن شیر جدید باشد.

دلیل: عمومات، اطلاعات و اصول عملیه

در این مسأله نصّ خاصی نداریم و فقط ادّعی اجماع و اصول

(۱) مغنی، ج ۹، ص ۲۰۸.

(۲) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۲۰۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۹

و قواعد است که بر اساس آن فتوی داده‌اند. ادّعی اجماع هم چیزی نیست که بتوان به آن دلگرم بود، چون ظاهراً مدرک مجمعین همین عمومات و اطلاعات و اصول عملیه است؛ پس اجماع مدرکی است (عامه هم ادّعی اجماع کرده‌اند). اصل عملی که در اینجا جاری می‌شود، «استصحاب» است (استصحاب بقاء شیر شوهر سابق) و اگر شیر قطع شود و دوباره بیاید «اصالة الحلیة» جاری می‌شود (اصل عدم نشر حرمت است).

سؤال: آیا استصحاب در امور تدریجیه جایز است؟ امور تدریجیه چیزهایی است که شیئاً فشیئاً جریان دارد چون این شیری که الآن جریان دارد غیر از شیری است که قبلاً می‌آمد و هکذا سایر امور تدریجیه.

جواب: در استصحاب، بقاء موضوع شرط است. اگر به دقت عقلیه بخواهیم موضوع را بررسی کنیم، موضوع عوض شده و این لبن غیر از لبن دیروز است؛ ولی اگر به دقت عرفی به مسأله نگاه کنیم، امر تدریجی، یک شیء واحد است و لو در بستر زمان اجزاء آن در حال تغییر است و اگر قائل به حرکت جوهری باشیم تمام ذرات در حال حرکت است و دائماً نو می‌شود.

هر زمان نو می‌شود عالم و ما بی‌خبر از نو شدن اندر بقا

شد مبدل آب این جو چند بار عکس ماه و عکس اختر برقرار

این دقت‌های عقلی در فقه و اصول نیست و مبنای فقه و اصول بر عرف است، بنابراین استصحاب در اینجا مشکلی ندارد چون وحدت موضوع باید به نظر عرف باشد و عرف در اینجا موضوع را واحد می‌داند.

حکم صور مسأله:

اشاره

اکنون نشر حرمت از طریق رضاع را در هر یک از صور شش گانه بیان می‌کنیم.

حکم صورت اول و دوم:

در این دو صورت معلوم است که این شیر، ادامه شیر ولد سابق است و اگر بچه‌ای را شیر دهد، نسبت به ولد و شوهر سابق احکام رضاع جاری است، چون دلیلی بر لزوم بقاء زوجیت نداریم.

اطلاقات می‌گویند

«ولد الفحل»

و یا

«یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»

یا

«در اللبن بعد الولادة»

که این اطلاقات اینجا را شامل می‌شود.

حکم صورت سوم:

اگر بعد از طلاق ازدواج کرد و حامل شد؛ ولی ولادت حاصل نشد و شیر هم اضافه نشد، ما باشیم و ظاهر حال، (ظهوری که نزد عقلا حجت است) می‌گوییم این شیر برای شوهر اول است و برای حمل نیست، پس نسبت به شوهر اول نشر حرمت می‌کند؛ و دلیل ما همان عمومات و اطلاقات و ظاهر حال است.

حکم صورت چهارم:

زن، شوهر کرد و باردار شد و شیر اضافه شد، در اینجا نیز حکم کرده‌اند که شیر مربوط به شوهر اول است. ان قلت: نوسان شیر دلالت دارد که شیر برای حمل است.

قلنا: شک داریم که برای حمل است، حکم حالت سابقه را استصحاب می‌کنیم و کم و زیاد شدن شیر از قبیل تبدل حالات است، نه تبدل موضوع. پس در اینجا نیز نسبت به شوهر اول و ولد اول احکام رضاع جاری می‌شود.

در اینجا محقق ثانی قولی به تفصیل از شافعی نقل می‌کند که اگر بعد از چهل روز لبن اضافه شد (چهل روز از حمل جدید بگذرد) این اضافه برای حمل است و در واقع شیر مخلوط می‌شود و برای هر دو شوهر است.

این حرف تمامی نیست و یک استحسان و دلیل ظنی است و هیچ مأخذی ندارد و در مقابل استصحاب نمی‌تواند بایستد، مگر این که یقین پیدا کنید که شیر مخلوط شده و برای هر دو شوهر است، در این صورت اگر ولادت را شرط بدانیم (که می‌دانیم) نسبت به دومی نشر حرمت نمی‌شود؛ ولی نسبت به اولی احکام رضاع جاری است؛ ولی اگر حمل را کافی دانستیم در این صورت نسبت به هر دو نشر حرمت می‌شود.

حکم صورت پنجم:

اگر زن شوهر کرد و حامل شد و شیر قطع شده (مدت طولانی) و دوباره بجریان درآید، در این صورت احتمال می‌دهیم که شیر اولی قطع شده است و برگشت شیر هم برای حمل است، پس جای استصحاب نیست و نشر حرمت نسبت به شوهر اول نمی‌شود و نسبت به شوهر دوم اگر ولادت را شرط ندانیم نشر حرمت می‌شود، و اگر ولادت را شرط بدانیم (که می‌دانیم) نشر حرمت نمی‌شود.

حکم صورت ششم:

اگر زن شوهر کرد و حامل شد و بعد از وضع حمل، شیر شوهر اول به شیر شوهر دوم متصل شد، بعید است استصحاب را جاری

بدانیم، لأن الموضوع تبدل و شیر عوض شده و ظاهر حال این است که شیر برای شوهر دوّم است. در اینجا مشهور و معروف بلکه ادعای اجماع هم از شیعه و سنی شده، که شیر برای شوهر دوّم است و نشر حرمت نسبت به شوهر دوّم می‌شود و این احتمال که شیر برای شوهر اوّل باشد، قابل قبول نیست، چون خلاف ظاهر حال است.

[الثانی: أن یکون شرب اللبن بالامتصاص من الثدي]

اشاره

۱۲ شرایط الرضاع (الثانی ... ۸۰ / ۷ / ۲)

بحث در شرط اوّل از شرائط نشر حرمت به وسیله رضاع تمام شد و اما شرط دوّم:

الثانی: أن یکون شرب اللبن بالامتصاص من الثدي، فلو وُجِر (بریزند)

فی حلقه اللبن أو شرب المحلوب (دوشیده شده)

من المرأة لم ینشر الحرمة.

اقوال:

آنچه که از کلمات علمای خاصه استفاده می‌شود، مشهور و معروف شرطیت این شرط (مکیدن از سینه) در نشر حرمت در رضاع است، در مقابل قلیلی قائل به این شرط نیستند.

مرحوم محقق ثانی می‌فرماید:

و اختلفوا فی اشتراط الامتصاص من الثدي، فالاکثر علی اشتراطه، فلو احتلب اللبن ثم وجر فی حلق الرضيع لم ینشر الحرمة و قال ابن

الجنید: ینشر، و هو قول الشیخ فی المبسوط «۱».

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۳، ص: ۲۰

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

شیخ در یک جا گفته مکیدن از سینه شرط نیست؛ مع أنه قوی المشهور فی مواضع اخر. «۲»

پس جامع المقاصد فقط یک مورد از نظرات شیخ را دیده؛ ولی صاحب جواهر موارد دیگر را هم دیده است.

مرحوم نراقی بعد از بیان شهرت در مسأله می‌فرماید:

مرحوم فیض در مفاتیح از ابن جنید متابعت کرده است «۳».

به نظر می‌رسد اکثریت فقهاء عامه، قائل به عدم شرطیت مکیدن هستند؛ ولی ابن رشد دو قول را بیان کرده است که قول به عدم

شرطیت اکثر است:

فإن مالکا قال: یحرّم الوجور و اللدود (ریختن شیر به گوشه دهان)، و قال عطاء و داوود: لا یحرّم «۴».

نتیجه: مشهور در بین فقهاء ما شرطیت مکیدن از سینه است در نشر حرمت در رضاع و اقلیتی قائل به عدم شرطیت هستند، و در بین

عامه مشهور عدم شرطیت و قلیلی قائل به شرطیت شده اند.

ادله قول مشهور (شرطیت مکیدن از سینه):

۱- متبادر ذهنی از معنی رضاع:

بدون مکیدن شیر از پستان رضاع صدق نمی کند، چون ظاهر رضاع این است که باید از پستان باشد نه اینکه در شیشه بریزند و از آن بمکد. پس متبادر ذهنی از رضاع نوشیدن از پستان است و اگر از پستان نباشد، شک داریم که رضاع است یا نه، که در این صورت اطلاقات

(یحرم من الرضاع
... وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ) شامل این مورد نمی گردد و جای اصالة الحلیه است و نشر حرمت نمی شود.

۲- روایات:

در این مورد سه روایت داریم:

...* عن الحسن بن حذیفه بن منصور، عن عبيد بن زراره، عن زرارة، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرضاع فقال: لا يحرم من الرضاع الا ما ارتضعا من ثدي واحد حولين كاملين «۵».

ابن الغضائری «حسن بن حذیفه بن منصور» را تضعیف می کند و می گوید: «ضعیف جداً». البته ضعیف گفتن او چون سخت گیر است فائده ای ندارد؛ ولی اگر تضعیف ابن غضائری را نپذیریم، حد اقل این است که توثیق نشده و مجهول است، اثر مجهول هم با ضعیف یکی است، یعنی به این سند نمی توان قناعت کرد.

دلالت حدیث:

روایت دو اشکال دارد:

۱- مشهور پانزده مرتبه شیر خوردن را در نشر حرمت کافی می دانند و «حولین کاملین» لازم نیست، بعضی توجیه کرده اند که حولین کاملین یعنی «فی حولین کاملین» به این معنی که تا دوسالگی شیر خوردن مؤثر است. البته این توجیه خلاف ظاهر است مخصوصاً که لفظ «کاملین» دارد که برای شیر خوردن است پس این روایت مشتمل است بر چیزی که خلاف اجماع است.

۲- آیا «ثدی» در اینجا مفهوم دارد یا از قبیل قید غالبی است؟

چرا که بچه معمولاً از پستان شیر می خورد و قید غالبی مفهوم ندارد و دلیل بر شرطیت نمی شود، کما اینکه قید «فی حُجُورِکُمْ» در

(۱) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۲۱۱.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۹۴.

(۳) مستند، ج ۱۶، ص ۲۵۸.

(۴) بدایة المجتهد، ج ۲، ص ۳۱.

(۵) ح ۸، باب ۵، از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۲۱

آیه، قید غالبی است و گفته اند چه در حجور باشد و چه نباشد، ربیبه بر انسان حرام است.

... عن الحلبي، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: جاء رجل الى امير المؤمنين عليه السلام فقال: يا امير المؤمنين ان امرأتى حلبت من لبنها في مَكْوُوكٍ
 [مَكْوُوك] (ظرفی که در آن شیر می‌ریزند که بالای آن باریک و پایین آن گشادتر است و یا پیمان‌های که به اندازه یک مد یا یک صاع گنجایش دارد)
 فأسفته جاريتي، فقال: أوجع
 (تنبيه کن)

امراتك و عليك بجاريتك «۱»

(جاریه‌ات بر تو حرام نشده است).

سند حدیث: سند این روایت خوب است.

دلالت حدیث: روایت دلالت می‌کند که باید شیر از پستان مکیده شود؛ ولی حق این است که جاریه دو مشکل داشته است:

أولاً: جاریه در حد استمتاع بوده و زیر دو سال نبوده تا نشر حرمت کند.

ثانياً: شیر را نمکیده تا نشر حرمت کند.

ممکن است عدم حرمت مستند به این باشد که بالای دو سال داشته و یا مستند به این باشد که از پستان شیر نخورده است، پس روایت مجمل است و دلالت بر بحث ما ندارد. □

... باسناده عن العلاء بن رزين، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرضاع فقال: لا يحرم من الرضاع الا ما ارتضع من ثدي واحد سنه. «۲»

سند حدیث: سند شیخ، سند صحیحی است و «علاء بن رزین» هم از بزرگان است، پس سند خوب است.

دلالت حدیث: همان دو اشکالی که در روایت اول بود در اینجا نیز پیدا می‌شود:

۱- «ثدی واحد» از قبیل قید غالبی است و قید غالبی مفهوم ندارد.

۲- «سنه» خلاف اجماع است، چون پانزده مرتبه شیر خوردن بلاشکال مؤثر است و یک سال حتماً لازم نیست، و آن توجیهی هم که برای رفع اشکال در حدیث اول داشتیم اینجا جاری نیست، چون نمی‌توانیم بگوییم بچه زیر یک سال باشد، تا نشر حرمت شود.

نکته: یک نوع شیرخوارگی در عصر ما هست که وقتی پستان مادر نوک ندارد و یا به گونه‌ای است که بچه آن را نمی‌پسندد، نوعی پستانک به سر پستان نصب می‌کنند تا بچه بمکد؛ که در این صورت امتصاص و مباشرتی بین لبهای بچه با پستان مادر نیست؛

ولی مکیدن واقعاً هست، اینجا صدق رضاع می‌کند و عرف به الغاء خصوصیت آن را مکیدن می‌داند.

جمع بندی: ما دلیلی از روایات برای اثبات قول مشهور نداریم چون دو روایت سند داشت ولی دلالت نداشت یک روایت هم نه سند داشت و نه دلالت، پس دلیل مشهور منحصر است در اصالة الحلیة که وقتی صدق رضاع نکرد، اصل حلیت است و نشر حرمت نمی‌شود.

۱۳ شرایط الرضاع (الثانی ...) ۳ / ۷ / ۸۰

دلیل قول غیر مشهور: روایت

دلیل این گروه، دو طایفه روایت است.

طایفه اول: وُجور در حلق را کافی می‌داند:

* محمد بن علی بن الحسین

(صدوق)

□

قال: قال أبو عبد الله عليه السلام وُجور الصبّی بمنزلة الرضاع. «۳»

سند حدیث: روایت مرسله است و از نظر ما معتبر نیست.

مرسلات را به دو درجه تقسیم می‌کنیم، مرسلات خیلی ضعیف و مرسلات قابل ملاحظه، روایاتی که صدوق یا کلینی می‌گویند «قال الصادق علیه السلام» مرسلاتی است که قابل ملاحظه است، چون معنایش این است که حدّ اقل خود صدوق سند را پذیرفته است؛ ولی وقتی «رؤی» می‌گویند، معلوم نیست که خودشان آن سند را پذیرفته باشند.

دلالت حدیث: از نظر دلالت خوب است و ظاهر تنزیل، شمول تمام احکام رضاع است.

ان قلت: چرا امام به جای «الرضاع»، «بمنزلة الرضاع» فرموده‌اند.

قلنا: این اشکال وارد نیست، چون در ماهیت مفهوم رضاع مکیدن از پستان هست ولی در اینجا مکیدن نیست، به همین جهت امام بمنزلة الرضاع فرموده‌اند.

سَلْمَنَکَ سند و دلالت هر دو خوب باشد؛ ولی باز قابل قبول نیست، چون اصحاب و مشهور از آن اعراض کرده‌اند و بعضی به همین جهت (اعراض مشهور) روایت را حمل بر تقیه کرده‌اند، چون عامّه معتقدند به هر نحوی که بچه شیر بخورد کافی است.

* دعائم الاسلام: عن علی علیه السلام، انه قال: اذا أُوجِرَ الصبّی أو

(۱) ح ۱، باب ۷ از ابواب رضاع.

(۲) ح ۱۳، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۳) ح ۳، باب ۷ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۲۲

اشعيط

(چیزی از طریق بینی وارد شود)

بالبن یعنی فی الحولین فهو رضاع. «۱»

سند حدیث: سند ندارد و مرسله است.

دلالت حدیث: روایت با صراحت می‌گوید دادن شیر از طریق ایجار و از طریق بینی هر دو خوب است و امروزه غذا دادن از طریق بینی مرسوم است و مشکلی ندارد؛ ولی سابق بر این از طریق بینی مگر چقدر می‌توانستند شیر دهند. حدّ اقل شیری که باید به بچه بدهند باید ده رضعه کامله باشد (که ما پانزده رضعه را لازم می‌دانیم)، آیا چنین چیزی ممکن است؟ باید در اینجا بگوییم این قول موافق با عامّه است که برای رضاع حدّی قائل نیستند و حدّ اقل شیری را که بچه بخورد کافی می‌دانند ابن رشد می‌گوید:

أما مقدار المحرّم من اللبن فإنّ قوما قالوا فيه بعدم التحديد «۲».

این روایت دعائم الاسلام در واقع موافق با مذهب عامّه است و طبق مذهب شیعه قابل قبول نیست.

* الجعفریات بالسند المتقدم عنه عليه السلام مثله. «۳»

جعفریات سند دارد ولی سند آن قابل قبول نیست و همان اشکالاتی که روایت دعائم الاسلام داشت این روایت هم دارد.

طایفه دوم: روایاتی که می‌گویند رضاع با شدّ عظم و انبات لحم حاصل می‌شود.

... عن حماد بن عثمان، عن ابی عبد الله عليه السلام قال: يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم و الدّم. «۴»

... عن عبد الله بن سنان قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول:

لا يحرم من الرضاع إلا ما انبت اللحم وشدَّ العظم. «۵»

... عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام و أبي عبد الله عليه السلام قال:

إذا رضع الغلام من نساءٍ شتى و كان ذلك عدَّة

(ده مرتبه یا پانزده مرتبه حاصل شود)

أو نبت لحمه و دمه عليه

(به خاطر شیر)

حرّم عليه بناتهنّ کلهنّ عليه السلام. «۶»

کیفیت استدلال به احادیث:

معیار مکیدن پستان نیست، بلکه معیار شدّ عظم و انبات لحم است به هر گونه‌ای که باشد تفاوت ندارد و در واقع از قبیل عموم علّت است.

این استدلال را شاذ از شیعه مطرح کرده‌اند و عامّه هم شبیه این استدلال را دارند.

جواب: بدون شک مسئله انبات لحم و شدّ عظم تمام العله نیست و ممکن است جزء العله باشد چون اگر تمام العله بود، نباید حولین و وحدت فعل و ... را شرط بدانیم، پس غایه چیزی که از این روایات استفاده می‌شود جزء العله و حکمت بودن است و این قیاس مستنبط العله (استنباطات ظنی) است نه منصوص العله، پس استدلال به این روایات صحیح نیست، و روایات دیگر که گفته است باید شیر از پستان مکیده شود مقدّم است، بنابراین حق با مشهور است.

[الثالث: ان تكون المرضعة حیة]

اشاره

۱۴ شرایط الرضاع (الثالث ...) ۸۰ / ۷ / ۴

الثالث: ان تكون المرضعة حیة، فلو ماتت فی اثناء الرضاع و اکمل النصاب حال موتها و لو رضعه لم ینشر الحرمة.

سومین شرط از شروط نشر حرمت بواسطه رضاع، زنده بودن زن مرضعه در تمام شیر خوردن‌ها (پانزده مرتبه) است، پس اگر بچه‌ای چهارده بار در حال حیات و مرتبه پانزدهم در حال ممات از زنی شیر بخورد در این صورت نشر حرمت نمی‌شود، چون تمام العدد در حال ممات بوده است.

اقوال:

مسأله از نظر فقهاء شیعه اجماعی است.

مرحوم نراقی می‌فرماید:

الشرط الثالث أن تكون المرضعة حیة. بالاجماع كما عن ظاهر التذکره و الصیمری «۷».

صاحب ریاض می‌فرماید:

و يعتبر فی النشر حیوة المرضعة وفقاً (اجماع) كما يظهر من التذكرة و الصیمری «۸».
صاحب جواهر «۹»، می‌فرماید:
لا خلاف فیه و سپس از کشف اللثام نقل اجماع می‌کند.
نتیجه: مسأله اجماعی است و مخالفی هم در مسأله نیست.
اکثریت اهل سنت زنده بودن را شرط نمی‌دانند؛ ولی اقلیتی از آنها حیات را شرط می‌دانند.

(۱) مستدرک، ج ۱۴، ح ۲، باب ۵ از ابواب رضاع.

(۲) بدایة المجتهد، ج ۲، ص ۲۹.

(۳) مستدرک، ج ۱۴، باب ۵ از ابواب رضاع.

(۴) ج ۱۴، ح ۱، باب ۳ از ابواب رضاع.

(۵) ح ۲، باب ۳ از ابواب رضاع.

(۶) ح ۳، باب ۳ از ابواب رضاع.

(۷) مستند، ج ۱۶، ص ۲۳۶.

(۸) ج ۲، ص ۸۶.

(۹) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۶۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۲۳

ابن قدامه می‌گوید:

شافعی و احمد فی احد الروایتین می‌گویند شرطیت دارد؛ ولی اکثریت قائل به عدم شرطیت هستند. «۱»

ادله قول مشهور (شرطیت حیات):

اشاره

در این مسأله نصّ خاصی (آیه و روایت) نداریم. بنابراین سراغ قواعد، اتصالات و اصول عملیه می‌رویم.

۱- اصالة الحلیة یا استصحاب:

چیزی که در درجه اول بر مذهب اصحاب دلالت می‌کند، اصالة الحلیة است وقتی عمومات از کار افتاد، اصالة الحلیة می‌گوید شیر مرده محرمیت نمی‌آورد (استصحاب حلیت هم می‌توان کرد).

۱۵ شرایط الرضاع (الثالث ...) ۸۰ / ۷ / ۷

۲- اتصالات و عمومات:

آیا اتصالات شامل ما نحن فیه می‌شود؟ ظاهر «أَرْضَعْنَكُمْ» این است که عن اختیار شیر بدهد، نه اینکه بچه خودش شیر بخورد.

پس روایات و آیاتی که لفظ «ارضاع» دارد شامل این مورد نمی‌شود.

آیا روایات و آیات می‌گوید که حتماً باید شیر دادن فعل اختیاری باشد؟ خیر، در بعضی از آیات دارد که شیرخوارگی باشد و

ندارد که شیر به او داده باشند یا خودش خورده باشد، همچنین روایاتی که می‌گوید

«یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»

و روایاتی که عدد رضعات را بیان می‌کند، همه به صورت ارضاع نیست و ندارد که حتماً باید فعل متعدی باشد.

تنها چیزی که در مقابل این اطلاقات می‌توانیم فرض کنیم این است که اطلاقات منصرف است به حیات مرضعه و لو لفظ «رضاع» عام و «اخوانکم من الرضاعه» مطلق است.

ان قلت: شما می‌گویید «أَرْضَعْتُمْ» مربوط به حال اختیار است، در مورد زنی که در حالت خواب یا بیهوش است و بچه از مادر شیر می‌خورد چه می‌گویید در حالی که هیچ یک ارضاع نیست؛ ولی همه آن را در نشر حرمت کافی می‌دانند، پس در میت هم همین را بگویید.

قلنا: اینها با هم تفاوت دارند چون در مورد نائمه نمی‌توانیم بگوییم اطلاقات انصراف دارد.

بقی هنا شیء: بعضی از راه حرام بودن و نجس بودن شیر وارد شده‌اند و گفته‌اند که شیر مرده نجس و حرام است (صغری) و چیزی که حرام است نشر حرمت نمی‌کند (کبری).

جواب: اولاً شیر مرده نجس و حرام نیست و در باب نجاسات از جمله چیزهایی که استثناء می‌کنند، «اللبن فی الرضع» است. پس صغرای استدلال باطل است.

ثانیاً: ما در شرائط نشر حرمت، حلیت و طهارت را شرط ندانسته و شیر نجس و حرام را باعث نشر حرمت می‌دانیم و اگر شیر ولد الزنا را در نشر حرمت کافی ندانستیم به خاطر زنا بود نه نجاست. پس کبری استدلال هم باطل است.

جمع بندی: ما موافق قول مشهور هستیم و حیات را شرط می‌دانیم و هیچ دلیلی جز اصالة الحلیة برای اثبات این شرط نداریم و اطلاقات، بعضی حال حیات و فعل اختیاری را می‌گوید و بعضی هم منصرف به حیات است. پس اطلاقات از کار می‌افتد و نقض به نائمه و مغمی علیه هم وارد نیست.

ادلة قول مخالف (عدم شرطیت حیات):

۱- اطلاقات و عمومات:

استدلال به عمومات و اطلاقات را قبلاً بیان کرده و جواب دادیم و گفتیم که اطلاقات منصرف است.

۲- استصحاب:

شیر این زن قبلاً باعث نشر حرمت می‌شد، بعد از ممات شک داریم که موجب نشر حرمت می‌شود یا نه؟ استصحاب می‌کنیم. جواب: این استصحاب سه اشکال دارد:

۱- استصحاب جاری نیست، چون از قبیل تبدل موضوع است نه تبدل حالات. شیر ابتداءً از مادر زنده بود؛ ولی الان مادر مرده است، حتی اگر شک کنیم که از قبیل تبدل موضوع است یا تبدل حالت، جای استصحاب نیست چون وحدت موضوع باید احراز شود، پس در ما نحن فیه یا وحدت موضوع نیست و یا شک داریم که در هر دو صورت استصحاب جاری نمی‌شود.

۲- شبهه حکمیة است و استصحاب در شبهه حکمیة بعقیده ما جاری نیست، چون وضعیت زن و چهارده بار شیر خوردن معلوم است و شک ما در حکم خداست.

۳- این استصحاب تعلیقی است، استصحاب تعلیقی یعنی موضوع استصحاب مرکب از دو چیز است (قید و مقید یا شرط و مشروط).

یکی حاصل و دیگری حاصل نیست که اگر دومی هم

(۱) مغنی، ج ۹، ص ۱۹۹ و ۱۹۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۲۴

حاصل می‌شد، حکم الهی جاری بود، بنابراین بعد از آنی که شک کردیم همان شرط را می‌آوریم.

مثلاً در عصیر عنبی بلاشکال گفته‌اند که

إذا غلی یحرم،

اکنون اگر عنب را کشمش کردند و سپس آن را خیس کرده و آبش را گرفتند (عصیر زیبایی) آیا اگر بجوشد، مثل عصیر عنبی

حرام می‌شود؟

بعضی گفته‌اند حرام می‌شود، چون استصحاب می‌کنند و معنی استصحاب این است که وقتی عنب بود اگر می‌جوشید و دو جزء

حاصل می‌شد (عصیر عنبی با قید غلیان)، حرام می‌شد، پس اگر عصیر زیب هم جوشیده شود حرام می‌شود چون کشمش و انگور

یک چیز هستند و تبدل موضوع نشده، بلکه تبدل حالت شده است مانند گندم و آرد گندم، بنابراین عنوان خارجی مهم نیست بلکه

مسمی مهم است، پس یک جزء موضوع حاصل و جزء دوم (قید جوشیدن) حاصل نیست، و آن را با «اگر» درست می‌کنند.

در ما نحن فیه بگوئیم اگر بچه‌ای این شیر را برای پانزدهمین بار در طول حیات مادر می‌خورد، نشر حرمت می‌کرد، نمی‌دانیم اگر

در حال ملمات مادر هم بخورد، نشر حرمت می‌کند یا نه؟

استصحاب می‌کنیم و این استصحاب تعلیقی است که ما آن را حجت نمی‌دانیم، چون این «اگرها» تجزیه و تحلیل عقل است که

حکم را معلق بر موضوع می‌کند، و حکم خدا نیست تا آن را استصحاب کنیم.

بعضی از فقهاء عامه دلیل دیگری را عنوان کرده و گفته‌اند ما در اینجا یک قیاس درست می‌کنیم:

اگر این شیر را بدوشند و در ظرفی بریزند، باعث حرمت می‌شود (به عقیده عامه)، اکنون شیر در پستان مادری است که مرده و

پستان مرده از یک کاسه کمتر نیست، پس نشر حرمت می‌کند.

جواب: اولاً: ما این مبنا را نپذیرفته و امتصاص را لازم دانستیم.

ثانیاً: این قیاس مع الفارق است چون شما شیر مرده را با شیر زنده قیاس می‌کنید، اگر می‌خواهید قیاس کنید باید بگوئید که اگر شیر

مرده را در کاسه بریزند، آیا نشر حرمت می‌کند؟ هذا اول الکلام.

۱۶ شرایط الرضاع (الرابع...) ۸/۷/۸۰

[الشرط الرابع: ان یكون المرتضع فی اثناء الحولین و قبل استكمالها]

اشاره

الشرط الرابع: ان یكون المرتضع فی اثناء الحولین و قبل استكمالها، فلا عبرة برضاعه بعدهما، و لا یعتبر الحولان فی ولد المرضعة علی

الاقوی، فلو وقع الرضاع بعد کمال حولیه نشر الحرمة اذا كان قبل حولی المرتضع.

عنوان مسأله:

اشاره

این مسأله دارای دو فرع است: ۱- اشتراط حولین در مورد مرتضع ۲- اشتراط حولین در مورد ولد مرضعه

فرع اول: اشتراط حولین در مورد مرتضع

اشاره

از نظر اقوال مسأله مسلم است.

اقوال:

مرحوم نراقی می‌فرماید:

لا عبرة برضاعه بعدهما (بعد الحولین). إجماعاً محققاً، و محکیاً عن الخلاف و الغنیة، و فی التذکره و المختلف و القواعد و شرحه و الايضاح و نکت الشہید و المسالك و شرح الصیمری و غیرها «۱».

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

فلا- خلاف معتد به فی اعتبار کون الرضاع فی حولی المرتضع فلا عبرة بما بعدهما و لو فی الشهر أو الشهرین، بل الاجماع بقسمیه علیه «۲».

از تعبیر به «فلا- خلاف معتد به» معلوم می‌شود که مخالفی در مسأله هست؛ که قابل توجه نیست؛ ولی ظاهراً کسی در این مسأله مخالفت نکرده و به همین جهت احتمال دارد که اشاره به مخالفت عامه باشد چون عامه هم اکثراً به این شرط قائل هستند و زیر دو سال بودن را شرط می‌دانند.

مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف، اقوال عامه را نقل کرده و می‌فرماید:

الرضاع انما ینشر الحرمة إذا کان المولود صغیراً، فأما ان کان کبیراً فلو ارتضع المدة الطویلة لم ینشر الحرمة؛ ولی در ادامه از عایشه و اهل الظاهر (اخباریون عامه) نقل می‌کند که: رضاع الکبیر یحرم کما یحرم رضاع الصغیر «۳».

ادله قول مشهور:

۱- اصل:

اصول عملیه (اصالة الحلیة) می‌گوید که بعد از دو سال محرمیت نمی‌آید.

ان قلت: آیا استصحاب هم جاری است به این معنی که این بچه

(۱) مستند، ج ۱۶، ص ۲۵۰.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۹۶.

(۳) خلاف، ج ۵، ص ۹۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۲۵

اگر قبل از دو سال شیر می‌خورد محرمیت حاصل می‌شد، پس بگوئیم بعد از دو سال هم همان حالت باقی است، استصحاب هم

مقدم است بر اصاله الحلیه، چون ادله استصحاب اخص از ادله اصاله الحلیه است.

قلنا: اولاً استصحاب در شبهه حکمیه جاری نمی‌شود.

ثانیاً در اینجا حکمی نیست و فقط یک «اگر» است که یک امر ذهنی اعتباری است، پس این استصحاب تعلیقی است و استصحاب تعلیقی یعنی موضوع استصحاب مرکب از دو چیز است (قید و مقید یا شرط و مشروط)، یک جزء که بچه است حاصل و شیرخوارگی که جزء دوم است، حاصل نبوده و با «اگر» که یک امر ذهنی اعتباری است می‌خواهیم آن را درست کنیم، بنابراین قابل استصحاب نیست.

۲- آیه شریفه: «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ» «۱»

آیا مفهوم آیه این نیست که بعد از دو سال، دیگر رضاع نیست و در واقع نفی حکم به لسان نفی موضوع است، و لو عرفاً شیر می‌خورد.

اگر بتوانیم از آیه، این مفهوم را بفهمیم دلیل دیگری بر قول مشهور خواهد بود.

گاهی به آیه «وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا» «۲» هم استدلال کرده‌اند. گفته‌اند که اقل حمل شش ماه است، و اکثر رضاع ۲۴ ماه است معلوم می‌شود که شارع اکثر رضاع را ۲۴ ماه قرار داده است و بیشتر از آن را رضاع نمی‌داند. ولی استدلال به این آیه خالی از تکلف نیست و جالب این است که روایاتی که می‌گویند رضاع باید در حولین باشد و بیشتر از دو سال اعتبار ندارد، به همین آیه تمسک جسته‌اند، البته صاحب جواهر اشاره‌ای به این آیه نمی‌کند و فقط در فرع دوم به این آیه استدلال می‌کند و بهتر بود که در هر دو فرع استدلال می‌کرد.

۱۷ شرایط الرضاع (الرابع ...) ۸۰ / ۷ / ۱۴

۳- روایات:

احادیث چهار طایفه هستند:

اشاره

طایفه اول: احادیثی که می‌گوید «لا رضاع بعد الفطام (گرفتن بچه از شیر)».

طایفه دوم: احادیثی که می‌گوید «حولین» معتبر است.

طایفه سوم: احادیثی که هر دو (حولین و فطام) را با هم دارد.

طایفه چهارم: احادیثی که می‌گوید رضاع در کبر فایده‌ای ندارد؛ ولی حد اقل آن را بیان نمی‌کند.

اکنون روایات این چهار طایفه را بررسی می‌کنیم.

طایفه اول: [احادیثی که می‌گوید «لا رضاع بعد الفطام»]

...* عن منصور بن یونس، عن منصور بن حازم، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله: لا رضاع بعد

فطام و لا وصال فی صیام

(روزه‌های متصل به هم در شرع اسلام نیست)

و لا یتیم بعد احتلام

(بچه بعد از محتلم شدن، صغیر و یتیم نیست)

و لا صمت يوماً الى الليل

(در اسلام روزه سکوت نداریم)

و لا تعزَّب بعد الهجرة

(بعد از آنکه اسلام آوردند، در جایی که دینشان به خطر می افتد حق ندارند به بلاد کفر برگردند)

و لا هجرة بعد الفتح

(فقط مسلمانانی که قبل از فتح مکه به مدینه آمدند، از مهاجرین بودند)

و لا طلاق قبل نکاح و لا عتق قبل ملک و لا یمین للولد مع والده

(پسر بدون اجازه پدر قسم نخورد)

و لا للمملوک مع مولاه و لا للمرأة مع زوجها

(قسم‌هایی که مخالفت با حق شوهر داشته باشد)

و لا نذر فی معصیه و لا یمین فی قطیعه

(ای قطع رحم). «۳»

«منصور بن حازم» از بزرگان ثقات و از اصحاب امام صادق علیه السلام و امام باقر علیه السلام بوده است؛ ولی در «منصور بن یونس» اختلاف است. نجاشی شیخ علماء رجال، او را ثقه می‌داند؛ ولی کشی که او هم از بزرگان رجال است، حدیثی در ذم او نقل کرده و می‌گوید:

امام کاظم علیه السلام «منصور بن یونس» را احضار کرده و فرمود:

علی بن موسی را ببین، او جانشین من است و او را فراموش نکن، و با اینکه حضرت موسی بن جعفر علیه السلام، امام رضا علیه السلام را به او نشان داد، او جزء واقفیه شد، لأموال کانت تحت یده لموسی بن جعفر علیه السلام (واقفیه کسانی هستند که موسی بن جعفر علیه السلام را آخرین امام می‌دانند).

علامه که از بزرگان علمای رجال محسوب می‌شود در کتاب خلاصه می‌فرماید:

و عندی التوقّف فی امر الرجل، چون کلمات علماء رجال در مورد «منصور بن یونس» تعارض دارد. ما هم این روایت را ضعیف می‌دانیم.

(۱) آیه ۲۳۳ سوره بقره.

(۲) آیه ۱۵ سوره احقاف.

(۳) ح ۱، باب ۵ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص ۲۶

...* عن الحلبي، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: لا رضاع بعد فطام. «۱»

(تنها روایتی که در این طایفه دارای سند صحیح است)

...* انس بن محمد، عن أبيه، عن جعفر بن محمد، عن آبائه عليهم السلام في وصية النبي صلى الله عليه وآله لعلي عليه السلام قال:

يا علي! لا رضاع بعد فطام و لا يتم بعد احتلام. «۲»

«انس بن محمد» مجهول الحال یا ضعیف است و در رجال توثیق نشده است.

* محمد بن محمد المفید فی المقنعة

(مرسله مفید)

قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا رضاع بعد فطام و لا يتم بعد احتلام. «۳»

نتیجه: عمده روایت در این طایفه، روایت دوم است؛ ولی تضافر این روایات، برای تقویت سند کافی است.

دلالت احادیث: آیا فطام در اینجا بالفعل است یا بالقوه، یعنی اگر بچه را در یک سالگی هم از شیر بگیرند و بعد از یک ماه به دایه‌ای بدهند که او را شیر دهد، در نشر حرمت کافی نیست، یا معنای آن بعد از زمان فطام است که دو سالگی است، اگر بعد از زمان فطام مراد باشد، دلیل بر بحث ما می‌شود ولی در صورت اول دلیل بر بحث ما نمی‌شود، پس دلالت روایات این طایفه مبهم است.

طایفه دوم: [احادیثی که می‌گوید «حولین» معتبر است].

... عن الحسن بن حذیفه بن منصور،

(مجهول الحال)

عن عبيد بن زراره، عن زراره، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرضاع، فقال: لا يحرم من الرضاع الا ما ارتضعا من ثدى واحد حولين كاملين «۴»

(آیا تمام دو سال یا در دو سال؟)

* و باسناده عن عبيد بن زراره، عن الحلبي، عن ابي عبد الله عليه السلام: لا يحرم من الرضاع الا ما كان حولين كاملين. «۵»
اگر بتوانیم این دو حدیث را از نظر سند درست کنیم، مشکل دلالت دارد، چون می‌گوید رضاع باید دو سال باشد که با هیچ فتوایی سازگار نیست، و ما حد اکثر ۱۵ مرتبه را قائل هستیم. برای رفع این اشکال در روایت «فی» در تقدیر گرفته‌اند (فی حولین کاملین).
جمع بین روایات طایفه اولی و ثانیه با این توجیه این است که بگوییم فطام در حولین باشد.

۱۸ شرایط الرضاع (الرابع ...) ۸۰ / ۷ / ۱۶

طایفه سوم: [احادیثی که هر دو (حولین و فطام) را با هم دارد].

چهار حدیث است و چون احادیث متضافر هستند از سند آنها بحثی نمی‌کنیم.

... عن الفضل بن عبد الملك، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: الرضاع قبل الحولين قبل ان يُفطم. «۶»

این حدیث را به دو گونه می‌توان تفسیر کرد:

۱- دو جمله

«قبل الحولين»

و

«قبل أن يفطم»

تفسیر هم باشند، که در این صورت شاهد بحث ماست.

۲- هر دو قید معتبر است که در این صورت اگر در یک سالگی بچه را از شیر بگیرند (فطام حاصل شود) و بعد از یک ماه مجدداً از زنی شیر بخورد،

«قبل الحولين»

صادق است؛ ولی

«قبل أن يفطم»

نیست، پس اگر این حدیث به تنهایی باشد و حدیث دیگری نداشته باشیم، مبهم است و استدلال به آن خالی از اشکال نیست.

... عن حماد بن عثمان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول:

لا رضاع بعد فطام قلت: و ما الفطام؟ قال: الحولين الذي قال الله عز و جل. «۷»

ان قلت: چرا امام در روایت «الحولین» فرموده، در حالی که باید «الحولان» می‌فرمود (هو الحولان)، و چرا «الذی» فرمود و «اللذان» نفرمود؟

قلنا: امام در مقام حکایت آیه است یعنی به لفظ آیه، آیه را حکایت می‌کند و «الذی» هم چون اشاره به حد است که همان حولین باشد، و حد هم مفرد است، لذا چنین فرمودند.

... سأل ابن فضال ابن بکیر

(ابن فضال از بزرگان فطحیه است و ابن بکیر هم مشکل مذهب دارد ولی هر دو ثقه هستند)

فی المسجد فقال: ما تقولون فی امرأة ارضعت غلاماً سنتین ثم ارضعت صبیة لها اقل من سنتین حتی تمت الستتان أ یفسد ذلك بینهما؟

(از ذیل حدیث استفاده می‌شود که بچه اول مربوط به او و دوّمی بچه دیگری است)

قال: لا یفسد ذلك بینهما، لانه رضاع بعد فطام و انما قال رسول الله صلی الله علیه و آله: لا رضاع بعد فطام ای انه اذا تم للغلام سنتان أو الجاریة فقد خرج من حد اللبن و لا یفسد بینه و بین من شرب لبنه قال: و اصحابنا یقولون أنه لا یفسد الا ان یكون الصبی و الصبیة یشربان شربة شربة. «۸»

(۱) ح ۲، باب ۵ از ابواب رضاع.

(۲) ح ۱۱، باب ۵ از ابواب رضاع.

(۳) ح ۱۲، باب ۵ از ابواب رضاع.

(۴) ح ۸، باب ۵ از ابواب رضاع.

(۵) ح ۱۰، باب ۵ از ابواب رضاع.

(۶) ح ۴، باب ۵ از ابواب رضاع.

(۷) ح ۵، باب ۵ از ابواب رضاع.

(۸) ح ۶، باب ۵ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۲۷

این حدیث تعبیر به

«لا رضاع بعد فطام»

و

«حولین»

دارد که شاهد ماست، ولی ابن بکیر آن را به رأی خودش تفسیر کرده که نمی‌پذیریم، چون او حولین را در ناحیه بچه مرضعه شرط دانسته در حالی که باید در ناحیه مرتضع شرط می‌دانست، پس فقط تفسیر فطام به حولین شاهد بحث ماست.

* محمد بن علی بن الحسین

(مرسله صدوق)

قال: قال النبی صلی الله علیه و آله لا رضاع بعد فطام و معناه (ظاهراً تفسیر صدوق است که قاعدتاً از احادیث دیگر استفاده کرده است) آنه اذا رضع حولین کاملین ثم شرب من لبن امرأه اُخری ما شرب لم یحرم الرضاع لانه رضاع بعد فطام. «۱» در این روایت تفسیر فطام به حولین، به عنوان مؤید خوب است.

طایفه چهارم: [احادیثی که می‌گویند رضاع در کبر فایده‌ای ندارد؛ ولی حدّ اقلّ آن را بیان نمی‌کند].

... * عن محمد بن قیس، قال: سألته

(معمولاً از امام باقر علیه السلام نقل می‌کند)

عن امرأة حلبت

(دوشید)

من لبنها فأسقت زوجها لتحرم علیه، قال: امسکها و أوجع ظهرها. «۲»

(او را تنبیه کن)

... * عن الحلبي، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: جاء رجل الى امير المؤمنين عليه السلام فقال: يا امير المؤمنين ان امرأتی حلبت من لبنها فی مکوک (أو مکوک)

فأسقته جاريتی فقال: أوجع امرأتک و علیک بجاریتک. «۳»

با اینکه در این مورد شرب لبن تأثیری ندارد، تعزیر برای چیست؟ تعزیر برای تأدیب است که در آینده سراغ چنین عملی نرود. جمع بندی: جمع بین طوائف چهارگانه این است که حولین شرط است و فطام هم به همین معنی است و قید جداگانه‌ای نیست.

روایت معارض:

... * عن داود بن الحصين عن ابي عبد الله عليه السلام

(سند روایت به گونه‌ای نیست که بتوانیم آن را به جهت ضعف سند کنار بگذاریم)

قال: الرضاع بعد الحولين قبل ان يفطم محرّم. «۴»

(معیار حولین نیست، بلکه فطام است بنابراین اگر بعد از حولین و قبل آن یفطم بود باز محرّم است)

در بعضی از نسخ روایت به جای «محرّم»، «یحرم» دارد که تأثیری در معنی ندارد.

این روایت به وضوح با روایات قبل تعارض دارد. شکی نیست که در مقام معارضه روایات قبلی مقدم است، چون:

أولاً: موافق کتاب الله است (ما این مسأله را از قرآن هم استفاده کردیم).

ثانیاً: خلاف مشهور بین اصحاب است، هم شهرت فتوی و هم شهرت روایت.

ثالثاً: موافق فتوای بعضی از عامّه است، بنابراین روایت و لو موثّق هم باشد، نمی‌تواند در مقابل روایات قبلی مقاومت کند.

روایات عامّه:

روایات عامّه در سنن بیهقی در دو باب آمده است.

۱- «باب ما جاء فی تحدید ذلک بالحوالین»: «۵»

روایات متعددی دارد؛ ولی این روایات غالباً از پیامبر نیست و اکثراً روایات صحابه است چون آنها، روایات صحابه را هم تراز با روایات پیامبر می‌دانند؛ ولی ما قبول نداریم.

۲- «باب رضاع الکبیر»: «۶»

فتاوی بعضی از عامه در رضاع الکبیر (بعد حولین) خیلی عجیب است، و اساس فتوای آنها روایت عایشه است به این مضمون که مردی به نام «ابو حذیفه» همسری به نام «سهله» و پسرخوانده‌ای به نام «سالم» داشت. وقتی آیه «ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ» (۷) نازل شد که پسرخوانده معنا ندارد، ابو حذیفه به او گفت: که تو دیگر پسر ما نیستی، ولی سالم روی علاقه‌ای که به این خانواده داشت، نزد آنها می‌آمد و گاهی سهله تنها بود، وقتی ابو حذیفه می‌فهمید ناراحت می‌شد، زن ابو حذیفه خدمت پیامبر آمد و مشکل را عرض کرد، پیامبر به او فرمود که از شیر خودت به او بده، سهله گفت که او کبیر است، چگونه به او شیر دهم؟ پیامبر در جواب فرمود همان است که گفتم.

عایشه این روایت را مبنا قرار داده و با هر مردی که می‌خواست تکلم کند شیر دختر برادر یا دختر خواهر خودش را می‌داد تا به او محرم شوند. ولی زنان پیامبر بر خلاف عایشه اجماع داشتند.

در اینجا فتوای عده‌ای از علماء عامه این است که شیر را بدوشند و شخص کبیر بخورد و عده‌ای می‌گویند که چون ضرورت ایجاب می‌کند، می‌تواند از پستان شیر بخورد. این از فتاوی مضحکی است که عامه در کتابهای خودشان به آن تصریح کرده‌اند، البته اکثر فقهاء عامه هم مخالف قول عایشه هستند.

(۱) ح ۹، باب ۵ از ابواب رضاع.

(۲) ح ۳، باب ۵ از ابواب رضاع.

(۳) ح ۱، باب ۷ از ابواب رضاع.

(۴) ح ۷، باب ۵ از ابواب رضاع.

(۵) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۴۶۲.

(۶) سنن بیهقی، ج ۷، ص ۴۵۹.

(۷) آیه ۵ سوره احزاب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۲۸

نتیجه: فقهاء عامه و روایات عامه در این مسأله غالباً با ما هماهنگی دارند.

۱۹ شرایط الرضاع (الرابع...) ۸۰ / ۷ / ۱۷

فرع دوم: اشتراط حولین در مورد ولد مرضعه

اشاره

آیا حولین در ولد مرضعه معتبر است؟ مرحوم امام می‌فرماید اقوی این است که معتبر نیست، بنابراین اگر بعد از دو سال هم این زن، بچه‌ای را که کمتر از دو سال دارد، شیر دهد، نشر حرمت می‌کند.

اقوال:

مشهور و معروف این است که شرطی در ولد مرضعه نیست.

مرحوم نراقی می‌فرماید:

و الحقّ عدم اعتبار الحولین فی ولد المرضعۃ، فینشر الحرمة لو وقع رضاع بعد حولیه اذا کان قبل حولی المرتضع، وفاقاً للاکثر، بل ادّعی بعضهم علیه الاجماع لعموم ادلّة نشر الحرمة بالرضاع و للاستصحاب خلافاً للمحکی عن الحلبي و ابني حمزة و زهره، بل عن الاخير الاجماع علیه (ای علی الشریطه) «۱».

مرحوم صاحب جواهر با اینکه همیشه با مشهور است؛ ولی از لابه‌لای کلمات ایشان ظاهر می‌شود که به قول دوم (قول شاذ) تمایل پیدا کرده است. «۲»

ادله قول مشهور (عدم اشتراط حولین در ولد مرضعه):

۱- استصحاب:

وقتی ولد مرضعه کمتر از دو سال داشت، اگر بچه‌ای را شیر می‌داد، نشر حرمت می‌شد، حال که بچه مرضعه دو سالش گذشته است شک می‌کنیم که نشر حرمت می‌کند، استصحاب می‌کنیم.

جواب: این استصحاب دو اشکال دارد:

الف: استصحاب در شبهه حکمیه است، چون در موضوع خارجی (ولد مرضعه) شک نداریم بلکه شک در حکم الهی داریم، و ما استصحاب را در شبهه حکمیه جاری نمی‌دانیم.

ب: استصحاب تعلیقی است و استصحاب تعلیقی باطل است.

به این معنی که سابقاً اگر بچه‌ای از این زن شیر می‌خورد نشر حرمت می‌کرد و الان اگر بچه‌ای از این زن شیر بخورد، شک داریم که نشر حرمت می‌کند یا نه؟

۲- عمومات و اطلاعات:

«أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ»، «أَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ»

یحرم من الرضاع ...»

عمومات هیچ یک قیدی ندارد و مقید به دو سال و بعد از دو سال نیست. البته استدلال وقتی تمام است که عمومات را در مقام بیان بدانیم؛ ولی اگر در مقام بیان نباشد قول مشهور به مشکل برمی‌خورد.

ادله قول غیر مشهور (اشتراط حولین در ولد مرضعه):

۱- اصالة الاباحه:

اگر ولد مرضعه در دو سال نباشد در نشر حرمت شک داریم، که در اینجا اصل اباحه است.

جواب: این دلیل خوب است اگر عمومات نشر حرمت به میدان نیاید چون اگر آنها باشند، نوبت به اصول عملیه نمی‌رسد.

۲- احادیث «لا رضاع بعد فطام»:

احادیث زیادی داشتیم که عام بود، هم فطام ولد مرضعه و هم فطام مرتضع را شامل می‌شد.

جواب: ظاهر «لا رضاع بعد فطام» این است که فاعل هر دو فعل یک نفر است، یعنی بچه‌ای که شیر می‌خورد (مرتضع)، همان بچه،

فطام داشته باشد، نه اینکه اگر بچهٔ مرضعه فطام پیدا کند (بعد از حولین) شیر خوردن مرتضع تأثیر در نشر حرمت نداشته باشد، پس فاعل هر دو فعل یکی است و کاری با ولد مرضعه ندارد.

۳- استنباط ابن بکیر:

«ابن بکیر» استدلال کرد به اینکه ولد مرضعه نباید دو سالش تمام شود چون پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده است که «لا رضاع بعد فطام»، پس ابن بکیر تصریح دارد به اینکه حولین در ولد مرضعه شرط است. «۳»
جواب: استدلال ابن بکیر برای ما حجت نیست، لا سیما که دلیلش «لا رضاع بعد فطام» است و بیان شد که ربطی به این بحث ندارد.

۴- دلیل صاحب جواهر:

صاحب جواهر «۴» در اینجا بیانی دارد که ظاهراً می‌خواهد قول دوم را تأیید کند و می‌گوید که اصحاب سراغ «حولی المرتضع» رفته‌اند و سراغ حدّ ولد مرضعه نرفته‌اند، اگر بگوییم ولد مرضعه حدّی ندارد، تالی فاسد دارد چون در این صورت اگر ولد مرضعه ده‌ساله هم باشد و مادر هنوز شیر داشته و بچه‌ای را شیر دهد، باید

(۱) مستند، ج ۱۶، ص ۲۵۲.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۹۹.

(۳) ح ۶، باب ۵ از ابواب رضاع.

(۴) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۹۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۲۹

نشر حرمت کند، در حالی که این از قبیل درّ لبن است و درّ لبن نشر حرمت نمی‌کند.

دومین اشکال ایشان این است که این مسأله در بین عامّه هم مطرح بوده و آنها هم متعرض نشده‌اند و با اینکه مسأله محل ابتلاست و کسی متعرض آن نشده است، نمی‌توان گفت که اصحاب غفلت کرده‌اند پس باید گفت این حدّ در مورد هر دو (ولد مرضعه و مرتضع) بوده است.

جواب: اولاً، خیلی از اصحاب متعرض آن شده‌اند.

ثانیاً: اینکه می‌فرمایید این لبن مثل لبن خودجوش می‌شود، طبق بیان شما درّ لبن است و لبن فحل نیست و به همین جهت نشر حرمت نمی‌کند.

نتیجه: اگر عمومات را بپذیریم قول مشهور اقوی است و اگر عمومات را نپذیریم قول غیر مشهور اقوی می‌شود.

مسأله ۲ (ما المراد بالحوالین)؟

اشاره

۲۰ مسأله ۲ (ما المراد بالحوالین ؟... ۱۸/۷/۸۰

مسأله ۲: المراد بالحوالین اربع و عشرون شهراً هلالياً من حين الولادة، و لو وقعت فی اثناء الشهر يكمل من الشهر الخامس و العشرين، ما مضى من الشهر الاوّل على الاظهر، فلو تولّد فی العاشر من شهر تكمل حوله فی العاشر من الخامس و العشرين.

اقوال:

این مسأله را جماعتی از اصحاب متعرض شده‌اند: مرحوم شهید ثانی «۱»، مرحوم نراقی «۲»، مرحوم صاحب جواهر «۳»، و صاحب جواهر از دیگران هم نقل کرده است که این مسأله را متعرض شده‌اند.

در این مسأله دو احتمال داده‌اند:

۱- حولین، بیست و چهار ماه است (۷۱۰ روز) و کمبود ماه اول از ماه بیست و پنجم محاسبه می‌شود، که غالباً به این احتمال قائل شده‌اند.

۲- حولین را به صورت عددی حساب می‌کنند (۷۲۰ روز) یعنی ۲۴ تا سی روز (چون ماه در عرف مردم به معنی سی روز است).

دلیل: انصراف لفظ

دلیل ما در این مسأله چیزی جز انصراف لفظ نیست و روایات خاصی نداریم، چون وقتی می‌گویند دو سال، یعنی دو سال قمری و دو سال قمری را هم به اندازه ۲۴ ماه از روز ولادت حساب می‌کنند، و شاهد مسأله این است که وقتی بچه در روز سیزده رجب سال ۱۴۱۰ متولد شده گفته می‌شود که روز سیزده رجب سال ۱۴۲۰ ده سالش تمام می‌شود و کسی عددی حساب نمی‌کند، و جای تعجب است که بعضی از معاصرین سراغ حساب عددی می‌روند و می‌گویند حولین انصراف به صورت عددی دارد، باید از آنها پرسید آیا شما در حساب سن فرزندانان به صورت عددی حساب می‌کنید؟

مشابه این مسأله را در ابواب دیگر هم می‌توان استفاده کرد، مثلاً در باب معاملات اگر کسی برای خودش سه ماه خیار شرط قرار داد به همین ترتیب حساب می‌شود و یا در باب دیه، بعضی دیات در سه سال پرداخته می‌شود و یا در باب طلاق، جایی که حاکم شرع برای شوهر مفقود اجل تعیین می‌کند، در تمام این موارد سراغ عدد نمی‌روند. البته اعدادی که در روایات آمده، انصراف به ماه قمری دارد، اگر چه در عرف، معاملات و قراردادها بر اساس ماه شمسی تنظیم می‌شود.

نکته: ماه قمری از ماه شمسی بهتر است چون ماه شمسی را بدون تقویم نمی‌توان حساب کرد؛ ولی ماه قمری را بدون استفاده از تقویم هم می‌توان فهمید و تقویم در آسمان دیده می‌شود و برای همه قابل دسترسی است.

۲۱ ادامه مسئله ۲ ... ۲۲ / ۷ / ۸۰

ان قلت: اگر برنامه چنین است، باید صوم شهرین متتابعین در کفاره صیام و کفارات دیگر هم به همین صورت محاسبه شود (دو ماه هلالی)؛ در حالی که عددی حساب کرده و شصت روز می‌گویند.

قلنا: اولاً، در آنجا هم مسلم نیست که عددی باشد و ظاهر کلام شرایع و جواهر در باب کفاره صوم این است که باید هلالی حساب شود، اگر چه ۵۹ یا ۵۸ روز شود، صاحب جواهر می‌فرماید:

ولا يجوز لمن كان عليه شهران متتابعان أن يصوم شؤلاً مع يوم من ذى القعدة و يقتصر على ذلك (يك روز شؤال عید است و باید دو روز از ذی القعدة را روزه بگیرد که در این صورت مراد ۳۱ روز نیست، چون ممکن است شؤال ۲۹ روز باشد) و كذا الحكم فى

(۱) مسالك، ج ۷، ص ۲۳۶.

(۲) مستند، ج ۱۶، ص ۲۵۲.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۹۶.

ذی الحجۃ مع یوم آخر من المحرم (یک روز از ماه ذی الحجۃ عید است و معنی آن این است که اگر ذی الحجۃ ۲۹ روز باشد و یک روز هم به خاطر عید، کم شود، با دو روز از ماه محرم ۳۰ روز می شود) ضرورتاً نقصان الشهر بالعید (اگر از ماههایی باشد که عید ندارد یک روز از ماه بعد اضافه کند کافی است و شهرین متتابعین حاصل شده است در حالی که ممکن است دو ماه پی در پی مجموعاً ۵۸ روز باشد) فلا یحصل المطلوب بالیوم، نعم لو صام یومین اتجه الاجزاء، لحصول الشهر و یوم کما هو واضح. «۱» صاحب جواهر مسلم و واضح دانسته که اگر در شهرین متتابعین هم ماه را هلالی حساب کنیم اشکالی ندارد، پس ۶۰ روز بودن در شهرین متتابعین لازم نیست.

ثانیاً: در صوم کفار به صورت عددی (۶۰ روز) حساب کردن وجهی دارد، چون صوم، عدل اطعام مسکین قرار داده شده است «أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسْكِينٍ أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا» «۲» و اطعام هر مسکین معادل یک روز، روزه است و چون اطعام شصت مسکین در کفاره لازم است، بقرینه مقابله شهرین را شصت روز می گیرند، پس در جاهای دیگر که معادل ندارد چنین تفسیر نمی کنیم.

بقی هنا امور:

الامر الأول: الشک فی معنی الحولین

اگر در مضی حولین شک شود و تاریخ تولد را دقیقاً ندانیم، آیا در این صورت اگر شیر بخورد نشر حرمت می کند؟ مرحوم امام متعرض این مسأله نشده است.

بعضی قائل شده اند که در اینجا اصالة الاباحة حاکم است و نشر حرمت نمی کند؛ ولی در مقابل این اصل یک استصحاب موضوعی داریم که می گوید اصل بقاء حولین است و با بودن اصل موضوعی نوبت به اصل حکمی (اصالة الاباحة) نمی رسد. در اینجا که اصل موضوعی جاری می شود، موضوع ما مرکب است از دو جزء که یک جزء آن (شیر خوردن) بالوجدان و جزء دیگر (اینکه در حولین است یا نه؟) با استصحاب حاصل می شود، و یا مثلاً در مورد نماز خواندن با طهارت، وضو با استصحاب و صلاة را هم که به جای آورده ایم، وجداناً حاصل شده است.

ان قلت: این از قبیل ترکیب نیست بلکه از قبیل تقييد است پس اصل مثبت است، به این معنی که شیرخوارگی مقتید به حولین است، نه اینکه موضوع دو جزء داشته باشد و این با اصل ثابت نمی شود چون تقييد لازمه عقلی و اصل مثبت است، پس استصحاب در اینجا کارگر نیست و باید سراغ اصل حکمی (اصالة الاباحة) برویم.

قلنا: این مقدار از تقييد مضرر نبوده و پذیرفته شده است و اصل مثبت نیست چون خود روایات استصحاب از همین قبیل است، روایات سه گانه زراره در استصحاب، شرط را که طهارت از حدث باشد با استصحاب و ارکان نماز را با وجدان ثابت می کند، این استصحاب را امام قبول کرده، پس شما باید آنجا را هم بگویید که اصل مثبت است. نتیجه: در ما نحن فیه حولین را با استصحاب و شیرخوارگی را بالوجدان تحصیل می کنیم.

الامر الثاني: اكمال الرضعة الاخيرة مع تمام الحولین

اگر آخرین شیرخوارگی همراه با پایان دو سالگی باشد، آیا نشر حرمت می کند یا باید پیش از تمام حولین باشد؟ ظاهر آیه این است که کافی است (الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ) و روایات هم فطام را به حولین کاملین تفسیر می کرد، پس ظاهر آیه و روایات مفسره فطام نشر حرمت است.

ان قلت: روایت صحیح السند معارضی داریم که این را کافی نمی داند و قبل از حولین را لازم می داند:

... عن الفضل بن عبد الملك، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: الرضاع قبل الحولین قبل ان یفطم. «۳»

قلنا: برای توجیه این حدیث می‌گوییم که قبل الحولین حمل بر غالب می‌شود، چون نادر است که لحظه آخر حولین با آخرین شیرخوارگی همراه باشد و غالباً شیرخوارگی قبل از حولین است.

۲۲ ادامه مسئله ۲ ... ۸۰ / ۷ / ۲۴

الامر الثالث: الاقل و الاکثر فی الرضاع

اشاره

آیا رضاع حد اقلی از نظر وجوب و حد اکثری از نظر جواز دارد؟
این مسأله مربوط به محرمات رضاع نیست بلکه به تناسب، سراغ آن می‌رویم.

اقوال:

اشاره

آنچه که از کلمات بزرگان و مشهور استفاده می‌شود این است که رضاع حد اکثر ندارد و بیش از حولین هم می‌توان شیر داد؛ ولی

(۱) جواهر، ج ۱۷، ص ۸۸.

(۲) آیه ۹۵، سوره مائده.

(۳) ح ۴، باب ۵، از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۳۱

بعضی مثل محقق حد اکثر را به شهر او شهرین مقید کرده‌اند (یک ماه و یا دو ماه بیش از دو سال جایز است) و مفهوم آن این است که بیش از این جایز نیست.

در حد اقل مشهور این است که کمتر از ۲۱ ماه جایز نیست.

مرحوم محقق در شرایع می‌فرماید:

و لا يجوز نقصه عن ذلك (اشاره به بیست و یک ماه است) و لو نقص كان جوراً و يجوز الزيادة على الحولين شهراً و شهرين. «۱»

صاحب جواهر بعد از نقل عبارت شرایع می‌فرماید:

بل فی كشف اللثام دعوى الاتفاق عليه، و لعله (اتفاق و ادعای اجماع) ظاهر غیره ایضاً ... و کیف كان فالمشهور بین الاصحاب انه يجوز الزيادة على الحولين «۲» (من دون تقیید بشهر او شهرین).

مرحوم شهید ثانی می‌فرماید:

لا خلاف بین اصحابنا فی أن مدّة الرضاع بالاصالة حولان کاملان، لقوله تعالى و الوالدات یرضعن أولادهن حولین کاملین لمن أراد أن یتیم الرضاعیة. و ظاهر الآیة کون تمام الرضاعه حولین، و هو لا ینافی جواز النقص عنهما (دوسال). و قد جوز اصحابنا (ظاهرش اجماع است) الاقتصار على احد و عشرین شهراً، و در ذیل کلامش راجع به حد اکثر می‌فرماید: و اما الزيادة على الحولين فمقتضى الآیة انه لیس من الرضاعه، لتمامها بالحولين، لکن لیس فیها دلالة على المنع من الزائد ... و المصنّف (محقق در شرایع) و الجماعة

قتدوه بشهر و شهرین. «۳»

مرحوم صاحب حدائق می‌فرماید:

و لو قیل بجوازہ (جواز کمتر از بیست و یک ماه) اذا اقتضت مصلحۃ الولد ذلک و تراضی علیہ الایوان لم یکن بعیداً «۴». (این عبارات را صاحب حدائق از شرح نافع نقل می‌کند).

جمع بندی اقوال در حدّ اقل:

- ۱- کمتر از بیست و یک ماه نباشد (قول مشهور).
- ۲- کمتر از بیست و یک ماه ممکن است؛ ولی مشروط به رضایت ابویان و مصلحت ولد.
- ۳- کمتر از بیست و یک ماه ممکن است؛ بلا شرط.

جمع بندی اقوال در حدّ اکثر:

- ۱- جایز نیست بیشتر از دو سال باشد (محتمل بعضی از عبارات ممکن است این باشد اگر چه قائل صریح نداریم).
- ۲- حدّ اکثر یکی دو ماه بیشتر از دو سال جایز است (کلام محقق و جماعتی).
- ۳- جایز است مطلقاً.

ادله:

الف- آیات:

اشاره

در قرآن سه آیه داریم که در مورد شیر دادن و از شیر گرفتن است:

1- آیه «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ». «5»

از این آیه حدّ اقل و حدّ اکثری به نحو وجوب استفاده نمی‌شود.

اما ذیل آیه فوق می‌فرماید:

«فَإِنْ أُرَادَ إِذًا فَضَالًا عَنْ تَرْضَائِهِمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا».

اینجا کمتر را اجازه می‌دهد؛ ولی مطلق است و حدّی برای آن بیان نمی‌کند.

2- آیه «وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا» «6»

ظاهراً آیه خبری است و معنای آیه این نیست که «لا- بد آن یكون كذلك» (در مقام بیان انشاء نیست)؛ حال اگر وجوب استفاده نشود جواز استفاده می‌شود؛ به این بیان که حمل به طور غالبی نه ماه است، وقتی از سی ماه کم شود باقیمانده بیست و یک ماه است پس از این آیه جواز بیست و یک ماه استفاده می‌شود.

3- آیه «وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ، وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ» «7»

ظاهراً آیه در مقام اخبار بوده و جمله خبریه است و از آن وجوب و حرمتی استفاده نمی‌شود.

نتیجه: حدّ اقل و حدّ اکثری از آیات استفاده نمی‌شود، بلکه از این آیات دو چیز استفاده می‌شود:

اولاً: بیست و یک ماه قطعاً جایز است.

ثانیاً: اگر مشورت کنند و مصلحت ببینند، کمتر از دو سال هم جایز است.

ب- روایات:

اشاره

دو روایت داریم که می‌گوید حدّ اقل ۲۱ ماه است و کمتر جایز نیست:

...* عن عبد الوهاب بن الصباح

(مجهول الحال)

قال: قال

(۱) شرایع، ص ۵۶۶.

(۲) جواهر، ج ۳۱، ص ۲۷۷، احکام الاولاد.

(۳) مسالک، ج ۸، ص ۴۱۶ و ۴۱۷.

(۴) حدائق، ج ۲۵، ص ۸۰.

(۵) آیه ۲۳۳ سوره بقره.

(۶) آیه ۱۵ سوره احقاف.

(۷) آیه ۱۴ سوره لقمان.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۳۲

أبو عبد الله عليه السلام: الفرض في الرضاع احد و عشرون شهراً فما نقص عن احد و عشرين شهراً فقد نقص المرضع، و ان اراد أن يتم الرضاعة فحولين كاملين «۱».

دلالت روایت خوب؛ ولی سند آن ضعیف است.

...* عن سماعة، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: الرضاع واحد و عشرون شهراً فما نقص فهو جورٌ على الصبي. «۲»

(لا بد جور هم حرام است پس واجب است بیست و یک ماه باشد).

در سند این روایت «محمد بن سنان» است که شدیداً محلّ نزاع است و ما نتوانستیم او را ثقه بدانیم پس این روایت مشکل سندی دارد که صاحب جواهر هم معترف است؛ ولی می‌فرماید ضعف سند با عمل اصحاب جبران می‌شود.

روایات معارض:

این دو روایت، روایات معارض صحیح‌السند دارد:

...* عن الحلبي، قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: ليس للمرأة أن تأخذ في رضاع ولدها أكثر من حولين كاملين، ان اراد الفصال

قبل ذلك عن تراض منهما فهو حسن و الفصال الفطام. «۳»

۲۳ ادامه مسئله ۲ ... ۸۰ / ۷ / ۲۵

جمع بین روایات:

اشاره

۱- نسبت بین این دو دسته روایات عام و خاصّ مطلق است و عام را به خاصّ تقیید می‌زنیم، یعنی روایات ۲۴ ماه را به روایات ۲۱

ماه تقیید می‌زنیم.

۲- روایات دسته اول مطلق است، یعنی چه مشورت بشود و یا نشود، و چه تراضی باشد و یا نباشد؛ ولی روایات دسته دوم مقید است، می‌گوید مع تشاور و تراض جایز است، پس روایات دسته اول را به دسته دوم تقیید می‌زنیم.

۳- روایات دسته اول را حمل بر کراهت کنیم، چون «جوز علی الصبی»، ظهور در حرمت ندارد. مؤید کراهت سیره متدینین است، چون زنان متدین هم ملتزم به ۲۱ ماه نیستند.

البته به یک معنا می‌توان گفت که نسبت بین این دو طایفه از روایات، عموم من وجه است یعنی دسته اول از این جهت که تشاور ندارد، عام است؛ ولی به ۲۱ ماه مقید است و دسته دوم از این جهت که ۲۱ ماه ندارد عام است؛ ولی چون تشاور و تراضی دارد، خاص است. در عموم من وجه جمع دلایلی نداریم، چون متعارضین هستند، و در مقام تعارض سراغ مرجحات می‌رویم، مرجح روایات دسته اول شهرت و مرجح روایات دسته دوم موافقت با ظاهر کتاب الله است، و چون نسبت بین دو دسته روایات عموم من وجه است در مقام تعارض و تساقط دو دسته، عمل به تخییر جایز نیست.

نتیجه: چون مشهور در این مسأله فتوی داده‌اند و ظاهر روایت هم حرمت است، احتیاط این است که اگر ضرورتی نباشد، و مادر هم شیر دارد، کمتر از ۲۱ ماه شیر ندهد. امام (ره) در تحریر الوسیله در مسئله‌ای از احکام الاولاد فتوی به وجوب می‌دهد.

حد اکثر رضاع:

علماء به آسانی از بحث حد اکثر در رضاع، گذشته‌اند و معتقدند که بیش از حولین (مطلقاً یا یکی دو ماه بیشتر)، جایز است؛ کأن مشهور قائلند که بیش از دو سال جایز است در حالی که روایات ما با صراحت می‌گوید که بیش از دو سال شیر ندهند:

... * لیس للمرأة أن تأخذ فی رضاع ولدها اکثر من حولین کاملین «... ۴»

حال با وجود روایت صحیح و معتبر چگونه فتوی به جواز داده‌اند؟ شاید اینجا هم سیره متدینین مانع شده است، چون متدینین چنین نیستند که دقیقاً حساب دو سال را نگه دارند.

نتیجه: در اینجا نیز به نظر می‌رسد که احتیاط بهتر است، لذا می‌گوییم اگر بیشتر از دو سال نشود بهتر است؛ البته این اضافه یک ماه و دو ماه هم نکته‌ای دارد و آن اینکه از شیر گرفتن دفعی، ممکن نیست و باید تدریجی باشد، بنابراین یک یا دو ماه فرجه داده شده است.

ان قلت: از قبل که می‌داند دو سال نزدیک می‌شود، از همان موقع شروع کند، تا نیاز به اضافه نداشته باشد.

قلنا: این خلاف ظاهر آیه است که می‌فرماید «حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ» پس باید دو سال کامل شیر دهد.

نکته: در اینجا دو چیز باید مد نظر باشد، هم مصلحت مادر، و هم مصلحت بچه، گاهی مادر نمی‌تواند شیر دهد، مثلاً مادر مریض است و گاهی از ضرورت‌های فرزند است، پس این تشاور و تراضی، هوی و هوس نیست، بلکه در مورد ضرورت است که این حد اقل‌ها و حد اکثرها می‌شکند.

(۱) ح ۲، باب ۷۰ از ابواب احکام الاولاد.

(۲) ح ۵، باب ۷۰ از ابواب احکام الاولاد.

(۳) ح ۱ و ۳ و ۷، باب ۷۰ از ابواب احکام الاولاد.

(۴) ج ۱۵، ح ۱، باب ۷۰ از ابواب احکام الاولاد.

بقی هنا شیء:

در زمان ما متعارف شده که مادران ملتزم به شیر دادن فرزند خود نیستند، گاهی هم کم شیر می دهند، یا اصلاً شیر نمی دهند، در حالی که علم تأکید بر این معنا دارد که شیر مادر سبب سلامت مادر و فرزند است و شیر ندادن موجب می شود که بچه در معرض بیماری قرار گیرد و ضعیف شود، حتی شیر مادر در میزان هوش و رشد عقلی کودک، مؤثر است و از طرف دیگر مادر هم در معرض بیماری‌ها واقع می شود (مثل سرطان پستان). جالب این است که در روایات هم علاوه بر آیات، (ظاهر آیه «و الودات یرضعن» امر است) بر شیر دادن تأکید شده و ثواب‌های عظیمی برای آن بیان شده است.

... عن ابی خالد الکعبی، عن ابی عبد الله علیه السلام ان رسول الله صلی الله علیه و آله قال: ایما امرأة دُفعت من بیت زوجها شیئاً... فإذا ارضعت کان لها بكل مصة (مکیدن)

کعدل عتق محرر من ولد اسماعیل، فاذا فرغت من رضاعه ضرب ملک کریم علی جنبها و قال استأنفی العمل (تمام گذشته آمرزیده شد)

فقد غفر لک. (۱)

... عن طلحة بن زید، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قال امیر المؤمنین علیه السلام: ما من لبن رضع به الصبی اعظم برکة علیه من لبن امه. (۲)

معلوم می شود که شیر زنان دیگر و لو شیر انسان است؛ به شیر مادر نمی رسد، چون این شیر با بچه از یک ریشه هستند و مجانست با بدن دارد.

... قال رسول الله صلی الله علیه و آله...: فاذا وضعت حملها و أخذت فی رضاعه، فما یمصّ الولد مصة من لبن امه، الا کان بین یدیهما نوراً ساطعاً یوم القيامة، یعجب من رآها من الاوّلین و الآخرین «... ۳»

... قال رسول الله صلی الله علیه و آله: لیس للصبی لبن خیر من لبن امه. (۴)

این احادیث نشان می دهد، آن روزی که هنوز این مسائل کشف نشده بود به شیر مادر اهمیت داده شده تا مادران شیر دادن را ترک نکنند و برای تشویق آنها به شیر دادن، این ثوابها ذکر شده است.

[الشرط الخامس: الكمیة]

اشاره

الشرط الخامس: الكمیة، و هی بلوغه حدّاً معیناً، فلا یکفی مسمی الرضاع و لا رضعة كاملة، و له تحدیدات و تقدیرات ثلاثة: الأثر و الزمان و العدد؛ و ای منها حصل کفی فی نشر الحرمة، و لا یبعد کون الاثر هو الاصل و الباقیان امارتان علیه، لکن لا یترک الاحتیاط لو فرض حصول احدهما دونه، فأما الاثر فهو أن یرضع بمقدار نبت اللحم و شدّ العظم، و اما الزمان فهو أن یرتضع من المرأة یوماً و لیلته مع اتصالهما بأن یرتضع منها خمسة عشر رضعه كاملة.

عنوان مسأله:

شرط پنجم از شرائط رضاع، در مورد کمیت رضاع است، آیا هر مقدار رضاع، در نشر حرمت کافی است یا کمیتی لازم است؟ امام در تحریر الوسيله در ذیل عنوان شرط خامس می‌فرماید کمیتی لازم است، سپس تقدیرات سه‌گانه‌ای را بیان می‌کند:

- ۱- تقدیر به اثر (به مقداری شیر بخورد که انبات لحم و اشتداد عظم حاصل شود).
- ۲- تقدیر به زمان (یک شبانه روز کامل بدون اینکه غذای دیگری بخورد، شیر بخورد).
- ۳- تقدیر به عدد (پانزده مرتبه یا ده مرتبه شیر بخورد).

بعد امام می‌فرماید، بعید نیست که این سه در یک ردیف نباشند، چون یکی اصل است که همان اثر است و دوتای دیگر اماره بر انبات لحم و شدّ عظم هستند.

این مسأله بسیار مهم و دارای پیچ و خم زیادی است و صاحب جواهر در حدود بیست و پنج صفحه از آن بحث می‌کند.

چنین مسئله‌ای که دارای اهمیت است و بین شیعه و سنی اختلافی است، باید در مقاماتی از آن بحث شود:

اشاره

مقام اول: اقوال خاصه و عامه.
مقام دوم: آیا مسمای رضاع کافی است؟
مقام سوم: بررسی معیارهای سه‌گانه.
مقام چهارم: رتبه معیارهای سه‌گانه.
مقام پنجم: آیا معیارهای سه‌گانه با هم هماهنگی دارند؟ آیا ۲۴ ساعت با شدّ عظم و انبات لحم می‌تواند هم تراز باشد؟ و یا ۲۴ ساعت با ده یا پانزده مرتبه چگونه سازگار است.
البته بحث دیگری هم در مقدار هر رضعه است که در پایان به آن خواهیم پرداخت.

(۱) ح ۱، باب ۶۷ از ابواب احکام الاولاد.

(۲) ح ۲، باب ۶۸ از ابواب احکام الاولاد.

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۳، ص: ۳۳

(۳) مستدرک، ج ۱۵، ح ۱، باب ۴۷ از ابواب احکام الاولاد.

(۴) مستدرک، ج ۱۵، ح ۱، باب ۴۸ از ابواب احکام الاولاد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۳۴

مقام اول: اقوال خاصه و عامه

الف - اقوال خاصه:

اشاره

مشهور و معروف این است که این امور سه گانه (اثر، عدد، زمان) لازم است و مسمی کافی نیست؛ ولی اینکه عدد پانزده است یا ده، اختلافی است، و هر دو قول، قائل فراوانی دارد؛ و ادعای شهرت در آن آسان نیست. در مقابل اینها قول شاذی از دو نفر از قدما نقل شده است، که مسمی را کافی می‌دانند، یکی قاضی نعمان (نویسنده دعائم الاسلام) است که صاحب جواهر چنین نقل می‌کند: روی عن امیر المؤمنین علیه السلام انه قال: یحرم من الرضاع کثیره و قلیله، حتی المصیة الواحده، ثم قال: و هذا قول بین صوابه لمن تدبره و وفق لفهمه، لأن الله تعالی شأنه یقول: و امهاتکم اللاتی ارضعنکم و الرضاع یقع علی القلیل و الکثیر. دیگری ابن جنید است که می‌فرماید:

قد اختلفت الروایة من الوجهین (ممکن است حدّ اکثر و حدّ اقل یا عامّه و خاصّه باشد) جمیعاً فی قدر الرضاع المحرّم، الا انّ الذی اوجبه الفقه عندی و احتیاط المرء لنفسه انّ کلّما وقع علیه اسم رضعة و هو ملئة بطن الصبی إمّا بالمصّ أو الوجور، محرّم للنکاح. «۱»

جمع بندی اقوال:

قول اول و دوم: مشهور قائل به معیارهای سه گانه هستند که بعضی عدد را پانزده و بعضی ده دانسته‌اند.
 قول سوم: مسمای شیر خوردن کافی است (قاضی نعمان).
 قول چهارم: رضعة کامله واحده کافی است (ابن جنید).

ب- اقوال عامه:

شیخ طوسی در کتاب خلاف «۲»، می‌فرماید:
 قول اول: شافعی پنج رضعه را لازم می‌داند، عدّه زیادی از صحابه مثل عبد الله بن زبیر و عایشه و تابعین مثل سعید بن جبیر و طاووس و فقهاء مثل احمد و اسحاق به این قول قائل شده‌اند.
 قول دوم: زید بن ثابت از صحابه و ابو ثور و اهل الظاهر (اخباریون عامه) سه مرتبه را کافی می‌دانند.
 قول سوم: عبد الله بن عمر و عبد الله بن عباس از صحابه و مالک و ابو حنیفه و اصحابش از فقهاء می‌گویند:
 انّ الرضعة الواحده أو المصیة الواحده حتی لو کان قطرة، موجب نشر حرمت می‌شود. این قول به حضرت علی علیه السلام هم اسناد داده شده است.

قول چهارم: صاحب جواهر از عامه نقل می‌کند که ده رضعه را هم گفته‌اند.

پس در بین عامه هم مجموعاً چهار قول وجود دارد.

۲۵ شرائط الرضاع (الخامس ...) ۸۰ / ۷ / ۳۰

مقام دوم: آیا مسمای رضاع کافی است؟

اشاره

در بین شیعه کسی که قائل به کفایت مسمی شده، ابن جنید و قاضی نعمان است که در مقابل این دو ادعای اجماع شده و اعتنایی به قول آنها نشده است. مرحوم کاشف اللثام ادعای اجماع کرده، و می‌فرماید:

الکمیة و هی معتبره عند علمائنا اجمع. «۳»

مرحوم صاحب ریاض هم می فرماید:

الکمیة معتبره باجماع الطائفة، خلافاً للمحکی عن مالک و ابی حنیفة «۴» کان مخالفاً من شیعه، به حساب نیامده‌اند.

شهید ثانی می فرماید:

اتفق اصحابنا علی انّ مطلق الرضاع و مسماه غیر کاف فی نشر الحرمة. «۵»

ادله قائلین به کفایت مسمی:

اشاره

قائلین به کفایت مسمی، دو دلیل اقامه می کنند:

۱- اطلاق آیه «وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ» «... ۶»

ظاهر اطلاق آیه این است که کمیته در رضاع معتبر نیست، و لو مصه واحده هم باشد، رضاع صادق است.

جواب: از این استدلال دو جواب می دهیم:

اولاً: تعبیر به مادر و خواهر رضاعی در عرف با یک قطره شیر خوردن حاصل نمی شود، بلکه باید مقدار قابل توجهی شیر بخورد،

حتی اگر بگویم آیه از این نظر که شامل چنین موردی می شود یا نه، ابهام دارد، دیگر اطلاق نخواهد داشت.

ثانیاً: سلمنا که آیه اطلاق داشته باشد؛ ولی قرآن غالباً مطلق می گوید و تقییدات در سنت وارد شده است. قرآن فقط در یکجا به

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۷۰.

(۲) کتاب الرضاع، مسئله ۳.

(۳) کشف اللثام، ج ۷، ص ۱۳۴.

(۴) ریاض، ج ۱۰، ص ۱۳۴.

(۵) مسالک، ج ۷، ص ۲۱۳.

(۶) آیه ۲۳، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۳۵

تمام جزئیات پرداخته و آن هم در مورد کتابت دین است که حدود هیچده حکم در یک آیه بیان شده است. در ما نحن فیه قرآن

رضاع را به طور مطلق فرموده و روایات متواتر کمیته را شرط دانسته‌اند.

۲- روایات:

چند روایت است که از آنها عمومیت فهمیده‌اند.

...* عن علی بن مهزیار، عن ابی الحسن علیه السلام انه کتب الیه یسأله عما یحرم من الرضاع فکتب علیه السلام قلیله و کثیره حرام

(یوجب الحرمة). «۱»

این روایت از نظر سند صحیح و از نظر دلالت هم خوب است.

...* عن زید بن علی، عن آبائه، عن علی علیه السلام قال: الرضعة الواحدة کالمائة رضعة لا تحل له ابداً. «۲»

این روایت از نظر سند ضعیف است چون مشتمل است بر عده‌ای از زیدیه (زید بن علی را امام می‌دانند)، «زید بن علی» ثقه است؛ ولی کسانی که از او نقل می‌کنند، ضعیف هستند.

... عن ابن ابی یعفور قال: سأله عما يحرم من الرضاع قال: اذا رضع حتى يمتلى بطنه فان ذلك ينبت اللحم و الدم و ذلك الذي يحرم (۳).

به این روایت استدلال کرده‌اند که اگر یک بار شیر بخورد اثر حاصل می‌شود و کمیت لازم نیست؛ ولی دلالت این روایت قابل مناقشه است. زیرا ظاهر روایت، مقدار شیر خوردن در هر رضعه را بیان می‌کند، شاهد این سخن، روایت ذیل است:

... عن محمد بن ابی عمیر، عن بعض اصحابنا، رواه عن ابی عبد الله علیه السلام قال: الرضاع الذي ينبت اللحم و الدم هو الذي يرضع حتى يتضلع و يمتلى و ينتهي نفسه (پستان را رها کند). (۴)

سه روایت دیگر هم در این زمینه وجود دارد که به جهت ضعف سند، مؤید روایات سابق است.

* الجعفریات ... عن علی علیه السلام، انه كان يقول: المصّة الواحدة تحرم (۵). و بهذا الاسناد عن علی علیه السلام، قال: يحرم قليل الرضاع و كثيره.

* دعائم الاسلام: عن علی علیه السلام انه قال: يحرم من الرضاع قليلة و كثيره و المصّة الواحدة تحرم. (۶)

۲۶ شرائط الرضاع (الخامس ... ۸۰ / ۸ / ۱)

جواب: در مقابل آن روایات، روایاتی داریم که اکثر و اشهر است و مسمای رضاع را کافی نمی‌دانند، که دو طائفه هستند: طائفه اول:

روایاتی که به دلالت مطابقی نفی مسمی می‌کند، و چون این روایات متضافرنند، از سند آنها بحث نمی‌کنیم:

... عن علی بن رئاب، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قلت: ما يحرم من الرضاع؟ قال: ما انبت اللحم و شدّ العظم، قلت: فيحرم عشر رضعات؟ قال: لا لأنه لا تنبت اللحم و لا تشدّ العظم عشر رضعات. (۷)

... عن موسی بن بکر، عن ابی الحسن علیه السلام قال: قلت له: إن بعضاً من موالیک تزوج الی قوم فزعم النساء، أن بینهما رضاعاً قال: اما الرضعة و الرضعتان و الثلاث فلیس بشیء الا ان یکون ظراً (دایه)

مستأجرة مقيمة علیه

(کار رضاع را ادامه دهد). (۸)

این حدیث نفی مسمی کرده؛ ولی کمیت را بیان نمی‌کند، پس مقصود ما که نفی مسمی است، حاصل می‌شود.

... عن صباح بن سیاب، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا بأس بالرضعة و الرضعتین و الثلاث

(یعنی سبب حرمت نمی‌شوند). (۹)

روایات دیگری هم به دلالت مطابقی، نفی مسمی می‌کنند. (۱۰)

طایفه دوم:

روایاتی که به دلالت التزامی نفی مسمی می‌کند. دلالت مطابقی آنها بیان لزوم کمیت است که به دلالت التزامی نفی مسمی می‌کند، روایات این طایفه سه گروه هستند:

گروه اول: اعتبار اثر در نشر حرمت (انبات لحم و شدّ عظم).

گروه دوم: اعتبار عدد در نشر حرمت (پانزده مرتبه یا ده مرتبه).

گروه سوّم: اعتبار زمان در نشر حرمت (حدّ اقل ۲۴ ساعت).

مجموع این دو طائفه به صورت متواتر (کالمتواتر) نفی مسمی می‌کنند، حال در معارضه این روایات با روایات قبلی، شکی نیست که این روایات مقدم است چون:
اولاً: این روایات با روایاتی که از نظر تعداد بیشتر است، تعارض دارد.

(۱) ح ۱۰، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۲) ح ۱۲، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۳) ح ۱، باب ۴ از ابواب رضاع.

(۴) ح ۲، باب ۴ از ابواب رضاع.

(۵) مستدرک، ج ۱۴، ح ۳، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۶) ح ۴، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۷) ح ۲، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۸) ح ۸، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۹) ح ۲۲، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۱۰) ح ۲۳ و ۱۹ و ۲۴ و ۹، از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۳۶

ثانیاً: مطابق با فتوای بعضی از عامّه، (مالک و ابو حنیفه) است.

ثالثاً: معرض عنهای اصحاب است.

اضف الی ذلک: از آیه «أُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ»، اجمالاً استفاده کمیّت می‌شود، چون «امّ رضاعی» به مجرد یک رضعه حاصل نمی‌شود، پس قرآن هم با دو طایفه روایت، موافق است.
نتیجه: باید کمیّتی را قبول کنیم، اجمالاً.

مقام سوّم: بررسی کمیّت‌های سه‌گانه (اثر، عدد، زمان)

۱- اثر:

اشاره

در کمیّت‌های سه‌گانه ابتداءً سراغ اثر می‌رویم، یعنی اگر شدّ عظم و انبات لحم نباشد، نشر حرمت نمی‌شود.

ادله:

۱- اجماع:

عدّه زیادی از اصحاب نقل اجماع کرده‌اند (نقل اجماع متواتر).

۲- روایات:

بیش از ده حدیث در مورد اثر داریم:

... * عن عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول:

لا يحرم من الرضاع إلا ما انبت اللحم و شدّ العظم. «۱»

... * عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام و أبي عبد الله عليه السلام قال:

إذا رضع الغلام من نساء شتى و كان ذلك عدّة

(یعنی عدد حاصل شود منتهی عدد بیان نشده است)

أو نبت لحمه و دمه عليه

(به جای عظم، دم دارد)

حرم عليه بناتهنّ کلهنّ

(به سبب شیری که خورده است). «۲»

... * قال: ما انبت اللحم و شدّ العظم «... ۳»

... * عن مسعدة بن زياد العبدي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يحرم من الرضاع إلا ما شدّ العظم و انبت اللحم «... ۴»

احادیث دیگری در باب ۲ و ۴ بر «اثر» دلالت دارد.

۲۷ شرائط الرضاع (الخامس ...) ۸۰ / ۸ / ۲

بقی هنا اموز:

اشاره

سه نکته را در اینجا متعرض می‌شویم که در تحریر الوسيله نیست و فقهاء دیگر متعرض آن شده‌اند.

الامر الاول: تعدادی از روایات «انبات لحم و شدّ عظم» و دو سه روایت «انبات لحم و دم» دارد، آیا بین این روایات تعارضی هست؟

ظاهراً تعارضی نیست، چون در واقع بین انبات لحم و دم و شدّ عظم تلازم است. زیرا موادّ غذایی، آب و اکسیژن به تمام اجزاء بدن انسان، به وسیله گردش خون در آن واحد می‌رسد، بخلاف آنچه که صاحب جواهر می‌فرماید که ابتدا لحم و بعد از آن استخوان تغذیه می‌شود، پس بین این دو در مقام اثبات ممکن است عموم و خصوص مطلق باشد، یعنی آنجایی که شدّ عظم آشکار می‌شود حتماً انبات لحم شده؛ ولی ممکن است که انبات لحم باشد، اما شدّ عظم نباشد، اما بین این دو در مقام ثبوت، تلازم است، گوشت که اضافه شد، خون اضافه می‌شود، و بعد از آن، شدّ عظم هم خواهد بود، پس بین روایات تعارض نیست.

الامر الثاني: آیا معتبر، اثر فعلی است یا اثر بالقوه؟

ثمره این نزاع در جایی است که بچه‌ای هفته‌ها از زنی شیر می‌خورد؛ ولی به جهت بیماری اصلاً وضع او عوض نمی‌شود، در اینجا بالقوه، شدّ عظم و انبات لحم شده؛ ولی بالفعل حاصل نشده است.

ظاهر نصوص فعلیت است.

در سراسر فقه ظهور الفاظ در فعلیت است، مثل استطاعت، ضرر مانع از روزه، اجتهاد ... چون بالقوه وجود خیالی است، و احکام دائر مدار وجود خارجی است که همان وجود فعلی است.

پس در ما نحن فيه امام علیه السلام که می‌فرماید، باید شدّ عظم و انبات لحم فعلی باشد، در صورت شک هم تمسک به اصل

می‌کنیم که کمیت لازم حاصل نشده است، پس از نظر اثر، حرمت حاصل نیست و اما از نظر عدد یا زمان، باید بررسی کرد.

الامر الثالث: آیا هر دو (انبات لحم و شد عظم) باید حاصل شود، و یا یکی هم باشد کافی است؟

در اینجا فتاوی مختلف است، بعضی هر دو را لازم دانسته‌اند به دلیل تلازم، یعنی اینها از یکدیگر جدا نمی‌شوند، و بعضی یکی را کافی دانسته‌اند.

ان قلت: اگر اینها با هم متلازمند پس چرا امام علیه السلام هر دو را در روایات با هم فرموده‌اند.
قلنا: اولاً: تأکید است.

ثانیاً: امام می‌خواهد فلسفه حکم را بیان کند یعنی می‌فرماید که این بچه در دامن این زن گوشتش روئیده و استخوانش محکم شده، پس این بچه، مثل بچه این زن شده است.

ان قلت: انبات لحم امر محسوسی است و قابل رؤیت است،

(۱) ح ۲، باب ۳ از ابواب رضاع.

(۲) ح ۳، باب ۳ از ابواب رضاع.

(۳) ح ۲، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۴) ح ۹، باب ۲ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۳۷

مخصوصاً اگر وزن کنیم، اما شد عظم را از کجا بفهمیم؟

قلنا: امام می‌خواهد بفرماید اینها متلازمند، و هر وقت انبات لحم شد، شد عظم هم هست (فلسفه حکم).

ان قلت: از کجا انبات دم را بفهمیم؟

قلنا: هر کجا لحم اضافه شد، دم هم اضافه می‌شود (متلازمند) چون لحم بدون دم نیست.

۲۸ شرائط الرضاع (الخامس ...) ۸۰ / ۸ / ۵

۲- زمان:

اشاره

منظور از زمان علی المشهور و المعروف همان «یوم و لیلۃ» است و کاری با اثر و عدد ندارد.

اقوال:

صاحب جواهر می‌فرماید:

لا شك فی ثبوت التحريم لو رضع يوماً و لیلۃ للموثق المزبور (موثق زیاد بن سوه) المعتضد بمرسل المقنع المذكور و فتوی الطائفة قديماً و حديثاً، بل قد يظهر من محكى التبيان و مجمع البيان و الغنیة و الايضاح و غيرها عدم الخلاف فيه، و فی الخلاف اجماع الفرقة عليه و فی محكى التذكرة نسبتہ الى علماء الامامية و فی كشف اللثام الاتفاق عليه. «۱»

صاحب جواهر در ادامه دو قول را نقل می‌کند:

۱- بعض المتأخرين گفته‌اند زمان دو سال است، (مصدق خارجی ندارد)؛ ولی این قول مخالف اجماع مسلمین، بلکه مخالف

ضرورت دین است، چون احدی این را نگفته است.

۲- قول به تفصیل بین العلم بالعدد و الجهل بالعدد، یعنی «یوم و لیلۀ» برای جایی است که عدد را ندانیم و اگر عدد را بدانیم که کمتر از پانزده مرتبه است، «یوم و لیلۀ» کافی نیست کأن «یوم و لیلۀ» را اماره بر عدد گرفته اند. جمع بندی: مشهور و معروف بلکه اجماع این است که «یوم و لیلۀ» از نظر زمان برای محرّمیت در باب رضاع کافی است و مخالف هم مخالف اجماع مسلمین و تفصیل هم مخالف نص و فتوی است. اهل سنت هم اصلاً زمان را قائل نیستند، بعضی اصلاً عددی قائل نشده اند و بعضی سراغ عدد رفته اند.

دلیل: روایات:

اشاره

دلیل مسأله دو روایت است:

...* عن الحسن بن محبوب، عن هشام بن سالم، عن عمّار بن موسی الساباطی، عن جمیل بن صالح، عن زیاد بن سوقه قال: قلت لأبی جعفر علیه السلام: هل للرضاع حدّ یؤخذ به؟ فقال: لا یحرّم الرضاع اقل من یوم و لیلۀ أو خمس عشرة رضعۀ متوالیات «... ۲».

(متوالی، پانزده مرتبه پشت سر هم شیر خوردن نیست، و اگر فاصله زمانی هم بشود، اشکال ندارد، بلکه باید در این بین از زن دیگری شیر نخورد).

رجال این سند، همه خوب هستند، تنها کسی که در مورد آن مقداری بحث است، «عمّار بن موسی الساباطی» است، که اهل مدائن بوده و ثقه است؛ ولی مشکل مذهبی دارد، چون فطحی است (معتقد به امامت عبد الله افطح بعد از امام صادق علیه السلام بوده است، یعنی در واقع سیزده امامی است) و اینکه می گویند «موثقه زیاد» نه به خاطر «زیاد» است، بلکه به خاطر «عمّار» است، چون عمّار ثقه غیر امامی بود و اگر امامی هم بود، حدیث صحیح می شد.

* محمّد بن علی بن الحسین فی المقنع قال: لا یحرّم من الرضاع الا ما انبت اللحم و شدّ العظم قال: و سئل الصادق علیه السلام هل لذلك حدّ؟

فقال: لا یحرّم من الرضاع الا رضاع یوم و لیلۀ أو خمس عشرة رضعۀ متوالیات لا یفصل بینهنّ. «۳»

این روایت مرسله و به تنهایی حجّت نیست؛ ولی با ضمیمه روایت قبل، یا عمل مشهور، ضعف سند جبران می شود.

روایات معارض:

اشاره

در مقابل قول مشهور، چهار طایفه روایت معارض داریم که همه شاذ و معرض عنها هستند، و باید از سند و دلالت آنها بحث شود:

طایفه اول: دو سال کامل شیر بخورد.

...* عن الحسن بن حذیفه بن منصور، عن عبید بن زرارۀ، عن زراره، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن الرضاع: فقال لا

یحرّم من الرضاع الا ما ارتضعا من ثدی واحدٍ حولین کاملین. «۴»

از نظر سند: «حسن بن حذیفه بن منصور» مجهول الحال یا بقول بعضی «ضعیف جدّاً» است. پس ضعیف السند است.

از نظر دلالت: این روایت مشتمل بر چیزی است که احدی از شیعه و سنی آن را نگفته است، حتی توده مردم هم این را

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۸۶.

(۲) ح ۱، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۳) ح ۱۴، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۴) ح ۸، باب ۵ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۳۸

نمی پذیرند، پس مضمون آن معرض عنها است و احتمالاً اشتباهی شده و «فی» از متن حدیث حذف شده است، (فی حولین کاملین).

* و باسناده

(اسناد صدوق)

عن عبید بن زرارۀ، عن الحلبي، عن ابی عبد الله عليه السلام قال: لا یحرم من الرضاع الا ما کان حولین کاملین. «۱»

از نظر سند: «عبید بن زرارۀ» ثقه است؛ ولی در سند صدوق به عبید بن زرارۀ، «حکم بن مسکین» وجود دارد که ضعیف است.

از نظر دلالت: این روایت نیز مشتمل بر چیزی است که احدی به آن فتوی نداده و یا بگوئیم که «فی» در روایت افتاده است.

۲۹ شرائط الرضاع (الخامس ...) ۸۰ / ۸ / ۶

طایفه دوّم: یک سال کامل شیر بخورد

* و باسناده عن العلاء بن رزین، عن ابی عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرضاع؟ فقال: لا یحرم من الرضاع الا ما ارتضع من ثدی

واحد سنه. «۲»

از نظر سند: حدیث معتبر و صحیح است.

از نظر دلالت: دلالت حدیث خوب است؛ ولی احدی از اصحاب به آن عمل نکرده و معرض عنها است.

* قال: و روی لا یحرم من الرضاع الا ما ارتضع من ثدی واحد سنه. «۳»

این حدیث همان حدیث قبلی است که به صورت مرسله است.

ان قلت: «سِنَّةٌ» درست نیست بلکه «سِنَّةٌ» است، و رضاع باید مطابق سنّت باشد، یعنی عدد یا زمان و ضوابطی که در باب رضاع است

رعایت شود.

قلنا: این توجیه بعید به نظر می رسد چون از نظر ترکیب عبارت صحیح نیست.

طایفه سوّم: پانزده شبانه روز پشت سرهم شیر بخورد

* قال

(صدوق)

: و روی لا یحرم من الرضاع الا رضاع خمسة عشر يوماً و لیلیهنّ لیس بینهنّ رضاع. «۴»

... * و لا یحرم من الرضاع الا رضاع خمسة عشر يوماً و لیلیهنّ و لیس بینهنّ رضاع. «۵»

از نظر سند: این دو روایت مرسله و احتمالاً یک روایت است.

از نظر دلالت: خوب است.

ان قلت: منظور این است که هر شبانه روز یک بار شیر بخورد و در کنار آن غذا بخورد، پس پانزده شبانه روز منطبق بر پانزده رضعه

می شود.

قلنا: این توجیه بعید است و بهترین راه این است که بگوئیم احدی طبق آن فتوی نداده، پس معرض عنهاست.

طایفه چهارم: سه شبانه روز پشت سرهم شیر بخورد

روایتی است که در فقه الرضا و مستدرک نقل شده و صاحب جواهر هم در صدر بحث این حدیث را نقل کرده است: و الحدّ الذی یحرم به الرضاع ممّا علیه عمل العصابة دون کلّ ما روی فأنّه مختلف ما انبت اللحم و قوی العظم، و هو رضاع ثلاثه ایام متوالیات (۶).

از نظر سند: اولاً، مرسله است، حتّی اگر ما بگوییم تمام فقه الرضا، از امام رضا علیه السلام است، در این صورت هم، یک حدیث مرسل است.

ثانیاً: حدیث بودن آن مشکوک است.

از جمله مواردی که می‌توان تشخیص داد که فقه الرضا کتاب فقه یکی از علماء ما است نه اینکه از امام باشد، همین مورد است؛ چون امام هیچ‌گاه تعبیر به «العصابة» به معنی اصحاب نمی‌کند یا عبارت «دون کل ما روی فأنّه مختلف» نمی‌تواند از امام صادر شده باشد.

از نظر دلالت: این عبارت خوب است.

جمع بندی: معروف و مشهور که دلیل معتبر هم دارد، یک شبانه روز است و چهار گروه معارض حجّت نیستند و اگر هم فی نفسه حجّت باشند، در مقام معارضه ترجیح با مشهور است.

۳- عدد:

اشاره

شکی نیست که عدد کمتر از ده رضعه و بیشتر از پانزده رضعه نیست و این اجماعی است. حال کلام در این است که کدامیک از این دو (ده یا پانزده) درست است؟

اقوال:

گروهی از فقهاء ده و گروه دیگری، پانزده رضعه را پذیرفته‌اند.

شهید ثانی می‌فرماید:

ذهب اکثر المتقدمین کالمفید و سلار و ابن البراج و ابی الصلاح و ابن حمزه و من المتأخرین العلامه فی المختلف و ولده فخر

(۱) ح ۱۰، باب ۵ از ابواب رضاع.

(۲) ح ۱۳، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۳) ح ۱۷، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۴) ح ۱۵، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۵) مستدرک، ج ۱۴، ح ۱، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۶) فقه الرضا، ص ۲۳۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۳۹

المحققین و الشّهد فی اللّمعۀ الی انّ المعتبر عشر رضعات و ذهب الشیخ (شیخ طوسی) و المصنّف (محقق در شرایع) و اکثر

المتأخرین الی اعتبار خمس عشره و کلا القولین لابن ادريس (۱).

ابن ادريس در ابتداء باب، ده رضعه را انتخاب کرده؛ ولی در باب رضاع، پانزده رضعه را صحیح و اظهر می‌داند، و من العجب در اینکه کدام اظهر و اشهر است، اختلاف شده، بعضی ده و بعضی پانزده رضعه را اظهر می‌دانند و این نشان می‌دهد که اختلاف شدید است؛ ولی آنچه که مسلم است، بین متأخرین و معاصرین مشهور پانزده رضعه است، و بین قدماء اختلافی است که اشهر کدام است، علی کل حال هر دو قائل کثیر دارد؛ و اینکه صاحب جواهر فرموده «المعركة العظمی» (۲) به خاطر همین اختلافات است.

دلیل مشهور متأخرین (۱۵ رضعه):

روایاتی که پانزده رضعه را در عدد لازم می‌داند، دو گروه است:

گروه اول: پانزده رضعه را صریحاً می‌گوید:

... قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: هل للرضاع حد يؤخذ به؟ فقال:

لا يحرم الرضاع اقل من يوم و ليلة أو خمس عشره رضعه متواليات (۳ ...)

از نظر سند: این روایت معتبر است.

* محمد بن علی بن الحسین فی المقنع قال: لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم و شد العظم، قال: و سئل الصادق عليه السلام هل لذلك حد؟

فقال: لا يحرم من الرضاع الا رضاع يوم و ليلة أو خمس عشره رضعه متواليات (۴ ...)

از نظر سند: سند معتبری ندارد ولی با ضمیمه روایت قبلی و عمل اصحاب، ضعف آن جبران می‌شود.

گروه دوم: روایاتی که ده رضعه را نفی می‌کنند، پس حتماً پانزده رضعه را لازم می‌دانند، چون غیر از این دو، عددی نداریم:

... عن ابی عبد الله عليه السلام قال: قلت: ما يحرم من الرضاع؟ قال: ما انبت اللحم و شد العظم قلت فيحرم عشر رضعات؟ قال: لا

(۵...)

... عن عبيد بن زرارة، عن ابی عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول:

عشر رضعات لا يحرم من شيئاً. (۶)

... عن ابی عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: عشر رضعات لا تحرم. (۷)

جمع بندی: این پنج روایت که بعضی به دلالت مطابقی و بعضی به دلالت التزامی پانزده رضعه را معتبر می‌دانند و بعضی صحیح السند هستند، دلالت بر قول مشهور بین متأخرین دارد.

۳۰ شرائط الرضاع (الخامس ...) ۸ / ۷ / ۸۰

ادله قائلین به کفایت ده رضعه:

قائلین این قول نیز به روایاتی استناد کرده‌اند:

... عن عمر بن يزيد

(در بعضی نسخ عمرو بن یزید است)

قال:

سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغلام يرضع الرضعة و الثنتين فقال:

لا یحرّم، فعُدّت علیه حتی اکملت عشر رضعات، فقال: اذا كانت متفرّقه فلا.

(در این بین، شیر زن دیگری را نخورد) «۸»

از نظر سند: مشکل دارد، اگر «عمرو بن یزید» باشد، مجهول الحال است و اگر «عمر بن یزید» باشد، بعضی او را توثیق کرده و بعضی هم تأمل کرده و توثیق نکرده‌اند، بنابراین سند محکم نیست.

از نظر دلالت: این حدیث دلالتش بالمفهوم است یعنی اگر رضعات متفرّق نباشد، ده رضعه کافی است. دلالت از باب مفهوم، و لو به اندازه منطوق صراحت ندارد؛ ولی فی حدّ ذاته حجّت است.

... عن محمد بن سنان، عن حرّیز، عن الفضیل بن یسار، عن ابی جعفر علیه السلام قال: لا یحرّم من الرضاع الا المخبوره

(در جواهر و جامع احادیث شیعه «مجبوره» است به این معنا که زن را بر شیر دادن، مجبور کنند، و اگر «مخبوره» باشد، معنای درست و واضحی ندارد)

أو خادمٍ أو ظئرٍ

(دایه)

ثم یرضع عشر رضعات یروی الصبی و ینام «۹».

از نظر سند: این روایت مشکل دارد چون در سند آن «محمد بن سنان» است که وثاقت او مورد اختلاف است.

از نظر دلالت: هرچند از باب منطوق دلالت دارد ولی مشکل دارد چون دو چیز را شرط می‌داند:

۱- مرضعه باید از این سه گروه باشد، در حالی که یقین داریم هیچ کدام از اینها شرط نیست، حتی اگر تبرّعاً شیر دهد کافی است.

(۱) مسالک، ج ۷، ص ۲۱۵.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۷۸.

(۳) ح ۱، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۴) ح ۱۴، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۵) ح ۲، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۶) ح ۳، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۷) ح ۴، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۸) ح ۵، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۹) ح ۱۱، باب ۲ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۴۰

۲- بچه سیر شود و بخوابد، در حالی که خوابیدن شرط محرمیت نیست مگر اینکه بگوییم قید غالبی است.

... عن عبید بن زراره، قال: قلت: لأبی عبد الله علیه السلام: إنا اهل بیت کبیر فرّیما کان الفرح و الحزن الذی یجتمع فیہ الرجال و النساء فرّیما استخفّت

(سبک می‌شمارد برهنه کردن سرش را)

المرأة أن تكشف رأسها عند الرجل الذی بینها و بینة رضاع و ربّما استخفّ الرجل أن ینظر الی ذلک فما الذی یحرّم من الرضاع؟

فقال: ما انبت اللحم و الدم، فقلت: و ما الذی ینبت اللحم و الدم؟ فقال: کان یقال:

عشر رضعات، قلت: فهل تحرم عشر رضعات؟ فقال: دع ذا و قال: ما یحرّم من النسب فهو یحرّم من الرضاع «۱».

از نظر سند: نسبتاً خوب است.

از نظر دلالت: این روایت بر پانزده و یا ده رضعه دلالت ندارد، و ظاهراً در مقام تقیه است، بنابراین نمی‌توانیم از آن استفاده کنیم.
...* عن هارون بن مسلم عن مسعدة، عن ابي عبد الله عليه السلام قال:

لا يحرم من الرضاع الا ما شد العظم و انبت اللحم فاما الرضعة و الرضعتان و الثلاث حتى بلغ عشرأ اذا كن متفرقات فلا بأس. «۲»
از نظر سند: اگر «مسعدة بن زیاد» باشد خوب است و اگر «مسعدة بن صدقه» باشد مجهول الحال است و در اینجا، مراد «مسعدة بن صدقه» است.

از نظر دلالت: این روایت هم بالمفهوم دلالت دارد.

...* عن علي بن يعقوب، عن محمد بن مسلم، عن عبيد بن زرارة، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرضاع ما ادنى ما يحرم منه؟

قال: ما ينبت اللحم و الدم، ثم قال: أ ترى واحدة تنبت؟ فقلت: اثنتان اصلحك الله فقال: لا فلم ازل أعد عليه حتى بلغت عشر رضعات.
«۳»

از نظر سند: در سند «علی بن یعقوب»، مجهول الحال است.

از نظر دلالت: روایت قطع شده و دنباله ندارد که بعد از رسیدن به ده، امام چه فرمودند؟
جمع بندی:

از این روایات، سه روایت دلالت نداشت و دو روایت هم که دلالت داشت، آن هم بالمفهوم، ضعیف السند بود.

مقایسه ادله دو قول:

در مقایسه این دو دسته روایات (۱۵ رضعه و ۱۰ رضعه)، ترجیح با روایات پانزده رضعه است. چون:

اولاً: با صراحت ده رضعه را نفی می‌کنند.

ثانیاً: با صراحت پانزده رضعه را لازم می‌دانند.

ثالثاً: روایات صحیحه در بین آنها بیشتر است، به خصوص که متأخرین هم پانزده رضعه را لازم می‌دانند.

در صورت شک، اصل چه اقتضا می‌کند؟ آیا اصالة الحلیة است یا عمومات «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»؟

اگر عمومات را در مقام بیان ندانیم اصل حلیت و قدر متیقن پانزده رضعه است، امّا اگر گفتیم عمومات در مقام بیان است، ده رضعه کافی است؛ ولی بعید است که عمومات در مقام بیان باشد، پس ما هستیم و اصالة الحلیة که پانزده رضعه را لازم می‌داند و در صورت ترجیح بین این دو قول، ترجیح با پانزده رضعه، و اگر قائل به تخییر باشیم، باز هم پانزده رضعه را اختیار می‌کنیم.

۳۱ شرائط الرضاع (الخامس ...) ۸ / ۸ / ۸۰

مقام چهارم: رتبه معیارهای سه گانه

اشاره

ما اثر، زمان و عدد را پذیرفتیم، اکنون بحث در این است که آیا اینها هر کدام برآسه اصل هستند و یا بعضی اصل و بعضی فرع می‌باشند؟ اگر گفتیم هر یک اصل است، در این صورت، اگر یکی از آنها حاصل شود، برای محرمیت کافی است و لو علم داشته باشیم که بقیه حاصل نشده است، به عنوان مثال یقین داریم «یوم و لیلته» شیر خورده؛ ولی نه وزنی اضافه کرده (اثر) و نه پانزده مرتبه شیر خورده (عدد)، در این صورت کافی است، چون هر یک اصل است و مستقلاً کفایت می‌کند. امّا اگر گفتیم یکی اصل (مثلاً

عدد) و بقیه (اثر، زمان) فرع هستند، در اینجا اگر یقین کنیم که وزنش اضافه شده؛ ولی چون پانزده بار حاصل نشده، اثر ندارد.

اقوال:

اشاره

در مسأله سه قول داریم:

قول اوّل: کلّها اصول برأسه.

مرحوم شهید ثانی می فرماید:

و يظهر من المصنّف و الاكثر، انّ هذه الثلاثة اصول برأسها «۴»، چون گفته اند «يحصّل المحرميّة بهذا أو بهذا»، «أو بهذا» ظاهرش این است که هر کدام اصل است و اگر یکی اصل بود باید گفته می شد.

قول دوّم: انّ الاصل هو العدد و الباقیان انما يعتبران عند عدم انضباطه

حکاه فی المسالك عن الشيخ.

(۱) ح ۱۸، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۲) ح ۱۹، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۳) ح ۲۱، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۴) مسالك، ج ۷، ص ۲۲۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۴۱

قول سوّم: انّ الاصل هو الاثر و الباقیان اماره عليه،

پس اگر یقین داشته باشیم که انبات لحم و شدّ عظم نشده، هر عددی باشد، کافی نیست. (قول کاشف اللّثام «۱»). به نظر ما این قول اقوی است.

دلیل: روایات:

اشاره

دلیل ما دو طائفه روایت است.

طایفه اوّل: روایاتی که ظاهرشان حصر است

اشاره

و می فرماید باید انبات لحم و شدّ عظم حاصل شود تا حرمت بیاید، از ضمیمه این روایتها به روایاتی که عدد و زمان را معتبر می داند، به دلالت التزامی استفاده می کنیم که اثر، اصل و دو کمیّت دیگر اماره هستند.

...* عن حماد بن عثمان، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا یحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم و الدّم. «۲»

...* عن عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:

لا یحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم و شدّ العظم. «۳»

...* عن مسعدة بن زیاد العبدي، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا یحرم من الرضاع الا ما شدّ العظم و انبت اللحم «... ۴»

. در رجال سه «مسعدة» داریم که محلّ ابتلاء است:

۱- مسعدة بن زیاد ربّعی. ۲- مسعدة بن زیاد عبدي. ۳- مسعدة بن صدقة. «هارون بن مسلم» از هر سه نفر نقل می کند و نمی توان برای تشخیص، او را مرتّیح قرار داد. «مسعدة بن صدقة» مجهول الحال است و روایت هم زیاد دارد (نزدیک به ۱۴۰ روایت). البتّه مسعدة بن صدقة در اسناد کامل الزیارات هم واقع شده که مرحوم آقای خوئی (ره) تمام این افراد را که در اسناد کامل الزیارات است در برهه‌ای از زمان، ثقة می داند؛ ولی در اواخر عمرشان از این حرف برگشتند و شهادت کامل الزیارات، در مورد ثقة بودن روایت آن را نپذیرفتند. کما اینکه شیخ صدوق هم در ابتداء من لا یحضر ادّعا کرده که از ثقات نقل می کند؛ ولی می بینیم از ضعاف هم نقل کرده، پس توثیق در کامل الزیارات و یا در من لا یحضر، دلیل بر ثقة بودن راوی نیست.

اگر «مسعدة بن زیاد ربّعی» با «مسعدة بن زیاد عبدي» یکی باشد، چون «ربّعی» ثقة است «عبدي» هم ثقة خواهد بود. بعضی شهادت داده‌اند که این دو، یک نفر هستند، بعضی هم فقط ربّعی را نوشته‌اند، بنابراین مردّد است که ثقة باشد. مرحوم صاحب وسائل هم که عبدي را ثقة دانسته، به این جهت است که عبدي را با ربّعی یکسان دانسته است، پس این سند جای بحث دارد.

...* عن مسعدة، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا یحرم من الرضاع الا ما شدّ العظم و انبت اللحم «... ۵»

(احتمال دارد که «مسعدة» همان «مسعدة بن زیاد عبدي» باشد چون دو روایت مثل هم هستند).

روایات معارض:

در مقابل، روایاتی داریم که می گوید اصل «عدد» است:

...* عن زیاد بن سوقة قال: قلت لأبی جعفر علیه السلام هل للرضاع حد یؤخذ به؟ فقال: لا یحرّم الرضاع اقل من یوم و لیلۃ أو

خمس عشرة رضعۃ متوالیات «... ۶»

(پس معلوم می شود که اثر اماره بر زمان و عدد است).

* قال

(صدوق)

: و روی لا یحرم من الرضاع الا رضاع خمسة عشر يوماً و لیالیهنّ لیس بینهنّ رضاع. «۷»

(بنابراین که پانزده روز را به معنی پانزده رضعه بدانیم که ما این توجیه را نپذیرفتیم)

در مقام تعارض چه کنیم؟

جمع دلّالی این است که حصر را اضافی بدانیم (مثلاً اگر کسی بگوید فقط با زید دوستی کن. فقط با عمرو دوستی کن، حصر اضافی است، یعنی فقط با این دو رفاقت کن) پس در اینجا ناچاریم حصر مطلق را حمل بر حصر اضافی کنیم که در این صورت هر سه اصل هستند.

طایفه دوم: صراحتاً می گوید که اصل «اثر» و بقیه اماره هستند:

... عن علی بن رئاب، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قلت: ما یحرم من الرضاع؟ قال: ما انبت اللحم و شدّ العظم، قلت: فیحرم عشر رضعات؟ قال: لا لانه لا تنبت اللحم و لا تشدّ العظم عشر رضعات. «۸»

پس اگر پانزده رضعه یا زمان را می گوئیم، به خاطر این است که معیار واقعی اثر است.

... قال: لا یحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم و شدّ العظم قال: و سئل الصادق علیه السلام هل لذلك (انبات لحم و شدّ عظم)

حد؟ فقال:

لا یحرم من الرضاع الا رضاع یوم و لیله أو خمس عشرة رضعة متوالیات «... ۹»

... عن عیید بن زراره قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام: انا اهل بیت کبیر ... فما الذی یحرم من الرضاع؟ فقال: ما انبت اللحم و الدّم، فقلت:

(۱) كشف اللثام، ج ۷، ص ۱۳۴.

(۲) ح ۱، باب ۳ از ابواب رضاع.

(۳) ح ۲، باب ۳ از ابواب رضاع.

(۴) ح ۹، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۵) ح ۱۹، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۶) ح ۱، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۷) ح ۱۵، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۸) ح ۲، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۹) ح ۱۴، باب ۲ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۴۲

و ما الذی ینبت اللحم و الدّم؟ فقال: کان یقال عشر رضعات «... ۱»

روایت، عدد را قرینه برای اثر قرار داده است نه اینکه عدد اصل مستقل باشد، اگر چه روایت در مقام تقیه است.

... عن عیید بن زراره، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن الرضاع ما ادنی ما یحرم منه؟ قال: ما ینبت اللحم و الدم ثم قال:

أ ترى واحدة تنبته فقلت: اثنتان اصلحك الله؟ فقال: لا، فلم ازل اعدّ علیه حتی بلغت عشر رضعات. «۲»

... عن عبد الله بن سنان، عن ابی الحسن علیه السلام قال: قلت له: یحرم من الرضاع الرضعة و الرضعتان و الثلاثة؟ قال: لا الا ما

اشتدّ علیه العظم و نبت اللحم. «۳»

۳۲ شرائط الرضاع (الخامس ... ۸۰ / ۸ / ۹

مؤید:

اگر انسان در فلسفه حکم رضاع دقت کند، باید اثر را اصل بداند، زیرا فلسفه حکم رضاع این است که گوشت و پوست و استخوان مرتضع از شیر مادر رضاعی روئیده و مثل بچه های خود او شده است و در واقع برادر و خواهر بودن بخاطر تشابه جسمانی است و

تشابه جسمانی وقتی حاصل است که انبات لحم و شدّ عظم حاصل شود، مخصوصاً در مورد روایت

«الرضاع لحمه کلحمه النسب»

که در منابع فقه و اصول آمده بود، گفتیم

«لحمه»

دو معنی دارد:

۱- قرابت و خویشاوندی. ۲- نخ‌های افقی پارچه (پود).

بنابراین انسانها به وسیله لحمه رضاع به هم پیوند می‌خورند و معنایش این است که باید یک اثر جسمانی باشد تا به هم پیوند بخورند و رضاع یک اثر معنوی نیست.

مقام پنجم: آیا معیارهای سه‌گانه با هم هماهنگی دارند؟

بسیار بعید به نظر می‌رسد که شارع سه امر دور از هم را ملاک یک چیز قرار دهد، و لا بد بین اینها تقاربی هست.

ان قلت: بین زمان و عدد چه تقاربی است؟

قلنا: تقارب هست چون بچه در شبانه روز پانزده مرتبه شیر می‌خورد و اگر هم تقارب نداشته باشند، بخاطر این است که در «یوم و لیله» نباید در اثناء غذا بخورد؛ ولی در عدد، می‌تواند در اثناء غذا بخورد؛ ولی به هر حال یک شبانه روز شیر خوردن بدون غذا خوردن با پانزده مرتبه شیر خوردن که بین آن، غذا هم می‌خورد، در اثر، تقارب و تناسب دارد.

ان قلت: این دو (زمان و عدد) با انبات لحم و شد عظم چه تقاربی دارند؟

قلنا: نموّ بچه شیرخوار سریع است و نباید او را با انسانهای بزرگ مقایسه کرد. پس بعید نیست که در یک شبانه روز، انبات لحم و شد عظم حاصل شود.

مقام ششم: اثر از کجا فهمیده شود؟

اثر یک امر خفی است. پس از کجا فهمیده شود؟ صاحب جواهر می‌فرماید دو راه دارد.

۱- رجوع به عرف عام: گاهی اثر حسّی است و موضوع ظاهر است، در اینجا احتیاج به مراجعه به اهل خبره نیست، مثلاً مدّت طولانی بچه‌ای شیر مرضعه خورده، اما در وسط آن، شیر مادرش را هم خورده است، در این مدّت به انبات لحم و اشتداد عظم یقین داریم و اثر حاصل است، و لو عدد و زمان درست نشده است، و ما به آن قناعت می‌کنیم.

۲- رجوع به اهل خبره: گاهی اثر حسّی نیست، یعنی در موضوعاتی که خفی هستند، برای آگاهی از آن نیاز به اهل خبره است و در رجوع به اهل خبره باید شرائط شهادت جمع باشد (ایمان، عدالت و عدد).

ولی ما معتقدیم که برای اثبات موضوعات، نه تعدّد شرط است و نه ایمان، بلکه وثاقت کافی است، چون سیره عقلاء در باب موضوعات بر این جاری است و شارع هم سیره عقلاء را امضاء کرده است و دو شرط عدد و ایمان مربوط به مقام تنازع و شهادت نزد قاضی است.

ان قلت: بعضی از روایات می‌گویند اثر وقتی حاصل می‌شود که عشره یا خمس عشره رضعات متوالیات باشد، که توالی را اماره بر اثر می‌داند، آیا این احادیث با کلام صاحب جواهر تعارض دارند؟

آیا چنین اثری به درد ما می‌خورد؟

قلنا: روایت برای جایی است که بخواهیم از عدد پی به اثر ببریم؛ ولی اگر بالوجدان پی به اثر ببریم، (مثلاً سه ماه است شیر می‌خورد و لو شرائط عدد و زمان را ندارد) روایت نفی اثر نمی‌کند و این شرائط لازم نیست.

- (۱) ح ۱۸، باب ۲ از ابواب رضاع.
 (۲) ح ۲۱، باب ۲ از ابواب رضاع.
 (۳) ح ۲۳، باب ۲ از ابواب رضاع.
 کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۴۳

[مسئله ۳: المعتبر فی انبات اللحم و شدّ العظم استقلال الرضاع فی حصولها علی وجه ينسبان اليه]

اشاره

۳۳ مسئله ۳ (المعتبر فی انبات اللحم ...) ... ۸۰ / ۱۰ / ۳

مسئله ۳: المعتبر فی انبات اللحم و شدّ العظم استقلال الرضاع فی حصولها علی وجه ينسبان اليه، فلو فرض ضمّ السكر و نحوه اليه علی نحو ينسبان اليهما اشکل ثبوت التّحریم، كما انّ المدار هو الانبات و الشّدّ المعتدّ به منهما (اثر به دقت عقلي فایده‌ای ندارد بلکه باید محسوس عرفی شود)

علی نحو مبان یصدقان عرفاً، و لا- یکنفی حصولهما بالدقّة العقليّة، و اذا شک فی حصولهما بهذه المرتبة أو استقلال الرضاع فی حصولهما يرجع الی التقديرین الآخرین (عدد و زمان).
 این مسأله دارای دو فرع است:

فرع اول: استقلال رضاع در حصول انبات لحم و شدّ عظم یکی از معیارهای سه‌گانه در حصول رضاع شدّ عظم و انبات لحم بر اثر شیر خوردن است

که در بعضی از روایات انبات لحم و دم ذکر شده است.

کمتري کسی از علماء متعرض به این مسأله شده‌اند؛ ولی مرحوم صاحب جواهر «۱» اشاره‌ای به این مسأله دارد. مرحوم محقق سبزواری هم این مسأله را عنوان کرده و می‌فرماید:
 اجماعاً و خصوصاً. «۲»

این چه اجماعی است که کمتري کسی متعرض آن شده است، شاید ایشان ظاهر کلام اصحاب را گرفته‌اند.

از نظر روایات هم نص خاصی نداریم بلکه همان اطلاقات است که نمونه‌ای از آن در باب ۳ از ابواب ما یحرم من الرضاع آمده است

(لا یحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم و شدّ العظم)

که ظاهر در استقلال است (شیر خوردن موجب انبات لحم است نه چیز دیگری در کنار شیر).

به عبارت دیگر هر فعلی را که به فاعلی نسبت می‌دهیم ظهور در استقلال دارد و اگر همراه آن چیز دیگری شریک باشد باید در عبارت بیاید، و الا کافی نیست، حتی اگر شک کنیم که استقلال شرط است یا نه، باز هم باید بگوییم شرط است (اصل عدم حرمت است الا عند الاستقلال).

نکته: تعبیر امام این بود که اگر استقلال نباشد مشکل می‌شود

(فلو فرض ضمّ السكر ... اشکل ثبوت التّحریم)، ایشان تعبیر به «لا یحرم» ندارد، و از اینجا احتمال می‌دهیم که این مسأله قابل مناقشه باشد، که اگر معلولی استناد به دو علت داشته باشد و معلول مرکب باشد مقداری از آن مستند به یک علت و مقدار دیگر مستند به

علت دیگر خواهد بود، مثلاً لوله‌های مختلفی به حوض آبی داخل می‌شود وقتی آب یک متر بالا آمد آیا نمی‌توان گفت که هر کدام از این لوله‌ها باعث شده که یک وجب آب بالا بیاید و یا کسی که غذایش نان و برنج است، اگر بعد از مدتی وزن او اضافه شد، آیا نمی‌توان گفت که مقداری از اضافه وزن او برای برنج و مقداری برای نان است.

در ما نحن فیه بجهای که در شبانه روز چند وعده غذا و شیر می‌خورد و بعد از یک ماه اضافه وزن پیدا می‌کند، می‌توان گفت شیر موجب انبات لحم شده کما اینکه غذا نیز موجب آن شده است.

قاعده: در جایی که معلول بسیط باشد و دو یا سه علت داشته باشد استناد مستقل مشکل است و اما اگر معلول، ذات اجزاء باشد می‌تواند بخشی از معلول به یک علت و بخشی به علت دیگر استناد پیدا کند.

نتیجه: ما استقلالی را که در عبارت تحریر و جواهر و مهذب است قبول نداریم، پس اگر به مقدار معتد بهی باشد که هر یک از دو سبب تأثیر می‌کند استناد صحیح است و لو استقلالی هم در کار نبوده است (شبهه این مسأله در باب دیات هم وجود دارد).

فرع دوم: اثر باید عرفی و محسوس باشد تأثیر سه گونه است:

۱- تأثیر عقلی:

اگر معیار دقت عقلی باشد، هر یک قطره شیر هم اثر دارد، چون اگر یک قطره اثر نداشته باشد قطره دوم و سوم هم اثر نخواهد داشت، که در این صورت نباید هیچ حدی برای رضاع قائل شویم.

۲- اثر عرفی غیر محسوس:

مثلاً در بعضی از روایات داریم که

«عشر رضعات لا یکفی»

که در اینجا اثر عرفی وجود دارد ولی شارع آن را کافی نمی‌داند چون محسوس نیست.

۳- اثر عرفی محسوس:

یعنی به اندازه‌ای شیر بخورد که اثر انبات لحم و شد عظم محسوس باشد.

کدامیک از اینها لازم است؟ عبارت متن تحریر این بود که باید اثر عرفی و محسوس باشد.

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۷۴.

(۲). مهذب الاحکام، ج ۲۵، ص ۲۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۴۴

مرحوم سبزواری می‌فرماید:

و لا یکفی حصولهما بالدقه العقلیه لالصل بعد عدم ابتناء الاحکام الشرعیه علیها (علی الدقه العقلیه). (۱)

صاحب جواهر می‌فرماید:

باید ظهور اثر، برای اهل خبره حسّی باشد، لأنّ الاكتفاء بمطلق التأثير یقتضی فساد التحدید (چون یک قطره هم اثر دارد پس رضاع هیچ حدی ندارد)، فانه (اثر عقلی) لا- یزید علی اعتبار اصل الرضاع ... و لوقوع التصریح فی النصوص بعدم حصول الانبات و الاشتداد بالرضعه فما فوقها الی العشر (تأثیر عرفی غیر محسوس کافی نیست)، بل بانتفائهما فیها (عشر رضعات) کما ستعرفه فمع

ملاحظه الجمع بین النصوص و الفتاوی يعلم کون المراد مرتباً خاصه من الانبات و الاشتداد لا مطلق التأثير كما هو واضح. «۲»
ان قلت: راه پیدا کردن چنین تأثیر عرفی محسوس چیست؟
اهل خبره چگونه می فهمند؟

قلنا: از طریق وزن کردن که در این صورت غیر اهل خبره هم می فهمند و با وجود وسائل اندازه گیری امروزی، کمترین افزایش وزن هم محسوس و عرفی است.

نتیجه: اگر در استقلال و عدم آن شک کنیم، یعنی شک داریم که به این بچه غذای دیگری هم داده‌اند یا نه، در صورتی که استقلال را شرط ندانیم که نمی دانیم، اگر به مقدار معتد به شیر خورده باشد، محرمیت حاصل است، ولی اگر استقلال را شرط دانستیم، در این صورت اصل عدم محرمیت است، مگر اینکه سراغ زمان یا عدد برویم. و اما اگر شک کنیم که این اثر محسوس است یا نه، مثلاً ترازویی برای اندازه گیری وزن نداریم و هر کسی چیزی می گوید و مشکوک شد اصل این است که آن حد حاصل نشده پس محرمیت هم حاصل نشده است، مگر اینکه یکی از آن دو معیار دیگر (زمان و عدد) حاصل شود.

مسئله ۴: يعتبر في التقدير بالزمان أن يكون غذاؤه في اليوم والليله منحصرًا باللبن]

اشاره

۳۴ مسئله ۴ (المعتبر في التقدير بالزمان ...). ۸۰ / ۱۰ / ۴

مسئله ۴: يعتبر في التقدير بالزمان أن يكون غذاؤه في اليوم والليله منحصرًا باللبن، و لا يقدر شرب الماء للعتش و لا ما يأكل أو يشرب دواء إن لم يخرج ذلك عن المتعارف و الظاهر كفاية التلقيق في التقدير بالزمان لو ابتداء بالرضاع في اثناء الليل أو النهار.

عنوان مسأله:

اشاره

در این مسأله بحث در شرائط زمان (یکی از معیارهای سه گانه رضاع) است. امام (ره) دو فرع را در ضمن آن بیان می کنند.

فرع اول: باید غذای بچه در این شبانه روز منحصر به شیر باشد

اشاره

و اگر غذای دیگری ضمیمه شد فائده‌ای ندارد؛ ولی اگر آب، دواء یا یک غذای کمی بخورد، منافاتی با یک شبانه روز شیر دادن ندارد.

عده قلیلی متعرض این مسأله شده‌اند. شهید ثانی می فرماید:

فإنّ المعتبر في رضاع اليوم والليله كون مجموع غذاء الولد في ذلك الوقت من اللبن بحيث كلما احتاج اليه يجده. «۳»
صاحب جواهر «۴» هم عبارتی شبیه عبارت مسالک را دارد.

مرحوم صاحب ریاض هم می فرماید:

و أن لا يفصل بين الرضعات برضاع غير المرضعه و المأكول و المشروب في الزمانيه خاصه دون العدديه «۵»

ادله:

اشاره

مسأله نصّ خاصی ندارد و به دلائل دیگری تمسک جسته‌اند.

۱- اجماع:

مهدّب الاحکام در اینجا ادّعی اجماع می‌کند و یک دلیل را اجماع می‌داند در حالی که بسیاری از فقها متعزّض آن نشده‌اند، علاوه بر این در این مسأله که ادلّه دیگری هم وجود دارد، اجماع مدرکی خواهد بود و حجّت نیست.

۲- ظواهر روایات:

عمده دلیل استدلال به ظواهر روایاتی است که این معیار را بیان کرده‌اند که دو روایت هم بیشتر نبود.

... قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام هل للرضاع حدٌ يؤخذ به؟ فقال:

لا يحرم الرضاع أقل من يوم و ليلة «... ۶»

حدیث دیگر «۷» هم به همین مضمون است و ظاهر این دو حدیث این است که در «یوم و لیله» فقط رضاع از شیر این زن باشد و هر بار که گرسنه شد شیر این زن را بخورد؛ و الاّ اگر مقداری رضاع و مقداری غذای دیگر باشد «یوم و لیله» نمی‌شود. ظهور این حدیث خوب است، چون اگر غیر از این باشد اقل من «یوم و لیله» می‌شود، چرا که مقداری از نیازش از غیر رضاع حاصل شده است.

اینکه امام (ره) می‌فرمایند اگر یک چیز جزئی، آب و دواء غیر

(۱). مهدّب الاحکام، ج ۲۵، ص ۲۴.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۷۴.

(۳) مسالک، ج ۷، ص ۲۲۴.

(۴) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۸۹.

(۵) ریاض، ج ۱۰، ص ۱۴۳.

(۶) ح ۱، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۷) ح ۱۴، باب ۲ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۴۵

از شیر بخورد اشکال ندارد، عرف هم همین را می‌گوید چون تغذیه کودک با شیر این زن حاصل شده است و در عرف معمول است و منافاتی با تغذیه از شیر مادر ندارد؛ و آب و دواء و یک مقدار جزئی از غذا را تغذیه نمی‌گویند، پس ظاهر روایت شامل این موارد هم می‌شود و هیچ دلیلی جزء صدق عرفی یوم و لیله نداریم که در حدیث هم وارد شده است و اگر بر فرض هم اجماعی (اجماع مدرکی) باشد، مستند به همین دلیل است.

مرحوم محقق سبزواری تعبیری دارد و می‌فرماید:

و أن المناطق الغذاء الواصل الى الجوف ولا يصدق ذلك في الماء والدواء. «۱»

ظاهر تعبیر این است که اینها به جوف نمی‌رسد؛ ولی عبارت نارسایی دارد، چون به جوف رسیدن در اینها وجود دارد.

فرع دوم: آیا مراد از شبانه روز، یک شبانه روز کامل، یعنی از طلوع فجر تا طلوع فجر روز بعد یا از طلوع شمس تا طلوع شمس روز بعد است، یا تلفیقی هم جایز است؟

یعنی مثلاً از ظهر امروز تا ظهر فردا، امام (ره) می‌فرماید: ظاهراً تلفیقی هم کفایت می‌کند.

مسئله تلفیق مسئله‌ای است که در سراسر فقه با آن سر و کار داریم و در هر جا سخن از ایام و یا «یوم و لیل» است این مسئله جاری است، مثلاً در قصد اقامت ده روز آیا ده روز تلفیقی مراد است یا از اول روز و یا در مسئله حیض که اقل آن سه روز و اکثر آن ده روز است و یا حد اقل طهر و فاصله بین دو حیض ده روز است آیا تلفیقی مراد است یا از اول روز؟

در اینجا نیز نصّ خاصی نداریم جز ظاهر اطلاقات و انصاف این است که ظاهر اینها اعم از تلفیقی و غیر تلفیقی است، بخصوص که غیر تلفیقی نادر است (مثلاً ساعت بگذاریم در اول طلوع فجر شیر بدهیم) و عموماً نمی‌تواند ناظر به فرد نادر باشد و هکذا در مورد مسافر و حائض، پس عرف ۲۴ ساعت را می‌فهمد و حتماً نباید از ابتداء روز باشد، بلکه در اعتکاف تلفیقی نیست چون سه روز، روزه دارد و لذا از اول طلوع فجر شروع می‌شود و شرط آن شبانه روز نیست چون در روز سوم با غروب خورشید تمام می‌شود.

البته بحثی در باب «عشره ایام» و «ثلاثة ایام» هست که می‌گویند لیله آخر جزء نیست چون مراد از یوم، بیاض یوم است پس شبهای وسط جزء است ولی لیله آخر جزء نیست، اما در ما نحن فیه چون تعبیر «یوم و لیل» دارد، نمی‌توانیم بگوییم لیله خارج است. پس در تمام ابواب فقه تلفیق کافی است.

[مسئله ۵: يعتبر فی التقدير بالعدد امور:]

اشاره

۳۵ مسئله ۵ (المعتبر فی التقدير بالعدد ...) ۵ / ۱۰ / ۸۰

مسئله ۵: يعتبر فی التقدير بالعدد امور: منها- کمال الرضعة بأن يروى الصبي و يصدر من قبل نفسه، و لا تحسب الرضعة الناقصة و لا تضم الناقصات بعضها ببعض بأن تحسب رضعتان ناقصتان أو ثلاث رضعات ناقصات مثلاً واحدة، نعم لو التقم الصبي الثدي ثم رفضه لا بقصد الاعراض بأن كان للتنفس أو الالتفات الى ملاعب أو الانتقال من ثدى الى آخر أو غير ذلك كان الكلّ رضعة واحدة.

و منها- توالى الرضعات بأن لا يفصل بينها رضاع امرأة اخرى رضاعاً تاماً كاملاً على الاقوى و مطلقاً على الاحوط، نعم لا يقدر القليل جداً، و لا يقدر في التوالى تخلل غير الرضاع من المأكول و المشروب و ان تغدى به.

و منها- أن يكون كمال العدد من امرأة واحدة، فلو ارتضع بعض الرضعات من امرأة و اكملها من امرأة اخرى لم ينشر الحرمة و إن اتحد الفحل، فلا تكون واحدة من المرضعتين أما للمرضع و لا للفحل ابا له.

و منها- اتحاد الفحل بأن يكون تمام العدد من لبن فحل واحد، و لا يكفي اتحاد المرضعة، فلو أرضعت امرأة من لبن فحل ثمان رضعات ثم طلقها الفحل و تزوجت بآخر و حملت منه ثم أرضعت ذلك الطفل من لبن الفحل الثانى تكمله العدد من دون تخلل رضاع امرأة اخرى فى البين بأن يتغذى الولد فى هذه المدة المتخللة بالمأكول و المشروب لم ينشر الحرمة.

عنوان مسأله:

اشاره

این مسأله در مورد شرائط عدد است:

شرط اول: کمال الرضعة

پانزده بار و هر بار به طور کامل، یعنی اختیاراً پستان را رها کند بدون بازگشت به آن و رضعة ناقص در وسط حساب نمی‌شود.

شرط دوم: توالی الرضعات

زن دیگری در بین رضعات شیر ندهد؛ ولی غذا خوردن اشکال ندارد، مثلاً پنج بار شیر خورد و دو ماه در وسط با شیر گاو تغذیه شد و دوباره از همان زن شیر خورد توالی حاصل است.

شرط سوم: کمال العدد من امرأة واحدة

این شرط ناظر به جایی است که فحل واحد است ولی نصف

(۱) مهذب، ج ۲۵، ص ۲۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۴۶

عدد را یکی از زوجات و بقیه را زوجه دیگر فحل شیر می‌دهد که این کافی نیست بلکه لازم است که کمال عدد از یک زن باشد.

شرط چهارم: اتحاد الفحل

یعنی شیر مال یک شوهر باشد مثلاً اگر از شیر شوهر اول، پنج بار شیر داد، و بعد از طلاق، شوهر کرده و باردار شد، و با شیر شوهر دوم، همان بچه را که در این مدت غذا می‌خورد، شیر داد، کافی نیست چون اتحاد فحل ندارد.

اقوال در شرط اول (کمال الرضعة):

اشاره

مرحوم صاحب جواهر مسأله را اجماعی می‌داند و می‌فرماید:

بلا خلاف اجده فیه بیننا. «۱»

مرحوم سبزواری ادعای اجماع می‌کند و می‌فرماید:

مضافاً الی الاجماع. «۲»

شهید ثانی در مسالک «۳» تبعاً للمحقق اصل مسأله را بدون ذکر اجماع، متعرض شده است.

صاحب ریاض هم عبارتی دارد که از آن اجماع فهمیده می‌شود، چون یکی از احادیث باب را نقل کرده و می‌فرماید:

المنجبر قصور اسانیدها بعمل طائفه. «۴»

بنابراین به نظر می‌رسد که مسأله مخالف شناخته شده‌ای از اصحاب ما ندارد ولی از اهل سنت مخالف دارد.

ادله:

۱- اجماع:

بعضی به اجماع تمسک کرده‌اند،

قلنا: مسئله‌ای که غیر از اجماع دلیل دیگری داشته باشد، آن اجماع مدرکی است و ممکن است مدرک مجمعی همان ادله دیگر باشد، پس تمسک به اجماع به عنوان دلیل، قابل قبول نیست و فقط مؤید است.

۲- اصل (اصالة عدم محرمیت):

محرمیت باید ثابت شود و تا ثابت نشود نکاح هر شخصی با شخص دیگر حلال است، در ما نحن فیه نمی‌دانیم که آیا پانزده مرتبه ناقص هم محرمیت می‌آورد یا باید کامل باشد؟ وقتی شک کردیم اصل عدم محرمیت است. پس حرمت ازدواج باید ثابت شود و اگر ثابت نشود اصل حلیت است.

قلنا: این دلیل، اصل عملی است و وقتی سراغ آن می‌رویم که دلیل اجتهادی نداشته باشیم.

۳- ظهور روایاتی که عدد را بیان کرده است (بهترین دلیل):

روایاتی داریم که می‌فرماید:

لا یحرم الرضاع اقل من یوم و لیلۃ أو خمس عشره رضعه متوالیات. «۵»

ظاهر این احادیث به حسب تبادل این است که «خمس عشره کامله» لازم است؛ زیرا در تمام فقه، عددهایی که گفته می‌شود، معدود آن منصرف به کامل است.

۴- روایات خاصه:

سه روایت داریم که به آنها استدلال شده، سند دو روایت صحیح و یکی ضعیف است؛ ولی فقهاء از این روایات با نظر مسامحه‌ای رد شده‌اند که به نظر ما مشکل دلالی دارد.

...* عن ابن ابی یعفر، قال: سألته

(ابن ابی یعفر از بزرگان است و حتماً از امام سؤال کرده)

عما یحرم من الرضاع قال: اذا رضع حتی یمتلی بطنه فانّ ذلك ینبت اللحم و الدم و ذلك الذی یحرم. «۶»

...* عن محمد بن ابی عمیر، عن بعض اصحابنا، رواه عن ابی عبد الله علیه السلام قال: الرضاع الذی ینبت اللحم و الدم هو الذی

یرضع حتی یتضلع و یتملی و ینتهی نفسه. «۷»

قلنا: این دو حدیث سنداً معتبر؛ ولی دلالته دو اشکال دارد:

۱- این دو حدیث در مورد اثر است و کاری با عدد ندارد و بحث ما در اثر نیست. البته این اشکال قابل جواب است به اینکه وقتی کمال در اثر معتبر باشد، به طریق اولی در عدد معتبر است، چرا که اثر کاری با تعداد رضعات ندارد.

۲- مضمون این دو حدیث خلاف اجماع است چون احدی در باب اثر قائل به کمال رضعه نشده است، همچنین خلاف وجدان است چون اگر به مدت چند ماه بچه بطور ناقص شیر بخورد قطعاً انبات لحم دارد؛ در حالی که روایت می‌گوید انبات لحم نمی‌شود، مگر اینکه گفته شود این دلیل است بر ناظر بودن روایت بعدد، نه اثر؛ ولی به هر حال این دلیل برای ما قابل قبول نیست.

...* عن الفضیل بن یسار

(ثقه است؛ ولی در سند «محمد بن سنان» است که محل بحث است و ما او را ثقه نمی‌دانیم)

عن ابی جعفر علیه السلام قال: لا یحرم من الرضاع إلاً المخبورة
(مجبوره صحیح)

- (۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۸۸.
 - (۲) مهذب، ج ۲۵، ص ۲۵.
 - (۳) مسالك، ج ۷، ص ۲۲۴.
 - (۴) ج ۱۰، ص ۱۴۰، چاپ جامعه مدرسین.
 - (۵) ح ۱، باب ۲، از ابواب رضاع.
 - (۶) ح ۱، باب ۴ از ابواب رضاع.
 - (۷) ح ۲، باب ۴ از ابواب رضاع.
- کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۴۷
است
أو خادم، أو ظئر
(دایه)

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه
ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۳، ص: ۴۷
ثم یرضع عشر رضعات یروی الصبی و ینام. «۱»
قلنا: ذیل روایت خوب است؛ ولی صدر آن دو اشکال دارد:
۱- چه کسی گفته است که رضاع تبرعی باعث نشر حرمت نمی شود و حتماً باید مرضعه مجبور یا خادم یا دایه باشد؟
۲- روایت ده بار را می گوید؛ ولی ما قائل به پانزده رضعه هستیم.
نتیجه: این سه روایت مشکل دارد، و دلیل مهم ما اطلاق روایات و انصراف آنها به رضعه کامل است.
۳۶ ادامه مسئله ۵ ... ۸ / ۱۰ / ۸۰

شرط دوم: توالی رضعات

اشاره

در بین پانزده مرتبه، از زن دیگری شیر نخورد اما غذا خوردن اشکال ندارد، حتی اگر چندین ماه غذا بخورد و بعد دوباره از همان زن شیر بخورد و پانزده مرتبه را کامل کند، کافی است.
جمعی از بزرگان از جمله محقق در شرایع، صاحب جواهر و صاحب مسالك، شرط دوم و سوم (کمال العدد از یک زن باشد یعنی هر پانزده مرتبه از یک زن شیر بخورد؛ ولی اگر چهارده بار از یک زن و یک مرتبه از زن دیگر باشد کافی نیست و لو هر دو زن، فحل واحد داشته باشند) را با هم و تحت یک عنوان ذکر کرده اند.
در حالی که اینها دو مسأله هستند و باید جدا از هم بحث شوند. بله با اشتراط توالی، اشتراط وحدت امّ لازم نیست.
مرحوم محقق در شرایع می فرماید:

و لا بدّ من توالی الرضعات، بمعنی أنّ المرأة الواحدة تنفردُ بإكمالها. فلو رضع من واحدة بعض العدد، ثمّ رضع من اخرى بطل حکم الاوّل. «۲»

ذیل کلام محقق توالی (اگر پنج بار از زنی شیر خورد و بقیه را از زن دیگر شیر خورد، آن پنج مرتبه اول باطل می شود) و صدر کلام ایشان وحدت امّ را می گوید.

صاحب مسالك متوجه این نکته شده و می فرماید:

و لا اعتبار به جهتان: إحداهما ما اشار اليه المصنّف (محقق) بقوله: «بمعنی أنّ المرأة الواحدة تنفرد باكمالها» ... و الجهة الثانية للتوالی: أن یرتضع العدد المعتبر من المرأة متوالياً، بحيث لا یفصل بینہ برضاع اخرى و ان اکملت الاوّلی العدد. «۳»

اقوال در شرط دوّم (توالی رضعات):

مرحوم شیخ در خلاف بعد از ذکر شرط توالی می فرماید:

دلیلنا اجماع الفرقة و اخبارهم. «۴»

محقق نراقی در کتاب مستند بعد از ذکر این شرط می فرماید:

اجماعاً كما فی التذکره و عن الخلاف و الغنیة. «۵»

صاحب جواهر هم می فرماید:

بلا خلاف اجماعه فیہ بیننا. «۶»

از این عبارات معلوم می شود که در مسأله مخالفی نیست.

ادّله:

۱- اصل عملی:

مقتضای اصل اشتراط توالی است و اگر شک کنیم که بدون توالی نشر حرمت می کند، اصل عدم حرمت است، به عبارت دیگر قدر متیقّن از محرمیت جایی است که توالی باشد.

ولی مقتضای اطلاقات عکس آن است چون اطلاقات می فرماید «خمس عشرة رضعة» و متوالی و غیر متوالی را شامل می شود.

۲- روایات:

به سه روایت استدلال شده است

... عن عمر بن یزید قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغلام یرضع الرضعة و الثنتين فقال: لا یحرّم فعددت علیه حتّی اکملت عشر رضعات فقال: اذا كانت متفرقة فلا «۷»

... عن مسعدة بن زیاد العبدي، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: لا یحرّم من الرضاع الا ما شد العظم و انبت اللحم فاما الرضعة و الثنتان و الثلاث حتّی بلغ الشعر اذا كنّ متفرقات فلا بأس «۸».

از مفهوم این دو روایت توالی فهمیده اند؛ ولی استدلال به این دو روایت دو اشکال دارد:

۱- خلاف مشهور است چون ده رضعه را می گوید در حالی که ما پانزده رضعه را معتبر می دانیم.

۲- شامل رضعات متفرّقه هم می شود، حتّی موردی را که در اثناء غذا خورده است، در حالی که این مورد را در نشر حرمت کافی

(۱) ح ۱۱، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۲) شرایع، ج ۲، ص ۵۰۹.

(۳) مسالک، ج ۷، ص ۲۲۶.

(۴) خلاف، ج ۵، کتاب الرضاع، ص ۱۰۰، مسئله ۷.

(۵). مستند، ج ۱۶، ص ۲۵۵.

(۶) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۹۱.

(۷) ح ۵، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۸) ح ۹، باب ۲ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۴۸

می‌دانند، مگر اینکه بگوئیم «اذا كانت متفرقة» شامل هر دو مورد (تفرقه با غذا و با شیر) می‌شود؛ ولی ما آن را به خاطر اجماع تخصیص می‌زنیم و می‌گوئیم تفرقه با غذا مانعی ندارد.

صاحب جواهر و شهید ثانی به این دو حدیث استدلال نکرده‌اند و فقط در مستند به آن استدلال شده، که شاید به جهت همین دو اشکال باشد و به حدیث سوم (زیاد بن سوقة) استدلال کرده‌اند.

۳۷ ادامه مسئله ۵ ... ۸۰ / ۱۰ / ۹

... عن زیاد بن سوقة قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: هل للرضاع حدّ يؤخذ به؟ فقال: لا يحرم الرضاع اقل من يوم و ليلة أو خمس عشرة رضة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد (هر سه شرط را دارد)

لم يفصل بينها رضة امرأة غيرها

(اگر این حدیث تا همین جا بود خوب بود؛ ولی در ذیل تفصیلی دارد که انسان را به شک می‌اندازد)

فلو ان امرأة أرضعت غلاماً أو جارية

(أو به معنی واو است به قرینه ذیل «ارضعتهما»)

عشر رضعات من لبن فحل واحد و أرضعتها امرأة أخرى من فحل آخر عشر رضعات لم يحرم نکاحهما. «۱»

اشکال: این ذیل یک اشکال مهم دارد و معنی آن این است که اگر زن دو می شوهرش همان شوهر اولی باشد و این دو را شیر دهد محرم می‌شوند، در حالی که این قابل قبول نیست و اتحاد ام و توالی لازم است. پس این ذیل اگر نبود دلالت صدر حدیث خیلی خوب بود.

توجیه: مفهوم ذیل روایت فقط ناظر به اتحاد فحل است، یعنی اگر فحل واحد باشد از این نظر مشکلی ندارد، به عبارت دیگر سه شرط داریم، اگر در شرط سوم گفتیم در صورت تعدد فحل محرمیت نمی‌آید مفهومش این است که اگر فحل واحد باشد از این نظر (شرط سوم) مشکلی ندارد بشرطی که دیگر شروط هم حاصل شود پس مفهوم ناظر به شرطیت جزء اخیر است، نه من جمیع الجهات. بعنوان مثال وقتی گفته می‌شود کسی که وضو ندارد، نمازش باطل است، مفهوم آن این است که اگر وضو داشت، نمازش صحیح است از جهت وضو نه من جمیع الجهات یعنی نمی‌توان گفت اگر نمازش رکوع نداشت یا جهات دیگر آن خراب بود، صحیح است.

البته این توجیه خلاف ظاهر است؛ ولی برای رفع اشکال بعید نیست که به آن تمسک کنیم.

نتیجه: با این توجیه اشکال رفع و به روایت تمسک می‌کنیم.

بقی هنا امور:

الامر الاول: معروف و مشهور این است که تغذیه طفل به ماکولات دیگر مضرّ به توالی نیست

و آنچه که مضرّ است رضاع من ثدی امرأه اخری است، حتّی اگر شیر مادرش را بدوشند و در ظرفی بریزند و بچه از آن بخورد مضر نیست.

صاحب جواهر ادعای وضوح این مسأله را می کند و می فرماید:

کوضوح کون المراد بالتوالی عدم الفصل بخصوص رضاع امرأه اخری، نصّاً (روایت زیاد بن سوقة) و فتوی (فتوای مشهور) فلا یقدح الفصل بالاکل و نحوه، بل و بوجور (ریختن) اللبن فی فمه بلا خلاف اجده فیه «۲» (ادعای اجماع)

صاحب جواهر در ادامه اشکال می کند که ما عدد را کاشف از انبات لحم و شدّ عظم (اثر) می دانیم و اگر به غذا فاصله شود، معلوم نیست که انبات لحم و شدّ عظم با آن ۱۵ مرتبه باشد، ولی در جواب می فرماید که این کاشفیت، کاشفیت تعبّدیه شرعیّه است.

قلنا: کاشفیت تعبّدیه غیر قابل قبول است، چون معنی کاشفیت تعبّدیه این است که یقین داریم پانزده بار شیر خوردنی که در بین آن غذا خورده است اثری ندارد؛ ولی شارع می گوید که اثر دارد، این خیلی بعید است. پس بهتر است بگوییم که شدّ عظم با غذا و شیر هر دو حاصل شده و مانعی ندارد که یک معلول مرگب دو علت داشته باشد. در ما نحن فیه هم مقداری از شدّ عظم و انبات لحمش با شیر و بقیه از غذاست. پس تا اینجا استدلال به روایت زیاد بن سوقة برای تفصیل توالی خوب است.

مرحوم نراقی در مستند «۳» کلامی دارد که خالی از اشکال نیست، می فرماید: در بین این سه روایت، دو روایت تفرّق دارد و در یک روایت (روایت زیاد بن سوقة) هم «متوالیات» دارد، پس با فاصله شدن ماکول و مشروب به مقدار زیاد توالی صدق نکرده، بلکه تفرّق صدق می کند.

پس مرحوم نراقی در مستند مضر نبودن طعام را زیر سؤال می برد ولی حق با صاحب جواهر است و اگر تفصیل در ذیل روایت نبود، قول نراقی برای توالی خوب بود ولی با تفصیل امام در ذیل روایت

«لم یفصل بینهما رضعة امرأة غیرها»

معلوم

(۱) ح ۱، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۹۲ و ۲۹۳.

(۳) مستند، ج ۱۶، ص ۲۵۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۴۹

می شود که مراد از متوالیات وحدت مادر رضاعی است.

نتیجه: فصل به طعام و شیر دوشیده شده مضر نیست و آنچه که مضرّ است فصل به رضاع امرأه اخری است.

الامر الثانی: مرحوم امام این امر را در تحریر بیان فرموده اند؛ ولی در جواهر آمده است.

این که می گوییم عدد کامل باشد و پانزده بار شیر خوردن لازم است آیا هرگونه که باشد، یا مربوط به بیجه سالم است؟ مثلاً اگر بچه ای مریض است و کم غذا شده، آیا پانزده مرتبه این گونه شیر خوردن کافی است یا باید بچه سالم را حساب کنیم؟

صاحب جواهر می فرماید ظاهر روایات به صحیح المزاج و به مقدار معقول انصراف دارد، این حرف ایشان خوب است؛ ولی باید

تفصیل بدهیم، یعنی بمجرد بیماری و مقدار جزئی کم شدن غذا، نمی‌توانیم بگوییم کافی نیست، چون غالباً بچه‌ها این گونه هستند، بله اگر بگونه‌ای مریض باشد، که خیلی کم غذا می‌خورد می‌توانیم بگوییم که این شیر خوردن کاشف از انبات لحم نیست.

الامر الثالث: شیر زن دیگر که توالی را به هم می‌زند آیا باید رضعه کامله باشد یا رضعه ناقصه هم توالی را به هم می‌زند؟

بسیاری متعرض این بحث شده‌اند از جمله مرحوم صاحب جواهر که می‌فرماید:

فیه وجهان بل قولان. «۱»

قول اول: مسمای شیر خوردن در بهم زدن توالی کافی است.

قول دوم: باید از زن دیگر به طور کامل شیر بخورد تا توالی به هم بخورد.

قول اول را به ظاهر اصحاب نسبت داده‌اند؛ ولی این مسأله قابل بحث است چون در مسئله پانزده رضعه گفته می‌شود «ینصرف الی الکامل» چرا در اینجا انصراف به کامل نداشته باشد؟

و لکن ممکن است کسی در پانزده رضعه کامل را شرط بداند ولی در این چیزی که توالی را به هم می‌زند مسمی را کافی بداند چون در آنجا دو روایت (روایت مسعدة بن زیاد و عمر بن یزید) داشتیم و تصریح کرده بود که باید رضعه کامل باشد؛ ولی اگر آن دو روایت را نپذیرفیم (کما این که ما نپذیرفیم) تفصیل بین دو مقام، مشکل است، پس ما در هر دو کمال را شرط می‌دانیم.

۳۸ ادامه مسئله ۵ ... ۱۰ / ۱۰ / ۸۰

شرط سوم: کمال العدد من امرأة واحدة (اتحاد المرضعة)

اشاره

مرضعه باید واحد باشد و اگر توالی و لبن فحل واحد باشد؛ ولی اتحاد مرضعه نباشد، فایده‌ای ندارد.

اقوال در شرایط سوم (کمال العدد من امرأة واحدة):

این مسأله از نظر اقوال همان اقوال شرط دوم را دارد چون علما این دو شرط را با هم ذکر کرده و ادعای اجماع بر آن شده است.

ادله:

۱- روایات خاصه:

این شرط از نظر دلیل مانند شرط دوم است و عمده دلیل آن هم روایت «زیاد بن سوقة» است که می‌فرمود «من امرأة واحدة»

پس اگر دو زن باشد، فایده‌ای ندارد و روایت صریح در این معنی است.

۲- اولویت:

دلیل دیگری هم ما اضافه می‌کنیم، وقتی می‌گوییم در جایی که ۱۵ بار از یک زن شیر خورده، و در بین آن، از زن دیگری شیر خورده، فایده‌ای ندارد به طریق اولی در جایی که از یک زن به طور کامل شیر نخورده، و در بین از زن دیگری شیر بخورد، مضر خواهد بود.

نتیجه: ذکر شرط سوّم با وجود شرط دوّم، لازم نیست.

شرط چهارم: اتّحاد الفحل

اقوال در شرط چهارم (اتّحاد الفحل)

این مسأله بین اصحاب مشهور است تا جایی که ادّعی اجماع هم شده است. البتّه اهل سنّت معتقد به اتّحاد فحل نبوده و اتّحاد مادر را کافی می دانند.

مرحوم علامه می فرماید:

یشترط فی الرضاع المحرّم أن يكون اللّبن لفحل واحد عند علمائنا اجمع فلو ارضعت امرأة بلبن فحل واحد مائة حرم بعضهم علی بعض و کذا لو نکح شخص مائة امرأة و ارضعت کل واحدة واحداً أو اکثر حرم التناکح بینهم جميعاً و لو ارضعت امرأة بلبن فحل صبیّاً ثم طلقها الزوج و نکحت غیره و ارضعت بلبن الثانی صبیّاً لم یحرم الصبی علی الصبیّة ... و خالفت العامیة فی ذلك و لم یشترطوا اتّحاد الفحل. (۲)

مرحوم نراقی در مستند (۳) وحدت فحل را شرط دانسته و از علامه نقل اجماع و از طبرسی (مجمع البیان) نقل خلاف کرده است (طبرسی مثل عامّه اتّحاد مادر را کافی می دانند).

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۲۹۳.

(۲) تذکره، ج ۲، ص ۶۲۱، چاپ قدیم.

(۳) ج ۱۶، ص ۲۶۰ تا ۲۶۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۵۰

مرحوم کاشف اللّثام می گوید مشهور است؛ ولی ادّعی اجماع نمی کند، سپس می فرماید:

و لم یعتبره الطبرسی صاحب التفسیر فاعتبر الاخوة من الرضاعة للام خاصّة و کذا الراوندی فی فقه القرآن. (۱)

نکته مهم: وحدت فحل در دو جا عنوان شده و دو شاخه دارد:

۱- به عنوان یکی از شرائط چهارگانه در باب شرائط عدد و معنی آن این است که اگر زنی بچه ای را پنج بار از شیر یک شوهر و ده بار از شیر شوهر دیگر شیر دهد، کافی نیست و باید فحل واحد باشد. آن چه که در کلام امام (ره) به عنوان شرط چهارم شمرده شده، همین است.

۲- به عنوان شرط مستقل در هر سه مورد (عدد، اثر، زمان) ذکر شده است، و معنی آن این است که اگر دو زن هر یک پانزده مرتبه یکی به دختری و دیگری به پسری شیر دهد و هر دو، زن یک شوهر باشند، این دختر و پسر به هم محرمند، چون پدر (فحل) یکی است؛ ولی اگر زنی، پسری را از شیر یک شوهر پانزده مرتبه شیر دهد و بعد دختری را از شیر شوهر دیگر پانزده مرتبه شیر دهد، این دو به هم محرم نمی شوند، چون فحل دو تا است.

به عبارت دیگر گاهی وحدت فحل با وحدت امّ همراه است همان گونه که در عدد چنین است و گاه مادر متعدّد و فحل واحد است که مربوط به شاخه دوّم است.

به عبارت سوّم وحدت فحل گاهی ناظر به نسبت محرمیت بچه با پدر و مادر است، یعنی ولد رضاعی در جایی که پانزده مرتبه از این زن و از شیر فحل واحد بخورد، بر آن پدر و مادر، محرم می شود. و گاهی بحث از محرمیت دو بچه شیرخوار (دختر و پسر) به هم است، یعنی مادر دو تا است و پدر یکی است که در این صورت به هم محرم می شوند؛ ولی اگر مادر یکی و پدر دو تا باشد، این

بچه‌ها به هم محرم نمی‌شوند.

بنابراین بین این دو شاخه، تفاوت زیادی است و این دو شاخه اتحاد فحل، به قدری از هم جدا هستند که قیاس این دو به هم از نظر مورد و شرایط، قیاس مع الفارق است.

۳۹ ادامه مسئله ۵ ... ۱۱ / ۱۰ / ۸۰

ادله:

۱- اصل:

اصل اولی (عمومات یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب) می‌گوید که در نسب فرقی بین برادر و خواهر ابی، امی و ابوی نیست و بر هم حرام هستند و این عمومات اقتضا می‌کند که در رضاع هم همین گونه باشد. مرحوم طبرسی «۲» هم در تفسیر آیه «وَ أَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضَاعِ» به همین دلیل استدلال کرده و ظاهراً روایات را به جهت تعارض قبول نکرده است و عامه هم به همین کیفیت استدلال کرده و می‌گویند همان گونه که در نسب محرم هستند در رضاع هم محرم هستند.

قلنا: ظاهر کتاب و عمومات اقتضا می‌کند که اینها محرم باشند ولی وقتی به روایات خاصه وارد می‌شویم می‌بینیم که با صراحت وحدت فحل را شرط می‌دانند.

۲- روایات:

اشاره

برای این مسأله به روایات زیادی استدلال شده است. روایات دو طایفه هستند که یک طایفه مطابق مذهب مشهور وحدت فحل را شرط می‌دانند و طایفه دیگر نفی می‌کنند و وحدت فحل را شرط نمی‌دانند. بعضی از احادیث طایفه اول هر دو شاخه مسأله را می‌گویند و بعضی از احادیث آن فقط شاخه دوم (اتحاد فحل شرط مستقل باشد) را بحث می‌کند.

طایفه اول: روایات موافق

بعضی از این روایات صحیح‌السند و بعضی ضعیف‌السند هستند؛ ولی بخاطر تضافر از سند آنها بحثی نمی‌کنیم.

... * خمس عشره رضعة متوالیات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم یفصل بینها رضعة امرأة غیرها

(شرائط عدد را می‌گوید)

فلو ان امرأة ارضعت غلاماً أو

(و)

جاریه عشر رضعات من لبن فحل واحد و ارضعتها امرأة اخرى من فحل آخر عشر رضعات لم یحرم نکاحهما

(نکاح اینها حرام نیست چون کمال عدد از هیچ یک از دو شوهر حاصل نشده است). «۳»

این روایتی است که می‌توان برای شرط چهارم به آن استدلال کرد، ذیل روایت ناظر به شاخه دوم و صدر آن ناظر به شاخه اول است.

... * عن برید العجلی فی حدیث قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن قول رسول الله صلی الله علیه و آله: یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب، فسّر لی ذلک فقال: کلّ امرأة ارضعت من لبن فحلها ولد امرأة اخرى من جاریه أو غلام فذلک الذی قال رسول الله صلی

الله علیه و آله و کل امرأة ارضعت من لبن

(۱) کشف اللثام، ج ۷، ص ۱۴۲.

(۲) مجمع البیان، ج ۳، ص ۵۴.

(۳) ح ۱، باب ۲ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۵۱

فحلین کانا لها

(زن دو شوهر داشته)

واحداً بعد واحد من جاریه أو غلام، فانّ ذلك رضاع ليس بالرضاع الذي قال رسول الله صلى الله عليه و آله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب و أمّا هو من نسب ناحية الصهر

(در اینجا به معنی مادر است به قرینه صدر روایت که در کافی «۱» هست؛ ولی صاحب وسائل آن را نقل نکرده است)

رضاع و لا یحرّم شیئاً و لیس هو سبب رضاع من ناحية لبن الفحولة فیحرّم. «۲»

این روایت کاری به شاخه اول از اتحاد فحل ندارد و اینکه مرحوم سبزواری در مهذب این روایت را ناظر به شاخه اول می‌داند صحیح نیست.

ان قلت: «فان ذلك رضاع ليس بالرضاع الذي قال رسول الله صلى الله عليه و آله» یعنی این رضاع به هیچ وجه محرمیت نمی‌آورد پس باید آن را در ناحیه عدد در نظر بگیریم چون دو شوهر داشته و قسمتی از عدد را از شوهر اول و قسمت دیگر را از شوهر دوم شیر داده، بنابراین رضاع هیچ اثری ندارد، پس ناظر به شاخه اول از اتحاد فحل است چون اگر شاخه دوم مدّ نظر بود، بچه‌ها به هم محرم نمی‌شدند نه اینکه بر پدر و مادر هم محرم نباشند، پس شرطیت عدد فهمیده می‌شود.

قلنا: در روایت دو قرینه داریم که نشان می‌دهد این روایت هم برای شاخه دوم است.

قرینه اول:

«من جاریه أو غلام»

که بیان

«واحداً بعد واحد»

می‌باشد، به این معنی است که از شیر دو شوهر دو بچه را شیر داده (مادر یکی و پدر دوتاست)، پس ربطی به مسئله عدد ندارد و ناظر به شاخه دوم از اتحاد فحل است.

قرینه دوم: روایت می‌فرماید:

«و أمّا هو نسب من ناحية الصهر»

یعنی شیر کامل از مادر خورده است و دومی هم شیر کامل خورده است؛ ولی نسب از ناحیه پدر است و از ناحیه امّ حرمت نمی‌آید پس ربطی به عدد ندارد.

تا اینجا غیر از روایت «زیاد بن سوقة» چیزی که دلالت بر شاخه اول از اتحاد فحل داشته باشد نداریم.

... عن عمّار الساباطی

(موتقه)

قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غلام رضع من امرأة أ يحلّ له أن يتزوَّج اختها

(اخت المرضعة)

لابیها

(خواهر پدری رضاعی مادرش را)

من الرضاع؟

(می خواهد با خاله رضاعی مرضعه ازدواج کند)

فقال: لا فقد رضعا جميعاً من لبن فحل واحد من امرأة واحدة، قال: فيتزوج اختها لامها من الرضاعة؟ قال: فقال: لا بأس بذلك ان

اختها التي لم ترضعه كان فحلها غير فحل التي ارضعت الغلام فاختلف الفحلان فلا بأس. «۳»

این حدیث هم ارتباطی با شرط عدد ندارد و از شاخه دوم اتحاد فحل بحث می کند.

۴۰ ادامه مسئله ۵ ... ۱۲ / ۱۰ / ۸۰

... عن الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يرضع من امرأة و هو غلام أ يحل له أن يتزوج اختها لامها من

الرضاعة؟

(خواهر رضاعی مادر مرضعه)

فقال: ان كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا يحل فان كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحلين

فلا بأس بذلك. «۴»

این حدیث هم ناظر به شاخه دوم از اتحاد فحل است.

... عن سماعة قال: سألته

(مضمورات سماعة مشکلی ندارد چون در ابتداء کتابش نام امام را برده است و به دنبال آن «سألته» می گوید پس در کتاب او اینها

مضمور نبوده است)

عن رجل كان له امرأتان فولدت كل واحدة منهما غلاما فانطلق احدي امرأتيه فارضعت جارية من عرض الناس

(توده مردم)

أ ينبغي لابنه أن يتزوج بهذه الجارية؟ قال: لا لأنها ارضعت بلبن الشيخ

(فحل)، «۵» یعنی اگر لبن فحل دیگری باشد ازدواج این دختر و پسر اشکالی ندارد.

این روایت هم ناظر به شاخه دوم از اتحاد فحل است.

... عن عبد الله بن سنان، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن لبن الفحل قال: هو ما ارضعت امرأتك من لبنك و لبن ولدك

ولد امرأة اخرى فهو حرام. «۶»

روایت هر دو شاخه از اتحاد فحل را شامل است چون ظاهر کلمه فحل این است که وحدت فحل علت تامه است و لو مادر هم یکی

است؛ ولی اتحاد ام، دخالتی ندارد چون راوی می گوید

«سألت عن لبن الفحل»

سَلَّمنا که روایت هر دو معنا را بگوید در این صورت حدیث ابهام دارد و به آن استدلال نمی کنیم.

... عن احمد بن محمد بن ابی نصر قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ارضعت جارية و لزوجها ابن من غيرها

(ظاهراً بچه دومی)

- (۲) ح ۱، باب ۶ از ابواب رضاع.
 (۳) ح ۲، باب ۶ از ابواب رضاع.
 (۴) کافی، ح ۳، باب ۶ از ابواب رضاع.
 (۵) ح ۶، باب ۶ از ابواب رضاع.
 (۶) ح ۴، باب ۶ از ابواب رضاع.
 کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۵۲
 نسبی و بچه زن اول رضاعی است)

أیحل للغلام ابن زوجها أن يتزوج الجارية التي أرضعت؟ فقال: اللبن للفحل «۱»

چون در سند «سهل بن زیاد» وجود دارد، سند آن ضعیف است و لو طریق دیگری هم دارد که سهل بن زیاد در آن نبوده و معتبر است.

از این روایت شاخه دوم را استفاده می کنیم و لو مشکلاتی هم دارد، چون یک طرف رضاع و یک طرف نسب است. نکته: معنی «لا ینکح ابو المرتضع فی اولاد صاحب اللبن» این است که: اگر مادر زن نوه اش را شیر دهد زن بر همسرش حرام می شود. (چون آن کودک با مادر خودش خواهر و یا برادر رضاعی می شود و آن مرد نمی تواند خواهر رضاعی بچه اش را بعنوان همسر خود نگه دارد) بنابراین اگر قبل از ازدواج زنی، بچه ای را شیر دهد، پدر آن بچه شیرخوار نمی تواند با دختر این زن ازدواج کند.

۴۱ ادامه مسئله ۵ ... ۱۵ / ۱۰ / ۸۰

... عن علی بن مهزیار قال: سألت عیسی بن جعفر بن عیسی أبا جعفر الثانی علیه السلام ان امرأة أرضعت لی صبیاً فهل یحل لی أن أتزوج ابنة زوجها؟ فقال لی: ما اجود ما سألت من هاهنا یؤتی أن یقول الناس حرمت علیه امرأته من قبل لبن الفحل هذا هو لبن الفحل لا غیره فقلت له: الجارية لیست ابنة المرأة التي أرضعت لی (از ناحیه مادر یکی نیستند و از ناحیه پدر یکی هستند)

هی ابنة غیرها فقال: لو کنّ عشراً متفرقات ما حلّ لك شیء منهنّ و کنّ فی موضع بناتک. «۲»

ان قلت: این روایت به درد مسئله «لا ینکح ابو المرتضع فی اولاد صاحب اللبن» می خورد چه ارتباطی به اتحاد فحل دارد؟

قلنا: فحل واحد است (فحل آن دختر با این پسری که شیر خورده یکی است) و گرفتن دختر آن مرد (صاحب لبن) بر پدر بچه شیرخوار حرام شده است، حال که آن دختر بر این مرد حرام شد، ازدواج خود آنها (بچه شیرخوار با آن دختر) هم به طریق اولی حرام است، چون به خاطر آنها به این پدر گفتیم که با آن دختر ازدواج نکند. پس متن روایت مسئله مورد بحث ما نیست لیکن با قیاس اولویت این دو را به هم ارتباط می دهیم.

... عن مالک بن عطیة، عن ابی عبد الله علیه السلام فی الرجل یتزوج المرأة فتلد منه ثم ترضع من لبنه جارية أ یصلح لولده من غیرها أن یتزوج تلك الجارية التي أرضعتها؟ قال: لا هی بمنزلة الاخت من الرضاعة لأنّ اللبن لفحل واحد. «۳»

در این روایت یکی از بچه ها (پسر) نسبی و دیگری (دختر) رضاعی است و ما می خواهیم در مورد دو بچه رضاعی حکم کنیم که با الغاء خصوصیت و قیاس اولویت که منصوص العلة است مسأله را درست می کنیم چون روایت می فرماید «لأنّ اللبن لفحل واحد».

... عن الرضا علیه السلام قال: سألته عن امرأة أرضعت جارية ثم ولدت اولاداً ثم أرضعت غلاماً یحلّ للغلام ان یتزوج تلك الجارية التي أرضعت؟ قال: لا، هی اخته. «۴»

این روایت دو سند دارد، سند قرب الاسناد مشکل دارد؛ ولی سند دیگر روایت خوب است.

این روایت مشکل دلالی هم دارد و آن اینکه مادرها یکی هستند و پدر هم یکی است آیا می‌توانیم با استفاده از این روایت بگوییم اتحاد فحل لازم است و اتحاد مادر لازم نیست؟

این روایت در باره اتحاد فحل سکوت می‌کند، پس کمبود دارد.

جمع‌بندی: روایات کثیر و متعددی که در بین آنها روایات صحیحه هم وجود داشت دلالت بر اتحاد فحل دارد، پس روایات کم نیستند، علاوه بر این مطابق فتوای مشهور است.

طایفه دوم: روایات معارض (نفی شرط اتحاد فحل)

...* عن ابی بصیر،

(از نظر سند خوب است)

عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل تزوج امرأه فولدت منه جاریه ثم ماتت المرأة فتزوج اُخری فولدت منه ولداً، ثم أنها ارضعت من لبنها غلاماً أ یحلّ لذلك الغلام المذی ارضعته أن یتزوج ابنه المرأة التي كانت تحت الرجل قبل المرأة الاخیره؟ فقال: ما احب ان یتزوج ابنه فحل قد رضع من لبنه. «۵»

عبارت

«ما احب»

دلیل بر کراهت است و هر مکروهی جائز و با حرمت در تعارض است.

...* عن الحلبي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أم ولد رجل ارضعت صبياً و له ابنه من غيرها، أ یحلّ لذلك الصبی هذه الابنه؟

قال: ما

(۱) ح ۷، باب ۶ از ابواب رضاع.

(۲) ح ۱۰، باب ۶ از ابواب رضاع.

(۳) ح ۱۳، باب ۶ از ابواب رضاع.

(۴) ح ۱۴، باب ۶ از ابواب رضاع.

(۵) ح ۵، باب ۶ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۵۳

احبّ أن أ تزوج ابنه رجل قد رضع من لبن ولده. «۱»

استدلال به این روایت هم مثل روایت قبل است.

...* عن محمد بن عبيدة الهمداني قال: قال الرضا عليه السلام: ما يقول اصحابك في الرضاع؟ قال: قلت: كانوا يقولون: اللبن للفحل،

حتى جاءتهم الرواية عنك أنك تحرم من الرضاع ما يحرم من النسب

(چون عام است اللبن للفحل را رها کردند)

فرجعوا إلى قولك قال:

فقال

(ظاهراً از ذیل معلوم می‌شود که این را راوی می‌گوید)

و ذاک انّ امیر المؤمنین سألنی عنها البارحة فقال لی: اشرح لی اللبن للفحل و أنا اکره الکلام فقال لی: کما انت (کن کما انت)

حتی اسألك عنها ما قلت فی رجل كانت له امهات اولاد شتی فارضعت واحدهً منهم بلبنها غلاماً غریباً أ لیس کل شیء من ولد ذلك الرجل من امهات الاولاد الشتی محرماً علی ذلك الغلام؟ قال: قلت: بلی، قال:

فقال أبو الحسن: فما بال الرضاع یحرّم من قبل الفحل و لا یحرّم من قبل الامهات و أنّما الرضاع من قبل الامهات و ان كان لبن الفحل ایضاً یحرّم. «۲»

با قطع نظر از ابهامات صدر حدیث امام علیه السلام مطابق این حدیث غیر معتبر می فرماید فرقی بین لبن فحل و غیر فحل نیست.

۴۲ ادامه مسئله ۵ ... ۱۶ / ۱۰ / ۸۰

... عن علی بن عبد الملك بن بكار الجراح، عن بسطام، عن ابی الحسن علیه السلام

(این روایت به جهت وجود عبد الملك بن بكار ضعیف است، علاوه بر این متن روایت نیز ابهام دارد و مرحوم شیخ طوسی برای رفع ابهام تفسیری کرده که تفسیر او نیز ابهام دارد)

قال: لا یحرّم من الرضاع الاّ الذی ارتضع منه

(ای الفحل)

قال الشیخ: یعنی لا یتعدی الی ما ینسب الی الامّ من جهة الرضاع «... ۳»

... عن علی بن اسماعیل الدغشی عن رجل، عن عبد الله بن ابان الزیات، عن ابی الحسن الرضا علیه السلام قال: سألته عن رجل تزوّج ابنة عمّه و قد أرضعته امّ ولد جدّه

(پس این رجل، فرزند جد است یعنی با عموی خویش برادر است و در واقع می خواهد دختر برادر خودش را بگیرد)

هل تحرم علی الغلام؟ قال: لا. «۴»

با اینکه فحل واحد است، امام فرمود حرام نیست، لا بد علتش این است که مادرها دو تا هستند پس اتحاد فحل صریحاً نفی شده است.

ممکن است حدیث چنین توجیه شود که لا- بد این لبن، برای جد نبوده و یا شیر، شیر کامل نبوده است؛ ولی ظاهر این است که اجازه می دهد و جزء روایات معارض است.

نکته: باید توجه داشت که کسی به مضمون این حدیث قائل نیست (چون کسی نمی گوید اتحاد فحل شرط نیست) حتی طبرسی اتحاد فحل را منکر نبوده، بلکه اتحاد امّ را کافی می داند، البتّه عامّه به مضمون این روایت فتوی داده اند.

جمع بندی: دو حدیث از احادیث معارض دلالت خوبی داشتند؛ ولی سندشان ضعیف و یکی هم مبهم بود، دو حدیث دیگر هم سند خوبی داشتند؛ ولی دلالت آنها ضعیف بود، چون معنای «ما احبّ» همیشه کراهت نیست و در حرمت بکار می رود، اگر به معنی حرمت باشد، این دو روایت هم از روایتهای موافق است.

شواهد زیادی از قرآن داریم که «ما احبّ» در تحریم و یا شبیه تحریم به کار می رود. مثلاً حضرت ابراهیم در داستان دلائل توحید می فرماید: «لَا أُحِبُّ الْأَقْلِينَ» «۵» به هیچ وجه دوست ندارم نه این که کراهت داشته باشد که با تمایل هم سازگار باشد.

«وَلَكِنْ لَا تُحِبُّونَ النَّاصِحِينَ» «۶» به کفار می گوید شما ناصحین را دوست ندارید یعنی به هیچ وجه دوست ندارید نه اینکه کراهت دارید.

«وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفَاسِقِينَ» «۷» و «اللَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ» * «۸» «إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْخَائِنِينَ» «۹» یعنی خداوند به هیچ وجه فساد، ظالمین و خائنین را دوست ندارد، نه اینکه بر آنها کراهت دارد که با تمایل هم سازگار باشد، پس در تمام این موارد «لا یحبّ» به معنی

حرمت استفاده شده نه کراهت، و اگر ظهوری هم باشد، آن ظهور ضعیف است.

جمع بین دو طایفه روایات:

احادیث طایفه اول و دوم بیان و معلوم گردید که طایفه دوم با قطع نظر از تعارض، دلالت ضعیفی بر مدّعی خود دارند و کنار می‌روند، اما سلّمنا که با طایفه اول تعارض کند، ابتدا سراغ جمع دلالتی عرفی می‌رویم (الجمع مهما ممکن اولی من الطرح) و در مقام

(۱) ح ۸، باب ۶ از ابواب رضاع.

(۲) ح ۹، باب ۶ از ابواب رضاع.

(۳) ح ۱۱، باب ۶ از ابواب رضاع.

(۴) ح ۱۲، باب ۶ از ابواب رضاع.

(۵) آیه ۷۶، سوره انعام.

(۶) آیه ۷۹، سوره اعراف.

(۷) آیه ۲۰۵، سوره بقره.

(۸) آیه ۵۷، سوره آل عمران.

(۹) آیه ۵۸، سوره انفال.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۵۴

جمع، طایفه اولی اکثر، اوضح، و اصرح بود که می‌فرمود

لا يجوز

ولی روایات معارض دلالت ضعیفی دارند که با استفاده از جمع ظاهر و اظهر طایفه اول را مقدّم می‌کنیم. سلّمنا که جمع دلالتی را نپذیریم در این صورت سراغ مرجّحات می‌رویم، روایات طایفه اول دو ترجیح دارد:

اولاً: موافق مشهور و ثانیاً: مخالف عامّه است، چون عامّه اتّحاد فحلّ به این معنی را قبول نکرده‌اند؛ ولی طایفه ثانیه یک مرجّح دارد که موافقت کتاب الله است چون کتاب الله اطلاق دارد (اخواتکم من الرضاعه عام است و برادر و خواهرابی، امی و ابونی را شامل می‌شود).

قلنا: اگر روایات معارض می‌گفت اتّحاد درام کافی است خوب بود و می‌گفتیم موافق کتاب الله است؛ ولی آنها با اتّحاد فحلّ مخالفت می‌کنند، پس نمی‌توانیم روایات طایفه دوم را بپذیریم.

۴۳ ادامه مسئله ۵ ... ۱۷ / ۱۰ / ۸۰

عدم شرطیت اتّحاد فحل (قول طبرسی):

اشاره

طبرسی مانند عامّه اتّحاد فحل را شرط ندانسته و اتّحاد مادر را کافی می‌داند. ایشان در ذیل آیه «وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ» (۱) می‌فرماید:

وهن ثلاث: الصغیره الاجنبیه التي ارضعتها امك بلبان ابیک سواء ارضعتها معك أو مع ولدها قبلک أو بعدک و الثانیة: أختک

لاَمَّكَ دُونَ اَبِيكَ وَ هِيَ الَّتِي اَرْضَعْتَهَا اَمَّكَ بَلْبَانٍ غَيْرِ اَبِيكَ وَ الثَّالِثَةُ:

اَخْتُكَ لِاَبِيكَ دُونَ اَمَّكَ وَ هِيَ الَّتِي اَرْضَعْتَهَا زَوْجَةً اَبِيكَ بَلْبِنِ اَبِيكَ. «۲»

عبارت طبرسی صریح است و ابی و امی و ابوینی را حرام می‌داند.

و من العجب مرحوم شهید ثانی کلام طبرسی را تقویت کرده و می‌فرماید:

و هذا القول في غاية الجوده ولى به شرط این که دو حدیث «۳» که دلالت بر قول مشهور می‌کند، طرح کند، بعد می‌فرماید این دو

حدیث ضعیف‌السنده است، چون در سند هر دو «عمار ساباطی» فطحی مذهب است پس کلام طبرسی در غایه جوده است.

قلنا: روایت دو تا نبود و حدود ده روایت و اکثراً صحیح‌السند بود، چگونه ایشان بقیه روایات را ندیده‌اند؟ البتّه شهید در ذیل

کلامش می‌فرماید اگر چه صحیح‌ه حلبی خلاف متنازع فيه است؛ ولی بعید نیست که کلام مشهور را بپذیریم، (تمایل به مبنای

مشهور).

ادله قول طبرسی:

۱- عموم آیه «وَ اَخْوَانُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ»:

آیه عام و برادر و خواهرِ ابی، امی و ابوینی را شامل می‌شود.

۲- عموم حدیث «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»:

همان گونه که خواهر امی، ابی و ابوینی نسبی حرام است، خواهر امی، ابی و ابوینی رضاعی هم حرام است.

۳- روایات معارض:

این روایات در بحث‌های قبل بیان شد.

جواب از ادله: اگر روایات کثیره‌ای بر شرطیت اتحاد فحل داشته باشیم (که داریم) عموم آیه و روایت تخصیص می‌خورد، همان

گونه که به شرایط عدد، زمان، سنّ بچه، توالی ... تخصیص خورده است. در نتیجه تمسک به عموم در مقابل آن روایات خاصّه

وجهی ندارد. شاید مرحوم طبرسی با قطع نظر از روایات خاصّه، در مقام تفسیر آیه بوده، و قصد فتوا نداشته و یا اینکه روایات خاصّه

در دست رس ایشان نبوده که بعید است.

اما در مورد روایات معارض دو روایت که تعبیر «ما احبّ» داشت، اگر هم دلالت داشته باشد کاری با اتحاد امّ ندارد چون جواز با

اتحاد فحل را می‌رساند، در حالی که طبرسی منکر تأثیر اتحاد فحل نیست و می‌گوید همان گونه که با اتحاد فحل حرام است با

اتحاد امّ هم حرام است. یک روایت هم مبهم بود، و تنها یک روایت «۴» است که در آن تصریح به اتحاد ام شده است که هم

ضعیف‌السند و هم معرض عنهای اصحاب است و ادعای اجماع بر خلاف آن شده است، و بقیه روایات معارض هم از استدلال

اجنبی هستند.

هناك روایتان آخرین قد یتوهم دلالتهما:

...* عن زرارة، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن الرضاع فقال:

لا یحرم من الرضاع الا ما ارتضعا من ثدی واحد

(وحدت ام)

حولین کاملین. «۵»

اگر «حولین کاملین» نبود دلالت حدیث خوب بود؛ ولی احدی به این قید فتویٰ نداده است، پس صدر روایت خوب؛ ولی ذیل آن

(۱) آیه ۲۳ سوره نساء.

(۲) مجمع البیان، ج ۳، ص ۵۴.

(۳) ح ۱، باب ۲ و ح ۲، باب ۶ از ابواب رضاع.

(۴) ح ۹، باب ۶ از ابواب رضاع.

(۵) ح ۸، باب ۵ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۵۵

مشکل دارد علاوه بر این، روایت با نظر طبرسی نیز سازگار نیست، چون می گوید اتحاد اب کافی نیست و اتحاد ام هم لازم است در حالی که طبرسی می گوید اتحاد اب، یا ام به تنهایی کافی است.

* و باسناده عن العلاء بن رزین، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن الرضاع فقال لا یحرم من الرضاع الا ما ارتضع من ثدی واحد سنه. «۱»

شیخ در دنباله این روایت می فرماید:

هذا نادر مخالف للاحادیث کُلّها

به این روایت هم همان اشکالات قبل وارد است.

بقی هنا اموز:

الامر الاول: اتحاد فحل دو معنی داشت،

یک شاخه این بود که عدد پانزده تمامش از یک شوهر باشد و شاخه دوم این که اگر دو بچه هر کدام از یک زن پانزده مرتبه شیر بخورند در صورتی به هم محرم می شوند که از شیر یک شوهر باشد، ولی با ملاحظه تمام روایات و جوانب مسأله، دلیلی بر شاخه اول جز روایت «زیاد بن سوقه» نداشتیم و تمام روایات ناظر به شاخه دوم از اتحاد فحل بود.

الامر الثاني: در شاخه دوم که می گوئیم محرمیت حاصل نمی شود در واقع بین دو بچه محرمیت حاصل نمی شود

ولی هر کدام از بچه ها با پدر و مادر و دایی و عمو و عمه و خاله رضاعی خود محرم می شوند.

الامر الثالث: اکثریت عامه لبن فحل را موجب حرمت می دانند؛

ولی معنی لبن فحل، غیر از معنایی است که ما قائل شدیم.

دعوی آنها در این است که آیا نشر حرمت از ناحیه ام است یا از ناحیه اب هم باعث نشر حرمت می شود؟ به عبارت دیگر وقتی بچه ای از زنی شیر می خورد، آیا این بچه، فقط به این زن و خویشاوندان او محرم می شود یا به پدر و خویشاوندان پدری هم محرم می شود؟ اکثریت محرمیت را از هر دو طرف می دانند و اقلیتی هم قائل شده اند که لبن فحل موجب حرمت در ناحیه پدر نمی شود و محرمیت فقط در جانب مادر است.

ابن رشد در بدایه المجتهد می گوید:

و اما هل یصیر الرجل الذی له اللبن: أعنی زوج المرأة اباً للمرتضع حتی یحرم بینهما و من قبلهما ما یحرم من الآباء و الابناء الذین من

النسب و هی التي یسمونها لبن الفحل فانهم اختلفوا فی ذلك، فقال مالک و ابو حنیفه و الشافعی و احمد و الاوزاعی و الثوری: لبن الفحل یحرّم (پدر رضاعی هم محرم است) و قالت طائفة: لا یحرّم لبن الفحل و بالاول قال علی علیه السلام و ابن عباس و بالقول الثانی قالت عائشة و ابن الزبیر و ابن عمر. «۲»

مرحوم شیخ طوسی این مسأله را مفصل تر از ابن رشد بیان کرده و در آخر می‌فرماید:

دلینا اجماع الفرقة و اخبارهم. «۳»

۴۴ ادامه مسئله ۵ ... ۱۸ / ۱۰ / ۸۰

ادله رد کلام عامه:

۱- اجماع:

این مسأله اجماعی است و مخالفی هم ندارد.

۲- اخبار کثیره از شیعه:

روایات کثیره‌ای از طریق شیعه آمده است که بر رد کلام عامه دلالت می‌کند.

۳- روایاتی از عامه:

این روایات دلالت می‌کند که از طریق پدر هم نشر حرمت می‌شود.

...* و روی أن علیاً علیه السلام قال: قلت یا رسول الله علیه السلام هل لك فی ابنة عمك ابنة حمزة فأنها اجمل فتاه فی قریش؟

فقال صلی الله علیه و آله: أما علمت أن حمزة اخی من الرضاعة، و انّ الله حرّم من الرضاع ما حرّم من النسب

(یعنی از طرف اب و ام فرقی نمی‌کند) «۴»

ان قلت: به این حدیث نمی‌توان برای لبن الفحل استدلال کرد چون پیامبر و حمزه از یک مادر شیر خورده‌اند بنابراین نشر حرمت از ناحیه ام است، پس استدلال به آن برای لبن الفحل که اهل سنت می‌گویند درست نیست.

قلت: پیامبر با خود حمزه از یک مادر شیر خورده‌اند؛ ولی با دختر حمزه که هم شیر نبودند، و حال آنکه بحث ما در حرمت دختر حمزه است، اگر دختر حمزه بر پیامبر حرام بوده از ناحیه حمزه که پدر او بوده حرمت سرایت کرده است.

به عبارت دیگر اشکالی که عایشه داشت و می‌گفت من که از «افلح» شیر نخورده‌ام بلکه از همسر او شیر خورده‌ام، پیامبر هم از دختر حمزه شیر نخورده و دوتایی هم از یک مادر شیر نخورده‌اند، پس اگر حرمتی هم باشد از ناحیه فحل آمده است چون پیامبر از

مادر حمزه شیر خورده است، نه از همسر حمزه.

(۱) ح ۱۳، باب ۲ از ابواب رضاع.

(۲) بدایة المجتهد، ج ۲، ص ۳۸.

(۳) الخلاف، کتاب الرضاع، مسئله ۲، ص ۹۴.

(۴) کتاب الخلاف، ج ۵، ص ۹۴ (سنن ابن ماجه، ج ۱، ص ۶۲۳).

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۵۶

و لکن الانصاف: این نهایت دفاعی است که می‌توان از این استدلال کرد؛ ولی این استدلال خالی از تأمل نیست.

... عن عائشة قالت دخل علی ابلح ابن ابی القعیس فاستترت منه، فقال: تستترین منی و انا عمک؟ قالت، قلت من این؟ قال:

ارضعتک امرأه اخی. قلت: انما ارضعتنی امرأه، و لم یرضعنی الرجل، فدخلت علی رسول الله صلی الله علیه و آله فحدثته، فقال: انه عمک فلیج علیک. (۱)

(می‌تواند بر تو وارد شود)

در بدایه المجتهد بعد از ذکر این حدیث می‌گوید:

خزجه البخاری و مسلم و مالک که دلیل بر این است که این روایت در نظر آنها محترم است؛ ولی گروهی از علماء عامه به آن فتویٰ نداده‌اند. تعجب از عایشه است که خودش راوی حدیث است و دیگران به خاطر روایت او فتویٰ داده‌اند؛ ولی خودش فتویٰ نداده است، شاید آنچه که در اعماق ذهنش بوده برای پیامبر مطرح کرده؛ ولی از جواب پیامبر قانع نشده و کلام پیامبر را نپذیرفته است.

* ما ورد فی الحدیث (ظاهراً حدیث نبوی)

ان لبن الفحل یحرم (۲)

«یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»

که عامه هم آن را نقل کرده‌اند، طبق این حدیث چون نسب شامل پدر و خویشان پدری می‌شود، پس رضاع هم شامل پدر و خویشان پدری می‌شود.

ادله عامه بر عدم نشر حرمت:

اشاره

مخالفین از عامه که لبن فحل را باعث نشر حرمت ندانسته و محرّمیت را فقط از ناحیه مادر می‌دانند دو دلیل اقامه می‌کنند:

۱- ظاهر آیه شریفه «وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ»:

فقط نشر حرمت از ناحیه مادر است پس در مورد پدر و خویشان پدری، آیه ساکت است و اگر بخواهید زائد بر آنچه که در قرآن است از روایات ثابت کنید لازم‌اش تأخیر بیان از وقت حاجت است پس جایز نیست و یا اینکه باید بگویید «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»

آیه را نسخ کرده، درست نیست و نسخ، دلیل قطعی می‌خواهد.

جواب: اولاً: آیه نسبت به غیر امهات سکوت کرده و عمومی ندارد که بخواهیم تخصیص بزنیم و می‌دانیم که در قرآن بعضی از احکام بیان نشده است (مثلاً شرائط نماز) و نسخ و تأخیر بیان از وقت حاجت معنی ندارد.

ثانیاً: اگر اینها را از قبیل تأخیر بیان از وقت حاجت بدانید باید یک فقه جدیدی بیاورید چون تمام مسائلی که در قرآن آمده احکامش بعداً می‌آید پس تمامشان تأخیر بیان از وقت حاجت است.

۲- عدم ارتباط تکوینی بین مرضعه و مرد:

بچه وقتی از زن شیر می‌خورد چه ارتباطی به مرد دارد.

جواب: در واقع این اجتهاد در مقابل نص و یک نوع قیاس است که با کمک آن می‌خواهند جلوی روایات را بگیرند. این دلیل از دلیل قبل ضعیف‌تر و همان چیزی است که در اعماق ذهن عایشه هم بوده است.

ابن قدامه در مغنی «۳» متعرض این دلیل ضعیف شده و جواب داده است:

۱- هذا قیاس فی مقابل النص

۲- این شیر که در سینه زن است مستند به شوهر هم هست چون شیر برای بچه و بچه هم برای شوهر است و اگر نطفه شوهر نبود، و با نطفه زن ترکیب نمی‌شد، شیر هم تولید نمی‌شد، پس این شیر، ناشی از نطفه مرد است.

مسئله ۶: ما ذکرناه من الشروط، شروط لناشیه الرضاع للحرمة

اشاره

۴۵ مسئله ۶ (نشر الحرمة بین المرتضین ...) ۲۲ / ۱۰ / ۸۰

مسئله ۶: ما ذکرناه من الشروط، شروط لناشیه الرضاع للحرمة، فلو انتفی بعضها لا اثر له و لیس بناشر لها (حرمته) اصلاً حتی بین الفحل و المرتضعه و کذا بین المرتضع و المرضعه فضلاً عن الاصول و الفروع و الحواشی، و فی الرضاع شرط آخر زائد علی ما مَرَّ مختص بنشر الحرمة بین المرتضین و بین احدهما و فروع الآخر، و بعبارة اخرى شرط لتحقق الاخوة الرضاعیه بین المرتضین، و هو اتحاد الفحل الذي ارتضع المرتضعان من لبنه، فلو ارتضع صبی من امرأة من لبن شخص رضاعاً كاملاً و ارتضعت صبیة من تلك المرأة من لبن شخص آخر كذلك (رضاعاً كاملاً) بان طلقها الاوّل و زوجها الثانی و صارت ذات لبن منه فارضعتها رضاعاً كاملاً لم تحرم الصبیة علی ذلك الصبی و لا فروع احدهما علی الآخر، بخلاف ما اذا كان الفحل و صاحب اللبن واحداً و تعددت المرضعة، كما اذا كانت لشخص نسوة متعدّدة و ارضعت كل واحدة منهم من لبنه طفلاً رضاعاً كاملاً فانه يحرم بعضهم علی بعض و علی فروعهم، لحصول الاخوة الرضاعیه بينهم.

(۱) کتاب الخلاف، ج ۵، ص ۹۵ (بدایه المجتهد، ج ۲، ص ۳۸).

(۲) مغنی ابن قدامه، ج ۹، ص ۲۰۸.

(۳) مغنی ابن قدامه، ج ۹، ص ۲۰۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۵۷

عنوان مسأله:

شرائطی که تا اینجا برای حرمت رضاع بیان شد، شرائطی است برای اصل نشر حرمت یعنی اگر یکی از این شرائط چهارگانه نباشد، اصلاً نشر حرمتی نیست، اما شرط دیگری هم داریم که در مورد حرمت دو رضیع است و اگر این شرط حاصل نشود، حرمت حاصل شده؛ ولی این پسر و دختر به هم حرام نمی‌شوند، بنابراین مانند سایر شروط نیست.

مثلاً اگر پسری با شرائط کامل از زنی شیر بخورد بر مرضعه و فحل و خویشان آن دو حرام می‌شود. و اگر دختر دیگری هم از زنی شیر کامل بخورد این دختر هم بر فحل و مرضعه و بستگان آن دو حرام می‌شود، حال اگر این دو بچه بخواهند بر هم محرم شوند، باید اتحاد فحل باشد، و در غیر این صورت، بر هم حرام نمی‌شوند. امام (ره) می‌فرماید: این شرط را نباید در کنار شرائط دیگر قرار دهیم چون شروط قبلی در مورد اصل رضاع بود؛ ولی این شرط در مورد دو رضیع است. احتمالاً امام این مسأله را از شهید ثانی در مسالک گرفته است که می‌فرماید:

فلیس هذا الشرط (اتحاد فحل) علی نهج ما قبله لان اصل التحريم هنا ثابت بدون الشرط. «۱»

در اینجا یک بحث علمی داریم (نه عملی) که آیا این شرط مثل شرائط قبل است یا حساب جداگانه‌ای دارد؟ آیا حق با صاحب مسالک و امام در تحریر الوسيله است یا نه؟

ما در این مسأله عقیده داریم که این شرط هم، شرط اصل تحریم است، چون اگر این شرط حاصل نشود هیچ حرمتی نمی‌آید و در همان موردی هم که می‌گویند هر یک از دو رضیع بر پدر و مادر حرام است آنجا هم اتحاد فحل موجود است، پس هر جا که اتحاد فحل نباشد، هیچ حرمتی نمی‌آید.

نتیجه: همان گونه که گفتیم هیچ فرقی بین این شرط با شرائط سابقه وجود ندارد.

[مسأله ۷: إذا تحقّق الرضاع الجامع للشرائط صار الفحل و المرضعة أباً و أمّاً للمرضع، و أصولهما]

اشاره

۴۶ مسئله ۷ (مصادیق عناوین المحرّمه ... ۲۳ / ۱۰ / ۸۰)

مقدمه:

مسئله ۷ درباره تطبیق قواعد و احکام گذشته بر مصادیق و موارد آن است. مرحوم امام ابتداءً به طور اجمالی مسأله را بیان کرده، بعد تفصیل می‌دهد:

مسأله ۷: إذا تحقّق الرضاع الجامع للشرائط صار الفحل و المرضعة أباً و أمّاً للمرضع، و اصولهما (پدر و مادر فحل و پدر و مادر مرضعه)

اجداداً و جدّات و فروعهما اخوة و اولاد اخوة له، و من فی حاشيتهما (برادر و خواهر فحل و مرضعه) و فی حاشیه اصولهما اعماماً أو عمات و أخوالاً أو خالات له، و صار هو اعنی المرّضع ابناً أو بنتاً لهما، و فروعہ احفاداً (نوه و نتیجه و ...)

لهما، و اذا تبین ذلك فكلّ عنوان نسبی محرّم من العناوین السبعة المتقدّمة (آیه ۲۳ سوره نساء) اذا تحقّق مثله فی الرضاع یكون محرّماً، فالام الرضاعیه كالام النسبیة و البنت الرضاعیه كالبنّ النسبیة و هكذا، فلو أرضعت امرأة من لبن فحل طفلاً حرمت المرضعة و أمّها و أمّ الفحل علی المرّضع للأموءة، و المرّضعة و بناتها و بنات المرّضع علی الفحل و علی أبیه و ابی المرضعة للبنیة، و حرمت اخت الفحل و اخت المرضعة علی المرّضع لكونهما عمّة و خالة له، و المرّضعة علی اخی الفحل و اخی المرضعة لكونها بنت اخ أو بنت اخت لهما، و حرمت بنات الفحل علی المرّضع و المرّضعة علی ابنائه نسبیین كانوا أم رضاعیین، و كذا بنات المرضعة علی المرّضع و المرّضعة علی ابنائها اذا كانوا نسبیین للأخوة، و اما اولاد المرضعة الرضاعیون ممّن ارضعتهم بلبن فحل آخر غیر الفحل الذی ارضع المرّضع بلبنه فلم یحرّموا علی المرّضع لما مرّ من اشتراط اتّحاد الفحل فی نشر الحرمة بین المرّضعیین.

نکته‌ای که در کلام امام قابل توجّه است، این است که درباره اخوة فرمودند پسران یا دختران فحل چه نسبی باشند و چه رضاعی، بر این بچه حرام هستند اما در مورد مرضعه پسران بر دختران اگر نسبی باشند حرام است، که دلیل آن اتحاد فحل است به این معنی که بچه‌های رضاعی این زن بر این بچه جدید حرام نیستند چون اتحاد فحل نیست.

ادله:

۱- اجماع:

مسأله اجماعی است نه تنها علماء شیعه، بلکه اکثریت عامه هم فتوی داده‌اند و اقلیتی در خویشان پدری قائل به نشر حرمت نشده‌اند.

۲- روایات:

اشاره

روایات دو طایفه هستند:

(۱) مسالک، ج ۷، ص ۲۳۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۵۸

طایفه اول: روایات «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»

...

عن برید العجلی، عن ابی جعفر علیه السلام فی حدیث ان رسول الله صلی الله علیه و آله قال: یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب. (۱)

*... عن عبد الله بن سنان، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سمعته یقول: یحرم من الرضاع ما یحرم من القرابة. (۲)

*... عن ابی الصباح الكنانی، عن ابی عبد الله علیه السلام انه سئل عن الرضاع فقال: یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب. (۳)

*... عن داوود بن سرحان، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب. (۴)

*... عن عیید بن زرارہ، قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام انا اهل بیت کبیر «الی ان قال»: فقال: ما یحرم من النسب فهو یحرم من الرضاع. (۵)

* قال: و قال علیه السلام یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب. (۶)

*... عن ابن سنان یعنی عبد الله، عن ابی عبد الله علیه السلام فی حدیث قال: أ لیس قد قال رسول الله صلی الله علیه و آله: یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب. (۷)

(ظاهراً این حدیث تکراری است).

*... عن الحلبي، قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرضاع فقال:

یحرم منه ما یحرم من النسب. (۸)

*... عن عبد الله بن سنان، عن أبی عبد الله علیه السلام قال یحرم من الرضاع ما یحرم من القرابة. (۹)

(ظاهراً حدیث تکراری است).

*... عن عثمان بن عیسی، عن ابی الحسن علیه السلام فی حدیث قال: انه یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب. (۱۰)

در بین این احادیث اگر تکراری‌ها را کنار بگذاریم، حدود هفت حدیث خواهد بود، علاوه بر این احادیثی از اهل سنت هم داریم که نشان می‌دهد این حدیث مستفیض یا احتمالاً متواتر است.

مرحوم نراقی در مستند تعبیر خوبی دارند و می‌فرمایند:

شیر جامع الشرائط همان کاری را می‌کند که نطفه می‌کند، پس یک قانون کلی درست می‌شود که «یحرم من الرضاع ما یحرم من

النسب».

۴۷ ادامه مسئله ۷ ... ۲۴ / ۱۰ / ۸۰

طایفه دوم: احادیث خاصه

اشاره

احادیثی است که در موارد خاصه وارد شده؛ ولی از مجموع آنها استفاده عموم می شود، بخصوص که بعضی از این احادیث خاصه، معلل به کبرای کلی هم هست. این احادیث عمدتاً در وسائل، در باب ۸ از ابواب رضاع و در مستدرک الوسائل در باب ۶ از ابواب رضاع است. این روایات چند گروه هستند، بعضی از اینها درباره بنات الاخ و بنات الاخت است (دختر برادر رضاعی و دختر خواهر رضاعی را حرام می داند)، گروه دیگر عمه و خاله را حرام می داند، بعضی دیگر، در مورد اخت است، البته خواهر و مادر رضاعی مشکلی ندارند چون حکم آنها در متن قرآن آمده است:

«وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ».

گروه اول: دختر برادر و خواهر رضاعی

...* عن أبان بن عثمان، عمّن حدّثه

(مرسله است و چون در بین روایات، صحیحه هم وجود دارد مؤید است)

عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قال امیر المؤمنین علیه السلام: عرضت علی رسول الله صلی الله علیه و آله ابنه حمزه فقال: اما علمت أنّها ابنه اخی من الرضاع

(دختر برادر رضاعی حلال نیست). «۱۱»

...* عن ابی عیبه قال: سمعت أبا عبد الله علیه السلام يقول: إنّ علیاً علیه السلام ذکر لرسول الله صلی الله علیه و آله ابنه حمزه فقال: اما علمت أنّها ابنه اخی من الرضاعه و كان رسول الله صلی الله علیه و آله و عمّه حمزه قد رضعا من امرأه. «۱۲»

...* عن عثمان بن عیسی

(سند مشکل دارد)

عن ابی الحسن علیه السلام قال: قلت له: انّ اخی تزوّج امرأه فأولدها فانطلقت امرأه اخی فأرضعت جاریه من عرض الناس فیحلّ لی أن أتزوّج تلك جاریه التي أرضعتها امرأه اخی؟ فقال: لا، أنّه یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب. «۱۳»

...* عن الحلبي، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قال امیر المؤمنین علیه السلام فی ابنه الاخ من الرضاع، لا آمر به أحداً ولا أنهی عنه، و أنا انهی عنه نفسی و ولدی، فقال: عرض علی رسول الله صلی الله علیه و آله ابنه حمزه فأبی

(۱) ح ۱، باب ۱ از ابواب رضاع.

(۲) ح ۲، باب ۱ از ابواب رضاع.

(۳) ح ۳، باب ۱ از ابواب رضاع.

(۴) ح ۴، باب ۱ از ابواب رضاع.

(۵) ح ۵، باب ۱ از ابواب رضاع.

(۶) ح ۶، باب ۱ از ابواب رضاع.

- (۷) ح ۷، باب ۱ از ابواب رضاع.
 (۸) ح ۸، باب ۱ از ابواب رضاع.
 (۹) ح ۹، باب ۱ از ابواب رضاع.
 (۱۰) ح ۱۰، باب ۱ از ابواب رضاع.
 (۱۱) ح ۲، باب ۸ از ابواب رضاع.
 (۱۲) ح ۶، باب ۸ از ابواب رضاع.
 (۱۳) ح ۷، باب ۸ از ابواب رضاع.
 کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۵۹

رسول الله صلی الله علیه و آله و قال: هی ابنه اخی من الرضاع. «۱»

... عن معمر بن یحیی بن سام قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عما یروی الناس عن امیر المؤمنین علیه السلام عن اشیاء من الفروج لم یکن یأمر بها ولا ینهی عنها الا نفسه و ولده قلنا: کیف یكون ذلك؟ قال:

أحلتها آیه و حرمتها آیه اخرى، فقلنا هل الا أن تكون احديهما نسخت الاخری أم هما محکمتان (هر دو قابل عمل است پس کراهت است)

ینبغی أن یعمل بهما؟ فقال: قد بین لهم اذ نهی نفسه و ولده (حکم الهی حرمت است)

قلنا: ما منعه أن ینبغی ذلك للناس؟ قال: خشی أن لا یطاع و لو أن امیر المؤمنین علیه السلام ثبتت قدماه (حکومت پابرجا نمی شد)

اقام کتاب الله کله و الحق کله. «۲»

این روایت مفسر روایت قبل است و به ضمیمه هم دلیل بر حرمت دختر برادر رضاعی است و با الغاء خصوصیت می توان حرمت دختر خواهر رضاعی را هم استفاده کرد.

گروه دوم: عمه و خاله رضاعی

... عن مسمع بن عبد الملک

(در سند ضعیف متعددی وجود دارد)

عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قال امیر المؤمنین علیه السلام: ثمانیه لا تحل منا کحتهم: أمتک امها (مادر کنیزت بر تو حرام است)

أمتک أو أختها أمتک

(جمع بین اختین جایز نیست)

و أمتک و هی عمّتک من الرضاع، أمتک و هی خالتک من الرضاع ...

(اگر دایی کسی با یک امه شیر زنی را خورده باشند، آن امه، خاله رضاعی اوست و اگر عموی او با یک امه شیر زنی را خورده باشند، خواهر رضاعی عمو، عمه او می شود) «۳»

... عن مسعده بن زیاد قال: قال أبا عبد الله علیه السلام: یحرم من الإماء عشر لا تجمع بین الام و الابنه «الی أن قال:» و لا أمتک و هی عمّتک من الرضاعه

(عموی رضاعی جایز نیست)

«و لا أُمَّتُكَ و هی خالتک من الرضاعة و لا امتک و هی اختک من الرضاعة و لا أمتک و هی ابنه اخیک من الرضاعة الحدیث. «۴»
 ...* عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام قال: لا يصلح للمرأة أن ينكحها عمها و لا خالها من الرضاعة. «۵»
 (این حدیث را می‌توان در بنت الاخ و بنت الاخت هم قرار داد).

گروه سوم: أخت رضاعی

...* عن صفوان بن يحيى، عن ابي الحسن عليه السلام فى حدیث قال:

قلت له: أرضعت أُمِّي جاريةً بلبني فقال: هی اختک من الرضاعة، قلت: فتحلّ لآخ لى من أُمِّي لم ترضعها أُمِّي بلبنه یعنی لیس بهذا البطن و لكن بطن آخر قال: و الفحل واحد؟ قلت: نعم هو اخى لأبى و أُمِّي، قال: اللبّن للفحل صار ابوك اباها و أمك أمها. «۶»
 جمع بندی: روایات خاصه عمدتاً در مورد دختر برادر، دختر خواهر، عمه، خاله و خواهر بود و تمام طوائف سبعة نسبه در این روایات نبود؛ ولی از این موارد خاصه، عموم استفاده می‌شود و تمام طوائف سبعة داخل می‌شود، به خصوص که دو مورد آن هم در کتاب الله است. پس با این دو دسته روایات حرمت طوائف هفت گانه را در ناحیه رضاع ثابت کردیم، مضافاً به اینکه این مسأله اجماعی است.

۴۸ ادامه مسئله ۷ ... ۲۵ / ۱۰ / ۸۰

نکته‌ای در این مسأله وجود دارد که کمتر به آن متعرض شده‌اند و کسانی هم که متعرض شده‌اند با اشاره کوتاهی از آن گذشته‌اند.

امام در آخر مسئله هفتم تحریر الوسيله وقتی خواستند «اخوة» را بیان کنند فرمودند:

و كذا (يحرم) بنات المرضعة على المرتضع و المرتضعة على أبنائها اذا كانوا نسبين للاخوة. (بدون اشتراط وحدت فحل).
 در آن جایی که دو بیچه رضاعی باشد، اخوة مشروط به اتحاد فحل است و تصریح کردند اگر یکی از اینها و یا هر دو نسبی باشند، نیاز به اتحاد فحل ندارد و اتحاد مادر کافی است و اتحاد فحل برای جایی است که هر دو رضاعی باشند و در این صورت فرقی نمی‌کند که مادر یکی باشد یا نه.

صاحب جواهر به این مطلب اشاره کرده و می‌فرماید:

لا خلاف فى أنه تحرم اولاد هذه المرضعة نسباً مثلاً على المرتضع منها و ان لم يكن بلبن فحلهم لعموم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب السالم عن المعارض و إنما يشترط اتحاد الفحل بين المتراضعين. «۷»

در اینجا کلام صاحب جواهر صریح و روشن است؛ ولی در جای دیگری هم متعرض این مطلب شده که به این قدرت و قوت

(۱) ح ۱، باب ۸ از ابواب رضاع.

(۲) ح ۸، باب ۸ از ابواب رضاع.

(۳) ح ۴، باب ۸ از ابواب رضاع.

(۴) ح ۹، باب ۸ از ابواب رضاع.

(۵) ح ۵، باب ۸ از ابواب رضاع.

(۶) ح ۳، باب ۸ از ابواب رضاع.

(۷) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۰۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۶۰

نیست و تعبیر «لا خلاف» ندارد، بلکه می‌فرماید: الظاهر ذلك. «۱»

و لکن چندین حدیث در باب ششم داریم که می‌فرماید اگر یکی از دو بچه نسبی و دیگری رضاعی باشد، باز هم اتحاد فحل لازم دارد که بعضی از این احادیث صحیحه هستند.

... عن ابی بصیر، عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل تزوّج امرأه فولدت منه جاریه ثم ماتت المرأه فتزوّج اخری فولدت منه ولداً ثم أنّها (زن دوّم)

ارضعت من لبنها غلاماً أ يحلّ لذلك الغلام الذي ارضعته أن يتزوّج ابنه المرأه التي كانت تحت الرجل قبل المرأه الاخيره؟ فقال: ما أحبّ أن يتزوّج ابنه فحل قد رضع من لبنه

(حرمت به خاطر اتحاد فحل است پس در جای دیگر هم اگر مادر یکی باشد کافی نیست). «۲»

ممکن است در دلالت این حدیث گفته شود که تعبیر به «ما أحب» دارد و مادرها هم دوتاست ولی به ضمیمه روایات دیگر می‌توان توجیه کرد.

... عن سماعه قال: سألته عن رجل كان له امرأتان فولدت كل واحد منهما غلاماً فانطلقت احدي امرأته فأرضعت جاریه من عرض الناس (توده مردم)

أ ينبغي لابنه أن يتزوّج بهذه الجاریه؟

قال: لا لأنها ارضعت بلبن الشيخ

(فحل). «۳»

پس اگر اتحاد فحل نباشد، خواه پسر زن اولی باشد یا زن دوّمی کافی نیست.

... عن احمد بن محمد بن ابی نصر

(این حدیث دو سند دارد که یک سند آن معتبر است)

قال: سألت أبا الحسن علیه السلام عن امرأه ارضعت جاریه و لزوجها ابن من غيرها أ يحلّ للغلام ابن زوجها ان يتزوّج الجاریه التي أرضعت؟ فقال: اللبن للفحل. «۴»

درست است که مادرها دوتاست؛ ولی آیا تعبیر «اللبن للفحل» نشان دهنده این نیست که اگر فحل واحد نباشد حرمت نیست؟

... عن الحلبي قال: قلت لأبي عبد الله علیه السلام: ام ولد رجل أرضعت صبيّاً و له ابنه من غيرها أ يحلّ لذلك الصبي هذه الابنه؟ قال: ما أحبّ ان أتزوّج ابنه رجل قد رضع من لبن ولده. «۵»

اطلاق این روایت هم مثل روایت ما قبل است، (چه ولد از این زن باشد و چه از زن دیگر) و تکیه روی اتحاد فحل است.

... عن مالك بن عطيه، عن ابی عبد الله علیه السلام فی الرجل يتزوّج المرأه فتلد منه ثم ترضع من لبنه جاریه يصلح لولده من غيرها أن يتزوّج تلك الجاریه التي أرضعتها؟ قال: لا هي بمنزله الاخت من الرضاعة لأنّ اللبن لفحل واحد. «۶»

جمع بندی روایات:

از مجموع این روایات که بعضی از آنها از نظر سند ضعیف و بعضی از نظر دلالت قابل احتمال هستند؛ ولی بعضی از نظر سند و دلالت خوب است، استفاده می‌شود که وحدت فحل منحصر به رضاعین نیست، بلکه در نسبی و رضاعی هم اگر حرمتی بیاید، به

خاطر وحدت فحل است، پس مفهوم آن این است که اگر مادر یکی و احدهما نسبی و دیگری رضاعی باشد در آنجا هم جای چانه زدن برای حلّیت هست، یعنی همان گونه که در رضاعیین اگر اتّحاد فحل نبود، قائل به حرمت نبودیم، در اینجا هم اگر اتّحاد فحل نباشد کافی نیست، که این را مخصّص برای «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» قرار می دهیم.

اللّهم الا ان یقال: چون اصحاب اعراض کرده اند و خلاف اجماع است، نمی توانیم فتوی دهیم. نتیجه: سزاوار بود که اصحاب این مسأله را متعرّض می شدند و معارضها و اشکالات و اعراض اصحاب را می گفتند البتّه ما در عمل، احتیاط خواهیم کرد و خواهیم گفت که اگر اتّحاد فحل نبود و یکی نسبی و دیگری رضاعی بود و از مادر اتّحاد داشتند، باید احتیاط کنند و نه با هم ازدواج کنند و نه به هم نگاه مانند نظر به محارم داشته باشند.

[مسأله ۸: تکفی فی حصول الرضاعیه المحرّمه دخالة الرضاع فیه فی الجملة]

اشاره

۴۹ مسئله ۸ (حصول الرضاعیه ...) ۲۶ / ۱۰ / ۸۰

تا اینجا مهمّات مسئله رضاع بیان شد. مسئله ۸ در واقع تطبیق قاعده «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» بر مصادیق است. مسئله ۸: تکفی فی حصول الرضاعیه المحرّمه دخالة الرضاع فیه فی الجملة (از پنج واسطه مثلاً یکی رضاعی باشد کافی است) ، فقد تحصل من دون دخالة غیره فیها (فقط واسطه رضاع است) کعلاقة ابوة و الامومة و الابتیة و البنتیة الحاصلة بین الفحل و المرضعة و بین المرتضع و کذا الحاصلة بینة (مرتضع) و بین اصولهما الرضاعیین، كما اذا كان لهما أبٌ أو أم من الرضاعة

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۱۴.

(۲) ح ۵، باب ۶ از ابواب رضاع.

(۳) ح ۶، باب ۶ از ابواب رضاع.

(۴) ح ۷، باب ۶ از ابواب رضاع.

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۳، ص: ۶۰

(۵) ح ۸، باب ۶ از ابواب رضاع.

(۶) ح ۱۳، باب ۶ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۶۱

حیث أنّهما جدّ و جدّة للمرتضع من جهة الرضاع محضاً، و قد تحصل به مع دخالة النسب فی حصولها کعلاقة الاخوة الحاصلة بین المرتضع و اولاد الفحل و المرضعة النسبیین، فانهم و إن كانوا منسوبین إليهما بالولادة إلا- أن أخوتهم للمرتضع حصلت بسبب الرضاع، فهم إخوة أو أخوات له من الرضاعة، توضیح ذلك: أن النسبة بین شخصین قد تحصل بعلاقة واحدة کالنسبة بین الولد و والده و والدته، و قد تحصل بعلاقتین کالنسبة بین الأخویین، فانها تحصل بعلاقة کل منهما مع الأب أو الأم أو کلیهما، و کالنسبة بین الشخص و جده الأدنى، فانها تحصل بعلاقة بینة و بین آبیّه مثلاً و علاقة بین آبیّه و بین جده، و قد تحصل بعلاقات ثلاث کالنسبة بین

الشخص و بین جده الثانی، و کالنسبه بینه و بین عمه الأذنی، فانه تحصل بعلاقه بینک و بین أییک و بعلاقه کل من أییک و أخیه مع أییهما مثلاً، و هكذا تتصاعد و تتنازل النسب و تنشعب بقله العلاقات و کثرتها حتّی أنه قد تتوقف نسبه بین شخصین علی عشر علائق أو أقل أو أكثر و إذا تبین ذلك فإن كانت تلك العلائق كلها حاصله بالولاده كانت العلاقه نسیه، و إن حصلت كلها أو بعضها و لو واحده من العشر بالرضاع كانت العلاقه رضاعیه.

عنوان مسأله:

امام (ره) می فرماید رابطه بین دو نفر گاهی یک واسطه می خورد، مثل رابطه ابوت و بنوت و امومت که این رابطه فقط یک علاقه دارد و آن هم این است که این بچه از این پدر و مادر دنیا آمده است. گاهی ترکیب دو علاقه با هم است که رابطه نسبی را ایجاد می کند مثل اخوت زید و عمرو با هم، که از ترکیب دو رابطه حاصل می شود، به این معنی که زید از این پدر و مادر دنیا آمده و عمرو هم از این پدر به دنیا آمده که از ترکیب این دو نسبت، رابطه اخوة حاصل می شود. گاهی هم سه واسطه است که رابطه نسبی را ایجاد می کند، مثلاً جدّ اعلاّی امام حسین علیه السلام (عبد الله) نسبت به امام حسین علیه السلام با سه رابطه (رابطه امام حسین علیه السلام با حضرت زهراء (س) و رابطه حضرت زهراء (س) با پیامبر صلی الله علیه و آله و رابطه پیامبر صلی الله علیه و آله با عبد الله علیه السلام)، این نسبت ایجاد می شود، گاهی تعداد رابطه از این هم بالاتر می رود. حال اگر تمام این رابطه ها رضاعی، یا بعضی از آنها رضاعی و بقیه نسبی شد، مثلاً پسر رضاعی با پدر رضاعی، در اینجا هم محرمیت حاصل می شود.

دلیل:

بر اساس روایت

«یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»

همان گونه که اگر وسائط نسبی باشند باعث حرمت می شوند رضاعی هم باشد باعث حرمت می شود.

آیه الله سبزواری از راه دیگری وارد شده است و همین مطلب را با تعبیر دیگر بیان می کند و می فرماید:

قد تبین ممّا سبق أنّ العلاقه الرضاعیه المحضه قد تحصل برضاع واحد کالحاصله بین المرتضع و بین المرضعه و صاحب اللبن، و قد

تحصل برضاعین (بکر بچه رضاعی زید و هند هم بچه رضاعی زید است که دو رابطه، اخوة را ایجاد کرده است) کالحاصله بین

المرتضع و بین ابوی الفحل و المرضعه الرضاعیین و قد تحصل برضعات متعدده «... ۱»

این همان مطلب امام رحمه الله است که امام در نسب حساب کرده؛ ولی ایشان در رضاع این رابطه ها را حساب می کنند.

[مسأله ۹: لما كانت المصاهرة علاقة بين احد الزوجين و بعض اقرباء الآخر تتوقف علی أمرین]

اشاره

۵۰ مسأله ۹ و ۱۰ (فی العلاقه الرضاعیه ... ۲۹ / ۱۰ / ۸۰

مسأله ۹: لما كانت المصاهرة - التي هي احد اسباب تحريم النكاح كما يأتي - علاقة بين احد الزوجين و بعض اقرباء الآخر فهي

(مصاهرة)

تتوقف علی أمرین: مزوجه و قرابه، و الرضاع اّما يقوم مقام الثانی دون الاوّل فمرضعه ولدك لا تكون بمنزله زوجته حتّی تحرم

امها عليك، لكن الأم و البنت الرضاعيتين لزوجتك تكونان كالأم و البنت النسبیین لها، فتحرمان عليك، و كذلك حلیة الابن الرضاعی كحلیة الابن النسبی، و حلیة الأب الرضاعی كحلیة الأب النسبی، تحرم الاولی علی آیه الرضاعی، و الثانیة علی ابنه الرضاعی.

عنوان مسأله:

آیا محرّمات بالمصاهرة از طریق رضاع قابل گسترش است؟

افرادی از طریق نسب حرام (طوائف هفت گانه) و افرادی هم بالمصاهرة حرام هستند، که چهار عنوان معروف است: ام الزوجه، بنت الزوجه (با شرط دخول به ام)، حلیة أب و حلیة ابن، آیا از طریق رضاع هم ممکن است حرام شوند یا رضاع در این بحث وارد نیست؟ از جهتی رضاع کارآیی دارد و از جهتی ندارد.

توضیح ذلک: همیشه محرّمات بالمصاهرة از ترکیب دو علاقه پیدا می شود، یک علاقه نسبی و یک علاقه سببی (زوجیت) که با ضمیمه این دو علاقه حرام بالمصاهرة درست می شود. مثلاً ام

(۱) مهذب الاحکام، ج ۲۵، ص ۳۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۶۲

الزوجه از ترکیب دو علاقه، یکی مادرِ همسر (مادر نسبی) و دیگری زوجیتی که بین مرد با همسرش برقرار است، حرام می شود، و یا زن پدر دو علاقه دارد، یکی زوجه پدر (از ناحیه زوجیت) و دیگری پدر (نسب) است، پس تمام مصاهرات از ترکیب نسب با سبب حاصل می شود.

رضاع جانشین جزء اول (نسب) می شود؛ ولی جانشین جزء دوم (سبب) نمی شود، مثلاً مادر رضاعی زوجه (زنی که زوجه را شیر داده است) حرام است، همان گونه که مادر نسبی او حرام بود، اگر زن پدر نسبی محرم است، زن پدر رضاعی هم محرم است، همچنین همسرِ پسر رضاعی محرم است، و خواهر نسبی زوجه حرام است پس خواهر رضاعی او هم حرام است.

بنابراین در تمام علاقه‌های محرمیت که بالمصاهرة پیدا می شود که ترکیبی از نسب و سبب است، رضاع جانشین نسب می شود؛ ولی جانشین زوجیت نمی شود بعنوان مثال مرضعه بیچه شخصی که مادر رضاعی بیچه او است، محرم او نیست، چون همیشه مادر بیچه، زوجه نیست؛ و مادر او هم ام الزوجه نمی شود.

در مسأله دو مدعا داریم:

۱- رضاع جانشین قسمت نسبی می شود.

۲- رضاع جانشین قسمت سببی نمی شود.

ادله:

اشاره

در این مسأله روایت خاصی نداریم.

۱- اجماع:

دلیل ما بر طرفین مسأله اجماع است. صاحب جواهر می فرماید:

بالجملة الرضاع يوجد العلقه النسبیه و يتبعها التحريم بالنسب أو بالمصاهرة، لا أنه يوجد المصاهرة، ضرورة عدم اقتضاء الدليل، بل ظاهر الأدلة خلافه، بل يمكن تحصيل الاجماع أو الضرورة على ذلك. (۱)

۲- روایات:

روایاتی که می گوید

«يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب أو القرابة»

«۲»، «يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة» (۳)

. آیا اینها در مقام احتراز نیست؟ اگر نسب خصوصیتی نداشت و سبب هم با رضاع حرام می شد، نیازی نداشت که امام بفرماید «ما يحرم من النسب»

پس معلوم می شود که نسب است که با رضاع گسترش پیدا می کند نه سبب، یعنی زوجیت از طریق رضاع نمی آید.

۳- اصل:

اگر شك کنیم، اصل (اصالة الاباحه) اقتضای عدم حرمت می کند.

قلنا: این مسأله نسبت به جزء اول (نسبی) خوب است که رضاع در آنجا هم جاری است اما اینکه می گوید زوجیت با رضاع حاصل نمی شود، به نظر ما اگر مسأله را بشکافیم، این بحث معنا ندارد، چون اصلاً ممکن نیست زوجیت از طرف رضاع حاصل شود. توضیح ذلك: رضاع رابطه‌ای است شبیه رابطه نطفه (نطفه مادر و پدر ترکیب می شود) که نسبی است، نهایت کاری که رضاع می کند این است که لبن جانشین ولادت می شود و معنی ندارد که لبن، جانشین زوجیت شود.

به عبارت دیگر اصلاً طبیعت زوجیت تناسبی با رضاع ندارد و مثل سالبه به انتفاء موضوع است به خلاف نسب که طبیعتش تناسب با زوجیت دارد و آن مثال هم که زده شده (مادر رضاعی بچه کسی زوجه او نیست) درست نیست، چون مادر بچه به دلالت التزامی باید زوجه باشد.

نتیجه: جزء اول مسأله خوب است؛ ولی جزء دوم معنا و مفهومی ندارد و تناسبی بین زوجیت و رضاع نیست، و منتفی به انتفاء موضوع است.

[مسأله ۱۰: قد تبين مما سبق أن العلاقة الرضاعية المحضة قد تحصل برضاع واحد]

اشاره

مسأله ۱۰: قد تبين مما سبق أن العلاقة الرضاعية المحضة قد تحصل برضاع واحد كالحاصله بين المرتضع وبين المرضعة و صاحب اللبن، و قد تحصل برضاعين كالحاصله بين المرتضع و بين أبوي الفحل و المرضعة الرضاعيين، و قد تحصل برضاعات متعددة، فاذا كان لصاحب اللبن مثلاً أب من جهة الرضاع و كان لذلك الاب الرضاعي أيضاً أب من الرضاع و كان للأخیر أيضاً أب من الرضاع و هكذا إلى عشرة آباء مثلاً كان الجميع أجداداً رضاعيين للمرتضع الأخير، و جميع المرضعات جدات له، فان كانت أنثى حرمت على جميع الأجداد، و إن كان ذكراً حرمت عليه جميع الجدات، بل لو كانت للجد الرضاعي الأعلى أخت رضاعية حرمت على المرتضع الأخير، لكونها عمته العليا من الرضاع، و لو كانت للمرضعة الأبعد التي هي الجدة العليا للمرتضع أخت حرمت عليه

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۱۲.

(۲) باب ۱ از ابواب رضاع.

(۳) سنن کبری، ج ۷، ص ۴۵۱ و ۴۵۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۶۳

لکونها خالته العلیا من الرضاع.

عنوان مسأله:

این مسأله در واقع همان مسأله هشتم است و با عبارتی دیگر تکرار شده است و حاصل آن، این است که رضاعی که باعث حرمت می شود، گاهی سبب یک رضاع است و گاهی به سبب دو رضاع یا بیشتر، مثلاً بچّه رضاعی، پدر رضاعی دارد و پدر رضاعی هم پدر رضاعی دارد...
همه اینها بر هم محرم هستند.

دلیل:

حدیث «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب».

[مسأله ۱۱: (سریان الرضاع فی العمومه)]

اشاره

۵۱ مسأله ۱۱ (سریان الرضاع فی العمومه) و ۱۲ ... ۳۰ / ۱۰ / ۸۰

مسأله ۱۱: قد عرفت فیما سبق (مسئله اتحاد فحل)

انه یشترط فی حصول الأخوة الرضاعیه بین المرتضعین اتحاد الفحل، و یتفرّع علی ذلك مراعاة هذا الشرط فی العمومه و الخؤوله الحاصلتین بالرضاع ایضاً، لأن العمّم و العمّه أخ و أخت للاب، (حال که برادر و خواهر رضاعی پدر شدند، محرم هستند) و الخال و الخالّه أخ و أخت للأُم، فلو تراضع ابوک أو أمک مع صبیّه من امرأة فان اتحد الفحل كانت الصبیّه عمّتک (دختری که با پدر تو شیر یک فحل را خورده اند این دو با هم خواهر و برادر رضاعی شده اند، پس عمّه رضاعی شما می شود) أو خالتک من الرضاعه (اگر مادرت با زنی هم شیر شد، مادرت با آن زن، خواهر رضاعی هستند و آن زن خاله رضاعی توست) بخلاف ما اذا لم یتحد فحیث لم تحصل الأخوة الرضاعیه بین ابیک أو أمک مع الصبیّه لم تكن هی عمّتک أو خالتک فلم تحرم علیک.

عنوان مسأله:

این مسأله فرعی از فروع مسئله اتحاد فحل است. وقتی می گوئیم دو بچّه که از یک زن شیر خورده اند در صورتی که شوهر یکی باشد محرم یکدیگرند، فروعی بر آن مترتب می شود.

پس یکی از آثار اتحاد فحل این است که دو بچّه رضاعی با اتحاد فحل خواهر و برادر می شوند که این به طبقات بعد هم سرایت

می کند یعنی اگر اینها بچه دار شدند بچه ها عمو، عمه، دایی و خاله رضاعی دارند.

دلیل: روایات عامه

دلیل ما در این مسأله، روایات «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» است بر اساس این روایات، وقتی خاله نسبی حرام است خاله رضاعی هم حرام است، وقتی عمه نسبی حرام است عمه رضاعی هم حرام است.

[مسأله ۱۲: نکاح أب المرتضع فی أولاد]

اشاره

مسأله ۱۲: (فرع اول)

لا- یجوز أن ینکح أبو المرتضع فی اولاد صاحب اللبن (اگر مادر بزرگ نوه را شیر دهد، این نوه با بچه های آن زن خواهر و برادر رضاعی می شوند و معنایش این می شود که مرد، دختر خودش را گرفته است) ولاده بل و رضاعاً (اولاد نسبی صاحب لبن و اولاد رضاعی صاحب لبن) علی الاحوط، (که قاعدتاً به اولاد رضاعی می خورد).

(فرع دوم)

و کذا فی اولاد المرضعه نسباً لا رضاعاً، (اگر این زن شیر دهنده اولادی غیر از اولاد صاحب لبن داشته باشد یعنی از شوهر دیگرش بچه هایی دارد آیا أبو المرتضع می تواند با دختر این زن از شوهر دیگر ازدواج کند؟ اگر نسبی باشد نمی تواند و اگر رضاعی باشد می تواند، چون اتحاد فعل نیست).

(فرع سوم)

اما اولاده (أبو المرتضع)

الذین لم یرتضعوا من هذا اللبن فیجوز نکاحهم فی اولاد صاحب اللبن و فی اولاد المرضعه التي ارضعت اخاهم (بچه های أبو المرتضع با اولاد صاحب لبن و با اولاد مرضعه چه نسبی و چه رضاعی که از شوهر دیگر است می توانند ازدواج کنند) و ان کان الاحتیاط لا ینبغی ترکه.

عنوان مسأله:

این مسأله مهم و شدید الابتلاء و دارای سه فرع است و ابتلاء به آن در جایی است که مادر بچه نمی تواند بچه را شیر دهد و مادر بزرگ نوه را شیر می دهد، بر اساس این مسأله این زن در خانه شوهر بر شوهر حرام می شود. اگر راه حلی برای این مسأله پیدا کنیم مشکل بزرگی از چنین خانواده هایی حل می شود.

[فرع اول: لا یجوز أن ینکح أبو المرتضع فی اولاد صاحب اللبن.]

اشاره

فرع اول:

لا یجوز أن ینکح أبو المرتضع فی اولاد صاحب اللبن.

اگر زنی بچه‌ای را شیر داد، پدر این بچه نمی‌تواند دختر صاحب لبن را بگیرد.

اقوال:

اشاره

در این مسأله ادعای شهرت و اجماع شده است؛ اما قطعاً اجماعی نیست؛ ولی آیا شهرت دارد یا نه؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: اذا حصل بین صبیین الرضاع الذی یحرم مثله فانه ینشر الحرمة الی إخوتهم و أخواتهم و إلی من هو فی طبقتهم و من فوقهم من آبائهم و قال جمیع الفقهاء خلاف ذلك. دلیلنا اجماع الفرقة و ایضا

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۶۴

قوله یحرم من الرضاع ما یحرم بالنسب «۱» (در حالی که در ابو المرتضع به این قاعده نمی‌توان تمسک کرد).

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

وفاقاً للشیخ فی غیر المبسوط (شیخ در همه جا قائل به حرمت شده و تنها در مبسوط مخالفت کرده است) و ابنی حمزة و ادیس بل نسبه بعضهم الی الشهرة بل ربّما ادعی الاجماع علیه «۲» (شاید اشاره به ادعای اجماع شیخ طوسی است).

مرحوم کاشف اللثام می‌فرماید:

و یحرم اولاد الفحل ولادة و رضاعاً و اولاد زوجة المرضعة ولادة لا رضاعاً علی ابی المرتضع علی رأی موافق لرأی الشیخ فی کتبه و ابنی حمزة و ادیس و المحقق و خالف القاضی (قاضی ابن براج) فی المهذب فی اولادها و لم یتعرض لأولاده. «۳»

۵۲ مسئله ۱۲ (نکاح ابی المرتضع فی اولاد ...) ... / ۱۱ / ۸۰

مرحوم صاحب ریاض بعد از نقل قول شیخ در مبسوط و قول قاضی می‌فرماید:

و هو (حلیت) قویّ لو لا هذه الاخبار الصّحیحة المعترضه بشهرة عظیمة و مراعات الاحتیاط المطلوبة فی الشریعة ... و کیف کان الاحتیاط لا یترک فی المسألة. «۴»

مرحوم شیخ در مبسوط می‌فرماید:

و روی اصحابنا (اشاره به روایت‌های سه‌گانه) انّ جمیع اولاد هذه المرضعة و جمیع اولاد الفحل یحرمون علی هذا المرتضع، و علی آیه و جمیع إخوته و أخواته، و أنّهم صاروا بمنزلة الاخوة و الاخوات و خالف جمیعهم فی ذلك. «۵»

با این روایات همه مخالفت کرده‌اند و معنایش این است که ایشان هم مخالف هستند، حال این اقوالی که می‌گویند این روایات مشهور است، با کلام شیخ چگونه قابل جمع است؟

مرحوم فاضل آبی (ابن ابی طالب آبی) می‌فرماید:

و الاشبه فیها، أنّ اولاد صاحب اللبن ولادة و رضاعاً لا یحرمون علی أب المرتضع لقولهم علیهم السلام «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» و هنا لا یحرم من النسب، فلا یحرم من الرضاع. لکن ذهب الشیخ فی النهایة و الخلاف و أتباعه الی تحریم ذلك، تمسکاً بما رواه علی بن مهزیار ... و بما ذكره الشیخ فی التّهذیب، عن ایوب بن نوح ...، و ما اعرف فی هذه المسألة مخالفاً (ذیل کلام به چه معناست آیا مخالفت با حلیت مراد است؟) فهي مشهورة بین الاصحاب و علیها العمل. «۶»

اگر بگوییم مراد ایشان مخالفت با حلیت است، با صدر کلام ایشان سازگاری دارد، چون در صدر کلام فرمود «لا یحرمون علی ابی المرتضع» ولی در ذیل کلام، ایشان شیخ طوسی را به عنوان مخالف نقل کرده‌اند.

اللهم الا- أن یقال که غیر از شیخ طوسی و اتباعش مخالف دیگری نیست، و اگر گفته شود که محقق در شرایع (استاد ایشان) هم فتوای به حرمت می‌دهد، می‌توان چنین توجیه کرد که منظور ایشان این است که ما اعرف مخالفاً فی القدماء غیر از شیخ طوسی. به هر

حال این اقوال نشانگر این است که مسأله اختلافی است.

مرحوم محقق ثانی می‌فرماید:

و اختاره الشيخ في المبسوط عدم التحريم لأنَّ أخت الابن من النسب أئما حرمت لكونها بنت الزوجه المدخول بها، بنت فتحريمها (خواهر و پسر) بسبب الدخول بأمها و هذا المعنى منتفى هنا و النبي صلى الله عليه و آله قال: إنَّما يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب و لم يقل يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة. (۷)

جمع بندی اقوال:

در مسأله، چهار قول داشتیم:

قول اول: حرام است که به مشهور نسبت داده شده است.

قول دوم: حلال است که از مرحوم شیخ طوسی و بعضی دیگر نقل شده است.

قول سوم: فقط با اولاد مرضعه می‌تواند ازدواج کند، اما در مورد اولاد صاحب لبن، سکوت کرده بود.

قول چهارم: احتیاط، که آن را از صاحب ریاض نقل کردیم.

ادله:

۱- اصل:

اصل اولی در اینجا برائت و اباحه است.

۲- قاعده:

مقتضای قاعده «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» این است که در اینجا قائل به حلیت شویم، چون معتقدیم که از این

(۱) خلاف، ج ۴، ص ۳۰۲، مسئله ۷۳.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۱۴.

(۳) کشف اللثام، ج ۷، ص ۱۴۶.

(۴) مبسوط، ج ۱۱، ص ۱۶۰.

(۵) مبسوط، ج ۵، ص ۲۹۲.

(۶) کشف الرموز، ج ۲، ص ۱۲۷.

(۷) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۲۲۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۶۵

قاعده و روایات مربوط به آن حصر استفاده می‌شود یعنی محرمات رضاعی هم مثل محرمات نسبی و در مقام احتراز و بیان است. و اگر «یحرم من الرضاع ما یحرم من المصاهرة» بود باید گفته می‌شد، پس فقط محرمات رضاعی مانند محرمات نسبی هستند نه محرمات از مصاهرة.

آنچه تناسب برای حرمت دارد این است که رضاع جانشین نسب (نطفه) باشد، چون رضاع شباهتی با نسب دارد و آن این است که انبات لحم از آثار انعقاد نطفه و لبن است، پس لبن شباهت به نطفه دارد؛ ولی مصاهرة، تناسب و ارتباطی با نسب ندارد، پس هم

قاعده در مقام احتراز است و هم تناسب حکم و موضوع بین لبن و نسب است نه بین لبن و مصاهره.

صاحب جواهر می‌فرماید:

«یحرم من الرضاع در مقام حصر نیست) و مع التسليم بل لعلّ الظاهر المنساق منها خصوصاً بعد ذکرها فی مقام التحديد و البيان. (۱) ما نحن فيه از قبیل مصاهره است نه از قبیل نسب، چون اولاد صاحب لبن یا مرضعه به جهت این که برادر و خواهر مرتضع شده‌اند بر أبو المرتضع حرام می‌شود. خواهر پسر انسان (مرتضع) از ناحیه نسب حرام نیست و اگر هم حرام شود از ناحیه مصاهره خواهد بود به این بیان که این دختر به عنوان ربیبه حرام می‌شود چون آن دختر با این پسر خواهر و برادر مادری هستند بنابراین خواهر فرزند انسان در صورتی می‌تواند حرام باشد که ربیبه باشد و حرمت ربیبه هم از ناحیه مصاهره و به سبب نکاح است، در حالی که قاعده «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» دارد نه «ما یحرم من المصاهره».

جمع بندی:

کبری: از «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» حصر استفاده می‌شود.

صغری: خواهر پسری که شیر خورده است دلیلی برای حرمت بر پدر ندارد جز از طریق ربیبه بودن، و آن خلاف حصری است که از کبری استفاده کردیم.

نتیجه: علی القاعده خواهر این پسر بر این پدر حرام نیست.

۵۳ ادامه مسئله ۱۲ ... ۲ / ۱۱ / ۸۰

آیا خواهر بچه انسان حرام است؟

گاهی ممکن است خواهر بچه انسان، بچه انسان باشد و ممکن است که خواهر مادری باشد و بچه او نباشد در صورت اول حرام است ولی در احتمال دوم (ربیبه) حرمت ربیبه فرع دخول به مادر است، در حالی که أبو المرتضع به مادر آن دختر دخولی نکرده است چون مادر دختر، زوجه صاحب لبن است، نه زن أبو المرتضع، پس:

اولاً: مدخوله أبو المرتضع نیست. حال که خواهر نسبی پسر انسان قد یکون حراماً قد لا یکون حراماً دیگر نمی‌توان گفت

«یحرم من الرضاع، ما یحرم من النسب»

پس نمی‌توانیم بگوییم این دختر بر أبو المرتضع حرام است، زیرا دخول که نبود ربیبه هم نیست بر فرض که ربیبه هم باشد از ناحیه نسب نیست، بلکه از ناحیه مصاهره است.

ثانیاً: سلمنا که خواهر فرزند انسان، بچه انسان باشد آنچه مطابق مذهب مشهور حرام است، عناوین سبعة نسبییه است نه لوازم عقلی آن، و این دختر، «بنت» نیست بلکه خواهر پسر است که به دلالت التزامی به عنوان بنت است، در حالی که در مسئله چهار تنبیهات گفته می‌شود که عناوین هفت گانه باید ثابت شود نه لوازم عقلی آن، پس به حسب قواعد وجهی برای حرمت نیست.

ان قلت: درباره «لا ینکح أبو المرتضع فی اولاد صاحب اللبن» گفته‌اید که خواهر پسر انسان بر او حرام نمی‌شود مگر به عنوان ربیبه، ولی این در صورتی است که این خواهر با این پسر ارتباطشان فقط از ناحیه مادر و مادر مدخول بها باشد و لکن مرتضع با این دختر از یک پدر و مادر هم شیر هستند و داخل در خواهر و برادر ابوینی است و ربیبه نبوده بلکه بچه انسان و حرام است.

قلنا: این در صورتی است که بخواهیم مرتضع را با صاحب اللبن بسنجیم که در مقایسه با او این مرتضع پسر اوست و بچه ابوینی است درست مثل دخترش منتهی از ناحیه رضاع. ولی ما در مقام مقایسه با أبو المرتضع می‌سنجیم و نسبت به او ابوینی نیست.

پس اگر بخواهیم راهی پیدا کنیم از راه ربیبه است که آن هم شرائطی دارد.

حال که قواعد دلالت بر حرمت ندارد باید نصوص محکمی پیدا کنیم که بتواند این مسئله خلاف قاعده را ثابت کند، سه روایت داریم.

...* عن علی بن مهزیار

(رجال سند خوب است و سند آن صحیح است)

قال سأل عیسی بن جعفر بن عیسی أبا جعفر

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۱۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۶۶

الثانی علیہ السلام

«عیسی بن جعفر» مجهول الحال و همین یک روایت را در کتب روایی دارد. آیا او در مجلس حاضر بوده یا مکاتبه است؟ علی بن مهزیار در اهواز و امام جواد علیه السلام در بغداد بودند، و با آن محدودیت‌ها بعید است که ایشان در حضور امام بوده و چنین سؤالی مطرح شده و جواب را با گوش خودش شنیده باشد، پس به احتمال قوی سؤال بالکتابه بوده است، و علی بن مهزیار یا به عیسی اعتماد کرده و یا خط امام را می‌شناخته است، پس اگر چه علی بن مهزیار ثقة است ولی لا اقل احتمال مکاتبه وجود دارد)
 إِنَّ امْرَأَةً ارْضَعَتْ لِي صَبِيًّا فَهَلْ يَحِلُّ لِي أَنْ أُتَزَوَّجَ ابْنَةَ زَوْجِهَا
 (دختر صاحب لبن)؟

فقال لي: ما أجود ما سألت من هاهنا يعطى أن يقول الناس حرمت عليه امرأته من قبل لبن الفحل،

(این تعبیر معنایش این است که این مسأله مشهور بوده است و حال آنکه چیزی که مشهور است باید چند حدیث داشته باشد؛ ولی در این زمینه همین یک روایت موجود است)

هذا هو لبن الفحل لا غيره فقلت له:

الجارية ليست ابنة المرأة التي ارضعت لي هي ابنة غيرها

(دختر زن دوم صاحب لبن است)

فقال: لو كنّ عشراً متفرقات ما حل لك شيء منهنّ و كنّ في موضع بناتك. (۱)

۵۴ ادامه مسئله ۱۲ ... ۳ / ۱۱ / ۸۰

از نظر سند: راوی آخر این حدیث کیست؟ آیا «علی بن مهزیار» است یا «عیسی بن جعفر بن عیسی»؟ همه گفته‌اند که «علی بن مهزیار» است که موثق است؛ ولی ما معتقدیم که راوی آخر «عیسی بن جعفر» است چون اگر آخرین راوی «علی بن مهزیار» بود، مفهومی این بود که من نشسته بودم که عیسی چنین گفت و امام چنین جواب داد

«فقال له و قال الامام»

و حال آنکه می‌گوید

«فقال لي، فقلت له»

معلوم می‌شود که «علی بن مهزیار» آنجا نبوده است و سائل «عیسی بن جعفر» است و در غیر این صورت ضمیرها غلط بود و عبارت غلط می‌شد. حال که آخرین راوی عیسی بن جعفر است او را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

او در کتب رجالیه شخص مجهولی است و فقط همین یک روایت را دارد، و معلوم می‌شود که شخصیتی معروف نبوده است، پس این روایت را ضعیف می‌دانیم.

ان قلت: ضعف سند را با عمل اصحاب جبران می‌کنیم.

قلنا: اولاً شهرت محل بحث است، بعضی شهرت را در حلیت و بعضی در حرمت می‌دانند.

ثانیاً عمل اصحاب به خاطر این بوده که خیال می‌کردند راوی آخر این حدیث «علی بن مهزیار» است و لذا گفته‌اند صحیح است؛ ولی ما با دقت در متن حدیث دریافتیم که راوی آخر «عیسی بن جعفر» است، پس در اینجا عمل اصحاب جبران ضعف نمی‌کند. تنها چیزی که می‌توان گفت این است که علی بن مهزیار به عیسی اعتماد داشته، در حالی که اگر این را بگوییم دیگر روایتی ضعیف باقی نمی‌ماند چون در مورد همه اصحاب «لا یروون الّا عن ثقة» نداریم، و علی بن مهزیار هم از اصحاب اجماع نیست. حتی ما اصحاب اجماع را هم قبول نکردیم که «لا یروون الّا عن ثقة»

از نظر دلالت: آخر حدیث می‌فرماید

«و کُنَّ فی موضع بناتک»

یعنی بچه‌های صاحب لبن به منزله دختر ابو المرتضع هستند، چرا؟ چون خواهر رضاعی پسرش می‌باشد.

قلنا اولاً: خواهر رضاعی که دختر انسان نمی‌شود، چون خواهر مادری است و از طرف پدر یکی نیست. خواهر نسبی مادری فرزند کسی به او محرم نیست تا چه رسد به خواهر رضاعی مادری فرزند، مگر اینکه ریه‌ای باشد که مادرش مدخول بها است؛ ولی در اینجا چنین نیست چون مادر دختر، زوجه صاحب لبن است نه ابو المرتضع، پس «بمنزله بناتک» در اینجا مفهومی ندارد.

ثانیاً: مشهور این گونه دلالت‌های التزامی را قبول نکرده و می‌گویند باید عناوین سبعة صدق کند و اینکه به دلالت التزامی خواهر پسر انسان، دختر انسان است، این دلالت در ابواب رضاع پذیرفته نشده و اگر این دلالت‌های التزامی را بپذیرید، باید خیلی چیزها را حرام بدانید، حتی تمام پسران صاحب لبن بر دختران ابو المرتضع حرام باشد، چون همه اینها خواهر و برادر می‌شوند.

نتیجه: روایت از نظر سند و دلالت مشکل دارد.

اللهم الّا أن یقال: این روایت را حمل بر کراهت کنیم و بگوییم امام می‌فرماید این شبیه دختر توست و اگر با او ازدواج نکنی بهتر است همان گونه که ازدواج با قابله انسان مکروه است، چون حکم مادر را دارد، که در این صورت مشکلات دلالی آن حل می‌شود.

نتیجه: تا اینجا ادله مشهور را خدشه‌دار کردیم.

۵۵ ادامه مسئله ۱۲ ... ۶ / ۱۱ / ۸۰

فرع دوم: لا یجوز ان ینکح أبو المرتضع فی اولاد المرضعه نسباً لا رضاعاً

دو روایت در مورد اولاد مرضعه است.

(۱) ح ۱۰، باب ۶ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۶۷

... عن ایوب بن نوح

(رجال سند ثقة‌اند)

قال: کتب علی بن شعیب الی ابی الحسن علیه السلام امرأة أرضعت بعض ولدی هل یجوز لی أن أتزوج بعض ولدها؟ فکتب علیه السلام: لا یجوز ذلک لک لأن ولدها صارت بمنزله ولدک. «۱»

این روایت همان دو اشکال حدیث «علی بن مهزیار» را دارد.

اشکال اول: «علی بن شعیب» مکاتبه کرده که مجهول الحال است (شبهه عیسی بن جعفر) اینکه ایوب بن نوح می‌گوید «کتب» یعنی به آن اعتماد کرده است.

ان قلت: چون «علی بن شعیب» از نظر «ایوب بن نوح» شخص معتبری بوده و به او اعتماد کرده، اشکال سند برطرف می‌شود. قلنا: این مقدار از اشعار کافی نیست، علاوه بر این روایت از کسی دلیل بر ثقه بودن آن شخص نیست. چون مبنا این نبوده که هر کسی که می‌خواهد از کسی روایتی نقل کند حتماً وثاقت او را تأیید کند، پس ما نمی‌توانیم این سند را صد در صد قابل قبول بدانیم.

اشکال دوم: همان تعلیل مشکل ساز در حدیث «عیسی بن جعفر» در این حدیث هم آمده است

«لأن ولدها صارت بمنزلة ولدك»

این تعلیل دو اشکال دارد:

۱- از نظر محاسبه نسب، خواهر پسر انسان حکم دختر انسان را ندارد، خصوصاً که اولاد مرضعه است و در واقع خواهر مادری است و خواهر مادری فرزند انسان در نسب حرام نیست تا چه رسد به رضاع و تنها می‌تواند ربیبه شود تا محرم گردد و مورد هم موردی است که دخول به ام وجود ندارد، چون مرضعه، زوجه صاحب لُبِن است. پس از این جهت (ربیبه) هم بر او محرم نیست.

۲- در عناوین محرمه باید عنوان صادق باشد نه دلالت التزامی.

بهترین راه برای رفع مشکل، حمل روایت بر کراهت است.

... عن عبد الله بن جعفر، قال: كتبت الى ابي محمد

(امام حسن عسکری علیه السلام):

امرأة ارضعت ولد الرجل هل يحل لذلك الرجل أن يتزوج ابنة هذه المرضعة أم لا؟ فوقع: لا تحل له. «۲»

این حدیث از دو جهت بر احادیث سابقه اولویت دارد:

اولاً: از نظر سند مشکلی ندارد و بین عبد الله بن جعفر و امام کسی فاصله نشده است.

ثانیاً: از نظر دلالت هم آن تعبیر مشکل ساز را ندارد پس به حسب ظاهر این روایت سالم است ولی یک مشکل دارد و آن این است که در بین این روایت‌های سه‌گانه، روایت سومی و لو تعلیل ندارد ولی از نظر عبارت شبیه روایات قبل است و کأن همان تعلیل هم در اینجا وجود دارد، به عبارت دیگر وجهی برای حرمت نیست جز از باب

«ان ولدها صارت بمنزلة ولدك»

، پس اتحاد لسان روایات از یک سو و عدم وجه معقول و مقبول برای حرمت جز از ناحیه بنتیت از سوی دیگر، دلیل بر این است که تعلیل در این روایت هم جاری است، پس مانند سابق همان بحث می‌آید که خواهر بچه انسان، دختر انسان نیست مگر ربیبه شود که آن هم مشکل است (اگر حرام باشد از ناحیه ربیبه است و اگر ربیبه باشد حرمت در صورت دخول به ام است) پس این حدیث هم حمل بر کراهت شود بهتر است.

سَلَمْنَا: دلالت ضعیفی داشته باشد آیا می‌توانیم قواعد محکم اولیه را با چنین روایاتی که دوتای آن، هم از نظر سند و هم دلالت، مشکل داشت و اگر آخری هم دلالت داشته باشد، در حد اقل دلالت است، تخصیص بزنییم و بگوئیم حتی اگر بقاء هم فرزند انسان از مادر بزرگش شیر بخورد باعث حرمت همسرش می‌شود. مشهور هم که به این احادیث عمل کرده و فتوی داده‌اند به جهت عدم توجه به اشکالات احادیث بوده و اگر دلیل کافی داشتیم می‌پذیرفتیم ولی با این مقدار دلیل جرأت می‌خواهد که فتوی به حرمت دهیم.

بله اگر در ابتداء کار باشد فتوای به احتیاط می‌دهیم و می‌گوئیم که با خواهر رضاعی فرزندت ازدواج نکن؛ ولی بقاء یعنی در جایی

که مادر بزرگ نوه را شیر داده، فتوای به حرمت نمی دهیم.

احتیاط در اینجا استجابی است ولی در محیط توده مردم فقط احتیاط می گوئیم تا جرئتی بر این عمل پیدا نشود. ما در این مسأله دلیل داریم و شهرت فتوایی را حجت نمی دانیم و با مشهور مخالفت کرده و ترسی از این مخالفت نداریم. ولی همان گونه که در فقه ترسو بودن درست نیست، نباید بی واهمه جلو رفت، بنابراین در مقابل مشهور احتیاط می کنیم.

نتیجه: اگر چه در رساله، مانند مشهور فتوا داده ایم ولی با دقت در ادله، حکم به کراهت را اقوی می دانیم و از فتوایمان برمی گردیم و به حرمت فتوی نمی دهیم. (فالأقوی هو العمل بالقواعد هنا) که با این فتوی مشکل بزرگی از خانواده ها حل می شود.

۵۶ ادامه مسئله ۱۲ ... ۸۰ / ۱۱ / ۷

فرع سوم: نکاح اخی المرتضع فی اولاد صاحب اللبن و اولاد المرضعة

اشاره

در اینجا ادعای شهرت بر جواز کرده اند، امام (ره) در ذیل مسئله ۱۲ چنین می فرماید:

(۱) ح ۱، باب ۱۶ از ابواب رضاع.

(۲) ح ۲، باب ۱۶ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۶۸

... و اما اولاده (اولاد ابی المرتضع)

الذین لم یرتضعوا من هذا اللبن فیجوز نکاحهم (برادران مرتضع)

فی اولاد صاحب اللبن و فی اولاد المرضعة التي أرضعت أخاهم و ان كان الاحتیاط لا ینبغی ترکه.

این احتیاط مستحبی است یعنی مستحب است که برادران مرتضع با اولاد صاحب لبن و مرضعه ازدواج نکنند.

اقوال:

اشاره

مرحوم نراقی در مستند می فرماید:

آنه یجوز لاخوة المرتضع نسباً و أخواته نکاح اخواته و إخوته رضاعاً ای اولاد الفحل نسباً و رضاعاً (چون در رضاع اتحاد فحل نیست) و اولاد المرضعة نسباً وفاقاً للحلی (ابن ادریس) و القاضی و المحقق و الفاضل (علما) فی اکثر کتبه و الصیمری و فخر المحققین و الشهدین، بل الاکثر، كما صرح به جماعة ... خلافاً للمحکی عن الخلاف و النهاية و المبسوط (تصور ما این است که اشتباه است) و ابن حمزه و قواه فی الکفایة (فاضل سبزواری)، فقالوا بالتحريم. «۱»

مرحوم شیخ در مبسوط می فرماید:

و روی اصحابنا أن جمیع اولاد هذه المرضعة و جمیع اولاد الفحل یحرمون علی هذا المرتضع، و علی أیبه و جمیع إخوته (مرتضع)

و أخواته، و أنهم صاروا بمنزلة الاخوة و الأخوات و خالف جمیعهم فی ذلك. «۲»

ظاهراً «جمیعهم» به اصحاب برمی گردد یعنی روایتی نقل شده و کسی به آن عمل نکرده است و نشان می دهد که تا زمان شیخ طوسی کسی قائل به حرمت نبوده است و اگر بوده به قدری کم بوده که شیخ طوسی به آن اعتنا نکرده است. پس این کلام شیخ

طوسی دلالت دارد که هم نکاح ابو المرتضع و هم اخوه و أخوات مرتضع در اولاد صاحب لبن جایز است.

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

الوجه الجواز و ذهب جماعة الى التحريم. «۳»

جمع‌بندی اقوال:

از مجموع این اقوال چنین استفاده می‌شود که شهرت فتوایی (حد اقل شهرت فتوایی بعد از شیخ) بر جواز ازدواج برادر مرتضع با دختران صاحب اللبن و مرضعه است و قائلین به حرمت در اقلیتند.

ادله قول به جواز:

۱- اصل:

«يحرّم من الرضاع ما يحرم من النسب»

اینجا را نمی‌گیرد، پس اصل اباحه و حلّیت است.

۲- روایت:

موثقه اسحاق بن عمار است و چون این روایت در باب رضاع نیست و در باب نسب نقل شده، مغفول عنه شده است.

* محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن أبیه، عن ابن ابی عمیر، عن غیر واحد

(این عبارت مشکلی ندارد چون ابن ابی عمیر لا یرسل الا عن ثقة)

عن اسحاق بن عمار

(مشکل مذهب دارد نه مشکل وثاقت به همین جهت روایت را موثقه دانسته‌اند)

عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل تزوّج اخت اخیه من الرضاعة، قال: ما أحبّ ان أ تزوّج اخت اخی من الرضاعة. «۴»

مرحوم نجاشی و مرحوم شیخ در کتاب فهرست «اسحاق بن عمار» را فطحی المذهب می‌دانند؛ و بعضی معتقدند که در اواخر عمر از

مذهب فطحیه برگشته است؛ ولی این مشکل روایاتش را حل نمی‌کند چون در زمان نقل روایات، فطحی مذهب بوده است.

بعضی فائلند که فطحی مذهب نبوده، چون وقتی موسی بن جعفر علیه السلام خبر از وفات خود داد، اسحاق بن عمار گفت که امام

باید از مرگ خودش مطلع باشد، پس این جمله از اسحاق بن عمار دلیل بر این است که موسی بن جعفر علیه السلام را امام

می‌دانسته است.

این استدلال صحیح نیست چون فطحیه به امامت موسی بن جعفر علیه السلام اعتراف دارند؛ منتهی «عبد الله افطح» را امام هفتم

می‌دانند (سیزده امامی هستند)، مثلاً بنی فضال فطحی بودند؛ ولی از اصحاب امام رضا علیه السلام هم به شمار می‌رفتند و از ایشان

روایت نقل می‌کردند. البته این یک معماست که اینها در عین اینکه از اصحاب امام علیه السلام هستند، چگونه از امام در مورد عبد

الله افطح سؤال نکرده‌اند.

«من الرضاعة» به چه کسی برمی‌گردد، به «اخت» یا به «أخ»؟ اگر قید «أخ» باشد «ما أحب» معنی کراهت ندارد و باید به معنی حرمت

باشد. چون خواهر برادر رضاعی مرتضع قطعاً بر مرتضع حرام است. پس «من الرضاعة» قید برای اخ نیست.

صاحب جواهر به این نکته توجه کرده است و می‌فرماید چون قید را اگر به «أخ» بزنیم با کراهت نمی‌سازد، لذا قید را به «اخت»

می‌زنیم. یعنی مرتضع یک برادر نسبی و یک خواهر رضاعی دارد.

آیا برادر نسبی مرتضع می تواند خواهر رضاعی مرتضع را بگیرد؟

(۱) مستند، ج ۱۶، ص ۲۸۹.

(۲) مبسوط، ج ۵، ص ۲۹۲.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۱۶.

(۴) ح ۲ باب ۶ از ابواب نسب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۶۹

این همان مسئله ما است. پس امام می فرماید «ما احب» که با کراهت سازگاری دارد و هر مکروهی هم جایز است.

قلنا: هر دو استدلال قابل خدشه است:

اشکال استدلال اول:

جاری شدن اصالة الاباحه فرع بر این است که

«يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»

جاری نشود ولی ممکن است بگویند که جاری است چون أخت الاخ من الرضاع بمنزلة أخت الأخ من النسب (دلیل مخالفین) و

انسان خواهر نسبی برادر نسبی را نمی تواند بگیرد، پس خواهر نسبی برادر رضاعی اش را هم نمی تواند بگیرد، بنابراین دیگر جایی

برای جاری شدن اصل نیست.

اشکال استدلال دوم:

از نظر ظاهر قید باید به اخیر بخورد (أخ) و تعبیر «ما احب» هم به معنی حرمت است کما اینکه در موارد کثیره ای در قرآن تعبیر «ما

أحب» در حرمت استفاده شده که در این صورت روایت از بحث ما خارج است و داخل در بحثی است که مرتضع نمی تواند خواهر

رضاعی خود را تزویج کند، در حالی که بحث ما در اخو المرتضع است.

۵۷ ادامه مسئله ۱۲ ... ۸ / ۱۱ / ۸۰

ادلة قول به حرمت:

اشاره

قائلین به حرمت به سه دلیل استدلال کرده اند:

۱- تعلیلی که در حدیث ابن مهزیار (و کَن فی موضع بناتک) «۱» و ایوب بن نوح (لأن ولدها صارت بمنزلة ولدک) «۲» بود

و مفهوم این تعلیل این است که اینها به منزله اولاد تو هستند یعنی با بچه های تو برادر و خواهرند و بر هم حرام هستند.

مرحوم صاحب جواهر از این استدلال جواب داده اند و می فرمایند که این دو حدیث می گوید «بمنزلة بناتک» و «اخوة» در آن نیست

در حالی که «اخوة» را شما اضافه می کنید. به عبارت مرحوم صاحب جواهر ما یک قیاس منصوص العلة داریم که تصریح به علت

می کند (لا تشرب الخمر لأنه مسکر) و یک قیاس مستنبط العلة. قیاس شما در اینجا مستنبط العلة است یعنی وقتی نسب درست شد

لازمه اش این است که با برادر و خواهر مرتضع به منزله اخوة و اخوات می شوند و این در واقع ساخته ذهن شماست و قیاس مستنبط

العله حجت نیست.

لکن الانصاف: اگر جسارت نباشد این یک نوع جمود است چون وقتی روایت می گوید دخترت دوست یعنی با پسرت خواهر و برادر

است و عرف اینها را لازم و ملزوم هم می‌داند و به عبارت دیگر اگر مستنبط العله هم باشد، قطعی است و قیاس مستنبط العله وقتی حجت نیست که استنباط علت ظنی باشد، و به عبارت ثالث این شبیه همان الغاء خصوصیت عرفیه قطعی است که در ابواب فقه داریم، مثلاً وقتی می‌پرسد که رجل شک بین الثلاث و الاربع، رجل در اینها خصوصیتی ندارد و مرأه هم همین طور است. پس از اینجا روشن می‌شود که حکم به حرمت در فرع اول و دوم علاوه بر مشکلات قبلی، مشکل دیگری هم دارد که آن، جدا کردن فرع اول و دوم از فرع سوم است. اگر در فرع سوم قائل به حرمت شویم ممکن نیست و اگر قائل به جواز شویم در فرع اول و دوم هم باید قائل به جواز شویم چون جدا کردن اینها از هم جمود است.

۲- احادیث «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»:

چون اخت نسبی حرام است (خواه خواهر پدری باشد یا خواهر مادری) پس خواهر رضاعی برادر هم بر انسان حرام است. عجیب‌عنه: چه کسی گفته است که خواهر برادر، بر انسان حرام است، خواهر برادر ممکن است بر انسان حلال باشد، به عنوان مثال من برادری پدری دارم و آن برادر هم خواهر مادری دارد. آیا ازدواج با خواهر برادرم بر من حرام است؟ حرام نیست چون آن خواهر نسبت به من از پدر و مادر جداست. پس خواهر برادر در نسب همیشه حرام نیست، به همین جهت تمسک به قاعده «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»

درست نیست چون

«یحرم من النسب»

در آن مسلم نیست، به عبارت دیگر کبری درست است ولی صغری ندارد.

۳- مسئله عموم المنزله:

عناوین نسبی هر کجا صادق شد لوازم آن هم حجت است، در ما نحن فیه «بناتکم» که پیاده شد، لازمه عقلی اش این است که اخوه و اخوات هم باشد یا به عبارت دیگر هنگامی که مرتضع با خواهرش، خواهر و برادر شوند لازمه عقلی آن این است که با برادرهای مرتضع هم خواهر و برادر شوند.

عجیب‌عنه: لوازم عقلی در اینجا حجت نیست. چون داخل در

(۱) ح ۱۰، باب ۶ از ابواب رضاع.

(۲) ح ۱، باب ۱۶ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۷۰

امارات نیست. (مرحوم میر داماد کسی است که عموم منزله را مطرح کرده است. ایشان را متهم کرده‌اند که چون فیلسوف بوده است تحت تأثیر فلسفه قاعده عموم منزله را آورده است) و ما عموم منزله را در جای خودش قائل نیستیم تا چه رسد به اینجا.

جمع بندی: برای حرمت سه دلیل آورده‌اند که دلیل دوم و سوم مخدوش است ولی دلیل اول قابل قبول است و تعلیل

«کن فی موضع بناتک»

برای اثبات حرمت کافی است. ولی این بر فرض این است که ما روایت علی بن مهزیار و ایوب بن نوح و مسئله لا ینکح ابو المرتضع... را بپذیریم، و حال آنکه ما نمی‌پذیریم، همان گونه که در فرع اول و دوم نپذیرفتیم و قائل به حرمت نشدیم.

در این فرع اشکال ما به مشهور است که وقتی در آن دو فرع قائل به حرمت شدند، در اینجا هم باید قائل به حرمت شوند.

[مسئله ۱۳: (أخوات كل من المرتضعين لاخته الآخر)]

۵۸ م ۱۳ (أخوات كل من المرتضعين لاخته الآخر ... ۸۰ / ۱۱ / ۹

مسئله ۱۳: اذا أرضعت امرأة ابن شخص بلبن فحلها ثم أرضعت بنت شخص آخر من لبن ذلك الفحل فتلك البنت و إن حرمت على ذلك الابن (چون هر دو شیر یک پدر و مادر را خورده‌اند) لكن تحل أخوات كل منهما لاخته الآخر. عنوان مسئله:

اگر زنی پسر کسی را با دختر شخص دیگری، از شیر یک شوهر شیر دهد (حسن ابن زید و فاطمه بنت عمرو) حسن بر فاطمه حرام است ولی خواهران و برادران فاطمه بر برادران و خواهران حسن حلال هستند و می‌توانند با هم ازدواج کنند. این مسئله نص خاصی ندارد و همه هم متعرض آن نشده‌اند؛ ولی کسانی که متعرض شده‌اند آن را از واضحات می‌دانند. مرحوم شهید ثانی می‌فرماید:

عدم التحريم هنا واضح، لأن إخوة احد المرتضعين بالنسبة الى إخوة الآخر لا رابطة بينهم بالمحرمية أصلاً، فأنهم ليسوا بمنزلة إخوة الإخوة الذين يحتمل فيهم التحريم، و إنما هم إخوة إخوة الإخوة. «۱»

به عنوان مثال زید پسری به نام حسن و عمرو دختری به نام فاطمه دارد. این دو بچه، شیر شخص ثالثی را نوشیدند، در این صورت خواهر و برادر رضاعی هستند و با هم و با بقیه فرزندان نمی‌توانند ازدواج کنند. برادران حسن چه نسبتی با خواهران فاطمه دارند؟ برادران حسن إخوة نسبی حسن و حسن أخ رضاعی فاطمه و فاطمه هم اخت نسبی خواهران خودش می‌باشد. پس برادران حسن با خواهران فاطمه «إخوة إخوة الإخوة» هستند. اخوة اول (حسن با خواهر و برادرانش) نسبی، اخوة دوم (حسن و فاطمه) رضاعی، و اخوة سوم (خواهران و برادران فاطمه) نسبی هستند. پس خواهر و برادران حسن بر خواهر و برادران فاطمه حرام نبوده و ازدواجشان جایز است چون از نظر نسب ارتباطی با هم ندارند و از نظر رضاع هم از یک شیر نخورده‌اند.

فقها این مسئله را از واضحات گرفته‌اند ولی اگر کسی قائل به عموم منزله باشد و بگوید که لازم نیست حتماً عناوین سبعة حاصل باشد بلکه لوازم آنها هم حجت است (مثل لوازم امارات که در اصول آن را حجت می‌دانند) اگر چه یک واسطه یا بیشتر در بین باشد. پس طبق عموم منزله اخوة اخوة الاخ مساوی با اخوة است.

شادی از بزرگان قائل به عموم منزله شده‌اند که طبق این مبنا خیلی‌ها بر هم حرام می‌شوند.

[مسئله ۱۴: (الرضاع يمنع من النكاح لاحقاً)]

اشاره

۵۹ مسئله ۱۴ (الرضاع يمنع من النكاح لاحقاً ... ۸۰ / ۱۱ / ۱۰

مسئله ۱۴: الرضاع المحرم كما يمنع من النكاح لو كان سابقاً يبطله لو حصل لاحقاً (ای لاحقاً علی النكاح) فلو كانت له زوجة صغيرة فأرضعتها بنته أو أمه أو أخته أو بنت أخيه أو بنت أخته أو زوجة أخيه بلبنه رضاعاً كاملاً بطل نكاحها و حرمت عليه (حرام ابدی می‌شود)

لصيرورتها بالرضاع بنتاً أو اختاً أو بنت أخ أو بنت أخت له، فحرمت عليه لاحقاً كما كانت تحرم عليه سابقاً، و كذا لو كانت له

زوجتان صغیره و کبیره فأرضعت الکبیره الصغیره حرمت علیه الکبیره، لأنها صارت أم زوجته، و كذلك الصغیره إن كانت رضاعها من لبنه أو دخل بالکبیره لکونها بنتا له فی الاوّل و بنت زوجته المدخول بها فی الثانی نعم ینفسخ عقدها و ان لم یکن الرضاع من لبنه و لم یدخل بالکبیره و ان لم تحرم علیه.

عنوان مسأله:

روابط ناشی از رضاع همان گونه که قبل از ازدواج باعث حرمت می شود، بعد از ازدواج هم باعث انفساخ و حرمت می شود. یعنی قبلاً مانع است و اگر در ادامه راه باشد، موجب فسخ می شود. مثلاً در مورد لا ینکح ابو المرتضع ... اگر مادر بزرگ نوه دختری اش را شیر داد، در حالی که مادرش از شوهرش طلاق گرفته است،

(۱) مسالک، ج ۷، ص ۲۵۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۷۱

نمی توانند مجدداً با هم ازدواج کنند و یا اگر در زوجیت مرد است، باید از هم جدا شوند. (طبق قول کسانی که قائل به حرمت هستند).

این مسأله مرتب از دو فرع است:

اشاره

فرع اول: یکی در مورد نسبی ها است. مثلاً مردی زوجه صغیره ای دارد که مادرش یا جدّه اش یا خواهرش و یا زن برادرش او را شیر می دهد در این صورت زوجیت آنها به هم می خورد و منفسخ می شود، چون یا خواهر است یا دختر برادر یا دختر خواهر ...
فرع دوم: در مورد سببی ها است. مثلاً شخصی یک زوجه صغیره و یک زوجه کبیره دارد، و کبیره صغیره را شیر می دهد، در اینجا عقد منفسخ می شود.
امام این دو فرع را در یک مسأله می آورند. قسمت اول این مسأله نصّ خاصی ندارد؛ ولی قسمت دوم، روایات متعددی دارد.

[فرع اول: در مورد نسبی ها است.]

اقوال:

از نظر اقوال مسأله اجماعی و مسلم است.

مرحوم صاحب جواهر می فرماید:

لا اشکال و لا خلاف فی أنّ الرضاع المحرم یمنع من النکاح سابقاً و یبطله لاحقاً للقطع بعدم الفرق بین الابتداء و الاستدامه فی ذلك، كما تطابقت علیه النصوص و الفتاوی من الخاصّة، بل و العامّة «۱» (که همان اجماع مسلمین است).
مرحوم نراقی می فرماید:

بلا خلاف كما صرح به بعضهم، و اتفاقاً كما قاله بعض آخر، بل هو اجماعی حقیقه. «۲»

مرحوم کاشف اللثام می فرماید:

و كما یمنع الرضاع النکاح سابقاً، کذا یبطله لاحقاً اتفاقاً. «۳»

مرحوم سبزواری می‌فرماید:

مضافاً الی إجماع المسلمین. «۴»

نتیجه: در این مسأله اختلافی وجود ندارد.

۶۰ ادامه مسأله ۱۴ ... ۱۳ / ۱۱ / ۸۰

ادله:

۱- اجماع:

چون دلایل دیگری غیر از اجماع در این مسأله وجود دارد، اجماعش معتبر نبوده و مدرکی است و نمی‌توان گفت که کشف از قول معصوم علیه السلام می‌کند.

۲- اطلاقات «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»:

این قاعده، مطلق است و شامل سابق و لاحق می‌شود، و خواهر، خواهر است یعنی خواهر رضاعی حرام است چه سابق بر عقد و چه لاحق بر عقد و نمی‌تواند همسر باشد. پس عموم قاعده شامل ما نحن فیه می‌شود. ان قلت: قاعده انصراف به سابق دارد.

قلنا: این انصراف ضعیف است چون بعد از آن که زوجه شیر این مادر (مادر زوج) را خورد، خواهر زوج می‌شود، پس نمی‌توان گفت چون لاحق است، اشکال ندارد. بر فرض هم که چنین بگویید چگونه با خودش خواهر رضاعی نباشد در حالی که خواهر رضاعی برادرانش هست؟ پس ادعای انصراف بی‌اساس است.

۳- آیات و روایاتی که در موارد خاصه وارد شده است:

مثلاً آیه «وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ» که در مورد خصوص امهات یا اخوات ... است، این آیه عام و شامل سابق و لاحق می‌شود و هکذا روایات دیگری که عناوین محرمه رضاع را ذکر کرده است همه را شامل می‌شود و سابق و لاحق ندارند.

۴- روایات مربوط به فرع دوم مسأله:

روایات متعددی که می‌گویند زوجه کبیره، زوجه صغیره را شیر داده، و می‌فرمایند حرام است، حال می‌توانیم از آن روایات برای ما نحن فیه استفاده کنیم، چون فرقی بین این که زوجه کبیره و یا مادر زوج شیر دهد وجود ندارد و حتی مادر چون نسبی است اولویت دارد، یا با الغاء خصوصیت از روایت مسأله آینده به ما نحن فیه منتقل می‌شویم.

۵- روایت علی بن مهزیار:

... * ان امرأة ارضعت لی صبیاً فهل یحلّ لی أن أتزوج ابنة زوجها؟ فقال لی: ما أجد ما سألت من هاهنا یؤتی ان یقول الناس حرمت علیه امرأته من قبل لبن الفحل «... ۵»

آیا این رضاع سابقاً است یا لاحقاً؟

قطعاً «لاحقاً» است که دقیقاً در مسئله مادر وارد شده است.
چگونه این بزرگواران با این که روایت را صحیح می‌دانند (ما

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۲۴.

(۲) مستند، ج ۱۶، ص ۲۹۴.

(۳) کشف اللثام، ج ۷، ص ۱۴۸.

(۴) مهذب الاحکام، ج ۲۵، ص ۳۸.

(۵) ح ۱۰، باب ۶ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۷۲

صحیح نمانستیم) به آن استدلال نکرده‌اند، در حالی که در مسأله ظهور دارد.

قلنا: این دلیل از نظر مشهور مورد تأیید است ولی از نظر ما قانع کننده نبوده و به عنوان مؤید خوب است.

فرع دوم: زوجه کبیره، زوجه صغیره را شیر می‌دهد آیا لاحقاً باطل می‌شود؟

این مسأله دارای سه صورت است:

صورت اول: زوجه کبیره از شیر همین شوهر زوجه صغیره را شیر دهد

که گاهی زوجه کبیره مدخول بها است و گاهی ممکن است مدخول بها نباشد (ممکن است از طریق جذب نطفه به رحم باشد بدون دخول، صاحب جواهر وطی به شبهه را مثال می‌زند).

در این صورت هر دو (کبیره و صغیره) عقدشان فسخ می‌شود، چون صغیره دختر زوج می‌شود پس نکاح او باطل است و اما کبیره هم چون ام الزوجه شده، نکاحش باطل است.

صورت دوم: رضاع از لبن غیر باشد

یعنی زوجه کبیره از شوهر قبلی بچه داشته و دارای شیر بوده و با این زوج ازدواج کرده و با لبن زوج سابق، زوجه صغیره را شیر می‌دهد و دخول به زوجه کبیره هم شده است، در اینجا فتویٰ بر این است که هر دو نکاح باطل و هر دو حرام ابدی می‌شوند، اما دختر چون ربیبه است (مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ) و زوجه کبیره هم چون ام الزوجه است.

صورت سوم: زوجه کبیره از شوهر سابق شیر دارد و با آن زوجه صغیره را شیر می‌دهد

و دخول به زوجه کبیره حاصل نشده، در اینجا کبیره حرام ابدی می‌شود چون ام الزوجه است؛ ولی صغیره حرام ابدی نمی‌شود چون ربیبه با شرط دخول به ام حرام است؛ ولی دخول به ام حاصل نشده است. پس هر دو در آن واحد منفسخ می‌شود، چون جمع بین مادر و دختر جایز نیست؛ ولی می‌تواند صغیره را مجدداً تزویج کند.

نتیجه: در هر سه صورت انفساخ حاصل است، در صورت اول و دوم هر دو حرام ابدی می‌شوند؛ ولی در صورت سوم فقط کبیره حرام ابدی می‌شود.

بحث در فرع دوم از مسئله ۱۴ از مسائل رضاع بود، یعنی زوجہ کبیره، زوجہ صغیره را شیر بدهد، که سه صورت داشت.

ادلہ:

۱- اجماع:

مرحوم صاحب جواهر می فرماید:

بلا خلاف اجده فی شیء من ذلك بل الظاهر الاتفاق علیه. «۱»

اگر این مسأله ادلہ دیگری داشته باشد چنین اجماعی کاشف از قول معصوم نیست و مدرکی است.

۲- اطلاق «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»:

زوجہ صغیره گاهی بنت و گاهی ربیبه است و کبیره هم ام الزوجه می شود که همه اینها در نسب حرام است، پس در رضاع هم حرام می شود (ام الزوجه نسبی حرام است پس ام الزوجه رضاعی هم حرام است) و ادعای انصراف به سابق و عدم شمول لاحق که در فرع اول گفته شد در اینجا هم می آید؛ ولی ادعای انصراف ضعیف است.

۳- روایات خاصه:

در بین ادلہ عمده، این دلیل است.

* محمد بن علی بن الحسین

(صدوق)

باسناد عن العلاء، عن محمد بن مسلم، عن ابي جعفر عليه السلام

(سند حدیث کامل و صحیح است)

قال: لو أن رجلاً تزوج جاریه رضیعہ فأرضعتها امرأته فسد النکاح. «۲»

این روایت دو سند دیگر هم دارد، پس در واقع سه روایت است.

* محمد بن الحسن

(شیخ طوسی)

باسناد عن احمد بن محمد بن عیسی، عن الحسن بن علی بن فضال، عن ابن ابي عمیر، عن عبد الحمید بن عواض

(مجهول الحال است، لذا سند شیخ طوسی صحیح نیست و مؤید است)

عن عبد الله بن سنان قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول و ذکر نحوه

(همان روایتی که محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام نقل کرده ابن سنان از امام صادق علیه السلام نقل می کند، پس دو روایت است).

* محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن ابيه، عن ابن ابي عمیر، عن حماد، عن الحلبي، عن ابي عبد الله عليه السلام مثله.

این روایت دو مشکل دارد:

این روایت چه مقدار دلالت دارد، آیا «فسد النکاح» شامل هر دو است یا فقط دومی را شامل می شود؟

(۲) ح ۱، باب ۱۰ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۷۳

در صدر روایت می فرماید «تزوج» بعد می فرماید «فسد النکاح»، اگر بگوییم منظور از فسد النکاح همان صدر روایت است، در این صورت در مورد صغیره است و کبیره را شامل نمی شود و اگر بگوییم کاری با صدر روایت ندارد بلکه اطلاق دارد، در این صورت هر دو (صغیره و کبیره) را شامل می شود، پس جای تأمل دارد.

ولی به نظر می رسد که اشاره به صدر روایت است و «امرأة» مورد سؤال نیست و کأنّ صحبت در مورد صغیره است.

و اما از جهت دیگر این روایت فقط در مورد فساد نکاح است و در آن بحثی از حرمت ابدی نشده، پس دلالت بر حرمت ندارد.

اللهم ألا أن ینقال، فساد نکاح برای چیست؟ لا بد به خاطر این است که زوجه صغیره، بنت زوج شده، پس حرام ابدی می شود.

مشکل دوم: روایت فقط شامل صورت اول (از لبن زوج شیر داده) می شود.

اللهم ألا ان ینقال، وقتی صورت اول ثابت شود بقیه صور با الغاء خصوصیت درست می شود، پس مشکلات قابل حل است.

* و بالاسناد عن الحلبي و عبد الله بن سنان

(دو روایت که سند هر دو صحیح است)

عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل تزوج جاریه صغیره فأرضعتها امرأته و أمّ ولده قال: تحرم علیه. (۱)

«تحرم» در روایت مفرد است و به صغیره برمی گردد، و این شاهد بر آن است که در روایت قبلی هم «فسد النکاح» به صغیره برمی گردد.

اللهم ألا ان ینقال، وقتی در یک مورد «تحرم» گفته شد، مورد دیگر را هم به جهت تلازم، شامل است، یعنی وقتی صغیره به عنوان بنت حرام شد، دیگری هم به عنوان امّ الزوجه حرام می شود.

* محمد بن یعقوب

(کلینی)

عن علی بن محمد، عن صالح بن أبی حمّاد

(مجهول الحال)

عن علی بن مهزیار، عن ابی جعفر علیه السلام

(ظاهراً مراد امام جواد است چون علی بن مهزیار وکیل امام جواد علیه السلام بوده است)

قال: قیل له ان رجلاً تزوج بجاریه صغیره فأرضعتها امرأته ثم أرضعتها امرأة له اخرى، فقال ابن شبرمه

(از فقهاء عامه که در سال ۱۴۴ ه ق وفات کرده و معاصر امام صادق و امام باقر علیه السلام بوده است)

: حرمت علیه الجاریه

(بچه شیرخوار)

و امرأته فقال أبو جعفر علیه السلام: أخطأ ابن شبرمه تحرم علیه الجاریه و امرأته التي أرضعتها اولاً فاما الاخریه فلم تحرم علیه كأنها رضعت ابنته

(چون کبیره دوم دختر زوج را شیر داده). (۲)

۶۲ ادامه مسئله ۱۴ ... ۱۵ / ۱۱ / ۸۰

از نظر سند: به این روایت دو اشکال شده است:

۱- در سند «صالح بن ابی حمّاد» واقع شده که مجهول الحال است، بعضی او را تضعیف و بعضی توقّف (مساوی ضعف) کرده اند.

به هر حال نمی‌شود به خاطر وجود او به روایت عمل کرد.

مرحوم نجاشی در مورد صالح بن ابی حماد می‌فرماید:

و کان امره ملتبساً يعرف و ینکر (روایات قابل قبول و غیر قابل قبول دارد).

علّامه در کتاب خلاصه می‌گوید:

ضعیفٌ و المعتمد عندی التوقف.

بسیاری از بزرگان مثل محقق ثانی و فخر المحققین هم او را تضعیف کرده و صاحب جواهر روایت او را مؤید می‌داند.

تنها نقطه قوتی که در مورد صالح وجود دارد، کلامی از «فضل بن شاذان» است، که در مورد صالح می‌گوید: کنیه صالح، أبو الخیر بوده و اسم با مستمّایی است «و کان الفضل یرتضیه و یمدحه».

آیا اسم با مستمّی بودن دلیل بر عدالت است؟

«یرتضیه و یمدحه» تعبیراتی نیست که در علم رجال به عنوان سند توثیق پذیرفته شود و فقط در مورد چنین کسانی گفته می‌شود که امامی و ممدوح است و روایت چنین شخصی حسن است.

اضف الی ذلک، مرحوم آقای خوئی می‌فرماید ایشان در اسناد تفسیر «علی بن ابراهیم» واقع شده و این ممکن است پایه‌ای بر وثاقت او باشد، کأنّ علی بن ابراهیم قول داده که هر حدیثی که در این تفسیر نقل می‌کند معتبر باشد، پس باید صالح از ثقات باشد.

قلنا: می‌دانیم که برای صحّت سند این هم کافی نیست. واقع شدن در اسناد تفسیر علی بن ابراهیم شبیه واقع شدن در اسناد کامل الزیارات است. مرحوم آقای خوئی تا مدّتی عقیده‌شان بر این بود که هر کسی در سند کامل الزیارات واقع شده صحیح است، چرا که ابن قولویه در مقدمه کامل الزیارات فرموده که احادیث معتبر را نقل می‌کند، ولی شنیدیم که آقای خوئی در اواخر عمرشان از این عقیده برگشتند. چون در زیارات این کتاب مواردی دیده شده که نمی‌توان آن را صد در صد صحیح دانست. همچنین مرحوم

(۱) ح ۲، باب ۱۰ از ابواب رضاع.

(۲) ح ۱، باب ۱۴ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۷۴

صدوق در ابتدای من لا یحضر می‌فرماید: من در این کتاب روایاتی را نقل می‌کنم که معتمد است، در حالی که روایاتی را نقل می‌کنند که خود به آن فتوی نمی‌دهند، یا روایات متعارضه را نقل می‌کنند که نمی‌شود همه آنها معتمد باشد.

مرحوم کلینی هم در مقدمه کافی به گونه‌ای بحث می‌کند که انسان چنین برداشت می‌کند تمام روایات آن معتبر است، ولی می‌بینیم روایاتی در کافی وجود دارد که مرحوم کلینی هم آن را قبول نمی‌کند. معلوم می‌شود که اینها یا نظرشان به غالب بوده نه همه، و یا نیتشان بر این بوده ولی بعد در جریان عمل به این نتیجه رسیده‌اند که بهتر است تمام روایات را نقل کنند.

۲- «ابن شُبْرُمَه» معاصر امام صادق علیه السلام و امام باقر علیه السلام بوده، پس «أبو جعفر» که در کلام علی بن مهزیار آمده منظور أبو جعفر الباقر علیه السلام است ولی ابن مهزیار امام باقر علیه السلام را درک نکرده و حتماً دو الی سه واسطه بین امام باقر علیه السلام و علی بن مهزیار وجود داشته است، پس روایت مرسله است. مرحوم علّامه مجلسی در مرآة العقول به این اشکال اشاره کرده است.

قلنا: ظاهراً مراد از أبو جعفر با وجود علی بن مهزیار امام جواد علیه السلام است چون ابن مهزیار وکیل امام جواد علیه السلام بوده و خیلی بی‌احتیاطی است که منظور علی بن مهزیار، أبو جعفر الباقر علیه السلام باشد و بیان نکند و اینکه راوی قول ابن شبرمه را آورده و فتوایی از او نقل می‌کند دلیل بر آن نیست که او معاصر امام جواد علیه السلام است بلکه چون او فقیه معروفی بوده لذا

راوی فتوای او را نقل می‌کند.

بنابراین اشکال مرحوم مجلسی را با تمام احترامی که برای ایشان قائل هستیم، وارد نمی‌دانیم و اگر این روایت اشکالی داشته باشد به جهت وجود «صالح بن ابی حماد» است، ولی ما می‌توانیم با عمل مشهور، (بلکه اجماع)، ضعف سند را جبران کنیم. ان قلت: در این مسأله دو روایت دیگر هم داریم (که در واقع پنج روایت بود) شاید مشهور استناد به آن روایات کرده‌اند؛ پس معلوم نیست مشهور به روایت علی بن مهزیار استناد کرده باشند.

قلنا: آن دو روایت تمام مسأله را بیان نمی‌فرمود و فقط در مورد صغیره بود و در یکی از روایات هم فقط فساد نکاح بیان شده بود. نتیجه: تا اینجا سند روایت درست شد

از نظر دلالت: عقلاً نمی‌توانیم روایت علی بن مهزیار را بپذیریم چون امام علیه السلام می‌فرماید: این دو زوجه بر زوج حرام می‌شوند، چرا که یکی به منزله بنت و دیگری هم ام الزوجه زوج است، در بنت حرفی نیست چون شیر داده شده از شیر زوج است ولی ام الزوجه از دو جزء (ام بودن و زوجه بودن) ترکیب شده است و باید هر دو جزء آن در آن واحد موجود شود تا عنوان «ام الزوجه» حاصل شود یعنی زوجه کبیره در آن واحد دو وصف ام بودن و زوجه بودن را داشته باشد تا ام الزوجه صادق باشد، آیا ممکن است در آن واحد کبیره «ام» و صغیره «زوجه» باشد؟ گفته می‌شود که ممکن نیست چون تا عنوان «ام» صادق شد، زوجیت از بین می‌رود و «بنت» می‌شود، پس این دو قید (صغیره زوجه باشد و کبیره ام باشد) در آن واحد صادق نیست، چون ام شدن سبب ابطال زوجیت است.

به عبارت دیگر ام و بنت متضایفین هستند (از هم جدا نیستند) وقتی یکی ام شد دیگری بنت است ولی وقتی امیت و بنتیت حاصل شد، سبب ابطال زوجیت می‌شود، پس با هم جمع نمی‌شوند. این اشکال در صور اول و دوم و سوم می‌آید و در هیچ یک از صور ام الزوجه نمی‌تواند باشد.

جواب: از این اشکال دو جواب داده شده است:

۱- مرحوم صاحب جواهر و مرحوم سبزواری در مذهب الاحکام می‌فرمایند که اگر نصی نداشتیم این اشکال عقلی وارد بود، اما نص می‌گوید که مقارنه عرفی در ابطال زوجیت کافی است و در مقابل نص نمی‌توان اجتهاد کرد.

۲- آیا مشتق در خصوص متلبس به مبدأ حقیقت است یا در اعم از متلبس به مبدأ و ما انقضی عنه المبدأ؟

آنهايي که قائل به اعم هستند می‌گویند که مشکل در اینجا با توجه به معنای مشتق حل می‌شود چون زوجه کبیره، ام زوجه صغیره شده است و زوجیت صغیره هم باطل شده ولی «ام من کانت زوجه» می‌باشد، یعنی صغیره قبلاً زوجه بود و با شیر خوردن از زوجیت افتاد. ولی «ام من کانت زوجه» است و اگر مشتق را حقیقت در اعم بدانیم ام الزوجه صدق می‌کند، پس ام الزوجه اعم است از کسی که ام من کانت زوجه باشد یا ام من تکون زوجه فعلاً.

۶۳ ادامه مسأله ۱۴ ... ۱۶ / ۱۱ / ۸۰

بقی هنا اموز:

الامر الاول: بعض ثمرات هذه المسأله

مرحوم امام (ره) در تنبیهی که در ذیل این مسأله دارد به ثمرات این مسأله اشاره می‌کند که ما نیز در آنجا به ثمرات اشاره می‌کنیم. کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۷۵

الامر الثاني: فی المهر

بعد از انفساخ عقدها و جدا شدن زوجه‌ها از زوج در اثر رضاع، حکم مهر چگونه است؟ در جایی که دخول نشده آیا باید نصف دهند؟ به عبارت دیگر آیا فسخ هم مثل طلاق منصف مهر است؟ آیا کسی که باعث این مشکل شده که زوجین بر هم حرام ابدی شوند ضامن است؟ این بحث هم در مسئلهٔ ثالثه می‌آید.

الامر الثالث: حکم الزوجه الکبیره الثانیة

اشاره

تحریر از این امر بحثی نکرده است ولی دیگر فقها از آن بحث کرده‌اند و آن این که زوجهٔ کبیرهٔ ثانیه چه می‌شود؟ آیا همانطوری که در روایت ابن مهزیار است چون صغیره از زوجیت خارج شده، زوجهٔ ثانیه حرام نمی‌شود. در این مسأله اختلاف بزرگی است.

اقوال:

مرحوم محقق ثانی می‌فرماید:

أما النزاع فی تحریم المرضعة الثانیة و بالتحریم قال ابن ادریس و جمع من المتأخرین كأبی القاسم بن سعید و المصنف (علامة در کتاب قواعد) و هو المختار، و وجهه ما ذكره المصنف من أنها أم من كانت زوجته ...، فیندرج فی عموم قوله تعالی و امهات نسائکم، و قال الشیخ فی النهاية و ابن الجنید: لا یحرم لما رواه علی بن مهزیار عن ابی جعفر علیه السلام ...، و المستمسک ضعیف، لأن سند الروایة غیر معلوم (مجهول) فلا یعارض حجة الاولین. (۱)

مرحوم فخر المحققین می‌فرماید:

و اما المرضعة الاخيرة ففي تحریمها خلاف، و اختار والدی المصنف، و ابن ادریس تحریمها لأن هذه یدق علیها أنها أم زوجته ... و قال الشیخ فی النهاية و ابن الجنید لا یحرم: لما رواه علی بن مهزیار ... و الجواب المنع من صحة سند الروایة. (۲)

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

و لعل لذلك كان المحكى عن الاسكافي و الشیخ فی النهاية و ظاهر الكلینی حلیة الثانیة، بل هی خیرة الریاض و سید المدارك (منظور صاحب مدارك است؛ ولی مدارك كتاب نکاح ندارد شاید در جای دیگری مطرح کرده است) حاکیا له عن جماعة، بل هو ظاهر الاصفهانی فی کشفه (صاحب کشف اللثام) أو صریحه ایضاً ... قیل: بل تحرم ایضاً فی الفرض لأنها صارت أما لمن كانت زوجته بل نسبة فی المسالك الی ابن ادریس و المصنف (محقق) فی النافع و اکثر المتأخرین. (۳)

جمع بندی: از مجموع این عبارات معلوم می‌شود که مسأله دارای دو قول است و به هر قول جماعتی از بزرگان قائلند.

متأخرین اکثر به حرمت متمایل شده‌اند و در میان متوسطین و قدما، عده‌ای قائل به حلیت بوده‌اند.

علی کل حال در این مسأله قواعد اصلیه با روایت ابن مهزیار تعارض کرده است.

۶۴ ادامهٔ مسئله ۱۴ ... ۱۷ / ۱۱ / ۸۰

ادلة قائلین به حرمت:

مرحوم فخر المحققین سه دلیل اقامه می‌کند:

۱- «أمهات نسائکم» شامل «ام من كانت زوجة» می‌شود (صغیرهٔ کانت اُمس زوجة، بعد کبیرهٔ دوّم او را شیر می‌دهد، پس ام من کانت زوجة است) و چون مشتق حقیقت در اعم از ما انقضی عنه المبدأ و من تلبس بالمبدأ است، بنابراین امهات نسائکم عام است. درست است که الان صغیره زوجه نیست، ولی دیروز زوجه بوده است، پس این کبیره مادر صغیره‌ای می‌شود که دیروز زوجه بوده

است.

جواب: اگر کسی در مشتق قائل به اعم باشد می‌تواند چنین بگوید ولی ما قائلیم که مشتق حقیقت است در خصوص من تلبس بالمبداء فی حال النسبه، البتة اگر قرینه بر اعم نباشد، یعنی اگر بگوییم «أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» باید الان «امّ» و «نساء کم» باشد، در حالی که وقتی کبیره دوّم امّ می‌شود صغیره نسائکم نیست، پس دلیل اول فخر المحققین قابل قبول نیست.

ان قلت: «أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» مشتق نیست چون مشتق باید اسم فاعل، اسم مفعول، صفت مشبّهه، صیغۀ مبالغه ... باشد.

قلنا: در کفایه جواب داده شده که مشتق در اصول غیر از مشتق نحوی است و در اصول مشتق هر چیزی است که دلالت بر صفتی داشته باشد.

۲- لأنّ عنوان الموضوع (أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ) لا يشترط صدقه حال الحكم بل لو صدق قبله كفى فيدخل تحت قوله «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» (۴) (یعنی لازم نیست صغیره الان زوجه باشد).

جواب: این دلیل در واقع همان دلیل قبل است و لو در کلام فخر المحققین به عنوان دلیل دیگری اقامه شده است.

۳- رضاع مساوی با نسب است

يحرّم من الرضاع ما يحرم من

(۱) جامع المقاصد ج ۱۲ ص ۲۳۸.

(۲) ایضاح الفوائد ج ۳ ص ۵۲.

(۳) جواهر ج ۲۹ ص ۳۳۲.

(۴) ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۵۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۷۶

(النسب)

هرچه در نسب حرام باشد در رضاع هم حرام است. در نسب ربیبه‌ای که دختر زنی است که سابقاً زوجه بوده حرام است، به عنوان مثال زید زوجه‌ای داشته که طلاق گرفته و شوهر کرده اگر از شوهر بعدی دختری پیدا کند باز ربیبۀ زید است، این مسأله اجماعی است و حدیث صحیح دارد در حالی که دختر زن سابق زید است. در «أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» هم همین را می‌گوییم، یعنی اگر کسی تا دیروز «نساء کم» بود و امروز جدا شده اگر زوجه شما او را شیر داد این زوجه «أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» می‌شود و محرم است.

جواب: در مورد ربیبۀ در نسب، ربیبۀ بعدی (لاحق) تصوّر می‌شود به این صورت که زنی، زن زید بود طلاق گرفت و بعد از ازدواج با عمرو دختری پیدا کرد که ربیبۀ زید (ربیبۀ بعدی) است اما در مورد «أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» امهات نسائکم بعدی تصوّر ندارد، یعنی کسی زوجه‌ای صغیره داشته باشد که از او جدا شده آیا ممکن است که یک مادر نسبی در آینده پیدا کند؟ مادر نسبی برای زوجه، لاحقاً معنا ندارد و محال است، چون یک بار متولد شده است. پس

يحرّم من الرضاع ما يحرم من النسب

هم درام الزوجه بعدی تصوّر نمی‌شود و لذا حرام نیست.

به عبارت دیگر انسان وقتی زوجه‌ای داشت مادر آن زن بر انسان حرام است چون امهات نسائکم است و حرمت هم ابدی است بعداً هم که جدا شود حرمت ابدی باقی است (نه این که حالا امّ الزوجه است) پس امّ الزوجه را نمی‌توان با ربیبه مقایسه کرد.

جمع بندی: کبیره ثانیه علی القاعده حلال است، چون ام من کانت زوجه است و در وقت شیر دادن صغیره، صغیره زوجه نبوده و یحرم من الرضاع جاری نیست و مشتق هم حقیقت در من تلبس بالمبداء است، پس کبیره دوّم مطابق قواعد حرام نیست و روایت ابن

مهزیار هم مؤید است. بنابراین کسانی که گفته‌اند که دلیل حلیت منحصر به روایت ابن مهزیار است و این روایت ضعیف است صحیح نمی‌باشد، چون دلیل حلیت قاعده است. در واقع روایت ابن مهزیار هم مشتمل بر دلیل است، چون می‌فرماید که صغیره بنت توست نه زوجه‌ات.

الامر الرابع: يتصور انفساخ النكاح في موارد الثلاثة

آنچه که ما تاکنون بحث کردیم که مسأله دارای سه صورت است و در دو حالت کبیره و صغیره حرام می‌شود و در یک صورت کبیره فقط حرام می‌شود، مربوط به حرمت ابدی است، اما انفساخ نکاح در همه صور وجود دارد. یعنی نکاح هر دو منفسخ می‌شود. چون صغیره دختر کبیره است و جمع بین امّ و بنت در نکاح واحد جایز نیست و اگر جمع بینهما در صیغه واحد کرد هر دو باطل است چون ترجیح بلامرجح جایز نیست، در ما نحن فیه هم همین طور است، یعنی وقتی کبیره صغیره را شیر داد این دو مادر و دختر می‌شوند و هر دو نمی‌توانند در عقد او باشند و اگر احدهما باشد، ترجیح بلامرجح لازم می‌آید، پس ناچاریم بگوییم که نکاح هر دو منفسخ می‌شود.

[تنبيه (اذا كان اخوان في بيت واحد)]...

اشاره

۶۵ تنبيه (اذا كان اخوان في بيت واحد ...) ... ۲۰ / ۱۱ / ۸۰

در ذیل مسئله ۱۴ مرحوم امام (ره) تنبیهی دارد که در واقع ثمره‌ای از ثمرات این مسأله است.

تنبيه: اذا كان اخوان في بيت واحد مثلاً و كانت زوجته كل منهما اجنبية عن الآخر و ارادا أن تصير زوجته كل منهما من محارم الآخر حتى يحلّ له النظر اليها يمكن لهما الاحتيال بأن يتزوج كل منهما بصبيّة و ترضع زوجته كل منهما الآخر رضاعاً كاملاً، فتصير زوجته كل منهما أمّاً لزوجة الآخر، فتصير من محارمه، و حلّ نظره اليها، و بطل نکاح كلتا الصبيتين لصيرورة كل منهما بالرضاع بنت أخي زوجها.

عنوان:

مضمون کلام امام (ره) در این تنبیه این است که اگر در یک خانه دو برادر با هم زندگی کنند و مشکلاتی از ناحیه حفظ حجاب کامل در خانه و محرم و نامحرم بودن همسران خود داشته باشند، برای حلّ مشکل یک طریق سهل و آسان وجود دارد که ما هم آن را در مسئله ۲۱۳۲ توضیح المسائل نوشته‌ایم و حاصل آن این است که از مسأله زوجه صغیره و کبیره استفاده می‌کنند، یعنی هر کدام از این دو برادر دختری شیرخوار از توده مردم را به عقد خودش درآورد (چه از خویشاوندان و چه از غیر) و فرض ما این است که این دو زن بچه دارند و شیر می‌دهند، زوجه کبیره هر یک از دو برادر زوجه صغیره دیگری را شیر می‌دهد، که در این صورت زوجه کبیره هر یک از دو برادر نسبت به برادر دیگر ام الزوجه شده و بر هم محرم می‌شوند، در ضمن زوجه صغیره هر یک از دو برادر نسبت به دیگری بنت الاخ شده و نکاح باطل می‌شود (عقد زوجه‌های شیرخوار خودبخود باطل می‌شود).

البته همان بحثی که در مسئله سابق بود تکرار می‌شود که در آن موقع که صغیره زوجه است کبیره امّ نیست و در آن موقع که کبیره امّ می‌شود صغیره زوجه نیست بلکه بنت است، و ما همان جواب را

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۷۷

در اینجا می‌دهیم که مقارنه عرفی کافی است.

بقی هنا اموز:

الامر الاول: ما در رساله برای این مسأله دو شرط نوشته‌ایم:

- ۱- ازدواج این بچه‌های شیرخوار باید به اذن ولی باشد و فایده‌ای هم برای بچه‌های شیرخوار داشته باشد و لو مصلحت این باشد که برای این بچه‌ها یک مهریه‌ای قرار داده شود و یا مصالح خویشاوندی باشد.
 - ۲- عقد صغیره را صحیح نمی‌دانیم مگر این که مدت آن طولانی شود تا نزدیک بلوغ برسد یعنی به حدی برسد که بعضی از استمتاع در مورد او میسر شود و الا این ازدواج در بین عقلاء به شوخی نزدیکتر است، چون زوجیت یک امر عقلایی است و در عرف عقلاء زوجیت یک بچه شیرخوار آن هم برای یک روز پذیرفته شده نیست.
- ان قلت: فایده این زوجیت همین محرمیتی است که حاصل می‌شود.
- قلنا: فایده شرعی فرع بر این است که موضوع و حکم حاصل شود و فایده، موضوع درست نمی‌کند.

الامر الثاني: این مسأله و لو راه حلی از نظر شرع است ولی ما توصیه می‌کنیم که سراغ این محرمیتها نروند،

چون سرچشمه بسیاری از وسوسه‌های شیطانی است چرا که تا موقعی که نامحرم هستند خود را حفظ می‌کنند ولی وقتی محرم شوند خود را نمی‌پوشانند و ممکن است که شیطان وسوسه کند. پس مصلحت است که محرمیتهای این چنینی در خانه راه پیدا نکند، البته این یک توصیه اخلاقی است نه یک حکم شرعی.

الامر الثالث: امام (ره) می‌فرماید: [کانت زوجة کل منهما اجنبیة عن الآخر]

و کانت زوجة کل منهما اجنبیة عن الآخر مگر می‌شود که زوجة یکی از دو برادر بر دیگری محرم باشد؟ بله ممکن است. به عنوان مثال زید و عمرو برادر پدری هستند و عمرو یک خواهر مادری دارد که زوجة زید است. در اینجا عمرو با زوجة زید محرم است. پس این قید امام برای پرهیز از این صورت می‌باشد.

الامر الرابع: لقائل ان يقول این محرمیتی که بیان کردید از ریشه اشکال داشته و درست نیست،

چون داخل در بحثی است که قبلاً گفتیم (در باب ام الزوجه)، ام الزوجه لاحق در نسب نداریم، چون بعد از تولد نمی‌تواند دوباره مادر نسبی پیدا کند، پس ام الزوجه در عالم نسب همیشه سابق است. حال که در نسب نداریم در رضاع هم درست نیست و مادر لاحق جدید رضاعی هم درست نیست (یحرم من الرضاع، ما یحرم من النسب). اگر این اشکال درست شود کل این مسأله به هم می‌خورد.

اللهم ان ینزل، جزئیات لازم نیست و یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب، یعنی همان گونه که ام الزوجه نسبی حرام است ام الزوجه رضاعی هم حرام است، یعنی اجمالاً در ام الزوجه بودن، شبیه هم هستند و به جزئیات آن (سابق و لاحق) کاری نداریم. اگر این جواب را بپذیریم مسأله درست می‌شود.

[مسائل فی الرضاع]

[مسأله ۱ (ارضاع الولد جدته من طرف الام)]

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ
ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۳، ص: ۷۷

۶۶ مسئله ۱ (ارضاع الولد جدته من طرف الام ...) ۸۰ / ۱۱ / ۲۱

مسألة ۱: اذا أرضعت امرأة ولداً بنتها و بعبارة أخرى أرضعت الولد جدته من طرف الأم حرمت بنتها أم الولد على زوجها، و بطل نکاحها، سواء أرضعته بلبن أبي البنت أو بلبن غيره، و ذلك لأنّ زوج البنت أب للمرتضع، و زوجته بنت للمرتضعه جدّه الولد، و قد مرّ أنّه يحرم على أبي المرتضع نکاح اولاد المرتضعه، فاذا منع منه سابقاً أبطله لاحقاً، و كذا إذا أرضعت زوجة أبي البنت من لبنه ولد البنت بطل نکاح البنت، لما مرّ من أنه يحرم نکاح أبي المرتضع في اولاد صاحب اللبن، و أمّا الجدّه من طرف الأب إذا أرضعت ولد ابنها فلا يترتب عليه شيء، كما أنه لو كان رضاع الجدّه من طرف الأم ولد بنتها بعد وفاة بنتها أو طلاقها أو وفاة زوجها لم يترتب عليه شيء، فلا مانع منه و ان يترتب عليه حرمة نکاح المطلقة و أختها و كذا أخت المتوفاه.

عنوان مسأله:

این مسأله از مسائل منشئه از مسئله ۱۴ است و در واقع همان مطالبی است که در مسئله ۱۲ گفته شد و چیز جدیدی نیست. ولی فروع و شاخ و برگهای تازه‌ای دارد.

مسأله دارای پنج فرع است:

فرع اول: [لا ینکح أبو المرتضع فی اولاد صاحب اللبن سابقاً او لاحقاً]

لا ینکح أبو المرتضع فی اولاد صاحب اللبن سابقاً او لاحقاً
اگر مادر بزرگ نوه دختری خودش را شیر دهد دخترش در خانه شوهر حرام می شود اگر چه رضاع لاحقاً حاصل شده باشد.
این مسأله مشهور است ولی ما آن را نپذیرفتیم زیرا دلیل متقنی بر حرمت آن نداریم و لذا اگر سابق باشد احتیاط می کنیم و اگر لاحق باشد خانواده را متلاشی نمی کنیم.

فرع دوم: [لا ینکح أبو المرتضع فی اولاد المرتضعه نسباً]

لا ینکح أبو المرتضع فی اولاد المرتضعه نسباً
کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۷۸
فرقی نیست که لبن جدّه، لبن ابو البنت باشد یا لبن زوج دیگر، یعنی شیر مادر بزرگ که نوه را شیر می دهد، شیر پدر دختری باشد یا از زوج دیگر. البته باز این بنا بر مذاق مشهور است ولی ما معتقدیم که نه اولاد مرتضعه حرام می شود و نه اولاد صاحب لبن، و اگر سابق است احتیاط کنند و اگر لاحق است خانواده را متلاشی نمی کنیم.

فرع سوم: [إذا أرضعت زوجة أبي البنت من لبنه ولد البنت بطل نکاح البنت]

إذا أرضعت زوجة أبي البنت من لبنه ولد البنت بطل نکاح البنت

اگر مادر بزرگ این نوه را شیر ندهد بلکه زوجه دُمّ أبو البنت، نوه را شیر دهد این هم مصداقاً لا ینکح أبو المرتضع فی اولاد صاحب اللبن است. چون ادله (روایت علی بن مهزیار) عام است و لو موردش مادر بزرگ است ولی می فرماید

ذلك لبن الفحل

و تأکید روی لبن الفحل دارد. پس اگر کسی این مسأله را بپذیرد (ما که نپذیرفتیم) فرقی بین مادر بزرگ و زوجه دیگر صاحب اللبن نیست.

فرع چهارم: [الجدّة من طرف الأب إذا أرضعت ولد ابنها فلا یتربّ عليه شیء]

الجدّة من طرف الأب إذا أرضعت ولد ابنها فلا یتربّ عليه شیء

اگر مادر بزرگ نوه پسر خود را شیر دهد این رضاع اثری در حرمت ندارد، چون عنوان محرمی پیدا نمی شود و آخرین چیزی که پیش می آید این است که بچه او بمنزله برادرش می شود و مشکلی پیش نمی آید.

فرع پنجم: انتفاء الموضوع

اشاره

گاهی در مسئله لا ینکح أبو المرتضع ... موضوع از بین می رود که با از بین رفتن موضوع حرمت هم از بین می رود. در سه حالت موضوع از بین می رود:

۱- بنت طلاق بگیرد:

در این صورت اگر مادر بزرگ نوه را شیر دهد مشکلی پیش نمی آید. ولی اگر بعداً بخواهند مجدداً با هم ازدواج کنند نمی توانند.

۲- بنت از دنیا برود:

اگر مادر بزرگ نوه را شیر دهد مشکلی پیش نمی آید.

۳- شوهر بنت از دنیا برود:

اگر مادر بزرگ نوه را شیر دهد باز حرمت ندارد چون منتفی به انتفاء موضوع است.

این قسمت را امام (ره) برای این ذکر می کند که بگوید اینطور نیست که در هیچ جا مادر بزرگ نتواند نوه را شیر دهد، بلکه در موارد فوق می تواند و تنها در صورتی که زوجه فوت کند أبو المرتضع نمی تواند خواهرهای زوجه خود را تزویج کند.

[مسألة ۲: لو زوج ابنة الصغیر بابنة أخیه الصغیره ثم أرضعت جدتهما من طرف الأب أو الأم احدهما]

اشاره

۶۷ مسئله ۲ (لو زوّج ابنه الصغیر) ... و ۳ ... ۲۳ / ۱۱ / ۸۰

مسئله ۲: لو زوّج ابنه الصغیر بابنه أخیه الصغیره ثم أرضعت جدتهما من طرف الأب أو الأم احدهما و ذلك فيما اذا تزوّج الأخوان الأختین انفسخ نکاحهما، لأنّ المرتضع إن كان هو الذکر فإن أرضعته جدّته من طرف الأب صار عمّاً لزوجته، و إن أرضعته جدّته من طرف الأم صار خالماً لزوجته، و إن كان هو الانثی صارت هی عمّة لزوجها علی الأول و خالّة له علی الثانی، فبطل النکاح علی ایّ حال.

عنوان مسأله:

این مسأله از آثار مسئله اول و فرض نادری است. دو برادر، دو خواهر را تزویج می کنند (حسن و حسین، فاطمه و زینب را تزویج می کنند) و هر دو صاحب فرزند می شوند (یکی دختر و دیگری پسر). بچّه شیرخوار حسن با بچّه شیرخوار حسین ازدواج می کند (ازدواج صغیرین). اگر مادر بزرگ بچه ها، یکی از آن دو را شیر دهد، در این صورت عقد باطل و منفسخ شده و حرمت ابدی می آید- این مادر بزرگ می تواند من ناحیه الاب باشد (مادر حسن و حسین) و می تواند من ناحیه الام باشد (مادر فاطمه و زینب)- چون اگر مادر بزرگ اُمی، نوه را شیر دهد یعنی پسر حسن وقتی شیر مادر بزرگ خود را بخورد بمنزله برادر حسن و حسین است و طبعاً عموی دختر حسین می شود و عمو نمی تواند با دختر برادر ازدواج کند، پس عقد باطل می شود، و اگر دختر حسین، شیر مادر حسین را بخورد خواهر پدر خودش و در واقع عمّه پسر حسن است و عمّه نمی تواند با پسر برادر ازدواج کند.

اما اگر یکی از این دو بچّه شیر مادر بزرگ مادری را بخورد (شیر مادر فاطمه و زینب) در این صورت اگر پسر باشد برادر فاطمه و زینب و اگر دختر باشد خواهر فاطمه و زینب می شود و نسبت به بچّه شیرخوار دیگر خاله یا دایی می شود. پس مسأله در واقع تطبیق یک کبرای کلی بر مصادیق است و دلیل خاص نمی خواهد.

نتیجه این شیر دادن این است که عقد باطل شده و صغیر و صغیره برای همیشه محرم می شوند.

ان قلت: علاوه بر اینکه عقد صغیر و صغیره به هم می خورد این مسأله داخل در «لا ینکح أبو المرتضع فی اولاد صاحب اللبن» است و عقد مادر بچّه شیرخواره هم فاسد می شود، پس چرا مرحوم امام (ره) به این فرض اشاره نفرموده اند؟

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۷۹

قلنا: بله در یک شقّ از مسأله عقد مادر هم باطل می شود، یعنی در جایی که مادرِ مادر (جدّه اُمی) نوه را شیر داده باشد عقد مادر بچّه شیرخوار هم باطل می شود؛ ولی اگر مادر بزرگ اُمی باشد اشکالی پیش نمی آید و شاید مرحوم امام در مقام بیان از این جهت نبوده اند.

[مسأله ۳: مهر النکاح المبطل]

اشاره

مسأله ۳: اذا حصل الرضاع الطاریء (رضاع بعد العقد)

المبطل للنکاح فإمّا أن یبطل نکاح المرضعۃ (کبیره)

بارضاعها کما فی ارضاع الزوجه الکبیره لشخص زوجته الصغیره بالنسبه الی نکاحها و إمّا أن یبطل نکاح المرتضعۃ کالمثال بالنسبه

الی نکاح الصغیره، و اما أن یبطل نکاح غیرهما کما فی إرضاع الجده من طرف الام ولد بنتها، و الظاهر بقاء استحقاق الزوجه للمهر فی الجمیع البتة فی الصورة الاولى فیما اذا کان الارضاع و انفساخ العقد قبل الدخول، فان فیها تأملاً، فالاحوط التخلّص بالصّیّح، بل الاحوط ذلك (صلح)

فی جمیع الصّور و ان کان الاستحقاق أقرب (احتمال دارد که به هر سه صورت بخورد و احتمال دارد به صورت اولی که محلّ بحث بود بخورد)

و هل تضمن المرضعه ما یغرمه الزوج من المهر قبل الدخول فیما اذا کان ارضاعها مبطلًا لنکاح غیرها؟ قولان (دعوی منحصر به صورت سوّم نیست بلکه در صور دیگر هم می آید) اقواهما العدم، و الاحوط التصالح.

عنوان مسأله:

این مسأله بحث مهمی است که مربوط به مسئله ۱۴ (زوجه صغیره و کبیره) و در مورد مهریه است و دارای دو فرع است. که فرع اول در مورد مهر و فرع دوم در مورد ضمان است.

فرع اول: مهریه

اشاره

حال که نکاح کبیره و صغیره باطل شد آیا مهریه‌ای تعلق می‌گیرد.

این مسأله در تمام موارد فسخ (عیوب و خیار) می‌آید که آیا در موقع فسخ، مهریه ثابت است یا نه؟ بسیاری از علماء این مسأله را ذکر کرده‌اند.

تحریر الوسیله سه صورت تصوّر می‌کند:

۱- صغیره‌ای باشد که از خودش اراده و اختیاری ندارد.

۲- کبیره‌ای که با میل و اختیار خودش صغیره را شیر می‌دهد.

۳- شخص ثالثی شیر داده و این زن عقدش باطل شد (مثلاً مادر بزرگ نوه را شیر داده و این دختر در خانه شوهر عقدش باطل شده است).

آیا در تمام این صور مهر ثابت است؟

۶۸ ادامه مسئله ۳ (مهر النکاح المبطّل ...) ... ۲۷ / ۱۱ / ۸۰

ادله قائلین به عدم تعلق مهر:

اشاره

در قسمت اول (تعلق مهر) قائلین به عدم دو دلیل اقامه می‌کنند:

۱- مقتضای قواعد:

اشاره

قاعده در مورد فسخ و انفساخ این است که مهر نیست و مرد مالک مهر و زن مالک خودش می‌باشد. مثلاً در فسخ به عیوب مهر نیست.

چون جدایی زن سه حالت دارد: یا طلاق است یا موت و یا فسخ و انفساخ.

حالت اول: طلاق

طلاق اگر با طلاق باشد بلا اشکال مهر هست که حکم آن در متن قرآن آمده است و اجماع مسلمین بر آن قائم است. (یا قبل از دخول که نصف مهر است یا بعد از دخول است که تمام مهر است).

حالت دوم: موت

در صورت موت دو قول است (که در باب مهوور بحث مفصل آن خواهد آمد) بعضی می‌گویند که بالموت تمام مهر می‌آید چه دخول باشد و چه نباشد، و بعضی می‌گویند در صورت دخول تمام مهر ثابت است یعنی بعضی موت را مانند طلاق منصف دانسته‌اند ولی ما معتقدیم که موت منصف نیست.

حالت سوم: فسخ و انفساخ

در مورد فسخ یا انفساخ عده‌ای می‌گویند مقتضای قاعده عدم مهر است که صاحب جواهر هم از این قول تبعیت کرده‌اند، به این بیان که معنی فسخ در هر معامله‌ای این است که کل واحد من العوضین به جای خودش برمی‌گردد، ازدواج هم نوعی معامله است. پس وقتی عقد به هم خورد زن صاحب اختیار خودش است و مرد هم صاحب مهر می‌شود (این بحث مخصوص رضاع نیست و در هر جایی که فسخ باشد مطرح می‌شود).

ان قلت: آیا فسخ من حین الفسخ است یا از اصل؟ اگر من حین الفسخ باشد تمام نماءات برای مالک بعد از عقد است، و اگر من حین العقد فاسد باشد به مالک اولی می‌رسد.

قلنا: فسخ من حین الفسخ است، ولی باز هم معنی فسخ رجوع کل من العوضین الی صاحبه است و در تمام خیارات همین گونه است.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۸۰

ان قلت: اگر فسخ من حین الفسخ باشد بعد از دخول هم باید مهر برگردد چون در این مدّت اگر زوج از بضع استفاده کرده زوجه هم از مهر استفاده کرده است.

قلنا: مقتضای قاعده همین است، ولی روایاتی داریم که می‌گویند بعد از دخول مهر باید داده شود و این تعبّد است؛ ولی صاحب جواهر برای این تعبّد توجیهی دارد که مهر عقد دائم قابل توزیع نیست و مسّای عقد دائم که حاصل شد باید مهر داده شود و در عدم دخول مهر نیست.

ان قلت: مفهوم فسخی که شما می‌گویید (هر چیزی به جای خودش برمی‌گردد) برای معاوضات محضه است (مثل بیع) ولی نکاح معاوضه محض نیست و چیزی بین عبادت و معاوضه است.

پس قیاس نکاح بر معاوضات مع الفارق است. (این اشکال را مرحوم سبزواری در مذهب الاحکام مطرح کرده است).

قلنا: اولاً، در روایات متعددی داشتیم

«یشتريها باعلى الثمن»

نمی‌گوییم حقیقتاً شراست، ولی این تعبیر دلیل می‌شود که نکاح یک نوع معاوضه است. لا سیما که در آیات قرآن از مهریه تعبیر به «أَجُورَهُنَّ» * شده است هم در عقد منقطع و هم در عقد دائم. در مورد عقد موقت می‌فرماید:

«فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً». «۱»

و در مورد عقد دائم می‌فرماید:

«يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ» «۲» (همسران پیامبر دائمی بودند).

پس این تعبيرات نشان دهنده این است که نکاح، معاوضه است.

ثانیاً: شما حد اکثر ثابت کردید که بیع محض نیست ولی معاوضه محضه هست و فسخ هم مخصوص بیع نیست و هر معاوضه‌ای به شهادت آیات و روایات و عقل و عرف قابل فسخ است.

تا اینجا دلیل اول را تقویت کردیم و گفتیم که فسخ با طلاق و موت فرق می‌کند.

۶۹ ادامه مسئله ۳ ... ۲۸ / ۱۱ / ۸۰

۲- روایات:

اشاره

روایات، در مورد ما نحن فیه نیست، بلکه در باب عیوب و مجموعاً هشت روایت است. این روایات دو طایفه است. صاحب جواهر به این روایات استدلال نکرده است. اسناد بعضی از این روایات ضعیف و بعضی صحیح است، ولی چون متضافر هستند از اسناد آنها بحث نمی‌کنیم.

طایفه اول: روایاتی که می‌فرماید بعد از فسخ بر فرض عدم دخول «لا مهر لها»

... * و ان لم یکن دخل بها فلا عدّه علیها و لا مهر لها. «۳»

درست است که روایت در مورد عیوب است ولی امام علیه السلام طبیعت فسخ را بیان می‌کند نه اینکه تعبد خاص باب عیوب باشد چون در موارد مختلف این تعبیر را بیان کرده‌اند.

... * عن علی بن جعفر، عن اخیه قال: سألته عن امرأة دلست نفسها لرجل و هی رتقاء، قال: یفرق بینهما و لا مهر لها. «۴»

دلالت این روایت اشکال دارد، چون روایت در مورد تدلیس خود زن است، پس احتمال دارد که مهر ثابت بوده؛ ولی چون خود زن تدلیس کرده، مهر برگشته است.

طایفه دوم: بعضی از روایاتی که می‌گوید «و لها المهر بما استحل من فرجها»

یعنی مهر به جهت دخول است و مفهومش این است که اگر دخولی نباشد مهر ندارد.

* و عنه، عن الحلبي، عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث ... قلت:

أ رأيت ان كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها؟ قال: المهر لها بما استحل من فرجها «... ۵»

(مفهوم دارد یعنی اگر دخول حاصل نشود، مهر ندارد).

نکته:

«ما استحل من فرجها»

یعنی چه؟ آیا یعنی اینکه حلال است ولی دخول حاصل نشده و یا اینکه علاوه بر حلّیت، دخول هم صورت گرفته است. این روایت شاهد بر این است که منظور، معنی دوّم (دخول) است، و شاهد آن بقیّه روایاتی است که کلمه دخول ندارد و فقط «ما استحلّ من فرجها» دارد.

... عن محمد بن مسلم، عن ابی جعفر علیه السلام قال: فی کتاب علی علیه السلام من زوج امرأه فیها عیب دلّسه و لم یبئن ذلك لزوجها فأنه یكون لها الصداق بما استحلّ من فرجها «... ۶»
و لو تدلیس کرده است؛ ولی چون دخول صورت گرفته، باید

(۱) آیه ۲۴، سوره نساء.

(۲) آیه ۵۰، سوره احزاب.

(۳) ح ۱ باب ۲ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۸ باب ۲ از ابواب عیوب.

(۵) ح ۵ باب ۲ از ابواب عیوب.

(۶) ح ۷ باب ۲ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۸۱

مهر داده شود. حال اگر دخول نبود تدلیس فایده داشت، پس دخول موجب مهر است.

... عن الحسن بن صالح قال: سألت ابا عبد الله علیه السلام ... و ان شاء سرّحها (آزاد کند)

الی اهلها و لها ما أخذت منه بما استحلّ من فرجها. «۱»

۷۰ ادامه مسئله ۳ ... ۲۹ / ۱۱ / ۸۰

... عن الحلبي، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن المرأة تلد من الزنا و لا یعلم بذلك احد الا ولیها، أ یصلح له أن یزوجها و یسکت علی ذلك اذا كان قد رأى منها توبه

(ای رجوع الی الله)

أو معروفاً؟

فقال: ان لم یذكر ذلك لزوجها ثم علم بعد ذلك فشاء أن یأخذ صداقها من ولیها بما دلّس علیه كان ذلك (صداق)

علی ولیها، و كان الصداق الذی اخذت لها، لا سیبل علیها فیه بما استحلّ من فرجها

(مفهومش این است که اگر دخول نبود مهر ثابت نیست)

و ان شاء زوجها أن یمسکها فلا بأس. «۲»

از این روایت استفاده می شود که نکاح زانیه جایز است، علاوه بر این معلوم می شود که یکی از عیوبی که به سبب آن می توان عقد را فسخ کرد، زنا است؛ ولی کسی به آن متعرض نشده است.

اللهم الا ان یقال، این از عیوب نیست بلکه جزء شرائط مبنی علیها العقد است یعنی کسی که قصد ازدواج با فردی را دارد به دنبال شخص حلال زاده است، اگر چه در ضمن عقد گفته نشده باشد، پس این شبیه خیار شرط است.

...* عن عبد الرحمن بن ابی عبد الله، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها أنها كانت قد زنت، قال: ان شاء زوجها اخذ الصداق ممن زوجها، و لها الصداق بما استحل من فرجها و ان شاء تركها الحديث.
(که به معنی فسخ است نه طلاق). «۳»

...* عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة حرّة تزوجت مملوكاً على أنه حرّ
(به معنی شرط مبنی علیه العقد)
فعلمت بعد أنه مملوك، فقال: هي املك بنفسها
(می تواند فسخ کند)

ان شاءت قرت معه و ان شاءت فلا، فإن كان دخل بها فلها الصداق، و ان لم يكن دخل بها فليس لها شيء «... ۴»
این روایت کاری به باب عیوب ندارد چون برده بودن عیب نیست و ظاهر عبارت «علی آنه حرّ» این است که شرط ضمن عقد (در ضمن عقد تصریح کرده اند) و یا شرط مبنی علیه العقد بوده است.
روایات منحصر به اینها نیست و ممکن است روایات دیگری هم باشد.
ان قلت: این احادیث از دو جهت مشکل دارد و قابل استدلال نیست:
۱- این روایات برای صورت فسخ است نه انفساخ، در حالی که بحث ما در باب رضاع، مربوط به انفساخ است، پس قیاس مع الفارق است.

۲- این روایات برای باب عیوب است و هیچ یک مربوط به باب رضاع نیست.
قلنا: فسخ و انفساخ که دو ماهیت نیست، بلکه گاهی قهری است که انفساخ نام دارد و گاهی اختیاری است که به آن فسخ می گویند. به عبارت دیگر گاهی به فاعل نسبت داده می شود که «فسخ» است و گاهی به قابل نسبت داده می شود که «انفساخ» است. و اما اینکه گفته اید روایات مربوط به باب عیوب است در جواب می گوئیم همه روایات در مورد عیوب نیست بلکه گاهی فسخ به سبب شرط است که عرف با الغاء خصوصیت قطعیه از این روایات در مورد فسخ به رضاع هم از این روایات استفاده می کند.

دلیل قائلین به ثبوت مهر: استصحاب

دلیل این قول استصحاب به ضمیمه عقد است، به این بیان که وقتی عقد حاصل شد، زوجه به سبب عقد مهریه را مالک می شود، حال نمی دانیم که با فسخ این مهر از بین می رود؟ بقاء مهر را بعد از فسخ، استصحاب می کنیم.
جواب: اولاً: استصحاب را در شبهات حکمیّه حجّت نمی دانیم چون در مصداق خارجی شکی نیست، بلکه شک در حکم خداست که آیا حکم مهر باقی است یا نه؟
ثانیاً: استصحاب از اصول عملیه است و برای جایی است که دلیل نداریم ولی ما در اینجا دو دلیل (مفهوم فسخ و روایات) اقامه کردیم.

فرع دوم: ضمان

اشاره

اگر گفتیم که مهر واجب نیست بحثی نداریم ولی اگر گفتیم مهر واجب است (چه عند الدخول و چه مطلقاً) در اینجا آیا کسی که باعث و بانی فسخ شده، ضامن است؟

(۱) ح ۳، باب ۳ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۱، باب ۶ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۴، باب ۶ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۱، باب ۱۱ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۸۲

دو حالت دارد گاهی عمداً باعث و بانی فسخ می‌شود (مثلاً مادربزرگ از عقد دخترش ناراحت است و نوه را شیر می‌دهد تا دخترش آزاد شود) و گاهی سهواً شیر می‌دهد.

اقوال:

این مسأله بیشتر در بین متأخرین مطرح بوده و در آن دو قول است:

۱- کسی که باعث و بانی فسخ شده ضامن است.

۲- ضامن نیست.

احتمال سوّمی هم وجود دارد که در صورت عمد ضامن و در صورت سهو ضامن نیست.

در این مسأله ظاهراً روایتی نداریم، پس باید مسأله را از باب قواعد درست کنیم. آیا «بضع» مانند اموال است که اتلاف آن ضمان آور باشد یا از قبیل اموال نیست و ضمانی ندارد؟

شواهد:

مرحوم صاحب جواهر شواهد متعدّدی آورده است که بضع از قبیل اموال نیست پس ضمان مال در اینجا نمی‌آید.

شاهد اول: اگر مردی با زوجه دیگری وطی به شبهه کرد، عده دارد و باید مهریه بپردازد، حال آیا حقّ الناس هم در اینجا هست یعنی در مقابل انتفاعی که از مال شوهر برده است باید چیزی به او بدهد؟ چنین چیزی را کسی نگفته است. شاهد دوّم: اگر کسی با زن شوهرداری زنا کند، آیا علاوه بر حقّ الله، حقّ الناس هم هست؟ هیچ کس قائل به حقّ الناس نشده و نگفته است که طلبیدن رضایت شوهر لازم است.

شاهد سوّم: اگر زن خودکشی کند، و حقّ الناس باشد مالی از اموال شوهر از بین رفته است، پس باید در مقابل آن از اموال زن، ضرر او جبران شود و حال آن که کسی چنین چیزی نگفته است.

اینها نشان می‌دهد که بضع از اموال نمی‌باشد.

پس مشمول قاعده «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» نیست.

در این صورت هر کسی که با زنی خورده حسابی دارد می‌تواند از این طریق موجب بطلان نکاح و ضرر بر زوج باشد.

۱۷۱ ادامه مسئله ۳ ... ۳۰ / ۱۱ / ۸۰

و لکنّ الانصاف: درست است که بضع از اموال نیست و آثار مال را ندارد؛ ولی ما سراغ قاعده «لا ضرر» می‌رویم و می‌گوییم چنین زنی که عمداً برای ابطال نکاح و ضرر زدن به زوج کاری کرده که نکاح او باطل شود، ایجاد ضرر کرده، پس قاعده لا ضرر جاری است. تصوّر ما این است که در اینجا بین قاعده «لا ضرر» و قاعده «من اتلف» خلطی شده است. اسلام به کمترین ضرر راضی نیست و چنین ضرری را بر زوج اجازه نمی‌دهد، پس با تمسک به قاعده لا ضرر مسأله حل شده و ضمان ثابت می‌شود.

ما در مسئله خودکشیِ زوجه هم تردید داریم که زوجه ضامن نباشد، چون قاعده لا ضرر جاری است، چرا که در آنجا هم زن به شوهر ضرر می‌زند، پس در آنجا هم نفی ضمان مسلم نیست، البته علما به مسئله خودکشیِ زوجه متعرض نشده‌اند ولی در مورد وطی به شبهه و زنا تصریح کرده‌اند.

نتیجه: در آنجایی که مهر پرداخته شده (مدخول بها) قائل به ضمان هستیم و دلیل ما قاعده لا ضرر است، علاوه بر این روایات متعددی در باب تدلیس وارد شده که می‌گوید مدلس ضامن است که می‌توان از آن روایت هم برای ما نحن فیه استفاده کرد وقتی که شارع می‌فرماید تدلیس کننده به خاطر این که با این تدلیس ضرر زده، باید از عهده مهر برآید، پس در ما نحن فیه هم که زنی با شیر دادن، زوجه این مرد را بر او حرام کرده و باعث شده که این زوج مهر بپردازد، باید ضرر زوج را جبران کند.

بقی هنا امور:

الامر الاول: آیا بین عمد و جهل و خطا و نسیان فرقی وجود دارد؟

بعنوان مثال مادر بزرگ نمی‌دانست که باعث ابطال نکاح می‌شود، و نوه را شیر داد.

فرقی بین عمد و جهل نیست، چه مدرک ما قاعده اتلاف باشد یا قاعده لا ضرر، چون قاعده اتلاف می‌گوید حتی در خواب هم اگر مال غیر را تلف کرده ضامن است، قاعده لا- ضرر هم همین‌طور است و اگر نمی‌دانسته گناهی نکرده است (حکم تکلیفی) ولی حکم وضعی دارد، چون در حکم وضعی علم و جهل دخالتی ندارد و در حکم تکلیفی است که دخالت دارد. این مسأله را صاحب جواهر و صاحب شرایع هم متذکر شده‌اند.

الامر الثاني: در آنجایی که صغیره اقدام به نوشیدن شیر کرده و کبیره عالم بوده و مانع نشده آیا کبیره ضامن است؟

بعضی گفته‌اند ضامن نیست چون عدم منع سبب اسناد فعل نمی‌شود یعنی اگر کسی مانع نشود ضامن نیست و الفعل مستند الی الصغیره لا الی الکبیره و ان کانت عالمه و لم تمنعها.

لکن الانصاف: در عرف عقلا در چنین موردی اسناد می‌دهند، به عنوان مثال اگر بچه‌ای بخواهد جلوی چشم پدر و مادر به کسی کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۸۳

ضرر بزند و پدر و مادر مانع نشوند، عرف عقلا این پدر و مادر را مقصر می‌داند.

در ما نحن فیه هم همین‌گونه است و به این سبب اسناد می‌دهند.

شبهه این معنا را در سقط جنین می‌گوییم، یعنی اگر زنی بخواهد سقط جنین کند و دکتر هم سقط جنین کند، آیا تمام دیه بر دکتر است یا زن هم سهمی دارد؟ این زن شریک در قتل است و باید دیه تقسیم شود. پس این مسائل مربوط به عرف عقلاست نه فلسفه، لذا در اینجا هم تمام مسئولیت بر عهده کبیره است.

۷۲ ادامه مسئله ۳ ... ۸۰ / ۱۲ / ۵

الامر الثالث: اگر مادر بزرگ یا کبیره از باب اضطرار بچه را شیر دهند

(مثلا اگر بچه را شیر ندهند، تلف می‌شود) آیا باز ضامن هستند؟

این مسأله در جاهای دیگر هم می‌آید و مخصوص باب رضاع نیست.

هم در باب دیات و هم در باب رضاع و هم در موارد دیگر این مسأله محل ابتلاء است ادله وجوب، حفظ جان را واجب می‌داند و ادله ضمان هم می‌گوید ضامن است و منافاتی بین ادله نیست.

بسیاری این گونه فکر می‌کنند و آن را به اکل در مخصصه تشبیه می‌کنند به عنوان مثال در صورت اضطرار می‌توان انبار شخص محتکر را گشود و از آن استفاده کرد و بعد قیمت عادلانه آن را پرداخت نمود، پس در صورت اضطرار هم ضامن است، ما نحن فیه نیز همین گونه است.

لکن الانصاف: این وجه قابل قبول نیست چون اگر کسی به عنوان وظیفه شرعی کاری می‌کند و مصداق «مُحْسِنِينَ» است، قاعده احسان (ما علی المحسنین من سیل) که یک قاعده عقلی و شرعی است می‌گوید ضامن نیست. مثلاً طیب می‌بیند اگر پا را قطع نکند مریض از بین می‌رود شارع می‌گوید واجب است پا قطع شود، در اینجا طیب ضامن نیست. به عبارت دیگر طیب فقط به خاطر خدمت به این شخص و منفعت رساندن به او این کار را می‌کند و اگر خودش هم می‌خواست از باب اهم و مهم، یکی را انتخاب کند، همین را انتخاب می‌کرد پس جای خسارت نیست. در واقع امر دائر شده است بین اقل الضررین و طیب اقل الضررین را انتخاب کرده همان گونه که اگر خودش هم می‌خواست انتخاب کند همین را انتخاب می‌کرد.

در ما نحن فیه هم جان صغیره از خطر نجات پیدا کرده اگر چه در این بین زوجیتش به هم خورده است، پس باید خود این شخص که زوجیتش به هم خورده است، خسارت زوج را جبران کند.

به عبارت دیگر «لا- ضرر» یک قاعده امتنانی است و از ما نحن فیه انصراف دارد، اگر بنا باشد این شخص خسارت دهد خلاف امتنان است چون این شخص به واجبش عمل کرده است.

و اما قیاس ما نحن فیه به اکل در مخصصه یا ضمان طیب، قیاس مع الفارق است، چون در مورد اکل در مخصصه درست است که به واجب شرعی عمل کرده؛ ولی مصداق «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» نیست چون به خودش احسان کرده است. طیب هم چون اجرت می‌گیرد اگر اشتباهی کند ضامن است مگر اینکه قبلاً برائت گرفته باشد، اما اگر طیبی بدون اخذ اجرت و فقط برای عمل به واجب شرعی اقدام کند و خطایی مرتکب شود (بدون اینکه کوتاهی کرده باشد)، اینجا هم مصداق «مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ» است و نباید ضامن باشد.

الامر الرابع: اگر مجبور شود به رضاع آیا ضامن است؟

بعضی گفته‌اند که قاعده ضمان در اینجا جاری است و در مقابل بعضی قائل به عدم ضمان هستند چون فعل مستند به مکره (مباشر) نیست بلکه مکره سبب زیان شده و باید ضامن باشد. این مسائل اشباه و نظائر در ابواب دیگر هم دارد.

لکن الانصاف: بین اجبار و اکراه فرق است. در باب اکراه، اراده و اختیار سلب نمی‌شود و مکره اقل الضررین را انتخاب می‌کند و مختار است (امر دائر است بین اینکه شیر بدهد و ضامن باشد و یا طفل جان خود را از دست بدهد). به عبارت دیگر در باب اجبار، فعل مستند به مباشر نیست؛ ولی در باب اکراه فعل مستند به مباشر است. مثلاً در باب صوم اگر کسی را اکراه کنند که افطار کند روزه او باطل می‌شود و باید قضا کند ولی گناه ندارد، اما اگر مجبور کنند بر افطار (مثلاً در حلقش بریزند) در اینجا روزه باطل نمی‌شود، و یا اگر کسی را اکراه به قتل کنند در این صورت او را قصاص می‌کنند چون فعل مستند به اوست. پس در ماهیت اکراه، سلب اختیار نیست بلکه ادله اکراه جنبه امتنانی دارد (رفع عن امتی ما اکرهوا علیه) و الا اسناد فعل به مکره هست، بله اگر شخص را مجبور کنند، فعل مستند به اجبار کننده است.

در ما نحن فیه هم اگر مکره شیر داد باید خسارت دهد ولی می‌تواند خسارت را از مکره بگیرد، اما اگر او را اجبار کنند (مثلاً

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۸۴

دست و پای زن را ببندد و سینه زن را در دهان بچه بگذارد و بچه شیر بخورد) در اینجا چون زن مجبور است، ضامن نیست.

ان قلت: اگر مکره دارای اختیار است چرا معاملات او بی‌اثر است، (عقد و بیع اکراهی باطل است).

قلنا: در معاملات علاوه بر اختیار، رضایت قلبی هم لازم است و لذا اگر راضی نباشد «تِجَارَةٌ عَنْ تِجَارِصٍ» نیست و باطل می شود، پس باب معاملات با ما نحن فیه فرق می کند چون در ما نحن فیه چه رضایت باشد و چه نباشد رضاع حاصل است ولی عقود در واقع نوعی پیمان هستند، و رضایت قلبی در آن معتبر است.

[مسئله ۴: قد سبق أن العناوين المحرمة من جهة الولادة و النسب سبعة]

اشاره

۷۳ مسئله ۴ (عموم المنزلة ... ۶ / ۱۲ / ۸۰)

مسئله ۴: قد سبق أن العناوين المحرمة من جهة الولادة و النسب سبعة: الأمهات و البنات و الأخوات و العمات و الخالات و بنات الأخ و بنات الأخت، فان حصل بسبب الرضاع احد هذه العناوين كان محرماً كالحاصل بالولادة و قد عرفت فيما سبق كيفية حصولها بالرضاع مفضيلاً و اما لو لم يحصل بسببه احد تلك العناوين السبعة لكن حصل عنوان خاص لو كان حاصلًا بالولادة لكان ملازماً و متّحداً مع أحد تلك العناوين السبعة - كما لو ارضعت امرأة ولد بنتها فصارت أمّ ولد بنتها (مادر نوه) و أم ولد البنت ليست من تلك السبع، لكن لو كانت أمومه ولد البنت بالولادة كانت بنتاً له، و البنت من المحرمات السبعة - فهل مثل هذا الرضاع ايضاً محرّم، فتكون مرضعته ولد البنت كالنبت ام لا؟ الحق هو الثاني، و قيل بالاول، و هذا هو الذي اشتهر في الألسنة بعموم المنزلة الذي ذهب اليه بعض الاجلّة، (مير داماد) و لنذكر لذلك أمثلة: (امام هشت مثال مطرح کرده که برگرفته شده از سيزده مثال محقق ثاني است).

عنوان مسأله:

اشاره

بحث در «عموم منزله» است که مسئله مهمی است و آثار زیادی در باب رضاع دارد.

«عموم منزله» چیست؟

ما در نسب هفت عنوان محرّم داریم «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ بَنَاتُكُمْ»، ... اگر این عناوین هفت گانه در رضاع پیدا شود، بر اساس قاعده

«يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»

حرام می شود، اما گاهی اوقات خود عنوان پیدا نمی شود، بلکه ملازم آن عنوان پیدا می شود. مثلاً اگر زن بیگانه ای نوه دختری را شیر دهد، مادر نوه می گردد. در نسب، مادر نوه، همان دختر است. بنابراین در عالم نسب، مادر نوه، ملازم با بنت است و بر او حرام، حال مادر نوه رضاعی که در نسب ملازم با عنوان بنتیت است، آیا در رضاع هم حرام می شود؟

مثال دیگر، کسی دختر عمه اش را شیر می دهد (در واقع مادر دختر عمه می شود). مادر دختر عمه جزء عناوین نسبی نیست؛ ولی در نسب مادر دختر عمه در واقع همان عمه است، آیا در رضاع هم مادر دختر عمه به حکم عمه است؟ پس به طور کلی این سؤال مطرح است که با توجه به اینکه عناوین محرّمه نسبیّه در رضاع، بلا اشکال حرام است، آیا ملازم عناوین محرّمه نسبیّه در باب رضاع

هم حرام است؟ یعنی هر کس بچه یکی از محارمش را (مثل خواهر، خاله) ... شیر دهد، آیا بمنزله همان محرم است؟

تاریخچه و اقوال مسأله:

اکثریت منکر عموم منزله هستند و فقط عناوین سبعة را حرام می‌دانند. اولین کسی که مسئله عموم منزله به او نسبت داده شده، شهید اول است. محقق ثانی در «رساله رضاعیه» (۱) (که هم مستقلاً و هم در حاشیه کتاب حاشیه آخوند بر رسائل چاپ شده) که ظاهراً این رساله را برای عموم منزله نوشته و می‌فرماید:

آنچه قد اشتهر علی ألسن الطلبة فی هذا العصر تحريم المرأة علی بعلها برضاع بعض من سند کره (دختر عمه، دختر خاله، دختر دختر، ... و لا- نعرف لهم فی ذلك اصلاً يرجعون الیه من کتاب أو سنّه أو اجماع أو قول لأحد المعترین ... وجدناهم یزعمون أنه من فتاویٰ شیخنا الشہید و نحن لأجل مباینه هذه الفتویٰ لاصول المذهب استبعدنا کونها مقالة لمثل شیخنا علی غزارة علمه و ثقوب (نفوذ) فهمه لا سیما و لم نجد لهؤلاء المدّعين لذلك أسناداً یتصل لشیخنا فی هذه الفتاویٰ. (۲)

از این کلام محقق ثانی استفاده می‌کنیم که:

اولاً: قبل از محقق ثانی به عموم منزله فتوی داده نشده است.

ثانیاً: در بین علماء عصر محقق این مسأله مشهور بوده است.

وثالثاً: مرحوم محقق با این فتوی شدیداً مخالف است و چندین دلیل اقامه می‌کند.

(۱) کتابی که دارای نه رساله است و چهار رساله رضاعیه دارد: ۱- ضوابط الرضاع میر داماد ۲- رساله رضاعیه محقق ثانی ۳- رساله مختصری از علامه مجلسی در باب رضاع ۴- رساله رضاعیه شیخ ابراهیم قطیفی که معاصر محقق ثانی و نقاد کلمات او بوده است. پنج رساله اراضی خراجیه هم در این کتاب چاپ شده است.

(۲) رساله رضاعیه، ص ۱ و الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۳۸۶ و ۳۸۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۸۵

بر خلاف تصوّر بعضی از بزرگان، میر داماد اولین کسی نبوده که این مسأله را عنوان کرده است. چون تاریخ وفات او ۱۰۴۰ (ه ق) است. («عروس علم دین را مرده داماد» که حروف این عبارت با حروف ابجد ۱۰۴۰ می‌شود)، در حالی که تاریخ وفات مرحوم محقق ثانی ۹۴۰ (ه ق) است. میر داماد نوّه دختری مرحوم محقق ثانی و نام او «محمد باقر استرآبادی» است، پس میر داماد نمی‌تواند کسی باشد که محقق ثانی به او اشاره کرده است.

۱۷۴ ادامه مسئله ۴ ... ۸۰ / ۱۲ / ۷

مرحوم محقق ثانی مثالهایی (سیزده مثال) برای این مسأله آورده است، در تحریر الوسیله و مهذب الاحکام مثالهای سیزده گانه را در هشت مثال ادغام کرده‌اند.

أحدها: زوجتك أرضعت بلبنک أباها فصار ولدک. و زوجتك أخت له، فهل تحرم عليك من جهة أن أخت ولدک إما بنتک أو ربیتک، و هما محرمتان عليك، و زوجتك بمنزلتهما أم لا؟ فمن قال بعموم المنزلة يقول: نعم، و من قال بالعدم يقول: لا.

ثانیه: زوجتك أرضعت بلبنک ابن أخيها فصار ولدک، و هی عمته، و عمه ولدک حرام عليك لأنها أختک، فهل تحرم من الرضاع أم لا فمن قال بعموم المنزلة يقول: نعم، و من قال بالعدم يقول: لا.

ثالثها: زوجتك أرضعت عمها أو عمتها أو خالها أو خالتها فصارت أمهم، و أم عم و أم عمه و زوجتك حرام عليك حيث أنها جدتها

من الاب، و کذا أم خال و أم خالة زوجتک حرام علیک، حیث أنها جدتها من الام، فهل تحرم علیک من جهة الرضاع أم لا؟ فمن قال بعموم المنزلة يقول: نعم، و من قال بالعدم يقول: لا.

رابعها: زوجتک ارضعت بلبنک ولد عمها او ولد خالها فصرت ابا ابن عمها او ابا ابن خالها، و هی تحرم علی ابی ابن عمها و ابی ابن خالها، لكونهما عمها و خالها، فهل تحرم علیک من جهة الرضاع أم لا؟

فمن قال بعموم المنزلة يقول: نعم، و من قال بالعدم يقول: لا. خامسها: امرأة أرضعت أخاک أو أختک لأبویک فصارت أمّاً لهما، و هی محرمة فی النسب لأنها أم لک، فهل تحرم علیک من جهة الرضاع و يبطل نکاح المرضعة إن كانت زوجتک ام لا؟ فمن قال بعموم المنزلة يقول: نعم، و من قال بالعدم يقول: لا.

سادسها: امرأة ارضعت ولد بنتک فصارت أمّاً له، فهل تحرم علیک لكونها بمنزلة بنتک، و إن كانت المرضعة زوجتک بطل نکاحها أم لا؟ فمن قال بعموم المنزلة يقول: نعم، و من قال بالعدم يقول: لا.

سابعها: امرأة أرضعت ولد أختک فصارت أمّاً له، فهل تحرم علیک من جهة أن أم ولد الاخت حرام علیک، لأنها أختک، و ان كانت المرضعة زوجتک بطل نکاحها أم لا؟ فمن قال بعموم المنزلة يقول: نعم، و من قال بالعدم يقول: لا.

ثامنها: امرأة أرضعت عمک أو عمتک أو خالک أو خالتک فصارت أمهم و أم عمک و عمتک نسباً تحرم علیک، لأنها جدتک من طرف ابيک، و کذا أم خالک و خالتک، لأنها جدتک من طرف الام، فهل تحرم علیک بسبب الرضاع، و ان كانت المرضعة زوجتک بطل نکاحها أم لا؟ فمن قال بعموم المنزلة يقول: نعم، و من قال بالعدم يقول: لا.

این هشت مثال دو گروه هستند: گروه اول: زوجه، یکی از بستگان خودش را شیر دهد و به همین جهت ملازم عنوان حرام شده و بر شوهر حرام می شود:

۱- زوجه، برادر خودش را شیر می دهد که در اثر آن برادر این خانم بیجه زوج می شود و این زوجه هم به منزله بیجه زوج خواهد بود. پس حرام می شود چون زوجه به منزله «بنت» است.

۲- زوجه، فرزند برادر خودش را شیر می دهد که در اثر آن، بیجه، فرزند زوج شده و این خانم هم عمه این بیجه خواهد بود، پس حرام می شود چون زوجه به منزله «خواهر» است.

۳- زوجه، عمو یا عمه خودش را شیر می دهد که در اثر آن زن به حکم جدّه پدری است یا دایی و خاله خودش را شیر می دهد، در این صورت در حکم جدّه مادری است که عنوان ملازم «جدّه» است.

۴- زوجه، پسرعمو یا پسرعمه خودش را شیر می دهد که در اثر آن، بیجه فرزند زوج است و زوج به حکم عموی زوجه است و بر او حرام است چون زوجه «دختر برادر» است.

گروه دوم: زوجه یکی از بستگان زوج را شیر دهد:

۱- اگر زوجه برادر زوج را شیر دهد، حکم مادر زوج را پیدا می کند، چون مادر برادر زوج، مادر زوج خواهد بود.

۲- اگر زوجه، فرزند دختر زوج (نوه دختری) را شیر دهد زوجه در حکم دختر زوج است و حرام می شود.

۳- اگر زوجه، فرزند خواهر زوج را شیر دهد جانشین خواهر زوج می شود و خواهر زوج بر او حرام است.

۴- اگر زوجه عمو یا عمه یا دایی یا خاله زوج را شیر دهد، به منزله مادر بزرگ زوج است و مادر بزرگ هم حرام است. در این هشت مورد بنا بر عموم منزله، زن در خانه شوهر حرام

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۸۶ می شود، و اگر به عموم منزله قائل نباشیم حرام نمی شود.

مثالها منحصر به اینها نیست و مثالهای دیگری می‌توان پیدا کرد که عنوان ملازم دارد، اصولاً هر کسی دختر یکی از محارم را شیر دهد جانشین او می‌شود.

ادله منکرین عموم منزله:

اشاره

محقق ثانی هفت دلیل بر ابطال این قول آورده است:

۱- برائت:

به واسطه این عنوان ملازم، زوجه حرام شده یا نه؟ اصالة الحلیه می‌گوید حلال است و دلیلی بر حرمت نداریم.

۲- احتیاط:

شما می‌گویید این خانم در خانه شوهر حرام می‌شود، پس می‌تواند با مرد دیگری ازدواج کند، این خلاف احتیاط است و نمی‌توان زن را پیش شوهر دیگر فرستاد.

۳- عموم آیه، «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ»:

این آیه فقط به عناوین هفت گانه تخصیص خورده نه به عناوین ملازم؛ و کسانی که می‌خواهند این عموم را تخصیص بزنند، باید دلیل بیاورند.

۴- عموم آیه، «وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ»:

غیر از عناوین سبعة بقیه حلال هستند. کسانی که می‌خواهند تخصیص بزنند باید دلیل بیاورند.

۵- اجماع:

جز در موردی که زن، نوه دختری خودش را شیر می‌دهد، کسی از فقها نگفته که زن در خانه شوهر حرام می‌شود و طبق قول شما خیلی از زنها حرام می‌شوند.

۶- استحباب حلیت:

زن در خانه شوهر حلال بود آیا با این شیر دادن و پیدا شدن عنوان ملازم حرام شده یا نه؟ استحباب جاری کرده و می‌گوییم حلال است.

۷- انتفاء المقتضی:

در باب نکاح باید عناوینی حاصل شود تا حرمت بیاید، نسب و مصاهره که در اینجا نیست و فقط رضاع است، ادله رضاع هم فقط

شامل عناوین هفت گانه است.

جمع بندی: از مجموع این هفت دلیل، سه دلیل از اصول و یک دلیل اجماع و دو دلیل از عمومات و یک دلیل عقلی است. از میان این ادله عمده، دلیل اخیر است، یعنی برای حرمت باید یکی از عناوین نسبی یا مصاهره یا رضاع حاصل شود که هیچ یک از اینها نیست و ادله رضاع هم از ما نحن فیه کوتاه است چون در نفس عناوین سبعة ظهور دارد نه در ملازمات آن.

۷۵ ادامه مسئله ۴ ... ۸ / ۱۲ / ۸۰

ادله مثبتین عموم منزله:

۱- دلیل عام:

دلیل عمده این قول، همان عمومات «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» است و معنی آن این است که در جایی که رضاع حاصل شده، اگر نسب بود حرام می‌شد، اکنون هم که رضاع به جای آن است، حرام می‌گردد. جواب: عمومات «یحرم من الرضاع» ...

از لوازم منصرف است و قدر متیقن خود عناوین است و اگر یحرم من الرضاع عمومیت داشت باید متقدمین به آن اشاره می‌کردند در حالی که قبل از زمان محقق، کسی توجه به لوازم نکرده که دلیل بر انصراف است. بله اگر در «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»، به جای لفظ «ما» لفظ «من» بود، قابل چانه زدن بود که بگوییم آیا «من» شامل عناوین ملازم هم می‌شود یا نه؟ ولی در اینجا «ما» می‌گوید که منظور از آن عناوین (اوصاف) است، یعنی عنوان مادر بودن و خواهر بودن، در حالی که منظور شما عنوان نیست، بلکه مصداق را می‌گویید، چون خود عنوان از محرمات نیست.

۲- روایات:

بعضی از قائلین، به تمام روایاتی که در باب «لا ینکح ابو المرتضع فی اولاد صاحب اللبن» آمده است، استناد کرده‌اند. ...* عن علی بن مهزیار قال سأل عیسی بن جعفر بن عیسی أبا جعفر الثانی علیه السلام ان امرأة أرضعت لی صبیاً فهل یحلّ لی أن أتزوج ابنة زوجها...؟ لو کنّ عشرأ متفرقات ما حلّ لک شیء منهن و کنّ فی موضع بناتک. «۱» در این موارد واقعاً عنوان «بناتکم» صدق می‌کند یا عنوان ملازم است؟ عنوان ملازم است چون این بچه از این زن شیر خورده و دختر صاحب لبن شده است، پس دختران دیگر صاحب لبن خواهر بچه ابو المرتضع می‌شوند و خواهران این بچه، بمنزله دختران

(۱) ح ۱۰، باب ۶ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۸۷

أبو المرتضع هستند (همان گونه که در نسب خواهران بچه کسی، دختران او هستند، در رضاع هم، چنین است) در نتیجه خواهر ولد یکی از عناوین ملازم بنت بودن است، پس لا ینکح أبو المرتضع یکی از مصداق عموم منزله است و مفهوم تعبیر امام که می‌فرماید:

«کن فی موضع بناتک» این است که هر کس که در موضع یکی از محرمات نسبیّه باشد، حکم همان محرم را دارد. یعنی عنوان ملازم مثل عنوان اصلی است.

مرحوم صاحب جواهر «۱» به این نکته توجه کرده، چون مشهور در مسئله لا ینکح أبو المرتضع قائل به حرمت هستند، در حالی که به عموم منزله قائل نیستند. صاحب جواهر در مقام دفاع برآمده و می‌فرماید که این قیاس است و شما موارد دیگر را به اینجا قیاس نکنید، حتی اُسواً حالا از قیاس است چون در قیاس از جزئی به جزئی پی می‌بریم ولی در اینجا یک قاعده کلی (عموم منزله) را از یک جزئی درست می‌کنید که این اُسواً حالاً است.

جواب: این قیاس منصوص العَلْمَةُ یا در قوّه قیاس منصوص العَلْمَةُ است که کبرای کلی از آن استفاده می‌شود و یا از باب الغاء خصوصیت است یعنی از هر عرفی که پرسیم، می‌گویید فرقی بین بنت و ام وجود ندارد.

به عبارت دیگر ما می‌توانیم از این روایت یک صغری و کبری درست کنیم:

صغری: انهنّ فی موضع بناتک.

کبری: کلّ من کان فی موضع بناتک فهی ابنتک.

نتیجه: هنّ ابنتک.

در اینجا از «بنات» هم الغاء خصوصیت کرده و به تمام محارم تعدی می‌کنیم: فی موضع امّک، فی موضع خالتک، فی موضع عمّتک

...

قلنا: تا اینجا در حدّ امکان از این استدلال دفاع کردیم و لکن سابقاً بیان شد که این روایت از «علی بن مهزیار» نیست بلکه از «عیسی بن جعفر» مجهول الحال است پس ما که مسئله «لا ینکح أبو المرتضع» را منکر شدیم، در اینجا راحت هستیم ولی آنهایی که در آن مسأله قائل به حرمت شده‌اند و دلیل آنها هم این روایت بود در اینجا به زحمت می‌افتند.

جمع بندی روایت: در واقع مسئله «لا ینکح أبو المرتضع» یکی از مصادیق مسئله «عموم منزله» است و اگر روایت را پذیرفتیم و گفتیم علت در روایت جنبه تبعیدی ندارد در این صورت باید در موارد دیگر از محرمات، غیر از بنت هم این را بگوییم.

۷۶ ادامه مسئله ۴ ... ۸۰ / ۱۲ / ۱۱

...* عن ایوب بن نوح قال:

(عین همان مشکل روایت قبل در سند این روایت هم وجود دارد)

کتب علی بن شعیب

(مجهول الحال)

الی ابی الحسن علیه السلام امرأة ارضعت بعض ولدی هل یجوز لی أن أتزوج بعض ولدها؟ فکتب علیه السلام: لا یجوز ذلک لک لأنّ ولدها صارت بمنزلة ولدک. «۲»

این روایت، هم کلمه «لأنّ» دارد و هم کلمه «بمنزله ولدک» پس از روایت ابن مهزیار بهتر است. کلام در اینجا مثل کلام در روایت قبل است، یعنی وقتی «بمنزله بناتک» حرام بود، به منزله محرمات دیگر هم حرام خواهد بود، چون تعلیل عام است؛ ولی چون ما در سند حدیث اشکال کرده و پذیرفتیم و فتوی ندادیم، در عموم منزله هم فتوی نمی‌دهیم. به عبارت دیگر، یک بام و دو هوا ممکن نیست. یا «لا ینکح أبو المرتضع» را رها کنید یا در اینجا هم به عموم منزله قائل شوید.

...* عن عبد الله بن جعفر، قال: کتبت الی ابی محمّد علیه السلام: امرأة ارضعت ولد الرجل هل یحلّ لذلک الرجل أن یتزوج ابنة هذه المرضعة أم لا؟ فوّع: لا تحلّ له. «۳»

این روایت مشکل سند ندارد ولی تعلیل هم ندارد (علت «لا تحلّ» را بیان نکرده) و نمی‌توانیم از آن تعلیل بفهمیم، البتّه با ضمیمه دو

روایت قبل، ظنّ و حدس انسان این است که علت، همان به منزله بناتک بودن است؛ ولی قانون این است که هر روایت جداگانه دلالت داشته باشد. در مجموع نمی‌توانیم به این روایت استدلال کنیم، مگر اینکه مجموع روایات را با هم در نظر بگیریم که در این صورت، باز تعلیل در روایات معرض عنهای مشهور است و جدا کردن تعلیل هم از روایت ممکن نیست. بهترین راه این است که روایات را حمل بر کراهت کنیم و بگوییم چیزی که به منزله یکی از محرّمات است (مثل قابله) ازدواج با او مکروه است.

نتیجه: ما قائل به عموم منزله نیستیم، حتی در مصداق آن هم که «لا ینکح أبو المرتضع» است، قائل نیستیم.

بقی هنا امران:

اشاره

- (۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۱۷.
 - (۲) ح ۱، باب ۱۶ از ابواب رضاع.
 - (۳) ح ۲، باب ۱۶ از ابواب رضاع.
- کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۸۸

الامر الاوّل: مرحوم صاحب جواهر سه دلیل، غیر از ادله هفت‌گانه مرحوم محقق ثانی، بر بطلان عموم منزله اقامه کرده است:

۱- آیه «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحَلَّلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ ... وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ» «۱»

آیه صریحاً می‌فرماید ای پیامبر دخترعموها و دخترعمه‌هایت بر تو حلال هستند در حالی که اگر قائل به عموم منزله باشیم، حرام می‌شوند، چون حمزه (عموی پیامبر) برادر رضاعی پیامبر بود بنابراین، خواهران حمزه (عمه‌های پیامبر)، خواهر برادر پیامبر و بمنزله خواهران پیامبر بودند، و دختر خواهر را نمی‌توان تزویج کرد، در حالی که آیه اجازه تزویج آنها را می‌دهد، که نتیجه آن این است که عموم منزله با این آیه مخالف و باطل است.

۲- روایت موثقه «یونس بن یعقوب»:

... قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة أَرْضَعْتَنِي وَأَرْضَعْتُ صَبِيًّا مَعِي وَلِذَلِكَ الصَّبِيِّ أَخٌ مِنْ أُمَّهِ وَابْنَةٌ مِنْ أَبِيهَا، فَيَحِلُّ لِي أَنْ أَتَزَوَّجَ ابْنَتَهُ؟ قَالَ: لَا بَأْسَ. «۲»

بیچّه همشیر من یک برادر ابی و امی دارد که او دارای دختری است، آیا ازدواج با او بر من جایز است؟ امام می‌فرماید: «لا بأس» در حالی که عموم منزله شامل این مورد می‌شود و نباید ازدواج جایز باشد، چون دختر برادر برادر، به منزله دختر برادر است و ازدواج با او جایز نیست. پس عموم منزله باطل است.

۷۷ ادامه مسئله ۴ و ۵ (لو شكك في وقوع الرضاع ...) ۸۰ / ۱۲ / ۱۳

۳- روایت موثقه «اسحاق بن عمار»:

... عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل تزوج أخت أخیه من الرضاعة

(صاحب جواهر قید «من الرضاعة» را برای «أخت» می‌داند و معنی آن این است که مردی خواهر رضاعی برادرِ نسبیِ خودش را تزویج کرده است)

قال: ما أحب أن أتزوج أخت أخی من الرضاعة. (۳)

صاحب جواهر «ما أحب» را دلیل بر کراهت می‌داند و می‌فرماید این مسأله از مصادیق عموم منزله است، یعنی از باب عموم منزله خواهر برادر به منزله خواهر انسان است و اینکه امام فرمود ما أحب یعنی مکروه است، پس طبق بیان امام علیه السلام ازدواج جایز است، در نتیجه عموم منزله باطل است.

جواب: ما سابقاً به این حدیث اشکال کرده و گفتیم که قید به دوّمی (اخیه) می‌خورد یعنی کسی می‌خواهد خواهر برادر رضاعی خودش را تزویج کند که این کار حرام است و «ما أحب» حمل بر کراهت نمی‌شود، پس حدیث ربطی به عموم منزله ندارد.

الامر الثانی: همان گونه که گفته شد، مرحوم محقق ثانی در باب عموم منزله سیزده مثال بیان کرده‌اند

که مرحوم امام در هشت مثال خلاصه می‌کند. مرحوم محقق ثانی در رساله رضاعیه می‌فرماید:

نعم اختلف اصحابنا فی ثلاث مسائل قد یتوهم منها القاصر عن درجه الاستنباط أن یکون دلیلاً لشیء من هذه المسائل أو شاهداً علیها... الاولی جدّات المرتضع بالنسبة الی صاحب اللبن هل تحلّ له أم لا؟ قولان للاصحاب.

جدّات بیّجۀ شیرخوار، نسبت به صاحب لبن جدّه فرزند او و به منزله مادر زن یا مادر او می‌شوند

الثانیة: اخوات المرتضع نسباً أو رضاعاً بشرط اتحاد الفحل هل یحللن له (صاحب لبن) ام لا؟ قولان ایضاً.

کسی که می‌گوید خواهر بیّجۀ رضاعی من حرام است، دلیلی از روایات ندارد، پس از باب عموم منزله است یعنی در واقع به منزله دختر من یا به منزله ربیبۀ من می‌باشد.

الثالثة: اولاد صاحب اللبن ولادۀ و رضاعاً و کذا اولاد المرزعة ولادۀ و کذا رضاعاً مع اتحاد الفحل بالنسبة الی إخوة المرضع هل یحللن لهم أم لا؟ قولان أيضاً. (۴)

قبلما داشتیم که فرزندان دیگر صاحب لبن بر برادران بیّجۀ شیرخوار حرام هستند که اینها در واقع برادر برادر و یا خواهر برادر می‌شوند و بمنزله برادر و خواهر هستند.

مرحوم محقق ثانی این سه مسأله را ذکر کرده و می‌فرماید مبدا قاصر از درجه اجتهاد توهم کند که اینها دلیل بر عموم منزله است. قلنا: شما که می‌فرمایید «فیه قولان». آن کسی که در این مسائل قائل به حرمت شده است، به چه دلیل می‌گوید حرام است؟ مسأله که نصّ خاصی ندارد، لابد از مصادیق عموم منزله است. پس سه مسأله دلیل بر این است که در گوشه و کنار قائل به عموم منزله بوده است و این که می‌گویید از علمای قبل از شهید کسی قائل به عموم منزله نشده، صحیح نیست. به همین دلیل مسأله عموم منزله از مسائل مشوّش است.

تلخص من جمیع ما ذکرنا: حق با منکرین عموم منزله است و

(۱) آیه ۵۰ سوره احزاب.

(۲) ح ۳، باب ۶ از ابواب نسب.

(۳) ح ۲، باب ۶ از ابواب نسب.

(۴) رسائل کرکی، ج ۱، ص ۲۱۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۸۹

در این سه سؤاله ما هم قائل به عموم منزله نیستیم حتی مسئله «لا ینکح أبو المرتضع» که به گمان بعضی نص داشت، آن را نپذیرفتیم بنابراین به تمام معنی منکر هستیم. بنابراین، به حرمت فتوی نمی دهیم اگر چه احتیاط و کراهت را هم بعید نمی دانیم.

[مسئله ۵ (لو شک فی وقوع الرضاع)]

اشاره

مسئله ۵: لو شک فی وقوع الرضاع أو فی حصول بعض شروطه من الكمیة أو کیفیة بنی علی العدم، نعم یشکل فیما لو علم بوقوع الرضاع بشروطه و لم یعلم بوقوعه فی الحولین أو بعدهما و علم تاریخ الرضاع و جهل تاریخ الولادة المرتضع، فحینئذ لا یترک الاحتیاط.

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد شبهات مصداقیه رضاع است (هر کجا منشأ شک، وجودات خارجیّه باشد از شبهات مصداقیه است و هر کجا منشأ شک حکم الله باشد، از شبهات حکمیّه است).

شکی که در رضاع پیدا می شود دو گونه است:

۱- شک در اصل رضاع:

یعنی آیا اصل رضاع واقع شده است؟

در اینجا اصل عدم است، یعنی استصحاب عدم جاری می کنیم و اصل حلیت است (به اصالة البراءة هم می توان تمسک کرد).

۲- شک در شروط و کیفیت رضاع:

اشاره یعنی اصل رضاع معلوم است؟ و در شرائط آن شک داریم، مثلاً نمی دانیم چند مرتبه شیر خورده است؟ آیا از پستان شیر خورده است؟ آیا در بین رضعات غذا خورده است؟ در اینجا نیز اصل برائت است (یعنی اصل این است که پانزده بار از پستان نخورده) ... استصحاب عدم هم در اینجا جاری می شود چون از شبهات حکمیّه است.

مرحوم امام و بعضی دیگر در اینجا استثنایی می زنند و می فرمایند: اگر ندانیم رضاع در دو سال واقع شده یا بعد از حولین، در مسئله حادثین و شک در تأخر حادث داخل می شود که سه حالت دارد:

۱- تاریخ تولد بچه و تاریخ رضاع هر دو مجهول است.

۲- تاریخ تولد معلوم؛ ولی تاریخ رضاع مجهول است.

۳- تاریخ تولد مجهول؛ ولی تاریخ رضاع معلوم است.

۱- تاریخ تولّد و رضاع مجهول (مجهولی التاريخ):

درباره جریان اصول در اطراف علم اجمالی دو مبنا وجود دارد، یکی این که اصلاً اصول جاری نمی‌شود، تا تعارض کرده و تساقط کنند چون «انقضه بیقین آخر» موجود شده است، پس مقتضی برای استصحاب وجود ندارد. و دیگر این که اصول جاری شده و تعارض کرده و تساقط می‌کنند. در ما نحن فیه اصل عدم رضاع تا پایان حولین، اقتضاء حلیت و اصل عدم پایان حولین تا زمان رضاع، اقتضاء حرمت دارد، این دو اصل تعارض کرده و تساقط می‌کنند، چون علم اجمالی به بطلان احدهما داریم، و یا اصلاً جاری نمی‌شوند، پس طبق هر دو مبنا جای اصالة الاباحه است.

۲- تاریخ ولادت معلوم و تاریخ رضاع مجهول:

در اینجا یک اصل بدون معارض جاری می‌شود. چون معلوم التاريخ که جای استصحاب نیست و فقط در مجهول التاريخ اصل جاری می‌کنیم یعنی می‌گوییم رضاع واقع نشده تا زمانی که حولین تمام شود (عدم تحقق الرضاع الی انقضاء الحولین) پس حکم به حلیت می‌شود.

۳- تاریخ ولادت مجهول و تاریخ رضاع معلوم:

این صورت محلّ بحث است. آیا در اینجا می‌توانیم با اصل، حرمت را ثابت کنیم؟ بعضی می‌گویند استصحاب می‌کنیم (استصحاب بقاء الحولین الی زمان الرضاع) پس رضاع در حولین واقع شده و حرام است.

قلنا: این از قبیل ضمّ وجدان به اصل است، یعنی هرچه که برای حرمت یا وجوب لازم است بعضی را با وجدان و بعضی را با اصل ثابت می‌کنیم، ما در اینجا زمان رضاع را بالوجدان و بقاء حولین را با اصل ثابت می‌کنیم یعنی حولین هم به مقتضای استصحاب باقی بوده است پس ثابت می‌شود که رضاع در حولین حاصل شده و حرمت حاصل است.

ان قلت: مسئله ضمّ وجدان به اصل برای اجزاء ترکیبیه است نه قید و مقید و شرط و مشروط. اجزاء ترکیبیه مثل شاهدین در بیّنه، مثلاً می‌دانیم یکی از دو شاهد، عادل است؛ شاهد دوم سابقاً عادل بوده؛ ولی الان نمی‌دانیم، که با استصحاب می‌گوییم عادل است، پس یکی از دو شاهد عدالتش بالوجدان و دیگری با اصل ثابت می‌شود. اما اگر قید و مقید یا شرط و مشروط باشد مثل ما نحن فیه (یشترط أن یکون الرضاع فی الحولین که شرط است نه جزء) در این صورت ضمّ وجدان به اصل درست نیست، چون «اصل مثبت» است به این بیان که شما می‌گویید شرط تا حالا بوده و مشروط هم بالوجدان است پس تقید و اشتراط که امر عقلی است با اصل ثابت می‌شود، اثبات لوازم عقلی با استصحاب، اصل مثبت است.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۹۰

قلنا: این از اصول مثبتیه نیست (یا به تعبیر دیگر اینجا واسطه خفی است) چون به اجماع همه علماء، استصحاب در شرائط نماز جاری است، مثلاً استصحاب وضو می‌کنند و نماز می‌خوانند در حالی که وضو جزء شرائط است و از اجزاء نماز نیست، در اینجا حمد و سوره را بالوجدان و طهارت را با استصحاب احراز می‌کنیم که ضمّ وجدان به اصل است. از این بالاتر همه روایات استصحاب در مورد شرط و مشروط است که بعضی برای طهارت حدیثیه و بعضی برای طهارت خبیثیه است و امام می‌فرماید استصحاب کن، در حالی که طهارت از حدث و خبث از شرائط هستند و همه این روایات شاهد بر این است که شرط و مشروط از اصل مثبت خارج است. بعضی دیگر از روایات استصحاب هم در مورد صوم است.

وقت با صوم هم از قبیل شرط و مشروط است (صیام مشروط و شرط آن این است که در رمضان باشد). پس اگر شرط و مشروط را

اصل مثبت بدانید تمام روایات استصحاب برچیده می شود.

ما در اینجا ایراد مختصری به تحریر الوسيله داريم چون امام (ره) در صورت سوم (تاریخ ولادت مجهول و تاریخ رضاع معلوم) می فرمایند که لا- یتک الاحتیاط، چرا فتوی نمی دهند و احتیاط می کنند، با اینکه جای احتیاط نیست چون اصل مثبت نیست، و ما در اینجا به حرمت فتوی می دهیم.

روایتی هم برای شبهات موضوعیه پیدا شده که بعضی از مطالب را در مورد شبهات موضوعیه بیان می کند:

...* عن ابی یحیی الحنط، قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام انّ ابني و ابنه أخی فی حجری فأردت أن أزوجهایة فقال بعض اهلی: أنا قد أرضعنا هما، فقال: کم؟ قلت: ما أدري، قال فأردنی علی أن أوقت

(از من خواست تعیین کنم چند بار بوده است)

قال: قلت: ما أدري، قال:

فقال: زوجه. «۱»

این روایت دلیل خوبی است که اگر شك در تعداد رضعات باشد، استصحاب جاری می شود و چون نمی توان گفت که عدد با بقیه شرائط فرق دارد، با الغاء خصوصیت بقیه شرائط را هم داخل می کنیم.

[مسأله ۶: لا تقبل الشهادة علی الرضاع الا مفضلة]

اشاره

۷۹ مسئله ۶ (الشهادة علی الرضاع ... ۸۰ / ۱۲ / ۱۵)

مسأله ۶: لا تقبل الشهادة علی الرضاع الا مفضلة بأن يشهد الشهود علی الارتضاع فی الحولین بالامتصاص من الثدي خمس عشرة رضعه متوالیات (چهار مورد از شرائط را گفته اند، بقیه شرائط هم همین گونه است مثلاً اتحاد فحل باشد، لبن، لبن فحل باشد، رضعه کامله باشد، لبن را قی نکند و جزء بدن او شود) ...

مثلاً الی آخر ما مرّ من الشروط، و لا یکنفی الشهادة المطلقة و المجرمله بأن يشهد علی وقوع الرضاع المحرّم أو يشهد مثلاً علی أن فلاناً ولد فلانه أو فلانه بنت فلان من الرضاع، بل یسأل منه التفصیل، نعم لو علم عرفانها شرائط الرضاع و أنّهما موافقان معه فی الرأی اجتهاداً أو تقلیداً تکفی.

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد شهادت رضاع است، یعنی اگر دو شاهد بر وقوع رضاع شهادت دهند، پذیرفته می شود، منتهی شهادت باید تفصیلی باشد، چرا که فقها در شرائط رضاع اختلاف دارند.

مرحوم محقق در شرایع این مسأله را با همین عبارت دارد، و مرحوم صاحب جواهر هم می فرماید:

لا تقبل الشهادة بالرضاع الا مفضلة بجمیع ما یعتبر عند الحاکم الّذی تقوم عنده الشهادة حتّی عدم قیء اللبن بناء علی اعتباره عنده بلا خلاف اجده ممن تعرّض لها (قید مفضله). «۲»

از عبارت «بلا خلاف اجده ممن تعرّض لها» معلوم می شود که بعضی مسئله شهادت بر رضاع را متعرّض نشده اند؛ ولی تمام کسانی

که متعرض شده‌اند، شهادت را به «مفصّله» مقید کرده‌اند و اینکه صاحب جواهر می‌فرماید «عند الحاكم»، لازم نیست حتماً عند الحاكم باشد، چون حاکم برای دعویّ است پس در جایی که دعویّ نیست و فقط اثبات موضوع است مانند رضاع، نیاز به بینه داریم، شاید ایشان می‌خواسته فرد کاملتر را بگوید، پس مسأله تقریباً مسلم است.

ادله:

۱- بنای عقلاء:

شهادت قبل از آنکه بینة شرعی باشد، بینة عقلایی است، البتّه ممکن است شروط و قیود در نزد شرع و عرف متفاوت باشد؛ ولی اصل آن در بین عقلا مسلم است. در بین عقلا هم معروف است که اگر یک مسأله اختلافی باشد و بخواهند شهادت دهند، باید شهادت تفصیلی باشد، شارع مقدّس هم قیودی بر آن گذاشته و آن را امضاء کرده است.

۲- انصراف عمومات شهادت:

ادله شهادت در شرع از شهادت مجمله در هنگام اختلاف آراء انصراف دارد.

(۱) ح ۱، باب ۱۱ از ابواب رضاع.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۴۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۹۱

نتیجه: دلیل ما بناء عقلا و انصراف عمومات شهادت است.

و من هنا يظهر: می‌توانیم این بحث را به ابواب دیگر توسعه دهیم، یعنی هر جا که اختلاف آراء است، شهادت مجمله کارساز نیست مثلاً در مورد شهادت بر کریت آب، مجماً پذیرفته نمی‌شود؛ چون در میزان کر، بین علماء اختلاف است. در بسیاری از مسائل طهارت و نجاست هم آراء مختلف است که در آنجا هم شهادت مجمله قبول نمی‌شود و اگر اختلاف آراء نباشد شهادت مجمله کافی است مثلاً در مورد قتل، اگر دو نفر خبر دهند که زید، عمرو را کشته، قتل است خواه با چاقو باشد یا اسلحه باشد یا ... و تفاوتی از این لحاظ نیست، همچنین در مسئله جرح یا ازدواج، شهادت مجمله کافی است، پس در مواردی که اختلاف آراء است باید شهادت مفصّله و در جایی که اختلاف آراء نیست، شهادت اجمالی کافی است.

و من هنا يظهر شرائط رضاع هم مختلف است، در بعضی از شرائط اختلاف آراء نیست و مسلم است که در این موارد شهادت تفصیلی لازم نیست؛ مثل امتصاص از ثدی واحد؛ ولی در بعضی از موارد اختلافی است، مثل تعداد رضعات که در آنها باید شهادت تفصیلی باشد و روایت ابی یحیی «۱» که در آن امام سؤال از کمیّت کرده و تفصیل خواستند می‌تواند مؤید این مسأله باشد که شهادت باید تفصیلی باشد.

۸۰ مسئله ۷ (قبول شهادة النساء فی الرضاع ...) ۱/۴ / ۸۱

[مسألة ۷: الأقوی أنه تقبل شهادة النساء العادلات فی الرضاع مستقلة]

مسأله ۷: الاقوی أنه تقبل شهادة النساء العادلات فی الرضاع مستقلات (زنها مستقلاً شهادت دهند)
بأن تشهد به (رضاع)
اربع نسوة، و منضمات (زنها به مردها ضمیمه شوند)
بأن تشهد به امرأتان مع رجل واحد.

عنوان مسأله: این مسأله در دو مقام قابل بحث است:

اشاره

المقام الاول: شهادة النساء فی الرضاع
المقام الثاني: عدد الشهود
به تناسب این بحث تمام بحثهای مربوط به شهادت زنان را مطرح خواهیم کرد، این بحث‌ها عبارتند از:
- شهادة النساء فی الرضاع.
- شهادة النساء فی ما يخفى عليه الرجال (فی ما لا يطلع عليه الرجال)؛ شهادت‌های مختصه به نساء مثل شهادت به باکره بودن دختر یا نفساء بودن زن، شهادت به زنده بودن ولد بعد از تولد، شهادت به عیوب پنهانی زنان در رابطه با ازدواج.
- شهادة النساء فی الحدود و الديات و القصاص، و امثال ذلك.
- شهادة النساء فی الحقوق و الاموال و نحوها مانند دیون.
- شهادة النساء فی الطلاق و النکاح و امثال ذلك مثل رؤیت هلال.
در انتهای این مبحث درباره فلسفه عدم پذیرش شهادت نساء در بعضی از موارد و فلسفه تفاوت تعداد شهود در مواردی که شهادت نساء قبول می‌شود بحث خواهیم کرد.

المقام الاول: شهادة النساء فی الرضاع

اشاره

در مسئله رضاع ابتدا سراغ اصل قبول شهادت نساء می‌رویم.

اقوال:

از نظر اقوال میان عامه و خاصه اختلاف است؛ ولی مشهور و معروف، قبول شهادت نساء در رضاع است و بسیاری از قدماء و متأخرین و معاصرین طرفدار قبول شهادت آنان در این مقوله هستند، در عین حال مخالف هم داریم، شیخ طوسی در کتاب خلاف و جماعت دیگری قائل به عدم قبول شده‌اند، در میان عامه هم این مسأله، اختلافی است.

مرحوم محقق ثانی در ذیل کلام علامه در این بحث می‌فرماید:

اختلف الاصحاب فی انه هل تقبل شهادة النساء فی الرضاع منفردات علی قولین فذهب الشيخ فی الخلاف و ابن ادریس الی عدم قبولهنّ و ذهب المفید و السید (سید مرتضی) و سلار و ابن حمزه و جمع من الاصحاب الی القبول. «۲»

مرحوم محقق، در باب رضاع، بحث شهادت را عنوان نکرده و در کتاب الشهادة متعرض آن شده است؛ ولی صاحب جواهر مستقلاً در باب رضاع، متعرض این بحث شده است، ایشان در ذیل مسئله ۱۱، این بحث را مطرح کرده و در نقل اقوال، از حدود بیست کتاب بلاواسطه و از تعدادی کتاب هم با واسطه نقل می‌کند که قائل به قبول شده‌اند و از بعضی هم نقل شهرت می‌کند. «۳» ولی شیخ طوسی مخالفت کرده، می‌فرماید:

لا تقبل شهادة النساء عندنا فی الرضاع بحال (در هیچ حال چه مستقلاً و چه منضمماً) و قال ابو حنیفه و ابن ابی لیلا لا تقبل شهادتهن منفردات ... و قال الشافعی: شهادتهن علی الانفراد تقبل فی اربعه

(۱) ح ۱، باب ۱۱ از ابواب رضاع.

(۲) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۲۶۵.

(۳) شرایع، ج ۲۹، ص ۳۴۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۹۲

مواضع الولادة و الاستهلال (شهادت بر زنده بودن بواسطه شنیدن صدای بچه بعد از تولد برای ارث بردن) و الرضاع و العیوب تحت الثیاب (عیوب بر دو دسته هستند، عیوبی که خارج از ثیاب است که همان عیوب ظاهری است، مانند اعرج که به شخص لنگ گفته می‌شود و عیوب تحت الثیاب که همان عیوب مخفی است و موجب فسخ نکاح می‌شود مانند رتقاء) و به قال ابن عباس و الزهیری و مالک و الاوزاعی. دلیلنا اجماع الفرقة و اخبارهم. «۱»

شیخ طوسی در این مسأله با وجود این همه مخالف ادعای اجماع می‌کند و به همین جهت است که شیخ انصاری اجماع منقول را حجت نمی‌داند، زیرا مسئله‌ای که آن طرفش بوی اجماع می‌دهد در طرف دیگر ادعای اجماع کردن بعید است. مرحوم شیخ توجیهی برای این اجماع دارد و می‌فرماید این اجماع بر قاعده است و لأن الاصل ارتفاع الرضاع و ثبوت به شهادتهن یحتاج الی دلیل. کأن اصل عدم قبول شهادت است و قبول آن باید ثابت شود چون اصل عدم حجیت را همه قبول دارند بنابراین ادعای اجماع می‌کند که نوعی اجماع بر قاعده است.

نکته: دو اصل داریم:

۱- اصل در باب تکالیف: که اصل، عدم است (اصالة العدم)، مثلاً اگر شک در وجوب یا حرمت داشته باشیم، اصل برائت است، و یا اگر شک در وجوب قضاء داشته باشیم، اصل برائت است.

۲- اصل در باب حجج شرعی: شک داریم «ظن» حجت است یا نه، شیخ انصاری در اول بحث ظن با ادله اربعه ثابت کرده‌اند که اصل عند الشک عدم حجیت ظن است الا ما خرج بالدلیل.

در ما نحن فیه هم همین است، از قول این مرثه اگر علم حاصل شود بحثی نیست؛ ولی اگر از شهادتش ظنی حاصل شود، آیا حجت است یا نه؟ اصل عدم حجیت است و این سبب شده که ایشان ادعای اجماع کند.

جمع بندی: لا ینبغی الشک که شهرت بر قبول شهادت نساء در رضاع است و مخالفین بسیار کم هستند، بنابراین بحث از نظر شهرت قولی، همان گونه است که امام (ره) در تحریر فرموده‌اند.

۸۱ ادامه مسئله ۷ ... ۱۷ / ۱ / ۸۱

ادله قائلین به پذیرش شهادت نساء (قول مشهور):

برای قبول شهادت نساء در رضاع به طوایفی از روایات استدلال کرده‌اند.

طایفه اول: روایاتی که یک قاعده کلیه را مطرح می‌کند «تقبل شهادة النساء فی ما لا یطلع علیه الرجال»

اشاره

و در بعضی از روایات به جای «لا یطلع» تعبیر به «لا ینظر» دارد. این قاعده در واقع کبرای کلی است و باید به عنوان صغری ثابت شود که رضاع هم از همین قبیل (لا یطلع علیه الرجال) است.

کبرای مسأله:

هفت روایت قاعده کلیه (کبرای مسأله) را با صراحت بیان می‌کند که بعضی از این روایات معتبر و بعضی معتبر نیستند؛ ولی من حیث المجموع برای اثبات قاعده کلیه کافی است، زیرا:
اولاً: در بین آنها روایات معتبر وجود دارد.
ثانیاً: روایات تضافر دارند.

و ثالثاً: مشهور هم به آن عمل کرده، پس از چندین جهت معتبر است و لذا از اسناد روایات بحث نمی‌کنیم.

...* عن ابی بصیر قال: سألته عن شهادة النساء فقال: تجوز شهادة النساء و حدهنّ

(وقتی شهادت نساء به تنهایی صحیح باشد، به انضمام رجال به طریق اولی صحیح است)

علی ما لا یستطیع الرجال النظر الیه ...

(لا یستطیع تشریحی است نه تکوینی، یعنی مواردی که مردان شرعاً نمی‌توانند نگاه کنند). «۲»

...* عن ابراهیم الحارقی

[ثی]

قال: سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:

تجوز شهادة النساء

(ظاهر حدیث منفردات است)

فیما لا یستطیع الرجال أن ینظروا الیه و یشهدوا علیه «...۳»

...* عن محمّد بن الفضیل قال: سألت أبا الحسن الرضا علیه السلام: قلت له: تجوز شهادة النساء فی نکاح أو طلاق أو رجم

(حدود)

؟ قال:

تجوز شهادة النساء فیما لا تستطیع الرجال أن ینظروا الیه و لیس معهنّ رجل ...

(تصریح به منفردات دارد و مفهوم این جواب این است که شهادت نساء در طلاق و نکاح و حدود پذیرفته نمی‌شود، زیرا این امور

از موارد «ما لا یستطیع الرجال» نیست). «۴»

...* عن عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:

لا تجوز شهادة النساء فی رؤیت الهلال ... و قال: تجوز شهادة النساء و حدهنّ بلا رجال فی کلّ ما لا یجوز للرجال النظر الیه ...

(لا یجوز در اینجا نسبی است چون علی کل حال جایز نیست، نه بر مردان و نه

(۱) الخلاف، ج ۵، ص ۱۰۶، کتاب الرضاع، مسئله ۱۹.

(۲) ج ۱۸، ح ۴، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۳) ج ۱۸، ح ۵، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۴) ج ۱۸، ح ۷، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۹۳

بر زنان که مثلاً به عورت زنی برای شهادت بر باکره بودن او نگاه کنند، منتهی نسبی است یعنی مردها ممنوعیت شدیدتر و زنها ممنوعیت کمتری دارند). «۱»

... عن داود بن سرحان، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: أجزی شهادة النساء فی الغلام

[الصبی]

صاح أو لم یصح

(بچه‌ای که متولد شد آیا صدایی کرد یا نه؟ که اگر صدا کرده باشد، معلوم می‌شود زنده بوده، و ارث می‌برد)

و فی کلّ شیء لا ینظر الیه الرجال تجوز شهادة النساء فیہ

(به صورت جمله خبریه همان معنی را می‌رساند). «۲»

... عن السکونی، عن جعفر، عن أبیه، عن علیّ علیه السلام أنه کان یقول: شهادة النساء لا تجوز فی طلاق و لا نکاح و لا فی

حدود، الا فی الدیون و ما لا یستطیع الرجال النظر الیه. «۳»

* و فی العلل و عیون الاخبار باسانیده الی محمّد بن سنان

(که محلّ بحث است)

عن الرضا علیه السلام ... لا تجوز شهادتهنّ الا فی موضع الضرورة مثل الشهادة القابلة و ما لا یجوز للرجال أن ینظروا الیه ... «۴»

تا اینجا به کمک روایات، کبرای کلی ثابت شد.

صغرای مسأله:

آیا رضاع از چیزهایی است که مردان نمی‌توانند به آن نگاه کنند؟ بعضی می‌گویند نگاه مردان محارم جایز است؛ آیا محارم تا این اندازه می‌توانند نگاه کنند؟

سابقاً بیان شد که محارم به تمام بدن یکدیگر نمی‌توانند نظر کنند و فقط به آن مقداری که معمول است (مقداری از سینه و دستها و ساق پاها) ... می‌توانند نگاه کنند، بله شوهر آن زن می‌تواند یکی از شهود باشد، یا مثلاً ضرورتی ایجاب کند و نگاه کنند و یا چیزی که صاحب جواهر اشاره دارد و می‌فرماید در موقعی که تحمل شهادت می‌کرد نگاه کردن جایز بوده؛ ولی در حین ادای شهادت، نگاه کردن حرام باشد، مثلاً در هنگام تحمل شهادت صغیر بوده (بنابراین که صغیر بتواند تحمل شهادت کند)؛ ولی در حین ادای شهادت کبیر شده و یا اینکه در موقع تحمل شهادت شوهر بوده و الان طلاق داده است، حال آیا به همین مقدار، رضاع از موارد «یستطیع الرجال» می‌شود؟

به عبارت دیگر آیا مراد از «لا یستطیع» و «لا یجوز» لایستطیع غالبی است یا دائمی؟ اگر منظور از لایستطیع، دائمی باشد، یعنی در موردی که هیچ مردی اجازه رؤیت نداشته باشد، شهادت زنان جایز باشد، در این صورت برای شهادت زنان هیچ مصداقی پیدا نمی‌شود، چون اطباء هم عند الضرورة می‌توانند ببینند که بچه‌ای متولد شده است یا نه، و یا شوهر در تمام موارد جایز است به زن نظر کند، بنابراین لایستطیع غالبی است یعنی مردان غالباً به حسب متعارف آن را نبینند. بنابراین رضاع هم یکی از مصداق این

کبری است چون غالباً مردها چه محارم و چه غیر محارم سینه زن را در رضاع نمی‌بینند و زنان سینه خود را از محارم غیر شوهر هم می‌پوشانند، مضافاً به اینکه محارم هم محدود هستند؛ ولی زنان در مجالس زنانه، در مقابل زنان دیگر، بچه‌های خود را شیر می‌دهند و زنان دیگر شیر دادن آنها را می‌بینند و می‌توانند شهادت دهند.

نتیجه: با بودن این قاعده کلیه ما می‌توانیم شهادت نساء را در رضاع ثابت کنیم و بگوییم زنها در مسئله رضاع منفردات می‌توانند شهادت دهند.

۸۲ ادامه مسئله ۷ ... ۱۸ / ۱ / ۸۱

طائفة دوم: روایاتی است که قاعده کلیه در آنها نیست

و در مصادیق خاصه‌ای مانند مسئله بکارت، نفاس، استهلال (ناله کردن بچه در حین تولد) و عیوب وارد شده است؛ از این مثالها الغاء خصوصیت کرده و رضاع را هم ملحق می‌کنیم یا با قیاس اولویت باب رضاع را بر شمول اولی می‌دانیم.

این احادیث مختلف هستند، بعضی فقط در مورد ولادت و بعضی در مورد بکارت و نفاس و بعضی مصادیق دیگر را بیان می‌کنند که همه را تحت عنوان مصادیق

«ما لا یحلّ للرجل النظر الیها»

قرار می‌دهیم و چون احادیث متضافر هستند از سند آنها بحث نمی‌کنیم.

... * و سألته عن شهادة القابلة فی الولادة،

(اصل ولادت یا زنده به دنیا آمدن ولد یا هر دو، کدام مراد است؟)

قال: تجوز شهادة الواحدة، و قال: تجوز شهادة النساء فی المنفوس

(شهادت به نفاس کنایه از شهادت به ولادت است)

و العذرة

(بکاره). «۵»

... * عن محمد بن مسلم قال: قال: لا تجوز شهادة النساء فی الهلال و لا فی الطلاق و قال: سألته عن النساء تجوز شهادتهن؟ قال: نعم فی

(۱) ج ۱۸، ح ۱۰، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۲) ج ۱۸، ح ۱۲، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۳) ج ۱۸، ح ۴۲، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۴) ج ۱۸، ح ۵۰، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۵) ج ۱۸، ح ۲، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۹۴

العذرة و النفساء. «۱»

... * عن عبد الله بن بكير، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: تجوز شهادة النساء فی العذرة، و كل عيب لا يراه الرجل. «۲»

... * عن ابي عبد الله عليه السلام قال: أتى امير المؤمنين عليه السلام بامرأة بكر زعموا أنّها زنت، فأمر النساء

(حضرت عليه السلام به زنان امر کردند که او را معاینه کنند)

فنظرت اليها فقلن هي عذراء

(باکره)

، فقال: ما كنت لأضرب من عليها خاتم

(نشانه)

من الله، و كان يجيز شهادة النساء في مثل هذا

(آیا «مثل هذا» رضاع را هم شامل می شود). «۳»

... * عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن المرأة يحضره الموت و ليس عندها آلا امرأة، أ تجوز شهادتها؟
(شهادت این زن به وصیت)

أم لا تجوز؟ فقال: تجوز شهادة النساء في المنفوس و العذرة. «۴»

... * عن احدهما عليه السلام قال: لا تجوز شهادة النساء في الهلال، و سألته هل تجوز شهادتهن و حدهن؟ قال: نعم في العذرة و النفساء. «۵»

... * عن محمد بن مسلم قال: سألته تجوز شهادة النساء و حدهن؟ قال: نعم في العذرة و النفساء. «۶»

... * عن ابي جعفر عليه السلام قال: قال: تجوز شهادة امرأتين في استهلال. «۷»

ظاهراً مراد استهلال الصبی است، نه رؤیت هلال ماه، چون:

أولاً: به قرینه بعضی از روایات، استهلال هم ردیف امور پنهانیِ مرأه مانند عذرة و نفساء قرار داده شده است.

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۳، ص: ۹۴

ثانیاً: تعبیر به استهلال در مورد رؤیت هلال درست نیست چون استهلال به دنبال هلال ماه رفتن است که شهادت دادن در آن معنی ندارد، بلکه شهادت باید به رؤیت هلال باشد.

... * و يجوز في الاموال، و في ما لا يطع عليه آلا النساء، من النظر الى النساء، و الاستهلال، و النفاس
(برای تمام شدن عدّه)

و الولادة...

(از این روایت معلوم می شود که نفاس معنایی غیر از ولادت و استهلال دارد. چرا که استهلال را هم ردیف نفاس و ولادت قرار داده است). «۸»

این حدیث در واقع سه حدیث است که از امیر المؤمنین و امام باقر و امام صادق علیهما السلام نقل شده است.

و اما برای الحاق رضاع به این مواردی که در روایات ذکر شده است، مرحوم صاحب جواهر می فرماید:

و الرضاع إن لم يكن أولى من بعضها فهو مثله. «۹»

رضاع از کدامیک از موارد ولادت، نفاس، عذره یا عیوب باطنه اولی است؟ رضاع از هیچ یک اولی نیست و مثل آنها هم نیست، چون لازمه آنها رؤیت محل است و فقط در مورد استهلال است که چون مرد می تواند با گوش خود بدون دیدن، بشنود مثل رضاع است بلکه رضاع اولی از استهلال است چون رضاع با دیدن است و دیدن اولی بر شنیدن است، بنابراین تمام مصادیق مذکوره در روایات غیر از استهلال، اولی از رضاع هستند؛ پس در میان این روایات، روایاتی به درد ما می خورد که بحث استهلال را به میان آورده است چون شنیدن صدای بچه برای رجال میسر است و نسبت به نگاه کردن به سینه زن در هنگام شیر دادن اخف است و

وقتی شهادت به استهلال از زنان پذیرفته شود، در مورد رضاع به طریق اولی پذیرفته می‌شود. علاوه بر این می‌توانیم از روایات استهلال الغاء خصوصیت کرده و بگوییم شامل رضاع هم می‌شود که البته این دلیل به قوت و قدرت دلیل اول (طایفه اولی) نیست؛ ولی بعید نیست که حد اقل دلالت را داشته باشد.

طایفه سوم: روایاتی که به طور اطلاق می‌گوید شهادت نساء با شرائط قبول است

و معنایش این است که شهادت نساء در همه جا مورد قبول است الا ما خرج بالدلیل. در این طایفه باید از اسناد روایات بحث شود، چون احادیث متضافر نیستند.

... عن ابی جعفر علیه السلام قال: تقبل شهادة المرأة و النسوة اذا كن مستورات من اهل البيوتات (خانواده پاکی داشته باشد)

معروفات بالستر و العفاف مطيعات للزواج تاركات للبدی (بدزبانی و فحاشی)

و التبرج الى الرجال في انديتهم

(جمع نادى به معنی اجتماع یعنی در محل اجتماع مردان خود را جمع و جور کرده و با زینت و آرایش نشان ندهند). «۱۰»
مجموع این صفات به معنی عادلان است.

(۱) ج ۱۸، ح ۸، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۲) ج ۱۸، ح ۹، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۳) ج ۱۸، ح ۱۳، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۴) ج ۱۸، ح ۱۴، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۵) ج ۱۸، ح ۱۸، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۶) ج ۱۸، ح ۱۹، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۷) ج ۱۸، ح ۴۱، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۸) مستدرک، ج ۱۷، ح ۵، باب ۱۹ از ابواب شهادات.

(۹) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۴۵.

(۱۰) ج ۱۸، ح ۲۰، باب ۴۱ از ابواب شهادات.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۹۵

سند این روایت طولانی است و همه آنها خوب هستند جز «عبد الکریم ابن ابی یعفور» که مجهول الحال و برادر عبد الله بن ابی یعفور ثقه است.

حال با تمسک به اطلاق این روایت می‌گوییم که شهادت نساء مطلقاً پذیرفته می‌شود الا ما خرج بالدلیل که رضاع هم از آنها نبوده و در تحت اطلاق روایت «تقبل شهادة النساء» باقی است.

این حدیث علاوه بر مشکل سندی اشکال دلالی هم دارد:

اولاً: در مقام بیان از نظر عموم (شهادت زنان در همه موارد پذیرفته شود)، نیست بلکه در مقام بیان فی الجملة است یعنی فی الجملة شهادت نساء پذیرفته می‌شود.

ثانیاً: شهادت زنان در خیلی از موارد پذیرفته نمی‌شود (حدود، دیات، قصاص، هلال)؛ ... پس تخصیص اکثر یا کثیر لازم می‌آید و تخصیص اکثر قبیح و مستهجن است در این مورد یا باید بگوییم که در مقام اجمال است یا برای آن یک معنی محدودتری در نظر بگیریم تا بر آن معنی محدودتر تخصیصات کثیره وارد نشود، پس این روایت از جهات مختلف دارای اشکال است و قابل استدلال نیست.

۸۳ ادامه مسئله ۷ ... ۱۹ / ۱ / ۸۱

* الحسن بن علی العسکری فی تفسیره

(محل بحث است که آیا تفسیر ایشان به طور صحیح به دست ما رسیده است یا نه)

عن آبائه، عن امیر المؤمنین علیه السلام فی قوله تعالی «فان لم یكونا رجلین فرجل و امرأتان» قال: عَدَلْتُ امرأتان فی الشهاده برجل واحد، فاذا کان رجلاً أو رجلاً و امرأتان أقاموا الشهاده قضی بشهادتهم «... ۱»

(مطلق است و معنایش این است که در همه جا حتی در مسئله رضاع، شهادت نساء پذیرفته می‌شود، منتهی این روایت مورد انضمام رجل به مرأه است که می‌توانیم شهادت نساء منفرداً را با عدم قول به فصل ثابت کنیم زیرا در مسئله رضاع، کسی در حجیت شهادت نساء قائل به تفصیل بین منضماً و منفرداً نشده است).

این حدیث از نظر دلالت هم محل بحث است چون نمی‌دانیم که آیا اطلاق در مقام بیان است، یا ناظر به آیه است (بیان فی الجملة)؟

اگر مطلق باشد، به درد استدلال می‌خورد؛ ولی تخصیص کثیر مستهجن یا تخصیص اکثر لازم می‌آید، و اگر ناظر به آیه باشد چون در مورد دین است پس شهادت نساء در دین پذیرفته می‌شود و در ما نحن فیه (رضاع) قابل استدلال نیست.

نتیجه: طایفه سوم که تمسک به اطلاقات باشد دلیل ضعیفی است و نمی‌توانیم با این دو روایت مشکل را حل کنیم چون: اولاً: در مقام بیان بودنش محل بحث است.

ثانیاً: سلمنا که در مقام بیان بوده و عام باشد؛ ولی تخصیص اکثر لازم می‌آید.

طایفه چهارم:

روایت مرسله‌ای است که عبد الله بن بکیر نقل کرده است.

... عن عبد الله بن بکیر عن بعض اصحابنا عن ابی عبد الله علیه السلام فی امرأه ارضعت غلاماً و جاریه

(از ذیل حدیث معلوم می‌شود زن مدعی است که بچه را شیر داده)

قال یعلم ذلک غیرها؟ قال: لا، فقال:

لا تُصدّق إن لم یکن غیرها «۲»

(إن شرطیه است و حجیت مفهوم شرط در بین مفاهیم مسلم است پس مفهومش این است که اگر غیر از این زن به او ضمیمه شود کافی است و فرقی نمی‌کند که چند نفر ضمیمه شود، پس این روایت دلالت می‌کند بر قبول شهادت مرضعه به ضمیمه دیگری و این دلیل بر قبول شهادت نساء است).

آیا این سند قابل قبول است؟ اگر بگوییم وقتی در سند روایت به «اصحاب اجماع» می‌رسیم مابعد ایشان قابل قبول است، این سند درست می‌شود؛ ولی اگر این مبنا را قبول نکرده و گفتیم معنای اصحاب اجماع این است که ثقه بودنشان در میان رجال سند اجماعی است، در این صورت این روایت قابل استناد نیست

تنبیه: بعضی در مفهوم این روایت شک کرده و می‌فرمایند که حجّت نیست؛ و علت این تشکیک آن است که در زمان سابق بحث

مفاهیم به اندازه امروز مطرح نبوده و تنقیح نشده بود؛ ولی امروزه در عصر ما روشن است که مفهوم شرط حجّت است، بنابراین اشکال مفهوم شرط وارد نیست و فقط مشکل در سند است.

ان قلت: عمل مشهور جابر ضعف سند است.

قلنا: احتمال دارد مستند مشهور دلیل اول و دوم باشد.

جمع بندی: با توجه به دلیل اول و دوم مشکلی از نظر ضعف دلیل سوم و چهارم پیدا نمی شود پس شهادت نساء در مورد رضاع پذیرفته شده و حق با مشهور است.

ادله مخالفین حجیت شهادت نساء در رضاع:

اشاره

مخالفین عمدتاً دو دلیل اقامه کرده اند:

(۱) ج ۱۸، ح ۵، باب ۱۵ از ابواب کیفیت الحکم.

(۲) ج ۱۴، ح ۳، باب ۱۲ از ابواب رضاع.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۹۶

۱- اصل:

در باب حجج هر جا که شک کنیم، اصل عدم حجیت است یعنی اصالت عدم حجیت ظنّ الا ما خرج بالدلیل، که مرحوم شیخ انصاری این بحث را مفصلاً مطرح می کند.

جواب: اصل در جایی قابل تمسک است که دلیلی نداشته باشیم و با وجود دلیل نوبت به اصل نمی رسد، و چهار دلیل آوردیم که لااقل دو مورد از آن مقبول است.

۲- روایت مرسله:

مرحوم شیخ طوسی در مبسوط به روایت مرسله‌ای استدلال می کند:

* و اصحابنا رَوَوْا أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ شَهَادَةَ النِّسَاءِ فِي الرِّضَاعِ أَصْلًا. «۱»

جواب: این حدیث مرسله است و اصحاب هم به آن عمل نکرده اند و لو شیخ طوسی به آن اعتماد کرده است و از چیزهایی که انسان را به این روایت مشکوک می کند این است که شیخ طوسی در کتاب تهذیب و استبصار این روایت را نقل نکرده و اگر قابل عمل بود باید در آنجا هم ذکر می کرد و تصوّر ما این است که ایشان می خواسته این عبارت را بعنوان قاعده از عموماتی که می گوید شهادت نساء قبول نمی شود استفاده کند؛ نه به عنوان روایت؛ ولی به هر حال چنین روایت مرسله‌ای را نمی توانیم بپذیریم.

۳- اجماع شیخ طوسی:

بعضی دلیل سومی را هم ذکر می کنند و آن اجماعی است که شیخ طوسی در کتاب خلاف ادعا کرده است دلیلنا اجماع الفرقة.

جواب: این اجماع را قبلاً جواب داده و گفتیم که این چه اجماعی است که علما قدیماً و جدیداً مخالف آن هستند و گفتیم شاید از قبیل اجماع بر قاعده باشد، به هر حال، این اجماع منقول پذیرفته نمی شود.

المقام الثانی: عدد الشهود

اشاره

چهار قول در مسئله شهادت نساء وجود دارد:

- ۱- چهار زن باید شهادت دهند (قول مشهور)
- ۲- شهادت دو زن کافی است (قول مرحوم شیخ مفید)
- ۳- شهادت یک زن کافی است (قول مرحوم سلار)
- ۴- شهادت بالنسبه کافی است که این قول در رضاع قابل استفاده نیست، چون حلیت و حرمت امری بسیط است و فقط در جایی که مورد شهادت قابل تقسیم باشد وارد می شود. مثل میراث که شهادت یک زن یک چهارم اثر دارد و شهادت دو زن نصف اثر و شهادت سه زن سه چهارم اثر ...

ادله قول اول (قول مشهور):

اشاره

قول اول که مختار ماست دو دلیل عمده دارد:

۱- اصل:

اصل حجیت را ثابت کردیم و اما از نظر تعداد شهود، اصل عدم حجیت مادون الاربعه است، چون در باب حجج، اصل عدم حجیت است الا ما ثبت بالدلیل و در جایی که دلیل بر خلاف اصل نباشد به اصل استناد می کنیم.

۲- استقراء باب شهادات النساء:

وقتی شهادات النساء را استقراء کنیم در می یابیم در مواردی که شهادت نساء پذیرفته شده، دو زن معادل یک مرد قرار گرفته است، مثلاً در آیه ۲۸۲ سوره بقره می فرماید که اگر دو مرد نبود یک مرد با دو زن شهادت دهند «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ» حال می گوئیم استقراء این اطمینان را می آورد که در ما نحن فیه هم (رضاع) باید چهار زن باشد تا معادل دو مرد گردد.

ادله قول دوم (قول شیخ مفید):

برای این قول به سه روایت استدلال کرده اند:

...* عن ابی بصیر عن ابی جعفر علیه السلام قال: قال: تجوز شهادة امرأتین فی استهلال. (۲)

این روایت در مورد استهلال صبی است، آیا می توانیم رضاع را هم به آن قیاس کنیم؟ قبلاً ما ادعای قیاس اولویت کرده و گفتیم استهلال صبی مستلزم نظر نیست و با شنیدن صدای بچه حاصل می گردد؛ ولی رضاع مستلزم نگاه کردن است؛ حال که در استهلال شهادت دو زن کافی است، در رضاع به طریق اولی پذیرفته می شود.

جواب: در اینجا اولویت عکس است، یعنی ما نمی توانیم بگوئیم چون در استهلال دو زن کافی است در رضاع هم دو زن کافی

است چون رضاع از استهلال پیچیده‌تر است، شنیدن صدای بچه آسان است و اگر دو نفر شهادت دهند، کافی است؛ ولی در رضاع، پانزده مرتبه شیر دادن را با تمام شرایط دیدن مشکل و پیچیده است، پس از استهلال به رضاع آمدن در اصل حجیت

(۱) مبسوط، ج ۸، ص ۱۷۲.

(۲) ح ۴۱، باب ۲۴ از ابواب شهادت.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۹۷

خوب است؛ ولی در تعداد شهود برعکس است.

... عن ابی عبد الله علیه السلام فی امرأة ارضعت غلاماً و جاریه قال:

یعلم ذلک غیرها؟ قال: لا فقال: لا تصدق ان لم یکن غیرها. «۱»

زنی پسر و دختری را شیر داده آیا شهادت آن زن در مورد رضاع قبول می‌شود؟ از مفهوم جواب امام عموم را فهمیده‌اند یعنی آن کان غیرها و لو واحدة یقبل قولها پس دو نفر شهادت دهند پذیرفته می‌شود.

جواب: این استدلال دو اشکال دارد:

۱- اشکال سندی: روایت مرسله است.

۲- اشکال دلالی: مفهوم اطلاق دارد و اطلاق قابل تقييد است یعنی اگر توانستیم با آن استقراء، اربعه را ثابت کنیم، می‌توانیم این اطلاق را به اربعه تخصیص بزنیم.

... و روی آنه تجوز شهادة امرأتین فی استهلال الصبی «... ۲»

آیا این روایت است یا فتوای مرحوم صدوق یا یکی از بزرگان اصحاب؟ عبارت «روی» شاهد است که قول امام رضا علیه السلام نیست و قول یکی از فقهاست.

جواب: اشکالات روایت اول در اینجا هم هست و بعید نیست که این همان روایت ابو بصیر باشد و به فرض که غیر از آن روایت باشد، چون مرسله است نمی‌توان به آن استدلال کرد.

نتیجه: دلیل قابل ملاحظه‌ای برای کفایت «شهادت اثین» در باب رضاع نداریم، البتّه در باب میراث روایات متعدّدی نسبت به «عدد اثین» وجود دارد که می‌فرمایند دو شاهد در نصف میراث کافی است؛ ولی اینها به درد بحث ما نمی‌خورد.

دلیل قول سوم (قول مرحوم سار):

دلیل بر کفایت واحده یک روایت صحیحه است:

... و سألته عن شهادة القابلة فی الولادة قال: تجوز شهادة الواحدة «... ۳»

این روایت در مورد رضاع نیست و باید با الغاء خصوصیت یا اولویت به باب رضاع استدلال کنیم.

جواب: روایت سه اشکال دارد:

۱- روایت در مورد ولادت است و اولویتی بر رضاع ندارد، چون رضاع پیچیده است و اشتباه و خطا در آن زیاد است. بنابراین تعدی از آن به باب رضاع مشکل است.

۲- احتمال دارد از آن روایاتی باشد که می‌گوید شهادت یک زن در یک چهارم میراث پذیرفته می‌شود یعنی ناظر به میراث باشد که قابل تجزیه است و مسئله رضاع قابل تجزیه نیست.

۳- بعضی گفته‌اند که این روایت را بر استحباب در باب رضاع حمل می‌کنیم، یعنی اگر یک نفر هم خبر داد که اینها با هم شیر

خورده‌اند مستحب است که به آن ترتیب اثر دهیم چون امر نکاح شدید است، صاحب جواهر به عنوان قرینه، کلامی از سید مرتضی نقل می‌کند:

یومی الیه عبارة السید فی الناصریه، قال: استحَب أصحابنا ان یقبل فی الرضاع شهادة المرأة الواحدة. «۴»
سپس یک حدیث نبوی هم از سنن دارقطنی نقل می‌کند که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرمود:
دعها کیف و قد شهدت السوداء «۵»

این بجه را تزویج نکنید چون این زن بر رضاع شهادت داده است، همه اینها قرینه می‌شود که معنی روایت را حمل بر استحباب کنیم؛ ولی احتیاجی به این حرفها نداریم.

جمع بندی: برای شهادت در باب رضاع چهار زن لازم است چون اصل، عدم پذیرش است و لو سلمنا که روایات اثنان و واحدة هم دلالت داشته باشد اعراض مشهور ریشه این روایات را می‌زند.

۸۵ شهادتهن فی ما یخفی علیه الرجال ... ۲۴ / ۱ / ۸۱

«شهادة النساء فی ما یخفی علیه الرجال»

اشاره

بحث در شهادات النساء در رضاع بود. به مناسبت، وارد بقیه شاخه‌ها و شقوق شهادت نساء می‌شویم.
آیا شهادت نساء در امور مختص به آنها مانند ولادت، نفاس، حیض، عذره (بکارت)، عیوب خفیه و امثال آن مقبول است؟

شهادة النساء منفردات:

اقوال:

در مورد شهادت نساء منفردات هیچ خلاقی نیست و از احدی قول به عدم قبول نقل نشده است، بنابراین مسأله اجماعی یا کالاجماع است

ادله پذیرش شهادت نساء منفردات:

اشاره

دو دلیل ذکر شده است:

- (۱) ح ۳، باب ۱۲ از ابواب رضاع.
 - (۲) مستدرک، ج ۱۷، ح ۸، باب ۱۹ از ابواب شهادات.
 - (۳) ح ۲، باب ۲۴ از ابواب شهادات.
 - (۴) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۴۷.
 - (۵) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۴۷.
- کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۹۸

۱- روایات:

برای اثبات پذیرش شهادت نساء منفردات در امور مخصوص به آنها به دو طایفه از روایات استدلال شده است.

الف) طایفه‌ای از احادیث که قاعده کلیه در آن منعکس شده بود و سه تعبیر مختلف داشت:

۱-

«يجوز شهادتهن فيما لا يحل للرجل النظر اليها».

۲-

«لايستطيع الرجال النظر اليها».

۳-

«لا يجوز للرجال النظر اليها».

این احادیث در باب ۲۴ از ابواب شهادت آمده است و ظاهر آنها این است که شهادت نساء منفردات قبول می‌شود.

ب) طایفه‌ای از روایات که در مصادیق خاصه شهادت نساء را می‌پذیرفتند و قاعده کلیه در آنها نیامده بود به طوری که از موارد خاصه می‌توان استنباط عموم کرد که چیزی شبیه استقراء می‌شود.

وقتی انسان مشاهده می‌کند در تمام مواردی که اختصاص به نساء دارد شهادت آنان پذیرفته می‌شود، از اینجا استفاده عموم می‌شود، چون بسیار بعید به نظر می‌رسد که در بعضی از موارد که اختصاص به نساء دارد، شهادت آنان پذیرفته شده و در بعض دیگر پذیرفته نشود، در حالی که ملاک در همه آنها یکی است.

۲- اصل اعتباری عقلی:

این اصل در واقع همان احتیاج به شهادت نساء است، چون اموری وجود دارد که مردان نمی‌توانند به آن نظر کنند، البته نظر زنها هم جایز نیست؛ ولی بین حرمت نظر برای مرد و حرمت نظر برای زن فرق بسیاری است، مانند مسئله بکارت، عیوب و نفاس... که احتیاج به شهادت زنان دارد، این امور در دستگاه قضایی مورد حاجت است. اگر بگوییم شهادت زنان قبول نیست و شهادت مردان قبول است این با مذاق شارع مقدس سازگار نیست چون در شریعت اسلام مردان نمی‌توانند شاهد چنین اموری باشند در حالی که در قضاوت به شهادت به این امور نیاز است، از اینجا نتیجه می‌گیریم، اگر یک روایت هم بر قبول شهادت نساء نداشته باشیم باز با این استدلال ثابت می‌کنیم که زنان می‌توانند شهادت دهند.

به عبارت دیگر حجج شرعی و عقلانی همه به جهت حاجاتی است که در جامعه وجود دارد، مثل حجیت قول ذوالیید، که اگر ما قول ذوالیید را حجیت ندانیم هر کسی می‌تواند مدعی مالی که در دست مردم است باشد و یا اگر شاهدین عدلین را حجیت ندانیم و فقط بگوییم علم قاضی معتبر است، در مواردی که قاضی علم ندارد دچار مشکل می‌شویم و اختلال لازم می‌آید. اگر ظاهر الفاظ حجیت نباشد و بگوییم مراد خلاف ظاهر است، هیچ لفظ و سندی اعتبار نخواهد داشت، همچنین است حال قرعه، پس تمام حججی که در بین عقلا و احکام شرع وارد شده، بخاطر نیاز است که اگر نباشد اختلالی در گوشه‌ای از امور بوجود خواهد آمد.

حال اگر معیار در حجج شرعی چنین باشد، در ما نحن فیه هم همان گونه است، چون شهادت نساء را لازم داریم چرا که وقتی شارع مقدس اجازه نمی‌دهد که حتی یک تار موی زن بیرون باشد نمی‌توان پذیرفت که در چنین مواردی مردان باید شهادت دهند، پس شهادت نساء باید حجیت باشد.

اقوال:

در منضمات از مرحوم قاضی نقل شده که قائلند اگر دو زن و یک مرد بر این مسائل که از مختصات زنان است شهادت دهند، قبول نمی‌شود، می‌فرماید:

أَنَّهُ قَالَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ أَحَدٌ مِنَ الرِّجَالِ. «۱»

حال بحث در این است که آیا مرحوم قاضی واقعاً مخالف است یعنی در کلام مرحوم قاضی، «لا يجوز» آیا وضعی است یا تکلیفی؟ اگر وضعی باشد معنی آن عدم حجیت است اما اگر تکلیفی باشد یعنی مردان نباید نگاه کنند که در این صورت مخالفتی از آن استفاده نمی‌شود و اینکه صاحب جواهر می‌فرماید مخالفت قاضی بر من ثابت نیست، چون منظور از «لا يجوز» معلوم نیست. سلّمنا که مرحوم قاضی مخالف باشد؛ ولی مخالف دوّمی در مسأله نداریم.

ادله قول مشهور بر پذیرش شهادت نساء منضمات:

اشاره

دو دلیل ذکر شده است:

۱- عموماً:

عموماتی که شهادت نساء را در مختصات نساء حجّت می‌داند عامّ است یعنی منضمات و منفردات هر دو را شامل می‌شود.

۲- اصل بودن مردان در شهادت:

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید رجال در شهادت اصل هستند و دلیلی ندارد که اصل را خارج کنیم و فرع را باقی بگذاریم. ان قلت: رجال که نمی‌توانند نظر کنند، و اگر نگاه کنند فاسق

(۱) جواهر، ج ۴۱، ص ۱۷۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۹۹

می‌شوند، در حالی که شرط شهادت عدالت است.

قلنا: ممکن است به طور غیر حرام هم نظر کنند، مانند زوج یا طیب در جایی که راه منحصر به طیب مرد باشد و یا زنی برای معالجه نزد طیب مرد رفته و طیب عیوب باطنی و بکارت و عدم بکارت را فهمید، و گاهی هم ممکن است که من باب الاتفاق نظر بیافتد، پس محال نیست که به طور مجازاً مرد نظرش به این گونه امور بیافتد، حال یکی از این افراد ضمیمه شده و شهادت می‌دهند.

نتیجه: با تمسک به اطلاقات و اینکه اصل در شهادت، رجال هستند، شهادت نساء را به صورت منضمات می‌پذیریم.

از این تعبیرات استفاده می‌شود که اگر شهادت در امور مخصوص به نساء، منحصر به رجال باشد (مردان مستقلاً) لا یقبل، چون آنچه متعرض شده‌اند زنان منفردات و منضمات است و اینکه مردان مستقل باشند، کسی متعرض نشده و جای تردید است، زیرا برای مردان این امور مشکل است، حتی ما منضمات را هم بزحمت پذیرفتیم چون دلیل آن محکم نیست و اگر در منضمات هم احتیاط کنیم و نپذیریم بهتر است، مگر در آنجایی که راه منحصر شود به یک مرد و دو زن.

هذا تمام الکلام در جایی که از مختصات نساء است.

«شهادة النساء فی الحدود و الدیات و القصاص»

اشاره

از موارد شهادات النساء مسئله حدود و قصاص است و اما حدود (زنا، قذف، سرقت، ارتداد، شرب خمر، مساحقه و لواط) ... که از آن تعبیر به حقّ الهی می‌شود، آیا شهادت زنان در آن پذیرفته می‌شود؟
ظاهراً مسلم است که شهادت نساء در این امور پذیرفته نمی‌شود و شارع مقدّس نخواست است تا زنان آلوده به این مسائل شوند البتّه زنا با شرائطی استثنا شده است.

اقوال:

مرحوم شیخ در مبسوط بعد از تقسیم حقوق به دو قسم (حقّ الله و حقّ الناس) می‌فرماید:
فأما حقوق الله (حدود) فجميعها لا مدخل للنساء و لا للشاهد مع اليمين فيها (شاهد با یمین در بعضی از مسائل مالی پذیرفته می‌شود) ... و روی اصحابنا أن الزنا يثبت بثلاثة رجال و امرأتين و برجلين و اربع نسوة. «۱»
مرحوم مفید می‌فرماید:

و لا يقبل فی الزنا و اللواط و لا شيء مما يوجب الحدود شهادات النساء و لا يقبل فی ذلك ألا شهادات الرجال. «۲»
در این عبارات ادعای اجماعی نشده و در واقع ارسلوه ارسال المسلمات و مسأله مسلم دانسته شده؛ ولی مرحوم صاحب جواهر چنین می‌فرماید:

فالأول منه (حقّ الله) ما لا يثبت الا بربعة رجال، كالزنا و اللواط و السحق. «۳»
و منه ای ما هو حقّ لله تعالی ما يثبت بشاهدين عدلين (دو مرد) و هو ما عدا ذلك من الجنایات الموجبة للحدود كالسرقة و شرب الخمر و الردة (ارتداد). «۴»

و لا يثبت شيء من حقوق الله تعالی بشاهد و امرأتين و لا بشهادة النساء منفردات و إن كثرن (حتی اگر صد نفر هم باشند، مگر این که منجر به علم قاضی شود) بلا خلاف آنچه در «۵»
نتیجه: در زنا، لواط و مساحقه، چهار شاهد و در سرقت، شرب خمر و ارتداد دو شاهد مرد لازم است و شهادت زنان منفرداً و منضمماً قبول نمی‌شود.

۸۶ شهادة النساء فی الحدود و القصاص ... ۲۵ / ۱ / ۸۱

ادله عدم قبول شهادت نساء در حدود و قصاص:

اشاره

دو دلیل برای آن اقامه شده است.

۱- آیات:

به سه آیه از قرآن برای اثبات عدم پذیرش شهادت نساء در حدود استدلال شده است:

الف: «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ». «۶»

کسانی که زنان پاکدامن را متهم می‌کنند و چهار شاهد نمی‌آورند به آنها هشتاد تازیانه (حدّ قذف) بزنید. منطوق آیه در مورد حدّ قذف است؛ ولی مفهومش این است که

(۱) مبسوط، ج ۸، ص ۱۷۲.

(۲) مقنعه، ص ۷۷۵.

(۳) جواهر، ج ۴۱، ص ۱۵۴.

(۴) جواهر، ج ۴۱، ص ۱۵۸.

(۵) جواهر، ج ۴۱، ص ۱۵۹.

(۶) آیه ۴، سوره نور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۰۰

اگر «اربعه شهداء» باشد قذف نیست و زنا ثابت است و حدّ زنا جاری می‌شود. «شهداء» هم جمع «شهید» است نه جمع «شهیده» پس منظور چهار شاهد مرد است و زنان نمی‌توانند در مورد حدود شهادت دهند، علاوه بر این «اربعه» هم شاهد است بر اینکه مراد از «شهداء»، مردان هستند.

إن قلت: ذکر رجال (شهداء) در آیه شریفه، از باب تغلیب است.

قلنا: تغلیب خلاف ظاهر است و نیاز به قرینه دارد و در اینجا قرینه نداریم.

ب: «لَوْ لَأَجَأُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ». «۱»

این آیه مربوط به افک عایشه است، عده‌ای خواستند بواسطه همسر پیامبر، آبروی حضرت را بریزند، آیات افک نازل شد و با تمام فصاحت و بلاغت، تمام جوانب این مسأله را مطرح کرده، و مردم را بر چند دسته تقسیم کرد، سران افک، شایعه‌پراکنان و مردمی که تحت تأثیر قرار گرفته بودند. یکی از آن آیات که گروه اصلی را مخاطب قرار می‌دهد همین آیه است که می‌فرماید چرا اینها بدون چهار شاهد مردم را متهم می‌کنند، یعنی نباید افک و حتک حرمت مسلمین بشود، مگر با چهار شاهد که مفهومش این است که اگر چهار شاهد بیاورند، از آنها پذیرفته می‌شود. کیفیت استدلال به این آیه هم مانند آیه اول است.

ج: «فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ». «۲»

این آیه قبل از آیه جلد نازل شده و در مورد مجازات زنا است که حدّ زنا بر اساس این آیه، حبس تا وقت موت بود و ملاک اثبات آن هم همان چهار شاهد است. در این آیه، نشانه نسخ حکم وجود دارد «أَوْ يُجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا» که دلالت می‌کند بر این که بعداً این آیه نسخ خواهد شد.

این آیات در مقام بیان است و می‌گوید که راه اثبات حدود، فقط این راه است و اگر راه دیگری هم داشت (مثلاً کفایت هشت مرأه

یا چهار مرأه و دو مرد) باید آن را بیان می‌کرد کما اینکه در مورد کتابت دین آمده است و عجب این است که در عقود ما کتابت را کافی نمی‌دانند در حالی که طولانی‌ترین آیه قرآن در مورد کتابت است و کتابت در عقود نادیده گرفته شده است، می‌فرماید: «وَأَشْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ (اگر کتابتی نیست دو شاهد بگیرید) فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ»^۳ چون در این آیه برای دو مرد به عنوان شاهد، بدل وجود دارد، بیان می‌کند حال از این سه آیه که در مقام بیان است، و در آن راه دیگری غیر از شهادت رجال (منفرداً) بیان نشده معلوم می‌گردد که در اینجا شهادت نساء پذیرفته نمی‌شود، نه منفرداً و نه منضماً.

سؤال: چرا شارع زنان را از شهادت در این امور منع کرده است؟

جواب: چون اگر شهادت زنان در این امور پذیرفته شود و سوسه پیش می‌آید که بروند و تجسس کنند و چون زنها آسیب‌پذیرتر هستند، باید از این مسائل دورتر باشند تا حتی برای شهادت هم سراغ این چیزها نروند.

۲- روایات:

اشاره

روایات زیادی داریم که قسمتی در وسائل و قسمتی در مستدرک آمده است:

... عن غياث بن ابراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام قال: لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في القود (قصاص). «۴»

از نظر دلالت: دلالت روایت واضح و روشن است.

از نظر سند: ظاهراً کسی که ایرادی داشته باشد در سند روایت نیست و اگر ایرادی باشد در «غیاث بن ابراهیم» است که غالب علمای رجال او را بطری می‌دانند. زیدیه دو شاخه هستند که یک طایفه «زیدی شیعه» و طایفه دیگر «زیدی عامه» که این طایفه را «بطری» می‌نامند. این شخص هم زیدی است و هم عامی؛ ولی توثیق شده است، اما روایت صحیح نیست، چون در صحیح هم باید صحیح المذهب باشد و هم ثقه و اما اگر تنها وثاقت داشته باشد، دون المذهب موثق است، پس این حدیث موثقه است.

شخص دیگری که ممکن است در اینجا محل بحث باشد «احمد بن ابی عبد الله برقی» است که همان «احمد بن محمد بن خالد برقی» است که اهل حجاز بود و به جهت تشیع، پدر او را کشتند و با جمعی به قم هجرت کرد «احمد بن محمد بن خالد برقی» مرد ثقه‌ای است و همه او را ثقه می‌دانند حتی ابن غضائری که شخص سخت‌گیری است، او را ثقه می‌داند، منتهی اشکال برقی این بود که از ضعف بسیار نقل روایت می‌کرد، شکایت او را پیش «احمد بن محمد بن عیسی» رئیس علمای قم بردند و او دستور داد برقی را از قم بیرون کنند و بعد از مدتی وساطت کردند که او آدم خوبی است و تصمیم گرفته از ضعف نقل نکند، او را نزد احمد بن

(۱) آیه ۱۳، سوره نور.

(۲) آیه ۱۵، سوره نساء.

(۳) آیه ۲۸۲، سوره بقره.

(۴) ح ۲۹، باب ۲۴ از ابواب شهادت.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۰۱

عیسی آوردند و احمد بن محمد از او عذرخواهی نمود، بعد از وفات برقی احمد بن محمد سر و پا برهنه در تشییع جنازه او شرکت کرد. بعضی خیال می‌کنند که چون خطایی از احمد بن محمد بن عیسی سر زده بود (بخاطر اخراج او از قم) خواسته است با این کار جبران کند؛ ولی عقیده ما این است که این از قبیل بریدن و دوختن است که با این کار هم به خود برقی و هم به دیگران

فهمانده است که کسی که اشتباه کرد و شلوغ نمود، او را رد می‌کنند و بعداً که متوجه اشتباه خود شد، با او آشتی نموده و ملاطفت می‌نمایند که این کار یکی از فنون مدیریت است.

... عن محمّد بن هلال، عن محمّد بن الأشعث، عن موسی بن اسماعیل بن جعفر، عن أبیه، عن آبائه، عن علی علیه السلام قال:

لا تجوز شهادة النساء فی الحدود و لا قود. «۱»

این حدیث از نظر دلالت قوی ولی از نظر سند به جهت وجود «محمّد بن هلال» که از مجاهیل است، مشکل دارد و نمی‌توان به آن اعتماد کرد و ضعیف است.

... عن السکونی، عن جعفر، عن أبیه، عن علی علیه السلام انه کان یقول: شهادات النساء لا تجوز فی طلاق و لا نکاح و لا فی حدود، الا فی الدیون و ما لا یستطیع الرجال النظر الیه. «۲»

در سند این روایت سکونی وجود دارد و نمی‌توان به روایات او استناد کرد.

... قال قلنا: أ تجوز شهادة النساء فی الحدود؟ فقال فی القتل وحده «... ۳»

مفهوم این روایت این است که در حدود، شهادت زنان پذیرفته نمی‌شود و سند روایت هم صحیح و معتبر است.

جمع بندی: از این روایات، دو روایت معتبر و دو روایت دیگر ضعیف است.

در مستدرک هم روایات دیگری از دعائم الاسلام و جعفریات «۴» نقل شده که مشکل سندی دارند ولی می‌توانند مؤید باشند که این روایات به ضمیمه هم متضافر می‌شوند، علاوه بر این مشهور هم به آن عمل کرده‌اند.

روایت معارض:

در اینجا یک روایت معارض داریم:

* و عنه، عن القاسم، عن ابان عن عبد الرحمن

(ظاهراً عبد الرحمن بن حجاج ثقة می‌باشد)

قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام ... و قال تجوز شهادة النساء فی الحدود مع الرجال «۵»

(با صراحت می‌گوید منضمات قبول است در حالی که روایات سابقه می‌گفت مقبول نیست).

جواب از روایت: در سند این روایت «عن القاسم» دارد، از قرائن استفاده می‌شود که مراد «قاسم بن سلیمان» است به قرینه راوی (حسین بن سعید الاهوازی) که از او نقل می‌کند. قاسم مجهول است و توثیق نشده و همین اشکال برای ضعف سند کافی است پس این روایت حجت نیست و نمی‌تواند معارض باشد.

سَلْمَنَّا که معارض باشد جمع دلالی دارد چون می‌تواند استثنایی از آن عام باشد و ناظر باشد به خصوص زنا، نه بقیه حدود (یعنی شهادت زنان پذیرفته نمی‌شود، مگر در زنا)، چون در زنا شهادت زن مع الرجال قبول است اما نه هرگونه که باشد بلکه با شرائطی، شاهد این جمع روایات آینده است که بر این مطلب تصریح می‌کند.

سَلْمَنَّا که جمع دلالی را هم نپذیریم در این صورت در مقام تعارض شکی نیست که رجحان با گروه سابق است چون با کتاب الله و مشهور موافق است، بنابراین روایت، هم ضعف سند دارد و از نظر دلالت هم قدرت مقابله با روایات سابقه را ندارد و ما نمی‌توانیم به این روایت که معرض عنهای اصحاب است فتوی دهیم.

الامر الاوّل: شهادت در زنا، لواط و مساحقه

در باب زنا و لواط و مساحقه برای شهادت، چهار مرد لازم است، در زنا دلیل، صریح آیه قرآن است؛ ولی در لواط و مساحقه دلیلی از آیات و روایات نداریم.

چرا مشهور فتوی می‌دهند که در اینها چهار شاهد لازم است؟

در لواط چهار شاهد را از قرائن استفاده می‌کنیم چون در لواط اقرار باید چهار بار باشد و در احادیث داریم که هر اقرار جانشین یک شاهد است پس باید قبول کنیم که در لواط هم چهار شاهد لازم است، و اما در مورد مساحقه چهار اقرار هم وجود ندارد، ولی چون مساحقه همجنس‌گرایی نساء است، حکم همجنس‌گرایی رجالی (لواط) را دارد. اصف الی ذلک: لواط کمتر از زنا نیست چون در باب حدود

(۱) ح ۳۰، باب ۲۴ از ابواب شهادت.

(۲) ح ۴۲، باب ۲۴ از ابواب شهادت.

(۳) ح ۱، باب ۲۴ از ابواب شهادت.

(۴) مستدرک، ج ۱۷، ح ۲، ۵، ۶، باب ۱۹ از ابواب شهادت.

(۵) ح ۲۱، باب ۲۴ از ابواب شهادت.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۰۲

اصل بر براءة است تا دلیل قوی بیاید و با توجه به اینکه مشهور هم فتوی به چهار شاهد داده‌اند، بر اساس احتیاطی که در حدود و دماء جاری می‌شود (تدرء الحدود بالشبهات)، ناچاراً بمقتضی «تدرء» تا چهار شاهد مرد نباشد، هیچ کدام از موارد زنا و لواط و مساحقه را نمی‌پذیریم.

۸۷ شهادة النساء فی الحدود و القصاص ... ۲۶ / ۱ / ۸۱

الامر الثاني: شهادة النساء فی الزنا

شهادت نساء در حدود پذیرفته نمی‌شود؛ ولی در باب حدود یک مورد را استثنا کرده و گفته‌اند که شهادت مرأه منضماً به شکل خاصی در باب زنا پذیرفته می‌شود و شکل خاص آن این است که باید سه مرد با دو زن یا دو مرد با چهار زن شهادت دهند، این فقط در تازیانه زدن و جلد است نه در رجم، روایات مستفیضه‌ای که در اینجا وارد شده، عمدتاً سه حدیث «۱» است و در غیر وسائل هم روایاتی می‌توان یافت، چون این بحث مربوط به زنا است در اینجا بیش از این تفصیل نمی‌دهیم. البتّه این یک حکم تعیّدی محض است که بین زنا و حدود دیگر و یا بین سه مرد و دو زن یا دو مرد و چهار زن فرق گذاشته‌اند، اینها از مسائلی است که حکمت آن را نمی‌دانیم (وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا) و نمی‌توانیم در این مسأله چیزی بگوییم، جز آنچه در احادیث معصومین علیهم السلام وارد شده است.

نتیجه: شهادت نساء در حدود پذیرفته نمی‌شود، مگر در مورد زنا، آن هم با شرائط خاص.

«شهادة النساء فی القود (قصاص)»

آیا شهادت نساء در مورد قصاص قبول می‌شود؟

اگر منفردات باشد در باب قصاص و قتل مسلم است که قبول نمی‌شود اما اگر منضمات باشند (انضمام به هر شکلی که باشد) محل اختلاف است، گروهی پذیرفته و گروهی قبول نکرده‌اند.

اقوال:

اشاره

فتوای مرحوم شیخ در کتاب نهاییه و در کتاب خلاف با هم مغایرت دارد، در کتاب نهاییه می‌فرماید:

و يجوز شهادة النساء في القتل و القصاص اذا كان معهنّ رجال أو رجل بأن يشهد رجل و امرأتان على رجل بالقتل أو الجراح فأما شهادتهنّ على الانفراد فإنه لا تقبل على حال. «۲»

اشکال: تعبیر به «رجال» در عبارت شیخ به چه معنی است؟ با اینکه در باب قصاص چهار نفر شرط نبوده و دو نفر مرد کافی است و وقتی رجال گفته شد یعنی دو مرد، و دیگر نیاز به ضمیمه شدن زن نیست.

تصوّر ما این است که نسخه اشتباه است و دنباله عبارت بر این مطلب قرینه است.

مرحوم شیخ در کتاب خلاف تصریح به عدم قبول کرده است، (ظاهراً مرحوم شیخ کتاب خلاف را بعد از نهاییه نوشته است):

مسألة ۴: لا- يثبت النكاح و الخلع و الطلاق و الرجعة و القذف و القتل الموجب للقتل (نه قتلی که موجب دیه است) و الوکالة و الوصیة الیه و الودیعة عنده و العتق و النسب و الکفالة و نحو ذلك ما لم یکن مالا- و لا- المقصود منه المال و یطلع علیه الرجال الا بشهادة رجلین و لا- یثبت بشهادة رجل و امرأتین ... و به قال مالک و الشافعی و الاوزاعی و النخعی ... و قال الثوری و ابو حنیفه و اصحابه یثبت کلّ هذا (نکاح و طلاق و خلع) ... بشاهد و امرأتین الا القصاص فإنه لا خلاف فیه. «۳»

مرحوم محقق در شرایع در کتاب شهادات متعرض این مسأله شده و می‌فرماید:

و فی العتق و النکاح و القصاص، تردّد اظهره ثبوت بالشاهد و امرأتین. «۴»

مرحوم شهید ثانی در کتاب مسالک می‌فرماید:

و اعلم: أنّ محل الاشکال شهادتهنّ منضمّات الی الرجال (منفردات که بحثی ندارد و پذیرفته نمی‌شود) اما علی الانفراد فلا تقبل شهادتهنّ قطعاً. «۵»

جمع‌بندی اقوال:

در مورد قصاص و قتل، شهادت نساء منفردات قطعاً پذیرفته نیست (نه شیعه و نه سنی) ولی منضمّات در بین شیعه اختلافی است، بعضی قائل به قبول و بعضی قائل به عدم قبول شده‌اند ولی در اهل سنت اکثریت قائل به عدم قبول شهادت نساء در قتل و قصاص شده‌اند.

منشأ اختلاف:

اشاره

منشأ اختلاف دو طائفه متعارضه از اخبار است که هر دو

(۱) ج ۱۸، ح ۳ و ۱۰، باب ۲۴ از ابواب شهادت - ح ۱، باب ۳۰ از ابواب حدود.

(۲) نهایی، ص ۳۳۳.

(۳) خلاف، ج ۶، ص ۲۵۲، کتاب الشَّهادت، مسئله ۴.

(۴) شرایع، ج ۴، ص ۹۲۱.

(۵) مسالک، ج ۱۴، ص ۲۵۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۰۳

متضافر هستند بطوری که نمی توانیم به خاطر ضعف سند و امثال آن، این روایات را رها کنیم. ابتدا این دو طایفه از روایات را بررسی کرده و بعد ملاحظه می کنیم که آیا راه جمعی بین این دو طایفه هست یا نه؟ اگر جمع دلالی میسر شد که مقدم بر هر چیز است و اگر میسر نشد، سراغ مرجحات می رویم.

طایفه اولی: روایات نافیه

... * عن زراره قال: سألت أبا جعفر عليه السلام ... قلت تجوز شهادة النساء مع الرجال في الدم؟ قال: لا «۱»

روایت از زراره است؛ ولی در سند آن «سهل بن زیاد» محل اشکال است.

... * عن محمد بن الفضيل قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام ... و لا تجوز شهادتهن في الطلاق و لا في الدّم. «۲»

از نظر سند بسیار خوب است.

... * عن ابراهيم الحارقي

[ثی]

قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول ...: و لا تجوز في الطلاق و لا في الدّم «... ۳»

از نظر سند مشکل دارد ولی دلالتش خوب است.

... * عن علي بن ابي حمزة، عن ابي بصير قال: سألته عن شهادة النساء ... و لا تجوز في الطلاق و لا في الدم «... ۴»

علی بن ابی حمزه بطائی شخص غیر معتبری است و روایت او ضعیف است.

... * عن علي عليه السلام قال: لا تجوز شهادة النساء في الحدود و لا قود. «۵»

جمع بندی: این پنج حدیث بعضی صحیح و بعضی غیر صحیح است ولی متضافر هستند و روایات منحصر به اینها هم نیست.

طایفه ثانیه: روایات مثبتة

... * عن ابي عبد الله عليه السلام قال: قلنا: أ تجوز شهادة النساء في الحدود؟ فقال في القتل وحده انّ علياً عليه السلام كان يقول لا

يبطل دم امرئ مسلم «۶»

(چون خون نباید از بین برود، شهادت نساء را هم می پذیریم).

... * عن ابي عبد الله عليه السلام قال: قال علي عليه السلام ... و قال: تجوز شهادة النساء في الدم مع الرجال. «۷»

... * عن زيد الشحام قال: سألته عن شهادة النساء ... فقلت أ فتجوز شهادة النساء مع الرجال في الدم؟ قال: نعم. «۸»

سند این روایات خوب است.

جمع بندی: روایات دیگری هم در کنار این روایات در مستدرک وجود دارد، و در مجموع، اسناد خوب بوده، مضافاً بر اینکه

متضافر هم هستند.

نتیجه: هر دو طائفه متضافر هستند و در هر دو طائفه روایات صحیح السند وجود دارد.

۸۸ شهادة النساء فی الحدود و القصاص و ... ۲۷ / ۱ / ۸۱

جمع بین دو طائفه:

در مقام تعارض ابتدا سراغ جمع دلالی می‌رویم چون «الجمع معهما امکن اولی من الطرح» و منظور از جمع دلالی جمع دلالی عرفی است که جمع همراه با قرینه است، زیرا تعارض در ناحیه جمع عرفی، تعارض بدوی است نه تعارض مستقر، که با دقت نظر می‌توان تعارض را رفع کرد. سه راه جمع گفته شده است:

۱- جمعی که شیخ طوسی بیان فرموده و شهید ثانی در مسالک می‌فرماید جماعتی طرفدار آن هستند و آن، حمل روایات قبول بر دیه و حمل روایات نافی بر قصاص است. یعنی در دماء اگر کار به قصاص برسد شهادت نساء قبول نمی‌شود و اگر به دیه برسد شهادت نساء قبول می‌شود، به عبارت دیگر اگر در قتل عمدی رجال شهادت دادند، قصاص می‌شود و اگر نساء شهادت دادند، دیه گرفته می‌شود (اگر منضمماً هم باشد باز دیه گرفته می‌شود) پس بین دو طایفه جمع می‌شود.

جواب: اولاً: این جمع تبرّعی است چون شاهی ندارد و نمی‌توانیم در مورد واحد یک دسته روایات را بر دیه و روایات طایفه دیگر را بر قصاص حمل کنیم، البته کسانی که به مبنای شیخ آشنا باشند می‌دانند که مبنای شیخ در جمع، جمع تبرّعی بوده است که ما آن را قبول نداریم.

ثانیاً: مرحوم صاحب جواهر که از کلام شیخ همین مطلب را فهمیده، اشکال دیگری بر این جمع وارد کرده و می‌فرماید:

فرمایش شیخ طوسی خلاف قواعد است چون زن‌ها شهادت به قتل عمد داده‌اند که حکم آن قصاص است، حال شما باید یا

(۱) ح ۱۱، باب ۲۴ از ابواب شهادت.

(۲) ح ۷، باب ۲۴ از ابواب شهادت.

(۳) ح ۵، باب ۲۴ از ابواب شهادت.

(۴) ح ۴، باب ۲۴ از ابواب شهادت.

(۵) ح ۳۰، باب ۲۴ از ابواب شهادت.

(۶) ح ۱، باب ۲۴ از ابواب شهادت.

(۷) ح ۲۵، باب ۲۴ از ابواب شهادت.

(۸) ح ۳۲، باب ۲۴ از ابواب شهادت.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۰۴

شهادت آن‌ها را قبول کنید که حکم قصاص است و یا قبول نکنید و متن شهادت را رد کنید، که در این صورت چیزی ثابت نمی‌شود، و لذا در قتل عمد هیچ کجا حکم به دیه نمی‌کنیم، مگر اینکه توافق بین ارباب دم و قاتل بر دیه حاصل شود.

۲- جمعی که صاحب جواهر به آن میل پیدا کرده و آن جدا کردن موارد از یکدیگر است، یعنی بگوییم روایات مثبت در مورد قتل خطای و روایات نافی در مورد قتل عمد است که شهادت آنها پذیرفته نمی‌شود.

جواب: این جمع هم تبرّعی است و شاهی بر این جمع نداریم و نمی‌توان با میل خود یک طایفه را بر مصداقی و طایفه دیگر را بر مصداق دیگر حمل کرد.

۳- روایات نافی را حمل بر شهادت منفردات و روایات مثبت را بر شهادت منضمات حمل کنیم (یعنی چهار زن باشد قبول نمی‌شود

ولی اگر یک مرد و دو مرأه باشد قبول می‌شود) بعضی به عنوان احتمال این جمع را ذکر کرده‌اند.

جواب: این جمع أسوأ حالاً از بقیه است، چون:

اولاً: این جمع تبرّعی است.

ثانیاً: خلاف متن روایات است چرا که بعضی از روایات نافیه منضمات را نفی می‌کند، مثلاً در روایت زراره «۱» از منضمات سؤال می‌شود و امام در جواب می‌فرماید قبول نمی‌شود و در دو روایت «۲» هم ابتدا از منضمات در احکام دیگر و بعد در مورد دم سؤال می‌شود که چون مسبوق به بیان منضمات است در مورد دم هم ناظر به منضمات است.

مقام ترجیح بین روایات:

تا اینجا راه جمع دلالتی بسته شد؛ پس کار به تعارض کشیده می‌شود و باید سراغ مرجّحات برویم.

انصاف این است که از مرجّحات، شهرت در هیچ یک از دو طایفه وجود ندارد؛ ولی از نظر مخالفت و موافقت عامّه، اکثریت عامّه نافی بودند که در این صورت «خذ بما خالف العامّة» به عنوان یکی از مرجّحات، مؤید روایات مثبت است، پس باید بگوییم که شهادت آنها قبول می‌شود و طبق قواعد این حساب درست است؛ ولی مورد، دماء است که در مورد آن «تدرء الحدود (و کذا القصاص) بالشبهات» جاری است و مشکل است ما با «خذ بما خالف العامّة»

بتوانیم خون بریزیم، پس بعید نیست که تدرء الحدود اینجا را بگیرد، و لا سیما که روایات نافیه اکثر است پس درست است که روایات شهرت فتوایی ندارد ولی شهرت روایی دارد، بنابراین ما هم جزء نافیین می‌شویم و شهادت نساء را در قصاص نمی‌پذیریم. ان قلت:

«لا یبطل دم المسلم»

چه می‌شود؟ زیرا اگر شهادت نساء را نپذیریم خون مسلم پایمال می‌شود.

قلنا: اولاً گاهی از شهادت نساء اگر تعداد آنها زیاد باشد برای قاضی علم پیدا می‌شود و علم قاضی هم حجّت است.

ثانیاً: شهادت نساء باعث «لوث» می‌شود، لوث یعنی جایی که قرائن ظنیّه قوی باشد و پای قسامه به میان آید. مثلاً قتلی واقع شده ولی شاهد کافی نداریم که در اینجا پای قسامه به میان می‌آید و مدّعی دم، پنجاه نفر برای قسم می‌آورد یا خودش پنجاه بار قسم می‌خورد و قاتل قصاص می‌شود و باز خون پایمال نمی‌شود

ثالثاً: اگر از قول نساء ظنّ پیدا نشد و کار به قسامه نکشید در اینجا دیه از بیت المال داده می‌شود، پس باز خون مسلم پایمال نمی‌شود.

هذا کله در مورد قتل عمد است اما در مورد شبه عمد و خطا که دیه داده می‌شود بحث آن در امور مالی می‌آید.

«شهادة النساء فی الحقوق و الاموال»

اشاره

معروف این است که در اموال و حقوق آدمیین (در مقابل حقّ الله) شهادت نساء قبول می‌شود.

مرحوم محقق در شرایع در کتاب الشهادات می‌فرماید:

و منها (من الدعوی) ما یثبت: بشاهدین، و شاهد و امرأتین، و شاهد و یمین و هو: الدیون و الاموال كالقرض و القراض (مضاربه) و

الغضب ... و عقود المعاوضات كالبيع و الصرف و السلم و الصلح و الاجارات و المساقاة و الرهن و الوصیة له ... و الجنایة التي توجب الدية. «۳»

مرحوم علامه در مختلف می فرماید:

المال سواء كان ديناً - كالقرض - أو عيناً ثبت بشاهد و امرأتين اجماعاً و كذا بشاهد و يمين و هل يثبت بشهادة امرأتين و يمين المدعى؟ نص في النهاية و الخلاف و المبسوط على قبوله و به قال ابن الجنيدي ... و قال ابن ادريس ...: الصحيح انه لا يقبل شهادة امرأتين مع يمين المدعى ... و الوجه ما قاله الشيخ في النهاية. «۴»

(۱) ح ۱۱، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۲) ح ۷ و ح ۴ باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۳) شرايع، ج ۴، ص ۹۲۱.

(۴) مختلف، ج ۸، ص ۴۷۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۰۵

اقوال:

از نظر اقوال مسأله مشهور است. صاحب جواهر در ذیل این بحث در پذیرش شهادة دو مرأه و قسم مدعی ادعای شهرت می کند که وقتی شهادة دو مرأه با یک یمین پذیرفته شود به طریق اولی اگر چهار زن باشد باید شهادت آنها پذیرفته شود.

بل الظاهر ثبوت ذلك كله (تمام امور مالیه) بهما (امرأتين) مع اليمين وفاقاً للمشهور شهره عظیمه، بل عن الشيخ في الخلاف الاجماع عليه (دو مرأه و یک قسم از ناحیه مدعی) «۱»

مجموع کلمات اصحاب نشان می دهد که قبول شهادت نساء در امور مالیه بحثی ندارد.

۸۹ شهادة النساء في الحقوق و الاموال ... ۲۸ / ۱ / ۸۱

ادلة پذیرش شهادت نساء در امور مالی:

۱- آیه ۲۸۲ سوره بقره:

صدر این آیه منحصر به دین است «وَأَشْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ»، و شهادت نساء مشروط است به عدم رجلین، (البته بعداً خواهیم دید که مشروط نیست و این قضیه شرطیه را حمل می کنیم بر اینکه در جایی که دو مرد به عنوان شاهد داریم داعی نداریم که زنان را برای شهادت حاضر کنیم، پس شرط را بر عدم داعی حمل می کنیم و این حمل به قرینه روایات است) ذیل آیه، بیع را هم دارد «وَأَشْهَدُوا إِذًا بِمَا عَصَبُوا» که عطف به صدر آیه است و منظور از «اشهدوا» همان شهادتی است که در صدر آیه آمده است و از اینجا می فهمیم که در آیه مسائل مالی مطرح است و بیع و دین خصوصیتی ندارد، در نتیجه الغاء خصوصیت در آیه آسان می شود چون مشابهات بیع (اجاره، مضاربه، مساقات) ... هم مثل بیعی است که در آیه ذکر شده است.

۲- روایات:

آیه اجمال دارد؛ ولی روایات مسأله را روشن تر می کنند.

روایات سه طایفه است:

طایفه اول: روایاتی که مطلقاً شهادت زنان را در دین می پذیرند.

طایفه دوم: روایاتی که شهادت نساء را منضمات می پذیرند.

طایفه سوم: روایاتی که می فرماید امرأتان مع الیمین، که غالباً مربوط به دین است.

طایفه اول: مطلقات

...* عن الحلبي

(سند حدیث معتبر است)

عن ابی عبد الله علیه السلام قال: ان رسول الله صلى الله عليه وآله اجاز شهادة النساء في الدين و ليس معهن رجل. «۲»

(وقتی منفردات را پذیرفتیم، منضمات را به طریق اولی می پذیریم).

...* عن الحلبي عن ابی عبد الله علیه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله اجاز شهادة النساء في الدين و ليس معهن رجل

(این حدیث همان حدیث قبل است که تکرار شده و تصور ما این است که سهو قلم است). «۳»

...* عن السكوني

(سند حدیث مشکل دارد)

عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام انه كان يقول: شهادة النساء لا تجوز في طلاق و لا في نكاح و لا في حدود الآ في الديون «... ۴»

(مورد دین است و منضمات و منفردات ندارد و مطلق است و اگر چه از نظر سند روایت مشکل دارد ولی به ضمیمه روایت قبل

مشکل برطرف می شود.

۹۰ شهادة النساء في الحقوق و الاموال ... ۱ / ۲ / ۸۱

طایفه دوم: منضمات

روایاتی که در خصوص منضمات آمده است (شهادة المرأة مع الرجل) که عمدتاً دو روایت است.

...* عن الحلبي عن ابی عبد الله علیه السلام ... قلت تجوز شهادة النساء مع الرجل في الدين؟ قال: نعم ... و حدّثني

(حلبی)

من سمعه يحدث

(امام صادق علیه السلام)

ان اباه

(امام باقر علیه السلام)

أخبره أن رسول الله صلى الله عليه وآله أجاز شهادة النساء في الدين مع يمين الطالب «... ۵»

این روایت دلالت می کند بر اینکه شهادت نساء منضمات در دین قبول است، پس از دو جهت محدود است یکی اینکه منضمات

است و منفردات را شامل نمی شود و دیگر اینکه در مورد دین است و بقیه حقوق و اموال را شامل نمی شود.

...* فقلت: فأنى ذكر الله تعالى قوله: «فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ» فقال:

ذلك في الدين، اذا لم يكن رجلا فرجلا و امرأتان و رجل واحد و يمين المدعى

در واقع این روایت هم منضمات را می گوید «...» ۶

از نظر سند این روایت قابل مناقشه است

(۱) جواهر، ج ۴۱، ص ۱۶۷.

(۲) ح ۲۰، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۳) ح ۴۳، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۴) ح ۴۲، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۵) ح ۲، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۶) ح ۳۵، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۰۶

نتیجه: این دو روایت چیزی جز مضمون آیه را بیان نمی کند و دلالتشان در حدّ دلالت آیه است.

طایفه سوم: امرأتان مع الیمین

دو روایت که هر دو از «منصور بن حازم» است، یکی بلاواسطه و دیگری مع الواسطه است و مضمون هر دو قبول شهادة امرأتان است همراه با یمین مدعی.

... عن منصور بن حازم انّ ابا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام قال:

اذا شهد لطالب الحق امرأتان و یمینه

(طالب حق)

فهو جائز. «۱»

این حدیث صحیح السند و دامنه اش وسیع است و هر طالب حقی را می گیرد، اگر حقوق الهی (حدود) را که بر خروج آنها از این عموم دلیل داشتیم خارج کنیم تمام حقوق الناس را شامل می شود.

... عن بعض اصحابنا

(مرسله است)

عن محمد بن عبد الحمید عن سیف بن عمیره، عن منصور بن حازم قال: حدّثنی الثّقه

(اینجا هم اشاره به مرسله بودن حدیث دارد، منتهی چون تصریح می کند که شخص ثقه ای بوده، مشکلی ایجاد نمی کند ولی ارسال

ابتدای سند اشکال ایجاد می کند)

عن ابی الحسن علیه السلام قال: اذا شهد لصاحب

[لطالب]

الحق امرأتان و یمینه فهو جائز. «۲»

از نظر دلالت خوب است و عمومیت دارد و هر صاحب حقی را شامل می شود و اگر قصاص با دلیل خارج نشده بود می گفتیم این روایت قصاص را هم شامل است.

بعضی خواسته اند از این اشکال در سند روایت اول هم وسوسه کنند که شاید آنجا هم با واسطه بوده و از قلم کتاب افتاده است.

قلنا: احتمال دارد که راوی دو بار مسأله را شنیده باشد، یک بار خودش بدون واسطه و بار دوم شخص ثقه ای برای او نقل کرده

است، پس در واقع دو حدیث است که یکی معتبر و دیگری غیر معتبر است.

سَلْمَنَّا که یک روایت باشد، باز هم از معتبر بودن خارج نمی‌شود، حَتَّى اگر «حَدَّثَنِي الثَّقَةُ» هم از قلم کاتب در حدیث اول افتاده باشد، باز هم روایت معتبری است.

سؤال: آیا می‌توانیم از این حدیث صَحَّت شهادت چهار زن را خارج کنیم و بگوییم شهادت چهار زن هم کافی است؟

جواب: وقتی یمین مدعی جای شهادت می‌نشیند به طریق اولی شهادت دو زن که معادل شهادت یک مرد است جای آن قرار می‌گیرد، چون بعضی در یمین مدعی به اینکه بتواند جای یک مرد را بگیرد اشکال می‌کنند، پس هم اربع نساء و هم دو مرأه با یمین و هم دو مرأه بعلاوه یک مرد و هم تمام حقوق از این روایت در می‌آید ولی در بعضی از کلمات صاحب جواهر آمده است که اجماع بر این است که شهادت چهار زن پذیرفته نمی‌شود، در حالی که علما این مسأله را ذکر نکرده و یا نهایتاً سکوت کرده‌اند که اینها دلیل بر اجماع نمی‌شود، پس اجماعی نداریم.

جمع بندی: از ضمیمه کردن روایات و آیه شریفه می‌توانیم بفهمیم که شهادت نساء در حقوق و اموال پذیرفته می‌شود.

ان قلت: آیه و روایات در مورد دین است و شهادت نساء را منضمات پذیرفته است، عمومیت را از کجا استفاده می‌کنید؟ قلنا: از سه راه می‌توان عمومیت را فهمید تا ادله شامل تمام حقوق مالی شود.

۱- روایت منصور که تعبیر «طالب الحق» داشت، عام است.

ان قلت: این روایت که مطلق است به دو روایتی که مقید است تقیید می‌زنیم.

قلنا: همیشه تقیید و تخصیص بین مثبت و منفی است «لا تقیید و لا تخصیص بین المثبتین» در ما نحن فیه هم یک روایت دین را گفته و یک روایت هم مطلق گفته است که در اینجا جای تقیید و تخصیص نیست چون هر دو مثبت است، مثلاً اگر مولی بگوید اکرم العلماء، و بار دیگر بگوید اکرم العالم العادل در اینجا تقیید نیست چون اثبات شیء نفی ما عدا نمی‌کند.

۲- از خود آیه هم می‌توان تعمیم فهمید چون صدرش در مورد دین و ذیل آن در مورد بیع است «اشهدوا اذا تبایعتم» که همان «اشهدوا» ی در اول آیه مراد است یعنی «رجل و امرأتان».

ان قلت: سَلْمَنَّا شهادت نساء در بیع و دین با استفاده از این آیه و روایات ثابت شود، در بقیة حقوق مالی چگونه ثابت می‌شود؟

قلنا: وقتی بیع را پذیرفتیم عرف الغاء خصوصیت کرده و می‌گوید: فرقی بین بیع و اجاره و مساقات و مضاربه نیست.

۳- روایاتی در باب وصیت داریم که مؤید است و می‌گوید شهادت نساء در باب وصیت پذیرفته است، چون وصیت از امور مالی است و شهادت نساء در آن پذیرفته می‌شود، بخصوص که مشهور هم فتوی داده‌اند و این هم به عنوان مؤید دیگر است. تلخص من جمیع ما ذکرنا: شهادة النساء منضمات، منفردات و دو مرأه با یمین مدعی در همه امور مالی پذیرفته می‌شود.

(۱) ح ۱، باب ۱۵ از ابواب کیفیت حکم.

(۲) ح ۴، باب ۱۵ از ابواب کیفیت حکم.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۰۷

۹۱ شهادة النساء فی الحقوق و الاموال و النکاح ... ۲ / ۲ / ۸۱

[بقی امور]

الامر الاول: آیا در اوقاف، شهادة النساء پذیرفته می‌شود؟

وقف سه گونه است:

الف) وقف خاص (وقف بر اشخاص):

نوعی ملک است که نه قابل نقل و انتقال و نه قابل وراثت است و به تعبیر دیگر «حبس العین و الانتفاع بالثمره»، مثل وقف بر اولاد.

ب) وقف عام (وقف بر جهات عامه):

این نوع وقف همه مردم را شامل نمی‌شود و مخصوص قشر خاصی است مثل مدارس که وقف بر طلاب و بیمارستان ها که وقف بر بیماران است.

ج) فک ملک:

وقف مربوط به شخص خاصی نبوده، بلکه مربوط به همه است یعنی از ملکیت درآمده و مالک ندارد و لکن تعلق به همه دارد، مثل مساجد. البته در اینها اختلاف است که آیا تملیک لله یا مال عموم مسلمین و یا فک ملک است.

آیا شهادت نساء در همه این اقسام قبول است؟

قسم اول و دوم در واقع نوعی از مال است؛ پس شهادت نساء را باید بپذیریم؛ ولی مورد سوم، ملک نیست، و شهادت نساء در آن محل بحث است، چون عمومات تعبیر

«طالب الحق»

داشتند، یعنی شهادت نساء برای طالب الحق پذیرفته می‌شود ولی مسجد طالب الحقی ندارد مگر این که کسی الغاء خصوصیت کرده و بگوید: این هم در واقع حقی است برای مردم، بنابراین به عنوان طالب الحق پذیرفته می‌شود. منتهی در آن عمومات جمله‌ای بود که می‌فرمود «شهادت دو مرأه با یمین مدعی» حال در مثل مسجد که متولی ندارد (متولی مسجد فقط نظارت بر موقوفات مسجد می‌کند) چه کسی باید قسم بخورد؟ پس مشکل است که ما بتوانیم از روایات سابقه اثبات کنیم شهادت نساء را در جایی که موقوفه از قبیل فک ملک است.

جمع بندی: آنچه مسلم است این است که در وقف خاص شهادت نساء پذیرفته است، چون حکم اموال را دارد و در مورد وقف عام هم بعید نیست که قائل به قبول شهادت نساء شویم؛ ولی در مورد وقف به معنای فک ملک با این ادله نمی‌توانیم شهادت نساء را بپذیریم، مگر اینکه دلیل دیگری پیدا شود.

الامر الثاني: آیا شهادت نساء در اموری که در حاشیه اموال است [پذیرفته می‌شود؟]

مانند جنایاتی که دیه دارد و حقوق مرتبط به اموال مثل حق خیار، و در تحقق فسخ و ابراء یا اسقاط بعض حقوق (مثل اسقاط حق قسامه در باب زوجیت) و اخذ شفعه، پذیرفته می‌شود؟

قلنا: همان گونه که مرحوم صاحب جواهر فرموده است، پذیرفته می‌شود هم با کمک عمومات سابقه (روایت منصور بن حازم) که شامل اینجا هم می‌شود و هم به طریق اولویت، یعنی وقتی شهادت نساء در اموال مثل بیع پذیرفته شود به طریق اولی در حواشی اموال مثل خیار بیع پذیرفته می‌شود.

اشاره

در صحت نکاح، شهادت لازم نیست، یعنی شهادت در نکاح اگر چه شرط صحت نیست؛ ولی شاهد گرفتن برای محکم کاری بوده و خوب است ولی در صحت طلاق، شهادت لازم است حال آیا شهادت زنان در مورد نکاح پذیرفته می‌شود؟

اقوال:

گروهی به قبول و گروهی به عدم قبول قائل شده‌اند، مرحوم نراقی می‌فرماید:

المسألة الخامسة: اختلفوا في قبول شهادتهن مع الرجال في النكاح (منفردات مسلم است و در منضمات اختلاف است) فعن المفيد و الخلاف و الديلمی و ابن حمزة و الحلبي و ظاهر التحرير المنع، و عن الصيمري نسبه الى المشهور لرواية السكوني المتقدمة و عن العماني (ابن ابی عقيل) و الاسكافي (ابن جنيد) و الحلبي و التهذيبين (تهذيب و استبصار) و المبسوط و ابن زهرة و الشرايع و الارشاد و القواعد و الايضاح و الدروس و غيرهم من المتأخرين بل الاكثر كما عن المسالك القبول و عليه الاجماع عن الغنية (ابن زهرة مسأله را اجماعی می‌داند). «۱»

منشأ اختلاف:

منشأ اختلاف روایات است. روایات زیادی داریم که می‌گویند شهادت نساء در نکاح قبول است و روایتی هم از سکونی داریم که می‌گویند قبول نیست. روایاتی که شهادت نساء را در نکاح می‌پذیرد، سه طایفه و مجموعاً هشت روایت است.

(۱) مستند، ج ۱۸، ص ۲۸۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۰۸

۹۲ شهادة النساء في النكاح و الطلاق ... ۸۱ / ۲ / ۳

دلیل:

اشاره

در مورد نکاح روایات زیادی داریم که شهادت نساء را می‌پذیرد که سه طائفه است؛ در واقع ما دو گروه اصلی را با هم معارض قرار می‌دهیم بعد گروه سوم را ذکر کرده و یک روایت هم بر عدم قبول شهادت نساء نقل می‌کنیم و چون روایات متضاد است و لو اسناد برخی از آنها مشکل دارد، در مجموع مشکلی ایجاد نمی‌کند.

طایفه اول: تقبل شهادة النساء مطلقاً

* و عنه عن محمد بن الفضيل عن ابی الصباح الكناني

(که عده‌ای او را توثیق کرده‌اند)،

عن ابی عبد الله عليه السلام قال: قال علی عليه السلام:

شهادة النساء تجوز في النكاح

(مطلق است چه منفردات و چه منضّمات)

و لا تجوز فی الطلاق «... ۱»

* و عن عدّه من اصحابنا، عن سهل بن زیاد، عن ابی نجران، عن مثنی الحنّاط، عن ابراهیم الحارقی

[ثی]

، قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول ...: و تجوز شهادتهنّ فی النکاح

(مطلق است)

و لا تجوز فی الطلاق «... ۲»

... عن زراره

(به جهت وجود سهل بن زیاد مشکل سندی دارد)

قال: سألت ابا جعفر عليه السلام عن شهادة النساء تجوز فی النکاح؟

قال: نعم

(مطلق است)

، و لا تجوز فی الطلاق «... ۳»

طایفه دوّم: تقبل شهادة النساء منضّمات لا منفرداً

... عن ابی بصیر قال: سألته

(مضمرة است)

عن شهادة النساء، فقال ...: و تجوز شهادة النساء فی النکاح اذا كان معهنّ رجل، و لا تجوز فی الطلاق ...

(اذا که از ادوات شرط است مفهوم دارد و مفهوم آن «اذا لم يكن معهن رجل لا- تقبل» است، پس این روایت نافی گروه اوّل از

روایات است و آنها را تقييد می کند). «۴»

... عن الحلبي عن ابی عبد الله عليه السلام أنّه سئل عن شهادة النساء فی النکاح، فقال: تجوز اذا كان معهنّ رجل و كان علی علیه

السلام يقول: لا أجزها فی الطلاق ...

(این روایت به منطوق بر قبول شهادت نساء منضّمات و به مفهوم، بر نفی منفردات دلالت می کند). «۵»

... عن محمد بن الفضيل قال: سألت ابا الحسن الرضا عليه السلام قلت له: تجوز شهادة النساء فی نکاح او طلاق أو رجم؟ قال ...:

و تجوز شهادتهنّ فی النکاح اذا كان معهنّ رجل ...

(منطوق منضّمات را جایز می داند و مفهومش این است که منفردات جایز نیست)

و لا تجوز شهادتهنّ فی الطلاق «... ۶»

* و عنه، عن سعد بن اسماعيل، عن أبيه اسماعيل بن عيسى قال: سألت الرضا عليه السلام هل تجوز شهادة النساء فی الترويح من غير

أن يكون معهنّ رجل؟ قال: لا «... ۷»

(نفی به منطوق و اثبات به مفهوم است یعنی اگر نساء همراه با رجال باشند، شهادت آنها پذیرفته می شود).

جمع بندی: این روایات، طایفه اوّل را تقييد می زند که نتیجه جمع این هفت روایت این است که شهادة نساء در نکاح منضّمات قبول

است.

اشاره

در اینجا دو روایت داریم که یکی با گروه اول متعارض است (گروه اول مطلقاً شهادت نساء را در نکاح قبول می‌کرد و این روایت به طور مطلق آن را رد می‌کند) و دیگری با گروه دوم معارض است، (گروه دوم منفردات را جایز نمی‌دانست، در حالی که این روایت شهادت نساء را منفردات هم جایز می‌داند).

روایت معارض با گروه اول:

... عن السکونی، عن جعفر، عن أبیه، عن علی علیه السلام انه کان یقول: شهادة النساء لا تجوز فی طلاق و لا نکاح و لا فی حدود (که مطلقاً نفی می‌کند «...») ۸

این حدیث از نظر سند ضعیف و معرض عنهای اصحاب است پس نمی‌تواند معارض گروه اول باشد.

روایت معارض با گروه دوم:

* عن داود بن الحصین، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن شهادة النساء فی النکاح بلا رجل معهنّ اذا كانت المرأة منکره فقال:

لا بأس به

(تا اینجا به بحث ما مربوط است که با صراحت می‌گوید شهادت نساء منفردات جایز است در حالی که گروه دوم منفردات را جایز نمی‌دانست)

ثم قال: ما یقول فی ذلک فقهاءکم؟

(داود بن حصین مگر سنی بود که می‌فرماید «فقهاءکم»، شاید منظورش این است که فقهای از اهل سنت که در شهر شما هستند) قلت: یقولون:

(۱) ح ۲۵، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۲) ح ۵، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۳) ح ۱۱، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۴) ح ۴، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۵) ح ۲، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۶) ح ۷، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۷) ح ۳۹، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۸) ح ۴۲، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۳، ص: ۱۰۹

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۰۹

لا تجوز الّا شهادة رجلین عدلین، فقال: کذبوا لعنهم الله هؤنوا و استخفوا بعزائم الله و فرائضه، و شددوا و عظموا ما هؤن الله ان الله امر فی الطلاق بشهادة رجلین عدلین، فأجازوا الطلاق بلا شاهد واحد و النکاح لم یجئ عن الله فی تحریمه [عزیمه]

فسنّ رسول الله صلی الله علیه و آله فی ذلك الشاهدين تأديباً و نظراً

(ملاحظه حال زوج و زوجه)

لئلا ینکر الولد و المیراث (... ۱)

«داود بن حصین» محل بحث است جمعی او را توثیق کرده‌اند؛ ولی او از واقفیه است که امام موسی بن جعفر علیه السلام را آخرین امام می‌دانند و معتقدند که او غایب شده است. مرحوم علامه در خلاصه می‌فرماید: عندی التوقف فی روایاته، با این که نجاشی او را توثیق کرده است.

آیا این که علامه او را نمی‌پذیرد به جهت مذهب است؟ (در حالی که بسیاری از فاسد المذهب‌ها، روایاتشان مقبول است مثل «بنی فضال» که فطحی مذهب هستند)، یا نکته دیگری داشته که علامه چنین می‌فرماید، پس خیلی روشن نیست که چرا علامه او را نمی‌پذیرد؛ ولی بر فرض هم که سند روایت درست باشد، معرض عنهای اصحاب است.

روایت اشاره مهمی به این مطلب دارد که در مذهب شیعه، شهادت و حضور شهود در طلاق لازم است؛ ولی در نکاح لازم نیست در حالی که اهل سنت حضور شهود را در نکاح لازم می‌دانند، و در طلاق لازم نمی‌دانند، روایت از آنها انتقاد می‌کند که قرآن صریحاً در طلاق شهود را شرط می‌داند و در نکاح شرط نمی‌داند.

جمع‌بندی: هفت روایت داریم که از جمع آنها استفاده می‌شود که در نکاح شهادت نساء منضمات مقبول است (قول مشهور) و منفردات مقبول نیست، دو روایت هم معارض بود که هم از نظر سند مشکل داشته و هم معرض عنهای اصحاب هستند، پس ما مشکلی نداریم و در این مسأله طبق قول مشهور فتوی می‌دهیم.

«شهادة النساء فی الطلاق»

اشاره

در مسئله طلاق مشهور بر عدم قبول شهادة النساء است مطلقاً، بلکه غنیه ادعای اجماع کرده است، گرچه شهید ثانی می‌فرماید که عدّه‌ای مخالفت کرده‌اند، صاحب جواهر به مسالک اعتراض کرده و می‌گوید ما دو مخالف بیشتر پیدا نکردیم که یکی شیخ در مبسوط و دیگری ابی علی است، علی کل حال مسأله مشهور و معروف است. محقق اردبیلی می‌فرماید (۲):

دلیل عدم قبول شهادة نساء در طلاق روایات است. البتّه یک قانون کلی بین اصحاب هست که اگر ثابت شود در ما نحن فیه هم قابل استدلال است و آن قاعده این است که هرچه که به امور مالی برسد شهادة نساء در آن پذیرفته می‌شود و اگر به امور مالی نرسد شهادة نساء پذیرفته نمی‌شود. طلاق کاری با امور مالی ندارد (غیر از طلاق خلع) اگر چه ثانیاً و بالعرض به امور مالی مربوط می‌شود چون اگر طلاق با شهادت ثابت شود نفقه قطع می‌شود؛ ولی متن طلاق مالی نیست اما در طلاق خلع اولاً و بالذات با امور مالی سر و کار دارد چون در متن صیغه طلاق خلع مال است زیرا اول باید زن بذلی بکند تا طلاق جاری شود، (فهی علی ما بذله مختلعه) بنابراین عدّه‌ای در طلاق خلع قائلند که شهادت نساء پذیرفته می‌شود، مرحوم محقق اردبیلی می‌فرماید که اگر این قاعده (در امور مالی شهادت نساء قبول می‌شود) با اجماع و نصّی ثابت می‌شد در بحث ما قابل استفاده بود و می‌گفتیم که در طلاق خلع شهادت نساء پذیرفته است و در طلاق غیر خلع پذیرفته نیست و لکن این قاعده نه به اجماع و نه با نصّی ثابت نشده است، بنابراین

سراغ روایات می‌رویم که بینیم روایات در باب طلاق چه می‌گویند.

۹۳ شهادة النساء فی النکاح و الطلاق ... ۴ / ۲ / ۸۱

ادله:

۱- آیه «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ ... فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ»

(وقتی به آستانه تمام شدن عدّه رسیدند) فَأَمْسِيَهُنَّ بِمَعْرُوفٍ (رجوع کنید و او را نگه دارید و با هم خوب زندگی کنید) أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ (و یا خوب از هم جدا شوید) وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ «۳» (و دو مرد عادل هم بر این طلاق شهادت دهند و «ذواتی عدل» نمی‌گویند که شامل دو زن شود)

«أشهدوا» برای عدّه است یا اصل طلاق؟ مشهور این است که اشاره به اصل طلاق دارد، بعضی هم می‌گویند به هر دو می‌خورد یعنی پایان عدّه هم شاهد می‌خواهد. سلّمناکه فقط در مورد عدّه باشد وقتی در عدّه که از لوازم طلاق است، شهادت شرط باشد، به طریق اولی در اصل طلاق شهادت لازم است، به بیان دیگر عدّه فرع

(۱) ح ۳۵، باب ۲۴ از ابواب شهادات.

(۲) مجمع الفائدة، ج ۱۲، ص ۴۲۲.

(۳) آیه ۲، سوره طلاق.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۱۰

بر طلاق است و فرع زائد بر اصل نمی‌شود وقتی در فرع (عدّه) نیاز به شاهد باشد، در اصل (طلاق) هم نیاز به شاهد خواهد بود. ان قلت: آیه می‌فرماید دو شاهد عادل، و شما از آن استفاده می‌کنید که شهادت نساء پذیرفته نمی‌شود در حالی که اثبات شیء نفی ما عدا نمی‌کند چه اشکالی دارد به جای دو رجل، دو مرأه باشد؟

قلنا: ظاهر آیه شهادت نساء را نفی می‌کند، چون در مقام بیان است و اگر در مقام بیان به یک مورد اکتفا شد، و جانشینی برای آن بیان نشد، یعنی فقط همین مورد جایز است و موارد دیگر جایز نیست و به همین جهت چون آیه ۲۸۲ سوره بقره در مقام بیان بود، و جانشین داشت، آیه آن را بیان کرد و وقتی در اینجا جانشینی برای شهادت رجال بیان نشده بعید نیست که به آیه، برای نفی قبول شهادت نساء در طلاق استدلال کنیم.

۲- قاعده مرحوم محقق اردبیلی:

قاعده این است: «فی الامور المالیة تقبل شهادة النساء و فی غیرها لا تقبل و الطلاق لیس من الامور المالیة»، این که بعضی خیال می‌کنند که طلاق امر مالی است و باید در هنگام طلاق مهریه زن را داد، فکر عوامانه‌ای است. الّا در طلاق خلع که به آن هم خواهیم رسید و نفقه هم یک چیز تبعی است.

آیا این قاعده دلیلی از آیات و روایات و اجماع دارد؟

همان گونه که محقق اردبیلی بیان فرمودند، دلیلی از اجماع و نص بر آن نداریم.

۳- روایات:

عمده دلیل در ما نحن فیه روایات کثیره یا مستفیضه یا متواتره است که می‌گویند: «لا تجوز شهادتھن فی الطلاق» «۱» و روایات

منحصر به اینها هم نیست، پس ما یقین داریم که شهادت نساء قبول نمی شود و لو منضمماً.

شهادت نساء در طلاق خلع:

بعضی وسوسه کرده اند که در طلاق خلع، شهادت نساء قبول می شود چون از امور مالی است. آیا طلاق خلع فقط جنبه مالی خالص دارد یا مرکب است از امور مالی و غیر مالی (طلاق)؟

شکی نیست که در متن صیغه طلاق خلع، بذل هست «فهی علی ما بذلت مختلعه فهی طالق» ولی با دقت در احکام طلاق خلع خواهیم دید که طلاق خلع ترکیب است چون بعد از طلاق خلع مادامی که عده تمام نشده، زن می تواند رجوع به بذل کند و طلاق باطل نمی شود، بلکه با رجوع زن، طلاق خلع که طلاق بائن است تبدیل به طلاق رجعی می شود، پس چنان نیست که معاوضه ای در کار باشد که اگر رجوع کند به بذل، طلاق باطل شود و این مال (بذل) شرط طلاق نیست، بلکه شرط عدم رجوع است. پس ما در طلاق خلعی هم شهادت نساء را کافی نمی دانیم. چون از امور مالی محض نیست و ترکیبی است از دو امر مالی و غیر مالی و در امر مالی آن شاید بتوان شهادت نساء را ثابت کرد؛ ولی در طلاق که امری است غیر مالی نمی توان شهادت آنان را پذیرفت.

۹۴ فلسفه عدم قبول شهادت نساء فی بعض الامور ... ۸۱ / ۲ / ۷

فلسفه عدم پذیرش شهادت نساء:

آخرین نکته در مورد شهادت النساء جواب اشکالی است که امروزه مطرح است و حاصل اشکال این است که: اولاً: چرا شهادت نساء در بعضی از موارد پذیرفته شده؛ و در بعضی از موارد پذیرفته نمی شود، حکمت آن چیست؟ ثانیاً: در مواردی که پذیرفته می شود، چرا از نظر عدد متفاوت است (در مورد رجال دو مرد و در مورد نساء چهار زن؟) این سؤال در مورد سایر تفاوت های بین رجال و نساء نیز مطرح است.

از این سؤال پلی می زنیم به مسئله ای که امروزه مطرح است و از مسائل مستحدثه می باشد. اخیراً مراکز بین المللی، ایران را تحت فشار گذاشته اند که چیزی تحت عنوان کنوانسیون (معاهده) تحریم تبعیض علیه زنان را قبول کند که بر اساس این کنوانسیون، باید تمام تبعیضها بین زنان و مردان، بدون استثنا محو شود.

کشورهای مختلف به آن ملحق شده اند و از ما هم می خواهند که به آن ملحق شویم. حدود چهل و چند کشور اسلامی ملحق شده اند به این شرط که مع التحفظ بالشریعه الاسلامیه؛ ولی حدود دوازده کشور اسلامی هنوز ملحق نشده اند. در کشور ما هم این مسأله را به مجلس شورای اسلامی برده اند. در اینجا افرادی که احساس خطری نسبت به مسائل اسلامی می کنند استفتائی تنظیم کرده و نظر مراجع را در مورد الحاق به این کنوانسیون جویا شده اند و لو با قید (مع التحفظ بالشریعه الاسلامیه) باشد یعنی این کنوانسیون را قبول کنیم به شرط این که مخالفی با مسائل اسلامی نداشته باشد.

بعضی معتقدند که این شرط فایده ای ندارد چون در مفاد این قرارداد آمده که کلیه شروطی که مخالف مفاد این قرارداد باشد،

(۱) ح ۲ و ۴ و ۵ و ۷ و ۸ و ۱۱ و ۱۷ و ۲۵ و ۳۲ و ۵۰، باب ۲۴ از ابواب شهادت.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۱۱

قبول نیست، چون وقتی قرارداد می گوید کلیه تبعیضها محو شود، دیگر استثنا زدن دیه و حق طلاق و ... معنا ندارد، پس شرط منافی آن فاسد و اصل قرارداد باقی است. نکته قابل توجه این است که نه تنها دولتها موظف هستند به این معاهده عمل کنند، بلکه

تمام مؤسّسات خصوصی و غیر دولتی (مثل حوزه‌های علمیّه) هم موظّفند در تمام امور سیاسی، علمی، ازدواج و حرّیت به آن عمل کنند.

آمریکا هم از کشورهایی است که این کنوانسیون را قبول نکرده؛ ولی دلیل آن‌ها این است که مراتب بالاتری از آزادی‌ها را که در این کنوانسیون مطرح است لازم می‌دانند.

در اینجا توجّه به نکاتی لازم و ضروری است:

نکته اول: بررسی عملکردهای گذشته در مورد حقوق زنان نشان می‌دهد که بعضی برای فریب دادن شعارهایی می‌دهند؛ ولی در عمل با آن مخالف هستند، اگر آنها موافق رفع تبعیض هستند باید در عمل تعداد زنها و مردها در پست‌های کلیدی‌شان مساوی باشند و حال آن که چنین نیست. چرا در وزرا، ریاست جمهوری، مراکز اقتصادی و پست‌های کلیدی از زنان جز به طور محدود استفاده نمی‌شود؟ پس علی‌رغم لغو تبعیضها تمام پست‌های کلیدی در دست مردان آنهاست، که از دو حال خارج نیست. یا رفع تبعیض، نوعی نیرنگ و حیل است و یا این عملی نیست، چون با این که سالیان درازی است که آنها تفاوت‌ها را لغو کرده و به مذهب هم در امور اجتماعی پایبند نبوده و آن را مخصوص زندگی فردی می‌دانند، باز در جوامع آنها تبعیض را به طور فاحش مشاهده می‌کنیم.

نکته دوم: در تمام این فشارها یک هدف دنبال می‌شود و آن این است که ما را به سوی حکومت‌های سکولار (غیر مذهبی) پیش ببرند، از جمله آنها همین معاهده است که در بسیاری از موارد با مذهب منافات دارد و موجب می‌شود مذهب از زندگی اجتماعی کنار رفته و منحصر به زندگی فردی شود و ساده‌لوحی است که فکر کنیم اینها قصدشان حمایت از زنان و حقوق آنهاست.

نکته سوم: دو مقوله را به هم ضمیمه می‌کنیم:

۱- خداوند دو جنس آفریده است که تفاوت‌هایی دارند و این تفاوتها موجب تفاوت در کارآیی آنها شده است، در عین این که هر دو محترم هستند. آیا قابل انکار است که بین کارآیی‌های این دو خلقت تفاوت است؟ چون می‌بینیم که کارهای سنگین زندگی را مردها به عهده گرفته‌اند، به عنوان مثال در میدان جنگ یا در میدانهای سخت سیاسی، یا در کارهای سنگین اجتماعی (مثل راننده اتوبوس، خلبان، ساخت و ساز ساختمان‌ها) ... و حتّی در کارهای پایین‌تر مثل نظافت شهرها تعداد زنها با مردها مساوی نیست، در مراکز که لغو تبعیضها را می‌گویند تقسیم کار دیده می‌شود که این دلیل بر تفاوت کارآیی‌هاست.

۲- آیا می‌توان با جعل قانون، بر خلاف این امر فطری قیام کنیم؟ آیا تشریح می‌تواند تکوین را دگرگون کند؟ ما معتقدیم که قوانین اسلام (تشریح) مکمل تکوین است، خلقت و شریعت، هر دو فعل الله و شریعت مکمل تکوین است، چه، کسی به خدا عقیده داشته باشد و چه نداشته باشد. حال که خلقت متفاوت است، نمی‌توانیم با قانون این را منکر شده و عوض کنیم. ممکن است به عنوان تبلیغ انتخاباتی و جمع کردن آراء به صورت شعار مطرح شود؛ ولی در واقع و عمل ممکن نیست.

با ضمیمه این دو مقوله، می‌فهمیم که اگر بخواهیم به خودمان دروغ نگوئیم باید بین تکوین و تشریح یک هماهنگی ایجاد کنیم.

نکته چهارم: مسئله مهمّ این است که آیا باید تناسب محوری باشیم یا تساوی محوری؟ به عبارت دیگر، آیا باید عدالت محوری باشیم یا مساوات محوری، منطقی کدام را بپذیریم؟

عده‌ای می‌گویند که باید تساوی را ملاک قرار دهیم نه تناسب را، ما کاری نداریم که آنها با هم متناسبند یا نه، آیا عقل این را می‌گوید؟

به عنوان مثال می‌خواهیم غذایی برای شیرخواران و کودکان و بزرگسالان تهیه کنیم، آیا عقل می‌گوید برای هر کدام غذای متناسب درست کنیم، یا برای همه یکسان درست کنیم و بگوئیم هر کسی خواست بخورد و هر کسی نخواست نخورد؟ یا مثلاً

می خواهیم در جامعه برنامه مالیات را پیاده کنیم، آیا باید متناسب مالیات بگیریم یا با این که درآمدهای افراد مختلف است، مساوی مالیات بگیریم؟

البته تساوی یک شعار فریبنده است؛ ولی باید دید واقعیت مسائل جامعه و حمایت از حقوق زن چه اقتضا می کند. اینها مسائلی است که به آن توجه نشده و عده ای فریب می خورند.

نکته پنجم: اگر این معاهده به همین صورت تصویب شود علاوه بر اینکه خارجی ها ما را تحت فشار می گذارند، داخلی ها (مثل جراند) هم ما را تحت فشار می گذارند و طرح هایی در مورد کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۱۲

طلاق و حجاب و ... به مجلس می رود و بعضی از منحرفین قلم به دست می گیرند و کاری هم به این شرط که مخالف با شرع نباشد، ندارند، و کار به جایی می رسد که هرچه فریاد بزنید پذیرش این کنوانسیون مشروط بوده، کسی دیگر گوش نمی کند. نکته ششم: غربیها می خواهند به هر قیمتی شده، فرهنگ خودشان را بر ما تحمیل کنند. آنچه که آنها به زنان داده اند، فقط آزادی جنسی است و این تاج افتخاری است که بر سر زنان زده اند، چه داعی دارد که ما به خواسته آنها تن دهیم و فقط همین نخواهد بود، چون وقتی ما «الف» را گفتیم تا آخر «یاء» را از ما می خواهند و کار به جایی می رسد که به کشورهای عربی می گویند: آیاتی را که می خواهید در کتاب های درسی خودتان بنویسید، باید آنها را ببینیم! چرا که می خواهند آیاتی که در مورد جهاد، شهادت و ... است، در کتابها چاپ نشود.

۹۵ فلسفه عدم قبول شهادت هُنَّ فی بعض الامور ... ۸ / ۲ / ۸۱

اکنون به بحث خودمان برمی گردیم که چرا شهادت مرأه در بعضی از امور پذیرفته نمی شود، و چرا در مواردی که پذیرفته می شود تعداد متفاوت است؟ در جواب این سؤال به یک مقدمه و سه نکته اشاره می کنیم که از مجموع آنها پاسخ این سؤالات داده می شود.

مقدمه: در باب فلسفه احکام شرع، نظرات افراطی و تفریطی داده شده است. بعضی معتقدند که اسلام به معنی تسلیم است و چون و چرا ندارد و هرچه در کلام معصومین علیهم السلام آمده است باید بپذیریم و حق پرسش از فلسفه احکام را نداریم. طرف افراط آن هم این است که می گویند باید فلسفه تمام چیزها را بدانیم تا عمل کنیم.

ولی باید گفت که هر دو نظریه غلط است، اینکه اصلاً حق سؤال نداریم، خلاف صریح برنامه قرآن و معصومین علیهم السلام است چون بارها فلسفه احکام را بیان کرده اند. از آن طرف این که بگوییم تا ندانیم عمل نمی کنیم معنایش این است که علم ما باید به اندازه علم خداوند باشد در حالی که علم ما ناچیز است «وَمَا أُولئِکُمْ مِنَ الْعَالَمِ إِلَّا قَلِیلًا» به قول آن دانشمندان، تمام علوم انسانی از ابتداء خلقت تا کنون در مقابل مجهولات، به اندازه یک برگ از کتاب بسیار بزرگ است، پس این ادعایی جاهلانه است که بگوییم تا ندانیم عمل نمی کنیم، بنابراین هر دو طرف (افراط و تفریط) مردود است.

نکته اول: چون شهادت در محکمه و نزد قاضی است، اگر شهادت نساء مانند رجال در تمام امور قبول شود پای زنان به محاکم محل نزاع و کشمکشها است کشیده می شود، در حالی که شارع مقدس می خواهد زنان در محاکم کمتر حضور پیدا کنند، جز در موارد ضرورت، پس همان گونه که شارع مقدس جهاد را از زنان برداشته، آنها نباید در جنگ حقوقی هم مانند میادین حرب حاضر شوند. در تمام دنیا هم همینطور است الا نادراً.

آیا عدم شرکت زنان در میادین جنگ برای آنان نقص است؟

نقصی نیست بلکه با طبیعت آنها سازگار نمی باشد، همچنین عدم حضور آنها در نزد قضات و منازعات حقوقی نقص و عیب نیست. (عدم حضور هُنَّ فی مراکز الدعاوی کعدم حضور هُنَّ فی میادین الحرب).

نکته دوم: شهادت فرع بر تحمیل شهادت است و اگر شهادت آنها در همه امور قبول شود، طبعاً و سوسه می‌شوند که در مجالس شرب خمر و میادین نزاع و زد و خورد و فسق و فجور حاضر شوند تا بتوانند شهادت دهند. آیا حضور زنان در چنین محافل و مجامعی که جنایات و اعمال منافی عفت و کارهایی که حد و تعزیر دارد با طبیعت آنها سازگار و افتخاری برای آنهاست؟ مسلماً نه، پس وقتی حضور آنها برای تحمل شهادت جایز نبوده و با طبیعت آنها سازگار نیست، شهادت آنها هم پذیرفته نمی‌شود.

ان قلت: چرا شهادت زنان در امور مالی مثل دیون، مصالحات و ارث ... پذیرفته می‌شود اینها هم همین مشکل را پیدا می‌کند. قلنا: امور مالی به بیشترین دعاوی را تشکیل می‌دهد و صحنه‌های امور مالی هم با طبیعت مرأه منافات ندارد. بنابراین از یک سو دعاوی مالی زیاد است و اگر شهادت آنها پذیرفته نشود، بیم تضییع حقوق می‌رود و از سوی دیگر حضور آنها برای تحمل شهادت حضور نامطلوبی نیست بنابراین شارع برای حفظ حقوق مالی و برای اینکه تحمیل شهادت مشکلی ندارد، استثناء پذیرفته است چون منفعت شهادت آنها بیش از مضرات آن است.

نکته سوم: همه انسانها عواطف و وجدان دارند ولی شکی نیست که زنان عواطف رقیق تری دارند، که این هم از افتخارات زنان است و به همین دلیل تمام اموری که عواطف رقیق تری می‌طلبد زنان در آن امور پیشی می‌گیرند، مثلاً مقام «ام» را هیچ مردی نمی‌تواند تحمل کند، اگر مادر از دنیا برود هیچ مردی تحمل

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۱۳

تربیت بچه شیرخوار را ندارد و لو از شیر خشک برای تغذیه کودک استفاده کنند، همچنین در پرستاری بیماران هیچ گاه مردان به اندازه زنان موفق نبوده‌اند، حال این عواطف رقیق گاهی سبب می‌شود که حاضر به شهادت به حق نباشند مثلاً در ناحیه قصاص یا حد و تعزیر از روی رقت قلب شهادت نمی‌دهند و عواطف، آنها را از شهادت به حق منع می‌کند، به همین دلیل خداوند شهادتشان را در این امور نپذیرفته است. علاوه بر این در مسائل جنائی شاهد‌ها در معرض مشکلات و بلایایی از طرف محکومین در دعاوی هستند و اگر شاهد، مرد باشد قدرت دفاعی بیشتری دارد.

ما باید دور از افراط و تفریط با بیان فلسفه احکام به صورت منطقی، جوابگوی هجماتی که از گوشه و کنار، آگاهانه و یا ناآگاهانه پیش می‌آید باشیم و لازم نیست فلسفه تمام احکام را بدانیم؛ ولی تا آنجا که می‌توانیم جوابگو هستیم و همچنین قول نداده‌ایم که فلسفه تمام احکام را بدانیم، زیرا خیلی از احکام فلسفه‌اش روشن نبوده و در حد علم ما نیست و بسیاری از احکام فلسفه‌اش به مرور زمان روشن می‌شود.

حدیثی هم از امام رضا علیه السلام در ناحیه فلسفه عدم پذیرش شهادت نساء وارد شده است:

... عن الرضا علیه السلام فیما کتب الیه من العلل

(حکمت و فلسفه احکام)

و علّة ترک شهادة النساء لضعفهنّ عن الرؤیة

(بمعنی کمبود دید چشم نیست بلکه به این معنا است که مشاهده هلال برای آنها مشکل تر است چون باید بر بالای بامها و کوهها بروند که برای زنان مشکل است)

و محاباتهنّ النساء فی الطلاق

(به سبب عواطف رقیقه‌ای که دارند، راضی نمی‌شوند که به سبب طلاق زن و مرد از هم جدا شوند)

فلذلک لا تجوز شهادتهنّ الا فی موضع ضروریة... ۱

در مورد تفاوت عدد هم نکته همین است چون آنها تحت تأثیر عواطف هستند گفته شده در جایی که شهادت می‌دهند باید تعداد آنها بیشتر باشد تا احتمال تمایلات عاطفی که مانع شهادت می‌شود کمتر باشد و لذا شارع مقدس عدد را بالا برده تا ضریب تأثیر

عاطفه را کمتر کند.

مسأله ۸ (فی صفات المرضعة)

اشاره

۹۶ مسأله ۸ (فی صفات المرضعة ...) ۸۱ / ۲ / ۹

مسأله ۸: يستحب أن يختار لرضاع الاولاد المسلمة العاقله العفيفه الوضيه، ذات الاوصاف الحسنه، فانّ اللبن تأثيراً تاماً في المرتضع كما يشهد به الاختبار و نطقت به الاخبار والآثار، فعن الباقر عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا تسترضعوا الحمقاء و العمشاء (ضعيف چشم) فانّ اللبن يعدى»

و عن امير المؤمنين عليه السلام:

«لا تسترضعوا الحمقاء فانّ اللبن يغلب الطباع»

و عنه عليه السلام «انظروا من ترضع اولادكم فانّ الولد يشبّ عليه»

(ولد بر همان رضاع پرورش می کند)

الى غير ذلك من الاخبار المستفاد منها رجحان اختيار ذوات الصفات الحميده خلقاً و خلقاً و مرجوحية اختيار اضدادهنّ و كراهه، لا سيما الكافره، و إن اضطرّ الى استرضاعها فليختار اليهودية و النصرانية على المشركه و المجوسية و مع ذلك لا يسلم الطفل اليهنّ و لا يذهبن بالولد الى بيوتهنّ، و يمنعها عن شرب الخمر و اكل لحم الخنزير و مثل الكافره أو اشدّ كراهه استرضاع الزانية باللبن الحاصل من الزنا و المرأة المتولده من زنا، فعن الباقر عليه السلام «لبن اليهودية و النصرانية و المجوسية احبّ الى من ولد الزنا» و عن الكاظم عليه السلام «سئل عن امرأة زنت هي يصلح أن تسترضع؟ قال: لا يصلح و لا لبن ابنتها التي ولدت من الزنا».

عنوان مسأله:

اشاره

این مسأله در مورد آداب رضاع و دارای سه قسمت است:

۱- صفات الكمالیه للمرضعة.

۲- هل يجوز استرضاع الكافره (اليهودية و النصرانية و المجوسية و المشركه) ام لا؟

۳- هل يجوز الاسترضاع بلبن ولد الزنا؟

نکته: بهترین غذا برای بچه شیر مادر است و پیامبر می فرماید:

«ليس للصبى خير من لبن امه» (۲)

، و بهترین شخص برای شیر دادن، مادر بچه است. اسلام این را زمانی گفت که مسائل امروزی روشن نشده بود، اکنون بعد از تحقیقات فراوان به این نتیجه رسیده اند که بهترین غذا برای بچه شیر مادر است.

شیر مرضعه هم شیر مادر نمی شود چون بچه از جنس بدن مادر است و شیر هم از جنس بدن مادر است پس سازگارتر هستند.

یکی از مشکلاتی که اطبا به آن اذعان دارند این است که بسیاری از زنان که به سرطان سینه دچار می‌شوند، بچه خود را شیر نمی‌دهند و یا اینکه بسیاری از زنانی که دچار سرطان رحم می‌شوند به جهت سزارین و عدم تولد طبیعی است.

(۱) ح ۵۰، باب ۲۴ از ابواب شهادت.

(۲) ح ۵، باب ۷۸ از ابواب احکام اولاد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۱۴

۱- صفات الکمالیه للمرضعه:

اشاره

مستحبات رضاع در وسائل عمدتاً در ج ۱۵ باب ۷۵ تا ۷۹ آمده است.

همانطوری که امام فرمودند مرضعه باید مسلمان، عاقل، عقیف و ذات جمال بوده و صفات فضیله دیگر هم در او باشد.

دلیل: روایات

دلیل این مسأله دو طایفه از روایات است:

طایفه اول: روایاتی که به صورت کلی بیان می‌کند که مرضعه باید دارای صفات خوبی باشد

... * انظروا من یرضع اولادکم

(بررسی کنید که صفات خوبی داشته باشد)

فإن الولد یشب علیه «۱»

(زیرا بچه بر همان رضاع پرورش پیدا می‌کند و به تعبیر دیگر صفات مرضعه از طریق لبن به ولد منتقل می‌شود).

... * فإن الرضاع یغیر الطباع «۲»

(شیر طبیعت انسان را عوض می‌کند).

... * فإن اللبن یعدی «۳»

(شیر اثر می‌گذارد و سرایت می‌کند).

روایات زیادی به همین مضامین وجود دارد که همه این تعابیر اشاره به این دارد که شیر سبب انتقال صفات مادر به بچه شیرخوار است. ائمه معصومین علیهم السلام این مسأله را در زمانی فرمودند که این مسائل هنوز ثابت نشده بود؛ ولی امروزه ثابت شده است که غذا در روحيات شخص تأثیر می‌گذارد. غده‌های کوچکی در تمام بدن انسان وجود دارد که سابقاً آنها را زائد می‌دانستند؛ ولی امروزه با پیدایش «علم غدد» تأثیر این غده‌ها در بدن به اثبات رسیده است.

مثل «هیپوفیز» که در زیر مغز است و «تیروئید» که در زیر گلو قرار دارد و غده «فوق کلیوی» که روی کلیه است. سابقاً نقش این غدد روشن نبود؛ ولی امروزه ثابت شده که یکی از فرماندهان کشور بدن همین غده‌ها هستند. زیرا مایعاتی به نام هورمون از آنها ترشح می‌شود که در خون ریخته شده و تأثیرات مهمی در بدن می‌گذارد و اگر فعالیت این غده‌ها کند یا تند شود بدن دچار مشکلات عظیمی می‌شود. مهم این است که می‌گویند تراوش این غده‌ها در اخلاق و روحيات اثر می‌گذارد. یکی از دانشمندان معتقد است که فعالیت‌های فکری و اخلاقی و غددی به هم پیوسته‌اند. گاهی ممکن است تراوش غده‌ای سبب شجاعت، ترس، بی‌حوصلگی یا پرحوصلگی شود. پس ترشح غدد در صفات تأثیر می‌گذارد البته نه اثری در حد اجبار، تا گفته شود صفات اخلاقی

انسان جنبه جبری دارد و آثار تراوش هورمون‌هایی است که از غدد خارج می‌شود، بلکه زمینه است نه علت تامه.

روایات هم می‌فرمایند که

«ان اللبن یعدی»

یعنی وقتی لبن وارد بدن بچه می‌شود در بدن به غده‌ها وارد می‌شود و به صورت هورمون از غده‌ها به خون ریخته شده و از طریق خون به مغز و اعضای دیگر رفته و بر اخلاق و رفتار انسان تأثیر می‌گذارد و لذا فرموده‌اند که باید مراقب باشید چه زانی را برای شیر دادن فرزندان انتخاب می‌کنید.

طایفه دوم: روایاتی که صفات خاصی را بیان می‌کند.

... * قال لی أبو جعفر علیه السلام: استرضع بولدک بلبن الحسان

(دارای جمال)

و ایاک و القباح

(از زنان قبیح المنظر پرهیزید)

فإن اللبن قد یعدی. «۴»

آیا جمال ظاهر مراد است یا جمال باطن؟ هر کدام که مراد باشد شاهد بر اولویت‌هایی است که باید مراعات شود.

... * لا تسترضعوا الحمقاء

(دایه احمق انتخاب نکن)

و لا العمشاء

(مؤنث «اعمش» کسی که چشمش ضعیف است و خوب کار نمی‌کند)

فإن اللبن یعدی «۵»

آیا مراد دید ظاهری است یا از اینکه کنار «حمقاء» قرار گرفته نشان می‌دهد که دید باطنی مراد است؟ هر کدام که باشد شاهد بر این است که باید مرضعه دارای صفات کامله روحی و جسمی و عقیدتی و فکری باشد. ضمناً درس عبرتی هم برای ماست که باید مواظب غذای خود باشیم «فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ إِلَى طَعَامِهِ» «۶» غذای مشکوک و شبهه ناک نخوریم وقتی گفته می‌شود که «ان اللبن یعدی»

در این صورت قطعاً طعام هم اثر می‌گذارد. این تأثیر به اندازه‌ای است که روایتی می‌فرماید:

«لا تأکلوا فی فخار مصر»

یعنی در ظرفهای سفالی مصر غذا نخورید چون ممکن است غیرت را تضعیف کند، چرا که عزیز مصر بعد از آن که جریان زلیخا را شنید گفت: «يُوسُفُ أَعْرَضَ عَنْ هَذَا وَاسْتَغْفِرِي لِذَنْبِكِ إِنَّكِ كُنْتِ مِنَ الْخَاطِئِينَ» «۷» نهایت عکس العملش همین بود و همین اندازه غیرت نشان داد و لذا می‌گویند این نشان می‌دهد که در خاک آنجا تأثیری است. حال تا چه اندازه کلیت دارد یا ندارد، و برای منطقه خاصی

(۱) ح ۱، باب ۷۸ از ابواب احکام اولاد.

(۲) ح ۶، باب ۷۸ از ابواب احکام اولاد.

(۳) ح ۴، باب ۷۸ از ابواب احکام اولاد.

(۴) ح ۱، باب ۷۹ از ابواب احکام اولاد.

(۵) ح ۴، باب ۷۸ از ابواب احکام اولاد.

(۶) آیه ۲۴، سوره عبس.

(۷) آیه ۲۹، سوره یوسف.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۱۵

است یا نه، بماند و با آن کاری نداریم فقط می‌خواهیم بگوییم که در تغذیه به اندازه‌ای تأثیر هست که حتی ظرف غذا هم ممکن است در اخلاق و روحیات انسانها تأثیر بگذارد.

۲- هل يجوز استرضاع الكافرة؟

فرموده‌اند در مقامی که دسترسی به دایه مسلمان نیست، جایز است از دایه مجوسی، نصرانی، کافره و یا یهودیه استفاده شود، پس، از هر چهار دسته می‌توان استفاده کرد؛ ولی در روایات به صورت اولویت بیان شده است: اول یهودی و نصرانی و اگر ممکن نبود مجوسی و اگر ممکن نبود مشرک و همه اینها بر ولد الزنا مقدم هستند.

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

هل يصلح للرجل أن ترضع له اليهودية و النصرانية و المشركة؟

قال: لا بأس، و قال امنعهم شرب الخمر «۱»

دو دستور در این روایات وارد شده است، یکی اینکه آنها را از شرب خمر و خوردن گوشت خوک منع کنید و دیگر این که اولاد خودتان را به آنها نسپارید تا به منزل خودشان برده و شیر دهند، بلکه آنها را به خانه خود بیاورید زیرا معلوم نیست که با آنها چه رقم برخورد خواهند کرد.

روایات دیگری هم در این باب وارد شده است.

۳- هل يجوز الاسترضاع بلبن ولد الزنا؟

در مورد لبن زانیه بعضی از روایات منع کرده و بعضی از روایات هم اجازه داده است. روایات ناهیه، روایات متعددی است که در باب ۷۵ آمده و می‌فرمایند استرضاع زانیه نکنید و لبن ولد الزنا را به بچه خودتان ندهید. ولی در یک روایت آمده است که:

... و كان لا يرى بأساً بولد الزنا اذا جعل مولی الجارية الذى فجر بالمرأة فى حل. «۲»

شیر ولد الزنا را می‌توانی به فرزندت بدهی به شرط اینکه صاحب جاریه شخص زانی را در حلیت قرار دهد، یعنی کنیزی بوده که با او زنا شده و فرزندى از او متولد شده است، همان گونه که مولای امه می‌تواند قبل از زنا «تحلیل» کند، اگر بعد از زنا هم تحلیل کند، آن شیر حلال می‌شود و بچه می‌تواند از آن شیر بخورد.

مرحوم صاحب جواهر «۳» می‌فرماید: چگونه ممکن است که تحلیل بعدی در قبل تأثیر بگذارد؟ در ادامه می‌فرماید ممکن است که این مورد از قبیل اجازه فضولی، بنابر مبنای کشف باشد. یعنی همان گونه که اجازه فضولی در معاملات قبل اثر کرده و معاملات قبلی مباح و آثار بر آن مترتب می‌شود، و نماءات گذشته هم ملک مشتری می‌شود، در باب تحلیل نکاح هم بگوییم به همین ترتیب است و اجازه‌ای که بعداً مولی می‌دهد نسبت به تجاوزی که به امه او شده است سبب می‌شود که امه در گذشته بر شخص متجاوز حلال شده و آثار حرمت برچیده شود. این توجیهی است که ایشان فرموده‌اند؛ ولی به این توجیه دو اشکال وارد است:

اشکال اول: آیا تمام لوازم تحلیل را می‌پذیرید؟ یعنی آیا آثار زنا واقعاً برطرف می‌شود (آیا با اجازه مولی حد زنا برداشته می‌شود و

حکم تحلیل پیدا می‌کند) بعید است که صاحب جواهر خود ملتزم به چنین لوازمی شود. اشکال دوم: این مسأله اثر تکوینی شیر است، آیا با اجازه تشریحی آثار تکوینی را می‌توان برداشت؟ آثاری که در این روایات آمده است آثار تکوینی است که با اجازه تشریحی نمی‌توان آنها را برداشت چون این زانی و زانیه در آن حالت در حال طغیان و قانون‌شکنی پروردگار بوده‌اند و این فکر عصیان به درون نطفه منتقل می‌شود و در درون این بچه و این شیر فکر عصیان است حال با حلیت و اجازه بعدی نمی‌توان آثار تکوینی را برداشت، چون آثار تکوینی مربوط به صفات درونی است.

تصوّر ما این است که امام می‌خواهد مقداری قبح مسأله را تخفیف دهد، نه اینکه آثار تکوینی کاملاً برطرف شود، گاهی کارهایی انجام می‌شود تا قانون‌شکنی کمرنگ شود مثلاً در باب «وَ خُذْ يَدَ يَدِكَ ضَمًّا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنُثْ» (۴) ایوب نذر کرده بود صد تازیانه بزند، خطاب شد که یک شاخه درخت خرما را بگیر و یک بار به جای آن بزن، آیا واقعاً نذر ایوب این بود؟ ایوب که چنین نذری نکرده بود و این کار برای این است که تا اندازه‌ای حریم قانون و ظاهر، حفظ شود. شارع به حفظ ظاهر اهمّیت می‌دهد و در اینجا هم که می‌گوید حلیت را طلب کن، برای این است که مقداری ظاهر حفظ شود.

در مورد ولد الزنا سه چیز مطرح است:

۱- شیری که از زنا بوجود آمده.

۲- اگر ولد الزنا دختر بود وقتی بزرگ شد و ازدواج کرد از شیر

(۱) ح ۵، باب ۷۶ از ابواب احکام اولاد.

(۲) ح ۲، باب ۷۵ از ابواب احکام اولاد.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۰۹.

(۴) آیه ۴۴، سوره ص.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۱۶

او بچه‌ای می‌خواهد استفاده کند در روایت داریم که از این هم اجتناب کنید.

...قلت لأبي عبد الله عليه السلام: امرأة ولدت من الزنا أتخذها ظئراً؟

(آیا او را به عنوان دایه بپذیریم)

قال: لا تسترضعها ولا ابنتها. «۱»

۳- اگر زانیه بچه حلالی آورد آیا می‌شود به علاقه ما سبق گفت که این زن زانیه است (انقضی عنه المبدأ) و شیر او حرام است با

اینکه بچه‌اش حلال است؟ آیا می‌توان گفت این شیر هم شیر زانیه است و جایز نیست؟

از روایات نمی‌توان چنین چیزی فهمید و ما مشتق را در ما انقضی عنه المبدأ مجاز می‌دانیم بنابراین صدق زانیه نمی‌کند، لا سیما که

اگر توبه کرده باشد. پس اگر شیر حلالی آورده باشد بخواد آن را به بچه دهد، مشمول کراهتی که در روایات آمده، نمی‌باشد.

[القول فی المصاهرة و ما يلحق بها]

اشاره

۹۷ القول فی المصاهرة و ما يلحق بها ... ۲۸ / ۲ / ۸۱

در مباحث نکاح به بحث مصاهرة که سؤمین سبب از اسباب حرمت است می‌رسیم که از اهمّ مباحث و بسیار محلّ ابتلاء است و

فروع و ملحقات پیچیده‌ای دارد و باید با دقت بیشتری مسائل مطرح شود. تعبیر امام در عنوان باب چنین است:

«القول فی المصاهرة و ما يلحق بها»

منظور از ملحقات به مصاهره، اموری است که شکل ازدواج ندارد ولی خاصیت ازدواج را از نظر تحریم دارد مثل وطی شبهه و زنا در بعضی از موارد

تعریف مصاهره:

اشاره

۱- امام (ره) مصاهره را چنین تعریف می‌کنند:

المصاهرة هي علاقة بين احد الزوجين مع اقرباء الآخر موجبة لحرمة النكاح عيناً (مثل زن پدر، عروس، ربيبه)

أو جمعاً (مثل جمع بين الاختين)

على تفصيل يأتي.

۲- مرحوم محقق ثانی می‌فرماید:

عزّف بعضهم (ظاهراً نقلش به لحن موافق است یعنی ایشان هم این تعریف را می‌پذیرند) المصاهرة بأنها جهة توجب الحرمة بين

اقرباء الزوجين بعقد أو وطى صحيح (مانند تمليک و یا تحلیل در ناحیه کنیز که اثر هر دو وطی صحیح است) أو شبهة أو زنا مؤيداً

عليه (مثل ام الزوجه) او لا (ممکن است حرمت غیر ابدی باشد مثل خواهر زن) «۲»

تعریف مرحوم محقق به صورت عام بود به طوری که تمام ملحقات تحت تعریف داخل می‌شود در حالی که امام این گونه تعریف

نکرده است.

۳- مرحوم محقق نراقی می‌فرماید:

هي علاقة تحدث بين الزوجين و بين اقرباء كل منهما بسبب النكاح توجب الحرمة، و يلحق بالنكاح الوطء و النظر و اللمس على وجه

مخصوص (در بعضی از موارد لمس سبب حرمت ابدی می‌شود مثل ملاموسه اب بر ابن یا بالعکس در مسئله کنیز). «۳»

۴- مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

و هي علاقة قرابة تحدث بالزواج. «۴»

مطابق این تعریف بقیه موارد غیر از ازدواج ملحقات هستند.

بررسی تعاریف:

تعریف امام در دو قسمت قابل گفتگو است:

اولاً: امام می‌فرماید:

«هي علاقة بين احد الزوجين» این علاقه از کجا پیدا می‌شود و چه علاقه‌ای است؟ علاقه لفظ عامی است که شامل علاقه نسبی و

رضاعی هم می‌شود، پس بهتر بود مرحوم امام کلمه ازدواج را اضافه می‌فرمودند.

ثانیاً: امام می‌فرماید

«احد الزوجين» در حالی که لفظ «احد» نباید باشد چون مصاهره بین هر دو پیدا می‌شود و احکام مصاهره در هر دو طرف است و لذا

مرحوم نراقی و محقق هم «بين الزوجين» آورده‌اند و اگر «بين كل من الزوجين» یا «الزوجين» آورده بودند بهتر بود.

تعریف جواهر هم خالی از اشکال نیست چون اثر این علاقه را ذکر نکرده‌اند و باید می‌فرمودند که اثر حرمت است یا ابدی یا موقتی، چون معرّف باید به سبب آثار فهمیده شود. از بین این تعاریف تعریف محقق نراقی از بقیه جامع‌تر است.

بقی هنا امور:

الامر الاول: آیا تعاریفی که در اصول و فقه ذکر می‌شود تعاریف حقیقیه است یا شرح الاسمی؟

منظور از تعریف حقیقی تعریف به جنس و فصل نیست چون اینها امور اعتباری هستند و جنس و فصل ندارد بلکه منظور از تعریف حقیقی به معنی جامع و مانع

(۱) ح ۴، باب ۷۵ از ابواب احکام اولاد.

(۲) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۲۸۲.

(۳) مستند، ج ۱۶، ص ۲۹۹.

(۴) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۴۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۱۷

است. مرحوم آخوند در مورد تعاریف می‌فرماید: بحث در مورد جامعیت و مانعیت تعریف، لزومی ندارد چون تعاریف نوعاً شرح الاسمی هستند (سعدانۀ ما هی؟ نبت).

ما معتقدیم که این تعاریف، حقیقیه هستند، به دو دلیل:

اولاً: بزرگان در تعاریف قیودی برای اخراج بعضی چیزها و قیودی برای ادخال بعضی چیزها ذکر کرده‌اند که نشان می‌دهد قصد آنها تعریف حقیقی است چون خاصیت هر قید را بیان می‌کنند پس این دلیل است که بزرگان وقتی وارد این مقوله‌ها می‌شوند نظرشان به تعریف جامع و مانع است نه شرح اسمی.

ثانیاً: تعاریف شرح اسمی باید در کتاب لغت مطرح شود و اینجا جای آن نیست، چون در علوم برای شخص مبتدی باید تعریف جامع و مانع بیان شود تا هر جا در مصادیق شک کرد، با تعریف تطبیق نماید مثلاً در گیاه‌شناسی، هیچ‌گاه «سعدانۀ نبت» نمی‌گویند بلکه آن را کاملاً توضیح می‌دهند.

پس به این دو دلیل ما تعاریف در باب علوم را تعریف حقیقی به معنی جامع و مانع می‌دانیم.

الامر الثاني: آیا لفظ مصاهره موضوع حکمی از احکام است و در آیه و روایت آمده است به طوری که اگر ندانیم به مشکل برمی‌خوریم؟

قلنا: این تعبیری است که در کلام فقهاء آمده و در آیات و روایات نیست و فقهاء برای جمع بین افراد مسأله، این تعبیر را انتخاب کرده‌اند (مثل ریبیه، امّ الزوجه) ...، پس این تعریف جنبه علمی دارد للجمع بین شتات المسائل فی هذا الباب و الا حکم شرعی روی کلمه مصاهره نرفته است، بله در آیه ۵۴ سوره فرقان لفظ «صهر» آمده؛ ولی ارتباطی به ما نحن فیه ندارد.

الامر الثالث: معنای لغوی مصاهره با آنچه در کلام فقهاء است تفاوت دارد.

در لسان العرب می‌گوید: «المصاهرة هو القرابة (معنی عامی است که هر خویشاوندی را شامل می‌شود) و ختن الرجل (داماد) و صاهرت القوم اذا تزوجت فيهم».

بقیة لغویون هم تقریباً همین گونه معنا می‌کنند، پس معنی لغوی محدود به همان معنای داماد است «هُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا» (۱) (ازدواج و دامادی) در حالی که در بین فقهاء معنی وسیعتری دارد مثلاً حرمت ربیبه یا زن پدر از باب مصاهره است، پس فقهاء به تمام علاقه‌هایی که به سبب زوجیت بین اقرباء دو طرف حاصل می‌شود مصاهره می‌گویند. نکته: معمولاً اصطلاحات از معنای لغوی محدودتر است؛ ولی در اینجا اصطلاح فقهاء عام‌تر و گسترده‌تر است و معنی لغوی اخص است و از نادر مواردی است که معنای اصطلاحی از معنای لغوی اعم شده است.

مسألة ۱: تحرم معقودة الاب علی ابنه و بالعکس فصاعداً

اشاره

۹۸ مسئله ۱ (تحرم معقودة الاب علی ابنه و ...) ... ۸۱ / ۲ / ۲۹
 بحث در محرمات نکاح از طریق مصاهره به مسئله اول رسیدیم.
 مسئله ۱: تحرم معقودة الاب علی ابنه و بالعکس فصاعداً فی الاول (تنها در مورد اب نیست، بلکه جد ادنی و اعلی و هرچه بالاتر روند زوجه آنها نیز بر ابن حرام است)
 و نازلاً فی الثانی (زوجه پسر، نوه، نتیجه و هرچه پایین‌تر روند، بر پدر حرام است)
 حرمتاً دائمیه، سواء كان العقد دائماً أو انقطاعياً و سواء دخل العاقد بالمعقودة أم لا (در مقابل ربائب است چون در ربیبه دخول شرط است؛ ولی در عروس و زن پدر دخول شرط نیست و تأثیری ندارد)
 و سواء كان الاب و الابن نسبيين أو رضاعيين.
 نکته: تفاوتی نمی‌کند که جدّ ابی باشد یا جدّ امی یعنی فرقی نمی‌کند که پدر پدر، زنی داشته باشد یا پدر مادر، پس زن پدر حرام است و فرقی بین این دو نیست، همچنین فرقی بین نوه پسر و نوه دختری هم نیست، زن نوه حرام است چه نوه پسر و چه نوه دختری.

اقوال:

این مسأله در بین شیعه و عامه از مسلمات است و اختلافی در آن نیست.
 مرحوم نراقی می‌فرماید:

تحرم بمجرّد العقد تحریماً مؤبداً زوجة الاب و الجد و ان علی من الاب و الام و زوجة الابن فنازلاً و ان كان ابن البنت (نوه دختری) و ان لم یدخل بها بالاجماع من المسلمین و هو الحجّة (دلیل ما اجماع است) المغنیة عن مؤنة تکثیر الادله. «۲» (عبارت امام و مستند از سوی شوهر به مسأله نگاه می‌کند، یعنی حرمت زن پدر و ...)

بعضی در این مسأله به همین اجماع اکتفا کرده و سراغ ادله آیات و روایات نرفته‌اند در حالی که اجماع روی قول متأخرین بر مبنای کشف است و اجماع مدرکی نمی‌تواند حجّت باشد.

(۱) آیه ۵۴، سوره فرقان.

(۲) مستند، ج ۱۶، ص ۳۰۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۱۸

مرحوم صاحب جواهر می فرماید:

یحرم علی الموطوءة المذكورة اب الواطی (عبارت جواهر از سوی زن به مسأله نگاه می کند، یعنی حرمت پدر شوهر و ...) و ان علی (موطوءه شرط نیست بلکه معقوده هم باشد برای حرمت کافی است) لاب أو أم و اولاده (واطی) و إن سفلوا (نوه، نتیجه) ... لابن أو بنت تحریماً مؤبداً نصاً و اجماعاً من المسلمین (عموم مسلمانان) فضلاً عن المؤمنین، (فقهای اصحاب) بل ربّما ادرجا فی آیه حلائل الابناء و آیه و لا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ و ان كنا فی غنیة عنه (بی نیاز هستیم) بغیره (ای بالاجماع و الروایات). «۱»

سؤال: آیا آیه شریفه که از سوی شوهر به مسأله نگاه می کند (مانند کلام مستند و متن تحریر) با کلام صاحب جواهر که از سوی زن به مسأله نگاه می کند تفاوتی دارد؟

قلنا: خیر دو عبارت هستند که یک مفهوم واحد دارند پس در واقع متن آیه است و اینکه صاحب جواهر می فرماید «ادرجا» معنا ندارد همچنین در آیه «لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» وقتی که مردی به زنی حرام باشد، معنی آن این است که آن زن هم به آن مرد حرام است. پس تصوّر ما این است که آیه همین مطلب را می گوید و در این مسأله هر دو آیه دلالت دارند و «ربّما ادرجا» که نشانه شک و تردید است در اینجا لازم نیست، چون گاهی از جانب زن و گاهی از جانب مرد به مسأله نگاه می شود و تفاوتی نیست اللهم الا أن یقال: منظور صاحب جواهر هر موطوءه ای باشد (چه با عقد و چه بدون عقد)، در حالی که آیه معقوده را می گوید پس کلام صاحب جواهر اعم از مورد آیه است و به این خاطر «ربّما ادرجا» می گوید، یعنی به سبب الغاء خصوصیت، آیه شامل آن معنی وسیع هم بشود.

جمع بندی: مسأله علی اجمالها مسلم و اجماعی و مورد اتفاق مسلمین و همه فقهاء است بلکه از بعضی از روایات استفاده می شود که قبل از اسلام هم بوده، چون عبد المطلب جد پیامبر صلی الله علیه و آله، پنج مطلب را سنت کرد و اسلام هر پنج مورد را امضاء نمود.

... عن الرضا علیه السلام عن آبائه علیه السلام فی حدیث قال: كان لعبد المطلب خمس من السنن اجراها الله له فی الاسلام

(عبد المطلب مرد پاک و بزرگواری بود و بحث است که آیا از اوصیاء حضرت عیسی علیه السلام بوده است یا نه؟)

حرم نساء الآباء علی الابناء و سنّ الدیة فی القتل مائة من الابل و كان یطوف باللیل سبعة اشواط و وجد کتراً و اخرج منه الخمس و سمی زمزم سقایة الحاج. «۲»

پس قبل از اسلام هم این مسأله بوده، اگر چه عرب جاهلی به این مسأله اعتنا نمی کرده، و زن پدر را تزویج می کرد. اسلام اسم آن را فحشاء باطن گذاشته است و فحشاء ظاهر هم زنا است.

ادله:

۱- آیات

اشاره

دو آیه از قرآن این مسأله را بیان می‌کند.

الف: [وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ]...

«وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا» «۳» تزویج نکنید همسران پدرهایتان را. در این آیه یکی از محرمات نسبی ذکر شده است.

«مِنَ النِّسَاءِ» ممکن است اشاره به این باشد که زوجه‌های پدر هر تعدادی باشند حرام‌اند. «إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ» در مورد کسانی است که قبلاً تزویج کرده و استثنا شده‌اند.

«إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً» این کار بسیار بدی است، آیه دیگری آن را تفسیر کرده و می‌فرماید: خداوند نهی از فاحشه می‌کند «مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَ مَا بَطَّنَ» «۴» * گفته‌اند که فحشاء ظاهر زنا و فحشاء باطن ازدواج با زوجه پدر است که در عصر جاهلیت لاقفل در میان گروهی بوده است.

سؤال: آیا نکاح در آیه به معنی عقد است یا دخول؟

جواب: در قرآن این کلمه در تمامی موارد به معنی عقد است البته بعضی معتقدند که در یک مورد به معنی دخول است (حتی تنکح زوجاً غیره) که در مورد مطلقه ثلاث است. بنابراین اگر در لغت نکاح به معنی دخول باشد، کاری نداریم چون در اصطلاح شرع به معنی عقد است حتی در مورد آیه مطلقه ثلاث هم، نکاح را به معنی عقد می‌گیریم و دخول از خارج دلیل دارد. نتیجه: آیه ۲۲ فقط در مورد نکاح است، بنابراین آیه محدود شد و فقط معقوده را شامل شده و موطئه را شامل نمی‌شود، (یعنی وطی به شبهه، تحلیل، زنا... را نمی‌گیرد) همچنین آیه فقط در مورد آباء است و اجداد را نمی‌گوید.

ان قلت: آباء به اجداد هم اطلاق می‌شود در سوره بقره آیه ۱۳۳ هنگامی که نصیحت یعقوب را به فرزندانش بیان می‌کند می‌فرماید: «إِذْ حَضَرَ يَعْقُوبَ الْمَوْتُ إِذْ قَالَ لِنَبِيِّهِ مَا تَعْبُدُونَ مِن بَعْدِي قَالُوا

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۵۰.

(۲) ح ۱۱، باب ۲ از ابواب مصاهره.

(۳) آیه ۲۲، سوره نساء.

(۴) آیه ۱۵۱، سوره انعام.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۱۹

نَعْبُدُ إِلَهَكَ وَإِلَهَ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ» در حالی که ابراهیم جد بود (پدر یعقوب، اسحاق بود و پدر اسحاق، ابراهیم) پس به جد هم آباء می‌گویند ضمناً معلوم می‌شود که به عمو هم آباء گفته شده است چون اسماعیل هم از آباء ذکر شده است.

قلنا: این اطلاق مجازی است و قرینه می‌خواهد و بدون قرینه نمی‌توان گفت.

نتیجه: از آیه جز آباء استفاده نمی‌شود، پس برای اثبات اجداد باید سراغ اجماع برویم و با اجماع آن را حل کنیم.

۹۹ ادامه مسئله ۱ ... ۳۰ / ۲ / ۸۱

ب) آیه حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ

... وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ... وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْنَابِكُمْ «۱» در این آیه سیزده مورد از محرمات ذکر شده است که هفت مورد

از محرمات نسبیّه (امهات، بنات، خالات، اخوات، عمات، بنات الاخ و بنات الاخت) دو مورد از رضاع (امهاتکم من الرضاعه و اخواتکم من الرضاعه) و چهار مورد هم از مصاهره است (حلائل ابنائکم، امهات نسائکم، ربائبکم اللاتی فی حجورکم و آن تجمعا بین الاختین) که در مجموع این دو آیه چهارده مورد از محرمات نسبی و رضاعی و مصاهره ذکر شده است که این دو آیه نص در حرمت است با این تفاوت که در آیه ۲۳ صحبت از نکاح است.

سؤال: آیا آیه فرزند رضاعی را حذف می‌کند در حالی که ما گفتیم زوجه فرزند رضاعی هم بر پدر رضاعی حرام است و اجماعی است پس چرا قرآن قید «الَّذِينَ مِنْ أَضْلَابِكُمْ» را می‌آورد؟

قلنا: در بین عرب جاهلی معمول بود که برای خودشان پسرانی انتخاب می‌کردند و بر آنها آثار فرزند را بار می‌کردند، آیه می‌فرماید که «ادْعُوهُمْ لِابْنَائِهِمْ» (۲) اینها فرزندان شما نیستند و فرزندان دیگرانند، که آیات متعددی از قرآن در این زمینه صحبت می‌کند.

پس این قید در مورد پسرخوانده‌هاست، مانند زینب که زوجه زید بود و زید هم پسرخوانده پیامبر، وقتی زید زینب را طلاق داد، چون زینب در این ازدواج شکست خورد، پیامبر زینب را تزویج کرد تا آن شکست جبران شود.

البته به یک معنی فرزندان رضاعی هم فرزندان صلبی حساب می‌شوند چون از شیری که متعلق به آن مرد است خورده‌اند و شیر هم از صلب است پس آیه شامل فرزندان رضاعی می‌شود. حال چه این توجیه را قبول کنیم یا نکنیم، این قید در مورد فرزندخوانده‌هاست و مربوط به رضاع نیست.

مشکلی که این دو آیه دارد این است که فرزند و پدر بلاواسطه را می‌گیرد (یعنی زوجه پدر و پسر، نه زوجه جد)، پس ظاهر آیه شامل بالواسطه‌ها نمی‌شود.

ان قلت: در آیات قرآن آباء در معنی اجداد استعمال شده که نمونه‌اش حضرت ابراهیم علیه السلام است که به عنوان آباء برای فرزندان یعقوب علیه السلام ذکر شده است در حالی که ابراهیم علیه السلام جد آنها بوده است، همان گونه که ابناء هم به نوه‌ها اطلاق شده است مثلاً خطاب «یا بَنِي آدَمَ» * شامل ما هم می‌شود، در حالی که ما ابن آدم نیستیم و با صدها واسطه به آدم می‌رسیم. پس در ما نحن فیه هم آباء و ابناء به اجداد و نوه‌ها اطلاق می‌شود.

قلنا: مشکل است که بگوییم این اطلاقات حقیقی‌اند، بلکه اطلاق مجازی است و قرینه لازم دارد.

بنابراین اگر کسی وصیت کرد که فلان چیز را به ابناء من بدهید قطعاً نوه‌ها را شامل نمی‌شود و برای شامل شدن قرینه لازم است.

آیا در ما نحن فیه داریم که اطلاق را جاری بدانیم؟

مشکل است که ادعای وجود قرینه کنیم لذا در اینجا برای تسری دادن حکم به اجداد و نوه‌ها باید دست به دامن اجماع بزنیم.

ان قلت: آیا در قرآن مجاز وجود دارد؟ قرآن همه‌اش حقیقت است در حالی که شما می‌گویید این استعمالات، مجازی است.

قلنا: مجاز دو معنی دارد:

۱- مجازی که در عرف عام گفته می‌شود که به معنی «چیز تو خالی» است، مانند:

آنگاه که پیشگاه حقیقت شود پدید شرمنده رهروی که نظر بر مجاز کرد

۲- مجازی که در علم معانی گفته می‌شود، یعنی مفاهیمی که غیر از معنی لغوی است و نیاز به قرینه دارد، این مجاز تو خالی نیست

و از نظر عرفی حقیقت است، اگر چه از نظر علم معانی مجاز شمرده می‌شود و گاهی بالاتر از حقیقت است. مثلاً استعمال صیغه مذکر در مورد خداوند حقیقت نیست بلکه این مجاز ما فوق الحقیقه است، درست است که معنی لغوی نیست ولی بی محتوا هم

نیست. مجازات و کنایات رمز زیبایی‌ها در کلام و ابزار دست فصحاء و بلغاء است و بدون مجاز و کنایه فصاحت و بلاغت

(۱) آیه ۲۳، سوره نساء.

(۲) آیه ۵، سوره احزاب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۲۰

بوجود نمی آید، از این مجازات در قرآن بسیار است.

راه دیگری هم برای تعمیم داریم که توسل به استقراء است یعنی بگوییم در محرمات باب نکاح هر جا حرام ابدی بود به بالا و پایین سرایت می کند، الا مواردی که استثنا می شود، پس قاعده محرمات ابدیه، سرایت است و لذا «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ» به بالا سرایت می کند و بناتکم به پایین سرایت می کند و ... همه اینها تعمیم دارد، و بگوییم کأنّ این یک استقراء می شود وقتی که می فرماید: «لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» یا «حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ» صعوداً و نزولاً تعمیم دارد.

۲- روایات:

تقریباً همه روایات در باب ۲ از ابواب محرمات بالمصاهره آمده است که بعضی صحیح السند و بعضی غیر صحیح السند است ولی چون متضافر هستند ما را از بررسی اسناد بی نیاز می کند.

نکته: بسیاری از روایات این باب ناظر به اصل مسأله نیست بلکه ناظر به لوازم و شاخ و برگهاست، که از اینجا معلوم می شود که اصل مسأله به قدری واضح بوده است که کسی سراغ آن نرفته و این نشانه تسلّم و اجماعی بودن اصل مسأله است. نمونه هایی از این روایات را بیان می کنیم:

...* عن ابی جعفر علیه السلام فی احتجاجه علی أن الحسن و الحسین علیهما السلام ابنا رسول الله صلی الله علیه و آله

(موضوع روایت این است، که عده ای از مخالفان اصرار داشتند چرا به امام حسن و امام حسین علیهما السلام ابناء رسول الله صلی الله علیه و آله می گویند؟ اینجا به دنبال طرز فکری بودند که در زمان جاهلیت مطرح بود و می گفتند «بنونا بنو ابناءنا و بناتنا بنوهن ابناء رجال الابعاد»، پس نوه های پسری، پسران ما و نوه های دختری، پسران ما نیستند و اصرار داشتند که این فضیلت را از اهل بیت علیهم السلام بگیرند، ائمه هم با جواب های دندان شکن به آنها جواب می دادند از جمله این حدیث)

قال انّ الله یقول «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ بَنَاتُكُمْ وَ أَخَوَاتُكُمْ» الی قوله «وَ حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ» فسلهم هل یحل لرسول الله صلی الله علیه و آله نکاح حلیتیهما فان قالوا: نعم، کذبوا و إن قالوا: لا، فهما و الله ولده لصلبه و ما حرما علیه الا للصلب (۱) این روایت به دلالت مطابقی به بحث ما مربوط نیست ولی به دلالت التزامی بحث ما را روشن می کند حتّی به نوه ها و نتیجه ها دلالت می کند و قرینه می شود بر عمومیت آیه.

...* عن محمّد بن مسلم عن احدیما علیه السلام انه قال: لو لم تحرم علی الناس ازواج النبی صلی الله علیه و آله لقول الله عزّ و جلّ:

«وَ مَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا رَسُولَ اللَّهِ صلی الله علیه و آله وَ لَا أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَدًا» حُرِّمَتْ عَلَى الْحَسَنِ وَ الْحُسَيْنِ

(به عکس روایت قبل است چون در آنجا زوجه های امام حسن و حسین علیه السلام بر پیامبر صلی الله علیه و آله حرام بود و در اینجا زوجه های پیامبر صلی الله علیه و آله بر امام حسن و حسین علیه السلام حرام هستند)

لِقَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ «وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ»، وَ لَا یُصَلِّحُ لِلرَّجُلِ أَنْ یَنْكِحَ امْرَأَةً جَدَهُ (۲)

این روایت نیز به دلالت مطابقی مربوط به بحث ما نیست ولی به دلالت تضمینی و التزامی بحث ما را ثابت می کند مخصوصاً که در این روایت تصریح به کلمه «جد» هم شده است.

این دو روایت از روایات خوب این باب است که نشان می دهد علاوه بر این که حرام است، حرمت به طبقات بالا- و پایین هم

سرایت می کند و دلالت آیه را نیز تعمیم می دهد.

چند روایت هم داریم که با صراحت و دلالت مطابقی بر بحث ما دلالت دارد.

... * عن زراره قال: قال أبو جعفر عليه السلام في حديث: و إذا تزوّج الرجل امرأة تزويجاً حلالاً

(در مقابل زنا است)

فلا تحلّ تلك المرأة لأبيه ولا لابنه. «۳»

... * عن محمد بن مسلم قال: قلت له:

(مضمربه است منتهی معلوم است که محمد بن مسلم از غیر امام معصوم سؤال نمی کند)

رجل تزوج امرأة فلمسها

(لمس کردن کنایه از دخول است)

قال: هي حرام على أبيه و ابنه و مهرها واجب.

(چرا سؤال از دخول می کند در حالی که دخول در بحث ما بالاجماع شرط نیست و مشروط به لمس هم نیست؟ ظاهراً این مقدمه

برای مهر واجب است که مهر را کامل می گیرد) «۴»

... * عن حماد عن الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فلامسها قال مهرها واجب و هي حرام على أبيه و

ابنه. «۵»

۱۰۰ ادامه مسئله ۱ ... ۱ / ۳ / ۸۱

۳- اجماع:

این مسأله در بین شیعه و سنی از مسلّمات است و اختلافی در آن نیست؛ ولی اجماع روی قول متأخرین بر مبنای کشف است و

اجماع مدرکی نمی تواند حجت باشد؛ ولی اگر در بعضی جاها کم

(۱) ح ۱۲، باب ۲ از ابواب مصاهرة.

(۲) ح ۱، باب ۲ از ابواب مصاهرة.

(۳) ح ۲، باب ۲ از ابواب مصاهرة.

(۴) ح ۵، باب ۲ از ابواب مصاهرة.

(۵) ح ۶، باب ۲ از ابواب مصاهرة.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۲۱

و کسری بود با اجماع ثابت می کنیم.

روایات معارض:

... * عن معلی

(از نظر قبول مورد اشکال است)

... عن ابی الجارود

(در او تأمل است)

قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: و ذكر هذه الآية «وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا» فقال: رسول الله صلى الله عليه و آله احد الوالدين

(امت دو پدر دارند پدر واقعی یکی است اما پدر تنزیلی می تواند متعدد باشد)
فقال عبد الله بن عجلان و من الآخر؟ قال: علي و نساؤه علينا حرام و هي لنا خاصة
(حرمت زن پدر مخصوص ما است یعنی زوجه اب بر دیگران حرام نیست). «۱»

آیا معنی

«هی لنا خاصة»

همین است؟

مرحوم علامه مجلسی در مرآة العقول دو تفسیر برای این حدیث بیان می کند:

۱- این جمله اشاره به پیامبر است، یعنی حرمت ازواج نبی برای ما (ائمه) بالخصوص است چون فرزندان پیامبر هستیم و برای مردم بالعموم است.

به عبارت دیگر بر مردم به عنوان «لا تنكحوا ازواج النبی» حرام است و بر ما (ائمه) به عنوان «زوجه الاب» حرام است، بنابراین حدیث از احادیثی می شود که دلالت می کند ائمه، ابناء رسول الله صلى الله عليه و آله بوده و شایسته خطاب یا بن رسول الله صلى الله عليه و آله هستند و با ما نحن فيه ارتباطی ندارد.

جواب: این تفسیر خوب است ولی خلاف ظاهر است چون در عبارت ضمیر «هی» را به ابعد که حضرت رسول صلى الله عليه و آله است برمی گرداند نه به اقرب که حضرت علی علیه السلام است، در حالی که قاعده در باب ضمائر، عود ضمیر به اقرب است نه ابعد.

۲- ازواج النبی بر همه امت حرام بوده و اما ازواج علی علیه السلام بر بنی هاشم حرام است یعنی بر پسرعموها هم حرام بوده است، نه فقط بر ائمه، پس حرمت عام برای ازواج النبی و حرمت خاص مخصوص بنی هاشم است که به احترام علی بن ابی طالب علیه السلام جایز نبوده که ازواج او را تزویج کنند.

جواب: طبق این تفسیر این روایت از روایات معارض نمی شود.

سَلْمَنَا: این روایت از روایات معارض باشد ولی نمی تواند در مقابل قرآن و روایات کثیره و اجماع مسلمین مقاومت کند، علی الخصوص که ضعیف السند هم است.

... قال قلت لأبي ابراهيم موسى عليه السلام رجل تزوج امرأة فمات قبل أن يدخل بها أ تحل لابنه؟ فقال: أنهم يكرهونه لأنه ملك العقدة. «۲»

منظور از «انهم» عامه هستند چرا این گونه می فرمایند آیا تقیه بوده است؟ در حالی که مسأله بین عامه و خاصه اجماعی است، پس این که صریحاً نمی فرمایند یک نقطه ابهام در متن حدیث است.

جواب:

آیا کراهت در این حدیث مفهومی جواز است؟ یعنی اگر دخولی حاصل نشده باشد زوجه الاب بر ابن حلال است؟ کراهت در اصطلاح فقهاء غیر از کراهت در لغت است، اینکه می گویم «کل مکروه جائز»، اصطلاح فقهاء است در حالی که معنی لغوی عام است و در حرمت و کراهت اصطلاحی استفاده می شود.

در آیات زیادی در قرآن کراهت در حرمت و یا شبیه حرمت استعمال شده است:

«كُلُّ ذَلِكُمْ كَانَ سَيِّئُهُ عِنْدَ رَبِّكَ مَكْرُوهًا». «۳»

قبل از این آیه گناهانی مانند زنا، قتل نفس، کم فروشی ذکر شده که از گناهان کبیره است حال آیا همه اینها مکروه است؟ معلوم می شود که کراهت در حرمت استفاده می شود.

أضف الی ذلک:

ما در قرآن «وَلَوْ كَرِهَ الْمُشْرِكُونَ» * یا «وَلَوْ كَرِهَ الْكَافِرُونَ» * و مانند آن هفت مورد داریم، این کراهت که کافران و مشرکان از اسلام داشتند مختصر نبود بلکه شدید و بمعنی بغض بود که شبیه حرمت در احکام است، پس این روایت دلالتی بر مخالفت ندارد و اگر هم داشته باشد در مقابل آیات، روایات و اجماع مقاومتی نمی کند.

[مسأله ۲: لو عقد علی امرأه حرمت علیه امها]

اشاره

۱۰۱ مسئله ۲ (تحريم تزويج ام الزوجه ... ۸۱ / ۳ / ۴)

مسأله ۲: لو عقد علی امرأه حرمت علیه امها و إن علت نسباً أو رضاعاً (مادر و جده نسبی یا رضاعی)

سواء دخل بها أم لا (در مقابل ربیبه است که در حرمت دخول شرط است)

و سواء كان العقد دواماً أو انقطاعاً و سواء كانت المعقوده صغيرة أو كبيرة، نعم الاحوط فی العقد علی الصغيرة انقطاعاً أن تكون بالغة الی حدّ تقبل للاستمتاع و التلذذ بها و لو بغير الوطی بأن كانت بالغة ست سنین فما فوق مثلاً، أو يدخل فی المدّة بلوغها الی هذا الحد، فما تعارف من ايقاع عقد الانقطاع ساعة أو ساعتین علی الصغيرة الرضیعه أو من

(۱) ح ۳، باب ۲ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۹، باب ۲ از ابواب مصاهره.

(۳) آیه ۳۸، سوره اسراء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۲۲

یقاربها مریدین بذلک محرّمیه امها علی المعقود له لا یخلو من اشکال من جهة الاشکال فی صحه مثل هذا العقد حتی یترتب علیه حرمة امّ المعقود علیها، و ان لا یخلو من قرب ایضاً لکن لو عقد لذلك ای الساعه أو الساعتین علیها فلا ینبغی ترک الاحتیاط بترتب آثار المصاهره و عدم المحرمیه لو قصد تحقّق الزوجیه و لو بداعی بعض الآثار کالمحرّمیه.

عنوان مسأله:

در این مسأله سوّمین عنوان از محرّمات بالمصاهره مطرح می شود که امّ الزوجه است. مرحوم امام (ره) در این مسأله قسمت کوتاهی در اصل مسأله بحث می کنند و سپس بحث مفصّلی در یکی از فروع مسأله دارند، ایشان می فرمایند:

احوط این است که اگر می خواهند صغیره را عقد کنند، باید به حدّ استمتاع رسیده باشد و لو به حدّ دخول نرسیده باشد، در ادامه نتیجه می گیرند که اگر عقد صغیره ای را برای محرّمیت بمدّت یک یا دو ساعت بخوانند کافی نیست، بلکه باید در هنگام خواندن عقد، زمان را به اندازه ای طولانی در نظر بگیرند تا در آن مدّت صغیره به حدّ استمتاع برسد و لو بعد از عقد بقیه مدّت را ببخشند و اینکه امام حدّ اقلّ مدّت عقد را سن شش سالگی در نظر می گیرند خصوصیتی ندارد بلکه از باب مثال است.

امام (ره) در انتهای می فرماید بهتر این است که احتیاط کنند یعنی اگر بچه شیرخواری را به مدّت یک ساعت عقد کردند آثار

محرمت امّ الزوجه را جاری نکرده و با او هم ازدواج نکنند. پس احتیاط بهتر است.

اقوال:

اصل این مسأله (حرمت امّ الزوجه) از مسلمّات بین اهل اسلام است و اختلافی در آن نیست چون صریح آیه قرآن است «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ»^۱، ولی در یکی از قیود اختلاف شده است به این که آیا حرمت مشروط به دخول به بنت است (مثل ربیبه) یا اینکه مجرد عقد موجب حرمت امّ الزوجه می‌شود؟

مشهور آن را مشروط به دخول نمی‌دانند ولی شاذی از شیعه و عامّه قائل شده‌اند که مشروط به دخول به بنت است.

مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف می‌فرماید:

إذا تزوّج بامرأة حرمت علیه أمّها، و جمیع امّهاتها (مادر بزرگ پدری، مادری و ...) و ان لم یدخل بها ... و به (عدم شرطیت دخول) قال فی الصحابه: عبد ابن عمرو، ابن عباس، و ابن مسعود، و عمران بن حصین، و جابر بن عبد الله الانصاری و به قال جمیع الفقهاء (کسانی که بعد از صحابه آمده‌اند) الا أنّ للشافعی فیہ قولان و رووا عن علیّ علیه السلام أنّه قال: «لا تحرم الام بالعقد (این روایت را عامه نقل می‌کنند و ما نمی‌پذیریم) و أنّما تحرم بالدخول، کالربیبه. سواء طلقها أو مات عنها» (قول سوّمی هم داریم که اگر زن از دنیا برود و لو دخول صورت نگرفته‌ام الزوجه حرام است امّا اگر زوجه را طلاق داد و دخول هم صورت نگرفته بود می‌تواند امّ الزوجه را تزویج کند) و به قال ابن الزبیر و عطاء و قال زید بن ثابت ان طلقها جاز له نکاح الام، و ان ماتت لم یحل له نکاح امّها. فجعل الموت کالدخول (شبهه مهریه است که اگر دخول حاصل نشده باشد و طلاق دهد مهریه نصف می‌شود و اگر بمیرد مهریه نصف نمی‌شود و لو دخول هم نباشد). «۲»

مرحوم شیخ در ادامه سه دلیل ذکر می‌کند که یکی آیه شریفه، دیگری اجماع و دلیل سوّم روایات است.

مرحوم شهید ثانی می‌فرماید:

اکثر علماء الاسلام علی ان تحریم امهات النساء لیس مشروطاً بالدخول بالنساء. «۳»

عقیده اکثر علمای اسلام این است که تحریم امّ الزوجه مشروط به دخول به بنت نیست، سپس می‌فرماید بعضی از اصحاب ما مثل ابن ابی عقیل قائل به شرطیت دخول شده‌اند همچنین بعضی از عامّه دخول را شرط می‌دانند.

جمع بندی: اصل مسأله هیچ بحثی ندارد امّا راجع به شرطیت دخول سه قول است:

۱- قول مشهور: در حرمت امّ الزوجه، دخول شرط نیست و امّ الزوجه مطلقاً حرام است.

۲- قول ابن ابی عقیل و شافعی: حرمت امّ الزوجه مشروط به دخول است که در غیر این صورت حرام نیست.

۳- قول زید بن ثابت: تفصیل بین طلاق و ممات یعنی اگر زوجه را طلاق دهد، حرمت امّ الزوجه مشروط به دخول است و اگر بمیرد مشروط به دخول نیست و امّ الزوجه حرام می‌شود.

ادله:

۱- آیه «أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَ رَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنَ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ»

قائلین به قول مشهور می‌گویند آیه مطلق است و قیدی ندارد و

(۱) آیه ۲۳، سوره نساء.

(۲) خلاف، ج ۴، کتاب النکاح، ص ۳۰۳ مسئله ۷۵.

(۳) مسالک، ج ۷، ص ۲۸۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۲۳

فقط ربیبه قید دارد. در کلام ابن عباس و دیگران تعبیری هست که می‌گویند:

ابهم الله (ای عمم) هذه الآية.

قائلین به شرطیت می‌گویند که ما از آیه استفاده شرطیت می‌کنیم و قید «مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ» و لو بعد از ربیبه ذکر شده است ولی این قید به هر دو زده می‌شود، یعنی هم در مورد ربیبه است و هم در مورد امّ الزوجه.

از این استدلال سه جواب داده شده است:

۱- قیدی که بعد از جمل متعدده بیاید به جمله آخر می‌خورد، مگر قرینه بر غیر این باشد، چون قدر متیقن آخری است و زائد بر آن دلیل می‌خواهد.

۲- سلمنا که قید به هر دو برگردد؛ ولی این قید قابلیت ندارد که به هر دو بخورد چون در مورد ربیبه خوب است، یعنی ربیبه‌هایی که «متولدات من نساء دخلتم بهن» باشد؛ ولی در مورد امّ الزوجه باید بگوییم امهاتی که «متولدات من نساء دخلتم بهن» هستند. امّ الزوجه که از زوجه متولد نشده است، بلکه زوجه از امّ الزوجه متولد شده است، در حالی که در ربیبه به عکس بود و ربیبه متولد از زوجه بود. پس این قید با امهات نسائکم تناسب ندارد.

۳- اگر این قید را بخواهیم به هر دو بزیم لازم‌ه‌اش این است که لفظ «مِنْ» را در دو معنی بکار بریم، یعنی وقتی به ربیبه می‌خورد «مِنْ» نشویّه است، یعنی منشأ ربیبه از زوجه است و اگر در مورد امهات نسائکم استعمال شود «مِنْ» بیانیّه می‌شود که لازم‌ه‌اش استعمال «مِنْ» در اکثر از معنای واحد است، و استعمال لفظ در اکثر از معنی واحد جایز نیست.

ان قلت: شما که استعمال لفظ در اکثر از معنی واحد را جایز می‌دانید، چطور در اینجا ملتزم به آن نیستید؟

قلنا: ما قائل هستیم که استعمال لفظ در اکثر از معنی جایز است و زیبایی کلمات و اشعار و خطب به این است که استعمال در اکثر از معنی شود؛ ولی قرینه لازم دارد، مانند:

المرتمی فی الدّجی و المبتلی بعمی و المشتکی ظماء و المبتغی دنیا

یأتون سده من کل ناحیه یتفیضون من نعمائه عینا

آن کسی که در تاریکی گرفتار شده و آن کسی که مبتلا به نابینایی شده و آن کسی که از تشنگی شکایت می‌کند و آن کسی که بدهکاری او را در فشار قرار داده، به درگاه او (پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله) می‌آیند و از نعمتهای او «عین» را طلب می‌کنند (عین به معنی آفتاب، چشم، چشمه و دینار)

در اینجا قرینه نداریم پس آیه دلیل بر عدم اشتراط است.

۱۰۲ ادامه مسأله ۲ ... ۵/۳/۸۱

۲- روایات:

اشاره

روایات دو طایفه هستند:

طایفه اول: روایاتی که مؤید قول مشهور است

اشاره

که این روایات عمدتاً در دو باب و مجموعاً شش حدیث است. البته در این احادیث حدیث معتبر و غیر معتبر وجود دارد ولی چون متضافر هستند نیاز به بحث سندی نداریم.

... عن اسحاق بن عمّار، عن جعفر، عن أبيه ان علياً عليه السلام كان يقول: الرائب عليكم حرام من الامهات اللّاتي قد دخل بهنّ هنّ في الحجور و غير الحجور سواء (قید حجور در آیه قید غالبی است)

و الامهات مبهمات الحديث «۱»

(یعنی مطلقات و عامات است، از این عبارت استفاده می‌شود که در آیه هم قید به دومی می‌خورد).

این حدیث در باب ۱۸ تقطیع شده و در باب بیست کاملتر نقل شده است.

... عن علي عليه السلام في حديث قال: و الامهات مبهمات دخل بالنبات أو لم يدخل بهنّ فحزّموا و ابهموا (مطلق بدانید)

ما ابهم الله

(چیزی که خدا مبهم دانسته است). «۲»

... عن غياث ابن ابراهيم، عن جعفر، عن أبيه انّ علياً عليه السلام قال:

إذا تزوّج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها

(ریبیه)

اذا دخل بالام فاذا لم يدخل بالام، فلا بأس ان يتزوج بالابنة و اذا تزوّج بالابنة فدخل بها أو لم يدخل فقد حرمت عليه الام...

(معلوم می‌شود که نسبتی که عامّه به علی علیه السلام داده‌اند به اینکه بمجرد عقد دختر، مادر او حرام نمی‌شود درست نیست). «۳»

... عن ابي بصير، قال: سألته عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فقال عليه السلام: تحلّ له ابنتها و لا تحلّ له امّها

(حدیث مضمومه است). «۴»

این حدیث مشکل دیگری هم دارد و آن این است که با قول

(۱) ح ۳، باب ۱۸ از ابواب مصاهرة.

(۲) ح ۲، باب ۲۰ از ابواب مصاهرة.

(۳) ح ۴، باب ۱۸ از ابواب مصاهرة.

(۴) ح ۵، باب ۱۸ از ابواب مصاهرة.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۲۴

کسانی که بین طلاق و موت فرق می‌گذارند سازگار است، زیرا این حدیث فقط صورت طلاق را می‌گوید و نسبت به موت سکوت می‌کند مگر اینکه موت را بالاولویّه ثابت می‌کنیم.

... عن صاحب الزمان عليه السلام انه كتب اليه

(حمیری به امام زمان در عصر غیبت نامه نوشته است):

هل يجوز للرجل أن يتزوج بنت امرأته؟ فاجاب عليه السلام ... و كتب اليه

(دو نامه بوده یا هر دو سؤال در یک نامه بوده است)

هل يجوز أن يتزوج بنت ابنة امرأة ثم يتزوج جدتها بعد ذلك ام لا يجوز؟ فاجاب عليه السلام قد نُهي عن ذلك «۱»

. البته در این روایت ندارد که طلاق داده است ولی معلوم است که طلاق داده، چون در عقد واحد نمی توان مادر و دختر را عقد کرد.

نکته این حدیث این است که جدّ، در این حدیث صریحاً عنوان شده است.

... عن منصور بن حازم قال كنت عند ابي عبد الله عليه السلام فأتاه رجل فسأله عن رجل تزوج امرأة فماتت قبل أن يدخل بها أ

يتزوج بأمها؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: قد فعله رجل منّا فلم ير به بأساً

(ظاهرش این است که جایز است ولی در عبارت تعبیری دارد که نشان می دهد که در مقام تقیّه بوده است، چون امام باید می فرمود جایز است یا جایز نیست نه اینکه این گونه بفرمایند)

فقلت له:

جعلت فداك ما تفخر الشيعة إلا بقضاء علي عليه السلام في هذا الشمخية (السجيه) التي افتاها ابن مسعود أنه لا بأس بذلك

(نکاح امّ الزوجه بعد از موت یا طلاق دختر اشکالی ندارد)

ثم أتى علياً عليه السلام فسأله فقال له علي عليه السلام من أين أخذتها؟ قال: من قول الله عزّ وجلّ و ربائبكم اللاتي في حجوركم

من نسائكم اللاتي دخلتم بهنّ. «۲» فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ

(كأنّ ابن مسعود از کسانی بود که می گوید قید به هر دو می خورد)

فقال علي عليه السلام: ان هذا

(ربائب)

مستثناه و هذا

(امهات نسائكم)

مرسله

(دومی استثنا است و اولی مطلق است)

و امهات نسائكم الى أن قال: فقلت له ما تقول فيها؟ فقال يا شيخ تخبرني ان عليا عليه السلام قضى بها و تسألني ما تقول فيها

. (از این ذیل استفاده می شود که صدر حدیث تقیّه بوده است). «۳»

نتیجه: این روایت با این پیچ و خم نشان میدهد که قول علی علیه السلام حرمت مطلق بوده است.

* العياشي في تفسيره عن ابي حمزة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة و طلقها قبل أن يدخل بها أ تحلّ له ابنتها؟

قال:

فقال: قد قضى في هذا امير المؤمنين عليه السلام: لا بأس به انّ الله يقول: «و ربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم

بهنّ فإنّ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ» و لو تزوج الابنه ثم طلقها قبل أن يدخل بها لم تحلّ له امها قال: قلت له: أ ليس هما

سواء؟ قال: فقال:

لا ليس هذه مثل هذه انّ الله يقول: «و أمهات نسائكم» لم يستثن في هذه كما اشترط في تلك

(ريبه)

هذه هاهنا مبهمه ليس فيها شرط و تلك فيها شرط. «۴»

دو روایت هم از سنن کبرای بیهقی می خوانیم:

... عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه و آله قال: اذ نکح الرجل المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فله أن يتزوج ابنتها و ليس له أن يتزوج أمها.

* عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه و آله قال: أيما رجل نکح امرأة فدخل بها أو لم يدخل بها فلا يحلّ له نکاح أمها. این دو حدیث می تواند مؤید شش حدیث قبل باشد.

جمع بندی احادیث طایفه اول:

از مجموع روایات این طایفه چند نکته بدست می آید:

- ۱- در حرمت أم الزوجه دخول به دختر شرط نیست.
- ۲- آیه ۲۳ مطلق است و قید «مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» مربوط به امهات نساءکم نیست.
- ۳- قول علی علیه السلام هم همین بود نه آنچه عامه گفته بودند.

طایفه دوم: این احادیث دلیل قول شاذ (قائلین به شرطیت دخول) است

و با صراحت اشتراط را بیان می کند، این روایات هم تضافر نسبی دارد.

... عن جميل بن دراج و حماد بن عثمان

(دو روایت است)

عن ابی عبد الله علیه السلام قال: الامم و البنت سواء اذا لم يدخل بها یعنی اذا تزوج المرأة ثم طلقها قبل ان يدخل بها فانه ان شاء تزوج امها و ان شاء ابنتها

(یعنی هر دو مشروط به دخول است و بدون دخول هم ام و هم بنت حلال هستند). «۵»

... عن محمد بن اسحاق بن عمّار قال: قلت له: رجل تزوج امرأة و دخل بها ثم ماتت أ يحلّ له أن يتزوج أمها؟ قال: سبحان الله كيف تحلّ له أمها و قد دخل بها؟

(معلوم می شود که دخول مشکل ایجاد می کند و اگر دخول به بنت نبود مادر حلال بود)

قال: قلت له: فرجل تزوج امرأة فهلكت قبل أن يدخل بها تحلّ له أمها؟ قال: و ما الذي

(۱) ح ۷، باب ۱۸ از ابواب مصاهرة.

(۲) ح ۱، باب ۲۰ از ابواب مصاهرة.

(۳) ح ۱، باب ۲۰ از ابواب مصاهرة.

(۴) ح ۷، باب ۲۰ از ابواب مصاهرة.

(۵) ح ۳، باب ۲۰ از ابواب مصاهرة.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۲۵

یحرم علیه منها و لم يدخل بها «۱»

این روایت هم صراحتاً دخول را شرط می داند.

... * آنه سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها هل تحل له ابنتها؟ قال: الام و الابنة في هذا سواء اذا لم يدخل باحدهما حلت له الاخرى «۲»

. این دو طایفه با هم تعارض دارند، ولی از سه جهت می‌توان روایات مشهور را ترجیح داد:
 اولاً: طایفه اول موافق کتاب الله است پس باید به آنها عمل کنیم اما گروه دوم مخالف کتاب الله است.
 ثانیاً: شهرت با طایفه اول است هم شهرت فتوایی و هم شهرت روایی و یکی از مرجحات اصلی شهرت است.
 ثالثاً: از روایات طایفه دوم بوی تقیه می‌آید در اینجا مخالفت عامه را عنوان نمی‌کنیم چون اکثریت عامه موافق مشهور هستند، پس می‌گوییم در لابلای روایات طایفه دوم قرائن تقیه وجود دارد.
 نتیجه: حق با قول مشهور است و مشکلی در اصل مسأله باقی نمی‌ماند.

۱۰۳ ادامه مسئله ۲ ... ۶ / ۳ / ۸۱

این طریق ترجیح با نظر بدوی به روایات بود؛ ولی به نظر می‌رسد که این روایات نیاز به دقت بیشتری دارد (به خصوص که مشهور عامه هم با ما هم عقیده هستند) زیرا:

اولاً: سه روایت معارض در واقع دو روایت است،

ثانیاً: متن روایات و اسناد آنها قابل گفتگو است. روایت اول که روایت جمیل بود در متن روایت می‌فرماید:

«الام و البنت سواء اذا لم يدخل بها یعنی

(این «یعنی» را امام می‌فرماید یا راوی؟)

اذا تزوج المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فانه ان شاء تزوج امها و ان شاء ابنتها» «۳»

این روایت در مخالفت صریح است اما اگر «یعنی» را که ظاهراً قول راوی است کنار بگذاریم (چون تفسیر غیر امام برای ما حجت نیست) در این صورت صدر حدیث مبهم است، چون می‌فرماید مادر و دختر مساوی هستند اگر دخولی به آن (بها) صورت نگیرد که ضمیر می‌تواند به مادر یا دختر برگردد.

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

اگر ما ذیل را که برای راوی است در نظر نگیریم ضمیر می‌تواند به «ام» برگردد که در این صورت حدیث به ریبیه مربوط شده و از بحث ما خارج می‌شود.

ان قلت: بر اساس قاعده «الأقرب يمنع الأبعد» ضمیر باید به بنت برگردد.

قلنا: این قاعده کلیت ندارد و با آن نمی‌توانیم حکمی بر خلاف مشهور و کتاب الله ثابت کنیم.

نتیجه: صدر این روایت منهای ذیلش که از راوی است، ابهام دارد و محتمل الوجهین یا وجوه است و با چنین روایت مبهمی نمی‌توان حکمی را بر خلاف مشهور و کتاب الله، ثابت کرد.

حدیث سوم «۴» هم که خوانده شد از «جمیل بن دراج» است.

ظاهر حدیث صریح است.

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

بعید نیست که این روایت همان روایت سابق باشد که مرحوم صدوق آن روایت را نقل به معنی کرده است، یعنی مرحوم صدوق گمان کرده که تفسیر راوی جزء روایت است و از مجموع آن، روایت را نقل به معنا کرده است، پس وقتی این احتمال هست دیگر نمی‌توان به آن استناد کرد، بنابراین روایت سوم هم مردد می‌شود.

ان قلت: این حرفها خلاف ظاهر است.

قلنا: همین قدر که معلوم شود این روایات کاملاً صحیح نیست، کافی است در اینکه نتوانیم به آنها استناد کنیم، چون با این روایت‌ها می‌خواهیم با مشهور مخالفت کنیم.

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۳، ص: ۱۲۵
حدیث دیگر حدیث «محمد بن اسحاق بن عمار» (۵) بود که دو مشکل دارد:
اولاً: مضمومه است.
ان قلت: ضمیر به امام برمی‌گردد.

قلنا: اگر راوی از بزرگان و استوانه‌های اصحاب ائمه باشد که از غیر امام سؤال نمی‌کند، می‌توان چنین گفت ولی «محمد بن اسحاق بن عمار» از اکابر نیست، به طوری که در قبول روایاتش هم تردید کرده‌اند و بعضی او را فاسد مذهب می‌دانند.
ثانیاً: نجاشی خود «محمد بن اسحاق بن عمار» را توثیق کرده؛ ولی مرحوم صدوق می‌فرماید: اتوقف فی روایاته.
آیا قول صدوق اقوی است یا قول نجاشی؟
علمای رجال در اینجا بحث کرده‌اند؛ ولی می‌توان گفت که این

(۱) ح ۵، باب ۲۰ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۶، باب ۲۰ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۳، باب ۲۰ از ابواب مصاهره.

(۴) ح ۶، باب ۲۰ از ابواب مصاهره.

(۵) ح ۵، باب ۲۰ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۲۶

شخص مورد نفی و اثبات است و کسی نیست که بدون تردید روایاتش را بپذیریم، پس سند روایت مورد تردید است و ثابت کردن چنین حکمی با این روایت، مشکل است.

اضف الی ذلک: آیه شریفه در حد یک اطلاق در مورد امهات نساء کم نیست، چون در آیه «مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» ظاهر «من» نشویند است یعنی «متولدات من نساءکم اللاتی دخلتم بهن» که در این صورت منحصر در ربائب می‌شود، چون مادر زن متولد از زوجه نیست، پس وقتی این دو (امّ الزوجه و ربیبه) در آیه در کنار هم قرار گرفته‌اند و یکی بدون قید است، معلوم می‌شود که قیدی نداشته که بیان نشده است، چون نمی‌توان گفت که نسبت به ربیبه در مقام بیان بوده و در مورد امهات نساء در مقام بیان نبوده است، به عبارت دیگر، چیزی بیش از اطلاق است و مقابله قرینه می‌شود که در امهات این قید نیست، پس آیه کالصریح می‌شود (نه اینکه فقط اطلاق باشد) که دخول، در مورد امّ الزوجه شرط نیست، در این صورت روایات معارض فقط مخالف اطلاق نیستند، بلکه مخالف صریح قرآن می‌باشند.

نتیجه: طایفه دوم از روایات را منهای معارضه باطل دانستیم و نیاز به ترجیحات نداریم.

فرع محلّ ابتلاء:

فرعی را امام (ره) فرموده‌اند که شدیداً محلّ ابتلاء است که برای ایجاد محرّمیت کار را آسان می‌کند یعنی برای ایجاد محرّمیت بین

مادر بچه‌ای و شخصی، می‌توان عقد منقطع بین بچه و آن مرد خواند، که در این صورت با مادر بچه شیرخوار محرم می‌شود چرا که در محرمیت ام الزوجه، دخول به زوجه شرط نیست، البته سابقاً گفتیم که از این محرمیت‌ها پرهیزند و نامحرم بمانند بهتر است چون منشأ فساد می‌شود.

مشکلی که در اینجا هست خواندن عقد انقطاعی بر بچه شیرخوار به مدت یکی دو ساعت است که مرحوم امام در اینجا اشکال می‌کند (به صورت احتیاط).

ان قلت: در جایی که مصلحت رعایت شود، چرا این عقد باطل باشد؟

قلنا: قوام حقیقت نکاح به تمتعات است و وقتی تمتعی نباشد نکاحی نیست حال گاهی تمتع با دخول است و گاهی به غیر دخول که اینجا هیچ کدام نیست، همچنین است در طرف دیگر یعنی اگر بخواهیم زنی را به عقد پسر بچه شیرخوار در آوریم این هم معنا ندارد.

ان قلت: ما برای اثر محرمیت قصد زوجیت می‌کنیم، پس اثر دارد.

قلنا: شما اول ماهیت زوجیت را درست کنید (چون اثر فرع بر ماهیت است) ماهیت زوجیت، قابلیت تمتع است. در عرف عقلا این زوجیت قابل قبول نیست و به همین جهت امام و جمعی دیگر فرموده‌اند که باید مدت را طولانی کنید تا به حد تمتع برسد، و لو تمتع بغیر دخول باشد که در این صورت عقد صحیح می‌شود.

۱۰۴ ادامه مسئله ۲ و ۳ (فی تحریم الریبه ... ۷/ ۳/ ۸۱)

لکن لو عقد لذلك ای الساعه او الساعتین علیها فلا ینبغی ترک الاحتیاط بترتب آثار المصاهره...

اشکال مرحوم امام قوی است و بالاتر از الاحوط است چون محرمیت از آثار نکاح موقت است، یعنی باید ماهیت نکاح عند العقلاء حاصل شود تا آثار بر آن مترتب شود به عبارت دیگر هر حکمی فرع بر ثبوت موضوع است و هیچ حکمی موضوع خودش را درست نمی‌کند چون حکم متأخر از موضوع است (بعضی نسبت بین حکم و موضوع را شبیه علت و معلول می‌دانند) پس محرمیت که از احکام است فرع بر موضوع نکاح است. باید دید آیا عقلاً نکاح بین صغیره یا رضیعه با کبیره را اعتبار می‌کنند در حالی که هیچ قابلیت برای استمتاع نیست؟ آیا این کار عقلایی است و موضوع ثابت شده تا حکم محرمیت بیاید؟

ما می‌گوییم قوام موضوع نکاح به قابلیت تمتع است که اگر این قابلیت نباشد موضوع حاصل نیست و زمانی که موضوع نبود حکم بر آن مترتب نمی‌شود.

یؤید ذلك امور:

۱- در باب نکاح منقطع در جایی نداریم که برای یک ساعت و دو ساعت صغیره را عقد کنند، البته نکاح دائم زیاد است؛ ولی در مورد عقد منقطع از ابتداء ابواب تا انتهای موردی نیست که نکاح متعه برای مدت یکی دو ساعت باشد و تصور ما این است که در زمان معصومین علیهم السلام چنین نکاحی و لو برای جلب محرمیت وجود خارجی نداشته و در اخبار باب چیزی در این مورد نیست، بلکه در اعصار ما پیدا شده است.

۲- اگر کسی کبیره‌ای را به نکاح موقت تزویج کند و شرط کند که هیچ تمتعی نبرد (لا بالدخول و لا بالنظر و لا بغیره) آیا این عقد و شرط صحیح است؟ البته به شرط عدم دخول ممکن است؛ ولی

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۲۷

هیچ تمتعی نباشد، درست نیست. مانند اینکه شخصی خانه‌ای به کسی بفروشد مشروط به اینکه هیچ تصرفی در این خانه نکند، این بیع و شرط صحیح نیست، و همه می‌گویند که این شرط خلاف مقتضای عقد است، چون ماهیت بیع تملیک و لازمه آن تصرف است. در اینجا بعضی فقط شرط فاسد را فاسد می‌دانند و بعضی قائلند که وقتی شرط فاسد شد، مشروط هم فاسد می‌شود.

حال در ما نحن فیه در جایی که قابلیت برای تمتع دارد و شرط عدم تمتع می‌کند، عقد باطل است (چون خلاف مقتضای عقد است) در جایی هم که قابلیت برای تمتع نیست، نکاح باطل می‌شود چون این هم خلاف مقتضای عقد است.

۳- چرا در مسئله جنین کسی قائل به ملکیت نیست (یعنی جنین مالک نمی‌شود) و در تقسیم ارث سهم ارث او را کنار می‌گذارند، اگر زنده متولد شد، سهم او را می‌دهند. آیا می‌شود جنین را برای کسی به اجازه ولی عقد کنند (اگر توانستیم جنسیت را تشخیص دهیم)؟ در اینجا کسی اجازه نمی‌دهد چون از موضوع خارج است چرا که قوام موضوع نکاح متوقف است بر تمتعات که هیچ یک در جنین ممکن نیست.

اگر بخواهیم تا حد امکان با مخالفین سازش کنیم می‌گوییم: لا اقل من الشک که آیا چنین ازدواجی صحیح است یا نه؟ در این صورت اصالة الفساد حاکم می‌شود و محرمت حاصل نمی‌شود.

نتیجه: مشکلی در بطلان چنین عقدی نداریم و اینکه بگویید برای خاصیت محرمت این کار را می‌کنیم جوابش این است که این از احکام است و عند العقلاء حکم فرع بر احراز موضوع است.

بقی هنا شیء:

از کلام امام (ره) استفاده می‌شود که در ذیل ایشان کمی مردّد شده‌اند که آیا این عقد صحیح است یا باطل؟ ابتدا می‌فرمایند که احوط (احتیاط و جویی) این است که این کار را نکنند بعد در ادامه می‌فرمایند که جمع در احتیاط کنیم، یعنی مادر این دختر صغیره را بعد از این تزویج نکنند، چون ممکن است از محارم شده باشد، و از آن طرف به او نگاه محارم هم نکنند، چون ممکن است محرم نشده باشد که به این طریق ایشان بین نفی احکام حلیت و نفی احکام محرمت جمع کرده‌اند؛ ولی به عقیده ما این مرد به آن زن محرم نشده مگر این که زمان عقد را طولانی کنند به طوری که این زمان، قابلیت تمتع را هم در بر بگیرد.

آنچه در این مسأله مطرح شد مادر زن بلاواسطه بود اما در مورد جدّه و هرچه بالاتر روند با اجماع ثابت می‌شود، البته یک روایت هم در مورد جدّه داریم و علاوه بر این می‌توان گفت که واژه امّهات، جدّات را هم شامل می‌شود.

[مسأله ۳: فی تحریم الریبه]

اشاره

مسأله ۳: لو عقد علی امرأه حرمت علیہ بنتها و ان نزلت اذا دخل بالام و لو دُبراً، و امّا اذا لم یدخل بها لم تحرم علیہ بنتها عینا (در مقابل جمعاً است که در ذیل می‌آید)

و انما تحرم علیہ جمعاً (قبل از طلاق مادر اگر چه دخول به ام نباشد نمی‌تواند دختر را تزویج کند چون عقد مادر و دختر جایز نیست)

بمعنی آنها تحرم علیه ما دامت الأم فی حباله فاذا خرجت بموت أو طلاق أو غیر ذلک جاز له نکاحها.

عنوان مسأله:

در این مسأله ریبیه را مطرح می‌کنند که چهارمین از محرّمات به مصاهره است ولی مشروط به شرط است.

نکته: بعضی بین موت و طلاق فرق گذاشته‌اند یعنی موت را قائم مقام دخول می‌دانند، چون در مهریه موت قائم مقام دخول است، پس در اینجا هم همین گونه می‌باشد بعضی از عامّه که اهل قیاس هستند، چنین می‌گویند بنابراین طبق قول آنها در جایی که زوجه بمیرد دیگر نمی‌تواند ریبیه را تزویج کند.

این مسأله دارای دو فرع است:

اشاره

فرع اول: اگر دخول به ام شود ربیبه عینا الی الابد حرام است و فرقی با دختر انسان ندارد
فرع دوم: اگر دخول به ام نشود جمع بین ام و بنت حرام است ولی حرمت موقتی است یعنی مادامی که ام را تزویج کرده، بنت را نمی تواند تزویج کند.

[فرع اول: اگر دخول به ام شود ربیبه عینا الی الابد حرام است و فرقی با دختر انسان ندارد]

اقوال در فرع اول:

مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف، می فرماید:
اذا دخل بالام حرمت البنت علی التایید، سواء كانت فی حجره او لم تکن و به قال جمیع الفقهاء. و قال داوود ان كانت فی حجره حرمت علیه و إن لم تکن فی حجره لم تحرم علیه (در واقع از قید فی حجور کم که در آیه شریفه آمده است مفهوم گرفته است) دلیلنا اجماع الفرقة (اهل سنت هم در موارد شاذی اجماع دارند) «۱».
ابن قدامه پس از نقل حرمت بنت بعد از دخول به ام می گوید:

(۱) خلاف، ج ۴، کتاب النکاح، ص ۳۰۵، مسأله ۷۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۲۸

اذا دخل بالام حرمت علیه سواء كانت فی حجره أو لم تکن فی قول عامه الفقهاء الا انه روی عن عمر و علی علیه السلام (مرحوم کاشف اللثام در کشف اللثام می فرماید این نیز از دروغهایی است که به علی علیه السلام نسبت داده اند و علی علیه السلام هرگز چنین حکمی نفرموده اند) آنها رخصا (اجازه داده اند) فیها اذا لم تکن فی حجره و هو قول داوود.
ابن قدامه در ذیل کلامش می گوید:

و إن لم یدخل بالمرأة لم تحرم علیه بناتها فی قول عامیه علماء الأمصار إذا بانت من نکاحه (طلاق دهد) الا أن یموت قبل الدخول ففیه روایتان (در مسأله دو قول وجود دارد) إحداهما تحرم ابنتها و به قال زید بن ثابت و هی اختیار ابی بکر لأن الموت اقیم مقام الدخول فی تکمیل العدة و الصداق. «۱»

اگر غیر مدخوله طلاق بگیرد عدّه ندارد ولی اگر شوهر قبل از دخول بمیرد عدّه دارد، بنابراین در مورد عدّه، موت جانشین دخول شده است، در مورد مهر هم، چنین است، یعنی اگر غیر مدخوله طلاق بگیرد، مهرش نصف است و اگر مدخوله طلاق بگیرد یا غیر مدخوله بمیرد، مهرش کامل است، پس در دو جا، موت جانشین دخول شده است، در اینجا هم قیاس می کنند و می گویند اگر غیر مدخوله بمیرد، دخترش حرام ابدی می شود، یعنی در مورد حرمت ربیبه، موت جانشین دخول می شود.
در ادامه ابن قدامه می گوید که ما نمی توانیم نصّ (قرآن) را به خاطر این قیاس ضعیف کنار بگذاریم.

مرحوم نراقی می‌فرماید:

المسألة الثانیة: تحرم ایضاً بالوطء اذا كان حلالاً (وطی حلال) بنت الموطوءة اما بالتزویج فبالاجماع المحقق و الآیة و الاخبار المتکثرة. (۲)

اصحاب ما و اکثر علمای عامه این مسأله را اجماعی می‌دانند ولی بعضی از عامه در دو قسمت از مسأله اختلاف کرده‌اند.

۱- جایی که مادر قبل از دخول بمیرد

۲- جایی که در حجر نباشد، یعنی در خانه شوهر پرورش پیدا نکند یا مادر بعد از طلاق گرفتن از این شوهر ازدواج کند و از او بچه‌هایی پیدا کند.

ادله:

۱- آیات:

الف: آیه «وَرَبَّائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ» (۳)

دلالیت آیه روشن است و حرمت را مشروط به دخول کرده است و از این نظر صراحت دارد ولی قید «فِي حُجُورِكُمْ» قید احترازی است یا غالبی؟

از ناحیه اصحاب ما اجماع قائم است که این قید احترازی نیست بلکه قید غالبی است.

ان قلت: این قید غالبی را برای چه می‌آورند؟

قلنا: گاهی قید غالبی را برای معرفی موضوع ذکر می‌کنند که این معرفی بالا کثرت است، یعنی در تمام افراد نبوده بلکه در غالب افراد است و شبیه حکمتی است که در باب تعلیل می‌گوییم (این بحث در باب مفهوم وصف در اصول ذکر شده است).

ان قلت: از کجا می‌گویید این قید غالبی است؟

قلنا: زنی که شوهرش مرده و بچه دارد و می‌خواهد ازدواج کند غالباً جوان است، چون معمولاً پیرزن‌ها ازدواج نمی‌کنند و وقتی زن جوان باشد، بچه‌اش هم کوچک بوده و در کنار او خواهد بود، پس غالب زنانی که شوهر مرده هستند یا طلاق گرفته‌اند و دو باره ازدواج می‌کنند بچه‌شان کوچک و غالباً در دامان شوهر دوم بزرگ می‌شود.

نکته: بعضی گفته‌اند «ربیه» در لغت مفهوم عامی دارد یعنی «کسانی که تربیت شده‌اند» ولی در اینجا وقتی می‌گوید «وَرَبَّائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ» ... یعنی «دختر زن انسان» بنابراین قید در آیه سه خاصیت دارد:

۱- قید توضیحی است.

۲- قید تعلیلی است.

۳- محدودکننده معنی عام ربیه است.

۱۰۶ ادامه مسئله ۳ ... ۱۱/۳/۸۱

۲- روایات:

اشاره

در اینجا دو طایفه روایت داریم، طایفه‌ای که در مورد شرطیت دخول بحث می‌کند، و طایفه دیگر در مورد عدم تفاوت فی حجره و فی غیر حجره.

طایفہ اول: شرطیت دخول

... عن غياث بن كلوب، عن اسحاق بن عمار، عن جعفر، عن أبيه، انّ علياً عليه السلام كان يقول الربائب عليكم حرام من الامهات اللاتي قد دخل

(۱) مغنی، ج ۷، ص ۴۷۳.

(۲) مستند، ج ۱۶، ص ۳۳۲.

(۳) آیه ۲۳، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۲۹

بهن

(این حدیث همان چیزی را می گوید که آیه فرموده است (...)) ۱

سند حدیث قابل گفتگو است چون «غیاث بن کلوب» در سند حدیث مجهول الحال است پس روایت ضعیف است؛ ولی مشکلی نداریم چون روایات متضافر، معمول بهای اصحاب و موافق کتاب الله است.

... عن غياث بن ابراهيم، عن جعفر، عن أبيه عليه السلام

(ظاهراً غیاث بن ابراهیم عقیده اش به امامت درست نبود، چون می گویند که او از بطریه است یعنی گروهی از عامّه که قائل به امامت زید بن علی هستند)

إنّ علياً عليه السلام قال: اذا تزوّج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها اذا دخل بالام فاذا لم يدخل بالام فلا بأس ان يتزوّج بالابنه (... ۲)

... عن محمد بن مسلم، قال: سألت احدهما عليه السلام عن رجل كانت له جارية فاعتقت فزوّجت فولدت أ يصلح لمولاها الاوّل ان يتزوج ابنتها قال: لا هي حرام و هي ابنة و الحرّة و المملوكه في هذا سواء (تا اینجا شرطیت دخول نبود)

و عنه عن صفوان عن العلاء بن رزين مثله

(این حدیث دیگری نیست چون علاء بن رزین در حدیث قبلی هم هست و در هر دو، راوی آخر، محمد بن مسلم است)

و زاد ثم قرأ هذه الآية «و ربائبكم اللاتي في حُجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن»

(قید را در روایت آورده است، چرا که به آیه استدلال کرده است). «۳»

حدیث دیگری هم داریم که بر ما نحن فيه دلالت دارد؛ ولی همراه آن مطلبی در مورد امّ الزّوجه دارد که کسی به آن قائل نیست و لذا حدیث را مشکل دار کرده است.

... عن جميل بن درّاج و حماد بن عثمان، عن ابي عبد الله عليه السلام قال الام و البنت سواء اذا لم يدخل بها...

(نسبت به بنت خوب است؛ ولی نسبت به ام خوب نیست، چون حرمت امّ الزّوجه مشروط به دخول به بنت نیست و کسی به آن قائل نشده است). «۴»

سؤال: آیا شمول روایت بر حکم غیر مفتی به، روایت را از حجّیت می اندازد؟

قلنا: دو قول است بعضی به آن عمل کرده و قسمت مبهم را کنار می گذارند بعضی هم روایت را کنار می گذارند چون مشتمل بر حکم غیر مفتی به است و از درجه حجّیت ساقط است.

نتیجه: عمده دلیل ما روایات سه گانه اول است که دلالت آنها بر مقصود خوب بود.

اگر مطلقاتی هم در روایات و آیه شریفه راجع به حرمت بنت الزّوجه داشته باشیم به این سه روایت مقید می شود.

طایفه دوم: عدم شرطیت حجور کم

... * هنّ فی الحجور و غیر الحجور سواء «... ۵»

... * و قال: الربائب علیکم حرام کنّ فی الحجر أو لم یکن. «۶»

* محمّد بن علی بن الحسین

(مرسله صدوق)

قال: علی علیه السلام:

الربائب علیکم حرام کنّ فی الحجور او لم یکن «۷»

(مرسله است ولی چون «قال» گفته است یعنی صدوق سند را قبول داشته، و لو سند را نقل نکرده است، پس مرسله محکمی است، البتّه اگر «روی» می فرمود معلوم بود که سند را قبول نداشته است).

* احمد بن علی بن ابی طالب الطبرسی فی الاحتجاج، عن محمد بن عبد الله بن جعفر الحمیری

(از بزرگان است که در کتب رجال در مورد او گفته شده: «ثقه، وجه و کان کاتباً لمولانا صاحب الزمان» ظاهراً مکاتباتی با حضرت داشته است، البتّه تاریخ طبرسی با حمیری نمی سازد و ظاهراً واسطه‌هایی حذف شده است)

عن صاحب الزمان علیه السلام: انه كتب اليه: هل يجوز للرجل ان تزوج بنت امراته؟ فاجاب عليه السلام: ان كانت ربّيت في حجره فلا يجوز

(ظاهر این عبارت این است که فی حجور شرط است)

و ان لم تكن ربّيت في حجره و كانت امها في غير حباله فقد روى انه جازي

(پس اگر جوازی هم هست مقید به این است که مادرش در نکاح او نباشد و مفهومی این است که امام می خواهد بفرماید جمع بینهما جایز نیست).

مجموع این حدیث شاید دلالتش بر شرطیت بیشتر باشد تا دلالتش بر اطلاق، و ناظر به این است که اگر در حجر باشد حرام است عیناً و اگر در غیر حجر باشد، جمعاً حرام است که در این صورت باید گفت در هر حال جمعاً حرام است و تعبیر «روی» برای توجه دادن به این مطلب است که در زمان غیبت کبری باید سراغ احادیث رفت.

نتیجه: سه حدیث دلالت بر عدم شرطیت و حدیث آخر دلالت بر شرطیت «فی حجره» داشت؛ ولی بلا اشکال آن سه حدیث مقدم است، چون اکثر روایتاً و اکثر فتوی است، و فقط ضعیف و شاذی از اهل سنت قائل به شرطیت هستند.

(۱) ح ۳، باب ۱۸ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۴، باب ۱۸ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۲، باب ۱۸ از ابواب مصاهره.

(۴) ح ۳، باب ۲۰ از ابواب مصاهره.

(۵) ح ۳، باب ۱۸ از ابواب مصاهره.

(۶) ح ۴، باب ۱۸ از ابواب مصاهره.

(۷) ح ۶، باب ۱۸ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۳۰

جمع بندی: در حرمت ربیبه دخول شرط است؛ ولی بودن در حجر شرط نیست و این دو قول مخالفی که در بین عامه بود باطل است، چون اطلاق روایات ما چیزی در مورد موت ندارد و قیاس به مهر قیاس ضعیفی است، حتی در نزد اهل قیاس و قول دیگر عامه که از حجور مفهوم می گرفتند، این هم باطل است نه آیه مفهوم دارد و نه روایات.

۱۰۷ ادامه مسئله ۳ و ۴ (حرمة اقسام الریبیة ...) ۱۲ / ۳ / ۸۱

فرع دوم: اگر دخول به ام نشود ربیبه حرام است جمعاً

اشاره

یعنی مادر و دختر را در یک زمان نمی توان در عقد قرار داد، به این معنی که جمع بین امّ و بنت در عقد واحد و لو بلا دخول حرام است.

ادله:

۱- اجماع:

این مسأله از مسائلی است که خیلی ها به جهت وضوحش متعرض آن نشده اند، چون از مسلمات بوده و بین شیعه و سنی در این مسأله اختلافی نیست و آحاد مسلمین تزویج مادر و دختر را در عقد واحد باطل می دانند و از جاهایی است که اجماع در آن کارساز است، این مطلب اجمالاً از کلام صاحب جواهر «۱» هم استفاده می شود.
نکته: آیه «وَ رَبَّائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ» ... دلالتی بر این معنا ندارد چون در مورد حرمت عیثیه است، نه حرمت جمعیه.

۲- روایات:

دو حدیث داریم که یکی از نظر دلالت اشکال دارد ولی دیگری دلالت دارد.

...* عن محمد بن عبد الله بن جعفر الحمیری، عن صاحب الزمان علیه السلام ... و ان لم تکن ربیة فی حجره و کانت امها فی غیر حباله

(مادرش در حباله زوجیت آن مرد نباشد)

فقد روی انه جائز

(یعنی مسلم گرفته اند که جمع بین مادر و دختر نشود، و باید مادر از حباله نکاح بیرون رود تا تزویج دختر جایز باشد، پس معنایش این است که اگر مادر در حباله زوجیت باشد، چه ربیبه در حجر باشد و چه در غیر حجر، تزویج او جایز نیست «...» ۲)
مفهوم حدیث دال بر حرمت جمع است ولی حدیث مشکل مهمی دارد که کسی از شیعه به آن فتوی نداده است و آن تفاوت بین «فی حجر» و «فی غیر حجر» است، ما گفتیم که فرقی بین این دو نیست و دخول و عدم دخول در حرمت ربیبه تأثیر دارد.
ان قلت: حجر را کنایه از دخول بگیریم.

قلنا: این خیلی بعید است و حجر نمی تواند کنایه از دخول باشد.

ان قلت: قسمتی از روایت که خلاف اجماع است (فرق بین حجر و لا حجر در حرمت عیثیه) را نمی پذیریم و به آن عمل نمی کنیم
ولی قسمت دیگر که می گوید جمع بین مادر و دختر نباشد، را می پذیریم.

قلنا: ما نمی‌توانیم به آن تفکیکی که در بعضی جاها انجام می‌دهیم عمل کنیم، چون در اینجا دو حکم، دست در گردن هم و در یک عبارت است، چون عبارت می‌فرماید:

«و ان لم تکن ربیت فی حجره و کانت امّها فی غیر حباله فقد روی أنّه جایز»

. حال ما جزاء و شرط را کنار بگذاریم و به جمله‌ای که عطف بر جمله شرط شده است (و کانت امّها فی غیر حباله) عمل کنیم این ممکن نیست.

در جاهای دیگر گفته می‌شود که صدر حدیث مثلاً معمول بها نیست و کنار گذاشته می‌شود؛ ولی در اینجا نمی‌توان چنین گفت، پس حدیث را نمی‌پذیریم و دلالتش مشکل دارد علاوه بر دلالت، سند حدیث هم مشکل دارد. چون بین احتجاج و حمیری واسطه‌هایی بوده که ذکر نشده است، چرا که از نظر زمانی بین احتجاج و حمیری فاصله است.

... قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يزوّج المرأة متعةً أ يحلّ له ان يتزوّج ابنتها؟

(ظاهرش این است که سؤال راوی از جمع بین مادر و دختر است چون ندارد که مدّت متعه تمام شده، یا دخولی صورت گرفته، لا اقل این است که اطلاق دارد)

قال: لا. (۳)

سند این حدیث خوب است و به ظهورش یا به اطلاقش دلالت بر حرمت جمع می‌کند؛ ولی حدیث ذیلی دارد که کار را خراب می‌کند:

و رواه الصدوق باسناده، عن احمد بن محمد بن ابی نصر، عن الرضا عليه السلام مثله الا انه قال: أ يحلّ له ان يتزوّج ابنتها بتاتاً

(بینوتی که لا رجعه فیها)

قال: لا.

«البتّ» فی اللغه «القطع» و به معنی طلاق زن هم در لغت آمده است (بمعنی البینونه التي لا رجعه فیها) حال اگر این قسمت را به حدیث داخل کنیم، معنای حدیث این می‌شود که آیا جایز است تزویج کند دخترش را در حالی که قطع شده و بینوتی حاصل شده

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۵۰.

(۲) ح ۷، باب ۱۸ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۱، باب ۱۸ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۳۱

است که لا رجعه فیها که در این صورت کاری با ما نحن فیه ندارد بلکه در مورد حرمت عینی است منتهی کلمه دخول در این روایت نیست که در اینجا این روایت را به آیه و احادیث دیگر تقیید می‌زنیم و می‌گوییم دخول شرط است، پس این حدیث هم قابل استدلال نیست.

نتیجه: این مسأله هیچ دلیلی جز اجماع ندارد.

شاهدی هم برای اجماع می‌آوریم که سنی‌ها هم در آن اجماع دارند. در میان اهل سنت اختلاف شده که آیا طلاق جانشین دخول می‌شود؟ گفته‌اند که نمی‌شود؛ ولی موت را جانشین دخول دانسته‌اند. یعنی جمع نمی‌توان کرد و اگر مادر بمیرد، یا دخول صورت گیرد، دختر او را نمی‌توان تزویج کرد.

اگر گفته شود که حرمت جمع بین مادر و دختر را از قیاس اولویت به جمع بین اختین استفاده می‌کنیم، چون قرآن در مورد جمع بین اختین می‌فرماید «وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ» (۱)؛ پس وقتی بین دو خواهر را نمی‌توان جمع کرد به طریق اولی بین مادر و دختر

را نباید جمع کرد.

قلنا: اگر راه منحصر در این بود مشکل بود چنین بگوییم چون ملاکات این حکم را نمی دانیم؛ شاید علت آن این است که رقابت بین دو خواهر بیشتر است از رقابت بین مادر و دختر، زیرا بین مادر و دختر محبت و احترام است و با هم بهتر می توانند کنار بیایند؛ ولی به هر حال به عنوان مؤید می توان آن را در این مسأله عنوان نمود.

[مسأله ۴: حرمة أقسام الریبة]

اشاره

مسأله ۴: لا فرق فی حرمة بنت الزوجه بین ان تكون موجوده فی زمان زوجیه الام او تولدت بعد خروجها عن الزوجیه، فلو عقد علی امرأه و دخل بها ثم طلقها ثم تزوجت و ولدت من الزوج الثانی بنتا تحرم هذه البنت علی الزوج الاوّل.

عنوان مسأله:

ریبه بر سه نوع است:

- ۱- دخترانی که زن قبلاً داشته و ازدواج کرده و رفته اند (در حجر نیستند).
 - ۲- دخترانی که کوچک هستند و در دامن شوهر جدید زن بزرگ می شوند (در حجر هستند).
 - ۳- دخترانی که بعد از طلاق گرفتن زن و ازدواج با شوهر ثالث، به دنیا آمده اند.
- آیا هر سه قسم ریه، حرام است؟
همه حرام اند و اجماع مسلمین قائم است که هیچ فرقی بین این سه نیست.

ادله:

اشاره

استفاده این حکم از آیه بعید است.

۱- اجماع:

مرحوم صاحب حدائق در مورد این اجماع چنین می فرماید:
الاولی: من وطی امرأه بالعقد الصحیح دواماً او متعاً او بالملک حرم علی الواطی ام الموطوءه و بناتها و ان سفنن تقدمت ولادتهن او تأخرت و لو لم تکن فی حجره. قال السید السند (ظاهراً منظور سید علی صاحب ریاض است) فی شرح النافع: هذه الاحکام مجمع علیها بین المسلمین فلا حاجه الی التشاغل بادلّتها. «۲»

۱۰۸ ادامه مسأله ۴ و ۵ (لا اشکال فی ترتب ...) ... ۱۳ / ۳ / ۸۱

۲- اطلاق آیه «وَرَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ»:

قید «حُجُورِكُمْ» قید غالبی (توضیحی) است و ربیبه مطلقاً حرام است، خواه سابقاً باشد یا لاحقاً. آیا وقتی زن را طلاق داد و ربیبه بعداً متولد شد، اطلاق آیه «مِنْ نِسَائِكُمْ» شامل آن می‌شود؟ خیر، زیرا «مِنْ نِسَائِكُمْ» شبیه مشتق است و حقیقت است در خصوص «من تلبس بالمبداء»، پس باید در زمانی که در حباله زوجیت است، ربیبه داشته باشد؛ ولی در این فرض وقتی که نساء کم بود، ربیبه نداشت و آن وقت که ربیبه دارد نساء کم نیست، پس این مورد داخل در آیه نیست، همان گونه که در امّ الزّوجه هم می‌توان این را گفت که اگر کسی زوجه صغیره‌ای داشته و طلاق داد، بعد زنی، آن زوجه صغیره را شیر داد، آیا این زن، امّ الزّوجه رضاعی است؟ آیه می‌فرماید: «أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» پس باید هم امّهات باشد و هم نساء، و در این فرض، وقتی امّهات بود، نساء نبود، آن وقت هم که نساء بود، امّهات نبود. حال وقتی در امّهات نساء کم نگوییم، آیه مطلق است و به اطلاق تمسک نکنیم، در ربائب چرا چنین بگوییم. نتیجه: این بیان تقویت می‌کند که مسأله دلیلی غیر از اجماع ندارد.

(۱) آیه ۲۳، سوره نساء.

(۲) حدائق، ج ۲۳، ص ۴۴۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۳۲

۳- اطلاق روایات:

... * الربائب علیکم حرام من الامهات اللّاتی قد دخل بهنّ فی الحجور و غیر الحجور سواء (... ۱)

اطلاق دارد و اطلاقش از آیه بهتر است؛ ولی این اطلاق منصرف است به جایی که زوجه مدخول بها باشد و در همان زمان ربیبه باشد. (ربیبه از قبل باشد). پس این اطلاق هم شمولش نسبت به ربیبه‌های آینده مشکل دارد.

... * الربائب علیکم حرام کّن فی الحجر أو لم یکن. «۲»

اطلاق دارد و گذشته و آینده را شامل است، که باز این اطلاق هم مشکل است، چون چیزی که در آینده می‌آید، ربیبه شوهر سابق نمی‌تواند باشد و ماده ربیبه بر آن صدق نمی‌کند.

در اینجا روایتی است که می‌توان تا حدی از آن برای ما نحن فیه استفاده کرد و آن در مورد جاریه‌ای است که آزاد شده و ازدواج کرده و دختردار شده است، امام می‌فرماید که این به منزله دختر مولاست و مولی نمی‌تواند آن را تزویج کند «۳»، البتّه این روایت در مورد کنیز است؛ ولی در ذیل می‌فرماید که بچه‌های حرّه و مملوکه، هر دو، بمنزله ربیبه اوست.

نتیجه: عمده دلیل اجماع المسلمین است نه اطلاق آیات شامل می‌شود، و نه اطلاق روایات سابقه و اجماع مدرکی نیست چون اجماع به این محکمی نمی‌تواند مدرکش چنین روایتی باشد، پس احتمال اینکه مجمعی به این دلیل استناد کرده باشند ضعیف است.

سؤال: زنی پسری پیدا کرد و پسرش دارای دختری شد و یا دختری پیدا کرد و دخترش دارای دختری شد، آیا این دختر که نوه آن زن می‌شود حرام است؟

جواب: ادلّه ما غیر از اجماع، این مورد را شامل نمی‌شود ولی اجماع شامل است چون تعبیر کردند

«و إن سفلن»

، خصوصاً که در روایات بیان شد که به منزله دختر اوست و ما می‌دانیم که دخترِ دختر و دخترِ پسر و هرچه پایین‌تر روند، فرقی نمی‌کنند و همه حرام هستند.

مسأله ۵: لا اشکال فی ترتب الحرمت الأربع علی النکاح]

اشاره

مسأله ۵: لا اشکال فی ترتب الحرمت الاربع علی النکاح و الوطی الصحیحین، و هل تترتب علی الزنا و وطی الشبهه أم لا؟ قولان، أحوطهما و اشهرهما اولهما، فلو زنی بامرأة حرمت علی أبی الزانی و حرمت علی الزانی أم المزنی بها و بنتها و كذلك الموطوءة بالشبهه، نعم الزنا الطاریء علی التزویج لا یوجب الحرمة سواء کان بعد الوطی أو قبله، فلو تزوج بامرأة ثم زنی بأمها أو بنتها لم تحرم علیه امرأته، و کذا لو زنی الاب بامرأة الابن لم تحرم علی الابن، أو زنی الابن بامرأة الاب لم تحرم علی أبیه.

عنوان مسأله:

تا کنون چهار نوع از محرمات بالمصاهره را بیان کردیم، زوجه پدر، زوجه پسر، ام الزوجه و ربیبه. حرمت این چهار مورد در نکاح، ثابت است اما در وطی به شبهه و زنا چگونه است؟ یعنی اگر با زنی زنا کرده است، آیا مادرش حکم ام الزوجه و دخترش حکم ربیبه دارد؟ آیا مزنی بهای پدر بر پسر یا مزنی بهای پسر بر پدر حرام است؟

محرمات بالمصاهره در وطی به شبهه:

اقوال:

نسبت به وطی به شبهه مسأله مسلم است و عامه و خاصه در آن اختلافی نکرده‌اند.

دلیل: اجماع

مسأله مسلم و اجماعی است چون وطی به شبهه در بسیاری از احکام، جانشین عقد صحیح می‌شود. وطی به شبهه مانند اینکه همسر دیگری را با همسر خودش اشتباه کرده، همچنین تمام نکاح‌های فاسدی که به آن جاهل بوده است (جاهل قاصر و مقصر فرقی ندارد) مثل نکاح فی العده، وطی به شبهه است و حکم نکاح حلال را دارد و فرزندى که متولد می‌شود ارث می‌برد و حلال زاده است و تمام محرمات بالمصاهره در مورد او وجود دارد.

محرمات بالمصاهره در زنا:

اشاره

در مورد زنا اختلاف است که آیا احکام عقد صحیح هم در زنا جاری می شود؟ در اینجا هم عامه و هم خاصه اختلاف دارند.

اقوال:

اشاره

مرحوم علامه می فرماید:

اقسام الوطی ثلاثه: مباح و هو الموطوءه فی نکاح صحیح او ملک یمین و یتعلق به حرمة المصاهرة بلا- خلاف ... الثانی الوطی بالشبهة و هو الموطوءه فی نکاح فاسد او شراء فاسد (کنیزی را با عقد فاسد خریده است) لا یعلم بفساد هما و اذا وطی امرأه ظنّها زوجته او أمته او وطی الامه المشترکه بینه و بین غیره (وطی امه مشترک بر هیچ یک از دو مالک جایز نیست) و اشباه ذلك و هذا

(۱) ح ۳، باب ۱۸ از ابواب مصاهرة.

(۲) ح ۴، باب ۱۸ از ابواب مصاهرة.

(۳) ح ۲، باب ۱۸ از ابواب مصاهرة.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۳۳

یتعلق به التحريم اجماعاً کتعلقه بالوطی المباح قال ابن المنذر:

اجمع کل من یحفظ من علماء الامصار علی ان الرجل اذا وطی امرأه بنکاح فاسد او شراء فاسد أنّها تحرم علی أبیه و ابنه و اجداده و ولد ولده و هذا مذهب مالک و الأوزاعی و الثوری و الشافعی و احمد و اسحاق و ابی ثور و اصحاب الرأی (حنفی ها) و اصحاب النص (حنبلی ها که اخباری هستند) و هم الامامیة (غیر از حنبلی ها ما را هم از اصحاب نص می دانند)، الثالث الزنا المتمحّض فی التحريم فان كان سابقاً بأن یزنی بامرأه لیست امها و لا ابنتها زوجة له ففي تحريم ابنها و ابنتها خلاف بین العلماء «... ۱»

۱۰۹ ادامه مسئله ۵ ... ۱۸ / ۳ / ۸۱

طبق کلام علامه «۲» و طی بر سه گونه است:

۱- و طی حلال: از طریق نکاح یا ملک یمین که موجب نشر حرمت می شود.

۲- و طی به شبهه: مرحوم علامه ادعای اجماع می کند که در این صورت هم نشر حرمت می شود.

۳- و طی حرام: مانند زنا که دو حالت دارد، گاهی سابق بر عقد است و گاهی لاحق، اگر لاحق بر عقد باشد حرمت نمی آید (مثلاً با امّ الزوجه زنا کند، نشر حرمت نمی کند و زوجه او حرام نمی شود)، اما اگر قبل از عقد باشد، آیا محرمات چهارگانه حاصل می شود یا نه؟ ایشان می فرمایند که بعضی از علماء قائل به تحریم شده اند (در حالی که خیلی ها قائل به تحریم شده اند و صاحب جواهر از حدود سی کتاب نقل حرمت می کند). علامه از عامه هم نقل حرمت می کند مثل عطا، طاووس، مجاهد، کعبی، نخعی، ثوری، احمد، اسحاق، اصحاب الرأی (حنفی ها)، داود و ... از جماعتی هم نقل می کند که قائل به حرمت نیستند مثل ابن عباس، علی علیه السلام، ربیع، مالک، ابو ثور، سعید بن مسیب، ظهیری و شافعی.

پس هم قائلین به حرمت و هم قائلین به حلیت در بین عامه زیاد هستند؛ ولی شهرت در بین عامه هم حرمت است.

مرحوم صاحب جواهر می فرماید:

حرمت مشهور و موافق اکثر و بطور مستفیض از اکثر نقل شده است، در ادامه از حدود سی کتاب از قدما و متوسّطین و متأخرین نقل می کند که همه قائل به حرمت هستند، سپس می فرماید:

و امّا القول الآخر (ای الجواز) فهي خیرة الفقیه (من لا یحضره الفقیه) و المقنع و المقنعة و المسائل الناصریة و المراسم و السرائر و النافع و الارشاد و کشف الرموز و لم نعرف غیرهم (که اینها هم کم نیستند) بعد از مرحوم سید مرتضی نقل می‌کند که در کتاب ناصریات ادعای اجماع کرده است:

فمن الغریب دعوی المرتضی فی الناصریات الاجماع علیه بعد از ابن ادریس هم نقل می‌کند که گفته است مشهور است و این را هم غریب می‌داند در حالی که شهرت بر خلاف (حرمت) است. در انتهای کلامش می‌فرماید:
معظم اصحابنا المتقدمین علیه علی التحریم و اما المتأخرون فکاد یكون اجماعاً منهم «۳» (متأخرین اجماع بر حرمت دارند).

جمع‌بندی اقوال:

مشهور میان عامّه و خاصّه حرمت است ولی قائلین به حلیت هم کثیر هستند، و لذا مرحوم سید در عروّه وقتی به این مسأله می‌رسد، می‌فرماید احوط حرمت است بعد می‌فرماید: لا یبعد که اقوی هم باشد یعنی احتمال حرمت را تقویت می‌کند.
نکته: مسائل فقه در واقع سه گونه است:

۱- مسائل ساده: دلایل آن روشن بوده و اختلاف اقوال در آن نیست که در این موارد اجتهاد آسان است و افراد زود مجتهد متجزی می‌شوند.

۲- مسائل نیمه پیچیده: برای قول مشهور ادله محکمی وجود دارد.

۳- مسائل پیچیده: دلیل پیچیدگی، اختلاف اقوال و تراحم و تعارض ادله است.

برای یادگیری اجتهاد، قسم سوّم باید مورد توجه قرار گیرد، چون انسان در مسائل پیچیده با ورود و خروج و چینی ادله، قدرت اجتهاد پیدا می‌کند. موارد مسائل پیچیده در فقه مشخص است، یکی از مسائل پیچیده همین مسئله‌ای است که در آن قرار داریم، چرا که اقوال در بین عامّه و خاصّه مختلف بوده و هر گروه قائلین کثیری از بزرگان را دارد و ادله هم در تراحم هستند

ادله قائلین به حرمت:

اشاره

قائلین به حرمت دو دلیل دارند:

(۱) تذکره، طبع قدیم، ج ۲، ص ۶۳۱.

(۲) تذکره، طبع قدیم، ج ۲، ص ۶۳۱.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۶۸ و ۳۶۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۳۴

۱- آیات:

«الف» آیه «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ». «۱»

نکاح عام است، مرحوم طبرسی در مجمع البیان می‌فرماید نکاح دو معنی دارد یکی «عقد» و دیگری «وطی» و در اینجا در دو معنا

استعمال شده است نمی‌دانیم مراد ایشان استعمال لفظ در اکثر از معنای واحد است یا در یک معنی اعم، پس وقتی نکاح عام بود از این صورت آیه مدخولهٔ اب را هم شامل می‌شود خواه مدخولهٔ اب از راه حلال باشد یا از راه حرام، به عبارت دیگر هم نکاح صحیح را شامل می‌شود و هم وطی نامشروع را.

جواب: این استدلال ضعیف است به دو دلیل:

۱- استقراء در معنی نکاح:

در کتاب الله لفظ نکاح در همه جا به معنی عقد است «إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُتَكَحِكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ»، «۲» «وَأَنْتُمْ كُنْتُمْ مِنَ الْمُنْكَمِ» «۳» و نکاح به معنی وطی نداریم، فقط در مطلقهٔ ثلاث «فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ» «۴» احتمال دارد که نکاح به معنی دخول باشد که آن هم به معنی زنا نیست بلکه به معنی عقد همراه دخول است، البته ممکن است در این مورد هم دخول از خارج فهمیده شود، و فقط به معنی عقد باشد.

۲- اتحاد سیاق در آیه:

در خود آیه «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» دلیل بر ضد وجود دارد، زیرا اگر «نکح» را بتوانیم به معنی «زنا» بگیریم، «لَا تَنْكِحُوا» به معنی ازدواج و در مقام بیان محرمات نکاح است و آیه در مقام بیان حرمت زنا نیست، چرا که زنا بر همه حرام است نه اینکه فقط زنا با مزنی بهای اب حرام باشد پس «لَا تَنْكِحُوا» به معنی عقد است. حال چطور در یک عبارت یک بار نکاح به معنی عقد و در جای دیگر به معنی زنا است، در حالی که این خلاف سیاق آیه است، در نتیجه بدون شک نکاح در آیه به معنی عقد است.

(ب) آیه «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ»: «۵»

گفته‌اند که «نساء»، مزنی بهای اب را هم شامل می‌شود، پس مزنی بهای اب هم حرام است.

جواب: این استدلال از دلیل قبلی خیلی ضعیف‌تر است، چون نساء به معنی همسر است نه به معنی مزنی بها.

نتیجه: استدلال به آیات قرآن در زمینهٔ اثبات عناوین اربعهٔ مصاهره در مورد زنا بسیار بعید است.

۲- روایات:

اشاره

این روایات در پنج باب «۶» از وسائل آمده است که باب ۶ مهم است. این احادیث متضافر هستند و در بین آنها روایات صحیح السنند زیاد است و معمول بهای اصحاب و موافق مشهور هم هستند. روایات چهار طایفه است:

طایفه اول: دلالت به منطوق

اشاره

روایاتی که به منطوق دلالت بر حرمت می‌کند:

... عن محمد بن مسلم، عن احدهما عليه السلام انه سئل عن الرجل يفجر بالمرأة أيتزوج بابنتها؟ قال: لا الحديث. «۷»

... عن عيص بن القاسم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باشر امرأة

(ملاعبه)

وقبل غير أنه لم يفيض إليها

(دخولی حاصل نشده است)

ثم تزوج ابنتها فقال: ان لم يكن افضى الى الام فلا بأس و ان كان افضى فلا يتزوج ابنتها. «۸»

... عن منصور بن حازم، عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل كان بينه وبين امرأته فجور هل يتزوج ابنتها؟ فقال: ان كان من قبله أو شبهها فليتزوج ابنتها وليتزوجها هي ان شاء
(با کسی که زنا کرده، حرام نیست ازدواج کند). «۹»

... عن بعض اصحابنا

(مرسله است)

... فليتزوج ابنتها ان شاء

(مفهوم دارد یعنی اگر قبله و ملاعبه‌ای باشد عیبی ندارد). «۱۰»

... عن برید قال: ان رجلا من اصحابنا تزوج امرأة قد زعم انه كان يلاعب امها و يقبلها من غير أن يكون افضى اليها قال: فسألت ابا عبد الله عليه السلام فقال لي: كذب

(دخول هم بوده)

مره فليفارقتها قال فاخبرت الرجل فوالله ما دفع ذلك عن نفسه و خلى سبيلها. «۱۱»

... عن منصور بن حازم، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن رجل فجر بامرأة أ يتزوج ابنتها؟ قال: إن كان قبله أو شبهها فلا بأس و ان كان زنا فلا. «۱۲»

این حدیث معتبر و مشتمل است بر معجزه‌ای از امام صادق علیه السلام.

(۱) آیه ۲۲، سوره نساء.

(۲) آیه ۲۷، سوره قصص.

(۳) آیه ۳۲، سوره نور.

(۴) آیه ۲۳۰، سوره بقره.

(۵) آیه ۲۳، سوره نساء.

(۶) بابهای ۶، ۷، ۸، ۹ و ۱۰.

(۷) ح ۱، باب ۶ از ابواب مصاهره.

(۸) ح ۲، باب ۶ از ابواب مصاهره.

(۹) ح ۳، باب ۶ از ابواب مصاهره.

(۱۰) ح ۴، باب ۶ از ابواب مصاهره.

(۱۱) ح ۵، باب ۶ از ابواب مصاهره.

(۱۲) ح ۸، باب ۶ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۳۵

... عن محمد بن مسلم عن احدهما عليه السلام انه سئل عن الرجل يفجر بامرأة أ يتزوج بابنتها؟ قال: لا، و لكن ان كانت عنده امرأة ثم فجر بامها أو أختها لم تحرم عليه امرأته

(بحث ما در زناى سابق است و ذیل روایت دلیل بر این است که زناى لاحق اثری ندارد)

انّ الحرام لا یفسد الحلال. «۱»

۱۱۰ ادامه مسئله ۵ ... ۱۹/۳/۸۱

جمع بندی روایات طایفه اول:

مجموعه این هفت روایت در واقع چهار روایت است چون سه روایت از «منصور بن حازم» است که از نظر مضمون شبیه هم هستند، دو حدیث هم از «محمد بن مسلم» است که یکی ذیل دارد و دیگری ذیلش نقل نشده است (در یکی فقط زناى سابق و در دیگری زناى سابق و لاحق بیان شده است) و هر دو یک مضمون دارد، پس مجموع روایات این طایفه چهار روایت است و لو در وسایل تحت هفت روایت ذکر شده است.

طایفه دوم: دلالت به قیاس اولویت

اشاره

روایاتی که در باب رضاع وارد شده؛ به این مضمون که اگر مردی با زنی زنا کند، مادر رضاعی و دختر رضاعی اش بر او حرام می شود، پس وقتی در باب رضاع حرام شود، در نسب به طریق اولی (قیاس اولویت) حرام می شود.

...* عن محمد بن مسلم، عن احدهما علیه السلام قال: سألته عن رجل فجر بامرأة أیتزوج أمها من الرضاعة أو ابنتها؟ قال: لا

(به طریق اولی در باب نسب هم جاری می شود لآنکه یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب). «۲»

...* عن محمد بن مسلم، عن ابی جعفر علیه السلام فی رجل فجر بامرأة أیتزوج أمها من الرضاع أو ابنتها؟ قال: لا. «۳»

جمع بندی روایات طایفه دوم:

این دو حدیث هم ظاهراً یک حدیث است چون از نظر محتوی یکسان است.

طایفه سوم: دلالت به مفهوم

اشاره

احادیثی که بالمنطوق دلالت می کند و می گوید اگر زنا لاحق باشد، نشر حرمت نمی کند و حرام، حلال را به هم نمی زند کأن مفهومش این است که اگر زنا سابق باشد، موجب حرمت می شود و حلال را به هم نمی زند.

...* عن الحلبي، عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل تزوج جاریه فدخل بها ثم ابتلى بها

(بلایی به سرش آمد)

فجبر بأمها أ تحرم علیه امرأته؟ فقال: لا أنه لا یحرم الحرام الحلال

(مفهومش این است که اگر زنا سابق بود و زوجه بر او حلال نشده بود، فجور به امّ، موجب حرمت می شد، چون قید احترازی است و مفهوم دارد). «۴»

...* عن زرارة، عن ابی جعفر علیه السلام أنه قال فی رجل زنی بأم امرأته أو بنتها أو بأختها فقال: لا یحرم ذلك علیه امرأته، ثم قال:

ما حرّم حرام حلالاً قطّ. «۵»

(منطوق زناى لاحق است که با دلالت مفهوم، زناى سابق را هم می رساند).

... عن سهل بن زياد، عن ابن محبوب، عن ابن رثاب،

(در سند سهل بن زياد است که مشکل دارد)

عن زرارة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل زنى بأمّ امرأته و بأختها فقال: لا- يحرم ذلك عليه امرأته أنّ الحرام لا يفسد الحلال و لا يحرمه

(ظاهراً با حدیث قبلی یکی است). «۶»

... عن زرارة بن اعين، عن ابي جعفر عليه السلام قال: سئل عن رجل كانت عنده امرأة فزنى بأمّها أو بابنتها أو بأختها فقال: ما حرم حرام قطّ حلالاً امرأته له حلال «... ۷»

جمع بندی روایات طایفه سوّم:

این سه حدیث در واقع به یک حدیث برمی گردد پس این طایفه هم اگر چه ظاهراً چهار حدیث دارد؛ ولی در واقع دو حدیث است. نتیجه: در مجموع این سه طایفه هفت حدیث داریم.

روایت دیگری هم در اینجا داریم که صدر آن به طایفه اول مربوط می شود:

... عن ابي الصباح الكناني

(ظاهراً حدیث معتبر است)

عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا فجر الرجل بالمرأة لم تحلّ له ابنتها ابداً

(صدر حدیث به طایفه اولی برمی گردد که در مورد زنای سابق است)

و ان كان قد تزوّج ابنتها قبل ذلك و لم يدخل بها فقد بطل تزويجه و ان هو تزوّج ابنتها و دخل بها ثمّ فجر بأمّها بعد ما دخل بابنتها فليس يفسد فجوره بأمّها نکاح ابنتها اذا هو دخل بها

(یعنی زنای لاحق دو گونه است جایی که دخول بعد از ازدواج حاصل شده زنای لاحق مفسد است اما اگر دخول نشده باشد زنای لاحق

(۱) ح ۱، باب ۸ از ابواب مصاهرة.

(۲) ح ۱، باب ۷ از ابواب مصاهرة.

(۳) ح ۲، باب ۷ از ابواب مصاهرة.

(۴) ح ۲، باب ۸ از ابواب مصاهرة.

(۵) ح ۳، باب ۸ از ابواب مصاهرة.

(۶) ح ۴، باب ۸ از ابواب مصاهرة.

(۷) ح ۶، باب ۸ از ابواب مصاهرة.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۳۶

باعث بطلان نمی شود پس علاوه بر نکاح دخول را هم شرط می داند)

و هو قوله: لا يفسد الحرام الحلال اذا كان هكذا «۱»

(یعنی هم نکاح و هم دخول باید باشد).

این روایت را چون ذیلش قول به تفصیل دارد که احدی قائل نشده، کنار می گذاریم و صدر روایت را به روایات سابق ضمیمه

می‌کنیم.

خلاصه: سه طایفه از روایات بالمنطوق، بالقیاس الاولویة و بالمفهوم دلالت می‌کند که زناى سابق موجب حرمت است.

۱۱۱ ادامه مسئله ۵ ... ۲۰ / ۳ / ۸۱

طایفه چهارم: دلالت بالمنطوق و الغاء خصوصیت

دو روایت است در باب ۹ از ابواب مصاهره که فقط در مورد مزنی بهای اب و مزنی بهای ابن است، روایاتی مانند آن داشتیم که در مورد امّ الزّوجه و بنت بود.

... عن ابی بصیر قال: سألته عن الرجل یفجر بالمرأة أ تحلّ لابنه؟ أو یفجر بها الابن أ تحلّ لابیة؟ قال: لا،

(با الغاء خصوصیت در مورد امّ الزّوجه و بنت هم می‌آید)

إن كان الاب أو الابن مسّها

(آیا به معنی دخول است یا به معنی لمس، یعنی آیا لمس برای حرمت کافی است؟ دو احتمال است)

واحد منهما فلا تحلّ. «۲»

... عن علی بن جعفر عن اخیه موسی بن جعفر علیه السلام قال: سألته عن رجل زنی بامرأة هل یحلّ لابنه أن یتزوّجها؟ قال: لا. «۳»

نکته: این احادیث گرچه در موارد خاصّه وارد شده و هیچ کدام تمام موارد چهارگانه را یکجا ندارد؛ ولی وقتی اینها را به هم ضمیمه کنیم، می‌توانیم عمومیت را استفاده کنیم. مضافاً به اینکه روایات مشتمل بر تعلیل

(انّ الحرام لا یحرّم الحلال)

که در مورد زناى لاحق بود، نشان می‌دهد که تمام اینها از یک باب است، یعنی اگر زناى لاحق باشد هیچ یک از این حلالها، حرام نمی‌شود و اگر سابق باشد، تمام آنها حرام می‌شود و ام و بنت و زوجه ابن و اب خصوصیتی ندارند.

دلیل قول به حلیت: روایات

اشاره

در مورد قول به حلیت هم، روایات متعدّد است و دو طایفه هستند که در بین آنها موثّق و صحیحه وجود دارد و تضافر هم دارند پس هر دو قول در حدّ حجّیت روایت دارند.

طایفه اول: دلالت به منطوق

... عن سعید بن یسار

(سند معتبر است)

قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل فجر بامرأة یتزوّج ابنتها؟ قال: نعم، یا سعید انّ الحرام لا یفسد الحلال

(به این تعلیل در مورد زناى لاحق استدلال شده بود، اینجا در مورد زناى سابق استدلال شده است). «۴»

... عن هشام

[هاشم]

ابن المثنی

(مجهول الحال است ولی در بعض نسخ مثل تهذیب، هاشم است که در این صورت ثقه است و بزرگان رجال او را توثیق کرده‌اند پس این حدیث احتمال ثقه بودن دارد)،

عن ابی عبد الله علیه السلام انه سئل عن الرجل یأتی المرأة حراماً أیتزوجها؟ قال: نعم، و أمها و ابنتها. «۵»
...* عن زرارة

(مرسله زراره است)

قلت لأبی جعفر علیه السلام رجل فجر بامرأة هل یجوز له أن یتزوج ابنتها؟ قال: ما حرّم حراماً حلالاً قطّ
(دلالت قوی است). «۶»

* و عنه، عن ابن ابی عمیر، عن هشام ابن المثنی

(نسخه بدل آن هاشم است)

قال: كنت عنه ابی عبد الله علیه السلام فقال له رجل: رجل فجر بامرأة أ تحلّ له ابنتها؟ قال: نعم، انّ الحرام لا یفسد الحلال. «۷»
احتمال دارد این حدیث با حدیث هفت یکی باشد و بودن «ابن ابی عمیر» موجب تقویت سند است.

...* عن حنان بن سدير قال: كنت عند ابی عبد الله علیه السلام اذ سأله سعید

(سعید بن یسار)

عن رجل تزوج امرأة سفاحاً

(زنا کرده است)

هل تحلّ له ابنتها؟ قال: نعم، انّ الحرام لا یحرّم الحلال. «۸»

ظاهراً صفوان از اصحاب اجماع است و مضمرات او اشکال ندارد.

...* عن صفوان، قال: سأله

(مضمرة است)

المرزبان عن رجل یفجر بالمرأة و هی جاریه قوم آخرین ثم اشتری ابنتها أ تحلّ له ذلك؟ قال: لا یحرّم الحرام الحلال
(و لو در مورد ابنه و کنیز است ولی چون تعلیل دارد تعمیم می‌دهیم «...») «۹»

طایفه دوم: دلالت به مفهوم

روایاتی که در مورد فجور به عمه و خاله است (که حد آن اعدام است).

(۱) ح ۸، باب ۸، از ابواب مصاهرة.

(۲) ح ۱، باب ۹، از ابواب مصاهرة.

(۳) ح ۲، باب ۹، از ابواب مصاهرة.

(۴) ح ۶، باب ۶، از ابواب مصاهرة.

(۵) ح ۷، باب ۶، از ابواب مصاهرة.

(۶) ح ۹، باب ۶، از ابواب مصاهرة.

(۷) ح ۱۰، باب ۶، از ابواب مصاهرة.

(۸) ح ۱۱، باب ۶، از ابواب مصاهرة.

(۹) ح ۱۲، باب ۶ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۳۷

... عن محمد بن مسلم قال: سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام و أنا جالس عن رجل نال من خالته في شبابه ثم ارتدع يتزوج ابنتها؟ قال: لا، قلت: أنه لم يمكن افضى إليها (دخولی نشده است)

أما كان شيء دون شيء

(ملاعه بوده و دخول نبوده است)

فقال: لا يصدق ولا كرامة

(اگر همه جا زنا موجب حرمت است خصوصیتی ندارد که از خاله سؤال شود پس از مفهوم معلوم می شود که حرمت فقط در عمه و خاله است؛ البتّه این حدیث در مورد خاله است). «۱»

... عن ابی ایوب، عن ابی عبد الله عليه السلام قال: سأله محمد بن مسلم و انا جالس عن رجل نال من خالته و هو شاب ثم ارتدع أ يتزوج ابنتها؟ قال: لا، قال: أنه لم يكن افضى إليها إنما كان شيء دون ذلك، قال: كذب. «۲»

* و قال سید المرتضی فی الانتصار ممّا ظنّ انفراد الامامیة به القول بأنّ من زنا بعمته أو خالته حرمت علیه بناتهما علی التّأیید...

ثم استدللّ علی التحريم بالاجماع و الاخبار

(در این روایت هم عمه است و هم خاله). «۳»

* و قال ابن ادریس:

و قد روی أنّ من فجر بعمته أو خالته لم تحلّ له ابنتهما ابداً

أورد ذلك شيخنا أبو جعفر في نهايته (شيخ طوسي در نهايه به مضمون این حدیث فتوی داده است) و شيخنا المفيد في مقنعته و سید المرتضی فی انتصاره. «۴»

معلوم می شود که اخباری غیر از این اخبار هم بوده است که هم در مورد عمه بوده و هم در مورد خاله، که سید مرتضی و شیخ طوسی در کتابهایی که در آن مضمون روایت را نقل می کردند به آن فتوی داده اند.

در مورد روایات این طایفه دو احتمال وجود دارد:

۱- که این طایفه مفهوم دارد و اختصاص به عمه و خاله دارد، و لو مفهوم لقب است؛ ولی چون قیود در مقام احتراز است مفهوم دارد و معنی اش این است که منحصرأ اینها حرام هستند.

۲- از این روایت مفهوم نمی فهمیم و اثبات شیء نفی ما عدا نمی کند که در این صورت، این روایات فقط مؤید است.

به هر حال ما به این طایفه دل نبسته ایم، بلکه دل بستگی ما طایفه اول است که تعلیل هم در آن ها ذکر شده است.

۱۱۲ ادامه مسئله ۵ ... ۲۱ / ۳ / ۸۱

جمع دلالی:

اشاره

احادیث دال بر حرمت (یعنی زنا آثار نکاح را دارد) و احادیثی که دال بر حلّیت است کثیر بود و صحاح و غیر صحاح در بین آنها وجود داشت، و در هر دو طرف روایات متضافر بودند، پس از نظر سند، روایات هر دو قول خوب بود و باید در تعارض روایات، سراغ جمع دلالی برویم (اگر جمع دلالی نبود، سراغ مرجحات می رفتیم) یعنی باید دو دسته روایات را با هم جمع کنیم تا منافاتی در

بین نباشد به عبارت دیگر ظاهر را حمل بر اظهر می‌کنیم که یک جمع عرفی است. در اینجا چهار جمع دلالتی بیان شده است:
 ۱- روایات حرمت در مورد زنا سابق و روایات حلّیت در مورد زنا لاحق است، یعنی اگر زنا سابق بر عقد باشد موجب حرمت و اگر بعد از عقد باشد موجب حرمت نمی‌شود.

مؤید جمع: در بعضی از احادیث هر دو طرف بیان شده بود (ان کان سابقاً یحرم و ان کان لاحقاً لا یحرم).
 نتیجه جمع: قول به حرمت (قول اول) است، چون قائلین به حلّیت هیچ یک را حرام نمی‌دانند و قائلین به حرمت، سابق را حرام می‌دانستند.

۲- روایات حرمت ناظر به دخول و روایات حلّیت ناظر به مادون الدخول است یعنی اگر دخول حاصل شده حرام است و اگر دخول صورت نگرفته (ملاعبه و تقبیل بوده) حرام نیست، پس تعارض از بین می‌رود.

مؤید جمع: روایاتی که هر دو طرف (دخول و مادون دخول) را بیان کرده بود.

نتیجه جمع: قول به حرمت (قول اول) است، یعنی فتوا به حرمت ناشی از زنا است.

۳- روایات ناهیه را حمل بر بیان حکم واقعی و روایات حلّیت را حمل بر تقیّه می‌کنیم.

سؤال: چگونه حمل بر تقیّه کنیم در حالی که معلوم نیست مشهور عامّه قائل به حلّیت باشند؟

مرحوم صاحب جواهر در مورد چگونگی حمل بر تقیّه بیانی دارد و می‌فرماید:

و هو احسن المحامل و ذلك لأنّ هذا الخیر (لا یحرّم الحرام الحلال) كما یظهر من الانتصار و الغنیة و غیرهما نبویّ (عامّه این خبر را به گونه‌ای معنا کرده‌اند و ما به گونه‌ای دیگر) ای «لا یفسد

(۱) ح ۱، باب ۱۰ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۲، باب ۱۰ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۳، باب ۱۰ از ابواب مصاهره.

(۴) ح ۴، باب ۱۰ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۳۸

الحرام الحلال» و آنه من روایاتهم عنه صلی الله علیه و آله و هو صحیح و لکنهم لم یفهموا المراد منه فظنوا ان المراد منه ما یشمل الحلال تقدیراً (پس روایت حلّیت مطابق فهم عامّه است که خیال می‌کنند که زنا سابق را می‌گیرد، در حالی که منظور حلال فعلی است یعنی این روایت برای جایی است که ازدواج کرده‌اند و حلال فعلی واقع شده و بعد فجور شده است، حال این حلال فعلی با فجور حرام نمی‌شود، پس حمل بر تقیّه است و امام می‌خواهد تقیّه کند). «۱»

صاحب جواهر اصرار دارد که این طریق جمع احسن المحامل است در حالی که به نظر ما ضعیف است.

نتیجه جمع: قول به حرمت (قول اول) است.

۴- روایات مجوّزه را حمل بر حلّیت و روایات ناهیه را حمل بر کراهت کنیم. این جمع را صاحب جواهر ندارد و مرحوم حکیم در مستمسک آورده است، این جمعی است که در سراسر فقه از طهارت تا دیات وجود دارد و علّت آن، این است که روایات حلّیت، نص است (چون حلال ممکن نیست که حرام باشد) اما روایات ناهیه، نص نیست چون «لا» هم با کراهت می‌سازد و هم با حرمت، اگر چه ظهور در حرمت دارد، پس جمع بین نص و ظاهر کرده و حمل بر کراهت می‌کنیم.

همچنین است در ناحیه وجوب و جواز، یعنی اگر دسته‌ای از روایات دلالت بر وجوب امری و دسته دیگر دلالت بر جواز آن کنند، چون جواز صریح؛ ولی وجوب ظاهر است، ظاهر را حمل بر اظهر می‌کنند، یعنی وجوب را حمل بر استحباب می‌کنند.

مؤید جمع: این قسم از جمع شاهد نمی‌خواهد چون جمع بین نص و ظاهر است.
نتیجۀ جمع: قول به حلیت (قول دوم) است.

بررسی اقسام چهارگانه جمع

اشاره

می‌خواهیم سه طریق اول جمع را تضعیف کنیم:

جواب از جمع اول:

روایات حلیت در مورد زنا سابق است چگونه آن را حمل بر زنا لاحق می‌کنید این ممکن نیست، از جمله این روایت:
... * عن رجل فجر بامرأه یتزوج ابنتها؟ قال: نعم «... ۲»
بنابراین این جمع درست نیست.

جواب از جمع دوم:

در روایات حلیت تعبیر «فجر» و «أتی» دارد که اتیان و فجور به معنی ملاعبه نیست بلکه در لسان آیات و روایات اتیان به معنی دخول و فجور به معنی زنا است، بنابراین این جمع درست نیست.

جواب از جمع سوم:

هیچ یک از اینها حلال تقدیری نیست (مثلاً اگر می‌گوییم دختر خاله حلال است، یعنی حلال فعلی است بله اگر منظور وطی بود، حلال تقدیری می‌شد) پس چه در زنا سابق و چه در زنا لاحق حلیت تقدیری نیست، بنابراین فرق بین زنا سابق و لاحق تقدیری بودن نیست، بلکه در زنا سابق ایجاد نکاح و در زنا لاحق ادامه نکاح حلیت دارد.
معنی روایت «لا یحرم الحرام الحلال» چیست؟

در چندین روایت در مورد زنا سابق و در چند مورد در مورد زنا لاحق به این حدیث استدلال شده بود و در چند مورد هم صدوری نداشت یعنی نه سابق داشت و نه لاحق. حال چه مانعی دارد که ما این را حمل بر عموم کنیم یعنی بگوییم که حرام، حلال را به هم نمی‌زند خواه حلال ابتدائی باشد یا حلال ادامه‌ای، پس حلال الهی به وسیله حرام به هم نمی‌خورد و نکاح حلال است که امّ الزوجه را درست می‌کند و زنا امّ الزوجه و دیگر محرمات مصاهره را درست نمی‌کند.

اگر این جمع درست شود، دیگر نوبت به جمعی که مرحوم صاحب جواهر آن را می‌پسندید، نمی‌رسد.

نتیجه: به خاطر تعلیل حدیث نمی‌توانیم مشکلی را درست کنیم و حمل بر تقیه کنیم، لذا جمع صاحب جواهر درست نیست.
تلخیص من جمیع ما ذکرنا:

جمعی سه‌گانه مرحوم صاحب جواهر، با روایات نمی‌سازد پس فقط جمع چهارم باقی می‌ماند که شواهدی برای آن ذکر خواهیم کرد.

اشاره

این جمع در ما نحن فیه مورد عنایت خیلی از بزرگان قرار نگرفته است در حالی که پنج مؤید دارد:

مؤید اول:

تعلیلاتی که در روایات آمده بود، و می گفت «لا یحرم الحرام الحلال» آیا تعلیل باید تعبّدی باشد یا امر عقلی؟ معمولاً تعلیل به

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۷۲.

(۲) ح ۶، باب ۶ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۳، ص: ۱۳۹.

امر عقلی است، حال اگر تعلیل به امر عقلی باشد، در این صورت عام است و زنای سابق و زنای لاحق را شامل می شود و اینکه خیال شود اگر زنای سابق باشد، حلیت فعلیت ندارد و اگر لاحق باشد فعلیت دارد اشتباه است، چون در زنای سابق، ایجاد نکاح حلیت دارد و در زنای لاحق، ادامه نکاح حلیت دارد، پس در هر دو مورد حلیت فعلیت دارد و تقدیری نیست، و اگر حرام حلال را حرام نمی کند سابق آن و لاحق آن فرقی ندارد. در واقع این مسأله مانند «لا تنقض الیقین بالشک» است، شک که یک چیز بی ارزش است یقین را به هم نمی زند، حرام هم یک چیز بی ارزش است حلال را به هم نمی زند. اگر تعلیل را به زنای لاحق اختصاص دهیم تعلیل تعبّدی می شود و گفتیم که معمولاً تعلیل به امر عقلی است و باید عام باشد و لاحق و سابق، هر دو را شامل می شود.

مؤید دوم:

حدیثی است که زراره از امام محمد باقر علیه السلام نقل کرده است:

... عن موسی بن بکر، عن زرارة قال: قال أبو جعفر علیه السلام: ان زنا رجل بامرأة أبیة أو بجارية أبیة فانّ ذلك لا یحرّمها علی

زوجها ولا یحرّم الجارية علی سیدها

(تا اینجا در مورد زنای لاحق است)

أتمّا یحرّم ذلك منه اذا أتى الجارية و هی له حلال

(یعنی اگر جاریه حلال باشد و زنا نباشد، باعث حرمت بر پدر می شود)

فلا تحلّ تلك الجارية لابنه ولا لاییه الحدیث. «۱»

روایت با صراحت می گوید که وطی حلال باعث حرمت می شود. جمع این روایت صریح با روایات سابقه (روایاتی که دلالت بر تحریم می کرد) به این است که آنها را حمل بر کراهت کنیم، البتّه دلالت روایت صریح است ولی چون سند حدیث مشکل دارد به عنوان مؤید است نه دلیل.

مؤید سوم:

... عن ابی بصیر قال: سألته عن الرجل یفجر بالمرأة أ تحلّ لابنه؟ أو یفجر بها الابن أ تحلّ لأبیه؟ قال: لا إن كان الأب أو الابن

مسها واحد منهما فلا تحلّ. «۲»

روایت می‌فرماید، ملموسه اب یا ابن، بر دیگری حرام است، بعضی مطابق این روایت فتویٰ داده‌اند (منتهی بعضی در مورد کنیز گفته‌اند)، این حکم به حرمت با روایاتی که می‌گویند «مادون الدخول عیبی ندارد» سازگار نیست، لا بد این حرمت را باید حمل بر کراهت کنند، پس وقتی پای کراهت به این بحث باز شد، ما هم روایات حرمت را حمل بر کراهت می‌کنیم. ان قلت: کلمه «مس» در این روایت کنایه از دخول است.

قلنا: اگر کنایه از دخول باشد مؤید نمی‌شود؛ ولی اگر به معنی «لمس» باشد شاهد خوبی است.

مؤید چهارم:

روایات عمه و خاله است که مانند معما است، مشهور می‌گویند اگر با عمه و خاله زنا کند، دختر خاله و دختر عمه بر او حرام است. حال اگر زنای سابق در همه جا حرام باشد چه لزومی دارد که فقط عمه و خاله در بعضی از روایات ذکر شده باشد، ذکر عمه و خاله در بعضی از روایات نشان می‌دهد که دیگران مطرح نبوده و حرام نیستند و عمه و خاله بالخصوص است.

مؤید پنجم:

تعبیرات قرآن می‌فرماید: «وَ حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ» یعنی حلائل ابناء بر شما حرام است قائلین به حرمت می‌گویند مزنی بهای ابناء هم باشد حرام است، در حالی که ظاهر حلائل این است که وطی حلال باشد، و یا در مورد «وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ» اینکه «نِسَائِكُمْ» می‌گویند مزنی بها را شامل نمی‌شود، اگر وطی حرام باعث محرمیت باشد (مثلاً وطی حرام پسر، سبب محرمیت بر پدر شود) تعبیر «حلائل ابناء» و «نساء کم» معنی ندارد، آیا می‌توانیم بگوییم فتوای ائمه علیهم السلام با قرآن تفاوت داشته است؟ از این موارد معلوم می‌شود شارع مقدس زنا را یک مرحله نازله از وطی مباح دانسته و قائل به کراهت شده است به این معنی که زنا شباهتی به نکاح دارد؛ ولی شباهت نازله‌ای است و لذا شارع مقدس بر آن حکم کراهتی جاری کرده است. نتیجه: فتوای ما این است که زنای سابق و لاحق موجب حرمت نمی‌شود و محرمات چهارگانه مصاهره در زنا ثابت نیست.

(۱) ح ۱، باب ۴ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۱، باب ۹ از ابواب مصاهره.

جلد چهارم

فهرست

مقدمه ... ۵

القول فی المصاهره (تکرار ...) ۷

مسئله ۶: لا فرق بین الزنا فی القبل أو الدبر ... ۱۱

مسئله ۷: الشک فی سبق العقد علی الزنا ... ۱۲

مسئله ۸: فی اللمس و النظر عن شهوة ... ۱۵

مسئله ۹: لا يجوز نکاح بنت الاخ علی العمه ... ۲۰

مسئله ۱۰: لا فرق بین الدنيا و العلیا ... ۲۶

- مسئله ۱۱: الرجوع بعد الاذن ... ۲۷
- مسئله ۱۲: اعتبار الاذن ليس كالخيار ... ۲۸
- مسئله ۱۳: الشك في السابق منهما ... ۳۰
- مسئله ۱۴: لو طلق العمه و الخاله ... ۳۱
- مسئله ۱۵: الجمع بين الاختين ... ۳۲
- مسئله ۱۶: لو تزوج بالاختين و لم يعلم السابق ... ۳۷
- مسئله ۱۷: في مهر نكاح الاختين ... ۴۰
- مسئله ۱۸: نكاح الاختين من الزنا ... ۴۳
- مسئله ۱۹: نكاح اخت الزوجه في عدتها ... ۴۴
- مسئله ۲۰: حرمة الجمع بين الفاطميتين ... ۴۶
- مسئله ۲۱: لو زنت امرأة ذات بعل ... ۴۸
- مسئله مستحدثه ... ۵۱
- مسئله ۲۲: في نكاح من زنى بامرأة ذات بعل ... ۵۱
- مسئله ۲۳: الزنا في العدة الرجعية ... ۵۵
- مسئله ۲۴: النساء اللاتي يحرم على اللاطي ... ۵۷
- مسئله ۲۵: اللواط الطارىء على العقد ... ۶۳
- مسئله ۲۶: الشك في تحقق الايقاب ... ۶۷
- فصل القول في النكاح في العدة و تکميل العدد
- مسئله ۱: نكاح المرأة التي كانت في عده الغير ... ۶۷
- مسئله مستحدثه: شبيهه سازى ... ۷۷
- مسئله ۲: التوكيل في النكاح في العدة ... ۷۸
- مسئله ۳: الحاق وطى الشبهه أو الزنا بالمعتده ... ۸۰
- مسئله ۴: النكاح في عده النفس ... ۸۲
- مسئله ۵: المعتبر في الدخول ... ۸۳
- مسئله ۶: الشك في كونها معتده ... ۸۵
- مسئله ۷: الشك في الدخول ... ۸۶
- مسئله ۸: التزويج بذات البعل ... ۸۷
- مسئله ۹: نكاح ذات العده التي لم تشرع فيها ... ۹۲
- مسئله ۱۰: في حد الزوجات الدائمة و المنقطعه ... ۹۳
- مسئله ۱۱: في موت احد الاربعه ... ۱۰۳
- مسئله ۱۲: في المطلقة ثلاثاً و تسعاً ... ۱۰۸
- القول في الكفر
- مسئله ۱: نكاح المجوسيه و الصائبه ... ۱۲۲

مسئله ۲: العقد الواقع بین الکفار ... ۱۳۲

مسئله ۳: لو اسلم زوج الکتابیه ... ۱۳۶

مسئله ۴: لو اسلمت زوجة الوثنی أو الکتابی ... ۱۳۹

مسئله ۵: فی الارتداد ... ۱۴۴

مسئله ۶: العده فی الارتداد ... ۱۴۹

مسئله ۷: فی نکاح النصاب و الغلاء ... ۱۵۰

مسئله ۸: فی نکاح المخالف ... ۱۵۵

مسئله ۹: هل یشرط یسار فی صحه النکاح ... ۱۶۳

مسئله ۱۰: حدوث العسر بعد یسار ... ۱۶۵

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۵

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمه

الحمد لله الذي لا يبلغ مدحته القائلون ولا يحصى نعمائه العادون ولا يؤدي حقه المجتهدون ثم الصلاة والسلام على رسوله و امين وحيه سيدنا و نبينا نبي الرحمة و امام الامة حبيب اله العالمين محمد صلى الله عليه و على آله المعصومين الهداه المهديين و لعنة الله على اعدائهم اجمعين الى قيام يوم الدين.

کتاب حاضر چهارمین جلد از مجموعه «دروس خارج فقه حضرت آیه الله العظمی مکارم شیرازی (مد ظله العالی)» در بحث نکاح است، که در سال تحصیلی ۸۲-۸۱ تدریس شده که به شکلی نوین در دسترس علاقه‌مندان قرار گرفته است.

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

ویژگی ممتاز درس استاد معظم، دسته‌بندی دقیق مطالب و کیفیت بدیع و دقیق ورود و خروج به مباحث است که در این امر نیز سعی شده است که به همان شیوه مطالب سنگین و مهم علمی با دسته‌بندی و تیترو مناسب و شماره‌گذاری ارائه شود.

از جمله ویژگی‌های این مجموعه که آن را از نظائرش ممتاز می‌کند، این است که به صورت «درسی-فارسی» تنظیم شده که ضمن سهولت دسترسی به مطالب، حال و هوای حضور در درس را دارد؛ علاوه بر این در کنار این مجموعه، نرم‌افزاری دروس نیز آماده شده که به راحتی با استفاده از رایانه قابل دسترسی می‌باشد. امید است توانسته باشیم خدمت کوچکی نسبت به عزیزانی که توفیق شرکت در دروس حضرت استاد را نداشته‌اند، یا به جهت تعمق در مطالب درسی، سخنان استاد را بر روی کاغذ پیاده نکرده‌اند برداشته باشیم.

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

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

اللّٰهُمَّ وَفَّقْنَا لِمَا تَحَبَّ وَ تَرْضَى

محمّد رضا حامدی - مسعود مکارم

۲ جمادی الاولی ۱۴۲۴

حوزه علمیه قم

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۶

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۷

۱

[تنمّه] القول فی المصاهرة

اشاره

۸۱ / ۶ / ۱۸...

بحث در کتاب النکاح در محرمات بود و بیان شد که سه عامل مهم دارد:

نسب، رضاع و مصاهره عوامل دیگری هم غیر از این سه عامل (حدود هشت عامل) وجود دارد، ولی عمده این سه عامل است. نسب و رضاع در سال‌های قبل بحث شد و امسال در بحث مصاهره هستیم. از بحث مصاهره هم مطابق مسائل تحریر الوسيله پنج مسأله را بیان کردیم. در ابتدا به جهت ارتباط مطالب اجمالی از پنج مسأله قبل را بیان کرده، سپس وارد مباحث جدید می‌شویم.

القول فی المصاهرة:

در آغاز بحث مصاهره امام (ره) تعریفی داشتند و ظاهر تعریف این بود که می‌خواهند تعریف جامع و مانعی را بیان کنند:

المصاهرة هی علاقه بین احد الزوجین مع اقرباء الآخر موجبه لحرمة النکاح عیناً أو جمعاً علی تفصیل یأتی.

مصاهره پیوندی میان یکی از دو زوج با خویشاوندان زوج دیگر است که این پیوند باعث می‌شود که خویشاوندان حرام شوند عیناً (حرمت ابدی) یا جمعاً (جمع بین الاختین).

به این تعریف دو اشکال وارد کردیم:

۱- چرا امام (ره) می‌فرماید «احد الزوجین» در حالی که باید به جای آن بفرمایند «کلا الزوجین» چون وقتی ام الزوجه بر زوج حرام است، زوجه هم بر اب الزوج حرام است و هر دو حرام ابدی است پس أحد الزوجین نیست بلکه کلا الزوجین است.

ممکن است کسی دفاع کند که این احد، احد «به شرط لا» نیست بلکه «لا به شرط» است یعنی احد به قید احد نیست که حتماً در یکی از آنها حرمت حاصل شود در هر دو هم ممکن است.

۲- امام (ره) فرمود «هی علاقه»، این چه علاقه‌ای است، یا در عبارت دیگر امام (ره) می‌فرماید «موجب للحرمة» چرا موجب حرمت است پس ابهام دارد و این ابهام مناسب تعریف نیست.

می‌توان چنین جواب داد که وقتی می‌فرمایند «بین احد الزوجین» در اینجا تعلیق حکم بر وصف است و تعلیق حکم بر وصف مشعر بالعلیه پس و لو علاقه مطلق ذکر شده ولی از این تعلیق وجه آن روشن می‌شود که «علاقه یعنی علاقه الزوجیه» و «موجب للحرمة» یعنی موجب للحرمة بسبب الزوجیه.

[خلاصه ۵ مسأله القول فی المصاهره از سال قبل تحصیلی]

مسأله اول: [حرمت زوجه اب بر ابن فنازلاً و دیگری حرمت زوجه ابن بر اب فصاعداً]

در مسئله یک امام (ره) دو مورد از محرمات مصاهره را بیان فرمودند یکی حرمت زوجه اب بر ابن فنازلاً و دیگری حرمت زوجه ابن بر اب فصاعداً که هر دو حرام ابدی است، در چند جهت هم حکم اطلاق دارد:

اولاً: دخول شرط نیست.

ثانیاً: فرقی بین عقد دائم و انقطاع وجود ندارد.

ثالثاً: از نظر رضاع و نسب هم فرقی ندارد یعنی زوجه اب هم بر ابن نسبی و هم بر ابن رضاعی حرام است و زوجه ابن هم بر اب نسبی و اب رضاعی حرام است، پس از سه جهت اطلاق دارد.

دلیل این مسأله هم این بود که

اولاً: از مسلمات بین شیعه و سنی است چون هر دو مورد در قرآن صریحاً آمده است «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» (۱) و «حُرْمَتُ عَلَیْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ... وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُم» (۲).

ثانیاً: روایات متعددی هم در باب ۲ از ابواب مصاهره در مورد زوجه اب و زوجه ابن وجود دارد که دلالت بر حرمت دارد.

آیا در این مورد در جزئیات مخالفی وجود دارد؟

در جزئیات مسأله هم مخالفی نداریم.

۲ القول فی المصاهره (تکرار ... ۸۱ / ۶ / ۱۹)

مسئله دوم: [حرمت امّ الزوجه و امّ امّ الزوجه و هرچه بالاتر رود است]

در ادامه مرور مباحث مطرح شده در سال گذشته در باب مصاهره به مسئله دوم رسیدیم که در مورد حرمت امّ الزوجه و امّ امّ الزوجه و هرچه بالاتر رود است و لذا اگر کسی با دختر سیده‌ای ازدواج کند با حضرت زهرا علیها السلام محرم می‌شود. از نظر عقد انقطاعی و دائمی و دخول و عدم دخول فرقی نمی‌کند و امّ الزوجه در تمام این موارد حرام است، همچنین

(۱) آیه ۲۲، سوره نساء.

(۲). آیه ۲۳، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۸

امّ الزوجه رضاعی و نسبی هم فرق نمی‌کند یعنی امّ نسبی و امّ رضاعی زوجه حرام است.

این مسأله اجماعی و مسلم است چون حکم آن در قرآن آمده است «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» (۱) و همین سبب شده که بین تمام فرق مسلمین مسأله مسلم شود.

اضف الی ذلک، روایاتی هم در باب ۱۸ از ابواب مصاهره داریم.

بعضی به طور شاذ قائل شده‌اند که دخول در اینجا (حرمت امّ الزوجه) شرط است مثل ربیبه که در ربیبه دخول شرط حرمت است، دلیل این قول ظاهر آیه است که می‌فرماید «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» که قید «مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» را هم به «ربیبه» و هم به «أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ». می‌زنند.

ولی ما سابقاً در جواب گفتیم: هم روایات، مخالف این قول است و هم مسأله اجماعی است، علاوه بر این دو، طبق قاعده اصولی قیدی که بعد از چند جمله می‌آید به جمله آخری می‌خورد مگر این که قرینه‌ای باشد، پس آیه شریفه دلیلی بر اشتراط دخول در امّ الزوجه نمی‌شود و اطلاق دارد.

مرحوم امام در ذیل مسئله دوم فرعی مطرح کرده که سابقاً آن را بیان کردیم و آن این که از همین مسئله حرمت امّ الزوجه برای ایجاد محرمیت بین کسانی که همسرانشان به هم نامحرم هستند استفاده می‌کنند، مثلاً دو دوست در یک خانه زندگی می‌کنند و زنان این دو به هم نامحرم هستند برای ایجاد محرمیت دختر بچه دوست اول را برای دوست دوم عقد منقطع می‌کنند تا زوجه دوست اول امّ الزوجه دوست دوم شود و بالعکس دختر دوست دوم را بر دوست اول...

امام می‌فرماید این مسأله اشکالی ندارد به شرط این که عقد انقطاعی برای یکی دو ساعت نباشد بلکه باید مدّت را طولانی کنند تا زمان امکان تمتّع فرا برسد مثلاً تا شش سالگی، که به نظر ما محل تأمل است و حد اقل تا نه سالگی لازم است. که بعد از عقد زوج می‌تواند بقیه مدّت را ببخشد. البته به نظر ما غیر از این شرط دو شرط دیگر هم دارد:

اولاً: این عقد انقطاعی به مصلحت بنت باشد مثلاً مهریه خوبی برای او قرار بدهند یا کمک به حال فرزند باشد و اگر تنها به مصلحت دو دوست باشد کافی نیست.

ثانیاً: اذن ولی هم لازم است.

بنابراین این مسأله سه شرط دارد: ادخال زمان قابلیت تمتّع، غبطه بنت و اذن ولی.

ان قلت: شما می‌گویید عقد زوجیت دو ساعته فایده‌ای ندارد و قابل تمتّع نیست، ما می‌گوییم فایده‌اش محرمیت است چون یکی از فوائد نکاح محرمیت است و لازم نیست همیشه نکاح برای تمتّع باشد.

قلنا: این نوعی مغالطه است چون محرمیت حکم و لازمه عقد است، ما اشکال در موضوع داریم یعنی می‌گوییم موضوع نکاح با یک عقد یکی دو ساعته بر یک بچه شیرخوار درست نمی‌شود به عبارت دیگر موضوع نکاح که همان قابلیت تمتّع است در عرف عقلاً با بچه شیرخوار محقق نمی‌شود و باید زمانی را به آن اضافه کنیم تا مفهوم نکاح محقق شود. اگر موضوع نکاح درست شد آن وقت محرمیت که از آثار آن است بار می‌شود. بنابراین مستشکل حکم را با موضوع اشتباه کرده است. در روایات در هیچ جا متعه صغیره برای مدت کوتاه جهت محرمیت نداریم.

علی کل حال، به نظر ما بهتر این است که از ایجاد این گونه محرمیت‌ها پرهیز شود اگر چه ممکن است گفته شود که وقتی نامحرم هستند گناه می‌شود، ما در جواب می‌گوییم گناه این محرمیت کمتر از آن نامحرمیت نیست، چون وقتی محرم شدند در مقابل هم آزاد قرار می‌گیرند و مفاسد زیادی پیدا می‌شود.

مسئله سوم و چهارم: این دو مسأله در مورد ربیبه یکی دیگر از محرمات بالمصاهره است.

ربیبه حرام است و ان نزلت، یعنی دختر زوجه، دختر دخترش و دختر پسرش هر چه پایین تر روند بی زوج حرام هستند و فرقی بین انقطاعی و دائمی و نوه دختر و پسر نیست و فقط شرط آن دخول به ام است «مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ». هر دو حکم (حرمت ربیبه و شرطیت دخول) از مسلمات است و در روایات هم در باب ۱۸ از ابواب مصاهره صریحاً تصریح به شرطیت دخول شده است. البته در قسمتی از مسأله در جائی که در حجور نباشد مخالفی وجود دارد، آیا «فِي حُجُورِكُمْ» قید است؟ یعنی اگر بچه‌ای در دامان شوهر دوم بزرگ شود و ام نباشد همه قائلند که «حجورکم» شرط نیست و قید غالبی است و قید غالبی مانند توضیح است و مفهوم ندارد، پس

(۱) آیه ۲۳، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۹

شاذی از این قید مفهوم گرفته و گفته‌اند که اگر در حجر نباشد حرام نمی‌شود، و من العجب که این را به دروغ به حضرت علی علیه السلام نسبت داده‌اند ولی ما روایات متعددی داریم که می‌گوید فی حجور و غیر حجور فرقی نمی‌کند.

سؤال: ما در همه جا دنبال فلسفه احکام نیستیم بلکه در هر جا فلسفه حکم به ذهن ما برسد می‌پذیریم و اگر نرسد سمعاً و طاعتاً حکم را می‌پذیریم، حال چرا در امّ الزوجه و زوجه اب و زوجه ابن دخول شرط نیست ولی در ربیبه دخول شرط است، فلسفه آن چیست؟

مرحوم امام در ادامه در مسئله چهارم می‌فرماید: اگر برای این زن بعد از طلاق دخترانی پیدا شود (ربیبه بعدی) اینها هم حرام هستند؟ و به تعبیر بعضی از علما به قدری مسأله مسلم است که نیاز به ادله ندارد، البته روایتی هم در این زمینه داریم.

آیا به مقتضای اطلاق آیه «وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» حرمت ربیبه‌های آینده هم استفاده می‌شود، یا آیه فقط ربیبه‌های گذشته را می‌گوید؟

آیه اطلاق ندارد چون می‌فرماید «مِنْ نِسَائِكُمْ» آن وقت که نساء من بود ربیبه آینده وجود نداشت و وقتی که ربیبه آینده می‌آید «مِنْ نِسَائِكُمْ» نیست چون مشتق حقیقت در من تلبس بالمبداء است، این معنی نسبت به ربائب قبلی خوب است ولی ربیبه بعدی را شامل نمی‌شود، پس آیه دلیل نخواهد بود و تنها مدرک اجماع و بعضی از روایات است.

۳ القول فی المصاهرة (تکرار ... ۲۳ / ۶ / ۸۱

مسئله پنجم: [لا اشکال فی ترتب الحرمات الأربع علی النکاح]

اشاره

بحث در مسئله پنجم از مسائل محرّمات بالمصاهرة در باب نکاح است که قبلاً از آن مفضیلاً بحث کرده‌ایم ولی برای پیوند بحث امسال با مسائل سال گذشته و همچنین به جهت شدید الابتلا بودن این مسأله مجدداً آن را به طور فشرده مطرح می‌کنیم.

عنوان مسأله:

چهار حرام از باب مصاهرة ذکر کرده‌ایم: زوجه اب برای ابن، زوجه ابن برای اب، امّ الزوجه و ربیبه که این چهار مورد سه حالت دارد:

۱- این چهار عنوان با عقد صحیح حاصل شده باشد، در این صورت بحثی ندارد چرا که قدر متیقن از آیات و روایات و اجماع بین عامّه و خاصّه است و شاید از ضرورت دین باشد.

۲- این چهار عنوان با وطی به شبهه حاصل شده باشد و عقد صحیح در کار نباشد، این نیز مسلم است اگر چه آیات شامل آن نمی‌شود ولی روایاتی در این زمینه داریم.

وطی به شبهه اصولاً در همه جا احکام نکاح صحیح را دارد مثل مهر، ارث... و در ما نحن فیه خصوصاً اجماعی است که اگر وطی به شبهه شود این عناوین حرام می‌گردد.

۳- زنائی واقع شده آیا مزنی بهای اب برای ابن حرام است و یا مزنی بهای ابن برای اب حرام است؟ آیا امّ مزنی بها حکم امّ الزوجه و دخترش حکم ربیبه را دارد؟ به عبارت دیگر آیا احکام عقد صحیح بر زنا هم بار می‌شود یا نه؟ این مسأله بین علمای شیعه و اهل سنت محل بحث است. بر اثر بی‌بندوباری‌هایی که در عصر ما به جهت سوء استفاده از آزادی پیدا شده این مسأله شایع شده است.

اقوال:

از نظر اقوال مشهور و معروف بین علما حرمت است یعنی مزنی بهای اب و مزنی بهای ابن بر دیگری حرام است به حرمت ابدی. مرحوم صاحب جواهر از سی کتاب فقهی نقل حرمت می‌کند، ولی بعد می‌فرمایند که مخالفینی هم در مسأله داریم و از نه کتاب فقهی قول مخالف را نقل می‌کند دیگران هم مثل مستند و ریاض و مستمسک نقل خلاف می‌کنند. اهل سنت هم مخالف کم ندارند، مالک و شافعی دو نفر از فقهای اربعه قائل به حلیت شده‌اند، از علی علیه السلام و ابن عباس هم اهل سنت حلیت را نقل کرده‌اند. بنابراین اهل سنت هم قائل به حرمت دارند که آن هم کم نیست، پس این مسأله یک مسئله اختلافی است و اگر چه اکثریت قائل به حرمت شده‌اند ولی اجماعی در این مسأله نداریم.

ادله:

اشاره

ما دو دلیل عمده داریم:

۱- آیات:

محرمات چهارگانه در قرآن ذکر شده است «لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ»، «۱» «وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ

(۱) آیه ۲۲، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۰
 نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ ... وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ»، «۱» قائلین به حرمت می‌گویند ما از اطلاق این آیات استفاده می‌کنیم چرا که «لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» عام است و «نکاح» هم عقد را شامل می‌شود و هم دخول بدون عقد را، بنابراین زنا داخل در اطلاق این آیه است و همچنین «أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمُ» عام است و شامل عقدی و زنا هم می‌شود. نساء در «وَرَبَائِبِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ» هم عام است، آیا «حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ» هم عام است؟
 نتوانسته‌اند از این استفاده عموم کنند.

جواب:

هیچ کدام از اینها دلالت ندارد و شامل زنا نمی‌شود، حتی شامل وطی به شبهه هم نمی‌شود، چون نکاح در قرآن در تمام موارد به معنی عقد است و نکاح به معنی دخول نداریم، در مورد «نساء کم» هم یعنی همسران و به معنی مزنی بها نیست و بلاشک ظهور در عقدی دارد نساء در «مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» هم متصرف در عقدی است چرا که می‌گوید «دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» پس آیات شامل زنا نمی‌شود.

۲- روایات:

اشاره

روایات این مسأله در کتاب وسائل، در پنج باب از ابواب مصاهره «۲» آمده است که هم روایات دال بر حرمت و هم روایات دال بر حلیت داریم، چهار طایفه از روایات قائل به حرمت و دو طایفه از روایات قائل به حلیت شده است.

روایات دال بر حرمت:

طایفه اول: می‌فرماید: «لا» یعنی جایز نیست و ظاهر نهی دال بر حرمت است.
 طایفه دوم: می‌گوید اگر بر زنی زنائی واقع شد مادر رضاعی آن زن حرام است حال اگر در باب زنا مادر رضاعی حرام شد در باب عقد به طریق اولی حرام است چرا که رضاع تابع عقد است.
 طایفه سوم: روایاتی که به مفهوم دلالت می‌کند و می‌فرماید اگر بعد از عقد زنا واقع شود حرام نمی‌شود، یعنی اگر کسی زوجه‌ای را عقد کرده بعد به امّ الزوجه زنا کند (زناى لاحق) اثری ندارد چون
 «انّ الحرام لا یفسد الحلال»
 ، پس مفهومش این است که زناى سابق اثر دارد.
 طایفه چهارم: روایتی که در مورد اب و ابن آمده است و می‌فرماید مزنی بهای اب برای ابن و مزنی بهای ابن هم برای اب حرام است، وقتی در این دو حرام شد الغاء خصوصیت کرده و می‌گوییم همه جا مشمول حرمت است.

روایات دال بر حلیت:

طایفه اول: روایاتی است که با صراحت می‌گوید
 «نعم انّ الحرام لا یفسد الحلال»
 که در مورد زناى سابق است چون در زناى لاحق بحثی نیست. □
 طایفه دوم: در مورد عمّه و خاله آمده است، که اگر کسی نعوذ باللّه با عمّه یا خاله زنا کند (حدّ آن اعدام است)، روایت می‌فرماید دختر اینها حرام است. ظاهر این روایات این است که اگر در هر مورد زنا موجب حرمت دختر مزنی بها شود و حکم عام باشد و زنا همه جا حکم عقد را داشته باشد، دیگر ذکر عمّه و خاله خصوصیتی ندارد. پس از این روایات مفهوم می‌گیریم، یعنی حرمت فقط در مورد عمّه و خاله است و در موارد دیگر نیست.

طریقه جمع بین روایات:

چگونه تعارض این شش طایفه از روایات را حل کنیم؟ آیا سراغ مرّحجات (خذ بما اشتهر بین اصحابک و دع الشاذ النادر) برویم یا سراغ جمع دلالتی؟ در اینجا آیا جمع دلالتی مقدم است یا اعمال مرّحجات؟
 جمع دلالتی مقدم است، چون در جمع دلالتی تعارض ابتدائی است مثلاً در مطلق و مقید، عام و خاص، تعارض بدوی است در حالی که اعمال مرّحجات برای تعارض بدوی نبوده و برای تعارض مستحکم است.

در باب جمع دلالتی طرقتی بیان شده که دو طریق را بیان می‌کنیم:

۱- حمل بر کراهت کنیم، این جمعی است که در سرتاسر فقه وجود دارد. در هر جا که روایات ناهیه و روایات مجوز، داشته باشیم حمل بر کراهت می‌کنیم و همچنین در جائی که روایات آمره و روایاتی داشته باشیم که اجازه ترک می‌دهند حمل بر استحباب می‌کنیم، خصوصاً که در مسأله اجماع هم نداریم و این که قول به حرمت مشهور شده به این جهت است که علما به احتیاط تمایل دارند و آن طرفی که به احتیاط نزدیک‌تر است مشهور می‌شود در حالی که سرچشمه این شهرت همان احتیاط است.

۲- روایاتی که دال بر حرمت است در مورد زنا سابق و

(۱) آیه ۲۳، سوره نساء.

(۲) وسائل، ج ۱۴، باب‌های ۶ و ۷ و ۸ و ۹ و ۱۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۱

روایات حلیت در مورد زنا لاحق است که این جمع را صاحب جواهر هم می‌پذیرد.

عرض ما این است که وقتی به روایات دقت شود معلوم می‌شود که همه این روایات با لاحق نمی‌سازد و بعضی ظهور در سابق دارد

(یرید ان یتزوج بنتها)

اگر چنین جمعی با روایات سازگار بود، خوب بود.

نتیجه: همان جمع به کراهت مقدم است، پس اگر کسانی قبل از ازدواج سؤال کردند، می‌گوییم ازدواج نکنند بهتر است (کراهت)

و اگر بعد از ازدواج باشد می‌گوییم حرام نیست.

(برای توضیح بیشتر به درس شماره ۱۰۸ تا ۱۱۳ از دروس سال قبل حضرت استاد مراجعه شود.)

[مسأله ۶ (لا فرق بین الزنا فی القبل أو الدبر)]

اشاره

۴ مسأله ۶ (لا فرق بین الزنا فی القبل أو الدبر ...) ۸۱ / ۶ / ۲۴

مسأله ۶: لا فرق فی الحکم بین الزنا فی القبل أو الدبر و کذا فی الشبهه.

عنوان مسأله:

این مسأله و مسأله هفتم از فروع مسأله پنجم است. در مسأله ششم می‌فرمایند این که می‌گوییم زنا در مورد محرمات چهارگانه احکام عقد را دارد (بنابر قول کسانی که می‌گویند احکام عقد صحیح را دارد و بنابر قول ما که می‌گوییم کراهت دارد) آیا این در مورد زنا در قبل است یا غیر قبل را هم شامل می‌شود؟ همچنین در مورد وطی به شبهه که حرمت می‌آورد آیا فرقی نمی‌کند که وطی شبهه در قبل باشد یا غیر آن؟ البته بهتر بود مرحوم امام (ره) نکاح را هم اضافه می‌کردند یعنی در جایی که می‌گوییم دخول شرط در حرمت است (مثل ربیبه) باید بگوییم که فرقی بین دخول در قبل و در غیر آن نیست.

اقوال:

خیلی‌ها متعرض این مسأله نشده‌اند و عده‌ای هم که متعرض آن شده‌اند «ارسلوه ارسال المسلمات» یعنی فرقی بین قبل و غیر آن نگذاشته‌اند.

ادله:

برای این مسأله سه دلیل ذکر کرده‌اند:

۱- استفاده از عموم آیات سابقه:

به این بیان که نکاح در آیه «لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» به معنی دخول است و شامل زنا هم می‌شود و چون این دخول عام است، فرقی بین قبل و غیر آن نیست. همچنین در آیه «أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ» بنابراین که نساء به مجرد دخول صادق باشد در این صورت اعم است از قبل و غیر آن و غیر از این آیات از آیات دیگر (استدلال اول مرحم علامه در تذکره).

جواب:

اولاً: ما قبول نکردیم که نکاح شامل زنا شود و هرکجا در قرآن استعمال شده به معنی عقد است و نکاح به معنی دخول بدون عقد (زنا) را قبول نداریم.

ثانیاً: سلمنا که نکاح به معنی دخول باشد ولی منصرف است به دخول متعارف (خصوص دخول در قبل)

۲- استدلال دوم علامه در تذکره برای عمومیت

ایشان می‌فرمایند:

ولانه يتعلق به (دخول در غیر قبل) التحريم فيما اذا وجد في الزوجه و الامه فكذلك في الزنا «۱»

یعنی همان طوری که دخول در مواردی که در زوجه و امه گفته می‌شود اعم است از هر دو (دخول در قبل و غیر آن) در زنا هم همین گونه است. منظور این عبارت چیست؟ عبارت ابهام دارد ولی بعید نیست منظور این باشد که جاهایی که دخول معتبر است مثل ربیبه و مدخوله اب یا ابن در امه که احکامی بر دخول در مورد زوجه تعلق می‌گیرد در آنجا اعم است، پس ما نحن فیه هم که باب زنا است اعم است و من الطرفين (قبل و غیر قبل) را شامل می‌شود.

جواب: ما در آنجا هم اشکال داریم، چرا که ممکن است کسی بگوید در ربیبه هم ظاهر دخول در قبل است پس شما آنجا را مسلم گرفته و می‌گویید ما نحن فیه هم مثل آن است، در حالی که آنجا محل کلام است.

۳- عنوان زنا عام است:

زنا عام است و هر دو (دخول در قبل و غیر قبل) را شامل می‌شود. (دلیل مستمسک)

جواب: انصاف این است که بعید است زنا عام باشد و در این مورد صدق کند و معمولاً در موارد دیگر (دخول در غیر قبل) عنوان لواط صادق است که در هم جنس حد آن اعدام و در غیر هم جنس حد آن حد زناست، و لا اقل این است که زنا از این مورد منصرف است و شما می‌خواهید یک حکم مهم شرعی را با این

(۱) مستمسک، ج ۱۴، ذیل مسئله ۳۰ از مسائل مصاهره، ص ۲۲۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۲

استدلال ثابت کنید، و این درست نیست. پس دلیل مستمسک هم قابل قبول نیست.

دو دلیل دیگر هم ما در اینجا ذکر می‌کنیم:

دلیل اول: ما در روایات عنوان «فجور» داریم

(فجر بالمرأة) و تصوّر ما این است که «فجور» با زنا فرق دارد چون در زنا فوراً ذهن انسان به زنا در قبّل منصرف می‌شود ولی فجور معنی وسیع تری دارد و هر نوع آلودگی جنسی را شامل می‌شود.

... عن منصور بن حازم، عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل كان بينه وبين امرأة فجور هل يتزوج ابنتها؟ فقال: ان كان من قبله أو شبهها

(معلوم می‌شود که فجور به قدری وسیع است که «قبله» را هم شامل می‌شود)

فليتزوج ابنتها ولتزوجها هي ان شاء. «۱»

مفهوم حدیث این است که اگر از این موارد بیشتر بشود جایز نیست، حال آنها که قائل به حرمت هستند از لا يجوز استفاده حرمت و آنها که قائل به کراهت هستند استفاده کراهت می‌کنند این روایت اطلاق نیست بلکه چیزی بالاتر از اطلاق است چون آن را که مانع دانسته قبله است و بالاتر از آن قطعاً مانع است.

... عن محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل فجر بامرأة أ يتزوج امها من الرضاة أو ابنتها؟ قال: لا

(هر فجوری که باشد چه در قبّل و چه در غیر آن). «۲»

... عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج جارية فدخل بها ثم ابتلى بها ففجر بامرأة أ تحرم عليه امرأته؟ فقال: لا

(چون بعد از تزویج دختر بوده است پس اگر قبل از تزویج به دختر آلوده به فجور به ام می‌شد موجب حرمت دختر می‌شد)

انه لا يحرم الحرام الحلال «۳»

(معنایش این است که اگر سابق باشد هر فجوری باعث حرمت می‌شود).

روایات دیگری غیر از این سه روایت، می‌توان پیدا کرد.

دلیل دوم: روایاتی است که عنوان «افضاء» دارد.

افضاء دو معنی دارد:

۱- معنی خاص: بر اثر مقاربت مخرج حیض و بول در مرأه یکی شود.

۲- معنی عام: تماس و یا هر گونه مقاربت که در قرآن هم به این معنی آمده است «وَ كَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا» «۴» در حالی که مقاربت کردید چگونه می‌خواهید مهریه را پس بگیرید. ریشه افضاء از فضاء به معنی گستردگی و توسعه است، در معنی اول به جهت پارگی، مجری گسترش پیدا می‌کند و در معنی دوم هم گسترشی در روابط و تماس‌ها بین این دو وجود دارد.

... عن عيص بن القاسم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باشر امرأة وقبل غير أنه لم يفض إليها

(تماس جسمانی به معنی دخول و مقاربت نبوده است)

ثم تزوج ابنتها فقال: ان لم يكن افضى الى الام فلا بأس و ان كان افضى فلا يتزوج ابنتها. «۵»

این حدیث خوب است چرا که نقطه مقابل تقبیل را ذکر کرده پس شامل دخول در قُبُل و غیر قُبُل می‌شود.
 ...* عن هشام بن سالم، عن بريد قال: ان رجلا من اصحابنا تزوج امرأة قد زعم انه كان يلاعب امها و يقبلها من غير أن يكون أفضى اليها

(افضی وقتی مقابل تقبیل قرار گرفته عام است)

قال: فسألت أبا عبد الله عليه السلام فقال لي: كذب، مرة فليفارقها قال: فأخبرت الرجل فوالله ما دفع ذلك عن نفسه و خلی سبيلها.
 ﴿٦﴾

در بین روایات گاهی تعبیراتی وجود دارد که کارساز است و متأسفانه در کتب پیشین به آنها اشاره نشده است. پس به قرینه این روایات ما می‌توانیم مسأله ششم را قبول کنیم و حکم را توسعه دهیم و نیازی به استدلال‌های سابق نداریم.

٥ مسئله ٧ (الشك في سبق العقد على الزنا ...) ٢٥ / ٦ / ٨١

بقی هنا شیء:

اشاره

مسئله دخول به غیر قُبُل در سرتاسر فقه در باب غسل، محرمات نکاح مشکلاتی ایجاد کرده و در ابواب مختلف موضوع بحث واقع شده است. در بعضی جاها واضح است و اولویّت دارد مثلاً در باب حدّ، اگر کسی به زنی زنا کند حدّ آن صد تازیانه است حال اگر من غیر قُبُل دخول کرده باشد به طریق اولی صد تازیانه شامل او می‌شود زیرا در غیر این صورت باید آن را ملحق به لواط کنیم که حدّ آن بیشتر است و چون در الحاق آن شک داریم می‌گوییم «الحدود تدرأ بالشبهات». در بعضی از

(١). ح ٣، باب ٦ از ابواب مضاہرہ.

(٢). ح ١، باب ٧ از ابواب مضاہرہ.

(٣) ح ٢، باب ٨ از ابواب مضاہرہ.

(٤) آیه ٢١، سوره نساء.

(٥) ح ٢، باب ٦ از ابواب مضاہرہ.

(٦). ح ٥، باب ٦ از ابواب مضاہرہ.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ٤، ص: ١٣

جاها اولویّتی نیست ولی قرائنی قائم است، مثل ما نحن فیه که قرائنی پیدا می‌شود و کار را درست می‌کند. در بعضی از جاها قرینه بر عدم الحاق داریم مثلاً در باب غسل روایات می‌فرماید:

إذا التقى الختانان وجب الغسل

در حالی که التقاء ختانان در قُبُل تصوّر می‌شود و در غیر قُبُل تصوّر نمی‌شود و لذا در باب غسل تردید کرده و گفته‌اند که احتیاطاً غسل کند و احتیاطاً وضو هم بگیرد. پس وقتی مسأله دخول در عبارات می‌آید انصراف به متعارف دارد و در مورد غیر متعارف موارد مختلف است و همه موارد را نمی‌توان با هم مقایسه کرد. و در هر جا باید مورد خاص آن را در نظر گرفت.

کلمات اصحاب لا یخلو عن تشویش فی هذه المسألة گاهی آن را به وطی در قُبُل ملحق کرده‌اند، و گاهی آن را ملحق نکرده‌اند.

گاهی احتیاط کرده و گاهی تردید کرده‌اند و گاهی آن را مسلم گرفته‌اند که در اینجا پانزده مورد از آنها را ذکر می‌کنیم:

۱- حکم غسل:

آیا وطی در غیر قبّل موجب غسل است یا نه؟ معمولاً احتیاط کرده و می‌گویند علی الاحوط غسل واجب است.

۲- حرمت و کفاره در وطی در حال حیض:

آیا وطی در غیر قبّل در زمان حیض حرام است و اگر حرام است آیا کفاره دارد؟ عده‌ای قائل به حرمت هستند و می‌گویند علی الاحوط کفاره هم دارد و بعضی هم آن را محلّ تردید قرار داده‌اند.

۳- بطلان الصوم به:

آیا وطی در غیر قبّل باعث بطلان صوم می‌شود؟ در کلمات فقها این مورد را مسلم گرفته‌اند و فرقی بین قبّل و غیر آن نگذاشته‌اند.

۴- بطلان اعتکاف:

وطی در قبّل از محرمات اعتکاف است آیا وطی در غیر قبّل هم از محرمات است؟ فقها این مورد را هم مسلم گرفته‌اند.

۵- تروک احرام و کفاره آن:

یکی از تروک احرام جماع است آیا فرقی بین وطی در قبّل و غیر آن است؟ گفته‌اند فرقی بین این دو، و همچنین کفاره آن نیست.

۶- محرمات بالمصاهرة:

اگر قائل شویم که زنا موجب پیدایش محرمات چهارگانه می‌شود آیا بین زنا در قبّل و غیر آن فرق است؟ اینجا محلّ بحث است.

۷- نکاح یا زنا به ذات البعل:

در نکاح به ذات البعل اگر جاهل باشد که زن ذات بعل است موجب حرمت ابدی می‌شود، منتهی به شرط دخول، آیا این دخول خاص به قبّل است یا اعم است؟ همچنین در مورد زنا به ذات بعل که باعث حرمت می‌شود آیا دخول عام است یا خاص؟

۸- نکاح یا زنا در عده:

اگر شخص جاهل باشد که زن در عده است، نکاح مع الدخول موجب حرمت ابدی می‌شود، آیا این دخول عام است یا خاص؟ همچنین زنا در عده هم محلّ بحث است که اگر قائل شویم موجب حرمت ابدی می‌شود آیا خاص است یا عام؟

۹- محصنه:

اگر کسی ازدواج کرده ولی دخول نکرده در این صورت اگر مرتکب زنا شد زنا او محصنه نیست، حال که شرطش دخول است آیا دخول خاص است یا عام؟

۱۰- احکام حدّ زنا:

حدّ زنا که جلد است آیا خاصّ زنا در قبل است یا اعم؟ اینجا را مسلم گرفته‌اند که اعم است.

۱۱- الولد للفراش:

یکی از شرایط اجرای حکم فراش دخول است، آیا این دخول عام است یا خاص که به واسطه آن فرزند ملحق شود؟ این هم از جاهایی است که عام گرفته‌اند چون بسیار اتفاق می‌افتد که نطفه از یک مجرا به مجرای دیگر سرایت می‌کند و ظاهراً نصّی هم داشته باشیم.

۱۲- شرط محلل:

در محلل دخول لازم است و عقد به تنهایی کافی نیست، آیا این دخول خاص است یا عام؟ اینجا را هم ظاهراً عام گرفته‌اند.

۱۳- تعلق تمام المهر:

در هنگام طلاق به سبب دخول تمام مهر و بدون دخول نصف مهر ثابت است، آیا این دخول که شرط تکمیل مهر است خاص است یا عام؟

۱۴- شرط لعان:

یکی از شرایط لعان این است که دخولی با همسرش داشته باشد و الا اگر دخولی نباشد نفی ولد بدون آن هم ممکن است، پس یکی از شرایط لعان دخول است آیا این دخول خاص است یا عام؟

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۴

۱۵- مطلقه ثلاثه:

یکی از شرایط مطلقه ثلاث این است که بعد از طلاق رجوع کند و دخول هم صورت گیرد و دوباره طلاق دهند تا سه مرتبه (البته به عقیده بعضی) آیا این دخول عام است یا خاص؟
 موارد منحصر به اینها هم نیست و موارد دیگری هم می‌توان یافت. این مسأله را به صورت پراکنده در فقه ذکر کرده‌اند که از نظر حکم در بعضی از جاها الحاق مسلم است، مثل باب عبادات (صوم، اعتکاف، حج) که گفته‌اند عام است، در بعضی از جاها عدم الحاق مسلم است مانند زناى محصنه که الحاق نکرده و حد اعدام جاری نمی‌کنند. در بعضی از جاها به اولویت است مثلاً در باب حد زنا، در مورد زناى در قبل حد جاری می‌شود و در زناى در غیر آن به طریق اولی حد جاری می‌شود، در بعضی از موارد هم باید احتیاط کرد مثل غسل، پس این مسأله یک مسئله مشوش است.
 قاعده کلی:

هر مقامی ویژگی‌های خاص خود را دارد و ما نمی‌توانیم بگوییم وقتی در عقد دخول عام است یا خاص در همه جا چنین است بلکه هر جا ویژگی‌های خودش را دارد، گاهی اطلاق ادله داریم به اطلاق آن عمل می‌کنیم و گاهی اولویت قطعیه است که به آن عمل می‌کنیم و گاهی هم الحدود تدرع بالشبهات است.
 بعضی نص خاص و بعضی احتیاط دارد، پس قاعده کلی نداریم و المقامات فی ذلک مختلفه جدّاً.

[مسأله ۷: اذا علم بالزنا و شك فی كونه سابقاً علی العقد أو طارئاً]

اشاره

مسأله ۷: اذا علم بالزنا و شك فی كونه سابقاً علی العقد أو طارئاً بنی علی الصحه

عنوان مسأله:

بنابراین که قائل باشیم که زنا موجب حرمت است (ما زنا را در باب محرمات بالمصاهره موجب کراهت دانستیم) آیا اگر شک کنیم که زنا لاحق بوده (لاحق لا یوجب الحرمة و مسلم است مثلاً اگر پسر با همسر پدر زنا کند همسر پدر بر پدر حرام نمی‌شود) یا سابق (مثلاً با زنی زنا کرده دختر آن زن بر او حرام می‌شود) حکم ظاهری مسأله چیست؟ امام می‌فرماید: «بنی علی الصحه» یعنی می‌گوییم عقد صحیح بوده و باطل نبوده است.

این مسأله را در عروه در مسئله ۳۱ از ابواب مصاهره متعرض شده‌اند.

سؤال: چرا اصل در اینجا صحت است با این که قاعده اصلی در هر عقدی که شک کنیم بطلان و عدم صحت است؟

جواب: دلیل آن اجرای قاعده «کل شیء لک حلال» است نمی‌دانیم که این مرأه حلال است یا حرام؟ کل شیء لک حلال جاری می‌شود.

ان قلت: چرا «کل شیء لک حلال» را جاری می‌کنید ولی قاعده «اصالة الفساد» در عقود را جاری نمی‌کنید که مستند به استصحاب است؟

قلنا: چون یکی اصل موضوعی و دیگری اصل حکمی است، عقد صحیح است یا نه، اصل حکمی است ولی این شک از یک اصل موضوعی ناشی شده پس صحت عقد یک اصل حکمی و مسبب است از شک موضوعی (این زن حرام است یا حلال) و تا بتوانیم اصل موضوعی جاری کنیم نوبت به اصل حکمی نمی‌رسد (تا اصل سببی هست نوبت به اصل مسببی نمی‌رسد) البتّه جریان اصالة الحلیّه در این زن در روایت «مصعده بن صدقه» هم آمده بود که امام فرمود کل شیء لک حلال و فرمود که اصالة الفساد در عقد جاری می‌کنیم، بلکه اصالة الحلیّه در موضوع جاری کرد و نوبت به اصالة الفساد (اصل حکمی) در عقد نرسید.

در اینجا بعضی‌ها مثل مرحوم آقای حکیم دقتی کرده و فرموده‌اند که چرا اقسام ثلاثه را که در حادثین در همه جا جاری می‌کنیم در اینجا جاری نمی‌کنید. به این بیان که دو حادث واقع شده (یکی عقد و دیگری زنا) و نمی‌دانیم کدام مقدم است، در اینجا اقسام ثلاثه‌ای دارد: یا هر دو مجهول التاريخ است یا تاریخ احدهما معلوم و دیگری مجهول است (تاریخ عقد معلوم و تاریخ زنا مجهول و یا بالعکس).

۱۷ ادامه مسئله ۷ و ۸ (فی اللبس و النظر عن شهوة...) ۸۱ / ۶ / ۲۶

مرحوم آقای حکیم برای مسأله سه صورت درست کرده است،

اشاره

همان گونه که در حادثین چنین بود به این معنی که دو عمل واقع شده (زنا و عقد) و نمی‌دانیم کدام سابق است و کدام لاحق، سه حالت متصور است:

۱- تاریخ عقد معلوم و تاریخ زنا مجهول:

در این صورت حکم به حلیت می‌شود چون اصل این است که زنا قبل از عقد نبوده است (استصحاب عدم زنا قبل از عقد) کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۵ که در این صورت زن حلال است، حال آیا بعد از عقد زنا واقع شده یا نه، با آن کاری نداریم چون از لوازم است و فقط باید ثابت کنیم که قبل از عقد زنا نبوده است.

۲- تاریخ زنا معلوم و تاریخ عقد مجهول:

نمی‌دانیم که عقد قبل از آن بوده یا بعد از آن، اگر عقد قبلاً بوده عمل منافی بی‌اثر است و اگر عقد بعد بوده عمل منافی مؤثر است. مرحوم آقای حکیم «۱» در ذیل این مسأله می‌فرمایند:

ما استصحاب را جاری کرده و حرمت را ثابت می‌کنیم، چون موضوع حکم مرکب است از این که عقدی واقع شده و عمل منافی هم قبل از آن باشد، به عبارت دیگر عمل منافی واقع شده و عقد هنوز نیامده است که این باعث حرمت است، پس موضوع ما مرکب است از یک امر وجودی (تحقق زنا) و امر عدمی (عدم وقوع عقد قبل از آن). در اصول گفتیم اگر موضوع مرکب از دو جزء باشد و یک جزء دیگر را با یقین و وجدان و یک جزء را با استصحاب درست کنیم اشکالی ندارد مثلاً وضو را با استصحاب و

اصل نماز را بالوجدان ثابت می‌کنیم. در ما نحن فیه عمل منافی (زنا) قطعاً واقع شده (بالوجدان) ولی آیا عقد بوده است یا نه؟ استصحاب می‌گوید عقد نبوده در نتیجه موضوع حاصل شده و آن زن حرام است.

قلنا: آیا موضوع در اینجا مرکب است یا بسیط؟ اگر امر بسیط باشد نمی‌توانیم یک جزء آن را با وجدان و جزء دیگر را با استصحاب ثابت کنیم. سبق و لحوق یک امر بسیط است، منتهی این عنوان بسیط از رابطه بین دو شیء، منتزع می‌شود و اگر بخواهید جزئی را بالوجدان و جزئی را بالاصل درست کنید و بگویید مرکب حاصل شده و آن عنوان بسیط (سبق یا لحوق) را انتزاع کنید، این اصل مثبت است و نمی‌توانید اثبات حرمت کنید و باید اثبات حلیت کنید.

پس هر جا موضوع بسیط بود نمی‌توان جزئی را با اصل و جزئی را با وجدان ثابت کرد چون باید لازمه آن را گرفت که اصل مثبت است و لذا امام در تحریر و صاحب عروه و محشین عروه قائل به حلیت شده و تفصیل نداده‌اند.

۳- تاریخ زنا و عقد هر دو مجهول:

مرحوم آقای حکیم می‌فرماید این هم حرام است لاصالة الفساد فی العقود، هر جا در صحت عقدی شک کنیم اصل فساد است مگر عموماً داشته باشیم که دال بر حلیت باشد و در اینجا هم عموماً «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» جاری نمی‌شود، چون شبهه موضوعیه است و تمسک به عموماً در شبهات موضوعیه باطل است و فقط در شبهات حکمیّه، به عموماً تمسک می‌شود. اگر مولی فرمود «اکرم العلماء» و نمی‌دانیم زید از علما است یا نه نمی‌توان به عموم عام تمسک کرد، در ما نحن فیه هم نمی‌دانیم عقد سابق بوده یا لاحق، پس موضوع خارجی را نمی‌دانیم و آما در حکم خارجی شک نداریم چون شارع می‌گوید أَوْفُوا بِالْعُقُودِ آلا عقدی که قبل از آن عمل منافی واقع شده پس طبق بیان مرحوم آقای حکیم دو صورت حرام شد.

قلنا: اینجا جای اصالة الفساد نیست و قبل از آن یک اصل موضوعی (کل شیء لک حلال) داریم چون شک در صحت و فساد به خاطر شک در حلیت و حرمت این مرأه است پس اصالة الفساد جاری نمی‌شود چون با اصالة الحلیه گفتیم که این زن حلال است و اصالة الفساد دیگر موضوع ندارد و وقتی حلال شانی است می‌توان او را عقد کرد.

[مسألة ۸: لو لمس امرأة اجنبية أو نظر إليها بشهوة لم تحرم الملموسة والمنظورة على ابی اللامس و ابنهما]

اشاره

مسألة ۸: لو لمس امرأة اجنبية أو نظر إليها بشهوة لم تحرم الملموسة والمنظورة على ابی اللامس و ابنهما، (حکم زنا ندارد) و لا تحرم ام المنظورة و الملموسة على الناظر و اللامس، نعم لو كانت للاب جاریه ملموسة بشهوة (ملموسة حلال) أو منظورة الى ما لا يحل النظر اليه لغيره (غير مالک) ان كان نظره بشهوة أو نظر الى فرجها و لو بغير شهوة حرمت على ابنه، و كذا العكس على الأقوى.

عنوان مسأله:

اگر کسی در این مسأله قائل به حرمت شده و بگوید منظوره و ملموسة اب بر ابن حرام است و ملموسة ابن بر اب در این صورت مشکلات عدیده‌ای در جامعه پیدا می‌شود، در مملوکه نظر و لمس حلال است، آیا باز ملموسة اب بر ابن حرام است؟ این مسأله شدید الابتلاء نیست ولی چون از موارد مملوکه می‌خواهیم به مورد حرّه هم برسیم کما این که بعضی تعمیم داده‌اند و

حزّه را هم مانند مملوکه قرار می‌دهند لذا از آن بحث خواهیم کرد.

بنابراین مسأله دارای دو شاخه است یکی در مورد حزّه که نظر و لمس حرام است و این را کمتر متعرّض شده‌اند و حکم به حرمت هم نکرده‌اند و شاخهٔ دوّم جایی که نظر و لمس به

(۱) مستمسک، ج ۱۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۶

مملوکه باشد که حلال است و آنجا محل بحث و نزاع است. در اینجا سه قول وجود دارد:

۱- حرام است که به قول صاحب جواهر حرمت، مشهور است و روایت هم زیاد داریم.

۲- حلال است که این قول در اقلیت است

۳- قائل به تفصیل شویم و بگوییم ملموسه و منظورهٔ اب بر ابن حرام است ولی منظوره و ملموسهٔ ابن بر اب حرام نیست.

۱۷ ادامهٔ مسئلهٔ ۸ ... ۲۷ / ۶ / ۸۱

اقوال:

در مسأله سه قول وجود دارد:

۱- قول به حرمت (قول مشهور):

تحریر و عروه هم همین قول را اختیار کرده‌اند. صاحب جواهر می‌فرماید:

و اما النظر الى ما يحرم لغير المالك النظر اليه و اللمس بشهوة فيحرمان المنظورة و الملموسة على ابي اللامس و ابنه (آثار مصاهرة بار می‌شود) عند المشهور بين الاصحاب نقلا (در کلمات قدام گفته شده که مشهور است) بل و تحصيلا (صاحب جواهر شهرت را یافته است و به آن رسیده) اذ هو خيرة الصدوق و الشيخ و القاضي و ابني حمزة و زهرة و العلامة في المختلف و ولده (فخر المحققين) و يحيى بن سعيد (قاضي يحيى بن سعيد) و الآبي (منسوب به آوه) و المحقق الكركي و الشهيد الثاني و سبطه (صاحب معالم) على ما حكى عن بعضهم. «۱»

۲- قول به حلیت (قول شاذ):

مرحوم صاحب جامع المقاصد «۲» می‌فرماید:

اختاره المصنّف (علّامه) و جماعة «۳»

۳- قول به تفصیل (قول مفید):

منظوره و ملموسهٔ ابن بر اب حلال ولی منظوره و ملموسهٔ اب بر ابن حرام است. صاحب جامع المقاصد می‌فرماید:

و هو قول المفيد. «۴»

مرحوم شیخ طوسی در مورد اقوال عامه می‌فرماید:

اللمس بشهوة مثل القبلة و اللمس اذا كان مباحاً أو بشبهة ينشر التحريم و تحرم الام و إن علت، و البنت و ان نزلت. و به قال عمر بن

الخطاب و الیه ذهب اکثر اهل العلم: ابو حنیفه و مالک، و هو المنصوص للشافعی، و لا- يعرف له قول غیره ... دلیلنا: اجماع الفرقة (الشیعة) و اخبارهم و ایضاً اجماع الصحابة، فان عمر قاله و لم ینکر علیه احد. «۵»
 ۸ ادامه مسئله ۸ ... ۸۱ / ۷ / ۲

ادله قول به تحریم (قول مشهور):

۱- آیه «وَ حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ»: «۶»

یعنی آن کس که حلال باشد، که گاهی از طریق نکاح است و گاهی از طریق ملک. حرمت حلیله ابن بر اب را با استفاده از آیه و طرف دیگر را هم از طریق عدم قول به فصل درست می‌کنیم یعنی وقتی حلیله ابن بر اب حرام شد، به طریق اولی حلیله اب هم بر ابن حرام می‌شود.

ان قلت: لازمه این حرف این است که بدون نظر و لمس هم حلیله ابن بر اب حرام باشد، در حالی که احدی این را نگفته است. قلنا: این مقدار را تخصیص می‌زنیم، یعنی می‌گوییم جایی که ملموسه و منظوره نیست بالاجماع خارج است و منظوره و ملموسه در تحت «حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ» باقی می‌ماند. جواب از دلیل: ظاهر «حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ» به قرینه مقابله «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» «۷» نکاح است یعنی همان گونه که این آیه در مورد حزه است آیه بعد هم در مورد حزه است و مملوکه از آیات خارج است، لا اقل این است آیه از مملوکه انصراف دارد، پس این دلیل قانع کننده نیست.

۲- روایات:

عمده این دلیل است و روایات سه طایفه است.

طایفه اول: ملموسه و منظوره اب بر ابن و ابن بر اب حرام است.

...* عن محمد بن اسماعیل

(ابن بزیر)

قال: سألت أبا الحسن عليه السلام

(أبا الحسن الرضا عليه السلام)

عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحل لولده؟ قال: بشهوة؟ قلت: نعم، قال: ما ترك شيئاً اذا قبلها بشهوة

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۷۴.

(۲) جامع المقاصد کتابی است در شرح قواعد علمامه.

(۳) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۲۸۹.

(۴) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۲۹۰.

(۵) الخلاف، ج ۴، ص ۳۰۸، م ۸۱ از نکاح.

(۶) آیه ۲۳، سوره نساء.

(۷) آیه ۲۲، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۷
(وقتی تقبیل به شهوت کرد کار تمام شد)
ثم قال ابتداءً منه: ان جرّدها
(عریان کرده)

و نظر اليها بشهوة حرمت على أبيه و ابنه
(پدر و پسر ناظر) «۱»

سند و دلالت روایت کامل است.

... عن زرارة قال: أبو جعفر في حديث اذا اتى الجارية
(اتیان به معنی جماع است)

و هي حلال فلا تحلّ تلك الجارية لابنه و لا لایيه. «۲»

روایت در مورد لمس و نظر نیست بلکه بالاتر است و بالاولویة نمی توان آن را ثابت کرد.

... عن عبد الله بن سنان، عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل تكون عنده الجارية يجردّها و ينظر الى جسمها نظر شهوة هل
تحلّ لایيه؟ و ان فعل ابوه هل تحلّ لابنه؟ قال: اذا نظر اليها نظر شهوة و نظر منها الى ما يحرم على غيره لم تحلّ لابنه و ان فعل ذلك
الابن لم تحلّ للاب. «۳»

طایفه دوّم: ملموسه و منظوره اب بر ابن حرام است.

... عن جميل بن درّاج قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل ينظر الى الجارية يريد شراءها أ تحلّ لابنه؟ فقال: نعم، إلا أن
يكون النظر الى عورتها «۴»

(آیا قبل از بیع نگاه کرده است؟ چنین چیزی ممکن نیست و حتماً بعد از آن که مالک شده رؤیت کرده).

پس منظوره اب بر ابن حرام است، آیا مفهوم دارد؟ نه، اثبات شیء نفی ما عدا نمی کند.

... عن ربعي بن عبد الله، عن محمد بن مسلم، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: اذا جرّد الرّجل الجارية و وضع يده عليها
(لمس کرده)

فلا تحلّ لابنه. «۵»

... عن عبد الله بن سنان، عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل تكون عنده الجارية فيكشف ثوبها و يجردّها لا يزيد على ذلك
(مواقعهای واقع نشده است)

قال: لا تحلّ لابنه اذا رأى فرجها. «۶»

... عن ابي الصباح، عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى جارية فيقبلها قال لا تحلّ لولده ان يطأها «۷»
(چون ملموسه اب است)

بعضی از روایات نظر دارد و لمس ندارد و بعضی لمس دارد و نظر ندارد و بعضی نظر به فرج دارد که بعضی را به بعض دیگر
ضمیمه کرده و نتیجه گرفته‌اند که نظر و لمس از روی شهوت موجب حرمت است.

طایفه سوّم: ملموسه و منظوره اب بر اب حرام است که روایات این طایفه کمتر است.

... عن الحسن بن صدقه، عن ابی الحسن علیه السلام فی حدیث قال: اذا اشتریت لابنتک جاریهً أو لابنک و كان الابن صغیراً و لم یطها حلّ لک أن تقبضها فتکحها» (۸)

مورد این روایت وطی است و به مفهوم دلالت دارد.

سند روایت محلّ بحث است به جهت وجود «سهل بن زیاد» اگر چه در سند کافی زیاد ذکر شده است ولی نمی‌توانیم او را بپذیریم و لااقل توقّف می‌کنیم.

۹ ادامه مسئله ۸ ... ۳ / ۷ / ۸۱

... ما رواه احمد بن محمد بن عیسی فی نوادره عن ربیع بن عبد الله، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: اذا جرّد الرجل الجاریه و وضع یدیه علیها فلا تحلّ لاییه. (۹)

«ربیع بن عبد الله» مجهول است و اسم او در کتب رجال نیست، به طوری که جامع الروات و معجم رجال آقایی خوئی هم آن را ندارد. در بررسی حدود هشتاد کتاب رجالی اسم «ربیع بن عبد الله» پیدا نشده و در بعضی از مصادر هم «ربعی بن عبد الله» است و حدس من این است که در اینجا اشتباهی شده است و راوی «ربعی بن عبد الله» است. او فرد مشهوری است و روایات زیادی هم دارد به قرینه روایت او از «محمد بن مسلم» که بعد از او آمده است، علاوه بر این، مضمون این روایت از محمد بن مسلم عین مضمون روایتی است که در وسائل آمده است:

... عن ابن ابی عمیر، عن ربعی بن عبد الله، عن محمد بن مسلم، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: اذا جرّد الرجل الجاریه و وضع یدیه علیها فلا تحلّ لابنه (۱۰)

(این روایت به جای «أبیه» «ابنه» دارد).

احتمالاً در حدیث «نوادیر» دو اشتباه وجود دارد: یک اشتباه در سند که «ربیع» غلط و «ربعی» درست است و اشتباه دیگر در متن که «أبیه» غلط و «ابنه» درست است که در این صورت این

(۱) ح ۱، باب ۳ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۵، باب ۳ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۶، باب ۳ از ابواب مصاهره.

(۴) ح ۳، باب ۳ از ابواب مصاهره.

(۵) ح ۴، باب ۳ از ابواب مصاهره.

(۶) ح ۷، باب ۳ از ابواب مصاهره.

(۷) ح ۸، باب ۳ از ابواب مصاهره.

(۸) ح ۲، باب ۵ از ابواب مصاهره.

(۹) مستدرک، ج ۱۴، ح ۵، باب ۳، از ابواب مصاهره.

(۱۰) ح ۴، باب ۳، از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۸

حدیث به گروه دوم برمی‌گردد و دیگر سه طایفه روایت نداریم بلکه دو طایفه است.

نسخه وسایل از نسخه مستدرک صحیح‌تر است چون سند وسائل بهتر و متن آن هم دقیق‌تر است و اگر بر فرض هم مردّد شویم

نمی‌توانیم، به عنوان شاهد آن را بپذیریم. یکی از شواهد برای صحت نسخه و سائل این است که «احمد بن محمد بن عیسی» که از بزرگان قم بوده از ضعف و مجاهیل چیزی را نقل نمی‌کند، چون «احمد بن محمد بن خالد برقی» را از قم بیرون کرد با این که او آدم ثقه‌ای بود ولی چون از مجهولین و ضعاف نقل روایت می‌کرد او را تنبیه کرد، بنابراین راوی «ربعی بن عبد الله» است که فرد معروفی است.

جمع بندی:

روایاتی داریم که اب و ابن هر دو را می‌گویند که روایات معتبر در بین آنها بود روایاتی هم داریم که فقط اب را می‌گویند که مجموع این روایات برای اثبات حرمت کافی است. تعبیرات روایات مختلف بود که با ضم بعضها الی بعض و الغاء خصوصیت به کلام مشهور می‌رسیم که حرمت ملموسه اب بر ابن و بالعکس است.

روایات معارضی:

در مقام معارضه سه حدیث را بیان می‌کنیم:

...* عن علی بن یقظین، عن العبد الصالح

(موسی بن جعفر علیه السلام)

عن الرجل یقبل الجاریه یناشرها من غیر جماع داخل أو خارج

(مراد تفخیز است و دخول نیست)

أ تحل لابنه أو لایه؟ قال: لا بأس. (۱)

بهترین دلیل معارض همین روایت است.

...* عن ابن ابی عمیر، عن عبد الرحمن بن الحجاج و حفص بن البختری و علی بن یقظین قالوا سمعنا أبا عبد الله علیه السلام یقول

فی الرجل تكون له الجاریه أ فتحل لابنه؟ فقال: ما لم یکن جماع أو مباشرة كالجماع

(جماع خارج)

فلا بأس. (۲)

این حدیث را سه نفر (عبد الرحمن ابن الحجاج، حفص بن البختری و علی بن یقظین) نقل کرده‌اند و در واقع سه حدیث است.

بعضی فقط به حدیث «علی بن یقظین» استدلال کرده‌اند در حالی که سه حدیث است.

...* عن عبد الله بن یحیی الكاهلی،

(به جهت وجود کاهلی محل بحث است)

عن ابی عبد الله علیه السلام فی حدیث قال: سألته عن رجل تكون له جاریه فیضع ابوه یده علیها

(پدر مالک نیست و به حرام دست بر او می‌گذارد)

من شهوة أو ینظر منها الی محرم

(نگاه به چیزی می‌کند که بر دیگران حرام است)

من شهوة، فکره أن یمسها ابنه. (۳)

این روایت تعبیر به کراهت دارد و فقط در مورد منظوره اب بر ابن است. آیا این کراهت مصطلح فقهی است که در مقابل حرمت است یا کراهت لغوی است که شامل حرمت هم می‌شود. اگر بگوییم کراهت، مقابل حرمت است و حقیقت شرعی در کلمات

معصومین علیه السلام پیدا کرد، در این صورت این روایت از معارض‌ها محسوب می‌شود و مطابق روایت، وقتی منظوره و ملموسه اب بر ابن حلال باشد، طرف دیگر یعنی منظوره و ملموسه ابن بر اب که در روایت نیامده است به طریق اولی حلال می‌شود. صاحب جواهر این روایت را متعرض شده و فرض را جایی می‌برد که نظر حلال بوده است یعنی بعد از مالک شدن نظر کرده است یا وقتی نظر حرام موجب حرمت شد نظر حلال به طریق اولی موجب حرمت می‌شود.

قلنا: حقیقت شرعیه بودن این کراهت جای بحث دارد و ثابت نشده و باید آن را بر معنی لغوی حمل کنیم که دلالت بر حرمت می‌کند، چون قرآن تعدادی از گناهان کبیره را با کراهت یاد می‌کند: «كُلُّ ذَلِكُمْ كَانَ سَيِّئُهُ عِنْدَ رَبِّكَ مَكْرُوهًا» در حالی که قبل از این آیه تعدادی از گناهان کبیره را می‌شمارد.

این حدیث از چند جهت مشکل دارد:

اولاً: پدر به حرام تصرف کرده است و ربطی به بحث ما ندارد.

ثانیاً: «کره» لغوی است که با حرمت می‌سازد یا مصطلح فقهی است که مقابل حرمت است.

ثالثاً: «ان الحرام لا یحرّم الحلال» کتیز برای پسر بوده و حلال بوده و با دست گذاشتن پدر حرام نمی‌شود.

این حدیث را به جهت وجود این اشکالات از ادله حذف می‌کنیم.

نتیجه: دو روایت که یک روایت آن از سه نفر (مجموعاً ۴ روایت) است به عنوان معارض داریم.

(۱). ح ۳، باب ۷۷ از ابواب نکاح عبید و اماء.

(۲). ح ۳، باب ۵ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۲، باب ۳ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۹

۱۰ ادامه مسئله ۸ ... ۶ / ۷ / ۸۱

جمع بین روایات:

سه طریق جمع گفته شده است:

۱- روایات ناهیه را حمل بر کراهت کنیم. این جمع در فقه شناخته شده است، که هر کجا بین روایات ناهیه و مجوزه، گرفتار شدیم می‌گوییم روایات ناهیه را که «ظاهر» است بر روایات مجوزه که «نص» است حمل می‌کنیم و قائل به کراهت روایات ناهیه می‌شویم.

۲- روایات ناهیه که می‌گفت اگر نظر و لمس به شهوت باشد موجب حرمت است را تقیید بزینم به روایات مجوزه که می‌گفت حلال است و بگوییم اگر به غیر شهوت باشد حلال است پس جمع بین مطلق و مقید می‌کنیم.

۳- روایات ناهیه بر نظر و لمس حلال و روایات مجوزه بر نظر و لمس حرام حمل شود.

علی القاعده جمع به کراهت جمع شناخته شده تری است، ولی چون در اینجا مشهور قائل به حرمت شده‌اند و مخالفت مشهور هم کار مشکلی است، لذا آقایان برای جلوگیری از مخالفت با مشهور قائل به حرمت شده‌اند، اما ما بر خلاف مشهور قائل به کراهت می‌شویم. مهم این است که این مسأله در زمان ما محلّ ابتلا نیست و ما این مسأله را به عنوان مقدمه برای مطلب بعدی ذکر کردیم.

بقی هنا شیء:

آیا این حکم مملوکه در مورد حزه هم جاری است، یعنی اگر پدر به زن آزادی نظر شهوت آلودی کند آیا بر این حرام می‌شود و یا بالعکس اگر پسر نظر شهوت آلودی به زن آزادی کند آیا این زن بر پدر حرام می‌شود؟

اقوال:

در اینجا قول به حرمت از شخص شناخته شده‌ای در دست نیست و غالباً متعرض نشده‌اند، فقط فخر المحققین (فرزند علمامه) در ایضاح نقل می‌کند که:

المسألة الرابعة: النظر المحرم الى الاجنبية هل يحرم الام و البنت - كل من قال لا يحرم الوطى بالزنا قال لا يحرم هنا و اختلف القائلون بالتحريم بالوطى بالزنا في تحريمه هنا على قولين و الاقوى عندي عدم التحريم به للاصل. «۱»
در این صورت در جایی که اب یا ابن به زنی نگاه کند آیا بر دیگری حرام می‌شود؟

ادله فائلبین به حرمت در مورد حزه:

دو روایت داریم که از آنها می‌توان فهمید: نظر و لمس حرام در حزه موجب حرمت می‌شود.

* و عن علی بن ابراهیم، عن ائیه، عن ابن ابی عمیر، عن جمیل بن درّاج

(سند صحیح است) □

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل ينظر الى الجارية يريد شراءها أو تحلل لابنه؟ فقال: نعم، ألا أن يكون نظر الى عورتها «۲»
(قبل از خرید نگاه کرده که در آن موقع نگاه کردن حرام بوده است).

این روایت فی الجمله مدّعی را ثابت می‌کند و آن این که نظر به عورت حراماً باعث حرمت بر اب یا باعث حرمت بر ابن می‌شود.

* و عنه، عن احمد، عن علی بن الحکم، عن عبد الله بن يحيى الكاهلي، عن ابی عبد الله عليه السلام فی حدیث قال: سألته عن رجل تكون له جارية فيضع ابوه يده عليها من شهوة أو ينظر منها الى محرّم من شهوة، فکره أن یمسها ابنه. «۳»

از نظر سند و دلالت اشکال دارد و در صورتی می‌توانیم به این روایت استدلال کنیم که «کره» را حمل بر حرمت کنیم یعنی لمس حرام باعث حرمت می‌شود. این روایت دلالت خوبی ندارد چون حمل بر حرمت کردن «کره» مشکل است و اگر نگوییم «کره» بر معنی فقهی حمل می‌شود لا اقل این است که مردّد است.

نتیجه: روایت اول در مورد نظر به عورت بود و عام نبود و اما روایت دوم عام بود ولی «کره» داشت که حمل بر حرمت نمی‌شود.

ادله فائلبین به عدم حرمت در مورد حزه:

دو دلیل داریم که نظر و لمس حرام در حزه موجب حرمت نمی‌شود:

۱- بیان شد که مزنی بهای اب بر ابن و مزنی بهای ابن بر اب حرام نیست وقتی زنا موجب حرمت نشود نظر و لمس حرام به طریق اولی موجب حرمت نمی‌شود؛ زیرا نظر و لمس بالاتر از مزنی بها نیست مگر این که در باب زنا قائل به حرمت شویم

(۱) ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۶۶.

(۲) ح ۳، باب ۳ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۲، باب ۳ از ابواب مصاہرہ.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۲۰

ولی برای ما که قائل به حرمت نیستیم جای بحث نیست.

۲- این مسأله از مسائلی است که «لو کان لبان» یعنی واقعاً اگر نظر و لمس حرام موجب حرمت بود باید بیان می‌شد چون خیلی محلّ ابتلا و دامنه‌اش وسیع است و اگر فتوا به حرمت بود با این شدت ابتلا باید ائمه معصومین علیهم السلام آن را گفته باشند و نمی‌توان باور کرد که این چنین مسئله‌ای که مصادیق زیادی در عرف دارد توسط ائمه علیهم السلام بیان نشده باشد بنابراین معلوم می‌شود که حرام نبوده است.

نتیجه: دلیل بر حرمت نداریم، بلکه دلیل بر حرمت داریم زیرا دو دلیل بر حرمت داریم، دو روایت هم دلیل بر حرمت بود که آن را هم رد کردیم.

نکته: شش مسئله بعدی (۹-۱۵) در مورد یک مطلب است که مسئله نهم اصل بحث و بقیه فروع آن است.

[مسأله ۹: لا یجوز نکاح بنت الأخ علی العمّۃ و بنت الأخت علی الخالۃ إلّا بإذنهما]

اشاره

۱۱ مسئله ۹ (لا یجوز نکاح بنت الاخ علی العمّۃ ...) ۸۱ / ۷ / ۷

مسأله ۹: لا یجوز نکاح بنت الاخ علی العمّۃ و بنت الأخت علی الخالۃ إلّا بإذنهما من غیر فرق بین کون النکاحین دائمین أو منقطعین أو مختلفین، و لا بین علم العمّۃ و الخالۃ حال العقد و جهلهما، و لا بین اطلاعهما علی ذلک و عدمه ابدأً (اگر بعداً بفهمد و یا تا ابد نفهمد فرقی نمی‌کند)

فلو تزوج علیهما بدون اذنهما کان العقد الطاری کالفضولی علی الاقوی (هر جا رضایت شرط باشد عقد بدون رضایت فضولی می‌شود)

تتوقّف صحته علی اجازتهما، فان اجازتا جاز و إلّا بطل، و یجوز نکاح العمّۃ و الخالۃ علی بنتی الاخ و الأخت و ان كانت العمّۃ و الخالۃ جاهلتین، و لیس لهما (عمّه و خاله)

الخیار لا فی فسخ عقد انفسهما و لا فی فسخ عقد بنتی الاخ و الأخت علی الاقوی.

عنوان مسأله:

شش مسأله در تحریر الوسیله (۹-۱۵) در مورد یک مطلب است و مسئله نهم اصل مطلب و بقیه شاخ و برگ آن است. اگر کسی زنی را در حباله نکاح دارد نمی‌تواند دختر خواهر و دختر برادر این زن را بگیرد مگر این که زن اذن بدهد، خواه دائم باشد یا منقطع، خواه عمّه و خاله باخبر باشند یا نه، خواه تا آخر عمر مطلع شوند یا نه همه اینها حرام است و اگر عقد کرد، فضولی است اگر بعداً زن اجازه داد صحیح می‌شود؛ و اگر اجازه نداد باطل می‌شود.

اقوال:

اشاره

حکم مسأله (لا یجوز) در بین عامّه مسلّم است منتهی عامّه بین این که عمّه و خاله بر برادرزاده و خواهرزاده وارد شود و یا بالعکس فرقی نمی‌گذارند و مانند حرمت اخت الزوجه می‌دانند. و رضایت هم فایده‌ای ندارد ولی در بین خاصّه سه قول وجود دارد:

۱- قول به تفصیل (قول مشهور):

جایز نیست با دو قید، یکی این که بنت الاخ و بنت الاخت وارد شود بر عمّه و خاله لا عکس دیگر این که بدون رضایت باشد.

۲- جواز مطلقاً:

چه رضایت و چه عدم رضایت و چه عمّه و خاله وارد شود بر بنت الاخ و بنت الاخت و چه به عکس، این قول از ابن ابی عقیل و ابن جنید نقل شده که بعضی هم این نقل را قبول نکرده‌اند.

۳- حرمت مطلقاً (قول صدوق):

این قول مانند قول اهل سنت می‌باشد. در واقع مخالف چندانی نداریم و اگر هم باشد کم است. مرحوم علامه قول عامّه و خاصّه را بیان کرده و می‌فرماید: مسأله: یحرم علی الرجل الجمع بین المرأة و عمّتها و کذا یحرم الجمع بینها و بین خالتها (لا مطلقاً عندنا بل اذا أدخل بنت الاخ أو بنت الاخت علی العمّیه و الخالّه بغير رضاء العمّه و الخالّه) و اما عند العامّه بأسرهم ألا الخوارج فأنه حرام مطلقاً و اما الخوارج فجوزوه مطلقاً «۱» (پس عامّه همه اجماع دارند و قیدی هم قائل نیستند جز خوارج که مطلقاً اجازه می‌دهند) مرحوم شهید ثانی می‌فرماید:

اجمع علماء الاسلام غیر الامامیه علی تحریم الجمع بین العمّه و الخالّه و بین بنت اخیها و اختها فی النکاح مطلقاً «۲» مرحوم شهید ثانی در ادامه می‌فرماید: اما اصحاب امامیه بر سه قول اختلاف کرده‌اند که اختلاف آنها هم به خاطر اختلاف روایات است که قول مشهور جواز است لکن بشرط رضاء العمّه و الخالّه، در مقابل قول مشهور هم دو قول نادر داریم که یکی جواز مطلق و دیگری هم منع مطلق است که مرحوم صدوق در

(۱) تذکره، طبع قدیم، ج ۲، ص ۶۳۸.

(۲) مسالک، ج ۷، ص ۲۸۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۲۱

مقنع آن را بیان کرده است.

مرحوم صاحب جواهر بعد از عنوان این مسأله می‌فرماید:

بلا خلاف معتدّ به (صاحب جواهر قوی تر می‌فرماید) أجدّه فی شیء من ذلك بل الاجماع مستفیضاً أو متواتراً علیه کالنصوص «۱» (یعنی نصوص هم یا متواتر است یا مستفیض، که در واقع احتمال تواتر در نصوص مشکل است) در ادامه صاحب جواهر کلام ابن

ابی عقیل و ابن جنید را نقل کرده و می‌گوید معلوم نیست که چنین گفته باشند.

مقتضای اصل:

مقتضای اصل در مسأله چیست؟

به مقتضای «وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَهُ ذَلِكُمْ» (۲) اصل حرمت است. قرآن بعد از ذکر محرمات هفت گانه و بعضی از محرمات دیگر می‌فرماید بقیه حلال هستند، پس قائلین به حرمت باید دلیل اقامه کنند.

دلیل حرمت: روایات

اشاره

عمده دلیل بر حرمت روایاتی است که در باب ۳۰ از ابواب مصاهره آمده است، که سه طایفه هستند.

طایفه اول: بعضی از این روایات می‌فرماید که جایز نیست مگر به اذن عمه و خاله.

طایفه دوم: بعضی مقید به اذن نکرده است (مطلق).

طایفه سوم: بعضی مطلق جمع را حرام دانسته نه عمه و خاله بر بنت الاخ و بنت الاخت و نه بر عکس آن.

طایفه چهارم: بعضی هم «يجوز ولا بأس» دارد.

در میان روایات پنج روایت از «محمد بن مسلم» است که از امام باقر علیه السلام نقل می‌کند، آیا ایشان پنج بار این حدیث را شنیده‌اند یا این که یک بار شنیده و پنج نفر از او نقل کرده‌اند؟

بعضی از روایات مطلق و بعضی مقید است و همه این روایات از امام باقر علیه السلام است پس چون راوی، مضمون و مروی عنه یکی است احتمال داده می‌شود که این پنج روایت یک روایت باشد که راوی یا دیگران آن را تقطیع کرده‌اند.

طایفه اول و دوم (مطلق و مقید):

اشاره

...* عن محمد بن مسلم، عن ابي جعفر عليه السلام قال: لا تزوج ابنة الاخ و لا ابنة الاخت على العمّة و لا على الخالّة الا باذنهما و تزوّج العمّة و الخالّة على ابنة الاخ و ابنة الاخت بغير اذنهما. (۳)

...* عن محمد بن مسلم، عن ابي جعفر عليه السلام قال: تزوّج الخالّة و العمّة على بنت الاخ و ابنة الاخت بغير اذنهما. (۴)
در واقع یک تکه از حدیث سابق در این حدیث آمده است.

* و بالاسناد عن محمد بن مسلم، عن ابي جعفر عليه السلام قال: لا تزوّج ابنة الاخت على خالّتها الا باذنهما و تزوّج الخالّة على ابنة الاخت بغير اذنهما

(فقط خاله را گفته و در واقع یک تکه از حدیث اول است). (۵)

...* عن العلاء، عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال لا تنكح ابنة الاخت على خالّتها و تُنكح الخالّة على ابنة اختها و لا تنكح ابنة الاخ على عمّتها و تنكح العمّة على ابنة أخيها. (۶)

(مثل حدیث اول است و فقط اذن ندارد)

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه
ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۴، ص: ۲۱

... عن محمّد بن مسلم، عن ابی جعفر علیہ السلام قال: لا تنکح الجاریة علی عمّتها و لا علی خالتها الا باذن العمّیة و الخالّة و لا
بأس أن تنکح العمّة و الخالّة علی بنت اخیها و بنت اختها. «۷»
... عن سهل بن زیاد
(مشکل دارد)

عن الحسن بن محبوب، عن علی بن رثاب، عن ابی عیبة الحدّاء قال: سمعت ابا جعفر علیہ السلام یقول: لا تنکح المرأة علی عمّتها و
لا علی خالتها الا باذن العمّة و الخالّة. «۸»
...*

(سند این روایت از سند روایت قبل بهتر است)

عن ابی عیبة قال: سمعت ابا عبد الله علیہ السلام یقول: لا تنکح المرأة علی عمّتها و لا علی خالتها
(مطلق است و اذن ندارد)

و لا علی اختها من الرضاعة

(این قسمت به بحث ما ربطی ندارد). «۹»

مجموعاً هفت روایت بیان شد که در واقع سه روایت می شود، پس این که صاحب جواهر فرمود نصوص مستفیض یا متواتر است
این است که ایشان پنج حدیث اول را جدا حساب کرده اند که در واقع چنین نیست.

۱۲ ادامه مسئله ۹ ... ۸ / ۷ / ۸۱

روایات دیگری در زمینه این دو طایفه مطلق و مقید داریم:

... عن السکونی

(مشکل سندی دارد)

عن جعفر، عن ابيه إنَّ

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۵۷.

(۲) آیه ۲۴، سوره نساء.

(۳) ح ۱، باب ۳۰ از ابواب مصاهره.

(۴). ح ۵، باب ۳۰ از ابواب مصاهره.

(۵) ح ۶، باب ۳۰ از ابواب مصاهره.

(۶) ح ۱۲، باب ۳۰ از ابواب مصاهره.

(۷) ح ۱۳، باب ۳۰ از ابواب مصاهره.

(۸) ح ۲، باب ۳۰ از ابواب مصاهره.

(۹) ح ۸، باب ۳۰ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۲۲

علیاً علیه السلام أتى برجل تزوج امرأة على خالتها فجلده

(جلد برای چه بوده است؟ اگر عالم بوده که جایز نیست و زنا است و حد دارد و اگر واقعه نکرده کار خلافی است که تعزیر دارد) و فرق بینهما. «۱»

از روایاتی است که قائلین به بطلان می‌توانند از آن استفاده کنند و دلیل بر این است که اصلاً قابل اصلاح نیست و باید از هم جدا شوند.

□

* و عنه، عن مالک بن عطیة، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا تتزوج المرأة علی خالتها و تزوج الخالة علی ابنة اختها «۲»

این روایت فقط خاله و بنت الاخت دارد ولی چون فرقی بین خاله و بنت الاخت و عمه و بنت الاخ نگذاشته‌اند همه را یک گروه حساب می‌کنیم.

این حدیث هم مطلق است و می‌فرماید باطل است و ازدواج نکنند. و نهی در اینجا ارشاد به بطلان است. در ابواب معاملات نهی‌ها ظهور در حکم وضعی (جزئیّت و شرطیت و مانعیّت) ... دارد و از آن بطلان استفاده می‌شود.

جمع بین روایات (طایفه اول و دوم):

اشاره

جمع بین این دو طایفه که متعدّد و متضافر بودند چیست؟

حمل مطلق بر مقید می‌کنیم و بحثی ندارد.

شاهد جمع:

شاهد این جمع روایت ششم محمّد بن مسلم است که لحنش با پنج روایت دیگر متفاوت است:

... * عن محمّد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام قال: انما نهی رسول الله صلی الله علیه و آله عن تزویج المرأة علی عمّتها و خالتها اجلالاً للعمّة و الخالة فاذا أذنت فی ذلك فلا بأس. «۳»

این حدیث شاهد جمع است و می‌فرماید نهی در روایات مطلقه ناهیه به خاطر احترام است و وقتی که عمه اجازه دهد مشکلی ندارد. این روایت در ضمن ناظر به روایات اهل سنت هم هست که روایات متعدّدی دارند و بعضی به همین جهت فتوا داده‌اند که مطلقاً جایز نیست، نه عمه و خاله بر بنت الاخ و بنت الاخت و نه بنت الاخ و بنت الاخت بر عمه و خاله.

طایفه سوم: [که مطلق جمع را حرام دانسته است]

اشاره

تا اینجا دو گروه از روایات مطلق و مقید و جمع بین آنها بیان شد. در اینجا گروه سوّمی داریم که مطلق جمع را حرام دانسته است مانند عامّه، که اگر بخواهیم به مقتضای این گروه از روایات عمل کنیم باید بگوییم مثل جمع بین اختین مطلقاً جایز نیست، نه عمه و خاله بر بنت الاخ و بنت الاخت و نه به عکس □

... * عن ابی الصباح الكنانی، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا یحلّ للرجل أن یجمع بین المرأة و عمّتها و لا بین المرأة و خالتها

«۴»

عمّه و خاله را بر بنت الاخ و بنت الاخت وارد کند و یا بنت الاخ و بنت الاخت را بر عمّه و خاله وارد کند). مرحوم حاجی نوری «۵» دو روایت نقل می‌کند که آن هم تعبیر به «لا- یجمع» دارد که هر دو طرف را می‌گوید (مثل جمع بین الاختین). روایت مستدرک از نظر مضمون مانند روایت ابی الصباح در وسائل است.

جمع بین سه طایفه:

طایفه سوم را اگر بخواهیم با دو طایفه قبل جمع کنیم ظاهراً نسبت آنها مطلق و مقید است (روایات سابق یعنی طایفه اول و دوم مقید و این روایت مطلق است). این روایت می‌گوید نمی‌توان بین عمّه و خاله و بنت الاخ و بنت الاخت را جمع کرد به این معنی که دو طرف را می‌گوید یعنی عمّه و خاله را بر بنت الاخ و بنت الاخت و بنت الاخت را بر عمّه و خاله نمی‌توان تزویج کرد. که ما آن را مقید می‌کنیم به یک طرفه بودن به قرینه دو طایفه روایت قبل که هر دو یک طرف را بیان می‌کرد. خصوصاً با توجه به روایت محمد بن مسلم «۶» مطلب روشن‌تر می‌شود چرا که وقتی پیامبر نهی کرد، به خاطر احترام عمّه و خاله بود نه به خاطر احترام دختر برادر و دختر خواهر.

طایفه چهارم: طایفه چهارمی داریم که با روایات سابق مخالف است و می‌گوید «لا بأس»

اشاره

، که دو حدیث است.

... قال: سألت أخی موسیٰ علیه السلام عن رجل یتزوج المرأة علی عمّتها أو خالتها قال: لا بأس

(با صراحت می‌گوید اشکالی ندارد)

لأنّ الله عزّ وجلّ قال: «وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» «۷»

این روایت مرسله ابن ابی عقیل است که علامه در مختلف و غیر مختلف از ابن ابی عقیل نقل کرده است که او از علی بن جعفر علیه السلام که برادر حضرت موسی بن جعفر علیه السلام است نقل می‌کند. در حالی که ابن ابی عقیل نمی‌تواند بدون واسطه از او نقل کند پس روایت مرسله است.

(۱). ح ۴، باب ۳۰، از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۹، باب ۳۰، از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۱۰، باب ۳۰، از ابواب مصاهره.

(۴) ح ۷، باب ۳۰، از ابواب مصاهره.

(۵) مستدرک، ج ۱۴، ح ۴، باب ۳۰ و ح ۳، باب ۲۹ از ابواب مصاهره.

(۶) ح ۱۰، باب ۳۰ از ابواب مصاهره.

(۷) ح ۱۱، باب ۳۰ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۲۳

بنابراین روایت سند ندارد و معرض عنهای اصحاب هم بوده پس قابل استدلال نیست.

...* عن علی بن جعفر، عن اخیه موسی بن جعفر علیه السلام قال: سألته عن امرأة تزوج علی عمّتها و خالتها قال: لا بأس، و قال: تزوج العمّة و الخالّة علی ابنه الاخ و ابنه الاخت و لا تزوج بنت الاخ و الاخت علی العمّة و الخالّة الا برضاءٍ منهما فمن فعل ذلك فنکاحه باطل. «۱»

ذیل روایت در واقع ضد صدر آن است این دو قول در یک روایت چگونه با هم سازگار است؟ در اینجا احتمالاتی وجود دارد:

- ۱- در بعضی از نسخ به جای «لا بأس»، «لا» دارد که در این صورت با ذیل هماهنگ می‌شود.
 - ۲- در دو مجلس بوده است، در مجلس اول امام در مقام تقیّه و در مجلس دوم که تقیّه نبوده امام علیه السلام حکم را بیان فرموده‌اند.
 - ۳- در یک مجلس بوده و این دو بخش همدیگر را تفسیر می‌کنند یعنی منظور امام از «لا-بأس» این است که با رضایت اشکالی ندارد و بدون رضایت جایز نیست.
- با یکی از این سه احتمال تعارض صدر و ذیل روایت حل می‌شود، پس امام در ابتدا کلام پیامبر را نقل کرده که عامّه هم به آن استناد می‌کنند و در ادامه می‌فرمایند پیامبر هم نظرشان در صورت رضایت بوده است.

جمع بین چهار طایفه:

حال در مقام تعارض بین این طایفه با روایات سابق چه کنیم؟ ابتدا به سراغ جمع دلالتی می‌رویم. در مقام جمع دلالتی می‌گوییم روایات را بر مطلق و مقید حمل می‌کنیم، یعنی این روایات مطلق و روایات سابق مقید است و مطلق را به مقید تقیید می‌زنیم خصوصاً که در اینجا روایات مطلق کم (دو روایت که در واقع یک روایت است) و روایات مقید زیاد است.

اما اگر جمع دلالتی را نپذیرفتیم و سراغ مرجحات رفتیم در این صورت دو مرجح در روایات سابقه وجود دارد که یکی شهرت است هم شهرت روائی و هم شهرت فتوائی، همان گونه که صاحب جواهر فرمودند، و مرجح دیگر مخالفت با بعضی از عامّه است که عمده مرجح شهرت است. در مقابل «لا بأس» موافق کتاب الله است (أَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ)، پس روایات سابق و روایات اخیر هر کدام یک مرجح دارد.

آیا مرجحات ترتیب دارند یا تخییر است؟ ما قائل هستیم که بین مرجحات ترتیب است و اولین مرجح شهرت است چون در روایت بیان مرجحات ابتدا شهرت ذکر شده، پس شهرت مقدم است. البته تمام این بحث‌ها در صورتی است که ما روایت معارض را به جهت اشکال سند از کار نیندازیم.

۱۳ ادامه مسئله ۹ ... ۸۱ / ۷ / ۹

اکنون اخبار اهل سنت را مرور می‌کنیم که اگر با نظر انصاف دقت شود، مطابق مذهب مشهور شیعه است.

اخباری که از آنها نقل می‌کنیم سه طایفه است:

- طایفه اول: اخباری که مطلق جمع (ادخال عمّه و خاله بر بنت الاخ و بنت الاخت و عکس آن) را حرام می‌دانند.
 - طایفه دوم: اخباری که تصریح می‌کند که نه ادخال عمّه و خاله بر بنت الاخ و بنت الاخت جایز است و نه عکس آن.
 - طایفه سوم: فقط یک طرف را می‌گوید یعنی لا يجوز ادخال بنت الاخ و بنت الاخت علی العمّة و الخالّة.
- مأخذ این روایات «السنن الکبری للیهقی» «۲» است که بهترین کتابی است که احادیث فقهی اهل سنت در آن جمع شده است. همه این اخبار الاقلیل از ابو هریره است.

طایفه اول:

□
... * آنکه سمع ابا هریره می‌گوید: نهی رسول الله صلی الله علیه و آله آن را جمع بین المرأة و عمّتها و بین المرأة و خالتها.

... * عن ابی هریره، عن النبی صلی الله علیه و آله قال: لا یجمع بین المرأة و عمّتها و بینها و بین خالتها.

(جمع را نهی کرده و ظاهرش اطلاق است و هر دو طرف را می‌گوید.)

... * حدّثنی ابو سلمه آنکه سمع ابا هریره می‌گوید: قال رسول الله صلی الله علیه و آله لا تنکح المرأة و خالتها و لا المرأة و عمّتها

(مضمون همین روایت در صحیح بخاری هم نقل شده است.)

طائفة دوّم:

□
... * عن ابی هریره قال قال رسول الله صلی الله علیه و آله: لا تنکح المرأة علی عمّتها و لا علی خالتها و لا العمّة علی ابنة أخيها و لا

الخالة علی ابنة أخيها

(به هر دو طرف مسأله تصریح کرده است)

لا الصغری علی الكبرى و لا الكبرى علی الصغری

(صغیر و کبیر هم فرق نمی‌کند.)

(۱) ح ۳، باب ۳۰، از ابواب مصاهره.

(۲) ج ۷، ص ۱۱۶ و ص ۱۶۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۲۴

طایفه سوّم:

□
... * عن ابی هریره قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله لا تنکح المرأة علی عمّتها و لا علی خالتها

(که مطابق مذهب ما است.)

□
در اینجا یک روایت هم از «جابر بن عبد الله انصاری» داریم:

... * قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله: لا تنکح المرأة علی عمّتها و لا علی خالتها.

سؤال: آیا ابو هریره این عبارت را چندین بار از پیامبر شنیده است به طوری که پیامبر در جایی «لا تنکح» و در جایی «نهی» و در

جایی «لا یجمع» فرموده است و یا در جایی مطلق و در جایی تصریح به طرفین کرده‌اند و یا احتمال دارد که یک حدیث باشد که از

پیامبر شنیده است؟

جواب: احتمال دوّم قوی‌تر است چرا که می‌دانیم ابو هریره به تکثیر روایت حریص بوده و می‌خواسته بگوید منبع علم پیامبر من

بودم، بر اثر این حرص گاهی به یک عبارت و گاهی به عبارت دیگر و گاهی هم الفاظ را اشتباه نقل کرده است.

اگر چنین باشد چه باید کرد، به فرض این که ابو هریره ثقه باشد؟

باید قدر متیقّن از این سه طایفه را بگیریم که قدر متیقّن آن چیزی است که محتوای آن کمتر است و آن قدر مسلّم، گروه سوّم

است، که روایت جابر هم با آن هماهنگ بود.

اگر بگوییم تناسب حکم و موضوع ایجاب می‌کند که این کار (عدم ادخال بنت الاخ و بنت الاخت بر عمّه و خاله) برای احترام عمّه

و خاله است (چون روایت می‌گوید مرأه را بر عمّه و خاله وارد نکنید) در این صورت اذن آنها شرط است، که اگر اذن دادند

بی‌احترامی نیست و اگر اذن ندادند خلاف احترام است و حرام است.

نتیجه: با این تحلیل ما از روایات عامّه هم همان مذهب مشهور خاصّه درمی‌آید.

تا اینجا اصل مسأله بیان شد در اینجا سراغ فروع مسأله می‌رویم:

فرع اول: همان‌طور که امام (ره) فرمودند من غیر فرق بین کون النکاحین دائمین أو منقطعین أو مختلفین همه اینها حکم ممنوعیت را دارند

و دلیل آن اطلاق روایات است که در آنها اسمی از دوام و متعه نیامده بود.

فرع دوم: فرقی نیست بین این که عمّه و خاله در حال عقد باخبر شوند یا نه

و همچنین بین این که بعداً باخبر شوند یا نه، مقتضای اطلاق روایات باب این است که فرقی نیست چون روایات مطلق بود. ان قلت: احترام عمّه و خاله این حکم را ایجاب کرده است، یعنی اگر باخبر نشود ناراحت نمی‌شود و اگر باخبر شود ناراحت می‌شود، پس بگوییم اگر باخبر نشد اشکالی ندارد.

قلنا: اولاً، اجلاً للعمّه و الخالّه، حکمت است نه علّت و حکمت غالبی است نه دائمی.

ثانیاً: اگر صحبت ایذاء بود می‌گفتیم وقتی باخبر نشده ایذاء هم نشده است ولی روایت احترام را می‌گویند و احترام یعنی در انظار مردم، که در این صورت و لو عمّه باخبر نشده ولی دیگران که با خبر شده‌اند و احترام عمّه خدشه‌دار شده است.

فرع سوم: مرحوم امام (ره) فرمودند که اگر چنین ازدواجی صورت بگیرد و مرثه را بر عمّه و خاله بدون اذن وارد کند آیا این عقد شبیه عقد فضولی است

اشاره

به گونه‌ای که یتوقّف علی الاجازه، یا این که نه هذا العقد باطل من اصله و لا تنفعه الاجازه، یا این که نه اگر چنین عقدی صورت گرفت عمّه مخیر است بین این که عقد خودش را یا عقد دختر برادر را فسخ کند بدون طلاق و همچنین در مورد خاله، پس سه قول است که صاحب جواهر آن را نقل می‌کند.

اگر گفتیم عقد فضولی است، دلیل آن چیست؟

در بین روایات روایتی نداشتیم که بگویید اگر رضایت بعداً آمد عقد صحیح است، پس سراغ ادلّه عمومی صحت عقد فضولی در نکاح، بیع ... می‌رویم که می‌گوید: ارکان العقد تامه (ایجاب، قبول، قصد انشاء، اختیار، بلوغ، عقل مقبولیت طرفین) و فقط اجازه مالک را می‌خواهد که این هم بعداً آمده است و ما دلیلی نداریم که این شرط حتماً باید مقارن باشد، بلکه بعداً هم کافی است و در بین عرف هم معمول است و عقد فضولی زیاد است. داستان عروه بارقی هم از این قبیل است.

۱۴ ادامه مسئله ۹ ... ۸۱ / ۷ / ۱۰

قول اول: مانند عقد فضولی است و اجازه آن را درست می‌کند.

اشاره

این قول اقوی و حقّ است که امام (ره) هم همین قول را اختیار کرده‌اند.

صحت فضولی را از سه راه می‌توانیم ثابت کنیم:

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۲۵

۱- تمسک به عمومات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و اطلاقات رضایت:

یعنی بگوئیم فضولی علی القواعد است و کار خلاف قاعده‌ای انجام نشده است چون عقدی جامع الشرائط انجام شده و فقط یک شرط کم داشته و آن رضایت است که بعداً آمده و دلیلی هم نداریم که رضایت باید مقارن عقد باشد. رضایت برای کامل شدن عقد لازم است پس فرقی نمی‌کند مقارناً باشد یا بعداً چون آیه «تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» اطلاق دارد چرا که «تجاره» به معنی عقد لفظی نیست بلکه به معنی نقل و انتقال است فرقی نمی‌کند که رضایت مقارناً باشد یا بعد از آن. در ما نحن فیه داشتیم که «الّا برضا العمیه و الخاله» که اطلاق دارد پس عقد فضولی چه در باب بیع باشد و چه در اجاره و نکاح طبق قواعد است و دلیلی بر فساد آن نداریم.

۲- روایات خاصه:

مانند روایت عروه بارقی که به جای یک گوسفند دو گوسفند خرید و یکی را فروخت و پول و گوسفند دیگر را نزد پیامبر آورد و پیامبر هم آن بیع را تأیید کرد. غیر از این روایت، روایات دیگری هم داریم. در مورد نکاح هم روایات خاصه داریم، مثل روایتی که مادری برای فرزندش زنی را تزویج کرده بود و فرزند بعداً فهمید و اجازه داد و یا رد کرد.

۳- بنای عقلا:

عقلا عقد فضولی را اجازه داده و صحیح می‌دانند.
با توجه به این ادله ما در اینجا قائل می‌شویم که این عقد فضولی صحیح است.
سؤال: چرا مرحوم امام می‌فرمایند
«کالفضولی علی الاقوی» در حالی که عین فضولی است نه کالفضولی؟
جواب: چون اصل فضولی در بیع است و بحث ما در اینجا در نکاح است لذا می‌فرمایند «کالفضولی» که منظورشان «کالبیع الفضولی» است.

قول دوم: عقد باطل است

و اجازه نمی‌تواند آن را درست کند.
دلیل این قول روایت علی بن جعفر است که امام می‌فرماید:
...فمن فعل فنکاحه باطل. «۱»
این روایت دلیل بر این است که نکاح از اصل باطل است و اجازه هم فایده‌ای ندارد.
جواب: اولاً، سند حدیث اشکال دارد چون در سند «بنان بن محمد» مجهول است، پس سند قابل استدلال نیست.
ثانیاً: دلالت هم خدشه دارد زیرا «فنکاحه باطل» یعنی بدون اذن باطل است نه این که مطلقاً باطل باشد، پس روایت انصراف دارد به صورت عدم اذن عمه و خاله.
به حدیث دیگری «۲» هم استدلال کرده‌اند که این حدیث هم همان دو اشکال را دارد:

اولاً: سند اشکال دارد چون در سند «سکونی» وجود دارد که نتوانستیم او را ثقه بدانیم.

ثانیاً: روایت در مورد عدم اجازه است.

قول سوم: عمّه و خاله مخیرند.

این قول، بدترین قول مسأله است و دلیلی که صاحب جواهر برای این قول ذکر کرده و آخرین توجیهی که می توان برای آن بیان نمود این است که: آن چه که حرام است جمع بین آنها است، بنابراین عمّه و خاله می توانند جمع را به هم بزنند، که دو راه دارد: یا خودشان خارج شوند و یا این که دختر برادر و دختر خواهر را خارج کنند.

جواب: عقد عمّه و خاله که مشکلی نداشته، بلکه عقد دوم مشکل داشته چرا که بدون اجازه است، پس دلیلی ندارد که عقد خودش را فسخ کند چون طلاق به دست زوج است و فسخ هم برای موارد خاص است، مثلاً اگر مردی مشغول نماز است و بعد زنی جلوتر از مرد به نماز بایستد، نماز زن باطل است، (طبق مبنای کسانی که قائل به بطلان چنین نمازی هستند) نه این که نماز هر دو باطل باشد.

فرع چهارم: اگر عکس مسأله باشد یعنی اول بنت الاخ و بنت الاخت را تزویج کرده بعداً عمّه و خاله را تزویج می کند،

در اینجا مشهور قائل به صحّت، قول شاذی از شیعه و تمام اهل سنت قائل به بطلان هستند.

ما می گویم حق با مشهور است و عقد عمّه و خاله صحیح است چون روایات «۳» زیادی داشتیم که تصریح کرده بود، مخصوصاً روایت «محمد بن مسلم» «۴» که می گفت «اجلاً للعمّة و الخالّة» که در صورت عکس است (دختر برادر و دختر خواهر را بر عمّه و خاله تزویج کند) اما اگر قبلاً دختر برادر و دختر خواهر بوده و بعد عمّه و خاله آمده دیگر اجلالی نیست.

(۱) ح ۳، باب ۳۰ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۴، باب ۳۰ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۱ و ۳ و ۵ و ۱۰ و ۱۲ و ۱۳ باب ۳۰ از ابواب مصاهره.

(۴) ح ۱۰، باب ۳۰، از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۲۶

آیا علم و جهل عمّه و خاله در این مسأله تأثیری دارد؟

خیر چون روایات مطلق بود و می گفت عکسش عیبی ندارد و مطلق بود یعنی چه بداند و چه نداند و چه بعداً بفهمد و چه نفهمد فرقی نمی کند و اطلاق روایات شامل همه موارد می شود.

۱۵ مسئله ۱۰ و ۱۱ (فروع مسأله ۹ ... ۱۴ / ۷ / ۸۱

پنج مسأله بعد از فروع مسئله نهم می باشد.

[مسأله ۱۰: الظاهر انه لا فرق فی العمّة و الخالّة بین الدنيا منهما و العلیا]

مسأله ۱۰: الظاهر آنکه لا فرق فی العمّ و الخالّه بین الدنیا منهما و العلیا (عمّه و خالّه بلا واسطه و عمّه و خالّه با واسطه فرقی نمی کند) كما أنّه لا فرق بین نسبتین منهما و الرضاعیتین.

عنوان مسأله:

اشاره

این مسأله در واقع مرگب از دو فرع است:
فرع اول: بین علیا و دنیا فرقی نیست.
فرع دوم: آیا مسأله رضاع در اینجا جانشین نسب می شود؟

[فرع اول: بین علیا و دنیا فرقی نیست.]

اقوال در فرع اول:

فرع اول را خیلی ها متعرض نشده اند ولی گروهی که متعرض شده اند گفته اند که فرقی نیست. مرحوم صاحب جواهر وقتی وارد این مسأله می شود می فرماید:

الا أن الاقوی التعمیم «۱»

عروۃ الوثقی «۲» هم متعرض این مسأله شده و فرقی نمی گذارد.

مرحوم آیه الله حکیم در مستمسک بیانی دارند و می فرمایند:

كما عن المبسوط: الجزم به. و اختاره ... جماعه لكنّ الاوّل اقرب. «۳»

(اقرب تعمیم است)

ادله:

اشاره

برای این مسأله دو دلیل ذکر کرده اند که صاحب جواهر هم به آن اشاره کرده است:

۱- الاشتراک فی العله:

علت در باب تحریم این بود که «اجلالاً لهما» که این علت در عمّه و خالّه بالاتر (عمّه پدر و عمّه جد) هم وجود دارد.

جواب: اینها حکمت حکم است و علت نیست و حکمت عمومیت ندارد پس به اشتراک علت نمی توانیم متوسل شویم.

غالب علل در شرع حکمت است پس حمل بر غالب می کنیم و لا اقل شک داریم که علت است یا حکمت که در این صورت شما ثابت کنید که علت است. چون شما خلاف غالب را می گوید.

۲- عمومیت و شمول عنوان:

عمیه پدر و عمّه جد، هم عمّه حساب می شوند، صاحب جواهر نکته ای اضافه کرده و می فرماید، لا سیما در مسائل باب نکاح مانند

حرمت عمه و خاله، چرا که باب نکاح عمومیت دارد و در تمام مواردی که حرمت نکاح ثابت است علیا و دنیا را شامل می‌شود، در اینجا هم می‌گوییم لفظ عام است (عمه و خاله) و عمومیت باب نکاح هم قرینه می‌شود.

جواب: عمه پدر حقیقتاً عمه نیست بلکه مجازاً عمه است، در عرف عمه که می‌گویند، عمه خود انسان مراد است، مثلاً اگر کسی نذر کند که عمه‌هایش را دعوت کند شامل عمه پدر و جد نمی‌شود.

مرحوم علامه در تحریر می‌فرماید:

سواء كانت العمّة و الخالّة حقیقیّة کالعمّة العلیا و الخالّة العلیا أو مجازاً (عجیب این که ایشان تصریح می‌کند که مجاز است ولی قائل به تعمیم است لا بد از باب شمول لفظ نبوده است). «۴»

و امّا قیاس ما نحن فیه به محارم نسبی قیاس مع الفارق است چون محارم نسبی دلیل خاصّ دارد. و قیاس در مذهب ما نیست و نمی‌توانیم بگوییم همان گونه که در محارم نسبی فرقی میان علیا و دنیا نیست در اینجا هم فرق نیست. پس نه قیاس قابل قبول است و نه تعمیم لفظ و نه عموم علت، بنابراین حکم کردن به حرمت در نکاح بدون اجازه عمه و خاله علیا محلّ اشکال است. معمولاً فقهای ما در مسائلی که جنبه احتیاطی دارد نظرشان به طرف احتیاط متمایل می‌شده و الا در واقع دلیلی بر این مسأله نداریم.

چرا بنت الاخ و بنت الاخت را بحث نکرده‌اند آیا در مورد آنها علیا و دنیا مساوی است؟ مثلاً نوه برادر را بر عمه تزویج کنند یا نوه خواهر را بر خاله تزویج کنند، باید این را هم متعرض می‌شده‌اند، لا بد این را قبول نداشته که متعرض آن نشده‌اند.

(۱) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۶۱.

(۲) مسئله ۱۳ از مسائل محرّمات به مصاهره.

(۳) مستمسک، ج ۱۴، ص ۲۰۱.

(۴) تحریر، ج ۳، ص ۴۴۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۲۷

[فرع دوم آیا مسأله رضاع در اینجا جانشین نسب می‌شود؟]

اقوال در فرع دوم:

خیلی‌ها متعرض این بحث هم نشده‌اند و آنهایی که متعرض شده‌اند قائل به شمول‌اند پس مشهور و معروف شمول است.

مرحوم نراقی در مستند می‌فرماید:

ألا أنّ الظاهر کون المسأله اجماعیة «۱» قبل از آن تصریح به مسأله را از مبسوط، مهذب و قواعد نقل می‌کند.

مرحوم علامه هم در تحریر می‌فرماید:

ارسلوه ارسال المسلمات.

بنابراین از نظر اقوال مسأله قوی به نظر می‌رسد.

ادله:

۱- قاعدة عام باب رضاع:

این قاعده)

یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب (شامل ما نحن فیہ ہم می شود، یعنی اگر «بنت الاخ و بنت الاخت» یا «عمّه و خاله» و یا هر دو رضاعی باشد. بدون اجازه عمّه و خاله ازدواج با بنت الاخ و بنت الاخت حرام است. بعضی می گویند که این عموم در اینجا شامل نیست، ولی به عقیده ما دلیل خوبی است و قابل قبول است.

۲- صحیحہ «أبو عبیدہ حذاء»:

* و عنه عن الحسن بن محبوب، عن علی بن رثاب، عن ابی عبیدة قال:

(روایت از نظر سند معتبر است)

سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا تنكح المرأة على عمّتها ولا على خالتها ولا على أختها من الرضاعة. «۲»
آیا قید «من الرضاعة» به آخری برمی گردد یا به هر سه؟ اگر به آخری برگردد یعنی أخت الزوجة رضاعی حرام است (جمع بین اختین رضاعی حرام است) ولی اگر قید را به هر سه بزیم دلیل بسیار خوبی می شود.

قاعده کلی:

در اصول داریم که اگر قرینه نداشته باشیم قید به آخری می خورد ولی به نظر ما در اینجا قرینه وجود دارد چون عطف اخت الزوجة رضاعی به عمّه و خاله که نسبی است اتحاد سیاق ندارد در حالی که اگر هر سه رضاعی باشند اتحاد سیاق وجود دارد. البته مهمّ همان دلیل اول است، چون دلیل دوم خالی از اشکال نیست. ولی احیاء دلیل دوم خیلی بعید به نظر نمی رسد.

[مسألة ۱۱: اذا أذنتا ثم رجعتا عن الاذن فإن كان الرجوع بعد العقد لم يؤثر في البطلان]

اشاره

مسألة ۱۱: اذا أذنتا ثم رجعتا عن الاذن فإن كان الرجوع بعد العقد لم يؤثر في البطلان، و ان كان قبله بطل اذن السابق، فلو لم يبلغه الرجوع و تزوج توقف صحته على الاجازة اللاحقة.

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد این است که اگر عمّه و خاله اجازه دادند و بعد پشیمان شده و اجازه را پس گرفتند آیا پس گرفتن اجازه مؤثر است؟

اقوال:

اشاره

خیلی ها متعرض این بحث نشده اند، ولی کسانی که متعرض شده اند می فرمایند دو حالت دارد:
حالت اول: اگر بعد از عقد پشیمان شوند، پشیمانی اثر ندارد.
حالت دوم: اگر قبل از خواندن عقد، اجازه را پس بگیرد مؤثر است.

دلیل حالت اول (پس گرفتن اجازه بعد از عقد):

مشمول اطلاقات اجازه نیست چرا که ادله ما که اجازه را شرط می‌کرد قبل از عقد بود پس ادله شمول ندارد، به عبارت دیگر عقد بنت الاخ و بنت الاخت بازیه عمه و خاله نیست و معنای روایت این است که اگر قبل از عقد اجازه می‌دهد، بدهد. ان قلت: شک کرده و استصحاب می‌کنیم و می‌گوییم قبل از آن که عقد کند، اجازه‌اش مؤثر بود و می‌توانست برگردد حال که عقد کرده باز می‌تواند برگردد. قلنا: موضوع عوض شده است، چون در یکی موضوع اجازه قبل از عقد و در دیگری بعد از عقد است، علاوه بر این استصحاب را در شبهات حکمیّه جاری نمی‌دانیم.

دلیل حالت دوم (پس گرفتن اجازه قبل از عقد):

قبل از عقد هر وقت پشیمان شود می‌تواند اجازه را پس بگیرد چون امام می‌فرماید عقد باید عن اذن باشد یعنی اذن حال العقد نه اذنی که منتفی شده است. شبهه اجازه مالک در بیع، که ابتدا مالک اجازه داد که بفروشند ولی هنگامی که مقدمات را فراهم کردند قبل از اجرای صیغه عقد پشیمان شده و می‌گوید راضی نیستم که مؤثر است. نتیجه: اگر اجازه قبل از عقد منتفی شود این انتفاء عقد را بی‌اثر می‌کند، چون ظاهر اطلاقات ادله مقارنت اجازه با عقد است (یعنی اگر اجازه داد بعد پس گرفت عقد صحیح نیست).

(۱) مستند، ج ۱۶، ص ۳۱۹.

(۲) ح ۸، باب ۳۰ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۲۸

[مسأله ۱۲: الظاهر أنّ اعتبار اذنهما لیس حقاً لهما کالخیار حتی یسقط بالاسقاط]

اشاره

۱۶ مسئله ۱۲ (فرع مسئله ۹ ... ۸۱ / ۷ / ۱۵)

این مسأله و بعضی از مسائل آینده در کلمات اصحاب ذکر نشده است الا- قليلاً و بیشتر از زمان صاحب العروه و بعد هم تحریر الوسيله مطرح شده ولی به هر حال فروعی است محل ابتلا که باید روشن شود. مسئله ۱۲: الظاهر أنّ اعتبار اذنهما لیس حقاً لهما کالخیار حتی یسقط بالاسقاط، فلو اشترط فی ضمن عقدهما أنّ لا یکون لهما ذلک لم یؤثر شیئاً، و لو اشترط علیهما أنّ یکون للزوج العقد علی بنت الاخ أو الاخت فالظاهر کون قبول هذا الشرط اذنّاً، نعم لو رجع عنه قبل العقد لم یصحّ العقد، و لو شرط أنّ له ذلک و لو مع الرجوع بحيث یرجع الی اسقاط اذنه فالظاهر بطلان الشرط.

عنوان مسأله:

اشاره

این مسأله در واقع مشتمل بر دو فرع است:

فرع اول: عمّه و خاله هنگامی که عقد خودشان را می‌خواندند حق اذن را از خودشان اسقاط کرده‌اند،

یعنی شوهر گفت من به این شرط شما را به عقد درمی‌آورم که راجع به بنت الاخی و بنت الاخت حق اذنی نداشته باشید آیا این شرط درست است و آن اذن ساقط می‌شود و بر شوهر جایز است که بنت الاخی و بنت الاخت را بگیرد؟

فرع دوم: اگر شوهر شرط اسقاط اذن آنها را نکرد

ولی با عمّه و یا خاله شرط کرد که هر وقت خواستم با بنت الاخی و بنت الاخت ازدواج کنم اجازه بدهند و آنها هم قبول کردند.

[فرع اول: عمّه و خاله هنگامی که عقد خودشان را می‌خواندند حق اذن را از خودشان اسقاط کرده‌اند]

اشاره

این دو فرع قریب الافق، اما متفاوت هستند. برای روشن شدن این مسأله یک قاعده کلی بیان می‌کنیم که در تمام فقه مورد استفاده است و در همه جا باید مورد توجه قرار گیرد.

قاعده کلی: فرقی بین الحکم و الحق القابل للاسقاط

اشاره

ما دو چیز داریم یک حکم شارع است که قابل اسقاط نیست و بندگان حقّ تشریح ندارند و نمی‌توانند آن را ساقط کنند، و اینها چیزهایی نیست که بتوان به عنوان شرط ضمن عقد آن را اسقاط کرد مانند ولایت پدر بر صغیر که حکم الهی است و پدر نمی‌تواند بگوید که من ولایت را اسقاط کردم، یا حقّ طلاق که مرد دارد، نمی‌تواند بگوید من حقّ طلاق خودم را ساقط کردم یا آن را به زوجه‌ام منتقل کردم، بله می‌تواند وکالت دهد یعنی در ضمن عقد شرط کند که اگر چنین و چنان شود زوجه برای اجرای طلاق وکیل باشد همان گونه که در عقدنامه‌ها هم دوازده شرط است که اگر مرد نفقه ندهد یا معتاد شود یا کاری انتخاب کند که در شأنش نیست یا سوء رفتار داشته باشد، زوجه وکیل است که خود را مطلقه کند، پس این توکیل است و اسقاط حقّ طلاق نیست. همچنین در ارث که در بین عوام مرسوم است که می‌گویند فلان پدر، فلان بچه را از ارث محروم کرد، پدر چنین حقّی ندارد و نمی‌تواند این حکم الهی را ساقط کند پس هر کجا حقّی است که حقیقت آن، حکم الهی است، نه قابل انتقال است و نه قابل اسقاط.

اما قسم دوم حقّی است که قابل اسقاط است، مصداق بارز آن حقّ خیار است که مثلاً در ضمن عقد شرط می‌کنند، اسقاط خیار را که در این موارد خداوند زمام اختیار این خیار را به دست بایع و مشتری داده است و می‌تواند اسقاط کنند و یا مثلاً انسان حق دارد قبل از مرگ اموالش را به هر کسی که می‌خواهد ببخشد.

این مصادیق روشن است، اما مواردی داریم که مبهم است و نمی‌دانیم حقّ است یا حکم، اگر حکم باشد قابل اسقاط نیست و اگر حق باشد قابل اسقاط هست، مثلاً کسی با دیگری قرار گذاشت که حقّ حضانت مادر یا پدر نسبت به فرزند ساقط باشد، آیا این حقّی است ساقط شدنی و یا حکم الهی است که ساقط نمی‌شود. در مواردی که شک می‌کنیم چه باید کرد؟ یا به تعبیر دیگر

اشاره

به چند طریق می‌توان آنها را از هم تمیز داد:

۱- تصریح نصوص:

نصوصی داریم که تصریح می‌کند که هیچ کس حق حذف تجدید نکاح را از خود ندارد و اگر چنین کرد این شرط باطل است.

۲- اجماع:

گاهی اجماع داریم که فلان موضوع جزء احکام یا جزء حقوق است.

۳- اصل:

اشاره

اگر اجماع و نصی نداشتیم و شک کردیم، اذن عمه و خاله از کدام است آیا از قبیل حقوق است که قابل اسقاط باشد یا از قبیل حکم است که قابل اسقاط نیست، اصل این است که حکم است و قابل اسقاط نیست به دو دلیل:

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۲۹

الف- اطلاق ادله:

دلیلی که می‌گوید عمه و خاله حق اذن دارند، اطلاق دارد و لو بعد از این که گفت اسقاط را شرط ضمن عقد قرار دادم اطلاقات می‌گوید این شرط نافذ نیست و ساقط نمی‌شود و حکم باقی است و اذن عمه و خاله معتبر است.

ب- استصحاب:

اگر کسی استصحاب را در شبهات حکمیه جاری بداند به این بیان که بعد از این که عمه و خاله اذن را ساقط کردند شک داریم با این اسقاط اعتبار اذن ساقط است یا نه؟ استصحاب بقاء حق اذن عمه و خاله می‌کنیم.

نتیجه: بین حکم و حق فرق است و در مواردی که شک داریم که حق است یا حکم، اصل این است که حکم باشد و غیر قابل اسقاط.

حال با روشن شدن قاعده کلی، در مورد فرع اول این مسأله که آیا در ضمن عقد می‌توانند شرط کنند که عمه حق اذن ندارد، می‌گوییم که این شرط نافذ نیست، چون ظاهر ادله این است که این، حکم الهی است و اگر شک هم کنیم اصل این است که حکم است، پس فرع اول باطل است.

[فرمایش مرحوم آقای حکیم برای این که اثبات کند اذن عمه و خاله از قبیل حکم است نه حق، به دو دلیل متوسل می‌شود:]

اشاره

مرحوم آقای حکیم «۱» در شرح مسئله‌ای که صاحب عروه «۲» بیان کرده، برای این که اثبات کند اذن عمه و خاله از قبیل حکم است نه حق، به دو دلیل متوسل می‌شود:

۱- اذن عمّه و خاله مانند ملک قابل واگذاری نیست:

ایشان می‌فرمایند:

ليس اعتبار الاذن في المقام من باب اعتبار اذن المالك لعين أو حق في التصرف فيه. بل مجرد حكم الشارع بالتوقف على الإذن لأنّ البناء على الأوّل يتوقف على ثبوت ملك لعين أو فعل و هو خلاف الاصل بل خلاف اطلاق الدليل الموجب لاعتباره و لو بعد الاسقاط. (۳)

اذن عمّه و خاله از قبیل مالکیت عین و تصرف نیست للاصل، زیرا اصل این است که من مالک نیستم یعنی اصل عدم ملکیت است و ملکیت حالت سابقه ندارد، البته اگر کسی این استصحاب را حجت بداند. ولی این دلیل لا یخلو عن ابهام،

۲- اطلاق ادله:

این همان تمسک به اطلاق دلیل است که با ساقط کردن حقّ اذن، ساقط نمی‌شود، هر کجا رضا و اذن معتبر است حکم است نه حق، مثلاً بدون رضایت مالک نمی‌توان چیزی را خرید و فروش کرد حال اگر مالک بگوید من رضایت خودم را ساقط کردم این درست نیست چون رضایت حکم خداست و رضایت و اذن عمّه و خاله هم حکم خداست و نمی‌توان آن را ساقط کرد.

محدثین عروه در این مسأله هیچ کدام حاشیه‌ای ندارند و همه می‌گویند که قابل اسقاط نیست، جز مرحوم آقای گلپایگانی (ره) که در حاشیه متن عروه که می‌گوید: الظاهر ان اعتبار اذنهما من باب الحكم، چنین می‌فرماید:

منشأ الاستظهار (الظاهر) غیر معلوم، نعم مقتضی الاستصحاب عدم التأثير لا الاسقاط «۴» (این همان استصحابی است که به عنوان یکی از دو دلیل ذکر کردیم) البته در اینجا حق با آقای حکیم است چون استصحاب از اصول عملیه است و تمسک به اطلاق از اصول لفظی است و تا اصل لفظی داریم نوبت به اصل عملی (استصحاب) نمی‌رسد.

آیا این شرط که فاسد است، مفسد عقد هم هست؟

نه شرط، فاسد مفسد عقد نیست، پس عقد عمّه و خاله درست است و اذن آنها به قوت خویش باقی است.

فرع دوم: اگر عمّه و خاله حقّ خود را اسقاط نکردند، ولی گفتند شرط می‌کنیم که اگر خواستی نکاح بنت الاخ و بنت الاخت کنی آن را اجازه داده و به آن ملتزم شویم،

اشاره

اگر در اینجا بعد از عقد عمّه و خاله زوج خواست بنت الاخ و بنت الاخت را تزویج کند و از عمّه و خاله اذن خواست و آنها هم اذن ندادند، در اینجا باز حکم الهی عوض نشده و لو کار خلافی کرده‌اند و عقد بدون اذن آنها باطل است.

بنابراین فایده این شرط این است که در موقع عقد ملتزم شد که اذن می‌دهم که این التزام خودش اذن است اما اگر زوج باخبر شد که عمّه و خاله اذن را پس گرفته‌اند دیگر کاری از او ساخته نیست.

نتیجه: شرطیت سقوط اذن باطل است، ولی شرطیت اذن صحیح است به شرط این که شرطیت باقی بماند و اگر نماند عقد بنت الاخ و بنت الاخت باطل است.

(۲) مسئله ۱۸ از ابواب مصاهره.

(۳). مستمسک، ج ۱۴، ص ۲۰۳.

(۴) عروه ذیل مسأله ۱۸ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۳۰

۱۷ مسئله ۱۳ و ۱۴ (فروع مسئله ۹ ... ۱۶ / ۷ / ۸۱)

بقی هنا شیء:

این مطلب را امام (ره) در ذیل مسأله نیاورده‌اند که اگر شرط اسقاط نکنند، که باطل بود، بلکه در حین عقد عمه زوج شرط اذن کند و بگوید شرط می‌کنم که اگر خواستم بنت الاخ را بگیرم تو اجازه بدهی و عمه هم قبول کند، که معنی آن اذن است ولی مدتی گذشت و وقت عقد بنت الاخ رسید و عمه پشیمان شد و اذن را پس گرفت در این صورت زوج نمی‌تواند بنت الاخ را عقد کند، چون اذن ندارد تا اینجا را امام (ره) دارد اما نکته این است:

هل يجب علیها الإذن أم لا؟ آیا وجوب تکلیفی دارد؟ یعنی اگر این زن، زن متعبدی باشد از لحاظ شرعی خود را ملزم می‌داند که اذن بدهد؟

جواب: این شرط واجب الوفا است، و واجب است که اذن بدهد، زیرا «المؤمنون عند شروطهم» پس از نظر تکلیفی عمل به شرط واجب است.

آیا حاکم شرع می‌تواند او را ملزم به اذن کند؟

در جای دیگر می‌گویند اگر عمل به شرط نکرد حاکم شرع او را الزام به شرط می‌کند، مثلاً بیعی کرد ولی در روز محضر نیامد، حاکم شرع می‌تواند او را الزام کند تا در محضر حاضر شود و یا مثلاً شرط کرد خیاطت ثوب را، ولی به این شرط عمل نکرد حاکم شرع می‌تواند او را اجبار کند به ایفاء شرط، چون حاکم باید احقاق حقوق کند، ولی در ما نحن فیه مشکلی دارد که نمی‌تواند حاکم او را الزام کند و آن مشکل این است که اذن یک حالت نفسانی است و قابل الزام نیست. راضی شدن در دل، قابل الزام نیست او گناه کرده و فقط می‌تواند او را توبیخ و تعزیر کند.

پس طبیعت رضایت قابل اجبار نبوده، بنابراین در جای دیگر الزام به شرط می‌شود ولی در ما نحن فیه نمی‌شود لان طبع الرضا ینافی الالزام.

این مسأله منحصر به این باب نیست و در ابواب دیگر هم می‌آید.

[مسئله ۱۳: لو تزوج بالعمه و بنت الاخ و الخاله و بنت الاخت و شک]

اشاره

مسئله ۱۳: لو تزوج بالعمه و بنت الاخ و الخاله و بنت الاخت (رضایتی در کار نیست)

و شك فی السابق منهما حکم بصحة العقدین. و كذلك (حمل به صحت می‌شود)

فیما اذا تزوج ببنت الاخ او الاخت (نمی‌داند عمه اذن داده یا نه).

و شك فی أنه كان عن اذن من العمه أو الخاله أم لا حکم بالصحة.

عنوان مسأله:

این مسأله را غالباً متعرض نشده‌اند ولی عروه متعرض شده است که اگر بدون اذن با عمه و دختر برادر و یا با خاله و دختر خواهر ازدواج کرد و شک کرد که کدام عقد اول بوده، سه حالت ممکن است داشته باشد:

- ۱- عقد عمه جلوتر باشد پس عقد بنت الاخ باطل است.
- ۲- عقد عمه و بنت الاخ با هم در آن واحد باشد پس عقد عمه صحیح و عقد بنت الاخ باطل است چون فرض است که بدون رضایت بوده.

۳- عقد بنت الاخ قبلاً بوده و عقد عمه بعداً آمده که در این صورت عقد هر دو صحیح است.

بنابراین از سه صورت دو صورت باطل و یک صورت صحیح است در اینجا چگونه حکم کنیم؟

فرموده‌اند با توجه به اصالة الصّحة حکم به صحت هر دو می‌کنیم چون در تمام عقود هر کجا عقدی واقع شد و شک کردیم صحیح واقع شده یا باطل، می‌گوییم ان شاء الله صحیح واقع شده و در اینجا هم دو عقد واقع شده که احتمال صحت (بنابر یک فرض) هست، پس با توجه به همین احتمال می‌گوییم هر دو عقد صحیح است.

ان قلت: چرا اصالة الفساد را در اینجا جاری نکنیم؟

قلنا: جای اصالة الفساد در معاملات، حین انجام عقد است ولی اگر بعد از عقد شک کردیم جای اصالة الصّحة است.

ان قلت: چرا بگوییم هر دو عقد صحیح است؟ چرا در اینجا بحث معلوم التاريخ و مجهول التاريخ آورده نمی‌شود به این بیان که عقد عمه مثلاً در اول ماه رجب بوده و عقد بنت الاخ مجهول التاريخ باشد و در مجهول التاريخ استصحاب جاری شود و بگوییم این عقد قبل از رجب انجام نشده و بعد از رجب بوده و باطل است چون فرض این بوده که بدون رضایت است.

قلنا: استصحاب در اینجا اصل مثبت است، شما می‌خواهید بگویید عقد بنت الاخ و بنت الاخت قبلاً نبوده، این که این عقد قبلاً نبوده فایده‌ای ندارد بلکه باید تأخر را اثبات کنید تا عقد بدون اذن باطل شود و اثبات تأخر، لازمه عقلی و اصل مثبت است، پس نمی‌توانیم بحث معلوم و مجهول التاريخ را در اینجا بیاوریم یعنی اثر اگر مربوط به عدم باشد اثر بار می‌شود ولی اگر

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۳۱

اثر مربوط به مقارن یا متأخر باشد اصل مثبت است.

همچنین اگر عقد بنت الاخ را انجام داده ولی نمی‌داند که عمه اذن داده یا نه، حمل بر صحت می‌شود. در ما قبل می‌گفتیم اذن نداده و حمل بر صحت می‌کردیم ولی در اینجا عقد را انجام داده نمی‌دانیم عمه اجازه داده یا نداده که در این صورت هم اصالة الصّحة جاری می‌شود و می‌گوید ان شاء الله اذن عمه را گرفته‌ام. تمسک به اصالة الصّحة در غیر از مورد دعوا است و اگر دعوا پیش قاضی باشد مورد تفاوت می‌کند.

پس مسأله دو بخش شد، در یک بخش یقین به عدم اذن است و نمی‌دانیم کدام مقدم و کدام مؤخر است و در بخش دیگر یقین به اذن نداریم ولی می‌دانیم کدام مقدم و کدام مؤخر است.

[مسأله ۱۴: لو طلق العمّة أو الخالة]

اشاره

مسأله ۱۴: لو طلق العمّة أو الخالة فان كان بائناً صحّ العقد علی بنتی الاخ و الاخت بمجرّد الطلاق، و ان كان رجعیاً لم یجز بلا اذن

منهما الا بعد انقضاء العدة.

عنوان مسأله:

عمه و خاله را طلاق داد، در حال عده می‌خواهد بنت الاخ و بنت الاخت را بگیرد آیا این عقد که در زمان عده طلاق عمه و خاله واقع شده صحیح است.

قاعده کلی: عده بر دو قسم است:

۱- عده رجعیه:

به حکم نکاح است و زن هنوز جدا نشده و تمام احکام زوجیت بر او مترتب می‌شود پس در عده رجعیه بدون اذن نمی‌توان بنت الاخ و بنت الاخت را نکاح کرد.

۲- عده بائن:

مثل طلاق خلع، مبارات، طلاق سوم یا طلاق نهم می‌تواند بلافاصله بنت الاخ و بنت الاخت را در حباله نکاح خودش دریاورد، چون طلاق داده و جدا شده و عده بائن حکم جدایی را دارد، پس بین عمه و خاله با بنت الاخ و بنت الاخت جمع نکرده است.

بقی هنا مسئلتان:

اشاره

مرحوم امام (ره) متعرض این دو مسأله نشده‌اند.

الاولی: اگر هر دو (عمه را با بنت الاخ یا خاله را با بنت الاخت) را با هم بدون رضایت عقد کند

اشاره

اگر بگوییم هر دو عقد صحیح است، که درست نیست، چون بدون اذن جمع بین هر دو صحیح نیست، بعضی گفته‌اند احتمال دارد که هر دو باطل باشد که در لابه‌لای کلمات مرحوم آقای حکیم چنین مطلبی است (البطلان فی کلیهما) قلنا: وجهی ندارد که هر دو باطل باشد چون اگر دو چیز که یکی مشروط و دیگری مطلق است با هم تراحم کنند در آنجا مطلق را می‌گیریم و می‌گوییم مشروط شرطش حاصل نشده و مطلق موضوع مشروط را از بین می‌برد ولی مشروط چنین کاری نمی‌تواند بکند، پس شکی نیست که عقد عمه و خاله صحیح است و عقد بنت الاخ و بنت الاخت باطل است و احتمال بطلان هر دو و یا احتمال صحت هر دو، معنا ندارد بلکه آن که مطلق است (عقد عمه و خاله) صحیح و آن که مشروط است (عقد بنت الاخ و بنت الاخت) باطل است.

تذکر: حضرت استاد در این روز بعد از بیان حدیث اخلاقی سؤالی مطرح کردند که ارتباطی با بحث نکاح ندارد ولی به جهت مطابقت شمارهٔ درس با نوارهای درسی در اینجا آورده شده است.

سؤالی امروزه زیاد مطرح می‌شود که لازم است آن را توضیح دهیم:

سؤال: پدرانی هستند که اموالشان را قبل از مرگ و در حال حیات و گاهی بعد از ممات و در وصیت‌نامه تقسیم می‌کنند آیا این عمل از نظر شرعی و فقهی درست است؟

جواب: سه نکته باید توجه شود:

نکتهٔ اول: انسان تا مادامی که زنده است می‌تواند در اموالش آن گونه که می‌خواهد تصرف کند للانسان أن يتصرف فی امواله ما یشاء مادام حیاً پس اگر تقسیم کرد و تحویل داد جایز است و صحیح، ولی اگر تحویل نداد فایده‌ای ندارد. قبلاً اگر مالی جداگانه باشد باید آن را تحویل دهد چون در هبه، قبض شرط صحت است نه شرط لزوم و الا فایده‌ای ندارد و مشمول ارث است و هیچ کس نمی‌تواند ادعایی بکند.

نکتهٔ دوم: اگر وصیت کرد که چنین تقسیم بشود، هیچ اعتباری ندارد یعنی اگر تقسیم می‌کند به این که ثلث قرار بدهند، تقسیم او نسبت به ثلث نافذ است ولی اگر تمام اموال را تقسیم کند به خیال این که اختیار در همه اموال حتی بعد از مرگ هم

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۳۲

دارد، هیچ اعتباری ندارد.

نکتهٔ سوم: با همهٔ این اختیاراتی که به پدر در حال حیات می‌دهیم و همچنین اختیارات ثلث در حال ممات باید شخص مالک و موصی تا آنجایی که می‌تواند انصاف را رعایت کند.

زیرا در حدیثی آمده که شخصی در حال حیات تمام اموالش را در راه خیر داده بود و این مطلب را به امام علیه السلام بازگو کرد حضرت فرمود کار خوبی نکردی چون ملاحظه آینده فرزندان خود را نکردی.

۱۹ مسئله ۱۵ (الجمع بین الاختین ...) ۸۱ / ۷ / ۲۰

با استفاده از عروه دو مسأله را اضافه کردیم که اولین آن بیان شد و اما دومین مسأله:

الثانیة: اگر بین شوهر و عمه و خاله نزاعی واقع شود،

شوهر می‌گوید من بنت الاخ را قبل از عمه گرفته بودم و یا ادعا می‌کند که عمه اجازه داده و عمه می‌گوید من چنین اجازه‌ای نداده‌ام، پس عقدی بین این شوهر و بنت الاخ و بنت الاخت واقع شده است و زوج ادعا می‌کند که عمه و خاله اجازه داده است؛ ممکن است بین عمه و خاله و بنت الاخ و بنت الاخت دعوا باشد که اینها می‌گویند عمه و خاله اجازه داده‌اند و عمه و خاله منکرند. دعوی پیش حاکم کشیده شده است، آیا حاکم شرع بگوید اصل در عقود صحت است و حمل بر صحت کنیم؟ یعنی عقدی واقع شده و ما آن را حمل بر صحت کنیم و عمه و خاله که مدعی فساد هستند باید دلیل اقامه کنند زیرا هر جا شک کنیم که آیا شرایط عقد جمع بوده یا نه، حمل بر صحت می‌کنیم و قول مدعی صحت مقدم است و منکر صحت باید بینه بیاورد و اصل عدم شرطیت جاری نمی‌شود چون اصالة الصحة در باب عقود به عنوان اماره است پس به حسب ظاهر و ابتداء نظر مطلب همین است که باید قول زوج و بنت الاخ و بنت الاخت مقدم باشد و عمه و خاله باید بینه بیاورند.

در عروه «۱» فرموده‌اند که بنابر فساد است، چرا؟ آیا اینجا با موارد دیگر از عقود فرقی دارد که باید بنا را بر فساد بگذاریم؟

انصاف این است که فرقی دارد و حاصل فرقی این است که در جایی اصل در باب عقود صحت است که شرایط قائم به طرفین (موجب و قابل) باشد و فعل هم فعل آنها باشد در اینجا اگر یکی مدعی فساد شد نمی‌پذیریم حال در ما نحن فیه چون شرط قائم به

شخص ثالث است (عمه و خاله) و طرفین عقد بنت الاخ یا بنت الاخت و زوج است، و عمه یا خاله شخص ثالثی است که اجازه و رضایت او مؤثر است اگر این شخص ثالث بگوید من اجازه نداده‌ام، اصالة الصحه در اینجا نمی‌تواند حاکم باشد، بنابراین اصالة الصحه در باب عقود برای جایی است که شرایط قائم به طرفین عقد باشد. مثل این که در بعضی از موارد زوجه ادعا می‌کند که من در حین اجرای عقد اصلاً به این عقد راضی نبودم و پدرم مرا مجبور کرد در چنین مواردی، حاکم شرع این ادعا را نمی‌پذیرد، بلکه اگر بینه بیاورند موضوع بحث عوض می‌شود و بحث ما در جایی است که بینه در کار نیست.

به عبارت دیگر: اصالة الصحه به حکم شرع و بنای عقلاست و اگر نباشد هیچ حکمی وجود نخواهد داشت، عقدی که خوانده شد (معامله، اجاره، طلاق) ... باید حمل بر صحت شود مگر این که مدعی بینه بر خلاف بیاورد که این خود قدر متیقنی دارد و آن جایی است که پای شخص ثالث در میان نباشد، چون در جایی که پای شخص ثالث در میان باشد اصالة الصحه جاری نیست و هکذا اگر مالک خانه را فروخت در حالی که خانه در رهن شخص ثالث بود بعد ادعا کرد که با اجازه شخص مرتهن خانه را فروخته ولی مرتهن منکر اجازه شود، در اینجا نمی‌توان به اصالة الصحه تمسک کرد. بنابراین از این مسأله به یک مسئله کلی، پلی زده و نتیجه می‌گیریم که اصالة الصحه در همه عقود حاکم است مگر در جایی که شرایط قائم به شخص ثالث باشد پس در موارد دعوای عمه و خاله با شوهر یا با بنت الاخ و بنت الاخت و انکار اذن، حق با منکر اذن است نه با مدعی صحت.

مسأله ۱۵: لا يجوز الجمع في النكاح بين الاختين نسبتين أو رضاعيتين

اشاره

مسأله ۱۵: لا- يجوز الجمع في النكاح بين الاختين نسبتين أو رضاعيتين «۲» دواماً أو انقطاعاً أو باختلاف فلو تزوج باحدى الاختين ثم تزوج باخرى بطل العقد الثاني دون الاول، سواء دخل بالاولی أو لا و لو اقترن عقدهما بأن تزوجها بعقد واحد أو في زمان واحد (دو نفر)

(۱) عروه، مسئله ۲۲ از مسائل محرمات مصاهرة.

(۲) در بعضی از نسخ عروه «أو مختلفين» هم دارد یعنی یکی نسبی و دیگری رضاعی، و در بعضی از نسخ آن را هم حذف کرده‌اند و دلیل آن این است که ممکن نیست دو خواهر یکی نسبی و دیگری رضاعی باشد و محال است، چون دو خواهر اگر نسبی باشند هر دو نسبی هستند و اگر رضاعی باشند هر دو رضاعی هستند و لذا مرحوم امام (ره) هم در متن، این کلمه را نیاورده‌اند.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۳۳

هم زمان عقد بخوانند)

بطلاً معاً (چون ترجیح بلا مرجح است و تخییر دلیل می‌خواهد).

عنوان مسأله:

در این مسأله بحث در حرمت جمع بین الاختین است که حرمت عیثیه نیست بلکه حرمت جمعیه است و دخول هم در او شرط نیست.

اصل مسأله از مسلمات بین جمیع علماء اسلام است چون حکم آن در قرآن صریحاً آمده است که «أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ» (۱) و بحثی اگر هست در شاخ و برگ‌هاست، یعنی در شمول آن به این که در مورد نسبی باشد یا رضاعی را هم شامل شود یا اخت

ابوینی را بگوید یا ابی و امی را هم در بر گیرد و ... در این موارد اختلاف است.

اقوال:

بعضی در این مسأله ادعای اجماع کرده‌اند و شاید بالاتر از اجماع بلکه ضرورت باشد.

مرحوم نراقی می‌فرماید:

تحريم اخت المعقوده عليها جمعاً لا- عيناً سواء كانت الاخت لأب أم لأم، ام لهما و سواء دخل بالاخت الأولى أم لا باجماع جميع المسلمين «۲» (اجماع دليل بر عمومیت است همچنين لفظ «جميع» و «مسلمين» همه تأکید بر عمومیت است).

مرحوم محقق ثانی می‌فرماید:

قد تطابق النص و الكتاب و السنه (شاید اشاره به سیره عملی مسلمین باشد) و اجماع المسلمين على تحريم اخت الزوجه جمعاً. «۳»

مرحوم کاشف اللثام می‌فرماید:

تحريم بالنص و الاجماع أخت الزوجه بالعقد على الزوجه. «۴»

پس نقل اجماع متضافر یا متواتر است.

ادله:

۱- آیات:

دلیل بر مسأله قبل از هر چیز قرآن مجید است که می‌فرماید:

«حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ... وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ» «۵» یعنی حرمت علیکم الجمع بین الاختین، در این آیه سیزده مورد از محرمات ذکر شده است که هفت مورد از محرمات نسبی و شش مورد هم رضاعی و مصاهره و حرمت جمع است و یک مورد هم در آیه «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» «۶» که مراد زن پدر است و یکی هم در آیه «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ» «۷» که منظور زنان همسر دار است. بعد می‌فرماید «وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَهُ ذَلِكُمْ» «۸» که مجموعاً پانزده مورد است.

آیه صریح است ولی در ادامه می‌فرماید: «إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ» این به چه معنی است؟

سه تفسیر برای آن ذکر شده است:

۱- منظور مواردی است که قبلاً انجام داده‌اید و زمان آن گذشته است و مثلاً آن زن یا مرده یا او را طلاق داده‌اید یعنی عقدهایی که قدیماً در زمان جاهلیت خوانده‌اید اشکال ندارد چون این کار در آن زمان مرسوم بوده و اگر بچه‌هایی هم به دنیا آمده، حلال زاده هستند، نه این که آن عقد امروز ادامه پیدا کند.

۲- اگر قبلاً دو خواهر را عقد کرده‌اید ادامه راه اشکالی ندارد که این را احدی نگفته است.

مرحوم طبرسی می‌فرماید: به اتفاق مسلمین معنی اول مراد است.

۳- ممکن است اشاره به ادیان گذشته باشد یعنی آنچه که در ادیان گذشته بوده و جمع بین دو خواهر را جایز می‌دانستند. از جمله حضرت یعقوب که جمع بین دو خواهر کرده بود که یکی مادر حضرت یوسف بود به نام «راحیل» و دیگری مادر یهودا به نام «لیا» یا «لعیا» پس اشاره به ادیان گذشته باشد که این احتمال بسیار بعید است، چون مخاطب مسلمین هستند (إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ) منکم نه ادیان گذشته، پس احتمال اول بهتر است.

آیا آلا ما قد سلف به همه سیزده مورد آیه می خورد یا فقط به آخری می خورد؟
بعید است که به همه برگردد (و لو به همه برگردد اشکالی پیش نمی آید) چون در عرب نکاح مادر و خواهر نبود ولی نکاح زن پدر و جمع بین اختین مرسوم بود.
۲۰ ادامه مسأله ۱۵ ... ۲۱ / ۷ / ۸۱

۲- روایات متواتره:

اشاره

این روایات دلالت بر حرمت جمع بین اختین می کند که

(۱) آیه ۲۳، سوره نساء.

(۲) مستند، ج ۱۶، ص ۳۰۹.

(۳) جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۳۸.

(۴) کشف اللثام، ج ۷، ص ۱۹۷.

(۵) آیه ۲۳، سوره نساء.

(۶) آیه ۲۲، سوره نساء.

(۷) آیه ۲۴، سوره نساء.

(۸) آیه ۲۴، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۳۴

عمدتاً در باب ۲۴ تا ۲۹ آمده و مجموعاً بیست و پنج حدیث است و غیر از یکی دو تا، بقیه بر عدم جواز نکاح اختین دلالت دارد.
نکته: هیچ یک از این احادیث در مورد اصل مسأله نیست بلکه همه در مورد شاخ و برگهاست، مثلاً می گوید آیا در عقد متعه جایز است یا نه؟ آیا خواهر رضاعی حکم نسبی دارد؟ آیا اگر هر دو در عقد واحد باشد هر دو باطل می شود یا مخیر است؟ پس یک حدیث هم در اصل مسأله نداریم و این نشان می دهد که به قدری اصل مسأله مسلم بوده که هیچ کس خود را نیازمند به سؤال از اصل آن نمی دیده است و این یک قاعده است که هر جا دیده شد که راویان از قیود، شروط و موانع صحبت می کنند، اصل مسأله مسلم بوده و این چیزی است مافوق تواتر.

خلاصه عناوین ابواب:

ما روایات این ابواب را ذکر نمی کنیم و به ذکر عناوین آن بسنده می کنیم چون در بحث های آینده همگی را می خوانیم.

باب ۲۴: در متعه و خواهر رضاعی جمع جایز نیست.

باب ۲۵: اگر تقارن عقدین شد آیا در انتخاب احدهما مخیر است یا نه؟

باب ۲۶: اگر جهلاً ازدواج کند تکلیف چیست؟ (بعد از ازدواج با دومی معلوم شد که خواهر زوجه اول است).

باب ۲۷: در عقد متعه تا عده تمام نشود نمی تواند خواهرش را تزویج کند با این که عده متعه، عده بائن است.

باب ۲۸: در عده رجعیه اگر خواهر طلاق داده شد مادامی که عده تمام نشده است نمی تواند خواهر دیگر را تزویج کند، لانّ المعتده

الرجعیة كالزوجة.

باب ۲۹: تحریم جمع بین اختین در امه که جمع در وطی جایز نیست ولی مالکیت مانعی ندارد. پس اصل مسأله بالاجماع و الآیة و الروایات المتواترة ثابت و مسلم بوده و در تمام موارد در این ابواب سؤال از فروع است.

بقی هنا فروع:

فرع اول: فرقی بین اختین ابی و امی و ابوینی نیست و همه حرام هستند.

ادله:

۱- اجماع:

مسأله ظاهراً اجماعی است، البتة اجماع مدرکی مؤید است.

۲- اطلاق آیه «وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ»:

چون خواهران ابی یا امی یا ابوینی همه خواهر هستند.

۳- اطلاق روایات:

همگی بر این مطلب دلالت دارد.

۴- استقراء ابواب محرمات نکاح:

در ابواب محرمات نکاح همیشه ابی و امی و ابوینی مثل هم هستند، اگر این را به عنوان دلیل نپذیرید لااقل مؤید است. این فرع را امام (ره) ندارند.

فرع دوم: لا فرق بین اختین نسبین أو رضاعین

اشاره

این فرع را امام متعرض شده‌اند. در بعضی از نسخ عروه او مختلفین هم وجود دارد که صحیح نیست چون اختیت یک نسبت متضایف است و باید یکسان و هر دو نسبی یا هر دو رضاعی باشند.

ادله:

اشاره

دلیل این عمومیت چیست؟

۱- اجماع:

مسئله اجماعی است.

۲- عموم «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»:

که شامل ما نحن فیه می شود چون اختین نسبین حرام است پس اختین رضاعیین هم حرام است.

۳- روایت صحیحہ أبو عبیده:

...* عن ابی عبیده

(سند حدیث معتبر) □

قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا تنكح المرأة على عمّتها ولا خالتها ولا على اختها من الرضاعة. «۱»
سابقاً بحث در این بود که «من الرضاعة» به هر سه برمی گردد یا فقط به اخت برمی گردد ولی در اینجا فرقی نمی کند که قید به اخیر برگردد یا به جمیع چون مقصود ما در اینجا همان آخری است.

فرع سوم: لا فرق بین کون النکاح دائماً أو منقطعاً أو مختلفاً،

اشاره

هر دو را به عقد نکاح دائم یا موقت یا احدهما را به نکاح دائم و دیگری را به متعه جمع کند آن هم حرام است.

ادله:

۱- اجماع:

مسأله ظاهراً اجماعی است و قول مخالفی نقل نشده است.

(۱) ح ۲، باب ۲۴ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۳۵

۲- عموم آیه «وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ»:

«۱» چون آن تجمعوا یعنی در نکاح جمع نکنید، که نکاح متعه هم نکاح است کما این که «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ... بِنَاتِكُمْ» شامل متعه هم می شود پس چیزی بالاتر از اطلاق است، حتی ممکن است بگوییم اماء را هم شامل می شود.

۳- روایت:

اشاره

این روایت دالّ بر حرمت است بالخصوص:

* محمّد بن یعقوب

(کلینی)

عن علی بن ابراهیم، عن أبیه، عن اسماعیل بن مرار

(مجهول الحال)

عن یونس

(ظاهراً یونس بن عبد الرحمن)

قال: قرأت کتاب رجل الی ابی الحسن علیه السلام

(امام کاظم)

: الرجل یتزوّج المرأة متعاً الی أجل مسمی فینقضی الاجل بینهما

(مدّت تمام شد)

هل یحلّ له أن ینکح أختها من قبل أن تنقضی عدّتها؟ فکتب: لا یحلّ له أن یتزوّجها حتی تنقضی عدّتها «۲»

(وقتی در عدّه نمی توان جمع کرد در اصل نکاح به طریق اولی نمی توان جمع کرد.)

حدیث معارض:

می گوید جمع بین اختین در متعه اشکالی ندارد.

□

* و باسناده عن محمّد بن علی بن محبوب، عن ابی عبد الله البرقی، عن محمّد بن سنان

(محلّ بحث است و راه حلّی برای توثیق او نیافتیم و توقّف می کنیم که حکم عدم حجّیت را دارد)،

عن منصور الصیقل، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا بأس بالرجل أن یتمتع أختین «۳»

ظاهر روایت جمع است یا توالی؟ گفته اند سند اشکال دارد ولی ممکن است روایت به معنی توالی باشد که این خلاف ظاهر است.

ان قلت: اگر منظور تناوب باشد در نکاح دائم هم جایز است پس چرا متعه را بالخصوص فرموده اند؟

قلنا: اگر عقد دائم باشد سه بار که تناوب شد دیگر حرام است (سه طلاقه) ولی در متعه پنجاه بار هم تناوب شد اشکال ندارد و هر

چند بار عدّه نگه دارد حرام نمی شود. علی کل حال فرقی بین متعه و غیر متعه نیست.

فرع چهارم: لا فرق بین الدخول بالاولی و عدم الدخول،

اشاره

(دخول و عدم دخول فرقی ندارد).

ادله:

۱- اجماع:

مسأله مسلم و اجماعی است و احدی نگفته است که در اینجا دخول شرط است و فقط در مورد ربیبه دخول شرط است.

۲- اطلاق آیه و روایات:

آیه می گوید «أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ» یعنی حرام است جمع یعنی جمع بین اختین در نکاح حرام است و نکاح به معنی عقد است و دخول شرط نیست در روایات هم دخول شرط نشده است.

۲۱ ادامه مسئله ۱۵ ... ۲۲ / ۷ / ۸۱

فرع پنجم: لو عقد علیهما (دو خواهر را) فی عقد واحد،

اشاره

یا در دو عقد متقارن هم به طوری که هیچ کدام بر یکدیگر تقدّم و تأخّر نداشته باشد. اگر این کار را کرد آیا هر دو عقد باطل است یا زوج مختیر است به اختیار لفظی یا عملی و بدون عقد جدید هر کدام را خواست اختیار کند؟

این مسأله محل اختلاف است

اشاره

و از جماعتی نقل کرده اند که باطل است مخصوصاً متأخرین بیشتر مایل به بطلان عقدین هستند ولی از گروهی نقل شده که قائل به صحّت تخییر شده اند.

مرحوم شهید ثانی می فرماید:

القول بالبطلان لابن ادریس و تبعه المصنّف (منظور محقق در شرایع است چون مسالکک شرح شرایع است) و اکثر المتأخرین ... و القول بالتخییر للشیخ و اتباعه. «۴»

مرحوم شیخ در نهاییه که کتابی روائی است فتوی به تخییر می دهد اما در مبسوط، «۵» که کتابی است بر اساس تفریع فروع فتوی به بطلان می دهد.

مرحوم ابن ادریس هم در ابتدای کلامش قائل به تخییر شده ولی در آخر کلامش می فرماید:

والذی تقتضیه اصول المذهب انّ العقد باطل. «۶»

مرحوم محقق می فرماید:

الاشبه (اشبه به قواعد و اصول) بطلان.

جمع بندی اقوال:

اشاره

مسأله دارای دو قول است و شاید اظهر بطلان باشد ولی

(۱) آیه ۲۳، سوره نساء.

(۲) ح ۱، باب ۲۷ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۲، باب ۲۷ از ابواب مصاهره.

(۴) مسالک، ج ۷، ص ۳۱۳.

(۵) ج ۴، ص ۲۰۶.

(۶) سرائر، ج ۲، ص ۵۳۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۳۶

چنان نیست که قول دیگر شاذ باشد.

دلیل قائلین به بطلان: مقتضای قاعده

دلیلی که برای قول به بطلان آورده شده این است که مقتضای قاعده بطلان است چون دو امر واقع شده که از چند حال خارج نیست:

۱- هر دو صحیح باشد که امکان ندارد، چون جمع بین اختین است.

۲- احدهما معیناً صحیح باشد که ترجیح بلامرّجح است.

۳- احدهما لا- بعینه صحیح باشد که این هم وقوع خارجی ندارد و ذهنی است چون، لا بعینه در خارج نداریم و هرچه هست «به عینه» است.

۴- هر دو باطل باشد که همین احتمال خوب است.

در واقع این یک دلیل عقلی است که به مقتضای آن می‌گویند باطل است و شبیه استدلال‌هایی است که در باب تعارض دلیلین است که اگر دو خبر واحد یا دو دلیل دیگر با هم تعارض کند چه کنیم؟

اگر بگوییم هر دو حجّت است که محال است یا بگوییم احدهما معیناً حجّت است که ترجیح بلامرّجح است، یا بگوییم احدهما لا بعینه حجّت است که لا- بعینه وقوع خارجی ندارد، یا بگوییم احدهما مختیراً که در این صورت ادلّه حجّیت تخیربردار نیست بلکه تعیین دارد فلا یبقی الا التناقض یعنی هر دو از حجّیت ساقط است.

همه جا در متعارضین این بحث می‌آید.

دلیل قائلین به تخیر: روایت جمیل بن درّاج

* محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن ابيه، عن ابن ابی عمیر، عن جمیل بن درّاج (تا اینجا سند خوب است)

عن بعض اصحابه

(مرسله)

عن احدهما علیهما السلام

(در سند دیگری از این روایت در اثنای سند «علی بن سندی» هست که مجهول است پس در سند دوم هم روایت مرسله و هم سندش مجهول است)

أنه قال فی رجل تزوّج اختین فی عقدۀ واحدۀ قال: هو بالخیار یمسک ایتهما شاء و یخلی سبیل الاخری. (۱)

طرفداران قول به بطلان در این روایت سنداً و دلالتاً اشکال کرده‌اند، سنداً به خاطر ارسال و مجهول بودن «علی بن سندی» و دلالتاً به این جهت که شاید منظور از «یمسک ایتهما شاء» این است که با عقد جدید باشد، البتّه این خلاف ظاهر است. مرحوم صاحب

جواهر برای زنده کردن این احتمال می‌فرماید این شبیه هم دارد که روایت «أبو بکر حضرمی» است:

... عن ابی بکر الحضرمی قال: قلت لأبیبی جعفر علیه السلام: رجل نکح امرأة ثم أتى ارضاً فنکح اختها و لا یعلم قال: یمسک ایتھما شاء و یخلی سبیل الاخری الحدیث. «۲»

سؤال این است که اینجا تخییری که هست آیا تخییر به عقد جدید است یا به عقد سابق؟ قطعاً تخییر به عقد سابق است چون عقد اولی صحیح است، پس چرا می‌فرماید «ایتھما شاء»، معنایش این است که اگر می‌خواهی اولی را نگه داری که نگه‌دار و اگر دومی را می‌خواهی نگه داری باید اولی را طلاق داده و دومی را به عقد جدید تزویج کنی. صاحب جواهر چنین نتیجه می‌گیرند که در روایت دوم همان گونه که تخییر به معنی عقد جدید است در روایت اول هم همین گونه است.

قلنا: روایت أبو بکر حضرمی از نظر سند مشکل دارد چون ما دو أبو بکر داریم یکی «عبد الله بن محمد» است و دیگری «محمد بن شریح أبو بکر الحضرمی» است که هر دو مجهول الحال هستند و لذا روایت از نظر سند معتبر نیست و صاحب جواهر به این جهت توجّه کرده و لذا «خبر الحضرمی» می‌گوید.

این روایت از نظر دلالت هم مشکل دارد، چون ربطی به اختین ندارد چرا که در آنجا در دو زمان بوده لذا اولی صحیح و دومی باطل است و اگر دومی را نخواهد، مختیر است ولی ما نحن فیه به عقد واحد است، پس اشکال دلالتی روایت جمیل حل شد. اما از نظر سند هم مشکل حلّ است چون طریق سومی هم این روایت دارد که آن را صدوق و صاحب وسایل «۳» نقل می‌کند:

محمد بن علی بن الحسین

(صدوق)

باسناد عن ابن ابی عمیر

(سند صدوق به ابن ابی عمیر صحیح است)

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۴، ص ۳۶

عن جمیل بن درّاج، عن ابی عبد الله

که مرسله نیست و سند صحیح و روایت معتبر است و ما به آن عمل می‌کنیم و دلالتش هم خوب است.

ان قلت: به هر حال این محال عقلی است چرا که یا هر دو صحیح است یا احدهما بعینه یا احدهما لا بعینه که هیچ یک ممکن نبود پس هر دو باطل است.

قلنا: منافاتی ندارد چون این عقد «مراعی» است (در حال

(۱) ح ۲، باب ۲۵ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۲، باب ۲۶ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۱، باب ۲۵ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۳۷

انتظار) تا زمانی که اختیار کند پس هیچ یک از آن موارد نیست و شقّ پنجم است و حالت انتظاریّه دارد، یعنی شرطی دارد که باید کامل شود و آن اختیار زوج است. مثل کسی که اسلام آورده است در حالی که بیش از چهار زن دائمی دارد در اینجا فرموده‌اند

که یتخیر اربعاً منها، از بین آن زنان چهار زن را اختیار می‌کند.

پس اگر محال عقلی بود نباید مصداقی داشته باشد.

ظاهراً مسأله اجماعی است، پس روایتی داریم معتبر که مخالف دلیل عقل هم نیست ما به آن فتوی می‌دهیم و اشکالی ندارد.

ان قلت: هرچه باشد این خلاف احتیاط است و اگر عقد جدیدی خوانده شود بهتر است (شاید این که بسیاری از بزرگان متأخرین بطلان را اختیار کرده‌اند به این جهت باشد که خلاف احتیاط است).

قلنا: قول به بطلان هم خلاف احتیاط است چون وقتی قائل به بطلان شدیم این دو شوهر می‌کنند در حالی که شاید در واقع شخص اختیار داشته است، پس این هم خلاف احتیاط است، و احتیاط آن است که انتخاب نکند و سراغ عقد جدید برود.

بقی هنا امران:

الامر الاول: اگر زوج انتخاب نکند در این صورت دو زوجه چه کنند،

آیا این «یتخیر» معنایش استمرار است یا این که مقداری از زمان است که به دو زوجه ضرر نخورد و اگر بخواهد طول دهد قاعده «لا ضرر» جلوی آن را می‌گیرد؟

کسی متعرض این امر نشده که اندازه زمان تخیر چه مقدار است و ظاهرش این است که تخیر اندازه‌ای دارد یعنی به اندازه‌ای که چندان زیاد نباشد که دو زوجه ضرر کنند.

الامر الثاني: احتمال سوّمی هم در مسأله وجود دارد و آن این که هرکدامشان را که در عقد مقدّم انداخته او زوجه است،

مثلاً اگر گفت انکحت فاطمه و معصومه در این صورت و لو هر دو فی عقد واحد است، ولی تقدیم و تأخیر دارد و بگویم عقد فاطمه صحیح است چون روایتی از دعائم الاسلام در مستدرک آمده است که می‌فرماید:

* دعائم الاسلام، عن جعفر بن محمد عليه السلام أنّه سئل عن رجل تزوّج اختين أو خمس نسوة في عقد واحد قال: يثبت نكاح الاخت التي بدأ باسمها عند العقد و الاربع من النسوة اللاتي بدأ باسمائهنّ و يبطل نكاح ما سواهنّ «... ۱»

قلنا: دلالت این روایت خوب است ولی سندی ندارد چون مرسله دعائم الاسلام است به علاوه معرض عنهای اصحاب است، و احدی به آن فتوی نداده پس روایت از درجه اعتبار ساقط است.

[مسأله ۱۶: لو تزوّج بالاختين و لم يعلم السابق و اللاحق]

اشاره

۲۲ مسئله ۱۶ (لو تزوج بالاختين و لم يعلم السابق ...) ۸۱ / ۷ / ۲۳

مسأله ۱۶: لو تزوّج بالاختين و لم يعلم السابق و اللاحق فان علم تاريخ احدهما حكم بصحته دون الآخر، و ان جهل تاريخهما فان احتمل تقارنهما حكم ببطلانها معاً، و ان علم عدم الاقتران فقد علم اجمالاً بصحة احدهما و بطلان الآخر، فلا يجوز له عمل الزّوجية بالنسبة اليهما أو الي إحداهما مادام الاشتباه، و الاقوى تعيين السابق بالقرع، لكن الاحوط أن يطلقهما أو يطلق الزوجه الواقعيّة منهما ثم يزوّج من شاء منهما، و له أن يطلق احدهما و يجدد العقد على الأخرى بعد انقضاء عدّة الاولى ان كانت مدخولاً بها.

عنوان مسأله:

این مسئله و چهار مسئله بعد، از فروع مسئله پانزده است که در مورد حرمت جمع بین اختین بود. حال که اصل مسأله تمام شد سراغ فروع مسأله می‌رویم.

در این مسأله بحث در این است که دو عقد بر دو خواهر خوانده و نمی‌داند کدام مقدم است تا صحیح باشد و کدام مؤخر بوده که باطل باشد. در این مسأله نصی نداریم و باید مسأله را علی القواعد حل کنیم. خیلی‌ها به این مسأله متعرض نشده‌اند ولی بزرگانی هم متعرض شده‌اند. از جمله مرحوم علامه در قواعد و به دنبال ایشان تمام کسانی که قواعد را شرح کرده‌اند، مثل محقق ثانی در جامع المقاصد «۲» مفصلاً در این مسأله بحث کرده‌اند. همچنین صاحب جواهر «۳» و مرحوم آقای حکیم در مستمسک «۴» (با این که بنای این کتاب بر اختصار است) به طور مفصل بحث را مطرح کرده‌اند.

مسأله دارای سه صورت است:

۱- احدهما معلوم التاريخ و الآخر مجهول التاريخ:

مثلاً می‌داند عقد یکی از دو خواهر به نام فاطمه در ماه رجب بوده اما عقد خواهر دیگر (معصومه) قبل بوده یا بعد

(۱) مستدرک، ج ۱۴، ح ۱، باب ۲۵ از ابواب مصاهره.

(۲) ج ۱۲، ص ۳۴۳.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۸۲.

(۴) مستمسک، ج ۱۴، ذیل مسئله ۴۳ محرمات بالمصاهره عروه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۳۸

نمی‌داند. در اینجا تکلیف چیست؟

معلوم التاريخ عقدش صحیح است، چون استصحاب می‌گوید عقد دومی تا ماه رجب واقع نشده است، پس عقد فاطمه صحیح است و عدم تقدّم را استصحاب می‌کنیم نه تأخر را که از لوازم عقلی است. به عبارت دیگر ما دو چیز می‌خواهیم یکی وقوع عقد فاطمه، که بالوجدان حاصل است و دیگری عدم تقدّم عقد معصومه، که با اصل آن را ثابت می‌کنیم. همه جا در معلوم التاريخ و مجهول التاريخ جزئی را با وجدان و جزئی را با اصل ثابت می‌کنیم.

ان قلت: آیا این استصحاب ثابت نمی‌کند که این دو عقد مقارن واقع شده است، یعنی اصل این است که عقد خواهر دوم قبلاً نبوده پس در ماه رجب بوده پس هر دو مقارن بوده و در نتیجه عقد هر دو باطل است.

قلنا: این اصل مثبت است، شما می‌توانید بگویید قبلاً واقع نشد ولی این که نتیجه بگیرید که در ماه رجب واقع شده از لوازم عقلی و اصل مثبت است و حجت نیست.

اضف الی ذلک: وقتی می‌توانیم استصحاب کرده و بگوییم عقد معصومه قبل از رجب نبوده، می‌گوییم اصل (استصحاب) این است که در رجب هم نبوده است.

۲- مجهولی التاريخ مع احتمال التقارن:

در اینجا حکم به فساد می‌شود چون یک احتمالش تقارن است که فاسد است و همین موجب فساد می‌شود و بحثی ندارد.

ان قلت: دو عقد واقع شده که هر دو احتمال صحت و فساد دارد چه کنیم؟

قلنا: چون هر دو احتمال صحت دارند پس اصالة الصحة در هر دو طرف وجود دارد که تعارض کرده و تساقط می‌کنند و سراغ اصالة الفساد می‌رویم.

۳- مجهولی التاريخ مع العلم بعدم التقارن:

اشاره

در اینجا قطعاً یکی از دو عقد صحیح است (عقدی که اول بوده) مانند انائین که قطعاً می‌دانیم یکی نجس است ولی شک داریم که کدام است، پس بحث داخل در علم اجمالی است.

اولین چیزی که در علم اجمالی حاکم است وجوب احتیاط است، پس باید این مرد از هر دو زن احتیاط کند مثل این که در غیر اختین اگر زوجه‌اش با اجنبیه اشتباه شد باید احتیاط کند.

۲۳ ادامه مسئله ۱۶ ... ۲۴ / ۷ / ۸۱

سؤال: تا چه زمانی باید احتیاط کند؟

اشاره

اگر احتیاط ادامه پیدا کند هم منشأ ضرر و زیان بر زوج است چون نمی‌تواند از زوجه‌اش بهره بگیرد و هم بر زوجه، چون هم شوهر دارد و هم ندارد. پس باید تکلیف مدت احتیاط روشن شود.

جواب: برای آن چهار راه بیان می‌کنیم:

۱- قرعه:

قرعه بزیم و بگوئیم: «القرعة لكل امر مشكل» مرحوم محقق ثانی اشکالی بر قرعه دارد و می‌فرماید: قرعه برای جایی است که فروج نباشد ما دماء را هم اضافه می‌کنیم مثلاً ما هرگز نمی‌توانیم قاتل را با قرعه مشخص کنیم و لذا در جایی که قاتل بین دو یا چند نفر مردد است نمی‌توان قاتل را با قرعه مشخص کرد بلکه دیه می‌گیریم و آن را بین همه تقسیم می‌کنیم. در فروج هم نمی‌شود قرعه زد و زن را با قرعه انتخاب کرد چون جای احتیاط است.

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

اقرع فی وجه قوی «۱»

مرحوم آقای حکیم می‌فرماید: کسی را ندیده‌ام که صریحاً قرعه را ذکر کرده باشد ولی عموماً قرعه ما نحن فیه را شامل است در حالی که صاحب جواهر صریحاً قرعه را بیان می‌کند، چرا که قرعه برای امر مشکل است و از این مشکل تر نمی‌شود که دو زن و یک مرد بلا-تکلیف مانده‌اند. مرحوم امام (ره) هم در متن تحریر قرعه را تقویت کرده‌اند (و الأقوی تعیین السابق بالقرعة) ولی انصاف این است که حرف محقق ثانی موجه تر است و ادله قرعه تا اینجا کشش ندارد.

نکته: آیا قرعه راه درستی است؟

ما معتقدیم که موارد قرعه در فقه دقیقاً روشن نشده و اگر بیان می‌شد نباید اینجا را جزء قرعه به حساب آوریم. در مورد قاعده قرعه در قواعد فقهیه مفصل بحث کرده و گفته‌ایم که قرعه برای جایی است که تمام راه‌ها بسته شده باشد و کارد به استخوان برسد. مثلاً در غنم موطوئه که در بین قطیع غنم قرار گرفته است (یک غنم در میان ۱۰۰ غنم) احتیاط در اینجا ممکن

(۱) ج ۲۹، ص ۳۸۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۳۹

نیست و هیچ‌گاه شارع نمی‌گوید همه ۱۰۰ غنم را از بین ببرید و لذا جای قرعه است و یکی از روایات قرعه در مورد غنم موطوئه وارد شده است و یا مثلاً بچه‌ای متولد شده و مردّد است که مال زید است یا عمرو، بچه را به دو نفر نمی‌توان داد، همچنین نمی‌توان آن را دو تکه کرد، پس هیچ راهی ندارد جز قرعه و امّا اگر مالی مردّد است بین زید و عمرو دیگر جای قرعه نیست، چون راهی بهتر از آن داریم و آن «قاعده تنصیف» است که یک قاعده عقلایی است یعنی مال را نصف می‌کنیم. علی کل حال در اینجا چون راه حل احتیاط موجود است قاعده قرعه جاری نمی‌شود.

اضف الی ذلک: قرعه برای جایی است که بن بست کامل است و هیچ یک از اصول لفظی و عملی جاری نمی‌شود مثل ولدی که مشتهب شده که برای زید است یا عمرو، و یا در مورد خنثای مشکل که می‌خواهیم جنس آن را تعیین کنیم جای قرعه است، پس در ما نحن فیه چون می‌توان احتیاط کرد به طوری که احتیاطاً هر دو را طلاق می‌دهد، و هر کدام را خواست مجدداً عقد نماید پس احتیاج به قرعه نداریم.

ان قلت: شوهر به ضرر می‌افتد چون باید مهریه دهد در حالی که زوجه‌ای ندارد مثل باب قطیع غنم که نمی‌شد همه را دور بیندازیم و ضرر عظیم است.

قلنا: معنی این اشکال این است که ما تفصیل قائل شویم به این بیان که در جایی که مهر سنگین است و زوجه هم حاضر نیست مهر را ببخشد در آنجا سراغ قرعه برویم (قطع نظر از اشکال مرحوم محقق) و در جایی که مهریه سبک است یا زن مهر را بخشیده است دیگر نیاز به قرعه نیست. پس قرعه را نمی‌توان در همه جا قائل شد، و باید قائل به تفصیل شویم.

۲- عمل به احتیاط:

از طریق طلاق که سه گونه می‌تواند طلاق دهند:

الف- هر دو را به قصد رجاء طلاق دهد.

ب- زوجه واقعی را طلاق بدهد: «زوجتی الواقعیة التي نکحتها من قبل هی طالق» چون زوجه واقعی قابل اشاره است.

ج- یکی را به عینه طلاق دهد یعنی هر کدام را که خواست طلاق می‌دهد چون اگر آن کسی را که طلاق داده واقعاً زوجه بوده که در این صورت ازدواج با خواهر دوم بلامانع است یا آن کسی که طلاق داده زوجه واقعی نبوده که در این صورت دومی را که می‌خواهد نکاح کند زوجه واقعی است که دوباره او را تزویج کرده است و اشکالی ندارد. البتّه اگر در اینجا می‌داند که به زوجه واقعی دخول کرده و الان نمی‌شناسد که کدام زوجه واقعی است باید بعد از طلاق عده نگه دارد و بعد از عده می‌تواند یکی از این دو را بگیرد و در جایی که طلاق بائن باشد نیاز به عده ندارد، و این که امام می‌فرماید عده نگه دارد فرض بر این است که عده رجعیّه باشد.

۳- طلاق حاکم:

شوهر می گوید من طلاق نمی دهم در اینجا چون اجبار به طلاق معنا ندارد حاکم شرع دخالت کرده و زوجۀ واقعیه را طلاق می دهد چون الحاکم ولی الممتنع.

۴- فسخ:

کسی به این راه اشاره نکرده است، یعنی زوج یا زوجه‌ها می توانند عقد را فسخ کنند چون در مورد «عنن» و یا «رتقاء» که همسر قابل مواقعه نیست ولی تمتعات دیگر ممکن است می گویند می توانند فسخ کند ما نحن فیه که بدتر است چون اصلاً قابل مواقعه نیست پس به طریق اولی در اینجا فسخ ثابت است، حال اگر فسخ شود مشکلات مهریه هم حل می شود چون در بسیاری از موارد فسخ، مهریه ثابت نیست.

۲۴ ادامه مسئله ۱۶ و ۱۷ (فی مهر نکاح الاختین ...) ۸۱ / ۷ / ۲۷

ان قلت: در علم اجمالی قاعده این است که اگر هر دو طرف علم اجمالی محلّ ابتلا باشد مکلف باید احتیاط کند، مانند انائین مشتبّهین که هر دو در دسترس مکلف است اما اگر هر دو طرف، محلّ ابتلا مکلف نباشد (یک طرف محلّ ابتلا و طرف دیگر محلّ ابتلا نیست) مثلاً انائی در اینجا و اناء دیگر در قصر سلطان هند است، در اینجا علم اجمالی اثر نمی کند چون در طرفی که محلّ ابتلا است اصل حلیت جاری می کنیم و طرف دیگر که محلّ ابتلا نیست اصل ندارد، بنابراین تعارضی پیدا نمی شود تا تساقط کنند. حال در ما نحن فیه نسبت به زوج علم اجمالی پابرجاست، چون زوجۀ او یا فاطمه است یا معصومه، و هر دو محلّ ابتلا هستند، بنابراین باید در مورد مهریه و در اجتناب از کلیهما به احتیاط عمل کند چون هر دو اخت محلّ ابتلا است، و اما نسبت به اختین هر کدام از آنها محلّ ابتلائش خودش است و خواهرش محلّ ابتلا او نبوده و مکلف دیگری است که تکلیفش به عهدۀ خود اوست، مکلفتان مستقلّتان لکل

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۴۰

واحدۀ منهما تکلیف مخصوص بها. حال که این طور شد همان بحث علم اجمالی جاری می شود و می گوئیم خواهر اول نسبت به خودش شک دارد که عقد صحیح بر او جاری شده یا نه که در این صورت اصل (استصحاب) عدم اجراء صیغۀ عقد صحیح بر او است و خواهر دیگر هم تکلیف خودش را دارد و او هم همین حساب را در ناحیۀ خودش جاری کرده و می گوید اصل این است که عقدش صحیح نبوده مانند واجدی المنی فی الثوب المشترک که هر کدام اصل طهارت جاری می کند در حالی که خروج منی مسلم است. این مسأله اشباه و نظائر زیادی در اصول دارد.

قلنا: این مسأله هیچ جوابی ندارد جز این که گفته شود شارع مقدّس به نکاح اهمّیت داده و لذا باید احتیاط کنند، چون اگر هر دو خواهر اصل جاری کنند، نتیجه آن این است که یکی از این دو خواهر که در واقع شوهردار بوده و با تمسک به اصل بدون طلاق، دوباره بتواند ازدواج کند و شارع مقدّس بعید است که چنین اجازه‌ای دهد، پس چیزی که جلوی ما را می گیرد که بحث علم اجمالی را جاری کنیم مسئله احتیاطی است که در نکاح وجود دارد.

[مسأله ۱۷: فی مهر نکاح الاختین]

اشاره

مسأله ۱۷: لو طلقهما و الحال هذه فان كان قبل الدخول فعليه للزوجة الواقعيه نصف مهرها، و ان كان بعد الدخول فلها عليه تمام مهرها فان كان المهران مثليين و اتفقا جنساً و قدراً فقد علم من عليه الحق و مقدار الحق، و انما الاشتباه فيمن له الحق، و في غير ذلك

يكون الاشتباه في الحق ايضاً، فان اصطلحوا بما تسالموا عليه فهو، و الّا فلا محيص الّا عن القرعۃ، فمن خرجت عليها من الاختين كان لها نصف مهرها المسمّى أو تمامه و لم تستحق الأخرى شيئاً، نعم مع الدخول بها تفصيل لا يسعه هذا المختصر.

عنوان مسأله:

در این مسئله بحث در همان نکاح اختین است در جایی که مشتبه شده و احدهما در واقع صحیح و دیگری باطل است، در اینجا تکلیف مهریه چیست؟ فرض کنیم که زوج احتیاطاً هر دو را طلاق داده است (اگر چه مهر به مجرد عقد ثابت است). مسئله مهریه و روشن کردن تکلیف زوج در این مسأله نصّ خاصّی ندارد بنابراین سراغ قواعد رفته و از طریق اصول و قواعد و علم اجمالی و قرعه مسأله را حل می‌کنیم. البتّه این دو مسأله (۱۶ و ۱۷) محلّ ابتلا نبوده و فرض نادری است ولی حسن مسأله این است که یک سلسله قواعد فقهی و اصولی را تمرین می‌کنیم. در جایی که مسأله نص دارد کار ساده‌تر ولی در جایی که نص نداریم مسأله پیچیده‌تر است. این مسأله را جواهر، عروه و محشّین عروه هم متعرّض شده‌اند.

مسأله چهار صورت دارد که سه صورت را امام (ره) بیان کرده‌اند و صورت چهارم را چون مفصل است متعرّض نمی‌شوند:

۱- قبل از دخول هر دو را طلاق داد و هر دو مهریه اندازه هم است:

اشاره

یکی از دو عقد صحیح و دیگری باطل ولی نمی‌دانیم کدام است. طلاق قبل از دخول باعث تنصیف مهر است بنابراین این زوج در متن واقع یک نصف مهر بدهکار است که مقدار آن و این که چه کسی باید مهر بدهد معلوم است ولی این که مهر را به چه کسی بدهد معلوم نیست که سه راه در پیش داریم:

الف) احتیاط:

یعنی به هر دو نصف مهر را بدهد، البتّه در این صورت زوج ضرر می‌کند چون دو نصف مهر داده در حالی که یک نصف مهر بدهکار است پس اینجا احتیاط موجب ضرر است مانند احتیاط در مورد غنم موطوئه در قطع غنم که موجب ضرر است.

ب) قرعه:

اگر کسی قاعده قرعه را در چنین مواردی بپذیرد راه خوبی است مانند صاحب جواهر که در مسئله قبل قرعه را پذیرفت.

ج) قاعده عدل و انصاف:

اگر بگوییم که قرعه برای جایی است که دست ما به قاعده دیگری نرسد در حالی که در اینجا قاعده عدل و انصاف داریم یعنی نصف مهر را که زوج بدهکار است بین دو خواهر نصف می‌کنیم.

۲- قبل از دخول طلاق داد ولی دو مهر متفاوت است: همان سه راه حل در پیش ماست:

الف) احتیاط:

البته با توجه به این که دو مهر با هم متفاوت است اگر به احتیاط عمل کند باید قدر مسلم را بگیرد، مثلاً مهر یکی از دو خواهر یک میلیون و مهر دیگری دو میلیون است، در اینجا به هر یک یک میلیون می‌دهد چون قدر مسلم مهری است که بیشتر است و نصف آن را می‌دهد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۴۱

ب) قرعه:

اگر قرعه بزنند آیا پانصد هزار تومان را که اقل است قرعه بکشد یا اکثر را؟ احتیاط آن است که بیشتر را قرعه بزنند.

ج) قاعدة عدل و انصاف:

حد وسط دو مهر را می‌گیرد مثلاً نصف یک مهر (یک میلیون)، پانصد هزار تومان و نصف مهر دیگر (دو میلیون)، یک میلیون است که جمع آنها یک میلیون و نیم و حد وسط مهرین هفتصد و پنجاه هزار تومان است که آن را بین هر دو زوجه تقسیم می‌کنیم.

۳- دخول به احدی غیر معلوم واقع شده:

اشاره

در اینجا یک مهر تمام مستقر شده چون یا دخول به زوجه واقعی حاصل شده که مهر تمام ثابت است و یا به زوجه خیالی دخول حاصل شده که از باب وطی شبهه مهر کامل ثابت است. باز همان سه راه در اینجا هست:

الف) احتیاط:

تمام مهر را به هر دو می‌دهد.

ب) قرعه:

تمام مهر را به من له القرعة می‌دهد.

ج) قاعدة عدل و انصاف:

تمام مهر را بین هر دو تقسیم می‌کند.

۴- دخول به هر دو جهلاً حاصل شده و مهرها هم مساوی است:

اشاره

خیال می‌کرده که عقد هر دو جایز است (جهل به حکم) و یا نمی‌دانسته این دو خواهرند (جهل به موضوع) و نمی‌داند کدام قبل بوده و کدام بعد، در اینجا قطعاً باید دو مهر دهد، آن که زوجه واقعی است قطعاً مهر دارد و آن که زوجه خیالی است چون وطی به شبهه است باید به او هم مهر بدهند.

وطی به شبهه از موارد عقد فاسد است و در آن اختلاف است که آیا مهر المسمی (آن مهری که در عقد ذکر شده) بدهند یا مهر المثل (مهری که در عرف به مثل چنین زنی داده می‌شود)؟

اگر بگوییم که در عقد فاسد، وطی به شبهه مهر المسمی دارد در اینجا هر دو، مهر المسمی می‌شود که در این صورت هر دو متماثل می‌شوند و مشکلی ندارد ولی اگر بگوییم که در عقد فاسد، وطی به شبهه مهر المثل دارد در این صورت باید به یکی مهر المثل و به دیگری مهر المسمی بدهد که معلوم نیست به کدام بدهد. در اینجا هم همان بحث‌ها می‌آید یعنی سه صورت دارد.

الف) احتیاط:

یعنی حد اکثر از دو مهر (مهر المثل و مهر المسمی) را به هر دو بدهیم.

ب) قرعه:

قرعه بزنیم.

ج) قاعده عدل و انصاف:

مهر المثل و مهر المسمی را روی هم بریزیم و نصف کنیم و به هر دو بالسویه بدهیم. این همان صورتی است که مرحوم امام فرمودند که این مختصر جای بحث از آن نیست.

۲۵ ادامه مسئله ۱۷ ... ۲۸ / ۷ / ۸۱

بقی هنا نکتان:

اشاره

دو نکته از این مسأله باقی مانده است:

۱- فروع دیگر مسأله:

این مسأله شاخ و برگ زیادی دارد و صور عدیده‌ای برای آن تصور می‌شود و امام (ره) هم به این مطلب اشاره کرده‌اند ولی ارکان و امهات فروع، همین چهار صورت بود که بیان شد که بر اساس این صور می‌توان صور دیگر را هم محاسبه نمود که یا احتیاط است یا قرعه و یا رجوع به قاعده عدل و انصاف.

۲- قاعده عدل و انصاف:

اشاره

این نکته‌ای مهم و در پیچه‌ای به مسائل دیگر فقه است تا آنجا که اطلاع داریم هیچ یک از فقها و اصولیین به طور مستقل از قاعده عدل و انصاف بحث نکرده‌اند بلکه به صورت گذرا در لابه‌لای بحث‌ها آن را مطرح کرده‌اند و گاهی هم آن را قبول نکرده‌اند ولی این یک قاعده عقلایی در ابواب اموال است، مثلاً در جایی که بین دو نفر یا بیشتر بر سر مالی اختلاف افتاده و معلوم نیست که حق با کیست در این صورت قرعه نمی‌زنند، بلکه قاعده عدل و انصاف حاکم است.

دلیل این قاعده:

۱- بنای عقلا:

عقلا قدیماً و حدیثاً وقتی اموالی مشکوک می‌شود و نمی‌توانند مصلحین آن را حل کنند می‌گویند حدّ وسط آن را بگیرند، هم در گرفتن و هم در دادن، مثلاً اگر تیراندازی شد و کسی کشته شد و نمی‌دانیم که کدام تیر اصابت کرده، در اینجا کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۴۲ قرعه نمی‌زنند بلکه دیه را بین آن چند نفر تیرانداز تقسیم می‌کنند. یا مثلاً در مواقعی که می‌خواهند پولی را تقسیم کنند اگر مردّد بین فردین یا بیشتر شود، بین آنها عادلانه تقسیم می‌کنند.

۲- روایات کثیره:

این دلیل هم امضای شارع را می‌رساند و هم خود یک دلیل مستقل است، و آن روایات کثیره عدیده‌ای است که در ابواب مختلف فقه از باب قضا تا صلح و ارث، وارد شده است که آنها را می‌توانیم هم امضای بنای عقلا- توسط شارع مقدّس بگیریم و هم می‌توانیم به الغای خصوصیت دلیل مستقل قرار دهیم.

این که ما اسم آن را قاعده عدل و انصاف می‌گذاریم مراد عدالت مطلق نیست چون عدالت مطلق این است که تمام حق را به حق دار بدهیم ولی به هر حال عدالت نسبی است چون اگر قرعه بزنیم ممکن است هیچ مقدار از حق به ذی حق نرسد ولی در قاعده عدل و انصاف حد اقل نصف حق به ذی حق می‌رسد.

... عن اسحاق بن عمار، عن ابی عبد الله علیه السلام ان رجلین اختصما الی امیر المؤمنین علیه السلام فی دابۀ فی ایدیهما، و اقام کل واحد منهما البینة ... فقیل له فلو لم تکن فی ید واحد منهما و اقاما البینة؟ فقال ...:

فان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفین (۱)...

... عن غیاث بن ابراهیم، عن ابی عبد الله علیه السلام انّ امیر المؤمنین علیه السلام اختصم الیه رجلا ن فی دابۀ و کلاهما اقاما البینة أنّه انتجها

(متولّد از حیوانات خودم است)،

فقضی بها للذی فیہ یده

(در باب قضا بحث است که آیا بینه ذو الید حجّت است یا طرف دیگر به عبارت دیگر آیا بینه داخل حجّت است یا بینه خارج)

و قال: لو لم تکن فی یده جعلتها بينهما نصفین. (۲)

... عن تمیم بن طرفه انّ رجلین عرفا [ادّعیاً] بعیراً فأقام کل واحد منهما بینه فجعله امیر المؤمنین علیه السلام بينهما

(بین آن دو نصف کرد) (۳).

دو حدیث هم در مورد احکام صلح است:

* محمد بن علی بن الحسین باسناده عن عبد الله بن المغيرة، عن غير واحد من اصحابنا، عن ابي عبد الله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال احدهما: الدرهمان لي و قال الآخر: هما بيني و بينك

(چون اقرار کرده یک درهم به سبب اقرار او برای رقیقش است و اما دیگری بین این دو تقسیم می شود)

فقال: اما الذي قال: هما بيني و بينك فقد اقر بان احد الدرهمين ليس له و انه لصاحبه و يقسم الآخر بينهما. «۴»

* محمد بن علی بن الحسین باسناده عن السكوني، عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام في رجل استودع (امانت گذاشت)

رجلاً دينارين فاستودعه الآخر ديناراً فضاع دينار منها

(فرض هم این است که کوتاهی نکرده است)

قال: يعطى صاحب الدينارين ديناراً و يقسم الآخر بينهما نصفين. «۵»

... عن يونس بن يعقوب، عن ابي عبد الله عليه السلام في امرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأة

(مثل لباس های زنانه)

و ما كان من متاع الرجال و النساء فهو بينهما

(نصف می کنیم)

و من استولى على شيء منه فهو له

(اگر قسمتی در يد زن باشد یا در يد مرد باشد برای خودشان است و فرقی نمی کند که متاع زنانه باشد یا مردانه). «۶»

بعضی لفظ «منه» را از متن روایت انداخته اند و گفته اند «و من استولى على شيء فهو له» یعنی هر کسی که ذو الید بر مالی یا چیزی باشد حق با اوست در حالی که «منه» مربوط به «اثاث البيت» است نه همه چیز.

... عن رفاعه النخاس، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: اذا طلق الرجل امرأته و في بيتها متاع فلها ما يكون للنساء و ما يكون للرجال و النساء قُسم بينهما «... ۷»

۲۶ ادامه مسئله ۱۷ و ۱۸ (نکاح الاختين من الزنا ... ۲۹ / ۷ / ۸۱)

... عن السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام في رجل اقر عند موته لفلان و فلان لاحدهما عندى الف درهم ثم

مات على تلك الحال فقال على عليه السلام: ايتهما اقام البينة فله المال و ان لم يقم واحد منهما البينة فالمال بينهما نصفان. «۸»

... عن هشام بن سالم، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: المولود يولد له ما للرجال و له ما للنساء قال: يورث من حيث يولد من حيث سبق بوله فإن خرج منهما سواء فمن حيث ينبعث فان كانا سواء

(۱) و مسائل، ج ۱۸، ح ۲، باب ۱۲ از ابواب كيفية الحكم.

(۲) و مسائل، ج ۱۸، ح ۳، باب ۱۲ از ابواب كيفية الحكم.

(۳) و مسائل، ج ۱۸، ح ۴، باب ۱۲ از ابواب كيفية الحكم.

(۴) و مسائل، ج ۱۳، ح ۱، باب ۹ از ابواب احكام الصلح.

(۵) و مسائل، ج ۱۳، ح ۱، باب ۱۲ از ابواب احكام الصلح.

(۶) و مسائل، ج ۱۷، ح ۳، باب ۸ از ابواب ميراث الازواج.

(۷) وسائل، ج ۱۷، ح ۴، باب ۸ از ابواب میراث الازواج.

(۸) ح ۱، باب ۲۵ از احکام الوصایا، ج ۱۳ وسائل.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۴۳

ورث میراث الرجال و میراث النساء. «۱»

... عن اسحاق بن عمار، عن جعفر بن محمد، عن أبيه ان علياً عليه السلام كان يقول الخنثى يورث من حيث يبول ... فان مات و

لم يبيل فنصف عقل المرأة و نصف عقل الرجل. «۲»

... ان على بن ابي طالب قضى فى الخنثى ... فإن لم يبيل من واحد منهما حتى يموت فنصف ميراث المرأة و نصف ميراث الرجل.

«۳»

امام عليه السلام در این روایات می فرماید: اگر خنثی مشکل شد نصف میراث الانثی و نصف میراث المذکر را به او بدهند که چیزی جز قاعده عدل و انصاف نیست. ممکن است در خنثی در بن بست ها قرعه هم بکشیم ولی چون در اینجا امور مالی است و قاعده

عدل و انصاف داریم سراغ قرعه نمی رویم. «۴»

... عن محمد بن قيس،

(ظاهراً حديث معتبر است)

عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام فى اربعة شربوا مسكراً فأخذ بعضهم على بعضهم السلاح فاقتتلوا فقتل

اثنان و جرح اثنان فامر المجروحين فضرب كل واحد منهما ثمانين جلده

(حد شرب خمر)

و قضى بديه المقتولين على المجروحين «... ۵»

(در حالی که واقع مسأله معلوم نیست و ممکن است هر دو را یک نفر به قتل رسانده باشد و یا هر یک دیگری را به قتل رسانده باشد ولی چون از امور مالی است به قاعده عدل و انصاف تمسک کرده اند).

از چیزهایی که از این حدیث استفاده می شود این است که جنایات حال مستی مانند جنایات شبه عمد است چون امام دیه گرفتند و دستور قصاص ندادند.

احادیث دیگری هم در مستدرک «۶» در همین زمینه ها داریم و به عقیده ما احادیث دیگری هم می توان یافت.

جمع بندی: وقتی این روایات را کنار هم قرار داده و بعضی را به بعض دیگر ضمیمه کرده و الغاء خصوصیت می کنیم، حالتی شبیه استقراء پیدا می کند که از آن قاعده ای به نام «عدل و انصاف» ثابت می شود که در اموال می توان از آن استفاده کرد و عجب از آقای حکیم است که می فرمایند: و لو روایاتی وارد شده ولی از موارد آنها به جای دیگر نمی توان تعدی کرده و قاعده کلیه درست کرد و تعجب از این است که این موارد در ابواب عبادات نیست که تعبد باشد و نتوان تعدی کرد. پس با توجه به این که این قاعده در بین عقلا وجود دارد و شارع هم آن را امضا کرده و روایات هم متعدّد است با الغاء خصوصیت می توان یک قاعده کلیه درست کرد.

[مسأله ۱۸: نکاح الأختین من الزنا]

اشاره

مسأله ۱۸: الظاهر جریان حکم تحریم الجمع فیما اذا كانت الاختان کلّتا هما أو إحداهما من زنا.

عنوان مسأله:

در حرمت جمع بین اختین تفاوتی ندارد که این دو خواهر هر دو حلال زاده یا حرام زاده یا یکی حلال زاده و یکی حرام زاده باشد.

اقوال:

این مسأله هم از مسائلی است که بسیاری متعزّض آن نشده‌اند، ولی مرحوم صاحب عروه در مسأله ۴۷ به این بحث متعزّض شده با این تفاوت که امام (ره) فتوی می‌دهد (الظاهر) ولی عروه «الاحوط» می‌گوید.

دلیل: قاعده کلیه

شکی نیست که بر فرزند نامشروع عنوان ولد صادق است و فرزند نامشروع عرفاً ولد است چون از نطفه آن زن و مرد منعقد شده است، پس تمام احکامی که در ادله برای ولد بیان شده باید بر ولد نامشروع هم جاری شود، الا ما خرج بالدلیل. نهایت چیزی که در ادله وارد شده این است که «ولد الزنا لا میراث له» بنابراین در باب نکاح می‌گوییم جمع بین اختین، ازدواج ولد الزنا با مادرش (اگر پسر باشد) و با پدرش (اگر دختر باشد) جایز نیست، همچنین خواهر و برادر نامشروع نمی‌توانند با هم ازدواج کنند، حال وقتی درباره نکاح ولد نامشروع حکم ولد مشروع را دارد، درباره نفقه چرا نگوییم نفقه ولد نامشروع بر پدر و مادر است یا ولایت و حضانت او بر پدر و مادر است ولی در مورد ارث چون دلیل معتبر داریم، ولد نامشروع ارث نمی‌برد.

نقل یک شبهه:

مرحوم آقای حکیم در اینجا شبهه‌ای ایجاد کرده و می‌فرماید:
در حدیث معروفی که از پیامبر و غیر پیامبر نقل شده، آمده است که
«الولد للفراش و للعاهر الحجر» (۷)

ایشان می‌خواهد از این

(۱) و مسائل، ج ۱۷، ح ۱ باب ۲ از ابواب میراث الخنثی.

(۲) و مسائل، ج ۱۷، ح ۲ باب ۲ از ابواب میراث الخنثی.

(۳) و مسائل، ج ۱۷، ح ۶ باب ۲ از ابواب میراث الخنثی.

(۴) و سایل ج ۱۷، ح ۱ و ۲ و ۶ از ابواب میراث الخنثی.

(۵) و مسائل، ج ۱۹، کتاب الديات، ح ۱، باب ۱ از ابواب موجبات الضمان.

(۶) ابواب موجبات الضمان، ح ۱ و ۲ و ۳، باب ۲ و ابواب کیفیت الحکم، ح ۱، باب ۱۰ و ابواب صلح، ح ۱ باب ۵، ج ۱۳.

(۷) و مسائل، ج ۱۷، ح ۱ و ۴، باب ۸ از ابواب میراث ولد ملاءنه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۴۴

روایت استفاده کند که اصلاً ولد نامشروع ولد نیست، چون ولد آن است که از نکاح و فراش برخیزد و عاهر (زانی) سنگسار می‌شود، که در این صورت هیچ یک از احکام جاری نمی‌شود.

قلنا: ایشان هیچ یک از لوازم این مسأله را نمی‌پذیرد چون:

اولاً، لازمه این حرف این است که خواهر و برادر نامشروع بتوانند با هم ازدواج کنند که این را احدی نمی‌گوید و ایشان هم ملتزم نمی‌شوند.

ثانیاً، آیا «الولد للفراش» درباره مقام اثبات، است یعنی اگر کسی زنی داشت و دیگری نسبت به آن تجاوز کرد و فرزندی متولد شد و نمی‌دانیم که فرزند برای متجاوز است یا برای شوهر اصلی، در اینجا (موارد شک) در مقام اثبات بگوییم ولد برای فراش است و حلال زاده است و یا بگوییم «الولد للفراش» مربوط به مقام ثبوت است یعنی مثلاً اگر زنی همسری نداشت و با کسی رابطه داشت و ولد حاصل شد در اینجا الولد للفراش نیست چون از فراش برنخاسته پس ولد نیست و احکام ولد را ندارد!

معلوم است که «الولد للفراش» برای جایی است که فراش و عاهری هست و فرزندی متولد شده و نمی‌دانیم برای خودش است یا عاهر، می‌گوییم برای فراش است پس حدیث برای مقام اثبات است نه ثبوت.

[مسأله ۱۹ (نکاح أخت الزوجه فی عدتها)]

اشاره

۲۷ مسئله ۱۹ (نکاح أخت الزوجه فی عدتها ... ۸۱ / ۸ / ۴)

مسأله ۱۹: لو طلق زوجته فان كان الطلاق رجعياً لا يجوز ولا يصح نکاح أختها (صورت اولی)

ما لم تنقض عدتها و ان كان بائناً (مثل طلاق خلع یا طلاق سوّم و نهم)

جاز له نکاح أختها فی الحال (صورت دوّم)

، نعم لو كانت متمتعاً بها و انقضت مدتها أو وهبها (عدّه متعه بائن است)

لا يجوز علی الاحوط لو لم یکن الاقوی نکاح أختها قبل انقضاء العدّه و ان كانت بائنه (صورت سوّم).

عنوان مسأله:

این مسأله هم یکی دیگر از فروع مسأله جمع بین اختین است که حکم طلاق است. به این بیان که اگر احدهما را طلاق دهد آیا می‌تواند با دیگری ازدواج کند یا نه؟

مسأله در واقع دارای سه صورت است:

صورت اول: أخت اول مطلقه به طلاق رجعی است

اشاره

ظاهراً اختلافی نیست که نکاح اخت در این صورت جایز نیست. این مسأله در عروه در مسئله ۴۸ بیان شده است. مرحوم آقای حکیم در مستمسک در ذیل این مسأله می‌فرماید:

بلا خلاف فی الجواهر.

۱- قاعدہ کلیہ:

استقراء احکام مطلقه رجعیه
از استقراء احکام مطلقه رجعیه قاعدہ کلیه ای به دست می آید که «المطلقة الرجعیة بحکم الزوجه» و در تمام احکام چنین است و علت آن این است که طلاق ثابت نشده و هر زمانی که اراده کند برمی گردد و احتیاج به عقد جدیدی ندارد، پس چون به حکم زوجه است مادامی که عده تمام نشده نمی تواند خواهر او را تزویج کند چون از قبیل جمع بین اختین می شود.

۲- مفهوم روایت «أبو الصباح الکنانی»:

...* عن محمد بن الفضیل
(وثائق او ثابت نیست و بعضی او را از غلات می دانند پس یا مجهول الحال است یا ضعیف ولی رجال قبل از او همه ثقه هستند)
عن ابی الصباح الکنانی
(از ثقات است و در حدیثی امام صادق علیه السلام به او فرمود که تو برای سنجش، مثل میزان هستی و شهرت مشکل سند را در اینجا حل می کند)
عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن رجل اختلعت منه امرأته
(طلاق خلعی گرفت)
أیحلّ له أن یخطب أختها
(خطبه به معنی خواستگاری است ولی به قرینه ذیل روایت به معنی نکاح است)
قبل أن تنقضی عدتها؟ قال: اذا برئت [بارأت] عصمتها منه
(پیوند و ارتباط)
و لم یکن له رجعة فقد حلّ له أن یخطب أختها الحدیث. «۱»
منطوق حدیث، طلاق بائن است که صورت دوم مسأله است ولی مفهوم حدیث طلاق رجعی است یعنی اگر رجعی نباشد می تواند اخت او را ازدواج کند، پس دلالت حدیث خوب است و شهرت مشکل سند را حل می کند، علاوه بر این قاعدہ کلیه هم داریم.
حدیث دیگری هم در این باب داریم که صاحب جواهر و بعضی دیگر به آن استدلال کرده اند که دلالتش قابل بحث است.
...* عن زرارة، عن ابی جعفر علیه السلام فی رجل طلق امرأته و هی حُبلی
(باردار)
أیتزوج أختها قبل أن تضع
(وضع حمل کند)؟
قال: لا یتزوجها حتی یخلو أجلها
(در بعضی از نسخ هم «حتی یخلو بطنها» دارد). «۲»

(۱) ح ۱، باب ۲۸ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۲، باب ۲۸ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۴۵

آیا زنی را که باردار است نمی توان طلاق بائن داد و حتماً باید رجعی باشد؟ طلاق بائن هم ممکن است مثلاً زن طلاق خلعی بگیرد که عدّه آن بائن است، پس این روایت می گوید مادامی که باردار است جایز نیست خواهرش را بگیرد یعنی اعم از این که رجعی باشد یا بائن، مگر این که بگوییم روایت عام است و هر دو (طلاق رجعی و بائن) را شامل می شود و این روایت را به روایت قبل که می گوید فقط در رجعی جایز نیست تخصیص می زنیم، یعنی حدیث دوم و حدیث اول مطلق و مقتید و یا به عبارتی عام و خاص هستند.

صورت دوم: اخت اول مطلقه به طلاق بائن باشد در طلاق بائن نکاح اخت بی مانع است.

ادله:

قاعده حلیت:

- ۱- جمع بین اختین در نکاح نیست چون یکی را طلاق داده و به کلی از هم جدا شده اند و وقتی مصداق جمع بین اختین نیست داخل در قاعده حلیت است و قاعده حلیت در اینجا حاکم شده و دیگر حرام نیست.
- ۲-

منطوق روایت أبو الصباح الكنانی:

متن روایت در مورد نکاح بائن بود که در این مسأله به منطوق آن روایت عمل می کنیم. علاوه بر این در این مسأله مخالفی هم نداریم، پس هم مطابق حلیت است و مخالفی هم ندارد و علاوه بر این دو روایت هم دارد.

صورت سوم: نکاح متعه

اشاره

خواهر اول را با متعه نکاح کرده و مدت آن سرآمده یا باقی مدت را بخشیده و در عدّه متعه است آیا نکاح خواهر دیگر جایز است یا نه؟

در اینجا اختلاف است. مشهور قائل به جواز هستند و می گویند نکاح اخت به حسب قاعده بلامانع است، و یا این که مشهور است، چون جمع بین اختین نیست، مخالفینی هم در این مسأله داریم.

برای این که ببینیم مسأله شهرت دارد دو عبارت نقل می کنیم:

ابن ادریس وقتی که فتویٰ به جواز می دهد می فرماید روایتی داریم که دلالت بر حرمت می کند:

و هذه رواية شاذة مخالفة لاصول المذهب (جمع بین الاختین هر جا که نباشد اصل حلیت است) لا يلتفت اليها. «۱»

صاحب جواهر هم به این روایت حرمت که می رسد آن را رد کرده و می فرماید:

لاعراض الاصحاب عنه. «۲»

از این عبارات شهرت فهمیده می شود پس مخالفینی وجود دارد که صاحب جواهر از شیخ در نهاییه، ابن حمزه، ابن براج حرمت را

نقل می‌کند. صاحب مدارک کتابی به نام نهایه المرام دارد که صاحب جواهر از آن نقل می‌کند که ایشان می‌فرمایند:

انّ العمل به متعین. «۳»

از تمام این عبارات معلوم می‌شود که مسأله مخالفین قابل ملاحظه‌ای دارد و امام (ره) هم فرمود الاحوط لو لم یکن الاقوی التحریم پس ایشان هم از طرفداران حرمت هستند.

صاحب عروه هم می‌فرماید:

الاحوط (احوط وجوبی) الحرمه و بعد می‌فرماید: للنص الصریح محشین عروه هم موافقت با عروه کرده‌اند. پس مخالفین هم زیاد هستند ولی شهرت، اباحه و غیر مشهور، حرمت است.

مقتضای قاعده:

ما باشیم و قاعده، اصل حلیت است، چون جمع بین اختین نیست ولی قائلین به حرمت به روایتی استناد کرده‌اند که به چهار طریق نقل شده است و حد اقل دو طریق آن معتبر است.

* باسناده

(اسناد شیخ تا حسین بن سعید صحیح است)

عن الحسین بن سعید

(حسین بن سعید اهوازی)

قال: قرأت فی کتاب رجل الی ابی الحسن الرضا علیه السلام

(رجل چه کسی است نمی‌دانیم ولی حسین بن سعید شهادت می‌دهد که نامه برای امام رضا علیه السلام است)

الرجل یتزوج المرأة متعاً الی اجل مسمی فینقضی الاجل بینهما هل یحلّ له أن ینکح اختها من قبل أن تنقضی عدتها؟ فکتب: لا یحلّ له أن یتزوجها حتّی تنقضی عدتها. «۴»

این روایت سند دومی هم دارد که از «یونس بن عبد الرحمن» از اصحاب امام رضا علیه السلام است، سند سوم روایت از «علی بن ابی حمزه» است و سند چهارم از «احمد بن محمد بن عیسی» در کتاب نوادر است، معلوم می‌شود که نوادر احمد بن محمد بن عیسی در نزد صاحب وسائل بوده است. هر چهار

(۱) سرائر، ج ۲، ص ۵۳۷.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۸۲.

(۳) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۸۲.

(۴) ح ۱، باب ۲۷ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۴۶

نفر کتاب رجل را دیده و مطالعه کرده‌اند. از بین این چهار طریق حد اقل دو طریق معتبر است که یکی روایت نوادر و دیگری روایت «حسین بن سعید» است.

چرا ما به این روایت عمل نکنیم؟ بعضی (صاحب جواهر) گفته‌اند که حمل بر کراهت می‌کنیم ولی مرحوم علمامه در تحریر می‌گوید حمل بر استحباب می‌کنیم که در واقع همان قول قبل است چون استحباب به معنی استحباب ترک و کراهت به معنی کراهت فعل است، لا بد به دلیل این که مشهور اعراض کرده‌اند حمل بر کراهت یا استحباب می‌کنند.

قلنا: اعراض مشهور در اینجاها خیلی کارآیی ندارد چون مشهور در موارد بسیاری سراغ احتیاط می روند و در اینجا بالخصوص سراغ احتیاط نرفته اند و به اباحه چسبیده اند. قاعده این است که طلاق بائن حکم جدایی کامل را دارد (همان تعبیر ابن ادریس) پس چون روایت خلاف اصول مذهب بود که می گوید که عدّه بائن مثل طلاق بائن است و این زن و مرد با هم ارتباطی ندارند لذا مشهور قائل به جواز شده اند.

اگر واقعاً بنا باشد که در عدّه نکاح متعه، نکاح خواهر جایز باشد در اینجا لازمه آن این است که جمع بین اختین شود، چون مثلاً یک روزه یک خواهر را متعه می کند و فردا دیگری را متعه می کند و در روز بعد مجدداً اولی را متعه می کند چرا که در اینجا عدّه لازم نیست چون با شوهر خودش مجدداً عقد کرده که این در واقع مثل جمع بین اختین است و اگر شارع هدفی در منع از جمع بین اختین داشته است در این صورت آن هدف پایمال می شود. پس ما هم بعید نیست که طبق این بیان موافق محشین عروه قائل به احتیاط شویم، علاوه بر این روایت به این محکمی هم داریم پس می گوئیم الا-حوط لولا الاقوی این است که مهلت دهیم تا عدّه تمام شود.

[مسأله ۲۰ (حرمة الجمع بين الفاطميتين)]

اشاره

۲۸ مسئله ۲۰ (حرمة الجمع بين الفاطميتين ...) ۸۱ / ۸ / ۵

مسأله ۲۰: ذهب بعض الاخباريين الى حرمة الجمع بين الفاطميتين في النكاح (دو زن سیده ای را که از نسل حضرت زهرا علیها السلام باشد نمی تواند با هم تزویج کند) و الحق جوازه و كان الترتك احوط و أولى.

اقوال:

ظاهر این است که این مسأله بین قدما، و متأخرین مطرح نبوده و از زمان صاحب حدائق زمزمه آن در بین بعضی اخباریین پیدا شده و به حرمت آن فتوی داده اند و بعضی هم مانند صاحب حدائق رساله ای در حرمت جمع بین فاطمیتین نوشته اند. این مسأله در زمان ما فروکش کرده و در بین علمای این زمان قائل به حرمت وجود ندارد و اگر هم باشد قائل به کراهت هستند، البته صاحب جواهر در کراهت هم تردید می کند. حال چگونه ممکن است چنین مسئله ای که محل ابتلا است کسی از قدما به آن فتوی نداده باشد. صاحب حدائق می فرماید:

هذه المسألة لم يحدث فيها الكلام إلا في هذه الاعصار الاخيرة و إلا فكلام المتقدمين من اصحابنا و المتأخرين خالٍ من ذكرها و التعرض لها و قد اختلف فيها الكلام و كثر فيها النقص و الابرام بين علماء عصرنا و من تقدمه قليلاً (ظاهراً همان اخباریون را می گوید چون در بین اصولیین طرفداری ندارد). «۱»

صاحب حدائق در ادامه قول بالتحريم و بالحل و بالتوقف نقل می کند.

مرحوم صاحب جواهر در ذیل یکی از مسائل جمع بین اختین این بحث را مفصلاً مطرح کرده است در حالی که در فهرست جواهر عنوان نشده است مرحوم صاحب جواهر می فرماید:

جزم المحدث البحراني (صاحب حدائق) بحرمة ذلك و عمل فيها رسالته اكثر فيها التشجيع (افراد را تشجیع می کند که قائل به حرمت شوند) و تشجيع (بدگویی از مخالفین) و ذكر فيها (صاحب حدائق در رساله اش) أنه قد عرضها على بعض معاصريه من العلماء

المشارکین له فی اختلال الطریقۃ و وافقه علی ذلک. در ادامه می فرماید نه تنها دلیل بر حرمت نداریم، دلیل بر کراهت هم نداریم و بعد می فرماید:

و من هنا عدّ ذلک بعض الناس من البدع. «۲»
مسأله از نظر اقوال همین است و مسئله نوظهوری است.

ادله:

۱- مقتضای قاعده:

مقتضای قاعده «أجل لكم ما وراء ذلكم» حلیت است.

- (۱) حدائق، ج ۲۳، ص ۵۴۲.
(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۳۹۲.
کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۴۷

۲- روایت:

اشاره

غایت چیزی که می توان برای حرمت به آن استدلال کرد یک روایت است که هم سند معتبر دارد و هم سند ضعیف. این روایت صحیحۃ «حمّاد بن عثمان» است. صاحب وسائل وقتی می خواهد این حدیث را ذکر کند ابتدا سند ضعیف را ذکر می کند، بعد سند صحیح را و خودش هم فتوی نمی دهد و «حکم الجمع» می گوید و «کراهة الجمع» و «حرمة الجمع» نمی گوید، پس این را دلیل گرفته اند که صاحب وسائل جزء متوقّفین بوده است.

طبق سند ضعیف، روایت مرسله ابن ابی عمیر است ولی قبل از او افرادی هستند که جای بحث دارد.

... عن محمد بن ابی عمیر، عن رجلٍ من اصحابنا قال: سمعته يقول: لا یحلّ لاحد (ظاهرش حرمت است)

ان یجمع بین ثنتین من ولد فاطمة علیها السلام

(اگر حدیث تا اینجا بود خوب بود و حرمت را می رساند ولی ذیل و تعلیلی دارد که دلالت بر حرمت را مشکل می کند)

انّ ذلک یبلغها فیشقّ علیها

(برایشان ناگوار است)

قلت:

یبلغها، قال: ای و الله. «۱»

معلوم می شود حتی مسائل جزئی هم به وجود مقدّس حضرات معصومین علیهم السلام عرضه می شود و از احوال شیعیان شان باخبر می شوند.

سند دیگری که صاحب وسائل نقل می‌کند عن محمد بن یحیی، عن احمد بن محمد، عن أبیه، عن ابن ابی عمیر ... است که این سند صحیح است.

این روایت دو مشکل دارد:

۱- از نظر دلالت:

روایت می‌فرماید «فیشق علیها» آیا این به معنی این است که باعث آزار حضرت می‌شود که مصداق «من آذاها فقد آذانی» شود یا این که فقط سخت است که دلیل بر حرمت نمی‌شود، پس این تعلیل دو پهلو است و روایت را از حجیت می‌اندازد، بنابراین ظهور «لا یحل» در حرمت به خاطر تعلیل زیر سؤال می‌رود و تناسب با کراهت پیدا می‌کند.

۲- اعراض اصحاب:

این حدیث در کتاب صدوق (علل الشرایع)، و تهذیب وجود دارد پس در کتب اربعه و غیر کتب اربعه هست و در مقابل چشم علمای بزرگ بوده است پس چرا اصحاب اعراض کرده و فتویٰ نداده‌اند، آیا می‌توان باور کرد که آنها روایت را ندیده‌اند؟ این اعراض باعث سقوط حدیث از حجیت می‌شود.

اضف الی ذلک: در عصر معصومین علیهم السلام این مسأله محلّ ابتلا- بوده خصوصاً در بین علویین و اقبای معصومین علیهم السلام و غالباً علویین و هاشمیین مقتید بودند که در بین خودشان ازدواج کنند و همچنین در آن عصر تعدّد زوجات شایع بود و فاطمیین هم زیاد بودند پس محلّ ابتلا- بوده است حال چگونه است که هیچ یک از ائمه نفرموده‌اند که جمع بین فاطمیین حرام است، پس اگر بود بیان می‌شد.

بقی هنا امور:

الامر الاول: در بین اخباریون که قائل به حرمت شده‌اند اختلاف است.

بعضی گفته‌اند که حرمت وضعی (باطل) است و بعضی گفته‌اند که حرمت تکلیفی (حرام است نه باطل) و حضرت زهرا علیها السلام را ناراحت کرده است و گفته‌اند که برای این که ناراحتی از بین رود یکی از آنها را طلاق دهد. حال اگر ما قائل به حرمت بودیم که نیستیم قائل به حرمت تکلیفی می‌شدیم، چون شارع مقدّس این را از شرایط نکاح نشمرده است.

الامر الثانی: اگر کسی قائل به حرمت شد اگر شوهر هم از علویین و فاطمیین باشد آیا حکم، آنجا را هم شامل می‌شود؟

روایت اطلاق دارد و شامل آنها هم می‌شود چون اگر بنا باشد حضرت ناراحت شود فرقی ندارد که شوهر هم هاشمی باشد یا نه، چون صحبت در اذیت زوجین است، و هکذا اگر کسی یک زوجه فاطمیّه دارد و یک غیر فاطمی را بر آن وارد می‌کند در اینجا هم تعلیل شامل است و تعمیم می‌دهد چون در این صورت هم «یشقّ علیها» (تعلیل، تعمیم می‌دهد).

الامر الثالث: مراد از فاطمی کیست؟ آیا پدر و مادر هر دو از اولاد فاطمه باشند یا پدر یا مادر فقط؟

بعضی از اخباریون قائلند که همه را شامل است. صاحب جواهر به اینجا که می رسد می فرماید: در این صورت خیلی از مردم مرتکب حرام شده اند چون بالاخره در پدر یا مادر یا پدر بزرگ و مادر بزرگ به اولاد حضرت فاطمه علیها السلام می رسند و این خود مؤید آن است که مسأله شدیداً محل ابتلا است، علاوه بر این ممکن است که خود ائمه هم بین فاطمین جمع کرده باشند که باید مورد بررسی قرار گیرد پس مسأله واضح است و جای بحث ندارد و فتویٰ به حرمت نمی توان داد.

(۱) ح ۱، باب ۴۰ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۴۸

[مسأله ۲۱ (لو زنت امرأة ذات بعل)]

اشاره

۲۹ مسأله ۲۱ (لو زنت امرأة ذات بعل ...) ۶ / ۸ / ۸۱

مسأله ۲۱: لو زنت امرأة ذات بعل لم تحرم علی زوجها (اگر زنی مرتد شود بدون طلاق جدا می شود و همچنین مرد اگر مرتد شود بدون طلاق جدا می شود ولی در اینجا خود بخود حرام نمی شود) و لا یجب علی زوجها ان یطلقها و ان کانت مصره علی ذلک (تکرار شود).

عنوان مسأله:

در این مسأله بحث مستقلی مطرح می شود و آن این است که هرگاه زن شوهرداری مرتکب زنا شود آیا بر همسرش حرام می شود؟ اگر حرام نمی شود آیا بر همسرش واجب است او را طلاق دهد؟ آیا بین این که اصرار بر این عمل داشته باشد یا ندرتاً از او صادر شود فرقی هست؟

اقوال:

اشاره

مسأله بین اصحاب بلکه بین همه علمای اسلام مشهور است و همه می گویند حرام نمی شود و طلاق لازم نیست و فقط از «حسن بصری» نقل شده که قائل به حرمت شده است. از دو نفر از اصحاب ما (شیخ مفید و سلار بن عبد العزیز) نیز نقل شده است که گفته اند عند الاصرار حرام می شود.

مرحوم شیخ در مبسوط می فرماید:

إذا کانت له زوجة فزنت لا تبین منه و الزوجیه باقیه اجماعاً (شاید منظور شیخ صورتی باشد که اصرار بر این عمل نباشد). «۱»

مرحوم کاشف اللثام می فرماید:

و لو اصرت امرأته علی الزنا فالأصح أنها لا تحرم وفاقاً للمشهور... و حرّمها المفید و سلّار. «۲»

خلاصه اقوال:

در صورتی که اصرار نباشد هیچ مخالفی در عامّه و خاصّه جز حسن بصری نیست و اگر اصرار داشته باشد دو نفر از علمای ما (سلّار و مفید) مخالفت کرده اند.

ادله قول مشهور (حلیت):

اشاره

دلیل مشهور چند چیز است:

۱- اصالة الحلیة:

اصالة الحل را از آیه «وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» «۳» استفاده می کنیم.

۲- روایت عام «ان الحرام لا یحرّم الحلال» «۴»:

روایت مشهوری که سابقاً بیان شده که هم از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و هم از ائمه معصومین علیهم السلام نقل شده است.

۳- روایات خاص:

...* عن عبّاد بن صهیب، عن جعفر بن محمد علیه السلام قال: لا بأس أن یمسک الرجل امرأته ان رآها تزنی اذا كانت تزنی «... ۵» (ظاهراً یکی از این دو اضافه است و صاحب جواهر «اذا كانت تزنی» را نقل نمی کند اما اگر هر دو عبارت را داشته باشد آیا اشاره به اصرار است یا تأکید جمله قبل؟ بعید نیست که کسی استمرار را بفهمد، البتّه به شرط این که این قسمت جزء حدیث باشد). اگر حدیث از نظر سند مشکل داشته باشد با عمل اصحاب جبران می شود.

...* عن النضر

(نضر بن سويد)

عن عبد الله بن سنان

(سند معتبر است)

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل رأى امرأته تزنی، أ یصلح له أن یمسکها؟

(ظاهراً یک بار بوده)

قال: نعم ان شاء. «۶»

* عن ابی امیر عن علی بن یقظین، عن زرارة، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: جاء رجل الى النبی صلی الله علیه و آله فقال یا رسول الله: ان امرأتی لا تدفع ید لأمس

(دست کسی را عقب نمی‌زند و به همه جواب مثبت می‌دهد)

قال: طلقا قال یا رسول الله: انی أحبها قال:

فامسکها. «۷»

(این روایت دلالت می‌کند که بر فرض اصرار هم اشکالی ندارد).

حاصل این روایات عدم حرمت است و لیکن به قول صاحب جواهر این مسأله ننگ و عار است و با کرامت انسان نمی‌سازد و افراد با شخصیت چنین زنی را نگه نمی‌دارند، پس این روایات اصل جواز را می‌گویند.

نتیجه: از مجموع روایات معلوم می‌شود که نگه داشتنش حرام نیست و طلاق هم واجب نیست و اصرار و عدم اصرار هم فرق نمی‌کند.

ادله غیر مشهور (حرمت در صورت اصرار):

اشاره

قائلین به حرمت در صورت اصرار به دلائلی استدلال کرده‌اند:

(۱) ج ۴، ص ۲۰۲.

(۲) کشف اللثام، ج ۷، ص ۱۸۶.

(۳) آیه ۲۴، سوره نساء.

(۴) ح ۶ و ۹ و ۱۱ و ۱۲، باب ۶ از ابواب مصاهره.

(۵) ح ۱، باب ۱۲ از ابواب مصاهره.

(۶) مستدرک، ج ۱۴، ح ۴، باب ۱۲ از ابواب مصاهره.

(۷) مستدرک، ج ۱۴، ح ۲، باب ۱۲ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۴۹

۱- آیه «الزانی لا ینکح إلا زانیة أو مشرکة و الزانیة لا ینکحها إلا زانٍ أو مشرک و حرّم ذلک علی المؤمنین». «۱»

اشاره

زانی را جز زانیه و زانیه را جز زانی نکاح نمی‌کند و این حرام است بر مؤمنین پس اطلاق آیه شامل ما نحن فیه هم می‌شود و دلالت بر حرمت دارد.

آیا آیه بر یک مسأله خارجی دلالت دارد یا بر یک حکم شرعی؟ آیه می‌فرماید یدان، یدان را پیدا می‌کنند و خوبان خوبان را و

یک جمله خبری است که از یک رسم خاصی در بین عقلا خبر می‌دهد مانند «الْخَبِيثَاتُ لِلْخَبِيثِينَ وَالْخَبِيثُونَ لِلْخَبِيثَاتِ وَالطَّيِّبَاتُ لِلطَّيِّبِينَ وَالطَّيِّبُونَ لِلطَّيِّبَاتِ» (۲) که مانند قاعده کلیه‌ای است که در بین عقلا وجود دارد می‌گویند، اگر کسی را نشناختید به دوستان و هم‌نشینان او نگاه کنید. ولی ذیل آیه می‌فرماید «وَحُرْمٌ ذَلِكُمْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ» پس این آیه غیر از «الْخَبِيثُونَ لِلْخَبِيثَاتِ» است یعنی این آیه بیان تشریح و بیان حکم است و مسئله خارجی متعارف بین عقلا نیست.

جواب از دلیل:

این آیه از سه جهت قابل خدشه و بررسی است:
 اولاً: آیه ناظر به ابتدای نکاح است یا ادامه نکاح؟ اصلاً ادامه نکاح، نکاح نیست و آیه ناظر به ابتداء نکاح است، بله اگر ما نکاح را به معنی وطی بگیریم در این صورت در استفاده هم وطی حاصل می‌شود ولی ما نکاح را به معنی عقد دانستیم نه به معنی وطی و استفاده عقد جدید نیست و صدق عقد هم نمی‌کند پس آیه می‌گوید در ابتدای کار ازدواج با زانیه درست نیست.
 ثانیاً: آیا شما در زانی هم همین حرف را می‌زنید؟ چرا که آیه دو طرف دارد به این معنی که اگر شوهر کار خلافی انجام داد آیا این مرد بر زن حرام می‌شود؟ شما به این حرف ملتزم نیستید و کسی این مطلب را نگفته است.
 ثالثاً: در آیه فرقی بین مصرّه و غیر مصرّه نیست، اگر شیخ مفید به این آیه تمسک جسته باشد باید به صورت مطلق بگوید حرام است در حالی که آن را به صورت اصرار مقتد کرده است.
 نتیجه: استدلال اجنبی است و مرد و زن و مصرّه و غیر مصرّه را شامل است و اینها قرینه می‌شود که آیه را بر کراهت حمل کنیم آن هم در مورد خودش.

۲- روایات:

اشاره

* محمد بن الحسن باسناده عن الحسن بن محبوب

(طریق شیخ به حسن بن محبوب معتبر است)

عن الفضل بن یونس قال: سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها فزنت قال: يفرق بينهما (ظاهر روایت جدایی بدون طلاق است کما این که اگر زن مرتده شود از شوهر جدا می‌شود بدون نیاز به طلاق و چیز دیگری)

و تحدّد الحدّ ولا صداق لها

(چرا مهر ندارد؟) (۳)

آیا می‌توان به این حدیث عمل کرد؟

۳۰ ادامه مسئله ۲۱ ... ۸ / ۷ / ۸۱

* و باسناده عن اسماعیل بن ابی زیاد

(لقب او سکونی است و در طرق دیگر روایت به جای این اسم سکونی دارد پس سند به خاطر او اشکال دارد)

عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام قال: قال علي عليه السلام في المرأة اذا زنت قبل أن يدخل بها زوجها قال: يفرق بينهما ولا صداق لها لأنّ الحدّ كان من قبلها (۴)

(چون این حادثه از ناحیه زن بوده و او باعث جدایی شده است لذا مهر او از بین می‌رود).

این دو حدیث بر قول غیر مشهور دلالت دارد که می‌گویند زنای لاحق در صورت اصرار سبب حرمت نکاح و تفرقه می‌شود.

جواب از دلیل:

اشاره

این دو حدیث از سه جهت قابل خدشه و نقد است:

اولاً: اینها معرض عنهای مشهور است بنابراین اگر از نظر سند قوی هم باشد از کار می‌افتد.

ثانیاً: این روایات از جهتی اخص از مدعا و از جهتی اعم از مدعاست، اخص است چون قبل از دخول را می‌گویند در حالی که قبل از دخول و بعد از دخول فرقی نمی‌کند و اما اعم است، چون مصرّه و غیر مصرّه را شامل است در حالی که مدعای آنان در مورد مصرّه بود، پس هم مدعا را می‌گیرد و هم ما وراء مدعا را و چنین دلیلی برای اثبات مقصود کافی نیست.

ثالثاً: در این روایت آمده که این زن صداق ندارد، در حالی که احدی به آن فتوی نداده است، آیا اگر زن خودش سبب شد که نکاح باطل شود مهر ندارد؟

توجیه: بعضی از عیوب است که شرط عرفی و عام در آن

(۱) آیه ۳، سوره نور.

(۲) آیه ۲۶، سوره نور.

(۳) وسائل، ج ۱۴، ح ۲، باب ۶، از ابواب عیوب.

(۴) ح ۳، باب ۶ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۵۰

هست، به عبارت دیگر ما عیوب منصوصه‌ای داریم که نکاح را باطل می‌کند (مثل جنون) اما عیوبی هم هست که عرف آنها را عیب می‌داند و چه بگوید و چه نگوید هنگامی که عقد را انجام می‌دهند مشروط به سلامت از آن عیب است. مثلاً اگر دختری را ازدواج کردند بعداً معلوم شد که بکارت زائل شده است، در اینجا می‌گویند در عرف دختر باید دارای بکارت باشد و اگر نداشته باشد یا تدلیس است و یا شرط شده و تخلف از شرط است، چون بکارت شرط عامی است که و لو به آن تصریح نکنند شرط است و شوهر اختیار فسخ دارد. ما نحن فیه هم همین است یعنی شخص دختری گرفته و بعد معلوم شده که آلوده بوده است پس شرط عامی است که در عقد تصریح شده است و ناگفته پیداست، که این جزء عیوب است که سلامت از آن در عقد شرط شده است.

مؤید:

مرحوم صاحب وسائل هم همین را از روایات فهمیده است و لذا این روایات را در باب عیوب ذکر کرده است که این خود به عنوان مؤید است.

شاهد:

روایت عبد الرحمن شاهد بر این معنی است:

□

...* عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها أنها كانت قد

زنت قال: ان شاء زوجها اخذ الصداق ممن زوجها

(ظاهر حدیث این است که دخول هم حاصل شده و بعد فهمیده است در عین حال می گوید می تواند صداقش را از کسی که این دختر را برای او آورده بگیرد چون تدلیس کرده است. البتّه این در فرضی است که می خواهد از زن جدا شود) و لها الصداق بما استحلّ من فرجها

(فرض جایی است که تدلیسی شده و می خواهند از هم جدا شوند در اینجا زن مهر را می گیرد «بما استحلّ من فرجها» و همان را زوج از مدّلس می گیرد) و ان شاء ترکها

(احتمال دارد که به این معنی باشد که زن را به حال خودش باقی می گذارد و فسخ نمی کند) الحدیث. «۱»

نتیجه: از این حدیث استفاده می شود که این مسأله واقعاً داخل در عیوبی است که تدلیس حاصل شده است، یا اشتراط عدم شده که نتیجه آن این است که در تمام مواردی که این روایات می گوید قبلاً زنا کرده از بحث ما خارج است، چون بحث ما در این است که بعد از زوجیت زنا کرده در حالی که اینها برای جایی است که قبل از عقد زنا کرده که از عیوب است، پس با این توجیه «ما لا صداق لها» درست شد چون فسخ قبل از دخول، مهریه ندارد.

پس اشکال چهارمی بر این احادیث وارد می شود و آن این که این احادیث خارج از ما نحن فیه است و به بحث عیوب برمی گردد و شما در جای خودش جزء عیوب بدانید یا ندانید ربطی به بحث ما ندارد، چون بحث ما در این بود که زن بعد از ازدواج آلوده شده است.

تلخّص من جمیع ما ذکرنا: این احادیثی که برای قول غیر مشهور به آن استدلال شده ارتباطی با بحث ما ندارد.

۳- جلوگیری از اختلاط میاه:

اشاره

دلیل سوّمی هم در اینجا آورده اند که در کلام کاشف اللثام آمده است:

و ثانیاً بالاحتراز عن اختلاط مائه بماء الزنا (از زوجه جدا می شود تا اختلاط میاه نشود) و لذا ورد فی الاخبار (در روایات وارد شده است که اگر با زنی زنا کردی بگذار استبراء رحم شود تا ماء حلال با ماء حرام مخلوط نشود) انّ من اراد التزوج بمن فجر بها استبرأ رحمها من ماء الفجور. و لکنّه لا یفید الدعوی. «۲»

جواب از دلیل:

این دلیل از جهاتی قانع کننده نیست:

اولاً: استحسان ظنی است چرا که «الولد لفراش و للعاهر الحجر» یعنی اگر ولد قابل الحاق به فراش نباشد یلحق بالفجور و اگر قابل الحاق باشد به فراش ملحق است پس اشتباهی پیش نمی آید.

ثانیاً: تفاوتی بین مصرّه و غیر مصرّه در این جهت نیست.

ثالثاً: نباید از هم جدا شوند بلکه باید مهلت دهند که رحم از ماء فجور پاک شود، بعداً با او باشد و لازم نیست که از هم جدا شوند، پس این دلیل هم صحیح نیست.

توجه: آنچه که گفتیم درباره حکم حلال و حرام بود ولی شکی نیست که با چنین مرد و زنی ازدواج کردن مکروه است، به طوری که در روایات داریم که به شارب الخمر دختر ندهید. مبدا از این بحثها تصوّر شود که اگر زنی منحرف شد، به سادگی می توان

از آن گذشت بلکه این کار، خیلی سنگین است و در کراهت آن شکی نیست و اگر توبه نکند باید آن را رها کند و باید این مسائل در شرع اسلام رعایت شود.

(۱) ح ۴، باب ۶ از ابواب عیوب.

(۲) کشف اللثام، ج ۷، ص ۱۸۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۵۱

۳۱

مسأله مستحدثه

۸۱ / ۸ / ۸...

نکته: وقتی از اختلاط میاه و عدّه بحث می‌کنیم عده‌ای می‌گویند که امروزه مشکل اختلاط میاه حل شده است و با آزمایش‌های مختلف می‌فهمند که بچه متعلق به چه کسی است، آیا باز مسئله عدّه و اختلاط میاه هست؟ دو نکته را باید مد نظر قرار داد:

۱- این آزمایش‌ها آن قدر که شما فکر می‌کنید دقیق نیست به طوری که هیچ خطا و اشتباهی در آن نباشد، بلکه خطای انسانی و خطای دستگاهی در آنها هست.

۲- مسئله عدّه فقط مربوط به اختلاط میاه نیست بلکه این یکی از فلسفه‌ها و حکمت‌هاست چون مردی که دو سال از زنش دور بوده و زنش را طلاق می‌دهد، در اینجا بازهم عدّه لازم است اگر چه از هم دور بوده‌اند، پس یک فلسفه عدّه اختلاط میاه است و فلسفه دیگر آن حریم زوجیت است چون امروز پیش آن باشد و فردا پیش دیگری، این درست نیست و شارع می‌خواهد برای نکاح حریم نگاه دارد و عدّه حریم آن است.

در عصر و زمان ما مسائلی مورد ابتلاء واقع شده که سابقاً این قدر نبود. در پنج مسئله‌ای که در ادامه می‌خوانیم دو مسأله مربوط به زنا و زنا با بعل و زنا در عدّه است که اگر کسی زنا با بعل کند آیا حرام ابدی می‌شود یا نه؟ سه مسأله هم مربوط به محرّماتی است که ناشی از لواط می‌شود، خواهر و مادر و دختر مفعول بر فاعل حرام است. این مسائل سابقاً هم بوده ولی بر اثر گسترش فساد در عصر ما دامنه پیدا کرده و زیاداند کسانی که گرفتار هستند مثلاً با زنی شوهردار زنا کرده و بعد از مرگ شوهر با او ازدواج کرده و چندین بچه دارد حال باخبر شده که زن حرام ابدی بوده است ما ناچاریم این مسائل را با دقت بررسی کنیم.

[مسأله ۲۲: من زنی بذات بعل دواماً أو متعاً]

اشاره

۳۲ مسئله ۲۲ (فی نکاح من زنی بامرأة ذات بعل ...) ۸۱ / ۹ / ۲۰

در بحث محرّمات به مصاهره در باب نکاح سه مسئله خیلی مهم (۲۲ و ۲۳ و ۲۴) باقی مانده است: یکی حکم زنا با بعل و دیگری زنا در عدّه و سوّمی آثار مترتب بر لواط از نظر محرّمات نکاح.

دلیل اهمّیت این مسائل این است که آلودگی‌ها در زمان ما زیاد است، خصوصاً که از نظر ادله هم پیچیده هستند بنابراین این سه مسأله را با دقت مورد بررسی قرار می‌دهیم.

مسأله ۲۲: من زنی بذات بعل دواماً أو متعۀ حرمت علیه ابدأ سواء كانت مسلمة أم لا مدخولاً بها كانت من زوجها أم لا فلا يجوز نکاحها بعد موت زوجها أو زوال عقدھا بطلاق و نحوه (مثل فسخ و یا اگر متعه باشد وقت آن تمام شود) و لا فرق علی الظاهر بین أن یکون الزانی عالماً بأنھا ذات بعل او لا و لو كان مکرها علی الزنا ففی لحوق الحکم اشکال.

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد زناى به ذات بعل است که آیا موجب حرمت ابدی می‌شود یا نه؟ افرادی، مرتکب زناى به ذات بعل شده و بعد از طلاق یا موت شوهر آن زن (مزنی بها) با او ازدواج کرده و صاحب فرزندانى شده و بعد مسأله را متوجّه شده‌اند، آیا باید از هم جدا شوند مثل کسی که خواهری در شهر دیگری داشته و ندانسته با او ازدواج کرده، بعد معلوم شده که خواهر اوست در اینجا گفتگویی ندارد که باید از هم جدا شوند ولی بچه‌های آنها حلال زاده هستند چون وطی به شبهه بوده است. در ما نحن فیه نیز اگر قائل به حرمت ابدی شویم، حکم چنین است.

زناى به ذات بعل از نظر امام (ره) پنج گونه تعمیم دارد که چهار مورد را ایشان قبول دارند و در یک مورد «فیه اشکال» می‌گویند. امام (ره) این مسائل (زناى به ذات بعل و زناى در عدّه) را جلو انداخته و در فصل بعد نکاح ذات بعل و نکاح در عدّه را بیان می‌کند، در حالی که ما نحن فیه فرع آن مسائل است وای کاش امام (ره) هم، مسأله را مثل صاحب عروه بیان کرده بودند چون در عروه ابتدا نکاح ذات بعل و نکاح در عدّه است و بعد زناى به ذات بعل و زناى در عدّه.

۳۳ ادامه مسأله ۲۲ ... ۲۳ / ۹ / ۸۱

اقوال:

اشاره

مسأله از نظر اقوال مسلم و اجماعی است و فقط مرحوم محقق در شرایع توقّف کرده است.

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد می‌فرماید:

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۵۲

اجمع الاصحاب علی أنّ من زنی بذات بعل حرمت علیه مؤبداً. «۱»

مرحوم فاضل هندی در کشف اللثام «۲» می‌فرماید:

لو زنی بذات بعل أو فی عدّه رجعیه حرمت علیه ابدأ قطع به الاصحاب الّا المحقق فی الشرائع. (البته ایشان مخالفت نکرده بلکه توقّف کرده است، و لیکن توقّف شخص بزرگی مثل مرحوم محقق برای ما مفهوم دارد و نباید به سادگی از کنار آن گذشت)

مرحوم شهید ثانی در مسالک در شرح کلام محقق می‌فرماید:

و لو زنی بذات بعل أو فی عدّه رجعیه حرمت علیه ابدأ فی قول المشهور (معنایش این است که خود محقق توقّف کرده است...)

انما نسبه الی الشهرة مع عدم ظهور المخالف لعدم وقوفه (محقق) علی مستند صالح له من النص و عدم تحقّق الاجماع علی وجه یکون حجّة (شهید ثانی اجماع را قبول کرده است) كما حقّقناه سابقاً. «۳»

مرحوم صاحب وسائل کلام سید مرتضی را از انتصار نقل کرده و می‌فرماید:

و قال السید المرتضی فی الانتصار ممّا انفردت به الامامیه (یعنی اهل سنت با ما همراه نیستند) القول بانّ من زنی بامرأة و لها بعل حرم

علیه نکاحها ابدأ و إن فارقتها زوجها و باقی الفقهاء (فقهای اهل سنت) یخالفون فی ذلك و الحجّة فی ذلك اجماع الطائفة الی أن قال و قد ورد من طرق الشيعة فی حظر (منع) من ذكرناه اخبار معروفة «۴» (دیگران گفته‌اند مسأله لا نص فيه است در حالی که سید مرتضی ادعای نص می‌کند).

جمع بندی اقوال:

مسأله از نظر ما اختلافی نیست و اجماعی است. آیا این اجماع حجّت و کاشف از قول معصوم است یا مدرکی است؟ باید آن را بررسی کنیم.

ادله:

۱- اجماع:

از دلائلی که به آن استدلال شده اجماع است و خیلی‌ها فقط به همین دلیل فتوی داده‌اند. اگر ما مدرک دیگری پیدا نکنیم این اجماع حجّت است ولی اگر دلیل دیگری غیر از اجماع پیدا کنیم و لو ضعیف هم باشد و احتمال دهیم مجمعی به آن استناد کرده باشند در این صورت اجماع از کار می‌افتد (اجماع مدرکی) و حجّت نیست.

۲- روایات:

اشاره

بعضی تصریح کرده‌اند که در مسأله روایتی نداریم از جمله مرحوم علامه در تحریر و صاحب کشف اللثام، ولی مع ذلك بعضی به دو روایت استناد کرده‌اند:

الف) روایت فقه الرضا:

اشاره

مرحوم صاحب وسائل فقه الرضا را معتبر نمی‌داند و روایات او را نقل نمی‌کند ولی حاجی نوری این روایت را در مستدرک آورده و آن را قبول دارد:

و من زنی بذات بعل محصناً کان أو غیر محصن

(فرقی ندارد که زانی همسری داشته یا نه)

ثم طلقها زوجها أو مات عنها، و أراد الذی زنی بها أن یتزوج بها لم تحلّ له ابدأ و يقال لزوجها یوم القیامة: خذ من حسناته ما شئت

«۵»

□
آیا زنا حقّ الناس است یا حقّ الله؟

حقّ الله است و لذا اگر حاکم شرع متوجه شود حدّ زنا جاری می‌کند و در آن شکایت شاکی خصوصی شرط نیست در حالی که اگر حقّ الناس بود شاکی خصوصی می‌خواست ولی از این روایت استشمام می‌شود که فی الجمله جنبه حقّ الناس هم دارد.

اشکالات روایت:

اشاره

این روایت دو اشکال مهم دارد:

- ۱- معلوم نیست که آیا فقه الرضا فتوای یکی از علما مثل صدوق و امثال آن است یا کلام امام رضا علیه السلام؟ مسلماً فقه الرضا روایت از امام رضا علیه السلام نیست چون تعبیراتی در این کتاب وجود دارد (و قال بعض الفقهاء) که از امام صادر نمی‌شود پس روایت بودنش محلّ اشکال است.
- ۲- سلّمنا که روایت باشد، در این صورت یک روایت مرسله است و حجّت نیست.

جواب از اشکالات:

ممکن است از هر دو اشکال جواب داده شود

- ۱- سلّمنا روایت نیست ولی کتب قدما مضامین روایات است یعنی اسناد را کنار گذاشته و فتوایشان عین عبارت روایت است و شاهد این مسأله تعبیر ذیل روایت است که نمی‌توان آن

(۱) ج ۱۲ ص ۳۱۴.

(۲) ج ۷، ص ۱۸۵.

(۳) ج ۷، ص ۳۴۲.

(۴) ح ۱۰، باب ۱۱ از ابواب مصاهره.

(۵) فقه الرضا، ص ۲۷۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۵۳

رافتوی دانست (و يقال لزوجها يوم القيامة) ... و لا- بد مضمون روایت بوده است، و الا- فقیه از خود نمی‌تواند چنین مطالبی را بگوید پس اشکال اول مرتفع می‌شود.

۲- این که می‌گویند روایت مرسله است با عمل اصحاب جبران شده و مشکل حل می‌شود.

لکن الانصاف، اشکالی در اینجاست که ما را در استدلال به حدیث مردّد می‌کند و آن این که عمل اصحاب در جایی موجب جبران سند می‌شود که به چیز دیگری استناد نکنند، در حالی که در ما نحن فیه به اجماع یا اولویّت استدلال کرده و اصلاً به روایت اعتنایی نکرده‌اند، پس این روایت حجّت نیست.

ب) روایت صاحب ریاض:

اشاره

مرحوم صاحب ریاض روایتی نقل کرده که آقای حکیم هم در مستمسک «۱» آن را نقل می‌کند:

و عن بعض متأخري الاصحاب أنه قال: روى أن من زنى بامرأة لها بعل أو فى عدّة رجعيّة حرمت عليه و لم تحلّ له ابداً. «۲»
این روایت غیر از روایت فقه الرضا است چون روایت فقه الرضا فقط در مورد ذات بعل بود و «فی عدّة رجعيّة» نداشت.
سؤال ما این است که اگر این روایت در منابع روایی موجود بوده باید به دست ما هم می‌رسید در حالی که ما اثری از آن نمی‌بینیم چون ایشان از متأخرین بوده‌اند.

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه
ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۴، ص: ۵۳

آیا این «روی» را که صاحب ریاض می‌گوید یک روایت است و ارسال روایت هم منجر به عمل اصحاب است؟
نه روایت بودن درست است و نه انجبار، چون اصحاب به آن استناد نکرده‌اند.
ان قلت: آیا احتمال ندارد که صاحب ریاض به کلام سید مرتضی اشاره داشته باشد که می‌گوید اصحاب ما روایاتی در این زمینه نقل کرده‌اند؟

قلنا: ممکن است و لیکن نقل کلام می‌کنیم به کلام سید مرتضی و می‌گوییم ایشان که می‌گویند اصحاب ما روایات معروفی دارند، این روایات در کجاست که به دست ما نرسیده در عین این که ادعا می‌کنند روایات معروف بوده است، در حالی که در زمان سید مرتضی کتاب‌های روایی شیعه زیاد بوده است!
پس ما نمی‌توانیم عقل خودمان را روی احتمالات بگذاریم و بگوییم شاید کلام صاحب ریاض و فقه الرضا و یا روایاتی که سید مرتضی ادعا می‌کند، روایت است.

توجیه کلام سید مرتضی:

احتمال می‌دهیم که نظر ایشان به روایاتی بوده که در باب نکاح فی العدّة یا نکاح ذات بعل وارد شده است که این روایات معروف است یعنی به کمک این روایات و ضمیمه کردن اولویّت، این مسأله را درست کرده‌اند.
۳۴ ادامه مسئله ۲۲ ... ۲۴ / ۹ / ۸۱

۳- قیاس اولویّت:

نکاح ذات بعل در دو صورت موجب حرمت می‌شود:
الف) در جایی که شخص عالم است و می‌داند که زن شوهر دارد ولی به رسمیت نمی‌شناسد و با او ازدواج می‌کند و لو دخول هم صورت نگیرد (افراد بی‌بندوبار و لاابالی در گذشته چنین می‌کردند).
ب) در جایی که شخص جاهل است و نمی‌داند که زن ذات بعل است و با او ازدواج می‌کند و دخول هم حاصل می‌شود.
این مسأله روایات زیادی «۳» دارد که دلالت بر حرمت ابدی نکاح ذات بعل می‌کند. حال از بحث نکاح ذات بعل پلّی به بحث زناى به ذات بعل زده و می‌گوییم وقتی نکاح ذات بعل باعث حرمت می‌شود زناى به ذات بعل به طریق اولی موجب حرمت ابدی می‌شود، چون عالماً و عامداً مرتکب این عمل شده است.
از کسانی که به این دلیل تمسک جسته مرحوم شهید ثانی در مسالک است که می‌فرماید:
... اذا ثبت تحريمها بالعقد المجرد مع العلم منع الدخول اولی. «۴»

جواب از ادله:

اشاره

اینها مجموع ادله حرمت ابدی زناى به ذات بعل است، ولی تمام این ادله قابل مناقشه است.

جواب از دلیل اول (اجماع):

اجماع مدرکی است چون احتمال دارد مجمعی به روایات مرسله یا به اولویت تمسک کرده باشند، اگر گروهی از مجمعی هم چنین باشند برای ما کافی است و اجماع از حجیت ساقط می‌شود.

(۱). ج ۱۴، ص ۱۵۸ ذیل مسئله ۱۹ از مسائل تزویج فی العده.

(۲) ج ۱۰، ص ۲۰۷.

(۳) باب ۱۶ از ابواب مصاهره.

(۴) ج ۷، ص ۳۴۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۵۴

جواب از دلیل دوم (روایات مرسله):

حدیث فقه الرضاؤلاً: حدیث بودنش محل کلام است.

ثانیاً: سلمنا که حدیث باشد ولی مرسل است، و جبران ضعف سند با عمل اصحاب مشکل است، چون مستند اصحاب این روایات نیست.

لا- سیماً، روایات سید مرتضی را نمی‌دانیم در کجاست، شاید احادیث نکاح ذات بعل مد نظرشان بوده است. به هر حال این احادیث، مرسله و قابل مناقشه است.

جواب از دلیل سوم (اولویت):

دلیل اولویت هم که از همه دلائل بهتر بود قابل مناقشه است. این دلیل دو شاخه داشت. شاخه اول در جایی بود که گفته شد اگر عالم باشد مجرد عقد باعث حرمت ابدی می‌شود، پس زنا به طریق اولی باعث حرمت می‌شود، می‌گوییم اولویت ندارد چون در نکاح ذات بعل در واقع قانون خدا را می‌شکند و مثل این است که می‌گوید یک زن می‌تواند دو شوهر داشته باشد ولی در زناى به ذات بعل شخص، مرتکب زنا می‌شود که حرام است به عبارت دیگر نکاح ذات بعل توأم با تشریح است ولی زنا توأم با تشریح نیست و خطر نکاح از زنا بیشتر است، پس ادعای اولویت در این صورت قابل مناقشه است چون اولویت باید قطعی باشد، حتی ما اولویت ظنی را هم قبول نداریم حال با وجود احتمال قصد تشریح در نکاح ذات بعل دیگر اولویت قطعی نیست.

و اما در شاخه دوم که گفته شد اگر جاهلاً نکاح ذات بعل کرده و دخول هم صورت گرفته حرمت ابدی می‌آید؛ حال در زناى به ذات بعل که عالم زنا می‌کند به طریق اولی موجب حرمت ابدی می‌شود، چون در نکاح ذات بعل جاهلاً وطی شده که وطی به شبهه است، پس اولویت در اینجا روشن تر است ولی می‌گوییم اینجا نیز قابل مناقشه است، زیرا ملاکات احکام برای ما خیلی روشن نیست، شاید ملاک حرمت در نکاح ذات بعل این باشد که مردم اگر می‌خواهند با زنی که قبلاً شوهر داشته ازدواج کنند باید تحقیق

کنند چرا که می‌خواهد یک عمر با او زندگی کند و ممکن است فرزندان هم به دنیا بیاید، لذا شارع می‌خواهد بیشتر دقت شود چون احتمال دارد بعد از چند فرزند مطلع شود که زن شوهر داشته است، ولی این احتمال در باب زنا به ذات بعل نیست، پس نمی‌توان گفت وقتی نکاح به ذات بعل جاهلاً (مع الدخول) حرام ابدی است زنا به ذات بعل به طریق اولی حرمت ابدی دارد، چون با وجود این احتمال اولویت قطعیه نیست. تا اینجا در تمام ادله مناقشه کردیم.

اضف الی ذلک، روایات متعددی «۱» داریم که مطلق است و می‌گوید کسی که با زنی زنا کند باعث حرمت ازدواج در آینده نمی‌شود، در چند روایت هم تشبیهی دارد که عام است و می‌فرماید:

«مثله مثل النخلة أصاب الرجل من ثمرها حراماً ثم اشتراها بعد فکانت له حلالاً» «۲»

که شامل ذات بعل و غیر ذات بعل می‌شود و در بعضی از روایات تعلیلی دارد و می‌فرماید:

«لا یحرم حلالاً حرام» «۳»

که این تعابیر عام است و در ذات بعل و غیر ذات بعل جاری است، چون وقتی زن از شوهرش طلاق بگیرد بر همه حلال است، ولی شما می‌گویید این زن بر زانی حرام است چون زنا کرده در حالی که روایت می‌فرماید که حرام، حلال را حرام نمی‌کند، بنابراین این با استناد به این روایات می‌گوییم زنا به ذات بعل به مقتضای اطلاق این روایات موجب حرمت نمی‌شود.

نتیجه: با توجه به این مطالب از نظر فنی و فقهی مسأله قابل مناقشه است و لیکن اگر بخواهیم شهرت عظیمه و اجماعی که در مسأله است نادیده بگیریم کار آسانی نیست، لا سیما که نکاح جای احتیاط است، لذا می‌گوییم لا یتربک الاحتیاط بترک النکاح و چراغ سبز به افراد نشان نمی‌دهیم. پس فتوی به احتیاط می‌دهیم ولی کسانی که گرفتار شده‌اند و ندانسته خانواده عظیمی تشکیل داده‌اند، و جدایی آنها کالمحال است، شاید در چنین مواردی بتوانیم اجازه دهیم، ولی برای کسانی که نکاح نکرده‌اند ولی قصد نکاح دارند احتیاط واجب است.

بقی هنا امور:

الامر الاول: اگر ما به حرمت و یا احتیاط وجوبی قائل شدیم، تفاوتی نیست در این که:

- ۱- زن ذات بعل مسلمان باشد یا کافر، و دلیل آن اطلاق روایات و معاهد اجماعات است و امام (ره) هم تصریح کرده بودند.
- ۲- فرقی بین دائمه و موقتیه نیست.
- ۳- فرقی نیست که مدخول بها من زوجها باشد یا نه (عروسی کرده یا نه)، چون ذات بعل است و مشمول اطلاقات ادله ما می‌شود.

(۱) باب ۱۱، از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۳، باب ۱۱ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۹، باب ۱۱ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۵۵

۴- در جایی که به ذات بعل بودن زن جاهل است گفته شده است که بین جاهل و عالم فرقی نیست، ولی قابل مناقشه است چون وصف ذات بعل در عنوان معقد اجماع و روایات و حکم اخذ شده و منصرف است به این که این عنوان (ذات بعل) را می‌داند، پس به نظر می‌رسد که به صورت علم انصراف دارد بنابراین چون اصل حلیت است قدر متیقن جایی است که عالم باشد ولی امام (ره)

مناقشه نکرده‌اند.

۵- موردی که امام هم مناقشه کرده‌اند این است که آیا ادلّه مکره علی الزنا را شامل می‌شود در حالی که مکره گناهی مرتکب نشده و حرامی نکرده، چون اکراه بوده است، پس در جایی که اصل حلیت است نمی‌توان گفت در مورد او حرام ابدی جاری می‌شود.

ان قلت: اکراه، احکام تکلیفیّه را برمی‌دارد نه احکام وضعیّه را یعنی اکراه سبب می‌شود که حرمت تکلیفی نباشد اما حرمت ابدیّه حکم وضعی است پس اکراه آن را بر نمی‌دارد و لذا کسی که مکره به زناى ذات بعل شد غسل و مهر که حکم وضعی است بر او واجب است (اگر چه می‌تواند مهر را از مکره بگیرد) بنابراین حرمت ابدیّه در فرض اکراه ثابت است.

قلنا: نمی‌خواهیم بگوییم اکراه همیشه آثار وضعیّه را برمی‌دارد بلکه می‌گوییم در اینجا خصوصیتی است که موجب انصراف اتلاقات می‌شود و آن این است که به نظر می‌رسد تحریم ابدی یک نوع عقوبت و مجازاتی برای زانی است و احتمال دارد که حکمت حکم همین باشد. پس با وجود این احتمال، اتلاقات به مختار انصراف پیدا می‌کند و مدّعی اطلاق باید این احتمال را ردّ کند.

الامر الثاني: مرحوم صاحب عروه در مسئله ۱۹ می‌فرماید: «لا فرق بين الصغير والكبير»

یعنی اگر زوج نابالغ باشد و این کار را انجام دهد باز موجب حرمت ابدی می‌شود، و دلیل ایشان اتلاقات است. جواب: صغیری که مکلف نیست و برای او حرامی نمی‌نویسند آیا این هم باعث حرمت می‌شود؟ اتلاقات شامل صغیر نمی‌شود و شما که ادّعی اطلاق می‌کنید باید آن را ثابت کنید. (این فرع را مرحوم امام (ره) متعرّض نشده‌اند.

۳۵ ادامه مسئله ۲۲ و ۲۳ (الزنا في العدة الرجعية ... ۲۵ / ۹ / ۸۱)

الامر الثالث: اگر کسی به زن شوهر داری وطی به شبهه کند

یعنی نمی‌دانسته که زنا است و خیال می‌کرد زوجه اوست و آیا معاهدات و روایات مرسله این را هم شامل می‌شود و حرام ابدی می‌شود؟ این چیزی است که امام (ره) در تحریر الوسيله متعرّض آن نشده است ولی عروه متعرّض شده و می‌فرماید:

اقوی این است که موجب سرایت حرمت نمی‌شود چون زنا نیست و حال آن که در معاهدات و روایات مرسله عنوان «مَنْ زَنَى» است، ولی مرحوم صاحب جواهر «۱» در اینجا هم احتمال تحریم ابدی داده و می‌فرماید قبول داریم که عنوان کلمات قوم شامل اینجا نمی‌شود، چون زنا نیست، ولی یکی از ادله در زناى ذات بعل اولویّت بود که ممکن است در اینجا جاری شود، چون نکاح ذات بعل هر چند عن شبهه و جاهلاً باشد و وطی صورت گیرد موجب حرمت ابدی می‌شود پس به طریق اولی بدون نکاح اگر وطی به شبهه حاصل شود باعث حرمت ابدی می‌شود، بنابراین اگر دلیل ما در نکاح ذات بعل روایات مرسله یا معاهدات باشد که عنوان «من زنی» دارد شامل ما نحن فیه نمی‌شود ولی اگر دلیل اولویّت باشد شامل می‌شود.

جواب: در مقابل کلام صاحب جواهر عرض می‌کنیم که در اینجا اولویّت قطعیه نداریم و دلیل اولویّت را خدشه کردیم و به همین جهت نمی‌توانیم تعمیم دهیم و وطی به شبهه را هم ملحق به زنا کرده و داخل در حرمت ابدی بدانیم.

الامر الرابع: اگر زناى به ذات بعل من ناحیه المرأة باشد نه از ناحیه رجل،

یعنی رجل نمی‌داند مرأه ذات بعل است، ولی مرأه می‌داند، پس از ناحیه زوجه زنای ذات بعل و از ناحیه شوهر وطی به شبهه است، آیا مشمول ادله بوده، یعنی آیا حرمت ابدی در اینجا هست؟ ادله ما روی عنوان «من زنی بذات بعل» رفته است و معقد اجماعات و روایات، زوج است و زوجه ندارد، پس نمی‌توانیم بگوییم در اینجا حرمت ابدی هست و نمی‌توانیم زوجه را به زوج قیاس کنیم. تنها دلیلی که این مورد را شامل می‌شود اولویت است چون در نکاح به ذات بعل اگر یک طرف هم عالم باشد حرمت ابدی هست، پس در اینجا به طریق اولی حرمت ابدی می‌آید و لکن ما در اولویت مناقشه و اشکال کردیم.

مما ذکرنا یظہر این کہ ما گفتیم ای کاش امام (ره) ہم مثل

(۱) ج ۲۹، ص ۴۴۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۵۶

عروه این مسأله را بعد از مسائل آینده (نکاح ذات بعل و نکاح در عده) مطرح می‌فرمود و جهش معلوم شد چون یک دلیل عمده بحث زنای به ذات بعل اولویت است و فرع بر آن است که مسائل نکاح در عده و نکاح ذات بعل را بخوانیم و بعد این مسأله که تفریع بر آن است خوانده شود تا بتوانیم از اولویت استفاده کنیم.

[مسأله ۲۳: الزنا فی العده الرجعیه]

اشاره

مسأله ۲۳: لو زنی بامرأه فی العده الرجعیه حرمت علیه ابدًا کذات البعل دون البائنه و من فی عده الوفات (کأن عده وفات را غیر بائن گرفته‌اند)

و لو علم بأنّها کانت فی العده و لم یعلم بأنّها کانت رجعیه أو بائنه فلا حرمة (شبهه موضوعی است یعنی شبهه مصداقی عام است) نعم لو علم بکونها فی عده رجعیه و شک فی انقضائها فالظاهر الحرمة.

عنوان مسأله:

در این مسأله بحث در زنای به ذات العده است که ذات العده دو گونه است عده رجعیه و عده بائنه، ذات العده الرجعیه مثل ذات بعل است و حرمت ابدی دارد ولی در ذات العده البائنه حرام ابدی نیست.

اقوال:

این مسأله به حسب اقوال مثل مسأله سابق است و خیلی‌ها هم این دو مسأله را با هم ذکر کرده‌اند پس از نظر ادعای اجماعات مثل مسأله زنای به ذات بعل است.

مرحوم صاحب ریاض می‌فرماید:

و کذا (حرمت ذات البعل می‌آید) لو زنی بها فی العده الرجعیه بلا- خلاف یعرف کما صرح به جماعه بل علیه الاجماع منّا فی الانتصار (سید مرتضی) و الغنیة (ابن زهره) و عن الحلّی (ابن ادریس) و فخر المحققین، در ادامه صاحب ریاض به دلیل اولویت و روایت فقه الرضا استدلال کرده و می‌گوید ادله باب زنای به ذات بعل در اینجا هم می‌آید و مخالفت محقق را هم نقل می‌کند. «۱»

مرحوم سید مرتضی می‌فرماید:

و مِمَّا ظَنَّ (در زناى ذات بعل به طور قطعی فرمود «مما انفردت» ولی در اینجا این گونه می‌فرماید که وجهش روشن نیست) انفراد الامامیه به القول بأن من زنى بامرأه و هی فی عدّه من بعل له فیها علیها رجعه حرمت علیه بذلك و لم تحلّ له ابدأً و الحجّه لاصحابنا فی هذه المسأله الحجّه التي قبلها و الكلام فی المسألتين واحد انتهى. (۲)

ادله حرمت در عدّه رجعیّه:

۱- قاعده:

در اینجا دلیل خوبی داریم که کمتر سراغ آن می‌روند و آن این که کسی که در عدّه رجعیّه است به حکم زوجه است و تمام احکام زوجه را دارد، وقتی در مسئله قبل حکم ثابت شد با همین دلیل می‌توان مسئله را تمام کرد. با صرف نظر از این دلیل ادله ثلاثه سابقه در اینجا هم می‌آید.

۲- اجماع:

اولین دلیل در مسئله قبل اجماع بود، اگر آنجا پذیرفته شد در اینجا هم می‌آید.

۳- روایات مرسله:

دلیل دیگر در مسئله سابق روایات مرسله بود که بعضی تعبیر ذات بعل داشت (مرسله فقه الرضا) که در اینجا قابل استناد نیست، ولی مرسله صاحب ریاض و روایات سید مرتضی، هر دو تعبیر (ذات بعل و عدّه رجعیّه) را داشت که این روایات در ما نحن فیه قابل استناد است.

۴- اولویت:

دلیل آخر اولویت بود که آن هم در اینجا جاری است به این بیان که وقتی نکاح در عدّه موجب حرمت است زناى در عدّه به طریق اولی موجب حرمت است.

جواب از ادله:

تمام اشکالاتی که به ادله در باب زناى به ذات بعل مطرح شد در اینجا هم می‌آید ولی نکته مهم در اینجا این است که عدّه بائنه و عدّه وفات را موجب حرمت ندانسته‌اند در حالی که اگر دلیل ما اولویت باشد عدّه بائنه، را هم شامل می‌شود و سیّاتی که نکاح در عدّه، شامل عدّه رجعیّه و وفات و بائنه می‌شود که این مسئله قابل بحث است.

ادله عدم حرمت در عده بائنه:

چرا زنا در عده بائنه باعث حرمت ابدی نمی‌شود؟

اولاً: خارج از معقد اجماع است.

ثانیاً: روایات، بائنه را شامل نمی‌شود.

(۱) ج ۱۰، ص ۲۰۷.

(۲) ح ۱۰، باب ۱۱ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۵۷

ان قلت: بر اساس اولویت فرقی بین بائنه و رجعیه نیست چرا که در نکاح در عده فرقی بین بائنه و رجعیه نیست و اگر کسی زنی را که شوهرش مرده و یا طلاق خلعی گرفته (عده آنها بائنه است) با علم به این موضوع نکاح کند و لو دخول هم حاصل نشود، و یا اگر ندانسته نکاح کند و دخول صورت گیرد موجب حرمت ابدی می‌شود حال وقتی نکاح در عده موجب حرمت باشد زنا به طریق اولی موجب حرمت است.

مرحوم صاحب ریاض بعد از بیان این مسأله که عده‌ای به عدم حرمت در بائنه قائل شده‌اند می‌فرماید:

و فيه نظر لجریان بعض ما تقدم هنا كالاولوية الواضحة الدلالة في ذات العدة المزبورة (بائنه). «۱»

مرحوم صاحب جواهر با این که در مباحث سابق از اولویت برای تعمیم استفاده می‌کرد ولی در اینجا می‌فرماید:

و فيه منع الاولوية المفيدة. «۲»

قلنا: اولویت در این مباحث قطعی نیست و همان گونه که سابقاً گفتیم شارع به مسئله نکاح در این مباحث بیش از زنا اهمیت می‌دهد، چون نکاح دوباره، در واقع حرمت‌شکنی و تشریح است و نسبت به زنا اولویت دارد چون در زنا شخص زن را همسر خودش نمی‌داند در حالی که در نکاح همسر خودش می‌داند، پس اولویت ثابت نیست. اما به صاحب جواهر عرض می‌کنیم درست است که این اولویت مفید نیست ولی فرق بین این مسأله با مسئله قبلی چیست که در مسئله قبل اولویت را پذیرفتید ولی در این مسأله نمی‌پذیرید؟ اگر اولویت قطعیه است در همه جا هست و الا در هیچ جا نیست!

جمع بندی: تا اینجا تفصیل مشهور را پذیرفتیم و به نظر می‌رسد که مشهور هم نظرشان به اولویت نبوده بلکه نظرشان به این بوده که ذات العده الرجعیه بحکم الزوجه (ارث دارد، حق خروج از منزل بدون اذن ندارد) ... پس نظر به ادله ثلاثه (اجماع، روایات مرسله و اولویت) نبوده است.

اگر زنا در عده متعه و عده وطی شبهه واقع شود حکمش چیست؟

مرحوم امام (ره) این فرع را متعرض نشده‌اند ولی صاحب عروه متعرض شده‌اند. عده متعه و عده وطی به شبهه حکم بائنه را دارد چون قابل رجوع نیست و اگر شک کنیم اصل حیثیت و قدر متیقن عده رجعیه است.

بقی الکلام فی الفرعین الذین ذکرهما الامام (ره):

فرع اول: اگر می‌داند زن ذات العده است ولی نمی‌داند طلاق خلعی بوده یا رجعی،

اگر زنایی واقع شد آیا حرمت ابدی هست؟

این فرض شبهه موضوعیه تحریمیّه است که اصل در آن براءت است. حتی اخباری‌ها هم که در شبهه حکمیّه قائل به احتیاط هستند در شبهه موضوعیه تحریمیّه قائل به براءت می‌باشند (فحص هم لازم نیست البتّه اگر فحص آسان باشد قائل به فحص هستیم).

فرع دوم: اگر می‌داند عدّه رجعیّه است ولی شک در انقضاء عدّه دارد

اشاره

در این صورت امام (ره) می‌فرماید اگر زنایی واقع شود حرمت ابدی هست، به دلیل استصحاب، این استصحاب در شبهات موضوعیه است.

ان قلت: استصحاب در اینجا اصل مثبت است چون با استصحاب ثابت می‌کنیم که زن در عدّه است و وقوع زنا را هم بالوجدان درمی‌یابیم و نتیجه می‌گیریم که زنا در عدّه واقع شده که این لازمه عقلی و اصل مثبت است. قلنا: در اینجا واسطه خفی است.

قاعده اصولی:

اگر در اصل مثبت واسطه جلی باشد اصل مثبت باطل است و در جایی که واسطه خفی باشد اصل مثبت اثری ندارد و استصحاب جاری است چون روایات استصحاب از قبیل واسطه خفی است، مثلاً در صورت شک در وضو با استصحاب آن را ثابت می‌کنیم و افعال نماز را به جای می‌آوریم که وضو شرط صحت آن است، در حالی که در باب افعال می‌گویند تقید اجزاء به شرط معتبر است و این تقید لازمه عقلی است که وضو بوده و افعال نماز موجود شد فوق الافعال (الصلاة) فی حال التقید بالشرط (الطهاره) که این تقید لازمه عقلی است ولی چون واسطه خفی است اشکال ندارد. پس روایات استصحاب دلیل است بر این که در جایی که واسطه خفی است اصل مثبتش حجت است.

[مسأله ۲۴: النساء اللاتی یحرم علی اللاتی]

اشاره

مسأله ۲۴: من لاط بغلام (آیا غلام بودن و نابالغ بودن شرط است) فأوقبه و لو ببعض الحشفة حرمت علیه ابداً أم الغلام و ان علت و بنته و ان نزلت و أخته من غیر فرق بین کونهما صغیرین أو

(۱) ج ۱۰، ص ۲۰۷.

(۲) ج ۲۹، ص ۴۴۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۵۸

کبیرین أو مختلفین و لا- تحرم علی المفعول أم الفاعل و بنته و أخته علی الاقوی و الامّ و البنت و الاخت عیات الرضا للمفعول کالنسیات.

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد لواط است که موجب حرمت ابدیّه اخت و امّ و بنت می شود که متأسفانه بر اثر بی بندوباری‌ها در عصر و زمان ما بیشتر محلّ ابتلا است. اصل مسأله که حرمت فی الجمله است مسلم بوده ولی امام پنج فرع در ذیل مسأله فرموده‌اند که محلّ بحث است.

اقوال:

این مسأله علی اجمالها مورد اتفاق است ولی اهل سنّت به این مسأله قائل نیستند، البتّه یک نفر از فقهای اهل سنّت (اوزاعی) آن هم فقط در مورد بنت با ما همراه است.

مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف می فرماید:

مسأله ۸۰: اذا فجر بغلام فأوقب حرم علیه بنته و امّه و اخته و قال: الاوزاعی اذا لاط بغلام، حرم علیه بنت هذا الغلام لأنّها بنت من قد دخل به و خالف جميع الفقهاء فی ذلك دليلنا: اجماع الفرقة - و اخبارهم و طريقه الاحتياط تقتضى تجنب ذلك. «۱»

مرحوم شهید ثانی در مسالك می فرماید:

هذا الحكم متفق علیه بين الاصحاب علی ما يظهر منهم. «۲»

مرحوم صاحب حدائق می فرماید:

المسأله الثالثه: الظاهر أنّه لا خلاف بين الاصحاب بأنّ من لاط بغلام فأوقب فأنّه يحرم علی الواطی العقد علی امّ ذلك الموطوء و اخته و بنته. «۳»

مرحوم صاحب جواهر بعد از نقل اجماعات می فرماید:

بل هو (نقل اجماع) فی اعلى درجات الاستفاضه و التواتر. «۴»

عبارت صاحب جواهر تعبیر بسیار محکمی است و ادعای تواتر نقل اجماع است بنابراین اصل مسأله علی اجمالها قابل چانه زدن نیست.

۳۷ ادامه مسأله ۲۴ ... ۲۷ / ۹ / ۸۱

ادله: روایات:

اشاره

عمده دلیل ما در این مسأله روایات است که در باب ۱۵ از ابواب المصاهره آمده و هفت روایت است که پنج روایت دلالت دارد و دو روایت شاذ است. پنج روایت هم به سه روایت برمی گردد یعنی دو روایت تکراری است پس روایات اصلی مسأله سه روایت و تکراری دو روایت و روایات شاذ و غیر معمول بها هم دو روایت است. ظاهراً در مستدرک روایت اضافی وجود ندارد.

الف - روایات اصلی:

...* عن ابن ابی عمیر

(سند روایت تا ابن ابی عمیر صحیح است)

عن بعض اصحابنا

(مرسله است ولی مرسلات ابن ابی عمیر حکم مسندات را دارد لآنکه لا یرسل الّا عن ثقة)

عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل یعبث

(هم جنس بازی)

بالغلام

(به بالغ و نابالغ غلام می گویند)

قال: اذا أوقب

(دخول حاصل شود)

حرمت علیه ابنته و أخته

(مادر را نگفته است، شاید چون مادر کمتر محلّ ابتلاست) «۵»

این حدیث بهترین حدیث است که سند و دلالت قوی دارد.

* و عن الحسین بن محمّد، عن المعلى بن محمّد

(توثیق نشده و نقطه ضعف سند است)،

□
عن الحسن بن علی، عن حماد بن عثمان قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام رجل أتى غلاماً أ تحلّ له اخته؟ قال: فقال: ان كان ثقب

(ای ادخل)

فلا. «۶»

در این روایت سؤال از اخت است جواب هم از اخت است ولی مفهوم ندارد که بقیه را نفی کند. دلالت حدیث خوب است ولی

سند مشکل دارد البتّه چون منجبر به عمل مشهور بلکه اجماع است پس مشکل سند حل می شود.

* باسناده

(شیخ)

عن علی بن الحسن بن فضال

(بنی فضال فطحی مذهب ولی ثقه هستند عن

محمّد بن اسماعیل

(که به احتمال قوی محمّد بن اسماعیل بن بزیر از اصحاب امام رضا علیه السلام است و قرینه آن روایت ابن فضال از اوست)

عن حماد بن عیسی

(از اجلاء)

عن ابراهیم بن عمر

(از ثقات)

□
عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل لعب بغلام هل یحلّ له امه؟ قال: ان كان ثقب فلا. «۷»

صاحب جواهر این روایت را خبر ابراهیم بن عمر می گوید و مرحوم آقای حکیم در مستمسک ذیل این مسأله این روایت را موثقه

ابراهیم می نامد. هر جا صاحب جواهر «خبر» می گوید

(۱) ج ۴ کتاب النکاح، ص ۳۰۸.

(۲) ج ۷، ص ۳۴۳.

(۳) ج ۲۳، ص ۵۹۶.

(۴) ج ۲۹، ص ۴۴۷.

(۵) ح ۱، باب ۱۵، از ابواب مصاهره.

(۶) ح ۴، باب ۱۵، از ابواب مصاهره.

(۷) ح ۷، باب ۱۵، از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۵۹

روایت را ضعیف می‌داند که وجه آن برای ما روشن نیست.

جمع‌بندی روایات اصلی: اگر ما باشیم و این سه روایت می‌گوییم این روایات من حیث المجموع دلالت دارد و منجبر به عمل اصحاب هم هست علاوه بر این بعضی از ثقات هم در بین آنها هست، پس این روایات برای اثبات مطلب کافی است.

۳۸ ادامه مسئله ۲۴ ... ۳۰ / ۹ / ۸۱

ب- روایات شاذ:

دو حدیث شاذ هم در این باب داریم:

...* و بهذا الاسناد

(سند حدیث اول که مرسله ابن ابی عمیر است)

عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل یأتی أختها امرأته

(یعنی همسری گرفته و بعد، آن عمل خلاف واقع شده)

فقال: اذا أوقبه فقد حرمت علیه المرأة. (۱)

این روایت شاذ است و جز قلیلی به آن فتوی نداده‌اند. آنچه که اجماعی است آن است که قبل از عقد این عمل واقع شود، اما در جایی که عقدی واقع شده بعد لواط صورت بگیرد فتوی به حرمت نداده‌اند و نگفته‌اند که باید از هم جدا شوند چون حرام حلال را حرام نمی‌کند. این روایت اگر چه از نظر سند معتبر ولی شاذ است.

...* و عنه، عن أبیه أو عن محمد بن علی، عن موسی بن سعدان عن بعض رجاله

(مرسله)

قال: كنت عند ابی عبد الله علیه السلام فقال له رجل:

ما تری فی شائین کانا مصطحبین فولد لهذا غلام و للآخر جاریه أیتزوج ابن هذا ابنه هذا؟ قال: فقال: نعم سبحان الله لِم لا یحلّ فقال: أنه کان صدیقاً له قال: فقال: و ان کان فلا بأس قال: «فأنه کان یكون بینهما ما یكون بین الشباب، قال: لا بأس خ» فأنه کان یفعل به،

قال: فأعرض بوجهه ثم أجابه و هو مستتر بذراعه

(در روایات دیگر چنین تعبیری نیست زیرا راوی این عمل را خیلی قبیح نمی‌دانسته ولی در اینجا امام با این عمل قبیح کار را به راوی فهمانده است)

فقال:

ان كان الذی كان منه دون الايقاب فلا بأس أن يتزوج و ان كان قد أوقب فلا يحل له أن يتزوج. «۲»

ضمیر در «له» به چه کسی برمی گردد؟ به پسر فاعل برمی گردد، آیا مسأله از خود آن دو به بچه‌ها سرایت هم می‌کند؟ احدی به این مسأله فتوی نداده است بلکه گفته‌اند بین خود این دو (فاعل و مفعول) مسأله حاصل می‌شود پس روایت معرض عنها است و علاوه بر این ضعف سند دارد و نمی‌توانیم به آن عمل کنیم.

ج- روایات تکراری:

دو روایت هم تکراری است که به سه حدیث اول بازگشت می‌کند: □
* محمد بن علی بن الحسین فی عقاب الاعمال قال: روی عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل لعب بغلام قال: اذا أوقب لم تحل له اخته ابدأ. «۳»

به نظر می‌رسد مرحوم صدوق هم این روایت را از روایات سه گانه سابق گرفته باشد و چیز تازه‌ای نباشد.
... * عن محمد بن ابی عمیر، عن رجل، عن ابی عبد الله علیه السلام فی الرجل یعبث بالغلام قال: اذا أوقب حرمت علیه اخته و ابنه. «۴»

ظاهراً همان حدیث اول است که با دو سند نقل شده.

جمع بندی: از مجموع روایاتی که خوانده شد و دو روایت شاذ و پنج روایت صحیح بود، معلوم می‌شود که مدرک فتوای اصحاب در این مسأله روایات است که بعضی در مورد دختر و بعضی در مورد دختر و خواهر و یک روایت در مورد مادر بود که از مجموع اینها ثابت می‌شود که اگر این عمل واقع شود خواهر و مادر و دختر مفعول بر فاعل حرام می‌شود و معارض هم نداریم.

فروع مسأله:

اشاره

این مسأله دارای ۱۰ فرع است که خیلی محل بحث است.
برای اثبات این فروع سخت گیری می‌کنیم تا بتوانیم راه حلی برای افرادی که گرفتار شده‌اند فراهم کنیم.

فرع اول: [آیا غلام بودن مفعول شرط است؟]

امام در متن تحریر این فرع را عنوان کرده ولی روی آن تأکید نکرده‌اند تعبیر امام (ره) این بود که «من لاط بغلام» آیا غلام بودن مفعول شرط است؟ غلام به بالغ و غیر بالغ گفته می‌شود، آیا غلام بودن مفعول خصوصیتی دارد یعنی اگر بزرگسال باشد این حکم جاری نمی‌شود؟

جماعتی از فقها تصریح کرده‌اند که فرقی بین غلام با رجل نیست در حالی که عده‌ای عنوان مسأله را غلام قرار داده‌اند و تصریح به رجل نکرده‌اند، و لذا بعضی از بزرگان مثل صاحب جواهر اشکال می‌کنند و می‌فرمایند:

لا یخلو من اشکال ان لم یتّم الاجماع المزبور، (اگر این اجماع

(۱) ح ۲، باب ۱۵ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۳، باب ۱۵ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۵، باب ۱۵ از ابواب مصاهره.

(۴) ح ۶، باب ۱۵ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۶۰

تمام نباشد قابل خدشه است) بعد حرمه القیاس. «۱»

قلنا: مسأله اجماعی نیست چون خیلی‌ها عنوان مسأله را «غلام» قرار داده‌اند بعضی هم «غلام أو رجل» گفته‌اند مرحوم محقق در متن شرایع تعبیر غلام دارد و رجل ندارد، امام (ره) هم غلام دارد، پس با توجه به این که تعبیرات اصحاب مختلف است نمی‌توان بر عدم فرق ادّعی اجماع کرد.

ان قلت: عرف الغاء خصوصیت کرده و می‌گوید این عمل، شنیع و پست است و شارع مقدّس این اشخاص را به تحریم سه مورد (مادر، خواهر و دختر) مجازات کرده است.

قلنا: الغاء خصوصیت عرفیه باید قطعیه باشد. آیا واقعاً در اینجا قطع داریم، شاید چون غلام مورد طمع آلودگان است شارع این حکم را روی او آورده است، پس فتوای به حرمت در غیر غلام خالی از اشکال نیست همان گونه که صاحب جواهر فرمودند.

ان قلت: به قرینه بنت می‌فهمیم که مراد از غلام در روایات بزرگسال است، زیرا تا بزرگسال نباشد ازدواج نمی‌کند تا این که بتواند دختری داشته باشد و بر فاعل حرام شود.

قلنا: در این گونه موارد فعلیت شرط نیست یعنی مثلاً اگر الان خواهری ندارد و بعد از ده سال خواهر پیدا کند مشمول این حکم (حرمت بر فاعل) است پس همان گونه که در اخت، فعلیت شرط نیست در بنت هم شرط نیست و الا اگر فعلیت را شرط کنیم منحصر می‌شود به کبیر السن و اصلاً صغیر را شامل نمی‌شود که این را احدی نگفته است.

فرع دوم: آیا این حکم مخصوص جایی است که فاعل بزرگسال (رجل) باشد

یا اگر خردسال هم باشد شامل می‌شود (عکس مسأله قبل)؟ و یا اگر هر دو غیر بالغ باشند آیا حکم در اینجا هم جاری است؟ در این مسأله هم ظاهر کلام بعضی از اصحاب تعمیم است، یعنی فرقی ندارد بین این که فاعل رجل باشد یا غلام نابالغ، در حالی که بعضی از بزرگان در این مسأله هم اشکال کرده‌اند، از جمله صاحب جواهر که می‌فرماید دلیلی بر عمومیت نداریم چون در هر پنج روایت تعبیر رجل (در فاعل) و غلام (در مفعول) وجود دارد حال شما احتمال می‌دهید که اگر صغیر باشد این حرمت ثابت نیست، و اگر ادّعی عمومیت کنید، یا باید اجماع داشته باشید که اجماعی در مسأله نیست چون خیلی‌ها تعبیر به رجل کرده‌اند و نگفته‌اند «مَنْ أَوْقَب» یا باید از کلمه رجل الغاء خصوصیت قطعیه کنید که این هم ممکن نیست.

ان قلت: در احکام وضعیه فرقی بین بالغ و غیر بالغ نیست و لذا در صورت وقوع این عمل غسل بر او واجب می‌شود و باید بعد از بلوغ غسل کند.

قلنا: ما نمی‌خواهیم بگوییم چون صبی است احکام وضعیه ندارد، بلکه ما می‌گوییم لسان دلیل کوتاه است نه این که اگر دلیل داشته باشیم صبی غیر بالغ قابلیت احکام وضعی را ندارد. ولی در اینجا قابلیت ندارد.

افرادی هستند که اظهار می‌کنند که ما نمی‌دانستیم و بعداً ازدواج کرده و بچه‌دار شده‌ایم برای حلّ این مشکل: از دو راه وارد می‌شویم:

- ۱- می‌پرسیم آیا یقین دارید که در حین عمل بالغ بوده‌اید که اگر شک کنند مشکل حل می‌شود.
- ۲- می‌پرسیم آیا یقین دارید که دخول حاصل شده اگر شک کنند اصالة الحلیة جاری می‌کنیم، پس طبق مبنای ما یقین به دخول، و یقین به بلوغ فاعل حین عمل لازم است، البته این در جایی است که ندانسته ازدواج کرده‌اند ولی اگر بخواهند الان ازدواج کنند بهتر است که ازدواج نکنند و امّا اگر به دخول و بلوغ فاعل یقین داشته باشند جدا شدن آنها مشکلات دارد که در این صورت می‌گوییم با هم زندگی کنند مانند غیر زن و شوهر و یا برای اینکه آبروریزی نشود به یک بهانه‌ای مثل عدم سازگاری از هم جدا شوند.

فرع سوم: آیا به تعبیر امام (ره) و تعبیر عروه «ایقاب و لو به بعض الحشفه» موجب حرمت می‌شود؟

عده‌ای تصریح به حرمت کرده‌اند مثل صاحب عروه و محشین عروه و امام (ره) و عده‌ای هم گفته‌اند که دلیلی بر حرمت نداریم چون صدق ایقاب و ثقب نمی‌کند و لا اقل این است که شک داریم که اگر شک کنیم اصل حلیت است.

۳۹ ادامه مسئله ۲۴ ... ۸۱ / ۱۰ / ۱

فرع چهارم: آیا حکم، به ام و بنت منحصر است

اشاره

و شامل جدّات و نوه‌ها

(۱) ج ۲۹، ص ۴۴۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۶۱

نمی‌شود، یا حکم عام است و در سلسله صعودی جدّات و در سلسله نزولی نوه‌ها و نتیجه‌ها ... را هم شامل می‌شود؟ در اینجا اختلاف است، مرحوم علامه در قواعد و ابن ادریس در سرائر قائل به عمومیت حکم شده‌اند، بلکه بعضی ادّعی اجماع کرده‌اند ولی در مقابل کشف اللثام اشکال کرده و می‌فرماید شامل نمی‌شود مرحوم آقای حکیم این اقوال را در مستمسک «۱» بیان فرموده‌اند، مرحوم امام (ره) هم در متن تحریر فرمودند که شامل می‌شود.

ادّله:

۱- اجماع:

قائلین به شمول گاهی به اجماع استناد می‌کنند در حالی که در این مسأله اجماعی نیست.

۲- شمول اسم:

یعنی ام ام، ام است و بنت بنت، بنت است.

۳- قیاس:

در محرمات نسبت به امهات و بنات ذکر شده ولی جدات و نوه‌ها را ذکر نمی‌کنند پس همان گونه که در نسبتات در سلسله صعودی و نزولی قائل به حرمت هستیم در ما نحن فیه هم در سلسله صعودی و نزولی قائل به حرمت باشیم.

جواب از ادله:

جواب از دلیل اول:

قطعاً اجماع نیست چون عدّه کثیری متعرض نشده‌اند، پس اجماع با عدم تعرض اصحاب ادعایی است بی‌مأخذ.

جواب از دلیل دوم:

انصاف این است که اسم شامل نمی‌شود مگر همراه با قرینه و هر کدام اسمی مخصوص به خود دارند (مادر، مادربزرگ، جدّ مادری، جدّ پدری، بنت، نوه، نتیجه) ... مثلاً اگر کسی وصیت کند به اولاد من چیزی بدهید در این صورت شامل نوه‌ها نمی‌شود.

جواب از دلیل سوم:

قیاس در اینجا چون ظنی است قبول نداریم چون در نسبتات در سلسله صعودی و نزولی حرمت مسلم است ولی در باب لواط سرایت حرمت نکاح فاعل با مادر و دختر مفعول از مادر به جدّه و بالاتر و یا از بنت به نوه و پایین تر مسلم نیست. پس در این مسأله عمومیتی را که امام (ره) فرمودند و عدّه‌ای به آن قائل شده‌اند نمی‌توانیم بپذیریم.

فرع پنجم: آیا این مذکورات (بنت، اخت وام) در عکس مسأله هم حرام است

یعنی آیا می‌توانیم بگوییم یحرم علی المفعول بنت الفاعل و اخته و امّه؟

در اینجا ادعای اجماع شده است که نمی‌توان چنین گفت.

مرحوم علامه در تذکره و شهید ثانی در شرح لمعه اجماع بر عدم ادعا کرده‌اند، و شیخ طوسی می‌فرماید که بعضی از اصحاب به آن قائل شده‌اند یعنی یک قائل ناشناس بر حرمت از هر دو طرف (فاعل و مفعول) داریم و اعتباری به آن نیست بنابراین اجماع را در این مسأله قوی می‌دانیم.

اگر کسی قائل به عکس (حرمت) شود دلیلش چیست؟

تنها دلیلی که بعضی ذکر کرده‌اند «عمومیت ضمائر» است یعنی بگوییم ضمائری که در احادیث بود عامّ است مثلاً در حدیث: «رجل یعبث بالغلام قال اذا اوقب حرمت ابنته و اخته» که فاعل اوقب، رجل و ضمیر بنته و اخته به مفعول (غلام) برمی‌گردد، بعضی گفته‌اند ممکن است ضمیر عام باشد و به فاعل و مفعول بر گردد یعنی بنت و اخت فاعل هم بر مفعول حرام است.

جواب: این استدلال عجیب است چون:

اولاً: سؤال از فاعل است (رجل).

ثانیاً: استعمال ضمیر در دو مرجع محال نیست ولی خلاف ظاهر است و قرینه می‌خواهد. پس ظاهر حدیث حرمت بنت و اخت مفعول بر فاعل است و تعمیم ندارد به خصوص که اجماع هم بر خلاف عمومیت است.

فرع ششم: آیا عنوان ام و بنت و اخت فقط شامل نسیبات می‌شود یا رضاعیات را هم شامل است

یعنی ام و اخت و بنت رضاعی مفعول هم بر فاعل حرام است، یا فقط نسیبها حرام هستند. مرحوم صاحب جواهر رضاعیات را به نسیبات ملحق دانسته و از علامه در تحریر و شهید ثانی در شرح لمعه و کشف اللثام نقل کرده است که قائل به الحاق هستند. امام (ره)، صاحب عروه و بسیاری از محشین عروه هم پذیرفته‌اند پس الحاق، قائلین زیادی دارد، ولی ادعای اجماع نمی‌کنیم.

دلیل آن روایات کثیره‌ای است که دلالت می‌کند «یحرم من

(۱) ج ۱۴، ص ۱۶۰ ذیل مسئله ۲۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۶۲

الرضاع ما یحرم من النسب» و نیازی نیست که بگوییم «ام» عام است، پس روایات پنج‌گانه در مورد نسیبات است ولی با ضمیمه کردن این قاعده می‌گوییم اطلاق قاعده، رضاعیات را هم مشمول حکم قرار می‌دهد.

ان قلت: «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» در جایی است که نسب، سبب حرمت شده باشد امّا در اینجا وطی (لواط) سبب حرمت شده که این «یحرم من النسب» نیست، پس شما باید جایی پیدا کنید که نسب علت تأمیه حرمت باشد. مثلاً حرمت مادر مفعول به خاطر نسب نیست بلکه به خاطر وطی حرام است پس چون یک جزء علت حرمت، وطی حرام است و نسب تمام العله برای حرمت نیست در اینجا نباید رضاع را به نسب ملحق کنیم چرا که حرمت در جایی است که نسب علت تأمه باشد.

قلنا: همان گونه که در باب رضاع گفته شد گاهی یک چیز سبب حرمت می‌شود (مثل نسب) و گاهی دو عامل دست به دست هم می‌دهند که یکی از آن دو نسب است، مثلاً امّ الزوجه رضاعی حرام است در حالی که عامل حرمت در امّ الزوجه دو عامل است یکی عامل مصاهره (ازدواج با زن) که سبب است، عامل دیگری نسب (رابطه زوجه با مادرش) است. (حال اگر امّ الزوجه رضاعی شد رضاع جانشین عامل نسب می‌شود نه عامل سبب. در بحث رضاع «۱» تصریح دارد که اگر عامل حرمت دو چیز باشد و یک جزء علت نسب و جزء دیگرش سبب باشد، رضاع جانشین نسب می‌شود، در ما نحن فیه دلیل حرمت مادر مفعول چیست؟ علت حرمت دو جزء دارد یکی نسب است که مادر مفعول است (رابطه بین مفعول و مادرش نسبی است) و دیگری وطی است (سبب) رضاع جانشین سبب می‌شود و مادر درست می‌کند بعداً هم وطی واقع می‌شود که عامل دوم است بنابراین حرمت حاصل می‌شود. پس رضاعیات جانشین نسیبات می‌شود.

فرع هفتم: آیا غیر از این سه طایفه که در نصوص موجود است چیز دیگری هم حرام است؟

آیا پسر فاعل به دختر مفعول یا پسر مفعول بر دختر فاعل یا نوه‌ها و نتیجه‌ها هم حرام می‌شوند؟ حرام نیستند، چون روایت غیر از آن سه کس را نمی‌فرماید و لکن روایتی «۲» داشتیم که می‌فرمود حرام می‌شوند ولی دو اشکال داشت یکی از نظر سند و مشکل دیگر اعراض اصحاب از آن بود.

فرع هشتم: آیا در حرمت ثلاثه (مادر و خواهر و دختر) معتبر است که لواط از روی علم و آگاهی و عمدی باشد،

اشاره

یا صورت جهل و غیر عمد را هم شامل است مثلاً در حالت مستی مرتکب چنین عملی شده و یا جاهل است و تازه مسلمان شده و نمی‌داند که این عمل از گناهان بزرگ است که خداوند قومی را به خاطر آن عذاب نموده و یا مثلاً از روی اکراه بوده آیا حکم عام است و همه این موارد را شامل می‌شود؟

امام (ره) متعرض این مسأله نشده‌اند، ولی مرحوم صاحب عروه متعرض شده و می‌فرماید:

و الظاهر عدم الفرق فی الوطء بین أن یکون عن علم و عمد و اختیار. «۳»

مرحوم آقای حکیم در ذیل مسئله ۲۱ می‌فرماید:

للإطلاق (روایات) المعتضد باطلاق الفتاوی. «۴»

روایات و فتاوی مطلق است، اگر چه خیلی‌ها متعرض این مسأله نشده‌اند ولی آنها که متعرض شده‌اند مطلق گذاشته‌اند.

لکن الانصاف، ادعای انصراف بعید نیست چون احتمال می‌دهیم (همین احتمال هم کافی است) این تحریم نوعی مجازات و عقوبت باشد و علاوه بر این راه را هم نسبت به آینده می‌بندد چون اگر با برادر این دختر ارتباطی داشته باشد بعدها که با دختر ازدواج کرد، رفت و آمد برادر با آن مرد بیشتر شده و امکان چنین عملی بیشتر می‌شود و شارع این راه را می‌بندد، این در جایی است که مکره نبوده و عن علم و عمد باشد، حال اگر ما احتمال دهیم که حکمت حکم این دو نکته (مجازات و جلوگیری از ارتکاب در آینده) باشد این دو نکته در صورت اکراه و جهل وجود ندارد و چه بسا همین امر موجب انصراف اطلاعات از صورت علم و عمد و عدم اکراه می‌شود.

و اصالة الحل حاکم می‌شود، پس آنهایی که مدعی حرمت هستند باید آن را ثابت کنند.

(۱) تحریر الوسيله، ج ۲، مسئله ۹ از احکام رضاع.

(۲) ح ۳، باب ۱۵ از ابواب مصاهره.

(۳) عروه، فصل ۴ (لا يجوز التزويج فی عدّة الغير)، مسئله ۲۱.

(۴) مستمسک، ج ۱۴، ص ۱۶۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۶۳

بحث اصولی:

در اطلاعات، علم به عدم انصراف لازم است و با وجود احتمال انصراف جلوی اطلاعات گرفته می‌شود.

فرع نهم: لو كان الموطوء خنثی هل تحرم أمها و بنتها علی الواطی؟

اشاره

در اینجا سؤالاتی مطرح است:

اولاً: خنثی چگونه دارای بنت است؟

در بعضی از موارد خنثای مشکل، هم بچه از او متولد شده (مؤنث) و هم بچه تولید کرده است (مذکر)، در زمان حضرت علی علیه السلام نمونه‌ای بود که در روایت آمده است.

ثانیاً: این مسأله متفرع بر آن است که خنثی جنس ثالثی نباشد (بشر یا مذکر است یا مؤنث) اگر جنس ثالث باشد مسأله واضح است، ولی فرض این است که یا ملحق به مذکر است و یا ملحق به مؤنث، لذا گاهی قرعه می‌زنند که دلیل بر این است که ملحق به یکی از آن دو (مذکر یا مؤنث) است و یا در باب ارث، ارث بین مذکر و مؤنث را به او می‌دهند که این نشان دهنده آن است که خنثی جنس ثالثی نیست.

مرحوم امام (ره) این مسأله را متعرض نشده‌اند ولی عروه در مسئلۀ ۲۱ متعرض شده و می‌فرماید:

و لو كان الموطوء خنثی حرمت امها و بنتها علی الواطی لانه إما لواط او زنا. «۱»

خواهر و مادر خنثی بر واطی حرام است، چون در مسأله علم اجمالی داریم که منشأ علم تفصیلی می‌شود، به این بیان که اگر خنثی در واقع مذکر باشد، احکام سابقه بدون اشکال می‌آید، اگر هم مؤنث باشد زنا است و زنا به ام موجب حرمت بنت و زنا به بنت موجب حرمت ام می‌شود.

بحث اصولی:

گاهی علم تفصیلی از علم اجمالی متولد می‌شود علم تفصیلی مانند حرمت بنت وام در ما نحن فیه که از علم اجمالی به این که خنثی یا مذکر است یا مؤنث، متولد شده، اگر مذکر باشد مادر و دختر از باب لواط حرام می‌شوند و اگر مؤنث باشد از باب زنا حرام می‌شوند.

این بحث را مرحوم صاحب جواهر و آقای حکیم هم دارند ولی ما نمی‌توانیم با آن موافقت کنیم چون مبنای ما در سابق این بود که زنا به زن سبب حرمت بنت و ام نمی‌شود بلکه نکاح موجب حرمت بنت یا ام است، که در این صورت علم اجمالی سبب علم تفصیلی نمی‌شود چون اگر مذکر باشد لواط است ولی اگر مؤنث باشد موجب حرمت نیست، پس در صورت شک ما هستیم و اصالة الحلیة.

مرحوم صاحب عروه در مورد خنثی از خواهر بحث نکرده اما در مورد خواهر، کسی نگفته خواهر مزنی بها حرام است و لذا مرحوم صاحب عروه دقت فرموده‌اند و «اخته» را نمی‌گویند.

فرع دهم: لو كان الموطوء میتاً، [آیا خواهر و مادر و دختر مفعول بر واطی حرام می‌شود؟]

اشاره

(در تاریخ داریم که افراد منحرفی بوده‌اند که این عمل را مرتکب می‌شدند) آیا خواهر و مادر و دختر مفعول بر واطی حرام می‌شود؟

خیلی‌ها این مسأله را متعرض نشده‌اند و خیلی‌ها هم متعرض شده و می‌گویند حرام نمی‌شود، چرا؟ در جواب «چرا» دو نکته می‌توان گفت:

۱- ادله از ما نحن فيه منصرف است چون مرده مصداق نادر است و به ذهن نمی آید.

بحث اصولی:

مصادیق نادر مشمول اطلاق نمی شود چون ندرت وجود، سبب انصراف اطلاق است ولی بعضی معتقدند ندرت وجود، سبب انصراف نمی شود بلکه ندرت استعمال موجب انصراف است. ما معتقدیم ندرت وجود سبب برای ندرت استعمال است و ندرت وجود در انصراف کافی است.

۲- مرحوم آقای حکیم در مستمسک می فرماید: میت «غلام» نامیده نمی شود و غلام آن است که زنده باشد. قلنا: این فرمایش را نمی توان پذیرفت چون اگر کسی از دنیا برود آیا نمی گویند که این پسر کیست یا دختر کیست؟ به میت غلام و جوان و بزرگسال می گویند و نمی توان گفت اگر کسی مرد اسم غلام از او برداشته می شود. هذا تمام الکلام فی الفروع العشره.

[مسئله ۲۵ (اللواط الطارئ علی العقد)]

اشاره

۴۱ مسئله ۲۵ (اللواط الطارئ علی العقد ...) ۳ / ۱۰ / ۸۱

مقدمه:

دو مسئله (۲۵ و ۲۶) از مسائل بخش مصاهره نکاح باقی مانده که در واقع دو فرع از فروع مسئله ۲۴ است که با آن ده

(۱) عروه، فصل ۴ (لا يجوز التزویج فی عدّه الغیر)، مسئله ۲۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۶۴

فرعی که ما سابقاً ذکر کردیم مجموعاً دوازده فرع می شود.

مسئله ۲۵: انما یوجب اللواط حرمة المذکورات اذا کان سابقاً (سابقاً علی العقد)

و اما الطارئ علی التزویج فلا یوجبها (حرمة)

و لا بطلان النکاح و لا ینبغی ترک الاحتیاط (چون مسأله اختلافی است و بعضی قائل به حرمت شده اند).

عنوان مسأله:

آنچه تا کنون گفته ایم در جایی بود که وطی قبل از عقد واقع شده ولی اکنون فرض بر این است که وطی بعد از عقد واقع شده آیا ازدواج به هم خورده و باعث حرمت می شود (نکاح فسخ می شود، مثل جایی که زوج مرتد شده) یا وطی لاحق اثری ندارد و حرمت مربوط به وطی سابق است.

امام (ره) این بود که حرام نمی شود ولی احتیاط (احتیاط مستحبی) هم خوب است.

اقوال:

اشاره

ظاهراً قول مشهور عدم حرمت است ولی عدّه‌ای قائل به حرمت شده‌اند، از کلمات بعضی از فقها قول ثالثی هم استفاده می‌شود و آن این که فرق است بین این که نکاح شده ولی عروسی واقع نشده، که در این صورت لواط موجب انفساخ عقد می‌شود ولی اگر عروسی صورت گرفته لواط در بطلان نکاح تأثیر ندارد مرحوم صاحب ریاض می‌فرماید:

و أنّما تحرم المذکورات (بنت و ام و اخت) مع سبق الوطی علی العقد علیهنّ و لو انعکس (اول عقد، بعد وطی) لم تحرم للاصل (اصالة الحلیة) و عموم أنّ الحرام لا یحرّم الحلال (وطی لاحق که حرام است عقد سابق را حرام نمی‌کند...) لکن عن ابن سعید (یحیی بن سعید صاحب کتاب الجامع للشرائع از علمای قرن هفتم) فی الجامع انفساخ نکاح المرأة بالایقاب و هو ظاهر فی عموم التحريم، کاتلاق المتن (کتاب مختصر النافع متن ریاض است یعنی مختصر النافع قائل به حرمت شده). و المقنعة و جماعه و صریح النهایة... و عن الاسکافی (قول سوم) التصريح بالتحريم هنا بعد العقد قبل الوطی (معنایش این است که بعد از عقد حرام نیست). «۱»

مرحوم صاحب حدائق می‌فرماید:

ان تحريم المذکورات مشروط بسبق الفعل علی العقد علیهنّ، فلو سبق العقد علیهنّ فانه لا تحرم، و هو ممّا لا اشکال فيه «۲» (صاحب حدائق مسلم گرفته که هیچ اشکالی در عدم تحریم نیست).

از کسانی که به عدم حرمت تصریح کرده‌اند تصریح مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد و صاحب جواهر است. شهید ثانی در مسالك می‌فرماید: هذا الحكم (حلیت) متفق علیه بین الاصحاب. «۳»

جمع‌بندی اقوال:

پس مسأله دارای سه قول است، مشهور قائل به حلیت، غیر مشهور، قائل به حرمت، و شاذی مثل اسکافی قائل به تفصیل شده‌اند یعنی عقد بدون دخول باعث حرمت و عقد با دخول حرمت نمی‌آورد.

ادله قول مشهور (حلیت):

اشاره

مشهور به دو دلیل تمسک جسته‌اند:

۱- اصالة الحلیة یا استصحاب الحلیة:

اصل حلیت است و حرمت دلیل می‌خواهد.

۲- روایت نبوی:

حدیث نبوی معروف که می فرماید:

«ان الحرام لا یحرم الحلال»

، قدر مسلمّ جایی است که حلال بالفعل باشد، شما می خواهید با کاری که این فاعل انجام داده زنی که در خانه او حلال بالفعل بوده به وسیله حرام، حرام کنید، این ممکن نیست.

ادله قول غیر مشهور (حرمت):

اشاره

به دو دلیل استناد کرده اند:

۱- اطلاق روایات خمسۀ سابقه:

اشاره

روایات پنج گانه سابق که می فرمود: «اذا أوقب حرمت علیه ابنته أو اخته» مطلق است و ندارد که قبل از عقد باشد یا بعد از عقد، پس در هر دو صورت موجب حرمت می شود.

جواب از دلیل:

این مسأله قابل بحث است که آیا واقعاً اطلاق دارد یا نه؟

معنای حرمت چیست؟ آیا حرمت اجرای عقد است یا حرمت بقاء العقد یا هر دو، کدام مراد است؟

بعید نیست که این اطلاق منصرف به اولی باشد یعنی ازدواج نکن نه این که ادامه نده، لا- اقل این است که شک در انصراف داریم که شک هم برای ثبوت کافی است، یعنی احتمال می دهیم که ابتدا به عقد جایز نباشد نه این که ادامه آن جایز نباشد.

(۱) ج ۱۰، ص ۲۱۵.

(۲) ج ۲۳، ص ۶۰۱.

(۳) ج ۷، ص ۳۴۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۶۵

بحث اصولی:

یکی از مقدمات حکمت عدم الانصراف است و اگر اطلاق انصراف داشته باشد تمسک به اطلاق صحیح نیست، و شک در انصراف هم مساوی با انصراف است.

۲- روایت ابی عمیر

این روایت در این زمینه بالخصوص وارد شده و تصریح می‌کند که ادامه جایز نیست.

* و بهذا الاسناد

(محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن ابیه، عن ابن ابی عمیر، عن بعض اصحابنا)

عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل یأتی اخا امرأته فقال: اذا أوقبه فقد حرمت علیه المرأة. «۱»

سند و دلالت این روایت خوب است ولی مشهور از آن اعراض کرده به آن فتوی نداده‌اند پس روایت ضعیف و استدلال به آن صحیح نمی‌باشد.

نتیجه: تا اینجا اصل مسأله ثابت شد که حق با مشهور است.

بقی هنا اموز:

الامر الاول: کسانی که تفصیل قائل شده‌اند

(اسکافی) که اگر عقد باشد و دخول واقع نشود آن عمل موجب حرمت است، در ادله چیزی که دلالت بر این تفصیل کند وجود ندارد پس این تفصیل وجهی ندارد، البته می‌توان وجهی بر آن ساخت ولی تکلف است و فایده‌ای ندارد.

الامر الثاني: اگر زن را طلاق داده، عده هم تمام شده و بعد وطی واقع شود حال بخواهد مجدداً از دواج کند آیا مشمول اطلاقات هست؟

ظاهر کلمات جماعتی از اکابر فقها عدم جواز است و بعضی مثل صاحب حدائق و محقق ثانی و صاحب ریاض گفته‌اند که فیه تردّد که لازم‌اش احتیاط و جویی است.

قلنا: این مسأله دلیل خاصی ندارد و ما هستیم و اطلاقات و اطلاقات هم شامل است، زیرا ظاهر اطلاقات ابتداء عقد است و در اینجا هم ابتداء العقد است، چون عقد سابق با طلاق تمام شده و کأن لم یکن شیئاً مذکوراً این طلاق بعد از عقد، فرقی با قبل از عقد نمی‌کند. پس این هم عقدی جدید و حرام است.

۴۲ ادامه مسئله ۲۵ ... ۴ / ۱۰ / ۸۱

سؤال: فرق بین «فتوی به احتیاط» و احتیاط در فتوی چیست؟

جواب: اگر کسی فتوی به احتیاط بدهد عدول به دیگری جایز نیست، مثلاً در اطراف شبهه محصوره احتیاط واجب است این فتوی است و نمی‌توان از آن عدول کرد مانند آنجایی که قبله مردد شود فتوی به احتیاط در خواندن نماز به چهار طرف داده می‌شود در این فتوی نمی‌توان به دیگری مراجعه کرد. و امّا احتیاط در فتوی این است که فتوی نمی‌دهد ولی می‌فرماید احوط این است مانند این که می‌فرماید احوط این است که از کفار کتابی اجتناب کنید که این احتیاط و جویی است و می‌توان به فتوای دیگری رجوع کرد.

الامر الثالث: اگر کسی زنی را عقد کرده و بعد وطی به اخ الزوجه کرد با این عمل زوجه‌اش بر او حرام نمی‌شود

اشاره

چون عقد سابق بر عمل بوده است و قبل از عمل، زن در حباله زوجیت او بوده است اما اگر بعداً زن را طلاق دهد و بخواهد مجدداً عقد کند آیا آن عقد جایز است.

بسیاری متعرض این صورت نشده‌اند و کسانی هم که متعرض شده‌اند اختلاف دارند. ظاهر کلام جواهر «۲» این است که تجدید عقد حرام نیست و به استصحاب استناد می‌کند به این بیان که وقتی در حباله نکاح بود آن عمل باعث حرمت نشد حال که طلاق داده و می‌خواهد تجدید عقد کند، استصحاب حلیت حال العقد را جاری می‌کنیم. از کشف اللثام «۳» هم نقل شده که ایشان هم حرام نمی‌دانند، ولی مرحوم آقای حکیم در مستمسک «۴» حرمت را انتخاب کرده و می‌فرمایند: استصحاب صاحب جواهر درست نیست چون ایشان چه چیزی را می‌خواهند استصحاب کنند؟ آیا حلیت فعلیه را یا حلیت تعلیقیه را؟ در حال عقد، آن زن حلال و حلیت فعلی بود و حلیت وطی می‌آورد آیا این حلیت را می‌توان بعد از طلاق هم استصحاب کرد؟ استصحاب حلیت فعلیه ممکن نیست، چون بعد از طلاق وطی حلال نیست، و اما استصحاب تعلیقی به این معنی است که اگر ازدواجش کند وطی حلال می‌شود، این هم حالت سابقه ندارد، چون موقعی که در عقد این مرد بود نمی‌شد بگوییم که اگر ازدواجش کند حلال می‌شود چرا که «اگر» معنی ندارد و

(۱) ح ۲، باب ۱۵ از ابواب مصاهره.

(۲) ج ۲۹، ص ۴۴۹.

(۳) ج ۷، ص ۱۸۸.

(۴) ج ۱۴، ص ۱۶۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۶۶

ازدواج موجود بود و در حال عقد این «اگر» غلط است، پس این قضیه شرطیه حالت سابقه ندارد و استصحاب تعلیقی هم جایز نیست در واقع استصحاب فعلی حالت سابقه دارد و حالت لاحقه ندارد و استصحاب تعلیقی حالت لاحقه دارد و حالت سابقه ندارد، پس استصحاب صاحب جواهر به عقیده مرحوم حکیم از کار افتاد. دلیل حرمت به نظر آقای حکیم اطلاق ادله است، چون ادله می‌گوید خواهر مفعول حرام است و این زن هم خواهر مفعول است حال اگر بخواهد تجدید عقد کند حرام است، تنها چیزی که حرام نشد در حالت عقد بود و دلیلش «ان الحرام لا یحرم الحلال» می‌باشد، پس اطلاقات حرمت شامل بحث ما می‌شود و احادیث «ان الحرام لا یحرم الحلال» مخصوص حال عقد است.

مرحوم آقای حکیم تعبیر جالبی دارد و می‌گوید «احادیث ان الحرام لا یحرم الحلال» می‌فرماید حرام رافع حلال نیست و حلال موجود را رفع نمی‌کند اما نمی‌گوید حلال بعدی را دفع نمی‌کند، پس سخن از رفع است که در حال عقد است نه سخن از دفع که بعد از عقد است و می‌خواهد عقد را تجدید کند.

قلنا: اشکال ایشان بر صاحب جواهر وارد نیست، چون ما استصحاب حلیت وطی نمی‌کنیم بلکه استصحاب حلیت نکاح می‌کنیم یعنی زن وقتی در زوجیت او بود نکاحش حلال بود حال بعد از طلاق هم نکاحش حلال است پس استصحاب صاحب جواهر روی حلیت نکاح رفته است و تنها اشکالش این است که استصحاب حکمی است و ما استصحاب حکمی را حجت نمی‌دانیم، و اما تمسک به اطلاق که آقای حکیم به آن استدلال فرمودند مشکل مهمی دارد و آن این که لازمه تمسک به اطلاق «یحرم علیه اخته و بنته» جدایی اثر از مؤثر است وطی به اخ واقع شده و هیچ تأثیری نکرد و ده سال بعد زن طلاق گرفت، حال که می‌خواهد تجدید

نکاح کند آن وطی به أخ در حرمت زن اثر می‌کند.

ان قلت: جدایی اثر از مؤثر اشکال ندارد چون مؤثر ممکن است علت تامه نباشد و موانعی بوده و یعنی امروز علت حاصل شده و مانع ده سال بعد برطرف شده، این اشکال ندارد مثل عقد فضولی.

قلنا: علت تامه نیست که محال باشد بلکه می‌گوییم این خلاف ظاهر اطلاق است که می‌گوید «اذا أوقب حرم علیه اخته» یعنی الان حرام است نه این که ده سال بعد حرام است، پس ظاهر روایت حرمت بلافاصله است.

نتیجه: ما در این فرض قائل به حرمت نیستیم و اجازه تجدید عقد بعد از طلاق را می‌دهیم.

۴۳ ادامه م ۲۵ و ۲۶ (الشک فی تحقّق الايقاب ...) ۷ / ۱۰ / ۸۱

در آخر مسأله ۲۵ از مسائل مصاهره نکته‌ای باقی مانده است. مسأله این بود که اگر با اخت ازدواج کرده و بعد با اخ ایقاب کند ازدواج‌شان به هم نمی‌خورد چون ازدواج سابق و ایقاب لاحق بوده است، سپس به این فرع رسیدیم که اگر این زن با همین شرایط طلاق داده شد، اگر بخواهد بعد از طلاق با همان مرد ازدواج کند آیا این ازدواج جایز است؟ بعضی قائل به عدم جواز و بعضی قائل به جواز بودند، قائلین به عدم جواز به اطلاق استدلال کرده و گفته‌اند که روایت می‌فرماید: «اذا أوقب حرم علیه بنته و اخته» در اینجا هم این روایت جاری است و فقط جایی که ایقاب لاحق بر نکاح باشد، خارج است اما در ما نحن فیه گرچه ایقاب بعد از نکاح اول بوده ولی از طرف دیگر قبل از نکاح مجدداً واقع شده، پس اطلاقات در اینجا هم صادق است ولی ما گفتیم که اطلاق انصراف دارد چون ظاهرش این است که به مجرد ایقاب حرمت می‌آید.

ان قلت: در جایی که ایقاب حاصل شده و اخ هنوز خواهری ندارد و بعداً خواهردار می‌شود، در واقع ایقاب از حرمت جدا شده چون موضوعش بعداً حاصل شده شما اینجا را حرام می‌دانید در حالی که در اینجا هم اثر از مؤثر جداست، پس در جایی که ایقاب بعد از عقد واقع شده و زن را طلاق داده و می‌خواهد دوباره ازدواج کند بگویید حرام است.

قلنا: فرق است بین جایی که موضوع (خواهر) موجود نشده و به خاطر نبودن موضوع حرام نیست و بین جایی که موضوع (خواهر) هست و پنج سال بعد حرام می‌شود.

بحث اصولی:

گاهی قضیه، خارجیه است یعنی حکم روی افراد موجود در خارج رفته است مثلاً وقتی کسی می‌گوید همه همسایگان من خوب هستند، یعنی اینها که الان موجود هستند نه همسایگانی که بعداً پیدا خواهد کرد. ولی گاهی قضیه حقیقیه است یعنی موضوع علی فرض الوجود حکم بر او بار شود مثلاً در «کل نار محرقة» ممکن است آتشی نباشد ولی شامل افراد موجود و

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۶۷

سیوجد و مقدره الوجود می‌شود و علی فرض الوجود محرق است.

احکام شرع معمولاً به صورت قضایای حقیقیه است مثلاً «کل دم نجس» حکم از موضوع جدا نیست و لو ده سال بعد دم پیدا شود، چون موضوع به صورت قضیه حقیقیه است شامل افراد موجود و ما سیوجد می‌شود و حکم، به موضوع چسبیده است. در ما نحن فیه قضیه اذا أوقب حرم علیه اخته و بنته قضیه خارجیه نیست (یعنی هرچه موجود باشد) بلکه به صورت قضیه حقیقیه است و الان حکم روی أخت رفته یعنی افراد مقدره الوجود هم داخل است، پس بنت و اختی که بعداً به وجود می‌آید حرام است ولی در جایی که بعد از طلاق می‌خواهد مجدداً زن را بگیرد از قبیل قضیه خارجیه است و لذا فاصله شدن اشکال دارد و اصل اولی در اینجا حلیت است پس بعداً بخواهد بگیرد حرام نیست.

ان قلت: این که گفته شده در جایی که عقد سابق بر ایقاب بوده نکاح قبلی حرام نمی‌شود، باعث نمی‌شود که بگوییم در صورت

طلاق، ازدواج مجدد جایز باشد زیرا به مجرد ایقاب، حرمت نکاح با خواهر و مادر و دختر مفعول می‌آید یعنی مقتضی موجود می‌شود ولی به علت وجود مانع (نکاحی که از سابق بوده) عقد ازدواج به هم نمی‌خورد اما اگر طلاق گرفته شود مانع (نکاح) برداشته می‌شود پس در این شرایط هم مقتضی موجود و هم مانع مفقود است و «اذا اوقب» ... تأثیر خود را خواهد گذاشت، و دختر و مادر و خواهر مفعول بر فاعل حرام ابدی می‌شود.

قلنا: این فرض از نظر عقلی محال نیست مخصوصاً در قوانین و اصول عقلائی، که در صورت وجود مقتضی هر زمان که مانع هم مفقود گردید اثر، تأثیر خود را بگذارد ولی در ما نحن فیه اطلاق انصراف دارد زیرا روایت منصرف است به جایی که حرمت نکاح به مجرد ایقاب حاصل شود نه این که بعد از مثلاً پنج سال یعنی هنگامی که طلاق گرفت آن حرمت حاصل شود و لااقل اگر شک هم کنیم اصل اولی حلیت است.

[مسأله ۲۶: الشک فی تحقّق الايقاب]

اشاره

مسأله ۲۶: لو شك فی تحقّق الايقاب حين ما عبث بالغلام أو بعده (بعد از گذشت زمان شك کرد) بنی علی العدم.

عنوان مسأله:

این مسأله در واقع دوازدهمین فرع مسأله ۲۴ است. در اینجا هم می‌توان اصل موضوعی (استصحاب موضوعی) جاری کرد یعنی بگوییم ایقاب حاصل نشده است (سابقاً نبوده) و الان شك داریم که حاصل شده باز اصل، عدم (استصحاب عدم موضوع) است و تمام آثار بار می‌شود (مثل حلیت نکاح)، و هم می‌توان استصحاب حکم جزئی جاری کرد (نه حکم کلی چون ما می‌گوییم استصحاب در احکام جاری نیست) سابقاً حرام نبود نمی‌دانم حرام شد یا نه؟ حلیت سابقه را استصحاب می‌کنیم که هر دو استصحاب موافق هستند.

ان قلت: استصحاب دوّم تعلیقی است، چون تعلیق بر عقد است یعنی اگر سابقاً این خواهر را نکاح می‌کرد و طی او حلال بود حالا که نکاح شکسته شده اگر دومرتبه نکاح کند و طی او حلال است و این تعلیق است.

قلنا: استصحاب تعلیقی را بعضی حجّت می‌دانند و بعضی حجّت نمی‌دانند و از جاهایی که قضیه خارجیّه و حقیقیّه کاربرد دارد همین جاست.

در اینجا بهتر این است که بگوییم استصحاب، تعلیقی نیست یعنی سابقاً نکاح زن حلال بود، الان هم حلال است و با و طی که از آثار نکاح است کاری نداریم، پس استصحاب تنجیزی است، مضافاً به این که تعلیقی‌ها را حجّت می‌دانیم و بازگشت آن به قضایای حقیقیّه است.

«فصل: القول فی النکاح فی العده و تکمیل العدد»

اشاره

این فصل بحث مهمّ و محلّ ابتلائی است و بسیارند کسانی که نمی‌دانسته‌اند نکاح در عده حرام است و گرفتار آن شده‌اند.

مسئله ۱: لا يجوز نكاح المرأة لا دائماً و لا منقطعاً إذا كانت في عدّة الغير

اشاره

مسئله ۱: لا يجوز نكاح المرأة لا دائماً و لا منقطعاً إذا كانت في عدّة الغير (اگر در عدّه خودش باشد نكاح او بلامانع است) رجعیّه كانت أو بائنه، عدّه وفاة أو غيرها (عدّه وطی به شبهه)

من نكاح دائم أو منقطع أو من وطئ شبهة (هر نكاحی در هر عدّه‌ای حرام است) و لو تزوّجها فان كانا عالمين بالموضوع و الحكم، بأن علما بكونها في العدّة، و علماً بأنّه لا يجوز النكاح فيها، أو كان احدهما عالماً بهما بطل النكاح و حرمت عليه ابدأ، سواء دخل بها أولاً. و كذا ان جهلاً بهما أو بأحدهما و دخل بها و لو دبراً، و اما لو لم يدخل بها بطل العقد و لكن لم تحرم عليه ابدأ، فله استئناف العقد عليها بعد انقضاء العدّة التي كانت فيها.

عنوان مسأله:

این مسأله دارای دو فرع است:

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۶۸

فرع اول: نكاح در عدّه غير مطلقاً باطل است.

فرع دوم: آیا نكاح در عدّه موجب حرمت ابدی می‌شود یا نه؟

برای فرع دوم امام و دیگران چهار صورت درست کرده‌اند:

۱- هر دو هم به موضوع و حکم عالم بودند یعنی زن و شوهر که در عدّه ازدواج کرده‌اند می‌دانسته‌اند زن در عدّه بوده و نكاح در عدّه حرام است که در این صورت حرمت ابدی است.

۲- احدهما هم موضوع و هم حکم را می‌داند که بر او حرام ابدی می‌شود و طبعاً به طرف دیگر هم سرایت می‌کند.

۳- هیچ کدام نمی‌دانند یعنی یا نمی‌دانند زن در عدّه است (جهل به موضوع) و یا نمی‌دانند نكاح در عدّه حرام است (جهل به حکم) و یا هر دو (حکم و موضوع) را نمی‌دانند در اینجا اگر دخول حاصل شود حرام ابدی می‌شود.

۴- هر دو جاهلند و دخول هم حاصل نشده است که این صورت حلال است، اگر چه نكاح باطل است.

این عنوان (نكاح فی العده) آیا یک عنوان مستقل از محرمات است یا در داخل احکام مصاهره است؟ (هر دو ممکن است. با یک نظر ملحق به مسائل مصاهره است، در صورتی که مصاهره به معنی دخول و نكاح باشد که باعث حرمت شده پس به یک معنی از شاخ و برگ‌های مصاهره است و ممکن است یک عنوان مستقل باشد، مثل ظاهر کلام جواهر در ابتدای باب اسباب تحریم که فرمودند: اسباب تحریم بیست و یک سبب است و از جمله آنها «اعتداد» است که نكاح در عدّه سبب حرمت می‌شود.

البته فرعی در اینجا وجود دارد به آن اشاره می‌کنیم و آن این که اگر نكاح جاهلاً در عدّه واقع شد و دخول بعد از عدّه بود در این صورت حکم چیست؟ بعضی قائل به حرمت هستند ولی ما قائل به حرمت نیستیم این بحث در آینده تفصیلاً خواهد آمد.

فصل: النكاح فی العده، مسئله ۱ ... ۸ / ۱۰ / ۸۱

فرع اول: بطلان عقد نكاح در عدّه غير مطلقاً

اشاره

نکاح در عده حرام است، وقتی حرام شد (حرمت تکلیفی) باطل هم هست (حرمت وضعی) و فرقی نمی‌کند که چه عده‌ای باشد (بائن، رجعی، وفات، شبهه، عقد منقطع، عقد دائم) و نکاح هر نکاحی باشد (دائم یا منقطع) عقد باطل است.

اقوال:

عده‌ای این مسأله را نگفته‌اند (ارسال المسلمات) و سراغ فرع دوم رفته‌اند یعنی اصل مسأله (بطلان نکاح در عده) را مسلم دانسته‌اند و آنهایی که متعرض شده‌اند، آن را از مسلمات دانسته‌اند.

از جمله مرحوم صاحب مدارک می‌فرماید:

إذا تزوج الرجل امرأة في عدتها فلعقد فاسد قطعاً... وبالجملة فلا اشكال في هذه الاحكام (هم فساد عقد هم حرمت ابدی) لأنها موضع نص و وفاق (ادعای اجماع است). «۱»

صاحب جواهر تعبیر محکمی دارد و می‌فرماید:

لا يجوز نكاح المرأة دائماً و لا متعة في العدة رجعية كانت أو بائنة عده و فاه أو غيرها (مانند شبهه) من نكاح دائم أو منقطع بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه (محصل و منقول) عليه. «۲»

اهل سنت هم بر این مسأله اجماع دارند و نکاح در عده را باطل می‌دانند. ابن رشد در بدایة المجتهد می‌گوید:

و اتفقوا على أن النكاح لا يجوز في العدة كانت عده حیض أو عده حمل أو عده اشهر (عده‌ای که سه بار عادت می‌شود یا حامله است که با وضع حمل عده تمام می‌شود یا من لا حیض فی سن من حیض است که باید سه ماه عده نگه دارد). «۳»

ادله:

اشاره

چهار دلیل می‌توان اقامه کرد:

۱- اجماع:

همان گونه که بیان شد مسأله اجماعی است، ولی اجماع مدرکی است و می‌تواند مؤید باشد.

۲- آیات:

در اینجا به چند آیه می‌توان استدلال نمود.

الف) آیه «وَلَا تَغْزِمُوا عَقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ» (قصد نکنید برقراری نکاح را تا عده تمام شود). «۴»

البته قبل از این آیه راجع به عده صحبت شده و اینجا اشاره به اجل عده است:

«وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ»

(۲) ج ۲۹، ص ۴۲۸.

(۳) ج ۲، ص ۳۸.

(۴) آیه ۲۳۵، سوره بقره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۶۹

بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهِ بِمَا تَعْمَلُونَ خَيْرٌ* وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ (گناهی بر شما نیست اگر تعرض بر خواستگاری زنان شوهرمرده داشته باشید) أَوْ أَكُنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ (یا در دل نیت کنید و اظهار ندارید) عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَيَتَذَكَّرُونََهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا (ولی پنهانی در عده قرار نگذارید) إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ «... ۱»

نهی در اینجا دلالت بر فساد می‌کند و لو نهی در باب عبادات نیست ولی نواهی در عبادات و معاملات و باب نکاح ظاهر در حکم وضعی است نه تکلیفی، پس نهی از عزم نکاح دلیل بر بطلان است ولی دو احتمال وجود دارد:

احتمال اول: «لَا تَعْزِمُوا» یعنی «قصد نکنید» که کنایه از انجام ندادن عمل است و این کنایه معمول است مثلاً می‌گوییم «این فکر را از سرت بیرون کن که با ما همسایه شوی» این کنایه از ترک عمل است یعنی به این عمل (همسایه شدن با ما) اقدام نکن و حتی قصد آن را هم نکن و در واقع مبالغه است زیرا وقتی قصد نکند به طریق اولی نباید عمل کند.

احتمال دوم: این نیت حرام است یعنی در عده حتی نیت عقد هم نکند. حرمت نیت از باب مقدمه است پس ذی المقدمه به طریق اولی حرام می‌شود، همان گونه که حرمت ذی المقدمه دلیل بر حرمت مقدمه است، همچنین است در ناحیه وجوب، یعنی از وجوب ذی المقدمه پی به وجوب مقدمه می‌بریم و بالعکس.

ان قلت: احتمال دوم درست نیست چون صدر آیه می‌فرماید «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكُنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ» یعنی نیت باطنی اشکال ندارد حتی بالاتر از آن هم باشد مطابق صدر آیه گناه نیست.

قلنا: صدر آیه در مورد ما بعد العده صحبت می‌کند ولی ذیل آن در مورد زمان عده است بنابراین صدر و ذیل با هم ارتباطی ندارند.

مرحوم آقای حکیم در مستمسک در فصل نکاح در عده می‌فرماید: این آیه در مورد عده وفات است و نسبت به غیر عده وفات دلالت ندارد و باید با اجماع تکمیل شود.

قلنا: ده آیه «۲» در این سوره داریم که راجع به طلاق و عده است و منحصر به عده وفات نیست و ما با توجه به این مطلب بعید نمی‌دانیم که آیه ۲۳۵ عام باشد و پس «نساء» در آیه عام است و مخصوص عده وفات نیست قطع آقای حکیم را بر این که در مورد عده وفات است قبول نداریم.

(ب) آیه «وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ (انتظار بکشند) بِأَنْفُسِهِنَّ».

کسی به این آیه استدلال نکرده است.

معنی انتظار (تربص) چیست؟

معنی آن انتظار پایان عده برای شوهر کردن است و آلا اگر شوهر کردن در عده جایز باشد دیگر انتظار چه چیزی را بکشند پس معنی «تربص» حرمت نکاح در عده است در نتیجه نکاح باطل است.

۳- متبادر عرفی از مفهوم عده:

مفهوم عرفی عده این است که زن ازدواج نکند و در واقع عده حریم زوجیت سابق است و با وجود این دلیل اصلاً نیاز ندارد دنبال دلیل بگردیم و شاید وجه این که بعضی از علما متعرض این مسأله نشده‌اند این است که خود مفهوم عده دلالت دارد و نیاز نبوده

آن را مطرح کنند. حتی یکی از فلسفه‌های عده عدم تداخل میاه است حال اگر در عده ازدواج کند این وجه رعایت نشده است. در وطی شبهه شوهر هم باید از زنش دوری کند تا عده تمام شود. پس متبادر عرفی از عده، حرمت نکاح در عده است. نتیجه: بنابراین می‌توان چنین نتیجه گرفت که لازم نیست چراغ بگیریم و به دنبال ادله بگردیم چون در مفهوم عده، حرمت نکاح نهفته است و هم عرف و هم شرع ملتمز به این مفهوم بوده و می‌گویند معنای آن، این است که زن در خانه بنشیند تا عده تمام شود. ۴۵ ادامه مسئله ۱ ... ۱۰ / ۱۰ / ۸۱

۴- روایات:

اشاره

روایاتی که دلالت بر بطلان نکاح دارد.

... عن عبد الرحمن بن الحجاج

ثقه است ولی تعبیری در مورد اوست که می‌فرماید «ثقیل علی القلوب» بعضی از این تعبیر استفاده کرده‌اند که او ثقه نبوده، ولی جهت ثقیل بودنش این است که اسم او عبد الرحمن بوده که ابن ملجم را به یاد می‌آورد و اسم پدرش هم حجاج بوده که حجاج بن یوسف ثقفی را به

(۱) آیه ۲۳۵ و ۲۳۴، سوره بقره.

(۲) آیات ۲۳۷-۲۲۸، سوره بقره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۷۰

خاطر می‌آورد، ولی به نظر ما او فردی ثقه و جلیل‌القدر بوده و روایت صحیحه است)

عن ابی ابراهیم

(امام کاظم) علیه السلام

قال: سألت عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها بجهالة أهي ممن لا تحل له ابداً؟

فقال: لا أما إذا كان بجهالة فليزوجه بعد ما تنقضي عدتها

(این ازدواج باطل و بی‌اثر است و بعد از آن که عده‌اش گذشت اگر می‌خواهی با او ازدواج کن یعنی چون جاهل بودی بر تو حرام ابدی نیست، اگر چه روایت در مورد این است که چون جاهل بوده حرام ابدی نیست ولی استفاده می‌شود که نکاح در عده باطل است)

... فقلت: و هو فی الأخری معذور؟ قال: نعم إذا انقضت عدتها فهو معذور فی أن يتزوجها «... ۱»

روایات دیگری هم داریم که همه آنها یا اکثر آنها دلالت بر این معنی دارد. در این روایات تعبیر «یفرق بینهما» کنایه از بطلان نکاح است.

□

... عن ابی بصیر، عن ابی عبد الله علیه السلام انه قال فی رجل نکح امرأه و هی فی عدتها قال: یفرق بینهما

(نکاح باطل است). «۲»

... عن زرارة، عن ابی جعفر علیه السلام فی امرأه تزوجت قبل أن تنقضي عدتها قال: یفرق بینهما و تعتد عده واحدة منهما جميعاً.

«۳»

□

... عن ابی العباس، عن ابی عبد الله علیه السلام فی المرأة تزوج فی عدتها قال: یفرق بینهما و تعتد عده واحدة منهما جميعاً. «۴»

...* عن ابی بصیر قال: سألته عن رجل یتزوج امرأه فی عدتها و يعطيها المهر ثم یفرق بینهما قبل أن یدخل بها قال: یرجع علیها بما اعطاها. «۵»

...* عن جمیل عن بعض اصحابه عن احدهما (علیهما السلام) فی المرأة تزوج فی عدتها قال: یفرق بینهما «... ۶»

روایت معارض:

یک روایت در مورد قضاوت‌های حضرت علی علیه السلام داریم که حضرت می‌فرماید: اگر نکاح در عده کردی طلاق بده آیا مفهوم این اجبار بر طلاق دلیل بر صحت عقد است؟

...* عن عبد الله بن الفضل الهاشمی، عن بعض مشیخته

(مرسله)

قال: قال: أبو عبد الله علیه السلام: قضی امیر المؤمنین علیه السلام فی امرأه تُوفی زوجها و هی حبلی

(باردار)

فولدت قبل أن تمضی اربعة اشهر و عشرأ

(در این صورت عده تمام نمی‌شود چون عده وفات أبعد الاجلین است یعنی اگر وضع حمل زودتر باشد زمان عده چهار ماه و ده روز است و اگر وضع حمل دیرتر باشد تا زمان وضع حمل عده نگه دارد)

و تزوجت قبل أن تکمل الاربعة الاشهر و العشر فقضی أن یطلقها، ثم لا یخطبها حتی یمضی آخر الاجلین «... ۷»

جواب از روایت: مراد از «قضی أن یطلقها» طلاق شرعی نیست، بلکه منظور رها کردن است چون اگر ازدواج صحیح باشد اجبار به طلاق معنی ندارد، پس معنی اش این است که ازدواج صحیح نبوده است و طلاق یعنی رها کردن عرفی نه شرعی.

جمع بندی: مسأله خیلی واضح است و تنها چیزی که بوی مخالفت می‌دهد این روایت است که تفسیر آن روشن است، و بر فرض هم دلالت داشته باشد:

أولاً: سندش مرسله است.

ثانیاً: معرض عنهاست.

پس این حدیث نمی‌تواند معارض باشد.

فرع دوم: حرمت ابدی نکاح در عده

اشاره

در بعضی از صور (سه صورت) نکاح در عده موجب حرمت ابدی می‌شود و در یک صورت موجب حرمت ابدی نیست:

اگر هر دو عالم به حکم و موضوع باشند، یا یکی از آن دو عالم باشد یا هر دو جاهل و دخول حاصل شده باشد در این سه صورت حرام ابدی است ولی در جایی که هر دو جاهل باشند و دخول نشود حرمت ابدی نیست.

این چهار صورت را می‌توان در دو صورت خلاصه کرد:

۱- جایی که دخول حاصل شده یا علم بوده، حرمت ابدی است.

۲- جایی که هیچ کدام نبوده (نه علم و نه دخول)، حرمت ابدی نیست.

اقوال:

اشاره

از نظر علمای امامیه مسأله اجماعی است و از اهل سنت تعداد کمی با ما هستند.

مرحوم شیخ طوسی در دو مسأله از کتاب خلاف می‌فرماید:

مسأله ۹۷: اذا تزوّجها فی عدّتها مع العلم بذلك (حرمت حکم و موضوع) و لم یدخل بها فزّق بینهما و لا تحلّ له ابدأً و به قال مالک و خالف جمیع الفقهاء (اهل سنت) فی ذلك دلیلنا: اجماع الفرقة و اخبارهم.

(۱) ح ۴، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۸، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۱۱، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۴) ح ۱۲، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۵) ح ۱۳، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۶) ح ۱۴، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۴، ص: ۷۰

(۷) ح ۱۶، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۷۱

مسأله ۹۸: اذا تزوّجها فی عدّتها مع الجهل بتحريم ذلك و دخل بها فزّق بینهما و لم تحلّ له ابدأً و به قال: عمر و مالک و الشافعی فی

القديم و قال فی الجديد: تحلّ له بعد انقضاء عدّتها (شافعی دارای دو کتاب است کتابی را در مدینه و کتابی را بعد از خروج از

مدینه نوشت) و به قال ابو حنیفه و باقی الفقهاء، دلیلنا: اجماع الفرقة و طریقه الاحتیاط. «۱»

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

بلا خلاف اجده فی شیء من ذلك بل الاجماع بقسمیه (محضّل و منقول) علیه. «۲»

۴۶ ادامه مسأله ۱ ... ۱۱ / ۱۰ / ۸۱

جمع‌بندی اقوال:

از نظر اقوال مسأله مسلم و جای شک و شبهه نیست ولی عامّه اکثراً با ما مخالفند و اقلیتی از آنها موافق هستند.

ادله:

دلیل اول ما اجماع است البتّه اجماع مدرکی و مؤید است.

۲- روایات:

اشاره

عمده دلیل در اینجا اخبار است که در باب ۱۷ و سائل از ابواب مصاهره آمده و مجموعاً بیست و دو روایت است. روایات معتبر در بین این روایات زیاد است و روایات ضعیف هم در بین آنها هست ولی چون متضافر هستند نیاز به بحث سندی ندارد. این اخبار را در شش طایفه مورد بررسی قرار می دهیم، زیرا وقتی روایات جدا جدا بررسی شده و سپس با هم ترکیب شوند جمع روشنی بین روایات حاصل می شود.

طایفه اول: علم و جهل مطلقاً

معیار در حرمت ابدی علم و جهل است و صحبتی از دخول نیست (چهار روایت).

...* عن ابی عبد الله علیه السلام فی حدیث أنه قال: و الذی یتزوج المرأه فی عدتها و هو یعلم لا تحلّ له ابدًا.

(مفهومش این است که اگر جاهل باشند حلال است). «۳»

این روایت در واقع سه روایت است چون سه راوی (زراره بن اعین و داود بن سرحان و اَدیم بیاع الهروی) آن را از امام صادق علیه السلام نقل کرده اند.

...* فقلت: فان كان احدهما متعمداً و الآخر بجهل فقال: الذی تعمّد لا یحلّ له أن یرجع الی صاحبه ابدًا. «۴»

...* عن اسحاق بن عمّار، قال: سألت ابا ابراهیم علیه السلام عن الامه یموت سیدها قال: تعتدّ عدّه المتوفی عنها زوجها قلت: فان رجلاً تزوّجها قبل أن تنقضی عدّتها قال: فقال: یفارقها ثم یتزوّجها نکاحاً جدیداً بعد انقضاء عدّتها. قلت: فأین ما بلغنا عن ابیک فی الرجل اذا تزوّج المرأه فی عدّتها لم تحلّ له ابدًا؟ قال: هذا جاهل

(مدار علم و جهل است و روایت مطلق است یعنی چه دخول باشد و چه نباشد). «۵»

...* عن اسحاق بن عمّار، قال: قلت لأبی ابراهیم علیه السلام: بلغنا عن ابیک ان الرجل اذا تزوّج المرأه فی عدّتها لم تحلّ له ابدًا فقال: هذا اذا كان عالماً فاذا كان جاهلاً فارقها و یعتدّ ثم یتزوّجها نکاحاً جدید. «۶»

آیا این حدیث همان حدیث قبلی (ح ۵) است یا حدیث دیگری است؟

احتمالاً به یک روایت برمی گردد ولی چون یک روایت سه سند داشت در واقع در این طایفه پنج روایت موجود است.

طایفه دوم: دخول و عدم دخول مطلقاً

معیار دخول است و صحبتی از علم و جهل نیست (پنج روایت).

...* محمّد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام قال: المرأه الحبلی یتوفی عنها زوجها فتضع و تزوّج قبل أن تعتدّ اربعه اشهر و عشرًا

فقال: ان كان الذی تزوّجها دخل بها فزوّجها بینهما و لم تحلّ له ابدًا

(سخن از علم و جهل نیست ولی در ذیل روایت قرینه لطیفی بر مسئله جهل وجود دارد)

و اعتدّت بما بقی علیها من عدّه الاول و استقبلت عدّه اخرى من الآخر ثلاثه قروء

(از اینجا می فهمیم که وطی به شبهه است که دومی عدّه دارد چون اگر عالم بود و مرتکب این عمل می شد زنا بود و عدّه نداشت

پس وطی به شبهه قرینه بر این است که جاهل بوده است. بنابراین ظاهر روایت دخول را می گوید گرچه ذیل حدیث جهل را

می گوید «...» (۷)

□
 ...* عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن المرأة الحبلی يموت زوجها فتضع و تزوج قبل أن تمضي لها اربعة اشهر
 و عشرأ

(۱) کتاب النکاح، ج ۴، ص ۳۲۱، مسئله ۹۸ و ۹۷.

(۲) ج ۲۹، ص ۴۳۰.

(۳) ح ۱، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۴) ح ۴، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۵) ح ۵، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۶) ح ۱۰، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۷) ح ۲، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۷۲

فقال: ان كان دخل بها فرق بينهما و لم تحل له ابداً ... و ان لم يكن دخل بها فزق بينهما و اعتدت بما بقى عليها من الاول و هو
 خاطب من الخطاب. (۱)

همان قرینه روایت قبل در اینجا هم هست پس ظاهر این دو روایت این است که دخول و لا دخول مراد است ولی ذیلش علم و جهل
 را هم شامل می شود.

۴۷ ادامه مسئله ۱ ... ۱۴ / ۱۰ / ۸۱

...* عن سليمان بن خالد، قال: سألته

(مضمرة)

عن رجل تزوج امرأة في عدتها قال: فقال: يفرق بينهما و ان كان دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها و يفرق بينهما فلا تحل له
 ابداً و ان لم يكن دخل بها فلا شيء لها من مهرها. (۲)

در این حدیث حکم دائر مدار دخول است و کاری به علم و جهل ندارد ولی این حدیث هم مانند دو حدیث سابق قرینه‌ای دارد که
 نشان می دهد صورت جهل مراد است و قرینه آن مهریه‌ای است که ذکر شده چون اگر عالم باشد، زناست «لا مهر لبغی» یعنی زن
 فاجره مهر ندارد پس معلوم می شود جاهل است که می فرماید اگر دخولی حاصل شده باید مهر بپردازد. بنابراین، حدیث گرچه
 ظاهراً مطلق است ولی به قرینه ذکر مهر می فهمیم مورد کلام، جاهل است.

...* عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر

(امام باقر) علیه السلام

قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها قال: ان كان دخل بها فزق بينهما و لم تحل له ابداً و أتت عدتها من الاول و عدة
 اخرى من الآخر

(معلوم می شود دو می جاهل بوده و وطی به شبهه بوده که دارای عدّه است)

و ان لم يكن دخل بها فزق بينهما و أتت عدتها من الاول و كان خاطباً من الخطاب

(حلال است و می تواند خواستگار باشد). (۳)

* و بهذا الاسناد

(قرب الاسناد)

قال: سألته

(از برادرش موسی بن جعفر) علیه السلام

عن امرأة توفی زوجها

(متوفی ملائکه است «الَّذِينَ تَتَوَفَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ» * و آنها که جانشان گرفته می شود متوفی هستند)

و هی حامل فوضعت

(وضع حمل کرد)

و تزوجت قبل أن يمضي أربعة أشهر و عشرًا ما حالها؟ قال ان كان دخل بها زوجها فرق بينهما فاعتدت ما بقي عليها من زوجها

(أى زوج الاول)

ثم اعتدت عدّة اخرى من الزوج الآخر

(معلوم می شود که جاهل بوده اند و وطی به شبهه بوده که عدّه دارد چون زنا فقط استبراء رحم دارد که یک بار حیض شدن و پاک

شدن است. آیا استبراء رحم در زانیه واجب است یا مستحب محلّ کلام است و بعداً بحث خواهد شد)

ثم لا- تحلّ له ابدًا و ان تزوجت من غيره و لم یکن دخل بها فرق بينهما فاعتدت ما بقي عليها من المتوفی عنها و هو خاطب من

الخطاب

(مدار دخول و لا دخول است و مانند چهار حدیث سابق قرینه دارد که معیار صورت جهل است). «۴»

نکته: روایات «علی بن جعفر» که برادر امام موسی بن جعفر علیه السلام است در وسائل غالباً از دو منبع نقل شده است:

۱- کتاب علی بن جعفر که ظاهراً در دست صاحب وسائل بوده و مستقیماً از کتاب ایشان نقل می کنند این روایات صحیحه است و

ما به آن اعتماد می کنیم.

۲- قرب الاسناد که یکی از رجال سند در آن یا مجهول است یا ضعیف و لذا به روایاتی که سندش منحصرأً به قرب الاسناد منتهی

می شود تکیه نمی کنند.

این حدیث هم از قرب الاسناد است و اگر به تنهایی بود قابل استناد نبود.

جمع بندی روایات طایفه دوّم: معیار دخول و لا دخول است ولی قرینه داریم که صورت جهل مراد است.

طایفه سوّم: جمع بین هر دو (علم و دخول)

هر دو (علم و دخول) را معیار می داند اگر عالم باشد حرام و اگر جاهل باشد و دخول حاصل شود حرام و در جایی که نه عالم باشد

و نه دخول شده باشد حلال است. این طایفه یک حدیث معتبر و واضح الدلالة دارد.

* و عن علی بن ابراهیم، عن أبیه، عن ابن ابی عمیر، عن حمّاد، عن الحلّبی

(این سند در خیلی جاها تکرار می شود و تمام رجال معتبر است)

عن ابی عبد الله علیه السلام قال: اذا تزوّج الرجل المرأة فی عدّتها

(حسن روایت این است که مخصوص عدّه وفات نیست)

و دخل بها لم تحلّ له ابدًا عالمًا كان أو جاهلاً و ان لم یدخل حلّت للجاهل و لم تحلّ للآخر. «۵»

این طایفه شاهد جمع روایات طایفه اوّل و ثانیه است یعنی هم طایفه اوّلی درست است و هم طایفه ثانیه و علم و جهل و دخول لا

دخول معیار است (مذهب مشهور).

(۱) ح ۶، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۷، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۹، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۴) ح ۲۰، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۵) ح ۳، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۷۳

تا اینجا سه طایفه که مجموعاً ده حدیث بود بیان شد و اما دوازده حدیث باقی مانده است که آنها هم سه طایفه هستند:

طایفه چهارم: خارج از محل نزاع

روایاتی که با بحث ما (حرمت ابدی) کاری نداشته و ربطی به مسأله پیدا نمی‌کنند.

...* عن ابی بصیر، عن ابی عبد الله علیه السلام انه قال فی رجل نکح امرأه و هی فی عدتها قال: یفرق بینهما ثم تقضی عدتها فان

کان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها و یفرق بینهما و ان لم یکن دخل بها فلا شیء لها الحدیث. «۱»

شش روایت دیگر «۲» نیز به همین مضمون وجود دارد که همگی مربوط به حرمت نکاح در عده می‌باشد، و صحبتی از حرمت

ابدی در آنها نیست.

طایفه پنجم: جواز مطلقاً

روایاتی که می‌گویند مطلقاً بعد از عده جایز است و باید آن را به صورت جهل و عدم دخول مقید کنیم. (مطلق و مقید).

...* عن عبد الله بن الفضل الهاشمی، عن بعض مشیخته

(مرسله)

□

قال: قال أبو عبد الله علیه السلام: قضی امیر المؤمنین علیه السلام فی امرأه توفی زوجها و هی حبلی

(باردار)

فولدت قبل ان تمضی اربعه اشهر و عشرأ و تزوجت قبل أن تکمل الاربعه الاشهر و العشر فقضی أن یطلقها

(این طلاق شرعی نیست که دلالت بر صحت نکاح کند بلکه طلاق عرفی و به معنی رها کردن است چون اگر عقد صحیح باشد

اجبار بر طلاق معنی ندارد علاوه بر این احتمال دارد «یطلقها» بدون تشدید، به معنی رها کردن باشد نه این که «یطلقها» با تشدید

باشد که ظهور در طلاق دارد)

ثم لا یخطبها حتی یمضی آخر الاجلین

(ابعد الاجلین از وضع حمل و عده وفات)

فان شاء موالی المرأة انکحوها و ان شاءوا امسکوها و ردوا علیه ماله

(موالی که می‌گویند برای این است که دخترها سابقاً اختیار را به دست پدرها و مادرها می‌دادند و مثل زمان ما نبود که حتی با پدر

و مادر مشورت هم نمی‌کنند). «۳»

این روایت می‌فرماید مطلقاً می‌تواند ازدواج کند، یعنی نه صحبت از علم است و نه از جهل و نه از دخول و لا دخول، ولی دو قرینه

داریم که نشان می‌دهد که صورت جهل و عدم دخول مراد است.

قرینه اول: چون مهریه را برمی گردانند (ردّوا علیه ماله) بنابراین دخولی صورت نگرفته است.
 قرینه دوم: چون می گوید در عده بوده و وضع حمل کرده و عده تمام نشده ازدواج می کند، معلوم می شود که در مورد جاهل است زیرا فکر می کرده با وضع حمل عده تمام شده و می تواند ازدواج کند، و نمی دانسته که عده وفات در جایی که زن باردار است اُبعد الأجلین از وضع محل و عده وفات (۴ ماه و ده روز) می باشد و به همین جهت موضوع این روایات غالباً زن حبلی است. بنابراین ظاهر این روایت اطلاق است ولی عند الدقه و التأمل روشن می شود که روایات در مورد صورت جهل و عدم دخول بوده است.

۴۸ ادامه مسئله ۱ ... ۱۵ / ۱۰ / ۸۱

... عن علی بن جعفر، عن اخیه علیه السلام قال: سألته عن امرأة تزوّجت قبل أن تنقضی عدتها (عده وفات ندارد و مطلق عده‌ها را شامل است)
 قال: یفرّق بینها و بینه و یکون خاطباً من الخطاب (بعد از گذشتن عده می تواند مثل دیگران از این زن خواستگاری کند). «۴»

در این روایت صحبت از حرمت ابدی نیست و اطلاق دارد و صورت دخول و علم را شامل است. این روایت با روایت قبلی تفاوت دارد چون در روایت قبل تعبیرات پرمعنایی بود و نشان می داد که در مورد جهل و عدم دخول است ولی ظاهر این روایت جواز مطلق است، یعنی حرمت ابدی نیست.

اللهم الا ان یقال: معمولاً آدم‌هایی که عالم به حکم و موضوع باشند به چنین کاری اقدام نمی کنند یعنی وقتی می دانند این ازدواج باطل و زنا است و زنا اقدام نمی کنند و این که کسی عالم باشد و اقدام کند فرد نادر است پس ظاهراً روایت در مورد جهل است. علاوه بر این نگفته است که یک عده دیگر هم نگه دارد در حالی که اگر دخول حاصل شده بود می فرمود، علاوه بر عده خودش عده دیگری هم نگه دارد پس عدم تعدد عده دلیل بر عدم دخول است، که در این صورت جواز درست می شود. سلّمنا، این دو قرینه را نپذیرید می گویم جمع بین این طایفه و سه طایفه قبل جمع بین مطلق و مقید است به این

(۱) ح ۸، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۱۱، ۱۲، ۱۳، ۱۴، ۱۵ و ۱۸ باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۱۶، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۴) ح ۱۹، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۷۴

معنی که اطلاق این روایات را به روایات سابق تقیید می زنیم.

طائفة ششم: حرمت مطلق در بدو نظر

روایاتی که در بدو نظر دلالت بر حرمت مطلق دارد.

... عن حمران قال: سألت ابا عبد الله علیه السلام عن امرأة تزوّجت فی عدتها بجهالة منها بذلك قال: فقال: لا أری علیها شیئاً (گناهی نکرده است)

و یفرّق بینها و بین الذی تزوّج بها و لا تحلّ له ابدا

(با این که جاهل است امام می فرماید حرام ابدی است)

قلت: فان كانت قد عرفت ان ذلك محرم عليها ثم تقدمت على ذلك فقال: ان كانت تزوجته في عدة لزوجها الذي طلقها عليها فيها الرجعة فاني ارى ان عليها الرجم

(عدة رجعيه حکم نکاح را دارد پس در واقع زن، شوهردار است و مانند زناى محصنه حد دارد، از اين که می‌فرماید حد رجم دارد می‌فهمیم دخولى حاصل شده است

فان كانت تزوجته في عدة ليس لزوجها الذي طلقها عليها فيها الرجعة (نکاح در عدة بائن)

فاني ارى ان عليها حد الزاني و يفرق بينها و بين الذي تزوجها و لا تحل له ابداً. «۱»

صدر روایت اطلاق دارد و می‌فرماید جاهل خواه دخول کرده باشد یا نه، حرام ابدی است ولی ذیل روایت شاهد این است که دخول حاصل شده است پس به قرینه ذیل، صدر را تقييد می‌زنیم که در این صورت این طایفه هم مخالفتی با روایات سابقه ندارد. سؤال: آیا واقعاً زن در عدة رجعيه محصنه است؟

جواب: این بحث در زناى محصنه مطرح است، چون محصنه کسی است که شوهری دارد و نیاز جنسی او را برطرف می‌کند ولی در عدة رجعيه اگر چه شوهر می‌تواند رجوع کند ولی مصداق محصنه بودنش محل بحث است زیرا قدرت بر اشباع حلال ندارد.

...* عن عبد الله بن سنان

(سند حدیث معتبر است)

عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة المطلقة قبل ان تنقضى عدتها قال:

يفرق بينهما و لا تحل له ابداً

(اطلاق دارد چه دخول باشد یا نباشد و چه عالم باشد و چه جاهل)

و يكون لها صداقها بما استحل من فرجها

(دلیل بر دخول است)

أو نصفه ان لم يكن دخل بها

(معلوم می‌شود که در صورت عدم دخول اگر جاهل هم باشد حرام ابدی است). «۲»

از نظر بحث ما این روایت مطلقاً می‌گوید حرام است ولی در ذیل روایت جمله‌ای وجود دارد «أو نصفه ان لم يكن دخل بها» که احدی به این معنی فتوی نداده است، چون نکاح در عدة باطل بوده و وقتی باطل است نصف مهر دادن معنی ندارد پس این ذیل، روایت را از کار می‌اندازد که ظاهراً اشتباه از راوی بوده است.

...* و عن عبد الله بن بحر، عن حُرَيْز، عن مُحَمَّد بن مسلم، قال:

سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها قال: يفرق بينهما و لا تحل له ابداً

(مطلقاً حرام ابدی است). «۳»

این دو روایت اخیر اجمالاً مطلق بود که باید بین این طایفه و طایفه اول و دوم و سوم جمع کنیم (جمع بین مطلق و مقید) که بر اساس آن روایات، در یک صورت حرام ابدی نیست، و سه صورت حرمت ابدی دارد.

۴۹ ادامه مسئله ۱ ... ۱۶ / ۱۰ / ۸۱

بقی هنا امور:

الامر الاول: سابقاً درباره فتوای عامه مطلبی را نقل کردیم، و در اینجا توضیح بیشتری در مورد عقاید عامه می‌دهیم.

کلامی از ابن قدامه در مغنی (از کتب معروف فقهی اهل سنت) نقل می‌کنیم ابن قدامه صورت جهل همراه با دخول را عنوان کرده و می‌گوید:

وعن احمد رواية اخرى أنها تحرم على الزوج الثاني على التأييد و هو قول مالك و قديم قولى الشافعى لقول عمر لا ينكحها ابداً (اهل سنت قول صحابه را حجت می‌دانند نه از باب این که معصومند بلکه معتقدند صحابه از خودشان چیزی نمی‌گویند و کاشف از قول پیامبر است) و لانه استعجل الحق قبل وقته (قبل از موعد دنبال حق رفته است) فحرمه فى وقته كالوارث اذا قتل مورثه (قیاس) و لا يفسد النسب فيوقع التحريم المؤبد كاللعان و قال الشافعى فى الجديد له نكاحها (حرمت ابدی ندارد).

ابن قدامه در ادامه هر دو دلیل را رد کرده و می‌گوید:

فانّ علياً عليه السلام قال: اذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب، و قتي اين مسأله به گوش عمر رسید در بین جماعت ظاهر شد و گفت، فقال عمر: ردوا الجهالات الى السنّة و رجع الى قول على و قياسهم يبطل بما اذا زنى بها فانه قد استعجل وطئها و لا تحرم عليه على التأييد.

(۱) ح ۱۷، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۲۱، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۲۲، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۷۵

ابن قدامه در جواب از دلیل دوم (قیاس) می‌گوید: ما این قیاس را به قیاس دیگری نقض می‌کنیم به این که اگر این شخص در عده زنا کند حرام ابدی نمی‌شود با این که عجله در رسیدن به حق کرده است پس اگر عقد هم بکند وضعش بدتر از زنا نیست در ادامه برای اباحه به آیه «أَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» (اصالة الحلیة) استدلال می‌کند. «۱»

این عبارات دو نکته را برای ما روشن می‌کند:

۱- معلوم می‌شود که قیاس‌های اهل سنت چقدر سست و بی‌مایه است به طوری که خیلی آسان قیاس می‌کنند و خیلی آسان آن را می‌شکنند در واقع این قیاسات ظنی است و آن هم ظن ضعیف، ولی ما به برکت ائمه علیهم السلام سراغ این قیاسات موهوم که آراء را متزلزل می‌کند نمی‌رویم.

۲- این که گفته می‌شود اهل سنت باب اجتهاد را مسدود می‌دانند و فقط قول فقهای اربعه را حجت می‌دانند این طور نیست و در بین آنها هم کسانی هستند که باب اجتهاد را مفتوح می‌دانند، چون ابن قدامه سراغ اجتهاد رفته و قول سه نفر از فقهای اربعه را می‌شکند. البته در این زمان مسأله عوض شده است و به جهت اشکالاتی که به آنها وارد شده آنها هم سراغ باب اجتهاد رفته‌اند.

و اما شبیه روایتی که در منابع اهل سنت از عمر و حضرت علی علیه السلام نقل شده، حاجی نوری در مستدرک نقل کرده است:

* ابن شهر آشوب فی المناقب (در این سند عده‌ای از روایات اهل سنت و ظاهراً روایت مرسله است)

عن عمرو بن شعيب، و الاعمش و ابی الضحی و القاضی ابی یوسف و عن مسروق أتی عمر بامرأة انکحت فی عدتها ففرق بینهما جعل صداقها فی بیت المال

(معلوم می‌شود دخول حاصل شده است)

و قال: لا أجیز «لا أجبر» مهراً ردّ نکاحه و قال: لا یجتمعان ابداً

(حرمت ابدی)

فبلغ [ذلك] علیاً علیه السلام فقال: ان كانوا جهلوا السنه

(مسئله شرعی)

لها المهر بما استحل من فرجها و یفرق بینهما فاذا انقضت عدتها فهو خا طب من الخا طب فخطب عمر الناس فقال: ردوا الجهالات الی السنه و رجع الی قول علی علیه السلام. «۲»

این حدیث برای کسانی که قول تحریم را شکستند خوب است، ولی ما با این حدیث چه کنیم این حدیث ضد چیزهایی است که ما در احادیث متعدد داشتیم که اگر دخولی حاصل شود حرام ابدی می شود.

جواب از روایت:

از این روایت سه جواب می دهیم:

۱- روایت از نظر ما سند ندارد در یک مرحله مرسله است و در مرحله دیگر روات مجهول دارد. مسروق در روایت کیست؟

مسروقی که به زمان عمر برسد یک مسروق است که جامع الرواۃ درباره او می گوید:

مسروق روی الکشی عن علی بن محمّد بن قتیبه عن الفضل بن شاذان انه کان عشاراً للمعاویه (عشار عوارضی بود که برای معاویه می گرفتند) و مات فی عمله ذلک «۳» او در یکی از مأموریت هایی که برای جمع آوری عوارض داشت از دنیا رفت و در همان جا دفن شد. پس روایت از نظر سند قابل قبول نیست.

۲- همه اصحاب ما اعراض کرده و آن را قبول نکرده اند.

۳- روایات معارض متعددی داشتیم که در مورد دخول می فرمود موجب حرمت است (حد اقل شش روایت).

نتیجه: روایت اشتباه است و دخولی نبوده است.

الامر الثانی: امام (ره) در متن مسأله فرمودند: اگر احدهما عالم و دیگری جاهل باشد یا هر دو عالم باشند فرقی نمی کند و حرمت ابدی است.

اشاره

عده دیگری هم مثل صاحب جواهر، شهید ثانی، صاحب عروه و آقای حکیم به این مسأله متعرض شده اند و همه حرام می دانند.

آیا ممکن است برای عالم حرام و برای جاهل حلال باشد یعنی لکل فرد حکمه؟

در مقام واقع قابل تفکیک نیست ولی در مقام ظاهر قابل تفکیک است، چون در مقام واقع یک امر واحدی است ذو نسبتین و غیر قابل تفکیک مثل اخوت و ابوت پس نمی شود این مرد زوج آن زن باشد ولی آن زوجه این مرد نباشد و غیر قابل تجزیه است اگر بر یکی حرام شد به دلالت التزامی بر دیگری هم حرام می شود، و امّا در مقام ظاهر تفکیک ممکن است یعنی در حکم ظاهری ممکن است از هم جدا شوند مثلاً اگر زن گفت من عده ام تمام شده و با هم ازدواج کردند بعد زن بگوید الان یادم آمد که یک هفته از عده باقی مانده آیا قول زن قبول می شود؟ خیر، چون وقتی نکاح واقع شد مدعی فساد باید دلیل بیاورد (تمام عقود وقتی صحیح واقع شد اگر کسی ادعای

(۱) المغنی، ج ۹، ص ۱۲۲.

(۲) مستدرک، ج ۱۴، ح ۹، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۳) جامع الرواۃ، ج ۲، ص ۲۲۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۷۶

فساد کند دلیل می‌خواهد و الا هر کسی چیزی را که پشیمان شد می‌تواند منکر شود) و مرد مجبور نیست حرف زن را بپذیرد و می‌تواند زن را مجبور بر ادامه زوجیت مجبور کند اما وظیفه زن هم این است که به اقرارش عمل کند، یعنی اگر می‌تواند تمکین نکند. این مسأله در جاهای دیگر هم قابل استفاده است و بسیار هستند چیزهایی که در حکم واقعی غیر قابل تجزیه ولی در حکم ظاهری تجزیه می‌شوند پس حساب احکام ظاهریه از احکام واقعیّه جداست، ولی ما در همین باب ۱۷ دو روایت داریم که می‌فرماید:

... * وان لم یدخل حلّت للجاهل و لم تحلّ للآخر. (۱)

... * فقلت: فان كان احدهما متعمداً و الآخر بجهل فقال: الذی تعمّد لا یحلّ له أن یرجع الی صاحبه ابدأ

(بر متعمّد حرام ابدی و بر جاهل حلال است). (۲)

این دو روایت را حمل بر حکم ظاهری می‌کنیم، چون حکم واقعی قابل تفکیک نیست.

۵۰ ادامه مسئله ۱ ... ۱۷ / ۱۰ / ۸۱

در جایی که زوجه می‌داند نکاح در عده است ولی اقدام می‌کند بر او حرام است، ولی زوج که نمی‌داند نکاح در عده است و دخول هم نکرده بر او حلال است.

آیا ممکن است بر یکی حلال و بر دیگری حرام باشد؟

به حسب حکم واقعی خیر، چون زوجیت امر بسیطی است که لا- یقبل التجزیه کالاء-خوّه و البنوّه، پس قابل تجزیه نیست تا شارع بگوید از یک طرف حرام و از طرف دیگر حلال است.

بنابراین جعل واحد و قائم به طرفین است و اگر واقعاً یکی عالم و دیگری جاهل بود بر هر دو حرام می‌شود.

بعضی از بزرگان مثل صاحب حدائق و صاحب مسالک سراغ مسئله اعانت بر اثم رفته‌اند صاحب حدائق می‌فرماید:

و أورد فی هذا المقام بأنّه کیف یعقل التحريم فی احد الجانبین خاصّة مع أنّه متی حرم علی احدهما الآخر لم یجز للآخر التزویج به لما فی ذلک من المعاونة علی الاثم و العدوان. (۳)

صاحب مسالک می‌فرماید:

و ان جهل احدهما و علم الآخر اختصّ کل واحد بحکمه و ان حرم علی الآخر التزویج به من حیث مساعدته علی الاثم و العدوان.

(۴)

این که این بزرگان سراغ مسئله «اعانت بر اثم» رفته‌اند- و گفته‌اند بر زوجه حرام است، چون عالم بوده و بر زوج چون نمی‌دانسته از باب معاونت بر اثم حرام است- صحیح نیست، چون در باب اعانت دو عمل لازم است یکی عمل معاون و دیگری عمل مباشر مثلاً کسی می‌خواهد چیزی بنویسد و حقّ مسلمانی را پایمال کند (مباشر)، حال شخص دیگری برای این کار به او قلم بدهد (معاون) ولی ما نحن فیه یک واقعت است و دو چیز نیست تا احتیاج به اعانت بر اثم داشته باشیم.

امّا به حسب حکم ظاهری مانعی ندارد بر یکی حرام و بر دیگری حلال باشد چون حکم ظاهری به معنی ترتیب آثار است، ترتیب آثار زوجیت برای یکی از آن دو ممکن است و برای دیگری ممکن نیست.

بحث اصولی:

تفکیک در احکام ظاهریه ممکن است مثلاً اگر لباس نجسی را با آب مشکوک الکریه (آبی که نمی‌دانیم کرم است، و حالت سابقه هم ندارد تا بتوانیم استصحاب کنیم) بشویند، آیا آب محکوم به نجاست است؟

اگر کر باشد نجس نشده و اگر قلیل باشد نجس می شود، و چون سابقاً طاهر بوده و الآن شک در نجاست آن داریم طاهر است، اگر چه مشکوک الکریه است و اما در مورد لباس نجس اگر آب کر بوده پاک شده و اگر قلیل بوده نجس است، و چون سابقاً نجس بوده استصحاب می کنیم و در اینجا لباس محکوم به نجاست است، در حالی که آب محکوم به طهارت بود. حال از نظر حکم واقعی می دانیم این حکم درست نیست، چون یا هر دو پاک است یا هر دو نجس و قابل تجزیه نیست، چرا؟ چون حکم ظاهری به معنی ترتیب اثر است یعنی می توان آب را نوشید و یا با آن وضو گرفت و با این لباس نماز نخواند و مخالفت قطعیه اجمالی هم نمی شود پس در حکم ظاهری جعل دو حکم متناقض نیست و در واقع دو ترتیب اثر است که با هم تناقض ندارند.

و امّا در ما نحن فیه، که زوجه عالم و زوج جاهل است، حکم واقعی بطلان است و هیچ یک نمی توانند ترتیب اثر دهند، حال اگر این زن گفت عدّه من تمام شده و عقد کردند، بعد از

(۱) ح ۳، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۴، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۳) حدائق، ج ۲۳، ص ۵۹۰.

(۴) مسالک، ج ۷، ص ۳۳۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۷۷

مدّتی زن ادّعا کرد که عدّه اش تمام نشده بوده، ادّعی او بر ضدّ عقد صحیح پذیرفته نیست، مگر این که شاهد اقامه کند، پس اگر مرد احتمال کذب می دهد می تواند ادّعی زن را نپذیرد و او را همسر خود بداند و الزام به تمکین کند و اگر زن - بینها و بین الله - می داند که عقد در عدّه بوده و دخول هم صورت گرفته است باید ترتیب آثار زوجیت را ندهد، یعنی تمکین نکند، خودش را مستحق نفقه و ارث ... نداند ولی اگر مجبور شد از باب اجبار تمکین کند.

ما در خیلی از موارد گرفتار این مسأله هستیم که حکم واقعی قابل تفکیک نیست، چون دو جعل نمی تواند متناقض باشد ولی حکم ظاهری قابل تفکیک است چون به معنی ترتیب اثر است و تناقض نیست.

دو روایت هم داشتیم که می فرمود برای یکی حلال و برای دیگری حرام است «۱» تصریح دارد اگر احدهما عالم باشد و دیگری جاهل، برای عالم حرام و برای جاهل حلال است. ما روایات را بر حکم ظاهری حمل کردیم یعنی برای جایی است که معلوم نیست زن راست بگوید.

ان قلت: این خلاف ظاهر روایت است چون روایت «هذا حلال و هذا حرام» می گوید که حکم واقعی است چرا که همیشه تعبیرات روایات را بر حکم واقعی حمل می کنیم و حکم ظاهری قرینه می خواهد.

قلنا: القرینه واضحه و موجوده، چه قرینه ای بهتر از این که در حکم واقعی تجزیه محال است که قرینه می شود بر این که کلام امام را بر حکم ظاهری حمل کنیم و اگر بر حکم واقعی حمل کنیم، در این صورت کلام معصوم را بر امر غیر معقول حمل کرده ایم.

الامر الثالث: آیا دخولی که موجب حرمت ابدی می شود دخول در قبل است یا در غیر قبل هم حرمت ابدی می آورد؟

اشاره

مرحوم صاحب جواهر و صاحب عروه و دیگران متعزّض این مسأله شده اند و فرقی بین دخول در قبل و غیر آن نگذاشته اند، و معتقدند دخول در غیر قبل هم موجب حرمت ابدی می شود، امام (ره) هم متعزّض شده اند.

دلیل این مسأله اطلاق «دخول بها» است که شامل هر دو می‌شود.

ان قلت: اطلاق به دخول در قبل انصراف دارد.

قلنا: انصراف بدوی است چون با دقت در مسأله روشن می‌شود که معامله زوجیت با او کرده و ممکن است دخول در غیر قبل اشد هم باشد.

۵۱ ادامه مسئله ۱ و شبیه‌سازی ... ۱۸ / ۱۰ / ۸۱

«مسأله مستحدثه: شبیه‌سازی»

اشاره

« امروزه گفته می‌شود که یکی دو مورد از شبیه‌سازی‌های انسان متولد شده که البته هنوز ثابت نشده و ممکن است برای سرکیسه کردن بعضی و یا اغراض دیگر این بحث‌ها را مطرح کنند و تا با دلایل روشن ثابت نشود نمی‌توانیم روی آن صحه بگذاریم. سلمنا، این کار صورت گرفته باشد آیا این عمل جایز است یا نه؟ شبیه‌سازی این است که از ترکیب سلول‌های جنسی (نطفه نر و ماده) انسانی متولد نشود بلکه در واقع سلولی غیر جنسی را پرورش دهند (مثلاً از پوست یا گوشت یا استخوان) و موجودی به وجود آید که شبیه موجود اولی است، دقیقاً شبیه چیزی که در گیاهان به نام قلمه زنی معمول است. به شبیه‌سازی «کلونینگ» می‌گویند که در ریشه یونانی به معنی قلمه زنی است.

برای این کار سلولی را از بدن جدا کرده و آن را تحریک می‌کنند تا شروع به نمو کند بعد از آن که مقداری رشد نمود آن را در رحم زن می‌کارند (مانند کاشتن قلمه در زمین آماده) و در آنجا پرورش می‌یابد تا انسان کامل شود. اگر سلول از بدن زن گرفته شده باشد زن می‌شود و اگر از بدن مرد باشد مرد می‌شود و از نظر تمام صفات شبیه موجود اول است.

حال بر فرض چنین عملی وقوع خارجی داشته باشد یکی از نشانه‌های قدرت خداست چون نشان می‌دهد که تمام ذرات بدن انسان یک انسان کامل است و از اینجا معلوم می‌شود که وقتی قرآن می‌فرماید تمام اجزاء بدن در روز قیامت سخن می‌گویند (أَنْطَقْنَا لِلَّهِ الَّذِي أَنْطَقَ كُلَّ شَيْءٍ) چگونه این عمل ممکن می‌شود. پس شبیه‌سازی راهی برای شناخت خدا و نشانه عظم پروردگار است و دانشمندان کار بزرگی انجام نمی‌دهند، بلکه کسی در هر ذره از وجود انسان و یا درخت یک انسان کامل یا یک درخت قرار داده کار بزرگی انجام داده است.

آیا این کار جایز است؟

(۱) ح ۳ و ۴، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۷۸

گاهی این کار برای انجام یک تحقیق علمی و یا برای پرورش اعضا است که اگر بتوانند اعضای بدن را برای انسان‌های ناقص درست کنند کار خوبی است اما اگر چیزی که به سمت آن می‌روند میسر شود یعنی در جامعه از این روش انسان‌هایی به وجود آید مشکلاتی را ایجاد خواهد کرد:

۱- مشکل اخلاقی:

اگر ببینند از این طریق می‌توان صاحب فرزند شد، بعضی‌ها که برای بچه‌دار شدن ازدواج کرده و تشکیل خانواده می‌دهند به اشباع غریزه جنسی از طریق نامشروع روی می‌آورند و مسئله فرزند را هم از طریق شبیه‌سازی حل می‌کنند و دیگر نیاز به ازدواج نخواهد

بود که موجب شیوع فساد اخلاقی و انحرافات جنسی می‌شود.

۲- مشکل فقدان هویت:

بچه‌ای که از این طریق پیدا می‌شود در واقع فاقد هویت است و دارای خانواده نیست نه پدر دارد و نه مادر نه عمو نه دایی ... چون شبیه‌سازی شده است و پیوند خویشاوندی در او نیست و فقدان هویت سبب بروز مشکلات عاطفی و خانوادگی و حقوقی می‌شود.

۳- مشکل جسمی، فکری و عاطفی:

تجربه نشان داده هر گونه انحراف از مسیر قوانین طبیعت مشکل‌ساز است به عنوان نمونه خداوند بچه را آفریده تا از پستان مادر شیر بخورد اگر شیر نخورد هم مادر مشکل پیدا می‌کند و هم بچه، و یا بچه باید از طریق طبیعی متولد شود اگر در موارد غیر ضرورت سزارین کنند بچه و مادر مشکلات متعددی پیدا می‌کنند مانند مشکل عقب‌ماندگی فکری، ضعف در مقابل بیماری‌ها ... با این که در ظاهر با هم خیلی فرق نمی‌کند حال اگر کسی تمام ماهیتش از راه غیر طبیعی باشد، ببینید که چه مشکلاتی خواهد داشت؟! در حالی که طبیعت می‌گوید باید بچه از ترکیب نطفه به وجود آید. پس طرق غیر طبیعی همیشه مشکل‌ساز است. نتیجه: اگر ضرورتی پیدا شود می‌توان مرتکب چنین عملی شد و الا این کار جایز نیست.

الامر الرابع: همان گونه که گفته شد اگر عالم به عده باشند حرام ابدی می‌شود، حال سؤال این است که آیا عالم به موضوع باشند یا حکم یا هر دو؟

اشاره

باید عالم به هر دو باشند و اگر به یکی عالم باشد حرام ابدی نمی‌شود یعنی اگر فقط عالم به موضوع بوده و عالم به حکم نباشد حرام ابدی نمی‌شود و بالعکس.

ادله:

اشاره

این مسأله دو دلیل دارد:

۱- ظهور کلمه «عالم»:

ظاهر کلمه عالم در «اذا نکح فی العده عالمًا» چنین است که باید عالم به حکم و موضوع باشد کما این که در جاهای دیگر چنین است مثلاً در مسأله «اذا شرب الخمر عالمًا فعلیه الحد» یعنی موضوع و حکم را بدانند پس اگر نمی‌داند شراب است ولی حرمت را می‌داند، یا نمی‌داند حرام است ولی می‌داند شراب است در این جاها حد بر او جاری نمی‌شود زیرا حد تابع اخصّ مقدمتین است، پس ظهور علم که در روایات سابق خوانده شد، علم به موضوع و حکم هر دو است.

۲- روایت خاص:

روایتی که می گوید علم به یکی کافی نیست و هر دو باید باشد.

... عن عبد الرحمن بن الحجاج ... فقلت: بائی الجهالتین یعذر بجهالته انّ ذلك محرّم علیه

(جهل به حکم)

؟ ام بجهالته أنّها فی العده

(جهل به موضوع)

؟ فقال: احدى الجهالتین اهون من الآخر الجهالته بانّ الله حرّم ذلك علیه

(جهل به حکم آسان تر و عذرش موجه تر است)

و ذلك بأنّه لا یقدر علی الاحتیاط معها

(جاهل به حکم نمی تواند احتیاط کند چون احتمال نمی دهد حرام باشد، کسی احتیاط می کند که احتمال حرمت می دهد این

شخص اصلاً حرمت را نشنیده است)

فقلت و هو فی الاخری □

(جهل به موضوع)

معذور؟ قال: نعم اذا انقضت عدتها فهو معذور فی أن یتزوجها «... ۱»

نتیجه: هم ظاهر روایات این است و هم دلیل خاص داریم که هم جاهل به حکم و هم جاهل به موضوع معذور است.

[مسئله ۲ (التوكيل في النكاح في العدة)]

اشاره

۵۲ مسئله ۲ (التوكيل في النكاح في العدة) و م ۳ ... ۲۱ / ۱۰ / ۸۱

مسئله ۲: لو وكل احدًا فی تزويج امرأه له و لم يعين الزوجه فزوجه امرأه ذات عده لم تحرم عليه و ان علم الوكيل بكونها في العده و

انما تحرم عليه مع الدخول (چون مدار دخول است و لو عالم هم

(۱) ح ۴، باب ۱۷، از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۷۹

نباشد)

و اما لو عين الزوجه فان كان الموكّل عالماً بالحكم و الموضوع حرمت عليه و لو كان الوكيل جاهلاً بهما بخلاف العكس فالمدار علم

الموكّل و جهله لا الوكيل.

عنوان مسأله:

اگر شخصی به وکیلش وکالت دهد تا زنی را برای او عقد کند دو حالت متصور است:

۱- تعیین می کند که زن معینی را عقد کند.

۲- تعیین نمی کند و می گوید همسر مناسبی برای او اختیار کند.

اگر وکیل زنی را در عده عالمی برای این شخص عقد کند، آیا این عقد باطل است؟ آیا مدار علم وکیل است یا علم موکل؟ آیا بین

صورتی که تعیین کرده و صورتی که تعیین نکرده فرق است؟

امام (ره) می‌فرمایند اگر موکل تعیین نکرده و دخولی هم صورت نگرفته باشد برای او حرام ابدی نمی‌شود حتی اگر وکیل علم داشته باشد که زن در عده است ولی اگر موکل زوجه را تعیین کرده باشد و عالم به موضوع و حکم (حرمت ازدواج در عده) باشد بر او حرام ابدی است حتی اگر دخول صورت نگیرد.

اقوال:

خیلی‌ها متعزز این مسأله نشده‌اند. مرحوم صاحب عروه در کتاب عروه و شارحین عروه هم به تبع ایشان متعزز شده‌اند.

دلیل: ظهور روایات طایفه اول

طایفه اول از روایات باب که می‌فرمود علم و جهل دخالت دارد ظاهرش علم و جهل زوج است نه وکیل و دخول هم مراد دخول زوج است، پس دلیل دیگری غیر از ظهور روایات در این مسأله نداریم.

هنا اشکالان:

اشاره

دو ایراد به مسأله داریم:

۱- بین زوجه معین و غیر معین فرقی نیست:

در هر دو، مدار علم و جهل است به عنوان مثال موکل به وکیل گفته باشد زوجه‌ای برای من اختیار و عقد کن، و وکیل دختری برای او پیدا کرد، و موکل قبل از عقد کردن باخبر شد که زن در عده است و می‌داند که ازدواج در عده حرام است مع ذلك وکیل را منع نکند، در اینجا زن حرام است با این که زوجه غیر معین، و موکل آن را معین نکرده بود بلکه وکالت عام بوده است، بله آن جایی که وکالت در مورد مرثه معینه باشد مصادیق بیشتری برای علم دارد و آن جایی که زوجه غیر معین باشد و بعد معلوم شود که زن در عده بوده مصادیق کمتری دارد، ولی فرقی بین این دو مورد وجود ندارد و اگر علم به موضوع و حکم پیدا شد، هر دو حرام است خواه وکالت در نکاح زن معین باشد یا وکالت در نکاح زن غیر معین پس فرق بین این دو مسأله را نمی‌فهمیم هم چنان که مرحوم آقای حکیم نیز به آن اشاره کرده‌اند.

ان قلت: در این مثالی که زدید هنگامی که موکل علم پیدا کرد که وکیل فلان زن را برای او در نظر گرفته که در عده است در این صورت دیگر غیر معینه نیست بلکه اینجا نیز در حکم معینه است و به همین جهت اگر وکیل آن را برای او عقد کند بر او حرام می‌گردد.

قلنا: زن معینه آن است که در هنگام وکالت مشخص شود نه این که بعداً فهمیده شود.

۲- در هر دو صورت وکالت وکیل باطل است:

مورد وکالت عقد صحیح بوده در حالی که وکیل زوجه‌ای را عقد کرده که در عده بوده و نکاح باطل است علی کل حال حرمت ابدی مخصوص موکل است ولی بطلان قیدی ندارد در حالی که وکیل وکالت در عقد صحیح دارد پس وکالت در اینجا کالعدم است و اصل وکالت زن ذات العده باطل است و وقتی عقد به سبب وکالت باطل شد حرمت ابدی معنی ندارد.

سؤال: موکل می‌داند این زن معین یا غیر معین در عده است نکاح در عده هم حرام است در عین حال وکالت می‌دهد که وکیل این عقد باطل را انجام دهد و عامداً می‌گوید عقد کن، آیا با این حرف وکالت درست می‌شود و حرمت ابدی می‌آید؟ آیا چنین وکالتی صحیح است و ادله وکالت یک امر باطل را می‌گیرد؟

قلنا: وکالت باطل است و ادله وکالت چنین موردی را شامل نمی‌شود.

نکته: برای مشکل کسانی که از روی جهل در عده نکاح و دخول کرده‌اند راه حلی پیشنهاد می‌کنیم، به این بیان که نکاح فی العده معمولاً از جاهل سر می‌زند (جاهل به موضوع یا حکم یا هر دو). مشکل این است که دخول حاصل شده و حرمت ابدی می‌آید. راه حل این بود که معمولاً عقدها در زمان ما از طریق وکالت خوانده می‌شود و می‌دانیم که وکالت بر عقد صحیح است پس وکیل خیال می‌کرد که عقد صحیح است ولی فی الواقع وکالت باطل و عقد باطل بوده است که در نتیجه

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۸۰

دخول بدون نکاح است چون نکاح یا باید بالمباشره باشد یا بالتسبیب، که در اینجا هیچ یک نیست. مرحوم آقای خوبی «۱» همین مسأله را تعقیب کرده و در دو جا تقریباً با کمی تفاوت متعرض شده‌اند.

در مبانی شرح عروه می‌فرمایند:

الما ان للمناقشه فی ثبوت الحرمة الابدية حتی فی صورة التعین و العلم بالحکم و الموضوع أو الجهل و لکن مع الدخول بها معجلاً (حرمت ابدی نباشد ...) و من ثم کان عدم ثبوت الحرمة الابدية فی المقام واضحاً فان الانتساب (انتساب عقد) نتیجه فعل الوکیل انما یکون فیما اذا کانت الوكالة صحیحه (اگر وکالت صحیح باشد انتساب به موکل داده می‌شود) و اما اذا کانت باطله (وکالت) فلا وجه لنسبة الفعل الصادر من فاعله الی غیره (فعل وکیل را می‌توان به موکل نسبت داد) و مقامنا من هذا القبیل فان الوكالة باطله نظراً لاختصاصها بما یصح صدوره من الموکل نفسه (در نکاح باطل، وکالت معنی ندارد) فما یصح صدوره منه لا یصح فی التوکیل ایضاً و حیث ان الترویج من امرأة ذات عده اذا صدر من نفسه کان محکوماً بالبطلان فلا تصح الوكالة فیہ (پس فعل وکیل انتساب به موکل ندارد و موکل عقد در عده نکرده است). «۲»

آنچه که ایشان می‌فرمایند با آنچه که ما عرض کردیم تفاوت‌هایی دارد ولی معلوم می‌شود که ما در این قضیه تنها نیستیم. تفاوت این است که ایشان می‌فرمایند وکالت در اینجا اصلاً صحیح نیست، ما معتقدیم می‌تواند وکالت دهد ولی وکالت به عقد صحیح منصرف است، پس عالماً و عامداً در مورد باطل می‌تواند وکالت دهد و نتیجه آن این است که مثلاً می‌خواهد آن زن برایش حرام ابدی شود.

مرحوم آقای خوئی عین این بیان را در کتاب النکاح «۳» هم دارند.

و من هنا یعلم اینکه بعضی معتقدند که این مسأله، بر مسئله صحیح و اعمّ مترتب است یعنی اگر ما صحیحی باشیم وکالت فقط وکالت صحیح را شامل است و اگر اعمی باشیم هم صحیح و هم فاسد را می‌گیرد، این حرف صحیح نیست. ما اگر در مسئله صحیح و اعمّ، اعمی باشیم، در عین حال انصراف به صحیح لا بد منه است، مثلاً کسی به دیگری می‌گوید برای من لباسی خریداری کن که اگر اعمی هم باشیم منصرف به صحیح است پس و لو برای اعم وضع شده است ولی در مجاورات روزمره منصرف به صحیح است چون مردم اثر می‌خواهند و اثر برای صحیح است و اعم قرینه می‌خواهد و بدون قرینه نمی‌توان گفت.

ما باید سعی کنیم که مشکلات مردم را از نظر موازین شرع حل کنیم نه به این معنی که از موازین فقه جواهری دور شده و مثل عامه وارد استحسان شویم، بلکه اگر اصول ما اجازه دهد باید گره‌ها را از کار مردم بگشاییم. تلاش ما در این مسأله این است که خانواده‌هایی که بر اثر جهل گرفتار شده‌اند، از مشکل رها کنیم.

[مسأله ۳: لا یلحق بالتزویج فی العده و طئ الشبهه او الزنا بالمعتده]

اشاره

مسأله ۳: لا- یلحق بالتزویج فی العده و طئ الشبهه او الزنا بالمعتده فلو وطأ شبهه او زنی بالمرأه فی حال عدتها لم یؤثر فی الحرمة الابدیة آیه عده كانت الا العده الرجعیة اذا زنی بها فیها فإنه یوجب الحرمة کما مرّ.

عنوان مسأله:

اگر نکاح در عده نباشد بلکه وطی بدون نکاح (وطی به شبهه) در عده واقع شود آیا این کار موجب حرمت ابدی می‌شود؟ مرحوم امام (ره) می‌فرمایند وطی به شبهه در عده و زنا در عده به نکاح در عده ملحق نیست و موجب حرمت ابدی نمی‌شود و فقط زنا در عده رجعیه موجب حرمت ابدی می‌شود.

اقوال:

خیلی‌ها متعرض این مسأله نشده‌اند ولی صاحب عروه و به تبع ایشان محشین عروه متعرض شده‌اند.

دلیل: موضوع روایات طایفه اول

موضوع روایات «من نکح» است و حال آن که این مورد نکاح نیست. آیا زنا در عده موجب حرمت ابدی می‌شود یا نه؟ زنا در عده هم مشمول ادله ما نیست چون ادله «من نکح» دارد و اینجا نکاحی نبوده است و زنا است پس وطی به شبهه در عده و زنا در عده باعث حرمت ابدی نمی‌شود، مگر در یک صورت و آن جایی است که عده رجعیه باشد که در این صورت چون المعتده

(۱) آقای خوئی سه شرح عروه دارند یکی مبانی تکملة المنهاج به قلم خودشان و دیگری مبانی شرح عروه الوثقی به قلم آقازاده‌شان و یک شرح عروه هم دارند.

(۲) ج ۳۲، ص ۱۷۵.

(۳) ج ۱، ص ۲۱۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۸۱

رجعیه بحکم الزوجه است، این زنا، حکم زنا در ذات بعل را دارد.

سابقاً بیان شد که مشهور در زنا در ذات بعل فتوی به حرمت ابدی داده‌اند و ما اشکالی داشتیم و با احتیاط گذشته و گفتیم مسأله مسلم نیست، پس وقتی معتده رجعیه مانند ذات بعل است زنا در آن به منزله زنا در ذات بعل و بنابر فتوای مشهور سبب حرمت

ابدی می‌شود و بنابر فتوای ما جای احتیاط است.

۵۳ مسئله ۴ (النکاح فی عدّه النفس ...) ۲۳ / ۱۰ / ۸۱

بقی هنا شیء:

اشاره

مطلبی در مسئله دوم در لابه‌لای درس گفته شد که آن را به طور مستقل بیان می‌کنیم: یکی از مشاکل مهمه در عصر ما، نکاح‌های در عدّه است که اسباب زحمت شده. معمولاً این نکاح‌ها از روی جهل صورت می‌گیرد که غالباً جاهل به حکم و گاهی هم جاهل به موضوع هستند و دخول هم حاصل می‌شود. مطابق آنچه بیان شد در جایی که از روی جهل بوده و دخول هم صورت گرفته موجب حرمت ابدی می‌شود و این زن و مرد نمی‌توانند با هم ازدواج کنند و چه بسا که برای آنها این مسأله سال‌ها بعد که صاحب فرزندان متعدّد شده‌اند روشن می‌شود و جدا شدن آنها کار آسانی نیست. از طرف دیگر مسأله مسلم است که نکاح فی العدّه عند الدخول و لو جهلاً، موجب حرمت ابدی می‌شود و جای چانه زدن هم ندارد و همه بر آن متفق هستند. حال بیایم راه حلّی پیدا کنیم که به کمک آن بتوان مشکل این ازدواج‌ها را حل کرد.

یک راه حل:

نکاح در محیط ما معمولاً با وکالت انجام می‌شود، خصوصاً نکاح دائم، و این که خود زن و مرد عقد بخوانند بسیار کم است. وکالتی که به وکیل داده می‌شود، وکالت بر نکاح صحیح است و وکالت باطل اصلاً مورد نظر نیست، به این بیان که زن یا مرد به وکیل نمی‌گویند که وکیل در نکاح باطل هستی، اگر وکیل عقد باطلی در عدّه جاهلاً انجام داد وکالت باطل و هیچ عقدی انجام نشده است، چرا که وکالت بر عقد صحیح بوده است.

ان قلت: عقد وکیل مانند عقد فضولی است که با اجازه بعدی صحیح می‌شود، یعنی در اینجا هم وکیل عقد را می‌خواند و بعد موکل آن را امضاء و تأیید می‌کند پس مورد وکالت مشکلی نداشته و حرمت ابدی حاصل می‌گردد.

قلنا: این مورد مثل فضولی نیست چون آنها خیال می‌کردند که عقد صحیح است و زن و مرد نه قبلاً و نه بعداً اجازه عقد باطل نداده‌اند.

پس عقد در عدّه بالمباشرة و بالتسبیب نسبت به این زن خوانده نشده و این وطی، شبیه وطی به شبهه در عدّه است که به یقین موجب حرمت ابدی نمی‌شود.

ان قلت: این که شما می‌فرمایید وکالتی بر عقد نیست، در صورتی صحیح است که تعیین زوجه نکرده باشد، ولی اگر زوجه را تعیین کند و زن واقعاً در عدّه باشد و بر فرض، اینها هم غافل از موضوع یا حکم بوده‌اند و وکیل عقد را خوانده باشد، در اینجا گرچه عقد بالمباشرة واقع نشده ولی بالتسبیب به وسیله وکیل واقع شده است، پس در جایی که زوجه معین باشد - کما این که غالباً چنین است - وکالت بر اجرای صیغه داده که به منزله فعل موکل است، بنابراین عقد به وسیله موکل بالتسبیب بر این زن واقع شده و دخول هم صورت گرفته که موجب حرمت ابدی می‌شود.

قلنا: وکالت دو گونه است:

۱- وکیل در اجرای صیغه:

موکل می گوید اجرای صیغه کن و در اجرای صیغه وکیل هستی.

۲- وکیل در عقد نکاح و زوجیت:

موکل می گوید وکیل هستی در عقد نکاح و زوجیت.

اگر در اجرای صیغه وکیل کند یعنی بگوید «انت وکیلی فی اجراء الصیغه (سواء کان صحیحاً او باطلاً)» در این صورت فعل وکیل فعل موکل می شود و در اینجا مشکل ایجاد می گردد، چون عقد نکاح در عده بالتسبیب خوانده شده است ولی گاهی وکیل در عقد نکاح است که معمولاً هم همین است و فقط وکیل در اجرای صیغه نبوده که در این صورت چون وکیل در عقد صحیح بوده و این عقد باطل است پس مانند این است که اصلاً وکیل نبوده که در این صورت دخولش از باب وطی به شبهه است بدون این که عقدی انجام داده باشد.

به عبارت دیگر: باید بینیم آیا وکالت به این معنی است که تو وکیلی و لو در اجرای صیغه باطله، که در این صورت فعل وکیل، فعل موکل است و این مرد عقد در عده انجام داده و

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۸۲

دخول هم شده پس حرام ابدی است، اما اگر بگویند وکالت اطلاق ندارد تا اجرای صیغه باطله را شامل شود و نظر موکل این بوده که یک زوج به عقد صحیح در اختیارش قرار گیرد، در این صورت صیغه مستند به زوج نیست، چون فعل وکیل در اینجا فعل موکل نیست پس و لو دخول هست ولی عقد صحیح نبوده و وطی به شبهه است و حرمت ابدی نیست.

ان قلت: روایات ما مطلق است و وکالت یا مباشرت ندارد و می گوید اگر عقدی در عده جاهلاً واقع و دخولی حاصل شد حرام ابدی است و فرقی نمی کند که عقد بالمباشره باشد یا به وسیله وکیل پس مفهومش این است که اگر عقد فاسدی هم به وسیله وکیل خوانده شود و دخولی صورت گیرد حرمت ابدی دارد.

قلنا: در جوّ روایات و معمول عربها این بوده که خودشان اجرای عقد می کردند. در روایات صیغه نکاح هم دیده می شود که یا مباشرت و یا از باب ولایت (در ابکار و بچه های کوچک) بوده است و مثل زمان ما نبوده که برای عقد وکالت دهند، پس معمول بوده که خودشان صیغه می خواندند، بنابراین روایات از مورد وکالت ساکت است و اگر شک هم کنیم «اصالة الحلیة» حاکم است.

به عبارت دیگر: روایات ما در باب حرمت ابدی ناظر به فعل وکیل نیست و منصرف به جایی است که خودشان اجرای صیغه می کردند یا قدر متیقن و غالب این بوده، پس ما نمی توانیم آن را عمومیت دهیم و بگویم فعل وکیل را هم شامل است.

نتیجه: حکم به حرام ابدی کردن در این موارد مشکل است پس اگر کسی می خواهد ابتداءً با زنی در عده عالمّاً و یا جاهلاً همراه با دخول، ازدواج کند می گویم احتیاط کن و این عقد را نخوان، ولی اگر سابقاً عقد کرده اند و الان هم دارای فرزندی شده اند قائل به حرمت ابدی نیستیم و آنها را از هم جدا نمی کنیم. البته بعد از این که فهمیدند باید مجدداً عقد بخوانند.

[مسألة ۴: لو كانت المرأة في عده الرجل جاز له العقد عليها في الحال]

اشاره

مسألة ۴: لو كانت المرأة في عده الرجل جاز له العقد عليها في الحال ولا ينتظر انقضاء العده الا في موارد لموانع طارئة كالطلاق الثالث المحتاج الى المحلل، و التاسع المحرم ابداً و فيما اذا كانت معتدة له بالعده الرجعية يبطل العقد عليها ايضاً لكونها بمنزلة زوجته فلو كانت عنده متعة و اراد أن يجعل عقدها دواماً جاز أن يهب مدتها و يعقد عليها دواماً في الحال بخلاف ما اذا كانت عنده زوجة

دائمه و اراد أن يجعلها منقطعاً فطلقها لذلك طلاقاً غير بائن فإنه لا يجوز له ايقاع عقد الانقطاع عليها الا بعد خروجها عن العده.

عنوان مسأله:

این مسأله مسئله مهمی است که کمتر متعرض آن شده‌اند.

آنچه تا کنون گفته شد عقد زن در عده دیگری بود اما عقد در عده نفس چگونه است آیا جایز است؟ مثلاً کسی زنی را طلاق داد و زن در حال عده است و شوهر می‌خواهد زن را عقد کند (دائم یا منقطع) که دو حالت دارد گاهی عده بائن و گاهی رجعیه است، اگر بائن باشد اشکالی ندارد (مثل عده خلع یا وطی به شبهه یا عقد موقت خودش).

اقوال:

مرحوم صاحب عروه و به تبع ایشان محشین عروه هم متعرض این مسأله شده‌اند.

دلیل: روایات

روایات ما که می‌فرمود عقد در عده جایز نیست شامل عده نفس نمی‌شود، چون قسمت زیادی از روایات صریح بود که مراد عده غیر است چون عده وفات را می‌گفت که عده غیر است و اما روایاتی که مطلق بود و کلمه وفات نداشت به عده غیر انصراف دارند چون همان گونه که سابقاً گفتیم عده به معنی انتظار است برای ازدواج دیگر و کاری با ازدواج با شوهر قبلی ندارد و مفهوم و حکمت عده همین است چون یکی از حکمت‌های عده عدم تداخل میاه است.

نتیجه: ظهور روایات، حکمت حکم و انصراف، همه دلالت می‌کند که نکاح در عده غیر جایز نیست نه در عده نفس.

۵۴ ادامه مسئله ۴ ... ۲۴ / ۱۰ / ۸۱

آنچه تا کنون راجع به حرمت نکاح در عده گفته‌ایم در مورد عده غیر است و عده نفس داخل در آن نیست. حال آیا کسی می‌تواند در عده خودش تجدید نکاح کند؟

دو حالت دارد: اگر عده بائن باشد (صغیر کمتر از نه سال کبیر بالا-تر از سن یائسه گی، خلع، مبارات، وطی به شبهه، عده متعه) می‌تواند نکاح کند چون روایات ما عده غیر را می‌گفت و اما در عده رجعیه گفته شده که نمی‌تواند تجدید نکاح کند، لانّ المعتده کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۸۳

رجعیه بحکم الزوجه و تحصیل حاصل ممکن نیست و این زن هنوز زوجه است و اکثر احکام آن را دارد، پس نمی‌شود دوباره او را عقد کند و اگر بخواهد فقط می‌تواند رجوع کند (البته عقد مجدد اشکال شرعی ندارد بلکه اشکال عقلی دارد).

مرحوم آقای حکیم در مستمسک اشکالی مطرح کرده و می‌فرمایند این که شما می‌گویید المعتده رجعیه بحکم الزوجه در احکام شرع است اما بحث ما در حکم شرعی نیست و حکم عقلی است چون می‌گویید تحصیل حاصل است.

ممکن است کسی چنین جواب بدهد که ما در اینجا دو مقدمه را در کنار هم قرار می‌دهیم و نتیجه می‌گیریم:

۱- معتده رجعیه هنوز زوجه است (حکم شرعی).

۲- تحصیل حاصل غیر ممکن است (حکم عقلی).

پس عقد بر او باطل است.

نکته دیگر این است که آیا کسی که می‌خواهد مجدداً بر این زن عقد بخواند این کار رجوع نیست؟ آیا مقدمات تجدید عقد هم

مصدق رجوع نیست؟

جواب این نکته مبتنی بر کلامی است که در باب رجوع مطرح است که آیا در رجوع فی العده قصد رجوع هم لازم است؟ در اینجا دو قول است:

۱- قصد رجوع لازم نیست:

بعضی ادعای اجماع کرده اند که هر کاری که مربوط به زوجه است انجام دهد مصداق رجوع است و قصد لازم ندارد، اگر چنین مبنایی در رجوع داشته باشیم در ما نحن فیه هم وقتی می خواهد تجدید نکاح کند در واقع تمایل به زوجیت دارد و این نوعی رجوع است. پس عقد مجدد اثر تازه ای ندارد تا مهر تازه ای بیاورد بلکه مصداقی است برای رجوع به عقد سابق.

۲- قصد رجوع لازم است:

اگر گفتیم رجوع قصد می خواهد «بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ» (قصد رد کند) ما نحن فیه دیگر مصداق رجوع نیست و باید از طریق تحصیل حاصل مسأله را حل کنیم.

قلنا: در باب رجوع بعید است که بدون قصد، صدق رجوع کند چون در ایام عدّه رجعیّه زن در منزل مرد است و هر بار که مرد به زن نگاه می کند مشکل است که رجوع حاصل شود، البتّه ما شواهدی داریم که رجوع قصد می خواهد که در جای خودش بحث خواهیم کرد ان شاء الله.

ثمره مسأله:

مرحوم امام در مسئله چهارم نتیجه ای می گیرد که آن نتیجه مهم است:

کسی که زن معقوده ای دارد و می خواهد عقد آن را عوض کند (منقطع به دائم یا دائم به منقطع)، اگر متعه باشد به آسانی می تواند آن را تبدیل به دوام کند به این صورت که باقیمانده مدّت را می بخشد و زن در عدّه واقع می شود که عدّه آن هم بائن است و بلافاصله عقد دائم می خواند، اما اگر عقد دائم باشد و می خواهد آن را موقت کند نمی تواند بعد از طلاق صیغه عقد موقت بخواند و باید صبر کند تا عدّه تمام شود بعد صیغه عقد موقت بخواند.

ان قلت: طلاق خلع بدهد، بعد عقد موقت بخواند چون عدّه طلاق خلع عدّه بائن است.

قلنا: طلاق خلع صوری ممکن نیست، چون باید زن از این عقد واقعاً کراهت داشته باشد و صرف بذل و صحنه سازی در کراهت، طلاق خلعی را درست نمی کند.

مگر این که زن بگوید من از عقد دائم ناراحتم و با تو نمی توانم زندگی دائم کنم، حاضر مدّتی را با تو با عقد موقت زندگی کنم و اگر تو آدم خوبی بودی بعداً عقد دائم با تو می بندم در این صورت می تواند طلاق خلع بدهد. پس تبدیل دائم به موقت مشکل است.

[مسأله ۵: هل يعتبر فی الدخول - الذی هو شرط للحرمه الأبدیه فی صورة الجهل - أن یكون فی العده]

اشاره

۵۵ مسئله ۵ (المعتبر فی الدخول ...) ۲۸ / ۱۰ / ۸۱

مسأله ۵: هل يعتبر فی الدخول - الذی هو شرط للحرمه الأبدیه فی صورة الجهل - أن یكون فی العده أو یکفی وقوع العقد فیها و ان كان الدخول واقعاً بعد انقضائها؟ قولان (دخول و نکاح هر دو در عدّه باشد یا نکاح در عدّه و لو دخول در خارج عدّه باشد)

احوطهما الثانی بل لا یخلو من قوه.

عنوان مسأله:

این مسأله فرعی از فروع مسائل قبل است. در مسائل سابق گفتیم حرمت ابدیه در نکاح فی العده در دو جاست:

۱- عالم به حرمت نکاح در عده باشد و اقدام به نکاح کند.

۲- جاهلاً عقد کرده و در عده دخول کند.

در این مسأله بحث در این است که اگر نکاح در عده جاهلاً واقع شود ولی دخول بعد از عده باشد آیا موجب حرمت ابدی می شود؟

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۸۴

مرحوم امام (ره) می فرماید: در مسأله دو قول است، عده‌ای قائل به حرمت و عده‌ای قائل به عدم حرمت شده‌اند. در ادامه قول به حرمت را تقویت می کنند.

اقوال:

قدما متعرض این مسأله نشده‌اند و فقط متأخرین متعرض شده‌اند. در این مسأله بین متأخرین (از زمان شهید به این طرف) اختلاف است. مرحوم شهید ثانی می فرماید:

«وطی الجاهل بالتحريم بعد العده لا اثر له فی التحريم و ان تجدد له العلم و انما المحرم الوطی فیها أو العلم بالتحريم حاله العقد. «۱»
مرحوم صاحب جواهر هم همین عقیده را دارند و می فرمایند:

«فلو عقد جاهلاً علیها (متعلق به عقد) فیها و دخل بها بعد العده ثم علم بالحال (عقد در عده) بعد ذلك لم تحرم ابداً (چون جاهل بوده و دخول بعد از عده بوده است) بل كان له الاستئناف كما صرح به فی المسالك و من الغریب ما فی الرياض من الحرمة ابداً بذلك (دخول بعد از عده). «۲»

صاحب جواهر مسأله را به قدری مسلم گرفته است که کلام صاحب ریاض (عدم حرمت) را از غرائب می داند.

مرحوم صاحب ریاض می فرماید:

«و لكن لا تحرم علیه (جاهل) الا فیما لو دخل بها قبلاً كان أو دبراً فی العده أم خارجها لاطلاق الاخبار كالنصوص. «۳»

صاحب عروه هم مثل مرحوم امام (ره) دو قول قائل شده و بعد قول به حرمت را تقویت کرده‌اند محشین عروه هم بعضی قائل به حرمت و بعضی قائل به عدم حرمت شده‌اند.

تا اینجا روشن شد که بعضی قائل به عدم حرمت و بعضی قائل به حرمت شده‌اند.

دلیل قائلین به عدم حرمت: اصل

ما معتقدیم که حق با صاحب مسالك و صاحب جواهر است و باید قائل به عدم حرمت شویم، چون اصل در مسأله حلیت است (هر جا شك کنیم که زن حرام ابدی شده یا نه، اصل حلیت است «وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَهُ ذَلِكُمْ»).

ادله قائلین به حرمت:

اشاره

قائلین به حرمت به دو دلیل تمسک کرده‌اند.

۱- نصوص:

روایاتی که صراحتاً در این زمینه وارد شده است. جواب از دلیل: در این مسأله نصّ خاصی نداریم.

۲- اطلاق روایات

اشاره

روایات می‌گویند اگر مرد زن را در عده تزویج کند و دخول حاصل شود بر او حرام ابدی می‌شود و ندارد که دخول در عده بوده یا بعد از عده پس روایات اطلاق دارد و شامل هر دو مورد (دخول در عده، دخول بعد از عده) می‌شود.

جواب از دلیل: احادیثی که درباره دخول صحبت می‌کنند شش حدیث «۴» است که آنها را یکی یکی بررسی می‌کنیم تا معلوم گردد اطلاقی ندارند.

سه حدیث مربوط به زن بارداری است که شوهرش مرده و قبل از تمام شدن عده وفات و پس از وضع حمل ازدواج می‌کند و تصریح دارد که اگر در عده نکاح کند و دخول در عده باشد حرام است.

... عن محمّد بن مسلم، عن ابی جعفر علیه السلام قال: المرأة الحبلی یتوفی عنها زوجها فتضع و تزوّج قبل أن تعتدّ اربعه اشهر و عشره فقال: ان كان الذی تزوجها دخل بها فرّق بینهما و لم تحلّ له ابدأ و اعتدّت بما بقی علیها من عده الاوّل (معنایش این است که عده هنوز تمام نشده و دخول در عده بوده است «...») «۵»

روایت نمی‌فرماید که دخول مقید است به این که در عده باشد بلکه روایت ساکت است و مفهوم هم ندارد که اگر دخول در غیر عده باشد حلال است، پس ظاهراً روایت دلالت ندارد.

... عن الحلبی، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن المرأة الحبلی یموت زوجها فتضع و تزوّج قبل أن تمضی لها اربعه اشهر و عشره فقال: ان كان دخل بها فرّق بینهما و لم تحلّ له ابدأ و اعتدّت ما بقی علیها من الاوّل (قرینه می‌شود که دخول در عده واقع شده است «...») «۶»

... قال: سألته عن امرأة توفی زوجها و هی حامل فوضعت و تزوّجت قبل أن یمضی اربعه اشهر و عشره ما حالها؟ قال: ان كان دخل بها زوجها فرّق بینهما فاعتدّت ما بقی علیها من زوجها «...» «۷» پس سه خبر از این شش خبر هیچ دلالتی بر بحث ما ندارد و

(۱) مسالک، ج ۷، ص ۳۳۷.

(۲) جواهر، ج ۲۹، ص ۴۳۳.

(۳) ریاض، ج ۱۱، ص ۲۲۹.

(۴) ح ۲، ۳، ۶، ۷، ۹ و ۲۰، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۵) ح ۲، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۶) ح ۶، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۷) ح ۲۰، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۸۵

ساکت است و در مورد دخول در عدّه است و امّا سه حدیث دیگر و لو درباره «حلبی» نیست ولی کاملاً دلالت دارد که در مورد دخول در عدّه است.

... عن محمد بن مسلم، عن ابی جعفر علیه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها قال: ان كان دخل بها فرق بينهما لم تحل له ابداً

(تا اینجا ظاهرش اطلاق دارد ولی در ادامه می فرماید)

و اتّمت عدتها من الاوّل

(معلوم می شود که دخول در عدّه واقع شده)

و عدّه اخرى من الآخر و ان لم یکن دخل بها «... ۱»

... عن سلیمان بن خالد، قال: سألته عن رجل تزوج امرأة في عدتها، قال: فقال: يفرق بينهما و ان كان دخل بها فلها المهر بما استحلّ من فرجها و يفرق بينهما فلا تحلّ له ابداً «... ۲»

ظاهراً و در بدو نظر روایت اطلاق دارد ولی به نظر ما این هم در مورد عدّه است چون در روایت «یفرق»، «و لا تحلّ له» به صورت مضارع آمده است و «ان کان دخل بها» به لفظ ماضی است، تعبیر «یفرق» که معمولاً در حال عدّه گفته می شود نه در غیر عدّه، نشان می دهد که دخول در عدّه بوده است.

... عن الحلبي عن ابی عبد الله علیه السلام قال: اذا تزوج الرجل المرأة في عدتها و دخل بها لم تحلّ له ابداً عالماً كان أو جاهلاً... (۳)

(تصوّر ما این است که قائلین به حرمت بیشتر به این روایت تمسک جسته اند که صحیح السند است).

قائلین به حرمت معتقدند که این روایت اطلاق دارد چون تزویج در عدّه و «دخل بها» مطلق است و فرقی نمی کند که در عدّه باشد یا بعد از عدّه.

قلنا: آیا این که می فرماید «اذا تزوج الرجل المرأة في عدتها» و بعد بلافاصله می فرماید «دخل بها» منصرف نیست به جایی که دخول در عدّه باشد؟ به عقیده ما روایت منصرف است، لا اقل این است که اطلاق ندارد و اطلاق باید ثابت شود.

جواب آقای حکیم: بعضی مثل مرحوم آقای حکیم این را تحت یک قاعده اصولی برده اند تا اطلاق را از کار بیندازند.

بحث اصولی:

در باب عام و خاص مطرح شده که اگر قید یا وصفی بعد از چند جمله یا در لابه لای جمل بیاید که احتمال بدهیم به همه برمی گردد، اطلاق آنها را از کار می اندازد، الجمل المحفوظه بما یحتمل و یصلح للتقید لا اطلاق لها، مثلاً اگر گفته شود اذا جاء زيد يوم الجمعة و اعطاك شيئاً فاکرمه آیا این «اعطاك» مقید به «يوم الجمعة» است یا این که اطلاق دارد؟ ظاهر این است که «اعطاك شيئاً» در روز جمعه مراد است نه روز شنبه.

در ما نحن فیه دو جمله داریم «تزوج» و «دخل» در بین این دو قید «فی العده» واقع شده است، جمله اول قطعاً مقید است و جمله دوم هم محفوظ است بما یحتمل للقریئته، پس فی عدتها که بعد از جمله اول آمده اطلاق جمله دوم را هم از کار می‌اندازد. نتیجه: شش روایت را بررسی کردیم و کار منحصر به روایت آخر شد که آن هم مشکل پیدا کرد.

و من هنا یعلم که یکی دیگر از طرق اصلاح نکاح در عده، توسیل به این مسأله است به این صورت که از آن دو می‌پرسیم آیا عروسی در عده بوده یا بعد از آن؟ اگر بعد از عده باشد نکاح باطل است ولی حرمت ابدی ندارد چون جاهل به عده بوده و دخول هم بعد از عده است، حتی اگر مجهولی التاریخ هم باشد (نه عده را می‌داند و نه زمان دخول را) می‌گوییم در عده دخول حاصل نشده حرمت ابدی هم ندارد.

[مسأله ۶: لو شک فی أنها معتده ام لا]

اشاره

۵۶ مسئله ۶ و ۷ (فروع النکاح فی العده ... ۲۹ / ۱۰ / ۸۱)

مسأله ۶: لو شک فی أنها معتده ام لا - حکم بالعدم و جاز له تزویجها و لا یجب علیه الفحص (فحص در شبهات موضوعیه واجب نیست)

عن حالها، و کذا لو شک فی انقضاء عدتها (می‌دانیم در عده است و شک داریم تمام شده است یا نه؟) و أخیرت هی بالانقضاء، فتصدق و جاز تزویجها.

عنوان مسأله:

این مسأله از فروع مسائل سابق است. در مسئله نکاح در عده، حکم اصلی بیان شد (نکاح در عده باطل و در دو صورت موجب حرمت ابدی است) حال در این مسأله امام (ره) تبعاً للعروة فروعی را مطرح می‌کنند:

فرع اول: شک داریم که این زن در حال عده است یا نه،

اشاره

و اصلاً قبلاً شوهر کرده یا نه، و یا اگر ازدواج کرده قبل از دخول طلاق گرفته یا بعد از دخول مقتضای اصل چیست؟

۱- استصحاب عدم عده:

چون شک در عده داریم اصل عدم عده (استصحاب) است.

(۱) ح ۹، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۷، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۳، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.
کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۸۶

۲- استصحاب حلیت نکاح:

استصحاب حکم جزئی می‌کنیم به این بیان که قبلاً نکاحش حلال بوده نمی‌دانیم الان حلال است یا نه، می‌گوییم در نکاح کسی نرفته و استصحاب حلیت نکاح می‌کنیم.

۳- اصالة الحلیة:

به اصالة الحلیة هم می‌توانیم تمسک کنیم، یعنی به مقتضای «أَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» اصل حلیت است. پس در صورت شک در عده شکی نکاح جایز است.

فرع دوم: در صورتی که شک در عده داریم آیا فحص لازم است؟

اشاره

امام می‌فرماید «لا يجب عليه الفحص» که این علی‌المبنا است.

بحث اصولی:

اشاره

فحص در شبهات موضوعیه واجب نیست ولی در شبهات حکمیّه واجب است. البتّه در دو صورت در شبهات موضوعیه هم فحص لازم است:

۱- در جایی که فحص سهل و آسان است:

یعنی علمش در آستین است مثلاً می‌داند در طلاق‌نامه یا شناسنامه زن تاریخ طلاق نوشته شده ولی رجوع نکرده و به اصل عدم عده تمسک می‌کند، عیناً مثل این که نمی‌داند به زید بدهکار است یا نه، ولی دفتری دارد که می‌تواند به آن مراجعه کند، در چنین مواردی، لا شک که فحص لازم است و این که شارع فحص را در شبهات موضوعیه لازم ندانسته از چنین موردی منصرف است.

۲- جایی که قرائن قوی شهادت بر خلاف می‌دهد:

در جایی که در اطراف زن قرائنی وجود دارد که نشان می‌دهد زن ازدواج کرده و طلاق گرفته و در عده است، مثلاً مشهور است ولی شهرت آن به حدی نیست که علم بیاورد، و شهادت عدلین هم نیست، در اینجا نمی‌توان گفت شبهه، موضوعیه و اصل برائت

است، در اینجا هم فحوص لازم است، چون قرائنی بوده که هر چند قطعیه نبوده ولی در حدی است که ما را متزلزل می‌کند. فرق این صورت با صورت قبلی در این است که ممکن است در صورت دوم بعد از فحوص به نتیجه نرسد و بعد برائت جاری کند.

فرع سوم: در جایی که در انقضای عدّه شک شود، اگر زن به انقضای عدّه خبر دهد آیا خبرش قبول می‌شود؟

مرحوم امام (ره) می‌فرمایند در اینجا قول زن قبول می‌شود.

دلیلی که برای پذیرش قول زن در اخبار به انقضای عدّه آورده شده یک روایت معتبر است.

* محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن أبیه، عن ابن ابی عمیر، عن جمیل، عن زراره، عن ابی جعفر علیه السلام قال: العده و الحیض للنساء اذا ادعت صدقت. (۱)

آیا این روایت فقط جنبه اثبات را می‌گوید یا اعم از اثبات و نفی است؟

ظاهرش اعم از اثبات و نفی است، بلکه غالباً نیاز به اخبار به عدم دارد یعنی خبر دهد که تمام شده، تا بتوانند او را تزویج کنند. مواردی وجود دارد که علمش پیش خود انسان است بنابراین اثبات و نفیش در اختیار اوست، عدّه هم از مواردی است که غالباً خود زن خبر دارد.

اضف الی ذلک، علاوه بر این حدیث معتبر، دلیل دیگر پذیرش قول زن، اولویت نسبت به قول ذوالید است به این بیان که ما قول ذوالید را در طهارت، نجاست، ملکیت ... حجت می‌دانیم در حالی که چیزی است بیرون از وجود او، حال نسبت به خودش به طریق اولی قول او را می‌پذیریم پس با قیاس اولویت از قول ذوالید مسئله خودمان را ثابت می‌کنیم.

[مسئله ۷: لو علم أنّ التزویج کان فی العده مع الجهل موضوعاً أو حکماً، و لکن شک فی أنّه دخل بها - حتی تحرم علیه ابداً - أو لا]

اشاره

مسئله ۷: لو علم أنّ التزویج کان فی العده مع الجهل موضوعاً أو حکماً، و لکن شک فی أنّه دخل بها - حتی تحرم علیه ابداً - أو لا، بنی علی عدمه، فلم تحرم علیه، و کذا لو علم بعدم الدخول لکن شک فی أنّ أحدهما قد کان عالماً أو لا بنی علی عدمه فلا یحکم بالحرمة الابدیة.

عنوان مسأله:

این مسأله نیز مانند مسئله قبل از فروع نکاح در عدّه است.

اگر جاهلاً تزویج در عدّه واقع شده اما شک در دخول دارد و یا شک در علم دارد؛ اگر دخول حاصل شده باشد حرام ابدی و اگر دخول نشده باشد، حرام ابدی نیست، در اینجا مقتضای اصل، عدم دخول یا اصل عدم حرمت ابدی است. و امّا اگر دخول نشده ولی شک دارد که عالم بوده یا بعداً عالم شده است (علم به عدّه یا علم به حرمت نکاح در عدّه) در اینجا اصل عدم علم (اصل موضوعی) و اصل عدم حرمت ابدی (اصل حکمی) است.

(۱) وسائل، ج ۲، ح ۱، باب ۴۷ از ابواب حیض.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۸۷

مسئله‌ای از عروه:

مرحوم صاحب عروه مسئله‌ای را در عروه متذکر می‌شوند که در تحریر نیامده است و آن این که:

اگر علم اجمالی داریم به این که یکی از این دو زن در عده هستند آیا می‌تواند با یکی از آنها ازدواج کند؟ مقتضای علم اجمالی و جوب احتیاط است پس باید از هر دو اجتناب کند مانند انائین مشتبهین.

حال اگر با احدهما ازدواج کرد و دخول هم حاصل شد، ازدواج باطل و دخول هم حرام است آیا زن حرمت ابدی دارد؟ خیر، حرام ابدی نیست چون این مسئله شبیه ملاقی اطراف شبهه محصوره است، مثلاً در انائین مشتبهین می‌دانیم یکی نجس است باید از هر دو اجتناب کنیم امّا اگر دست با یکی از این دو ظرف ملاقات کند نجس نمی‌شود، چون در اطراف شبهه محصوره از خودشان باید اجتناب کرد امّا اگر ملاقی با احدهما بود نجس نیست چون در ملاقی اصل بلا معارض جاری است ولی در خود انائین اصل جاری نمی‌شود چون اصل طهارت هر یک از انائین، با اصل طهارت اناء دیگر تعارض دارد و ساقط می‌شود (به عبارت دیگر هر یک از دو ظرف سابقاً پاک بوده الاّ این هم پاک است ولی یقین داریم که یکی نجس شده که در این صورت اصلها تعارض می‌کنند، امّا در ملاقی، اصل بدون معارض جاری است چون یکی از آن دو را ملاقات کرده، بله اگر دو ملاقی به دو اناء بود تعارض حاصل می‌شد.

حال در ما نحن فیه این مرد نباید با این دو زن ازدواج کند چون علم اجمالی دارد که یکی در عده و ازدواج با او حرام است مقتضای علم اجمالی و جوب احتیاط است (اطراف شبهه محصوره) دو اصل (عدم عده هر یک از دو زن) با هم معارض است امّا اگر با یکی ازدواج کند اصل عدم حرمت ابدی این زن است و چون اصل بدون معارض است بعد از عده می‌تواند با او ازدواج کند و حرام ابدی نمی‌شود.

[مسئله ۸ (التزویج بذات البعل)]

اشاره

۵۷ مسئله ۸ (التزویج بذات البعل ...) ۳۰ / ۱۰ / ۸۱

مسئله ۸: یلحق بالتزویج فی العده فی ایجاب الحرمة الابدیة التزویج بذات البعل فلو تزوّجها مع العلم بانّها ذات بعل حرمت علیه ابداً سواء دخل بها أم لا و لو تزوّجها مع الجهل لم تحرم علیه الاّ مع الدخول بها.

عنوان مسئله:

این مسئله در مورد تزویج ذات بعل است، به این معنی که عالمّاً یا جاهلاً زن شوهرداری را تزویج کند که از جهات زیادی با تزویج در عده شباهت دارد و شدید الابتلا است، مخصوصاً در زمان ما که خیلی از اوقات زن را طلاق می‌دهند در حالی که طلاق صحیح نبوده مثلاً در طهر واقع و یا در حال عادت طلاق داده و یا طلاق در حضور شاهدین عدلین نبوده، (خیلی‌ها این مسائل را نمی‌دانند) پس وقتی شرایط جمع نیست و طلاق می‌دهند، طلاق باطل و در واقع زن شوهردار است و یا در جایی که شوهر مفقود شده و زن شوهر می‌کند، بعد شوهر پیدا می‌شود، آیا این نکاحها موجب حرمت ابدی می‌شود یا نه؟

در اینجا دو بحث داریم:

الف) بطلان نکاح دوّم:

اشاره

اگر کسی با زن شوهرداری ازدواج کند نکاح دوّم باطل است.

ادله:

اشاره

سه دلیل در اینجا ذکر شده است:

۱- اجماع:

اجماع قائم است بر این که نکاح دوّم در باب تزویج به ذات بعل باطل است.

۲- ضرورت دین:

هر کسی با مسلمین زندگی کند می داند که زن دو شوهر نمی تواند داشته باشد، پس بطلان تزویج ذات بعل جای بحث ندارد.

۳- آیه «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ»: «۱»

مشهور این است که تعبیر «وَالْمُحْصَنَاتُ» به آیه «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ» «... ۲» عطف می شود یعنی از چیزهایی که بر شما حرام است تزویج زنان شوهردار است البته آیه تفسیر دیگری هم دارد که ضعیف است.

«محصنات» از ماده «حصن» به معنی قلعه است، وقتی زن ازدواج می کند کأن در یک قلعه ای واقع می شود. ممکن است در بعضی از جاها «محصنات» به معنی زن های عقیف باشد ولی در اینجا به قرینه عطف به آیه قبل به معنی ذوات ازواج است. شاهد دیگر تعبیر «إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» است یعنی زن

(۱) آیه ۲۳، سوره نساء.

(۲) آیه ۲۲، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۸۸

شوهردار، شوهرش چه مسلمان باشد و چه کتابی، شوهردار است و نمی توان با او ازدواج کرد ولی اگر مصداق «مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ» شده و تبدیل به اماء شود، به منزله طلاق است. استثنا در آیه شبیه استثنای منقطع است. مطلبی در اینجا وجود دارد که تنها کسی که متعرض شده صاحب حدائق است و می فرماید:

هل المراد من قولهم «لا یحل» هو أنه یحرم علیه العقد و یأثم لو اوقعه فی هذه الحال او ان المراد أنه یبطل و یصیر لاغیا لا یترتب علیه اثر شرعی؟ احتمالان.

این که تزویج ذات بعل حرام است آیا حرمت وضعی (بطلان) مراد است یا حرمت تکلیفی (گناه و عقوبت) هم دارد.

شبیه این مسأله را در تزویج در عده هم می توان عنوان کرد، در ادامه صاحب حدائق می فرماید:

صرح العلامة فی النہایۃ لا۔ نعنی بالتحريم حصول الاثم بل نعنی عدم الاعتداد به فی رفع الحدث. انتهى و هو الاقرب فإن الحكم بالتأثیم يتوقف على دليل واضح. «۱»

ما دلیلی بر حرمت تکلیفی (اثم و گناه) نداریم.

آیا حق همین است که صاحب حدائق می فرماید یا می توان حرمت تکلیفی هم قائل شد؟

دو حالت دارد:

۱- قصد تشریح دارد یعنی قصد می کند زن شوهردار را تزویج کند و حلال می داند که این کار تشریح است و تشریح حرام است، عرب جاهلی گوشتهایی را حرام می شمرد که خدا حلال دانسته و گوشتهایی را حلال می دانست در حالی که خدا حرام کرده بود این نوعی تشریح است و آیه از آن نهی می کند:

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۴، ص: ۸۸

«قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَ حَلَالًا قُلْ آللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ». «۲» پس اگر به حرمت تشریح قائل باشیم و حرمت تشریح را منحصر به عبادات ندانیم در این فرض نکاح ذات عدّه تشریح و حرام است.

۲- قصد تشریح ندارد و از روی لاابالی گری است ولی چون عالم است که این کار اهانت به حکم الله و استهانت (سبک شمردن) و جرأت علی الله است، بعید نیست چنین شخصی مرتکب حرام تکلیفی هم شده باشد.

نتیجه: اگر قصد تشریح کند لا یبعد که ادله شامل بشود و اگر بی اعتنا و از روی لاابالی گری باشد از باب هتک و جرأت علی الله و استهانه حرمت تکلیفی می آورد.

ب) حرمت ابدیه در یکی از دو صورت (عالم باشد یا جاهل همراه با دخول):

اقوال:

این مسأله محلّ اختلاف است. مرحوم صاحب جواهر می فرماید:

ذکر غیر واحد من الاصحاب أنّ فی الحاق ذات البعل بذات العدّة فی الحكم المزبور وجهین. «۳»

صاحب جواهر الحاق را مشهور می داند و در ادامه می فرماید:

و منه یعلم ما فی نسبة عدم اللاحق الی المشهور. «۴»

از این عبارت می فهمیم که بعضی گفته اند که مشهور ذات بعل را به ذات عدّه ملحق نمی دانند یعنی قائل به حرمت ابدی نیستند و معلوم می شود که مسأله تا چه اندازه اختلافی است.

کلام صاحب جواهر ناظر به کلام صاحب ریاض است.

مرحوم صاحب ریاض می فرماید:

لا تحرم به (ازدواج) مؤبداً مع الجهل و عدم الدخول اجماعاً ... و اما مع عدم احدهما (علم یا دخول) فإشکال و المحکی عن الاكثر العدم هنا ایضاً (مع الجهل و عدم الدخول حرام نبود اگر احدهما باشد حرام نیست) للاصل (اصل اباحه است) و اختصاص المحرم بذات العدّة فلا یعدّی الیه (ذات بعل). «۵»

مرحوم صاحب ریاض برای الحاق دلیل می آورد و در ادامه تمایل به الحاق پیدا می کند ولی از اکثر عدم الحاق را نقل کرده است

پس مسأله اختلافی است.

۵۸ ادامه مسئله ۸ ... ۱ / ۱۱ / ۸۱

ادله:

اشاره

حلیت دلیل نمی خواهد چون مطابق اصالة الحلیة است ولی برای حرمت ابدی سه دلیل اقامه کرده اند:

۱- قیاس ذات بعل به معتدّه رجعیّه:

این دلیل مبتنی بر دو مقدمه است:

الف) المعتدّه رجعیّه بحکم الزوجه.

(۱) ج ۲۳، ص ۵۷۷.

(۲) آیه ۵۹، سوره یونس.

(۳) ج ۲۹، ص ۴۳۴.

(۴) ج ۲۹، ص ۴۳۵.

(۵) ج ۱۰، ص ۲۰۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۸۹

ب) نکاح در عدّه رجعیّه عالمّاً یا جاهلاً همراه با دخول حرمت ابدی دارد.

نتیجه: نکاح ذات بعل موجب حرمت ابدی می شود.

جواب از دلیل:

این دلیل درست نیست چون کلیت از طرف مقابل است یعنی معتدّه رجعیّه به حکم زوجه است نه این که زوجه به حکم معتدّه

زوجه باشد چرا که معتدّه رجعیّه احکامی دارد که در زوجه نیست به عنوان مثال در مورد زنانی که در عدّه رجعیّه هستند قرآن

مجید می فرماید:

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾. «۱»

یعنی زنانی که در عدّه رجعیّه هستند در خانه شوهر بمانند و شوهران آنها را از خانه خارج نکنند و خودشان هم از خانه خارج

نشوند.

ولی ذات بعل این گونه نیست، پس هر حکمی که معتدّه رجعیّه دارد در ذات بعل نیست و نمی توانیم با این دلیل حرمت ابدی را

ثابت کنیم.

۲- قیاس اولویت قطعیه:

اشاره

علقه الزوجیه اقوی من علقه الاعتداد، حال جایی که علقه ضعیف تر است شارع، حرام ابدی قائل شده پس در ذات بعل به طریق اولی

حرام ابدی حاصل می‌شود، چون عدّه، حریم زوجیت است و حریم یک شیء اهمیتش از خود شیء کمتر است. قیاس قطعی و منصوص العله معتبر است و قیاس ظنی در مذهب ما وجود ندارد و در اینجا چون قیاس قطعی است معتبر می‌باشد.

جواب از دلیل:

این قیاس اولویت قطعی نیست، چون ما ملاک حکم را نمی‌دانیم و یقین نداریم که ملاک علقه باشد تا بگوییم علقه زوجیت اقوی است، بلکه احتمال می‌دهیم چون مردم عالماً و عامداً زن شوهردار را عقد نمی‌کنند و خیلی نادر است، ولی زن ذات العده را عقد می‌کنند و خیلی به آن اهمیت نمی‌دهند، پس بیشتر محل ابتلاء بوده و شارع جریمه سنگینی (حرمت ابدی) برای آن قرار داده تا مردم سراغ آن نروند پس اولویت قطعی نیست بلکه ظنی است.

۳- روایات:

اشاره

عمده دلیل قائلین به حرمت ابدی روایات است که عمدتاً در باب ۱۶ از ابواب مصاهره آمده است.

روایات چند طائفه است:

طایفه اول: حرام مطلقاً

اخباری که می‌گوید حرام است مطلقاً یعنی دخول باشد یا نباشد عالم باشد یا جاهل فرقی نمی‌کند:

* محمد بن الحسن باسناده عن احمد بن محمد بن عیسی، عن الحسن بن علی، عن عبد الله بن بکیر، عن اَدیم بن الحر قال: قال أبو عبد الله علیه السلام: التي يتزوج و لها زوج يفترق بينهما ثم لا يتعاودان ابدًا

(حرام ابدی). «۲»

جواب از روایت:

احتمال دارد که بتوانیم این روایت را حمل بر عالم کنیم، و اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

* عبد الله بن جعفر فی قرب الاسناد، عن عبد الله بن الحسن، عن علی بن جعفر، عن اخیه موسی بن جعفر علیه السلام فی امرأه بلغها ان زوجها توفي فاعتدت و تزوجت ثم بلغها بعد أن زوجها حی هل تحلّ للآخر؟ قال: لا «۳»

. این حدیث از نظر دخول اطلاق دارد ولی از نظر علم و جهل اطلاق ندارد البتّه می‌توان گفت وقتی بر جاهل حرام است بر عالم به طریق اولی حرام است.

جواب از روایت:

آیا این حدیث که می‌گوید «هل تحلّ للآخر؟ قال: لا» منظور «لا» حرمت عقد دوم است یا منظور حرمت ابدی است؟

اگر احتمال دوم (حرمت ابدی) باشد به درد استدلال می‌خورد ولی اگر احتمال اول (حرمت عقد دوم) مراد باشد در این صورت روایت از کار می‌افتد.

طایفه دوم: حرام مع العلم

روایاتی که می‌گوید حرام است همراه با علم یعنی اگر نکاح ذات بعل عالماً واقع شود موجب حرمت ابدی می‌شود.

* محمد بن یعقوب، عن عدّه من اصحابنا عن احمد بن محمد بن محمد رفعه

(روایت مرفوعه است چون قسمتی از سند ذکر نشده است علاوه بر این مقطوعه هم هست چون اسم امام در روایت نیامده

(۱) آیه ۱، سورة طلاق.

(۲) ح ۱، باب ۱۶ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۹، باب ۱۶ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۹۰

و کلینی با دو واسطه نمی‌تواند از امام نقل کند

ان الرجل اذا تزوج امرأة و علم ان لها زوجاً فزق بينهما و لم تحل له ابداً. «۱»

جواب از روایت:

دلالت روایت خوب و مقید به صورت علم است، ولی سند روایت اشکال دارد.

۵۹ ادامه مسئله ۸ ... ۲ / ۱۱ / ۸۱

طایفه سوّم: حرام مع الدخول

اشاره

احادیثی که می‌گویند همراه با دخول حرام است.

... عن زرارة،

(صحیح السند است)

عن ابی جعفر علیه السلام فی امرأة فقد زوجها

(شوهرش مفقود شده)

أو نعی الیها

(خبر مرگ او را آورده‌اند)

فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها، قال: تعتدّ منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدّه واحدة

(از تعبیر به عدّه معلوم می‌شود که دخول حاصل شده)

و ليس للآخر أن يتزوجها ابداً.

(صریح است در حرمت ابدی ولی مقید به دخول است). «۲»

* و عنه، عن علی بن الحکم،

(مشکل دارد)

عن موسی بن بکر

(مشکل دارد و سند معتبر نیست)

عن زرارة، عن ابی جعفر علیه السلام قال: اذا نعی الرجل الی اهله أو أخبروها أنه قد طلقها فاعتدت ثم تزوجت فجاء زوجها الاوّل فانّ

الاوّل احقّ بها من هذا الاخير دخل بها الاوّل أو لم يدخل و ليس للآخر أن يتزوجها ابداً و لها المهر بما استحلّ من فرجها

(نشان می‌دهد که دخول حاصل شده). «۳»

ظاهراً این دو حدیث یک حدیث است که دو سند دارد و یک سند معتبر و یک سند غیر معتبر است.

جمع بین سه طایفه:

باید مطلق را بر مقید حمل کنیم، طایفه اولی مطلق بود و طایفه ثانیه و ثالثه مقید است که مطلق را حمل بر مقید می‌کنیم و می‌گوییم حرام ابدی است.

ان قلت: اینها مثبتین هستند، یکی می‌گوید حرام است مطلقاً، دیگری می‌گوید حرام است مع العلم، و دیگری می‌گوید حرام است عند الدخول، پس اینها همه مثبت هستند و جای تقیید نیست، چون قانون تقیید این است که یکی مثبت و یکی نافی باشد.

قلنا: قیودی که در مقام بیان ذکر می‌شود غالباً مفهوم دارد حال اگر بتوانیم از طایفه دوم و سوم مفهوم بگیریم مثبت و نافی درست می‌شود ولی اگر نتوانیم مفهوم بگیریم حق با ان قلت است و تقیید بین طایفه اول و سوم مشکل است.

گرفتن مفهوم واقعاً مشکل است چون در روایات، دخول به صورت قید احترازی نیامده و دخول را از قرینه فهمیدیم ولی علم به صورت قید احترازی است.

طایفه چهارم: روایات معارض

در مقابل این روایات، روایات معارضی داریم:

...* عن عبد الرحمن بن الحجاج

(روایت معتبر است) □

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة و لها زوج و هو لا يعلم فطلقها الاوّل أو مات عنها ثم علم الاخير أ يراجعها؟

قال: لا حتّى تنقضى عدّتها «۴»

. روایت می‌فرماید بعد از انقضاء عدّه می‌توان او را نکاح کرد، چه دخول باشد و چه نباشد، پس نسبت به علم اطلاق ندارد ولی نسبت به دخول اطلاق دارد.

□

* و باسناده عن الحسن بن محبوب، عن عبد الرحمن، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ثم استبان له بعد ما

دخل بها أن لها زوجاً غائباً فتركها ثم انّ الزوج قدم فطلقها أو مات عنها أ يتزوجها بعد هذا الذي كان تزوجها و لم يعلم أن لها زوجاً؟

قال: ما أحبّ له أن يتزوجها

(دوست ندارم قرینه می‌شود که جمع کنیم بین روایات نافی و مثبتی و بگوییم مراد کراهت است) □

حتّى تنكح زوجاً غيره. «۵»

آیا به این معنی است که محلّل لازم است؟

این را احدی نگفته است بلکه به معنی آن است که با این شوهر ازدواج نکند و با شوهر دیگر ازدواج کند.

۶۰ م ۸ و ۹ (نکاح ذات العده التي لم تشرع فيها ...) ۵ / ۱۱ / ۸۱

...* عن موسى بن بكر، عن زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال: سألته عن امرأة نعى اليها زوجها

(خبر مرگ زوج او را آوردند)

فاعتدت و تزوجت فجاء زوجها الاوّل ففارقها الآخر كم تعتدّ للثاني؟

(سؤال از حرمت ابدی نیست ولی در لابه‌لای مطالب حرمت ابدی هم ذکر شده است)

قال: ثلاثة قروء و انما يستبرئ رحمها بثلاثة قروء و

(۱) ح ۱۰، باب ۱۶ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۲، باب ۱۶ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۶، باب ۱۶ از ابواب مصاهره.

(۴) ح ۳، باب ۱۶ از ابواب مصاهره.

(۵) ح ۴، باب ۱۶ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۹۱

تحلّ للناس کلّهم قال زرارة: و ذلك أنّ ناساً قالوا: تعتدّ عدّتين من کل واحد عدّه فأبی ذلك أبو جعفر علیه السلام و قال: تعتدّ ثلاثة قروء و تحلّ للرجال. «۱»

این روایت از نظر سند ضعیف است چون موسی بن بکر در سند واقع است.

جمع بین روایات:

اشاره

در مقام تعارض چه باید کرد؟ در بین روایات معارض «۲» دو روایت صحیح‌السند موجود است و در بین روایات سابق هم روایات صحیح متعدّد بود.

۱- اعمال مرجّحات:

بعضی در جمع، اعمال مرجّحات کرده و می‌گویند روایات حرمت، مخالف عامّه و موافق مشهور است پس دو مرجح دارد. جواب، اولاً: در مسأله شهرت نداریم و اصلاً خیلی‌ها متعزّض این مسأله نشده‌اند پس شهرت مسلم نیست. ثانیاً: سراغ مرجّحات رفتن در جایی است که جمع دلّالی نداشته باشیم ولی در ما نحن فیه جمع دلّالی داریم.

۲- جمع دلّالی:

اشاره

در اینجا دو راه جمع وجود دارد:

(الف) جمع بین نصّ و ظاهر

روایات حرمت را حمل بر کراهت و روایات جواز را حمل بر اباحه (جواز به معنی الاعم) می‌کنیم که شاهد جمع تعبیر «ما احب» در روایت (۴) همین باب است، به این بیان که روایات جواز، نص در حلّیت است و روایات حرمت ظاهر در حرمت است بنابراین حمل ظاهر بر نص می‌کنیم که نتیجه آن کراهت است.

(ب) جمع بین مطلق و مقید

بعضی راه جمع دلّالی دیگری گفته‌اند، به این بیان که اطلاق روایت اوّل «۳» معارض را که دالّ بر جواز مطلق بود به روایت دخول تقیید می‌زنیم و روایت دوّم «۴» معارض را که مطلق نبود و جواز در فرض دخول را می‌گفت، «دخل بها» را به معنی خلوت کردن با

زن می‌گیریم نه به معنی دخول.

جواب: این کار خلاف ظاهر است، به خصوص که در خلوت کردن تعبیر «دخل علیها» استفاده می‌شود بنابراین جمع دوّم دلالتی قابل قبول نیست.

تلّخص من جمیع ما ذکرنا: اگر کسی در مسئله نکاح ذات بعل قائل به کراهت شود نه حرمت، مطلب بعیدی نگفته چرا که صورت علم محلّ ابتلا نیست و فقط صورت دخول است یعنی فقط نکاح ذات بعل عن جهل مع الدخول محلّ ابتلاست و دلیل دلگرم کننده‌ای بر حرمت نداریم پس قول به کراهت بد نیست ولی در صورت علم بعید نیست که فتویٰ به حرمت دهیم و احتیاط (احتیاط مستحب) در اینجا بجاست به این معنی که اگر ازدواج نکرده‌اند می‌گوییم ازدواج نکنید اما اگر ازدواج کرده باشند و چند بچه دارند نمی‌گوییم از هم جدا شوند.

بقی هنا امران:

الامر الاوّل: آنچه در نکاح در عدّه در مورد عقد همراه با وکالت گفتیم در اینجا (نکاح ذات بعل) هم می‌گوییم.

همان گونه که در آنجا گفتیم عقد وکیل در اینجا کالعدم است چون وکالت داده که زوجه بی‌مانعی را برای او به عقد صحیح تزویج کند، بنابراین موکل نه بالمباشرة نکاح در عدّه کرده و نه بالتسبیب و دخول هم وطی به شبهه است، حال در ما نحن فیه هم وکالت داده که زنی را برای او تزویج کند در اینجا هم وکالت منصرف به عقد صحیح است و وکیل، زن شوهردار را عقد کرده است. اگر بر فرض، فتویٰ به حرمت دهیم اینجا مصداق نکاح ذات بعل نیست چون وکیل وکالتش صحیح نبوده و خودش هم نکاح نکرده و حرام ابدی نیست پس همان راه حل در اینجا هم می‌آید.

الامر الثانی: مرحوم کاشف اللثام کلامی دارند که دارای اشکالاتی است

و می‌فرمایند:

و لو تزوّج بذات بعل ففی الحاقه بالمعتدّه أی بالتزوّج بها اشکال ینشأ من عدم التنصیص علیه من الاصحاب و الاخبار الّا فی اخبار غیر صحیحه (در حالی که ما تعداد زیادی اخبار صحیحه در هر دو طرف داشتیم) و لو عمل بالاخبار الواردة بالتحريم هنا امکن الحکم بالتحريم مطلقا مع الجهل و العلم و مع الدخول و بدونه لاطلاعها «۵» (اگر بنا باشد به اخبار عمل کنیم باید بدون قید و شرط بگوییم حرام است چه دخول باشد و چه نباشد و چه علم باشد و چه نباشد که کسی به این مسأله فتویٰ نداده است).

کلام ایشان چند اشکال دارد:

اولاً: این که می‌فرمایند نصی در اخبار نداریم درست نیست.

(۱) ح ۷، باب ۱۶ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۳ و ۴، باب ۱ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۳، باب ۱۶ از ابواب مصاهره.

(۴) ح ۴، باب ۱۶ از ابواب مصاهره.

(۵) کشف اللثام، ج ۷، ص ۱۸۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۹۲

ثانیاً: می‌فرمایند اخبار صحیح نداریم در حالی که اخبار صحیح در مسأله داریم.
ثالثاً: احدی فتوی به حرمت مطلق نداده و این ممکن نیست و خلاف اجماع است.

[مسأله ۹: لو تزوج بامرأه علیها عدّه و لم تشرع فیها لعدم تحقّق مبدئها]

اشاره

مسأله ۹: لو تزوج بامرأه علیها عدّه و لم تشرع فیها لعدم تحقّق مبدئها، کما اذا تزوج بمن مات زوجها و لم يبلغها الخبر فانّ مبدأ عدتها من حين بلوغه فهل یوجب الحرمة الأبدیة أم لا؟ قولان، أحوطهما الأول و ارجحهما الثاني.

عنوان مسأله:

این مسأله برزخ بین مسئله ۸ و ما قبل آن است، یعنی بعد از انفساخ زوجیت و قبل از عدّه نکاح واقع شده است خبر رسید که شوهر زن مرده و زن عدّه نگه داشت ولی خبر صادق نبود، در اثنای عدّه شوهر واقعاً فوت کرده ولی خبرش هنوز نرسیده است با مردن شوهر زوجیت تمام شده ولی عدّه از زمانی شروع می‌شود که خبر مرگ شوهر برسد و لو بعد از دو سال باشد در این دو سال زن نه شوهر داشته و نه عدّه، پس یک حالت برزخی بین زمان نکاح و زمان عدّه است اگر در این میان زن شوهر کند و دخول هم حاصل شود آیا حرمت ابدیّه جاری است؟ امام می‌فرماید: دو قول است که احوط حرمت و ارجح عدم حرمت است. در کلام امام (ره) «ارجح» فتوی است پس «احوط» احتیاط استجابی است.

اقوال:

قدما کمتر به این مسأله متعرض شده‌اند ولی بزرگان متأخرین متعرض شده‌اند، مثل صاحب کشف اللثام، «۱» و شهید ثانی در مسالک، «۲» مرحوم علمامه در قواعد، مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد «۳» و مرحوم صاحب جواهر «۴» و قبل از این بزرگان کسی فتوی نداده است، این بزرگان هم قائل به عدم حرمت ابدی شده‌اند. مرحوم صاحب عروه متعرض این مسأله شده و قائل به حرمت ابدی است ولی محشین عروه مخالفت کرده‌اند. مرحوم آقای خوئی هم قائل به حرمت شده‌اند.

دلیل قول به حلیت: اصالة الحلیة

به مقتضای آیه «وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ» اصل حلیت است (اصالة الحلیة).

دلیل قول به حرمت: قیاس اولویت

اشاره

زن زمانی که خبر مرگ شوهر به او رسید، عده نگه می‌دارد اگر در آن عده کسی با او ازدواج کند حرمت ابدی می‌آورد حال اگر در برزخ ازدواج کند در زمانی اقرب به زمان زوجیت نکاح کرده و وقتی ابعده که عده است موجب حرمت ابدی شود اقرب که از قبل از عده (برزخ) است به طریق اولی موجب حرمت ابدی می‌شود.

جواب از دلیل: شاید ملاک حکم اقربیت نباشد، شاید علت حکم این است که شارع می‌گوید حریم عده و حریم زوجیت را نشکن یعنی شکستن حریم زوجیت و عده باعث حرمت ابدی می‌شود و این شخص نه حریم زوجیت را شکسته و نه حریم عده را، پس اولویت نیست و حرمت ابدی ندارد.

نتیجه: نکاح در برزخ بین زوجیت موجب حرمت ابدی نمی‌شود.

۶۱ ادامه م ۹ و ۱۰ (فی حد الزوجات الدائمة و المنقطعة ...) ۶ / ۱۱ / ۸۱

کسانی که در مسئله نه قائل به حرمت ابدی شده‌اند غالباً به قیاس اولویت استدلال کرده‌اند ولی مرحوم آقای خوئی «۵» قائل به حرمت شده و برای حرمت ابدی دو دلیل اقامه کرده‌اند:

۱- بالقوه در حکم ذات العده است:

وقتی زن قبل از رسیدن خبر فوت شوهر ازدواج می‌کند ذات العده است، ولی ذات العده‌ای است که هنوز شروع در عده نکرده است. تصور ما این است که منظور ایشان این بوده که بالقوه ذات العده است و لو بالفعل ذات العده نیست و بعد از رسیدن خبر عده نگه می‌دارد.

جواب: ظاهر این مطلب محتوای قابل قبولی ندارد، چون ظاهر عناوینی که در لسان ادله آمده است فعلیت است نه قوه و استعداد، به عنوان مثال لفظ «عادل» که در لسان دلیل آمده به معنی عادل بالفعل و «فاسق» به معنی فاسق بالفعل و مجتهد یعنی مجتهد بالفعل است.

۲- روایت:

... عن اسحاق بن عمار، قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الامه

(۱) ج ۷، ص ۱۸۴.

(۲) ج ۷، ص ۳۳۷.

(۳) ج ۱۲، ص ۳۱۳.

(۴) ج ۲۹، ص ۴۳۶.

(۵) مبانی عروه، ج ۳۲، ص ۱۹۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۹۳

يموت سيدها قال: تعتد عده المتوفى عنها زوجها، قلت: فان رجلاً تزوجها قبل أن تنقض عدها قال: فقال: يفارقها...

. «۱» جمله «قبل أن تنقض عدها» در ما نحن فيه صادق است، چرا که زن شوهرش مرده و هنوز عده نگه نداشته است، پس عدم انقضاء عده در آن حالت برزخ صادق است.

جواب: اگر در فارسی بگوییم «قبل از تمام شدن» یعنی این که شروع شده ولی خاتمه نیافته مثلاً اگر بگوییم این زن حیضش تمام نشده یعنی شروع شده و هنوز تمام نشده نه این که اصلاً شروع نشده است، پس این استدلال قابل قبول نیست، و در «قبل ان تنقضی عدتها» مفهوم کلمه انقضاء این است که شروع شده و تمام نشده است و در ما نحن فیه هنوز شروع در عده نکرده و اگر شک هم کنیم اصل، عدم است و اصالة الحلیة حاکم می شود.

ان قلت: شما معتقدید که روایت سوم و چهارم و هفتم از باب شانزده دلالت بر جواز دارد در حالی که روایت سوم مطلق و قابل تقیید است، روایت چهارم تعبیر «ما احب» دارد که ظاهر در کراهت است - البته آقای خوئی می فرمایند که در حرمت هم استعمال می شود - و روایت هفتم هم ضعیف است.

قلنا: مهم برای ما تعبیر «ما احب» است که ظاهر در کراهت است، البته گاهی در حرمت استعمال می شود و با کمال احترامی که برای مرحوم آقای خوئی قائل هستیم نمی توانیم نظر ایشان را بپذیریم و مقلد نیستیم.

ان قلت: شما گفتید در این حالت برزخ برای زنی که هنوز خبر مرگ شوهرش به او نرسیده ازدواج اشکالی ندارد ولی این ازدواج ادامه پیدا می کند تا زمانی که خبر بیاید و در آن وقت کار مشکل می شود.

قلنا: فرض ما در جایی است که این ازدواج در عده ادامه پیدا نمی کند و خبر مرگ شوهر که به زن رسید نکاح قطع می شود و دخول هم در آن برزخ واقع شده و بعد از بلوغ خبر کاری انجام نداده اند.

[مسألة ۱۰: فی حد الزوجات الدائمة و المنقطعة]

اشاره

مسألة ۱۰: من كانت عنده اربع زوجات دائمیات تحرم علیه الخامسة دائمة (دائمه عدد محدود دارد ولی غیر دائمی محدودیت ندارد) و اما المنقطعة فيجوز الجمع بما شاء خاصة (همه اش منقطع باشد و دائمی نداشته باشد) أو مع دائمیات (بعضی منقطع و بعضی دائم باشند).

عنوان مسأله:

کسی که چهار زن دائمه دارد نمی تواند زن پنجم را به عقد دائم تزویج کند ولی اگر به عقد منقطع باشد مانعی ندارد و از نظر تعداد عقد منقطع محدودیتی ندارد.

اقوال:

اجماع جمیع مسلمین بر این که زوجه دائمی زائد بر اربع ممکن نیست قائم است، بلکه صاحب جواهر این را ضروری دین دانسته و می فرماید:

إذا استكمل الحر اربعاً بالعقد الدائم حرم علیه مع وجود الاربع عنده نکاح مازاد غبطة أي دواماً اجماعاً من المسلمین بل ضرورة من الدین و ما عن طائفة من الزیدیة من جواز نکاح تسع لم یثبت بل المحکی عن مشایخهم البراءة من ذلك. «۲»
در کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه نقل شده است:

ولا یؤمن بقول الخوارج الذین قالوا انه یجوز العقد علی تسع نسوة مستدلین بجمع النبی لانه قدوة لنا نقتدی به و الرد علیهم بان

الزیاده علی الاربع من خصوصیات الرسول «۳».

مرحوم آقای حکیم در مستمسک در شرح کلام عروه می‌فرماید:

وقد وردنا فی هذه الايام من العلویین فی اللادقیة (یکی از شهرهای سوریه) سؤال عن میت مات عن ثمان (هشت زن دائمی داشته است آیا معنای این حرف این است که اعتقاد مذهبی‌شان بر جواز هشت زن دائمی بوده است) و لعله لم یکن عن اعتقاد المشروعیة (شخص لایابالی بوده نه این که مذهبش به این امر قائل بوده). «۴»

نتیجه: ثابت نیست که ما فوق اربع را کسی اجازه دهد و دعوی اجماع در این مسأله مستفیض است.

ادلة قائلین به جواز تسع:

اشاره

کسانی که به جواز تسع قائل شده‌اند دو دلیل اقامه کرده‌اند:

۱- حجیت فعل پیامبر:

با توجه به «مات النبی صلی الله علیه و آله عن تسع» فعل نبی را حجیت است.

جواب: جواز نکاح دائمه ما فوق اربع از مختصات النبی است.

(۱) ح ۵، باب ۱۷ از ابواب مصاهره.

(۲) ج ۳۰، ص ۲.

(۳) ج ۵، ص ۹۷، کتاب حدود.

(۴) ج ۱۴، ص ۹۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۹۴

۲- آیه:

در تفسیر آیه «وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً».

«۱» محتمل است که منظور از مثنی «دو» و «ثلاث» و «رباع» هم که با او عطف شده با آن جمع و مجموع آن «نه» می‌شود پس از آیه استفاده می‌شود که داشتن نه زن دائمی جایز است.

جواب: جواب از آیه در دلیل جمهور (قائلین به عدم جواز مافوق اربع) خواهد آمد.

۶۲ ادامه مسئله ۱۰ ... ۷ / ۱۱ / ۸۱

ادلة قائلین به عدم جواز مافوق اربع:

۱- اجماع:

مسأله اجماعی است و اینجا از مواردی است که اجماع حجت است چون به حد ضرورت دین رسیده است.

۲- آیه [وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى]

اشاره

«وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْلِي وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً». «۲»
 فقها غالباً استدلال به آیه را رها کرده اند، ولی به قول صاحب جواهر اصل در مسأله این آیه است. در این آیه چند مطلب باید روشن شود که در ضمن نکاتی به آن اشاره می کنیم:

نکته اول: در این آیه شرط و جزاء چه ارتباطی به هم دارند؟

آیه می فرماید اگر می ترسید در بین دختران یتیم به قسط و عدل رفتار نکنید زنان دیگر را ازدواج کنید، مرحوم طبرسی «۳» شش بیان برای پیوند شرط و جزاء ذکر می کند که از همه بهتر بیان اول ایشان است و آن این که وقتی درباره اموال یتامی آیاتی نازل شد مردم ترسیده و با دختران یتیم ازدواج نمی کردند چرا که می ترسیدند به جهت این که اینها پدر ندارند تا از حق آنها دفاع کند مهریه حسابی به آنها ندهند یا این که آلوده اموال آنها شوند.

آیه نازل شد که اگر می ترسید با اینها ازدواج کنید سراغ زنان دیگر بروید و اگر از خودتان مطمئن هستید اشکال ندارد که دو یا سه و یا چهار تا زن بگیرید با این بیان پیوند شرط و جزا حاصل می شود.

تذکر: با توجه به این بیان بطلان روایتی که برای اثبات تحریف در قرآن به آن استدلال شده است روشن می شود در این روایت از امام سؤال می شود که صدر و ذیل آیه با هم چه ارتباطی دارد؟ امام در جواب می فرماید ارتباطی ندارد و بین صدر و ذیل آیه ثلث قرآن ساقط شده است. این روایت مجعول است و جاعل آن ناشی بوده است، چون:

اولاً: ارتباط صدر و ذیل آیه با بیان مرحوم طبرسی روشن است.

ثانیاً: از مضمون روایت استفاده می شود که قرآن بیش از ۴۰ جزء بوده که بعد از ساقط شدن ثلث آن سی جزء شده است و حال آن که احدی چنین نگفته است.

واقع مسأله این است که قرآنی که شب و روز تلاوت می شده و حافظان زیادی داشته- به طوری که در یکی از جنگ ها ۳۰۰ حافظ قرآن کشته می شود- و ۱۴ یا ۴۰ نفر کاتب وحی بوده، آیا ممکن است چنین قرآنی ثلث آن تحریف شده باشد؟! بله اگر ادعای تحریف یک یا دو آیه می شد ممکن بود برای آن وجهی باشد ولی نمی توان پذیرفت که این همه آیه ساقط شده باشد. کسی که تاریخ جمع آوری قرآن و تلاوت شبانه روزی قرآن توسط مسلمانان را بداند، می داند که قرآن به آسانی از بین نمی رود. ما معتقدیم قرآنی که در نزد ماست یک نقطه کم و زیاد ندارد و این روایات تحریف هم خودش دلیل بر بطلان خودش است. (دلایل عدم تحریف به طور مفصل در انوار الاصول «۴» و تفسیر نمونه ذکر شده است).

نکته دوم: «مثنی، ثلاث، رباع» در آیه به چه معناست؟

«مثنی» یعنی اثین اثین، (دو تا دو تا) «ثلاث» یعنی ثلاث ثلاث (سه تا سه تا) و «رباع» یعنی اربعه اربعه (چهار تا، چهار تا) چرا آیه

اثین و ثلاث و اربع نمی گوید؟

مخاطب عموم مسلمین هستند و اگر بخواهیم بگوییم که هر کدام می توانند دو تا زن بگیرند می گوئیم دو تا زن بگیرند و اگر بخواهیم بگوییم هر کدام می توانند سه تا زن بگیرند می گوئیم سه تا سه تا زن بگیرند و...

نکته سوم: «واو» در آیه به معنی «او» است

یعنی برای جمع نیست بلکه

(۱) آیه ۳، سوره نساء.

(۲) آیه ۳، سوره نساء.

(۳) مجمع البیان، ج ۲، ص ۳۹.

(۴) ج ۲، ص ۳۴۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۹۵

برای تنويع است چون:

اولاً: اگر کسی بخواهد «واو» را به معنی جمع بگیرد، مجموع اعداد نه می شود در حالی که نه برای خودش مستقلاً دارای عددی است و نیاز نیست به این کیفیت بیان شود، پس کسی که دارای حدّ اقل معرفت نسبت به لغت عرب باشد نباید این گونه بگوید بلکه از اول تسعه می گوید. خداوندی که می فرماید «قُرْآنًا عَرَبِيًّا (فصیح) غَيْرِ ذِي عِوَجٍ (دست انداز ندارد)» «۱» چگونه می تواند چنین بگوید.

ثانیاً: صاحب مسالك می فرماید در این صورت آیه دلالت بر تسعه نمی کند، بلکه دلالت بر هیجده می کند، چون مثنی به معنی ۲ تا ۲ تا است که مجموعاً چهار تا می شود و ثلاث سه تا سه تا است که مجموعاً شش تا می شود و رباع هم چهار تا چهارتا است که ۸ تا می شود که جمع آنها ۱۸ می شود.

ثالثاً: اگر منظور از «مثنی و ثلاث و رباع» ۹ باشد ارتباط شرط و جزاء با هم درست نمی شود، چرا که آیه می گوید اگر از نکاح یتامی می ترسید، نه زن و اگر از رعایت عدالت در بین آنها می ترسید یک زن بگیرید، که در این صورت ربط شرط و جزاء (عدد ۹ و ۱) معلوم نبوده و عبارت بی معنی می شود ولی اگر مثنی به معنی دو تا باشد و «واو» برای جمع نباشد ارتباط بین شرط و جزاء روشن است و می گوید دو یا سه و یا چهار زن بگیرید و اگر از رعایت عدالت می ترسید یک زن بگیرید.

نکته چهارم: حصر (منحصر در چهار تا بودن) از کجای آیه فهمیده می شود؟

عدد که مفهوم ندارد یعنی اگر کسی گفت چهار نفر را اکرام کن مفهومش این نیست که پنجمی را اکرام نکن، پس از کجای آیه می فهمیم که پنج تا زن دائم جایز نیست؟

عدد مفهوم ندارد ولی آیه در مقام بیان جواز نکاح است، به عبارت دیگر قیودی که اخذ شده (دو و سه و چهار) احترازی است و در مقام بیان مقدار جواز است از اینجا حصر را می فهمیم، و تمام مفسرین و اهل لغت هم همین را فهمیده اند.

۶۳ ادامه مسئله ۱۰ ... ۸ / ۱۱ / ۸۱

اشاره

در کتاب و سائل از ابواب «ما یحرم باستیفاء العدد» هفت باب داریم که بر ما نحن فیه (حرمت زائد بر اربع در عقد دائم) دلالت دارد و مجموعاً دارای بیست و چهار روایت است که بعضی به دلالت مطابقی و بعضی بالمفهوم و بعضی به دلالت التزامی بر ما نحن فیه دلالت دارد.

خیلی از این روایات در مورد شاخ و برگ مسأله است و اصل مسأله (حرمت بیش از چهار تا) را نمی‌گویید که نشان می‌دهد اصل مسأله مسلم بوده است. در اینجا تعدادی از روایات را به عنوان نمونه بیان می‌کنیم.

اسناد بعضی از روایات ضعیف و بعضی قوی است ولی چون اخبار متضافر است به بحث سندی نیاز نداریم.

... عن محمّد بن سنان، عن الرضا علیه السلام فیما کتب الیه: وعلّمة التزوّج للرجل اربع نسوة و تحريم أن تتزوّج المرأة اکثر من واحد اذا تزوّج اربع نسوة کان الولد منسوباً الیه و المرأة لو کان لها زوجان أو اکثر من ذلك لم يعرف الولد لمن هو، اذ هم مشترکون فی نکاحها و فی ذلك فساد الانساب و الموارث و المعارف، و علّمة التزوّج للعبد اثین لا اکثر منه لانه نصف الرجل الحرّ فی الطلاق و النکاح...

(رجل حر مسلم است بحث در این است که چرا در مورد عبد بیشتر از دو زن دائمه جایز نیست). «۲»

* الفضل بن الحسن الطبرسی فی مجمع البیان

(مرسله طبرسی است منتهی چون «قال الصادق علیه السلام» می‌گوید و «رؤی» نمی‌گویید، معتبر است)

قال: قال الصادق علیه السلام: لا یحلّ لماء الرجل أن یجرّی فی اکثر من اربعة ارحام. «۳»

... عن زرارة ابن اعین، و محمّد بن مسلم، عن ابی عبد الله علیه السلام قال:

اذا جمع الرجل اربعاً و طلق احدهنّ فلا یتزوّج الخامسة حتّی تنقضی عدّة المرأة الّتی طلق و قال: لا یجمع ماء فی خمس.

(سؤال از شاخ و برگ است و اصل مسأله مسلم است). «۴»

این حدیث در حکم دو حدیث است چون دو نفر (زراره و محمّد بن مسلم) آن را نقل می‌کنند.

... عن علی بن ابی حمزة قال: سألت أبا إبراهيم علیه السلام عن الرجل یكون له اربع نسوة فیطلق احدهنّ أ یتزوّج مکانها اخرى؟

قال: لا حتّی تنقضی عدّتها. «۵»

* محمّد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن أبیه، عن ابن ابی

(۱) آیه ۲۸، سوره زمر.

(۲) ح ۲، باب ۱ از ابواب استیفاء العدد.

(۳) ح ۳، باب ۱ از ابواب استیفاء العدد.

(۴) ح ۱، باب ۲ از ابواب استیفاء العدد.

(۵) ح ۲، باب ۳ از ابواب استیفاء العدد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۹۶

عمیر، عن جمیل بن درّاج

(روایت صحیح و معتبر است)

عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل تزوّج خمساً فی عقده

(ترویج زنهای متعدّد در عقد واحد جایز است حتّی ترویج دو زن برای دو مرد در عقد واحد جایز است)

قال: یخْلِ سبیل أیتهنّ شاء و یمسک الاربع. «۱»

طبق قاعده نکاح هر پنج زن باطل است چون همگی نمی‌تواند صحیح باشد و ترجیح بلا- ترجیح هم باطل است، ولی کانّ نظر حضرت این بوده که اصل عقد صحیح است، اما مانعی دارد- که اضافه عدد است- پس مانع موجود است و با برطرف شدن آن عقد صحیح می‌شود.

□
...* عن عبسۀ بن مصعب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كان له ثلاث نسوة فتزوّج عليهنّ امرأتين في عقدۀ فدخل علي واحد منهما ثم مات، قال: ان كان دخل بالمرأة التي بدأ باسمها و ذكرها عند عقدۀ النكاح فإنّ نكاحها جایز، و لها الميراث و عليها العدة و ان كان دخل بالمرأة التي سمّيت و ذكرت بعد ذكر المرأة الاولى فإنّ نكاحها باطل «... ۲»
ظاهر عبارت این است که هر کدام از نظر ذکر در صیغه عقد مقدم باشد عقد او صحیح است، پس در روایت سابق هم اگر زنها در عقد به ترتیب ذکر شده باشند پنجمی باطل خواهد بود و تخییر هم معنی ندارد، مگر این که اسم نبرده و همه را یکجا عقد کرده باشد.

□
...* عن عقبۀ بن خالد، عن ابي عبد الله عليه السلام في مجوسی اسلم و له سبع نسوة و اسلمن معه (اگر زنها مسلمان نشوند، خودبه خود جدا می‌شوند چون عقد دائم با غیر مسلمان جایز نیست)

كيف يصنع؟ قال: یمسک اربعاً و یطلق ثلاثاً

(ممکن است «یُطَلِّق» بخوانیم که به معنی رها کردن است). «۳»

...* عن محمّد بن مسلم، عن احدهما عليهما السلام قال: سألته عن العبد یتزوّج اربع حرائر؟ قال: لا و لكن یتزوّج حرتين و ان شاء اربع اماء. «۴»

روایتی از طرق عامّه:

در اینجا حدیثی هم از عامه نقل می‌کنیم که دارای نکته‌ای است و عامّه بیشتر روی این حدیث تأکید کرده‌اند.
ابن قدامه ابتدا ادّعی اجماع اهل علم کرده و بعد از قاسم بن ابراهیم (احد الائمة الزیدیه) نقل خلاف می‌کند و می‌گوید این قول شاذ است و قابل اعتنا نیست:

□
و هذا لیس بشیء لانه خرق للاجماع و ترك للسنة فانّ رسول الله صلى الله عليه و آله قال لغيلان بن سلمة حين اسلم و تحته عشر نسوة، امسك اربعا و فارق سائرهنّ ... و اذا منع من استدامة زيادة عن اربع فالابتداء أولى (وقتی استدامة آن جایز نیست از ابتدا، به طریق اولی جایز نیست). «۵»

[ازدواج در منقطعه محدود به عدد خاصی نیست]

اشاره

۶۴ ادامه مسئله ۱۰ ... ۹ / ۱۱ / ۸۱

امام در ذیل مسأله ده چنین می‌فرماید:

و اما المنقطعة فيجوز الجمع بما شاء (در منقطعه عدد خاصی نیست).

اقوال:

مشهور بین اصحاب این است که عدد خاصی در عقد منقطع شرط نیست.

مرحوم صاحب جواهر می فرماید:

لا خلاف معتد به فیها. «۶»

به گفته مرحوم آقای حکیم در مستمسک مرحوم ابن ادریس هم در سرائر ادعای اجماع کرده ولی از ابن حمزه مخالفت (منقطع هم

جزء اربع است) نقل شده است از مرحوم شهید ثانی در مسالک نقل شده که ایشان به این قول تمایل پیدا کرده است.

پس مسأله مخالف دارد که سرچشمه آن روایات باب است.

در باب متعه روایت متعدد و متضافر بر جواز متعه بدون تقیید به عدد و مقتید به عدد وجود دارد.

[دلیل روایات]

طایفه اول: جواز متعه بدون تقیید به عدد

اشاره

روایاتی که می گوید متعه عددی ندارد که خود این روایات هم مختلف است، بعضی از روایات تعبیر «کم شئت» دارد و گاهی برای اثبات عدم محدودیت عدد بالایی مثل «سبعین» می گویند و گاهی روایات تعبیر «لیس من الاربع» دارد که به دلالت التزامی معنایش این است که عددی در آن نیست.

۱- روایاتی که «کم شئت» می گوید:

...* عن زرارة بن اعین

(روایت صحیح است)

قال: قلت: ما یحلّ من المتعة؟ قال: کم شئت. «۷»

...* عن اسماعیل بن الفضل الهاشمی

(از ثقات است و مرحوم

(۱) ح ۱، باب ۴ از ابواب استیفاء العدد.

(۲) ح ۱، باب ۵ از ابواب استیفاء العدد.

(۳) ح ۱، باب ۶ از ابواب استیفاء العدد.

(۴) ح ۱، باب ۸ از ابواب استیفاء العدد.

(۵) مغنی، ج ۷، ص ۴۳۶.

(۶) جمع ۳۰، ص ۸.

(۷) ح ۳، باب ۴ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۹۷

عَلَّامه در خلاصه می‌فرماید که حدیث صحیحی در فضیلت اسماعیل بن فضل هاشمی داریم پس سند معتبر است) قال:

سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الْمَتَعَةِ فَقَالَ: الْق

(ملاقات کن)

عبد الملك ابن جريح فسله عنها فَأَنَّ عنده منها علماً فلقيته فاملی علی شیئاً كثيراً فی استحلالها و كان فیما روی لی فیها ابن جريح أنه لیس فیها وقت و لا عدد، أنما هی بمنزلة الاماء يتزوج منهنّ کم شاء «... ۱»

عائمه از نقاط ضعفی که به شیعه نسبت می‌دهند این است که شیعه برای متعه حدی قائل نیستید روایت می‌فرماید همان گونه که اماء حدی ندارند و شما هم به آن قائل هستید متعه هم حدی ندارد و در واقع یک جواب نقضی است.

عبد الملك از علمای عامه است و در مورد او این عبارت «هو من رجال العامة الا ان له ميل و محبة شديدة لاهل البيت» آمده است و لذا تعصب نداشت چون بحث‌های متعه را متعصبین نمی‌پذیرفتند و او در این زمینه از امام سؤالاتی کرده بود و می‌دانست، پس وقتی اسماعیل که خودش ثقه است می‌گوید امام صادق علیه السلام او را نزد عبد الملك فرستاده وثاقت عبد الملك ثابت می‌شود.

چه حکمتی داشت که امام خودشان جواب ندادند؟

ائمه علیهم السلام نمی‌خواستند که اهل سنت متعه را از زبان آنها زیاد بشنوند و لذا به عبد الملك ارجاع می‌دهند.

۲- روایاتی که «لیست من الاربع» می‌گوید:

... * عن بكر بن محمد، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن المتعة أ هي من الاربع؟ فقال: لا. «۲»

... * عن ابي بصير، قال: سئل ابو عبد الله عليه السلام عن المتعة أ هي من الاربع؟ فقال: لا و لا من السبعين. «۳»

* العياشي في تفسيره

(تفسیر عیاشی در عین این که تفسیر خوبی است تمام روایات را مرسله نقل کرده است).

عن عبد السلام، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: ما تقول في المتعة ... قال:

قلت: جعلت فداك أ هي من الاربع؟ قال: ليست من الاربع. «۴»

۶۵ ادامه مسئله ۱۰ ... ۱۲ / ۱۱ / ۸۱

[طایفه دوم] روایات معارض:

اشاره

در مقابل این روایات، روایات معارضی داریم که آنها هم متضافر هستند و می‌فرمایند منقطع هم از اربع حساب می‌شود، خواه هر چهار تا دائمی باشند، یا بعضی دائمی و بعضی منقطع باشند و یا هر چهار تا منقطع باشند. این روایات دو گروه است:

الف) روایاتی که تعبیر «من الاربع» دارد:

... * عن عمّار الساباطی، عن ابي عبد الله عليه السلام عن المتعة فقال: هي احد الاربعة. «۵»

* و باسناده، عن احمد بن محمد بن ابی نصر،

(بزنطی چند رقم روایت در این مسأله نقل کرده که روایاتش معتبر است)

عن ابی الحسن علیہ السلام قال: سألتہ عن الرجل تكون له المرأة هل يتزوج باختها متعاً؟ قال: لا، قلت: حکى زرارة عن ابی جعفر علیہ السلام أنما هی مثل الاماء يتزوج ما شاء، قال: لا هی من الاربع (آیا زراره را تکذیب کردند؟ فقط می‌فرمایند حرف زراره درست نیست). «۶»

(ب) روایاتی که تعبیر «من الاحتیاط» دارد:

اشاره

* عن عبد الله بن جعفر فی قرب الاسناد عن احمد بن محمد بن عیسی، عن احمد بن محمد بن ابی نصر، عن ابی الحسن الرضا علیہ السلام قال: سألتہ عن المتع، الی أن قال و سألتہ عن الاربع هی؟ فقال: اجعلوها من الاربع علی الاحتیاط. «۷»

جمع بین این دو دسته روایت:

بعضی بین این دو دسته روایات را جمع کرده و گفته‌اند که این روایت، روایات سابقه را که کلمه احتیاط نداشت تفسیر کرده و می‌گوید حکم اولی جواز ما فوق الاربع است، ولی بنا بر احتیاط است.

این احتیاط به چه معناست؟ احتیاط را مجتهدی که واقع را نمی‌داند می‌گوید و احتیاط در کلام امام که واقع را می‌داند چگونه توجیه می‌شود؟

چون امام عالم به احکام است دیگر جای احتیاط نیست مگر این که بگوییم احتیاط از ناحیه مردم مراد است یعنی برای این که مردم به درد سر نیافتند و از ناحیه اهل تسنن اذیت نشوند (نوعی تقیه) بیش از چهار زن نگیرند تا معلوم نشود که متعه بوده است. این مسأله شاهد خوبی دارد که در آنجا، هم تعبیر «هی من الاربع» دارد و هم تعبیر «علی الاحتیاط» که هر دو عبارت در یک جا جمع شده است.

(۱) ح ۸، باب ۴ از ابواب متعه.

(۲) ح ۱، باب ۴ از ابواب متعه.

(۳) ح ۷، باب ۴ از ابواب متعه.

(۴) ح ۱۴، باب ۴ از ابواب متعه.

(۵) ح ۴، باب ۱۰ از ابواب متعه.

(۶) ح ۱۱، باب ۴ از ابواب مصاهره.

(۷) ح ۱۳، باب ۴ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۹۸

* محمد بن الحسن باسناده عن احمد بن محمد بن ابی نصر،

(حدیث معتبر است، آیا همه این احادیث یکی بوده که به صورت‌های مختلف نقل شده است یا در جاهای مختلف بزنی از امام سؤال کرده؟ احتمال دارد که یک حدیث باشد ولی احتمال تعدد هم بعید نیست)

عن ابی الحسن الرضا علیہ السلام قال: قال أبو جعفر علیہ السلام: اجعلوهنّ من الاربع فقال له صفوان بن یحیی: علی الاحتیاط؟ قال:

نعم. (۱)

صدر حدیث «علی الاحتیاط» ندارد ولی در ذیل آمده است.

این روایت شاهد جمع ما است و می‌تواند شاهی باشد بر این که آن جایی هم که «من الاربع» گفته‌اند از باب احتیاط از ناحیه مردم بوده است پس تکلیف روایات روشن شد.

جمع بین روایات طایفه اول و دوم:

اشاره

با این بیان که در جمع بین روایات معارضه بیان شد (حمل بر تقیه و احتیاط) دیگر تعارضی بین روایات طایفه اول و طایفه دوم باقی نمی‌ماند چون آنها با صراحت اجازه می‌داد ولی این روایات مافوق اربع را از باب احتیاط جایز نمی‌داند و چون راه جمع دارد دیگر نوبت به تعارض نمی‌رسد.

سَلَمْنَا، بین الطائفتین تعارض باشد- چرا که روایات طائفه اول «کم شئت» می‌فرمود و روایات طائفه دوم «من الاربع» می‌گوید اول باید سراغ جمع دلالتی برویم که بر هر چیزی مقدم است.

جمع دلالتی:

جمع دلالتی بین روایات مجوزه و ناهیه از باب حمل ظاهر بر نص، حمل ناهیه بر کراهت است، روایاتی که بیش از چهار تا را نهی می‌کند ظهور در حرمت دارد و روایات طائفه اول (مجوزه) نص در حلیت است، پس ظاهر را بر نص حمل می‌کنیم.

سَلَمْنَا، جمع دلالتی در کار نباشد نوبت به مرجحات می‌رسد که مهمترین مرجحات شهرت است (خذ بما اشتهر بین اصحابک ودع الشاذ النادر) شهرت فتوایی بر جواز است، پس روایات طائفه اول با شهرت فتوایی مقدم می‌شود، بلکه مسأله بیش از شهرت است، چون مخالف عمده ابن حمزه است ولی عبارت ابن حمزه در کتاب وسیله که کتاب معروف ایشان است موافق مشهور است:

و حکم نکاح المتعة فی العدد حکم الاماء. (۲)

نکاح اماء محدودیت ندارد و ایشان متعه را هم مانند اماء می‌دانند حال نمی‌دانیم چگونه آقایان می‌فرمایند که ابن حمزه مخالف است در حالی که عبارت وسیله دلالت بر مخالفت ندارد مگر این که در جای دیگر نظر دیگری داشته باشد (صاحب مسالک هم به این قول تمایل پیدا کرده است).

ان قلت: قول ابن حمزه (اگر بر فرض به محدودیت متعه قائل باشد) موافق کتاب الله است چون آیه «وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْآيَةِ آمِي فَاَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنِي وَثُلَاتٍ وَرَبَاعٍ» (۳) در مورد مطلق نکاح است و ظاهرش این است که نکاح چه منقطع باشد و چه دائم، نباید بیش از چهار تا باشد.

پس گروه دوم از روایات موافق کتاب الله است و رجحان دارد.

قلنا: در ذیل آیه قرینه‌ای وجود دارد که نشان می‌دهد آیه ناظر به دائمیات است، چون در ادامه آیه می‌فرماید: «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا». عدالت ناظر به حق قسم است و می‌دانیم در نکاح منقطع حق القسم نیست و مسائل رعایت عدالت و حق القسم در مورد نکاح دائم است پس ذیل آیه شاهد است که آیه مربوط به بحث نکاح منقطع نیست.

اضف الی ذلک، ما به یاد نداریم که قرآن در مورد نکاح منقطع تعبیر به نکاح کرده باشد، بلکه آیه می‌فرماید: «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَأَتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» (۴) یعنی «تمتع» و «اجورهن» می‌گوید که این هم مؤید ظنی است بر این که آیه در مورد نکاح دائم است.

و من هنا يظهر، این که مرحوم صاحب مسالک فرموده است آیه مؤید محدودیت در نکاح منقطع است و روایات معتبری هم داریم-

که در واقع تقویت قول منسوب به ابن حمزه است، جواب صاحب مسالک روشن می‌شود که:
اولاً: آیه دلالت ندارد.

ثانیاً: روایات خودش خودش را تفسیر می‌کند.
فتلخص من جمیع ما ذکرنا، محدودیت اربع در نکاح منقطع نیست.

۶۶ ادامه مسئله ۱۰ ... ۱۴ / ۱۱ / ۸۱

بقی هنا نکستان:

اشاره

دو نکته در مورد مسأله باقی مانده است که بیان می‌کنیم:

نکته اول: روایت خوب دیگری هم برای قول به محدودیت عدد در نکاح متعه وجود دارد

(۱) ح ۹، باب ۴ از ابواب متعه.

(۲) ص ۳۱۰.

(۳) آیه ۳، سوره نساء.

(۴) آیه ۲۴، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۹۹

که دلالتش خوب ولی سندش اشکال دارد.

... عن وهيب بن حفص، عن ابي بصير، عن ابي عبد الله عليه السلام قال:

سألته عن رجل له اربع نسوة فطلق واحدة يضيف اليهن اخرى قال:

لا، حتى تنقضي العدة فقلت: من يعتد؟ فقال: هو، قلت: و ان كان متعاً؟

قال: و ان كان متعاً. «۱»

از نظر دلالت: دلالت حدیث خوب است ولی چرا می‌گویید مرد عدّه نگه دارد؟ در اینجا عدّه، هم برای زن و هم برای مرد اثر دارد. در افراد عادی وقتی زن طلاق می‌گیرد تا زمانی که عدّه تمام نشود نمی‌تواند شوهر کند، اما مرد می‌تواند ازدواج کند، ولی در مورد این روایت که مرد چهار زن داشته و یکی از آنها را طلاق می‌دهد هم زن و هم مرد باید صبر کنند، زن باید صبر کند، چون در عدّه است و مرد باید صبر کند، چون می‌خواهد زن دیگری بگیرد در حالی که زن چهارم هنوز در عدّه است و عدّه هم ظاهراً عدّه رجعیّه بوده است.

از نظر سند: «وهيب بن حفص» در رجال متعدّد است که بعضی ثقه و بعضی غیر ثقه هستند. وهيب در این سند از شاگردان أبو بصير است و روایات زیادی از او نقل کرده و هیچ کس او را توثیق نکرده است، بنابراین روایت مجهول است، ولی به هر حال چه روایت صحیح السند باشد و چه ضعیف السند، وضع مسأله عوض نمی‌شود و ما روایت را حمل بر کراهت می‌کنیم، یعنی کراهت از این که مورد تعرّض عامّه واقع شوند چون عامّه متعه را جایز نمی‌دانند و اگر زائد بر اربع شود معلوم می‌شود که متعه بوده و لذا به عنوان ثانوی کراهت است.

نکته دوم: صاحب جواهر از ابن حمزه نقل کرد که ایشان قائل به محدودیت هستند

ولی عبارت وسیله را خوانده و دیدیم که دلالت بر محدودیت ندارد و موافق مشهور است. قبل از صاحب جواهر، صاحب ریاض هم از ابن حمزه محدود بودن را نقل کرده است، بعد از مراجعه معلوم شد که صاحب جواهر و صاحب ریاض اشتباه کرده‌اند و ابن حمزه مخالف نیست، بلکه «ابن براج» مخالف است و در کتاب در مذهب می‌فرماید:

ولا يجوز للمتزوج متعة أن يزيد على أربع من النساء... وقد ذكر أن له أن يتزوج ما شاء و الاحوط ما ذكرناه. «۲»

مرحوم شهید ثانی در مسالک همین را می‌گوید یعنی مخالف را ابن براج می‌داند صاحب حدائق هم از ابن براج نقل مخالفت می‌کند.

بقی هنا امور:

الامر الاوّل: حکمت تعدّد ازواج چیست؟

اشاره

آیا این کار سبب پیروی از هوی و هوس نیست؟ آیا این عمل جامعه را به خوش گذرانی سوق نمی‌دهد؟ علاوه بر این چرا به مرأه اجازه تعدّد نمی‌دهند؟

فرق بین زوج و زوجه واضح است و در روایات به آن اشاره شده است، و آن این که اگر از ناحیه زوجه هم تعدّد باشد تداخل میاه شده و تشخیص نسب ممکن نمی‌شود و از نظر عاطفی، حقوقی و اجتماعی مشکلات متعدّدی پیدا می‌شود. و استفاده از آزمایش هم برای تشخیص نسب قابل اعتماد نیست.

ان قلت: در مورد یائسه و عقیم چنین مشکلی وجود ندارد و تداخل میاه نمی‌شود، چرا در این موارد اجازه داده نمی‌شود؟

قلنا: در مورد یائسه و عقیم هم که مشکل فرزند و تشخیص نسب ندارد می‌گوییم قوانین جنبه فردی ندارد و روی مجموع من حیث المجموع می‌رود. وقتی گفته می‌شود شراب حرام است چون عقل را زائل می‌کند نمی‌توان گفت من به قدری می‌خورم که عقل زائل نشود چون حکم کلی است، و برای این که راه باز نشود آن را به طور کلی گفته‌اند و استثنا نکرده‌اند.

و امّا دلیل این که در مورد مردان تعدّد اجازه داده شده این است که قوانین اسلام جامع است و محدود به زمان و مکان نیست، و قانونی است برای همه زمان‌ها و مکان‌ها، حال اگر ما کلیت و جامعیت را در نظر بگیریم، می‌بینیم که در مکان‌ها و زمان‌های مختلف ممکن است ضرورت‌های اجتماعی و یا فردی پیش آید که حل مشکل، بدون تعدّد زوجه میسر نشود و وقتی قانونی جامع شد باید بتواند جوابگوی نیازها در هر زمان و مکان باشد. از جمله ضرورت‌هایی که قانون‌گذار در نظر گرفته می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود:

۱- در هر زمان و مکان رجال در معرض آفاتند، مخصوصاً در جنگ‌ها، زن‌ها نمی‌توانند در جنگ شرکت کنند و نباید هم شرکت کنند و اگر امروزه گفته می‌شود زن‌ها با مردها در همه زمینه‌ها حتی شرکت در جنگ مساوی هستند جنبه شعاری دارد و عملی نیست. در غیر جنگ هم آسیب‌ها متوجه مردان است.

در جنگ جهانی اول ده میلیون و در جنگ دوم سی میلیون نفر

(۱) ح ۴، باب ۳ از ابواب استیفاء العدد.

(۲) سلسله ینایع الفقہیة، ج ۸، ص ۱۹۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۰۰

از مردان کشته شدند و تعداد زیادی هم ناقص شدند. بعد از اتمام جنگ عدّه زنان زیاد و عدّه مردان کم شد. شخصیت‌های اجتماعی آلمان به دانشگاه الازهر نامه نوشته و قوانین تعدّد زوجات را در اسلام خواستار شدند، ولی کلیسا با این کار مخالفت کرد و این قانون پیاده نشد که نتیجه آن کثرت فحشاء و فرزندان نامشروع بود.

در این گونه موارد آیا باید اجازه تعدّد زوجات داد یا ملتزم به فحشاء شد؟ اگر این قانون نباشد مشکل ساز است.

این مشکل امروز در فلسطین موجود است و شهدا اکثراً از ذکور هستند و اگر تعدّد زوجات نباشد دختران و زنان به مشکل می‌افتند. ۲- زنان زودتر از مردان باروری جنسی خود را از دست می‌دهند. سن جنسی زنان کمتر و برعکس سن جنسی مردان بیشتر است این افزایش سن جنسی مردان بر زنان، گاهی موجب اختلالاتی در جامعه می‌شود که تنها از طریق تعدّد زوجات حل می‌شود و اگر از این طریق حل نشود سر از فحشا درمی‌آورد.

۳- زمانی بر زنان می‌رسد که قابلیت مواجهه ندارند مانند زمان عادت و دوران بارداری و... که در این زمان گاهی زوج در شرائطی است که نمی‌تواند خودداری کند باز سر دوراهی واقع می‌شود: یا تعدّد یا فحشاء.

۴- بسیاری از زنانی که همسرشان را از دست داده یا طلاق گرفته‌اند شانس شوهر کردن به عنوان زوجه اول را ندارند و مردان مجرّد سراغ آنان نمی‌روند، ولی اگر تعدّد زوجات باشد ممکن است به عنوان زوجه دوم آنها را بپذیرند. در اینجا چه باید کرد یا باید به آنها اجازه داد که زوجه دوم باشند یا باید راه را به سوی فحشاء بگشاییم.

۵- گاهی بیماری‌هایی برای زنان پیدا می‌شود که این بیماری‌ها آنها را از آمیزش جنسی منع می‌کند و گاهی ترس از باردار شدن است که اطبا اجازه آمیزش جنسی را به آنها نمی‌دهند و یا زن عقیم است و مرد فرزند می‌خواهد در اینجا چه باید کرد؟ آیا به مرد بگوییم آمیزش نکند؟! این امر ممکن نیست پس یا باید اجازه تعدّد ازدواج بدهیم و یا فحشاء.

نکته: در کتاب «اسلام و تمدن» که نویسنده آن یک مستشرق فرانسوی به نام «گوستاولوبون» است نکته‌ای مربوط به تعدّد زوجات آمده است که می‌گوید:

در مورد تعدّد زوجات به مسلمانان اشکال می‌کنیم و آنها را شهوت پرست می‌دانیم ولی انصاف بدهید کدام یک از شما رابطه‌تان منحصر به همسران است؟! ما دم از وحدت زوجه می‌زنیم ولی در پشت پرده با زنان دیگر ارتباط داریم، ولی مسلمانان به عنوان یک قانون مشکل را حل کرده‌اند آیا وحدت ریاکارانه ما درست است یا تعدّد خالصانه آنان؟

۶۷ ادامه مسئله ۱۰ ... ۱۵ / ۱۱ / ۸۱

ان قلت: بنا بر آنچه شما گفتید باید مسئله تعدّد زوجات منحصر به موارد ضرورت باشد و باید در غیر موارد ضرورت جایز نباشد در حالی که این خلاف اجماع مسلمین است و هیچ فقیهی آن را مربوط به موارد ضرورت ندانسته است.

قلنا:

ضرورت در باب احکام دو گونه است:

۱- به عنوان ثانوی:

جائی که ضرورت به صورت عنوان ثانوی در می‌آید مانند «اکل میته» که حکم آن کماً و کیفاً و شخصاً دایره مدار ضرورت است مثلاً ممکن است برای زید ضرورت باشد و برای عمرو ضرورت نباشد چون عنوان حکم (عنوان ثانوی) ضرورت است.

۲- به عنوان حکمت:

جائی که ضرورت در سلسله علل و حکمت حکم واقع شود و به اختیار مکلف نباشد و قانون گذار ضرورت‌ها را به عنوان حکمت در نظر گرفته و یک حکم وضع کرده و حکم مقید به ضرورت نیست ولی واقع مسأله و حکمت حکم که در غالب موارد مورد نظر قانون گذار بوده حلّ مشکلات و ضرورت‌ها بوده است، به عنوان مثال شارع مقدّس دیده است که اگر ترشحات آب استنجا نجس باشد مردم به زحمت می‌افتند چون سابقاً در بیابان‌ها بر زمین‌های معمولی می‌نشستند و به خودشان ترشح می‌کرد و شارع به خاطر ضرورت فرموده است که ترشحات آب استنجا پاک است، حال اگر حکم را دایره مدار ضرورت کنیم و بگوییم اگر در گودال باشد ترشح نمی‌کند، در اینجا باید گفت شارع اختیار را به دست شما نداده بلکه ضرورت را محور قرار داده است و کاری با ملاحظه افراد ندارد و به دست شارع است.

الامر الثانی: بعضی با ضمیمه کردن دو آیه از قرآن خواسته‌اند بگویند تعدّد زوجات به حکم قرآن حرام است:

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۰۱

صغری: «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً» (۱) اگر می‌ترسید عدالت را رعایت نکنید یک زن بگیرید.

کبری: «وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ». (۲)

نتیجه: اگر این دو آیه در کنار هم باشد نتیجه‌اش این است که عدالت در همه جا غیر ممکن است پس همه جا باید به واحده اکتفا کنیم.

اولین کسی که این شبهه را مطرح کرد «ابن ابی العوجاء» بود که این اشکال را به هشام مطرح کرد و هشام سراغ امام صادق علیه السلام به مدینه آمد، حضرت با دیدن هشام پرسید در غیر موسم حجّ چرا آمدید؟ و هشام جریان را عرض کرد- در زمان طاغوت هم وقتی می‌خواستند تعدّد زوجات را ممنوع کنند در روزنامه‌ها نوشته بودند که این دو آیه دلالت بر ممنوعیت می‌کنند- امام فرمود: هشام عدالت در این دو آیه دو معنی دارد. عدالت در آیه اول عدالت رفتاری و در آیه دوم عدالت قلبی و مربوط به محبت است. در آیه اول می‌فرماید اگر در نفقه، رفتار و حقّ القسم که از مسائل رفتاری هستند می‌ترسید یک زن بگیرید، پس عدالت امکان دارد ولی مشکلاتی دارد و کسانی که از مشکلاتش می‌ترسند سراغ آن نروند ولی آیه می‌فرماید از نظر محبت قلبی محال است چون در اختیار شما نیست و تحت تأثیر جاذبه‌ها است (جاذبه‌های اخلاقی یا جمالی) پس چون عدالت دو معنی دارد نمی‌شود از آن عدم جواز را استفاده کرد.

دو شاهد لطیف در آیات قرآن بر این معنی هست که وقتی این دو شاهد را در نظر می‌گیریم می‌فهمیم که کلام امام علیه السلام کامل‌ترین است:

شاهد اول: ذیل آیه دوم می‌فرماید: «فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ» که دلیل بر جواز است و می‌فرماید حال که در عدالت قلبی نمی‌توانید عدالت را رعایت کنید، کمال تمایل قلبی در دست خودتان است پس دیگری را به صورت معلّق (نه شوهردار و نه بی‌شوهر) قرار ندهید، یعنی تعدّد جایز است و باید تا حدّی که توانایی دارید رعایت محبت کنید، پس تعدّد ممنوعیتی ندارد.

شاهد دوم: اگر این استدلال درست باشد ابتداء آیه سه بی‌معنا می‌شود «فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنِي وَثُلَاثَ وَرِبَاعًا» اگر تعدّد جایز نباشد معنی آیه این است که دو یا سه یا چهار زن بگیرید مشروط به این که عدالت را رعایت کنید و محال است عدالت را رعایت کنید.

پس مثنی و ثلاث و رباع محال است و معنایش این است که «فَأَنْكِحُوا» یک حکم خیالی وهمی است چون مشروط به شرط غیر

ممکن شده.

آیا قرآن حکم واهی و خیالی بیان می‌کند؟ عیناً مثل این که قرآن بفرماید «فَأَنْكِحُوا» اگر بتوانید به فضا پرواز کنید، پس چون پرواز محال است بنابراین مثنی و ثلاث و رباع هم محال است، قانون‌گذار هیچ‌گاه چنین قانون وضع نمی‌کند.

پس تعدّد جایز است ولی با دو هشدار:

۱- عدالت رفتاری داشته باشید.

۲- در تمایلات قلبی تا آنجا که می‌توانید عدالت را رعایت کنید و آنجایی که خارج از اختیارات شماست دستوری ندارید.

و لکن از مجموع آیات می‌توان فهمید که اولویّت در اسلام به وحدت است نه این که تعدّد جایز نیست، چون تعبیر خوف (إِنْ خِفْتُمْ) در جایی است که خطری هست و این خطر هم مسئله ساده‌ای نیست چون رعایت عدالت مشکل است و کمتر شنیده‌ایم که توانسته باشند عدالت را و لو در رفتار رعایت کنند.

نتیجه: افراد جز در موارد ضرورت و خوف از خطرهای دیگر سراغ تعدّد نمی‌روند و این مسأله دیگر از روی هوس بازی نیست.

اگر مسئله تعدّد زوجات را به این شکل ترسیم کنیم و سوء استفاده از آن نشود نه دوست به آن ایراد می‌کند و نه دشمن، و با این توضیحات چهره خوبی از این قانون اسلامی ساخته‌ایم.

الامر الثالث: چرا متعه اجازه داده شده است؟ چرا بدون حد متعدّد است؟

همان مسائلی که در مورد تعدّد زوجات دائمی بیان کردیم در اینجا هم مطرح می‌شود. متعه راهی برای حل مشکلات اجتماعی است، مثلاً کسانی هستند که نیاز به ازدواج دارند ولی موقتاً به ازدواج دائم نمی‌شوند، چون ازدواج دائم شرایطی در شرع و تشریفات در عرف دارد که مشکل است مثلاً از نظر شرعی حق القسم و نفقه می‌خواهد و عرفاً هم قید و شرط آن زیاد است و تکلفات زیادی دارد مثل مهریه و شیربها ... پس به جهت وجود این مشکلات برای بعضی از افراد (مثلاً مسافر، یا جوانی که تمکّن ندارد یا زنی است که شوهرش مرده و شانس

(۱) آیه ۳، سوره نساء.

(۲) آیه ۱۲۹، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۰۲

ازدواج دائم را ندارد) عقدی لازم است که این مشکلات را نداشته باشد، قانون‌گذار نمی‌تواند اینها را نادیده بگیرد. امروزه جوانان اهل سنت به این قانون تمایل پیدا می‌کنند. پس برای حل مشکلات اجتماعی این قانون را قرار داده‌اند متأسفانه عده زیادی از این قانون سوء استفاده کرده و چهره آن را خراب کرده‌اند به گونه‌ای که بعضی حاضر به فحشاء هستند ولی حاضر به نکاح موقت نیستند.

روایاتی «۱» داریم که در آن می‌فرمایند شما که نیاز ندارید سراغ متعه نروید، از این دو حدیث استفاده می‌شود که متعه در اصل برای حل مشکلات اجتماعی است پس احیای این سنت اسلامی درست است ولی باید قید و شرطهایی برای آن بگذارند تا سوء استفاده نشود.

۶۸ ادامه مسئله ۱۰ ... ۱۶ / ۱۱ / ۸۱

سؤال: چرا حصری که در نکاح دائم وجود دارد در متعه نیست؟

جواب: یکی از مهم‌ترین مشکلات نکاح دائم متعدّد، عدالت است، همان گونه که گفته شد کمتر کسی می‌تواند آن را رعایت

کند، ولی در متعه مسئله عدالت مطرح نیست زیرا نه نفقه دارد و نه قسم، و تبعاً سبب می‌شود که حصری که در آنجا بود در اینجا نباشد.

همان گونه که قبلاً بیان شد قوانین اسلام برای هوس بازی نیست، بلکه برای ملاحظه ضرورت‌های فردی و اجتماعی است، چون همیشه کسانی هستند که به دلایل مختلف قادر بر عقد دائم نیستند حال امر آنها دائر است بین عقد منقطع و فحشاء، و مسلماً عقد منقطع عاقلانه‌تر است مخصوصاً در زمان ما که سن ازدواج (به دلایل مختلف) بالا رفته است حال در این مدت نیز امر دائر است بین این که جوانان به فحشاء آلوده شوند یا از ازدواج موقت استفاده کنند.

بعضی می‌گویند خارجی‌ها این مسائل جوان‌ها را حل کرده‌اند و به جوان‌ها اجازه می‌دهند که آزادانه با هم ارتباط داشته باشند، آیا این حل کردن مشکل است یا غرق شدن در فحشاء است؟! در انگلستان بر اساس آمار از هر ده نفر یک نفر حرام زاده است، در بعضی از کشورها هم ممنوع است که اسم پدر را در شناسنامه بنویسند، بلکه اسم مادر را می‌نویسند چون خیلی از آنها اسمشان معلوم نیست.

اخیراً علماء اهل سنت هم که نکاح متعه را قبول ندارند نکاحی در بین خودشان درست کرده‌اند که همان شرایط نکاح متعه را دارد. ولی مع الاسف سوء استفاده و عدم کاربرد صحیح، این مسأله را خراب کرده است به گونه‌ای که دفاع از آن مشکل شده است. باید این سنت احیا شود ولی نه به صورت بی‌بندوبار بلکه با قوانین و شرایط خاص خودش.

در اینجا سه روایت بیان می‌کنیم که دلالت می‌کند بر این که متعه بدون قید و شرط نیست بلکه به موارد خاص منحصر است:

...* عن علی بن یقظین

(حدیث معتبر است)

قال: سألت أبا الحسن عليه السلام

(موسی بن جعفر)

عن المتعة فقال: ما أنت و ذاك

(تو را با متعه چه کار)

قد اغناك الله عنها فقلت: إنما اردت أن أعلمها فقال:

هی فی کتاب علی علیه السلام فقلت: تزیدها و نزداد؟ قال و هل یطیبه الا ذاك. «۲»

ضمیر «تزیدها» به متعه برمی‌گردد و تصور ما این است که منظور از «تزیدها و نزداد؟» این است که ما برای افزایش جمعیت آیا متعه را افزایش دهیم امام در جواب فرمودند آیا فایده‌ای غیر از این دارد. ولی این روایت را وسائل از کافی نقل کرده است و در آنجا «تزیدها و نزداد» آمده است یعنی تزید الزوجه فی المدّة و نزداد فی المهر و الاجرة. «یطیبه» به معنی مفید و هدفدار کردن است.

چرا حضرت نمی‌گوید حلال است؟ برای این که دهان مخالف را از دو جهت ببندد:

اولاً: اگر مخالفین علی علیه السلام را خلیفه بلا فصل نمی‌دانستند، حدّ اقل صحابی بوده و آنها هم قول صحابی را حجّت می‌دانند.

ثانیاً: علی علیه السلام در سفر و حضر در کنار حضرت رسول صلی الله علیه و آله بوده است پس قول او حجّت است.

...* عن الفتح بن یزید

(فتح بن یزید جرجانی مجهول الحال است)

قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن المتعة فقال: هی حلال مباح مطلق لمن لم یغنه الله بالتزویج

(مفهومش این است که برای غیر اینها مباح نیست ولی چون جواز آن اجماعی است نمی‌توانیم بگوییم حرام است و می‌گوییم

مکروه است)

فلیستعفف بالمتعة

(آلوده به زنا نشود و سراغ متعه برود)

فان استغنی عنها بالتزویج

(۱) ح ۱ و ۲ و ۴ باب ۵ از ابواب متعه.

(۲) ح ۱، باب ۵ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۰۳

فهی مباح له اذا غاب عنها

(این تعبیرات نشان می دهد که در موارد ضرورت جایز است). «۱»

... عن محمد بن الحسن بن شمون

(او کسی است که چهار امام یعنی امام رضا و امام جواد و امام محمد تقی و امام حسن عسکری علیهم السلام را درک کرده و ۱۱۴

سال عمر کرده است، او عائله سنگینی داشته و چیزی نداشت و امام دستور داده بود که خودش و ۴۰ نفر از عائله اش را اداره کنند

ولی او از نظر رجال انسان سالمی نیست و روایت ضعیف است)

قال: كتب أبو الحسن عليه السلام الى بعض موالیه لا تلحوا علی المتعة انما علیکم اقامة السنه

(فی الجملة باشد که این سنت پیامبر فراموش نشود)

فلا تشتغلوا بها عن فرشکم و حرائرکم

(همسران)

فیکفرن و یتبرین و یدعین علی الامر بذلک و یلعنونا. «۲»

این روایات نشان می دهد که باید در این مسأله خیلی با احتیاط گام برداشت تا مشکل آفرین نشود.

[مسأله ۱۱: لو كانت عنده أربع فمات إحداهن يجوز له تزویج أخرى فی الحال]

اشاره

۶۹ م ۱۱ (لو كانت عنده أربع فمات إحداهن ...) ... ۱۹ / ۱۱ / ۸۱

مسأله ۱۱: لو كانت عنده أربع فمات إحداهن يجوز له تزویج أخرى فی الحال (بدون انتظار گذشتن عده)

و كذا لو فارق إحداهن بالفسخ أو الانفساخ (فسخ به سبب عیوب و انفساخ مثل مرتد شدن زوجه)

أو بالطلاق البائن و أولى بذلک ما اذا لم تكن لها عده كغير المدخول بها و الیائسة و اما اذا طلقها بالطلاق الرجعی فلا يجوز له تزویج

اخری الا بعد انقضاء عده الاولى (پس در تمام صور جدائی، انتظار لازم نیست مگر در صورت طلاق رجعی).

عنوان مسأله:

اگر کسی صاحب چهار زوجه دائمیه باشد و یکی را به هر دلیل رها کند چه زمانی می تواند برای آن جایگزین انتخاب کند آیا بعد

از عده، یا در حال عده هم ممکن است؟

در این مسأله چهار صورت متصور است:

۱- مفارقت به سبب موت

۲- مفارقت به سبب فسخ یا انفساخ یا طلاق بائن

۳- مفارقت به سبب طلاق در جایی که عده ندارد.

۴- مفارقت به سبب طلاق رجعی

و چون حکم بقیه صور مسأله با توجه به حکم صورت چهارم روشن می شود ابتدا سراغ صورت چهارم می رویم.

مفارقت به سبب طلاق رجعی:

اشاره

در جایی که مفارقت به سبب طلاق رجعی باشد مادامی که زن چهارم در عده است نمی تواند برای آن جایگزینی انتخاب کند.

ادله:

۱- اجماع:

اجماع داریم که در این صورت جایگزینی بدون انقضاء عده جایز نیست. مرحوم آقای حکیم تعبیر «اجماع» و صاحب جواهر و دیگران تعبیر به «لا خلاف» دارند و در این مسأله مخالفی هم نداریم.

۲- قاعده:

مستنبط از نصوص مختلف این است که «المعتده رجعیة بحکم الزوجه» یعنی از استقراء نصوص استفاده می شود که در همه جا احکام زوجه، بر معتده رجعیه بار شده است مثل نفقه و ارث ... پس قاعده سبب می شود که بگوییم معتده رجعیه زوجه است، و در واقع این مرد ذات اربع است.

مرحوم آقای خوئی «۳» می فرماید:

بلکه عقیده ما این است که معتده رجعیه حقیقتاً زوجه است.

قلنا: این حرف عجیب است، چون از دو حال خارج نیست، یا این طلاق اثر کرده یا نکرده است، اگر بگویید اثر کرده این زن دیگر زوجه نیست و به حکم زوجه است و اگر بگویید اثر نکرده لازم است این است که بعد از گذشت سه ماه (اتمام عده) اثر آن ظاهر شود در حالی که طلاق از ایقاعات است و باید بلافاصله اثر آن ظاهر شود و مثل عقود نیست، علاوه بر این تعبیر به رجوع در روایات مکرر آمده است و اگر مطلقه رجعیه زوجه باشد رجوع معنی ندارد، پس به حکم زوجه است.

۳- روایات:

عمده دلیل روایات است. بعضی از روایات صحیح السند و بعضی ضعیف السند است ولی چون روایات متضافر است نیاز به بحث سندی نداریم. باید توجه داشت که هیچ کدام از روایات تعبیر رجعی ندارد ولی قدر متیقن آنها عده رجعی است و بقیه محل بحث است.

... عن زرارة ابن اعین و محمد بن مسلم

(این روایت به حکم

(۱) ح ۲، باب ۵ از ابواب متعه.

(۲) ح ۴، باب ۵ از ابواب متعه.

(۳) مبانی شرح عروه، ج ۳۲، ص ۱۶۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۰۴

دو روایت است)

عن ابی عبد الله علیه السلام قال: اذا جمع الرجل اربعاً و طلق إحداهنّ فلا یتزوج الخامسة

(قدر متیقن طلاق رجعی است)

حتی تنقضی عدّه المرأة التي طلق «... ۱»

... قال سمعت أبا جعفر علیه السلام يقول في رجل كان تحته اربع سنة فطلق واحدة ثم نکح اخرى قبل ان تستكمل المطلقة العدة

قال فليلحقها باهلها

(نکاح باطل بوده پس رهايش کن تا به اهلش بپیوندد)

حتی تستكمل المطلقة عدتها و تستقبل الاخرى عدّه اخرى

(مرد دو عدّه باید صبر کند)

و لها صداقها ان كان دخل بها

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۴، ص: ۱۰۴

(مهر دوّمی را هم باید بدهد)

و ان لم تکن دخل بها فله ما له و لا عدّه علیها. «۲»

مرحوم آقای خوئی این روایت را صحیحاً «محمد بن قیس» می داند در حالی که قبل از آن در سلسله سند «سهل بن زیاد» است از

این تعبیر استفاده می شود که ایشان سهل بن زیاد را ثقة دانسته است در حالی که کار سهل بن زیاد مشکل است و نتوانستیم او را

ثقه بدانیم صاحب جواهر در چندین جا او را ضعیف می داند. در دو جا خودشان و در یک جا از تذکره و در جای دیگر از

مسالك نقل می کند که ضعیف است:

و فی طریقها سهل بن زیاد و ضعفه مشهور «۳»

و فی طریقها سهل بن زیاد و هو ضعیف «۴»

لکن فی المسالك فی طریق الروایة سهل بن زیاد و هو ضعیف «۵»

بل فی التذکره ان فی طریق سهل بن زیاد و هو ضعیف. «۶»

مرحوم علامه مجلسی هم در بحار او را ضعیف می داند.

با وجود این تضعیفها آقای خوئی او را ضعیف نمی داند.

احتمال می دهیم که چون سهل بن زیاد در طریق اسناد کامل الزیارات بوده و ایشان اسناد آن را حجّت می دانسته اند لذا او را ضعیف

ندانسته‌اند، پس ما نمی‌توانیم روایات سهل بن زیاد را بپذیریم.

البته این روایت طریق دیگری (طریق مرحوم صدوق) هم دارد که سهل بن زیاد در آن نیست و شاید آقای خوئی به خاطر طریق صدوق این روایت را معتبر دانسته‌اند.

...* عن علی بن ابی حمزه

(سند اشکال دارد)

قال سألت ابا ابراهیم

(موسی بن جعفر) علیه السلام

عن الرجل یكون له اربع سنوه فیطلق إحداهن أیتزوج مکانها اخرى؟ قال لا حتی تنقضی عدتها

(مطلق است و قدر متیقن آن عدّه رجعیه است). «۷»

...* عن وهیب بن حفص

(ضعیف)

عن ابی بصیر عن ابی عبد الله علیه السلام قال سألته عن رجل له اربع سنوه فطلق واحده یضیف الیهن اخرى قال: لا حتی تنقضی

العدّه فقلت: من یعتد؟ فقال: هو

(عدّه نگه داشتن زن مسلم است و این مرد هم باید تا عدّه زن تمام نشده، عدّه نگه دارد که مراد از عدّه مرد تربص و انتظار است تا

عدّه زن تمام شود). «۸»

ح ۳ و ۵ و ۶ و ۷ و ۸ باب ۳ از ابواب استیفاء عدد دلالت دارد و قدر متیقن همه آنها مطلقه رجعیه است.

۷۰ ادامه مسئله ۱۱ ... ۲۱ / ۱۱ / ۸۱

مفارقت به سبب طلاق در جایی که عدّه ندارد:

در این صورت جایگزین کردن فرد دیگر بعد از طلاق اشکالی ندارد چون زن عدّه ندارد.

مفارقت به سبب فسخ، انفساخ یا طلاق بائن:

اشاره

در اینجا دو قول است:

۱- قول مشهور:

مشهور قائلند که در این صورت صبر و انتظار لازم نیست و بلافاصله بعد از طلاق می‌تواند زوجه دیگری را جایگزین کند.

بعضی ادعای اجماع هم کرده‌اند.

۲- قول غیر مشهور:

مرحوم شیخ مفید و صاحب حدائق و بعضی دیگر معتقدند قبل از پایان عدّه جایگزین کردن جایز نیست. در بین متأخرین و

معاصرین هم مرحوم آقای خوئی به این قول قائل شده‌اند.

دلیل قول غیر مشهور: اطلاق روایات

قائلین به قول غیر مشهور به اطلاق روایاتی که در رجعی خواندیم استدلال کرده و می‌گویند روایات اطلاق دارد و رجعی و غیر رجعی ندارد و مقتضای اطلاق این است که در طلاق باین هم صبر و انتظار لازم است. در مقابل، مشهور هم به دنبال این هستند که مقیدی برای اطلاق دست و پا کنند. ان قلت: اطلاق به طلاق رجعی منصرف است چون هر

(۱) ح ۱، باب ۲، از ابواب استیفاء العدد.

(۲) ح ۱، باب ۳ از ابواب استیفاء العدد.

(۳) جواهر، ج ۴۲، ص ۹۵.

(۴) جواهر، ج ۳۹، ص ۳۰۶.

(۵) جواهر، ج ۴۳، ص ۵۵.

(۶) جواهر، ج ۱۷، ص ۸۸.

(۷) ح ۲، باب ۳، از ابواب استیفاء العدد.

(۸) ح ۴، باب ۳ از ابواب استیفاء العدد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۰۵

جا طلاق گفته می‌شود، مراد طلاق رجعی است، پس اطلاق شامل طلاق باین نمی‌شود.

قلنا: طلاق هم رجعی و هم باین را شامل است و در آیات قرآن کراماً طلاق به معنی اعم استفاده شده است، به عنوان مثال در آیات «الْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ» (۱) و یا «فَطَلَّقُوهُنَّ لِإِعْدَّتِهِنَّ وَ أَحْضُوا الْعِدَّةَ» (۲) لفظ طلاق همه طلاق‌ها را شامل می‌شود و فرقی بین مطلقات نیست، پس انکار اطلاق کار مشکلی است و باید دنبال مقید بگردیم. مقید صریحی نداریم ولی قرائن خوبی برای تقیید موجود است.

ادله مشهور:

اشاره

قائلین به قول مشهور به دلایلی استدلال کرده‌اند:

۱- اجماع:

اجماع، اطلاق روایات را تقیید می‌کند به این بیان که یا روایات را تقیید می‌زنیم و یا در مورد باین حمل بر کراهت می‌کنیم.

جواب: این اجماع دل‌گرم‌کننده نیست چون:

اولاً: اجماعی در کار نیست، بلکه مشهور است.

ثانیاً: اجماع مدرکی است.

۲- روایات باب جمع بین الاختین:

در باب جمع بین اختین چند روایت داریم که می‌فرماید اگر یکی را طلاق داد و نسبت بینهما از بین رفت می‌تواند خواهر دیگر را بگیرد:

...* عن الحلبي

(روایت معتبر است)

عن ابی عبد الله علیه السلام فی رجل طلق امرأة أو اختلعت أو بانت أله أن یتزوج بأختها؟ قال: فقال:

إذا برئت عصمتها

(پیوند آن زن از این مرد جدا شد)

و لم یکن علیها رجعة فله أن یخطب أختها. «۳»

روایت می‌فرماید وقتی که پیوند و عصمت بین این دو قطع شود به طوری که رجعتی نباشد جایز است، مفهوم این سخن کأن یک علت است یعنی: «اذا لم یکن له علیها رجعة انقطعت العصمة بینهما» از طرف دیگر در طلاق بائن «لیس علیها رجعة» پس طلاق بائن مصداق لم یکن علیها رجعة است، پس مثل قیاس منصوص العلة است و چون در ما نحن فیه هم این علت موجود است، جایگزین کردن جایز است.

...* عن ابی بصیر یعنی المرادی، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أ یحلّ له أن یخطب أختها من

قبل أن تنقضی عدّة المختلعة؟ قال: نعم قد برئت عصمتها منه و لیس له علیها رجعة. «۴»

...* عن ابی الصباح الكنانی، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألت عن رجل اختلعت منه امرأته أ یحلّ له أن یخطب أختها قبل أن

تنقضی عدّتها؟ قال: إذا برئت «بارأت» عصمتها منه و لم یکن له رجعة فقد حلّ أن یخطب أختها الحدیث. «۵»

پس این سه روایت که حد اقل یکی از آنها معتبر است مانند قیاس منصوص العلة است و ما نحن فیه را شامل می‌شود.

مرحوم آقای خوئی و حکیم به این استدلال اشکال کرده‌اند به این بیان که این روایات در مورد اختین است و در اربع نسوة نمی‌توان به آن استدلال کرد و این قیاس ظنی است.

مرحوم آقای حکیم تعبیری دارد و می‌فرماید مراد از انقطاع چیست؟ اگر مراد طلاق است که در هر دو (رجعی و بائن) انقطاع هست و اگر منظور این است که به کلی احکام زوجیت تمام شود و هیچ رابطه‌ای بین این دو نباشد این هم در هیچ کدام نیست به عبارت دیگر اگر مراد ازدواج است در هر دو پایان یافته و اگر مراد عدّه است در هیچ کدام پایان نیافته است پس چطور می‌گویید در ذات العدة الرجعیة عصمت باقی است و در بائن تمام شده است؟

جواب: اما این که می‌فرمایند: «از قبیل قیاس ظنی است» درست نیست چون این الغاء خصوصیت قطعیه عرفیه است و اگر به دست عرف دهیم می‌گویید معیار این است که در عدّه رجعیه زن از حیطة اختیار شوهر خارج نشده است و لذا حکم معقوده دارد، و در جایی که بائن باشد و از چنگ او بیرون رود، حکم معقوده ندارد به عبارت دیگر امام می‌فرماید جمع حرام است و جمع تا زمانی است که خواهر در دست و سیطره اوست و اگر طلاق بائن باشد از سیطره او بیرون رفته و می‌تواند دیگری را بگیرد، پس این دلیل تعبیدی محض نیست که در ما نحن فیه قابل استناد نباشد بلکه دلیل عرفی عقلی است و در ما نحن فیه هم قابل تمسک است.

و امّا جواب آقای حکیم این است که عصمت، نه به معنی نکاح است و نه به معنی عدّه، بلکه عصمت به معنی «له علیها رجعة» است. به نظر ما این دلیل قابل قبول است.

(۲) آیه ۱، سوره طلاق.

(۳) ح ۲، باب ۴۸ از ابواب عدد.

(۴) ح ۱، باب ۴۸ از ابواب عدد.

(۵) ح ۱، باب ۲۸ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۰۶

۳- روایت باب استیفاء العدد:

... عن زرارة بن اعين و محمد بن مسلم، عن ابي عبد الله عليه السلام قال:

إذا جمع الرجل اربعاً و طلق احداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدّة المرأة التي طلق

(عام است و ظاهرش بائن و غیر بائن را شامل می شود)

و قال: لا يجمع ماءه في خمس. (۱)

از ذیل روایت استفاده می شود که طلاق چهارمی رجعی است و هنوز قابل برگشت است و اگر پنجمی را بگیرد و در چهارمی هم رجوع شود، در این صورت جمع بین خمس حاصل شده است که این قرینه می شود که طلاق رجعی است چون اگر طلاق بائن باشد جمع بین خمس معنی ندارد.

آقای خوئی می فرمایند که «لا یجمع ماءه فی خمس» در متعه جایز است، ولی این جواب عجیب است چون ما کاری با متعه نداریم. بعد می فرمایند که ذیل روایت ممکن است حکم دیگری باشد و کاری به صدر روایت ندارد، یعنی ابتداءً پنج تا را تزویج نکن، پس ذیل حکم مستقل است و صدر ناظر به نکاح ابتدائی خمس است.

و لکن الانصاف، این تکلف و خلاف ظاهر است به خصوص با توجه به تعبیر «ماءه»، که این ضمیر به کسی برمی گردد که زنش را طلاق داده و اگر حکم جداگانه ای بود باید «ماء الرجل» می فرمودند، پس ذیل روایت با صدر آن ارتباط دارد و ناظر به همان صدر است و به منزله دلیل برای صدر روایت است. این دلیل هم به نظر ما دلیل خوبی است.

۷۱ ادامه مسئله ۱۱ ... ۲۶ / ۱۱ / ۸۱

دلیل غیر مشهور اطلاق روایاتی است که می گوید اگر دارای اربع بود و یکی را طلاق داد باید عدّه بگذرد تا بتواند دیگری را جایگزین کند، نه روایت خوانده شد که این روایات فرقی بین بائن و رجعی قائل نشده بود. دلیل غیر مشهور، دلیل خوبی بود و ادعای انصراف این روایات به معتدّه رجعیّه باطل است چون طلاق به هر دو (بائن و رجعی) اطلاق شده است.

مشهور در مقابل این ادعای اطلاق هر کدام از راهی وارد شده اند که در شش دلیل خلاصه می شود که می خواهند به کمک این ادله اطلاق را به «رجعی» تقیید بزنند. دلیل اول اجماع بود که مرحوم آقای حکیم اجماع را مقید اطلاق می داند. دلیل دیگر روایتی در باب جمع بین اختین بود که از جمع بین اختین به ما نحن فیه استدلال کردند. سومین دلیل روایت زرارة و محمد بن مسلم (۲) بود در آنجا بعد از بیان حکم مسأله در ذیل می فرمود: «لا یجمع ماءه فی خمس» و دلیل بر این است که مراد عدّه رجعی است، چون مشکل، جمع ماء در خمس است و اگر طلاق رجعی باشد و پنجمی را بگیرد امکان جمع ماء در خمس وجود دارد.

ان قلت: این حدیث علی خلاف المطلوب، و دلیل بر قول غیر مشهور است چون می فرماید جمع ماء در زمان واحد در خمس جایز نیست. در مطلقه در حال عدّه ماء موجود است و با تزویج خامسه جمع ماء در خمس می شود. به عبارت دیگر امام نمی فرماید که جمع خمس در زوجیت اشکال دارد بلکه می فرماید جمع ماء در خمس اشکال دارد، که جمع ماء در خمس در طلاق بائن هم هست چون مطلقه (چه بائن و چه غیر بائن) مادامی که در عدّه است رحمش از ماء رجل پاک نشده است، پس اگر معیار اجتماع در

زوجیت باشد، بعد از طلاق یکی از زوجات اربعه با تزویج خامسه بین اربع در زوجیت جمع کرده است ولی اگر مشکل جمع ماء در خمس باشد، در طلاق باین هم این اشکال موجود است و با گرفتن خامسه جمع ماء در خمس حاصل است، پس این روایت به جای این که دلیل قول مشهور باشد بر علیه مشهور است.

بعضی از این اشکال جواب داده‌اند که «لا- یجمع ماء فی خمس» اشاره به این است که فی الحال و بالفعل نمی‌تواند مائش را در خمس بریزد، اما در مطلقه باین ماء برای جلوتر است.

قلنا: این اشکال را ما وارد می‌دانیم و این جواب را نمی‌پسندیم، و معتقدیم که مهمترین دلیل برای قول غیر مشهور همین روایت است.

۴- روایاتی که می‌گویند مرد هم باید عده نگه دارد

روایاتی که می‌فرمایند مرد باید در جایی که زوجه چهارم را مطلقه می‌کند عده نگه دارد و سراغ خامسه نرود:

... * فقلت: من یعتد؟ فقال: هو «... ۳»

... * قال: لا یحلّ له أن یتزوَّج اُخری حتّی تعتد مثل عدّتها...

(در وسائل «حتّی تعتد» دارد، ولی صاحب جواهر «حتّی یعتد»

(۱) ح ۱، باب ۲ از ابواب استیفاء العدد.

(۲) ح ۱، باب ۲ از ابواب استیفاء العدد.

(۳) ح ۴، باب ۳ از ابواب استیفاء العدد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۰۷

نوشته است که ضمیر آن به رجل برمی‌گردد. به قرینه تعبیر «مثل عدّتها» که در ذیل روایت آمده معلوم می‌شود که نسخه وسائل اشتباه است). «۱»

چون نگه داشتن عده بر مرد واجب نیست پس معلوم می‌شود که کراهت دارد و از ادله‌ای می‌شود که می‌رساند در طلاق باین کراهت دارد که خامسه را بگیرد و حرام نیست.

جواب: این عده به معنی تربص و بر مرد واجب است یعنی واجب است مرد انتظار بکشد تا عده زن تمام شود و جمع ماء در خامسه لازم نیاید، پس عده واجب است، و دلیل چهارم هم قابل قبول نیست و در واقع دلیلی برای غیر مشهور است.

۵- روایاتی که می‌گویند در صورت فوت یکی از چهار زن مرد حق ازدواج دارد

می‌فرماید اگر یکی از چهار زن فوت کند مرد می‌تواند بلافاصله زنی را جایگزین کند.

... * عن عمّار قال: سئل أبو عبد الله علیه السلام عن الرجل یكون له اربع نسوة فتموت احداهن فهل یحلّ له أن یتزوَّج اُخری مکانها؟ قال: لا حتّی تأتی علیها اربعه اشهر و عشر «... ۲»

مشهور به این روایت استدلال می‌کنند در اینجا مسلم است که انتظار پایان عده لازم نیست و مطلقه محلّ بحث است به همین جهت نهی در کلام امام حمل بر کراهت می‌شود حال در مورد مطلقه هم به وحدت سیاق نهی را حمل بر کراهت می‌کنیم. مرحوم صاحب جواهر این استدلال را هم آورده است.

جواب: وحدت سیاق به عنوان قرینه می‌تواند اشعاری داشته باشد، پس به عنوان یک قرینه ضعیف است و نمی‌تواند دلیل باشد.

۶- قاعده:

قاعده می گوید فوق اربع جایز نیست، چون ظاهر ادله جمع پنج تا در زوجیت است. با طلاق بائن زن جدا می شود و زوجه نیست، پس علی القاعده در طلاق بائن گرفتن زن بلامانع است چون جمع بین خمس در زوجیت نیست. جواب: اگر مشکل، جمع خمس در زوجیت بود حق با شما بود چون طلاق بائن حکم زوجه ندارد، اما روایات می فرماید مشکل، جمع میاه است در خمس و مشکل فقط زوجیت نیست که در این صورت در طلاق بائن در زمان عدّه هنوز رحم از ماء رجل پاک نشده و جمع میاه در خمس است.

تلخیص من جمیع ما ذکرنا با کمال احترامی که برای مشهور قائل هستیم از مشهور جدا می شویم و حق را به غیر مشهور می دهیم چون اطلاقات می گوید جایز نیست علاوه بر این بعضی از ادله مشهور هم به نفع غیر مشهور است. در تعلیقه عروه مطلبی را پانزده سال قبل نوشته ایم که خلاصه آن چنین است:

و هو (قول غیر مشهور) الاوفق بالادلة و ذلك لان الروایات التي تدل على عدم الجواز مطلقه - و هي ما ورد باب ۲ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد - بل فيها ما يشبه التعليل من قوله لا يحل لماء الرجل ان يجرى في اكثر من اربعة ارحام من الحرائر (دائمیات) و هذا (عدم جریان در بیشتر از اربع) لا فرق فيه بين البائنه و الرجعيه و حملها على الكراهه من غير دليل ممنوع و الله العالم. «۳»

۱۷۲ ادامه مسئله ۱۱ ... ۲۷ / ۱۱ / ۸۱

مرحوم صاحب عروه وقتی وارد این مسأله می شود فقط همین دلیل را ذکر کرده و می فرماید:

اذا كان عنده اربع فطلق واحده منهم و اراد نکاح الخامسة فان كان الطلاق رجعيًا لا يجوز له ذلك الا بعد خروجها عن العده و ان كان بائنًا ففي الجواز قبل الخروج عن العده قولان المشهور علی الجواز لانقطاع العصمة بينه و بينها. «۴»

لقائل أن يقول: قياس جمع بين زوجات اربع به جمع بين اختين، قياس مع الفارق است، چون در جمع بین اختین معیار جمع در نکاح است و وقتی عصمت و رابطه قطع شد، زوجیت پایان یافت ولی در ما نحن فيه معیار جمع پنج تا در نکاح نیست، بلکه معیار جمع ماء در خمس است و مادامی که عدّه به سر نیامده و رحم از ماء رجل پاک نشده، نمی تواند پنجمی را بگیرد، پس به قرینه روایات اجراء ماء می گوئیم مدار در اینجا اجراء ماء و در نکاح اختین، جمع در نکاح است. نتیجه: قول غیر مشهور اگر اقوی نباشد فلا اقل من انه احوط.

بقی هنا امران:

الامر الاول: مطلبی در عروه وجود دارد که در تحریر نیست

و

(۱) ح ۲، باب ۴۷ از ابواب عدد.

(۲) ح ۵، باب ۳ از ابواب استيفاء العدد.

(۳) تعلیقات علی العروه الوثقی، ص ۶۸۲.

(۴) ص ۸۱۶، مسئله ۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۰۸

آن این که اگر خامسه اخت مطلقه باشد بلاشکال صبر لازم نیست، چون نص داریم که می‌گوید اگر طلاق در اختین بائن باشد صبر کردن لازم نیست.

این کلام عروه و این استدلال درست نیست چون در جمع بین دو خواهر، اختان بما هما اختان مورد نظر است و از ما نحن فیه بحث نمی‌کند پس اگر یکی از دو اخت را طلاق بائن دهد، دیگری را از جهت اخت بودن می‌تواند بگیرد، نه از جهت خامسه بودن به عبارت دیگر در جمع بین اختین از نظر دوتایی بودن مد نظر است ولی ما نحن فیه در مورد خامسه است پس کلام صاحب عروه صحیح نیست.

الامر الثاني: از صور چهارگانه مسأله یک صورت باقی مانده و آن این که اگر عدّه وفات باشد

اشاره

یعنی یکی از زوجات فوت شده آیا مادامی که چهار ماه و ده روز تمام نشده می‌تواند دیگری را جایگزین آن کند؟
علی القاعده مشکلی ندارد چون چه مدار جمع در نکاح باشد یا اجراء ماء، موضوع ندارد.

پس علی القاعده هیچ اشکالی ندارد، چون خامسه نه جمع در نکاح است و نه جمع در اجراء ماء ولی در اینجا دو حدیث داریم که یک روایت می‌فرماید مرد باید انتظار بکشد و روایت دیگر می‌فرماید هر موقع که خواست می‌تواند اقدام کند.
...* عن عمّار

(از نظر سند مشکلی ندارد)

قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له اربع نسوة فتموت احدهن فهل يحلّ له أن يتزوج اخرى مكانها؟ قال: لا حتّى تأتي عليها اربعة اشهر و عشر، سئل فان طلق واحدة هل يحلّ له أن يتزوج؟ قال: لا حتّى تأتي عليها عدّه المطلقة. «۱»
ظاهر روایت وجوب صبر است.

* عبد الله بن جعفر في قرب الاسناد

(سند مشکل دارد)

عن عبد الله بن الحسن، عن علي بن جعفر، عن اخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال: سألته عن رجل كان له اربع نسوة فماتت احدهن هل يصلح له أن يتزوج في عدتها اخرى قبل أن تنقضى عدّه المتوفات
(کآن در اینجا مرد باید عدّه نگه دارد)؟

فقال: اذا ماتت فليزوج متى احب. «۲»

با صراحت می‌فرماید جایز است ولی سند مشکل دارد که با عمل مشهور ضعف سند جبران می‌شود پس دو روایت معتبر با هم متعارض هستند.

جمع دلالی:

در اینجا جمع دلالی داریم به این بیان که «فلیتزوج» ... نص در جواز و «لا» ظاهر در حرمت و قابل حمل بر کراهت است که نتیجه آن جواز مع الکراهت است و کراهت ممکن است به خاطر این باشد که چون تازه زن از دنیا رفته در نظر مردم ناپسند است.

اشاره

۷۳ مسئله ۱۲ (فی المطلقة ثلاثاً و تسعاً...) ۲۸ / ۱۱ / ۸۱

مسئله ۱۲: لو طلق الرجل زوجته الحرّة (در امه دو بار طلاق باعث حرمت می شود و در حرّه سه بار)

ثلاث طلاقات لم يتخلل بينها نکاح رجل آخر (سه بار طلاق دهد و دوباره رجوع کند و در وسط با دیگری ازدواج نکند چون اگر با دیگری ازدواج کند دوباره از اول شروع می شود)

حرمت علیه و لا يجوز له نکاحها حتّى تنكح زوجاً غيره بالشروط الآتیة فی کتاب الطلاق (شرایط دیگر را فرمودند و فقط سه بار طلاق را فرمودند، به عقیده این بزرگواران همین که سه طلاق حاصل شود کافی است)

و لو طلقها تسعاً للعدّة بتخلل محلّین (بعد از هر سه طلاق یک محلل)

فی الین بان نکحت بغير المطلق بعد الثلاثة الاولى و الثانية حرمت علیه ابدًا و کیفیت وقوع تسع طلاقات للعدّة أن يطلقها بالشرائط ثم یراجعها فی العدّة و یطأها (در مطلقه ثلاث و طی را شرط نمی دانند ولی در مطلقه تسع و طی را شرط می دانند و وقتی و طی صورت گرفت نمی تواند طلاق دهد تا طهر غیر مواقع واقع شود)

ثم یطلقها فی طهر آخر (چون و طی کرده نمی تواند در آن حالت طلاق دهد)

ثم یراجعها ثم یطأ ثم یطلقها الثالثة ثم ینکحها بعد عدتها زوج آخر ثم یفارقها (محلل طلاق می دهد)

بعد أن یطأها (در هر طلاق تسعی باعث حرمت نمی شود بلکه طلاق تسعی موجب حرمت است که بعد از هر رجوع و طی حاصل شود)

ثم یتزوجها الاول بعد عدتها ثم یوقع علیها ثلاث طلاقات مثل ما أوقع اولاً (سه طلاق دوّم یعنی طلاق چهارم و پنجم و ششم مثل سه طلاق اول است)

ثم ینکحها آخر (محلل دوّم)

و یطأها و یفارقها و یتزوجها الاول و یوقع علیها ثلاث طلاقات اخرى- مثل السابقات- الی أن یکمل تسعاً تحلل بینهما نکاح رجلین فتحرم علیه فی التاسعة ابدًا.

عنوان مسأله:

این مسأله دارای دو فرع است:

(۱) ح ۵، باب ۳ از ابواب استیفاء العدد.

(۲) ح ۷، باب ۳ از ابواب استیفاء العدد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۰۹

فرع اول: مطلقه ثلاث

اگر زن سه بار طلاق داده شود مادامی که محلل نباشد زن بر زوج حرام است.

فرع دوّم: مطلقه تسع

اگر زن بعد از دو محلل سه بار طلاق داده شود زن حرام ابدی می شود.

این مسأله هم در باب طلاق و هم در اینجا (باب نکاح) مطرح است چون یکی از اسباب تحریم نکاح می باشد.

امام (ره) این مسأله را با عبارت مفصلی آورده اند برای این که کیفیت حرمت ابدی با کیفیت حرمت مشروط متفاوت است.

فرع اول: مطلقه ثلاث

اشاره

اصل مسأله (حرمت مشروط سه طلاقه و حلّیتش منوط به محلّ است) اختلافی نبوده و مسلم است چون حکم آن صریحاً در قرآن آمده است.

اقوال:

از نظر اقوال مسأله مسلم است و اختلافی در آن نیست.

مرحوم صاحب ریاض می فرماید:

و اذا استکملت الحرّة طلقات ثلاثاً يتخلّلها رجعتان بائی انواع الطلاق کان (چه خلع باشد و چه رجعی که در طلاق خلع زن رجوع به بذل و مرد هم رجوع می کند) حرمت علی زوجها حتّی تنکح زوجاً غیره نکاحاً محلّلاً- مطلقاً (ای دائماً) و لو کانت تحت عبد بالکتاب و السنّه و الاجماع. «۱»

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد می فرماید:

اجمع علماء الاسلام علی أنّ الحرّ اذا طلق زوجته الحرّة ثلاث طلقات بينهما رجعتان حرمت علیه حتّی تنکح زوجاً غیره. «۲»

ادله:

اشاره

این مسأله سه دلیل دارد:

۱- اجماع:

مسأله اجماعی است و اختلافی در آن نیست، ولی اجماع مدرکی است و به عنوان مؤید خوب است.

۲- آیات:

«الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَشْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ * ... فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ». «... ۳»

این دو آیه محلّ بحث است و مرحوم صاحب جواهر از همه مفصّل تر آن را بحث می کند.

در «مرّتان» دو احتمال موجود است:

احتمال اول: مرّتان به معنی «دو» است و طلاق رجعی دو تاست، یعنی «الطلاق الذی فیهِ الرجوع مرّتان» و طلاق سوّم دیگر رجعی نیست بلکه بائن است. رجعی را به قرینه مقام استفاده می کنیم. بنابراین تفسیر «فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ» به این معنی است که بعد از طلاق

می تواند رجوع کرده و با او زندگی کند و «تَشْرِیْحٌ بِإِحْسَانٍ» به این معنی است که بگذارد عده به خوبی تمام شود و او را رها کند. تسریح به معنی رها کردن است پس هر دو تعبیر مربوط به دو طلاق است که در آن رجوع است. منظور از «فان طَلَّقَهَا» طلاق سَوَم است و از آن استفاده می شود که نکاح محلل باید دائم باشد. احتمال دوّم: «مَرَّتَانِ» یعنی مرّه بعد مرّه که سه طلاق را شامل می شود پس عدد دو مراد نیست. مطابق این تفسیر «فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ» به معنی رجوع است اما «تَشْرِیْحٌ بِإِحْسَانٍ» به معنی طلاق سَوَم است یعنی طلاق سَوَم را با نیکی و خوشی بدهد.

ان قلت: اگر هر سه طلاق در آیه ۲۲۹ آمده است پس «ان طَلَّقَهَا» در آیه ۲۳۰ زائد است. قلنا: این تعبیر توطئه و توضیح برای بیان محلل است نه این که طلاق چهارم باشد به این معنی که آیه می فرماید یا زن را نگه دار و یا طلاقش بده و اگر بعد از دو طلاق دوباره طلاق دادی در این صورت محلل لازم دارد. طبق هر دو تفسیر فرقی در نتیجه حاصل نمی شود، ممکن است در شاخ و برگ طلاق این دو تفسیر با هم تفاوت پیدا کنند ولی در ما نحن فیه فرقی بین دو تفسیر نیست.

۱۷۴ ادامه مسئله ۱۲ ... ۲۹ / ۱۱ / ۸۱

۳- روایات:

روایاتی از طرق عامّه و خاصه داریم که مجموعاً در ده باب از ابواب اقسام طلاق آمده است. اکثر روایات این ده باب دلالت دارد بر این که مطلقه ثلاث حرام است مگر این که محلل بیاید. دلالت بعضی از این روایات بالمطابقه و بعضی بالالتزام است و بعضی ناظر به اصل مسأله و بعضی ناظر به فروع و شاخ و برگ

(۱) ج ۱۰، ص ۲۲۶.

(۲) ج ۱۲، ص ۳۷۲.

(۳) آیه ۲۲۹ و ۲۳۰، سوره بقره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۱۰

مسأله است که تعدادی از روایات را بیان می کنیم:

* و بالاسناد، عن صفوان، عن ابن مسکان، عن ابی بصیر عن ابی عبد الله علیه السلام فی المطلقه التلیقه الثالثه لا تحل له حتی لا تنکح زوجاً غیره و یدوق عسلیتها

(مصغر «عسل» و به معنی قطعه ای از عسل و کنایه از مواقعه است). «۱»

* محمد بن علی بن الحسین فی عیون الاخبار باسناده الآتی عن الفضل بن شاذان

(سند صحیح است)

عن الرضا علیه السلام فی کتابه الی المأمون قال: و اذا طلقت المرأه بعد العده ثلاث مرّات لم تحل لزوجها حتی تنکح زوجاً غیره. «۲»

* محمد بن الحسن باسناده، عن صفوان، عن ابن بکیر، عن زراره، عن ابی جعفر علیه السلام فی حدیث قال: فاذا طلقها ثلاثاً لم تحل

له حتی تنکح زوجاً غیره فاذا تزوّجها غیره و لم یدخل بها و طلقها أو مات عنها لم تحل لزوجها الاوّل حتی یدوق الآخر عسلیتها. «۳»

* احمد بن محمد بن عیسی فی نوادره عن النضر بن سوید عن عاصم بن حمید، عن محمد بن قیس قال: سمعت أبا جعفر علیه السلام

یقول: من طلق امرأته ثلاثاً و لم یراجع حتی تبین

(بعد از عده جدا شود و رجوع نکند)

فلا تحلّ له حتّی تنکح زوجاً غیره فاذا تزوّجت زوجاً و دخل بها حلّت لزوجها الاوّل. «۴»

در باب چهار روایات متعدّدی داریم که دلالت دارد.

روایتی هم از طرق عامّه نقل می‌کنیم که بیهقی در کتاب السنن الکبری آن را از ابن عمر نقل می‌کند:

* ان رسول الله صلی الله علیه و آله سئل و هو علی المنبر عن رجل طلق امرأته ثلاثاً

(ندارد که در وسط رجوع کرده یا عده تمام شده و رجوع نکرده است)

فتزوّجها غیره و اغلق الباب و أرخی الستر

(پرده را انداخت)

و كشف الخمار ثم فارقتها

(بدون دخول فقط خلوت کرد آیا خلوت با او جانشین دخول که شرط محلل است می‌شود؟)

قال: لا تحلّ للاوّل حتّی یدوق عسيلتها الآخر. «۵»

در جاهای دیگر در باب نکاح هم این بحث مطرح است که آیا خلوت کردن جانشین دخول می‌شود یا نه؟ در ما نحن فیه جانشین

نمی‌شود.

در این باب بیهقی روایات دیگری هم به همین مضمون دارد.

تلخّص من جمیع ما ذکرنا:

از نظر کتاب و سنت و فقه عامه و خاصّه اجمالاً فرقی در این مسأله نیست و مطلقه ثلاث حرام می‌شود و محلل لازم است.

بقی هنا امران:

الامر الاوّل: حکمت این حکم چیست و چرا شارع این حکم را جاری کرده است؟

آیه ۲۲۹ و ۲۳۰ شأن نزولی دارد که مرحوم طبرسی به آن اشاره کرده و می‌فرماید: زنی پیش عایشه آمد و گفت شکایت مرا به

پیامبر برسان، من همسری دارم که مرا مدام طلاق می‌دهد و رجوع می‌کند و منظورش اذیت کردن من است.

در جاهلیت طلاق و رجوع حدی نداشت. عایشه شکایت این زن را پیش پیامبر آورد و آیه نازل شد که حدّ آن سه بار است نه

بیشتر.

در روایات به حکمت این حکم اشاره شده است:

...* عن علی بن الحسن بن علی بن فضال

(فطحی مذهب ولی ثقہ است)

عن أبيه قال: سألت الرضا عليه السلام عن العلة التي من اجلها لا تحلّ المطلقة للعده لزوجها حتّی تنکح زوجاً غیره ... لئلا یوقع الناس

الاستخفاف بالطلاق و لا یضاروا النساء. «۶»

* و باسانیده الآتیة عن محمّد بن سنان

(مشکل دارد)

عن الرضا علیه السلام فیما کتب الیه فی العلل

(امام یک سلسله علل احکام را برای محمّد بن سنان نوشتند که از آن جمله است):

و علة الطلاق ثلاثاً لما فيه من المهلة فيما بين الواحدة الى الثلاث لرغبة تحدث أو سکون غضبه ان كان و يكون ذلك تخويفاً و تأديباً للنساء و زجراً لهنّ عن معصية ازواجهنّ ... لثلاث يتلاعب بالطلاق «... ۷»
 از این دو حدیث اجمالاً معلوم می شود که شارع خواسته از یک طرف اجازه طلاق و آشتی بدهد و از طرف دیگر جلوی سوء استفاده را بگیرد.

الامر الثاني: عامه قائل هستند که سه طلاق در مجلس واحد جایز است یا به لفظ واحد یا سه لفظ.

در روایت های ما این معنی شدیداً نفی شده است و فقهای ما آن را «طلاق بدعی» نامیده اند. در سه طلاق باید بین سه طلاق رجوع باشد یا عده تمام شود. در مقابل، علمای ما فتوایی دارند که شبیه فتوای عامه است به این بیان که آنها دخول را شرط

(۱) ح ۱۰، باب ۳ از ابواب اقسام طلاق.

(۲) ح ۱۴، باب ۳ از ابواب اقسام طلاق.

(۳) ح ۱، باب ۷ از ابواب اقسام طلاق.

(۴) ح ۲، باب ۷ از ابواب اقسام طلاق.

(۵) ج ۷، ص ۳۷۵.

(۶) ح ۷، باب ۴ از ابواب اقسام طلاق.

(۷) ح ۸، باب ۴ از ابواب اقسام طلاق.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۱۱

نمی دانند و می فرمایند می تواند طلاق دهد و رجوع کند و دوباره طلاق دهد و رجوع کند و بعد طلاق سوم دهد، پس در مجلس واحد سه طلاق ممکن است، حال چه تفاوتی بین مبنای این آقایان و مبنای عامه وجود دارد؟

شارع می خواهد به اینها مهلت دهد تا فکر کنند و در این صورت فرصتی برای فکر نیست، به همین جهت ما شرط کرده ایم که احتیاط واجب این است که بعد از طلاق رجوع کند و دخول حاصل شود و در طهر غیر مواقع طلاق دهد تا سه طلاق حاصل شود و فرصتی برای تفکر باشد.

۷۵ ادامه مسئله ۱۲ ... ۳۰ / ۱۱ / ۸۱

فرع دوم: مطلقه تسع

اشاره

اگر دو بار محلل بیاید و بعد سه طلاق دیگر واقع شود مجموعاً نه طلاق می شود که بعد از آن زن حرام ابدی می شود.

اقوال:

مسأله از نظر اقوال در نزد ما اجماعی است ولی اهل سنت اکثراً مخالف هستند و فتوای شاذی از آنها داریم که با ما موافق است.

مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف می‌فرماید:

إذا طَلَّقَهَا تَسَعُ تَطْلِيقَاتٍ لِلْعَدَّةِ (طلاق عدی) تَزَوَّجَتْ فِيمَا بَيْنَهُمَا زَوْجِينَ لَمْ تَحَلِّ لَهُ أِبْدَاءً وَ هُوَ أَحَدِي الرِّوَايَتَيْنِ عَنِ مَالِكِ (مالک در روایت دیگرش موافق نیست) و خالف جميع الفقهاء (فقهای عامه) فی ذلك دليلنا: اجماع الفرقة و اخبارهم و طريقة الاحتياط. «۱»
مرحوم فاضل اصفهانی در کشف اللثام می‌فرماید:

السادس: المطلقة تسعا للعدة... و هكذا حتى يستكمل تسعا تحرم مؤبداً على المطلق بالنص و الاجماع. «۲»

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

و اذا استكملت المطلقة تسعا للعدة ينكحها بينها رجلان حرمت على المطلق ابداً اجماعاً بقسميه. «۳»

همه می‌فرمایند که طلاق باید عدی باشد و طلاق سنت کافی نیست.

توضیح ذلک: طلاق بر دو گونه است:

۱- طلاق عدی:

بعد از طلاق رجوع کرده و دخول کند و برای طلاق مجدد منتظر طهر غیر مواقع باشد و چون در عدّه رجوع می‌کند طلاق عدی نامیده شده است.

۲- طلاق سنت:

بعد از طلاق رجوع نکند تا عدّه تمام شود. دلیل این که این طلاق را سنت می‌گویند این است که در روایات داریم بهترین طلاق همین است و سنت این است که عدّه تمام شود.

فرق بین این دو طلاق و تفسیر آن در باب ۵ از ابواب اقسام طلاق آمده است.

۱۷۶ ادامه مسئله ۱۲ و القول فی الکفر... ۳ / ۱۲ / ۸۱

در اینجا سه اشکال وجود دارد:

اشکال اول: هر نه طلاق باید عدی باشد، یعنی در همه باید رجوع کند بعد دخول صورت گیرد بعد در طهر غیر مواقع مجدداً طلاق داده شود، این معنی در شش تا از این طلاق‌ها صادق است ولی در سه‌تای دیگر، طلاق سنت است نه عدی.

جواب: از باب تغلیب به هر نه تا طلاق عدی می‌گویند، علاوه بر این می‌توان گفت طلاق عدی مراد است ولی در همه مواردی که قابل طلاق عدی باشد، نه در جایی که قابلیت ندارد مثل طلاق سوّم و ششم و نهم که قابل طلاق عدی نیست.

اشکال دوّم: دلیل بر این تقييد (تقييد طلاق به عدی) چیست، در حالی که روایات مطلق است و مقید به طلاق عدی نیست (روایات می‌گوید طلاق تسع موجب حرمت ابدی است نه مقید به دخول است و نه مقید به رجوع بلکه مطلق است) و با جایی که طلاق عدی باشد یا طلاق سنت می‌سازد، پس دلیل این تقييد چیست؟

جواب: دلیل تقييد اجماع است به این بیان که همه گفته‌اند در صورتی نه طلاق موجب حرمت ابدی می‌شود که رجوع کرده و دخول کند بعد در طهر غیر مواقع طلاق دهد و این اجماع مدرکی نیست، چون دلیل دیگری نداریم و از اجماعاتی است که می‌توان به آن تمسک کرد پس علی‌رغم وجود اطلاقات همه طلاق را مقید کرده‌اند.

ان قلت: تقييد از قرینه تعلیل استفاده می‌شود یعنی تعلیلاتی که در روایات آمده می‌گوید نباید طلاق را بازپچه کرد

(۱) ج ۴، کتاب النکاح، ص ۳۲۲، مسئله ۱۰۰.

(۲) ج ۷، ص ۱۹۰.

(۳) ج ۳۰، ص ۱۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۱۲

چون اضرار به مرأه است ولی اگر بگذارد عدّه تمام شود (طلاق سنّت) و بعد مثل دیگران خواستگاری کند (و کان خاطباً من الخطاب) اگر زن نخواست با او ازدواج نمی‌کند به عبارت دیگر در این صورت برای نکاح جدید رضایت طرفین شرط است ولی در طلاق عدّی زن تحت سیطره مرد است و راه فراری ندارد و سبب اضرار به زن است، پس تعلیل روایات دلیل می‌شود که باید طلاق سنّت باشد تا زن ضرر نکند.

در رجوع (طلاق عدّی) نمی‌توانیم زن را مقصّر بدانیم امّا در طلاق سنّت می‌توان گفت که زن مقصّر است چون می‌توانست خواستگاری مرد را قبول نکند.

قلنا: این قانع کننده نیست چون قبول داریم که اگر طلاق عدّی باشد طلاق بازیچه مرد می‌شود ولی طلاق سنّت هم این گونه است امّا یک درجه پایین‌تر، چون این مرد بالاخره نه طلاق داده و طلاق بازیچه مرد و زن شده است، چرا که شارع نمی‌خواهد این طلاق‌ها تا ابد ادامه پیدا کند، پس علت در هر دو طلاق، هست منتهی در طلاق للعدّه، تلاعب شدیدتر است.

اشکال سوّم: جداسازی سه طلاقه از نه طلاقه به چه علت است؟ در سه طلاقه رجوع و دخول شرط نبود ولی در نه طلاقه شرط است در حالی که روایات ما نه با ظهور بلکه با صراحت می‌گویند آن سه طلاقه‌ای که بعدش محلّل لازم است اگر همان سه بار تکرار شود موجب حرمت ابدی می‌شود. و ظاهر فرمایش امام علیه السلام این است که این طلاقها (سه طلاقه و نه طلاقه) از یک سیاق است در حالی که اکثر علما فرق گذاشته‌اند.

حال اگر دخول در سه طلاقه شرط نباشد- کما این که اکثر علماء گفته‌اند- و سه طلاق در یک مجلس حاصل شود با طلاق ثلاث اهل تسنّن چه فرقی دارد؟ فقط الفاظ متفاوت است یعنی در نزد ما بعد از هر طلاق یک لفظ رجوع اضافه دارد و دو بار کلمه رجعت در وسط آمده است ولی از نظر محتوی و فلسفه یکی است. علاوه بر این چه فرقی بین تسع و ثلاث است که در ثلاث دخول را شرط نمی‌کنید و لی در تسع شرط می‌کنید در حالی که روایات هر دو را یکسان می‌دانند.

... عن المثنی، عن زرارة بن اعین و داود بن سرحان

(تمام سند خوب است و فقط «مثنی» مجهول الحال است ولی معمول بهاست)

عن ابی عبد الله علیه السلام فی حدیث قال: و الذی یطلق الطلاق الذی لا تحلّ له حتّی تنکح زوجاً غیره (اگر تزوج ثلاث مرات)

ثلاث مرّات و تزوّج ثلاث مرّات لا تحلّ له ابداً. «۱»

این روایت بر اصل مسأله (طلاق تسع باعث حرمت ابدی است) دلالت دارد و در عین حال می‌رساند، همان طلاقی که محلّل می‌خواهد، اگر تکرار شود حرام ابدی می‌شود، در حالی که آقایان فرق گذاشته‌اند، چه دلیلی بر این فرق گذاشتن داریم؟ صاحب جواهر بعد از زحمت فراوان می‌گوید دلیلی بر فرق نداریم، ولی در ادامه از این مبنا برمی‌گردد و می‌فرماید دلیل ما اجماع است یعنی با روایات نمی‌توان فرق را ثابت کرد پس با اجماع این فرق را ثابت می‌کند.

روایت صریح است که سه طلاقه و نه طلاقه مثل هم هستند.

جواب: در سه طلاقه هم رجوع و دخول شرط است، یعنی باید رجوع کند و دخول کند بعد در طهر غیر مواقع طلاق دهد و اینها قرینه است بر فتوایی که در باب طلاق داریم، دلیل ما در جای خودش (کتاب طلاق) می‌آید چون بحث در اینجا اجمالی است و جای تفصیل آن باب طلاق است.

تلخص من جمیع ما ذکرنا: سه طلاقه موجب حرمت مشروط و نه طلاقه موجب حرمت ابدی می‌شود.

اشاره

«القول فی الکفر»

لا يجوز للمسلمة أن تنكح الكافر دواما و انقطاعاً، سواء كان اصلياً، حربياً أو كتابياً أو كان مرتدّاً عن فطره أو عن مله، و كذا لا يجوز للمسلم تزويج غير الكتابية من اصناف الكفار (مشرکان، بت پرستان) ...
و لا- المرتدة عن فطره أو عن مله، و أمّا الكتابية من اليهودية و النصرانية فيه اقوال، أشهرها المنع في النكاح الدائم و الجواز في المنقطع (مشهور است و اشهر نیست)
و قيل بالمنع مطلقاً (دائماً كان أو منقطعاً)
و قيل بالجواز كذلك و الاقوى الجواز في المنقطع و اما في الدائم فالاحوط المنع.

عنوان مسأله:

تا اینجا هفت سبب از اسباب حرمت (نسب، سبب، رضاع، استکمال عدد، نکاح در عدّه، طلاق ثلاث و طلاق تسع) را بیان کردیم. هشتمین سبب «کفر» است که موجب حرمت ابدی می‌شود. در مسئله کفر چند صورت متصور است:

- ۱- زن مسلمان و مرد کافر
- ۲- مرد مسلمان و زن کافر غیر کتابی (مادی، لامذهب) ...
- ۳- مرد مسلمان و زن کافر کتابی

(۱) ح ۴، باب ۴ از ابواب اقسام طلاق.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۱۳

۷۷ القول فی الکفر (ادامه ...) ۴ / ۱۲ / ۸۱

بحث در هشتمین سبب از اسباب حرمت نکاح در «کفر» بود.

اشاره

بیان شد که مسأله دارای سه صورت است:

۱- نکاح مسلمه با کافر:

اجماع قائم است که نکاح مسلمه با کافر باطل است خواه کافر کتابی باشد یا غیر کتابی و عقد دائم باشد یا منقطع.

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد، می‌فرماید:

لا خلاف بین اهل الاسلام (شیعه و سنی) فی آنه لا يجوز للمسلمة نکاح الکافر ای الاصناف الثلاثة کان (کتابیه و اهل شبهه و اهل شرک). «۱»

۲- نکاح مسلم با کافره غیر کتابیه:

اجماع قائم است که نکاح مسلمان با کافره باطل است. چه دائم و چه منقطع مرحوم کاشف اللثام می‌فرماید:
 اما الصنف الثالث (عبده الاوثان) فانه حرام على المسلم بالاجماع من المسلمین. «۲»

۳- نکاح با اهل کتاب و اهل شبهه (مجوس):

اقوال:

اشاره

سه قول در آن است:

الف) قول به حرمت مطلقاً که از مرحوم سید مرتضی نقل شده است.

ب) قول به جواز مطلقاً که از صدوقین و ابن ابی عقیل نقل شده است.

ج) قول به تفصیل که از مشهور نقل شده است.

مرحوم کاشف اللثام «۳» وقتی وارد مسأله می‌شود می‌فرماید مسأله سه صورت دارد همه این صور در جایی فرض شده است که مرد مسلمان باشد و زن غیر مسلمان، و آنگاه اگر زن مسلمان باشد نکاح المسلمة للكافر لا تجوز بلا خلاف، (تفصیل ایشان غیر از سه صورت ماست):

۱- اهل کتاب باشد.

۲- اهل شبهه (شبهه کتابی که منظور مجوس است، غالباً مجوس را کتابی می‌دانند و ما هم کتابی می‌دانیم).

۳- مشرکین.

سومی مسلماً حرام است، بالاجماع ولی اولی و دومی محلّ خلاف است.

منشأ اختلاف:

منشأ اختلاف در فهم آیات و روایات و اختلاف در طریق جمع بین آنهاست.

ادله قائلین به حرمت:

۱- قائلین به حرمت مطلق به چند آیه استدلال کرده‌اند:

۱- آیه «وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَ لَأُمَّةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَ لَوْ أَعْجَبَتْكُمْ

اشاره

(زن کافره موجب اعجاب شما باشد از جهت مال یا جمال یا جاه و مقام) و لَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَ لَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَ لَوْ أَعْجَبَتْكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَ اللَّهُ يَدْعُوا إِلَى الْجَنَّةِ وَ الْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَ يَبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ. «۴»

ذیل آیه به حکم علت است چون می‌فرماید به این جهت سراغ مشرکین نروید که آنها دعوت به آتش می‌کنند و خدا دعوت به جنت می‌کند، بلکه سراغ مؤمنانی بروید که در خط خدا هستند.

ظاهر آیه در مورد مشرکین است ولی از سه راه آیه را تعمیم داده و بقیه اصناف کفار را هم شامل کرده‌اند:

۱- شرک معنی عامی است که یهود و نصاری را هم شامل می‌شود، دو آیه از قرآن شاهد این معناست:

«وَقَالَتِ الْيَهُودُ عُزَيْرٌ ابْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ» (۵) با این سخن اینها مشرک شده‌اند و قرآن شرک آنها را امضا کرده است.

«اتَّخِذُوا أَحْبَابَهُمْ (علماء یهود) وَرُهْبَانَهُمْ (علماء نصاری) أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ اللَّهِ وَالْمَسِيحَ ابْنَ مَرْيَمَ وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا إِلَهًا وَاحِدًا لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ». (۶)

نصاری دو قسم روحانی دارند یک گروه قصی‌یص‌ها (کشیش‌ها) هستند که مثل افراد معمولی زندگی می‌کنند و به عنوان مبلغ در میان مردم فعالیت می‌کنند. پروتستانها ازدواج کشیش‌ها را جایز نمی‌دانند ولی کاتولیک‌ها اجازه می‌دهند، که تحریم ازدواج آنها مشکلات متعددی را به بار آورده است. گروه

(۱) ج ۱۲، ص ۳۹۱.

(۲) ج ۷، ص ۲۲۰.

(۳) ج ۷، ص ۲۲۰.

(۴) آیه ۲۲۱، سوره بقره.

(۵) آیه ۳۰، سوره توبه.

(۶) آیه ۳۱، سوره توبه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۱۴

دیگر راهبان هستند که تارک دنیا می‌باشند و مراکزی به نام دیر دارند که در آن مشغول به عبادت هستند.

۲- در آیه «حَتَّىٰ يُؤْمَنَ» به معنی اسلام است یعنی اگر اسلام نیاورند فایده ندارد خواه کتابیه باشند یا غیر کتابیه و نکاح جایز نیست.

۳- از ذیل آیه استفاده می‌شود که کل من یدعوا الی النار لا یجوز نکاحه.

این استدلال‌ات ثلاثه قابل بحث است و از سه ناحیه به آن اشکال می‌شود:

اشکال اول: مشرک اعم نیست و منصرف به «عبده اوئان» است و شاهد آن این است که در آیات قرآن اهل کتاب و مشرکین مقابل هم قرار داده شده‌اند. قرآن می‌فرماید:

«لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِينَ حَتَّىٰ تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَةُ» (۱) معلوم می‌شود که مشرک غیر از کافر کتابی است.

در تفسیر این آیه بحث‌های متعددی است و آنچه که ما تقویت کرده‌ایم این است که اینها ادعا می‌کردند که ما دست از دینمان

بر نمی‌داریم و منفک از دینمان نمی‌شویم تا پیامبر دیگر بیاید. قرآن می‌فرماید بینه و دین و معجزه برای شما آمد پس ایمان بیاورید.

در آیه دیگری قرآن می‌فرماید: «مَا يَوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَ لَمَّا الْمُشْرِكِينَ أَنْ يُنَزَّلَ عَلَيْكُمْ مِنْ خَيْرٍ مِنْ رَبِّكُمْ» (۲) پس

نمی‌توان گفت که مشرک منصرف به جمع کفار است.

اشکال دوم: آیاتی که برای تعمیم به آنها استدلال کردید دلالتی بر تعمیم ندارد، چون «عزیر ابن الله» دلیل بر شرک و تعدد اله نیست بلکه دلیل بر تشبیه خدا به انسان است پس جزء مشبهه بوده‌اند.

و امیا آیه دیگر هم شرک در الوهیت و شرک اعتقادی نیست بلکه شرک عملی است. در روایات داریم که می‌فرماید هرچه

علمایشان گفتند آنها پذیرفتند و مثل این است که آنها را عبادت می‌کنند (کانه‌هم عبدوهم) پس این اطاعت بی‌قید و شرط، شرک

در اطاعت بوده است نه شرک در اعتقاد، در نتیجه این آیات دلالتی بر شرک یهود و نصاری ندارند.

اشکال سوم: آیه «الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَ طَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلَّلَ لَكُمْ وَ طَعَامُكُمْ حَلَّلَ لَهُمْ» (ما در بحث پاک بودن یهود و

نصاری از ادله‌ای که ذکر کردیم همین است و منظور از طعام، غذای پخته شده است که آلوده به دست آنها می‌شود که در مقابل بعضی طعام را به گندم و جو معنا می‌کنند) وَ الْمُحْصِيَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَ الْمُحْصِيَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ «۳» همه اینها را به هم می‌زند و می‌فرماید امروز می‌توانید زنان پاکدامن از اهل کتاب را ازدواج کنید.

در اینجا نزاع مفصلی است که آیا این آیه، آیات قبل را نسخ می‌کند یا آن آیات این آیه را نسخ می‌کنند و یا این که این آیه مخصّص آیات قبل است، که در جلسه آینده به آنها می‌پردازیم.

۷۸ القول فی الکفر (ادامه ...) ۵ / ۱۲ / ۸۱

قلنا: سلّمنا که آیه دلالت بر حرمت تزویج تمام اصناف کفار داشته باشد و لکن آیه دیگری داریم که می‌فرماید: «الْيَوْمَ أَحْلَلْ لَكُمْ الطَّيِّبَاتِ ... وَ الْمُحْصِيَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ» این آیه، آیه قبل را تخصیص می‌زند و صریحاً ازدواج با زنان اهل کتاب را اجازه می‌دهد.

نسبت بین این دو آیه چیست؟ آیا واقعاً عام و خاص است یعنی آیه بقره عام است و همه مشرکات را می‌گوید و آیه مائده خاص است، یا آیه بقره، آیه مائده را نسخ کرده به این معنی که قبلاً اجازه داده شده بود که مردان مسلمان با اهل کتاب ازدواج کنند بعد آیه بقره آن را نسخ کرده است.

احتمال این که آیه مائده به وسیله آیه بقره نسخ شده باشد دو اشکال مهم دارد:

۱- معروف این است که سوره بقره قبل از سوره مائده نازل شده و سوره مائده آخرین سوره‌ای است که بر پیامبر نازل شده و شاهد آن این است که آیه غدیر در این سوره است. پس به حسب تاریخ نزول سوره‌های جز تخصیص نیست چون نمی‌توان گفت آیه‌ای که قبل آمده، بعدی را نسخ می‌کند.

سلّمنا، اول سوره مائده نازل شده بعد سوره بقره، در این صورت تحت یک قاعده اصولی وارد می‌شود.

بحث اصولی:

اگر خاص مقدم و عام مؤخر باشد، آیا عام بعدی خاص قبلی را نسخ می‌کند یا خاص قبلی عام را تخصیص می‌زند؟ به عنوان مثال اگر مولى قبلاً بگوید: اکرم العدول من العلماء، بعد

(۱) آیه ۱، سوره بینه.

(۲) آیه ۱۰۵، سوره بقره.

(۳) آیه ۵، سوره مائده.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۱۵

عامی وارد شد که لا تکرّم العلماء، آیا این عام بعدی، خاص قبلی را نسخ می‌کند یا خاص قبلی عام بعدی را تخصیص می‌زند؟ این مطلب محلّ نزاع است و ما معتقدیم که ترجیح با این است که خاص قبلی، عام بعدی را تخصیص می‌زند، و زمانی که امر دائر باشد بین نسخ یا تخصیص، چون نسخ نادر است تخصیص مقدم است. پس چه آیه بقره قبل باشد یا بعد، آیه مائده آن را تخصیص می‌زند، و حق با کسانی است که می‌گویند نکاح اهل کتاب مطلقاً (چه دائم و چه منقطع) بر مرد مسلم جایز است چون آیه مائده عام است و نکاح دائم و منقطع را شامل می‌شود، بلکه می‌توان گفت نکاح دائم را چون غالب بوده شامل است و نمی‌توان آن را مقید به منقطع کرد. در تفسیر این دو آیه حدیثی داریم که خلاف عرض ما (تخصیص) را ثابت می‌کند و می‌گوید این مورد جای نسخ است:

... عن الحسن بن الجهم

(شخص ثقه‌ای است و روایت قبل از او هم معروف و مورد قبول هستند پس روایت از نظر سند خوب و موثقه است)

قال: قال لی أبو الحسن الرضا علیه السلام: یا أبا محمد ما تقول فی رجل تزوج نصرانیة علی مسلمة

(مورد خاص، ولی جواب عام است؟)

قال: قلت: جعلت فداک و ما قولی بین یدیک؟

(من چه چیزی در مقابل شما می‌توانم بگویم؟)

قال: لتقولن فان ذلك يعلم به قولي، قلت: لا يجوز تزويج النصرانية علی مسلمة و لا غیر مسلمة قال: و لم؟ قلت: لقول الله عز و جل (از استدلال به آیه معلوم می‌شود که اولاً ایشان شخص باسوادی بوده و ثانیاً ظواهر قرآن حجت است «در مقابل اخباری‌ها» و ثالثاً

باب اجتهاد مفتوح است)

«وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَنَّ» قال: فما تقول فی هذه الآية «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ»

(کأن می‌خواهد بفرماید آیه مائده آیه بقره را تخصیص می‌زند)

قلت: فقله «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ» نسخت هذه الآية فتبسم ثم سكت. «۱»

اگر معنی این تبسم و سکوت، تأیید است، نتیجه‌اش این است که آیه بقره، آیه مائده را نسخ کرده باشد که این خلاف قاعده است اما اگر بگوییم این روایت صریح نیست و تبسم و سکوت امام نشان دهنده اشتباه راوی است و چون جای جواب دادن نبوده و مانعی وجود داشته امام جواب نداده، پس این روایت با این اجمال و ابهام نمی‌تواند یک قاعده مسلم را به هم بزند.

تلخص من جميع ما ذكرنا نکاح کتابیه به مقتضای آیه مائده جایز است خواه منقطع باشد یا دائم.

تا اینجا استدلال به آیه اول از ادله قائلین به حرمت مطلق بیان شد.

۲- آیه [يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مِهَاجِرَاتٍ]

[يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مِهَاجِرَاتٍ فَاَمْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَأَهُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُنَّ مَا أَنْفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفِرِ وَ سَأَلُوا مَا أَنْفَقْتُمْ وَ لَيْسَ لَكُمْ أَنْفَقُوا ذَلِكَمُ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَ اللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ. «۲»

شان نزول آیه:

در صلح حدیبیه صلح نامه‌ای بین مسلمانان و کفار نوشته شد که یکی از مفاد آن این بود: اگر شخصی از مسلمانان فرار کرده و پیش کفار برود مشرکان مجبور نیستند، او را به مسلمانان برگردانند، ولی اگر از کفار کسی فرار کرده و نزد مسلمانان آمد، باید او را برگردانند. در این زمان یکی از زنان مشرک خدمت پیامبر آمده و مسلمان شد و کفار گفتند باید او را برگردانید، پیامبر فرمود که در عهدنامه بازگرداندن مردان ذکر شده است نه زنان. شوهر آن زن خدمت پیامبر آمد و عرض کرد که مهریه داده و هزینه نموده‌ام پیامبر فرمود مهریه و هزینه‌اش را بدهید بعد زن با یکی از مسلمانان ازدواج کرد.

این آیه دارای هفت حکم است:

۱- آیه می‌فرماید «إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مِهَاجِرَاتٍ فَاَمْتَحِنُوهُنَّ» اگر زنی به عنوان هجرت آمد، او را امتحان کنید شاید با شوهرش

دعوی داشته و او را نمی‌پسندیده و لذا آمده است پس باید آنها را امتحان کرده و قسم دهید.

۲- آیه می‌فرماید: «فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ» اگر ثابت شد که مؤمن هستند آنها را به کفار بازنگردانید.

۳- آیه می‌فرماید: «لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ» نه این زنان بر آن مردان کافر حلال هستند و نه آن مردان بر این زنان.

۴- آیه می‌فرماید: «وَآتَوْهُمْ مِمَّا أَنْفَقُوا» به شوهرانشان مهریه و هزینه‌های این ازدواج را بدهید.

۵- آیه می‌فرماید: «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوا نِكَاحِ الْكُوفَرِ» نکاح آنها جایز است و این زن شوهردار نیست چون مسلمان شدن آنها حکم طلاق را دارد.

(۱) ح ۳، باب ۱ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۲) آیه ۱۰، سوره ممتحنه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۱۶

۶- آیه می‌فرماید «وَلَا تُنْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفَرِ» عِصَم به قرینه مقام جمع عصمت و به معنی نکاح است، چون «العصمه» در لغت به معنی «المنع» است و زنی که شوهر می‌کند ممنوع از دیگران می‌شود، بنابراین عصمت در اینجا به معنی نکاح و «کوافر» جمع «کافره» و «کفار» جمع «کافر» است. آیه به این معنی است که زنان کافره را نگه ندارید از اینجا معلوم می‌شود که ادامه نکاح کافرات جایز نیست و وقتی ادامه نکاح جایز نبود به طریق اولی ابتدا به نکاح جایز نیست چون ابتدا کارش مشکل تر است.

۷- آیه می‌فرماید: «وَسَيُلْأَمُ أُنْفُسُ كُفَّارِ مَا أَنْفَقُوا» اگر زنان شما فرار کرده و پیش کفار بروند هزینه‌ها را بگیریید کما این که اگر زنان آنها پیش شما بیایند باید مخارج و هزینه‌های آنها را بدهید.

شاهد ما در حکم ششم بود که دلالت آن خوب و مشرک و غیر مشرک و دوام و انقطاع نداشته و همه را شامل می‌شود و در ذیل این آیه روایاتی هم موجود است.

جواب: سلّمنا که آیه دلالت دارد ولی آیه مائده بعد از آن نازل شده است، چون حدیثی سال ششم و فتح مکه در سال هشتم بوده است و سوره مائده در سال نهم یا دهم نازل شده است، پس آیه مائده این حکم را تخصیص زده یا نسخ می‌کند و این حکم را شامل کتابیه می‌گرداند.

۷۹ القول فی الکفر (ادامه ...) ۶ / ۱۲ / ۸۱

در ذیل این آیه ۱۰ سوره ممتحنه روایاتی داریم که تأیید می‌کند جمله «وَلَا تُنْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفَرِ» اشاره به نکاح است وقتی استدامه جایز نبود ابتدای به طریق اولی جایز نیست.

... عن زرارة بن اعين، عن ابي جعفر عليه السلام قال: لا ينبغي نكاح اهل الكتاب قلت جعلت فداك و أين تحريمه؟ قال: قوله: وَلَا تُنْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفَرِ. (۱)

این روایت مرسله را مرحوم طبرسی در مجمع البیان در ذیل آیه سوره مائده نقل می‌کند:

روی أبو الجارود، عن ابي جعفر عليه السلام أنه منسوخ بقوله تعالى: وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَنَّ وَقَوْلُهُ وَلَا تُنْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفَرِ. (۲)

بر اساس این روایت، آیه مائده با آیه سوره بقره و با آیه سوره ممتحنه منسوخ شده ولی روایت از نظر سند ضعیف است چون ابی جارود شخص ضعیفی است و حتی گفته شده است که یک فرقه انحرافی را به نام جارودیّه پایه گذاری کرده پس این روایت خیلی دلگرم کننده نیست.

جواب از آیه: این آیه دلالتش خوب و از آیه بقره هم بهتر است چون تعبیر «کوافر» دارد که تمام اصناف کفار را شامل است و لکن اشکالش این است که به کمک آیه سوره مائده نسبت به اهل کتاب یا تخصیص خورده و یا نسخ شده است بلکه نسخ بهتر است، چون قرآن می‌فرماید «الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ» یعنی از امروز حلال شد و قبل از نزول آیه حلال نبوده است. اما این که از بعضی از روایات استفاده می‌شود که آیه بقره و ممتحنه آیه مائده را نسخ می‌کند، نمی‌توانیم این را بپذیریم چون ناسخ باید متأخر باشد در

حالی که در اینجا منسوخ متأخر است و اگر یک روایت بگوید آیه مائده منسوخ است نمی توان این خبر واحد را قبول کرد. غالب مفسرین سوره مائده را مؤخر می دانند علاوه بر این آیه غدیر هم در این سوره واقع است و ظاهر این است که این «الیوم» مثل «الْیَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ» و برای زمانی است که اسلام کامل شده و این مسأله در اواخر عمر پیامبر صلی الله علیه و آله بود، پس نمی توانیم آیه مائده را منسوخ بدانیم.

۳- آیه «وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحِ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ».

کسی که نمی تواند محصنات مؤمنات را تزویج کند- که به قرینه مقابله منظور حرائر است- و در زحمت شدید است با کنیزان ازدواج کند. پس ظاهر آیه نشان می دهد که ازدواج با کنیز در حال عادی حرام است.

«عَنْت» به معنی شکستن مجدد استخوان از همان محلی که سابقاً شکسته و کنایه از زحمت شدید است.

در آیه دو بار صفت «مؤمنات» آمده، گرچه وصف مفهوم ندارد ولی در اینجا چون در مقام احتراز بوده دارای مفهوم است و نشان می دهد که ازدواج کافرات جایز نیست، پس این آیه دلالت می کند بر این که وقتی با کنیز کافر نمی شود ازدواج کرد، با حرّه کافره به طریق اولی نمی توان ازدواج کرد چون وقتی در کنیز که شدیداً محلّ ابتلا- بوده اجازه داده نشده، حرّه که محلّ ابتلا- نیست به طریق اولی جایز نیست.

جواب: دلالت آیه خوب است چون «مؤمنات» می گوید که

(۱) ح ۴، باب ۱ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۲) ج ۳، ص ۲۸۰.

(۳) آیه ۲۵، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۱۷

نقطه مقابل آن کافرات است و همه اقسام کافر را شامل می شود.

ولی تنها چیزی که می توان در مقابل آیه بگویم این است که آیه مائده بعد از این آیه نازل شده است و این آیه را نسخ می کند و اگر نسخ را نپذیرید لاقول این است که تخصیص می زند.

۸۰ القول فی الکفر (ادامه ...) ۸۲ / ۱ / ۶

۲- روایات:

در این مسأله روایات زیادی داریم که در هفت باب «۱» از کتاب وسائل آمده است اکثر این روایات دلیل قول اول است که مطلقاً اجازه می دهد. اقلی از روایات دلیل بر قول دوم (حرمت مطلقاً) اقل از قلیل، از دلیل بر قول تفصیل است. روایاتی که دلیل قول اول است در پنج باب «۲» آمده و مجموعاً شانزده روایت است؛ که در بین آنها روایت صحیح هم وجود دارد و کالمتواتر است، به همین جهت نیاز به بررسی اسناد نیست.

... عن معاویة بن وهب و غیره جمیعاً عن ابی عبد الله علیه السلام فی الرجل المؤمن یتزوج الیهودیة و النصرانیة فقال: اذا اصاب المسلمة فما یصنع بالیهودیة و النصرانیة؟ فقلت له: یكون له فیها الهوی

(علاقه مبرم)

قال: ان فعل فلیمنعها من شرب الخمر و اكل لحم الخنزیر

(که نشان می دهد جایز است)

و اعلم انّ علیہ فی دینہ غضاضة

(مشکلات دینی پیدا می کند). «۳»

از این حدیث چند مطلب فهمیده می شود:

اولاً: جواز نکاح با اهل کتاب.

ثانیاً: کراهت این ازدواج.

ثالثاً: دستور به منع از شرب خمر و منع از اکل لحم خنزیر.

رابعاً: عدم فرق بین عقد دائم و منقطع. ولی بیشتر به نظر می رسد که دائم مراد است چون این تعبیرات نشان می دهد که روایت در مورد کسی است که می خواهد مدّتی با او زندگی کند نه عقد کوتاه مدّت، به هر حال اطلاق دارد ولی بیشتر ناظر به عقد دائم است.

۸۱ القول فی الکفر (ادامه ...) ۱۰ / ۱ / ۸۲

...* عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في حديث قال: لا ينبغي

(ظاهر در کراهت است)

للمسلم أن يتزوج يهوديةً ولا نصرانيةً و هو يجد مسلمةً حرةً أو أمةً. «۴»

...* عن يونس

(بن عبد الرحمن)

عنهم عليهم السلام قال: لا ينبغي للمسلم الموسر

(متمکن)

أن يتزوج الامّة الا ان لا يجد حرةً و كذلك لا ينبغي له أن يتزوج امرأةً من اهل الكتاب الا في حال ضرورة حيث لا يجد مسلمةً حرةً و لا أمةً. «۵»

ابتدای روایت در مورد امه است که بعضی قائل به حرمت نکاح امه هستند پس بعید نیست که «لا ینبغی» دوّم هم دلالت بر حرمت کند.

...* عن حفص بن غياث قال: كتب بعض اخواني أن أسأل أبا عبد الله عليه السلام عن مسائل فسألته عن الاسير هل يتزوج في دار

الحرب؟ فقال: اكره ذلك فان فعل في بلاد الروم

(مسیحی هستند)

فليس هو بحرام هو نكاح و اما في الترك و الديلم و الخزر فلا يحلّ له ذلك

(از این عبارت معلوم می شود که این سه طایفه جزو بت پرستان بوده اند). «۶»

...* عن الزهري عن علي بن الحسين عليهما السلام قال: لا يحلّ للاسير أن يتزوج مادام في ايدي المشركين مخافةً أن يولد له فيبقى

ولده كافراً في ايديهم. «۷»

آیا مفهوم این سخن این نیست که اگر در بلاد اسلام ازدواج کند جایز است؟ از تعلیل ذیل روایت استفاده می کنیم که چون خوف بر ولد در بلاد اسلام نیست، پس جایز است.

...* عن علي عليه السلام قال: و اما الآيات التي نصفها منسوخ و نصفها متروك بحاله لم ينسخ و ما جاء من الرخصة في العزيمة

فقوله تعالى: «و لا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَ لَأَمْرِيْهُمُ خَيْرٌ مِنْ مُّشْرِكِهِمْ وَ لَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَ لا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَ

لَعَبِيدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَ لَوْ أَعْجَبَكُمْ» و ذلك انّ المسلمين كانوا ينكحون في اهل الكتاب من اليهود و النصارى و ينكحونهم حتى نزلت هذه الآية نهياً أن ينكح المسلم من المشرك او ينكحونه ثم قال تعالى في سورة المائدة ما نسخ هذه الآية فقال: «وَ طَعَامٌ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلْلٌ لَكُمْ وَ طَعَامُكُمْ حَلْلٌ لَهُمْ وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ» فأطلق الله مناكحتهن بعد ان كان نهى و ترك قوله: «وَ لَا تُنْكَحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا» على حاله لم ينسخه. (۸)

(۱) باب ۲ و ۳ و ۴ و ۵ و ۷ و ۸ و ۹ از ابواب ما يحرم بالكفر.

(۲) باب ۲ و ۵ و ۷ و ۸ و ۹ از ابواب ما يحرم بالكفر.

(۳) ح ۱، باب ۲ از ابواب ما يحرم بالكفر.

(۴) ح ۲، باب ۲، از ابواب ما يحرم بالكفر.

(۵) ح ۳، باب ۲ از ابواب ما يحرم بالكفر.

(۶) ح ۴، باب ۲ از ابواب ما يحرم بالكفر.

(۷) ح ۵، باب ۲ از ابواب ما يحرم بالكفر.

(۸) ح ۶ باب ۲ از ابواب ما يحرم بالكفر.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۱۸

در تفسیر نعمانی از علی علیه السلام نقل شده است که بعضی از آیات نصفش نسخ شده و نصف دیگر آن نسخ نشده است از جمله آیه (وَ لَا تُنْكَحُوا الْمُشْرِكَاتِ) که نصف اول آن نسخ شده و ناسخ آن آیه ۵ سورة مائده است که نکاح اهل کتاب را اجازه می دهد و امّا نیمه دوم آیه که در مورد نکاح زن مسلمان با مرد کافر است نسخ نشده و باقی است که این هم با صراحت دلالت بر جواز می کند.

...* عن ابی مریم الانصاری قال سألت ابا جعفر عن طعام اهل الكتاب و نکاحهم حلال هو؟ قال: نعم قد كانت تحت طلحة یهودیة.

(۱)

در حالی که طلحه یک فرد سرشناس و از یاران پیامبر بوده و پیامبر او را منع نکرده است پس دلیل بر جواز است. روایت مطلق است و ظاهراً مراد نکاح دائم است وقتی دائم جایز باشد منقطع به طریق اولی جایز است.

...* عن محمد بن مسلم، عن ابی جعفر علیه السلام قال: سألته عن نکاح الیهودیة و النصرانیة فقال: لا بأس به اما علمت انه كانت

تحت طلحة بن عبید الله یهودیة علی عهد النبی صلی الله علیه و آله. (۲)

...* عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام قال: لا تتزوج الیهودیة و النصرانیة علی المسلمة. (۳)

مفهومش این است که اگر تزویج یهودیة بر مسلم نباشد اشکال ندارد و اگر اصلش اشکال داشته باشد این تعبیر امام درست نیست، پس بالمفهوم دلالت می کند بر این که نکاح یهودیة و نصرانیة فی الجملة جایز است.

...* عن سماعة بن مهران قال: سألته عن الیهودیة و النصرانیة أ يتزوجها الرجل علی المسلمة؟

(کأنّ در ذهن راوی است که اصل مسأله اشکال ندارد و لذا از فروع آن سؤال می کند)

قال: لا و يتزوج المسلمة علی الیهودیة و النصرانیة. (۴)

روایات سه و چهار و پنج هم به همین مضمون است.

...* عن ابی بصیر، عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا تتزوجوا الیهودیة و لا النصرانیة علی حرّة متعة و غیر متعة. (۵)

...* عن ابی بصیر یعنی المرادی

(سند خوب است)

عن ابی جعفر علیه السلام قال: سألته عن رجل له امرأة نصرانیة له أن یتزوج علیها یهودیة؟ فقال: انّ اهل الکتاب ممالیک للامام علیه السلام «... ۶»

شنیده بودند که نمی شود یهودیّه را بر نصرانیّه تزویج کرد پس از این تعبیر استفاده می شود که اصل نکاح یهودیّه و نصرانیّه اشکال نداشته و فروع آن مورد سؤال واقع شده است.

... عن محمّد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام قال: ان اهل الکتاب و جمیع من له ذمه اذا اسلم احد الزوجین فهما علی نکاحهما و لیس له أن یخرجها من دار الاسلام الی غیرها و لا یتبیت معها و لکنّه یأتیها بالنهار «... ۷»

این حدیث دلالت دارد که استدامه نکاح از طرفین جایز است یعنی اگر مرد مسلمان شود با زن اهل کتاب می تواند باشد و اگر زن مسلمان شود با مرد اهل کتاب می تواند باشد. فقها دو طرف را نگفته اند، ولی یک طرفش که مرد مسلمان شود و زن کافر باشد شاهد بر بحث ما است و نیم دیگر روایت خلاف اجماع است که اگر بتوانیم روایت را تجزیه کنیم به درد استدلال می خورد و آلا فلا.

... عن یونس قال: الذی تكون عنده المرأة الذمیة فتسلم امرأته قال: هی امرأته یكون عندها بالنهار و لا یكون عندها باللیل (اگر مراد از «الذی» مسلمان باشد، دیگر جای سؤال نیست پس معلوم می شود که مراد از «الذی» کافر بوده و زن هم کافر بوده است بعد زن مسلمان شده و شاهدش ذیل روایت است)

قال: فان اسلم الرجل و لم تسلم المرأة یكون الرجل عندها باللیل و النهار (این روایت هم دلالت می کند که در استدامه اشکال ندارد). «۸»

جمع بندی: از ضمیمه مجموع روایات که بعضی صریح و بعضی غیر صریح بود استفاده می شود که نکاح یهودیه و نصرانیه عیبی ندارد، نه دائمش و نه منقطعش، نه استدامه اش و نه ابتدایش، حال باید دید که آیا گروه دوّم و سوّم از روایات می تواند در مقابل این روایات قرار گیرد و جمع بین آنها چگونه است.

۸۲ القول فی الکفر (ادامه ...) ۱۱ / ۱ / ۸۲

طایفه دوّم: نکاح با کتابیّه مطلقاً جایز نیست.

این اخبار به دو گروه تقسیم می شود:

گروه اوّل: روایاتی که اصرار دارد آیه سوره مائده که نکاح

(۱) ح ۳، باب ۵ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۲) ح ۴، باب ۵ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۳) ح ۱، باب ۷ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۴) ح ۲، باب ۷ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۵) ح ۵، باب ۷ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۶) ح ۱ باب ۸ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۷) ح ۵، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۸) ح ۸، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالکفر.

اهل کتاب را اجازه می دهند نسخ شده و ناسخ آن یکی از آیاتی «۱» است که در دلیل طایفه اول بیان شد.

...* عن زرارة بن

(سند معتبر است)

اعین قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ» فقال: هي منسوخة بقوله: «وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفِرِ». «۲»

...* عن الحسن بن الجهم،

(سند معتبر است)

قال: قال لي أبو الحسن الرضا عليه السلام: يا أبا محمد ما تقول في رجل تزوج نصرانية على مسلمة؟ قال: قلت: جعلت فداك و ما قولي بين يديك؟ قال: لتقولن فان ذلك يعلم به قولي، قلت: لا يجوز تزويج النصرانية على مسلمة ولا غير مسلمة، قال: و لم؟ قلت: لقول الله عزّ وجلّ: «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَنَّ» قال: فما تقول في هذه الآية: «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ؟» قلت: فقوله: «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ» نسخت هذه الآية فتبسّم ثم سكت.

(تبسّم و سكوت نشانه رضایت است). «۳»

...* عن زرارة بن اعين، عن ابي جعفر عليه السلام قال: لا ينبغي نكاح اهل الكتاب، قلت: جعلت فداك و أين تحريره

(دلیل حرمت چیست؟)

قال:

قوله: «وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفِرِ»

(معلوم می شود این ناسخ است). «۴»

...* الفضل بن الحسن الطبرسی فی (مجمع البيان) عند قوله تعالى: «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ» قال: روى أبو الجارود

(شخص ضعیفی است که ابتدا صحیح المذهب بود بعد به زیدیه پیوست و سپس خودش سردسته مذهبی به نام جارودیه شد این حدیث در تفسیر قمی هم نقل شده است)

عن ابي جعفر عليه السلام أنه منسوخ بقوله تعالى: «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَنَّ» و بقوله: «وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفِرِ». «۵»

این روایات دلالت بر حرمت مطلق می کند یعنی نکاح کتابیه مطلقاً حرام است و لکن در اینجا یک مسئله معماً گونه مطرح است، چون این روایات با این که اسناد بعضی از آنها معتبر است، مطلبی را می گوید که مخالف تاریخ و قول مفسرین و بعضی از روایات است چرا که سوره مائده آخرین سوره ای است که بر پیامبر نازل شده است. آیه غدیر و «آیة الیوم اکملت لکم دینکم» در این سوره نشان می دهد که این سوره آخرین سوره است و مفسران هم بر این مسأله اقرار دارند، علاوه بر این روایات معتبری داریم که حضرت علی علیه السلام می فرماید این سوره دو سه ماه به آخر عمر پیامبر نازل شده است.

یکی از این روایات روایتی است که در مورد مسح بر خفین است که اهل سنت به آن قائلند.

...* عن زرارة، عن ابي جعفر عليه السلام قال: سمعته يقول: جمع عمر بن الخطاب اصحاب النبي صلى الله عليه و آله و فيهم على

عليه السلام فقال: ما تقولون في المسح على الخفين؟ فقام مغيرة بن شعبه فقال: رأيت رسول الله صلى الله عليه و آله يمسح على

الخفين فقال على عليه السلام: قبل المائدة او بعدها؟ فقال لا أدري. فقال على عليه السلام: سبق الكتاب الخفين انما انزلت المائدة قبل

ان يقبض بشهرين او ثلاثة. «۶»

مضمون روایت این است که عمر اصحاب پیامبر را جمع کرده و از آنها سؤال کرد که آیا مسح بر خفین جایز است؟ عبد الله بن

مغیره گفت من با چشمان خودم دیدم که پیامبر بر خفین مسح کرد، حضرت علی علیه السلام پرسید این مورد را که تو دیدی قبل از

نزول مائده بوده یا بعد از آن؟ گفت: نمی‌دانم. حضرت فرمود این جواز با آمدن سوره مائده نسخ شده است زیرا در سوره مائده آمده که پا را مسح کنید.

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۴، ص: ۱۱۹

این روایت و لو در مورد وضو است ولی صراحت دارد که سوره مائده دو سه ماه به آخر عمر پیامبر نازل شده است. حدیث دیگری هم مشابه این حدیث در باب صفات قاضی، داریم.

... عن ابی بکر بن حزم قال: تَوَضَّأَ رَجُلٌ فَمَسَحَ عَلٰی خَفِيَّتِهِ فَدْخَلَ الْمَسْجِدَ يَصَلِّيُ فَجَاءَ عَلِيٌّ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَوَطَأَ عَلِيٌّ رَقَبَتَهُ فَقَالَ: وَيْلَكَ تَصَلِّيَ عَلِيٌّ غَيْرَ وَضُوءٍ فَقَالَ: أَمْرُنِيْ بِهٖ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ قَالَ: فَأَخَذَ بِهٖ فَانْتَهَى بِهٖ إِلَيْهِ فَقَالَ: انْظُرْ مَا يَرُوْهُ هَذَا عَلِيُّكَ وَرَفَعَ صَوْتَهُ فَقَالَ: نَعَمْ اَنَا أَمَرْتُهُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ مَسَحَ عَلِيٌّ خَفِيَّتَهُ فَقَالَ: قَبْلَ الْمَائِدَةِ أَوْ بَعْدَهَا؟ قَالَ: لَا أَدْرِيْ قَالَ: فَلَمْ تَفْتِيَ وَانْتَ لَا تَدْرِيْ سَبَقَ الْكِتَابُ الْخَفِيْنَ. (۷)

در این روایت آمده حضرت علی علیه السلام مشاهده کرد که شخصی مسح بر خفین کرده و نماز خواند، حضرت به او خطاب کرد که چرا نماز بی وضو خواندی؟ عرض کرد عمر چنین گفته، او را پیش عمر برد و فرمود چرا چنین گفته‌ای؟ عمر گفت: وضو گرفتم حضرت فرمود: چرا مسح بر خفین کردی؟

(۱) آیه ۲ سوره ممتحنه، آیه ۲۲۱ سوره بقره و آیه ۲۶ سوره نساء.

(۲) ح ۱، باب ۱ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۳) ح ۳، باب ۱ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۴) ح ۴، باب ۱ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۵) ح ۷، باب ۱ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۶) وسائل، ج ۱، ح ۶، باب ۳۸ از ابواب وضو.

(۷) وسائل، ج ۱۸، ح ۴۸، باب ۶ از ابواب صفات القاضی.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۲۰

گفت: پیامبر چنین کرده، حضرت پرسید قبل از مائده یا بعد از آن گفت: نمی‌دانم، و حضرت فرمود: مائده دو سه ماه به آخر عمر پیامبر نازل شده است.

پس هم قول مفسرین، هم شواهد تاریخی در خود سوره و هم بعضی از احادیث معتبر می‌گویند که سوره مائده آخرین سوره است. آیا با وجود این مدارک محکم می‌توانیم به آن چهار روایت که بعضی معتبر و بعضی غیر معتبر است عمل کنیم؟ با وجود این مدارک ما نمی‌توانیم ناسخ بودن آیه مائده را انکار کنیم و این ۴ روایت را حمل بر تقیّه یا اشتباه راوی می‌کنیم. ان قلت: سوره «سأل مسائل بعداب واقع» دلیل است بر این که مائده آخرین سوره نیست.

قلنا: بعضی از آیات دو بار نازل شده است و این سوره نیز دو بار نازل شده یکی قبل از حادثه غدیر و دیگری بعد از حادثه غدیر. تصور ما این است که مسح بر خفین برای زمان جنگ است که نمی‌توانستند کفش را در بیاورند و شاهد آن این است که خفّ برای سفرها و زمان جنگ بوده و الا در غیر جنگ نعل می‌پوشیدند پس مسح بر خفین مانند مسح بر جبیره و از باب اضطرار است و در حالت عادی، آن را اجازه نمی‌دهند.

۸۳ القول فی الکفر (ادامه ...) ۱۶ / ۱ / ۸۲

جواب از روایات گروه اول:

این روایات با یک مشکل اساسی مواجه است و آن این که ما از علی علیه السلام روایت معتبری داریم که می‌فرماید سوره مائده آخرین سوره‌ای است که بر پیامبر نازل شده است، اگر چه این روایت مربوط به مسح بر خفین است ولی تصریح شده که سوره مائده آخرین سوره است که در این صورت این آیه ناسخ است و بقیه آیات منسوخ هستند و یا این که آن سه آیه عام و به آیه ۵ سوره مائده تخصیص می‌خورد.

از طرق عامه هم روایتی در درّ المنثور «۱» داریم که در تفسیر این سوره است و مضمونش این است که این سوره تنها سوره‌ای است که منسوخ ندارد، پس شیعه و سنی قائلند که ناسخ است چند قرینه نیز به ناسخ بودن آیه ۵ مائده کمک می‌کند:

۱- عمل مشهور:

مشهور یا مطلقاً و یا در متعه نکاح با کتابیه را جایز دانسته‌اند.

۲- شهرت بین مفسرین:

مفسرین هم معتقدند که سوره مائده آخرین سوره است.

۳- آیه غدیر:

آیات غدیر هم در سوره مائده است که در آخر عمر پیامبر بوده است.

۴- آیه اکمال دین:

آیه «الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ» در این سوره مناسب با این است که این سوره آخرین سوره باشد، پس در مقام تعارض آیه مائده مقدم است و روایتی که می‌گوید آیه مائده ناسخ است مقدم می‌شود.

گروه دوم: روایاتی که دلیل منع نکاح کتابیه است ولی تکیه بر آیات نکرده است.

... عن محمد بن مسلم، عن ابي جعفر عليه السلام قال: سألته عن نصارى العرب،

(نصارای عرب مورد خاص است ولی فرقی بین آنها و سائرنیست)

أ توکل ذبایحهم؟ فقال: كان علی علیه السلام ینهی عن ذبایحهم و عن صیدهم و عن مناکحتهم. «۲»

... عن عبد الله بن سنان، عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث قال: و ما أحبّ)

آیا ما احب دلیل بر حرمت است)

للرجل المسلم أن يتزوج اليهودية و لا النصرانية مخافة أن يتهود ولده أو يتنصر. «۳»

«مخافه» دلیل بر این است که نتواند کنترل کند ولی عکس آن هم صادق است و ممکن است بتواند کنترل کند.

... عن زرارة بن اعين قال: سألت ابا جعفر عليه السلام عن نکاح اليهودية و النصرانية فقال: لا يصلح للمسلم أن ینکح يهودية و لا

نصرانية

(از کلمه «أتما يحل استفاده می‌شود که «لا يصلح» به معنی حرمت است)

أتما يحلّ

(ابلهان)

منهنّ نکاح البله «۴»

از این روایت هم استفاده می‌شود که کفر مانع است و اسلام شرط نیست.

... عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل المسلم يتزوج المجوسية؟

(بعضی در این مسأله حکم مجوس را از یهود و نصاری جدا کرده‌اند که در این صورت روایت شاهد بحث ما نیست ولی اگر ملحق به اهل کتاب بدانیم - زیرا روایات متعددی داریم که آنها را ملحق به اهل کتاب می‌دانند - این

(۱) ج ۲، ص ۲۶۲.

(۲) ح ۲، باب ۱ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۳) ح ۵، باب ۱ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۴) ح ۱، باب ۳ از ابواب ما یحرم بالكفر.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۲۱

روایت قابل استدلال است)

فقال: لا «... ۱»

... عن منصور بن حازم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مجوسی کانت تحته امرأة علی دینه فاسلم أو أسلمت قال: ينتظر بذلك انقضاء عدتها فان هو اسلم أو اسلمت قبل أن تنقضي عدتها فهما علی نکاحهما الاول و ان هی لم تسلم حتی تنقضي العدة فقد بانت منه

(نکاح منفسخ می‌شود). «۲»

در این حدیث اگر مجوسی را از اهل کتاب جدا ندانیم دلیل بر بحث ما نیست ولی اگر مجوس را از اهل کتاب بدانیم در این صورت و حتی استدامه نکاح اهل کتاب جایز نبود ابتدای به نکاح به طریق اولی جایز نخواهد بود. راه حل تعارض بین روایات:

روایات بسیار زیادی داریم که مطلقاً دلالت بر جواز نکاح کتابیه دارد (خواه دائم و خواه منقطع) و روایات کمی هم داریم که دلالت بر عدم جواز می‌کند بین این دو دسته روایت متعارض چه کنیم؟

۱- جمع دلالی:

روایات مانعه را به قرینه لا تصلح، ما أحب، لا ینبغی و اگره حمل بر کراهت (ظاهر) کرده، و با روایات مجوزه (نص) جمع می‌کنیم (جمع بین نص و ظاهر). اصولاً روایت ناهیه و مجوزه هر کجا مقابل هم قرار بگیرند حمل بر کراهت بهترین روش است و با این جمع دلالی مشکل تعارض حل می‌شود. پس قائل به جواز نکاح کتابیه مطلقاً مع الکراهه می‌شویم.

۲- اعمال مرجحات:

سَلَّمْنَا بِهِ جَمْعَ دَلَالِي قَائِلِ نَشْوِيمِ سِرَاغِ مَرَجِّحَاتِ مِي رُوِيْمِ:

الف) شهرت: مشهور به روایات مجوزه عمل کرده‌اند یا مطلقاً و یا در عقد منقطع.

ب) کتاب الله: آیه ۵ سوره مائده موافق با روایات مجوزه است و روایات ناهیه مطلقه قابل تخصیص است هم با آیه و هم با روایات. نتیجه: نکاح کتابیه مطلقاً جایز است.

تلخص من جميع ما ذكرنا، که قول به حلیت نکاح کتابیه مطلقاً (دائم و منقطع) قول اقوی است، قول به تفصیل هم در بین متأخرین مشهور است حال باید دید دلیل این قول چیست؟

۸۴ القول فی الکفر (ادامه ...) ۱۷ / ۱ / ۸۲

دلیل قائلین به قول سوم:

دلیل این قول (قول تفصیل) عمدتاً پنج روایت است که قسمتی در ابواب ما یحرم بالکفر و بعضی در ابواب متعه آمده است. احادیث متعدّد است ولی چون قصد مقایسه بین این احادیث و احادیث سابق را داریم، اسناد جای دقت دارد.

...* عن الحسن بن علی بن فضال، عن بعض اصحابنا

(مرسله)

عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا بأس أن يتمّع الرجل بالیهودیة و النصرانیة و عنده حرّة. «۳»

«لا-بأس» مفهوم ندارد و این روایت نهایت چیزی که دلالت دارد جواز است، ولی نفی ما عدا نمی‌کند، یعنی نمی‌گوید که دائمه جایز نیست.

سَلْمَنَا، مفهوم داشته باشد، آیا مفهومش راجع به تمتّع و دائم است یا مفهومش در مورد من عنده حره و من لا- عنده حرّه است. احتمال دارد منظور، مورد اول باشد و احتمال هم دارد که منظور این باشد که نکاح دائم روی زن مسلمان دائم جایز نیست ولی متعه روی آن اشکال ندارد که اگر این احتمال باشد این مسئله دیگری است و کاری به اصل جواز ندارد و از بحث بیگانه است.

* و عنه، عن محمد بن سنان

(مشکل دارد ولی بقیه سند خوب است)

عن ابان بن عثمان، عن زرارة قال: سمعته يقول: لا بأس أن يتزوج الیهودیة و النصرانیة متعه و عنده امرأة «۴»

. همان بحثی که در حدیث سابق مطرح شد در اینجا هم می‌آید، که اولاً، لا بأس مفهوم ندارد، ثانیاً، سلمنا که مفهوم داشته باشد برای جایی است که زن مسلمه دائم دارد که این ربطی به جواز نکاح کتابیه ندارد.

...* عن الحسن التفسیسی

(شخص مجهول الحالی است و بسیار کم حدیث دارد پس سند معتبر نیست)

قال: سألت الرضا علیه السلام أیتمتع من الیهودیة و النصرانیة؟ فقال: یتمتع من الحرّة المؤمنة أحبّ الیّ و هی اعظم حرمة منها

(احترام بیشتری دارد). «۵»

تعبیر «أحبّ» و «اعظم حرمة» دلیل بر جواز است ولی اولویّت با مسلمه است. آیا این حدیث نسبت به دائمه مفهوم دارد؟

خیر، چون سؤال از متعه بوده جواب هم از متعه است.

(۱) ح ۱، باب ۶ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۲) ح ۳، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۳). ح ۱، باب ۴ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۴) ح ۲، باب ۴ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۵) ح ۳، باب ۷ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۲۲

...* عن اسماعیل بن سعد الاشرعی

(این روایت از نظر سند معتبر است و تمام روای آن ثقه هستند و طریق شیخ طوسی به احمد بن محمد بن عیسی طریق معتبری است

ولی روایت مضمهره است مگر این که بگوییم این روایت معتبر از غیر امام نقل نمی‌کنند)

قال: سألت عن الرجل یتمتع من الیهودیة و النصرانیة، قال: لا أری بذلك بأساً قال: قلت: فالمجوسیة؟ قال: أما المجوسیة فلا. «۱»

در این روایت، هم سؤال از متعه و جواب هم از متعه است و مفهوم دیگری ندارد.

* و عنه عن محمد بن سنان

(سند اشکال دارد)

عن الرضا علیه السلام قال: سألته عن نکاح اليهودیة و النصرانیة

(سؤال از مطلق نکاح است)

فقال: لا بأس، فقلت: فمجوسیة؟ فقال: لا بأس به یعنی متعه. (۲)

ظاهر این است که «یعنی متعه» قول راوی است و اگر فرض کنیم قول امام باشد، باز هم به مجوسیة می خورد پس خارج از محل بحث ماست در نتیجه روایت به عکس دلالت دارد یعنی نکاح یهودیه و نصرانیة مطلقاً (دائم و متعه) جایز است و در مجوسیة فقط متعه جایز است.

در بین این روایات یک روایت از نظر سند صحیح ولی مضمهره است. بقیة روایات دلالت بر اصل مسأله دارد نه تفصیل، ولی ضعیف السند هستند پس مجموع روایات دلالت بر جواز متعه یهودیه و نصرانیة دارد. حال تفصیل از کجا فهمیده می شود؟ نهایت توجیهی که برای قائلین به تفصیل می توان داشت چنین است:

روایات ناهیه می گوید جایز نیست و روایات مجوزة اجازه می دهد که جمع بین آنها به این است که دائم جایز نیست و متعه جایز است (جمع دلالتی) و این پنج روایت هم شاهد جمع است که در خصوص متعه وارد شده است. جواب از دلیل: این جمع چند اشکال دارد:

اولاً: نمی توان روایات مجوزة را بر متعه حمل کرد در حالی که متعه فرد نادر و فرد غالب نکاح دائم است و نمی توان تمام روایات سابق (شانزده روایت) را بر فرد نادر حمل کرد، پس اطلاق روایات انصراف به دائم دارد.

ثانیاً: آیه ۵ سورة مائده را چه کنیم آیا آن هم در مورد متعه است؟ این خیلی بعید به نظر می رسد.

ثالثاً: ما جمع عرفی داریم که اقرب از این جمع است یعنی حمل بر کراهت کنیم چون روایات مجوزة صریح در جواز و روایات ناهیه ظهور در حرمت دارد که جمع بین آنها حمل بر کراهت است و می گوئیم در عقد دائم کراهت شدیدتر و در عقد متعه کراهت ضعیف تر است و این جمع یک جمع معمول است و شواهد آن (لا بأس، لا اری بذلک بأساً) در خود روایات موجود است. تلخص من جمیع ما ذکرنا: اگر ما باشیم و ادله شرع نکاح دائم و منقطع با اهل کتاب جایز است.

آنچه از مجموع کلمات مرحوم صاحب جواهر هم استفاده می شود همین است. ولی ما در رساله نوشته ایم نکاح منقطع اهل کتاب جایز است و امّا نکاح دائم احتیاط واجب ترک آن است، دلیل این تفاوت چیست؟ چون عناوین ثانویه داریم، به این بیان که اگر بگوئیم نکاح اهل کتاب جایز است در مدت کوتاهی جامعه مسلمانان با اهل کفر مخلوط شده و جامعه اسلامی در اهل کتاب ذوب می شود به همین جهت ما اجازه نمی دهیم. اما اگر به هر دلیلی جلوتر ازدواج کرده اند به آنها نمی گوئیم که از هم جدا شوند ولی حکم عمومی هم نمی دهیم.

به نظر ما احتمال دارد مشهور متأخرین که قائل به تفصیل شده اند همین عنوان ثانوی در نظرشان بوده است.

اضف الی ذلک، اگر قائل به نجاست اهل کتاب شویم نکاح دائم و زندگی دائمی با آنها مشکل دارد و اصلاً عملی نیست و باز احتمال دارد مشهور متأخرین که قائل به تفصیل شده اند نظرشان این بوده که اهل کتاب نجس هستند. نتیجه: ما اصل مسأله (نکاح اهل کتاب) را جایز می دانیم ولی به عنوان ثانوی از نکاح دائم منع می کنیم.

اشاره

۸۵ مسئله ۱ (نکاح المجوسیه و الصابئه ...) ۱۹ / ۱ / ۸۲

بحث در احکام نکاح کتابیه بود. امام (ره) در تحریر به دنبال اصل مسأله هشت فرع را بیان می کند و فروعی هم وجود دارد که در کلام امام (ره) نیامده که آنها را هم مطرح خواهیم کرد.

مسأله ۱: الاقوی حرمه نکاح المجوسیه و اما الصابئه ففیها اشکال حیث انه لم یتحقق عندنا الی الآن حقیقه دینهم (آیا اهل کتاب

(۱) ح ۱، باب ۱۳ از ابواب متعه.

(۲) ح ۴، باب ۱۳ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۲۳

هستند یا نه؟)

فان تحقق أنّهم طائفه من النصارى - كما قيل - كانوا بحکمهم.

عنوان مسأله:

مرحوم امام حرمت نکاح مجوسیّه را اقوی می داند و اما در مورد صابئین می فرماید اگر ثابت شود که آنها از نصاری هستند حکم آنها را دارند.

اقوال:

مشهور و معروف این است که نکاح مجوسیه جایز نیست.

مرحوم صاحب جواهر نقل اجماع می کند، «۱» و قول به جواز هم به طور روشن از کسی نقل نشده است بنابراین به حسب اقوال می توان شهرت را در حرمت ادعا کرد.

بحث ما در مجوسیه است که مسلمان بخواهد او را تزویج کند و الا زن مسلمان نمی تواند به تزویج مجوس در آید چون از اهل کتاب که جلوتر نیستند در حالی که تزویج اهل کتاب را با زن مسلمان اجازه ندادیم.

ادله:

اشاره

دو دلیل داریم:

۱- اطلاقات و عمومات:

عمومات و اطلاقاتی که دلالت بر حرمت می کرد و می فرمود نکاح کافر جایز نیست و کتابیه استثنا شده بود ولی چون معلوم نیست

که اینها کتابیه باشند بنابراین عموماً حرمت شامل مجوسیه هم هست چرا که برای استثنا دلیل لازم است و تا دلیل نباشد مجوس تحت عموم حرمت باقی می‌ماند.

۲- روایات خاصه:

اشاره

روایاتی که در خصوص مجوس وارد شده و سه طایفه است:

طایفه اول: روایتی که به طور مطلق منع می‌کند:

... عن محمد بن مسلم،

(تمام رجال سند از مشهورین و معروفین هستند)

عن ابی جعفر علیه السلام قال سألته عن الرجل المسلم یتزوج المجوسیه فقال: لا

(مطلق است و نکاح دائم و منقطع و ابتدا و استدامه را شامل می‌شود)

و لكن اذا كانت له امه مجوسیه فلا بأس أن یطأها و یعزل عنها و لا یطلب ولدها. «۲»

طایفه دوم: روایاتی که بر منع از استدامه دلالت می‌کند

که به طریق اولی از آن ثابت می‌شود نکاح ابتدایی با مجوسیه جایز نیست.

... عن السکونی

(ضعیف السند است)

عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام انّ امرأه مجوسیه اسلمت قبل زوجها فقال علی علیه السلام: لا یفرّق بینهما

(ظاهراً «لا، یفرّق بینهما» است)

ثم قال: ان اسلمت قبل انقضاء عدّتها فهي امرأتک و ان انقضت عدتها قبل ان تسلم ثم اسلمت فانت خابط من الخطاب. «۳»

صدر روایت سخن از مسلمان شدن زن است و ذیل را اگر «اسلمت» بخوانیم باز به این معنی است که زن مسلمان شده است علاوه

بر این سائل مرد مجوس نمی‌باشد و بحث در اسلام آوردن زن بوده پس چرا حضرت «فهی امرأتک» می‌فرماید.

باید بگوییم چیزی در تقدیر است چون صدر روایت در مورد اسلام آوردن زن ولی ذیل آن فرض دیگری است که در آن فرض

سؤال از مسلمان شدن مرد مجوس قبل از زن مجوس است پس این فرض، از روایت افتاده است و ذیل روایت جواب آن است.

با توجه به این توجیه روایت شاهد بحث ماست و آن این که مرد مجوسی که مسلمان شده با زن مجوسیه نمی‌تواند نکاح را ادامه

دهد و از هم جدا می‌شوند مگر این که در عدّه، زن مسلمان شود حال که استدامه جایز نیست به طریق اولی ابتدا جایز نیست، و از

این که مدّت عدّه را شارع نادیده گرفته و آن را اجازه داده است معلوم می‌شود که کار استدامه آسان‌تر از ابتدا است پس وقتی

استدامه را اجازه نداد ابتدا به طریق اولی جایز نیست.

این نهایت توجیهی است که برای این روایت می‌توان گفت ولی مرحوم شیخ در کتاب استبصار «۴» و تهذیب «۵» روایت را چنین

نقل می‌کند:

... عن السکونی، عن جعفر، عن أبیه، عن علی علیه السلام ان امرأه مجوسیه اسلمت قبل زوجها قال علی علیه السلام: أ تسلم قال:

لا ففرق بینهما ثم قال: ان اسلمت قبل انقضاء عدتها فهي امرأتک و انقضت عدتها قبل أن تسلم ثم اسلمت فأنت خاطب من الخطاب. بنابراین نسخ روایت مشکل افتادگی عبارت نداشته ولی از بحث ما خارج است چون بحث ما در جایی است که مرد مسلمان و زن مجوسی باشد ولی روایت عکس آن را می‌گوید.

... عن منصور بن حازم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل

(۱) ج ۳۰، ص ۴۴.

(۲) ح ۱، باب ۶ از ابواب ما يحرم بالكفر.

(۳) ح ۲، باب ۹ از ابواب ما يحرم بالكفر.

(۴) ج ۳، ص ۱۸۲، ح ۶۶۱.

(۵) ج ۷، ص ۳۰۱، ح ۱۲۵۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۲۴

مجوسی کانت تحته امرأة على دينه فاسلم أو اسلمت قال: ينتظر بذلك انقضاء عدتها فان هو اسلم أو أسلمت قبل أن تنقضي عدتها فهما على نكاحهما الاوّل و ان هي لم تسلم (مرد مسلمان شده بود و زن مسلمان نشد) حتى تنقضي العدة فقد بانت منه. «۱»

طایفه سوّم: روایاتی که دلالت بر جواز دارد.

* و عنه، عن محمد بن سنان

(سند ضعیف است)

عن الرضا عليه السلام قال: سألته عن نكاح اليهودية و النصرانية فقال: لا بأس فقلت فمجوسية؟ فقال: لا بأس به یعنی متعه (احتمالاً قول راوی است). «۲»

... عن ابن سنان عن منصور الصيقل عن ابي عبد الله عليه السلام قال: لا بأس بالرجل

(رجل المسلم)

أن أیتّمع بالمجوسية.

ذیل این روایت هم در واقع روایت دیگری است چون سند آن فرق می‌کند پس دو روایت است و می‌گوید:

... عن حماد بن عيسى عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام مثله. «۳»

این سه روایت یکی مرسله و در سند دو روایت دیگر «محمد بن سنان» است پس هر سه ضعیف‌السند است، آیا می‌توان این روایات را در مقابل روایات ناهیه مخصوصاً صحیحه «محمد بن مسلم» قرار داد؟ آیا این روایات معرض عنها نیستند؟ در این صورت ضعف سند را با چه چیزی جبران می‌کنید؟ گرچه روایات تضاfer دارد ولی توأم با اعراض اصحاب است.

نتیجه: عند التعارض، قدرت و قوت با روایات مانعه است و اجازه بر نکاح مجوسیه مشکل است، پس فتوای امام (ره) که «الاقوی» فرمودند درست است و ما با آن موافق هستیم، حال باید بینیم مجوس و صابین چه کسانی هستند؟

اشاره

در اینجا در مورد اعتقادات مجوس و احکام آنها به طور فشرده بحث می‌کنیم. اصحاب ما و فقهای اهل سنت در مورد مجوس در ابواب مختلف مثل طهارت، دیات، ارث، نکاح، ذمه، جزیه، و امثال آن بحث کرده‌اند یعنی همان گونه که از اهل کتاب بحث می‌کنند در ذیل آن از مجوس هم بحث می‌کنند. ما در بحث دیات به طور مستوفی در این باره بحث کرده‌ایم ولی به خاطر روشن شدن موضوعات مجدداً آن را تکرار می‌کنیم:

اقوال:

اشاره

مرحوم شهید ثانی در مسالک می‌فرماید:

بقی الکلام فی المجوسیة، فانّ الظاهر عدم دخولها فی اهل الکتاب، لقول النبی صلی الله علیه و آله سنّوا بهم سنّة اهل الکتاب (مثل اهل کتاب با آنها رفتار کنید، معنایش این است که اهل کتاب نیستند) فانّ فیہ ایماة إلی أنّهم لیسوا منهم، و لذلك قیل: أنّهم ممّن لهم شبهة کتاب و قد روی أنّهم حرّفوا کتابهم فرفع (حدوثاً اهل کتاب بوده ولی بقاء اهل کتاب نیستند) و ایضاً فلا یلزم أن یسنّ بهم سنّتهم فی جمیع الاحکام و ظاهر الروایة کونه فی الجزیة (در صدر روایت از جزیه یهود و نصاری بحث شده است پس ذیل هم در مورد جزیه است). «۴»

ان قلت: یهود و نصاری هم کتاب خود را تحریف کرده‌اند پس آنها هم اهل کتاب نیستند؟

قلنا: در مورد کتاب یهود و نصاری تعبیر رفع نیامده است.

مرحوم علامه در مختلف کلام شیخ طوسی را در کتاب مبسوط چنین نقل می‌کند:

و قسم فی المبسوط المشرکین اقساماً ثلاثة: من لهم کتاب و هم الیهود و النصاری ... فهؤلاء عند المحصلین من اصحابنا اکل ذبائحهم و لا تزویج حرائرهم بل یقرون علی ادیانهم اذا بدلوا الجزیة ... و من لا کتاب له و لا شبهة کتاب - کعبدة الاوثان ... - و من لهم شبهة کتاب و هم المجوس. «۵»

بعد احکام هر یک را بیان کرده و می‌فرماید: اصحاب ما در احکام مجوس اختلاف کرده‌اند.

ابن قدامه در مغنی می‌گوید:

فصل: و لیس للمجوس کتاب و لا- تحلّ ذبائحهم و لا نکاح نسائهم نصّ علیه احمد و هو قول عامّة العلماء (معلوم می‌شود که اهل سنت اتفاق نظر دارند که اهل کتاب نیستند) الاّ ابا ثور فانّه اباح ذلك لقول النبی صلی الله علیه و آله سنّوا بهم سنّة اهل الکتاب. «۶»
ابن قدامه در ادامه می‌گوید این روایت در مورد جزیه است و جمیع احکام در مورد مجوس جاری نمی‌شود.

(۱) ح ۳، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۲) ح ۴، باب ۱۳ از ابواب متعه.

(۳) ح ۵، باب ۱۳ از ابواب متعه.

(۴) ج ۷، ص ۳۶۱.

(۵) ج ۷، ص ۷۱.

(۶) ج ۷، ص ۵۰۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۲۵

جمع بندی اقوال:

از مجموع اقوال اجمالاً معلوم شد که علمای عامه مجوس را اهل کتاب نمی دانند و علمای خاصه برای آنها شبهه کتاب قائلند و به همین جهت بعضی احکام را در مورد آنها جاری می دانند. ما ابتدا معتقدات آنها و بعد احکام آنها را بیان می کنیم.

معتقدات مجوس:

اشاره

در میان معتقدات مجوس پنج نکته قابل توجه است:

نکته اول: مجوس به دو مبدأ فائل هستند، مبدأ خیر و مبدأ شر،

«سلامتی، بیماری»، «فراوانی، قحطی»، «امنیت، ناامنی...»

شخصی خالق خیرات و شخص دیگر خالق شرور است و دلیل آن این است که گرفتار سنخیت علت و معلول شده اند یعنی می گویند مبدأ خیر باید خیر و مبدأ شر باید شر باشد و خداوند واحد نمی تواند مبدأ هر دو باشد.

جواب: فلاسفه ما از این اشکال دو جواب می دهند:

الف) شرور امور عدمی هستند مانند ناامنی، بیماری، فقر...

وجودی ندارند که خالق بخواهند و در وجود جز خیر نیست و عالم نظام احسن است.

ب) سلمنا که شرور وجودیه باشند اما آنچه در قضاوت شر است فی الواقع شر نیست بلکه به جهت قلت علم، آنها را شر می دانیم «وَ مَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا» مثلاً مارها و عقربها را شرور می دانیم که امور وجودیه هستند در حالی که از سموم اینها در مراکز طبیه بهترین داروهای شفابخش را می سازند، به علاوه نیش عقرب و مار، شاخ کرگدن و دندان و چنگال حیوان های درنده در نظام احسن وسیله دفاعی آنها است، پس چیزهایی که خیال می کنیم شر است در واقع خیر است و از کوتاه فکری ماست که اینها را شرور می دانیم اصلاً اگر ظلمت نباشد نور بی معنی است، ظلمت باعث آرامش است و نور آرامش نمی آورد و بنابراین، این موارد در واقع شر نیستند.

۸۷ ادامه مسئله ۱ ... ۲۳ / ۱ / ۸۲

نکته دوم: مجوس دو مبدأ (مبدأ خیر و شر) را به نام نور و ظلمت می نامند،

نور مبدأ خیرات و ظلمت مبدأ شرور است و از آن تعبیر به یزدان و اهریمن هم می کنند. از بعضی از کلمات مجوس استفاده می شود که آنها در اصل موحد بوده اند و بعد ثنوی و دوگانه پرست شدند. آنها معتقدند که مبدأ اصلی یزدان بوده و اهریمن به دست یزدان

آفریده شده است، به این بیان که فکر سوئی برای یزدان پیدا شد که اگر دشمنی می‌داشتم با او چه می‌کردم. از این فکر، اهریمن به وجود آمد ولی در سرانجام دنیا یزدان بر اهریمن غالب شده و اهریمن از بین می‌رود.

جواب: ما می‌دانیم که ظلمت چه عدمی باشد و چه وجودی - ظلمت‌های معمولی قلت نور است پس یک امر وجودی است و لذا در تاریکی شب هم خیلی چیزها را می‌بینیم - قرآن هر دو را نعمت دانسته و روز را برای کار و کوشش و شب را برای آرامش می‌داند: «وَجَعَلَ اللَّيْلَ سَكَنًا» (۱)

نکته سوم: مجوس به چهار عنصر معتقداند همان چیزی که فلاسفه یونان قائل بودند: آتش، آب، خاک و باد

(وجود هوا در حال عادی معلوم نیست ولی در موقع جریان یافتن معلوم می‌شود که به آن باد می‌گویند). این عناصر را مقدس می‌دانند ولی آتش قداست است بیشتری دارد و به همین جهت هر جا که وارد می‌شوند آتشکده می‌سازند.

آیا آتش را می‌پرستند یا فقط آن را محترم می‌دانند؟ بلا تشبیه مانند این که ما تربت کربلا را محترم می‌شماریم. بعضی از آنها ادعا می‌کنند که ما آتش را نمی‌پرستیم که دلیل این ادعا ثابت نیست. حضور آنها در اطراف آتش مانند آن است که آتش را عبادت می‌کنند و شاید به همین جهت است که روایات ما نماز خواندن در مقابل آتش را مکروه می‌داند چرا که مانند فعل عبده نیران است.

نکته چهارم: مجوس معتقداند اولین کسی که آفریده شده آدم نبوده است

بلکه شخصی به نام «کیومرث» بوده و او پدر همه انسان‌ها است.

آنها برای خودشان معتقد به پیامبری هستند که کتاب آسمانی داشته است.

آیا پیامبر آنها «زرتشت» یا «زردشت» بوده یا فقط کان لهم نبیاً؟

(۱) آیه ۹۶، سوره انعام.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۲۶

بعضی معتقدند که «زرتشت» یک شخصیت خیالی و وهمی است و اصلاً وجود خارجی نداشته و خیال‌بافان چنین وجودی را ساخته‌اند کما این که این گونه شخصیت‌های ساختگی تاریخی کم نداریم، و دلیل آن این است که محلّ و تاریخ تولّدش معلوم نیست. بعضی تاریخ تولّد او را یازده قرن قبل از میلاد مسیح و بعضی آن را پنج قرن قبل از میلاد مسیح ذکر کرده‌اند (۶ قرن اختلاف!) در مکان تولّد او هم اختلاف شده است. پس اصل وجود چنین کسی از نظر تاریخی محلّ بحث است.

احکام ما بر محور «مجوس» دور می‌زند و اصراری نداریم که مجوس همان زرتشتی‌ها باشند، آن چه که برای ما در روایات مطرح است مجوسی است که به دو مبدأ قائلند و به آتش احترام می‌گذارند، زرتشتی باشند یا نه.

نکته پنجم: در مورد کتاب مجوس هم اختلاف است،

آیا اسم کتاب آنها «اوستا» بوده یا «جاماسب» (۱) یا «جاماس» یا کتاب‌های متعددی داشته‌اند.

بعضی معتقدند جاماسب اسم شخصی از بزرگان مجوس است و احتمالاً داماد زرتشت بوده و کتابی به نام «جاماسب‌نامه» نوشته که به مرور زمان لفظ نامه از آخر آن افتاده و به آن جاماسب گفتند.

احکام مجوس:

اشاره

در اینجا دو بحث داریم:

- ۱- به طور کلی آیا مجوس اهل کتاب هستند؟
- ۲- از نظر نکاح، طهارت و نجاست حدود، دیات و ... حکم آنها چگونه است؟

۱- آیا مجوس اهل کتاب هستند؟

احادیث زیادی داریم که می‌گویند اینها اهل کتاب هستند در بعضی از احادیث هم داریم که با اینها معامله اهل کتاب کنید، بعضی از این تعبیر استفاده می‌کنند که اینها اهل کتاب نیستند که از این جهت برای ما فرقی نمی‌کند عمده احادیث در کتاب وسائل، جلد ۱۱، باب جهاد العدو آمده است:

...* عن زرارة

(روایت از نظر سند معتبر است)

قال: سألته

(مضمرة است ولی مضمرة شخصی مثل زرارة مشکلی ندارد)

عن المجوس ما حدّهم؟ فقال: هم من اهل الكتاب و مجراهم مجرى اليهود و النصرارى فى الحدود و الديات. «۲»
«ما حدّهم» دو احتمال دارد:

الف) به این معنی باشد که منزلت اجتماعی آنها چیست؟

ب) به این معنی باشد که حدود آنها چه حکمی دارد، که از این جهت فرقی برای ما ندارد.

آیا «فی الحدود و الديات» تعبیر «هم اهل الكتاب» را محدود کرده و قید می‌زند یا بیان مثال است؟ چون نظر سائل به حدود و دیات بوده احتمالاً امام می‌فرماید در حدود و دیات مانند اهل کتاب هستند.

...* عن ابی یحیی الواسطی

(مجهول الحال)

عن بعض اصحابنا

(مرسله)

قال: سأل أبو عبد الله عليه السلام عن المجوس أكان لهم نبی؟ فقال:

نعم أما بلغك كتاب رسول الله صلى الله عليه و آله الى اهل مكة

(پیامبر صلی الله علیه و آله به اهل مکه نامه نوشتند که شما باید یا مسلمان شوید یا جنگ کنید، در جواب گفتند که به ما اجازه بدهید بت بپرستیم و جزیه دهیم، پیامبر صلی الله علیه و آله فرمود من از غیر اهل کتاب جزیه نمی‌گیرم. آنها نامه نوشتند که چرا از مجوس جزیه می‌گیرید)

فكتب اليهم رسول الله عليه السلام ان المجوس كان لهم نبی فقتلوه و كتاب احرقوه اتاهم نبیهم بكتابههم فى اثنى عشر الف جلد ثور.

«۳»

ذیل حدیث مسئله عجیبی را مطرح می‌کند چون در تمام مدینه در آن زمان دوازده هزار رأس گاو پیدا نمی‌شد و دوازده هزار

پوست گاو اگر به صورت صفحه درآید در حدود ششصد هزار صفحه می‌شود که باور کردنی نیست و احتمالاً منظور این است که کاغذش از پوست گاو بوده یعنی دوازده هزار صفحه از جلد ثور بوده است، که در آن زمان صفحه‌ها کوچک و کلمات درشت نوشته می‌شد، و احتمال دارد که بگوئیم «الف» زیادی است. پس این ذیل این مشکل را دارد.

این روایت نشان می‌دهد که فقط مسئله، جزیه نیست و لو سؤال اهل مکّه از جزیه بوده، چون جواب عام است و می‌فرماید آنها اهل کتاب هستند.

حدیث دیگری از ابو یحیی واسطی داریم که مشکل ارسال سند ندارد:

... عن ابی یحیی الواسطی قال: سئل أبو عبد الله علیه السلام عن المجوس فقال: كان لهم نبي قتلوه و كتاب أحرقوه، اتاهم نبيهم بكتابهم في اثني عشر الف جلد ثور، و كان يقال له جاماست (اسم کتاب آنها). «۴»

(۱) «جاماسب» را به صورت جاماسف و «جاماست» نیز آورده‌اند.

(۲) وسائل، ج ۱۹، ح ۱۱، باب ۱۳ از ابواب دیات نفس.

(۳) وسائل، ج ۱۱، ح ۱، باب ۴۹ از ابواب جهاد العدو.

(۴) وسائل، ج ۱۱، ح ۳، باب ۴۹ از ابواب جهاد العدو.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۲۷

این دو روایت از ابی یحیی است ولی یکی از پیامبر صلی الله علیه و آله و یکی از امام صادق علیه السلام نقل شده است.

... عن الاصبغ بن نباته، ان علياً عليه السلام قال على المنبر: سلوني قبل ان تفقدوني فقام اليه اشعث فقال: يا امير المؤمنين كيف يؤخذ الجزية من المجوس و لم ينزل عليهم كتاب و لم يعث اليهم نبي؟ فقال بلى يا اشعث قد انزل الله اليهم كتاباً و بعث اليهم نبياً الحديث

(مطلق می‌فرماید که اینها اهل کتاب هستند و فقط در مورد جزیه نیست). «۱»

سند این روایات هر چند ضعیف است ولی معمول بهای اصحاب است. مرحوم مجلسی اول، صاحب روضه المتقین می‌فرماید:

و الأخبار في امر المجوس كثيرة لا تخلو من ضعف و لكن عمل الاصحاب عليها. «۲»

پس روایات متضافر است و تعداد از آنها صحیحه و بقیه هم معمول بهای اصحاب است.

... عن علی بن علی بن دعبل اخی دعبل بن علی

(برادر دعبل معروف)

عن علی بن موسی الرضا، عن أبيه عن آبائه، عن علی بن الحسين ان رسول الله صلی الله علیه و آله قال: سئوا بهم سنّة اهل الكتاب یعنی المجوس

(با مجوس معامله اهل کتاب کنید). «۳»

این روایت «سئوا بهم» را عامه هم نقل کرده‌اند. همان گونه که سابقاً بیان شد ابن قدامه در مغنی اصرار داشت که این روایت در مورد جزیه است در حالی که وقتی به کتب اهل سنت نگاه کنیم می‌بینیم که این روایت را به صورت یک روایت مطلق از پیامبر صلی الله علیه و آله نقل می‌کنند به عنوان مثال در کتاب فتح الباری فی شرح صحیح البخاری «۴» آمده است که روایت مطلق است و مقید به جزیه نیست، همچنین ابن رشد در کتاب بدایه المجتهد «۵» به این حدیث استدلال کرده و می‌گوید حدیث مطلق است. موطاً مالک «۶» هم می‌گوید که روایت مطلق است و مقید به جزیه نیست.

فقهای اهل سنت به این حدیث دو اشکال دارند:

اشکال اول: حدیث دلالت دارد که اینها اهل کتاب چون می‌فرماید: «سنوا بهم».

اشکال دوم: محدود به جزیه است و سایر احکام را شامل نمی‌شود.

جواب: هر دو اشکال بی‌اساس است.

جواب از اشکال اول: نظر اهل مدینه اهل کتاب فقط یهود و نصاری بودند (اهل کتاب منصرف به این دو گروه بود) و آنها اسمی از

اهل کتاب بودن مجوس نشنیده بودند و مجوس به عنوان اهل کتاب ناشناخته بودند و لذا پیامبر چنین می‌فرماید.

جواب اشکال دوم: سلمنا که اینها اهل کتاب نبودند ولی «سنوا بهم» مطلق است یعنی تمام احکام اهل کتاب را دارند و مقید کردن

به جزیه وجهی ندارد و اگر نامه اهل مکه را ملاک قرار دهند جواب آن این است که سؤال از مورد خاصی (جزیه) بوده است.

پس تصور ما این است که آنها اشتباه کرده‌اند و لعل اهل سنت با ایرانی‌ها یک خورده حسابی داشته‌اند و تعصب باطنی آنها روی

این حکم اثر گذاشته و می‌خواستند آنها را جزء بت پرستان کرده و به این صورت انتقامی بگیرند!

۱۸۸ ادامه مسئله ۱ ... ۲۴ / ۱ / ۸۲

۲- حکم مجوس در نکاح، طهارت، جزیه، دیه و سایر جزئیات:

در مورد احکام مجوس دو بحث داشتیم یکی در مورد اهل کتاب بودن آنها است که آن را شرح دادیم و اما بحث دیگر در مورد جزئیات احکام آنها است.

روایاتی داریم که در موارد خاصی وارد شده است مثلاً در باب جزیه یا دیات یا طهارت و نجاست. از این روایات استفاده می‌شود

که مجوس مانند سایر اهل کتاب هستند و احکام اهل کتاب را دارند ما وارد بحث از این روایات نمی‌شویم، زیرا به جهت

گسترده‌گی بحث باید هر یک در جای خودش مورد بررسی قرار گیرد و فقط به موارد آن اشاره می‌کنیم.

۱- باب جهاد عدو که در مورد خصوص جزیه بحث می‌کند.

۲- باب ۱۳ از ابواب دیات نفس و سائل که حدود هفت روایت دارد.

(۱) وسائل، ج ۱۱، ح ۷، باب ۴۹ از ابواب جهاد العدو.

(۲) ج ۳، ص ۱۵۷.

(۳) وسائل، ج ۱۱، ح ۹، باب ۴۹ از ابواب جهاد العدو.

(۴) ج ۶، ص ۱۸۶.

(۵) ج ۱، ص ۳۶۴.

(۶) ج ۱، ص ۲۷۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۲۸

۳- باب ۲۴ از ابواب نجاست الکفار

تا اینجا اجمالاً حکم مجوس را دانستیم.

اشاره

مرحوم امام (ره) در مورد صابئین در مسئله ۱ چنین فرمودند:

و اما الصابئة ففيها اشكال حيث انه لم يتحقق عندنا الى الآن حقيقة دينهم، فان تحقق انهم طائفة من النصارى كما قيل كانوا بحكمهم.

اقوال:

در مورد صابئین اختلاف شدیدی است و حد اقل شش قول در کتب مختلف اعم از فقه، حدیث، دائرة المعارف، ملل و نحل وجود دارد:

۱- ستاره پرست هستند پس مانند سائر بت پرستان هستند و حکم عبده اوئان را دارند. مرحوم علی ابن ابراهیم در تفسیرش در ذیل آیه صابئین می فرماید:

الصابئون قوم لا مجوس و لا يهود و لا نصارى و لا مسلمين و هم يعبدون الكواكب و النجوم. «۱»

مرحوم شیخ طوسی در مبسوط همین معنی را می گوید:

و الصحيح في الصابي أنهم غير النصارى لأنهم يعبدون الكواكب. «۲»

در کتاب خلاف هم شیخ طوسی می فرماید:

مسألة ۹۳: الصابئة لا تجرى عليهم احكام اهل الكتاب ... دليلنا اجماع الفرقه. «۳»

پس به نظر شیخ طوسی و علی بن ابراهیم اهل کتاب نیستند.

۲- دین آنها شبیه نصاری است. خلیل بن احمد (لغوی معروف) در کتاب العین در ریشه صبا می گوید:

و صبا فلان ای دان بدین الصابئین و هم قوم دينهم شبيه بدین النصارى ألما ان قبلتهم نحو مهب الجنوب حبال منتصف النهار (مسیحی ها قبله شان به سمت شمال است پس با مسیح در قبله تفاوت دارند) یزعمون أنهم علی دین نوح (ریشه از نوح است و بعد تابع مسیح شده اند).

۳- شاخه ای از نصاری هستند. ابن قدامه در مغنی «۴» از احمد حنبل و از قول شافعی نقل می کند که شاخه ای از نصاری هستند البتّه شافعی قول دیگری هم دارد و می گوید احکام نصاری بر آنها جاری نیست.

۴- فرقه ای هستند که ملائکه را عبادت می کنند و زبور داود را قبول دارند و قبله هم دارند. این قول را ما در تفسیر نمونه «۵» از رساله کشاف اصطلاح الفنون نقل کرده ایم.

۵- تابع یحیی بن زکریا هستند (قول مشهور) و معتقدند که کتابی بر یحیی نازل شده است. غالباً محل سکونت آنها در کنار ساحل نهرهای بزرگ است مثلاً کنار کارون، دجله و فرات، مخصوصاً در کنار کارون در خرمشهر و آبادان هستند که به آنها در خوزستان «صُبی» می گویند آنها علاقه خاصی به آبهای جاری دارند.

۶- دو گروه هستند: گروهی به شریعت موسی یا عیسی ایمان دارند و گروهی بت پرست هستند که ملائک یا کواکب را می پرستند. این قول را صاحب جواهر نقل کرده و بحث مبسوطی در مورد صابئین دارد.

آنچه که امروز در بین صابئین مملکت ما معروف است این که آنها تابع یحیی بن زکریا هستند و در کشور ما در قانون اساسی جزء اقلیت های مذهبی عنوان نشده اند.

ادله:

اشاره

در مورد صابئین روایتی نداریم ولی سه آیه در قرآن «۶» داریم که در آن لفظ صابئین آمده است یک آیه دلالتی ندارد و دو آیه دلالت می‌کند که اینها اهل کتاب هستند چرا از این دو آیه غفلت شده است؟

۱- آیه [شصت و دوم سوره بقره]

اشاره

«إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالصَّابِئِينَ وَالصَّامِرِيَّةَ وَالصَّابِئِينَ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَعَمِلَ صَالِحًا فَلَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ». (۷)

می‌فرماید کسانی که ایمان آوردند و یهودی‌ها و نصرانی‌ها و صابئین، آنها که ایمان به خدا و روز قیامت آورده‌اند اجرشان در نزد خدا محفوظ است.

شان نزول آیه:

در شان نزول این آیه داستان مفصلی از حضرت سلمان مسلمان آمده است. حضرت سلمان ابتدا آیین ایرانی داشت (احتمالاً مجوس) و

(۱) تفسیر القمی، ج ۱، ص ۴۸.

(۲) ج ۴، ص ۲۱۰.

(۳) ج ۴، کتاب النکاح، ص ۳۱۸، مسئله ۹۳.

(۴) ج ۷، ص ۵۰۱.

(۵) ج ۱، ص ۲۸۹.

(۶) آیه ۶۲ سوره بقره، آیه ۶۹ سوره مائده، آیه ۱۷ سوره حج.

(۷) آیه ۶۲، سوره بقره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۲۹

به دنبال دین حق حرکت کرد. ابتدا با آیین مسیح برخورد کرده و آن را حق یافت و مسیحی شد. عالمان دیر مسیحیان به او گفتند که در کتاب‌های ما آمده در همین ایام در میان ملت عرب پیامبری ظهور خواهد کرد که از تمام انبیاء برتر و پیامبر آخر الزمان است ولی نمی‌توانیم او را درک کنیم، او به مدینه رفت بعد از ظهور پیامبر ایمان آورد. در این میان روزی به فکر یاران حق طلب مسیحی‌اش افتاد و نماز و روزه و ایمان آنها به پیامبر و انتظار کشیدن بعثت وی را برای حضرت شرح داد و از حضرت پرسید که حال اینها چگونه است؟ شخص فضولی گفت اینها اهل جهنم هستند، اینجا بود که این آیه نازل شد که پیروان هر مذهبی از مذاهب آسمانی در زمان خودش و قبل از آمدن دین جدید اگر عمل صالح انجام دهند اجر می‌برند، حتی صابئین اگر ایمان داشته باشند و عمل صالح انجام دهند اهل نجات هستند.

در آیه «آمن» و «عمل» به لفظ ماضی است و می‌گوید که آنهایی که در گذشته ایمان آورده‌اند یعنی قبل از آن که دین جدیدی بیاید و نمی‌توان گفت اسلام همه اینها را پذیرا می‌شود، بنابراین آیه مربوط به این است که هر قوم و ملتی در زمان خودش اگر به دینشان علاقه‌مند بوده و عمل صالح انجام دهند اجر می‌برند و این ربطی به «پلورالیسم» ندارد که بگوییم هر دینی برای خودش آزاد

است و پیروان آنها آزادند و اسلام همه را پذیرفته است.

۸۹ ادامه مسئله ۱ ... ۲۵ / ۱ / ۸۲

۲- آیه [شصت و نهم سوره مائده]

«إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالصَّابِثُونَ وَالنَّصَارَىٰ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَعَمِلَ صَالِحًا فَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ». (۱)

در این آیه هم سخن از چهار گروه است: مسلمانان، یهود، نصاری و صابئین اگر تمام اینها ایمان بیاورند و عمل صالح انجام دهند اهل نجات هستند و اجر می‌برند و خوفی از قیامت و عذاب الهی ندارند.

سؤال: اگر از «الَّذِينَ آمَنُوا» در ابتدای سوره مسلمانان مراد باشند از یهود و نصاری و صابئون هم مؤمنان آنها مراد باشند، پس چرا ایمان (مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ) تکرار شده است؟

جواب: این مسأله مشابه‌هایی هم در قرآن دارد، به عنوان مثال می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا آمِنُوا بِاللَّهِ». (۲)

ایمان دارای مراحل است: ایمان به لفظ و ظاهری، ایمان به قلب، ایمان راسخ و ایمان کامل. آیه می‌فرماید ای کسانی که در مراحل ابتدایی ایمان هستید ایمان کامل بیاورید و گاهی گفته شده ایمان اولی در آیه ایمان ابتدائی و ایمان دومی ثبات بر ایمان است که در این صورت هر دو یک مرتبه از ایمان است (یا ایها الذین آمنوا کونوا ثابتین علی الایمان) در «اهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ» هم اشکال می‌شود که مگر ما در صراط مستقیم نیستیم که چنین می‌گوییم. جواب‌هایی داده شده از آن جمله این که ما را در صراط مستقیم ثابت قدم بدار زیرا مؤمنین و صحابه به نامی (مثل طلحه و زبیر) داشتیم که ثبات قدم نداشتند و گرفتار شدند و زمانی پشیمان شدند که پشیمانی سودی نداشت.

پس چه مراد مراحل ایمان باشد یا حدوث و بقا، با این جواب اشکال مرتفع می‌گردد.

مراد از «مَنْ آمَنَ وَعَمِلَ صَالِحًا» چیست؟

احتمالات تفسیری زیادی داده شده است:

احتمال اول: هر کدام از این چهار گروه اگر در عصر خود مؤمن بودند اهل نجات بودند. این تفسیر را دو قرینه تقویت می‌کند:

الف) «مَنْ» اگر موصوله باشد چون فعل «آمَنَ وَعَمِلَ» ماضی است معنایش این است که هر یک در عصر و زمان خودشان اگر مؤمن بودند اهل نجات بودند، اما اگر «مَنْ» را شرطیه دانستیم دیگر قرینه‌ای نیست چون «مَنْ» شرطیه ماضی را در حکم مضارع قرار می‌دهد.

ب) شأن نزولی برای این آیه گفته شده که طبری در تفسیر جامع البیان در ذیل این آیه آن را آورده است که همان داستان سلمان فارسی است.

احتمال دوم: اگر تمام این گروه‌های چهارگانه به پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله ایمان آورده و عمل صالح انجام دهند اهل نجات هستند یعنی مراد از «آمَنَ» دوم ایمان به پیامبر صلی الله علیه و آله است یعنی هر که هستید و هر سابقه دینی که داشته باشید اگر ایمان به پیامبر بیاورید سابقه سوء جبران خواهد شد.

اشکال: اگر منظور ایمان به پیامبر صلی الله علیه و آله است پس چرا «الَّذِينَ أَشْرَكُوا» در این آیه آورده نشده همان گونه که در آیه ۱۷ سوره حج آورده شده است:

(۱) آیه ۶۹، سوره مائده.

(۲) آیه ۱۳۶، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۳۰

«إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالصَّابِئِينَ وَالنَّصَارَى وَالْمَجُوسَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا إِنَّ اللَّهَ يَفْصِلُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ».

آیه در مورد اهل نجات بودن اینها صحبت نمی‌کند و ارتباطی به بحث ما ندارد ولی به خاطر این که در بیان امور مربوط به غیر مسلمین همه را ذکر می‌کند و همان گونه که الذین اشركوا در این آیه آمده، باید در آیه مورد بحث ما نیز می‌آمد، چون راه ایمان آوردن مجدد، برای همه باز است بنابراین باید مثل آیه سوره حج در اینجا هم، مشرکان عنوان شود. حال چطور راه را به روی اقلیت‌ها برای ایمان آوردن باز کرده‌اند ولی مشرکان که تعدادشان بیشتر و بیشتر محل ابتلا بوده‌اند ذکر نشدند.

نتیجه: اگر این تفسیر را به خاطر این اشکال از کار بیندازیم تفسیر اول تقویت شده و ما غیر از آن، تفسیر جامعی نخواهیم داشت زیرا و تفاسیر دیگر نوعاً در مورد مصادیق خاص وارد شده که آنها دیگر تعیین مصداق است و تفسیر نیست.

پس اگر تفسیر اول تقویت شده و معنایش این که «صابئین» اهل کتاب هستند، یعنی همه آنها (یهود، نصاری، صابئین) دارای مذاهب آسمانی و کتب سماوی بوده و هر یک در زمان خودشان اهل نجات بوده‌اند.

احتمال سوم: در عصر و زمان ما برای این دو آیه یک تفسیر انحرافی ذکر کرده‌اند. طرفداران صلح کل و به تعبیر امروزی طرفداران «پلورالیسم» (تکثرگرایی یعنی راه به سوی خدا منحصر به یک راه نیست بلکه تمام راه‌ها به خدا می‌رسد) می‌گویند پیروان همه ادیان اهل نجات هستند یهود به جای وهم خود نصاری به جای خود.

در پاسخ این عده باید گفت:

اولاً: این عنوان اسمش تازه است ولی خودش چیز تازه‌ای نیست در زمان ما عده‌ای عناوین سابق را با اسم جدید مطرح می‌کنند. چرا که این همان بحثی است که صوفی‌ها تحت عنوان «صلح کل» مطرح کرده و می‌گفتند حتی بت پرستی هم خداپرستی است. در اشعار ادبا، کلمات فلاسفه هم این مطلب آمده، و الان آن را با یک اسم جدید به عنوان کلام جدید مطرح می‌کنند. یکی دیگر از این عناوین جدید «هرمونیک» است که همان تفسیرهای مختلف است یعنی تفسیر به رأی و عمل به برداشت شخصی از آیه، و می‌گویند همه در دین خودشان آزاد هستند که این‌ها را هم حق می‌دانند.

در این عمل، در واقع، زدن ریشه اسلام پیش‌بینی شده است چون چنین دیدگاهی مسلمین را در ایمانشان سست و ضعیف کرده و راه را برای نفوذ مذاهب دیگر باز می‌کند.

آیا این تفسیر انحرافی قابل قبول است؟ این تفسیر با ده‌ها آیه از قرآن تضاد دارد که به ذکر سه نمونه اکتفا می‌کنیم:

۱- آیه «قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ لَسْتُمْ عَلَىٰ شَيْءٍ حَتَّىٰ تُقِيمُوا التَّوْرَةَ وَ الْإِنْجِيلَ وَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ (آیات متعددی داریم که می‌فرماید از جمله کلمات تورات و انجیل این است که به آمدن پیامبری با علائم مشخص بشارت می‌دهند که این قسمت از آیه اشاره به آن است) وَ لَيَزِيدَنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ طُغْيَانًا وَ كُفْرًا فَلَا تَأْسَ عَلَى الْكَافِرِينَ» (۱) آنهایی که به آیات قرآن تو ایمان نیاورند و هنگام نزول آیات، طغیان و کفر آنها اضافه می‌شود آنها اهل کفر هستند. این آیه صریحاً اینها را اهل کفر می‌داند، البته در آیه بعد می‌گوید که اهل نجات هستند و این تناقض دو آیه قرینه می‌شود که منظور این است که هر یک در زمان خودشان اهل نجات هستند.

۲- آیه «وَ قَالُوا كُونُوا هُودًا أَوْ نَصَارَى تَهْتَدُوا قُلْ بَلْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَ مَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ (بل به معنی اضراب است یعنی یهودی و نصرانی شدن فایده‌ای ندارد و ملت ابراهیم حق است که همان اسلام است) * قُولُوا آمَنَّا بِاللَّهِ وَ مَا أُنزِلَ إِلَيْنَا وَ مَا أُنزِلَ إِلَيْ إِبْرَاهِيمَ وَ إسماعیلَ وَ إسحاقَ وَ یعقوبَ وَ الأشباطِ وَ مَا أُوتِيَ مُوسَىٰ وَ عِيسَىٰ وَ مَا أُوتِيَ النَّبِيُّونَ مِنْ رَبِّهِمْ لَا نُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْهُمْ وَ نَحْنُ لَهُ

مُسْلِمُونَ* فَإِنْ آمَنُوا بِمِثْلِ مَا آمَنْتُمْ بِهِ فَقَدِ اهْتَدَوْا وَإِنْ تَوَلَّوْا فَإِنَّمَا هُمْ فِي شِقَاقٍ فَسَيَكْفِيكَهُمُ اللَّهُ وَهُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ». (۲)

اگر می‌خواهید اهل نجات شوید همه به آنچه بر پیامبر اسلام نازل شده ایمان بیاورید و اگر فقط به آنچه که بر موسی و عیسی نازل شده ایمان بیاورید کافی نیست. در ادامه می‌فرماید:

اگر ایمان بیاورند به مثل این که شما ایمان آوردید بر هدایت هستند و اگر ایمان نیاورند در شقاق و مخالفت هستند. این آیات با صراحت دلالت دارد، حال تعجب می‌کنیم چگونه به آیه‌ای از قرآن استدلال کرده و این آیات روشن را فراموش می‌کنند و ادعای اهل علم بودن هم دارند.

(۱) آیه ۶۸، سوره مائده.

(۲) آیات ۱۳۵-۱۳۷، سوره بقره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۳۱

۹۰ ادامه م ۱ و م ۲ (العقد الواقع بین الکفار ... ۲۶ / ۱ / ۸۲)

در آیه سوره بقره «صابئین» در حالت نصبی ذکر شده و عطف بر اسم «إِنَّ» است ولی در سوره مائده تعبیر «الصَّابِئُونَ» به صورت رفعی آمده که برای توجیه آن سه راه حل گفته شده است:

۱- عطف بر محل است چون محل اسم «ان» مرفوع می‌باشد و عطف بر محل در ادبیات عرب فراوان است.

۲- مبتدا و خبر آن محذوف است «و الصابئون و النصاری كذلك».

۳- عطف بر ضمیر «هَادُوا» که این ترکیب درست نیست چون عطف بر ضمیر متصل مرفوعی جایز نیست مگر آن که ابتداء به منفصل تأکید گردد.

بعضی از این آیات سوء استفاده کرده و می‌گویند همه ادیان بر حق هستند و این همان صلح کلی است که صوفیه به آن فائلند:

مسلمان، گر بدانستی که بت چیست یقین کردی که حق در بت پرستی است

آیات زیادی با این مبنا مخالف است که دو آیه بیان شد.

۳- آیه «وَلَمَّا جَاءَهُمْ كِتَابٌ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ مُصَدِّقٌ لِمَا مَعَهُمْ وَكَانُوا مِنْ قَبْلُ يَسْتَفْتِحُونَ عَلَى الَّذِينَ كَفَرُوا فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا كَفَرُوا بِهِ» (۱)

ضمیر «جاءهم» به یهود و نصاری برمی‌گردد. معنای «مصدق لما معهم» چیست؟

قرائنی داریم که معنای عبارت این است که پیامبری بیاید هماهنگ با نشانه‌هایی که در تورات و انجیل آمده است و معنای آن این نیست که قرآن تحریف انجیل و تورات را تصدیق می‌کند همان گونه که امروزه بعضی از مسیحی‌ها از آن سوء استفاده می‌کنند.

این آیه می‌فرماید قبل از آمدن قرآن می‌گفتند وقتی پیامبر اسلام آمد به کمک او بر شما مشرکین عرب پیروز می‌شویم «فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا» هنگامی که فردی با نشانه‌هایی که یهود و نصاری می‌شناختند، آمد آنها قبول نکردند و کافر شدند و علت آن این بود که

می‌گفتند ما فکر می‌کردیم که پیامبری از بین بنی اسرائیل ظهور خواهد کرد پس نژادپرستی آنها اجازه نداد که ایمان بیاورند.

آیه با صراحت می‌فرماید که اگر دین جدید به عنوان آخرین دین بیاید باید پذیرا شد و کسی که کافر شود لعنت خدا بر او باد در

حالی که شما می‌گویید همه ادیان بر حق هستند.

به عبارت دیگر یکی از شیطنت‌های افراد مغرض توسل به تفسیر به رأی است که دارای انواعی است و یکی از آنها انتخاب گزینشی

آیات است، یعنی آنچه که از آیات در سیر پیش داوری‌های اوست می‌پذیرد و بقیه را کنار می‌گذارد، در حالی که بعضی از آیات

قرآن بعضی دیگر را تفسیر می‌کند. بر فرض که آیه مائده ابهام داشته باشد آن را در کنار این آیات قرار می‌دهیم و این آیات آن را

تفسیر می‌کند.

پس کسانی که به آیات قرآن استدلال می‌کنند یا مسلمانند که باید همه آیات را قبول داشته باشند اما اگر قرآن را قبول ندارند و می‌خواهند از مسلمات ما بر علیه ما استدلال کنند در جواب آنها باید گفت قرآن فقط یک آیه نیست بلکه آیات متعدّد است و متشابهات را با محکّمات تفسیر می‌کنیم پس این بهانه‌جویی‌ها جایی ندارد.

اضف الی ذلک، تاریخ پیامبر گویای این مسأله است که پیامبر، ادیان مختلف و کشورها و اقوام مختلف را به دین اسلام دعوت کرد اگر صلح کل است دعوت و نامه‌نگاری، و مباحله با نصاری برای چیست؟ پس این شاهی گویاست که وقتی اسلام آمد آیین‌های دیگر نسخ شد. بنابراین آیه دلالت دارد که صابئین اهل کتابند و شواهدی آوردیم که در زمان خودشان برحق بودند، از جمله شواهد این است که «الَّذِينَ أَشْرَكُوا» در این دو آیه نیامده است، اگر برنامه، ایمان جدید است در این صورت اگر مشرکین (الَّذِينَ أَشْرَكُوا) ایمان بیاورند قبول است پس از این که «الَّذِينَ أَشْرَكُوا» در این دو آیه نیامده و معلوم می‌شود که ایمان مجدّد مراد نیست.

بقی هنا شیء: ریشه کلمه «صابئین»

مشهور و معروف بین ارباب لغت این است که از ماده «صَبَأ» به معنی انحراف از حق است و صابی کسی است که از دینش خارج شده و به دین دیگر بگراید. به اینها هم چون از دین پیامبرشان انحراف پیدا کردند صابئین می‌گویند. جمعی از محققین عصر ما می‌گویند صابی یک لغت عبرانی و از ریشه «صبع» به معنی فرو رفتن در آب است و لذا در کنار نهرهای

(۱) آیه ۸۹، سوره بقره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۳۲

بزرگ زندگی می‌کنند و به محلّ عبادتشان «المغتسله» می‌گویند.

اینها شاخه‌ای از نصاری هستند که بچه‌ها را غسل تعمید می‌دهند تا آنها را از گناه پاک کنند، همان گناهی که حضرت آدم مرتکب شد. ما معتقدیم که همه بچه‌ها پاک متولد می‌شوند ولی آنها همه بچه‌ها را گناهکار می‌دانند. به حضرت یحیی نیز یحیای تعمید دهنده می‌گویند.

نتیجه: احکام اهل کتاب غیر از نکاح بر صابئین جاری است.

[مسأله ۲: العقد الواقع بین الکفار لو وقع صحیحاً عندهم و علی طبق مذهبهم یتربّ علیہ آثار الصحیح]

اشاره

مسأله ۲: العقد الواقع بین الکفار لو وقع صحیحاً عندهم و علی طبق مذهبهم یتربّ علیہ آثار الصحیح عندنا سواء کان الزوجان کتابیین أو وثنیین أو مختلفین حتّی أنّه لو اسلما معاً دفعتماً اقراً (واگذاشته می‌شوند)

علی نکاحهما الاول و لم یحتج الی عقد جدید بل و کذا لو اسلم احدهما ایضاً فی بعض الصور الآتیة (زوج مسلمان شد زوجه کتابی است اگر قائل باشیم که نکاح دائم کتابی صحیح است در این صورت عقد باقی است)،

نعم لو کان نکاحهم مشتملاً علی ما یقتضی الفساد ابتداءً و استدامه کنکاح احدی المحرّمات عیناً (نکاح مادر و خواهر)

أو جمعاً (مثل جمع اختین و جمع مادر و دختر)
جری علیه بعد الاسلام حکم الاسلام.

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد نکاح خود کفار و دارای سه فرع است:
فرع اول: آیا نکاح آنها در بین خودشان صحیح است؟
فرع دوم: آیا بعد از اسلام آوردن نکاح آنها به حال خود باقی می ماند؟
فرع سوم: اگر نکاح ممنوعی داشتند (نکاح اختین یا نکاح امهات - که به مجوس نسبت داده شده و مجوس امروز منکر آن هستند -) بعد مسلمان شدند آیا نکاح به هم می خورد.

[فرع اول: آیا نکاح آنها در بین خودشان صحیح است؟]

اشاره

مهم در این مسأله حکم اول است که می گوید هر قومی حتی طبیعی مسلکها (مثل کمونیستها) برای خودشان نکاح دارند.

اقوال:

اشاره

شیخ طوسی در خلاف، محقق ثانی در جامع المقاصد و ابن قدامه در مغنی معتقدند که مسأله بین علمای اسلام مسلم و نکاح آنها صحیح است و آثار زوجیت و حلال زاده بودن فرزندان را دارد و فقط از مالک نقل کرده اند که مخالف است ولی ما عرض خواهیم کرد که مالک هم صد در صد مخالف نیست بلکه در جاهای خاصی مخالفت کرده است.

مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف می فرماید:

مسأله ۱۱۲: انکحة المشرکین (ایشان از اهل کتاب هم بالاتر را می گوید) صحیحه و به قال ابو حنیفه و اصحابه و الشافعی و الزهری و الاوزاعی و الثوری و قال مالک انکحتهم فاسده و كذلك طلاقهم غیر واقع (اگر کسی زنش را که اهل کتاب است سه طلاقه کرد و این زن با یک شخص کافر ازدواج کرد آیا این نکاح محلل می شود، یعنی آیا کافر می تواند محلل واقع شود؟ مالک در جواب می گوید کافر محلل واقع نمی شود چون نکاح فاسد است و «حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ» شامل کافر نمی شود و محلل نیست پس مالک مورد خاص را می گوید، نه این که ازدواج آنها مطلقاً باطل باشد) فلو طلق المسلم زوجته الکتابیه ثم تزوجت بمشرك و دخل بها لم ییحها لزوجها المسلم. دلیلنا اجماع الفرقة و اخبارهم. «۱»

عامه هم تقریباً بر این مسأله اجماع دارند.

۹۱ ادامه مسأله ۲ ... ۲۷ / ۱ / ۸۲

نکته اول:

دو مسأله داریم که نباید این دو را با هم مخلوط کرد: یکی صلح و دیگری مسئله هم زیستی مسالمت آمیز است صلح کل یعنی موسی به دین خود و عیسی به دین خود و تمامی ادیان مورد قبول است، ولی هم زیستی مسالمت آمیز مسئله دیگری است به این بیان که من عقیده شما را قبول ندارم ولی وقتی در یک جامعه زندگی می کنیم باید مسائلی را رعایت کنیم؛ مثلاً اقلیتی که در جامعه ما زندگی می کند مال و جانش محفوظ است و ما آنها را تحمّل می کنیم ولی معنایش این نیست که عقیده آنها را می پذیریم حتی بت پرستان یا کمونیست ها را که به هیچ خدایی قائل نیستند به عنوان زندگی مسالمت آمیز می پذیریم، و با آنها تعامل های سیاسی و اقتصادی و ... داریم.

بعضی اشکال می کنند که شما نکاح اینها را صحیح می دانید پس آنها را می پذیرید ما بالاتر از آن می گوئیم تمام معاملات آنها از نظر ما صحیح است، صحیح دانستن معاملات آنها معنایش پلورالیسم نیست بلکه معنایش هم زیستی است، چرا که پلورالیسم (صلح کل) در تفکر و هم زیستی مسالمت آمیز در عمل است و ارتباطی با هم ندارد.

(۱) کتاب النکاح، ج ۴، ص ۳۳۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۳۳

نکته دوم:

نسخ در احکام است نه در عقاید، به این بیان که وقتی آیه ای می گوید *إِنَّ الدِّينَ الْإِسْلَامُ* آیه دیگر نمی تواند آن را نسخ کند چون تنسیخ در عقاید است نه احکام، پس اعتقاد به خدا و دین و پیامبران از جمله عقاید است و از احکام نیست تا نسخ در آنها بیاید. در مجمع البیان هم به این نکته اشاره شده است که مسائل اعتقادی قابل نسخ نیست. نسخ، تمام احکام را هم عوض نمی کند بلکه اصول احکام در شرایع مختلف ثابت است برای تقریب به ذهن می توان چنین گفت: شریعت نوح مانند دوران ابتدایی و شریعت ابراهیم مانند دوران راهنمایی و شریعت موسی مانند دوره متوسطه و شریعت عیسی مانند دوره دانشگاه و شریعت پیامبر ما مانند دکتر است. پس شریعت پیامبر ما در محور بالاتری است و نمی توان قبول کرد کسی که در این دوران می باشد از دوران های گذشته تبعیت کند بلکه انسان باید به سوی تکامل پیش رود و عقب گرد ندارد.

*** مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد می فرماید:

انکحة اهل الذمة صحیحة و کذا طلاقهم واقع (صحیح است) عند عامه اهل الاسلام الا مالکاً فإنه قال لا تصح انکحتهم و لا يقع طلاقهم و انما یقرّون علیها (امضا می شوند یعنی صحیح نیست ولی ما امضا کرده و با آن معامله صحیح می کنیم که این هم یک توجیه دیگر برای کلام مالک است پس نزاع لفظی است) و لیس بشیء (کلام مالک اساسی ندارد). «۱»
ابن قدامه در مغنی می گوید:

انکحة الکفار صحیحة یقرّون علیها اذا أسلموا أو تحاکموا الینا (از ما داوری بخواهند) اذا كانت المرأة ممن یجوز ابتداء نکاحها فی الحال (مثل نکاح مادر و اختین نباشد و اینها هم که مادامی که مسلمان نشده اند ممضی است).

در ادامه ابن قدامه می گوید هر شرطی را که کفار در نزد خودشان صحیح می دانند امضا می شود و در پایان می گوید بلا خلاف بین المسلمین، و اشاره به مخالفت مالک نمی کند و بعد عبارتی را از کلام ابن عبد البر نقل می کند و در پایان می گوید هذا امر علم بالتواتر و الضرورة (ظاهراً از کلام ابن بر نقل می کند). «۲»

خلاصه اقوال:

از نظر اقوال مسأله مسلم است و اگر مخالفی باشد نزاع لفظی است پس مخالفی نداریم.

ادله:

۱- سیره:

سیره مسلمین بر این بوده که هر کسی که مسلمان می‌شد از او نمی‌خواستند که عقد زنش را تجدید کند و در تمام تاریخ پیامبر نمی‌توان یافت که پیامبر عقد کسانی را که مسلمان می‌شدند دوباره بخواند و در عصر ائمه هم تجدید عقد را لازم نمی‌دانستند. اصف الی ذلک اگر اینها عقدشان فاسد بوده همه اولاد آنها فرزندان نامشروع می‌شوند. در حالی که چنین نبودند و صحابه پیامبر صلی الله علیه و آله را نمی‌توان گفت که حلال زاده نبودند.

سیره دلیل قطعی است و قابل تمسک است. یک روایت هم داریم که پیامبر می‌فرماید اگر نکاح اینها درست نباشد به خود ما هم باید اشکال شود چون عقد پدر و مادر پیامبر در زمان جاهلیت واقع شده است اگر چه پدر و مادر پیامبر موحد بودند.

آیا بین سیره متشرعه و بنای عقلا فرقی هست؟

سیره بر دو قسم است یکی سیره متشرعه و دیگری بنای عقلا.

بنای عقلا چیزی است که قبل از اسلام بوده و یا اگر قبل از اسلام نبوده در میان اقوام غیر مسلمان هم بوده است که اینها امضای شارع را می‌خواهد و لو بالسکوت، ولی سیره مسلمین این است که مسلمون بما هم مسلمون به چیزی معتقد و به آن عمل کنند که احتیاج به امضای شارع ندارد.

۹۲ ادامه مسئله ۲ ... ۳۰ / ۱ / ۸۲

۲- آیات:

اشاره

چند آیه است که فقهای خاصه و عامه به آن استدلال کرده‌اند.

الف) آیه «وَأَمْرًا نُهُ حَمَالَةَ الْحَطَبِ». «۳»

«امرأته» به معنی «زوجه» است و معنی آن این است که «ام جمیل» که زوجه ابو لهب بوده اسلام او را به رسمیت می‌شناسد با این که نکاح آنها نکاح کفار بوده است. «امرأته» عطف بر ضمیر

(۱) ج ۱۲، ص ۳۹۲.

(۲) ج ۷، ص ۵۳۱.

(۳) آیه ۴، سوره مسد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۳۴

«سَيَصِلِيَّ» و «حَمَالَةَ الْحَطَبِ» حال است.

ب) «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا لِلَّذِينَ آمَنُوا امْرَأَتٍ فَرَعُونَ». «۱»

«امرأة» به معنی زوجه است و شاهد آن آیه قبل است که می‌فرماید:

«ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا لِلَّذِينَ كَفَرُوا امْرَأَتِ نُوحٍ وَ امْرَأَتِ لُوطٍ». «۲»

آیه در مورد زن نوح و زن لوط است- زوجه‌هایی که راه خطا را در پیش گرفته بودند- و شاهد است بر این که در آیه بعد هم «امرأة» به معنی زوجه است، و معلوم می‌شود که قرآن همه اینها را به عنوان زوجه به رسمیت می‌شناسد.

ج) آیه «اتُّونَ الذُّكْرَانَ مِنَ الْعَالَمِينَ»

لوط به قومش خطاب می‌کند آیا سراغ هم جنس بازی می‌روید)* وَ تَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ أَرْوَاجِكُمْ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ عَادُونَ». «۳»

تعبیر ازواج در این آیه نشان می‌دهد که زوجیت به قوم خاصی اختصاص ندارد و قرآن نکاح تمام ادیان و اقوام را می‌پذیرد.

۳- روایات:

عمده دلیل ما در این مسأله روایات است. روایات زیادی داریم که متضافر هستند و در میان آنها روایات صحیح هم وجود دارد.

...* عن ابی بصیر

(سند صحیح است)

قال: سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن يقال للاماء: يا بنت كذا و كذا (کنایه از زنزاده)،

فإن لكل قوم نکاحاً. «۴»

...* عن عبد الله بن سنان

(سند معتبر است)

قال: قذف رجل رجلاً مجوسياً عند ابی عبد الله عليه السلام فقال: مه، فقال الرجل: انه ینکح امه و أخته، فقال: ذلك عندهم نکاح فی دینهم. «۵»

...* عن علی بن ابی حمزه، عن ابی بصیر، عن ابی عبد الله عليه السلام قال:

کل قوم یعرفون النکاح من السفاح فنکاحهم جائز

(هر قومی در بین خودشان نکاح قانونی و غیر قانونی داشته باشند نکاحشان جایز و معتبر است). «۶»

...* عن عمرو بن نعمان الجعفی

(مجهول الحال)

قال: کان لأبى عبد الله عليه السلام صديق لا یکاد يفارقه

(همیشه همراه حضرت بود)

«الی أن قال» فقال يوماً لعلامه: یا بن الفاعله أین كنت؟ قال: فرغ أبو عبد الله عليه السلام یده فصک بها جبهه نفسه

(حضرت محکم به پیشانی خودش زد)

ثم قال: سبحان الله تقذف امه قد كنت اری أن لك ورعاً فاذا لیس لك ورع فقال: جعلت فداک ان امه سندیه مشرکه فقال:

أما علمت ان لكل امه نکاحاً تنح عنی

(دور شو)

فما رأیته یمشی معه حتّی فرّق بینهما الموت. «۷»

در ذیل این روایت آمده است:

* قال: و فی روایة اخرى انّ لكل امّة نکاحا یحتجزون به عن الزنا. «۸»

مرحوم کلینی می‌فرماید: یک روایت دیگر هم وجود دارد که مرحوم صاحب وسائل آن را جدا کرده است. در این صورت روایت مرسله است و اگر آن را هم حساب کنیم پنج روایت تا اینجا بیان شده است.

... عن ابی بکر الحضرمی عن ابی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن الرجل یفتري علی الرجل من جاهلیة العرب (به خاطر زمان جاهلیت افترا می‌زند)

فقال: یضرب حدّة قلت: یضرب حدّاً؟ قال: نعم انّ ذلك یدخل علی رسول الله صلی الله علیه و آله

(پدر و مادر پیامبر هم چنین بودند). «۹»

ذیل روایت به این معنی است که اگر بخواهیم اینها را اشکال کنیم به پیامبر هم اشکال می‌شود چون ازدواج پدر و مادر پیامبر هم در زمان جاهلیت بوده است ولی این به حسب ظاهر است چون در واقع پدر و مادر پیامبر دارای مقام شامخ و موخّید بوده‌اند پس حضرت در روایت به ظاهر حال تمسّک کرده‌اند نه این که پدر و مادر پیامبر مشرک بوده‌اند.

مضمون این حدیث را ابن قدامه در مغنی آورده است و می‌گوید:

وقال النبی صلی الله علیه و آله: ولدت من نکاح لا من سفاح و اذا ثبت صحتها ثبتت احکامها كأنکحة المسلمین. «۱۰»

مرحوم آقای سبزواری در مذهب الاحکام «۱۱» به روایت دیگری استدلال کرده که استدلال به آن ناتمام است.

... محمّد بن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام قال: سألته عن الاحکام قال:

تجوز علی أهل کل ذوی دین ما یستحلون

(قاعده الزام است یعنی

(۱) آیه ۱۱، سوره تحریم.

(۲) آیه ۱۰، سوره تحریم.

(۳) آیات ۱۶۵ و ۱۶۶، سوره شعراء.

(۴) وسائل، ج ۱۴، ح ۲، باب ۸۳ از ابواب نکاح عبید و اماء.

(۵) وسائل، ج ۱۴، ح ۱، باب ۸۳ از ابواب نکاح عبید و اماء.

(۶) وسائل، ج ۱۴، ح ۳، باب ۸۳ از ابواب نکاح عبید و اماء.

(۷) وسائل، ج ۱۱، ح ۱، باب ۷۳ از ابواب جهاد نفس.

(۸) وسائل، ج ۱۱، ح ۲، باب ۷۳ از ابواب جهاد نفس.

(۹) وسائل، ج ۱۴، ح ۴، باب ۷۳ از ابواب جهاد نفس.

(۱۰) ج ۷، ص ۵۶۳.

(۱۱) ج ۲۵، ص ۶۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۳۵

الزمهم هم بما الزموا به انفسهم). «۱»

مرحوم آقای سبزواری در مسئله دوم از مسائل مانعیّت کفر به این روایت و قاعده الزام استدلال کرده و می‌فرماید این روایت هم

دلالت می‌کند بر این که لکل قوم نکاح.

این استدلال ناتمام و اخصّ از مدّعاست و قسمتی از مدّعا را ثابت می‌کند. ما معتقدیم لکل قوم نکاح دو ثمره دارد:

۱- اگر از ما داوری خواستند در مقام داوری آثار نکاح آنها را برای خودشان قرار می‌دهیم.

۲- اگر شوهر مسلمان شود و زن کتابیه باشد- در صورتی که نکاح کتابیه را اجازه دهیم- و یا اگر زن و مرد مسلمان شوند خواندن صیغه جدید لازم نیست، در حالی که این غیر از قاعده الزام است چرا که قاعده الزام می‌گوید مسلّمات اینها را برای خودشان نسبت به قبل از اسلام آوردنشان جاری کنید و حال آن که در این فرض که اینها مسلمان شده‌اند، می‌خواهیم مسلّمات اسلام را بر اینها جاری کنیم، که این خارج از قاعده الزام است.

پس این قاعده اخصّ از قاعده لکل قوم نکاح است.

جمع بندی: ما روایات صریح، صحیح و متضافری داریم که هم عامّه و هم خاصّه آنها را نقل کرده‌اند و بهترین دلیل است بر این که هر قوم نکاحی دارد و نکاح آنها معتبر است.

۹۳ ادامه مسئله ۲ ... ۳۱ / ۱ / ۸۲

بقی هنا امران:

الامر الاوّل: «لکل قوم نکاح»

در جایی است که به قوانین مکتب خودشان عمل کنند مثلاً اگر نکاح امهات و اخوات کرده شرایط را طبق مذهب خودش رعایت کرده در این صورت نکاح او صحیح است. بعضی استثنایی زده و گفته‌اند اگر بر خلاف آیین خودش و مطابق آیین ما رفتار کند باز هم نکاح او صحیح است، مثلاً در دین آنها در نکاح، حضور شاهدین لازم است ولی مطابق مذهب شیعه شهود در نکاح لازم نیست پس مطابق مذهب ما است، اینجا را استثنا می‌کنیم چون این که می‌گوییم اگر مخالف مذهبش باشد باطل است منصرف است از جایی که با مذهب خودش مخالف ولی با مذهب ما موافق است، و لکل قوم نکاح اینجا را شامل است؛ و یا به عنوان مثال نکاح خودش را نزد عالم مسلمان انجام می‌دهد که لکل قوم نکاح این را هم شامل و حکم به صحت آن ممکن است و تنها از جایی منصرف است که با مذهب خودش و مذهب ما مخالف باشد.

الامر الثانی: روایات متعدّدی داریم که در بخش دوم خواهد آمد و می‌فرماید اگر زوج و زوجه مسلمان شوند نکاح آنها باقی است

و احتیاج به تجدید نکاح ندارند، این روایت‌ها برای بحث ما قابل استناد است چون معنایش این است که نکاح آنها صحیح بوده و بعد از اسلام هم باقی است چرا که اگر نکاح اوّل باطل بود باید تجدید می‌کردند، پس از این که تجدید نمی‌کنند معلوم می‌شود که نکاح آنها صحیح و برای لکل قوم نکاح این روایات قابل استناد و استدلال است. فرع اوّل از مسئله دوم در مورد نکاح کفار در بین خودشان تمام گردید.

فرع دوم: اگر زوج و زوجه هر دو مسلمان شوند بر نکاح اوّل باقی می‌مانند

اشاره

بلکه اگر فقط زوج مسلمان شود و زوجه کتابیه باشد بر نکاح سابق باقی هستند، چون مسلمان می‌تواند کتابیه را تزویج کند.

ادله:

اشاره

برای اثبات این فرع به سه دلیل تمسک شده است.

۱- اجماع:

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۴، ص: ۱۳۵
این مسأله اتّفاقی و اجماعی است، البتّه اجماع مدرکی و به عنوان مؤید است.

صاحب جواهر می‌فرماید مسأله اجماعی است و بین ابتدا و استدامه فرق نمی‌گذارند و در استدامه دائم و موقت را جایز می‌دانند. «۲»

۲- سیره:

سیره مستمرّه هم بر آن قائم است به این بیان کسانی که مسلمان می‌شدند نه در زمان رسول خدا صلی الله علیه و آله و نه در زمان ائمه علیهم السلام و نه در زمان علما گفته نمی‌شد که تجدید عقد کنند.

۳- روایات:

روایات متضافر و بعضی از آنها صحیح السند بوده و دلالت می‌کنند بر این که تجدید نکاح لازم نیست و نکاح سابق کافی است.

...* عن عبد الله بن سنان

(سند معتبر است)

عن ابی عبد الله علیه السلام فی حدیث قال: سألته عن رجل هاجر و ترک امرأته مع المشرکین ثم

(۱) وسائل، ج ۱۷، ح ۴، باب ۴ از ابواب میراث الاخوه.

(۲) جواهر، ج ۳۰، ص ۵۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۳۶

لحقت به بعد ذلك أيمسكها بالنكاح الاول أو تنقطع عصمتها؟ قال: بل يمسكها و هي امرأته

(این روایت صریح است که اگر هر دو مسلمان شدند بر نکاح اول باقی هستند علاوه بر این شاهد فرع اول هم هست). «۱»

این روایت به یک معنا دو حدیث است چون دو طریق به تمام معنی مستقل دارد که یکی به ابن سنان و طریق دیگر به حلبی می‌رسد که طریق هر دو معتبر است و هر دو از امام صادق علیه السلام است.

...* عن بعض اصحابنا

(مرسله است)

عن محمد بن مسلم، عن ابی جعفر علیه السلام قال: انّ اهل الكتاب و جمیع من له ذمّیه اذا أسلم احد الزوجین فهما علی نکاحهما الحدیث

(نمی‌توان به عموم این روایت عمل کرد و فقط جایی درست است که شوهر مسلمان شود و زن باقی بر دینش باشد و یا این که بگویم اسلم احدهما ثم قبل انقضاء العده اسلم الآخر). «۲»

...* عن احمد بن محمد بن ابی نصر

(سند معتبر است)

قال:

سألت الرضا علیه السلام عن الرجل تكون له الزوجه النصرانیة فتسلم

(زن مسلمان شود)

هل یحل لها أن تقیم معه؟ قال: اذا اسلمت لم تحلّ له، قلت: فانّ الزوج اسلم بعد ذلك أ یكونان علی النکاح

(اگر تا عده باقی است مسلمان شوند نکاح باقی است)

؟ قال: لا یتزوج بتزوج جدید. «۳»

دو احتمال دارد:

۱- لا، یتزوج بتزوج جدید:

یعنی شوهر بعد مسلمان شود کافی نیست و ازدواج جدید لازم است که در این صورت باید حمل کنیم بر جایی که عده تمام شده است.

۲- لا یتزوج:

یعنی ازدواج جدید لازم نیست، و باقی می‌ماند بر نکاح اول، پس روایت قابلیت دو معنی را دارد و دلالت آن بر ما نحن فیه خالی از ابهام نیست.

...* عن عبید بن زرارۃ قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام النصرانی تزوج النصرانیة علی ثلاثین دنّ خمرأ و ثلاثین خنزیراً ثم اسلما بعد ذلك و لم یکن قد دخل بها ... و هما علی نکاحهما الاول. «۴»

...* عن ابی الجارود

(ضعیف است)

عن ابی جعفر علیه السلام فی قوله «وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفِرِ» یقول: من كانت عنده امرأه کافرة یعنی علی غیر مله الاسلام و هو علی مله الاسلام فلیعرض علیها الاسلام فان قبلت فهي امرأته

(نکاح جدید لازم نیست)

و الّا فهي بریة منه «... ۵»

جمع بندی: مسأله، ظاهراً اجماعی و سیره هم بر آن جاری است و روایات متضافره و بعضاً صحیح السند هم داریم که دلالت دارند بر این که نکاح سابق باقی است و نیاز به تجدید نکاح ندارد بعضی از روایات علاوه بر این که ما نحن فیه را ثابت می‌کند برای بحث سابق (لکل قوم نکاح) هم قابل استناد است.

فرع سوم: اگر اهل کتاب نکاح ممنوعه‌ای داشته باشند

مثلاً مجوسی که با مادرش ازدواج کرده است آیا بعد از اسلام می‌توان گفت لکل قوم نکاح یا باید جدا شوند؟ همچنین در دیگر

محرمات (محرمات رضاعی، نسبی، جمع اختین، یا خمس دائم)؟ ...

این نکاح صحیح نیست چون لکل قوم نکاح می‌فرماید نکاحشان برای خودشان معتبر است و وقتی هم مسلمان شدند باقی می‌ماند ولی در ادامه باید خودشان را با مسائل اسلامی تطبیق دهند و اسلام این نکاح‌ها را اجازه نمی‌دهد و ادله شامل اینها نمی‌شود بلکه به عکس اطلاقات «حُرِّمَتْ عَلَیْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ» این شخص را که مسلمان شده شامل می‌شود چون مسلمان شده و مخاطب به این حکم است، هم ابتدایش حرام است و هم ادامه‌اش.

و الشاهد علی ذلک:

اگر مسلمان شد در حالی که پنج زن دائمی دارد باید چهار تا را انتخاب کند. این مسأله در نزد شیعه و سنی نص خاص دارد و دلیل بر این است که در ادامه راه نمی‌تواند محرمات را با خود نگه دارد وقتی نتوانست خمس را نگه دارد به طریق اولی نمی‌تواند امّ و اخت و ... از محرمات را نگه دارد.

[مسأله ۳ (لو أسلم زوج الكتابیة) ...]

اشاره

۹۴ مسئله ۳ (لو أسلم زوج الكتابیة ...) ... ۸۲ / ۲ / ۱۶

مقدمه:

تا اینجا بحث در ابتدای نکاح بود و از اینجا بحث در ادامه نکاح است. شخص کافر مسلمان شده و همسرش کافر است و یا بالعکس زوجه مسلمان شده و زوجش هنوز کافر است، آیا

(۱) ح ۱، باب ۵ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۲) ح ۲، باب ۵ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۳) ح ۵، باب ۵ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۴) ح ۶، باب ۵ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۵) ح ۷، باب ۵ از ابواب ما یحرم بالكفر.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۳۷

همان گونه که نکاح مسلمه با کافر و یا مسلم با کافر از ابتدا اشکال داشته، ادامه راه هم اشکال دارد؟

مرحوم امام مسائل استفاده را در ضمن چند مسأله بیان کرده است.

مسأله ۳: لو أسلم زوج الكتابیة بقیا علی نکاحهما الاوّل، سواء کان کتابیاً (زوج مسلمان شده و قبلاً کتابی بوده)

أو وثنیاً و سواء کان اسلامه قبل الدخول أو بعده (حتی کسانی که نکاح کتابیه را دواماً و متعتاً و یا فقط دواماً اجازه نمی‌دادند اینجا را که استفاده است اجازه می‌دهند)

و اذا أسلم زوج الوثنیة و ثنیاً کان أو کتابیاً فان کان قبل الدخول انفسخ النکاح فی الحال و ان کان بعده (دخول)

یفرق بینهما و ینتظر انقضاء العدة فان أسلمت الزوجه قبل انقضاءها بقیا علی نکاحهما و الا انفسخ النکاح بمعنی انه یتبین انفساخه من حین اسلام الزوج (از زمان شروع عده).

عنوان مسأله:

این مسأله مربوط به جایی است که زوج مسلمان شده و زوجه بر کفر خود باقی است. مرحوم امام دو صورت را ذکر می کنند:

۱- جایی که زوجه کتابیه است.

۲- جایی که زوجه غیر کتابیه است (بت پرست یا طبیعی مسلک) که دارای دو حالت است:

الف) قبل از دخول: عده ندارد.

ب) بعد از دخول: زن باید عده نگه دارد و اگر در زمان عده، اسلام را پذیرفت نکاح باقی است و اگر مدت زمان عده سپری شد، عقد فسخ می شود و نشان می دهد که از همان لحظه اول انفساخ حاصل شده بود.

[۱- جایی که زوجه کتابیه است.]

اقوال:

اشاره

مرحوم صاحب ریاض می فرماید:

و اذا أسلم زوج الكتابية دونها فهو على نكاحه سواء كان قبل الدخول أو بعده دائماً كان التزويج أو منقطعاً كتابياً كان الزوج أو وثياً جوزنا نكاحها للمسلم ابتداءً أم لا، اجماعاً «۱» (مطلق نکاح باقی می ماند چه نکاح کتابیه را ابتداءً اجازه بدهیم و چه اجازه ندهیم، استدامه درست است).

مرحوم کاشف اللثام بعد از ذکر عنوان مسأله می فرماید:

إذا أسلم زوج الكتابية دونها بقي على نكاحه الصحيح قبل الدخول و بعده دائماً أو منقطعاً سواء كان كتابياً أو وثياً بلا خلاف بين المجوزين لنكاح الكتابية و المانعين فإن الاستدامة اضعف (ای اسهل) من الابتداء. «۲»

مرحوم شهید ثانی در مسالک می فرماید:

هذا مما استثنى من نكاح الكتابية دواماً عند من يمنعه من اصحابنا (حتى مانعين قائلين به صححت ادامه نکاح شده اند) و هو استدامته له اذا أسلم دونها فإن بقاء النكاح موضع وفاق سواء كان قبل الدخول أو بعده و سواء كان قبل الاسلام كتابياً أو غيره. «۳»

از کلمات عامه هم استفاده می شود که آنها هم در این مسأله تقریباً با ما همراه هستند چون آنها کسی را ندارند که مانع نکاح کتابیه باشد و لذا استدامه را هم اجازه می دهند.

ابن قدامه در مغنی می گوید:

إذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده أو أسلما معا فالنكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابياً أو غير كتابی لأن للمسلم أن يتدى نكاح كتابية فاستدامته اولى و لا خلاف في هذا بين القائلين باجازه نكاح الكتابية. «۴»

جمع بندی اقوال:

این مسأله اختلافی نبوده و اجماعی است.

ادله:

۱- اجماع:

همان گونه که گفته شد مسأله اجماعی است، ولی اجماع در اینجا مدرکی و به عنوان مؤید است.

۲- الاستدامة اسهل من الابتداء:

حکم استدامه از ابتدا به نکاح آسان تر است.

این دلیل قابل قبول نیست، چون یک استحسان ظنی است و به همین جهت در وثیبه چنین نمی گوئیم الا این که ما آن را به یک پایه علمی برگردانده و بگوئیم ادله حرمت نکاح کتابیه- اگر قائل به حرمت باشیم- منصرف به ابتدا است، به عبارت دیگر مخاطبین، مسلمین بالفعل هستند و نباید با زن کافره ازدواج کنند پس این حکم در مورد کفار نیست، و در این صورت این دلیل یک پایه علمی پیدا می کند.

۳- روایات:

...* عن سهل بن زیاد

(محل بحث است)

عن محمد بن عیسی، عن یونس

(یونس بن عبد الرحمن)

قال:

(چه کسی گفته است؟)

(۱) ج ۱۰، ص ۲۴۱.

(۲) ج ۷، ص ۲۵۵.

(۳) ج ۷، ص ۳۶۵.

(۴) مغنی، ج ۷، ص ۵۵۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۳۸

الذی تكون عنده المرأة الذمیة فتسلم امرأته قال: هی امرأته

(با این که شوهر ذمی و زن مسلمان شده است)

یکون عندها بالنهار و لا یکون عندها باللیل

(تا اینجا به مسئله چهارم مربوط است)

قال:

فان اسلم الرجل و لم تسلم المرأة یکون الرجل عندها باللیل و النهار. «۱»

معلوم می شود که در صورت قبل زن او نیست و انتظار عدّه را می کشیم، لازمه این جمله این است که بر نکاحشان باقی می ماند. دلالت حدیث خوب ولی سند مشکل دارد که مشکل سند را با عمل مشهور بلکه اجماع جبران می کنیم و ما اگر روایتی غیر از این

نداشتیم کافی بود که فتوی دهیم و حتی کسانی که ابتداء نکاح با ذمیه را جایز نمی‌دانند، این مورد را به جهت وجود این روایت استثنا می‌کنند.

۹۵ ادامه مسئله ۳ ... ۲۱ / ۲ / ۸۲

اشکال: تنها اشکالی که به روایت اول می‌توان وارد کرد این است که تعبیر «یکون الرجل عندها باللیل و النهار» صریح در ادامه زوجیت نیست و کأن در مقابل قسمت قبل از روایت است که می‌فرمود «یکون عندها بالنهار».

اللهم الا ان یقال: معنایش این است که با او خلوت و نزدیکی کند، بنابراین زن و شوهر هستند و در واقع کنایه از زوجیت است.

...* عن بعض اصحابه

(سند مشکل دارد)

عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال: ان اهل الكتاب و جميع من له ذمّة اذا أسلم احد الزوجين فهما علی نکاحهما (این عبارت جایی را که زوجه مسلمان شده و شوهر ذمی است شامل می‌شود، بعضی این فرض را هم گفته‌اند که در مسئله چهارم از آن بحث خواهیم کرد، پس آن قسمتی از روایت به درد ما می‌خورد که زوج مسلمان شده و زوجه ذمی است و در این صورت نکاح باقی است). «۲»

مشکل روایت این است که اگر ما در مورد اسلام زوجه قائل به بقاء نکاح نشویم در این صورت روایت مشتمل بر چیزی است که ما به آن قائل نبوده و در مسأله بعد از آن بحث می‌کنیم.

بعضی به روایت سوم استدلال کرده‌اند:

...* عن عبد الله بن سنان

(سند خوب است)

عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث قال: سألته عن رجل هاجر

(مسلمان شد)

و ترك امرأته

(آیا زنش مشرک بوده یا کافر ذمی)

مع المشركين ثم لحقت به بعد ذلك

(در صورتی می‌توان به این حدیث استدلال کرد که مشرک به معنی وثنی نباشد)

أيمسكها بالنكاح الاوّل أو تنقطع عصمتها قال: بل يمسكها و هي امرأته. «۳»

استدلال به این حدیث علی رغم صحّت سند دو مشکل دلالتی دارد:

۱- اگر مشرکین را به معنی بت پرست و وثنی بگیریم در این صورت روایت مطلبی دارد که خلاف اجماع و کسی به آن فتوی نداده است. قرآن هر جا مشرک می‌گوید غالباً مراد اهل کتاب نیست.

۲- اگر منظور از «ثم لحق به» جایی است که مسلمان شده و عدّه باقی است، بلا اشکال است ولی ارتباطی با بحث ما ندارد، چون فرض ما این است که زوجه ذمیه و زوج مسلمان شده است به عبارت دیگر اگر «لحق» به معنی الحاق جسمی باشد نه عقیدتی به بحث ما مربوط است ولی اگر به معنی الحاق عقیدتی باشد به بحث ما مربوط نیست، پس با وجود این دو ابهام در دلالت، استدلال به این روایت مشکل است.

۲- زوجه وثنی و بت پرست است:

اشاره

شوهر مسلمان شده و زوجه بت پرست است که دارای دو حالت می‌باشد:

الف) غیر مدخول بها:

در این صورت نکاح فسخ می‌شود چون عده‌ای ندارد تا منتظر شویم و زوجه‌ای که عده ندارد حالت انتظاری هم برای اسلام او نیست.

ب) مدخول بها:

صبر می‌کنیم اگر زوجه در عده مسلمان شد در این صورت باقی بر نکاح اول هستند و اگر تا پایان عده مسلمان نشد نکاح از اول منفسخ می‌شود.

اقوال:

مسأله به حسب اقوال اجماعی است. مرحوم کاشف اللثام و صاحب ریاض ادعای اجماع کرده‌اند.

ادله:

۱- جماع:

اجماع قائم است بر بطلان و چون علاوه بر اجماع دلایل دیگری هم داریم اجماع مدرکی است.

(۱) ح ۸، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۲) ح ۵، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۳) ح ۱، باب ۵ از ابواب ما یحرم بالكفر.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۳۹

۲- آیه «وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ»:

ظاهر **لَا تُمْسِكُوا** «صورت بقاء است، چون صدر آیه در مورد کسانی است که مسلمان شده و همسرانشان مسلمان نمی‌شوند و در مورد بقاء است، زیرا ظاهر کلمه تمسکوا هم بقاء است. از اینها ذمیّه استثنا شده، که در صورت اول بیان شد که استدامه آن جایز، پس «وثیقه» تحت آیه باقی مانده و مؤید است.

۳- روایات:

روایاتی که ممکن است به آن استدلال شود دو روایت است:

...* واما المشركون مثل مشرکی العرب و غیرهم فهم علی نکاحهم الی انقضاء العده

(مفهومش این است که اگر عده نداشته باشد بلافاصله به هم می‌خورد)

فان اسلمت المرأة ثم اسلم الرجل قبل انقضاء عدتها فهي امرأته و ان لم يسلم الا بعد انقضاء العدة فقد بانت منه و لا سبيل له عليها الحديث. «۱»

این روایت در مورد عکس مسئله ما و در جایی است که زن مسلمان شده در حالی که بحث ما در جایی است که مرد مسلمان شده، حال می‌گوییم به الغاء خصوصیت در زوج هم همین را قائل می‌شویم که البته الغاء خصوصیت در اینجا کار مشکلی است. مقداری از حکم را هم با اولویت ثابت می‌کنیم به این بیان که اگر مرد مسلمان شده و زن در عده مسلمان شود به طریق اولی جایز است چون حدیث عکس این را کافی می‌داند، پس این حدیث نیمی از مدعا را ثابت می‌کند. حدیث ذیل با دو سند نقل شده است:

یکی سند شیخ طوسی در تهذیب و دیگری سند مرحوم کلینی در کافی است، نقل ذیلی دارد که به درد استدلال می‌خورد.
*... عن منصور بن حازم

(از نظر سند خالی از اشکال نیست)

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مجوسی کانت تحته امرأة علی دینه فأسلم أو أسلمت قال: ينتظر بذلك انقضاء عدتها فان هو اسلم أو أسلمت قبل أن تنقضي عدتها فهما علی نکاحهما الاوّل و ان هی لم تسلم (مرد را بحث نمی‌کند)

حتی تنقضي العدة فقد بانت منه. «۲»

این روایت در صورتی به درد بحث ما می‌خورد که مجوس را جزو اهل ذمه ندانیم در حالی که با مجوس معامله اهل ذمه می‌کنند. صدر حدیث به خاطر این که مجوس در آن ذکر شده به درد بحث ما نمی‌خورد. کلینی در این حدیث مطلبی در مورد مشرکین دارد.

*... عن منصور بن حازم

(صاحب جواهر تعبیر به خبر دارد که دلیل بر این است که به سند اعتماد ندارد هر چند مسأله اجماعی است و ضعف سند را جبران می‌کند)

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام:

عن رجل مجوسی أو مشرک من غیر اهل الکتاب کانت تحته امرأة فأسلم أو اسلمت ثم ذکر مثله. «۳»

پس طبق این نقل زن مشرک مسلمان نشده و مادام که عده باقی است انتظار می‌کشیم، اگر مسلمان شد «بقیا علی نکاحهما» و اگر مسلمان نشد «بانت منه».

جمع بندی:

علاوه بر اجماع آیه شریفه هم دلالت دارد و این دو روایت هم هر چند ضعف سند دارد، می‌تواند دلیل باشد بنابراین به اصل مسأله می‌توان فتوی داد که اگر مرد مسلمان شد و زن مشرک بود ولی در عده مسلمان شد، نکاح باقی است و اگر مسلمان نشد جدا می‌شوند.

چرا از اول جدا می شود؟ ظهور جمله «فقد بانت» چیست؟

آیا جدا می شوند بعد از انقضای عدّه یا جدا می شوند اول؟ ظاهر روایت بانت بعد انقضای العدّه است ولی وجود عدّه دلیل بر این است که، بانت من اول الامر چون در زمان عدّه، می فرماید مرد نمی تواند پیش زن برود یعنی با زن خودش مثل زن در زمان عدّه رجعی نیست، این عدّه فرجه ای است برای این که زن بتواند برگردد و آلا مرد حق ندارد به چشم زوجه به این زن بت پرست نگاه کند، پس اگر بعداً مسلمان شد مثل کاشفیت اجازه فضولی است و اگر مسلمان نشد کشف می شود که از اول زوجه نبوده است و همین مطلب سر کلام امام (ره) است که فرموده «بانت من الاول» البته خیلی ها این کلام امام (ره) را ندارند.

[مسئله ۴: لو اسلمت زوجة الوثنی أو الکتابی]

اشاره

۹۶ مسئله ۴ (لو اسلمت زوجة الوثنی او الکتابی ... ۲۲ / ۲ / ۸۲

مسئله ۴: لو اسلمت زوجة الوثنی أو الکتابی (زوج وثنی باشد یا کتابی)

وثنیة کانت أو کتابیة (زوجه وثنی باشد یا کتابی)

فان کان قبل الدخول انفسخ النکاح فی الحال و ان کان بعده وقف علی انقضای العدّة لکن یفرّق بینهما (در مدّت عدّه مثل زن و شوهر رابطه ندارند)

فان اسلم قبل انقضائها فهی امرأته و آلا (اگر شوهر در

(۱) ح ۵، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۲) ح ۳، باب ۹، از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۳) ح ۳، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالکفر.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۴۰

عدّه مسلمان نشد)

بان أنّها بانت (جدا می شود)

منه حین اسلامها.

عنوان مسأله:

بحث در مسئله چهارم از مسائل حرمت نکاح با کفار در جایی است که زوجه مسلمان شده و زوج بر کفرش باقی است.

مسأله دارای دو صورت است:

۱- شوهر بت پرست (وثنی) است.

۲- شوهر کتابی است.

در هر دو صورت اگر دخول نشده باشد بلافاصله از هم جدا می شوند و اگر دخول شده باشد اگر در زمان عدّه شوهر مسلمان شود نکاح باقی است و اگر مسلمان نشود نکاح از اول باطل است (البته صورت دوم اجماعی نیست).

۱- شوهر و ثنی است:

اقوال:

مرحوم صاحب ریاض بعد از ذکر احکام در مورد شوهر و ثنی می فرماید:

و جميع ذلك موضع وفاق فی الوثنی. «۱»

شهید ثانی در مسالک می فرماید:

اما اذا كان (زوج) وثنیاً فهو موضع وفاق. «۲»

اگر شوهر کتابی باشد، مشهور قائلند که آن هم مثل و ثنی است. مرحوم شیخ طوسی در سه کتاب نهایی، تهذیب و استبصار مخالفت کرده و می فرماید اگر شوهر اهل کتاب و زن مسلمان باشد نکاح بهم نمی خورد و از هم جدا نمی شوند و روزها می توانند نزد او بیاید ولی شبها نمی تواند. این عبارت به چه معناست اگر زن و شوهر هستند چرا شبها نمی توانند، کنار هم باشند؟

مرحوم صاحب ریاض از شیخ طوسی نقل می کند که ایشان می فرماید:

لم ینفسخ العقد بانقضاء العده مطلقاً بل ان كان الزوج ذمیاً قائماً بشرائط الذمه كان نکاحه صحیحاً باقیاً بحاله و لكن لا یمکن (اجازه نمی دهند) من الدخول علیها لیلاً و لا من الخلوه بها نهاراً و لا من اخراجها إلى دار الحرب. «۳»

از آنچه گفته شد معلوم شد که مسأله دارای دو صورت است که صورت اول (شوهر و ثنی) اجماعی و صورت دوم اجماعی نیست و مخالفی مانند شیخ طوسی دارد.

دلیل صورت اول (شوهر و ثنی):

صورت اول دو قسم است:

الف) جایی که دخول حاصل نشده:

این قسم نیاز به دلیل خاصی ندارد چون زن مسلمان و شوهر بت پرست است و زن مسلمان نمی تواند زوجه بت پرست باشد و دخولی هم حاصل نشده تا عده داشته باشد پس از هم جدا می شوند و دلیل آن اجماع است و روایات سابق و مفهوم روایات آینده هم، ما نحن فیه را شامل می شود.

ب) جایی که دخول حاصل شود:

باید انتظار بکشند، اگر در زمان عده شوهر مسلمان شد کاشف به عمل می آید که عقد باقی است و اگر تا پایان عده مسلمان نشد کاشف به عمل می آید که عقد از ابتدای عده باطل بوده است.

دلیل این مسأله علاوه بر اجماع دو طایفه روایت است

اشاره

که یک طایفه مطلق و یک طایفه مقید است. روایات مطلق می گوید «یفرق بینهما» و روایات مقید می گوید اگر در عده مسلمان نشد جدا می شوند. این دو طایفه را از قبیل مطلق و مقید حساب کرده و بین این دو طایفه به تقیید جمع می کنیم.

طایفه اول: روایات مطلق

...* عن عبد الله بن سنان

(سند خوب است)

عن ابی عبد الله علیه السلام قال: اذا اسلمت امرأة و زوجها علی غیر الاسلام فَرَّقَ بينهما الحدیث (کاری با دخول و عده نداشته و مطلق است). «۴»

...* عن عبد الرحمن بن الحجاج عن ابی الحسن علیه السلام، فی نصرانی تزوج نصرانیة فاسلمت قبل أن یدخل بها قال: قد انقطعت عصمتها منه

(وقتی شوهر نصرانی است جدا می شوند، حال اگر وثنی باشد به طریق اولی جدا می شوند و فقط در مورد عدم دخول است و در مورد عده صحبت نمی کند)

و لا مهر لها

(مهر محل بحث است و مرحوم امام (ره) در تحریر به آن اشاره نکرده است) و لا عده علیها منه. «۵»

...* عن احمد بن محمد بن ابی نصر

(سند ظاهراً صحیح است)

قال: سألت الرضا علیه السلام عن الرجل تكون له الزوجة النصرانیة (از ذیل حدیث استفاده می شود که شوهر هم نصرانی است)

فتسلم

(زوجه مسلمان شد)

هل یحلّ لها أن تقیم معه قال: اذا اسلمت لم

(۱) ج ۱۰، ص ۲۴۲.

(۲) ج ۷، ص ۳۶۵.

(۳) ریاض، ج ۱۰، ص ۲۴۳.

(۴) ح ۴، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۵) ح ۶، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالكفر.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۴۱

تحلّ له

(وقتی نصرانی حلال نیست اگر وثنی باشد به طریق اولی حلال نیست)

قلت: فان الزوج اسلم بعد ذلك

(بعد از عده یا قبل از آن، دخول بوده یا نه؟)

أ یكونان علی النکاح؟ قال: لا، یتزوج بتزویج جدید. «۱»

این روایت را بر جایی حمل کرده اند که در عده مسلمان نشده یا غیر مدخوله بوده و شاهد ما در این است که در مورد کتابی هم می گوید از هم جدا می شوند، پس در وثنی به طریق اولی جدا می شوند.

...* عن السکونی

(محل بحث است)

عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام ان امرأة مجوسية اسلمت قبل زوجها فقال علي عليه السلام: لا، يفرق بينهما ثم قال إن اسلمت قبل انقضاء عدتها فهي امرأتك و ان انقضت عدتها قبل أن تسلم ثم أسلمت فانت خاطب من الخطاب. «۲»
این روایت در مورد مجوس است، اگر گفتیم که مجوس در نکاح حکم اهل کتاب را ندارد (کما این که بعضی چنین می گویند) شاهد بحث ما است.

...* عن منصور بن حازم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مجوسى أو مشرك من غير اهل كتاب كانت تحته امرأة

فاسلم

(مسئله قبل)

أو اسلمت

(ما نحن فيه)

قال: ينتظر بذلك انقضاء عدتها

(اگر در عده مسلمان نشد بینونت حاصل می شود). «۳»

این روایت قبلاً بیان شد و گفتیم دو طریق نقل دارد (طریق شیخ طوسی و کلینی) که طریق کافی به درد بحث ما می خورد.

۹۷ ادامه مسئله ۴ ... ۲۳ / ۲ / ۸۲

...* و اما المشركون مثل مشركى العرب و غيرهم فهم على نكاحهم الى انقضاء العدة فان اسلمت المرأة ثم اسلم الرجل قبل انقضاء عدتها فهي امرأته و ان لم يسلم الا بعد انقضاء العدة فقد بانت منه و لا سبيل له عليها الحديث. «۴»
مفهوم این جمله این است که اگر عده نداشته باشد (غیر مدخول بها) دیگر انتظار نمی کشیم و بلافاصله از هم جدا می شوند.

...* عن السکونی

(سند ضعیف است)

عن ابى عبد الله عليه السلام قال:

قال امير المؤمنين عليه السلام فى مجوسية اسلمت قبل أن يدخل بها زوجها فقال امير المؤمنين عليه السلام لزوجها: أسلم فأبى زوجها

أن يسلم فقضى لها عليه نصف الصداق

(از هم جدا شدند چون قبل از دخول بوده است)

و قال: لم يرضاها الاسلام الا عزاً.

(پس باید مهرش را بگیرد). «۵»

این روایت در مورد مجوس است ولی اگر مجوس را در باب نکاح به وثنی ملحق کنیم کما این که چنین کرده اند دلیل بر بحث ما است و اگر هم ملحق نکنیم، نسبت به غیر مدخول بها اولویت است به این بیان که وقتی مجوس حکم اهل کتاب را داشته باشد و غیر مدخول بها باشد می گوییم باید جدا شوند، حال اگر وثنی باشد به طریق اولی باید جدا شوند، که در این صورت فی الجملة بر بحث ما دلالت دارد که فقط غیر مدخول بها است.

جمع بین روایات مطلق و مقید:

اگر این دو طایفه را بر هم عرضه کنیم طریق جمع معلوم است، احادیثی که می‌گویند مطلقاً جدا می‌شوند بر احادیثی که بین مدخوله و غیر مدخوله تفصیل می‌دهد، حمل می‌گردد یعنی اگر غیر مدخوله باشند فوراً جدا می‌شوند و اگر مدخوله باشند مدت مدّت عدّه را انتظار می‌کشیم. پس مذهب ما که اجماع در مورد وثنی بود ثابت شد.

۲- شوهر کتابی است:

اشاره

در مورد صورت دومّ مسأله از مرحوم شیخ طوسی نقل کردیم که ایشان می‌فرمایند نکاح به هم نمی‌خورد به شرط این که شبها سراغش نرود و در بعضی از عبارات هم داشت که روزها هم نمی‌تواند با او خلوت کند، یعنی مانند زوجه معلقه است. عبارتی را در درس گذشته از صاحب ریاض نقل کردیم که شبیه این عبارت را شیخ در نهایتاً «۶» دارد، ولی همین شیخ طوسی که در کتاب نهایی و تهذیب و استبصار قائل به بقاء زوجیت شده، در کتاب خلاف از این مبنا برگشته و قائل به مذهب مشهور شده و بین کتابی و وثنی فرقی نگذاشته است. ظاهراً کتاب خلاف بعد از کتابهای دیگر است پس باید عقیده ایشان را از این کتاب بگیریم. شیخ طوسی در کتاب خلاف بعد از نقل احکام وثنیین و شمردن مجوس از وثنیین می‌فرماید:

(۱) ح ۵، باب ۵ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۲) ح ۲، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۳) ح ۳، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۴) ح ۵، باب ۹، از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۵) ح ۷، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۶) نهاییه، ص ۴۵۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۴۲

و هكذا اذا كانا کتابیین فأسلمت الزوجه سواء كان في دار الحرب او في دار الاسلام و به قال الشافعي ... دليلنا: اجماع الفرقه و اخبارهم. «۱»

آیا ادّعی اجماع و اخبار برای این احکامی است که خواندیم یا احکامی که بعداً می‌آید؟ خیلی عجیب به نظر می‌رسد در نهایت آن چنان فتوی می‌دهند و در کتاب خلاف بر خلاف آن فتوی داده و می‌فرمایند اجماع الفرقه و اخبارهم، مگر این که بگوییم که این اجماع برای احکام بعدی است.

ادله:

۱- روایات:

یکی از ادله‌ای که بر قول مشهور دلالت دارد روایاتی است که قبلاً بیان شد که بعضی مطلق و بعضی خصوص یهود و نصاری را می‌گفت، مثل روایت عبد الرحمن بن الحجاج «۲» که در مورد یهود و نصاری بود و ما وثنی را به طریق اولویت از آن استفاده

کردیم بنابراین روایات گذشته ما بعضی مطلق و بعضی مقید، دلالت بر ما نحن فیه دارد و حتی می‌توانیم بگوییم این اخبار گرچه تعدادی از آنها ضعیف بود ولی به عمل مشهور جبران می‌شود. شیخ طوسی هم از قول خود برگشته، پس اجماع هم محقق می‌شود بنابراین اخبار گذشته ما، دلیل ما در مسأله است.

۲- استصحاب:

بعید نیست به استصحاب هم قائل شویم به این بیان که بگوییم در جایی که مدخوله نیست بحثی ندارد و آنجایی که مدخوله است بقاء نوعی زوجیت را استصحاب می‌کنیم و شبیه زوجیت در عده را ثابت می‌کنیم.

روایات معارض:

سه روایت داریم که با صراحت می‌گویند در جایی که شوهر کتابی و زن مسلمان شده بقیا علی نکاحهما همان طوری که در اصل مسأله داشتیم که مرد مسلمان شده و زن کتابی باشد.

... عن جمیل بن درّاج عن بعض اصحابنا

(مرسله است)

عن احدهما علیهما السلام انه قال فی الیهودی و النصرانی و المجوسی

(مجوسی در صف اهل کتاب قرار گرفته)

إذا اسلمت امرأته و لم یسلم قال: هما علی نکاحهما و لا یفرّق بینهما و لا یترک أن یرجعا من دار الاسلام الی الهجرة

(دار الهجرة به مدینه می‌گفتند و باید بر خلاف معمول معنا کنیم و نسخه‌ای در پاورقی «دار الکفر» دارد). «۳»

سند حدیث ضعیف و دلالت صریح است.

... عن بعض اصحابه، عن محمّد بن مسلم، عن ابی جعفر علیه السلام قال: انّ اهل الکتاب و جمیع من له ذمّة اذا اسلم احد

الزوجین فهما علی نکاحهما و لیس له أن یرجعا من دار الاسلام الی غیرها و لا یبیت معها و لکنه یأتیها بالنهار

(کنایه از این است که مواقعه‌ای نباشد (...)) «۴»

... عن سهل بن زیاد

(در سند سهیل بن زیاد است که ضعیف است)

عن محمّد بن عیسی، عن یونس قال: الذی تکون عنده المرأة الذمیة فتسلم امرأته قال: هی امرأته یكون عندها بالنهار و لا یكون

عندها باللیل قال: فان اسلم الرجل و لم تسلم المرأة یكون الرجل عندها باللیل و النهار

(با صراحت می‌گوید زن اوست). «۵»

این سه روایت به وضوح دلالت بر ما نحن فیه دارد ولی چند مشکل مهم دارد:

۱- این سه روایت ضعیف‌السند است، دو روایت مرسله و یک روایت هم در سندش سهل بن زیاد است که مشکل دارد، همچنین مشهور از این روایات اعراض کرده‌اند.

۲- چنین زنی در فقه نداریم و بی سابقه است، و ما سمعنا بها فی غیر هذا المورد.

ان قلت: این کار برای جلب شوهر به اسلام است.

قلنا: این کار دو مشکل دارد:

اولاً: در جایی نداریم که اهل کتاب را اجبار به اسلام کنند، بلکه اهل کتاب اهل ذمه هستند و در کنار ما زندگی می‌کنند.

ثانیاً: این ضرر عظیمی بر زن است، چرا که شوهر ازدواج می‌کند ولی زن کاری جز صبر نمی‌تواند بکند و امکان دارد از اسلام برگردد، بنابراین به نظر می‌رسد این حکم نامعقول است، پس این احادیث را کنار می‌گذاریم و یا می‌گوییم برای مدت عده است.

۹۸ ادامه مسئله ۴ ... ۲۴ / ۲ / ۸۲

بقی هنا شیء: مهریه

اشاره

اگر دخول حاصل شد که بحثی ندارد و باید مهریه را بدهد

(۱) کتاب النکاح، ج ۴، ص ۳۲۵، مسئله ۱۰۵.

(۲) ح ۶، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۳) ح ۱، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۴) ح ۵، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۵) ح ۸، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالكفر.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۴۳

ولی اگر دخول حاصل نشد آیا چنین زوجه‌ای مهر دارد؟ اقوال مختلف است و دو قول در مسأله وجود دارد.

قول اول: لا مهر له (قول مشهور).

قول دوم: وجوب مهر، که عده‌ای می‌گویند نصف مهر را می‌گیرد شبیه طلاق و عده‌ای می‌گویند تمام مهر را می‌گیرد (تشبیه به موت).

اقوال:

از کلمات صاحب جواهر استفاده می‌شود که کسی قائل به مهریه نشده و می‌فرماید:

أني لم أجد عاملاً به (هذا الحديث). «۱»

آنهايي که متعرض شده‌اند فتوای به عدم مهر داده‌اند.

ادلة قول به وجوب مهر:

اشاره

برای اثبات مهریه می‌توان به دو دلیل تمسک کرد:

۱- استصحاب:

قبل از اسلام آوردن مستحق مهریه بود الان هم که اسلام آورده مستحق مهریه است، البته اگر کسی در شبهات حکمیة استصحاب را جاری بداند. ممکن است کسی بگوید، سراغ قاعده اشتغال می‌رویم نه استصحاب، یعنی اشتغال یقینی، برائت یقینی می‌خواهد که

در این صورت دیگر فرقی بین شبهه حکمیّه و موضوعیّه نیست.

جواب از دلیل: قاعده اشتغال در اینجا درست نیست چون اشتغال یقینی نیست، یعنی بعد از آن که مسلمان شد اشتغال یقینی ندارد تا برائت یقینی بخواهد، بلکه استصحاب اشتغال دارد که باز هم به استصحاب برمی گردد. استصحاب هم که در شبهات حکمیّه جاری نیست.

۲- روایات:

چند روایت داریم که بازگشتش به یک روایت است.

... عن السکونی عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قال امیر المؤمنین علیه السلام فی مجوسیّه اسلمت قبل ان یدخل بها زوجها فقال امیر المؤمنین لزوجها: اسلم فأبی زوجها أن یسلم فقضی لها علیه نصف الصداق و قال: لم یزدها الا سلام الا عزّاً (کأنّ نكفرتن مهر ذلت است، پس مهرش را می گیرد). «۲»

جواب از دلیل: این روایت به خاطر سکونی ضعیف السند، ولی دلالت خوبی دارد. دو روایت دیگر هم داریم که در مستدرک الوسائل «۳» آمده، که در واقع همین حدیث و با همین مضمون نقل شده است. یکی از این دو حدیث از «جعفریات» و دیگری از «دعائم الاسلام» است که از نظر سند مشکل دارند، پس ظاهراً هر سه یک حدیث است.

اضف الی ذلک: این حدیث معرض عنهای اصحاب است اگر سندی هم می داشت چون اصحاب اعراض کرده اند قابل قبول نبود.

مرحوم آقای سبزواری هم در مهذب بعد از نقل این احادیث می فرماید:

محمول (حمل بر استحباب کنیم) أو مطروح. «۴»

ادله قول به عدم مهر:

اشاره

برای عدم مهر به دو دلیل تمسک کرده اند:

۱- لا ضرر:

ذمی چه گناهی کرده که زنش را از دست داده و مهر هم باید بدهد.

ان قلت: ضرر زوج ذمی را در نظر می گیرید، ضرر زن را هم در نظر بگیرید چون اگر این زن هم بدون مهر جدا شود، ضرر می کند، پس تعارض ضررین است.

قلنا: چون خودش اقدام بر ضرر کرده مهر ندارد و مؤید آن این است که در موارد فسخ در باب عیوب هر جا زن قبل از دخول فسخ کند مهر ندارد، جز در «عنن» که روایت دارد، اما در بقیه عیوب فسخ قبل از دخول مهر ندارد.

ان قلت: لا ضرر در مورد اسلام است شما در مورد اهل ذمه لا ضرر درست می کنید، به عبارت دیگر قاعده لا ضرر متنی است بر مسلمین نه بر کفار.

قلنا: معنی لا ضرر این نیست، بلکه معنایش این است که در اسلام قانون ضرری برای هیچ کسی نیست نه مسلمان و نه غیر مسلمان. پس لا ضرر شامل غیر مسلمین هم می شود.

۲- روایت:

قبلاً روایتی «۵» خواندیم که فرمود: اگر زن مسلمان شود و شوهر مسلمان نشود مهر ندارد که روایت صحیح السند و دلالتش محکم بود.

(۱) ج ۳۰، ص ۵۲.

(۲) ح ۷، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۳) ج ۱۴، ح ۲ و ۴، باب ۷ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۴) ج ۲۵، ص ۶۵.

(۵) ح ۶، باب ۹ از ابواب ما یحرم بالکفر.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۴۴

[مسئله ۵: لو ارتد احد الزوجین أو ارتداً معاً دفعنا قبل الدخول]

اشاره

۹۹ مسئله ۵ (فی الارتداد ... ۲۷ / ۲ / ۸۲)

مسئله ۵: لو ارتد احد الزوجین أو ارتداً معاً دفعنا قبل الدخول وقع الانفصاح فی الحال سواء كان الارتداد عن فطره أو ملئه و کذا (منفسخ می شود)

بعد الدخول اذا كان الارتداد من الزوج و كان عن فطره (اگر مرد مرتد فطری باشد واجب القتل است و توبه اش قبول نیست) و اما ان كان ارتداده عن ملئه (واجب القتل نیست)

او كان الارتداد من الزوجه (که در مدت عدّه صبر می کنیم)

مطلقاً (زن چه مرتد فطری باشد و چه ملئی، حکم او قتل نیست)

وقف الفسخ علی انقضاء العدّه فان رجع أو رجعت قبل انقضائها كانت زوجته و الّا انكشف أنّها بانت منه عند الارتداد.

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد نکاح مرتد با زن مسلمان یا مرتده با مرد مسلمان است، البتّه نکاح ابتدایی منظور نیست، چون مسلمان ابتداءً با مرتد و مرتده نمی تواند ازدواج کند، بلکه موضوع بحث استدامه نکاح است یعنی زن و شوهر مسلمان بوده اند و یکی مرتد شده، حکم چیست؟ برنامه اینها بی شباهت به برنامه و نتیجه و کتابیه نیست ولی تفاوت هایی دارد که به دلیل اهمیّت موضوع، بحث را قدری وسیع تر مطرح می کنیم.

در چهار کتاب از کتب فقهیه احکام مرتد ذکر شده است:

۱- کتاب الطهاره تحت عنوان نجاست کافر این بحث مطرح شده است. جواهر در جلد ۶ آن را ذکر کرده است.

۲- کتاب النکاح که در جلد ۳۰ از جواهر مطرح است.

۳- کتاب الارث که به مناسبت ارث مرتد در آن بحث می شود و در جلد ۳۹ جواهر آمده است.

۴- کتاب الحدود که تحت عنوان حد مرتد این بحث مطرح شده و در جلد ۴۱ جواهر آمده است.

ما در باب حدود، احکام مرتد را مفصلاً بحث کردیم و در اینجا عصاره ای از آن را بیان می کنیم.

مرتد فطری:

کسی است که نطفه او در زمان مسلمان بودن یکی از پدر و مادرش بسته شده و بعد از بلوغ اسلام را قبول کرده و سپس کافر شود.

مرتد ملی:

کسی است که حین انعقاد نطفه، پدر و مادرش هر دو کافر بودند.

حکم مرتد فطری:

اشاره

اصحاب ما در مورد مرتد فطری در چهار حکم اجماع دارند:

- ۱- زوجه‌اش از او جدا می‌شود.
 - ۲- اموالش بین ورثه تقسیم می‌شود.
 - ۳- در جایی که مرتد فطری مرد باشد کشته می‌شود.
 - ۴- توبه‌اش قبول نمی‌شود.
- آیا توبه مرتد فطری در جایی که مرد است ظاهراً و واقعاً قبول نمی‌شود (کما این که بعضی قائلند) یا فقط ظاهراً قبول نمی‌شود و حکم اعدام و تقسیم اموال و جدایی زوجه را دارد ولی عند الله قبول می‌شود که این قول، حق است.
- امّا اگر مرتد زن باشد از این چهار حکم، حکم قتل را ندارد بلکه حبس می‌شود و حبس او هم حدی ندارد و همچنین اگر مرتد ملی مرد باشد کشته نمی‌شود، بلکه او را توبه می‌دهند و دارای حدی است که در آن اختلاف شده و بعضی آن را سه روز و بعضی مطابق نظر حاکم دانسته‌اند که اگر توبه کرد قبول و اگر نکرد کشته می‌شود. قبل از ورود به بحث مسئله مهمی را که امروز مطرح است بیان می‌کنیم.

دلیل سختگیری اسلام در مورد حکم مرتد فطری:

اشاره

چرا اسلام بر مرتد فطری در جایی که مرد باشد تا این اندازه سخت‌گیری کرده به طوری که بالاترین مجازات (اعدام) را برای او در نظر گرفته است؟ و حال آن که مطابق آیه «لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ» «۱» اسلام دین رأفت و رحمت است و علاوه بر این مطابق آیه «وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ» «... ۲» اسلام دین تحقیق است؛ یعنی اگر مشرکین آیات خدا را شنیده و مسلمان نشدند و در حال تحقیق هستند آنها را سالم به وطنشان برگردانید. این سؤال در هر زمانی مطرح بوده و در زمان ما به دو دلیل بیشتر مطرح است:

۱- اسباب ارتداد زیاد شده است چرا که:

اولاً: شبهات زیاد شده.

ثانیاً: وسایل ارتباط جمعی در اختیار همگان قرار گرفته است.

و ثالثاً: سیاست با دیانت مخلوط شده و سیاستیون می‌خواهند مردم را از دین بیرون کنند، مخصوصاً از دین اسلام،

(۱) آیه ۲۵۶، سوره بقره.

(۲) آیه ۶، سوره توبه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۴۵

چرا که عامل عدم پذیرش سلطه و عدم سازش دین است.

۲- سلسله‌ای از تنظیمات بین المللی و برنامه‌های جهانی به نام حقوق بشر درست شده که معمول این برنامه‌ها بر اساس بی‌دینی است. یک فلسفه حقوق بشر کوبیدن مذاهب و ادیان و یکی از اصول آن، آزادی مذاهب است که از اصول خدشه‌ناپذیر بوده و اگر کشورها بخواهند به حقوق بشر پیوندند، باید تمام شئون آن را رعایت کنند. حال اگر اسباب ارتداد زیاد شود و از سوی دیگر حقوق بشر به اعدام مرتد اعتراض کند کار مشکل می‌شود.

ولی این حکم اسلام بسیار حساب شده است و اگر این حکم نبود اسلام تا کنون باقی نمی‌ماند.

در جواب این سؤال لازم است دو مقدمه را ذکر کنیم:

مقدمه اول: مرتد اقسامی دارد:

الف) مرتدی که شاک در دین شده و مذهب دیگری نپذیرفته است.

ب) مرتدی که از اسلام جدا شده و به دین دیگر داخل شده است.

گاهی شکها آمیخته با وسوسه و گاهی شک آمیخته با تحقیق است که اینها مرتد نیستند. هر یک از این دو قسم دو حالت دارند: حالت اول جایی است که اظهار کرده و تبلیغ می‌کند و دیگری جایی است که اظهار و تبلیغ نمی‌کند؛ مثلاً نماز نمی‌خواند و روزه نمی‌گیرد که چنین مرتدهایی به نظر ما حکم اعدام ندارد ولی مرتدهایی که تبلیغ می‌کنند احکام ارتداد و قتل را دارند.

مقدمه دوم: در اسلام یک قضیه تاریخی داریم که پایه حل مشکلات این بحث است

اشاره

و آن قضیه‌ای است که در شأن نزول آیه «وَقَالَتْ طَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ آمَنُوا بِالَّذِي أُنزِلَ عَلَيَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَجَهَ النَّهَارِ وَ أَكْفَرُوا آخِرَهُ لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ» (۱) آمده است.

طایفه‌ای از اهل کتاب گفتند بیاید صبح مسلمان شده و عصر برگردیم تا سبب تزلزل مسلمین شود.

در شأن نزول این آیه آمده است که دوازده نفر از علمای یهود قرار گذاشتند که صبح مسلمان شوند و شب از اسلام برگردند و وقتی پرسیدند چرا چنین می‌کنید بگویند که ادعای او (پیامبر) کذب است و علائم نبوت که در دین ما برای پیامبر آخر الزمان گفته شده در او نیست و با برگشتن ما که از علمای یهود هستیم مردم هم برمی‌گردند. خداوند از طریق وحی پرده از روی این ماجرا برداشت و فرمود که همه این کارها مقدمه‌ای برای ارتداد مسلمین است.

برنامه‌ای که آن روز عملی شد منحصر به آن زمان نبود و امروز هم شبیه آن برنامه وجود دارد که برای متزلزل کردن مسلمین اظهار اسلام می‌کنند و بعد برگشته و مسائل اسلامی را به باد استهزاء می‌گیرند. نمونه آن کتاب آیات شیطانی است که در آن مقدّسات را مسخره کردند، اسم آن هم برای تمسخر بود.

نویسنده در این کتاب داستانی را نقل کرده و می‌گوید جزیره‌ای بود که زنان آلوده‌ای در آن وجود داشت و اسم زنان پیامبر را بر آنان گذاشته و نعوذ بالله قصد دارد به زنان پیامبر نسبت آلودگی دهد.

اسلام جلوی این برنامه‌ها را گرفته است. امام (ره) قاطعانه در مقابل این کار ایستاد و دیگران حساب کار خود را کردند که نمی‌توان این گونه با اسلام بازی کرده و نسل جوان مسلمان را با این توطئه‌ها گمراه نمود. در داخل کشور هم چنین برنامه‌هایی را پیاده کردند، گاهی به ساحت مقدّس امام زمان، گاهی به دیگر ائمه علیهم السلام و گاهی نسبت به دستورات دینی، که اگر مقاومت مراجع نبود هر روز کتابی در این زمینه نوشته می‌شد که در این صورت چیزی از اسلام باقی نمی‌ماند.

زمانی که کسروی ظهور کرد در حالی که سابقه طلبگی و قلم قوی داشت، ابتدا به ساحت مقدّس امام صادق علیه السلام جسارت کرد، بعد به قرآن حمله کرد که آیات ذوالقرنین افسانه است. اگر در مقابل او سکوت می‌کردند دیگران هم همین برنامه را پیش می‌گرفتند و روشن است چه بر سر اسلام می‌آمد. پس در واقع این یک حکم سیاسی برای حفظ کیان اسلام است و این حکم سیاسی در برنامه‌های ممالک دیگر هم وجود دارد. ما نام این افراد را مرتدّ گذاشتیم، در شوروی سابق هم کسانی که از حزب خود برمی‌گشتند به عنوان مرتدّ حزبی آنها را اعدام می‌کردند. در

(۱) آیه ۷۲، سوره آل عمران.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۴۶

نظامات دنیای امروز هیچ کشوری قیام بر ضدّ حکومتش را نمی‌پذیرد و با آن مقابله می‌کند. گاهی تحت عنوان مبارزه با تروریست و گاهی تحت عنوان مبارزه با نظام یا مصالح عمومی با آنها مقابله می‌کنند، اسلام هم تحت عنوان مرتدّ چنین شدت عملی در مقابل چنین افرادی نشان داده است و اگر نبود این حکم، از داخل و خارج هجماتی می‌شد و اسلام متزلزل می‌گردید.

ان قلت: اسلام دین منطق است و از منطق نمی‌ترسد و در مقابل شبهات، منطقی برخورد می‌کند.

قلنا: اعداء با منطق پیش نمی‌آیند، آیا کتاب آیات شیطانی با آن نامش منطق است؟ نه اینها منطق نیست بلکه فخاشی است و اثر سوء دارد. اگر جوامع اسلامی از دستبرد دشمنان مصون مانده به جهت همین شدت برخورد با مرتدّین است و شیعه و اهل سنت در این مسأله اختلافی ندارند و فی الجمله این حکم را جاری می‌دانند و در عصر پیامبر و بعد از او هم بود. بعد از رحلت پیامبر عده‌ای از اسلام برگشته و قیام کردند که همان منافقین بودند و با شدت عمل با آنها برخورد شد.

در اینجا دو روایت داریم که نشان می‌دهد اسلام در مقابل مرتدّ هم تا حد امکان مماشات می‌کند. این دو روایت از نظر سند مشکل دارد ولی چون دلالت قوی است به عنوان مؤید می‌توان از آن استفاده کرد.

* و عنه علیه السلام: انه أتى بمستورد العجلی

(شخص مجهول الحالی است)

و قد قیل انه قد تنصّر

(نصرانی شده)

و علّق صلیباً فی عنقه

(تظاهر به مسیحیت می کند)

فقال له قبل أن يسأله و قبل أن يشهد عليه و يحكك يا مستورد أنه قد رفع اليّ أنك قد تنصرت و لعلك اردت أن تتزوج نصرانيه فنحن نزوجك ايها قال: قدوس قدوس

(مسیح خداست) [اشار بقوله هذا الى المسيح]

قال: فلعلك ورثت من نصراني فظننت انا لا نورثك، فنحن نورثك لا انا نرثهم و لا يرثونا قال: قدوس قدوس

(حضرت می خواهد محملی درست کند و او را نجات دهد)

قال: فهل تنصيرت كما قيل؟ فقال: نعم تنصيرت فقال امير المؤمنين عليه السلام [تعجبياً] الله اكبر فقال مستورد المسيح اكبر فأخذ امير

المؤمنين عليه السلام بمجامع ثيابه فاكبه لوجهه

(با صورت به زمین انداخت)

فقال: طؤوه

(پایمال کنید او را)

عباد الله فوطؤوه باقدامهم حتى مات. «۱»

این روایت می خواهد حتی الامکان پرده بیندازد و افشا نکند و اگر مسیحی شده تبلیغ نکند، ولی این شخص جسارت کرده و تبلیغ

می کند و حضرت بعد از اتمام حجّت، شدت عمل به خرج می دهد.

حدیث دومّ سندش معتبر است و فقط یک نفر مجهول الحال است.

...* أبو الطيفل

(مجهول الحال است ولی بقیه رجال سند خوب است)

انّ بنی ناجیه قوماً كانوا يسكنون الاسياف و كانوا قوماً يدعون في قریش نسباً و كانوا نصارى فاسلموا ثم رجعوا عن الاسلام فبعث

امير المؤمنين عليه السلام معقل بن قيس التميمي فخرجنا معه فلما انتهينا الى القوم جعل بيننا و بينه اماره فقال: اذا وضعت يدي على

رأسي فضعوا فيهم السلاح

(به آنها حمله کنید)

فأتاهم فقال: ما أنتم عليه

(بر چه دینی هستید)

و قالت طائفة: نحن كنا نصارى ثم اسلمنا ثم عرّفنا أنه لا خير من الدين الذي كنا عليه

(در اسلام خیری ندیدیم)

فرجعنا اليه

(پس از اسلام برگشتیم)

فدعاهم الى الاسلام ثلاث مرّات فأبوا فوضع يده على رأسه قال: فقتل مقاتليهم و سبي ذراريهم «... ۲»

پس مسأله برای جایی است که نوعی قیام بر ضد اسلام باشد (مرتد ملی).

تلخّص من جميع ما ذكرنا: این يك حکم سیاسی است و اگر نبود این حکم اسلام و کشورهای اسلامی در معرض هجمات بی منطق

دشمنان قرار می گرفت و شبیه این حکم سیاسی در جاهای دیگر هم هست.

در زمان پیامبر هم در میان اصحاب گروهی مرتد بودند و پیامبر اینها را می شناخت که گاهی اظهار می کردند ولی تبلیغ نمی کردند

و پیامبر آنها و منافقین را تحمّل می کردند، زیرا گاهی عناوین ثانویه ایجاب می کند که حکم بعضی از مرتدین اجرا نشود، در این

زمینه روایتی از پیامبر داریم که می‌فرماید:

... عن زرارة، عن احدهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله لو لا انى اكره ان يقال: ان محمداً استعان بقوم حتى اذا ظفر بعدوه قتلهم لضربت اعناق قوم كثير (منافقين یا مرتدین). (۳)

من کراحت دارم از این که مردم در گوشه و کنار بگویند که این پیامبر با عده‌ای آمد و وقتی جای پایش محکم شد دوستان خودش را کشت.

در زمان مرحوم امام (ره) هم ایشان گروهی را مرتد معرفی

(۱) مستدرک، ج ۱۸، ح ۴، باب ۱ از ابواب حد مرتد.

(۲) وسائل، ج ۱۸، ح ۶، باب ۳ از ابواب حد مرتد.

(۳) وسائل، ج ۱۸، ح ۳، باب ۵ از ابواب حد مرتد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۴۷

کردند ولی هیچ یک را اعدام نکردند، ولی بعضی از منافقین چون قیام کردند اعدام شدند، پس ما اینها را تحمل می‌کنیم ولی تحمل حساب دارد و اگر بنا باشد آزاد باشند، لم یستقر حجراً علی حجر.

۱۰۱ ادامه مسئله ۵ ... ۳۰ / ۲ / ۸۲

این مسأله دارای سه صورت است:

صورت اول: یکی از زوجین در ادامه نکاح مرتد شود یا هر دو مرتد شوند

و قبل از دخول باشد که در این صورت نکاح فسخ می‌شود. و فرق نمی‌کند مرتد فطری باشد یا ملّی و زن باشد یا مرد. همه فقها خاصه و عامه در آن متفقند و فقط یک نفر از علمای اهل سنت مخالف است.

صورت دوم: زوج مرتد ملّی و زوجه مرتد ملّی یا فطری باشد و دخول هم حاصل شده باشد،

در این صورت انتظار پایان عده را می‌کشیم اگر در زمان عده مسلمان شدند عقد به قوت خود باقی است ولی اگر در زمان عده مسلمان نشدند عقد از زمان ارتداد باطل است.

صورت سوم: مرد مرتد فطری است و بعد از دخول ارتداد حاصل شده،

در اینجا هم عقد فی الحال منفسخ می‌شود.

پس در دو صورت انفساخ فی الحال حاصل می‌شود و در یک صورت منتظر پایان عده می‌شویم و آن جایی است که زوج مرتد ملّی باشد.

از نظر اقوال ظاهراً تمام شقوق این مسأله (هر سه صورت) مورد اتفاق است و در بسیاری از شقوق اهل سنت هم با ما موافق هستند و در بعضی از شقوق بعضی از آنها مخالف هستند.

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد می فرماید:

فاعلم أنه متى ارتد أحد الزوجين قبل الدخول فسد النكاح في الحال عند عامة أهل العلم (این تعبیر در جایی گفته می شود که شیعه و سنی در آن اتفاق داشته باشند) ألا داود الظاهري ثم إن كان المرتد هو الزوجة فلا شيء لها (امام «ره» این قسمت را متعرض نشده است) لأنه فسخ جاء من قبلها قبل الدخول و إن كان هو الرجل فعليه نصف المسمى (... و در آخر فلا شيء می گوید) و یحتمل وجوب جميع المهر (... منوط به این است که فسخ از قبیل طلاق باشد که در این صورت نصف مهر ثابت است و اگر شبیه موت باشد منصف مهر نیست) إن كان الارتداد بعد الدخول وقف امر النكاح على انقضاء العدة ان كان الارتداد من الزوجة (نکاح موقوف بر پایان عده است به شرط این که ارتداد از ناحیه زوجه باشد یا ارتداد از ناحیه زوج و ارتداد ملی باشد) مطلقاً (ملی یا فطری) او من الزوج عن غیر فطره (... اگر برگشتند و مسلمان شدند عقد به قوت خود باقی است و اگر مسلمان نشدند عقد از حین ارتداد منفسخ است) بغير خلاف في ذلك عندنا و عند اكثر العامة ... و لو كان الارتداد من الزوج عن فطره بعد الدخول بطل النكاح في الحال (ادعای اجماع نمی کند ولی اجماعی است) و اعتدت عده الوفات. «۱»

مرحوم شیخ طوسی در خلاف همچنین ابن قدامه در مغنی قریب به این مطلب را دارند.

پس مسأله از نظر اقوال چنین است که از نظر اصحاب ما مسأله اجماعی است و در نزد عامه بعضی جاها اجماعی و در بعضی دیگر اکثر با ما موافق هستند.

ادله:

۱- اجماع:

همان گونه که گفته شد مسأله اجماعی است و مدرکی نبوده و به درد استدلال می خورد.

۲- قواعد:

غالب این شقوق یا همه اش موافق قاعده است. در جایی که زوج مرتد فطری است و دخول حاصل شده باشد، از هم جدا می شوند چون ازدواج کافر با مسلم جایز نیست مگر با اهل کتاب (لَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ) و مرتد هم کافر است پس علی القاعده نکاح باطل است.

چرا انتظار عده را نکشیم؟

چون توبه مرتد فطری قبول نمی شود اگر چه در نزد خدا قبول می شود (به نظر ما) پس مقتضای قاعده همین است که اگر شوهر مرتد فطری باشد عقد منفسخ می شود و انتظار پایان عده را نمی کشیم، چون انتظار پایان عده در جایی است که توبه قبول می شود علاوه بر این، عده هم عده وفات است یعنی شارع او را به منزله میت حساب کرده است. (البته این به عنوان مؤید خوب است ولی دلیل اصلی آن بعداً خواهد آمد).

(۱) ج ۱۲، ص ۴۱۰.

و اما جایی که قبل از دخول باشد باز حکم آن علی القاعده است، چون ازدواج با کافر جایز نیست و فقط یک صورت قابل گفتگو است و آن هم جایی است که زن مرتد شده و کتابی شود چرا که گفتیم مرد مسلمان می تواند زن یهودی یا نصرانی را در ادامه نکاح داشته باشد پس در صورت قبل از دخول، عقد هر دو باطل می شود چون کافر نمی تواند با مسلمان ازدواج کند مرد باشد یا زن، و امیا صورت دیگر جایی بود که مرد مرتد ملی و دخول حاصل شده است که در اینجا گفتیم انتظار پایان عده را می کشیم، چون توبه قبول است و شبیه مسائل سابقه (کفاری که مسلمان شدند) می شود که در آنجا بعد از دخول انتظار پایان عده را می کشیم.

آیا می توانیم ما نحن فیه را شبیه مسئله سوم و چهارم قرار دهیم و بگوییم ارتداد در جایی که توبه قبول می شود مثل آن مسائل است؟

ممکن است کسی الغاء خصوصیت کند پس این صورت هم علی القاعده می شود ولی ممکن است گفته شود که این قیاس مع الفارق و استحسان ظنی است و درست است که توبه هر دو قبول می شود ولی با هم فرق دارد و قابل مقایسه نیست. پس غالب صور مسأله را می توان تحت قاعده قرار داد و فقط تعبد محض نیست که روایات بر آن دلالت داشته باشد.

۳- روایات:

...* عن هشام بن سالم عن عمار الساباطی

(ثقه و فطحی مذهب)

قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الاسلام و جحد محمداً صلى الله عليه و آله نبوته و كذبه (انكار ضروریات وقتی به انكار نبوت برگردد ارتداد است)

فإن دمه مباح لمن سمع ذلك منه

(در صورتی که صبّ النبی کند مثلاً بگوید نعوذ بالله نبی کاذب است، اما اگر بگوید من اسلام را قبول ندارم هر کس نمی تواند خونس را بریزد و حاکم شرع باید خونس را بریزد)

و امرأته بائنة منه يوم ارتد و يقسم ماله علی ورثته و تعتد امرأته عده المتوفى عنها زوجها و علی الامام أن يقتله و لا یستتیه. «۱»

حدیث نه دخول و غیر دخول دارد و نه مرتد ملی و فطری، ولی ذیل هر دو را به دلالت التزامیه ثابت می کند چون این که می گوید زنش عده نگه دارد معلوم می شود که دخول بوده است و از تقسیم اموال هم می فهمیم که مرتد فطری بوده است.

این حدیث مسأله را در مورد مرتد فطری ثابت می کند.

۱۰۲ ادامه مسئله ۵ ... ۳۱ / ۲ / ۸۲

...* عن محمد بن یحیی، عن احمد بن محمد، جمیعاً عن ابن محبوب علی العلاء، عن محمد بن مسلم

(طریق معتبر است)

قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن المرتد فقال: من رغب عن الاسلام و كفر بما أنزل علی محمد صلى الله عليه و آله بعد اسلامه

(فطری و ملی ندارد)

فلا توبة له و قد وجب قتله و بانت منه امرأته و يقسم ما ترك علی ولده. «۲»

این روایت از «محمد بن مسلم» است که دو طریق دارد که در یک طریق «سهل بن زیاد» است که مشکل دارد و در طریق دیگر سهل بن زیاد نیست پس معتبر است.

این روایت هر چهار حکم را دارد ولی تمام مقصود ما را ثابت نمی کند چون:

اولاً: در مورد مرد است.

ثانیاً: در مورد مرتدّ فطری است و می‌گوید: «لا توبه له» پس دو شقّ دیگر مسأله را نمی‌گوید، شاید این که می‌فرماید «علی ولده» شاهد بر دخول باشد.

* و عن عدّه من اصحابنا، عن سهل بن زیاد، عن محمّد بن الحسن بن شّمون، عن عبد الله بن عبد الرحمن، عن مسمع بن عبد الملك (مشکل سندی دارد چون سهل بن زیاد در سند است، علاوه بر این محمّد بن الحسن بن شّمون دارد که روایاتش مورد قبول نیست و بعضی از علمای رجال او را تکذیب کرده‌اند. او صد و چهارده سال عمر کرده و تعداد اولادش زیاد بوده و یکی از ائمه به چهل نفر از عائله او انفاق می‌کردند بنابراین چند امام را درک کرده است)

عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قال امیر المؤمنین علیه السلام المرتدّ عن الاسلام تعزل عنه امرأته و لا تؤکل ذبیحته و یستطاب ثلاثة ایتام فان تاب و الّا قتل یوم الرابع. «۳»

این روایت هم از مدّعی ما کوتاه است و در مورد مرتدّ ملی است چون یستتاب می‌گوید و از دخول و لا دخول صحبت نمی‌کند پس تمام صور مسأله از این روایت قابل اثبات نیست.

...* عن ابی بکر الحضرمی

(عبد الله بن محمّد مجهول الحال و سند ضعیف است)

عن ابی عبد الله علیه السلام قال: اذا ارتدّ الرجل المسلم عن الاسلام بانته منه امرأته کما تبین المطلقه (مرتدّ فطری خارج)

(۱) وسائل، ج ۱۸، ح ۳، باب ۱ از ابواب حدّ مرتدّ.

(۲) وسائل، ج ۱۸، ح ۲، باب ۱، از ابواب حدّ مرتدّ.

(۳) وسائل، ج ۱۸، ح ۵، باب ۳ از ابواب حدّ مرتدّ.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۴۹

می‌شود چون مرتدّ فطری «کما تموت» است)

فان قتل أو مات قبل انقضاء العده فهی ترثه فی العده

(با این قسمت کاری نداریم بلکه با نکاح آن کار داریم «...» ۱)

این حدیث هم گوشه‌ای از مدّعا را ثابت می‌کند.

جمع‌بندی: ما سه راه برای اثبات مسأله داشتیم که یکی اجماع بود که همه صور را شامل می‌شد راه دوم قواعد بود که مجمعیین بعید است همه آن را قبول کنند، راه سوم روایات بود که بعضی از صور را می‌گفت پس برای اثبات مسأله یا باید سراغ اجماع برویم که مدرکی نیست و یا باید سراغ قواعد برویم.

نتیجه: الاقوی ما ذکره الاصحاب.

۱۰۳ ادامه م ۵ و ۶ (العده فی الارتداد ...) ۳ / ۳ / ۸۲

بقی هنا امور:

اشاره

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ
ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۴، ص: ۱۴۹

الامر الأول: اگر هر دو (زوج و زوجه) در آن واحد مرتد شوند

(مثلاً هر دو مسیحی شوند)، در آیین جدید نکاحشان باطل نیست و مطابق قانون است و بر اساس «لکل قوم نکاح»، از نظر اسلام هم صحیح است ولی ظاهر کلمات اصحاب این است که نکاح علی کل حال باطل می‌شود، در حالی که بطلان نکاح وجهی ندارد. از جمله کسانی که متعرض این مسأله شده‌اند صاحب جواهر است.

برای حکم به بطلان دو راه گفته شده:

راه اول: معاهدات و اطلاق روایات اقتضای بطلان می‌کند پس اجتماعات شامل ما نحن فیه می‌شود و حکم به بطلان می‌کنیم. جواب از دلیل: اگر بگوئیم اطلاق شامل این فرض نمی‌شود و از اینجا منصرف است در این صورت حکم به بطلان مشکل است. راه دوم: اگر مرتد، فطری باشد محکوم به اعدام و در حکم اموات است و عده هم عده وفات است بنابراین باید نکاح از بین برود، چون مثل این است که شوهر مرده باشد پس حکم به بطلان نکاح می‌کنیم و هكذا اگر مرتد ملی یا زن (مرتد ملی و یا فطری) باشد، چون مرتد ملی اگر چه فوراً اعدام نمی‌شود ولی اگر توبه نکند اعدام می‌شود پس آن هم به حکم اموات است و زوجه هم اگر توبه نکند محکوم به حبس ابد است که این هم در حکم اموات است پس از این راه بطلان نکاح ثابت می‌شود.

جواب از دلیل: این راه نیز قابل خدشه است، چون این یک کلام استحسان و ظنی است، چرا که اگر هم به حکم میت باشد در واقع میت نیست، مثلاً فرار کرده و یا در شرایطی است که حکومت اسلامی نمی‌تواند او را اعدام کند پس نمی‌توان آنها را به حکم اموات دانست.

نتیجه: راه دوم باطل و راه اول را هم اگر قائل به انصراف شویم باید بگوئیم به زوجیت باقی می‌مانند، منتهی جای احتیاط است.

الامر الثاني: اگر در عده ایمان نیاوردند کشف می‌شود فسخ نکاح از اول ارتداد بوده،

چون نکاح مسلمان با غیر مسلمان جایز نیست و این فرصت عده در واقع ارفاقی است و علی القاعده عقدشان باطل است، بنابراین اگر تا پایان عده توبه کردند کشف می‌شود که عقد صحیح است که این هم دلیل تعبیدی دارد، و وجه انفساخ از اول همان قاعده اولیه در باب نکاح مسلم با کافر است که چنین اقتضا می‌کند.

الامر الثالث: حکم مهر چیست؟

امام (ره) متعرض حکم مهر نشدند ولی بسیاری از علما متعرض شده و قائل به تفصیل شده‌اند که اگر ارتداد از ناحیه زوجه و قبل از دخول باشد چیزی به او تعلق نمی‌گیرد، چون خودش اقدام بر فسخ کرده است و اما اگر بعد از دخول باشد دیگر ضرری بر زوج نیست و در تعلق مهر یک بار بهره‌برداری از زوجه کافی است و استمرار آن شرط نیست، و اما اگر ارتداد از ناحیه زوج باشد خواه ملی یا فطری باید مهریه را بدهد، بعد از دخول که معلوم است باید تمام مهر را بدهد، ولی اگر قبل از دخول باشد این که تمام مهر را بدهد یا نصف را دو قول است:

بعضی گفته‌اند که نصف مهر را بدهد چون شبیه مطلقه است و در بعضی از روایات ظاهراً تعبیر به شبه طلاق دارد، در مقابل بعضی گفته‌اند باید تمام مهر را بدهد، چون تنصیف از آثار طلاق است و فسخ باعث تنصیف نمی‌شود به عبارت دیگر به محض نکاح،

استحقاق مهر حاصل شده و لو دخول هم حاصل نشده باشد، طلاق هم داده نشده، پس باید حکم تمام مهر را جاری کنیم. مرحوم صاحب ریاض می‌فرماید:

(۱) وسائل، ج ۱۷، ح ۴، باب ۶ از ابواب موانع ارث.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۵۰

ولا یسقط من المهر هنا و فی السابق شیء. «۱»

اگر شک کنیم که تمام مهر را بدهد یا نصف مهر را، می‌گوییم تمام مهر با نکاح مستقر شد حال شک داریم که نصف شده یا نه، اگر استصحاب را در شبهات حکمیّه جاری بدانیم می‌توانیم به استصحاب تمسک کرده و تمام مهر را ثابت کنیم و اگر استصحاب را در شبهات حکمیّه جاری ندانیم می‌توانیم به عمومات تمسک کنیم. به همین جهت است که زن بعد از عقد می‌تواند شرط کند که تا مهرم را نگیرم تمکین نمی‌کنم پس به مجرد نکاح تمام مهر می‌آید و طلاق است که آن را نصف می‌کند نه این که به مجرد عقد نصف مهر و با دخول نصف دیگر بیاید.

[مسأله ۶: العده فی الارتداد]

اشاره

مسأله ۶: العده فی ارتداد الزوج عن فطره کالوفاء و فی غیره کالطلاق.

اقوال:

این مسأله از نظر اقوال مسلم است.

مرحوم صاحب ریاض بعد از ذکر احکام می‌فرماید:

و ظاهر الاصحاب الاتفاق علی حکم و مقدار العده و تعتد زوجته عده الوفاة اجماعاً. «۲»

مخالفی هم در مسأله نقل نشده است.

ادلّه:

الف) در جایی که عده زن عده طلاق است:

در مرتدّ ملّی و در جایی که زوجه مرتدّ شود مطلقاً (ملی یا فطری) حکم علی القاعده و اصول است و فسخ در این موارد به حکم طلاق است و عده آن عده طلاق.

ب) در جایی که عده زن عده وفات است:

اشاره

در مرتد فطری عدّه زن عدّه وفات است و چند دلیل برای آن ذکر شده است.

۱- اجماع:

به عنوان مؤید خوب است.

۲- روایت عمار ساباطی:

روایت می فرمود:

«و تعتد امرأته عدّه المتوفی عنها زوجها». «۳»

که روایت معتبر است.

۳- استحسان:

گاهی در اینجا استحسان سابق را پیش کشیده‌اند به این بیان که مرتد فطری به حکم اموات است چون توبه‌اش قبول نمی‌شود، بنابراین مانند میت بین احیاء است.

جواب از دلیل: اطلاق میت مجازاً است و حقیقتاً میت نیست و آثار میت بر آن جاری نمی‌شود، پس دلیل ما همان اجماع و روایت عمار است.

[مسئله ۷ (فی نکاح النصاب و الغلاء)]

اشاره

۱۰۴ مسئله ۷ (فی نکاح النصاب و الغلاء...) ۸۲ / ۳ / ۴

مسئله ۷: لا يجوز للمؤمنه ان تنكح الناصب المعلن بعداؤه اهل البيت عليهم السلام و لا الغالی المعتقد بألوهیتهم أو نبوتهم و كذا لا يجوز للمؤمن أن ينكح الناصبیه و الغالیه لانهما بحکم الكفار و ان انتحلا دين الاسلام (دين اسلام را به عنوان دين خودش پذیرفته است).

عنوان مسأله:

در این مسأله بحث در ناصبی و غلات است و می‌فرماید زن مؤمنه نمی‌تواند همسر یک مرد ناصبی یا یکی از غلات شود و همچنین مرد مؤمن هم نمی‌تواند با زن ناصبی یا غلات ازدواج کند.

مسأله در واقع دو صورت دارد یکی بحث غلات است و دیگری بحث نصاب، و هر کدام دو شاخه دارد گاهی زن، ناصبی یا غالی است و گاهی مرد، ولی چون از نظر حکم و ادله (غیر از روایات) با هم شریک هستند آنها را با هم ذکر می‌کنیم.

اقوال:

مسأله از نظر اقوال اجماعی است چرا که کفر غلات و نصاب اجماعی است که در بحث نجاست الکافر در جواهر «۴» از آن بحث

شده و ادعای اجماع شده است.

ادله:

۱- اجماع:

اگر نگویید اجماع مدرکی است همین اجماع برای ما ثابت می‌کند که نکاح با ناصبی و غلات باطل است و نقل خلاف هم نشده پس نوعی اجماع محصل است.

۲- عمومات بطلان نکاح کافر و کافره:

غلات کسانی هستند که در مورد ائمه علیهم السلام تجاوز از حد کرده‌اند، و نصاب کسانی هستند که آنها را دون الحد می‌دانند. مصداق کلام مولی علیه السلام که می‌فرماید:

(۱) ج ۱۰، ص ۲۴۱.

(۲) ج ۱۰، ص ۲۴۰ و ۲۴۱.

(۳) ج ۳، باب ۱، از ابواب حد مرتد.

(۴) ج ۶، ص ۶۷-۴۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۵۱

هلک فی رجلان محبّ غال و مبغض قال

(کسی که بد و بیراه می‌گوید) هر دو گمراه هستند. همچنین فرمودند:

بر ما پیشی نگیرید و از ما هم عقب نمایند بلکه همراه ما باشید.

غلات کسانی هستند که به الوهیت علی علیه السلام یا بعضی دیگر از ائمه علیهم السلام قائل هستند. این عدّه توحیدشان صحیح نیست به این بیان که یا علی علیه السلام را در کنار خدا قرار می‌دهند و یا منکر خدایی، غیر از علی علیه السلام هستند که اینها همه کافرنند.

بعضی گفته‌اند که کافر بودن اینها به خاطر انکار الوهیت نیست بلکه خدا را علی علیه السلام می‌دانند (مثل غلات زمان ما که در بین بعضی از مداحان پیدا شده و باعث می‌شود نسبت‌های نادرستی به شیعه دهند) و خطای مصداقی دارند، یعنی به ائمه نسبت خدایی می‌دهند بنابراین کفر اینها به جهت انکار ضروریات است نه انکار الوهیت، (ضرورت دین این است که ائمه خالق، رازق و... نیستند، بلکه خداوند خالق و رزاق است).

و لکن الانصاف: در عرف متشرّعه اینها را منکر خدا می‌دانند چون آن الهی که در قرآن آمده، قبول ندارند و اگر علی را به عنوان «الله» بپذیرند آن الله را که در قرآن است قبول نکرده‌اند پس کفر اینها به سبب انکار الوهیه یا نبوت است و لو منکر ضروریات هم باشند.

دلیل بر کفر ناصبی‌ها همان روایاتی است که دلیل بر نجاست نواصب است و در کتاب الطهاره در باب نجاست کفار آمده است

پس اینها هم بالاجماع کافر هستند.

ناصبی کیست؟ آیا عداوت اهل بیت معیار است یا عداوت شیعه؟ آیا صَبِّ و لعن معیار است یا نه؟ که بحث از آن بعداً خواهد آمد. حال که کفر غلات و ناصبین ثابت شد به مقتضای «وَلَا تُمَسِّكُوا بَعْضَ الْكُوفِرِ» بطلان نکاح آنها ثابت می شود چه ابتداءً و چه استدامهً الا مواردی که استثنا شده بود (کتابیه).

۳- روایات خاصه:

اشاره

در اینجا ادلّه نواصب از ادلّه غلات جدا می شود. در باب ۱۰ از ابواب ما یحرم بالکفر هفده روایت در خصوص ناصبی آمده است که بسیاری از این روایات بر ما نحن فیه دلالت دارد، بعضی ضعیف السند و بعضی صحیح السند است ولی چون متضافر است از اسناد آنها بحث نمی کنیم.

طایفه اول: احادیث فضیل بن یسار

اشاره

از مجموع احادیث این باب شش حدیث از فضیل بن یسار است. آیا یک حدیث بوده که به عبارات مختلف نقل شده است؟ بعید است، چون بعضی از این روایات از امام صادق علیه السلام و بعضی از امام باقر علیه السلام است و مضامین آنها هم مختلف است، بعضی در مورد زن ناصبی و بعضی در مورد مرد ناصبی است.

از لابه لای روایات معلوم می شود که فضیل یا بصری بوده و یا در بصره رفت و آمد زیادی داشته است و بگفته خودش در یکی از روایات، در بصره ناصبی ها زیاد بوده اند و لذا به حکم ابتلاء، فضیل از ناصبی ها زیاد سؤال کرده است.

... عن فضیل بن یسار عن ابی عبد الله علیه السلام قال: لا یتزوِّج المؤمن الناصبه المعروفه بذلك. (۱)

... عن الفضیل بن یسار عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قال له الفضیل:

أزوِّج الناصب؟ قال: لا و لا کرامه

(فایده و برکتی ندارد)

قلت: جعلت فداک و الله انی لا قول لک هذا و لو جاءنی بیت ملآن دراهم ما فعلت

(فضیل می گوید من منظورم سؤال از حکم بود و الا اگر بخواهند ناصبی ها دختر مرا بگیرند و در مقابل یک خانه پر از درهم کرده

و به من بدهند من دخترم را به آنها نمی دهم). (۲)

... عن الفضیل بن یسار قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام انّ لامرأتی أختا عارفه علی رأینا

(مذهب ما)

و لیس رأینا بالبصره الا قلیل فأزوِّجها ممّن لا یری رأینا؟

(کسی که این عقیده را ندارد)

قال: لا و لا نعمه، انّ الله عزّ و جلّ یقول: «فلا تزجوهنّ إلی الکفار لا هنّ حلّ لهم و لا هم یحلونّ لهنّ». (۳)

... عن الفضیل بن یسار قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن نکاح الناصب فقال: لا و الله ما یحلّ قال فضیل: ثم سألته مرّة أخرى

فقلت:

جعلت فداک ما تقول فی نکاحهم؟ قال: و المرتد عارفة؟

(شیعه است)

قال: عارفة، قال: ان العارفة لا توضع الا عند عارف. «۴»

... عن الفضیل بن یسار قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن المرأة العارفة هل أزوجه الناصب؟ قال: لا، لأن الناصب كافر

الحديث. «۵»

... عن فضیل بن یسار عن ابی عبد الله علیه السلام قال: ذکر النّصاب

(۱) ح ۱، باب ۱۰ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۲) ح ۲، باب ۱۰ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۳) ح ۴، باب ۱۰ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۴) ح ۵، باب ۱۰ از ابواب ما یحرم بالكفر.

(۵) ح ۱۵، باب ۱۰ از ابواب ما یحرم بالكفر.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۵۲

فقال: لا تناکحهم

(نه زن بگیرد و نه زن بدهد)

و لا تأکل ذبیحتهم و لا تسکن معهم. «۱»

جمع بندی:

اگر جز این شش روایت، روایتی دیگر نبود برای ما کافی بود. از مجموع این روایات استفاده می شود که فضیل گرفتار این مسأله بوده و کراراً سؤال کرده است و از ضمیمه اینها به هم حکم مسأله روشن می شود.

۱۰۵ ادامه مسئله ۷ ... ۵ / ۳ / ۸۲

طائفة دوّم: نهی صریح

این طایفه صراحتاً از ازدواج با نصاب نهی می کند:

... عن عبد الله بن سنان قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الناصب الذی قد عرف نصبه و عداوته هل یزوجه المؤمن و هو

قادر علی ردّه و هو لا یعلم برده؟

(نمی فهمد که به خاطر ناصبی بودن او را رد کرده ایم تا خلاف تقیه شود و مشکلاتی ایجاد کند)

قال: لا یتزوج المؤمن الناصبه و لا یتزوج الناصب المؤمنه و لا یتزوج المستضعف

(کسانی که عقل و هوش کافی برای انتخاب مذهبی ندارند)

مؤمنه. «۲»

... عن الحلبي

(سند معتبر است)

عن ابی عبد الله علیه السلام انه اتاه قوم من اهل خراسان من وراء النهر
(به قسمتی از ترکمنستان و شمال افغانستان که خراسان شامل آنجا هم می شد)
فقال لهم:

تصافحون اهل بلادکم و تناکحونهم

(لا بد عیش این است که آنها ناصبی بوده اند)

أما أنکم اذا صافحتموهم انقطعت عروءه من عری الاسلام و اذا ناکحتموهم انهتک الحجاب بینکم و بین الله عزّ و جلّ
(تعبیر شدیدی است). «۳»

اگر بگوییم اسلام در آن زمان آنجا را فتح کرده بود و مشکل آنها این بوده که دشمن اهل بیت بوده اند در این صورت به بحث ما مربوط است و اگر بگوییم اسلام هنوز به آنجا نرسیده بود و آنها غیر مسلمان بوده اند، در این صورت روایت از بحث ما خارج است.

* محمد بن علی بن الحسین

(صدوق)

باسناده عن الحسن بن محبوب عن سلیمان الحمار قال: لا ینبغی للرجل المسلم منکم أن یتزوج الناصبی
(مقابله مسلم با ناصبی دلالت دارد که ناصبی مسلمان نیست)

و لا یتزوج ابنته ناصبیا

(ممکن است کسی بگوید که «لا ینبغی» دلالت بر حرمت ندارد ولی از ذیل استفاده حرمت می شود)

و لا یطرحها عنده. «۴»

* قال: و قال النبی صلی الله علیه و آله:

(مرسله صدوق است و بین مرسلات صدوق که «روی» می گوید و بین آنجا که نسبت قطعی می دهد و «قال» می گوید فرق است و این مرسلات قدرت بیشتری دارد)

صنفان من امتی لا نصیب لهم فی الاسلام الناصب لاهل بیتی حرباً و غال فی الدین مارق منه

(تیر که از کمان خارج می شود به آن «مَرَق» می گویند) و من استحلّ لعن امیر المؤمنین علیه السلام (آیا کلام پیامبر است یا صدوق؟) و الخروج علی المسلمین و قتلهم حرمت مناکحته لانّ فیها الالقاء بالایدی الی التهلکة و الجهال یتوهمون انّ کل مخالف

ناصب و لیس کذلک (ظاهراً از «من استحلّ» کلام صدوق است در کلام قدما این خلطها متأسفانه وجود دارد). «۵»

طائفة سؤم: فعل ائمه

روایاتی که فعل ائمه علیهم السلام را بیان می کند و می توان از این احادیث حرمت را استفاده کرد منتهی در احادیث از طلاق صحبت شده که فقط برای حفظ ظاهر بوده است.

* و عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن ابن فضال عن ابن بکیر عن زرارة

(سند معتبر است)

عن ابی جعفر علیه السلام قال: کانت تحته امرأة من ثقیف

(از طایفه بنی ثقیف)

و له منها ولد یقال له ابراهیم فدخلت علیها مولاة لثقیف

(کنیزی از طایفہ بنی ثقیف)

فقلت لها

(زن امام باقر علیہ السلام)

: من زوجک هذا؟ قال: محمد بن علی قالت:

فان لذلك اصحاباً بالكوفة قوماً يشتمون السلف

(به خلفا بد می گویند)

و يقولون و يقولون

(حرفهایی در مورد خلفا می گویند)

قال: فخلی سبیلها

(کأن جمله‌ای در تقدیر است، یعنی زن ثقیفی بعد از شنیدن این قضیه ناراحت شد و نشان دهنده این است که ناصبیّه بوده و وقتی

که امام احساس کرد که زن ثقیفی از این که اصحابش به خلفا بد می گویند ناراحت شده است امام او را رها کرد)

قال:

(زراره)

فرأیته بعد ذلك قد استبان علیه

(شاید زن صفات خوب زیادی داشته است ولی به جهت این نقطه ضعف امام او را رها کرده و آثار ناراحتی در وجود امام ظاهر

شده)

و تضعع من جسمه شیء قال: فقلت له: قد استبان عليك فراقها قال: و قد رأيت ذلك؟ قال: قلت: نعم. «۶»

(۱) ح ۱۶، باب ۱۰ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۲) ح ۳، باب ۱۰ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۳) ح ۱۲، باب ۱۰ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۴) ح ۱۳، باب ۱۰ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۵) ح ۱۴، باب ۱۰ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۶) ح ۶، باب ۱۰ از ابواب ما یحرم بالکفر.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۵۳

از مجموع روایت استفاده می شود که زن ثقیفی تمایلات مخالف اهل بیت علیهم السلام داشته و با وجود تمام نقاط مثبتی که داشته

است حضرت او را رها کرده و از تمام نقاط قوت او چشم پوشیدند و شاید ناراحتی ایشان به این جهت بوده که چرا از اول او را

نشناخته و بچه دار هم شده است.

* و بالاسناد عن زرارة

(سند معتبر است)

عن ابی جعفر علیه السلام قال: دخل رجل علی بن الحسین علیهما السلام فقال: ان امرأتک الشیبانیة

(طائفه بنی شیبان)

خارجیة تشتم علیاً علیه السلام فان سرک

(خوشتان می آید)

عن أسمعك ذلك منها اسمعتك

(به شما نشان دهم که در غیاب شما لعن و شتم می کند)

قال: نعم، قال: فإذا كان حين تريد أن تخرج كما كنت تخرج فعد فاکمن في جانب الدار قال: فلما كان من الغد كمن في جانب الدار

و جاء الرجل فكلّمها فتبين منها ذلك فخلّى سبيلها و كانت تعجبه

(به حسب ظاهر حال مورد علاقه اش بود). «۱»

بقی هنا شیء: ناصبی کیست؟

اشاره

آیا با خوارج یکی است؟ آیا کسی است که دینش عداوت است و عداوت دارد؟ آیا کسی است که غیر معصومین را بر آنها ترجیح

می دهد؟ آیا کسی است که با شیعه مخالف است؟ و یا منکر فضائل اهل بیت علیهم السلام است؟

صاحب جواهر و دیگران در بحث نجاست کفار بحث ناصبی را عنوان کرده اند که در جلسه آینده آن را دنبال خواهیم کرد.

۱۰۶ ادامه مسئله ۷ ... ۶ / ۳ / ۸۲

بقی هنا شیء:

ناصبی کیست؟

ناصبی در چهار کتاب (کتاب الطهارة، کتاب النکاح، کتاب الارث و کتاب الحدود) احکام دارد پس باید موضوع آن معلوم شود و

بدانیم ناصبی کیست تا احکام را بر او جاری کنیم. درباره معنای ناصبی تفاسیر و احتمالات متعددی موجود است که پنج احتمال و

تفسیر مهمّ را عرض می کنیم:

تفسیر اول: تفسیری که جمعی از بزرگان دارند و می فرمایند: «الناصبی من یستدین بیغض علی»

، قاموس در این زمینه می گوید:

و النواصب و الناصبیة و اهل النصب المتدینون بیغضه علی علیه السلام لأنهم نصبوا له ای عادوه. «۲»

«نصب» در لغت معانی متعددی دارد:

الف) به معنی تعب، خستگی و ناتوانی، در سوره کهف به این معنی آمده است.

«فَلَمَّا جَاوَزَا قَالَ لِفَتَاهُ آتِنَا غَدَاءَنَا لَقَدْ لَقِينَا مِنْ سَفَرِنَا هَذَا نَصَبًا.» «۳»

ب) به معنی علامت و اظهار کردن چیزی، قرآن می فرماید:

«وَمَا أَكَلِ الشُّبُعِ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ» «۴» که یکی از گوشت های حرام، گوشتی بود که قربانی بت های منصوب و

نمایان می کردند. بنابراین انصاب بت هایی است که نصب کرده و آن را عبادت می کردند و آشکار بود.

ج) به معنی تظاهر به دشمنی، نصب له ای عاده، شاید این معنی هم از معنای دوّم گرفته شده باشد که به معنی تظاهر بود.

در تفسیر اول تدین به بغض علی علیه السلام یا اهل بیت علیهم السلام جزء معنی است، یعنی این را جزء دینش قرار داده است که

در خیلی از عبارات علما هم آمده است و روایاتی هم داریم که ناصبی را به همین معنی تفسیر می‌کند:

... عن عبد الله بن ابي يعفور

(بعید نیست که سند معتبر باشد اگر چه صاحب جواهر تعبیر به خبر ابن ابی یعفور دارد)

عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث قال: و ايتاك أن تغتسل من غسله الحمام

(حمام‌های سابق دارای مخزن آبی بود که در پایین آن شیری قرار داشت و زیر آن یک حوضچه کوچکی بود، آب از منبع در

حوضچه می‌ریخت و با ظرفی از آن آب بر روی خود می‌ریختند و خود را شستشو می‌دادند، آب‌های زائد در چاهکی جمع می‌شد

و بعضی به خاطر شلوغ بودن حمام از آب آلوده همان چاهک استفاده می‌کردند که در احادیث متعددی از آن نهی شده است)

ففيها تجتمع غسله اليهودي و النصراني و المجوسي و الناصب لنا اهل البيت

(شاهد در این تعبیر است و از این که ناصبی در کنار یهود و نصاری قرار داده شده معلوم می‌شود که مذهبش ناصبی بودن است)

فهو شرهم فان الله تبارك و تعالى لم يخلق خلقاً انجس من الكلب و ان الناصب لنا اهل البيت لأنجس منه. «۵»

* قال: و قال النبي صلى الله عليه و آله: صنفان من ائمتي لا نصيب لهم في الاسلام

(۱) ح ۷، باب ۱۰ از ابواب ما يحرم بالكفر.

(۲) قاموس المحيط، مادة نصب.

(۳) آیه ۶۲، سوره كهف.

(۴) آیه ۳، سوره مائده.

(۵) وسائل، ج ۱، ح ۵، باب ۱۱ از ابواب ماء مضاف.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۵۴

الناصر لاهل بيتي حرباً و غال في الدين مارق منه

(چون روایت «و الغلات» دارد معلوم می‌شود که ناصبی، مذهبش این است «...» ۱)

* دعائم الاسلام عن ابي جعفر محمد بن علي عليهما السلام أنه قال في حديث: فأما اهل النصب لآل بيت محمد صلى الله عليه و آله

و العداوة لهم من المبائين ذلك

(تظاهر می‌کنند)

المعروفين به الذين ينتحلونه دينا

(پذیرای دین می‌شوند)

فلا تخالطوهم و لا توادوهم و لا تناكحوهم. «۲»

تفسیر دوم: ناصبی کسانی هستند که عداوة اهل بیت عليهم السلام دارند ولی آن را مذهب خودشان اقرار نمی‌دهند

مثل شامیان که دشمن اهل بیت عليهم السلام بودند ولی معلوم نیست که آن را جزو مذهب خودشان قرار داده بودند، مگر این که

گفته شود اگر عداوتی داشته‌اند جنبه دینی داشته نه این که دعوای آب و ملک بوده باشد، پس اگر این معنی مصداقی پیدا کند

نمی‌توانیم بگوییم که چنین شخصی ناصبی است، چون دلیلی نداریم که این سبب کفر شود.

تفسیر سوّم: ناصبی کسی است که عداوت شیعه داشته باشد نه عداوت اهل بیت علیهم السلام فقط،

و دلیل آن روایتی است که به مناسبت این که مال ناصب مثل مال کافر حربی است، نقل شده است. ...* عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام قال: ليس الناصب من نصب لنا اهل البيت لا تترك لا تجد رجلا يقول انا ابغض محمداً و آل محمداً و لكن الناصب من نصب لكم و هو يعلم انکم تتولوننا و انکم من شيعتنا. «۳» دشمن شیعه است که این هم به معنی اوّل برمی گردد به این معنی که چون نسبت به پیامبر صلی الله علیه و آله و آل او نمی توانستند اظهار عداوت کنند، لذا با شیعیان آنها عداوت می کردند چون آنها ائمه علیهم السلام را دوست داشتند. نکته: اهل سنّت و خصوصاً وهابی ها گاهی با ما مخالفت می کنند به این جهت که می گویند شما دوستان واقعی اهل بیت علیهم السلام نیستید، بلکه ما پیرو واقعی هستیم و دلیل آن تبلیغات سوئی بوده که بر علیه شیعه شده است، همان گونه که بعضی از شیعه ها می گویند سنّی واقعی ما هستیم، چون با به سنّت پیامبر عمل می کنیم. حال اگر این معنی را بگوییم و لو خطا و اشتباه است ولی این ناصبی نمی شود، چون دشمنی اش با شیعه مربوط به این است که شیعه را پیروان واقعی اهل بیت نمی داند.

تفسیر چهارم: ناصبی کسی است که غیر علی را بر علی علیه السلام ترجیح می دهد

و روایتی هم در این زمینه داریم: * محمد بن ادریس فی آخر السرائر نقلًا من کتاب مسائل الرجال عن محمد بن احمد بن زیاد و موسی بن محمد بن علی بن عیسی قال: کتبت الیه یعنی علی بن محمد علیهما السلام (امام هادی) اسأله عن الناصب هل احتاج فی امتحانه الی اکثر من تقدیمه الجبت و الطاغوت و اعتقاد امامتهما؟ فرجع الجواب: من کان علی هذا فهو ناصب. «۴»

تفسیر پنجم: هر مخالفی ناصبی است،

یعنی غیر شیعه همه ناصبی هستند، به دلیل «من مات و لم يعرف امام زمانه مات میتة الجاهلیة». آیا می توان ناصبی را این قدر توسعه داد؟ از این پنج معنی کدام قابل قبول است؟ ۱۰۷ ادامه مسئله ۷ ... ۷ / ۳ / ۸۲

بررسی تفاسیر:

این احتمالات تفسیری را از انتها به ابتدا بررسی می‌کنیم:

تفسیر پنجم:

احتمال آخر به قول مرحوم صدوق حرف جهال و خلاف سیره مستمره ائمه علیهم السلام است چرا که با غیر شیعه رابطه داشتند و هم غذا می‌شدند و گاهی از هم درس می‌خواندند، مثلاً اصحاب علی علیه السلام در کوفه همه شیعه خالص نبودند، پس احتمال آخر را نمی‌توان پذیرفت، البته ما در مسئله هشتم این موضوع را مفصل بحث می‌کنیم، و من العجب در باب ۱۰ از ابواب حد مرتدّ بیش از پنجاه روایت داریم که می‌گویند مخالفین کافر هستند، که آنها را معنی خواهیم کرد.

تفسیر چهارم:

خلاف سیره است چون بسیاری از آنها که غیر ائمه را برائمه علیهم السلام برتری می‌دهند به خاطر خطا و اشتباه است به طوری که اگر یک خطبه علی علیه السلام را ببینند خواهند فهمید که در اشتباهند و کسی به مجرد خطا و اشتباه ناصبی نمی‌شود.

تفسیر سوم:

مطلب تازه‌ای نیست و بازگشتش به احتمال

(۱) ح ۱۴، باب ۱۰ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۲) مستدرک، ج ۱۴، ح ۱، باب ۸ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۳) وسائل، ج ۶، ح ۳، باب ۲ از ابواب ما یجب فیہ الخمس.

(۴) وسائل، ج ۶، ح ۱۴، باب ۲ از ابواب ما یجب فیہ الخمس.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۵۵

اول است چون اسم علی علیه السلام را نمی‌تواند ببرد شیعه را دشمن می‌دارد پس در واقع در کانون دلش دشمن علی علیه السلام است.

تفسیر دوم:

مصدق کمی دارد و در زمان خاص و مربوط به گروه خاصی است.

تفسیر اول:

همان احتمال است، که در زمان ما مصداقی جز خوارج ندارد.

نتیجه: موضوع ناصبی همان قسم اول است.

۱۰۸ ادامه م ۷ و ۸ (فی نکاح المخالف ...) ۱۰ / ۳ / ۸۲

غلات کافر هستند و ازدواج با آنها باطل است خواه زوج باشد یا زوجه و یا ابتدا باشد یا استدامه.

۱- اجماع:

مسأله اجماعی و اختلافی در آن نیست.

۲- کفر غلات:

غلات کافر هستند و هر کافری نکاحش باطل است.

دلیل کفر غلات:

علت آن یکی از دو چیز است:

الف) منکر الوهیت و نبوت هستند، یعنی خدا را قبول ندارند و مثلاً علی علیه السلام را خالق می‌دانند و یا علی علیه السلام را بالاتر از پیامبر صلی الله علیه و آله می‌دانند.

ب) منکر ضرورات دین هستند یعنی علی علیه السلام را خالق یا رازق می‌دانند (مثل حدیث مجعول «خطبة البیان» «۱» و یا شریک پیامبر می‌دانند.

واسطه فیض بودن اگر به این معنی باشد که خداوند فیض را به واسطه اینها به بندگان می‌دهد این درست است ولی اگر منظور خالقیت و رازقیت باشد باطل است. معنی «بیمنه رزق الوریاء» این است که خدا عالم را برای انسان کامل آفریده است، بنابراین هدف غایی خلقت انسان کامل است و مصداق اتم آن پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و ائمه علیهم السلام و انبیاء بوده‌اند، پس عالم برای آنان آفریده شده، بنابراین اگر گناهکاران روزی می‌خورند به خاطر آنهاست، مثل این که علف هرزه‌های اطراف نهرها از آبی که برای درختان پربار جاری شده استفاده می‌کنند.

مرحوم علامه مجلسی در مورد فلسفه صد تکبیر قبل از زیارتها، فرموده: طبع تمایل به غلو دارد و لذا گفته شده که صد بار تکبیر بگویید.

بعضی خیال می‌کنند هرچه بیشتر غلو کنیم ولایتمان کامل تر است در حالی که سفارش شده در خط وسط حرکت کنید و دو کس هلاک می‌شوند «محبّ غال و مبغض قال» و مع الاسف بعضی در لباس اهل علمند ولی در عقاید و کلام کالعوام هستند در حالی که ما تابع دستور و راهنمایی ائمه علیهم السلام هستیم.

۳- روایات:

روایات در مورد غلات خیلی کم است چون غلات چندان محل ابتلا نبودند، ولی ناصبی‌ها بعد از دوران بنی امیه خیلی زیاد بودند. فقط چند روایت در مورد غلات داریم ولی در مورد نکاح آنها نبوده بلکه در مورد کفر آنها است.

* قال: و قال النبی صلی الله علیه و آله: صنفان من امتی لا نصیب لهما فی الاسلام الناصب لاهل بیتی حرباً و غال فی الدین مارق منه (تا اینجا کلام پیامبر است ولی ذیلی که ما گفتیم کلام صدوق و در مورد نکاح است درباره ناصبی‌هاست ولی با ضمیمه قاعده «و لا تُمَسِّکُوا بِعِصْمِ الْکُوفَرِ»، به درد بحث ما می‌خورد «...» ۲)

* احمد بن علی بن ابی طالب الطبرسی فی الاحتجاج قال: روی عن ابی الحسن الرضا علیه السلام ذم الغلات و المفوضه و تکفیرهم و البراءة منهم.

مفوضه عده‌ای از غلات هستند که می‌گویند ائمه را خدا آفریده و امر حیات و ممات و رزق انسان‌ها را به دست آنها داده است. «۳»

... قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: قل للغالية: توبوا إلى الله فانكم فساق كفار مشركون. «۴»
در این دو حدیث هم در مورد نکاح بحث نشده پس در مورد غلات حدیثی در مورد بطلان نکاح نداریم.

[مسئله ۸: فی نکاح المخالف]

اشاره

مسئله ۸: لا اشکال فی جواز نکاح المؤمن (شیعه)
المخالفه غیر الناصیه و اما نکاح المؤمنه (زن شیعه)
المخالف غیر الناصب فیه خلاف و الجواز مع الکراهه لا یخلو من قوه لکن لا ینبغی ترک الاحتیاط مهما امکن (در واقع امام «ره»
جزو قائلین به جواز مطلق هستند).

(۱) بحار، ج ۲۵، ص ۳۴۸.

(۲) ح ۱۴، باب ۱۰ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۳) وسائل ج ۱۸، ح ۳۱ باب ۱۰ از ابواب حد مرتد.

(۴) وسائل ج ۱۸، ح ۴۱، باب ۱۰ از ابواب حد مرتد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۵۶

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد مخالفین (غیر شیعه) است که ناصبی نیستند، آیا نکاح اینها جایز است؟ به عبارت دیگر آیا ایمان (به معنی خاص یعنی اعتقاد به اهل بیت علیهم السلام) علاوه بر اسلام در زوج و زوج شرط است و یا در یکی کافی است؟
این مسأله مهمی است که در باب نکاح مطرح و ریشه آن در باب طهارت و نجاست است بنابراین دو بحث داریم:

۱- آیا مخالفین پاک هستند؟

۲- آیا بحسب روایات نکاح مخالف جایز است؟

مسأله به قدری مهم است که صاحب جواهر که بنایش بر اختصار است حدود ده صفحه در این مسأله بحث می کند.

۱- قول به عدم جواز مطلقاً.

۲- قول به جواز مطلقاً.

۳- قول به تفصیل میان زوج و زوج، یعنی مرد مؤمن با مخالفه می تواند ازدواج کند ولی زن مؤمنه نمی تواند با مرد مخالف ازدواج کند.

این سه قول در کلام صاحب ریاض آمده است ولی از لابه لای کلام کاشف اللثام قول چهارمی هم استفاده می شود.

۴- نکاح مؤمنه با مخالف حرام است (حرمت تکلیفی) ولی باطل نیست (حرمت وضعی)، سه قول اول در حکم وضعی بود.

مرحوم صاحب ریاض می فرماید:

و هل یشرط التساوی فی الایمان الخاص (تشیع) المراد منه الاقرار بالائتیه الاثنی عشر بالشرط المتقدم فیه اقوال ثالثها اختصاصه (ایمان) بالزوج دون الزوجه (زن مؤمن با مرد مخالف نمی تواند ازدواج کند) و هو (قول تفصیل) المشهور بین الطائفة بل حکى على

الاول (مؤمن بودن زوج) الاجماع المستفیضة عن الخلاف و المبسوط و السرائر و سلار و الغنیة ... و الاظهر عند المصنف تبعاً للمفید و ابن سعید (چون ریاض شرح مختصر النافع محقق است منظور محقق می باشد) انه لا یشرط الایمان فی الزوج ایضا لکنه یتحبّ مطلقاً. «۱»

از کلام مرحوم کاشف اللثام استفاده می شود قول چهارمی که حرام تکلیفی است:

و یرد علی الجمیع (احادیثی «۲» که می گوید زن مؤمنه نمی تواند با مرد مخالف ازدواج کند) ان غابتها التحريم دون الفساد. «۳»
در باب طهارت و نجاست بعضی قائل به نجاست مخالفین هستند مثل سید مرتضی و جمعی از قدما در عین حال که قائل به نجاست هستند ولی نسبت به زوج حکم بر بطلان نکرده و می گویند می توان زوجة مخالف را تزویج کرد که این یک معماست. مرحوم صاحب جواهر در اینجا می فرماید:

بل لم یحک احد هنا الخلاف فی ذلک (صحیح نکاح مخالفه) عن علم أن مذهبه کفر المخالفین و نجاستهم کالمرتضی و ابن ادریس و غیرهما نعم حکمی غیر واحد هنا الشهرة علی عدم جواز نکاح المؤمنة المخالف بل فی الریاض عن الخلاف و المبسوط و السرائر و سلار و الغنیة الاجماع علیه و هو الحجة للمانع بعد النصوص المستفیضة. «۴»

جمع بندی: در بحث طهارت و نجاست اختلاف است و مشهور قائل به طهارت مخالفین و اقلیتی مثل سید مرتضی قائل به نجاست هستند، ولی در بحث نکاح، نسبت به نکاح مخالفه، احدی قائل به منع نشده است، ولی نسبت به نکاح مخالف یا مؤمنه اقوال مختلف است و مشهور قائل به تفضیل هستند و ما در این مسأله ناچاریم ابتدا سراغ طهارت و نجاست برویم چون اگر کفر آنها ثابت شود حکم نکاح هم روشن می شود. البته طوایف متعددی از روایات داریم که دلیل بر عدم کفرشان است.

۱۰۹ ادامه مسئلة ۸ ... ۱۱ / ۳ / ۸۲

ادله قائلین به عدم جواز:

اشاره

از دو راه مسأله را تقریر می کنیم:

۱- روایات خاصه:

روایاتی که در این مورد وارد شده و می فرماید نکاح عارفه به غیر عارف جایز نیست (که بعداً خواهد آمد).

۲- عمومات:

به این بیان که بگوئیم المخالف مصداق الکافر (صغری) و لَا تُمَسِّکُوا بِعَصَمِ الْکَوَافِرِ (کبری). پس در نتیجه ازدواج با مخالف جایز نیست.

صغری محل بحث است که آیا مخالف کافر است یا نه؟

شش دلیل برای کفر مخالف اقامه شده است:

اشاره

(۱) ج ۱۰، ص ۲۵۱-۲۴۸، بحث لزوم کفائت (کفو باشند).

(۲) ح ۴، ۵ و ۶ باب ۱۰ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۳) ج ۷، ص ۸۳.

(۴) جواهر، ج ۳۰، ص ۹۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۵۷

دلیل اول: روایات

از سید مرتضی و ابن ادریس نجاست مخالف نقل شده است. صاحب حدائق از یکی از قدمای اصحاب به نام «ابن نوبخت» صاحب کتاب «فص الیاقوت» نقل می‌کند که جمهور اصحاب ما مخالفین را نجس می‌دانند در حالی که مشهور، قائل به عدم نجاست هستند.

کلام حدائق را از جواهر نقل می‌کنیم:

ففي الحدائق ان الحكم بكفر المخالفين و نصبهم و نجاستهم هو المشهور في كلام اصحابنا المتقدمين مستشهداً بما حكاه عن الشيخ ابن نوبخت و هو من متقدمي اصحابنا في كتابه فص الیاقوت دافعوا النص (ولایت بلا فصل را نفی می‌کنند) کفره عند جمهور اصحابنا و من اصحابنا من یفسقهم. (۱)

آنچه که ما در قدمای اصحاب می‌بینیم شهرت بر نجاست نیست.

ابن نوبخت کیست؟

در کتب رجال اسمی از او نیست. در کتب دائرة المعارف و تاریخ، نوبخت ایرانی‌هایی بودند که در قرن دوم و سوم هجری زندگی می‌کردند، به گفته صاحب الدرعیة یکی از نواده‌های اینها کسی است به نام ابن نوبخت که در قرن چهارم بعد از زمان غیبت زندگی می‌کرده و از علمای کلام بوده و کتابی در بحث‌های کلامی به نام الیاقوت نوشته است و مرحوم علامه حلّی هم شرحی بر این کتاب دارد. از این که علامه این کتاب را شرح کرده معلوم می‌شود که او دارای شأن و مقامی بوده ولی شخصیت او برای ما ناشناخته است و این که در کتب رجالی اسم او نیامده دلیلش این است که بعد از عصر محدّثین بوده است.

آیا با نقل کلام او می‌توانیم قبول کنیم که جمهور اصحاب قائل به نجاست مخالف بوده‌اند؟

مشکل است قبول کنیم در حالی که می‌بینیم عملاً این چنین نیست، بنابراین آنچه می‌توانیم بگوییم این است که شهرت بر طهارت مخالف و قول به نجاست در اقلیت است کما این که قول به کفر در اقلیت است.

ولی روایات زیادی داریم که این روایات سخن از کفرشان می‌گوید، تنها در باب ۱۰ از ابواب حدّ مرتدّ که باب مهمّی است ۱۹ روایت داریم و در این باب اصناف مختلف کفار بیان شده که حدود ده طائفه است:

۱- مجتبره یا قائلین به جبر

۲- مَفْوضه که معتقدند خداوند بندگان را خلق نموده و امور آنها را به ائمه علیهم السلام واگذار نموده است.

۳- مشبّهه که خدا را تشبیه به جسم می‌کنند و برای او اعضا و جوارح قائلند.

۴- قائلین به تناسخ که می‌گویند انسان وقتی که از دنیا رفت روح او در جنین دیگری حلول می‌کند، اگر انسان نیکوکاری بوده در جنینی متولد می‌شود که زندگی خوش و خرمی دارد و اگر انسان گناهکاری بوده در جنینی حلول می‌کند که زندگی بدی دارد. تناسخ در میان علمای غربی این روزها طرفدار زیادی پیدا کرده و در بین علمای ما هم بعضی چشم و گوش بسته آن را قبول کرده و قائل به عود ارواح هستند، در حالی که نتیجه آن، تناسخ و انکار معاد است، یعنی در همین دنیا جزاء، ثواب و عذابش را می‌بینند و

نیازی به معاد نیست.

عده‌ای چون نتوانسته‌اند فلسفه بیماری‌های مادرزادی بعضی از افراد را پیدا کنند لذا به تناسخ پناه برده‌اند و می‌گویند این بچه در زندگانی اول گناهکار بوده و الان جزای آن را می‌بیند، که این مخالف صریح آیه قرآن است، چون قرآن صریحاً حیات و ممات را تکراری نمی‌داند.

۵- غلات که ائمه را در حد خدا و یا خدا می‌دانند.

۶- مشرکون که در لباس مسلمین هستند.

۷- کسانی که در وجود خدا شک دارند.

۸- ناصبی‌ها.

۹- منکرین ضروریات.

۱۰- کسانی که با ناحق ادعای امامت می‌کنند.

۱۱- منکر نص یعنی مخالفین.

نوزده روایت «۲» در این باب در مورد مخالفین است که تعبیرات مختلفی دارد بعضی تعبیر «جحد للامام» دارد یعنی کسانی که منکر امام هستند، در بعضی از روایات تعبیر «المخالف لقول الامام» یا «المنکر لهم» یا «ردّ النص» دارد یعنی نص بر امامت بلا فصل را منکر هستند بعضی تعبیر «من لم يعرف امام زمانه» یا «من طعن دین الشیعۀ» دارد که همه اینها را کافر می‌داند.

این روایات بعضی صحیح‌السند و بعضی اشکال دارد ولی

(۱) ج ۶، ص ۶۱.

(۲) وسائل ج ۱۸، ح ۱۱، ۱۳، ۱۴، ۱۸، ۱۹، ۲۱، ۲۷، ۲۸، ۲۹ و ۳۲، ۳۷، ۳۸، ۴۰، ۴۲، ۴۳، ۴۷، ۴۸، ۴۹ و ۵۷ باب ۱۰ از ابواب حدّ مرتدّ.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۵۸

مجموع متضافر یا متواتر است و نیازی به بررسی اسناد ندارد.

...* عن ابی حمزۀ

(مرسله است)

عن ابی عبد الله عليه السلام قال: منّا الامام المفروض طاعته من جحدته مات يهودياً أو نصرانياً. «۱»

...* عن المفضل بن عمر

(محل بحث است)

عن ابی عبد الله عليه السلام قال: قال أبو جعفر عليه السلام: انّ الله جعل علیاً علماً بینة و بین خلقه لیس بینة و بینهم علم غیره فمن تبعه کان مؤمناً و من جحدته کان کافراً و من شکّ فیہ کان مشرکاً. «۲»

...* عن محمد بن حسان، عن محمد بن جعفر

(از فرزندان امام صادق علیه السلام)

عن ابیه علیه السلام قال: علی علیه السلام باب هدی من خالفه کان کافراً و من انکره

(یعنی امامت به معنی خاص را منکر هستند)

دخل النار. «۳»

...* عن غیر واحد

(ظاهراً مرسله است و بعضی می‌گویند به خاطر تعبیر «غیر واحد» که می‌توان آن را متضافر دانست)

عن مروان بن مسلم قال: قال الصادق جعفر بن محمد علیهما السلام الامام علم فیما بین الله عزّ و جلّ و بین خلقه فمن عرفه کان مؤمناً و من انکره کان کافراً. «۴»

...* عن سدید قال: قال أبو جعفر علیه السلام فی حدیث: انّ العلم الذی وضعه رسول الله صلی الله علیه و آله عند علی علیه السلام من عرفه کان مؤمناً و من جحدّه کان کافراً ثم کان من بعده الحسن علیه السلام بتلك المنزلة الحدیث. «۵»

...* حدیثی الحسین بن سعید

(الاهوازی)

معنعناً

(معلوم نیست که چه کسانی در وسط هستند)

عن ابی عبد الله جعفر بن محمد الصادق علیه السلام: قال: لَمَّا نَزَلَتْ هَذِهِ الْآيَةُ «وَإِنْ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ إِلَّا لِيُؤْمِنَنَّ بِهِ» (تفسیر آیه مجهول است و بعضی گفته‌اند که بعد از ظهور مهدی (عج) مسیح زنده شده و به او ایمان می‌آورند) قال:

قال رسول الله صلی الله علیه و آله لا یردّ احد علی عیسی بن مریم علیه السلام ما جاء به فیهِ الا کان کافراً و لا یردّ علی بن ابی طالب علیه السلام احد ما قال فیهِ النبی صلی الله علیه و آله

(مثلاً پیامبر گفته است که علی خلیفه بلا فصل است)

الا کافر. «۶»

...* عن النبی صلی الله علیه و آله قال: الاثمه بعدی اثنی عشر اولهم علی بن ابی طالب و آخرهم القائم الی ان قال المقرّ بهم مؤمن و

المنکر لهم کافر. «۷»

۱۱۰ ادامه مسئله ۸ ... ۱۲ / ۳ / ۸۲

دلیل دوّم: داخل در عنوان ناصب

ناصبی کسی است که نص بر ولایت را قبول ندارد بنابراین تمام مخالفین ناصبی هستند.

دلیل سوّم: منکر ضروری دین

چرا که نص بر ولایت علی علیه السلام که از مسلمات است منکر هستند و منکر ضروری دین کافر است.

دلیل چهارم: «كَذَلِكَ يَجْعَلُ اللَّهُ الرَّجْسَ عَلَى الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ»

«۸» خداوند رجس و پلیدی را بر کسانی که ایمان (ایمان به معنی خاص یعنی ایمان به ولایت و امامت) ندارند قرار داده است که منظور از رجس نجاست است و کفار نجس هستند پس اینها هم که نجس هستند، کافرند.

دلیل پنجم: تمسک به آیات «وَمَنْ يَتَّبِعْ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ»

«۹» و «إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ». «۱۰»

منکرین ولایت مسلمان نیستند.

دلیل ششم: اجماع

اجماع قائم است بر نجاست و کفر مخالفین

جواب از ادله:

اشاره

همه این ادله قابل مناقشه است و جواب آنها را به ترتیب از آخر به اول بیان می‌کنیم.

جواب از دلیل ششم:

ادعای اجماع بر کفر مخالف درست نیست چون اجماع بر عکس است و یا لاقلاً مشهور این است که مخالفین پاک هستند حال با وجود این شهرت چگونه می‌توان ادعای اجماع بر نجاست کرد؟!

جواب از دلیل پنجم:

این دلیل در مورد اسلام صحبت می‌کند نه اسلام به معنی خاص. چه کسی گفته است که مخالف مسلمان نیست و این یک ادعای صرف است. بین اسلام و ایمان فرق است و مخالفین اهل بیت علیهم السلام اسلام دارند، ولی ایمان ندارند پس این آیات هیچ

(۱) ح ۱۱ باب ۱۰ از ابواب حدّ مرتدّ.

(۲) ح ۱۳، باب ۱۰ از ابواب حدّ مرتدّ.

(۳) ح ۱۴، باب ۱۰ از ابواب حدّ مرتدّ.

(۴) ح ۱۸، باب ۱۰ از ابواب حدّ مرتدّ.

(۵) ح ۱۹، باب ۱۰ از ابواب حدّ مرتدّ.

(۶) ح ۲۱، باب ۱۰ از ابواب حدّ مرتدّ.

(۷) ح ۲۷، باب ۱۰ از ابواب حدّ مرتدّ.

(۸) آیه ۱۲۵، سوره انعام.

(۹) آیه ۸۵، سوره آل عمران.

(۱۰) آیه ۱۹، سوره آل عمران.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۵۹

مشکلی را حل نمی‌کند.

جواب از دلیل چهارم:

ایمان دارای دو معنی است، یکی به معنی اسلام و دیگری ولایت است و منظور از خطاب ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾*، مسلمانان هستند و ایمان به معنی ولایت نیست، چرا که ایمان در زمان پیامبر صلی الله علیه و آله معنی عامی داشته است. ایمان به معنی خاص ایمانی است که در تقابل با اسلام معنی پیدا می کند یعنی مسلم کسی است که اسلام را پذیرفته و مؤمن کسی است که علاوه بر اسلام ولایت را هم پذیرفته است، پس این آیه با توجه به این که مربوط به عصر پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله است و در آن زمان مسئله ولایت مطرح نبوده، در مورد کسانی است که مسلمان نیستند.

اضف الی ذلک: منظور از کلمه «رجس» در این آیه، پلیدی باطن است، نه پلیدی و نجاست ظاهری، یا لا اقل مبهم است پس این آیه هم قابل استدلال نیست.

جواب از دلیل سوم:

ضروری دین یعنی چه؟

چیزی که هر مسلمانی آن را می داند و حتی تازه مسلمانانها هم آن را می فهمند. آیا مسئله ولایت اهل بیت علیهم السلام ضروری دین به این معنی است؟

اکثریت این را قبول ندارند، پس ضروری دین نیست، چون ضروری دین مثل نماز و حجاب است که هر کس که با مسلمین معاشرت کند، می فهمد که اینها از ضروریات دین است، بلکه ضروری مذهب است، بله ولایت به معنی محبت شاید از ضروریات باشد.

سَلَمْنَا، ضروری دین باشد آیا انکار ضروری دین خودش باعث کفر است یا به خاطر بازگشتش به انکار نبوت است؟ به عبارت دیگر ضروری دین را منکر شود در حالی که می داند ضروری دین است (می داند که پیامبر گفته است) که معنی اش این است که پیامبر گفته و من قبول ندارم. آیا مخالفین همه می دانند ضروری دین است و مخالفت می کنند؟ پس اولاً: ضروری دین نیست و ضروری مذهب است.

ثانیاً: وقتی می توان انکار ضرورت دین را سبب کفر دانست که انکارش به انکار نبوت برگردد.

جواب از دلیل دوم:

این خلاف چیزی است که در تعریف ناصبی بیان کردیم چون ناصبی کسی است که نصب العداوة أو الحرب لاهل البيت عليهم السلام.

۱۱۱ ادامه مسئله ۸ ... ۱۳ / ۳ / ۸۲

جواب از دلیل اول:

اشاره

کفر دارای معانی مختلف است. امام صادق علیه السلام در حدیثی می فرماید:

... عن ابی عمرو الزبیری

(مجهول الحال است و بعضی از رجال دیگر سند هم ضعیف هستند درست است که این روایت از نظر سند ضعیف است ولی بعضی از روایات را نباید به سندشان نگاه کرد چون روایت مستدل است و وقتی شواهد عقلی یا نقلی در حدیثی نقل شود دیگر ملاحظه سند حدیث مهم نیست)

عن ابی عبد الله علیه السلام قال: قلت له: أخبرنی عن وجوه الکفر فی کتاب الله عزّ وجلّ قال: الکفر فی کتاب الله علی خمسۃ أوجه، فمنها کفر الجحود و الجحود علی وجهین و الکفر بترک ما أمر الله و کفر البراءة و کفر النعم «... ۱»

مطابق این روایت کفر بر پنج وجه است:

۱- کفر جحود:

این قسم از کفر دو صورت دارد:

الف) جحد عن معرفه:

آگاهانه انکار می کند. آیه «وَجَحَدُوا بِهَا وَاسْتَيْقَنَتْهَا أَنفُسُهُمْ ظُلْمًا وَعُلُوًّا» (۲) به این معنی اشاره دارد.

ب) جحد لا عن معرفه:

گمان‌ها و پندارهایی برای خود درست می کنند. آیه «وَقَالُوا مَا هِيَ إِلَّا حَيَاتُنَا الدُّنْيَا نَمُوتُ وَنَحْيَا وَمَا يُهْلِكُنَا إِلَّا الدَّهْرُ» (۳) به این معنی اشاره دارد.

این دو قسم واقعاً کافر حقیقی و اعتقادی هستند و نجاست آنها مسلم است.

۲- کفر نعمت:

در مقابل شکر نعمت که امام به آیه «هَذَا مِنْ فَضْلِ رَبِّي لِيَبْلُوَنِي أَأَشْكُرُ أَمْ أَكْفُرُ وَمَنْ شَكَرَ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ رَبِّي غَنِيٌّ كَرِيمٌ» (۴) استدلال فرموده است:

۳- کفر برائت:

امام آیه «كَفَرْنَا بِكُمْ وَبَدَا بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةُ وَالْبَغْضَاءُ أَبَدًا

(۱) کافی، ج ۲، ص ۳۸۹.

(۲) آیه ۱۴، سوره نمل.

(۳) آیه ۲۴، سوره جاثیه.

(۴) آیه ۴۰، سوره نمل.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۶۰

حَتَّى تُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ» (۱) استدلال کرده است.

۴- کفر عصیان:

ترک ما امر الله و فعل ما نهی الله امام به آیه «أَفَتُؤْمِنُونَ بِبَعْضِ الْكِتَابِ وَتَكْفُرُونَ بِبَعْضٍ» (۲) استدلال فرموده است.

ان قلت: برای هر یک از این اقسام پنج گانه مورد استعمالی پیدا کردید، آیا استعمال دلیل بر حقیقت است کما این که قدما قائل اند؟ در حالی که شما معتقدید استعمال اعم از حقیقت و مجاز است.

قلنا: در باب علائم حقیقت و مجاز گفتیم که استعمال اگر موردی باشد، لا یدلّ علی الحقیقه ولی اگر استعمال گسترده‌ای داشته

باشد حقیقت است، این موارد خمسه دارای استعمال گسترده‌ای است که آن را دلیل بر حقیقت می‌دانیم، به عنوان مثال در موارد متعددی در مورد عصیان کلمه کفر به کار رفته است و موردی را که امام ذکر فرموده از باب نمونه است. و اما در ما نحن فیه (روایات نوزده گانه) که می‌فرمایند مخالف کافر است، کفر به کدام یک از این معانی است؟ ادعای ظهور در کفر به معنی اول و دوم ممکن نیست، بلکه در میان سران مخالفین ممکن است کسانی کفر جحودی داشته باشند ولی هر مخالفی را نمی‌توان گفت که کفر جحودی دارد، بنابراین روایات ما در مورد کفر مخالف به تنهایی دلالت بر این مسأله نمی‌کند و ما نمی‌توانیم اثبات کفر را به معنی خروج از اسلام و نجاست ثابت کنیم. سلّمنا که ظهور ضعیفی داشته باشد ولی در مقابل ادله آینده نمی‌تواند بایستد.

دلیل قائلین به طهارت مخالفین:

۱- سیره ائمه علیهم السلام و مسلمین:

سیره ائمه و اصحاب ائمه این بوده که با هم مخالط بودند و با هم، هم غذا و هم مجلس می‌شدند. صاحب جواهر در اینجا کلام محکمی دارد و می‌فرماید:

بل لعلّه (حکم به طهارت) ضروری المذهب للسیره القاطعه من سایر (جميع) الفرقه المحقّقه فی سائر الاعصار و الامصار و للقطع بمخالطه الائمه المرضیین علیهم السلام و اصحابهم لهم حتّی لرؤسائهم و مؤسّسی مذهبهم علی وجه یقطع بعد کم کونه للتقیّه مع انّ الاصل عدمها. «۳»

امّا این که اصل عدم تقیه است معلوم است چون هر کلامی که از متکلم صادر می‌شود برای بیان واقعیت است و تقیه خلاف اصل است و نیاز به قرینه دارد و اما این که می‌فرمایند قطع داریم تقیه نبوده به خاطر این که تقیه محدود و مربوط به شرایط خاصی است و ما می‌بینیم ائمه علیهم السلام در هر جا و در هر شرایط پرهیز نمی‌کردند چه خودشان و چه اصحابشان. صاحب جواهر در ادامه کلامش می‌فرماید:

ولذا حکى الاجماع فى كشف اللثام و الرياض على عدم احتراز الائمة و اصحابهم عنهم فى شىء من الازمنه و هو الحجّة بعد الاصل بل الاصول فيهم و فيما يلاقيهم (اصالة الطهارة يعنى كل شىء طاهر حتّی تعلم انه نجس که در خود آنها جاری می‌شود و استصحاب طهارت که در ملاقی جاری می‌شود). «۴»

اضف الى ذلك:

مسئله معاشرت با مخالفین در ایام حج بیش از زمان‌های دیگر است چون شیعیان با مخالفین در جاهای مختلفی در حج معاشرت داشتند و تا به حال شنیده نشده که کسی از پیروان اهل بیت به حج مشرف شوند و از آنها پرهیز کنند، در حالی که تمام امور به دست آنهاست و احدی از شیعیان در ایام گذشته از آنها پرهیز نکرده است.

۱۱۲ ادامه مسئله ۸ ... ۱۷ / ۳ / ۸۲

۲- احادیث باب اسلام و ایمان:

احادیثی در مورد این که اسلام و ایمان به چه حاصل می‌شود وارد شده است. مرحوم کلینی در اوائل ج ۲ از اصول کافی روایات

عديده‌ای برای فرق بين اسلام و ايمان ذکر کرده که از آنها استفاده می‌شود اسلام به شهادتین است و در این صورت ذبائح و نکاح آنها حلال است، که بعضی ضعیف و بعضی معتبر است ولی در مجموع چون متضافر است نیاز به بحث از سند نداریم:

... عن سفیان بن السمط قال: سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن الاسلام و الايمان ما الفرق بينهما؟ فلم يجبه ثم سأله فلم يجبه، ثم التقيا في الطريق و قد أظف من الرجل الرحيل

(نزدیک بود کوچ کردن)

فقال له أبو عبد الله عليه السلام: كأنه قد أظف منك رحيل؟ فقال: نعم:

(۱) آیه ۴، سوره ممتحنه.

(۲) آیه ۸۴، سوره بقره.

(۳) ج ۶، ص ۵۶.

(۴) جواهر، ج ۶، ص ۵۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۶۱

فقال: فالقنى فى البيت فلقية فسأله عن الاسلام و الايمان ما الفرق بينهما؟ فقال: الاسلام هو الظاهر الذى عليه الناس شهادة ان لا اله الا الله وحده لا شريك له و أن محمداً عبده و رسوله و اقام الصلاة و ايتاء الزكاة و حج البيت و صيام شهر رمضان فهذا الاسلام و قال:

الايمان معرفة هذا الامر

(ولایت)

مع هذا فان أقر بها

(اسلام)

و لم يعرف هذا الامر

(ولایت)

كان مسلماً و كان ضالاً. «۱»

این روایت با صراحت می‌گوید که مخالفین مسلمان هستند، پس احکام اسلام (مناکح، مذابح، طهارت) بر آنها جاری است.

* عن قاسم الصيرفي شريك المفضل

(سند روایت مشکل دارد)

قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: الاسلام يحقن به الدم و تؤدى به الامانة و تستحل به الفروج و الثواب على الايمان. «۲»

مگر امانت را به غیر مسلمانان نباید برگرداند که حضرت می‌فرماید «تؤدى به الامانة»؟

احتمال دارد نوعی تأکید باشد چون امانت در مورد همه باید ادا شود ولی در مورد مسلمان حتماً باید رعایت شود.

... عن سماعه

(سند معتبر است)

عن الصادق عليه السلام قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أخبرني عن الاسلام و الايمان أ هما مختلفان؟ فقال:

انّ الايمان يشارك الاسلام و الاسلام لا يشارك الايمان

(ايمان شريك اسلام است ولی اسلام همیشه شريك ايمان نیست یعنی بين این دو عموم و خصوص مطلق است مثال جالبی در این

باب آورده شده به این بیان که ايمان مانند كعبه و اسلام مانند مسجد الحرام است، پس کسی که وارد كعبه شده حتماً وارد مسجد

الحرام شده است ولی کسی که داخل در مسجد الحرام شده حتماً داخل در کعبه نیست)
فقلت فصفهما لی فقال: الاسلام شهادة أن لا اله الا الله و التصديق برسول الله صلى الله عليه و آله به
(شهادتین)

حُقنت الدماء

(خون محفوظ است)

و عليه جرت المناكح و المواريث و على ظاهره

(اسلام)

جماعة الناس

(مخالفین ظاهر اسلام را دارند پس نمی توان گفت نجس هستند)

و الايمان الهدى و ما يثبت في القلوب من صفة الاسلام و ما ظهر من العمل به «... ۳»

نکته: بین اسلام و ایمان دو گونه فرق گذاشته شده:

۱- اسلام شهادتین و ایمان ولایت است.

۲- اسلام شهادتین و ایمان آن چیزی است که در دل نهفته و آثار آن در عمل آشکار می شود به عبارت دیگر اسلام شهادتین زبانی است ولی ایمان در دل است و آثار آن در اعضا و جوارح ظاهر می شود.

برای ما تفاوت ندارد و هر دو صحیح است و مهم این است که کسی که شهادتین بگوید مسلمان و طاهر است.

* حمران بن اعین عن ابی جعفر علیه السلام قال: سمعته يقول: الايمان ما استقرّ في القلب و افضى

(می کشاند)

به الى الله عزّ و جلّ و صدقه العمل بالطاعة لله و التسليم لامره و اسلام ما ظهر من قول أو فعل و هو الذي عليه جماعة الناس من
الفرق كلها

(پس تمام فرق مسلمین را شامل است)

و به حُقنت الدماء و عليه جرت المواريث و جاز النكاح

(مطلق است چه زن بدهی و چه زن بگیری هر دو را شامل است «... ۴»)

این باب بیش از چهار حدیث دارد ولی این چهار حدیث از بقیه روشن تر است.

۳- روایات کتاب الطهارة:

روایاتی که در کتاب الطهارة آمده و از آنها حجّیت بر طهارت به واسطه سه چیز استفاده می شود:

۱- ید مسلم:

مخالف اگر معاند نباشد پاک است.

۲- سوق مسلمین:

هر چه در سوق مسلمین باشد پاک است و اگر ذبیحه هم باشد ذبح اسلامی است در حالی که غالب سوق مسلمین از مخالفین بودند

حتی اگر در سوق مسلمین غیر مسلمین هم باشند و شناسیم چون غلبه با مسلمین است، پاک هستند و احکام اسلام جاری است.

۳- بلاد مسلمین:

اگر در بلاد اسلام چیزی دیده شود که در سوق هم نیست پاک است. مثال روایت این است که سائل از امام پرسید اگر در جاده‌ای سفره غذایی پیدا کردیم چه کنیم؟ حضرت فرمود قیمت کنید و بخورید چون اگر بماند فاسد می‌شود و اگر صاحب آن پیدا شد پولش را بدهید، راوی عرض می‌کند که نمی‌دانیم سفره برای شخص مسلمان است یا مجوس حضرت می‌فرماید چون نمی‌دانید بخورید پس بلاد مسلمانان هم علاوه بر سوق و ید مسلم حجت است.

... عن اسحاق بن عمار عن العبد الصالح (امام کاظم علیه السلام) انه قال: لا بأس بالصلاة في الفراء اليماني (دو گونه تلفظ می‌شود: فراء)

(۱) اصول کافی، ج ۲، ص ۲۴.

(۲) اصول کافی، ج ۲، ص ۲۴.

(۳) اصول کافی، ج ۲، ص ۲۵.

(۴) اصول کافی، ج ۲، ص ۲۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۶۲

به معنی گوره‌خر و دیگری فراء جمع فرو به معنی پوشش است)

و فی ما صنع فی ارض الاسلام قلت: فان كان فيها غير اهل الاسلام؟

قال: اذا كان الغالب عليها المسلمین فلا بأس

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۴، ص: ۱۶۲

(آیا غالب شیعیان بودند؟ خیر اکثریت با مخالفین بود پس شاهد بحث ماست). «۱»

* و عنه عن سعد بن اسماعیل عن أبيه اسماعیل بن عیسی قال:

سألت أبا الحسن عليه السلام عن جلود الفراء يشتريها الرجل في سوق من اسواق الجبل

(بلاد ایران)

أ يسأل عن ذكاته اذا كان البائع مسلماً غير عارف

(مخالف است)

؟ قال: عليكم انتم أن تسألوا عنه اذا رأيتم المشركين يبيعون ذلك و اذا رأيتم يصلون فيه فلا تسألوا عنه. «۲»

از این روایت هم استفاده می‌شود که مخالفین مسلمانند.

۱۱۳ ادامه مسئله ۸ ... ۱۸ / ۳ / ۸۲

... عن السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفره وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها و

خيزها و جنبها و بيضها و فيها سكين

(احتمال دارد که این را اماره کوچکی بر ذبح اسلامی بدانیم یعنی سفره برای یک فرد مسلمان است)

فقال امیر المؤمنین علیه السلام: یقوم ما فیها ثم یؤکل

(از این حدیث معلوم می شود که تخمین در این گونه موارد حجت است)

لأنه یفسد و لیس له بقاء

(از این قسمت عامی استفاده می شود و آن این که در تمام لقطه هایی که فاسد شدنی است می توان قیمت کرده و مصرف نمود)

فاذا جاء طالبها غرموا له الثمن قیل له: یا امیر المؤمنین علیه السلام لا یدری سفره مسلم أو سفره مجوسی؟ فقال: هم فی سعه حتی

یعلموا

(جای براءت نیست بلکه اصل عدم تذکیه است ولی اماره ای به نام «بلد مسلم» داریم که جلوی اصل عدم تذکیه را می گیرد). «۳»

روایات دیگری هم در این باب وجود دارد که سه نمونه را ذکر کردیم و حاصل روایات این است که ید، سوق و بلاد مسلم و لو

غالب آنها از مخالفین هستند حجت است و وقتی ذبائح آنها حلال شد نکاح آنها هم حلال است و طاهر هستند.

جمع بین روایات:

اگر این روایات را به روایات سابق که درباره فرق بین اسلام و ایمان بیان کردیم، ضمیمه کرده و مجموع را به سیره ضمیمه کنیم،

بعد آنها را با روایاتی که قائل به کفر مخالف بود بسنجیم، به یقین این دلایل صریح تر است و باعث می شود که کفر در روایات

سابق را کفر عقیدتی ندانیم و به یکی از معانی دیگر کفر حمل کنیم، پس روایات سابق در مقابل این ادله سه گانه مقاومت

نمی کند.

تا اینجا بحث در روایات عامه بود که به طور کلی در خصوص ایمان و کفر صحبت می کرد.

۴- روایات خاصه:

اشاره

روایات متعددی داریم که در مورد نکاح مخالف و بعضی صحیح السند است. که عموماً در باب ۱۰ و ۱۱ از ابواب نکاح کفار

آمده است.

این روایات دو طایفه هستند که اکثراً از ازدواج با مخالف و مخالفه نهی می کند و بعضی از این روایات هم مجوزه است:

طایفه اول: روایاتی که از نکاح مخالف نهی می کند.

...* عن غیر واحد

(مرسله است ولی چون به معنی چند نفر است بعید نیست مستفیض باشد)

عن ابان بن عثمان، عن الفضیل بن یسار قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن نکاح الناصب فقال لا والله ما یحلّ قال فضیل: ثم

سألته مرّة اخرى فقلت: جعلت فداک ما تقول فی نکاحهم

(به اهل سنت برمی گردد و کنایه از مخالفین است، ضمیر به ناصب بر نمی گردد چون ناصب مفرد است و ضمیر جمع)

قال:

و المرأة عارفة

(شیعه)

قلت: عارفة قال: ان العارفة لا توضع الا عند عارف

(این روایت منحصرأً ایمان را نسبت به زوج شرط می‌کند اما این که آیا در زوجه هم ایمان شرط است یا نه از این روایت استفاده نمی‌شود). «۴»

... عن زرارة

(روایت معتبر است)

قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام:

أني أخشى ان لا يحلّ لي أن يتزوج مَن لم يكن عليّ امری

(ولایت ندارند از این تعبیر معلوم می‌شود که در ذهن زراره این بوده که جایز نیست)

فقال: ما يمنعك من البله

(سراغ افراد ساده لوح برو که چیز زیادی از ولایت نمی‌فهمند و موضع خاصی ندارند)

قلت و ما البله قال: هنّ المستضعفات من اللاتی لا ينصبن و لا يعرفن ما انتم عليه

(در این روایت بحث از زوجه عارفه است و ظاهر در حرمت است). «۵»

... عن عبد الله بن سنان، عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث قال: لا

(۱) وسائل، ج ۲، ح ۵، باب ۵۰ از ابواب نجاسات.

(۲) وسائل، ج ۲، ح ۷، باب ۵۰ از ابواب نجاسات.

(۳) وسائل، ج ۲، ح ۱۱، باب ۵۰ از ابواب نجاسات.

(۴) ح ۵، باب ۱۰ از ابواب ما يحرم بالكفر.

(۵) ح ۳، باب ۱۱ از ابواب ما يحرم بالكفر.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۶۳

يزوج المستضعف مؤمنه

(کفالت در ایمان در زوج شرط است). «۱»

... عن حمران بن اعين قال: كان بعض اهله يريد التزويج فلم يجد امرأة مسلمة موافقة فذكرت ذلك لأبي عبد الله عليه السلام

فقال أين أنت من البله الذين لا يعرفون شيئاً

(با این که مقام ضرورت بود اجازه نکاح مخالف ندادند). «۲»

احادیثی که دلیل بر جواز است:

... عن الفضيل بن يسار

(سند ضعیف است)

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة العارفة هل أزوجه الناصب؟ قال: لا لأنّ الناصب كافر قلت: فأزوجه الرجل غير الناصب

ولا العارف

(مخالف است)

؟ فقال: غيره أحبّ اليّ منه. «۳»

در این روایت شوهر مطرح است و امام می‌فرماید شوهر شیعه بهتر است و وقتی شوهر مخالف را اجازه دهیم زن مخالف به طریق

اولی جایز است.

... عن زرارة بن اعين عن ابي عبد الله عليه السلام قال: تزوجوا في الشكاك ولا تزوجوهم

(زن به آنها ندهید)

فان المرأة تأخذ من ادب زوجها و يقهرها على دينه

(این تعلیل مناسب با استحباب است چون همه زنهای این طور نیستند و تحت تأثیر قرار نمی گیرند). «۴»

جمع بندی روایات:

قسمت مهم روایات این باب از نکاح مخالف نهی می کند که در بین روایات صحیح السند هم وجود دارد و قسمت کمی از روایات نکاح با مخالف را اجازه می دهد که جمع آنها به استحباب است.

سَلْمَنَا: روایات ناهیه دال بر حرمت است و روایات دال بر کراهت هم نداریم در این صورت روایاتی که می فرمود «حلت مناكحتهم» به چه معنا است؟ پس:

أولاً: خود این روایات قابل جمع و حمل بر کراهت است.

ثانياً: اگر هم نباشد روایات «حلت مناكحتهم» که در روایات معتبره آمده دلالت بر کراهت می کند یعنی روایات مجوزه نص است و روایات ناهیه ظاهر است و با حمل ظاهر بر نص حکم بر کراهت می کنیم.

نتیجه:

از مجموع ادله استفاده می شود که زن گرفتن از مخالف و زن دادن به آنها جایز است ولی عنوان ثانوی داریم به این بیان که اگر به آنها زن دهیم زن غالباً تحت تأثیر شوهر واقع می شود و بچه های آنها تحت تأثیر قرار گرفته، غیر شیعه می شوند و خوف تغییر مذهب است پس بر اساس این عنوان ثانوی بنابر احتیاط واجب زن دادن به آنها جایز نیست ولی زن گرفتن از آنها بلامانع است.

[مسألة ۹: لا يشترط في صحة النكاح تمكّن الزوج من النفقة]

اشاره

۱۱۴ م ۹ (هل يشترط اليسار في صحة النكاح ...) ۱۹ / ۳ / ۸۲

مقدمه:

از شرایط صحت نکاح دو مسأله باقی مانده است که مهم و محلّ ابتلا است. این دو مسأله در این است که آیا کفایت (کفو بودن) غیر از ایمان شرط دیگری هم دارد؟ آیا یسار (تمکّن از نفقه) شرط است یا نه؟ به دنبال این هم بحث می کنند که اگر کسی نفقه عیالش را ندهد، آیا حاکم شرع می تواند او را اجبار به نفقه یا طلاق کند؟ و اگر هیچ یک را قبول نکرد آیا حاکم شرع می تواند به درخواست زن، او را طلاق دهد؟

مسألة ۹: لا يشترط في صحة النكاح تمكّن الزوج من النفقة (متأخرین همه شرط نمی دانند)

نعم لو زوج الصغيرة وليها بغير القادر عليها لم يلزم العقد عليها فلها الرد لأن فيد المفسدة إلا اذا زوحت بمصلحة غالبه عليها (مثلاً صغیره کسی را ندارد که او را اداره کند و جانس در خطر است).

عنوان مسأله:

آیا در صحت نکاح، یسار (تمکن از نفقه) شرط است؟

مرحوم امام (ره) یسار را شرط نمی‌دانند ولی اگر ولی صغیره، او را به کسی که قادر بر نفقه نیست تزویج کند عقد لازم نیست، چون مفسده دارد مگر این که در ازدواج او مصلحتی غالب بر این مفسده باشد.

اقوال:

اشاره

این مسأله از نظر اقوال در بین عامّه و خاصّه اختلافی است و آنچه از کلمات اصحاب استفاده می‌شود این است که مسأله دارای سه قول است. مرحوم فخر المحققین در ایضاح «۵» این سه قول را نقل می‌کند:

۱- یسار شرط است (مختار شیخ در مبسوط).

۲- یسار شرط نیست (مختار علامه در قواعد، شیخ در نهاییه

(۱) ح ۶، باب ۱۱ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۲) ح ۷، باب ۱۱ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۳) ح ۱۱، باب ۱۱ از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۴) ح ۲، باب ۱۱، از ابواب ما یحرم بالکفر.

(۵) ج ۳، ص ۲۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۶۴

و ابن جنید و ابن براج).

۳- یسار شرط نیست ولی زن خیار فسخ دارد (مختار ابن ادریس).

مرحوم صاحب ریاض هم در این مسأله اولین قولی را که نقل می‌کند عدم اعتبار است و در ادامه می‌فرماید:

علی الأشهر الاظهر، سپس از جماعت زیادی عدم اعتبار را نقل می‌کند: الیه ذهب الفاضلان و الشهیدان و ابن حمزه و ابن البراج و الاسکافی و الفاضل الصیمری و الهندی و کافّة المتأخرین، «۱» بعد از جماعتی نقل می‌کند که یسار را شرط دانسته و ادعای شهرت و اجماع کرده‌اند، ولی این طور نبوده و مشهور و اجماعی نیست.

اهل سنّت هم در این مسأله اختلاف دارند ابن قدامه در مغنی از مالک و شافعی دو قول را نقل می‌کند (شرطیت و عدم شرطیت یسار) و خودش هم می‌گوید: ففیه روایتان. «۲»

جمع‌بندی اقوال:

اقوال عامّه و خاصّه در این مسأله مختلف است و خاصّه بیشتر قائل به عدم شرطیت شده‌اند.

ادله قائلین به عدم شرطیت یسار:

اشاره

قائلین به عدم شرطیت به دلایل محکمی استدلال کرده اند.

۱- آیه «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ»: «۳»

آیه با صراحت می فرماید فقیر بودن مانع زوجیت نیست. آیا با وجود صراحت آیه می توان گفت که یسار را شرط می دانند، چرا که خطاب آیه به همه مسلمین است که وسایل ازدواج فقرا را فراهم کنند و آیه صریح و بین عوام و خواص مشهور است. از اینجا به نظر می رسد که نزاع بین اصحاب لفظی است، آنهایی که می گویند یسار شرط است و بدون آن نکاح صحیح نیست جایی را می گویند که زن جاهل است و در این صورت حق فسخ دارد نه در جایی که عالم و عامد است، پس شاید قائلین، صورت جهل مد نظرشان بوده است.

بعد ممکن است دست آویز گروه مقابل (قائلین به شرطیت یسار) قرار گیرد. آیه می فرماید:

«وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ». «۴»

اگر نمی توانید نکاح کنید خودداری کنید، ولی جالب این است که حدیثی از امام صادق علیه السلام در شرح این آیه داریم که می فرماید طلب عفت کنند با ازدواج کردن تا خداوند آنها را غنی و بی نیاز کند. البته این تفسیر را مفسرین نگفته اند حتی مجمع البیان که احتمالات ضعیف را هم نقل می کند این تفسیر را بیان نمی کند.

۲- روایات:

اشاره

این روایات چند طایفه هستند.

طایفه اول: روایاتی که می فرماید خدمت پیامبر آمده و از فقر شکایت می کردند حضرت می فرمود ازدواج کنید تا غنی شوید.

... عن هشام بن سالم عن ابي عبد الله عليه السلام قال: جاء رجل الى النبي صلى الله عليه و آله فشكى اليه حاجه فقال له تزوج فتزوج فوسع عليه. «۵»

... عن اسحاق بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الحديث الذي يروون الناس حق ان رجلاً اتى النبي صلى الله عليه و آله فشكى اليه الحاجه فأمره بالتزويج ففعل ثم أتاه فشكى اليه الحاجه فأمره بالتزويج حتى أمره ثلاث مرّات فقال أبو عبد الله عليه السلام هو حق ثم قال الرزق مع النساء و العيال «۶»

این تعبیر علاوه بر جنبه الهی، نکته روانی هم دارد چون وقتی شخص ازدواج کند برای جلوگیری از خجالت زده شدن در نزد عیال، تلاش بیشتری می کند حال با وجود صراحت این روایات نمی توان یسار را شرط دانست.

سه روایت «۷» دیگر نیز در این زمینه وجود دارد.

طایفه دوم: روایاتی که می فرماید کسی که به خاطر فقر اقدام به ازدواج نکند به خدا سوء ظن دارد

چرا که خداوند در آیه «إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» قول داده است که آنها را غنی گرداند و در باب ۱۰ از ابواب مقدمات نکاح سه حدیث داریم که دلالت دارد.

... عن محمد بن جعفر عن أبيه عن آباءه عليهم السلام قال: قال رسول الله عليه السلام: من ترك التزويج مخافة العيلة فقد ساء ظنه بالله عزّ وجلّ ان الله عزّ وجلّ يقول «إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ». «۸»
 دو حدیث «۹» دیگر نیز در این زمینه وجود دارد.

(۱) ج ۱۰، ص ۲۵۳.

(۲) ج ۷، ص ۳۷۶.

(۳) آیه ۳۲، سوره نور.

(۴) آیه ۳۳، سوره نور.

(۵) ح ۱، باب ۱۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۶) ح ۴، باب ۱۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۷) ح ۲ و ۳ و ۵، باب ۱۱ از ابواب مقدمات نکاح.

(۸) ح ۲، باب ۱۰ از ابواب مقدمات نکاح.

(۹) ح ۱ و ۴، باب ۱۰ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۶۵

طایفه سوم: روایاتی که پیامبر برای بعضی از اصحاب فقیرش عملاً زوجه انتخاب می‌کرد

این روایات را شیعه و سنی نقل کرده‌اند.

نمونه آن داستان جویر است.

... عن ابی حمزة الثمالی فی حدیث قال: كنت عند ابی جعفر علیه السلام ...

ان رسول الله عليه السلام نظر الى جویر ذات يوم برحمة له و رقة عليه فقال له: يا جویر تزوجت امرأة ... ثم قال له: انطلق يا جویر الى زياد بن ليلى فانه من اشرف بنى بياضه حسبا فيهم فقل له: انى رسول الله صلى الله عليه و آله اليك و هو يقول لك زوج جویراً ابنتك الدلفاء الحديث «... ۱»

از این که پیامبر عملاً این کار را کرده است معلوم می‌شود که یسار شرط نیست.

۱۱۵ ادامه م ۹ و ۱۰ (حدوث العسر بعد اليسار ...) ۲۰ / ۳ / ۸۲

ادله قائلین به اشتراط:

اشاره

قائلین به اشتراط یسار در صحت عقد به دلایل ضعیفی استدلال کرده‌اند که عمدتاً سه دلیل است:

۱- آیات:

الف) آیه «وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يُنَكِّحِ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ»: «۲»

کسانی که توانایی مهر و نفقه ندارند، نکاح نکنند و سراغ کنیزان بروند که هزینه آنها سبکتر و نکاح آنها آسان تر است و چه بسا مولی نفقه آنها را هم بدهد.

که این آیه دلالت می کند که برای نکاح باید طول (توانایی) داشت پس یسار شرط و لازمه کفایت می باشد.

ب) آیه «وَلَيْسَتَغْفِرِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ»: «۳»

کیفیت استدلال به این آیه در درس گذشته بیان شد.

جواب از دلیل: استطاعت گاهی عرفی و گاهی شرعی است، اگر آیه استطاعت شرعی را می گفت یعنی کسی که توانایی ندارد سراغ کنیز برود در این صورت بر بحث ما دلالت می کرد ولی آیه استطاعت عرفی را می گوید که دلالتی بر بحث ما ندارد چون معنای آیه این است که اگر شما توانایی عرفی ندارید به شما زن نمی دهند چون قدرت بر نفقه و مهر ندارید (نه این که جایز نیست ازدواج کنید).

۲- روایت:

...* عن ابان بن عثمان، عن عبد الله بن الفضل الهاشمي

(مجهول الحال ولي بقیة رجال سند ثقه هستند)

قال: قال أبو عبد الله عليه السلام:

الكفو ان يكون عفيفا و عنده يسار

(عفيف باشند و آلوده به زنا نباشند). «۴»

جواب از دلیل: این روایت از نظر سند و دلالت اشکال دارد:

اشکال سندی: «عبد الله بن الفضل الهاشمي» مجهول الحال است ولی عجب این است که بعضی می گویند ضعف روایت به خاطر مرسله بودن آن است ولی روایت ارسال ندارد بلکه راوی مجهول است.

اشکال دلالتی: این روایت را حمل بر استحباب می کنیم چون هم قرین عفيف بودن است و عفيف بودن شرط صحت زوجیت نیست بلکه از مستحبات است (اگر مشهور به زناست احتیاط بهتر است) پس یسار هم به قرینه وحدت سیاق شرط استحبابی است.

۳- قاعدة لا ضرر:

زن اگر با مردی که هیچ چیزی ندارد ازدواج کند ضرر می کند پس بر اساس قاعدة لا ضرر چنین نکاحی باطل است.

جواب از دلیل: این استدلال خیلی سست است چون:

اولاً: یک طریف مسأله جایی است که زن عامداً و عالماً اقدام می کند که در این صورت جای قاعدة لا ضرر نیست و این قاعده برای جایی است که عالم نباشد مانند روایتی که زنی از پیامبر صلی الله علیه و آله تقاضای ازدواج کرد و پیامبر او را به مردی تزویج

کرد که چیزی نداشت و زن عالماً و عامداً پذیرفت.

ثانیاً: بر فرض قاعده لا- ضرر حاکم باشد این مورد حد اکثر مثل غبن است و در بیع غبنی قائل به خیار هستیم نه بطلان، پس اگر می‌داند که خودش اقدام کرده و اگر نمی‌داند حد اکثر این است که خیار دارد و نمی‌توانیم بگوییم باطل است. جمع بندی: ادله قائلین به شرطیت یسار بسیار ضعیف و ادله قائلین به عدم شرطیت هم بسیار قوی است پس همان گونه که مرحوم امام (ره) در تحریر فرمودند حق با قائلین به عدم شرطیت یسار است.

(۱) ح ۱، باب ۲۵ از ابواب مقدمات نکاح.

(۲) آیه ۲۵، سوره نساء.

(۳) آیه ۳۳، سوره نور.

(۴) ح ۷، باب ۲۸ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۶۶

بقی هنا شیء:

امام (ره) در ذیل مسأله مطلبی آورده‌اند به این بیان که اگر ولی صغیره، صغیره را به مردی که قادر بر نفقه نیست تزویج کند چه حکمی دارد؟ تعبیر امام این بود:

نعم لو زوّج الصغیره ولیها بغير القادر علیها لم یلزم العقد علیها فلها الردّ

این که می‌فرمایند عقد لازم نیست یعنی چه؟ آیا خیار دارد یا عقد فضولی است. با توجه به تعبیر «فلها الردّ» ظاهر این است که خیار دارد.

دایره ولایت تا جایی است که مصلحت باشد و در غیر مورد مصلحت ولایت نیست، و وقتی ولایت نبود عقد فضولی است، بنابراین وقتی صغیره، کبیره شد باید عقد فضولی را اجازه دهد و اگر اجازه نکرد باطل است، نه این که ولایت دارد و لزوم عقد مشروط به مصلحت است.

به عبارت دیگر شاید ظاهر عبارت امام این است که اگر خیار فسخ دارد ولی عرض ما این است که فضولی است و باید بعداً اجازه بیاید.

ثمره این بحث در این است که اگر خیار فسخ باشد (بیان امام «ره») معلوم می‌شود که زوجیت ثابت و تمام آثار محرمیت جاری می‌شود ولی اگر فضولی (بیان ما) باشد چیزی حاصل نشده چون عقد فضولی مانند سند بدون امضا و جسم بدون روح است، مگر در جایی که مصلحت صغیره باشد (مثلاً جانش در خطر است) که در این صورت عقدش صحیح است.

[مسأله ۱۰: حدوث العسر بعد الیسار]

اشاره

مسأله ۱۰: لو كان الزوج متمكناً من النفقة حين العقد ثم تجدد العجز عنها بعد ذلك لم يكن للزوجة المذكورة التسلّط على الفسخ لا بنفسها ولا- بوسيلة الحاكم على الاقوى، نعم لو كان ممتنعاً عن الانفاق مع الیسار و رفعت امرها الى الحاكم الزمه بالانفاق أو الطلاق فاذا امتنع عنهما و لم يمكن الانفاق من ماله و لا اجباره بالطلاق فالظاهر أنّ للحاكم أن يطلقها إن ارادت الطلاق.

عنوان مسأله:

این مسأله فرع مسئله قبل است و دارای دو صورت می‌باشد.

صورت اول: زوج در ابتدا متمکن از نفقه بود ولی بعد معسر شد آیا کسانی که قائل به شرطیت یسار هستند در استدامه هم قائل به شرطیتند؟

صورت دوم: شخص یسار دارد ولی نفقه همسر خود را نمی‌دهد آیا حاکم شرع با درخواست زن می‌تواند او را وادار به انفاق کند و اگر او انفاق نکرد از اموالش بردارد و اگر مالش در دسترس نبود می‌تواند او را وادار به طلاق کند و اگر قبول نکرد خود طلاق دهد. امام (ره) در مورد صورت اول مسأله مانند اکثر فقها می‌فرمایند در مسئله سابق ما یسار را در ابتدا شرط ندانستیم پس در استدامه هم شرط نمی‌دانیم.

در صورت دوم مسأله که عامداً و عالماً نفقه نمی‌دهد امام (ره) می‌فرماید در صورت تقاضای زن حاکم شرع او را وادار به انفاق می‌کند، و اگر نکرد حاکم شرع می‌تواند از اموال او بردارد و اگر اموالش در دسترس نباشد حاکم می‌تواند به درخواست زن طلاق او را بدهد.

اقوال:

اشاره

این دو فرض در کلمات علما از هم جدا نشده ولی مرحوم امام (ره) آنها را جدا کرده و صاحب جواهر هم به آن اشاره‌ای کرده است. بیشتر علما صورت اول را گفته‌اند.

صورت اول: اگر عدم یسار تجدید پیدا کند

اشاره

مشهور و معروف عدم جواز فسخ است یعنی حدوثاً و بقاءً به شرطیت یسار قائل نیستند ولی از ابن جنید نقل شده است که زن خیار دارد. از کسانی که شهرت را نقل کرده‌اند صاحب مسالک «۱» کشف اللثام «۲» و مرحوم محقق در شرایع و صاحب جواهر «۳» هستند.

مرحوم محقق می‌فرماید:

فیه روایتان اشهرهما انه لیس لهما ذلک (عدم الفسخ). «۴»

ادله:

اشاره

قائلین به عدم شرطیت یسار در بقا به چند دلیل تمسک کرده‌اند.

۱- قیاس اولویت:

وقتی حدوداً یسار شرط نبود بقاء به طریق اولی شرط نیست.

۲- استصحاب:

زوجیت بود، یسار تبدیل به اعسار شد که از تغییر حالات است و موضوع عوض نشده، حال شک داریم که نکاح جائز توأم با فسخ شد یا نه، استصحاب بقاء زوجیت لازمه می‌کنیم

(۱) ج ۷، ص ۴۰۷.

(۲) ج ۷، ص ۹۱.

(۳) ج ۳۰، ص ۱۰۵.

(۴) شرایع، ج ۲، ص ۵۲۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۴، ص: ۱۶۷

حتی بر اساس مبنای قائلین به شرطیت یسار.

جواب از دلیل: این استصحاب به عقیده ما درست نیست چون شبهات حکمیّه جای استصحاب نیست و استصحاب مخصوص شبهات موضوعیّه است.

۱۱۶ ادامه مسئله ۱۰ ... ۲۱ / ۳ / ۸۲

بحث در مسئله ده در این بود که کسی ازدواج کرده و صاحب قدرت بر نفقه بود (یسار) ولی بعداً ورشکسته شد (معسر) و توان

اداره زن را نداشت (صورت اول) آیا زن حق فسخ دارد؟

بیان شد که حق فسخ ندارد نه و سه دلیل برای آن اقامه کردیم.

دلیل اول قیاس اولویت بود چون وقتی از اول یسار نداشته باشد نکاح صحیح است پس به طریق اولی در ادامه یسار شرط نیست.

دلیل دوم استصحاب بود البته برای کسانی که استصحاب را در شبهات حکمیّه جاری می‌دانند.

۳- روایت:

* و بهذا الاسناد

(جعفریات دارای سند است ولی سند آن ضعیف است)

باسناد عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جدّه عليهم السلام ان امرأة استعدت

(کمک به طلبیه)

علياً عليه السلام على زوجها و كان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه و قال انّ مع العسر يسراً «۱»

سند حدیث و دلالت آن مشکل دارد و اجنبی از ما نحن فیه است چون صحبت از حبس است، نه صحبت از طلاق و ظاهراً تقاضای

زندان است چون روایت می‌فرماید «أبى أن يحبسه».

در میان ادله عمده دلیل همان دلیل اول (قیاس اولویت) است.

صورت دوم: شوهر مال دارد ولی نفقه نمی‌دهد.

اقوال:

در اینجا کلمات اصحاب با صورت اول مخلوط شده است ولی از آن استفاده می شود که با تحت فشار قرار دادن شوهر موافقت کند که یا نفقه دهد و اگر نفقه نداد حاکم خودش از مال او بردارد و نفقه دهد و اگر دست رسی به اموال او نبود او را مجبور به طلاق می کند و اگر طلاق نداد حاکم شرع طلاق می دهد.

ادله:

۱- آیه «فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ»: «۲»

یا خوب رفتار کن یا خوب رها کن، (تعبیر جالبی است) آیا امساک به معروف شرطش این نیست که نفقه بدهد و یا اگر نمی دهد او را رها کند (البته در صورتی که زن بخواهد طلاق بگیرد) و اگر نخواست مشمول آیه نیست پس بلا تکلیف قرار دادن زن ممکن نیست.

۲- روایات:

روایات صریحی داریم. بعضی صحیح السند و بعضی ضعیف السند است. تنها به بیان سه روایت اکتفا می کنیم: این روایات را حمل بر واجد می کنیم نه معسر و لو ظاهر روایات اطلاق دارد چون امام تکلیف ما لا یطاق نمی کند.

...* عن ربعی بن عبد الله و الفضیل بن یسار

(در واقع دو روایت است و هر دو ثقہ هستند)

جميعاً عن ابی عبد الله علیه السلام فی قوله تعالی: و من قدر علیه رزقه فلینفق ممّا آتاه الله قال: ان أنفق علیها ما یقیم ظهرها مع کسوة و الا فرق بینهما

(اگر خودش این کار را نکرد حاکم شرع دخالت می کند). «۳»

...* عن روح بن عبد الرحیم قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام: قوله عزّ و جلّ: و من قدر علیه رزقه فلینفق ممّا آتاه الله قال: اذا أنفق علیها ما یقیم ظهرها مع کسوة و الا فرق بینهما. «۴»

...* عن ابی بصیر یعنی المرادی

(ثقه)

قال: سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول: من كان عنده امرأة فلم یکسها ما یواری عورتها و یطمعها ما یقیم صلبها كان حقاً علی الامام أن یفرق بینهما

(اگر زن تقاضای طلاق کند). «۵»

ان قلت: این که در کلام امام (ره) آمده اول شوهر را مجبور می کنیم که یا نفقه بدهد یا طلاق، آیا طلاق اجباری باطل نیست؟ قلنا: در جایی که اجبار به حق بوده شارع مقدس شرطیت اختیار را برداشته است یا به عبارت دیگر حاکم شرع به جای او نیت می کند، همان گونه که در زکات، حاکم شرع مجبور می کند پس اجبار به حق اشکال ندارد.

(۲) آیه ۲۲۹، سورة بقره.

(۳) وسائل، ج ۱۵، ح ۱، باب ۱ از ابواب نفقات.

(۴) وسائل، ج ۱۵، ح ۶، باب ۱ از ابواب نفقات.

(۵) وسائل، ج ۱۵، ح ۲، باب ۱ از ابواب نفقات.

جلد پنجم

فهرست

نکاح موقت ... ۷

تعریف نکاح موقت ... ۸

ادله اباحه عقد موقت ... ۱۰

ادله اباحه نکاح موقت ... ۱۵

ادله حرمت نکاح موقت ... ۱۶

ادله قائلین به نسخ حکم متعه ... ۱۸

فلسفه نکاح موقت ... ۲۰

نکاح مسیار ... ۲۰

مسأله ۱: النکاح المنقطع کالدائم ... ۲۹

مسأله ۲: الفاظ الایجاب و القبول فی المتعه ... ۳۲

مسأله ۳: تمتع المسلمه بالكافر و بالعکس ... ۳۳

مسأله ۴: الجمع بین العمه و ... ۳۴

مسأله ۵: المهر ... ۳۴

مسأله ۶ و ۷: کیفیه تملک المتمتعه المهر ... ۳۷

مسأله ۸: حکم المهر فی صوره تبین فساد العقد ... ۴۰

مسأله ۹: ذکر الأجل ... ۴۲

مسأله ۱۰: انفصال المده عن العقد ... ۴۹

مسأله ۱۱: تجديد العقد قبل ... ۵۱

مسأله ۱۲: الشروط فی ضمن المتعه ... ۵۶

مسأله ۱۳: العزل فی المتعه ... ۶۰

مسأله مستحدثه: کنترل موالید ... ۶۱

مسأله ۱۴: تبین المتمتعه ... ۶۵

مسأله ۱۵: التوارث بین الزوجین فی المتعه ... ۶۶

مسأله ۱۶: العده فی المتعه ... ۷۱

مسأله ۱۷: شرائط الزوجه المتمتع بها ... ۸۱

- مسألة ۱۸: التمتع بالزانية ... ۸۴
- مسألة عروه: استبراء الرحم في متعة الفاجرة ... ۸۹
- مسألة عروه: متعة البكر ... ۹۱
- القول في العيوب (الجنون ...) ۹۲
- القول في العيوب (الخصاء ...) ۱۰۰
- القول في العيوب (الجب ...) ۱۰۴
- القول في العيوب (العنز ...) ۱۰۶
- القول في العيوب (البرص و الجذام ...) ۱۱۱
- القول في العيوب (الجدام ...) ۱۱۳
- القول في العيوب (العفل ...) ۱۱۴
- القول في العيوب (الانضاء ...) ۱۱۵
- القول في العيوب (العرج ...) ۱۱۶
- القول في العيوب ... ۱۲۰
- مسألة ۱: المعتبر من عيوب المرأة ما كان قبل العقد ... ۱۲۳
- مسألة ۲: حل العقم من العيوب ...؟ ۱۲۷
- مسألة مستحدته: باروری ... ۱۲۹
- مسألة ۳: ليس الجذام و البرص من عيوب ... ۱۳۰
- مسألة ۴: فوریه خيار الفسخ ... ۱۳۲
- مسألة ۵: إذا اختلفا في العيب ... ۱۳۵
- مسألة ۶: حکم الخيار بعد ... ۱۳۷
- مسألة ۷: هل الفسخ بالعيب طلاق ...؟ ۱۴۲
- مسألة ۸: لا يحتاج الفسخ الى ... ۱۴۴
- مسألة ۹: حکم المهر عند الفسخ ... ۱۴۵
- مسألة ۱۰: حکم التدليس ... ۱۴۹
- مسألة ۱۱: موضوع التدليس ... ۱۵۰
- مسألة ۱۲: من المدلس ...؟ ۱۵۳
- مسألة ۱۳: اقسام التدليس ... ۱۵۴
- کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۴

[مقدمه‌های پژوهش]

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمه حضرت آیه الله العظمی مکارم شیرازی بر کتاب النکاح

بحث‌های مربوط به نکاح و زناشویی همیشه در میان همه اقوام مورد توجه بوده، و پایه اصلی بسیاری از روابط اجتماعی را تشکیل می‌دهد و به همین دلیل در فقه اسلامی جایگاه مهمی دارد.

مخصوصاً در عصر و زمان ما که مسائل مستحدثه فراوانی به سبب دگرگونی‌های روابط اجتماعی و آمیختن ملت‌ها با یکدیگر، و نفوذ تشریفات و امور غیر اخلاقی، در این امر حیاتی پیدا شده، این بحث از اهمیت بیشتری برخوردار شده است.

روی این جهات ما این بحث را در سالهای اخیر به عنوان موضوع درس خارج فقه خود انتخاب کردیم و تا آنجا که ممکن بود به روشن ساختن زوایای این بحث فقهی پرداختیم، و به خصوص مسائل مستحدثه در کنار بحث‌های اصلی و سنتی فقه اسلامی از دیدگاه اهل بیت علیهم السلام با دقت دنبال شد و تا آنجا که امکان داشت برای حل مشکلات مردم، در این مسائل تلاش به عمل آمد و نتیجه آن همین است که امروز به طور فشرده در دسترس شما مخاطبین عزیز قرار دارد.

این جانب به نوبه خود از زحمات حجج اسلام، فضلالی محترم جناب آقای محمد رضا حامدی و آقای مسعود مکارم که در گردآوری و تنظیم و تنقیح بحث‌ها کوشیدند و به صورت آبرومندی آن را عرضه داشتند، تشکر و سپاسگزاری می‌نمایم و مزید توفیقات آنان و خوانندگان محترم را از خداوند بزرگ مسألت دارم و امیدوارم ذخیره یوم المعاد همه ما باشد.

قم حوزه علمیه

ناصر مکارم شیرازی

دی ماه ۱۳۸۳ - ذی الحجه ۱۴۲۵

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۵

مقدمه

الحمد لله الذي لا يبلغ مدحته القائلون ولا يحصى نعمائه العادون ولا يؤدي حقه المجتهدون ثم الصلاة والسلام على رسوله و امين و حيه سيدنا و نبينا نبي الرحمة و امام الامة حبيب اله العالمين محمد صلى الله عليه و على آله المعصومين الهداه المهديين و لعنة الله على اعدائهم اجمعين الى قيام يوم الدين.

کتاب حاضر پنجمین جلد از مجموعه «دروس خارج فقه حضرت آیه الله العظمی مکارم شیرازی (مد ظله العالی)» در بحث نکاح است، که در سال تحصیلی ۸۲-۸۱ تدریس شده که به شکلی نوین در دسترس علاقه‌مندان قرار گرفته است.

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

ویژگی ممتاز درس استاد معظم، دسته‌بندی دقیق مطالب و کیفیت بدیع و دقیق ورود و خروج به مباحث است که در این امر نیز سعی شده است که به همان شیوه مطالب سنگین و مهم علمی با دسته‌بندی و تیترو مناسب و شماره‌گذاری ارائه شود.

از جمله ویژگی‌های این مجموعه که آن را از نظائرش ممتاز می‌کند، این است که به صورت «درسی-فارسی» تنظیم شده که ضمن سهولت دسترسی به مطالب، حال و هوای حضور در درس را دارد؛ علاوه بر این در کنار این مجموعه، نرم‌افزاری دروس نیز آماده شده که به راحتی با استفاده از رایانه قابل دسترسی می‌باشد. امید است توانسته باشیم خدمت کوچکی نسبت به عزیزانی که توفیق

شرکت در دروس حضرت استاد را نداشته‌اند، یا به جهت تعمق در مطالب درسی، سخنان استاد را بر روی کاغذ پیاده نکرده‌اند برداشته باشیم.

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

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

اللهم وفقنا لما تحب و ترضی

محمد رضا حامدی - مسعود مکارم

۶ ذی‌قعدة ۱۴۲۵

حوزه علمیه قم

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۶

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۷

۱ نکاح موقت ... ۲۲ / ۶ / ۸۲

نکاح موقت:

اشاره

در ادامه بحث کتاب النکاح در این سال تحصیلی به بحث نکاح منقطع یا ازدواج موقت و یا به تعبیر دیگر «متعّه» می‌رسیم. مسأله نکاح موقت در عصر و زمان ما از مسائل مهم است.

مرحوم امام (ره) در بحث نکاح موقت تمام مباحث را در هیجده مسأله بیان می‌کنند و در ابتدا، سراغ بحث از صیغه نکاح می‌روند. ایشان بحث اباحه و مشروعیت نکاح موقت را که بحث مهمی است و دعوی مفصلی میان ما و اهل سنت وجود دارد رها کرده‌اند.

بحث مشروعیت نکاح موقت از دو جهت مهم است:

۱- دفاع از مذهب:

این مسأله از فروع مذهب است، ولی چون اهل سنت ما را به این جهت مورد حمله قرار می‌دهند و به اصل مذهب شیعه ایراد می‌گیرند و می‌گویند فرقی بین زنا و متعه نیست، در واقع دفاع از مشروعیت آن دفاع از اصل مذهب است.

۲- مشکل ازدواج جوانان:

در عصر و زمان ما مشکل ازدواج جوانان مسأله مهمی است و اگر مسأله نکاح موقت به صورت صحیح پیاده شود، می‌تواند این مشکل را حل کند. بسیاری از جوانان اهل سنت به همین جهت که مذهبشان مشکل آنان را در این زمینه حل نمی‌کند به مذهب ما گرایش پیدا کرده‌اند.

مرحوم صاحب جواهر در هنگام ورود به بحث نکاح موقت بیش از ده صفحه در مورد مشروعیت آن صحبت می‌کند. دیگران هم وقتی وارد بحث نکاح موقت شده‌اند ابتدا سراغ مشروعیت آن رفته‌اند، به عنوان مثال مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف در ابتدای این بحث با طرق جالب مشروعیت آن را ثابت می‌کند. در کتابهای کلامی هم سراغ بحث نکاح موقت رفته‌اند. مرحوم علامه امینی در کتاب الغدیر (۱) که یک کتاب کلامی است، بیش از بیست صفحه در مورد مشروعیت آن بحث می‌کند، چرا که ایرادی است که مخالفین به مذهب ما وارد می‌کنند و با آن، مذهب ما را ابطال می‌کنند، پس بحث مشروعیت نکاح منقطع باید به طور مستوفی مطرح شود همان گونه که بسیاری از بزرگان ما آن را مطرح کرده‌اند.

عناوین مباحث مشروعیت نکاح موقت:

قبل از ورود به بحث، فهرست مباحثی را (در حدود یازده عنوان) که مسائل مربوط به مشروعیت نکاح موقت را تحت آن عناوین بحث خواهیم کرد، مطرح می‌نمایم:

۱- تعریف نکاح موقت:

بسیاری از اشکالات از عدم شناخت تعریف آن حاصل می‌شود و اگر تعریف نکاح موقت را به طور صحیح بیان کنیم، بسیاری از مشکلات حل می‌شود.

۲- اقوال عامه و خاصه:

۳- ادله اباحه عقد موقت:

آیا اباحه متعه با قرآن یا سنت نبوی ثابت می‌شود؟

۴- آیا دلیلی بر نسخ حکم متعه وجود دارد؟

بعضی ادعا می‌کنند که این حکم بوده ولی بعداً نسخ شده است، آیا دلیل قابل قبولی بر نسخ اقامه شده است؟

۵- بر فرض قبول نسخ آیا نسخ آن در زمان رسول خدا صلی الله علیه و آله بوده یا در زمان عمر؟

بعضی ادعا می‌کنند که در زمان پیامبر نسخ شده ولی مرحوم علامه امینی چهل روایت نقل می‌کند که عمر آن را نسخ کرده است.

۶- اگر بگوییم نسخ در زمان پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله بوده آیا در روز فتح مکه بوده یا در غزوة تبوک یا در روز خیبر و یا در غیر آن؟

۷- به فرض این که نسخ در زمان عمر بوده آیا کسی بعد از رحلت پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله حق دارد حکمی را نسخ کند، به عبارت دیگر آیا اجتهاد در مقابل نص رسول الله صلی الله علیه و آله و از آن بالاتر نسخ حکم پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله جایز است؟

۸- حکمت و فلسفه این حکم چیست؟ آیا می‌توان فهمید که خداوند چرا این حکم را قرار داده است؟

۹- از این حکم الهی مانند بسیاری از احکام سوء استفاده شده به طوری که ازدواج موقت در اذهان مردم بدنام شده است که این در سایه سوء استفاده از آن است نه این که اصل حکم بد باشد، همانند بانکداری اسلامی که برنامه‌های خوبی دارد ولی عده‌ای از آن سوء استفاده کرده و آن را خراب کرده‌اند.

(۱) الغدیر، ج ۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۸

۱۰- نکاح موقت بر فرض این که مباح باشد- که هست- آیا مستحب هم هست یا مکروه یا به اختلاف اشخاص مختلف است؟

۱۱- جواب از اشکالاتی که مخالفین بر اثر عدم آگاهی و یا بر اثر آگاهی و تعصب نسبت به این حکم اسلامی داشته‌اند.

۲ تعریف نکاح موقت ... ۲۳ / ۶ / ۸۲

تعریف نکاح موقت:

اشاره

نکاح المتعه هو نکاح مشتمل علی جمیع ارکان النکاح الدائم و آثارها و إنما یفتقر عن الدائم بذكر المدّة و بعض الاحکام کعدم النفقه و التوارث و ما شبه ذلك.

ازدواج موقت نکاحی است که همه ارکان عقد دائم و آثار آن را داراست و فرق آن با عقد دائم در ذکر مدت و بعضی از احکام مانند عدم نفقه و ارث و مانند آن می‌باشد.

عدم آگاهی از تعریف صحیح نکاح موقت موجب اشکالاتی شده است. گاهی توهم شده که متعه چیزی غیر از نکاح است در حالی که شکی نداریم که نکاح موقت و متعه قسمی از نکاح است یعنی نکاح بر دو قسم است: دائم و موقت، و به همین دلیل در اکثر احکام با نکاح دائم یکسان است و تنها در بعضی از احکام با آن تفاوت دارد.

جهات مشترک:

اشاره

جنبه‌های مشترک بین نکاح موقت و دائم در پنج قسمت خلاصه می‌شود:

۱- محرمات نکاح:

فرقی در محرمات نکاح بین نکاح دائم و موقت نیست نه محرمات نسبی و نه محرمات سببی و نه محرمات رضاعی و تمام نساء محرمات و محللات در نکاح متعه هم هست.

۲- شرایط نکاح:

این نوع از نکاح صیغه لازم دارد و باید جامع شرایط و با لفظ صریح «انکحت» و «زوّجت» و «متّعت» باشد و تعیین زوجین و مهر لازم است و اختیار و بلوغ در آن شرط شده است که در نکاح دائم هم تمام این شرایط وجود دارد.

۳- اذن ولی:

به عقیده بسیاری اذن ولی در عقد باکره لازم است و از این جهت فرقی بین نکاح دائم و موقت نیست.

۴- احکام ولد:

تمام احکام ولد نکاح دائم در ولد عقد موقت هم هست از جهت محرمیت، ارث، نفقه، حضانت، ولایت.

۵- عدّه:

همان گونه که در عقد دائم عدّه واجب است در عقد موقت هم واجب می‌باشد البته عدّه عقد موقت کوتاه‌تر و دو حیض کامل است، ولی در عقد دائم دو حیض کامل و یک لحظه از حیض سوم است و در من لا تحیض در عقد دائم سه ماه و در عقد موقت ۴۵ روز است.

جهات افتراق:

اشاره

عمده جهات افتراق عقد موقت و عقد دائم سه چیز است:

۱- ذکر مدّت:

در عقد دائم مدّتی نیست، ولی در عقد متعه ذکر مدّت لازم است و از مسائل قابل توجه این است که بسیاری از فقها فتوا داده‌اند که اگر ذکر مدّت نشود به عقد دائم تبدیل می‌شود (البته ما در اینجا اشکال داریم) و از اینجا معلوم می‌شود که هر دو دارای یک ماهیت است.

۲- نفقه، ارث و حقّ القسّم:

نفقه، ارث، حقّ القسّم (تقسیم شبها در میان زنان) در عقد موقت وجود ندارد ولی در همین جا بعضی گفته‌اند که اگر شرط کند لازم می‌شود (البته ما قبول نداریم) اینها نشان می‌دهد که این دو عقد یک ماهیت هستند و اگر قسیم نکاح بود نباید رابطه آنها تنگاتنگ باشد.

۳- خروج از بیت:

مشهور در عقد دائم گفته‌اند که خروج از بیت و سفر بدون اجازه زوج جایز نیست ولی در عقد موقت چنین نیست، اما کاری که منافی حقّ زوجیت است انجام ندهد.

از این بیان معلوم می‌شود که اشکالات سخیف و بی‌پایه‌ای را که افراد بی‌اطلاع بر عقد متعه وارد کرده‌اند وارد نیست، مثلاً عقد متعه

را شبیه زنا دانسته‌اند در حالی که صیغه دارد و تمام شرایط صیغه در آن معتبر است و حتی معاطات در آن جایز نیست؛ و یا این که گفته‌اند که یک زن در آن واحد متعه چند نفر واقع می‌شود، در حالی که چنین نیست، چون اگر دخول حاصل شود عده دارد و نمی‌تواند با چند نفر، شوهر کند، پس این حرفها بی‌اساس است.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۹

دو نکته:

اشاره

با توجه به مطالب گذشته علاوه بر این که اشکالاتی که ناشی از جهل و تعصب و عدم آگاهی از تعریف متعه است بر ما وارد نمی‌شود، دو نکته دیگر هم ظاهر می‌گردد:

۱- ما می‌توانیم برای مشروعیت متعه به اطلاقات ادله نکاح متوسل شویم؛

به عنوان مثال وقتی آیه می‌فرماید: «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ» (۱) انکحوا اطلاق دارد و شامل نکاح دائم و موقت می‌شود و یا وقتی روایت می‌فرماید: «تناکحوا تناسلوا» ... و یا «النکاح سنتی» ... به همه این اطلاقات و عمومات می‌توان استدلال کرد.

۲- بعضی معتقدند که حکم متعه مسلماً در شریعت اسلام بوده

امریا آیه «وَالَّذِينَ هُمْ لِأَعْتَابِهِمْ نَضًا وَإِلاَّ عَلَيْهِمْ جُزَاءٌ مِّمَّا كَفَرُوا» (۲) * آن را نسخ کرده است زیرا قرآن می‌فرماید: انسان مسلمان کسی است که جز با زوج و ملک یمین نزدیکی نداشته باشد و زوجه موقت زوجه نیست پس این آیه، آیه ۲۴ سوره نساء را که دلیل تشریح نکاح موقت است نسخ می‌کند.

ما می‌گوییم «ازواج» زوجه موقت را هم شامل است، پس هرگز این آیه ناسخ نیست و شاهد آن این است که در روایات شیعه و اهل سنت اطلاق کلمه «نکاح» و «زواج» به متعه شده است. روایات اهل سنت در صحیح بخاری و صحیح مسلم و کتابهای دیگر آمده و در کلمات فقهای آنها هم از متعه تعبیر به زواج شده است و اگر متعه غیر از نکاح باشد چرا چنین تعبیر کرده‌اند؟! اما در احادیث شیعه روایات متعددی در این زمینه وجود دارد. صاحب وسائل در باب اول نکاح موقت، احادیث زیادی نقل می‌کند که در مورد متعه تعبیر به زواج و نکاح شده است، پس با توجه به این مطالب متعه نوعی نکاح است.

۳ تعریف نکاح موقت ... ۲۴ / ۶ / ۸۲

اقوال خاصه و عامه:

علمای خاصه بر اباحه و جواز متعه و عدم نسخ آن اجماع دارند. علمای عامه قائل به حرمت هستند، غیر از احمد حنبل که در یک روایت قائل به کراهت و در روایت دیگر قائل به حرمت است، ولی کسانی که قائل به حرمت هستند از جمعی از صحابه مانند ابن عباس و ابو سعید خدری نقل می‌کنند که قائل به حرمت بوده‌اند و حتی نسخ عمر را هم نپذیرفتند.

علمای عامه که قائل به حرمت هستند در مورد زمان نسخ اختلافات زیادی دارند، به این بیان که همه مسلمین فی الجمله قائل به مشروعیت متعه در عصر پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله هستند و از این نظر که چه موقع برچیده شده اقوال مشوش است. مرحوم محقق ثانی می فرماید:

اجمع اهل الاسلام قاطبه علی أن النکاح المنقطع و هو نکاح المتعه (در مورد متعه لفظ نکاح به کار رفته است) کان مشروعاً فی صدر الاسلام و اتفق اهل البيت علیهم السلام علی بقاء شرعیه و أنه لم ینسخ و اخبارهم بذلك متواتره و أطبق فقهاء العامه (کسانی که بعد از صحابه و تابعین آمده اند) علی أنه نسخ مع أنهم رووا فی کتبهم بقاء شرعیه و أن جمعاً من أعیان الصحابه و التابعین قائلون بشرعیه و أنه لم ینسخ. «۳»
ابن قدامه می گوید:

معنی نکاح المتعه (کلمه نکاح را به کار برده است) أن یتزوج (تعبیر به زواج کرده است) المرأة مدّه مثل أن یقول زوجتک (باز تعبیر به زوجیت کرده است) ابنتی شهراً فهذا نکاح باطل نصّ علیه أحمد (احمد حنبل) و قال أبو بکر (یکی از شاگردان احمد) فیها روایه أخرى أنها مکروهه (تنها کسی که از فقهای عامه از او جواز مع الکراهه نقل شده است) غیر حرام لأنّ ابن منصور سئل احمد عنها فقال: الاجتناب فیها أحبّ الیّ و هذا دلیل علی الکراهه و قال ابن عبد البرّ: و علی تحریم نکاح المتعه مالک فی أهل المدینه و ابو حنیفه فی أهل الکوفه و غیرهم و حکى عن ابن عباس أنها جائزه و علیه أكثر اصحابه (صحابه و تابعین) عطا و طاووس و به قال ابن جریح (از صحابه) و حکى ذلك عن ابی سعید الخدری (از صحابه) و جابر (جابر بن عبد الله انصاری) و الیه ذهب الشیعۀ لانه قد ثبت أن النبی صلی الله علیه و آله أذن فیها. «۴»

این کلمات شاهد بر این است که شیعه و سنی قائلند که متعه در صدر اسلام بوده است با این تفاوت که شیعه قائل به عدم نسخ و عامه قائل به نسخ هستند. ابن رشد اندلسی می گوید:

أكثر الصحابه و جميع فقهاء الامصار علی تحریمه و اشتهر عن ابن عباس تحلیله و تبع ابن عباس علی القول بها اصحابه من أهل مکة و أهل یمن و رووا أن ابن عباس کان یحتجّ لذلك بقوله تعالی «فَمَا

(۱) آیه ۳۲، سوره نور.

(۲) آیه ۲۹ و ۳۰، سوره معارج.

(۳) جامع المقاصد، ج ۱۳، ص ۷.

(۴) مغنی، ج ۷، ص ۵۷۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۰

اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَأَتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ»

و روی عنه أنه قال ما كانت المتعه الا رحمة من الله عزّ و جلّ رحم بها أمّه محمد صلی الله علیه و آله و لو لا نهی عمر

(معلوم می شود که در زمان پیامبر نسخ نشده است)

عنها ما اضطرّ الی الزنا الا شقی ... و عن عطا قال: سمعت جابر بن عبد الله یقول: تمّعتنا علی عهد رسول الله و ابی بکر و نصفاً من

خلافه العمر ثم نهی عنها عمر الناس

(با صراحت می گوید که در زمان پیامبر نسخ نشده است). «۱»

مرحوم شیخ طوسی می فرماید:

نکاح المتعنه عندنا مباح جائز و صورته أن یعقد علیها مدّه معلومه بمهر معلوم فإن لم یذكر المدّه كان النکاح دائماً (نشان می دهد که نکاح موقت با نکاح دائم دارای یک ماهیت است) و به قال علی علیه السلام (اهل سنت می گویند علی علیه السلام قائل به حرمت بود ولی ما معتقدیم که قائل به حلیت بوده‌اند) علی ما رواه أصحابنا و روی ذلك عن ابن مسعود و جابر بن عبد الله و سلمه ابن الاکوع و ابی سعید الخدری و ابن عباس و ابن جریح و سعید بن جبیر (از تابعین) و مجاهد و عطا (از تابعین) و حکم الفقهاء تحریمه عن علی و عمر بن الخطاب و ابن مسعود و ابن الزبیر (عبد الله بن زبیر قائل به حرمت است و نزاعی با ابن عباس در این زمینه دارد) و قالوا ان ابن عباس رجع عن القول بحلیتها (مدرک رجوع معلوم نیست). «۲»
جمع بندی اقوال:

- از جمع بندی اقوال دو نفر از بزرگان شیعه و دو نفر از بزرگان اهل سنت روشن می شود که:
- ۱- شکی نیست که نکاح موقت در عصر پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فی الجمله مباح بوده است.
 - ۲- شکی نیست که جماعتی از اعیان صحابه قائل به بقای اباحه نکاح موقت بوده‌اند.
 - ۳- شکی نیست که فقهای اهل سنت همه قائل به تحریم آن هستند، مگر احمد حنبل در یکی از دو روایتش.
 - ۴- شکی نیست که امامیه اجماع بر اباحه آن دارند.
 - ۵- جمیع علما به آن لفظ نکاح را اطلاق کرده‌اند.
- ۴ ادله اباحه عقد موقت ... ۸۲ / ۶ / ۲۵

ادله اباحه عقد موقت:

اشاره

بحث در عقد موقت در عناوین یازده گانه به ادله اباحه عقد موقت رسید.

۱- اجماع:

اولین دلیلی که می توان قبل از کتاب و سنت اقامه کرد اجماع همه علمای اسلام است. ان قلت: اجماع مدرکی است چون فی الجمله در مورد اباحه متعه روایات متواتر داریم. قلنا: اجماع در اینجا برای انسان یقین و علم می آورد بلکه می توان گفت بیش از اجماع و ضرورت اسلام است چرا که در شیعه ضرورت مذهب (عوام و خواص همه قبول دارند) و در عامه ضرورت فقه (فقط فقها و خواص قبول دارند) است و به عبارت دیگر انسان وقتی فتاوی و کلمات علمای اسلام را می بیند برای او علم حاصل می شود که در زمانی از ازمنه حیات پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله متعه مباح بوده است، پس این اجماع ماورای اجماعات دیگر است.

۲- آیات:

در کتاب الله دو دسته آیه داریم:

الف) آیاتی که مطلق است و نکاح را مباح می داند (هر دو نکاح داخل آیه است) مانند آیه شریفه «وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» «۳» یعنی حلال است نکاح آنها، چه نکاح دائم و چه نکاح منقطع و همچنین آیاتی که می گوید نکاح مباح است.

ب) خصوص آیه متعه، که عمده هم همین است «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً» (۴).

از زنانی که تمتع می برید و متعه می کنید اجور آنها را بدهید.

در مورد لفظ «ما» در آیه شریفه دو احتمال داده شده است:

۱- «ما» موصوله است.

۲- «ما» شرطیه است.

که هر کدام از این دو احتمال باشد برای استدلال ما فرقی نمی کند؛ اگر ما موصوله باشد مراد از آن زنان است و «منه» عائد موصول

است و «ما» برای ذوی العقول هم استعمال دارد و اگر «ما» شرطیه باشد به این معنا است که اگر متعه کردید اجور آنها را بدهید.

آنچه در بحث ما مهم است این است که کلمه استمتاع به چه معنا است، آیا معنای لغوی مراد است که بهره بردن و تلذذ است یا

مراد نکاح متعه است؟

(۱) بدایة المجتهد، ج ۴، ص ۳۲۵.

(۲) الخلاف، کتاب النکاح، مسألة ۱۱۹.

(۳) آیه ۲۴، سوره نساء.

(۴). آیه ۲۴، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۱

وقتی به کلمات اصحاب مراجعه کنیم می بینیم که استمتاع حقیقت شرعیه برای نکاح موقت است و روایات کثیره ای در صحاح اهل

سنت و غیر آن وجود دارد که متعه را به معنای عقد موقت دانسته اند به طوری که اگر این حقیقت شرعیه ثابت شود ظهور آیه ظهور

روشنی می شود و بر همان عقد موقت دلالت می کند.

بعضی از اهل سنت اصرار دارند که استمتاع به معنای بهره گیری و تلذذ است یعنی معنای لغوی مراد است مانند آیه «فَأَسْتَمْتَعُوا

بِحَلَاقِهِمْ فَأَسْتَمْتَعْتُمْ بِحَلَاقِكُمْ» (۱) که معنای لغوی در اینجا مراد است و لکن برای آن چند جواب داریم:

۱- لزوم مهر به مجرد عقد است و تعلق مهر احتیاج به تلذذ و تمتع ندارد و طلاق منصف است پس تمتع شرط وجوب مهر نیست در

نتیجه معنای آیه این است که اگر عقد متعه را خواندید باید اجور آنها را بدهید.

۲- تعبیر به اجور مناسب متعه است البته منظور ما این نیست که اجور در عقد دائم استفاده نمی شود، چون همان گونه که عقد دائم

را تشبیه به بیع کرده بودند متعه هم شبیه اجاره است؛ پس تعبیر به اجور مناسب نکاح موقت است.

۳- درباره ادای مهر در همین سوره در آیات قبل بحث شده است و وقتی آنجا در مورد مهر صحبت شده است، دیگر تکرار لازم

نیست. می فرماید:

«وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِخْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا» (۲).

آیه با صراحت مسأله مهریه را ذکر می کند.

آیه دیگر آیه «وَآتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ (مهریه) نِحْلَةً ...» (۳).

یکی از دو آیه برای قبل از طلاق و دیگری برای بعد از طلاق است و تکرار نیست.

پس وقتی در این سوره در آیات قبل با فاصله کم، وجوب دادن مهر عقد دائم آمده است تکرار مجدد آن جایی ندارد.

اضف الی ذلک کله؛ روایاتی که در تفسیر این آیه از صحابه و غیر صحابه نقل شده که آیه را در مورد نکاح متعه می دانند.

روایات دو دسته هستند:

۱- با صراحت می‌فرمایند که آیه در مورد نکاح موقت است:

أخرج الامام احمد باسناد رجاله كلهم ثقات عن عنوان بن حصين قال: نزلت آية المتعة في كتاب الله و علمنا بها مع رسول الله فلم تنزل آية تنسخها و لم يند عنها النبي صلى الله عليه و آله حتى مات. «۴»

این روایت در کتاب مسند احمد که از کتب معتبر عامه است آمده است و با صراحت آیه را در مورد متعه می‌داند و معتقد است که نسخ و نهی نشده است.

طبری در تفسیرش نقل می‌کند:

أخرج الطبري في تفسيره في ذيل هذه الآية باسناد صحيح عن شعبة عن الحكم قال: سألته عن هذه الآية أ منسوخة هي؟ قال: لا (دو مطلب استفاده می‌شود اولاً: آیه در مورد متعه است و ثانياً: نسخ هم نشده است). «۵»

این گروه از روایات که ظاهراً منحصر در این دو روایت هم نیست دلیل بر این است که آیه در مورد متعه است. این روایات در در المنثور در ذیل این آیه آمده است.

۲- روایاتی از ابن عباس و غیر آن که می‌گویند این آیه «الی اجل مسمی» داشته است:

* أخرج ... الحاكم

(صاحب مستدرک الصحيحین است و روایاتی که از آنها فوت شده با همان صحت نقل می‌کند)

و صححه من طرق عن أبي نضرة قال: قرأت علي ابن عباس: فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى: فقلت ما نقرأها كذلك فقال ابن عباس و الله لا تنزلها الله كذلك و أخرج عبد ابن حميد و ابن جرير عن قتادة قال في قراءة أبي بن كعب فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى. «۶»

اگر «الی اجل مسمی» داشته باشد واضح است که مراد متعه است.

۵ ادامه ادلة عقد موقت ... ۸۲ / ۶ / ۲۶

* و أخرج ابن أبي داوود في المصاحف عن سعيد بن جبیر قال:

في قراءة أبي بن كعب: فما استمتعتم به منهنَّ إلى أجل مسمًى. «۷»

اگر ظاهر این چند روایت را که تعبیر «الی اجل مسمی» دارد، بگیریم معنایش این است که این عبارت از متن قرآن افتاده است ولی در جایی که ما می‌دانیم قرآنی که بر پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نازل شده همین قرآنی است که در دست ماست و چیزی از آن کم نشده است، پس این روایات به چه معنا است؟

(۱) آیه ۶۹، سوره توبه.

(۲). آیه ۲۰، سوره نساء.

(۳). آیه ۴، سوره نساء.

(۴) مسند احمد، ج ۴، ص ۴۴۶.

(۵) تفسیر طبری، ج ۵، ص ۹.

(۶) در المنثور، ج ۲، ص ۱۴۰.

(۷) در المنثور، ج ۲، ص ۱۴۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۲

جواب: این در واقع تفسیری است که از پیامبر صلی الله علیه و آله شنیده بودند و همراه آیه نقل کرده‌اند که نظیر این امر در آیات

دیگر هم دیده شده است، مثلاً در آیه تبلیغ می فرماید:

﴿يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ﴾ «۱» در روایات تعبیر «بَلِّغْ مَا أَنْزَلَ إِلَيْكَ فِي عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ» آمده است که در واقع این تعبیر، تفسیر پیامبر صلی الله علیه و آله است نه این که قرآن باشد. از همین جا جواب بسیاری از ایرادات که در مورد تحریف قرآن وارد شده، داده می شود به این بیان که روایاتی که دلیل بر تحریف قرار داده شده در واقع تفسیر است.

در مورد نکاح متعه بعضی از اهل سنت مطالب عجیبی نوشته اند که نشان از بی اطلاعی آنها دارد، مثلاً در کتابی نوشته اند که متعه آن است که بر زانیه ای عقد ببندد.

غیر از دو احتمالی که در مورد معنای استمتاع در آیه داده شد بعضی از اهل سنت «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ» را به معنای نکاح دائم گرفته اند نه به معنای تلذذ یا متعه، در حالی که در هیچ یک از منابع لغت استمتاع به معنای نکاح دائم نیامده است و در واقع آنان برداشت غلط خودشان را بر قرآن تحمیل می کنند.

۶ ادامه ادله عقد موقت ... ۸۲ / ۶ / ۲۹

۳- روایات:

اشاره

روایات بر دو دسته است:

الف) روایات عامه:

اشاره

روایات نابی از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در معتبرترین کتابهای اهل سنت (روایی، تفسیری و فقهی) موجود است که دلالت بر اباحه و عدم نسخ آن دارد. روایات سه طایفه است:

طایفه اول: روایاتی که می فرماید؛ در زمان پیامبر صلی الله علیه و آله مشروع بوده و عمر بعداً آن را نهی کرد.

طایفه دوم: روایاتی که می فرماید؛ متعه در زمان پیامبر صلی الله علیه و آله حلال بوده و من (عمر) آن را حرام می کنم.

طایفه سوم: روایاتی که می فرماید؛ لو لا نهی عمر ما زنی الا شقی.

اکنون روایات این سه طایفه را بررسی می کنیم:

طایفه اول:

* عن عبد الله بن مسعود انه قال كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه و آله و ليس لنا نسائنا فقلنا يا رسول الله صلى الله عليه و آله أ

لا نَسْتَحْصِي

(خصی شدن)

فنهانا عن ذلك ثم رخص لنا أن تنكح بالثوب

(در مقابل پارچه ای به جای مهر)

الی أجل ثم قرأ علينا ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتٍ مَّا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ﴾. «۲»

این حدیث با کمال وضوح بر اباحه و عدم نسخ دلالت دارد، زیرا لحن حدیث با نسخ سازش ندارد. علاوه بر این، حدیث دلالت دارد که نکاح موقت بازیجه هوس بازان نیست بلکه برای شرایط خاصی است.

* عن أبي نضرة قال: كنت عند جابر بن عبد الله فأتاه آت فقال: إن ابن عباس و ابن الزبير اختلفا في المتعتين (متعاً حجّ تمتع و متعاً نساء)

فقال جابر: فعلناهما مع رسول الله صلى الله عليه و آله

(در زمانی که با پیامبر بودند نه این که پیامبر هم متعاً نساء داشته است)

ثم نهانا عنهما عمر فلم نعد لهما. «۳»

این روایت هم دلیل بر مشروعیت و هم دلیل بر عدم نسخ است.

* عن ابن جريح قال: أخبرني أبو الزبير قال: سمعت جابر بن عبد الله يقول: كنا نستمتع بالقبضة من التمر و الدقيق الايام (عقد موقت)

على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و ابى بكر حتى نهى عنه عمر. «۴»

این روایت هم دلیل بر مشروعیت متعه و هم دلیل بر عدم نسخ است.

* عن جابر بن عبد الله و سلمة بن أكوع قالوا: خرج علينا منادى رسول الله صلى الله عليه و آله فقال: قد اذن لكم أن تستمتعوا (یعنی متعاً النساء) و عبارت دیگر حدیث:

تستمعوا إن رسول الله صلى الله عليه و آله اتانا فأذن لنا في المتعة. «۵»

از این روایت فقط اباحه استفاده می شود و بر عدم نسخ دلالت ندارد.

* رجلاً من أهل الشام سئل ابن عمر عن المتعة فقال هي حلال فقال الشامى: إن أباك قد نهى عنها فقال ابن عمر أ رأيت (أى أخبرنى)

إن كان أبى قد نهى عنها و قد صنعها رسول الله صلى الله عليه و آله أ أمر أبى نثيع أم أمر رسول الله صلى الله عليه و آله؟ «۶» این حدیث دلالت بر اباحه و عدم نسخ ندارد و جالب این

(۱) آیه ۶۷، سوره مائده.

(۲) صحیح بخاری، ج ۷، ص ۴ و صحیح مسلم، ج ۴، ص ۱۳۰.

(۳) صحیح مسلم، ج ۴، ص ۱۳۱.

(۴) صحیح مسلم، ج ۴، ص ۱۳۱.

(۵) شرح مسلم ج ۹، ص ۱۸۳.

(۶) سنن ترمذی، ج ۳، ص ۱۸۶، شماره ۸۲۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۳

است که پسر عمر آن را نقل کرده است.

در یکی دیگر از منابع معتبر اهل سنت که از نظر اعتبار بعد از صحیح مسلم و بخاری است چنین آمده:

* عن ابن الحصين أنه قال: نزلت آية المتعة في كتاب الله تبارك و تعالی و عملنا بها مع رسول الله صلى الله عليه و آله

(زمانی که در خدمت پیامبر صلى الله عليه و آله بودیم)

فلم تنزل آية تنسخها و لم ينه عنها النبي صلى الله عليه و آله حتى مات. «۱»

در تواریخ ثبت نشده است که پیامبر صلی الله علیه و آله متعه انجام داده باشد نه این که بر ایشان حرام باشد.

این روایت هم دلالت بر اباحه و هم دلالت بر عدم نسخ دارد.

* قال عطاء: قدم جابر بن عبد الله معتمراً

(جابر برای عمره آمده بود)

فجئناه فی منزله نسأله القوم عن اشیاء ثم ذكروا المتعة فقال:

نعم استمتعنا علی عهد رسول الله صلی الله علیه و آله و ابی بکر و عمر. «۲»

این روایت دیگری از جابر است و دلالت می‌کند که هم مباح بوده و هم نسخ نشده است.

این هفت حدیث - که منحصر به این روایات هم نیست - با صراحت دلالت بر اباحه متعه در زمان رسول الله صلی الله علیه و آله دارد.

طایفه دوم:

این روایات با صراحت دلالت دارد که در عصر رسول خدا صلی الله علیه و آله مباح بوده و عمر آن را نهی کرده است. این روایات را مرحوم علامه امینی در الغدیر «۳» جمع آوری کرده است.

ایشان در این زمینه عبارت جالبی دارد و می‌فرماید:

إنّ احادیث المتعتین تربوا (بیشتر است) علی اربعین حدیثاً بین صحاح و حسان (بعضی صحیح و بعضی حسن است) تعرّب (حکایت می‌کند) عن أن المتعتین کانت علی عهد رسول الله صلی الله علیه و آله و نزل فیها القرآن و ثبت اباحتهاما بالسنة و اول من نهی عنهما عمر.

مضمون این طایفه از روایات این است که:

متعتان کانتا مشروعین فی عهد رسول الله صلی الله علیه و آله و أنا

(عمر)

أنهی عنهما

(متعه الحج و متعه النکاح)، و در بعضی از روایات سه چیز است و سومی «حیّ علی خیر العمل» است.

و فی بعض الروایات أنه

(عمر)

قال علی المنبر ثلاث کأنّ علی عهد رسول و انا أنهی عنهنّ و أحرهنّ و اعاقب علیهنّ متعه النساء و متعه الحجّ و حیّ علی خیر العمل. تجرید العقائد مرحوم خواجه طوسی شروح متعددی دارد که یکی شرح تجرید علامه و دیگری شرح قوشجی (از علمای عامه) است. ایشان در بحث امامت از استدلالات کتاب تجرید العقائد جواب می‌دهد، وقتی به این بحث می‌رسد جوابی دارد که علامه امینی را عصبانی می‌کند او می‌گوید:

«مجتهدی با مجتهد دیگر اختلاف نظر پیدا کرده است و این اشکالی ندارد».

این عبارت، علامه را عصبانی می‌کند چرا که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله مجتهد نیست، بلکه کسی است که «إن هو الّا وحی یوحی».

۱۷ ادامه ادله عقد موقت ... ۳۰ / ۶ / ۸۲

روایات تحریم عمر در صحیح بخاری و مسلم هم هست ولی نقل به معنا کرده و ظاهر آن را عوض کرده‌اند ولی در عین حال باز دلالت دارد.

* عن عمران بن حصین نزلت آیه المتعۀ فی کتاب اللّٰه ففعلناها مع رسول اللّٰه صلی اللّٰه علیہ و آلہ
(در زمان رسول خدا صلی الله علیه و آله انجام دادیم پس معیت فعلیه نیست بلکه زمانیه است)
و لم ینزل قرآن یحرّمه و لم ینه عنها حتّٰی مات
(ناسخ از کتاب اللّٰه و سنّت وجود ندارد)
قال:

رجل برأیه ما شاء

(نه اسمی از عمر است و نه اسمی از تحریم ولی با قرائنی که در دست است مراد روشن است). «۴»

از این روایت معلوم می‌شود که «عمران بن حصین» خودش معترض بوده است، پس عبارت صحیح بخاری اگر چه برای حفظ بعضی از جهات و به خاطر تعصباتش نقل به معنا است، ولی دلالت آن روشن است.
همین عبارت در صحیح مسلم «۵» هم آمده است. پس علاوه بر روایات صحیح‌های که مرحوم علامه امینی اشاره فرموده‌اند این دو کتاب هم روایاتی دارد که دلالت می‌کند.
طایفه سوّم:

روایاتی که از منابع اهل سنّت است و دلالت دارد که «لو لا نهی عمر ما زنی الّا شقی أو الّا الشقی». نسخه‌ای از این حدیث وجود دارد که می‌گوید ما زنی الّا شقی (الّا عدّه قلیله) این نسخه را مرحوم ابن ادریس در سرائر، «۶» مرحوم صاحب حدائق در حدائق «۷» و بسیاری از منابع لغت نقل کرده‌اند ولی هر دو یک مقصود را می‌رساند که نهی عمر از متعه کار را خراب کرده و اگر

(۱) مسند احمد، ج ۴، ص ۴۳۶.

(۲) صحیح مسلم، ج ۴ ص ۱۳۱.

(۳) الغدیر، ج ۶، ص ۲۹۰ به بعد.

(۴) صحیح بخاری، ج ۶، ص ۱۳۶.

(۵) صحیح مسلم، ج ۴، ص ۴۹.

(۶) ج ۲، ص ۶۲۶.

(۷) ج ۲۴، ص ۱۱۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۴

این‌طور نبود مردم آلوده زنا نمی‌شدند.

طبری، ثعلبی، فخر رازی، ابو حنیان نیشابوری و سیوطی در درّ المنثور به عدّه الطرق این روایات را در ذیل آیه متعه نقل کرده‌اند.
راغب اصفهانی «۱» در کتاب محاضرات می‌گوید:

قال یحیی ابن اُکثم (عالم معروف اهل سنّت و معاصر مأمون) لشیخ بالبصره بمن اقتدیت فی جواز المتعۀ؟ قال: بعمر بن الخطاب قال: کیف و عمر کان أشدّ الناس فیها؟ قال: لأنّ الخبر الصحیح أنّه سعد المنبر فقال: إنّ اللّٰه و رسوله قد أحلّا لکم متعتین و إنّی أحزّمهما علیکم و اعاقب علیهما فقبلنا شهادته و لم نقبل تحریمه. «۲»

جمع بندی:

تا اینجا سه گروه روایت نقل کردیم که مجموع آن متواتر و بر اباحه و عدم نسخ دلالت دارد.

بقی هنا شیء: روایات مربوط به عمر که می‌گوید: «أنا أحزّمهما و أنا اعاقب علیهما»، «أنا» در مقابل خدا و رسول خدا صلی الله علیه

و آله چگونه تفسیر می‌شود؟

ما می‌دانیم بعد از وفات پیامبر صلی الله علیه و آله درهای وحی بسته شد، پس نسخ بعد از پیامبر معنا ندارد چرا که اگر بعد از پیامبر افراد بتوانند تحریمی در چیزی قائل شوند در هر زمان یک نفر پیدا می‌شود - خلیفه یا غیر خلیفه، فقیه یا غیر فقیه - که چیزی را نمی‌پسندد و تحریم می‌کند، در این صورت چیزی از اسلام باقی نمی‌ماند.

توجیهات اهل سنت:

اشاره

حال بینیم اهل سنت در توجیه این روایات چه گفته‌اند.

جمعاً پنج توجیه گفته شده است.

توجیه اول: این توجیه در کلام خود عمر است.

کسی پیش او آمد و گفت می‌خواهم تو را نصیحت کنم و عمر گفت نصیحت کن وقتی شخص گفت که چهار چیز را مردم به تو عیب می‌گیرند، عمر با دقت گوش کرد. آن شخص گفت یکی از آنها متعه النساء است، عمر در جواب گفت:

ان رسول الله صلی الله علیه و آله احلها زمان الضرورة ثم رجع الناس الى السعة

(ضرورت برطرف شد) یعنی حکم تابع موضوع است و با انتفای موضوع (ضرورت) حکم منتفی است.

جواب: این توجیه از دو جهت قابل قبول نیست:

اولاً: فقهای اهل سنت می‌گویند «حرام الی یوم القیامة» پس باید اینها هم در مواقع ضرورت اجازه دهند که در این زمان ضرورتها کم نیست. پس علمای اهل سنت این عذر را نمی‌توانند بیاورند.

ثانیاً: آیه متعه مطلق است و مقتید به ضرورت نیست؛ درست است که ضرورت حکمت آن است ولی علت نیست.

توجیه دوم: این از احکام حکومتی است

و عمر با مشاهده این که این سه چیز مفسده‌انگیز شده آنها را حرام کرد، یعنی در باب متعه نساء دید عده‌ای زنان دائمی خود را فراموش کرده و دنبال متعه نساء افتاده‌اند، متعه حج را تحریم کرد تا مردم سراغ حج تمتع بروند و بیت الله خلوت نشود، و «حی علی خیر العمل» را تحریم کرد تا در موقع جهاد مردم بی‌رغبت به آن نباشند، چون نماز را خیر عمل می‌دانستند، پس تحریم عمر جنبه احکام حکومتی داشته و از باب عناوین ثانوی است (حکم حکومتی از عناوین ثانویه است و حکم حکومتی بدون عنوان اولی یا ثانوی معنا ندارد).

جواب: جواب از این توجیه دو چیز است:

۱- حکم حکومتی برای زمان خاص است و موقتی است پس چرا فقهای عامه تا روز قیامت آن را حرام می‌دانند.

۲- این عناوین ثانویه در زمان پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله هم بود پس چرا پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله آنها را حرام نکرد.

توجیه سوم: این توجیه را ابن قدامه در مغنی دارد

و می‌گوید عمر نسخ را از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله شنیده بود و اعلام نسخ کرده است.

جواب: این به حسب ظاهر آبرومندانه‌ترین توجیه است ولی خلاف صریح روایت عمر است چون «انا احرمهما» می‌گوید.

توجیه چهارم: فوجی در شرح تجرید می‌گوید:

إِنَّ ذَلِكَ (کلام عمر) لیس مما یوجب قدحاً فیهِ فَإِنَّ مخالفةَ المجتهد لغيره فی المسائل الاجتهادیه لیس ببدع. «۳»
تعجیبی ندارد و مجتهدی با مجتهدی مخالفت کرده است یعنی اجتهاد پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله این بود که حلال است و اجتهاد عمر این بوده که حرام است.

(۱) از علمای قرن ششم، عالم سنتی معتدلی است و دو کتاب معروف دارد، یکی «مفردات راغب» در مورد لغات قرآن و دیگری کتاب «المحاضرات» است. اهل سنت به او احترام می‌گذارند و شیعه هم به خاطر اعتدالش او را قبول دارند.

(۲) محاضرات، ج ۲، ص ۹۴.

(۳) الغدیر، ج ۶، ص ۲۳۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۵

۸ ادله اباحه نکاح موقت ... ۸۲ / ۷ / ۱

جواب: این توجیه از همه ضعیف‌تر است. آیا پیامبری که «مَا يَنْطَلِقُ عَنِ الْهَوَىٰ» با افراد دیگر قابل مقایسه است؟! آیا اجتهاد مقابل نص جایز است؟!
مرحوم علامه امینی وقتی این کلام را نقل می‌کند می‌گوید:

اقرأ واضحك أو ابك. «۱»

کسانی که چنین می‌گویند در اصول دین مشکل دارند نه در فروع، آنها پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله را نشناخته‌اند چون حضرت از خودش چیزی نمی‌گوید، ولی طبق نظر عامه معنای این که پیامبر مجتهد است این است که به ظنون فتوا می‌داده در حالی که او از جانب خداست و با ماورای طبیعت ارتباط داشته و جبرئیل پیام وحی را برای او می‌آورده، بنابراین نشان می‌دهد که گوینده این سخن در اصول لنگ است و لنگی او در فروع ناشی از لنگی در اصول است.

اضف الی ذلك؛ اگر فتح این باب کنیم در این صورت چیزی از اسلام باقی نمی‌ماند، چون همین حقی که به عمر داده شده به دیگران هم داده می‌شود و آنها هم در مورد هر یک از احکام اسلام اظهار نظر می‌کنند.

علاوه بر این، این مسأله در متن قرآن بوده و صحبت از اجتهاد پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نیست؛ همان گونه که سابقاً گفتیم قراین زیادی داریم که مراد از آیه ۲۴ سوره نساء، متعه است و همچنین در این زمینه روایات متعددی از عامه داریم، مگر این که بگویند نعوذ بالله خدا هم مجتهد دیگری است. بنابراین مسأله واقعاً مشکل است و مشکل وقتی حل می‌شود که تعصبا از بین برود و بگویند که خلیفه دوم چنین حقی نداشته است.

(ب) روایات خاصه:

اشاره

تا اینجا بحث در روایات عامه بود و امیرا روایات خاصه متواتر است، مرحوم صاحب وسائل در ابواب مختلف روایات زیادی نقل کرده که ما به نقل پنج روایت اکتفا می‌کنیم:

...* عن ابی بصیر قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن المتعه فقال: نزلت فی القرآن «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً

وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ. «۲»

امام می فرماید: حکم آن در قرآن است تا کسی نتواند بگوید که فلان کس (عمر) آن را حرام کرده است.

... عن عبد الله بن سليمان، قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: كان علي يقول: لو لا ما سبقني به بنى الخطاب ما زنى إلا شقى. «۳»

علمای عامه می گویند علی علیه السلام قائل به حرمت متعه بوده و نسخ در خبیر از علی علیه السلام نقل شده است، ولی این روایت نشان می دهد که علی علیه السلام قائل به جواز آن بوده است.

... عن زرارة قال: جاء عبد الله بن عمر «عمير» الليثي الى أبي جعفر عليه السلام فقال: ما تقول في متعة النساء؟ فقال: أحلها الله في كتابه و علي سنة نبيه فهي حلال الى يوم القيامة فقال: يا أبا جعفر مثلك يقول هذا و قد حرّمها عمر و نهى عنها فقال: و إن كان فعل فقال: فإني اعيدك بالله من ذلك أن تحل شيئاً حرّمه عمر فقال له: فأنت علي قول صاحبك و أنا علي قول رسول الله صلى الله عليه و آله فهلّم الاعنك أن الحق ما قال رسول الله صلى الله عليه و آله و أن الباطل ما قال صاحبك «... ۴»

ظاهراً در مورد متعه ائمه کمتر تفتیه می کردند زیرا با این صراحت مسأله را بیان کرده و برخورد می کنند.

* و في عيون الاخبار باسناده عن الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام في كتابه الى المأمون

(كأن مأمون درخواست کرده بود که امام اصول و فروع اسلام را به طور فشرده را برای او بنویسد):

محض الاسلام شهادة أن لا اله الا الله «الى أن قال:» و تحليل المتعتين الذين أنزلهما الله في كتابه و سنّهما رسول الله صلى الله عليه و آله: متعة النساء و متعة الحجّ. «۵»

... عن مالك بن عبد الله بن أسلم عن أبيه عن رجل

(مرسله است ولی چون روایات متواتر است با سند آن کاری نداریم)

عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عزّ و جلّ: «مَا يَفْتَحِ اللَّهُ لِلنَّاسِ مِنْ رَحْمَةٍ فَلَا مُمْسِكَ لَهَا» قال: و المتعة من ذلك. «۶»

مطابق این روایت یکی از درهای رحمت که باعث پرهیز از گناه می شود متعه است و کسی نمی تواند تا قیامت جلوی آن را بگیرد.

جمع بندی:

ما در این مسأله مدارکی داریم که عشر آن هم برای اثبات این مسأله کافی است ولی چون پای تعصیبات در میان است، در مقابل این ادله مقاومت می شود و ظاهراً سرچشمه همه اینها، ایستادگی در سایه کلام عمر بوده و خواسته اند حرف عمر زمین نیافتد.

(۱) الغدير، ج ۶، ص ۲۳۸.

(۲) ح ۱، باب ۱ از ابواب متعه.

(۳) ح ۲، باب ۱ از ابواب متعه.

(۴) ح ۴، باب ۱ از ابواب متعه.

(۵) ح ۱۵، باب ۱ از ابواب متعه.

(۶) ح ۱۸، باب ۱ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۶

روایات معارض:

در مقابل اینها روایات معارضه‌ای داریم که می‌گویند حکم متعه در زمان پیامبر نسخ شده است و این روایات معارضه در کتب صحاح آمده است. در بین روایات معارضه تعارض است و زمان نسخ اختلافی است:

۱- بسیاری از روایات آنها می‌گویند؛ که در فتح خیبر پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله آن را نسخ کرده است.

۲- گروه دیگری از روایات می‌گویند؛ در سال فتح مکه و در ارض اوطاس (زمینی در نزدیکی هوازن) که جنگ حنین در آنجا واقع شده نسخ شده است.

۳- روایات دیگری می‌گویند؛ پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله آن را در زمین مکه حرام کرد.

۴- گروهی از روایات می‌گویند؛ در تبوک نسخ شد.

۵- و بالاخره گروهی می‌گویند؛ خدا به تکرار متعه را حرام و حلال کرد. شافعی در این زمینه می‌گوید من ندیدم چیزی را خدا مکرر حلال و حرام کند مگر متعه.

مرحوم علامه امینی قولی را نقل می‌کند که می‌گویند هفت بار متعه حرام و حلال شده است. آیا چنین قانون‌گذاری پیدا می‌شود؟ اگر چنین باشد مردم به چنین دینی ایمان نمی‌آورند.

نتیجه: مشوش بودن روایات ناسخه بهترین دلیل بر مجعول بودن آن است، به طوری که هر کس مطابق میل خودش جعلی کرده است، چون مدرکی نداشته است.

۹ ادله حرمت نکاح موقت ... ۵ / ۷ / ۸۲

ادله مخالفین (حرمت نکاح موقت):

اشاره

در اینجا به بررسی ادله مخالفین می‌پردازیم. مخالفین از چند راه وارد شده‌اند:

۱-

نسخ نکاح متعه:

اشاره

روایات اباحه و یا حتی آیه قرآن که دال بر اباحه است به وسیله سنت و آیات منسوخ است و بیشتر روی نسخ به سنت تکیه کرده‌اند خواه اباحه مستفاد از قرآن باشد یا از احادیث.

روایات ناسخ از نظر زمان نسخ و جهات دیگر متعارض بوده و به چند گروه تقسیم می‌شوند:

گروه اول: روایاتی که می‌گویند در خیبر نسخ شد.

از جمله این روایات روایتی است که در صحیح مسلم از حضرت علی علیه السلام نقل شده است:

* إن رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن متعة النساء يوم خیبر. «۱»

حدیث دیگری در همین کتاب از حضرت علی علیه السلام به عبارتی دیگر نقل شده است:

* عن علی علیه السلام أنه سمع ابن عباس یلین فی متعة النساء فقال:

مهلاً یا ابن عباس فإن رسول الله صلی الله علیه و آله نهی عنها یوم خیبر. «۲»

به نظر می‌رسد که این دو روایت فی حد ذاته صحیح نیست و جزء مجعولات است چون ما روایات متواتر از علی علیه السلام و اولاد ایشان داریم که متعه را حلال می‌دانستند و به تحلیل متعه شناخته شده بودند، حال چطور می‌شود که چنین چیزی را در مقابل این روایات متواتر پذیرفت؟! پس احتمال مجعول بودن این روایات قوی است. در روایتی از امام باقر علیه السلام خواندیم که حضرت می‌فرمود:

... سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول: کان علی علیه السلام یقول: لو لا ما سبقنی به بنی الخطاب ما زنی إلا شقی. «۳»

این روایت را با این شدت از علی علیه السلام نقل کرده‌اند، حال چطور در روایات قبل حضرت چنین گفته است؟! پس این روایات مجعول است.

گروه دوم: روایاتی که دلالت می‌کند در عام اوطاس «۴» (فتح مکه در سال هشتم هجری) پیامبر صلی الله علیه و آله آن را نسخ کرد.

این روایت را هم مسلم در صحیح خود نقل می‌کند:

* عن یاس بن سلمة، عن أبيه قال: رخص رسول الله صلی الله علیه و آله عام اوطاس فی المتعة ثلاثاً ثم نهی عنها. «۵»

روایت دیگری را هم مسند ابن ابی شیبیه، مسند احمد و صحیح مسلم نقل کرده‌اند:

* عن سلمة بن الاكوع قال رخص رسول الله صلی الله علیه و آله فی متعة النساء عام اوطاس ثلاثة ايام ثم نهی عنها بعدها. «۶»

آیا این روایات که می‌گویند در عام اوطاس حرام شده با روایاتی که بعداً خواهد آمد و می‌گویند در ارض مکه حرام شده است یکی است؟

(۱) ج ۴، ص ۱۳۴.

(۲) ج ۴، ص ۱۳۵.

(۳) ح ۲، باب ۱ از ابواب متعه.

(۴) در این سال پیامبر صلی الله علیه و آله مکه را فتح کرد و تمام اقوام و قبایل مسلمان شدند، غیر از قبیله هوازن که گروهی شجاع و دلیر بودند و گروهی از بنی سعد را هم با خود همراه کرده و در مقابل پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله ایستادند و جنگ حنین در آنجا واقع شد. قطعه‌ای از سرزمین هوازن به نام اوطاس است، لذا این جنگ به نام غزوة اوطاس هم نامیده شده است.

(۵) ج ۴، ص ۱۳۱.

(۶) در المثور، ج ۲، ص ۱۴۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۷

قطعاً یکی نیست و لو هر دو در یک سال بوده است ولی سرزمین مکه و ارض اوطاس دو مکان است.

گروه سوم: روایاتی که می‌گویند در زمین مکه پیامبر صلی الله علیه و آله سه روز آن را حلال کرده و سپس آن را حرام کرده است:

* قال: انه أمرنا رسول الله صلی الله علیه و آله بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة ثم لم نخرج منها حتى نهانا عنها. «۱»

حدیث دیگری را هم ابن ابی شیبیه، مسند احمد و صحیح مسلم نقل کرده‌اند:

* عن سیره قال رأیت رسول الله صلی الله علیه و آله قائماً بین الرکن و الباب و هو یقول یا ایها الناس إننی کنت أذنت لکم فی الاستمتاع ألا و إن الله حرّمها الی یوم القیامة. «۲»
این سه گروه از روایات است که شدیداً با هم اختلاف دارند.

اقوال دیگر:

در اینجا اقوال دیگری هم وجود دارد که مرحوم علامه امینی در الغدیر جمع آوری کرده و منابع آنها را هم آورده است که با اختصار نقل می کنیم:

۱- پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در غزوة تبوک از متعه نهی فرمودند.

۲- در حجة الوداع مباح شد و بعد از آن نهی شد.

۳- در عمره قضا (عمره ای که پیامبر بعد از صلح حدیبیه به جای آوردند) حلال شد.

۴- مکرراً حلال و حرام شد. ابن قدامه در مغنی کلامی از شافعی در این زمینه نقل می کند:

و قال الشافعی لا- أعلم شیئاً أحلّه الله ثم حرّمه ثم أحلّه ثم حرّمه الّا المتعه فحمل الامر علی ظاهره و أنّ النبی صلی الله علیه و آله حرّمها یوم خیبر ثم أباحها فی حجة الوداع ثلاثة أيام ثم حرّمها. «۳»

۵- هفت بار مباح و هفت بار حرام شد. در خیبر، حنین، عمره القضاء، عام الفتح، عام الاوطاس، غزوة تبوک و حجة الوداع نسخ شد. مرحوم علامه امینی در جلد ۶ الغدیر بحث مفصّلی در مورد متعه نساء و متعه حج دارد و در آنجا مدارک این اقوال را نقل می کند. حال نمی دانیم آیا کسی قائل است که هفت بار حلال و هفت بار حرام شده و یا مرحوم علامه روایات مختلف را چنین جمع کرده است یعنی اگر روایات را با هم جمع کنیم مفهومش این می شود که هفت بار حلال و هفت بار حرام شده است. اگر هر کدام از این دو احتمال باشد مسأله عجیبی است.

این نمونه ای از روایات دالّ بر نسخ است. آیا وقتی با این روایات روبه رو می شویم نمی توانیم بگوییم که این یک مسأله عادی نبوده و دستی در کار بوده است؟ ما در فقه روایات متعارض و ناسخ و منسوخ زیاد داریم اما هیچ کجا چنین ناسخ و منسوخ و تعارضی نیست و اگر سراسر فقه را بگردیم مثل متعه چنین ادعاهای نسخی پیدا نمی کنیم.

از اینجا می توانیم به حسب قاعده ای که در باب تعادل و تراجیح داریم بگوییم این روایات متعارض هستند و در مقابل روایات اباحه نمی توانند مقاومت کنند چون روایات مانعه به جهت تعارض شدید در بین خودشان حجت نیستند.

علاوه بر این روایات می خواهند آیه را نسخ کنند در حالی که می دانیم نه عامه و نه خاصه نسخ قرآن با خبر واحد را اجازه نمی دهند، بنابراین صرف نظر از تعارض، هر یک از اینها خبر واحد است و نسخ قرآن با خبر واحد جایز نیست.

اضف الی ذلک؛ اگر این گونه که شما می گوئید پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرمان نسخ متعه را تا روز قیامت صادر کرده اند، پس چرا شخصیت های مهم و سرشناس از صحابه مانند ابن عباس، عبد الله بن مسعود، جابر بن عبد الله انصاری و ... بی خبر مانده اند و قائل به حلیت شده اند و اگر روایت متواتری بر نسخ بوده چگونه اینها نشنیده اند و حتی عمر هم نشنیده، چرا که می گوید: متعتان کانتا محللتان فی زمن النبی أنا أحرّمهما. چرا این مسأله این قدر مشوش شده است؟

از این تشویش روشن می شود که این یک مسأله سیاسی بوده و عمر به هر دلیل آن را تحریم کرده و جمعیت پیروان دیده اند که اگر بخواهند حرف عمر را از کار بیندازند ممکن نیست، چرا که با صراحت گفته است و اگر بخواهند تحریم را به عمر نسبت دهند پذیرفته نمی شود، به همین جهت و برای حفظ حرمت عمر قریه الی الله جعل حدیث کرده و به پیامبر صلی الله علیه و آله نسبت

داده‌اند در حالی که این، با بیان خود عمر سازگاری ندارد، و چون واقعیت نداشته مختلف شده است و هر یک به جایی نسبت داده‌اند.

ان قلت: نسخ مکڑر چه مانعی دارد، مگر شما نمی‌گویید احکام تابع مصالح و مفاسد است پس نسخ متعدّد اشکال ندارد.
قلنا: درست است که احکام تابع مصالح و مفاسد است ولی

(۱) صحیح مسلم، ج ۴، ص ۱۳۳.

(۲) درّ المنثور، ج ۲، ص ۱۴۰.

(۳) ج ۷، ص ۵۷۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۸

مصالح و مفاسد چیزی نیست که روز به روز عوض شود به همین جهت ما در جایی نسخ مکڑر نداریم جز در اینجا.
ان قلت: چه مانعی دارد که این نسخ مکڑر به جهت ضرورت‌ها باشد؛ به عنوان مثال پیامبر برای جلوگیری از تعرّض به نوامیس لشکر مغلوب متعه را به اندازه سه روز اجازه داده و بعد از مرتفع شدن ضرورت این حکم مرتفع شده است؛ و هکذا در موارد دیگر، پس از باب ضرورت است و ضرورت هم با تغییر زمان تغییر می‌کند.

قلنا: اولاً، این درست است ولی معنایش نسخ نیست، بلکه تبدّل موضوع است، مثل بیماری که روزه برای او حرام است ولی بعد از بهبودی روزه بر او واجب می‌شود و وقتی دوباره بیمار شد بر او حرام می‌شود این در واقع تبدّل موضوع است و نسخ نیست.
ثانیاً: ضرورت‌های زمان ما اگر بیشتر نباشد کمتر از ضرورت‌های زمان پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نیست، پس در این زمان هم به حسب ضرورت باید اجازه داد؛ به عنوان مثال، جوان برای تحصیل و یا تاجر برای تجارت به خارج از کشور می‌رود و چشمش به آن صحنه‌ها می‌افتد در اینجا ضرورت اقتضا می‌کند که اجازه متعه دهیم.
تا اینجا بحث در روایات متعارضه تمام شد.

[ادله قائلین به نسخ حکم متعه]

اشاره

۱۰ ادله قائلین به نسخ حکم متعه ... ۶ / ۷ / ۸۲

دلیل اهمّیت بحث متعه:

مسأله اباحه متعه به طور اجمال مورد اجماع علمای شیعه بلکه بالاتر از اجماع از ضروریات مذهب است با این حال چرا تا این اندازه روی آن توقّف می‌کنیم؟
دلیل اول: ضرورت متعه در زمان ما.

دلیل دوم: هر کتابی که در مورد ردّ شیعه نوشته شده از جمله مسائلی که در مورد آن سم‌پاشی کرده‌اند مسأله متعه است. ما به سنت پیامبر صلی الله علیه و آله عمل کرده و فتوا می‌دهیم، آنها سنت پیامبر را رها کرده و سنت خلیفه دوم را گرفته‌اند و از ما طلبکار هم

هستند، در حالی که ما باید طلبکار باشیم که چرا سنت رسول الله صلی الله علیه و آله را رها کرده‌اید. جنجالی بیا کرده‌اند و اکاذیب و دروغهایی در بعضی از کتابهایشان به هم بافته‌اند به طوری که متعه را مساوی با زنا دانسته‌اند. بنابراین ما برای دفاع از کیان مذهب باید روی این مسأله بحث کنیم.

بحث در این بود که فقهای عامه قبول دارند که متعه سنت رسول اسلام صلی الله علیه و آله است و در زمان ایشان مباح بوده؛ ولی معتقدند که بعداً نسخ شده است و دلیل نسخ آن روایات و آیات است. روایات را مطرح کردیم و جواب دادیم این روایات به فرض سالم باشد و این همه مشوش و ضد و نقیض نباشد، از قبیل نسخ قرآن به خبر واحد است چون هر یک از اینها جدا جدا خبر واحد است و نسخ قرآن به خبر واحد جایز نیست.

ان قلت: این روایات و لو هر کدام خبر واحد است، ولی مجموع من حیث المجموع متواتر یا قریب به تواتر است و همه در این دلالت التزامی (وقوع نسخ) شریک هستند، منتها هر کدام چیزی می‌گویند، ولی قدر متیقن این است که نسخی واقع شده است، به عبارت دیگر دلالت مطابقی اینها متعارض اما دلالت التزامیشان متفق بر وجود نسخ است. قلنا: این ان قلت در واقع یک مسأله اصولی است که در باب تعادل و ترجیح مطرح است. بحث اصولی:

آیا خبرین متعارضین نفی ثالث می‌کند یا نه؟

بعضی معتقدند که خبرین متعارضین نفی ثالث می‌کند، به عنوان مثال اگر یک روایت می‌گوید نماز جمعه واجب و روایت دیگری می‌گوید مستحب است و با هم تعارض دارد، نفی حرمت می‌کنند و به تعبیر دیگر هر کدام از اینها یک دلالت مطابقی دارد و یک دلالت التزامی که دلالت مطابقی اینها متعارض بوده و دلالت التزامی آنها که نفی ثالث است، متعارض نیست.

ما معتقدیم خبرین متعارضین نفی ثالث نمی‌کند، چون دلالت التزامی فرع دلالت مطابقی و تابع آن است و وقتی دلالت مطابقی به تعارض ساقط شد، دیگر تابعی نمی‌تواند داشته باشد. در باب قضا هم همین است، اگر زید ادعا کند که این مال، ملک من است و عمرو ادعا کند که ملک اوست، و هر کدام بینه بیاورند و دو بینه متعارض شوند آیا نفی ثالث می‌کند، که مال بکر نیست؟ خیر، چون بینتان متعارضتان تتساقطان و وقتی هر دو ساقط شد، دیگر دلالت التزامی دارند، لآن الدلالة الالتزامية فرع للدلالة المطابقيه و اذا سقط الاصل، سقط الفرع.

نسخ حکم متعه به وسیله آیات:

در اینجا ادعای دیگری هم هست که نسخ به وسیله آیات

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۹

قرآن است که اگر بتوانند ثابت کنند آیه ۲۴ سوره نساء به وسیله آیات قرآن نسخ شده، دیگر مشکل نسخ به خبر واحد نخواهد بود و مشکل تعارض بین ناسخها وجود نخواهد داشت.

کدام آیه از قرآن ناسخ حکم متعه است؟

چند آیه از قرآن را ردیف کرده و می‌گویند ناسخ است. در اینجا کلامی از «ابن خلکان» از دانشمندان معروف اهل تسنن در کتاب وفيات الاعیان نقل می‌کنیم. مباحثه‌ای بین یحیی بن اکثم (قاضی القضاة مأمون) و مأمون در مورد متعه واقع شد و یحیی بن اکثم برای نسخ حکم متعه آیاتی را از قرآن شمارش کرد.

یکی از شاگردان یحیی بن اکثم به نام محمد بن منصور می‌گوید: کنیا مع المأمون فی طریق الشام فأمر فنودی بتحليل المتعة فقال یحیی بن اکثم لی ولأبی العیناء (دو شاگرد یحیی بن اکثم) بکرا (صبح اول وقت) غدا الیه فان رأیتما للقول وجهاً فقولا و الا فاسکتا الی أن أدخل قال: فدخلنا علیه و هو یستاک و یقول و هو مغتاض (عصبانی): متعتان کانتا علی عهد رسول الله صلی الله علیه و آله و

علی عهد ابی بکر و أنا أنهی عنهما و من أنت یا جعل حتی تنهی عما فعله رسول الله صلی الله علیه و آله و أبو بکر؟! فأوما أبو العیناء الی محمد بن منصور و قال: رجل یقول فی عمر بن الخطاب ما یقول نکلّمه نحن؟ فأمسکنا فجاء یحیی بن أکثم فجلس و جلسنا فقال المأمون لیحیی: ما لی اراک متغیراً؟ فقال: هو غمّ یا امیر المؤمنین لما حدث فی الاسلام قال: و ما حدث فیہ، قال: النداء بتحلیل الزنا قال: الزنا؟ قال: نعم المتعۀ زنا قال:

و من أين قلت هذا؟ قال من کتاب الله عزّ و جلّ و حدیث رسول الله صلی الله علیه و آله قال الله تعالی قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ الی قوله وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ. یا امیر المؤمنین زوجه المتعۀ ملک یمین؟ قال: لا، قال: فهی زوجه التي عند الله ترث و تورث و تلحق الولد و لها شرائطها؟ قال: لا قال: فقد صار متجاوز هذین من العادین و هذا الزهری یا امیر المؤمنین روى عن عبد الله و الحسن ابني محمد بن الحنفیه عن أبيهما عن علی بن أبی طالب علیه السلام قال: أمرنی رسول الله صلی الله علیه و آله عن أنادی بالنهی عن المتعۀ و تحریمها بعد أن کان أمر بها فالتفت الینا المأمون فقال: أ محفوظ هذا من حدیث الزهری (آیا سند حدیث درست است) فقلنا: نعم یا امیر المؤمنین رواه جماعۀ منهم مالک فقال: استغفر الله نادوا بتحريم المتعۀ فنادوا بها. «۱»

این داستان از جهات مختلف قابل بحث و تحلیل است.

مأمون یک شخص سیاستمدار بود و احساس کرد وقتی که یحیی بن اکثم که زیر دست اوست متعه را زنا بداند فردا جنجالی در مورد آن راه می اندازند که مأمون زنا را برای مسلمانان حلال کرده است، به همین جهت برای جلوگیری از جنجال آن را جمع کرد. به این دو آیه ای که یحیی بن اکثم استدلال کرده دیگران هم استدلال کرده اند. استدلال به آیات سوره مؤمنون برای نسخ مغالطه است، چون اینها فرع بر این است که متعه نکاح نباشد و حال آن که ما در اول بحث گفتیم متعه نوعی از نکاح و جمیع شرایط نکاح در آن جمع است، صیغه و تعیین طرفین عقد و مهر در آن شرط است و تمام احکام آن را دارد؛ تنها چیزی که ندارد ارث و نفقه و حق القسم است، پس کلام یحیی بن اکثم مغالطه ای بیش نیست، بنابراین «إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ» * «۲» عام است و شامل ازواج دائم و موقت می شود.

آیه دیگر آیات ارث است و می گویند در قرآن آمده که زوجه از زوج ارث می برد «فَلَهُنَّ (ازواج عقد دائم) الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ» «۳» بنابراین آیه ارث سبب می شود که متعه نسخ شود.

لازم به ذکر است کلام یحیی بن اکثم و دیگر فقهای عامه که به این آیات و آیات سوره مؤمنون استدلال کرده اند اهانت شدیدی به پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله است، چون می گویند زوجه کسی است که ارث می برد و زوجه موقت ارث نمی برد و ملک یمین هم نیست پس العیاذ بالله پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در برهه ای از زمان موقتاً زنا را اجازه داده است. پافشاری برای توجیه کلام خلیفه دوم کار را به جایی می رساند که به پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله اهانت می شود و می گویند ایشان زنا را اجازه داده است.

و امّا در مورد آیات ارث دلیلی نداریم که حکم ارث قابل استثنا نیست چرا که در خیلی از موارد ارث نیست، مثلاً کافر از مسلمان ارث نمی برد، هم سنی ها می گویند و هم ما، حال وقتی اینها با هم ازدواج کنند آیا این ازدواج زنا است و یا قاتل ارث نمی برد، حال اگر ازدواج کند زنا می شود؟ پس هر حکم عامی استثنائاتی دارد و در نکاح موقت ارث استثنا شده و دلیل بر این نیست که نکاح نیست و به عبارت دیگر در اینجا حکم استثنا شده است نه موضوع و مغالطه در این است که استثنای حکمی

(۱) وفيات الاعیان، ج ۶، ص ۱۴۹ و ص ۱۵۰.

(۲) آیه ۶، سوره مؤمنون.

(۳) آیه ۱۲، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۲۰

را سراغ نفی موضوع برده‌اند (چون ارث نمی‌برد زناست) در حالی که استثنا در بعضی از احکام دلیل بر چیزی نمی‌شود. از کلام مأمون هم استفاده می‌شود که این سخن را نپذیرفته ولی نه مأمون سؤال کرد و نه یحیی بن اکثم جواب داد که «متعتان محللتان» چیست که خلیفه دوم می‌گوید «أنا أحرّمهما».

حاصل این است که اینها برای توجیه کلام خلیفه دوم ناچار شده‌اند که احادیثی را جعل کنند و استدلال‌های مغالطه آمیزی بیاورند و چون مجعول است، به مقدار زیادی مشوش می‌باشد.

۱۱ فلسفه نکاح موقت؛ نکاح مسیّر ... ۸۲ / ۷ / ۷

فلسفه و حکمت نکاح موقت:

اشاره

گاهی ممکن است این بحث را به عنوان یک دلیل عقلی برای مسأله نکاح موقت قرار دهند به این بیان: عقل قضاوت می‌کند که باید در شرع مقدّس نکاح موقتی هم باشد ولی ما این مسأله را تحت عنوان حکمت و فلسفه حکم بحث می‌کنیم.

در موارد بسیاری به دلایل مختلف مردم قادر بر نکاح دائم نیستند. به عنوان مثال نمونه‌هایی از آن را برمی‌شماریم:

- ۱- نکاح دائم هزینه زیادی می‌خواهد که تهیه آن مشکل است.
- ۲- به خاطر اشتغال به تحصیل و نداشتن شغل و کسب و کار مرد آمادۀ نکاح دائم نیست، چون نکاح دائم نفقه و مسکن و ... می‌خواهد و او هم ندارد.
- ۳- به خاطر مسافرت‌های طولانی و دوری از اهل و عیال، نیاز جنسی دارد؛ امّا چنان نیست که در بلاد غربت بخواهد خانواده جدیدی تشکیل داده و نکاح دائم کند.
- ۴- به خاطر مأموریت‌هایی که به مناطق دوردست می‌رود و از خانواده خود دور می‌ماند مانند سربازان؛ همان گونه که در زمان پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله این ضرورت‌ها بود که چند مورد از آن در روایات عامّه آمده است و حضرت به سربازانی که از خانواده خود دور بودند اجازه نکاح موقت را داد.
- ۵- همسری دارد که مبتلا به بیماری و یا باردار است و دوران بارداری سختی را می‌گذرانند به طوری که قادر به حرکت نیست و چند ماهی باید با او آمیزش نداشته باشد در حالی که ممکن است در سنّی باشد، که میل شدید به آمیزش دارد؛ حال در چنین مواردی که پنج نمونه از آن را به عنوان مثال مطرح کردیم، سه راه وجود دارد:

راه اوّل:

دستور به فقر و امساک و تعفّف داده شود: «وَلَيْسَ تَعَفُّفِ الدِّينِ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا» راه پارسایی پیشه کند و صبر و استقامت به خرج دهد. این راه در مورد بعضی ممکن است عملی باشد ولی در مورد بسیاری عملی نیست، یعنی آن قوت اراده و ایمان و تعفّف را نمی‌توان از همه انتظار داشت، خصوصاً از افراد عادی.

راه دوّم:

آزادی جنسی را قائل شویم و بگوییم این چنین شخصی برای زنا آزاد باشد.

راه سوّم:

نوعی عقد برای او قائل شویم که مسئولیت‌های ازدواج دائم را نداشته باشد؛ یعنی ازدواجی دارای شروط و ارکان، ولی با مسئولیت‌های کمتر.

حال از بین این سه راه عقل می‌گوید دین اسلام که دین کامل و جاودانی است، باید فکری برای حل این مشکل کرده باشد و تنها راه آن ادامه همان سنت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در هر عصر و زمان است، چرا که هیچ تفاوتی از این نظر بین زمان رسول خدا صلی الله علیه و آله و زمان ما نبوده بلکه مشکلات زمان ما شدیدتر است، بنابراین بر سر این سه راه چاره‌ای جز انتخاب راه سوّم نداریم و اگر آیینی برای این مسأله راه حلی پیدا نکند دین ناقصی خواهد بود، خصوصاً در زمان ما که ویژگی‌های خاصی دارد.

ویژگی‌های عصر حاضر:

دو چیز در زمان ما هست که مسأله را تشدید کرده است:

۱- سنّ ازدواج در زمان ما بالا-رفته است، سابقاً در سنین پایین ازدواج می‌کردند. از جمله دلایل این مسأله این است که ادامه تحصیلات عالیّه جزء بافت جامعه شده و اجازه نمی‌دهد به سرعت و قبل از ۲۵ تا ۳۰ سالگی ازدواج کنند.

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۵، ص: ۲۰

۲- عوامل تحریک در زمان‌های گذشته کم بود، بی‌حجابی و بدحجابی و خودآرایی و اختلاط زن و مرد مثل زمان ما نبود، الآن در اتوبوس و تاکسی و مکان‌های مختلف مانند دانشگاه‌ها اختلاط زن و مرد وجود دارد چنین فیلم‌ها، ماهواره‌ها و اینترنت به این مشکل دامن می‌زند حتّی در صدا و سیمای جمهوری اسلامی در عین این که نسبت به کانالهای تلوزیونی بیگانه بسیار تفاوت دارد ولی فیلم‌هایی پخش می‌شود که به شهوات جنسی دامن می‌زند.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۲۱

پس این دو عامل ایجاب می‌کند که در مورد این مشکل فکری کنیم. دین اسلام که به مقتضای «الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ» دین کاملی است آیا چاره‌ای برای این مسأله نیندیشیده است؟

ما شواهدی در روایات برای این مسأله داریم که نشان می‌دهد اصلاً فلسفه متعه همین بوده است. روایاتی که شیعه و اهل سنت زیاد نقل کرده‌اند و می‌گفت «لولا- نهی عمر ما زنی الا شقی» مفهومش این است که متعه برای نجات از زناست و این نهی عمر باعث می‌شود که غیر شقی هم زنا کند. این روایات را سابقاً از مفسّرانی مانند طبری، ثعلبی، فخر رازی، ابو حیان، نیشابوری و سیوطی و... نقل کردیم و در روایات ما هم در همان باب اول نکاح متعه آمده است، علاوه بر این، حدیث دیگری از امام صادق علیه السلام داشتیم که امام در تفسیر آیه «مَا يَفْتَحِ اللَّهُ لِلنَّاسِ مِنْ رَحْمَةٍ فَلَا مُمْسِكَ لَهَا» می‌فرماید:

...* و المتعه من ذلك «۱»

متعه از درهای رحمت است که خدا به روی مردم گشوده است تا مردم گرفتار زنا نشوند و کسی هم نمی‌تواند جلوی آن را بگیرد و خلیفه ثانی هم نمی‌تواند بگوید «انا احرمها». این روایت هم اشاره به نکته لطیفی دارد یعنی متعه برای نجات از آلودگی به زناست. به هر حال ما نمی‌توانیم باور کنیم که خداوند برای زنا اشدّ عذاب را قرار داده باشد ولی راه پیش‌گیری قرار نداده باشد، این غیر قابل قبول است.

عجب این است که در تمام کتب ردیہ به ما اعتراض می کنند که چرا به سنت رسول اللہ صلی اللہ علیہ و آلہ که موافق حکم عقل است عمل می کنید، آنها برای دفاع از خلیفہ دوّم سنت رسول اللہ صلی اللہ علیہ و آلہ و حکم عقل را کنار گذاشته اند و از ما هم طلبکار شده اند در حالی که ما باید طلبکار باشیم که چرا سنت پیامبر اکرم صلی اللہ علیہ و آلہ را به خاطر روایاتی که سر تا پا تشویش است و نشانه جعل و کذب در آن فراوان است برای دفاع از خلیفہ ثانی کنار گذاشته اند.

و اعجب من ذلك: مخالفین متعه به حکم ضرورت های زمان و محیط در عصر و زمان ما به نکاح هایی تن داده اند که عیناً شبیه عقد موقت است و باز هم می گویند که عقد موقت حرام است.

نکاح المسیار و النکاح بنیۃ الطلاق:

اشاره

نکاح مسیار جزء مسائل مستحدثه است، ما ابتدا موضوع، تعریف، حکم و ادلّۀ موافقین و مخالفین را بررسی کرده و فتوایی می دهیم و بعد در بحث عقد موقت نتیجه گیری می کنیم که نکاح مسیار با نکاح موقت چه فرقی دارد که به آن فتوا می دهند ولی با نکاح موقت مخالفت می کنند.

«مسیار» در منابع لغت نیست و این یک لفظ عوامی متداول بین اهل خلیج و نجد است و منظورشان از مسیار چیز زود گذر، ساده و آسان است. از کتابهایی که در این زمینه نوشته شده است کتاب «حقیقۃ نکاح المسیار» است در آنجا می گوید:

«المسیر لغة كما في اللهجة العامية النجدية».

قرضاوی که از علمای اهل سنت است، می گوید:

«متداول بین اهل الخلیج زیارة السریعہ (دیدار کوتاه) أو الزوّار الذین لا یطیلون المکوث عند المضيف (میهمان هایی که توقف آنها در نزد میزبان کوتاه است)».

تعریف اصطلاحی زواج مسیار:

در اصطلاح، نکاح مسیار به نکاحی می گویند که تمام شرایط نکاح مثل ایجاب، قبول، مهر و شاهد - که در نظر عامّه از شرایط نکاح است - را دارد با این تفاوت که مرأه از بسیاری از حقوق خویش می گذرد مانند حق نفقه، سکنی و لباس، حق القسّم (شب خوابی). حال اگر قصدش این باشد که بعد از مدّتی طلاق دهد بحث جداگانه ای دارد که همان الزواج بقصد الطلاق است.

پس در این نکاح زن در خانۀ خودش ساکن است و از نفقۀ خودش می خورد فقط شوهری دارد که گاه و بیگاه به او سر می زند بنابراین شبیه نکاح متعه است.

بعضی نکاح مسیار را چنین تعریف کرده اند:

نوع من الزواج الشرعی لانه یتّم بایجاب و قبول مع الالتزام بالشروط لکنه یتّبع عن الزواج العادی بأن الزوجه فیہ تتنازل عن حقّها فی أن ینام زوجها عندها و تتنازل عن حظها بالعدل بینها و بین الزوجه الاولى، در اینجا صحبتی از نفقه و سکنی نشده که از این جهت این تعریف ناقص است.

این نوع ازدواج اخیراً در بین اهل سنت محلّ بحث واقع شده و بسیاری از بزرگان آنها فتوا به جواز داده اند، از جمله کسانی که

فتوای به جواز داده «بن باز» مفتی عربستان سعودی است که اخیراً از دنیا رفت و نسبت به شیعه خیلی متعصب و مخالف بود همچنین دکتر قرضاوی از مفتی‌های مصر که رساله‌ای را به نام «النکاح المسیار موضوعه و حکمه» نوشته و فتوا به جواز آن داده است. مفتی دیار مصر هم فتوا به جواز داده ولی شیخ الازهر

(۱) ح ۱۸، باب ۱ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۲۲

با آن مخالفت کرده و اجازه نداده است.

قرضاوی در کتاب خود می‌نویسد:

«من در مجلسی شرکت کرده بودم که حدود بیست نفر از فقهای اسلام در آنجا بودند وقتی سخن از نکاح مسیار به میان آمد و من فتوا به حلیت دادم اکثریت قاطع علمای حاضر با من موافقت کردند».

از این سخن معلوم می‌شود که فتوای به جواز در میان آنها فتوای فراگیری شده و ضرورت‌های زمان، آنها را به اینجا کشانده است.

۱۲ ادامه نکاح مسیار ... ۸۲ / ۷ / ۹

تعبیرات مختلف در مورد مسیار:

چهار تعبیر مختلف در مورد مسیار بیان شد که معنایش به یک چیز بازمی‌گشت:

تعبیر اول: المرور و عدم المکث الطویل.

تعبیر دوم: الزیارة السریعة.

تعبیر سوم: المرور علی الشیء فی ای وقت شاء.

تعبیر چهارم: الزوار الذین لا یطیلون المکوث عند المضيف.

همه این تعبیرات به یک معنا برمی‌گردد؛ یعنی چیز موقتی و زود گذر.

و اما تعریف اصطلاحی زواج مسیار مختلف است که باز گشت همه به یک چیز است و خلاصه آن این بود که:

زواج بالایجاب و القبول و جمیع شرائط النکاح و لکن الزوجه تتنازل عن بعض حقوقها (زوجه از بعضی حقوقش صرف نظر می‌کند)

مثل النفقة و السكنی و حق القسم و المبيت عندها و مراعات العدل بینها و بین سائر ازواجه لو کان له زوجه أخرى.

این نکاح در اثر ضرورت‌های زمان و محیط پیدا شده چرا که سابق بر این محیطها بسته بود و در واقع همان عواملی که برای متعه

ذکر کردیم عوامل زواج مسیار است، مسافرتها و عدم قدرت بر ازدواج دائم، گرفتاری‌های زوجه اول ...

اقوال علمای عاقله و خاصه:

اشاره

علمای معاصرین اهل سنت سه دسته‌اند:

۱- بعضی این نکاح و شرایط آن را صحیح می‌دانند.

۲- بعضی نکاح مسیار را صحیح ولی شرایطش را صحیح نمی‌دانند (شرط فاسد، مفسد نیست).

۳- بعضی نکاح و شرایط آن را فاسد می‌دانند.

جمعی از معاریف اهل سنت نکاح مسیاری را صحیح می‌دانند که از آن جمله مفتی بزرگ مصر به نام «دکتر نصر فرید واصل» که قائل به جواز آن است و همچنین «دکتر قرضاوی» از مفتی‌های معروف مصر که کتابی به نام «زواج المسیاری حقیقه و حکمه» نوشته است. او در کتابش مقدمه‌ای دارد که اجمال آن چنین است:

«وقتی من این فتوا را دادم، غوغایی در مناطق خلیج و اطراف آن برپا شد که چرا قرضاوی چنین فتوایی داده است و گفتند این فتوایی که تو دادی باعث شده است که اکثر زنانی که در این مناطق زندگی می‌کنند با تو بد شوند (چون هشتاد درصد زنان با آن مخالفت کرده‌اند...) ولی ما باید حکم خدا را بگوییم، دو دسته از علما هستند که کارشان مشکل است، یک دسته علمایی که در خدمت امرا و ملوک‌اند که هرچه آنها می‌پسندند می‌گویند و دسته دیگر علمایی که در خدمت عوامند و تابع پسند آنها حرف می‌زنند، خطر گروه دوم از گروه اول بیشتر است. فقیه باید حکم خدا را بگوید من تشویق به نکاح مسیاری نمی‌کنم ولی اگر از حکم آن از من سؤال کنند، می‌گویم حلال است و حلال خدا را هم حرام نمی‌کنم، چون دلیل بر حرمت داریم و دلیلی بر حرمت آن نداریم».

از جمله موافقین نکاح مسیاری بن باز مفتی اهل حجاز و مخالف شدید شیعه است. از مخالفین شیخ سابق الازهر «الشیخ جاد الحق» است. بعضی از علمای الازهر هم گفته‌اند که ما نمی‌دانیم نکاح مسیاری چیست، و چیزی که نمی‌دانیم درباره‌اش حکم نمی‌کنیم که این هم عذر ناموجهی است.

از علمای شیعه هم آنها که در این زمینه (نکاح مسیاری) فتوا داده‌اند فتوا به جواز داده‌اند، منتها با شرایطی که بعد خواهیم گفت. پس علمای شیعه در این زمینه یک دست هستند ولی علمای اهل سنت سه گروهند که اکثر آنها قائل به جواز شده‌اند.

در این زمینه کتابهای متعددی وجود دارد که چهار کتاب را معرفی می‌کنیم که یکی از شیعه و سه مورد دیگر از اهل سنت است:

۱- نکاح المسیاری و احکام الانکحة المحرمة نوشته عرفان بن سلیم.

۲- زواج المسیاری حقیقه و حکمه نوشته قرضاوی.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۲۳

۳- زواج باطل المسیاری، العرفی، السری، المتعنه نوشته محمد فؤاد الشاکر (نکاح عرفی به معنای نکاح غیر رسمی است، یعنی نکاحی که در دفاتر رسمی ثبت نمی‌شود، و نکاح سری نکاحی که شهود بر آن شهادت نمی‌دهند، عامه در نکاح ولی و شهود را شرط می‌دانند).

۴- حقیقه زواج المسیاری و مشروعیه المتعنه نوشته سید محمد علی حسینی بقاعی از علمای شیعه لبنان.

دلایل قائلین به صحت نکاح مسیاری چیست؟ و دلایل مخالفین چیست؟ فتوا و دلیل ما چیست؟ تا از آن برای نکاح متعه استفاده کنیم.

۱۳ ادامه نکاح مسیاری ... ۱۲ / ۷ / ۸۲

ادله موافقین:

دلایل موافقین روشن است و خلاصه آن این است که ادله نکاح دائم و اطلاق آیات و روایات ما نحن فیه را شامل می‌شود، چرا که نکاحی است جامع همه شرایط و صیغه عقد دائم خوانده شده و مهریه دارد، اگر حضور شهود را هم لازم بدانند شهود هم حاضرند، پس تمام شرایط جمع است.

ادله‌ای که می‌گویند «وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» یا «احلَّ الله النکاح و حرّم السفاح و الزنا» این را هم شامل است و اما زدودن بعضی از حقوق ضرری به اصل نکاح نمی‌زند و این یک نوع تنازل و گذشت مرأه از بعضی از حقوقش می‌باشد، چون حق اوست

و می‌تواند بگوید نفقه، سکنی و حقّ القسّم نمی‌خواهم.

ما این دلیل را به عبارات فقهی معمول اصحاب خود (شیعه) برده و به صورت فنی تر بیان می‌کنیم:
صورت اول:

گاهی زن در عقد نکاح چیزی را شرط نمی‌کند ولی اخلاقاً متعهد می‌شود که چیزی از مرد نخواهد و اصلاً مسأله تنازل از حق در صیغه نکاح قرار نمی‌گیرد، این بحثی ندارد و بسیاری هستند که در متن عقد شرطی قرار نمی‌دهند ولی اخلاقاً متعهد می‌شوند که چیزی مطالبه نکنند.

صورت دوم:

تنازل از حق و گذشت از حقوق در متن عقد قرار می‌گیرد که دو حالت دارد:

۱- به صورت شرط فعل:

یعنی فعلی را شرط می‌کند به این بیان که بگوید من با تو ازدواج می‌کنم و از تو نفقه و قسّم را طلب نمی‌کنم؛ این اشکالی ندارد چون حقّ اوست ولی شرط می‌کند که مطالبه نکند و در بسیاری از موارد همین است و به زودی در مورد ارث هم خواهد آمد و خواهیم گفت که پدر حق دارد به فرزند خود بگوید که این خانه برای تو به شرط این که در هنگام تقسیم ارث چیزی را مطالبه نکنی، نمی‌گوید به شرط این که وارث نباشی بلکه می‌گوید به شرط این که مطالبه نکنی که شرط فعل است و بلامانع زن هم در ما نحن فیه متعهد شده که مطالبه نفقه و قسم نکند.

۲- به صورت شرط نتیجه:

مرد می‌گوید: أتزوجك على أن لا يكون لك حقّ في النفقة و القسّم، (ازدواج می‌کنم به شرط این که حقی نداشته باشی). این قسم قابل بحث و ایراد است که آیا این حق قابل اسقاط است؛ به عبارت دیگر این حقی که قابل گذشت هست، آیا قابل اسقاط هم هست؟

ممکن است کسی بگوید این حکم الهی است که مرد باید نفقه همسرش را در عقد دائم بدهد و تقسیم عادلّه میت را انجام دهد و اگر نکند خلاف حق رفتار کرده است، آیا این حق قابل اسقاط است؟

این اول کلام است و اگر شک هم کنیم که قابل اسقاط است یا نه، اصل این است که غیر قابل اسقاط است و لذا بعضی از متأخرین هم که نکاح مسیار را صحیح دانسته‌اند، معتقدند که به صورت شرط نتیجه نباشد بلکه به صورت شرط فعل باشد.

جمع بندی: اگر می‌خواهند نکاح مسیار انجام دهند باید شرط را در متن عقد نیاورند و یا اگر شرط را در متن عقد می‌آورند، به صورت شرط فعل بیاورند نه به صورت شرط نتیجه، چون مشکوک است.

برای شرط فعل بعضی شاهدی از صحیح بخاری و صحیح مسلم آورده‌اند که سوده بنت زمعه (یکی از همسران پیامبر) پیر شده بود و به پیامبر عرض کرد یا رسول الله صلی الله علیه و آله من حق قسم خود را به عایشه بخشیدم؛ پس زن می‌تواند از حق خود تنزل کند.

أما الارث:

آیا می‌تواند ارث را هم در ضمن عقد نکاح شرط کند؟

بعضی از بزرگان نسبت به ارث سخت‌گیری کرده و معتقدند نسبت به ارث نمی‌شود، چون ارث یکی از احکام الهی است که

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۲۴

تابع نسب و سبب است، و حکم الهی غیر قابل تغییر است و حق نیست. کما این که عکس آن هم ممکن نیست یعنی من لیس بوارث را در ضمن عقد لازم شرط کنیم که وارث شود و این که بعضی از پدرها بچه‌ای را از ارث محروم می‌کنند صحیح نیست و

چون ارث اسقاطاً و اثباتاً تابع حکم الهی است، لذا ما در مورد عقد متعه هم گفته‌ایم که اگر شرط کند که ارث ببرد مشکل است. علمای اهل سنت از کنار ارث بی‌صدا گذشته‌اند و فقط از نفقه و قسّم صحبت کرده‌اند. ما معتقدیم در مورد ارث بین شرط فعل و شرط نتیجه، فرق است به این بیان که می‌گوییم شما حقّ ارث دارید اما شرط می‌کنیم که مطالبه نکنید. بسیاری از پدرها در حال حیات سهم فرزندان بزرگتر را می‌دهند و می‌گویند بقیه این اموال بماند برای صغیرها، به شرط این که شما حقّ ارث خود را ببخشید نه این که سهم ندارند، پس به صورت شرط فعل باشد اشکالی ندارد.

بنابراین زوجه مسیار که به صورت زوجه دائم است شرط می‌کند که من حقّ ارث خودم را به بقیه ورثه می‌بخشم و این خلاف شرع نیست و بدون شرط و با شرط می‌تواند سهم خود را ببخشد، پس به طور خلاصه تعریف نکاح مسیار چنین می‌شود:
 إنّ نکاح المسیار بحسب الظاهر نکاح دائم مع جميع شرائطه إلا أنه ليس فيه حق النفقة و القسّم و الارث باشرط عدم مطالبتها بهذه الحقوق لا بعدم استحقاقها.

أدلة مخالفة:

اشاره

مخالفین که نکاح مسیار را باطل دانسته‌اند به وجوه سستی تمسک جسته‌اند که به بعضی از آنها اشاره می‌کنیم:

۱- محقق نشدن اهداف شرع:

شارع از نکاح اهدافی داشته است مثل توالد، سکون (لیسکن الیها)، مودت، رحمت و اینها در نکاح مسیار نیست، پس چون اهداف شرع را ندارد باطل است.

۲- ظلم به زن:

این نکاح سبب می‌شود که مردان به زنان ظلم کنند، چون وقتی مرد می‌بیند که این زن نیاز به همسری دارد که بالای سر او باشد به آن زن زور می‌گوید، مثلاً می‌گوید خانه‌ات را هم به من واگذار کن؛ هستند، چنین مردانی که وقتی احساس کنند زنی احتیاج دارد که کسی بالای سرش باشد و طالب و خریداری هم ندارد و اموالی هم دارد، به چنین زنانی زور می‌گویند و چون این نکاح سبب چنین مفسده‌ای می‌شود، پس باطل است.

۳- مخالف با کتاب الله:

این نکاح مخالف با آیه شریفه است که می‌فرماید: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ» «۱» این قسمت در مورد نفقه است و در این نکاح هم که نفقه نمی‌دهد، پس «قوامون» نیست و این خلاف آیه است.

۴- مخالف طبیعت نکاح:

لازمه این نوع نکاح کتمان است در حالی که شارع در مسأله نکاح نظرش اعلان است بنابراین شهود را لازم می‌داند (طبق قول عامه) پس این نکاح مخالف طبیعت نکاح است.

۵- شکسته شدن شخصیت زن:

این نکاح باعث می‌شود که شخصیت و کرامت زنان در هم شکسته شود و زن تبدیل به موضوعی برای بهره‌کشی‌های جنسی شود.

۶- شبیه نکاح متعه:

این شبیه نکاح متعه است در حالی که ما متعه را حرام می‌دانیم. پس این نکاح هم حرام است. اینها اشکالاتی است که از لابه‌لای کلمات عامه جمع‌آوری کرده‌ایم.

جواب از دلیل اول:

گویندگان این سخن یک مطلب مهم و اساسی را در فقه فراموش کرده‌اند و آن این است که بین علت و حکمت فرق است، العلة یدور مدارها الحکم، مثل لا تشرب الخمر لانه مسکر که اگر سُکر از بین رفت و تبدیل به سرکه شد دیگر حرام نیست، چون مسکر نیست ولی در حکمت حکم دائر مدار آن نیست به عنوان مثال روایت می‌گوید «تناکحوا تناسلوا» حال اگر پیرزنی بود که هیچ بچه‌ای نخواهد زاید و پیرمردی است که قدرت بر تولید مثل ندارد و یا زنی که عقیم است، آیا نکاح اینها باطل است؟ بقاء نسل جزء حکمت نکاح است چرا که خیلی جاها نکاح هست و بقاء نسلی هم نیست، مثل تمام کسانی که امروزه نکاح می‌کنند و جلوی باردار شدن را می‌گیرند، پس بگوییم نکاح همه اینها باطل است، گویا آنها این اصل مهم اسلامی را فراموش کرده‌اند، پس این دلیل بر بطلان نمی‌شود چون اهداف شرع در غالب نکاحها هست و بعضی از آنها در نکاح مسیار نیست و این اشکالی ندارد.

(۱) آیه ۳۴، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۲۵

جواب از دلیل دوم و سوم:

اگر یک مرد فقیر با یک زن ثروتمند ازدواج کند و تمام مخارج را زن بدهد و این مرد چیزی ندارد آیا این نکاح باطل است چون مرد فقیر است و قوامون علی النساء نیست؟ اینها همه حکمت است نه علت، تا سبب فساد شود. اینها قانون دیگری را هم فراموش کرده‌اند و آن این است که سوء استفاده از یک قانون دلیل بطلان آن قانون نمی‌شود، به عنوان مثال اگر کسی از مسجد سوء استفاده کرده و از آن برای سرقت استفاده کند آیا باعث می‌شود که در مساجد را ببندیم؟ بله اگر قانونی باشد که غالباً از آن سوء استفاده می‌کنند، می‌توان جلوی آن را گرفت، ولی اگر چند نفر سوء استفاده کردند، نمی‌توان جلوی اصل قانون را گرفت در حالی که اطلاقات شامل است.

جواب از دلیل چهارم:

اعلان جزء علتها نیست به عنوان مثال در جایی که پدر هست و دو نفر شاهد هم هست و عقدی می‌خوانند، این اعلان نیست، علاوه بر این که ممکن است در نکاح مسیار اعلان هم باشد.

جواب از دلیل پنجم:

آیا اگر این زن بماند و آلوده زنا شود باعث از بین رفتن کرامت نساء نیست؟ علاوه بر این، مسئله اشباع غریزه جنسی مسئله ساده‌ای

نیست، بسیاری از طلاقها به خاطر این است که خیلی از زنان و مردان در این زمینه مشکل دارند، ولی نمی‌توانند با کسی در میان بگذارند و به بهانه‌ای سراغ طلاق می‌روند؛ پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله فرمود من تزوج فقد أحرز نصف دینه فلیتق الله فی النصف الآخر، معلوم می‌شود که این مسأله مساوی با نصف دین است چطور شما آن را آسان می‌دانید؟!

جواب از اشکال ششم:

این نکاح از خیلی جهات شبیه متعه است ولی این عیب آن نیست بلکه حسن آن است. فبناءً علی ذلک: باید بگوییم چون نکاح بسیار صحیح است پس متعه هم صحیح است نه این که بگوییم چون متعه باطل است، نکاح بسیار هم باطل است، پس قائلین به صحّت نکاح بسیار خوب است که شجاعت به خرج داده و بگویند نکاح متعه هم جایز است. بلکه می‌خواهیم بگوییم نکاح موقت اولی به صحّت است از نکاح بسیار، چون شخصی که نکاح بسیار می‌کند از دو حالت خارج نیست:

یا از ابتدا به زن می‌گوید که قصدش نکاح موقت است و لو عقد دائم می‌خواند، یا نمی‌گوید. صورت اول نوعی ریاکاری و تظاهر است که غیر اخلاقی است و صورت دوم نوعی خیانت است؛ (فان اظهر نیته فهو رياء و إن أخفی نیته فهو غش و خیانه)، پس عقد به صورت موقت آبرومندانه‌تر و اولی به صحّت است.

بله کسانی که سنت رسول الله صلی الله علیه و آله را رها کنند و دنبال سنت غیرش بروند، در این وادی‌ها گرفتار می‌شوند و چیزی که غیر اولی است صحیح می‌دانند.

۱۴ ادامه نکاح بسیار ... ۱۳ / ۷ / ۸۲

بقی هنا امور:

الامر الاول: نکاح به قصد طلاق

گفتگویی در بین علمای اهل سنت به خاطر نکاح بسیار پیدا شده که آیا نکاح به قصد الطلاق صحیح است یا نه؟ به این معنا که کسی نکاحی می‌کند (و لو نکاح بسیار هم نباشد) ولی نیتش طلاق است؛ البتّه غالباً این بحث در نکاح بسیار است، ولی منحصر به نکاح بسیار نیست، پس در امر اول بحث در النکاح بقصد الطلاق من اول الامر است و فرقی نمی‌کند که نفقه و قسم را ساقط کند یا نکند.

متأخرین علمای اهل سنت، غالباً نکاح بقصد الطلاق را صحیح دانسته‌اند و آنچه از قدمایشان نقل کرده‌اند اجماع بر صحّت است. نووی در شرح صحیح مسلم و ابن قدامه در مغنی ادّعی اجماع بر صحّت نکاح به قصد طلاق کرده‌اند. نووی در شرح صحیح مسلم می‌گوید:

قال القاضي (از فقهای اهل سنت) و أجمعوا علی أنّ من نکح نکاحاً مطلقاً و نیته أنّ لا یمکث معها إلّا مدّة نواها فنکاحه صحیح حلال و لیس نکاح متعه و إنّما نکاح المتعه ما وقع بالشرط المذكور و لکن قال مالک لیس هذا من أخلاق الناس (کار اخلاقی نیست نه این که صحیح نباشد). «۱»

ابن قدامه در مغنی می‌گوید:

فالنکاح صحیح فی قول عامّة اهل العلم إلّا الاوزاعی قال هو نکاح متعه و الصحیح أنّه لا بأس به و لا تضرّ نیته. «۲»

ما نیز معتقدیم که نکاح به قصد طلاق امر جایزی است،

(۱) ج ۹، ص ۱۸۲.

(۲) ج ۷، ص ۵۷۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۲۶

چون در اینجا اصلی داریم که مطابق آن داعی گاهی از نیت انشا جدا می‌شود، به این بیان که داعی یک چیز و آنچه که در مقام انشا نیت می‌شود چیز دیگری است، مثلاً در مقام انشا قصد هبه می‌کند ولی داعیش این است که فردا چیز بزرگتری برای او بیاورد، این اشکالی ندارد.

پس جدایی بین داعی و انشا در مباحث عقود فراوان است و معیار در صحت عقود قصدی است که در حال انشا دارد و داعی دخیل نیست. در ما نحن فیه قصدش این است که نکاح دائم باشد ولی داعی آن این است که یک ماه بعد که تحصیلاتش تمام شد او را طلاق دهد، این اشکالی ندارد، اگر چه از نظر اخلاقی کار ناپسندی است.

اگر نکاح مسیار و نکاح به قصد طلاق صحیح است، یعنی نکاح می‌کند بدون نفقه، قسَم و ارث و قصد او هم این است که یک ماه بعد جدا شود و فرقی بین این دو نکاح، و متعه نیست و فقط در لفظ این دو نکاح، «الی اجل» را نمی‌آورند، در مورد متعه این همه انکار و طوفان برپا شده و به ما در کتاب‌ها دشنام‌ها داده شده در حالی که تمام این حرفها در نکاح مسیار و نکاح به قصد طلاق هم هست یعنی اگر «الی اجل» گفتیم، این عقد زنا می‌شود منتهی حد ندارد چون آن را ابن عباس جایز می‌داند ولی وطی به شبهه است و او را تعزیر می‌کنند! این مطلب جای تعجب دارد؟

آیا تمام مفاسد در این کلمه است؟!

به عبارت دیگر ما می‌گوییم احکام شرع تابع مصالح و مفاسد است و مصالح و مفاسد هم برای عمل خارجی است. این عمل خارجی در باب نکاح مسیار به ضمیمه جواز نکاح به قصد الطلاق، با متعه هیچ فرقی ندارد، چرا که نفقه ندارد و نیت محدود است و همه شروط دیگر را دارد و تنها تفاوت آن در ان شاء «الی اجل» است، حال آیا تمام مفاسد متعه با گفتن «الی اجل» پیدا می‌شود، یا با آن عمل خارجی؟ اینجاست که می‌گوییم حساب ما با آن‌ها به روز قیامت و اگر خدا از آنان سؤال کند که شیعیان اهل بیت علیهم السلام را به خاطر متعه به انواع تهمتها متهم کردید اما خودتان نکاح مسیار به قصد الطلاق را که هیچ تفاوتی با متعه نداشت مباح دانسته‌اید و جوانان خودتان را به آن ترغیب کرده و گفته‌اید که این حافظ از زناست و حافظ عصمت زنان و مردان است، آیا جوابی برای آن دارند؟ پس گناه ما این است که سنت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله را احیا کرده‌ایم و حسن کار آنان این است که سنت پیامبر صلی الله علیه و آله را رها کرده و به سراغ چیز دیگری رفته‌اند.

الامر الثانی: سوء استفاده از نکاح موقت

نکاح موقت فلسفه و حکمتی داشته است و آن این که در ضرورتها از آن استفاده شود، مثل جوانی که زیر بار مخارج عقد دائم نمی‌تواند برود و یا مسافری که در بلاد بیگانه می‌خواهد بماند و با دیدن مناظر محرک آلوده می‌شود و یا مردی که همسرش بیمار است و یا ... فلسفه اصلی نکاح موقت این بوده ولی بدون اینها هم نکاح موقت مطابق اجماع علمای ما جایز است.

شاهد این مطلب هم همان مسأله تشریح در زمان رسول خدا صلی الله علیه و آله است به این بیان که می‌بینیم در جنگهای مختلف شکایت داشتند که از اهل و عیال خود دور مانده‌ایم، در آن زمان هم پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله برای دفع ضرورتها آن را تشریح کرد. از روایات عدیده ائمه معصومین علیهم السلام هم همین استفاده می‌شود.

البته نمی‌گوییم منحصر به این است چون علت نیست بلکه حکمت است ولی اساس و پایه همین بوده است.

مشکل این است که گروهی از هم مسلکان ما از مسأله جواز متعه سوء استفاده کرده و چهره آن را در نظرها منفور کرده‌اند و آن را به صورت یک وسیله برای هوس بازی در آورده‌اند به طوری که مسأله ضرورت در مرحله بعد قرار گرفته است و این سبب شده که هم در نظر دوست و هم در نظر دشمن بدناما شده و دفاع از آن هم مشکل شود.

۱۵ ادامه نکاح مسیاری ... ۱۴ / ۷ / ۸۲

در اینجا سه روایت را بیان می‌کنیم که ائمه معصومین علیهم السلام هم اولاً و بالذات قصدشان دفع ضرورت بوده است: ...* عن علی بن یقظین قال: سألت أبا الحسن علیه السلام عن المتعة فقال:

ما أنت و ذاک قد أغناک الله عنها

(تو از آن بی نیازی)

فقلت: انما أردت أن أعملها فقال: هی فی کتاب علی «۱»

علیه السلام

فقلت: نزیدها و نزداد

(برای ازدیاد نسل زیاد متعه می‌کنیم تا جمعیت ما زیاد شود)؟

قال: و هل یطیبه الا ذاک

(متعه پاکیزه می‌شود به خاطر این هدف، که همان ازدیاد نسل است). «۲»

(۱) کتابی مشتمل بر احکام که پیغمبر اکرم صلی الله علیه و آله آن را انشا فرموده و حضرت علی علیه السلام آن را نوشت و اکنون در خدمت حضرت ولی عصر (عج) است.

(۲) ح ۱، باب ۵ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۲۷

در این روایت امام با صراحت علی بن یقظین را نهی می‌کند یعنی مطابق حکمت متعه، کسانی می‌توانند متعه کنند که دسترسی به نکاح دائم ندارند.

...* عن الفتح بن یزید قال سألت أبا الحسن علیه السلام عن المتعة فقال:

هی حلال مباح مطلق لمن لم یغنه الله بالتزویج فلیستعفف بالمتعة «... ۱»

...* عن المفضل قال: سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول فی المتعة:

دعوها أما یتحیی أحدکم أن یری فی موضع العورة

(در لغت به معنای عیب است و به اعضای تناسلی انسان هم عوره می‌گویند، چون مستور نساختن آن عیب است و مقصود در اینجا این است که در جایی دیده شود که بودن در آنجا بر او عیب است)

فیحمل ذلک علی صالحی إخوانه و أصحابه

(سایر صلحای شیعه را هم متهم می‌کنند). «۲»

اینها نمونه‌ای از احادیث بود که بیان شد ولی منحصر به آن هم نیست و احادیث متعدّد است و دلالت می‌کند بر این که تشریح اولیّه برای این نبوده است که مردم به صورت گسترده و بی حساب در شهوات و هوا و هوسها غرق شوند، بلکه هدف بسیار مقدّس بوده که همان حفظ کردن افراد نیازمند از آلودگی به گناه است.

شکی نیست که حکمت با علّت فرق دارد، به این بیان که حکم دایر مدار حکمت نیست ولی دایر مدار علّت است، بنابراین بدون

ضرورت هم به حسب عنوان اولی متعه جایز است، اما اساس و پایه تشریح آن دفع ضرورتها بوده است، همان گونه که روایات ائمه معصومین علیهم السلام شاهد آن است.

متأسفانه از این مسأله سوء استفاده شده و عده‌ای آن را وسیله هوس رانی قرار داده‌اند و این سبب شده که چهره این امر مستحب و ضروری، بدنام شده و به یک امر خلاف عرف تبدیل شود، به طوری که هم دشمنان به ما حمله می‌کنند و نکاح موقت را مساوی با زنا می‌دانند و هم در نظر دوستان این امر ناپسند شده به طوری که در نظر بعضی از عوام عقد موقت از زنا هم ناپسندتر است و این امر سبب شده است که ما در عصر و زمان خود سراغ عنوان ثانوی برویم و بگوییم عنوان ثانوی ایجاب می‌کند که ما این حکم اسلامی را تحت برنامه قرار دهیم و از انجام بدون برنامه آن نهی کنیم.

متعه باید در دفاتر رسمی ثبت شود و به هنگام ثبت در نظر گرفته شود که آیا ضرورتی در زندگی شخصی او وجود دارد یا نه؟ اگر دارای ضرورت بود در دفتر ثبت شود و اگر فرزندی هم متولد شد ثبت شود، پس باید قید و شرطهایی قرار داده شود تا چهره نامطلوب، هرج و مرج دار و بدنام آن به یک چهره خوشنام و صحیح تبدیل شود، و ثابت کردن این ضرورتها هم کار مشکلی نیست. این قلت: آیا در جاهای دیگر هم همین را می‌گویید؟ به عبارت دیگر آیا استفاده از عناوین ثانویه منحصر به همین جاست و یا در جاهای دیگر هم می‌گویید؟

قلنا: بله، عناوین ثانویه منحصر به نکاح موقت نیست بلکه در عقد دائم هم هست. در عقد دائم قانون این است که اگر کسی بدون تسجیل در دفاتر رسمی ازدواج، عقد دائمی برقرار کند کسی که صیغه عقد را می‌خواند تعقیب می‌شود، در حالی که همه سکوت کرده و ایراد نمی‌کنند، چون می‌گویند زمانی است که ما ناچاریم عقد دائم را هم روی یک پیکره قرار دهیم و اگر بدون ثبت در دفاتر باشد ممکن است فرد انکار کند و مشکل پیدا شود، علاوه بر این وضعیت بچه‌ها هم روشن نمی‌شود، پس همه باید عقد دائم را در دفاتر بنویسند و اگر ننویسند قابل تعقیب است و جرم می‌باشد.

از این بالاتر مسأله طلاق است. ما می‌دانیم که الطلاق بید من اخذ بالساق، یعنی شوهر حق دارد که طلاق دهد ولی در زمان ما شوهر نمی‌تواند طلاق دهد، و باید ثابت کند که چه دلیلی پیدا شده که می‌خواهد از این زن جدا شود، آیا هوا و هوس است که در این صورت اجازه طلاق نمی‌دهند و یا دلیل دیگری دارد. آیا این عنوان اولی است؟

خیر، عنوان ثانوی است و از این عناوین ثانویه در باب طلاق و نکاح دائم زیاد است، به عنوان مثال برای بچه بعد از تولد باید شناسنامه بگیرند آیا در قرآن و روایات چنین حکمی وجود دارد؟ در هیچ کجا نیست ولی اگر برای فرزند شناسنامه نگیرند، مسئولیت دارد و این فرزند در اجتماع هیچ نقشی نمی‌تواند داشته باشد، نه حق معامله دارد، نه حق ازدواج و نه حق انتخاب شدن و انتخاب کردن و از تمام حقوق اجتماعی محروم می‌شود در حالی که آیه و روایتی ندارد و در واقع همه اینها عناوین ثانویه است.

زمان گاهی ایجاب می‌کند که ما به سراغ عناوین ثانویه

(۱) ح ۲ باب ۵، از ابواب متعه.

(۲) ح ۳، باب ۵ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۲۸

برویم و عناوین اولیه زیر پوشش قرار می‌گیرند نه این که عناوین اولیه از بین برود بلکه آنها را محدود می‌کنیم و در چهارچوبه‌های غیر قابل سوء استفاده می‌ریزیم. اگر بخواهیم عقد متعه هم در عصر و زمان ما قابل نقض در خارج و داخل نباشد باید تحت نظامی قرار گیرد و اگر هر کسی با هر کسی عقد موقت کند همان مشکلات پیش می‌آید چون اگر قید و شرط از آن برداشته شود، به فحشا تبدیل می‌شود و مایه آبروریزی است و هم خانواده‌ها به خطر می‌افتند و هم در داخل و در خارج متهم می‌شویم.

پس در زمان حاضر ناچاریم عناوین ثانویہ را در مسائل اجتماعی راه بدهیم و متعہ از اظہر مصادیق آن است. ان قلت: دربارهٔ زنان چه می‌گویید؟ چرا کہ این ضرورتها دربارهٔ آنها ہم هست مثلاً شوهر بیمار است و یا زندانی است و یا مسافرت کرده است.

قلنا: جواب در اینجا همان جوابی است کہ در مسألهٔ تعدّد زوجات دربارهٔ مردان در عقد دائم داده می‌شود، یعنی وقتی گفته می‌شود کہ چرا تعدّد زوجات در مردان جایز است و در زنان جایز نیست، جوابی کہ به این اشکال داده می‌شود در ما نحن فیه ہم همین خوب داده می‌شود، به این بیان کہ:

اولاً: دربارهٔ زنان حل این مشکل امکان ندارد، یعنی ضرورتی است کہ راه حلّی ندارد، چون تداخل میاه و اشتباه فرزند حاصل می‌شود و به همین جهت اجازه نمی‌دهیم.

ثانیاً: شکّی نیست کہ غریزهٔ جنسی در مردان به طور مجموعی از مجموع زنان شدیدتر است و در کتب مسائل مربوط به زناشویی غالباً دانشمندان می‌گویند کہ اکثریت زنان سرد مزاج هستند، یعنی حتّی نسبت به یک همسر هم علاقهٔ چندانی ندارند و راه درمانهایی هم برای این سردی مزاج ذکر کرده‌اند ولی در مردان چنین نیست، پس زنان ضرورتشان کمتر از مردان است.

۱۶ ادامهٔ نکاح مسیاری ... ۸۲ / ۷ / ۱۵

الامر الثالث: نکاح موقت مباح است، منظور از این اباحه چیست؟

اباحه به معنای اجازهٔ بالمعنی الاعم و مقابل حرام است و شامل مستحبّ، مکروه، مباح متساوی الطرفین و حتّی واجب هم می‌شود. آنچه تاکنون ثابت کردیم، اباحهٔ بالمعنی الاعم بوده است، حال در این امر ثالث می‌خواهیم نگاه دقیق تری به مسأله داشته باشیم، یعنی این اباحهٔ بالمعنی الاعم کہ در مقابل تحریم است، آیا داخل در مستحبّ است یا داخل در مکروه یا با اختلاف اشخاص و ازمنه مختلف می‌شود، یعنی گاهی مکروه و گاهی مستحبّ است و یا برای بعضی مستحبّ و برای بعض دیگر مکروه است. سه احتمال در اینجا وجود دارد:

۱- مطلقاً مستحبّ است.

۲- مطلقاً مکروه است.

۳- تفصیل بین اشخاص و ازمنه.

مرحوم صاحب وسائل روایات مختلفی نقل کرده کہ چهار باب را فهرست وار نام می‌بریم:

(الف) فی الاباحهٔ (بالمعنی الاعم) «۱» (۳۲ حدیث).

(ب) فی استحباب المتعّه و ما ینبغی قصده (احیای سنّت پیامبر) بها «۲» (۱۵ حدیث).

(ج) فی استحباب المتعّه و إن عاهد الله ترکها «۳» (۳ حدیث).

عهد کرده بودند کہ سراغ متعّه نروند حال یا به خاطر ترس از دشمن و یا ترس از مخالفت زنان دائمی و وقتی به امام علیه السلام عرض می‌کردند، کہ چنین عهدهی کرده‌اند امام علیه السلام می‌فرمودند، این عهد باطل است، چون عهد و نذر و قسم در مکروهات یا محرّمات نافذ نیست، چرا کہ باید متعلّق نذر راجح باشد، یعنی حتماً باید مستحبّ باشد و در غیر آن نمی‌شود، چون قصدش تقرّب است و اما در ناحیهٔ عهد و قسم حدّ اقل این است کہ باید مکروه نباشد.

(د) فی کراههٔ المتعّه مع الغناء عنها و استلزامها الشنعه (مردم انسان را مذمت کنند) أو فساد النساء «۴» (۶ روایت).

آیا این روایات متعارض هستند یا راه جمع دارند؟

ما از کلام صاحب وسائل نکته‌ای استفاده می‌کنیم کہ عقیدهٔ ما هم همین است و آن این کہ متعّه به عنوان اولی مباح است ولی به

عنوان ثانوی گاهی مستحبّ و گاه مکروه می شود.

روایات اباحه که در باب اول آمده متضافر است و اما جایی که مستحبّ می شود به خاطر حفظ سنّت است که عنوان ثانوی است و امام علیه السلام تصریح می کند که مستحبّ است:

(۱) باب ۱ از ابواب متعه.

(۲) باب ۲ از ابواب متعه.

(۳) باب ۳ از ابواب متعه.

(۴) باب ۵ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۲۹

* و باسناده عن صالح بن عقبه، عن أبيه، عن أبي جعفر عليه السلام قال:

قلت: للمتّمع ثواب؟ قال: إن كان يريد بذلك وجه الله تعالى و خلافاً على من أنكرها لم يكلمها كلمة إلا كتب الله له بها حسنة و لم يمدّ يده إليها إلا كتب الله له حسنة «... ۱»

... عن بشر بن حمزة، عن رجل من قريش قال: بعثت إلى ابنة عمّ لي كان لها مال كثير قد عرفت كثرة من يخطبني من الرجال فلم أزوجهم نفسي و ما بعثت إليك رغبة في الرجال (لذت جنسی)

غير أنه بلغني أنه أحلّ الله في كتابه و سنّها رسول الله صلى الله عليه و آله في سنّته فحرّمها زفر

(برای ملاحظه تقيه به جای عمر)

فأحببت أن أطيع الله عزّ و جلّ فوق عرشه و أطيع رسول الله صلى الله عليه و آله و أعصى زفر فتزوّجني متعاً فقلت لها: حتّى أدخل على أبي جعفر عليه السلام فاستشيره قال: فدخلت عليه فخبّرتة فقال: افعل صلّ الله عليكما من زوج. «۲»

... عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال: تمتّعت؟ قال:

لا، قال: لا تخرج من الدّنيا حتّى تحيي السنّة. «۳»

پس استحباب متعه عنوان ثانوی و احیای سنّت است؛ و الّا به عنوان اولی مباح است.

و اما مواردی که مکروه است تحت سه عنوان است:

۱- جایی که استغنائی هست و بی نیاز از متعه است. «۴»

۲- جایی که خوف بدنامی است و در محیط افرادی هستند که می خواهند شیعه را به خاطر عقد منقطع بد نام کنند:

... عن عمّار (السبابی) قال: قال أبو عبد الله عليه السلام لي و لسليمان بن خالد؛ قد حرّمت عليكما المتعّة

(احتمال دارد حرمت به معنی کراهت باشد)

من قبلي ما دمتما بالمدينة لأنكما تكثران الدخول عليّ و أخاف أن تؤخذا فيقال: هؤلاء أصحاب جعفر. «۵»

مرحوم علامه مجلسی در بحار حدیث جالبی نقل می کند و بعد از آن که می فرماید ائمه علیهم السلام اصحابشان را از متعه نهی کردند تا سراغ عقد موقت نروند، می فرماید دلیل آن:

قال جماعة من أصحابنا رضی الله عنهم: العلة في نهی ابي عبد الله عليه السلام عنها في الحرمين أن أبان بن تغلب (ابان از اصحاب اجماع است و می گویند سی هزار حدیث از امام صادق و امام باقر علیهما السلام نقل کرده است) كان أحد رجال أبي عبد الله عليه السلام و المروئی عنهم (دیگران احادیث را از او روایت می کردند) فتزوّج امرأة بمكّة و كان كثير المال فخدعته المرأة حتّى أدخلته

صندوقاً لها ثم بعثت إلى الحَمَّالين فحملوه إلى باب الصفا ثم قالوا: يا أبان هذا باب الصفا وإنا نريد أن ننادي عليك هذا أبان بن تغلب أراد أن يفجر بامرأة فافتدى نفسه بعشرة آلاف درهم فبلغ ذلك أبا عبد الله عليه السلام فقال لهم: وهبوا لي في الحرمين (در مکه و مدینه به خاطر من صرف نظر کنید). «۶»

ظاهراً نشان می‌دهد که برنامه آن زن هم طبق نقشه قبلی بوده و می‌خواستند اصحاب حضرت را بد نام کنند.

۳- بعضی از زنها فاسد و کافر می‌شوند:

... عن بن محمد بن حسن بن شمون

(راوی ضعیف است و روایت را به عنوان مؤید ذکر می‌کنیم چون بحث روشنی است و دلیل نمی‌خواهد زیرا بعضی از زنها کم حوصله هستند و ممکن است بد و بیراه بگویند)

قال: كتب أبو الحسن إلى بعض موالیه لا تلحوا

(اصرار)

على المتعة إنما عليكم إقامة السنة فلا تشتغلوا بها عن فُرْشِكُمْ و حرائرکم

(همسران دائمی)

فيكفرن و يتبرّين و يدعين على الأمر بذلك و يلعنونا. «۷»

پس متعه به عنوان اولی مباح بود ولی به عنوان ثانوی گاهی مستحب، گاهی مکروه، گاهی حرام و گاهی واجب شد.

[مسأله ۱ (النکاح المنقطع کالدائم)]

اشاره

۱۷ مسأله ۱ (النکاح المنقطع کالدائم ...) ۱۶ / ۷ / ۸۲

قبل از ورود به بحث دو مطلب را که به مباحث قبل مربوط است مطرح می‌کنیم:

۱- بعضی می‌گویند این که حدیث معروف دارد که خلیفه دوم گفت:

متعتان محللتان علی زمن رسول الله (ص) و انا أحزّمهما

، یکی از دو متعه، متعه نکاح و دیگری متعه حج تمتع است. در حج تمتع ابتدا عمره به جای آورده و بعد از احرام خارج می‌شوند و مجدداً برای رفتن به عرفات محرم می‌شوند، پس در بین عمره و حج از احرام خارج می‌شوند.

خلیفه دوم در این مسأله افکاری مانند افکار قبل از اسلام داشت و می‌گفت زشت است که برای رفتن به عرفات محرم شویم در حالی که قطره‌های آب غسل جنابت از ریش ما می‌چکد، به همین جهت وقتی با احرام وارد مکه شدی همه چیز بر تو حرام است تا به عرفات بروی. پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله خودش حج تمتع به جای آورد در حالی که ابتدا عمره تمتع به جای آورد و بعد محل شد و بعد برای حج تمتع محرم شد. این

(۱) ح ۳ باب ۲ از ابواب متعه.

(۲) ح ۹ باب ۲ از ابواب متعه.

(۳) ح ۱۱، باب ۲ از ابواب متعه.

(۴) ح ۱ باب ۵ ح ۲ باب ۵.

(۵) ح ۵ باب ۵ از ابواب متعه.

(۶) بحار، ج ۱۰۰، ص ۳۱۱.

(۷) ح ۴ باب ۵ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۳۰

مسأله در روایات اهل سنت آمده است که به این متعه حج می‌گویند، یعنی حجی که عمره آن قبل است و بین آن عمره و خود حج فاصله‌ای است که مُحل شده و همه چیز برای او حلال شده است.

۲- متعه به نفع مردان است یا زنان؟

به نفع هر دو است چون عقد یک طرفی نیست و با زنانی متعه می‌کنند که شوهر ندارند و نیاز به شوهر دارند، پس همان گونه که عقد موقت نیاز مرد را برطرف می‌کند، مشکل زنی را هم که نیاز به شوهر دارد برطرف می‌کند.

مسأله ۱: النکاح المنقطع کالدائم فی أنه یحتاج إلی عقد مشتمل علی ایجاب و قبول لفظیین و أنه لا یکفی فیهِ مجرد الرضا القلبی من الطرفين و لا المعاطات و لا الکتابه و لا الاشارة و فی غیر ذلك کما فُصل ذلك کله (در عقد دائم)

عنوان مسأله:

برنامه‌هایی که در ایجاب و قبول عقد دائم بود (۱۸ مسأله) در اینجا هم هست چرا که این دو عقد به هم شبیه هستند.

ارکان عقد موقت:

عقد موقت دارای چهار رکن است:

۱- صیغه، ۲- محلّ (زوجین واجدین للشرائط)، ۳- أجل (مدّت)، ۴- مهر.

اگر این ارکان اربعه مخدوش شود، عقد موقت مخدوش می‌شود.

همان طوری که در بحث‌های سابق گفتیم باید لفظ صریح باشد و ظهورش نوعی و یا عرفی باشد چون بعضی معتقدند که عقد موقت قبل از اسلام هم بوده است و اسلام ابداع کننده عقد موقت نیست و اسلام برای آن شرایطی قرار داده است، پس باید یا با الفاظ عرفی و یا با الفاظی که در شرع گفته شده عقد جاری شود.

در مورد عربیت، باید گفت که اگر قادر بر عربیت باشد احوط عربیت است و اگر قادر نباشند با زبان دیگر می‌توانند انشای عقد کنند.

ادله:

۱- اجماع:

این مسأله اجماعی است و مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

اجماعاً بقسمیه. و اگر نبود این اجماع جای چانه زدن در مورد کتابت بود، چرا که یکی از طرق انشا کتابت است.

در زمان گذشته عقدنامه و بیع نامه‌های کتبی کمرنگ بود و همه چیز با الفاظ انجام می‌گرفت. آیه ۲۸۲ سوره بقره در مورد کتابت

است، ولی کتابت به عنوان انشای عقد نیست، بلکه شبیه شهود است یعنی می‌نوشتند تا طرف انکار نکند. پس در سابق کمتر معمول بوده است حتی در جاهایی که مبیعه‌نامه را می‌نوشتند قید می‌کردند که صیغه لفظی عقد هم جاری شد. امروزه انشای کتابت بر انشای لفظی پیشی گرفته و معاملات مهم را با انشای لفظی انجام نمی‌دهند و تا کتابت نباشد قراردادها باطل است و فقط معاملات جزئی را با الفاظ انجام می‌دهند، پس انشای لفظی فرع شده است و گاهی فرع هم نیست و حتماً باید کتابت باشد و به تنهایی مورد قبول نیست. حال اگر این اجماعی که جلوی ما را گرفته است نبود ما اجازه می‌دادیم که در باب نکاح انشای عقد به کتابت باشد، همان گونه که در بیع اجازه داده‌ایم.

۲- ویژگی نکاح:

نکاح از عبادات است، نه این که قصد قربت می‌خواهد، یعنی توقیفی است و آن قدر شارع به آن قید و شرط زده که مثل صلاه و صوم توقیفی شده است و دیگر یک امر عرفی و عادی نیست بنابراین برخورد بزرگان با نکاح غیر از برخورد آنها با بیع و اجاره است و اینها جلوی ما را گرفته است؛ اگر این موارد نبود در نکاح هم کتابت را جایز می‌دانستیم کما این که امروزه خیلی از ازدواجها و طلاقها در محیطهای غیر اسلام به کتابت است و در دفترخانه امضا می‌کنند.

۱۸ ادامه مسأله ۱ ... ۲۱ / ۷ / ۸۲

توضیح ذلک:

کتابت در زمان گذشته و حال فرق واضحی دارد. در زمان‌های گذشته الفاظ و انشای لفظی اصل و کتابت فرع بود و حتی کتابت به عنوان شاهد برای اصل عقد محسوب می‌شد، و علت آن این بود که اکثر مردم خواندن و نوشتن را نمی‌دانستند؛ ولی بعدها وقتی اکثر مردم توان خواندن و نوشتن پیدا کردند انشای لفظی فرع شده و اکثر عقود به کتابت انجام می‌شد، به طوری که دفاتر اسناد رسمی تأسیس شد و امضا جای انشا را

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۳۱

گرفت، و کار به جایی رسیده که انشای لفظی در بعضی از جاها از اعتبار افتاده است؛ مثلاً در شرکت‌های بزرگ و معاملات بین دولتها باید قراردادها مکتوب باشد و بدون آن قابل قبول نیست، و انشائات لفظی در حدّ مقاوله و گفتگوهای مقدّماتی معتبر است، و به همین جهت ما در معاملات، کتابت را جانشین انشای لفظی می‌دانیم. چرا مردم به کتابت روی آورده‌اند؟

انشائات مکتوب سه امتیاز دارد:

۱- کتابت بقا دارد و صدها سال ممکن است باقی باشد در حالی که الفاظ باقی نیست.

۲- انشای کتبی را به آسانی نمی‌توان انکار کرد، ولی انشای لفظی قابل انکار است، به همین دلیل در زمان معصومین علیهم السلام وصیت را می‌نوشتند چون احتمال انکار وراثت در میان بود.

۳- انشای لفظی ممکن است با مقاوله مشتبه شود و یا جدّ و هزل با هم مشتبه شود، ولی در امضای اسناد شوخی و یا مقاوله معنا ندارد.

علاوه بر این موارد برای برتری کتابت نسبت به انشای لفظی می‌توان موارد دیگری را هم اضافه نمود و لذا در عصر و زمان ما که اکثر مردم با سواد هستند کتابت مرسوم شده است.

با توجه به این مقدمه باید در همه جا انشاءات مکتوبه را پذیرفت ولی در نکاح و طلاق، اجماع قائم است که انشای لفظی معتبر است و یک استثناست. «۱»

اضف الی ذلک عقد نکاح توقیفی است (نیاز به بیان شارع دارد) چرا که شارع مقدّس در آن دخل و تصرّف زیادی کرده به طوری که وضع جدیدی شده و مثل عبادات، امر توقیفی است.

البته احتیاط این است که در عصر و زمان ما، حتی بعد از آن که صیغه لفظی برای نکاح و طلاق خوانده می‌شود به صورت کتبی هم نوشته شود، پس نوشتن و کتابت در عصر و زمان ما احتیاط مستحبّ است و گاهی واجب است، چون هرج و مرج پیدا می‌شود، و برای حفظ انساب لازم است، پس نباید مردم را به صیغه لفظی تشویق نمود.

آیا اشاره در عقد نکاح کافی است؟

اشاره هم کافی نیست، چون در بین عقلا معتبر نیست به عنوان مثال اگر کسی در مقام عقد روسری را از سر زن بردارد، این برای کسی که زبان دارد و لال نیست، کافی نیست؛ بله اگر کسی لال باشد چاره‌ای ندارد، پس اجماع قائم است که در غیر افراد گنگ اشاره کافی نیست.

آیا معاطات در عقد نکاح جایز است؟

معاطات هم جایز نیست. معاطات در معاملات دامنۀ وسیعی دارد و در اکثر عقود و ایقاعات مثل اجاره، بیع، وقف، هبه و ... جاری است، حتی بعضی معتقدند که معاطات اصل در معامله است و بیع انشایی فرع است، چون انسانهای اولیه قبل از این که این مسائل باشد معاطات انجام می‌دادند؛ اما اجماع قائم است که در مسأله نکاح معاطات نیست و از مسلمات است و از روایات هم استفاده می‌شود که صیغه لفظی لازم است.

ان قلت: بعضی برای بطلان معاطات استدلال کرده و گفته‌اند که معاطات در نکاح مانند زناست و فرقی بین معاطات در نکاح و زنا نیست و اگر معاطات جایز باشد، زنا هم جایز است.

قلنا: نکاح معاطاتی با زنا فرق دارد، چون در نکاح معاطاتی طرفین قصد زوجیت دارند، ولی در زنا قصد زوجیت، حتی موقت آن هم نیست و قصد لذت جنسی نامشروع دارند.

نکته: مرحوم صاحب جواهر در اوایل بحث نکاح موقت می‌فرماید:

نعم ربما ظهر من الکاشانی و بعض الظاهرية من اصحابنا الاكتفاء بحصول الرضا من الطرفين وقوع اللفظ الدالّ علی النکاح و الانکاح لخبر نوح بن شعيب. «۲»

بعضی مانند فیض کاشانی و بعضی از ظاهریه (اخباریون) معتقدند که در باب نکاح رضایت قلبی طرفین با سخنانی در مورد ازدواج که حکایت از نکاح می‌کند و لو صیغه هم نباشد کافی است و دلیل آنها روایت عبد الرحمن بن کثیر از علی علیه السلام است.

* و عنه

(عن علی بن ابراهیم)

عن أبيه

(ابراهیم بن هاشم که هر دو ثقه هستند)

عن نوح بن شعيب

(محلّ بحث است و وثاقتش ثابت نیست)

عن علی بن حسن

(ثقه نیست)

عن عبد الرحمن بن کثیر

(در رجال دو نفر هستند، یکی عبد الرحمن بن الکثیر الواسطی که ثقه است و دیگری عبد الرحمن بن الکثیر الهاشمی که ثقه نیست.)

علی بن حسان که از هاشمی نقل می‌کند قرینه است که عبد الرحمن بن کثیر هاشمی مراد است، پس سند حدیث مشتمل بر افراد ضعیف است)

عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

جاءت امرأة الى عمر فقالت: إني زينت فطهرني فأمر بها أن تُرجم

(۱) برای توضیح بیشتر در مورد نقش کتابت در مسأله انشا به کتاب «بحوث فقهیه هامه» مراجعه شود.

(۲) جواهر، ج ۳۰، ص ۱۵۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۳۲

فأخبر بذلك امير المؤمنين عليه السلام قال كيف زينت؟ قالت: مررت بالبادية فأصابني عطش شديد فاستقيت أعرايا فأبى أن يسقيني إلا أن أمكنه من نفسي فلما أجهدني العطش و خفت على نفسي سقاني فأمكنته من نفسي فقال امير المؤمنين عليه السلام: تزويج و ربّ الكعبة. (۱)

نکاح در این روایت نکاح بدون لفظ و معاطاتی است.

جواب از دلیل:

سه اشکال مهم بر استدلال به این حدیث وارد است:

اولاً، روایت ضعیف السند و معرض عنهاست.

ثانیاً، نکاح معاطاتی در صورت صحّت در مورد زن بی مانع و بدون شوهر است در حالی که به قرینه رجم این زن شوهردار بوده است، چون اگر شوهر نداشت رجم نداشت.

ثالثاً، صاحب وسائل همین مطلب و جریان را به شکل دیگری در کتاب الحدود نقل کرده‌اند.

... * هذه التي قال الله عزّ وجلّ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ هذه غير باغية و لا عادية «... ۲»

مطابق این نقل مصداق اضطرار است و این دو روایت در واقع یک واقعه است، بنابراین دو نقل متعارض در این واقعه وجود دارد.

البته یک جمع دلالتی می‌توان بین این دو روایت انجام داد و آن این که بگوییم چون مضطرّ است حکم زواج دارد پس حد بر او جاری نمی‌شود، بنابراین روایت قابل قبول نیست.

مسأله ۲ (الفاظ الايجاب و القبول فی المتعة)

اشاره

۱۹ مسأله ۲ (الفاظ الايجاب و القبول فی المتعة ...) ۲۲ / ۷ / ۸۲

مرحوم امام (ره) در مورد انشای عقد متعه دو مسأله دارد ولی در عقد دائم در حدود هیچ‌جده مسأله بیان کردند و چون این دو نکاح با هم در ارتباط هستند دیگر در اینجا نیاز به تکرار آنها نیست.

مسأله ۲: الفاظ الايجاب فی هذا العقد «متعت» و «زوّجت» و «أنکحت» ایها حصلت وقع الايجاب به و لا ینعقد بمثل التملیک و الهبة و الإجارة (ملکّت و وهبت و آجرت از سوی مرئه کافی نیست) و القبول کل لفظ دالّ علی إنشاء الرضا بذلك کقوله: «قبلت المتعة» أو ... «التزويج» و کفی «قبلت» و «رضیت» و لو بداء بالقبول (قبول را مقدّم بدارد)

فقال: «تزوّجتک» فقالت: «زوّجتک نفسي» صحّ.

در این مسأله بحث در انشای عقد موقت است. مرحوم صاحب جواهر «۳» به اینجا که می‌رسد می‌فرماید، در مسأله دو قول است: قولی بر این است که الفاظ خاص لازم نیست و هر لفظی که صریحاً یا به کمک قرینه دلالت بر مطلوب (عقد موقت) داشته باشد کافی است و مقید به هیچ لفظی نیستیم؛ قول دیگر این است که الفاظ مخصوص لازم است. مرحوم صاحب جواهر در واقع اقوال را خلاصه کرده‌اند و الا اقوال بیش از اینهاست.

در انوار الفقاهه «۴» در کتاب بیع به مناسبت عقد بیع، الفاظ عقود و ایقاعات را بیان کرده و شش قول را متذکر شده‌ایم:

۱- عقود شرعیّه از شارع مقدّس گرفته شده و به هیچ لفظ دیگری غیر از خودش قابل انشا نیست که این قول جامع المقاصد است. مرحوم فخر المحققین در ایضاح همین را به گونه‌ای دیگر بیان کرده و می‌فرماید:

هر عقد لازمی را که شارع مقدّس عنوان خاص برای آن قرار داده است، باید از همان عنوان در مقام ایجاب استفاده کرد و باید بر قدر متیقّن اکتفا کنیم.

مرحوم فاضل اصفهانی در کنز العرفان همین معنا را به عبارت دیگر بیان کرده و می‌فرماید:

عقود شرعیّه متلقات (گرفته شده) از شارع مقدّس است و باید در مقام انشا از همان الفاظ استفاده کنیم. دو دلیل دارد؛ یکی قدر متیقّن و دیگری این که احکام روی عناوین شرعی رفته و ما باید از همان الفاظ استفاده کنیم تا احکام بر آنها جاری شود.

۲- الفاظ لازم است و به لفظ خاصی مقید نیستیم به شرط این که الفظی باشد که معنای حقیقی را برساند، بنابراین لفظ دامنه‌اش وسیع است. نام قائل این قول ذکر نشده است.

۳- مجازات هم کافی است به شرط این که مجازات قریبه باشد. قائل این قول هم معلوم نیست.

۴- مرحوم علامه در تذکره می‌فرماید: باید الفاظ صریح باشد و کنایه کافی نیست، و لو کنایه ابلاغ از تصریح باشد؛ پس هر چه که صراحت داشته باشد کافی است.

۵- الفظی که به دلالت وضعیه دلالت کند؛ پس حقیقت، و مجازی که قرینه‌اش لفظ باشد کافی است (تعتمد علی اللفظ) ولی مجازی که قرینه‌اش غیر الفاظ (حالیه، مقامیه و ...) باشد کافی نیست. این قول را مرحوم شیخ در مکاسب به عنوان احتمال ذکر کرده است.

(۱) ح ۸، باب ۲۱ از ابواب متعه.

(۲) ج ۱۸، ح ۷، باب ۱۸ از ابواب حدّ زنا.

(۳) جواهر، ج ۳۰، ص ۱۵۴.

(۴) ج ۱، ص ۱۱۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۳۳

۶- هیچ قید و شرطی در کار نیست و ما الفظی می‌خواهیم که ظهور عرفی داشته باشد و فرقی نمی‌کند که حقیقت باشد یا مجاز حتّی اگر کنایه ظهور لفظی داشته باشد کافی است.

قلنا: به نظر ما حق، همین قول اخیر است، چون الفاظ عقود و ایقاعات، مانند صلاة حقیقت شرعیّه ندارد و اینها مسائلی است که در بین عقلا قبل از شریعت اسلامی هم بوده است، پس حقیقت شرعیّه نیست که ما را محصور کند و نتوانیم مخالفت کنیم، چرا که ما باید این حقیقت عرفیه را با هر لفظی که دلالت داشته باشد، انشا کنیم، به عبارت دیگر عقود و ایقاعات مثل عبادات نیست و ماهیت مخترعه ندارد و شارع اختراعی نکرده و کار شارع امضاست- ولی در عبادات کار شارع تأسیس است- منتها قیود و شرایطی برای آن قرار داده است، بنابراین مقید به الفاظ خاصی نیست.

و من هنا يظهر، دو دلیلی که در لابه‌لای کلمات بزرگان بود هیچ کدام قابل قبول نیست.

دلیل اول آنها این بود که عقود متلقّات از شارع هستند.

جواب از دلیل اول: این اول بحث است چون عقود متلقّات از عرف است نه شرع و شارع فقط آن را مقید کرده است.

دلیل دوم آنها این بود که باید اخذ به قدر متیقّن کرد.

جواب از دلیل دوم: قدر متیقّن برای جایی است که متلقّات از شرع باشد و شک باشد و حال آن که مأخوذ از عرف است و عرف

می‌گوید هرچه که معنا را برساند کافی است و شکی هم نیست، پس جای قدر متیقّن نیست.

دلیل بر مسأله این است که الفاظ عقود و ایقاعات حقایق شرعیّه نبوده بلکه حقایق عقلائیه امضائیه هستند و هر چیزی که دلالت بر

مقصود داشته باشد کافی است و جای مراجعه به قدر متیقّن نیست. از جمله شواهد ما این است که همین الفاظ سه‌گانه‌ای که در

باب عقد موقت گفته‌اند کنایه است؛ مثلاً «تمتع» به معنای بهره گرفتن و یا «زوّجت» به معنای کنار هم قرار دادن و یا «انکحت» به

معنای در مقابل و در کنار هم قرار گرفتن و هر سه کنایه از ازدواج است منتها کنایه‌ای که عرف از اینها مطلب را می‌فهمد.

اللهم الا ان يقال؛ درست است که اینها دارای این معنای کنایه‌ای هستند ولی به مرور زمان و به جهت کثرت استعمال در یک معنای

خاص حقیقت عرفیه ثانویه شده است، مانند لفظ هم‌خوابگی که یک معنای کنایی است ولی به جهت کثرت استعمال حقیقت

جدیدی شده است.

تا اینجا در مورد تمام عقود و ایقاعات می‌توانیم بگوییم که الفاظ خاص در هیچ یک از عقود و ایقاعات شرط نیست و فقط الفاظی

می‌خواهیم که ظهور داشته باشد و اما در مورد نکاح باید گفت که در شرع مقدّس اسلام جنبه توقیفی و تأسیسی پیدا کرده و شارع

به قدری شاخ و برگ به نکاح زده که قیافه اصلی آن از بین رفته است؛ و به همین جهت در باب نکاح دست ما بسته است و عرفیت

عقلاییه تحت الشعاع واقع شده و در مقابل، اجماعات قرار دارد که در نکاح لفظ خاص معتبر است.

مرحوم امام (ره) در خصوص نکاح سه لفظ را مطرح می‌کند، ما می‌گوییم که اگر چیزی غیر از این سه لفظ پیدا کنیم که معنای

اینها را داشته باشد کافی است ولی ظاهراً لفظ دیگری نداریم و قدر متیقّن همین سه لفظ است؛ و اما در مورد قبول، این الفاظ

صریح و کافی هستند.

تقدیم قبول بر ایجاب:

بعضی می‌گویند ایجاب از قبیل فعل و قبول از قبیل انفعال است و تا فعلی نباشد انفعالی نیست.

قلنا: این مطالب خیالات است زیرا این موارد از جمله امور اعتباریه است و امور اعتباریه فعل و انفعال ندارد. پس مانعی ندارد که

قبول مقدم شود و در روایات هم آمده بود که ایجاب از طرف زوج بود و اگر زن بله را می‌گفت کافی بود، پس مقدم شدن مانعی

ندارد.

[مسأله ۳ (تمتع المسلمة بالكافر و بالعکس)]

اشاره

۲۰ مسأله ۳ (تمتع المسلمة بالكافر و بالعکس ...) ۸۲/۷/۲۳

مسأله ۳- لا- يجوز تمتع المسلمة بالكافر بجميع أصنافه (چه کتابی و چه غیر کتابی و چه ناصبی و چه غیر آن و اگر مذهب زن به

خطر بیافتد اهل سنت هم نمی‌توانند با زن شیعه ازدواج کنند)

و كذلك لا يجوز تمتع المسلم بغير الكتابية من أصناف الكفار و لا بالمرتدة و لا بالناصبة المعلنة بالعداوة كالخارجية.

عنوان مسأله:

این مسأله دارای چند بخش است:

- ۱- زن مسلمه با هیچ کافری نمی تواند ازدواج کند و اجماع بر این قائم است و کتاب و سنت هم دلالت دارد.
- ۲- ازدواج مرد مسلمان با غیر کتابی جایز نیست، و از مسلمات است و اجماع و کتاب و سنت بر آن دلالت دارد.
- کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۳۴
- ۳- ازدواج مرد مسلمان با زن کتابی محل اختلاف است که سابقاً بحث آن در نکاح دائم گذشت. سه قول در این مسأله وجود دارد:

الف) جواز مطلقاً (چه عقد دائم و چه موقت).

ب) لا يجوز مطلقاً.

ج) تفصیل بین دائم و موقت به این بیان که دائم جایز نیست و موقت جایز است، چون روایات متعارض است، لذا جمع بین روایات کرده و گفته اند که روایات مانع برای دائم و روایات مجوز برای موقت است.

گفتیم اقوی جواز مطلق است، وفاقاً لجماعه من قدماء الاصحاب، ولی بهتر این است که در عقد دائم احتیاط کنند (احتیاط مستحبی) چون اکثر متأخرین قائل به تفصیل شده اند و روایات مانع هم داریم، پس احتیاط می کنیم.

مهمترین دلیل این مسأله کتاب است. قرآن صریحاً می فرماید:

«الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ ... وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ» (۱) با توجه به این که سوره مائده آخرین سوره ای است که بر پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نازل شده، پس این آیه ناسخ آیات ناهیه است که مهمترین آیات ناهیه آیه ده سوره ممتحنه است:

«وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفِرِ» آیه مطلق است و می گوید حتی در جایی هم که زن کافر دارید و خودتان مسلمان شدید آن را رها کنید پس وقتی بقا را اجازه نمی دهند ابتدا را به طریق اولی اجازه نمی دهند، پس آیه مائده این آیه را نسخ کرده یا استثنا می زند، و یا آیه ۲۲۱ بقره که می فرماید:

«وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَنَّ» معلوم می شود که معیار اسلام است که این آیه هم یا به آیه مائده تخصیص خورده یعنی اهل کتاب از بین مشرکین استثنا شده یا نسخ شده است.

بعضی اشکال کرده اند که سوره مائده آخرین سوره نیست، چون آیاتی در آن است که نسخ شده است، از جمله این آیه است که می فرماید:

«فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاصْفَحْ»، (۲) می گویند آیات جهاد این را نسخ کرده است، در حالی که جهاد و عفو هر یک جایگاهی دارند و یا آیات جهاد آیه:

«مَا عَلَى الرَّسُولِ إِلَّا الْبَلَاغُ» (۳) * را نسخ می کند در حالی که منظور این است که پیامبر شما را اجبار نمی کند (لا إكراه فی الدین) و ابلاغ ربطی به مسأله جهاد ندارد، پس سوره مائده آخرین سوره است چون روایت دارد و مشهور است.

مسأله ۴: لا يتمتع على العمه بنت اخيها و لا على الخاله بنت اخيها أو بإجازتهما

۲۱ م ۴ (الجمع بین العمّة و ...) و م ۵ (المهر ...) ۸۲ / ۷ / ۲۶

مسأله ۴: لا یتّمع علی العمّة بنت اخیها و لا علی الخالّة بنت اختها الاّ بإذنهما أو إجازتهما و کذا لا یجمع بین الاختین.
عنوان مسأله:

جایز نیست دختر برادر را بر عمه متعه کند و جایز نیست دختر خواهر را بر خاله متعه کند، مگر این که اجازه بگیرد یا بعداً عمه و خاله اجازه داده و راضی شوند. همچنین جمع بین دو خواهر جایز نیست حتی در عدّه رجعیّه.

ادله:

۱- اجماع:

همان گونه که در عقد دائم بیان شد اجماع قائم است که عقد موقت و دائم در این زمینه یکسان هستند.

۲- اطلاق ادله:

روایاتی که می گوید: لا یجوز نکاح بنت الاخ علی العمّة، ... که عام است و نکاح دائم و موقت را شامل می شود.
مرحوم صاحب جواهر در اینجا یک اصل کلی تأسیس می کند که این اصل برای ابواب متعه بسیار کارساز است و می گوید تمام احکامی که در عقد دائم جاری است در عقد موقت هم جاری است الاّ ما خرج بالدلیل. احکامی که در لسان ادله بر عنوان نکاح جاری شده شامل نکاح دائم و متعه می شود چون نکاح بر دو قسم، قسمی دائم و قسمی موقت است. «۴»
این بیان در واقع یک تودهنی است بر کسانی که نکاح موقت را زنا می دانند. بسیاری از اشکالات اهل سنت به ما، ناشی از جهل آنهاست و دلیل آن، این است که عقاید ما را از دشمنان ما می گیرند، نه از خود ما.
چرا مرحوم امام (ره) از میان تمام محرمات نسبیّه، سببیّه، رضاعیّه و محرمات بالکفر ... این دو مسأله را انتخاب کرده است. خوب بود به صورت عام می فرمودند و تمام محرمات را ذکر می کردند. جواهر تبعاً للشرائع این مسأله را دارد با این

(۱) آیه ۵، سوره مائده.

(۲) آیه ۱۳، سوره مائده.

(۳) آیه ۹۹، سوره مائده.

(۴) جواهر، ج ۳۰، ص ۱۵۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۳۵

تفاوت که در جواهر چنین می گوید:

«و غیر ذلک من المحرمات عیناً و جمعاً» «۱» یعنی خصوصیتی ندارد که شرایع دو مورد را ذکر کرده است حال تحریر الوسیله هم مطابق شرایع است و شرایع هم همین دو مورد را متعرض شده است.

[مسأله ۵: یشرط فی النکاح المنقطع ذکر المهر]

اشاره

مسأله ۵: یشرط فی النکاح المنقطع ذکر المهر فلو أخلّ به بطل (حکم وضعی است در ابواب معاملات و عبادات وقتی چیزی را شرط دانستند حکم وضعی است یعنی بدون آن شرط، باطل می‌شود) و يعتبر فيه أن يكون ممّا يتموّل (المال ما يبذل بازائه المال) سواء كان عيناً خارجياً أو كلياً في الذمه أو منفعةً أو عملاً صالحاً للعوضيّة (عملی که مالیت داشته باشد) أو حقاً من الحقوق المالیة كحقّ التحجير (زمین مواتی را سنگ‌چینی کرده است ولی هنوز عمران و آبادی نکرده تا مالک شود، ولی حقّ اولویت دارد و به همین جهت مالیت دارد. از این قسم اخیر استفاده می‌شود که ملکیت شرط نیست بلکه باید مالیت داشته باشد و نسبت بین مال و ملک عام و خاص من وجه است، بعضی چیزها هم ملک است و هم مال مثل خانه، ماشین و بعضی چیزها ملک هست ولی مال نیست مثل یک دانه گندم که ملک است ولی مال نیست چون در قبال آن پول نمی‌دهند و گاهی مال هست ولی ملک نیست مثل حقّ تحجير) و نحوه و أن يكون معلوماً بالكيل أو الوزن في المكيل و الموزون و العدّ في المعدود أو المشاهدة أو الوصف الرافعين للجهالة و يتقدّر بالمرأضة (اندازه‌گیری می‌شود به رضایت طرفین) قل أو كثر.

عنوان مسأله:

یکی از ارکان عقد موقت ذکر مهریه است با این که در عقد دائم ذکر مهر از ارکان نیست. مرحوم امام ابتدا ذکر مهر را از ارکان می‌داند بعد به سه نکته اشاره می‌کند: نکته اول: هر چه که مال باشد می‌تواند مهر باشد. نکته دوم: مهر باید معین باشد یا به کیل یا به وزن یا به شمارش یا به مشاهده (مثل خانه). نکته سوم: کم و زیاد در آن فرق نمی‌کند.

اقوال:

اولین رکن از ارکان عقد موقت تعیین مهر است. این مسأله در بین ما که قائل به عقد موقت هستیم، اجماعی است. مرحوم صاحب ریاض می‌فرماید:

الثالث: المهر و ذكره في ضمن العقد شرط في الصحّة بالاجماع... و المستفیضة فيبطل العقد بالإخلال به مطلقاً عمداً كان أو سهواً بخلاف الدائم فليس ركناً فيه اجماعاً. «۲»

ادلّه:

۱- اجماع:

دلیل عمده در این مسأله اجماع نیست، چون اجماع مدرکی است.

۲- روایات:

عمده دلیل روایات است که در باب ۱۷ آمده است و بعضی صحیح‌السند و بعضی مشکل‌سندی دارد که مجموعاً متضافراً هستند و عمل اصحاب هم ضعف‌سند را جبران می‌کند.

... عن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا تكون متعة إلا بأمرين أجل مسمى و أجر مسمى. «۳»

این روایت را مرحوم کلینی از زرارة از ابی عبد الله علیه السلام نقل کرده است ولی طبق نقل تهذیب «عمن رواه عن زرارة» دارد که حدیث را مرسله می‌کند، معمولاً در این جاها قول کافی را مقدم می‌کنند چون اضبط است؛ پس این روایت صحیح است.

... عن اسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام من المتعة فقال: مهر معلوم إلى أجل معلوم. «۴»

این روایت هم صحیح است، چون اسماعیل بن فضل هاشمی از بزرگان و توثیق شده است.

... عن أبي بصير قال: لا بد من أن تقول فيه

(در نکاح موقت)

هذه الشروط: أتزوجك متعة كذا و كذا يوماً بكذا و كذا درهماً الحديث. «۵»

۳- دلیل شبه عقلی:

بعضی یک دلیل شبه عقلی هم آورده‌اند و گفته‌اند که متعه مانند اجاره است و باید مال الاجاره معین باشد و روایت هم داریم که می‌فرماید:

... و إنما هي مستأجرات. «۶»

پس باید مانند اجاره مال الاجاره معلوم باشد به عکس عقد دائم که برای حفظ و بقای نسل است، ولی در باب متعه هدف ادامه نسل نیست، پس در عقد دائم نیاز به بیان مهر نیست چون از ارکان نیست ولی در عقد موقت جزء ارکان است.

(۱) جواهر، ج ۳۰، ص ۱۵۷.

(۲) ریاض، ج ۱۰، ص ۲۷۸.

(۳) ح ۱، باب ۱۷ از ابواب متعه.

(۴) ح ۳، باب ۱۷ از ابواب متعه.

(۵) ح ۲، باب ۱۷ از ابواب متعه.

(۶) ح ۴، باب ۴ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۳۶

قلنا: البتة این استحسان است و نمی‌تواند دلیل باشد و فقط مؤید است.

۲۲ ادامه مسأله ۵ ... ۲۷ / ۷ / ۸۲

سه مطلب در ذیل مسأله پنجم در مورد مهریه عقد موقت باقی مانده است.

الامر الاول: المهر مال

گفتیم مهریه باید از اموال باشد و مال معنای وسیعی دارد (هر چیزی که در مقابل آن پول داده شود) تارّه؛ عین خارجی مثل خانه، اخری؛ کلی در ذمه مثلاً ده هزار تومان در ذمه، ثالثاً؛ منفعت مانند سکونت در خانه به مدت یک سال، رابعاً؛ فعل دارای منفعت مانند تعلیم قرآن و خامساً؛ حقوق مالی مانند تحجیر است که همه اینها جایز است به عنوان مهر قرار داده شود و ظاهراً مسأله اتّفاقی بوده و فرقی بین اینها نیست.

دلیل ما بر این عمومیت چیست؟

دلیل دو روایت از روایات سه گانه‌ای است که قبلاً متذکر شدیم، یکی روایت زراره از امام صادق علیه السلام و دیگری روایت فضل هاشمی بود:

«... لا تكون متعه الا بأمرين أجل مسمى و أجر مسمى. (۱)»

«اجر» مطلق است و هر چیزی که مالیت دارد داخل در اجر است.

«... فقال مهر معلوم الى أجل معلوم. (۲)»

پس مطابق این روایت هر چیزی که صدق مهر کند کافی است و چیزی که مالیت داشته باشد می تواند مهر باشد.

أضف الى ذلك؛ روایتی در نکاح دائم در مورد داستان زنی که خدمت پیامبر آمده و عرض کرد: زوّجنی یا رسول الله صلی الله علیه و آله مردی طالب ازدواج با آن زن بود ولی چیزی نداشت تا مهر او قرار دهد، حضرت در مقابل آموزش قرآن، زن را به تزویج دائم مرد در آورد، پس در عقد موقت به طریق اولی می توان تعلیم قرآن را مهر قرار داد.

الامر الثاني: يشترط فيه العلم بالمقدار اجمالاً

مقدار مهر باید معلوم باشد و مجهول جایز نیست، یعنی نمی تواند بگوید لباس را مهر قرار دادم و باید با ذکر وصف، کیل، وزن، تعداد و مشاهده میزان آن مشخص شود؛ مرحوم صاحب ریاض در این مسأله می فرماید:

و يشترط فيه الملكيه (ای مالیه) و العلم بالمقدار إجمالاً. (۳)»

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد می فرماید:

و الظاهر أنه لا خلاف بين الاصحاب في ذلك (اشترط معلومیة). (۴)»

دلیل این مسأله همین دو روایتی است که خواننده شد چون می فرماید مهر باید معلوم باشد و در روایت دیگر «اجر مسمى» فرمودند که معنایش معلوم بودن آن است؛ علاوه بر این تشبیه به مسأله اجاره هم مؤید است چون در اجاره به یقین باید هم مدت معین باشد و هم اجرت.

الامر الثالث: هل للمهر مقدار معين لا يجوز الاقل منه؟

اشاره

در عبارت امام (ره) و عبارت مشهور آمده است که به مقدار ترازی (و مقید بالمراضات قلّ أو کثر) باشد، این مسأله بین فقها مشهور است و تنها مرحوم صدوق مخالف است و می‌فرماید:

إنّ الدرهم فما زاد «۵» یعنی کمتر از درهم نمی‌تواند باشد که به پول امروز حدود چهارصد تومان است (نیم مثقال نقره).

دلیل مشهور:

همین روایاتی است که خوانده شد، چون مهر معلوم و اجر مستمی اطلاق دارد و هم قلیل و هم کثیر را شامل می‌شود و فرقی نیست و تعیین مقدار نشده، علاوه بر این شهرت هم بر همین قائم است.

دلیل مرحوم صدوق:

مرحوم صدوق به روایتی از ابو بصیر تمسک می‌کند:

...* عن ابی بصیر قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن متعة النساء قال:

حلال و إنّه یجزی فیہ الدرهم فما فوقه. «۶»

معتقدند که این روایت دلالت می‌کند بر این که باید مهر حدّ اقل یک درهم باشد و کمتر از آن کافی نیست.

جواب: سه جواب داده شده است.

۱- دلالت ندارد، بلکه کنایه از حدّ اقل است، نه این که حد معین کرده باشد؛ به عنوان مثال گفته می‌شود یک درهم هم کاسبی نکرده‌ام که کنایه از هیچ چیز است پس یک درهم در این روایت به معنای حدّ اقل ممکن است نه این که حدّی بر آن تعیین شده باشد.

(۱) ح ۱، باب ۱۷ از ابواب متعه.

(۲) ح ۳، باب ۱۷ از ابواب متعه.

(۳) ریاض، ج ۱۰، ص ۲۷۸.

(۴) ج ۱۳، ص ۲۱.

(۵) ریاض، ج ۱۰، ص ۲۷۹.

(۶) ح ۱، باب ۲۱ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۳۷

۲- مرحوم صاحب جواهر سند روایت را تضعیف می‌کند:

محمّد بن یعقوب

(مرحوم کلینی)

عن محمّد بن یحیی

(از معاریف قم)

عن احمد بن محمّد بن الحسن بن سعید

(هر دو ثقه هستند)

عن حماد بن عیسی

(از بزرگان روات)

عن شعیب بن یعقوب

(که همان شعیب عَقْرَقُوفی است و عقرقوف ناحیه‌ای در اطراف بغداد و نزدیک آن است که شعیب اهل آنجا و از اصحاب ائمه و از ثقات است)

عن ابی بصیر،

سند تا اینجا خوب است و فقط ابی بصیر مشترک است بین ثقه و غیر ثقه بنابراین روایت ضعیف است و دلیل دیگری بر ضعف روایت نداریم.

۳- این روایت معارض دارد:

... عن ابی سعید، عن الأحول قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام أدنی ما یتزوج به المتعة قال: كف من برّ

(که از درهم کمتر است). «۱»

... عن ابی بصیر قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن أدنی مهر المتعة ما هو؟ قال: كف من طعام دقیق أو سويق أو تمر

(که کمتر از یک درهم است). «۲»

این روایات معارض است.

آیا شخصیت زن را این قدر پایین بیاوریم که کفّی از طعام را مهر او قرار دهیم؟

۲۳ مسأله ۶ و ۷ (کیفیه تملک المتمتع المهر ... ۸۲ / ۷ / ۲۸)

ان قلت: آیا این مقدار مهر باعث ابتذال مرأه و نکاح موقت نیست؟

قلنا: این موضوع نه تنها سبب ابتذال نمی‌شود بلکه گاهی سبب احترام هم هست. گاهی ممکن است دو نفر همدیگر را ببینند و بخواهند، مدّتی با هم باشند و طالب مالی هم نیستند، ولی چون شرع گفته، چیز جزئی به عنوان مهر قرار می‌دهند، درست مانند پدری که می‌خواهد خانه‌ای را به پسرش واگذار کند و خانه را در مقابل یک جعبه شیرینی مصالحه می‌کند که این در واقع برای درست شدن صورت شرعی آن است. حتّی در نکاح دائم مهر را به مقدار کمی قرار می‌دهند و معنایش این است که تو بیش از اینها ارزش داری و برای به جای آوردن حکم شرع این را به عنوان مهر قرار می‌دهم.

[مسأله ۶ و ۷]

[مسأله ۶: تملک المتمتع المهر بالعقد]

مسأله ۶: تملک المتمتع المهر بالعقد (در مورد این «باء» در مسالک و کشف اللثام و جواهر بحث مفصّلی است که آیا باء سببیت

است یا مصاحبه؟ ظاهر کلام امام (ره) این است که باء مصاحبه است)

فیلزم علی الزوج دفعه اليها بعده (بعد العقد)

لو طالبتة و إن كان استقراره (استقرار مالکیت مهر)

بالتمام مراعی (مشروط)

بالدخول و وفائها بالتمکین فی تمام المدّة (صورت اول)

فلو وهبها المدّة فإن كان قبل الدخول لزمه نصف المهر (صورت دوم)

و إن كان بعده (دخول)

لزمه الجميع و إن مضت من المدّة ساعة و بقيت منها شهوراً أو أعوام فلا يقسّم المهر على ما مضى منها و ما بقى (صورت سوم)

نعم لو لم يهب المدّة و لكنّها لم تف بها و لم تمكّنه من نفسها فى تمامها كان له أن يضع (كم كند)

من المهر بنسبتها (مدّة)

إن نصفاً فنصف و إن ثلثاً فثلث و هكذا، ما عدا أيام حيضها فلا ينقص لها شيئاً من المهر و فى الحاق سائر الأعذار كالمرض المُدنف

(بیماری سخت)

و نحوه (مانند تصادف)

بها (ایام عادت)

أو عدمه و جهان بل قولان و لا يترك الاحتياط بالتسالم (صورت چهارم).

[مسألة ۷: لو وقع العقد و لم يدخل بها مع تمكينها حتى انقضت المدّة]

مسألة ۷: لو وقع العقد و لم يدخل بها مع تمكينها حتى انقضت المدّة استقر عليه تمام المهر (صورت پنجم).

عنوان مسأله:

مسألة ششم و هفتم در واقع دنباله مسأله پنجم است. حال که گفتیم مهریه در عقد منقطع واجب است، چه موقع زن می تواند مهریه را مطالبه کند؟

مسأله دارای صوری است. گاهی قبل از دخول است و گاهی بعد از دخول، گاهی زن تمکین می کند و گاهی نمی کند، گاهی بقیه مدت را می بخشد و گاهی نمی بخشد و گاهی زن عادت یا بیمار می شود و قادر بر تمکین نیست؛ آیا در همه این موارد پرداخت مهریه لازم است یا صور مختلف است؟ در مسأله ۶ و ۷ از این صور بحث می شود.

ریشه مسأله:

ریشه اصلی مسأله که در کلمات فقها خیلی منعکس نشده این است که مهر در عقد دائم و منقطع متفاوت است. در عقد دائم زن بعد از عقد مالک تمام مهر است و مراعی به چیزی هم نیست و طلاق قبل از دخول منصف است، علاوه بر این در عقد دائم مهر تجزیه نمی شود ولی در عقد موقت، مهر در مقابل زمان است و تجزیه می شود. دلیل این تجزیه چیست؟

(۱) ح ۲، باب ۲۱ از ابواب متعه.

(۲) ح ۵، باب ۲۱ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۳۸

علت آن دو چیز است:

۱- در باب اجاره اگر اجیر کم کار کند، به همان اندازه از اجرت کم می شود متعه هم شکل اجاره را دارد پس مهر کم می شود.

۲- روایات متعدّد است و دلالت می‌کند هر مقداری که تمکین نکرد از مهر کم کنید.

روایات چون متضافر است از اسناد آن بحث نمی‌کنیم:

... عن عمر بن حنظله قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتزوج المرأة شهراً فتريد مني المهر كماً و أتخوف أن تخلفني قال: يجوز أن تحبس ما قدرت عليه

(آنچه در دلت داری)

فإن هي أخلفتك فخذ منها بقدر ما تخلفك. «۱»

این روایت دو نسخه دارد که یک نسخه «يجوز» و نسخه دیگر «لا-يجوز» است و ذیل روایت با «لا يجوز» تناسب دارد چون «فخذ منها» دارد یعنی از زن بگیر به مقداری که تخلف کرده است.

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۵، ص: ۳۸

... عن عمر بن حنظله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: أتزوج المرأة شهراً فأحبس عنها شيئاً فقال: نعم خذ منها بقدر ما تخلفك إن كان نصف شهر فالنصف وإن كان ثلث فالثلث. «۲»

... عن إسحاق بن عمار قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام يتزوج المرأة متعة تشترط له أن تأتيه كل يوم حتى توفيّه شرط أو يشترط أياماً معلومة تأتيه فتغدر به

(بی‌وفایی می‌کند)

فلا- تأتيه على ما شرطه عليها فهل يصلح له أن يحاسبها على ما لم تأت منه من الأيام فيحبس عنها بحساب ذلك؟ قال: نعم ينظر الى ما قطعت من الشرط فيحبس عنها من مهرها مقدار ما لم تف ما له خلا أيام الطمث فإنها لها ولا يكون لها الا ما أحلّ له فرجها. «۳»

... عن عمر بن حنظله قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام أتزوج المرأة شهراً بشيء مسمى فتأتي بعض الشهر ولا تفي ببعض قال: يحبس عنها من صداقها مقدار ما احتسبت عنك إلا أيام حيضها فإنها لها. «۴»

۲۴ ادامه مسأله ۶ و ۷ ... ۲۹ / ۷ / ۸۲

* و عن محمد بن يحيى، عن أحمد بن محمد، عن علي بن أحمد بن أشيم قال: كتب إليه الرّيان بن شعيب يعني أبا الحسن عليه السلام

(موسی بن جعفر یا علی بن موسی الرضا)

الرجل يتزوج المرأة متعة بمهر الى أجل معلوم و أعطها بعض مهرها و أخرته بالباقي ثم دخل بها و علم بعد دخوله بها قبل أن يوفّيها باقي مهرها أنّها زوجته نفسها و لها زوج مقيم معها أ يجوز له حبس باقي مهرها أم لا يجوز؟ فكتب لا تعطيه شيئاً لأنّها عصت الله عزّ و جلّ. «۵»

این روایت در مورد جایی است که متعه فاسد بوده ولی می‌توان استفاده کرد که اصل تجزیه مهر در عقد متعه به حسب مدّت معمول بوده و به همین جهت امام آن را منع نکرده است، پس تجزیه مهر در عقد موقت جایز است.

... عن حفص بن البختري، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا بقي عليه شيء من المهر و علم أنّ لها زوجاً فما أخذته فلها (آن چیزی که گرفته حق او است)

بما استحلّ من فرجها

(باید حمل کنیم بر جایی که زن خیال می‌کرده که زن شوهردار هم می‌تواند متعه شود و یا وطی شبهه بوده است)،

و یحبس علیها ما بقی عنده. «۶»

این روایات متعدّد و متضافر است و دلالت بر تجزیه می‌کند و اصحاب هم به آن فتوا داده‌اند و مشکلی در کار نیست.

اکنون صور مسئله را بررسی می‌کنیم:

صورت اول: آیا به مجرد مطالبه می‌توان گفت که پرداخت مهر واجب است؟ آیا زن بلافاصله بعد از عقد حق مطالبه دارد؟

از بعضی کلمات استفاده می‌شود که زن حق مطالبه دارد، و مراعی و مشروط به دخول و پایان مدّت است. از بعضی کلمات فقها استفاده می‌شود که حق مطالبه ندارد؛ دلیل آن قاعده باب اجاره است، چرا که در باب اجاره قبل از آن که اجیر کار خود را انجام دهد معمول نیست که اجرت را مطالبه کند.

أضف الی ذلک؛ روایات می‌فرمود به حسب مدّت مهر تجزیه می‌شود که در این صورت مدّتی که نیامده در قبالش حق مطالبه‌ای ندارد، ولی ظاهر کلام امام این است که می‌تواند مطالبه کند.

این مسأله متفرّع بر این است که آیا عقد تمام العله است یا جزء العله؟

این عقد تمام العله نیست، کما این که در اجاره هم تمام العله نیست، بله می‌توانیم بگوییم به طور مشروط حق دارد بگیرد یعنی اگر شروط حاصل شود می‌تواند مطالبه کند.

فقها در تفسیر کلام محقق که می‌گوید متمتع به سبب عقد مالک می‌شود، در «باء» بالعقود به زحمت افتاده‌اند که آیا بقاء

(۱) ح ۱، باب ۲۷ از ابواب متعه.

(۲) ح ۲، باب ۲۷ از ابواب متعه.

(۳) ح ۳، باب ۲۷ از ابواب متعه.

(۴) ح ۴، باب ۲۷ از ابواب متعه.

(۵) ح ۲، باب ۲۸ از ابواب متعه.

(۶) ح ۱، باب ۲۸ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۳۹

سببیت است که در این صورت مشکلی ندارد و می‌تواند مشروط به دو شرط باشد و یا مصاحبت است که در این صورت بلافاصله بعد از عقد مالک شود و بدون قید و شرط جواز مطالبه دارد.

مرحوم محقق از فقهای کم نظیر است ولی کلام ایشان روایت و یا متن قرآن نیست تا خود را در آن معطل کنیم به همین جهت می‌گوییم ما هستیم و قاعده باب اجاره و اگر شک هم کنیم، مطالبه جایز نیست و اصل عدم جواز است.

نکته: اگر ما این مسأله را از باب اجاره بدانیم اجاره‌ها مختلف است و معمولاً در اجاره‌ها - چه در اجاره اعمال و چه در اجاره املاک - تمام اجرت را قبلاً نمی‌گیرند ولی در بعضی از اجاره‌ها قبلاً می‌گیرند، مانند کرایه هواپیما، اتومبیل...

در جاهایی که عرف و عادت دارد عقد به عادت و عرف منصرف است و باید مطابق آن عمل شود، پس طبیعت اجاره اقتضا ندارد ولی گاهی عرف و عادت اقتضا می‌کند که اجرت را قبلاً بدهند.

صورت دوم: اگر دخول نکرده و باقی مانده مدت را بخشیده است

اشاره

مشهور معتقدند که مهر نصف می شود و شهرت قوی بر آن قائم است. صاحب جواهر «۱» از کشف اللثام و سرائر ... نقل می کند که مهر نصف می شود ولی بعضی که معلوم نیست قائلش کیست تشکیک کرده و گفته اند تمام مهر را بدهد.

مقتضای قاعده:

مقتضای قاعده تمام مهر است چون زن آماده تمکین است و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می گوید و فای لازم است و تمام مهر را بدهد و اگر مرد می خواهد از حق خودش بگذرد، مانعی ندارد.

با این که گفتیم مقتضای قاعده، وجوب وفای به عهد است ولی همه قداما قائل به نصف مهر هستند و به یک روایت استدلال کرده اند که روایت از «سماعه» و مضمرة است. صاحب جواهر این روایت را مقطوعه می داند ولی مقطوعه نیست چون مقطوعه آن است که سلسله سند روایت از امام قطع شود.

* محمد بن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد

(الاهوازی)

عن الحسن

(معلوم نیست کدام یک از افراد مسماى به حسن است، آیا حسن بن علی بن فضال است که ثقة است یا دیگری)،

عن زرعه

(ثقه)

عن سماعه

(اگر حسن، حسن بن علی بن فضال باشد روایت موثقه است)،

قال: سألته عن رجل تزوج جاریه أو تمتع بها ثم جعلته من صداقها فی حلّ

(زن مهریه اش را حلال کرد)

يجوز أن یدخل بها

(متن وسائل «یدخل لها» دارد ولی در جواهر «یدخل بها» دارد و در باب طلاق همین روایت «یدخل بها» است پس «یدخل لها» اشتباه است)

قبل أ يعطيه شيئاً؟ قال: نعم إذا جعلته فی حلّ فقد قبضته منه فإن خلاها قبل أن یدخل بها ردت المرأة علی الرجل نصف الصداق. «۲» این روایت دلالت دارد که مهر تنصیف می شود.

۲۵ ادامه مسأله ۶ و ۷ ... ۳۰ / ۷ / ۸۲

به فرض این روایت ضعیف باشد، ولی معمول بهاست و عمل اصحاب جبران ضعف سند می کند امّا روایت ذیلی دارد که مشکل ساز است و آن در مورد جایی است که زن مهر را خودش بخشیده، حال اگر زوج بقیه مدت را ببخشد، زن باید نصف مهر را به شوهر بدهد. اصحاب به این قسمت از روایت هم عمل کرده اند ولی مرحوم صاحب جواهر می فرماید:

لکن فی القواعد و محکی المبسوط و الجواهر إنه یحتمل عدم رجوعه علیها بشیء. «۳»

ما معتقدیم که عمل به این روایت مشکل است؛ صاحب جواهر می‌فرماید اجتهاد در مقابل نص نمی‌توان کرد ولی ما می‌گوییم نص واحد در مقابل اصول مسلّمه قابل عمل نیست و تخصیص اصول مسلّمه به خبر واحد مشکل است؛ در عرف هم همین است، یعنی عرف در اینجا پرداخت نصف مهر از جانب زن را لازم نمی‌داند.

چرا روایت خلاف اصول مسلّمه است؟

چون زن چیزی نگرفته و تلف نکرده است تا ضامن نصف باشد. ضمان نصف در فرض گرفتن و اتلاف است، در حالی که ما نحن فیه ابراء است و زن ذمیّه شوهر را پاک کرده است و ضامن نیست، پس با وجود یک روایت مضمهره نمی‌توان قواعد مسلّمه را کنار گذاشت، عرف عقلا هم از این کلام تعجب می‌کنند، پس ما نه در اینجا و نه در باب طلاق نمی‌توانیم چنین بگوییم.

صورت سوّم: اگر بقیّه مدّت را بخشیده و دخول هم حاصل شده است، آیا باید تمام مهر را بدهد یا بعضی مهر را؟

(۱) جواهر، ج ۳۰، ص ۱۶۶.

(۲) ح ۱ باب ۳۰ از ابواب متعه.

(۳) جواهر، ج ۳۱، ص ۹۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۴۰

مقتضای قاعده این است که در اینجا باید تمام مهر را بدهد چون زن می‌تواند بگوید که من آماده تمکین بودم تو خود نخواستی مانند بنایی که برای کار کردن آماده است ولی صاحب کار نصف روز، کار را تعطیل می‌کند، باید اجرت تمام روز را بدهد.

صورت چهارم: اگر زن به عقدش وفا نکرد و به نصف مدّت وفا کرد، مهر تجزیه می‌شود

چون روایات عدیده داشتیم و قانون اجاره هم همین است و اجماع هم بر آن قائم است، مگر جایی که معذور شرعی است، مثلاً ایام عادت است در اینجا چیزی کم نمی‌شود، عرف هم به همین حکم می‌کند و مثل شرط ضمن العقد است ولی اگر زن مریض شود نمی‌گوییم که اجرت آن را بدهید.

صورت پنجم: اگر زن به تمام مدّت عمل کرد، هبه مدّت هم نشد و دخول هم واقع نشد

مرد باید تمام مهر را بدهد مانند کارگری که اجیر شده ولی هیچ کاری به او داده نشده است باید در پایان مدّت حقوقش پرداخت گردد، چون او آماده انجام کار بوده است.

[مسأله ۸: (حکم المهر فی صورة تبین فساد العقد)]

اشاره

مسأله ۸: لو تبین فساد العقد بأن ظهر لها زوج أو كانت أخت زوجته أو أمها مثلاً و لم يدخل بها فلا مهر لها و لو قبضته كان له استعادته بل لو تلف كان عليها بدله (صورت اول)
و كذا (لا مهر لها)
إن دخل بها و كانت عالمه بالفساد (صورت دوم)
و اما إن كانت جاهله فلها مهر المثل (صورت سوم)
فان كان ما أخذت أزيد منه (مهر المثل)
استعاد الزائد و إن كان أقل أكمله. (اگر آنچه که گرفته بیش از مهر المثل است باید برگرداند، و اگر کمتر از مهر المثل است باید بقیه را بگیرد).

عنوان مسأله:

اگر کسی زنی را متعه کرده و بعد معلوم شود که عقد باطل بوده، به هر دلیل مثل این که زن خواهر رضاعی یا خواهر همسر و یا امّ الزوجه او بوده و یا شوهر داشته است. در اینجا حکم مهر چیست؟ آیا بین دخول و عدم دخول فرق است؟ آیا بین علم زن و عدم علم او فرق است؟

اقوال:

اشاره

در مورد صورت اول اجماع قائم است که اگر عقد صحیح نباشد و دخول هم نشده باشد مهر ندارد. مرحوم صاحب ریاض «۱» صورت اول مسأله را اجماعی و صورت دوم را مسلم می‌داند و در مورد صورت سوم می‌فرماید چهار قول در این مسأله داریم (ما قول پنجمی هم اضافه می‌کنیم):

قول اول: هر مقداری از مهر که به زن داده برای او کافی است:

و لو دخل فلها ما أخذت منه و تمنع ما بقى مطلقاً فيهما قليلاً كانا أو كثيراً.
این قول مختار خود ایشان است و از مقنعه، نهایتاً و مهذب هم آن را نقل می‌کند.
اما لازم به ذکر است که این قول بنابر قواعد درست نیست، ولی روایت دارد پس مشکل در روایت است.

قول دوم: ان الوجه أنها تستوفيه جميعاً مع جهاتها مطلقاً

یعنی زن تمام مهر المسمی را می‌گیرد.

قول سوم: و لو قيل بمهر المثل مع الدخول و جهلها و عدم المهر مع الدخول و العلم منها مطلقاً كان حسناً،

مهر المثل ثابت است چون دخول صورت گرفته و البضع لا يكون ألبا بآجر و چون عقد باطل است مهر المسمی نیست. این قول مختار مرحوم امام (ره) است و محقق در شرایع و نافع و صاحب جواهر هم آن را اختیار کرده است.

قول چهارم: موجب مع جهلها للأقل من المثل او المسمی،

اقل الامرین از مهر المثل و مهر المسمی را بگیرد.

قول پنجم: این قول به قرینه کلام صاحب جواهر است.

صاحب جواهر می فرماید:

صورت علم مرأه خارج است، چون عالم است چیزی نمی گیرد ولی صاحب جواهر می فرماید: ظاهر کلام مقنعه و مهذب و نهایتاً این است که زن عالمه باشد یا جاهل، هر چه به او داده اند از او نمی گیرند و اگر این کلام جواهر را که با استفاده از

(۱). ج ۱۱، ص ۳۲۸-۳۲۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۴۱

کلام قدما است اضافه کنیم، در مجموع پنج قول است.

ادله:

۱- مقتضای قاعده:

به نظر ما ابتدا باید بینیم مقتضای قواعد منهای روایات چیست. جایی که دخول حاصل نشده این دو یا عالم بوده اند و یا جاهل، و عقد هم فاسد بوده است (صورت اول) مطابق قاعده چیزی ثابت نیست چون مهر یا باید به عقد صحیح باشد یا دخول حاصل شده باشد و در اینجا نه دخول حاصل شده و نه عقدی، پس مهر نیست، و اگر شک هم کنیم اصل برائت است.

اما اگر زن عالمه باشد و دخول هم حاصل شده باشد (صورت دوم) در اینجا هم علی القاعده چیزی ندارد، چون لا مهر لبغی و اما اگر زن جاهل باشد و دخول حاصل شده باشد (صورت سوم) در اینجا قاعده می گوید وطی به شبهه است و وطی به شبهه مهر المثل دارد و دلیل این که مهر المسمی نیست این است که عقدی نیست.

البته در مهر المثل نزاعی هست که چه مهر المثلی باید داده شود در اینجا صاحب جواهر جواب عجیبی دارد و می فرماید مهر المثل عقد دائم باید داده شود.

۲- روایات:

در این مسأله دو روایت داریم که در باب ۲۸ از ابواب متعه آمده است.

* محمد بن یعقوب، عن علی بن ابراهیم، عن أبیه

(ابراهیم بن هاشم)،

عن ابن أبی عمیر، عن حفص بن البختری

(همه ثقه هستند)

عن أبی عبد الله علیه السلام قال: إذا بقی علیه

(زوج)

شیء من المهر و علم أن لها زوجاً

(روایت ندارد که زن عالم بوده است یا نه)

فما أخذته فلها بما استحل من فرجها

(از این قسمت خواسته‌اند استفاده کنند که روایت در مورد صورت جهل است، چون در مورد علم که زناست چنین تعبیری

نمی‌کنند)

و یحبس علیها ما بقی عنده. «۱»

سند صحیح است و همه ثقه هستند.

۲۷ ادامه مسأله ۸ ... ۱۰ / ۹ / ۸۲

چرا صاحب جواهر روایت را حسن می‌داند؟

«ابراهیم بن هاشم» در کلمات رجالین محلّ بحث است و تصوّر ما این است که بعضی احادیث او را حسن و بعضی موثّق و بعضی

حسن کالصحیح می‌دانند، سرچشمه این سخن کلام علامه است. علامه در کتاب خلاصه الأقوال می‌فرماید:

و لم اقف لاحد من أصحابنا علی قول فی القدح فیہ و لا علی تعدیله بالتخصیص. «۲»

این کلام علامه سبب شده که او محلّ تردید واقع شود ولی وقتی به کلام دیگران مراجعه می‌کنیم، می‌بینیم نه تنها ثقه است بلکه

فوق الوثاقه است و قراینی داریم که نشان می‌دهد او ثقه یا فوق الوثاقه است:

قراین:

۱- تصریح علامه به این که ارجح قبول قول اوست (و الارجح قبول قوله) چرا که علامه از خبرای علم رجال است.

۲- پسر ابراهیم بن هاشم (علی بن ابراهیم) از ثقات است، ایشان در مقدمه تفسیر خود جمله‌ای دارد و می‌فرماید:

و نحن ذاکرون و مخبرون بما ینتهی الینا و رواه مشایخنا و ثقاتنا عن الذین فرض الله طاعتهم (اهل بیت علیهم السلام) و أوجب

ولایتهم. «۳»

علی بن ابراهیم غالب روایات تفسیرش را از پدرش نقل می‌کند مگر تعداد نادری، که این شهادت فرزند بر وثاقت پدر است.

۳- گروهی از متأخرین از علامه او را توثیق کرده‌اند. مرحوم سید داماد در کتاب «رواشح» می‌فرماید:

و الصحیح الصریح عندی انّ الطریق من جهته صحیح فأمره أجلّ و حاله اعظم من أن یتعدّل (تعدیل کننده) و یتوثّق بمعّدل و موثّق

غیره. «۴»

جماعت دیگری از متأخرین مانند علامه بحر العلوم وقتی به روایت ابراهیم بن هاشم رسیده‌اند روایت او را صحیح دانسته‌اند.

۴- سید بن طاووس عبارت بلندی در مورد ایشان دارد و او را ثقه می‌داند و ادّعی اتّفاق بر وثاقت او دارد. سید بن طاووس قبل از

علامه است و شاید علامه کلام او را ندیده است.

(الموسوعه الرجائیه المیسره)

۵- در کتب اربعه بیشترین احادیث به او می‌رسد و کسی به اندازه او حدیث ندارد، و تعداد احادیث او ۶۴۱۴ حدیث است به طوری که اگر روایات ابراهیم بن هاشم را از کتب اربعه خارج کنیم، قسمت مهمی از احادیث کنار می‌رود.

(۱) ح ۱، باب ۲۸ از ابواب متعه.

(۲) خلاصه الاقوال، ص ۴۹.

(۳) تفسیر القمی، ج ۱، ص ۴.

(۴) الرواشح السماویة، ص ۴۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۴۲

آیا مشایخ روایات، این همه روایت را از یک شخص مجهول الحال نقل کرده‌اند و آن هم در کتب اربعه که از معتبرترین کتب ماست؟! به خصوص که در حالات ابراهیم بن هاشم نوشته‌اند او اولین کسی بود که مکتب نقل حدیث را در قم پایه‌گذاری کرد، آن هم در منطقه‌ای که از نظر علمی بالا بود و به سادگی روایات را نمی‌پذیرفتند. مجموع این قراین نشان می‌دهد که نباید در مورد ابراهیم بن هاشم اشکال کنیم و نظر صاحب جواهر هم در مورد ابراهیم بن هاشم مختلف است، پس جای تردید نیست که روایات او از روایات صحیحه معتبره است. هذا کله بحسب السند.

اشکال دلالی حدیث:

بعضی خواسته‌اند این روایت را معارض قاعده قرار دهند، در حالی که به دلالت روایت چندین اشکال وارد شده است:

۱- این روایت ندارد که در مورد عقد متعه است.

جواب از اشکال: در عقد دائم این اشتباهات غالباً پیش نمی‌آید چون در عقد دائم تحقیقات انجام می‌شود پس، از این که بعداً معلوم می‌شود زن شوهر داشته، کشف می‌گردد که عقد متعه بوده است.

۲- صاحب جواهر این اشکال را دارد و می‌فرماید این حدیث عام است و صورت علم و جهل مرأه را شامل است، در حالی که اگر عالم باشد زانیه است و مسلم است که مهر ندارد، پس روایت خلاف قاعده و اجماع است.

جواب از اشکال: روایت از صورت علم منصرف است و برای جایی است که زن خیال می‌کرده شوهرش مرده و یا خیال می‌کرده اگر شوهر غایب شود بعد از چهار ماه می‌تواند متعه شود، شاهد مطلب این است که می‌فرماید: «بما استحل من فرجها»، چون اگر زانیه بود دیگر «استحل» معنا نداشت و فقط در صورت جهل حلال بود.

۳- حدیث جایی را که هیچ مهری نداده باشد شامل می‌شود و معنایش این است که در صورت جهل، دخول بدون اجرت شده باشد، در حالی که بضع بدون اجرت نمی‌شود.

جواب از اشکال: ظاهر حدیث این است که مقداری از مهر را داده و مقداری مانده است بنابراین، این اشکال هم وارد نیست.

۴- این حدیث با حدیث دوم این باب معارض است:

...* عن علی بن أحمد بن أشیم قال: كتب اليه الريان بن الشيبب يعني أبا الحسن عليه السلام: الرجل يتزوج المرأة متعاً بمهر إلى أجل معلوم و أعطاه بعض مهرها و أخرته بالباقي ثم دخل بها و علم بعد دخوله بها قبل أن يوفّيها باقي مهرها أنّها زوجته نفسها و لها زوج مقیم معها أيجوز له حبس باقي مهرها أم لا يجوز؟ فكتب: لا يعطيها شيئاً لأنّها عصت الله عزّ و جلّ. «۱»

روایت اول اطلاق دارد و حتی صورت علم را هم شامل می‌شود ولی روایت دوم مقید است.

جواب از اشکال: این اشکال هم وارد نیست، چون گفتیم روایت قبل شامل صورت علم نیست، پس این روایت چون مربوط به صورت علم است با آن روایت تعارض ندارد.
علاوه بر این روایت ضعیف است چون «علی بن أحمد ابن اُشیم» مجهول الحال است.

تلخیص من جمیع ما ذکرنا:

ما روایت قبلی را توانستیم زنده کنیم، چون هم سند را تقویت کردیم و هم اشکالات را رفع کردیم؛ حال آیا مطابق آن فتوای بدهیم و بگوییم مهر المثل نیست و آن مقدار که گرفته است برای او کافی است؟
اگر ما بخواهیم جمود بر ظاهر روایت کنیم باید قاعده را کنار بگذاریم کما این که مقنعه و نهاییه و مهذب چنین کرده‌اند.
و لکن الانصاف: به این روایت نمی‌توانیم عمل کنیم، چون قاعده محکم را که پشتوانه آن روایات متعدد است نمی‌توانیم به جهت وجود یک روایت رها کنیم چون وطی به شبهه است و در وطی به شبهه مطابق قاعده مهر المثل ثابت است. علاوه بر این به این روایت کمتر فتوا داده‌اند و به عبارت ساده‌تر مقداری اعراض هم در آن هست حال با چنین روایتی، قاعده مسلم فقهی تخصیص نمی‌خورد. پس اولی و برتر این است که حدیث را مطابق قاعده قرار دهیم؛ یعنی آنچه که گرفته است مطابق مهر المثلش بوده و به آن قناعت کند و بعید هم نیست که این باشد چون مرسوم این بود که به همان اندازه که تمتع می‌کردند، تدریجاً اجرت را به اندازه اجرت المثل می‌دادند.

۲۸ ادامه مسأله ۸ و مسأله ۹ (ذکر الأجل ...) ۸۲ / ۹ / ۱۱

بقی هنا شیء: مهر المثل چه چیزی را باید بدهند؟

(۱) ح ۲، باب ۲۸ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۴۳

مرحوم صاحب جواهر از کسانی است که به این بحث متعرض شده است و می‌فرماید:
وجهان قویان. (۱)

۱- مهر المثل عقد دائم است چون وقتی گفته می‌شود وطی به شبهه است معمولاً وطی به شبهه مهر المثلش، مهر المثل عقد دائم است، بنابراین در اینجا هم باید مهر المثل عقد دائم را بپردازد.
۲- إِنَّمَا الْكَلَامُ فِي أَنَّهُ مَهْرٌ أَمْثَالُهَا بِحَسَبِ حَالِهَا لِتِلْكَ الْمَدَّةِ الَّتِي سَلَّمَتْ نَفْسَهَا فِيهَا مَتَعَهُ «۲» (مهر المثل عقد متعه به حسب حال زن به مقداری که مرد استفاده کرده).

این دو مهر المثل از نظر مقدار خیلی تفاوت دارند، صاحب جواهر احتمال دوم را اقوی می‌داند.

لکن الانصاف: زیر بار این حرف نمی‌توان رفت، چون لوازمی دارد که مصداق ضرر است. فرض کنیم شخصی زنی را برای دو روز به مبلغ ده هزار تومان متعه کرد و بعد از یک روز فهمید که عقد باطل بوده حال اگر بگوییم نصف مهر عقد دائم که ده میلیون تومان است بدهد، مشکل است و کدام فقیه می‌تواند به این ملتزم شود؟ با حدیث لا ضرر چگونه سازگار است. چرا که این مصداق لا ضرر است. در عقد دائم هم در وطی به شبهه این حرف می‌آید که به چه حسابی مهر عقد دائم باید پرداخت شود.

أضف الی ذلک، مرحوم صاحب جواهر جلوتر از اینجا این مسأله را تحت قاعده ما «یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» برده و می‌فرماید در صحیح باید مسمی داده شود پس در فاسد باید مثل آن پرداخت شود و باید دانست قیمت صحیح با قیمت مثل آن

نزدیک به هم هستند؛ حال در ما نحن فیه اگر مهر المثل عقد دائم داده شود، یضمن بصحیحه یضمن بفاسده نیست، زیرا قیمت‌های آن دو خیلی با هم تفاوت پیدا می‌کند؛ به عبارت سوّم شما می‌گویید عقد متعه کالاجاره است «هنّ مستأجرات» آیا اجاره یک روز پنج میلیون تومان است؟!

پس باید مال الاجاره مدّت را که همان اجرت المثل است بدهیم نه مهر عقد دائم، و اگر شک هم کنیم، اصل برائت است. از اینجا ممکن است که در عقد دائم هم اشکال کنیم، به عنوان مثال در عقد دائم زنی را تزویج کرده و ده میلیون مهر قرار داده و بعد از دخول معلوم شده که عقد باطل بوده است، حال اگر بگوییم وطی به شبهه بوده و ده میلیون باید بدهد، مشکل است و نمی‌توانیم قبول کنیم و باید مهر المثل عقد دائم را بدهد. از اینجا هم وسوسه می‌شویم که بگوییم در عقد دائم هم وطی شبهه‌اش به اندازه عقد منقطع است، ولی چون همراهی ندیده‌ایم متعزّض آن نمی‌شویم.

جمع بندی: در عقد منقطع در صورت تبین فساد قائل به مهر المثل عقد منقطع هستیم اما در عقد دائم می‌گوییم مصالحه کنند و با هم کنار بیایند چون معلوم نیست که مستحقّ مهر المثل عقد دائم باشد، پس چون با قاعده لا ضرر و قاعده عدل و انصاف سازگار نیست چنین حکم می‌کنیم.

بعضی از روایات این باب هم مشعر به این معنا هستند مانند:

«فما أخذته فلها بما استحلّ من فرجها» (۳)

یعنی آنچه گرفته بخشی از مهر عقد متعه بوده است که می‌فرماید همان برای او کافی است، پس لحن روایت می‌رساند که باید مهر المثل عقد متعه برای این مدّت داده شود نه مهر المثل عقد دائم.

[مسأله ۹: یشرط فی النکاح المنقطع ذکر الأجل]

اشاره

مسأله ۹: یشرط فی النکاح المنقطع ذکر الأجل (فرع اوّل)
 فلو لم یدکره متعمداً أو نسیاناً بطل متعه و انعقد دائماً (فرع دوّم)
 و تقدیر الأجل الیهما (زوج و زوجه)
 طال أو قصر (فرع سوّم)
 و لا بدّ أن یکون معیناً بالزمان محروساً (حفاظت شده)
 من الزیاده و النقصان (فرع چهارم)
 و لو قدره بالمرّة أو المرّتين (دخول)
 من دون ان یقدره بزمان بطل متعه و انعقد دائماً علی إشکال و الأحوط فیه إجراء الطلاق و تجدید النکاح لو أراد و الأحوط منه مع ذلك الصبر إلى انقضاء المدة المقدّرة (مدّتی که عادتاً برای مرّه یا مرّتين هست)
 بالمرّة أو المرّتين أو هبتها (مدّت را ببخشد).

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد وجوب ذکر اجل (یکی از ارکان متعه) است.

فرع اول: لزوم ذکر اجل

اشاره

در عقد متعه ذکر اجل لازم است.

ادلّه:

۱- اجماع:

اجماع قائم است که ذکر اجل در عقد متعه لازم است.

۲- ماهیت عقد متعه:

ماهیت عقد متعه اقتضا می‌کند ذکر اجل را، چرا که موقت است.

(۱) جواهر، ج ۳۰، ص ۱۷۲.

(۲) همان.

(۳) ح ۱، باب ۲۸، از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۴۴

۳- روایات:

روایات متعدّد است و در پنج باب (۱۷ و ۱۸ و ۲۰ و ۲۱ و ۲۵) آمده است که یا به دلالت مطابقی یا التزامی دلالت می‌کند که ذکر اجل لازم است.

...* عن سهل بن زیاد

(محلّ بحث است)

، و عن محمد بن یحیی، عن أحمد بن محمد جميعاً عن ابن محبوب، عن جميل بن صالح عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا تكون متعة إلا بأمرين أجل مسمّى و أجر مسمّى. «۱»

...* عن أبي بصير

(سند خوب است ولی ندارد که از امام است پس مقطوعه است، ولی چون بعید است ابو بصیر از غیر امام نقل کند می‌پذیریم) قال: لا بدّ من أن تقول فيه هذه الشروط:

أترّوجك متعة كذا و كذا يوماً بكذا و كذا درهماً الحديث. «۲»

...* عن اسماعيل بن الفضل الهاشمي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام من المتعة فقال: مهر معلوم الى أجل معلوم. «۳»

این سه نمونه از روایات بود، روایات دیگر هم دلالت بر این معنا دارد.

فرع دوم: عدم ذکر اجل

اشاره

اگر کسی عقد متعه بخواند ولی مدّت را ذکر نکند دارای فروعی است، گاهی عمداً مدّت را نمی‌گوید و گاهی نسیاناً، که دارای چهار قول است.

صاحب ریاض «۴» این چهار قول را ذکر می‌کند. و مرحوم محقق ثانی سه قول از این چهار قول را در جامع المقاصد «۵» نقل کرده و شهید ثانی در مسالک «۶» قول چهارمی را هم اضافه می‌کند. از این چهار قول، دو قول مطلق و دو قول به تفصیل بود:

۱- در صورت فراموش شدن اجل ینقلب المتعه دائماً مطلقاً (عمداً یا سهواً و به هر لفظی که باشد) که این قول مشهور بود.

۲- یبطل مطلقاً- عقد متعه نمی‌شود، چون ذکر اجل ندارد و دائم نیست، چون نیت نکرده است- که طرفداران زیادی مثل علامه، پدر علامه، فرزند علامه (فخر المحققین)، شرح لمعه، صاحب ریاض، صاحب حدائق «۷»، فاضل اصفهانی در کشف اللثام «۸» و جماعت دیگری دارد.

۳- تفصیل بین جایی که الفاظ انشای «انکحت و زوجت» است و جایی که لفظ آن «متعت» است که در صورت اول صحیح است چون این الفاظ قابلیت برای عقد دائم و موقت را دارد ولی اگر متعت بگوید باطل است چون قابلیت برای عقد دائم ندارد؛ این قول را از مرحوم ابن ادریس حلی نقل کرده‌اند.

۴- فرق بین جایی که از روی نسیان باشد و جایی که عمدی باشد، اگر از روی نسیان باشد باطل و اگر عمدی باشد منقلب به دوام می‌شود. قائل این قول معلوم نیست.

بنابراین مسأله پیچیده است و مرحوم امام (ره) هم طرفدار قول مشهور است. ما ابتدا سراغ مقتضای قواعد می‌رویم بعد باید دید روایات تا چه اندازه با قاعده هماهنگ است.

مقتضای قاعده:

مقتضای قاعده این است که «العقود تابعه للقصد»، و عقد نکاح بر دو قسم است و در اینجا قصد عقد موقت داشته، اگر بگویید تبدیل به دائم می‌شود مصداق «ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع» است و جایی در فقه نداریم که بدون قصد، عقدی را بپذیریم پس قاعده اقتضا می‌کند که در اینجا بگوییم عقد باطل است (قول دوم).

إن قلت: زوجیت، زوجیت است و ما یک چیز بیشتر نداریم که همان زوجیت است و اگر ذکر اجل کردند، منقطع است و اگر ذکر اجل نکردند دائم است، پس زوجیت یک ماهیت است و دو ماهیت نیست و تفاوت فقط در ذکر اجل است.

قلنا: درست است که هر دو در زوجیت شریک هستند و اگر چه در بعضی از احکام شریکند ولی دو شاخه زوجیت در احکام متفاوتند یکی نفقه دارد و دیگری ندارد، یکی ارث دارد و دیگری ندارد، یکی حق قسم دارد و دیگری ندارد و شخص قصد کرده بود سراغ آن قسم از نکاح برود که مسئولیت آن کمتر است، چرا که این احکام مورد نظر مردم است.

پس طبق قاعده عقد باطل است، بله اگر در مقام دعوا باشد از این زوج نمی‌پذیرند که قصد عقد موقت داشته و فراموش کرده اجل را ذکر کند. در این صورت قاضی حکم می‌کند که عقد دائم است، و لکن بحث ما در مقام اثبات و مقام دعوا نیست،

(۱) ح ۱، باب ۱۷ از ابواب متعه.

(۲) ح ۲، باب ۱۷ از ابواب متعه.

(۳) ح ۳، باب ۱۷ از ابواب متعه.

(۴) ج ۱۱، ص ۳۳۴.

(۵) ج ۱۳، ص ۲۶.

(۶) ج ۷، ص ۴۴۸.

(۷) ج ۲۴، ص ۱۴۲.

(۸) ج ۲، ص ۵۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۴۵

بلکه بحث ما در مقام ثبوت است، یعنی واقعاً می‌دانیم راست می‌گوید و اصلاً دعوایی هم نیست و فقط می‌خواهد بداند که تکلیفش چیست.

۳۰ ادامه مسأله ۹ ... ۱۵ / ۹ / ۸۲

اکنون اقوال سه‌گانه دیگر را بررسی می‌کنیم:

قول اول: قائلین به این قول به سه روایت تمسک کرده و می‌گویند بر خلاف قاعدة العقود تابعه للتصود این مورد استثنا شده است،

چرا که روایت دارد.

□

...* عن عبد الله بن بكير قال: قال أبو عبد الله عليه السلام في حديث: إن سَمِيَ الأجل فهو متعاً و إن لم يسمّ الأجل فهو نكاح بات

(نکاح دائم و حتمی). «۱»

به اطلاق این حدیث تمسک کرده و می‌گویند چون در روایت «إذا نوى أولم ينو» ندارد پس اطلاق دارد و می‌توانیم با آن قول مشهور را ثابت کنیم.

از نظر سند:

در سند این روایت مناقشه شده و گفته‌اند ضعیف است ولی ضعیف نیست و تنها شخص محلّ بحث «عبد الله بن بکیر» است که او اگر چه فطحی مذهب است ولی ثقة است لذا روایت موثقه است پس از نظر سند مشکل ندارد.

از نظر دلالت:

روایت قابل دو ایراد است:

۱- ما اطلاق روایت را قبول نداریم و می‌گوییم این حدیث برای جایی نیست که قصد متعه کرده و ذکر اجل را فراموش کرده است چرا که شاید ترک ذکر اجل برای این بوده که دائم مورد نظرش بوده و امام می‌فرماید اگر ذکر اجل کردی متعه است، به عبارت دیگر امام می‌خواهد بفرماید که صیغه خواندن در هر دو عقد یکسان است و فقط اگر ذکر اجل کردی متعه است، پس احتمال می‌دهیم که حدیث در مقام بیان اجرای صیغه باشد و در مقام بیان این نیست که متعه را اراده کرده و ذکر اجل را فراموش کرده چون سخنی از غفلت و نسیان نیست پس حمل بر عامد کرده و می‌گوییم، حدیث در مقام بیان تفاوت اجرای صیغه عقد موقت و دائم است.

۲- ممکن است روایت در مورد مقام اثبات باشد نه ثبوت، به این معنا که اگر ذکر اجل نکردید زوجه می‌تواند ادعا کند که عقد

دائم است و هر چه شما بگویید نیت عقد موقت داشته‌ام نمی‌پذیرند قاضی هم نمی‌پذیرد و حکم به دوام می‌کند نه موقت.
* و بالاسناد السابق عن أبان بن تغلب فی حدیث صیغۃ المتعۃ إنه قال لأبی عبد الله علیه السلام فأنی استحیی أن أذكر شرط الأیام قال: هو أضرّ عليك قلت: و کیف؟ قال: لأنک إن لم تشرط کان تزویج مقام (دائمی)

و لزمتک النفقه فی العده

(نسخه و سائل و کافی لفظ «فی» دارد ولی صاحب جواهر و کشف اللثام به جای «فی» لفظ «واو» دارد. اگر با «فی» باشد اشاره به این است که اگر ازدواج دائم باشد در صورت طلاق، طلاق رجعی بوده و عده دارد و در عده نفقه واجب است ولی اگر متعه باشد عده، عده بائن است و نفقه ندارد و اما اگر با «واو» باشد یعنی عقد دائم در حال زوجیت نفقه و عده کامله دارد ولی عده متعه ناقص است. گرچه به نظر می‌رسد که «نفقه و العده» خلاف ظاهر است چون عده کاری به مهر ندارد، عده مربوط به زن است و چیزی نیست که معمولاً برای زوج تأثیر داشته باشد؛ به هر حال این عبارت چه «واو» باشد و چه «فی» مشکل دارد و نیاز به توجیه دارد ولی ضروری به اصل بحث نمی‌زند)

و کانت وارثاً

(باید وارثه می‌فرمود)

و لم تقدر علی أن تطلقها الا طلاق السنه

(در حضور دو شاهد عادل و در طهر غیر مواقع باشد). «۲»

از نظر سند:

در سند حدیث بعضی از افراد ضعیف هستند، از جمله آنها «ابراهیم بن فضل» که مجهول الحال است و بعضی ضعیف دیگر هم هستند. این حدیث در کافی ج ۵ در بحث متعه دو سند دارد که یکی «سهل بن زیاد» دارد که به خاطر او روایت مشکل دارد و دیگری «ابراهیم بن فضل» دارد که به جهت او محلّ بحث است، مگر این که بگوییم ضعف سند با عمل مشهور جبران می‌شود.
از نظر دلالت:

به این روایت سه اشکال وارد است:

۱- ممکن است این روایت هم برای مقام اثبات باشد «لزمتک» یعنی زن می‌تواند تو را پیش قاضی بکشاند، و از تو نمی‌پذیرند که به خاطر استیحا، زمان را ذکر نکرده‌ای؛ بنابراین تمام آثار عقد دائم، بر آن مترتب می‌شود.

۲- این روایت منحصر به صورت عمد است، یعنی عمداً

(۱) ح ۱، باب ۲۰ از ابواب متعه.

(۲) ح ۲، باب ۲۰ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۴۶

أجل را ذکر نمی‌کند، چرا که

إنی لأستحیی

بر آن دلالت دارد و روایت مؤید کسی است که می‌گوید در صورت عمد منقلب به دوام می‌شود و صورت نسیان و غفلت را شامل نمی‌شود.

۳- اگر صورت عمد است و از روی حیا زمان را ذکر نکرده، لا بد در مقام انشا نیت دوام کرده، اگر چه در اعماق دواعی ذهنی او

نیت موقت بوده است، پس این روایت از چند جهت در دلالت مشکل دارد.

مرحوم صاحب جواهر عمدتاً روی این دو روایت تکیه کرده و می‌گوید، روایت سوم مؤید است، ولی بعضی به روایت سومی هم استدلال کرده‌اند:

...* عن موسی بن سعدان

(از غلات \square بوده و ضعیف است)

عن عبد الله بن القاسم

(وضع روشنی در رجال ندارد)

عن هشام بن سالم

(از بزرگان است) \square

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام أتزوج المرأة متعة مَرَّةً مبهمه؟

(برای یک دفعه مجامعت تزویج کرده و زمانش را معین نکرده)

قال: فقال: ذاك أشد عليك ترثها و ترثك و لا يجوز لك أن تطلقها إلا على طهر و شاهدين

(شاهد این که به دوام منقلب می‌شود مسأله ارث است که در روایت ذکر شده است (...)) ۱

از نظر سند:

سند روایت مشتمل بر افراد ضعیف است، ولی ممکن است بگویند ضعف سند به عمل مشهور جبران می‌شود.

از نظر دلالت:

روایت از نظر دلالت اشکال دارد و صاحب جواهر هم به همین جهت آن را مؤید می‌داند.

«مَرَّةً مبهمه» تصریح به موقت بودن است، که عبارت اخرای عقد موقت است. این چگونه منقلب به دوام می‌شود؛ پس این روایت مشتمل بر چیزی است که کسی زیر بار آن نمی‌رود، چون بحث ما در این بود که نکاحی انجام شده و اجل ذکر نشده نه این که تصریح به عقد موقت کند و چون اجل ذکر نشده به دوام تبدیل شود.

جمع بندی: قاعده مهمی در فقه داریم به نام «العقود تابعة للقصد» که استثنائی هم ندارد و نمی‌توان با دو یا سه روایت که دارای مشکلاتی است آن را شکست، بنابراین حق با قائلین به بطلان چنین نکاحی است.

۳۱ ادامه مسأله ۹ ... ۱۶ / ۹ / ۸۲

ان قلت: چرا خبر واحد نتواند قاعده را تخصیص بزند در حالی که همیشه خبر واحد را در جایی دنبال می‌کنیم که مخالف قاعده است و اگر موافق قاعده باشد نیازی به خبر واحد نداریم پس در اینجا بگوییم درست است که قصد موقت کرده، اما امام تعیداً می‌فرماید تبدیل به عقد دائم می‌شود چه بخواهیم و چه نخواهیم.

قلنا: اولاً، این اخبار فی حد ذاته دارای اشکال است و اگر سندها را به خاطر این که یکی موثقه و دوتای دیگر منجبر به عمل مشهور است اشکال نکنیم، ولی دلالت‌های آنها دارای اشکال است.

ثانیاً، قواعد با هم تفاوت دارد، بعضی از قواعد دائماً در معرض تخصیص است مثل قاعده ید که به بینه، اقرار و یمین مردوده (رد کردن یمین از منکر به مدعی در صورت قسم نخوردن منکر) تخصیص خورده است که این قبیل قواعد به خبر واحد هم تخصیص می‌خورد، ولی قواعدی هم داریم که اصلاً تخصیص ندارد و یا خیلی کم است مثل قاعده العقود تابعة للقصد، پس به خبر واحد تخصیص نمی‌خورد.

أضف الی ذلک، این قاعده یک قاعده عقلاییه و عقلیه است به این معنا که عقل می‌گوید اگر تعهدی کردی به آن ملتزم باش ولی

این روایت می‌گوید اگر چه تعهدی نکردی به آن ملتزم باش و این خلاف مقتضای عقود است، چون در صورت تعهد لازم است به عقد پایبند باشد و بدون تعهد کسی را ملزم به عقدی نمی‌کنند، پس حق این است که عقد موقتی که اجل در آن فراموش شده، باطل است.

قول دوم: در جایی که عدم ذکر اجل عمدی بوده تبدیل به دائم می‌گردد و در سهو و نسیان باطل می‌شود،

چون نیت نداشته است و العقود تابعه للقصود ولی در عمد وقتی می‌داند که دو گونه عقد داریم و فرق بین آنها ذکر اجل است و اجل را ذکر نمی‌کند معنایش این است که عقد دائم می‌خواهد. جواب: این بحث خارج از موضوع است، چون فرض این است که قصد ما عقد موقت است و این تفصیل خروج از محل بحث است و به درد مقام اثبات و دعوی خورد نه مقام ثبوت.

قول سوم: اگر به لفظ «متعت» باشد و ذکر اجل نکند، باطل است

و اگر

(۱) ح ۳، باب ۲۰ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۴۷

به لفظ «انکحت و زوجت» باشد، یغلب دائماً و دلیل آن این است که لفظ «متعت» قابلیت دوام را ندارد ولی دو لفظ دیگر قابلیت دوام و موقت را دارد و اگر ذکر اجل شود متعه و اگر ذکر اجل نشود دائم است. البته این که لفظ متعه ظهور در موقت دارد شکی نیست - تنها، آیه‌ای که به لفظ متعه آمده است آیه «فَمَا اسَّيْتَمَنَّتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ» (۱) می‌باشد - و لذا در انشای عقد دائم گفتیم با لفظ «متعت» انشای عقد دائم نمی‌شود مگر با قرینه. در مورد انکحت و زوجت هم می‌گوییم چون العقود تابعه للقصود است و این هم قصد موقت کرده بود پس باطل است. بنابراین کلام قائلین به قول چهارم در «متعت» (باطل بودن عقد در صورتی که به لفظ متعت باشد) خوب است ولی در «انکحت و زوجت» هم همین را (باطل بودن عقد) باید بگوید.

فرع سوم: تقدیر اجل با زوجین است

اشاره

تقدیر اجل قلتاً و کثرتاً به اختیار زوجه و زوج است. بعضی مثل صاحب مسالک معتقدند کثرتاً بیش از مدتی را که احتمالاً از عمرش باقی مانده را هم شامل می‌شود و لو ۱۰۰ سال و قلتاً حتی یک لحظه را هم شامل می‌شود. ما این کثرت و قلت را قائل نیستیم می‌گوییم از نظر قلت و کثرت انصراف دارد از جایی که تمام عمر بلکه بیش از آن را شامل می‌شود و دلیل ما انصراف ادله است و اگر کسی چنین عقدی بخواند می‌گوییم دائم است.

و مما يدل علی ذلك، روایات متعه اکثراً ایام دارد و فقط یکی دو روایت «شهر» و «سنه» دارد:

... * فإني استحيي أن أذكر شرط الايام «... ۲»

... * عن عمر بن حفصه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: يشارطها ما شاء من الأيام «۳».

... * أياماً معدودة بشيء مسعى «... ۴»

علاوه بر این روایات، در کیفیت اجرای صیغه متعه در غالب روایات

«کذا و کذا يوماً بكذا و کذا درهماً» «۵»

دارد و فقط یک روایت

«کذا و کذا شهراً» «۶»

است و دو روایت هم «سنه» می‌فرماید، «۷» بنابراین اکثریت روایات يوماً أو أيام دارد و قلیلی از روایات شهر و سنه دارد.

با توجه به این که اکثریت قاطع روایات يوماً و ایام و شهراً دارد و طبیعت عقد متعه برای ایام محدود است، اگر اطلاقی هم باشد

منصرف به آن است، پس اگر مثلاً برای ۹۹ سال عقد متعه کنند منصرف به دوام است.

أضف الی ذلک: مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید مگر نمی‌گویید که متعه شبیه اجاره است، مگر کسی می‌تواند برای ۹۹ سال

کسی را اجیر کند و این در باب اجیر درست نیست پس در ما نحن فیه هم درست نیست علاوه بر این اگر بخواهند مهر را توزیع

کنند بر مقداری از زمان را که وفا کرده و مقداری را که وفا نکرده، مهر را برای زمان بعد از مرگ توزیع نمی‌کنند.

اگر متعه طویل‌المدت باشد، مثلاً پنجاه سال که احتمال زنده ماندن دارد در اینجا هم شبهه داریم پس می‌گوییم جای احتیاط است و

لو تا آخر عمر هم نباشد.

و اما از جهت قلت از مرحوم صاحب مسالك و كشف اللثام نقل شده که اینها یک لحظه را هم کافی می‌دانند در حالی که در بین

عقلا نکاح یک لحظه‌ای نداریم بنابراین اینجا مشکل است.

۳۲ ادامه مسأله ۹ ... ۱۷ / ۹ / ۸۲

بقی هنا شیء: آیا عقد نکاح‌هایی که برای محرمیت بر یک بچه شیرخوار می‌خوانند برای یک لحظه جایز است؟

آیا اطلاعات شامل این موارد می‌شود؟

ما در روایات دلیلی بر آن نداریم، چون در این مورد حقیقت نکاح تصور نمی‌شود و نکاح از مفاهیم عرفیه عقلائیه است و اطلاعات

شامل این موارد نمی‌شود، پس این عقدهای محرمیت دارای اشکال است، بلکه اگر مدت متصل به سنی باشد که قابلیت استمتاع و

بهره جنسی داشته باشد این عقد صحیح خواهد بود.

مرحوم امام این نکته را در تحریر ذکر نکرده‌اند ولی صاحب جواهر و دیگران ذکر کرده‌اند و آن مسأله مبتلا به زمان ماست که

گاهی برای ایجاد محرمیت بچه شیرخواری را برای کسی عقد می‌کنند، مثلاً بچه‌ای را برای فرزندی اختیار می‌کنند و برای ایجاد

محرمیت، بچه را به پدر مرد عقد می‌کنند و معمولاً عقد مدت کمی داشته و این عقدها اشکال دارد، نه تنها ما اشکال می‌کنیم بلکه

مرحوم صاحب جواهر هم اشکال می‌کند. تعبیر ما

(۱) آیه ۲۴، سوره نساء.

(۲) ح ۲، باب ۲۰ از ابواب متعه.

(۳) ح ۴، باب ۲۱، از ابواب متعه.

(۴) ح ۳، باب ۲۰ از ابواب متعه.

(۵) ح ۲، باب ۱۸ از ابواب متعه.

(۶) ح ۶، باب ۱۸ از ابواب متعه.

(۷) ح ۱، باب ۲۵ و ح ۱، باب ۱۸ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۴۸

در مورد اشکال این است که مسأله نکاح یک امر عرفی عقلایی است که شارع آن را امضا کرده و نکاح عرفاً برای جایی است که امکان تمتع باشد و لو شوهر نخواهد، پس طبیعت حال این است که امکان تمتع باشد و در طفل صغیر امکان تمتع نیست و لذا باید مدت را تا زمانی که امکان تمتع باشد طولانی کنند و بعد مدت را ببخشند.

ان قلت: یکی از آثار نکاح محرمیت است و اینها تمتع نمی‌خواهند بلکه محرمیت می‌خواهند و همین به عنوان اثر برای نکاح کافی است و این مسأله در صغیر و کبیر متصوّر است.

قلنا: هیچ وقت حکم موضوع خود را درست نمی‌کند (الحکم لا یثبت موضوعه) چون دور لازم می‌آید، ابتدا باید موضوع باشد تا احکام جاری شود و مصاهره و محرمیت از احکام است، پس باید اول ماهیت نکاح حاصل شود تا احکام مترتب شود و اگر بخواهد حکم موضوع خود را درست کند، لازم می‌آید که حکم قبل از موضوع باشد. محلی که صالح تمتع نیست، ماهیت نکاح در آنجا معقول نیست و در این صورت موضوعی برای حکم نداریم تا محرمیت بیاید و این مغالطه‌ای بیش نیست. در این مورد هیچ روایتی نداریم که در عصر ائمه علیهم السلام چنین کاری انجام داده باشند.

فرع چهارم: اجل باید مضبوط باشد.

اشاره

زمان عقد متعه باید معین و مضبوط باشد و زمان را به طور مشخص تعیین کنند و اگر بگویند تا زمان قدوم حاج و یا رسیدن میوه‌ها کافی نیست زیرا زمان مضبوط نیست.

ادله:

۱- اجماع:

این مسأله اجماعی است.

۲- روایات:

روایات می‌فرمود:

«الی اجل معلوم

، الی اجل مسّی

، کذا و کذا یوماً بکذا و کذا درهماً»

که همه اینها دلالت می‌کند بر این که باید اجل معلوم باشد و اگر زمان معلوم نشود، باطل است.

۳- روایات «نهی النبی عن الغرر»:

پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله از عقود مجهول نهی کرده است، و این روایت شامل اینجا هم می‌شود. نکته‌ای که قابل توجه است این است که آیا این روایت مخصوص باب بیع است (نهی النبی عن بیع الغرر) و یا شامل تمام عقود می‌شود؟

ما معتقدیم شامل تمام عقود می‌شود و اگر بعضی از نسخ «بیع الغرر» باشد قابل الغای خصوصیت است.

۴- روایت «ابن بکیر»:

...* عن ابن بکیر، عن زرارة قال: قلت له: هل يجوز أن يتمتع الرجل من المرأة ساعة أو ساعتين؟ فقال: الساعة و الساعتان لا یوقف علی حدّهما

(حدش روشن نمی‌شود «...») ۱

لسان العرب می‌گوید:

الساعة جزء من الزمان طال أو قصر

که همان معنای لغوی است، منتها در لسان العرب آمده که لیل و نهار به بیست و چهار ساعت تقسیم می‌شود. آیا این تقسیم در زمان معصومین علیهم السلام هم بوده است یا تقسیم مستحدثی است، که در زمان ابن منظور (صاحب کتاب لسان العرب - قرن ۷) حاصل شده؟ سلّمنا که این تقسیم بوده ولی در آن زمان آلت مضبوطی برای تعیین ساعت نبوده است، بنابراین نمی‌توانستند یک ساعت و دو ساعت را تنظیم کنند. حال این تعبیر یا به خاطر این است که تقسیم شبانه روز به بیست و چهار نبوده و یا تقسیم به بیست و چهار ساعت بوده ولی آلت مضبوطه‌ای برای اندازه‌گیری آن نداشتند و لذا امام چنین می‌فرماید؛ پس این روایت دلیل بر این می‌شود که زمان باید دقیقاً تعیین شود.

فرع پنجم: لو قدره بالمرّة أو المرّتين من دون تعیین زمان.

امام (ره) در تحریر می‌فرماید که این به عنوان عقد موقت صحیح نیست، چون مرّة و مرّتين مضبوط نیست و باید اجل معلوم باشد پس باطل است و انعقد دائماً علی إشکال. در ادامه می‌فرمایند احتیاط این است که طلاق بدهند. جامع المقاصد می‌فرماید:

ظاهر عبارت شیخ در نهاییه این است که ینقلب دائماً و صاحب جامع المقاصد می‌فرماید:

این قول (انقلاب) ضعیف است، چون مرّة و مرّتين که تصریح به موقت (غیر مضبوط) است، چگونه به دائم منقلب شود، موقت هم باطل است چون اجل مضبوط نیست.

ما هم معتقدیم کلام جامع المقاصد خوب است چون این مثل جایی است که می‌گویید به عقد موقت تزویج می‌کنم، ولی مدت را ذکر نمی‌کند، این عقد باطل است هم موقتاً (چون اجل

(۱) ح ۲، باب ۲۵ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۴۹

ندارد) و هم دائماً (چون یت موقت کرده بود).

تعجب از صاحب جواهر است که می‌فرماید:

مره و مرتین منحصر به عقد موقت نیست بلکه چنین شرطی را در عقد دائم هم می‌توان قرار داد، پس ذکر مره و مرتین دلیل بر عقد منقطع نیست و انقلاب به عقد دائم ممکن است. (۱)

لکن الانصاف، این حرف ایراد روشنی دارد زیرا ایشان فرد نادر را ملاک قرار داده‌اند و خیلی نادر است که کسی عقد دائم را مقید به مره و مرتین کند و فرد نادر جلوی ظهور کلام را نمی‌گیرد. پس تا اینجا ظاهر مره و مرتین به حسب متفاهم، عقد موقت است و اینجا جای انقلاب نیست (اگر چه ما در هیچ جا قائل به انقلاب نیستیم). در اینجا حدیثی داریم که به ذیل آن در این مورد تمسک کرده‌اند:

... قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام أ تزوج المرأة متعة مره مبهمه؟ قال:

فقال: ذاك أشد عليك ترثها وترثك ولا يجوز لك أن تطلقها إلا على طهر و شاهدين «... ۲»

ظاهراً دلیل خوبی است، زیرا در روایت مره است و امام می‌فرماید: منقلب می‌شود و لیکن سند حدیث ضعیف است، زیرا «موسی بن سعدان» ضعیف است و «عبد الله بن قاسم» هم وضعیت روشن نیست و معمول بها هم نیست تا جابر ضعیف سند باشد. من هنا يظهر، تعبیر به احوط که امام (ره) فرمودند ظاهراً احتیاط و جویی است ولی این احتیاط (طلاق دادن) لازم نیست و اگر می‌خواهد احتیاط کند مستحبی است چون این عقد باطل است و اگر قائل به انقلاب هم باشیم در اینجا قائل نیستیم.

[مسأله ۱۰ (انفصال المدة عن العقد)]

اشاره

۳۳ مسأله ۱۰ (انفصال المدة عن العقد ... ۱۸ / ۹ / ۸۲)

مسأله ۱۰: لو قالت: زوّجتك نفسی إلى شهر أو شهراً مثلاً و أطلقت (نگوید متصل به زمان عقد یا منفصل) اقتضی الاتصال بالعقد و هل يجوز أن تجعل المدة منفصلة عنه (عقد)

بأن يعین المدة شهراً مثلاً و يجعل مبدؤه بعد شهر من حين العقد أم لا؟ قولان أحوطهما الثاني (احتیاط این است که چون احتمال صحّت است هبه مدت کنند نه این که احتیاط در بطلان است).

عنوان مسأله:

اگر کسی عقدی بخواند و مطلق بگذارد، اقتضای اتصال دارد و اگر تصریح به انفصال کند دو قول است و به نظر امام احتیاط در بطلان آن است.

ما ابتدا صورت تصریح به انفصال را بحث می‌کنیم چون صورت اطلاق متفرّع بر بحث در صورت انفصال است.

اقوال:

مرحوم صاحب جواهر به عدم جواز تمایل دارد ولی ظاهر قول اکثر، جواز منفصل است. مرحوم فاضل اصفهانی در کشف اللثام می‌فرماید:

و ان عین المبدأ تعین و إن تأخر عن العقد وفاقاً لنصّ ابن إدريس و المحقق فی الشرایع و النکت (نکت النهایة نکته‌هایی بر نکت

شیخ طوسی است) و إطلاق الأكثر. «۳»

مرحوم علامه در تحریر، می‌فرماید:

و لا یشرط فی الأجل اتصاله بالعقد بل یجوز أن یعقد علیها شهراً متصلاً بالعقد أو متأخراً عنه علی إشکال فلا یجوز لها نکاح غیره (زن در این میان نمی‌تواند با دیگری ازدواج کند) فیما بین العقد و المدّة و لا نکاحه فیها (مرد هم در این بین نمی‌تواند با همان زن ازدواج دیگری بکند) الاّ بعقد آخر و لا له أن یتزوج بأختها قبل حضور الشهر و انقضائه. «۴»
مرحوم امام این فروع را مطرح نکرده‌اند پس تا اینجا معلوم شد قول به جواز مشهور است.

ادله مجوزین:

اشاره

از لابلاى عبارات بزرگان سه دلیل می‌توان جمع‌آوری کرد:

۱- اطلاق ادله:

روایاتی که می‌گوید «کذا و کذا يوماً بکذا و کذا درهماً» اتصال و انفصال ندارد و یا روایاتی که می‌گوید «باجل مسمی» با اتصال و انفصال سازگار است.
جواب: ممکن است بگوییم که انفصال فرد نادر است و اطلاقات انصراف به اتصال دارد. بنابراین اطلاق آسیب‌پذیر است.

۲- تشبیه به اجاره:

در اجاره، اتصال و انفصال جایز است، یعنی می‌توانند از امسال برای سال آینده اجاره کنند. مرحوم صاحب عروه در مسأله ۱۹ فصل سوم اجاره به این دلیل متعرض شده است و تقریباً همه محشین عروه هم آن را پذیرفته‌اند که در اجاره،

(۱) جواهر، ج ۳۰، ص ۱۸۱.

(۲) ح ۳، باب ۲۰ از ابواب متعه.

(۳) ج ۷، ص ۲۸۱.

(۴) ج ۳، ص ۵۰۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۵۰

انفصال مانعی ندارد، مخصوصاً در عصر ما اجاره هتل‌ها، اماکن یا بلیط هواپیماها و ... بر محور اجاره منفصله دور می‌زند؛ در عقد موقت هم که «هنّ مستأجرات» است انفصال جایز است، البته در عقد نکاح چون مشکلات مخصوص به خودش را دارد در این دوره فطرت حکمش از حکم اجاره جداست چون در اجاره در دوره فطرت می‌تواند به شخص دیگر اجاره دهد ولی در نکاح جای بحث است.

جواب: این دلیل قیاس مع الفارق است، چون در اجاره دست ما باز است و مشکلاتی نداریم ولی در زواج دست ما باز نیست و همین مشکلات که برای زمان فطرت ذکر کردیم دلیل بر این است که قیاس مع الفارق است.

۳- روایت «بکار بن کردم»:

مرحوم مامقانی در منتهی المقال می فرماید «کردم» به وزن جعفر الرجل القصیر الضخم (انسان کوتاه چاق) و بعد علم شده است. کتب لغت برای «کردم» معانی مختلفی ذکر کرده اند؛ کردم زید به معنای دویدن مانند رجل قصیر، محکم و استخواندار است، و تکریم به معنای جمع کردن.

این شخص در سراسر کتب حدیث هفت روایت دارد و مجهول الحال است و توثیق و تضعیفی در مورد او نیست و فقط گفته اند که از اصحاب امام صادق علیه السلام بوده است. بعضی می گویند که ابن ابی عمیر از او روایت کرده و چون ابن ابی عمیر لا یروی الا عن ثقه، پس او ثقه است ولی ما این را قبول نداریم، چون ابن ابی عمیر لا یروى الا عن ثقه، نه لا یروی، شاهد این مطلب این است که ابن ابی عمیر از شخصی مثل «یونس بن یعقوب» نقل روایت کرده که شخص کذاب و فاسدی بوده است. بعضی از اصحاب اجماع هم از «بکار بن کردم» روایت نقل کرده اند که این هم دلیل بر توثیق نیست، چون اصحاب اجماع خودشان قابل قبول هستند نه این که روایت کردن آنها از کسی حجت باشد.

نکته دیگر در مورد این روایت این است که محدث نوری در مستدرک در بحث مشایخ صدوق می گوید سند صدوق به بکار صحیح است، آیا می توان به حرف ایشان اعتماد کرد، و روایت بکار را از ضعف نجات داد؟ به احتمال قوی منظور حاجی نوری این است که سند تا بکار صحیح است و اگر این روایت را صحیح دانسته، اشتباه است چون حاجی نوری از متأخرین است و از کجا دانسته صحیح است، علاوه بر این در سند صدوق به بکار، «محمد بن سنان» محل بحث است پس روایت ایشان را نمی توانیم صحیح بدانیم و بکار مجهول است. روایت طرق متعددی دارد که در بعضی از طرق، ارسال هم هست، پس روایت ضعیف است و مشکل ما را حل نمی کند.

...* عن بعض اصحابنا

(مرسله است)

□
عن عمر بن عبد العزیز، عن عیسی بن سلیمان، عن بکار بن کردم قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام الرجل یلقى المرأة فیقول لها: زوجینی نفسک شهراً ولا یسمی الشهر بعینه ثم یمضی فیلقاها بعد سنین فقال: له شهره إن کان سماء (مثلاً تعیین کند که ماه رجب از سال فلان و الا اگر بگوید ماه رجب و سال را تعیین نکند این دیگر تعیین نیست)
فان لم یکن سماء فلا سبیل له علیها. «۱»

مستدلین به این حدیث معتقدند در صورت تعیین و لو بعد از چند سال فاصله عقد صحیح و جایز است. این روایت ضعف سند دارد و منجر به شهرت هم نمی شود چون شهرتی که ادعا شده از اطلاق کلمات اصحاب استفاده شده است. اللهم الا ان یقال: اصلاً در تمام دنیا چنین فرد نادری پیدا نمی شود، پس با چنین روایتی آن هم با چنین سندی نمی توانیم مشکلی را حل کنیم.

نتیجه: هیچ کدام از این ادله دل گرم کننده نبود.

ادله مخالفین (لا یصح هذا النکاح):

۱- اصالة الحرمة:

در جایی که شک داریم این نکاح صحیح است اصل، عدم صحّت نکاح است که این همان «اصالة الفساد» در عقود است که مرحوم شیخ انصاری در ابتدای کتاب بیع آن را مطرح کرده است. البته این اصالة الفساد برای جایی است که آن اطلاقات از کار بیافتد چون اطلاقات از اصول لفظی است و بر اصول عملیه مقدم است.

۲- احتیاط در فروج:

شارع مقدّس در مسأله نکاح خیلی احتیاط می‌کند، چون ولد از آن حاصل می‌شود و تعبیری صاحب جواهر در چندین جا دارد و می‌فرماید:

لان النکاح فيه شوبٌ من العبادة، نه این که قصد قربت

(۱) ح ۱، باب ۳۵ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۵۱

می‌خواهد بلکه نکاح هم مانند عبادات جنبه توقیفی دارد. این دلیل هم خوب است در صورتی که دلیل بر خلاف قائم نشود.

۳- جدا شدن اثر از مؤثر:

اثر از مؤثر نمی‌تواند جدا شود. در بیع فضولی طبق مبنای نقل، عقد دیروز خوانده شده و اثر که نقل است بعد از یک ماه حاصل می‌شود که این جدایی اثر از مؤثر است، اگر این حرف را بزنیم مشکلات زیادی پیدا می‌شود زیرا در عقدهای متعددی (مثل اجاره) داریم که اثر از مؤثر جدا شده است.

جواب: اولاً، اگر علت تامه باشد و با تمام شرایط حاصل بشود اثر از مؤثر جدا نمی‌شود ولی فرض ما این است که یکی از شرایط زمان بوده و زمان نیامده است.

ثانیاً، اینها امور اعتباریه هستند در امور اعتباریه اثر و مؤثر بی‌معناست و بنای عقلا مطرح است.

۳۴ ادامه مسأله ۱۰ ... ۱۹ / ۰۹ / ۸۲

۴- این عقد منافی تنجیز است:

اشاره

تنجیز یکی از شرایط عقود است. گاهی عقد را معلق بر یک امر یقینی قرار می‌دهد و گاهی بر یک امر مشکوک که هر دو باطل است، چون انشا ایجاد است و ایجاد، قبول تعلیق نمی‌کند.

ما نحن فیه هم چنین است چون می گوید زوّجتک نفسی اذا جاء شهر رجب و این تعلیق در انشاء است که اجماعاً باطل است، پس منفصلاً نمی توان عقد خواند.

جواب نقضی: همان گونه که تعلیق در اجاره را اجازه داده اید و آن هم انشاء و در بین عقلاً مرسوم است تعلیق در ما نحن فیه هم جایز است.

جواب حلّی: اینها قید انشاء نیست و انشاء مطلق است، بلکه قید مُنشأ (زوجیت) است یعنی زوجیت که مُنشأ است مقید است به سال آینده، این را تشبیه می کنیم به واجب معلق نه واجب مشروط.

«بحث اصولی»

باب مقدّمه واجب مطالب مهمّی دارد، اگر چه خود مقدّمه واجب چندان ثمره ای ندارد. در باب مقدّمه واجب می گویند واجب به سه قسم تقسیم می شود:

۱- واجب مطلق: هیچ قید و شرطی جز شرایط عامّه (عقل، بلوغ، علم و قدرت) ندارد، به عنوان مثال وجوب معرفه الله واجب مطلق است و هیچ قید و شرطی ندارد.

۲- واجب معلق: شرط در وجوب نیست بلکه در واجب است و قید به واجب می خورد.

۳- واجب مشروط: قید به وجوب می خورد.

مسأله حج قبل از استطاعت واجب مشروط است، اما وقتی مستطیع شد ولی هنوز موسم حج نرسیده این واجب معلق است که وجوب آمده ولی وقت آن نیامده است. (يجب عليك الحج المقيّد بالموسم)

مرحوم شیخ معتقد است واجب مشروط نداریم چون وجوب، انشاء است و انشاء ایجاد است و تعلیق بر نمی دارد، ایشان تمام واجبات مشروط را به واجب معلق بر می گرداند.

ما معتقدیم واجب مشروط داریم و واجب معلق نداریم به عکس مرحوم شیخ انصاری و این موضوع را در أنوار الأصول تفصیلاً توضیح داده ایم.

در انشاء عقد انقطاعی با فاصله تعلیق نیامده تا بگوئید که تنجیز شرط است و تعلیق باطل است. ما معتقدیم اصلاً تعلیق نیست چون عقد در فلاّن زمان را انشاء کرده است و از قبیل شرط نیست، بلکه در ذات آن است و همین حرف را در اتّصال هم می توان زد، چون آن هم مقیّد به زمان حال است و هکذا تمام شروطی که در عقد قرار می دهند همه قید است نه تعلیق در واجب و نه تعلیق در ناحیه وجوب. فعلی هذا این اشکال اساس و پایه ای ندارد، پس نمی توان گفت در صورت انفصال شرط تنجیز از بین می رود.

علاوه بر این آیا تنجیز در معاملات شرط است؟

مشهور این است که عقد غیر منجز باطل است و شش دلیل ذکر کرده اند که ما در انوار الفقاهه آن شش دلیل را آورده ایم و در پایان نتیجه گرفته ایم که شرطیت تنجیز بر اساس بنای عقلاست نه حکم عقل، و عقلاً معامله معلق بر چیزی نمی کنند که این بنای عقلاست نه محال عقلی.

جمع بندی: تا اینجا مسأله انفصال در عقد متعه، اشکال اساسی نداشته، چون تنجیز در این موارد هست و از قبیل تعلیق باطل نیست.

۳۵ ادامه م ۱۰ و م ۱۱ (تجدید العقد قبل ...) ... ۲۲ / ۰۹ / ۸۲

از جمله این که مرثه واحده دارای ازواج متعدده باشد، مثلاً

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۵۲

این مرثه به زید تزویج می شود و عدّه را هم حساب می کنیم و او را به عمرو تزویج می کنیم و باز عدّه را حساب می کنیم و... ممکن است برای یک زن تا ده زوج باشد، کما این که در اجاره هتل ها و خانه های مکه و مدینه و هواپیماها... این چنین است، که به افراد متعددی اجازه می دهند؛ آیا در زن هم چنین چیزی ممکن است و لو بالنسبه به زمان های متعدّد؟ بعضی گفته اند که ما انفصال را قبول داریم ولی تعدّد را قبول نداریم، یعنی اگر برای یک نفر با فاصله عقد شد دیگر حق ندارد قبل از آن و بعد از آن با دیگری ازدواج کند ولی دلیلش معلوم نیست.

مرحوم صاحب جامع المقاصد می فرماید:

و أما لزوم جواز العقد علیها للغير فیتوجه المنع فيه علی الملازمه تارة لأنها ذات بعل و علی بطلان التالی أخری إذ لم یقم علی المنع فی مثل ذلك دلیل فی الكتاب و السنه. «۱»

قلنا: جواب ایشان قابل قبول نیست، پس خود این، دلیل می شود که عقد متعه منفصله جایز نیست چون تالی فاسد دارد.

تالی فاسد دوم در ناحیه زوج است آیا به شوهر اجازه می دهیم که أخت این زوجه را عقد کند؟ از یک طرف جمع بین اختین است، چون هر دو خواهر در عقد او هستند و از طرف دیگر می بینیم که دلیل «أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ» برای زمان واحد است، و هکذا جمع بین امّ و بنت که باز در اینجا می توان ملتزم به عدم جواز شد و هم می توان گفت که عدم جواز دلیلی از کتاب و سنت ندارد، پس این امور باعث می شود که قائل به عدم جواز انفصال در متعه شویم.

جمع بندی: ما قائل به صحّت منفصل نیستیم چرا که اطلاعات انصراف دارد و علاوه بر این محاذیری پیش می آید که نمی توانیم آنها را بپذیریم، و اگر قائل به جواز شویم حربه ای به دست دشمنان می افتد که یک زن تا ده شوهر می تواند داشته باشد.

بقی هنا شیء:

امام (ره) در متن تحریر می فرمایند که احوط قول دوم (بطلان منفصل) است. در کلمه احوط دو تفسیر محتمل است:

بنابر یک تفسیر قابل قبول و بنابر تفسیر دیگر غیر قابل قبول است؛ اگر منظور از «احوط» این باشد که سراغ این کار نروید چون بوی فساد می دهد (الاحوط الاجتناب عن هذا) این تفسیر خوب است، اما اگر کسی چنین عقده خواند آیا می توان گفت که احوط بطلان این عقد است، در حالی که اگر صحیح باشد لوازم زوجیت مترتب می شود و اگر باطل باشد لوازم زوجیت مترتب نمی شود و در واقع دوران امر بین محذورین است و احتیاط برای جایی است که یک طرف بی محذور است، پس احوط این است که مدت را ببخشد و یا بگذارد مدت تمام گردد و حقّ و حقوق زن را هم بدهد، چون احتمال صحّت هست و نزدیکی هم نکند چون احتمال دارد باطل باشد، پس «الاحوط البطلان» مطابق تفسیر اول، قابل قبول و مطابق تفسیر دیگر قابل قبول نیست و ظاهر کلام امام تفسیر دوم است.

[مسأله ۱۱: تجدید العقد قبل انقضاء الأجل أو بذل المدّة]

اشاره

مسأله ۱۱: لا یصحّ تجدید العقد علیها دائماً أو منقطعاً قبل انقضاء الأجل أو بذل المدّة فلو كانت المدّة شهراً و أراد الازدیاد لا بدّ أن یهبها ثمّ یعقد علیها.

عنوان مسأله:

آیا زنی که در عقد موقت است می توان عقد دائم بر او خواند یا عقد موقت دیگری طولانی تر از عقد اول؟ این مسأله امروزه مبتلا به است، به خصوص در عقدهای موقتی که برای محرمیت پسر و دختر قبل از ازدواج دائم خوانده می شود.

اقوال:

در مسأله سه قول است:

۱- صحیح نیست مگر بعد از انقضای مدت یا هبه مدت (قول مشهور که همان مختار مرحوم امام (ره) است).

۲- به هر صورت مانعی ندارد (غیر مشهور).

۳- تفصیل بین عقد دائم و موقت به این بیان در عقد موقت اضافه کردن جایز است و در عقد دائم جایز نیست (این قول از بعضی از کلمات ابن ابی عقیل استفاده می شود).

مرحوم صاحب ریاض می فرماید:

السابعة: لا یصح تجدد العقد علیها مطلقاً دائماً أو منقطعاً قبل انقضاء الأجل علی الأشهر الأظهر كما عن الشيخ والقاضی (ابن براج) و الحلّی (ابن ادریس) خلافاً لصریح ابن حمزة و ظاهر العمانی (ابن ابی عقیل) كما فی المختلف (مرحوم علامه) فجوزاه قبل الأجل.

«۲»

(قول دوم)

خلاصه بیان مرحوم علامه در مختلف چنین است:

(۱) ج ۱۳، ص ۲۹.

(۲) ج ۱۰، ص ۳۰۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۵۳

مسأله: المشهور أنه اذا كان قد بقى من الاجل شىء لم یجز له الزیادة علیه (اجل) بعقد و غیره ... اختاره الشيخ و ابن البراج و ابن ادریس و قال ابن حمزة: و إن أراد أن یزید فی الأجل جاز و زاد فی المهر (اشاره به عقد دائم ندارد ...) و قال ابن ابی عقیل: لو نکح متعة إلى ایام مسماء فان أراد أن ینکحها نکاح الدائم قبل أن تنقضی ایامه منها لم یجز له ذلك لأنها لم تملك نفسها. «۱» و من العجب، مرحوم آیه الله سبزواری در مورد عدم جواز می فرماید: اجماعاً و نصاً «۲».

در حالی که مرحوم علامه در مختلف این مسأله را اجماعی نمی داند، چون مسأله اختلافی است و به همین جهت آن را در کتاب مختلف ذکر کرده است.

ادله بطلان:

اشاره

عمده دلیل قائلین به بطلان دو چیز است:

۱- اجتماع مثلین امکان ندارد:

چون الآن زوجیت به عقد موقت است و می‌خواهد عقد موقت دیگر بخواند در حالی که محل مشغول به مثل است و این از قبیل اجتماع مثلین است و ممکن نیست و یا می‌خواهد عقد دائم بخواند که این از قبیل اجماع ضدین است و به یک معنا تحصیل حاصل است، پس باطل است.

جواب: این دلیل عقلی قابل خدشه است، چرا که بارها گفته‌ایم نباید مسائلی که در مورد امور حقیقیه هست به امور اعتباریه داخل کرد، اجتماع مثلین در امور حقیقیه است و ما در احکام بحث می‌کنیم که امور اعتباریه است (اعتبار شارع یا عقلا) و در امور اعتباریه اجتماع مثلین بلامانع است.

۳۶ ادامه مسأله ۱۱ ... ۲۳ / ۰۹ / ۸۲

توضیح ذلک:

امور به دو دسته تقسیم می‌شوند

۱- واقعیات عینی:

در بیرون وجود ما هست چه ما باشیم و چه نباشیم مثل سماء ارض، حجر، مدر، شجر ... که واقعیات عینی، خارجیه است.

۲- اعتباریات:

اعتبارات ذهنی هستند، مثل زوجیت، ملکیت، طلاق ... که در واقع نوعی عکس برداری ذهنی از واقعیات است. ما یک مالکیت حقیقی داریم مثل این که انسان مالک دست خویش است و یا از همه بالاتر مالکیت خداوند نسبت به جهان هستی است، ذهن شبیه این سلطه را در عالم خیال درست می‌کند و شما را نسبت به این خانه مالک فرض می‌کند و عقلا هم همین را اعتبار می‌کنند که این سلطه‌ای فرضی و اعتباری است و آثاری دارد که زندگی انسان‌ها بر آن استوار است، کما این که زوجیت این چنین است، یعنی در خارج زوج‌های تکوینی داریم مثل دو ستون در کنار هم، مثل دو گُل روئیده در کنار هم، عقلا هم بین زن و مرد اعتبار زوجیت کرده و آثاری هم بر آن مترتب می‌کنند و یا طلاق به معنای رها ساختن است مثلاً کبوتر یا آهو را رها می‌کنند و شبیه آن را در ذهن ساخته و جدا شدن زن از مرد را طلاق می‌دانند که عکس برداری از عالم تکوین است و عقلا بر آن اثر مترتب می‌کنند، آثاری مانند عدم نفقه ...

من هنا یعلم، اموری که بر تکوینیات حاکم است بر امور اعتباریه حاکم نیست، مثلاً اجتماع مثلین یا ضدین در امور تکوینی ممکن نیست ولی در امور اعتباریه بلامانع است، چون فرض است و در امور اعتباریه مصلحت، لغویت و عدم لغویت و ... متصور است. من هنا یظهر، خلط واقعیات با امور اعتباریه منشأ مشکلات زیادی می‌شود و مع الاسف در فقه و اصول ما در این اواخر مسائل واقعیه با مسائل اعتباریه مخلوط شده و بر آن استدلال می‌کنند. از زمانی که بزرگانی از فقها و اصولیون هم فیلسوف و هم فقیه و اصولی بودند این خلط پیش آمد که باید آنها را تصفیه کنیم.

امور واقعیه موضوع علم فلسفه و علوم تجربی است اما علومی مثل حقوق، فقه، اصول، اخلاق اجتماعی، سیاست ... موضوعشان امور اعتباریه است.

اعتبار خود یک امر تکوینی است یعنی نمی‌توانیم هم اعتبار کنیم و هم اعتبار نکنیم ولی اعتبارهای متعدد می‌توانیم بکنیم.

نتیجه: این دلیل عقلی درست نیست و لغویت هم ندارد، چون زمان متعه یک‌ماهه بود به شش ماه تبدیل کرده و یا به عقد دائم

تبدیل کرده است که آثاری دارد، پس لغو نیست و شبیه این معنا در اجاره هم هست، مثلاً یک ماهه اجاره کرده بود به

(۱) ج ۷، ص ۲۴۴.

(۲) مهذب الاحکام، ج ۲۵، ص ۹۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۵۴

یک سال تبدیل می کند و یا خانه را می خرد، در حالی که اجاره قبل را باطل نمی کند.

پس هم جواب نقضی داریم (تمدید در اجاره جایز است) و هم جواب حلّی (اینها امور اعتباریه هستند و در امور اعتباریه این مسائل نیست).

ان قلت: لازمه این حرف این است که عقد دوم بعد از عقد اول با فاصله اثر کند و نتیجه آن جدا شدن عقد از زمان حال است که در مسأله قبل آن را باطل دانستید.

قلنا: اولاً، انفصالی که اشکال داشت انفصالی بود که در اختیار خود شخص نبود و دلیل بر جواز آن نداشتیم ولی در اینجا تا ماه رجب سال آینده در اختیار اوست و انفصالی است که مسبوق به زوجیت برای خود این شخص است و مشکلاتی ندارد مثل این که زن دو شوهر پیدا کند.

ثانیاً، در عقد دائم که روی عقد منقطع می آید از زمان حال هم می تواند تأثیر کند، چون اثر عقد دائم مافوق اثر عقد منقطع است و عقد دائم عقد منقطع را تحت الشعاع قرار می دهد و از قبیل لاقتضاء و مقتضی است.

نتیجه: به حسب قاعده این مسأله مشکل ندارد و می گوئیم عقد دوم را بخوان و تجدید کن چرا که تمدید در عقود دیگر هم هست.

۳۷ ادامه مسأله ۱۱ ... ۲۴ / ۰۹ / ۸۲

۲- روایات:

عمده دو روایت است:

* عن محمد بن یعقوب بالسند السابق فی صیغۀ المتعۀ « ۱ »

(محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابراهیم بن الفضل)

عن أبان بن تغلب

(این روایت دو سند دارد که هر دو سند به «ابراهیم بن الفضل» می رسد که مجهول است و کل روایات او هم حدود دوازده روایت است)

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يتزوج المرأة متعۀ فيتزوجها علی شهر ثم إنَّها تقع فی قلبه فیحسب

(در کافی، تهذیب و جواهر «یحب» است و این مناسب تر است)

أن يكون شرطه أكثر من شهر

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۵، ص: ۵۴

(مراد از «شرط» اجل است)

فهل يجوز أن يزيدا في أجرها ويزداد في الأيام قبل أن تنقضى أيامه التي شرط عليها؟ فقال: لا يجوز شرطان في شرط (صاحب جواهر می‌فرماید به معنای لا يجوز عقدان فی عقد واحد است در حالی که در بالا قرینه داشتیم که لا يجوز اجلان فی اجل واحد است، چون شرط را به اجل معنا کردیم)

قلت: كيف يصنع؟ قال:

يتصدق عليها بما بقي من الأيام ثم يستأنف شرطاً جديداً

(مدّت جدیدی را آغاز می‌کند). «۲»

این معنا برای روایت بهتر است ولی اگر معنای صاحب جواهر هم باشد، صحیح است و فرقی در اصل بحث نمی‌کند و روایت صریح و دلالت خوبی دارد و اگر ضعف سند با عمل مشهور جبران شود مشکل سند روایت حل خواهد شد.

...* عن أبي بصير

(این روایت دو سند دارد که یک سند صحیح و سند دیگر به جهت وجود «سهل بن زیاد» ضعیف است)

قال:

(ضمیر در «قال» به أبو بصیر برمی‌گردد پس روایت مقطوعه است و معلوم نیست که آیا استنباط شخصی خود اوست یا از امام نقل می‌کند؟ مشابه همین حدیث در این باب از تفسیر عیاشی از قول ابی بصیر از امام باقر علیه السلام نقل شده است «۳» اما متأسفانه عیاشی روایت در سند حدیث را حذف کرده است ولی اگر این دو را کنار هم قرار دهیم معلوم می‌شود که این روایت هم از امام باقر علیه السلام بوده است)

لا بأس أن تزيدك

(در مدّت)

و تزيدا

(در اجرت)

إذا انقطع الأجل فيما بينكما «... ۴»

از ذیل روایت می‌فهمیم که در مورد متعه است، ولی در روایت عیاشی تصریح به متعه شده و او این روایت را در ذیل آیه «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ» «۵» ذکر کرده است.

دلالت این روایت به مفهوم (مفهوم شرط) است ولی دلالت روایت قبل به منطوق بود.

در ذیل روایت جمله‌ای دارد و می‌فرماید:

ولا يحلّ ذلك لغيرك حتى تنقضي عدتها

یعنی انسان در عده‌ی مربوط به خودش می‌تواند تجدید عقد کند ولی دیگران نمی‌توانند عقد کنند، پس از این روایت پایان مدّت استفاده می‌شود، چون از عده‌ی بحث می‌کند، بنابراین مسلماً مدّت پایان یافته و زن داخل در عده شده است، که این هم شاهد دیگری بر دلالت روایت بر مقصود است.

در مجموع می‌توان گفت این دو روایت برای اثبات مطلب کافی است.

روایت سومی هم داریم که قابل گفتگوست. روایت از تفسیر

(۱) ح ۱، باب ۱۸، از ابواب متعه.

(۲) ح ۱، باب ۲۴ از ابواب متعه.

(۳) ح ۶، باب ۲۳، از ابواب متعه.

(۴) ح ۲، باب ۲۳ از ابواب متعه.

(۵) آیه ۲۴، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۵۵

عیاشی است که از ابو بصیر نقل می کند:

... * عن أبي جعفر عليه السلام أنه كان يقرأ فما استمتعتم به منهنّ إلى أجل مسمى فاتوهنّ أجورهنّ فريضةً

(در قرآن الی اجل مسمی ندارد، آیا مفهوم این روایت این است که قرآن تحریف شده است یا نه مفهومش تفسیر است؟ ما قائل به عدم تحریف قرآن هستیم و این در واقع تفسیر است)

و لا جناح علیکم فیما تراضیتم به من بعد الفریضة فقال: هو أن يتزوجها إلى أجل ثم يحدث شيئاً بعد الأجل

(بعد از آن که مدت تمام شد، نکاح دیگری ایجاد می کند و عقد دیگری می خواند) «۱». این هم شاهد دیگری بر بحث ماست، یعنی وقتی مدت عقد اول تمام شد عقد دیگری می خواند. آیا مفهوم دارد که تا مدت تمام نشده نمی توانی عقد کنی؟ همین مسأله مقداری در دلالت حدیث مشکل ایجاد می کند.

جمع بندی: ما در مجموع این دلایل را برای قول مشهور قانع کننده دانستیم و می گوئیم اقوی قول مشهور است.

ادله قول غیر مشهور (قائلین به جواز):

۱- تشبیه به اجاره:

قائلین به جواز گاهی ما نحن فیه را به اجاره تشبیه کرده اند (هنّ مستأجرات) و در اجاره به یقین تمدید جایز است، کما این که خرید مورد اجاره هم جایز است.

جواب: این تشبیه نابجاست چرا که تعبیر «هنّ مستأجرات» در روایات یک تعبیر مجازی است و باب اجاره نیست و لذا در مقام انشای عقد متعه، صیغه استأجرتک و آجرتک درست نیست و اگر ماهیت عقد متعه، ماهیت اجاره بود باید با این دو صیغه هم جایز می شد و حال آن که تقریباً همه قائلند که با سه لفظ «متعتک، زوجتک و انکحتک» صحیح است.

با این که این عقد شباهتی به اجاره دارد، چرا شارع اجازه تمدید نمی دهد؟

احتمال دارد فلسفه این حکم این باشد که وقتی زن در حباله نکاح مرد است مأخوذ به حیا می شود و یا از موضع ضعف برخوردار می کند، پس به جهت مراعات حال زنان است. لذا شارع اجازه تمدید نداده است.

۲- روایات:

* و عن عبد السلام عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله تعالى ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾ قلت: إن أراد أن

یزیدها و یزاد قبل انقضاء الأجل الذي أجل قال: لا بأس بأن يكون ذلك برضا منه و منها بالأجل و الوقت

(تا اینجا انسان خیال می کند روایت دلالتش بر قول مشهور خوب است ولی ذیلی دارد که کار را خراب می کند)

و قال: یزیدها بعد ما یمضی الأجل

(صریحاً با صدر روایت تناقض دارد). «۲»

دو راه برای رفع تناقض وجود دارد:

۱- بعضی گفته اند امام می خواهد بفرماید که مخیر است و قبل از اتمام اجل و بعد از آن می تواند تمديد کند.

۲- احتمال قوی تر این است که حضرت می فرماید: تمديد بلامانع است که این مطلق است ولی ذیل تقيد می کند که تمديد، بعد از اجل باشد، پس وقتی روایت دو احتمال داشت قابل استدلال نیست و ابهام دارد و نمی توان به آن عمل کرد.

۳۸ ادامه مسأله ۱۱ ... ۲۵ / ۰۹ / ۸۲

... عن القاسم بن الربيع الصحاف

(بسیار ضعیف است و تعبیر علمای رجال این است که ضعیف فی حدیثه غال فی مذهبه لا التفات الیه)

و محمد بن الحسين بن أبي الخطاب

(مردی جلیل القدر و ثقه)

و محمد بن سنان

(اختلافی است و ما عدم قبول روایاتش را ترجیح می دهیم، حال چون این سه راوی در عرض هم از صباح مدائنی نقل کرده اند در

واقع سه طریق است که یک طریق معتبر و برای ما کافی است)

عن صباح المدائنی

(مجهول الحال و در مورد او صحبت نشده)

عن المفضل بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام في كتابه اليه و أما ما ذكرت أنهم يترادفون المرأة الواحدة

(چند نفر یک زن را پشت سر هم بدون داشتن عده عقد می کنند)

فأعوذ بالله أن يكون ذلك من دين الله و دين رسوله إنما دينه أن يحل ما أحل الله و يحرم ما حرم الله و إن مما أحل الله المتعة من

النساء في كتابه و المتعة من الحج أحلهما الله ثم لم يحرمهما فاذا أراد الرجل المسلم أن يتمتع من المرأة فعل ما شاء الله و على كتابه و سنة نبيه نكاحاً غير سفاح ما تراضيا على ما أحبنا من الأجر كما قال الله عز و جل «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَ لَّا

جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ»، إن هما أحبنا مدا في الأجل على ذلك الأجر أو ما أحبنا

(یعنی با همان مهر سابق مدت را اضافه می کنند یا نه معادل مهر سابق منظور است)

في آخر يوم

(جار و مجرور متعلق به «مدا» است)

من أجلها

(در آخرین روز از اجل تمديد می کنند)

قبل أن ينقضى الأجل مثل غروب الشمس مدا فيه و زادا في

(۱) ح ۷، باب ۲۳ از ابواب متعه.

(۲) ح ۸، باب ۲۳ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۵۶

الأجل ما أحبنا فإن مضى آخر يوم منه

(عقد سابق)

لم یصلح الّا بامر مستقبل

(یعنی عقد مجدّد پس عبارت قبل به این معنا می‌شود که تجدید عقد لازم نیست و بدون عقد تمدید می‌کنند)

و لیس بینهما عدّه

(برای تمدید، عدّه لازم نیست)

الّا الرجل سواه فان أرادت سواه، اعتدت خمسۀ و أربعین يوماً «... ۱»

از نظر سند:

«مفضل بن عمر» شخص معروفی است و روایات زیادی دارد و توحید مفضل هم از اوست که امام صادق علیه السلام دلایل توحید را برای او بیان فرموده‌اند که در این کتاب آمده است، اما مفضل محلّ بحث است، بعضی مثل نجاشی که از معروفترین علمای علم رجال است خیلی او را مذمت می‌کند، و در مقابل شیخ مفید در مورد او می‌فرماید از ثقات و اعظام اصحاب است. این خیلی عجیب است که یکی از بزرگان مذهب، او را آن قدر بالا برد و دیگری او را تا این اندازه پایین بیاورد. مرحوم شیخ طوسی هم بینابین را قائل شده و کأنّ توقّف می‌کند و ما هم هنوز نتوانسته‌ایم او را بپذیریم. اگر ما در مورد مفضل توقّف کنیم، حدیث دارای دو مشکل می‌شود و اگر مفضل را بپذیریم روایت یک مشکل دارد. پس به فرض تمامیت دلالت، به این روایت نمی‌توان اعتماد کرد.

از نظر دلالت:

مشکل این روایت مطلبی است که کسی به آن قائل نشده است و آن این که تمدید با تراضی ممکن است و نیاز به عقد جدید ندارد که این را کسی نگفته است و کسانی که تمدید را جایز می‌دانند تمدید را با عقد جدید قبل از پایان اجل اجازه می‌دهند. پس این که بعضی از معاصرین گمان کرده‌اند که این روایت به ما نحن فیه مربوط است قابل قبول نیست.

نتیجه:

روایت از نظر سند و از نظر دلالت ساقط است.

فتلخص من جمیع ما ذکرنا: تا اینجا دلیلی بر قول به جواز پیدا نکردیم.

۲- آیه متعه:

بعضی می‌گویند آیه متعه برای جواز تمدید کافی است «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً» (۲). با دلایلی ثابت کردیم

که آیه در مورد متعه است و لفظ متعه در نکاح موقت در زمان پیامبر استعمال می‌شده، در ادامه آیه می‌فرماید:

«وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ».

برای این آیه دو تفسیر معروف بیان شده که در مجمع البیان و تفسیر نمونه آمده است:

الف) اهل سنت معتقدند آیه در مورد عقد دائم است و تراضی من بعد الفریضه در این مورد است که بعد از اتمام عقد در صورت تراضی، طرفین می‌توانند مهر را کم و زیاد کنند.

زیادی مهر می‌تواند تحت عنوان هبه یا مصالحه باشد ولی قبض لازم است و اگر شرط ابتدایی باشد جایز نیست، پس «فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ» در جایی است که مهر را کم کنند که تحت عنوان ابراء است و اگر چیزی اضافه کنند باید به صورت نقدی بدهند؛ چون شرط ابتدایی و هبه غیر مقبوضه باطل است.

ب) شیعه معتقد است آیه در مورد متعه است و «تَرَاضَيْتُمْ» مربوط به تمدید است. در این صورت آیا اطلاق دارد و تمدید قبل الاجل و بعد الاجل را شامل می‌شود؟ اگر این باشد اطلاقش دلیل بر مقصود ماست و تراضی، اعم از بعد الاجل و قبل الاجل است. حال اگر به فرض آیه اطلاق داشته باشد این اطلاق قابل تفسیر به روایات قول مشهور است که می‌گفت قبل از اتمام اجل تمدید جایز

نیست پس روایات مقید است.

احتمال دیگر در تفسیر آیه این است که؛ آیه در مورد متعه است و «تَرْضَيْتُمْ» مربوط به مهر متعه است نه تمدید متعه، یعنی مهر متعه را می‌توانید کم و زیاد کنید و قبض دهید و کاری به عقد جدید ندارد که اگر این احتمال باشد آیه مبهم شده و قابل استدلال نخواهد بود.

۳۹ ادامه ۱۱ و ۱۲ (الشروط فی ضمن المتعه ...) ۲۶ / ۰۹ / ۸۲

دلیل قائلین به تفصیل:

دلیل تفصیل می‌تواند روایت قول به جواز باشد، چرا که می‌فرمود تمدید مدت به عقد موقت جواز است، بنابراین این روایات دلیل بر جواز عقد موقت دوم است و از تمدید به دوام ساکت است پس دوام داخل در قول اول (عدم جواز) است به این بیان که از روایات قول اول انکار مطلق فهمیده می‌شود که با روایات قول دوم اطلاق را تخصیص زده و می‌گوییم تمدید به دائم جواز نیست و تمدید به موقت جواز است.

ولی ما چون روایات جواز را قبول نکردیم تفصیل را هم

(۱) ح ۵، باب ۲۳ از ابواب متعه.

(۲) آیه ۲۴، سوره نساء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۵۷

قبول نمی‌کنیم، فالأقوی هو القول الاوّل (جواز نیست در عقد موقت قبل از اتمام آن، عقد موقت یا عقد دائم بخوانند). نکته: اگر خواستید عقد بخوانید ابتدا سؤال کنید که آیا عقد موقت خوانده‌اند یا نه؟ اگر عقد موقت خوانده‌اند و مدت آن تمام نشده ابتدا مدت را ببخشند و بعد عقد بخوانند و اما اگر عقد موقت خوانده‌اند و قبل از اتمام مدت، عقد دائم خوانده شد و بعد مدتی مسأله فهمیده شد، چون جاهل بوده‌اند بچه‌ها حلال زاده هستند و فقط باید دوباره عقد دائم خوانده شود.

نکته: آیا کلمه «اجور» دلیل بر موقت بودن عقد است یا در مورد مهر عقد دائم هم گفته می‌شود؟

حد اقل در چهار آیه از قرآن کلمه اجور استعمال شده و ظاهر در عقد دائم است (آیه ۲۵ سوره نساء، آیه ۵ سوره مائده که قابل گفتگو است، آیه ۱۰ سوره ممتحنه و آیه ۲۰ سوره احزاب که از همه واضح‌تر است و در مورد همسران پیامبر است، چون پیامبر همسر موقت نداشت و یا اگر داشت همسران موقت نداشت) در این آیات اجور به معنای مهریه به کار رفته است.

[مسأله ۱۲: الشروط فی ضمن المتعه]

اشاره

مسأله ۱۲: يجوز أن يشترط عليها و عليه الا تیان ليلاً أو نهاراً و أن يشترط المرّة أو المرّات (هر يك از زن و مرد می‌توانند شرط کنند مع تعین المدّة بالزمان).

نکته ۱: چرا امام می‌فرماید «عليها و عليه» در حالی که زن باید شرط کند، و مرد احتیاج ندارد شرط کند و همچنین در «مرّة أو مرّات» نیاز به شرط مرد نیست، پس «عليه» لازم نیست.

نکته ۲: مرحوم امام به تبع شرایع و جواهر دو شرط ذکر کرده‌اند ولی ما مسأله را در باب تمام شرایط و به طور کلی مطرح کرده و

می‌گوییم:

آیا تمام شرایطی که شرعاً جایز است از نظر مکان، زمان، مقدار ... در عقد متعه جایز است؟ و یا مثلاً شرط کند که اصلاً دخول حاصل نشود و بقیه تمتعات باشد آیا چنین شرطی جایز است؟ پس عنوان این باشد جمیع الشرائط الا ما خرج بالدلیل.

۴۰ ادامه مسأله ۱۲ ... ۳۰ / ۰۹ / ۸۲

اقوال:

بعضی ادعای اجماع کرده‌اند مرحوم آقای سبزواری در مهذب الاحکام می‌فرماید مسأله اجماعی است، ولی ظاهراً اجماعی نیست، چون خیلی‌ها متعرض این مسأله نشده‌اند.

حق جواز اشتراط است الا ما خرج بالدلیل (توارث) و مخالفی هم نداریم.

ادله جواز:

اشاره

دلیل جواز این دو شرط و امثال آن در عقد موقت دو دلیل است که یکی عام و دیگری خاص است:

۱- ادله صحت شروط (دلیل عام):

ادله صحت تمام شروط در تمام عقود از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله و حضرت علی علیه السلام و دیگر ائمه علیهم السلام منقول است که «المؤمنون عند شروطهم» و معنای وسیعی داشته و تمام شروط را در تمام عقود شامل می‌شود، حتی شروط ضمن العقد و شروط ابتدایی را هم شامل می‌شود، منتها شروط ابتدایی که در ضمن عقد نباشد بالاجماع باطل است (خرج بالدلیل) و شروط ضمن عقد در ضمن هر عقدی که باشد رنگ آن عقد را به خود می‌گیرد، اگر عقد لازم باشد، شرط لازم و اگر عقد جایز باشد، شرط هم جایز است، و لذا بعضی که می‌خواهند به کسی وکالت دهند در ضمن عقد لازم شرط وکالت می‌کنند چون وکالت جایز است و هر زمان موکل بخواهد می‌تواند وکیل خود را عزل کند ولی در ضمن عقد خارج (عقد دیگری جدا از عقدی که می‌خوانند) و لازم (لازم الاجراست) می‌توانند وکالت را شرط کنند که در این صورت وکالت هم لازم می‌شود.

این که در محضرها گفته می‌شود ضمن عقد خارج لازم و عقدی در کار نیست درست نمی‌باشد و باید عقدی خارج از عقد باشد. یکی از مشکلات در سرمایه‌گذاری‌ها این است که صاحبان سرمایه خسارت را نمی‌پذیرند و می‌گویند بر عهده‌عامل باشد، در حالی که شرعاً جایز نیست و باعث می‌شود که عقد مضاربه باطل باشد، چون در مضاربه خسارت متوجه صاحب سرمایه است، مگر این که عامل قصور و تقصیر داشته باشد که در این صورت عامل ضامن است. البته یک راه حل دارد و آن این که در ضمن عقد خارج لازم (عقد دیگر) شرط کنند که اگر در عقد مضاربه خسارتی واقع شد عامل جبران می‌کند، چون اگر در ضمن عقد مضاربه شرط کنند که عامل ضامن باشد، عقد مضاربه باطل است؛ چون این شرط بر خلاف مقتضی عقد است.

تا اینجا روشن شد شرط ابتدایی باطل است و شرط ضمن العقد هم رنگ آن عقد را به خود می‌گیرد، حال در ما نحن فیه

عقد نکاح عقد لازم است و هر شرطی در ضمن آن صحیح است الا ما خرج بالدلیل که همان شروط خلاف شرع است؛ مثلاً در ضمن عقد نکاح دو شیشه شراب را شرط می‌کند یا شرط بر ضد مقتضای عقد می‌کند که باطل است. ان قلت: این دو مثال که در کلام فقها آمده بر خلاف عقد است، چون مقتضای عقد موقت این است که هر زمان می‌خواهد و یا هر تعداد که می‌خواهد با زن نزدیکی کند پس بیان زمان و عدد خلاف مقتضای عقد و هر دو شرط باطل است. قلنا: شرط گاهی خلاف اطلاق و گاهی خلاف مطلق عقد است آن چه که اشکال دارد شرط خلاف مطلق عقد است. توضیح ذلک: بعضی از عقود اگر مطلق گذاشته شود اطلاق ندارد ولی اگر مقید شود مورد خاص را شامل می‌شود، به عنوان مثال مقتضای عقد موقت این است که هر زمان که خواست با زن نزدیکی کند، اما اگر آن را مشروط به زمان کند چون این قید خلاف اطلاق عقد است مانعی ندارد.

قسم دوم، شرط بر خلاف مطلق عقد و طبیعت عقد است؛ یعنی شرط با مقتضای عقد تضاد دارد به عنوان مثال می‌گوید خانه را به تو فروختم، مشروط به این که هیچ تصرفی نکنی در حالی که طبیعت عقد این است که بتواند تصرفی کند پس این شرط، خلاف مطلق عقد است و تناقض در انشاست چون از یک طرف می‌گوید فروختم و از سوی دیگر منع از تصرف می‌کند. و اما مصادیق مشکوک که نمی‌دانیم مخالف مقتضای عقد است یا مخالف اطلاق عقد، مانند کسی در عقد متعه شرط کند که دخول حاصل نشود اگر شرط کند اشکالی ندارد، اما اگر در عقد دائم چنین شرطی کند، با روح عقد دائم سازگار نیست. و اگر شک کنیم که آیا این شرط با روح عقد دائم می‌سازد یا نه و کسی بگوید عیبی ندارد زیرا در عقد دائم تمتعات دیگری هم هست در اینجا به اصالة الفساد عمل می‌کنیم.

ان قلت: چرا به عموم «المؤمنون عند شروطهم» عمل نمی‌کنید تا بگویید صحیح است؟

قلنا: چون از قبیل شبهه مصداقی مخصّص است؛ به این بیان که می‌دانیم «المؤمنون عند شروطهم» تخصیص خورده به «الا ما خالف مقتضی العقد»، حال این مثال را نمی‌دانیم جزء مخصّص است یا جزء عام، که به آن شبهه مصداقی مخصّص می‌گویند، چون در عام و خاص شک نداریم بلکه در مصداق مخصّص شک داریم و در اصول خواندیم تمسک به عموم عام در شبهات مصداقی مخصّص باطل است پس المؤمنون عند شروطهم از کار افتاده و اصالة الفساد حاکم می‌شود، چون در تمام ابواب معاملات اصل فساد است تا ثابت شود؛ پس این قسم هم به قسم دوم بر می‌گردد که شرط فاسد و باطل می‌شود. تا اینجا یک چهره کلی از ابواب شروط بیان شد و دانستیم که در ما نحن فیه این شرایط مخالف مقتضای عقد نیست بلکه مخالف اطلاق عقد است.

۲- روایات (دلیل خاص):

چند روایت داریم:

* محمد بن یعقوب

(کلینی)

عن علی بن ابراهیم عن ابيه

(ابراهیم بن هاشم)

عن ابن ابي عمير

(همه ثقة هستند)

عن عمّار بن مروان

(ثقه است ولی فاسد المذهب است و تأمل بعضی در سند این روایت جایی ندارد، چون تأمل یا به جهت ابراهیم بن هاشم است که گفتیم جای شک ندارد و یا به خاطر عمّار فطحی «۱» مذهب است. بعضی از اصحاب امام رضا علیه السلام مثل حسن بن علی بن فضال هم فطحی مذهب ولی ثقه بودند، پس روایت معتبر است)

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت: رجل جاء إلى امرأة فسألها أن تزوجه نفسها (خواستگاری کرد)

فقالت: أزوجك نفسي على أن تلتمس مني ما شئت من نظر و التماس (لمس کردن)

و تنال مني ما ينال الرجل من أهله إلا أن لا تدخل فرجك في فرجي و تتلذذ بما شئت فأني أخاف الفضيحة (احتمال دارد بکر بوده و می ترسد بکارت از بین برود و یا بکر نبوده و از بچه دار شدن می ترسد)
قال: ليس له إلا ما اشترط. «۲»

از این عبارت اصل مسأله روشن می شود که این شرط جایز است و چون تعلیق حکم بر وصف است مشعر به علیت می باشد پس همه شرایط را می توان از آن استفاده کرد و افاده عموم می کند.

(۱) فطحیه معتقدند عبد الله افطح پسر بزرگ امام صادق علیه السلام، امام است. فرزند امام صادق علیه السلام افطح (مردی که دارای پای بزرگ است) نبود بلکه مرد دیگری به نام عبد الله بن افطح مروّج این مذهب شد و به همین جهت پیروان عبد الله بن جعفر به فطحیه معروف شدند، عبد الله بعد از وفات امام صادق علیه السلام نود روز بیشتر در دنیا نبود و یک روایت هم از او نقل نشده است.

اینها باید از امام علیه السلام می پرسیدند که آیا عبد الله امام بود یا نه؟ در واقع سیزده امامی هستند در حالی که در روایات سنی و شیعه آمده است که امامان دوازده نفر هستند.

(۲) ح ۱، باب ۳۶ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۵۹

۴۱ ادامه مسأله ۱۲ ... ۱ / ۱۰ / ۸۲

* و عنه

(عن علی بن ابراهیم)

عن أبيه، عن ابن أبي عمير عن عبد الله بن بكير

(از اصحاب اجماع و فطحی مذهب و سند حدیث معتبر است)

قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح و ما كان بعد النكاح

(در حال اجرای صیغه عقد)

فهو جائز الحدیث. «۱»

معنای حدیث این است که قبل از نکاح شرایطی به صورت چانه زدن ذکر می کنند بعد در موقع اجرای صیغه شرایط مورد توافق را ذکر می کنند، یعنی چانه زنی های قبل وقتی در متن عقد نیاید ثمری ندارد.

نکته: شرایط سه گونه است:

۱- شرایط ضمن العقد:

شرایطی که در متن عقد می‌آید.

۲- شرایط مبنی علیه العقد:

شرایطی که قبلاً بر آن توافق می‌شود و عقد را بر اساس آن می‌خوانند و لو در متن انشاء نیاید.

گاهی شرایط مبنی علیه العقد از شرایطی است که در عرف محیط پذیرفته شده و لو در متن عقد ذکر نمی‌شود، مثلاً بکارت جزء شرایطی است که و لو در متن عقد ذکر نشود، مبنی علیه العقد است و لذا اگر بعد از عقد معلوم شود باکره نیست، حق فسخ دارد با این که در موقع عقد تصریح به باکره بودن نکرده است؛ پس این شرایط هم معتبر است.

البته در کشورهای غیر اسلامی ممکن است باکره بودن جزو عرف محیط نباشد، ولی در کشورهای اسلامی عرف محیط است و احتیاجی به شرط ندارد.

۳- شرایط غیر متوافق:

مقاوله‌هایی که جایگاهی در متن عقد ندارد و عقد بدون آن خوانده می‌شود، یعنی شرطهایی است که توافق قطعی بر آنها نیست و حدیث هم در مورد آن است.

در واقع در این حدیث به دو قسم از شرایط اشاره شده و شرایط مبنی علیه العقد نیامده است.

حُسن روایت این است که عام و دلیل خوبی برای ماست که مسأله را به صورت عام مطرح کرده و منحصر به دو مثال مذکور در متن تحریر نکنیم، حتی در روایت دلیلی نداریم که روایت منحصر به نکاح موقت باشد اگر چه در باب متعه ذکر شده است.

...* عن إسحاق بن عمار

(سند معتبر است)

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: رجل تزوج بجارية عاتق

(بکر)

علي أن لا يقتضها

(بکارت از بین نرود)

ثم أذنت له بعد ذلك قال: إذا أذنت له فلا بأس. «۲»

روایت مسلم گرفته که شرط درست است، ولی سؤال این است که آیا با الغای شرط، شرط ملغای می‌شود؟

امام می‌فرماید: بله، دلالت روایت در مورد خاص (عدم اقتضای بکارت) خوب است؛ آیا می‌توان از این روایت به جاهای دیگر هم تعدی کرد؟

بله، جایی که چنین شرط را اجازه بدهند شرایط دیگر را هم می‌توان از باب قیاس اولویت یا الغای خصوصیت داخل کرد که در این صورت روایت شامل همه شرایط می‌شود.

کدام قسمت روایت دلالت می‌کند که عقد موقت است؟

تصریحی در روایت نیست، ولی طبیعت این شرط در مورد عقد موقت است و در عقد دائم چنین شرطی سابقه ندارد.

جمع بندی: این روایت از نظر سند و از نظر دلالت معتبر است.

* و عن محمد بن يحيى، عن احمد بن محمد، عن خلف حماد

(صحيح خلف بن حماد است که در رجال چند نفر هستند و از قراین فهمیده می‌شود که مراد خلف بن حماد الناشر ثقه می‌باشد)

قال: أرسلت إلى أبي الحسن عليه السلام كم أدنى أجل المتعة؟ هل يجوز أن يتمتع الرجل بشرط مرة واحدة؟ قال: نعم. «۳»

دلالت روایت در مورد خاص (شرط مرّه) است و قیاس اولویّتی هم نیست که از این مورد تعدّی کنیم و لکن صدر روایت سؤال از زمان است، بعد زمان را به مرّه تعیین می‌کند و این همان چیزی است که قبلاً نپذیرفتیم و مشهور گفتند که با مرّه و مرّات نمی‌توان زمان را تعیین کرد و از روایت استفاده می‌شود که در زمان، مرّه و مرّات کافی است و تعیین هم لازم نیست، بنابراین به نظر می‌رسد این روایت از روایات بحث ما نیست بلکه از روایات اجل متعه است و پذیرفته نمی‌شود.

جمع‌بندی: از این چهار روایت سه روایت دلالت داشت که بعضی خاص و بعضی عام بود؛ در مجموع نتیجه این شد که شرط در عقد متعه جایز است و فرقی نمی‌کند که شرط مرّه یا

(۱) ح ۲، باب ۱۹، از ابواب متعه.

(۲) ح ۳، باب ۱۱، از ابواب متعه.

(۳) ح ۵، باب ۲۵ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۶۰

مرّات باشد و یا هر شرط دیگری، الا ما خرج بالدلیل.

بقی هنا امران:

الامر الاول: اگر بعد از عقد حاضر به اسقاط شرط شدند، آیا با الغای شرط، شرط ساقط می‌شود یا به قوت خود باقی است؟

اشاره

بعضی قائلند که شرط به قوت خود باقی است.

مرحوم کاشف اللثام می‌فرماید:

بقی الکلام فی أنّها إن رضیت بالائتیان فی الوقت المستثنی فهل يجوز؟ و جهان من لزوم الشرط و هو اختیار المختلف (مرحوم علامه)

و من أنّ العقد مسوّغ له مطلقاً...

و در ذیل آن می‌گوید:

و عمل به الشیخ و جماعة «۱».

صاحب جواهر معتقد است که اسقاط جایز است.

حق این است که شرط جزء حقوق و هر شرطی قابل اسقاط است.

توضیح ذلک: قاعده کلی

چیزی به نام حکم داریم که قابل اسقاط نیست؛ مثلاً پدر ولی صغیر است و این حکم است نه حق و نمی‌توان آن را ساقط کرد، در مقابل بعضی چیزها حق هستند که قابل اسقاط می‌باشند، پس طبیعت عقد این است که قابل اسقاط است و طبیعت حکم این است که قابل اسقاط نیست. البتّه گاهی مصادیق مشکوک دارد که نمی‌دانیم حکم است یا حق؛ در این موارد ساقط نمی‌شود و اصل عدم اسقاط است.

حال اگر ساقط نکرد و مثلاً اجازه دخول نداده ولی مرد دخول کرد (پیش از اسقاط) آیا حکم زنا دارد؟

خیر، زیرا شرطی بوده که مخالفت کرده و اینها زوج و زوجه هستند و مثل دخول در حال حیض است ولی در مقابل ازاله بکارت باید مهر المثل یا ارش البکاره بدهد، چون بدون اجازه بوده است.
 ۴۲ ادامه م ۱۲ و م ۱۳ (العزل فی المتعه ... ۲ / ۱۰ / ۸۲)

الامر الثانی: مرحوم امام فرمودند «يجوز أن يشترط عليها و عليه»

یعنی این دو شرط ممکن است از ناحیه زن بر مرد و یا از ناحیه مرد بر زن باشد. عبارت ایشان در واقع در ادامه کلام جواهر است و جالب این است که مرحوم محقق می فرماید «علیها» و صاحب جواهر هم، «و علیه» را اضافه می کند که در مجموع مثل کلام امام است.

در اینجا «علیها» جایی ندارد چون برای مردان این شرط بی معناست، چرا که زن حق قسمی ندارد و بدون ذکر شرط هم، مرد می تواند اگر خواست برود و اگر نخواست اصلاً نرود و زن است که باید شرط کند و همچنین در دفعه و دفعات، اگر زوج قید را نیاورد مختار است که به دفعه باشد یا دفعات؛ پس ذکر این قید (علیها) لازم نیست چون مرد آزاد است؛ در عقد متعه نه حق قسم است نه مضاجعت، در متعه فقط مهر و مدت است و حقوق دیگر بالاجماع و السنه وجود ندارد، بنابراین «علیه» درست است ولی «علیها» صحیح نیست چون از قبیل تحصیل حاصل است.

نعم، اگر بحث را توسعه دهیم و همه شرایط ضمن العقد مورد بحث باشد، این عبارت خوب است، چون بعضی از شرایط هست که اگر شرط نکند، زن آنها را انجام نمی دهد و وظیفه او نیست، مثلاً غسل الثیاب و طبخ الغذا، که وظیفه زن نیست.

[مسألة ۱۳: العزل فی المتعه]

اشاره

در این مسأله چند فرع بیان می شود که باید جداگانه مد نظر قرار گیرد.

مسألة ۱۳: يجوز العزل (إفراغ المنی خارج الرحم)

من دون إذنها فی المنقطع (فرع اول)

و إن قلنا بعدم جوازه فی الدائم (بحث است که آیا عزل جایز است یا نه؟ در عقد منقطع عدم جواز اجماعی است ولی در عقد دائم اختلاف است، بعضی قائل به کراهت و بعضی قائل به حرمت هستند و حتی بعضی قائل به دیه هم هستند. اگر در دوام قائل به حرمت نشدیم در متعه به طریق اولی حرام نخواهد بود ولی اگر در دائم حرام بدانیم در متعه جای بحث است)

لكن يلحق به الولد لو حملت و إن عزل لاحتمال سبق المنی من غیر تنبیه منه (فرع دوّم)

و لو نفاه عن نفسه انتفی ظاهراً (آیا مانند عقد دائم که در نفی ولد، لعان لازم است در عقد منقطع احتیاج به لعان هست؟)

و لم یفتقر الی اللعان إن لم یعلم أنّ نفيه كان عن إثم (اگر یقین نداشته باشیم که دروغ می گوید و گناهکار است، نفی او مؤثر است و ولد محلق به زن است)

مع احتمال كون الولد منه (فرع سوّم)

و علیّی حال لا يجوز له النفی بینه و بین الله مع العلم بالانتفاء (مقام ثبوت، فرع چهارم)

(۱) کشف اللثام، ج ۷، ص ۲۸۵.
کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۶۱

فرع اول: عزل در عقد موقت

اشاره

مسأله عزل در عقد دائم در عروه در باب اول نکاح در مسأله ششم ذکر شده و حکم به کراهت شده است و غالباً آن را پذیرفته و حاشیه‌ای نزده‌اند.

اقوال:

مرحوم شهید ثانی در مسالک می‌فرماید:
ظاهر هم آنه (جواز عزل در عقد موقت) محل وفاق. «۱»
مرحوم صاحب جامع المقاصد، می‌فرماید:
يجوز العزل عن المرأة في هذا النكاح و إن لم تأذن قولاً واحداً. «۲»
مرحوم صاحب جواهر هم می‌فرماید:
إجماعاً بقسيمه (محصل و منقول) «۳».
پس از نظر اقوال مسأله اجماعی است.

ادله:

۱- اجماع:

همان گونه که بیان شد مسأله اجماعی است.

۲- فلسفه و حکمت عقد موقت:

از روایات مختلف استفاده می‌شود که غرض اصلی در عقد موقت استمتاع و رفع ضرورت‌های جنسی است، نه طلب ولد و غالباً ولد در عقد موقت مزاحم است، به همین جهت بسیار بعید به نظر می‌رسد که شارع عزل را در عقد موقت حرام بداند؛ به عبارت دیگر اطلاقاتی که از عزل نهی می‌کند از ما نحن فيه (عقد موقت) منصرف است.

۳- روایات:

روایات زیادی که در دو باب از وسائل نقل شده است.
...* عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل: فقال:
ذاك إلى الرجل يصرفه حيث شاء
(روایت اطلاق دارد). «۴»

... * عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل فقال: ذاك إلى الرجل. «۵»

تمام روایات این باب دلالت دارد. دو روایت هم در ابواب متعه در باب ۳۴ داریم که یکی از آنها با این شش روایت مشترک است، پس مجموعاً هفت روایت داریم و سه روایت هم از «محمد بن مسلم» است که در واقع یک روایت است و مجموعاً پنج روایت است؛ امّا و من العجب که همه روایات مطلق است، و اگر بخواهیم به اطلاق روایات عمل کنیم، باید بگوییم شامل عقد دائم و موقت می‌شود. حال اگر در دائم قائل به حرمت عزل بودیم چه کنیم؟ تنها راه این است که بگوییم روایاتی داریم که ناهیه است و در باب ۷۶ از ابواب مقدمات نکاح آمده و جمع بین این دو طایفه به این است که روایات مجوّزه را حمل بر عقد منقطع و روایات ناهیه را حمل بر دائم کنیم که این جمع تبرّعی است و فایده‌ای ندارد، و لکن الّذی یسهّل الامر این است که ما در دائم و منقطع بدون رضایت زوجه قائل به جواز هستیم و شاید در دائم مکروه باشد ولی در منقطع مکروه هم نیست.

۴۳ مسأله مستحدثه (کنترل موالید ...) ۳ / ۱۰ / ۸۲

مسأله مستحدثه: کنترل موالید

اشاره

مسأله مستحدثه‌ای که امروزه مطرح است کنترل موالید با وسائل مختلف است، که در زمان ما مسأله‌ای مهم در تمام کشورهای دنیا است. با توجه به این که اصل عزل را مکروه دانستیم تا موالید کثرت پیدا کند، حال کنترل موالید از طریق عزل و یا وسائل دیگر چه حکمی دارد؟

از نظر اصولی ظاهر روایات در میان شیعه و سنی این است که افزایش جمعیت مسلمین مطلوب است، به مقتضای

«تناكحوا تناسلوا فإنّی أباهی بكم الأمم یوم القیامة و لو بالسقط»

و امثال آن دلیل روشنی است که افزایش نفوس مطلوب شارع است. در قرآن هم آیات زیادی داریم که نشان می‌دهد افزایش نفوس مطلوب است به عنوان مثال در آیات ۱۲-۱۰ سوره نور که افزایش نسل در میان باران‌های پربرکت و جنّات و باغها قرار

گرفته است و معلوم می‌شود که افزایش نسل از نعمت‌های الهی است. در سوره اسراء هم می‌فرماید:

ثُمَّ رَدَدْنَا لَكُمُ الْكُرَّةَ عَلَيْهِمْ (شما بر دشمنانتان پیروز می‌شوید) وَ أَمَدَدْنَاكُمْ بِأَمْوَالٍ وَ بَيْنِينَ وَ جَعَلْنَاكُمْ أَكْثَرَ نَفِيرًا؛ «۶»

مطابق این آیه خداوند دو بار بر بنی اسرائیل به خاطر کثرت نفرات منت می‌گذارد.

در سوره شعرا که مخاطب در آن تمام امتهاست، انبیا می‌فرمودند:

وَ اتَّقُوا الَّذِي أَمَدَّكُمْ بِمَا تَعْلَمُونَ أَمَدَّكُمْ بِأَنْعَامٍ وَ بَيْنِينَ وَ جَنَاتٍ وَ عُيُونٍ؛ «۷»

(۱) ج ۷، ص ۴۶۰.

(۲) ج ۱۳، ص ۳۳.

(۳) ج ۳۰، ص ۱۸۷.

(۴) ح ۱، باب ۷۵ از ابواب مقدمات نکاح.

(۵) ح ۲، باب ۷۵ از ابواب مقدمات نکاح.

(۶) آیه ۶، سوره اسراء.

(۷). آیه ۱۳۴-۱۳۱، سوره شعرا.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۶۲

خداوند شما را با چهارپایان و بنین و جنّات و چشمه‌ها امداد کرد که این سه نمونه از آیات در مورد افزایش نسل است و آیات دیگری هم داریم که اقوام پیشین در مقابل مؤمنین به اموال و اولاد افتخار می کردند و این را نشانه قرب به خدا می دانستند. «۱» پس آیات و روایات دلیل روشنی است که افزایش نسل به عنوان یک اصل مطرح شده است.

آیا معنی آیات این است که در تمام ظروف افزایش نفوس از نعم خداوند است یا برای جایی است که افزایش نفوس سبب قوت و امداد باشد؟

اگر فرض کنیم که جامعه‌ای پیدا شود که افزایش نفوس از سه جهت (بی کاری، بیماری و جهل) باعث عقب افتادگی شود نه سبب پیشرفت آیا این آیات شامل آن شرایط هم می شود یا مباحث پیامبر برای این موارد نیست. ما فکر نمی کنیم که فقیهی این کبری را منکر شود.

۴۴ ادامه مسأله ۱۳ ... ۶ / ۱۰ / ۸۲

نکته: ازدیاد نسل از واجبات نیست، پس بحث در وجوب و حرمت نیست، بلکه بحث در مستحب و غیر مستحب است. بله ممکن است که در شرایط خاص بر اساس عناوین ثانویه- مانند در اقلیت قرار گرفتن مسلمانان و کثرت دشمنان- ازدیاد نسل واجب شود و لکن از آیات و روایات استفاده می شود که ازدیاد نسل مستحب و از نعم الهی است و آیات متعددی به آن اشاره دارد.

بنابراین از آیات و روایات استفاده می شود، کثرتی مطلوب است که سبب قوت شود، پیامبر صلی الله علیه و آله هم که به امت و لو به سقط مباحث می کند منظور سقطی است که در کنار افراد کار آمد است و به خاطر لوازمش مایه مباحث است؛ به عنوان یک قضیه شرطیه و یک کبرا شکی نداریم که اگر زمانی فرا رسید که فزونی موالید در ناحیه اقتصادی مایه فقر شده و منابع موجود جواب گوی نیازهای اقتصادی نبود و یا مایه فزونی جهل شد و یا باعث افزایش بیماران شد به طوری که امکانات درمانی جواب گوی نیاز نبود، در چنین شرایطی کسی ازدیاد نسل را اجازه نمی دهد و می گویم باید کثرت را به کثرت کیفی تبدیل کنیم چرا که زمانی کثرت کمی باعث پیشرفت می شد ولی امروز کثرت کیفی باعث پیشرفت است.

تا اینجا بحث کبروی بود و اما صغری بر عهده ما نیست چون از قبیل موضوعات پیچیده است و آن را به خبره‌های موثق واگذار می کنیم.

آیا در شرایط فعلی ازدیاد نسل را آزاد بگذاریم یا محدود کنیم؟ اگر اهل خبره گفتند که باید کنترل شود باید به آن عمل کنیم. پس ما جواب گوی کبرای مسأله هستیم و صغری را به عهده اهل فن و خبره می گذاریم.

بقی هنا نکتان:

۱- خبره‌هایی که می گویند این مسأله باعث مشکلات و معضلات سه گانه می شود، آنها هم حکم عامی برای هر زمان و مکان ندارند و می گویند که امروز این چنین است، ولی فردا ممکن است عوض شود و یا در مکانی نسبت به مکان دیگر فرق کند مثلاً در فلسطین اشغالی یا مناطقی که مخالفین برای ازدیاد جمعیت اصرار دارند ما نباید بر کنترل جمعیت پافشاری کنیم، بلکه اگر بنا بر کنترل جمعیت است، همه باید به آن ملتزم شوند؛ پس در ناحیه صغری یک قاعده کلیه نمی دهیم.

۲- اگر ما کنترل جمعیت را قائلیم با اسباب مشروع می گویم نه هر وسیله‌ای، مثل سقط جنین، بلکه به طرق مشروع مثل عزل یا استفاده از قرص‌ها و وسایل مکانیکی، حتی عقیم دائم را هم اجازه نمی دهیم ولی عقیم موقتی اشکالی ندارد.

فرع دوم: فرزند ملحق به طرفین است حتی در صورت عزل

اشاره

عبارت امام (ره) چنین بود:
لکن يلحق به الولد لو حملت و إن عزل لاحتمال سبق المنى من غير تثبه منه.

اقوال:

از نظر اقوال مسأله به تصریح صاحب جواهر اجماعی است: بلا خلاف بل الاجماع ایضاً بقسمیه علیہ. «۲»

ادله:

اشاره

دلیل مسأله دو طایفه روایت است:

۱- روایات عام:

روایاتی که می گوید

«الولد للفراش»

که در باب ۵۸ از ابواب نکاح عیید و اماء آمده است که دارای هفت روایت است و بعضی از روایات در ذیلش تصریح شده «۳» که از پیامبر صلی الله علیه و آله نقل شده است:

(۱). آیه ۳۵، سوره سبأ.

(۲) ج ۳۰، ص ۱۸۷.

(۳) ح ۷، باب ۵۸ از ابواب نکاح عیید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۶۳

... فقال أبو عبد الله عليه السلام: الولد للفراش وللعاهر الحجر «۱».

روایت در مورد عیید و اماء است که امام می فرماید فرزند برای مالکی است که در ملک اوست.

۴۵ ادامه مسأله ۱۳ ... ۷ / ۱۰ / ۸۲

ان قلت: قبول داریم که روایات، «الولد للفراش» می گوید، ولی فراش منصرف به عقد دائم است و شامل متعه نمی شود چون زن در عقد متعه مستأجره است و فراش نیست.

قلنا: نکاح، فراش است، دائم باشد یا موقت، حتی اماء را هم ملحق به فراش دانسته اند علاوه بر این ذیل روایات که می فرماید «للعاهر الحجر» شاهد بر این است که کسی که عاهر و زانی نباشد ولد به او ملحق است و فراش مقابل زناست که این شاهد بر عمومیت روایات است.

۲- روایات خاص:

پنج روایت در باب متعه وارد شده و نشان می‌دهد که فرزند ملحق است و روایات اطلاق دارد و عزل را هم شامل است و یک روایت هم تصریح به عزل دارد.

...* عن محمد بن مسلم

(سند صحیح است)

عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث في المتعة قال: قلت: أ رأيت (أخبرني)

إن حبلت فقال: هو ولده

(اطلاق دارد و صورت عزل را هم شامل می‌شود و تمام موارد حتی مواردی که شک دارد، فرزند ملحق است) «۲».

(...* این روایت هم به همان مضمون روایت قبل است و ظاهراً یک روایت است ولی سند حدیث اول معتبر و سند حدیث دوم ضعیف است)

□
عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت: أ رأيت إن حبلت

(حتماً در مورد متعه است چون در عقد دائم که ولد ملحق است و جای سؤال ندارد)

قال: هو ولده. «۳»

* و عنه

(علی بن ابراهیم)

عن أبيه

(ابراهیم بن هشام)

عن ابن أبي عمير وغيره

(سند معتبر است)

قال

(مقطوعه است چون به امام متصل نشده ولی چون ابن ابی عمیر از غیر امام سؤال نمی‌کرده و از خودش چیزی نمی‌گفته می‌توان گفت حدیث معتبر است):

الماء ماء الرجل يضعه حيث يشاء إلا أنه إذا جاء ولد لم ينكره و شدّد

(سخت‌گیری کرد)

في إنكار الولد

(از نظر سند و دلالت خوب است و اطلاق آن شامل عزل می‌شود بلکه از اطلاق بالاتر است زیرا قرینه‌ای دارد «يضعه حيث شاء» که ناظر به مسأله عزل و از اطلاق بالاتر است). «۴»

* و باسناده

(اسناد شیخ به احمد بن محمد بن عیسی صحیح است)

عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن محمد بن اسماعيل بن بزيع قال: سألت رجل الرضا عليه السلام - و أنا أسمع - عن الرجل يتزوج

المرأة متعة و يشترط عليها أن لا يطلب ولدها

(عزل می‌کند)

فتأتی بعد ذلک بولد فینکر الولد فشدد فی ذلک و قال: یجحد و کیف یجحد
(چگونه منکر می شود)

اعظماً لذلک قال الرجل فإن اتهمتها

(زن آلوده بوده و شاید ولد مربوط به کسانی باشد که قبلاً با او بوده اند)؟

قال: لا ینبغی لک أن تزوج الّا مأمونہ الحدیث. «۵»

... * عن الفتح بن یزید

(فتح بن یزید جرجانی که مجهول الحال است و سند او خالی از اشکال نیست، پس سند ضعیف است)

قال: سألت أبا الحسن علیه السلام عن الشروط فی المتعة؟ فقال:

الشروط فیها بکذا الی کذا

(«بکذا» بیان مهر و «الی کذا» بیان اجل است)

فإذا قالت نعم

(معلوم می شود که ایجاب از سوی رجل جایز است)

فذلک له جائز و لا تقول کما أنهی الی

(اگر نهی الیه باشد به معنای با خبر شدم یا به من خبر رسیده است)

أن اهل العراق یقولون: الماء مائی و الأرض لک و لست أسقی أرضک

(عزل می کند)

الماء و إن نبت هناك نبت فهو لصاحب الأرض، فإن شرطین فی شرط فاسد

(دو شرط در یک شرط فاسد است، منظور از دو شرط دو بیان متضاد است از یک طرف ازدواج کرده و دخول می کند و احتمال

سبق ماء هست از طرف دیگر می گوید بچه مال من نیست و برای زن است).

فإن رزقت

(مرئه)

ولداً قبله و الأمر واضح فمن شاء التلیس علی نفسه لبس

(کسی که بخواهد خودش را گول بزند به بیراهه می افتد). «۶»

تلخص من جمیع ما ذکرنا: اگر فرزندی از متعه متولد شود مادامی که احتمال دهند، ولد ملحق است، اما اگر امکان الحاق نباشد

ملحق نیست.

۴۶ ادامه مسأله ۱۳ ... ۸ / ۱۰ / ۸۲

فرع سوم: نفی ولد

اشاره

اگر مرد گفت ولد مال من نیست و نفی ولد کرد و گفت اصلاً واقعه ای واقع نشده در این صورت لعان لازم ندارد و نفی ولد کافی است.

(۱) ح ۲، باب ۵۸ از ابواب نکاح عیید و اماء.

(۲) ح ۱، باب ۳۳، از ابواب متعه.

(۳) ح ۴، باب ۳۳ از ابواب متعه.

(۴) ح ۵، باب ۳۳، از ابواب متعه.

(۵) ح ۲، باب ۳۳ از ابواب متعه.

(۶) ح ۶، باب ۳۳، از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۶۴

توضیح ذلک: در لعان که به عبارات مخصوص است شوهر چهار بار قسم می خورد که صادق است و در مرتبه پنجم خود را لعنت می کند اگر دروغگو باشد. لعان از مسائل مسلم است و در آیات ۹-۶ سوره نور حکم آن آمده است.

در عقد دائم لعان در دو مورد آمده است:

۱- نفی حدّ قذف:

مردی به زن خود نسبت زنا می دهد و می گوید که او را در حال عمل حرام دیده است ولی شاهدی ندارد، این قذف است، اگر چهار شاهد بیاورد از حد تبرئه می شود ولی اگر شاهد نداشته باشد بر او حدّ قذف جاری می شود. اسلام در اینجا برای مصلحت زوجیت راه حل دیگری قرار داده که لعان است و این لعان جانشین شهود اربعه می شود و شوهر از حدّ قذف نجات می یابد. پس در اینجا مثل این است که بر علیه زوجه اقامه ینه شده است و اگر زوجه هم بخواهد اتهام خود را نفی کند، لعان می کند که در این صورت حد از او هم برداشته می شود.

۲- نفی ولد:

مرد می گوید این زن منحرف نبوده بلکه بچه مربوط به من نیست و یک سال است پیش این زن نبوده ام در اینجا هم باید لعان کند.

تفاوت دو قسم:

در قسم اول (قذف) لعان چهار اثر دارد: نفی حدّ قذف از زوج، فسخ زوجیت، حرمت ابدی، انتفای ولد، ولی قسم دوم سه اثر دارد فسخ زوجیت، حرمت ابدی، انتفای ولد و نفی حد ندارد.

در این قانون از یک طرف دست زوج بسته نشده و از سوی دیگر جلوی زوج ها باز نیست که به هر بهانه ای نفی ولد کنند. هر دو شاخه لعان در مورد عقد دائم است و در عقد موقت لعان نیست، یعنی اگر قذف کرد و شاهدی نداشت حدّ قذف (هشتاد تازیانه) بر او جاری می کنند و در شاخه دوم هم ولد بدون لعان از او نفی می شود. پس مطابق فرع سوم مسأله نفی ولد بدون لعان حاصل می شود.

ادله:

۱- اجماع:

در مسأله ادّعی اجماع شده و احتمال دارد مخالفی هم باشد، ولی شهرت قویّه قائم است که لعان در عقد موقت نیست. البته دلیل ما اجماع نیست، چون اجماع در این موارد مدرکی است.

۲- روایات:

دلیل ما در این مسأله دو روایت معتبر است که در جلد ۱۵ وسائل آمده است:

...* ابن ابی یعفور عن ابی عبد الله علیه السلام: قال لا یلاعن الرجل المرأة التي یتمتع منها

(اطلاق دارد یعنی مطلقاً ملاعنه در عقد موقت نیست نه برای قذف و نه برای نفی ولد و از قراین خارجیّه می فهمیم که در صورت

قذف چون ملاعنه نیست باید حد جاری شود و در صورت نفی ولد هم بدون ملاعنه ولد نفی می شود). «۱»

* و عنه عن ابن سنان عن ابی عبد الله علیه السلام، قال: لا یلاعن الحرّ الأُمّة و لا الذمیّة

(شاید بتوان از این روایت استفاده کرد که ازدواج دائم با ذمیّه جایز است)

و لا التي یتمتع بها

(این روایت هم مطلق است، یعنی در هر دو قسم لعان منتفی است). «۲»

روایت سوّمی هم از بعضی از کلمات صاحب جواهر استفاده می شود. در باب متعه صاحب جواهر دو روایت بیشتر ندارد، ولی در

کتاب لعان روایت سوّمی هم از علی بن جعفر نقل می کند. بعضی از محققین می گویند چنین روایتی از علی بن جعفر در هیچ کتابی

نیافتیم ولی صاحب جواهر این مطلب را از شهید ثانی در مسالک نقل می کند. شهید ثانی این روایت را از کجا پیدا کرده است؟ آیا

کتاب علی بن جعفر دست شهید ثانی بوده است؟ اگر چنین بگوییم، کتاب علی بن جعفر نزد صاحب وسائل هم بوده است، پس

نمی توان پذیرفت که شهید ثانی مدرکی داشته که در دست دیگران نبوده بنابراین احتمال دارد که اشتباه و سهوی شده باشد.

سؤال: چرا شارع مقدّس نفی ولد را در متعه بدون لعان اجازه داده است؟

جواب: دلیل آن روشن است چرا که زنان در عقد موقت بندوبار زنان به عقد دائم را ندارند و مردان در عقد موقت کثیراً مانع انعقاد

نطفه می شوند و عزل زیاد و آوردن ولد خلاف ظنّ قطعی است، پس شارع اجازه نفی ولد بدون لعان داده، منتها باید یقین داشته

باشد.

(۱) ح ۱، باب ۱۰ از ابواب لعان.

(۲) ح ۲، باب ۱۰ از ابواب لعان.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۶۵

۴۷ ادامه م ۱۳ و م ۱۴ (تبین المتمعنه ...) ... ۹ / ۱۰ / ۸۲

بعضی از قدمای فقها معتقدند که چرا لعان در قذف در متعه نباشد در حالی که آیه قرآن عام است: «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاحَهُمْ ...

فَشَاهِدُهُ أَحَدِهِمْ» ازواج شامل دائم و موقت است.

در مقابل این اطلاق، اطلاق روایت است که می فرماید «لا لعان فی المتعه» (لا یلاعن الرجل) ... آیا در مورد لعان قذف است یا

نفی ولد یا هر دو؟ نسبت بین اطلاق آیه و روایت صحیحه چیست؟

نسبت عموم و خصوص من وجه است آیه می فرماید قذف در زوجه مطلقاً لعان دارد خواه زوجه دائم باشد یا منقطع، در مقابل

روایت می فرماید متعه نه در قذف و نه در نفی ولد لعان ندارد. در عموم من وجه قاعده تساقط است و مرجّحات هم اعمال نمی شود

چرا که اعمال مرجحات در مورد متباینین است و جمع عرفی برای عموم و خصوص مطلق است پس می‌گوییم اطلاق روایت بر اطلاق آیه مقدم است، چون دلیل حاکم است (دلیل حاکم آن است که ناظر به دلیل دیگر و مفسر آن باشد) یعنی روایت مفسر آیه و ناظر به آن است به عنوان مثال اگر روایتی فرمود: لا شک لکثیر الشک این دلیل ناظر و حاکم به ادله و روایات شکوک است چون حاکم است و دلیل حاکم نسبت سنجی نمی‌شود، و دائماً مقدم است، پس اطلاق روایات مقدم است بر اطلاق آیه شریفه.

فرع چهارم: عدم نفی ولد بدون یقین

زوج نمی‌تواند بدون یقین نفی ولد کند و اگر بدانیم دروغ می‌گوید نمی‌پذیریم و اگر نفی هم کند در واقع متنفی نیست و مرتکب گناه شده و باید نفقه بدهد و حضانت و ارث دارد مگر این که بینه و بین الله یقین داشته باشد که ولد برای او نیست و اگر شک هم کند ولد ملحق است.

[مسأله ۱۴: تبیین المتمتعۀ]...

اشاره

مسأله ۱۴: لا يقع علیها (زن متعه شده)
طلاق و أنّما تبین بانقضاء المدّة أو هبتها و لا رجوع له بعد ذلك (بعد از هبه).

عنوان مسأله:

مرحوم امام (ره) در این مسأله می‌فرمایند که در عقد متعه طلاق جاری نمی‌شود بلکه با پایان یافتن و یا بخشیدن مدّت نکاح خاتمه می‌یابد و عدّه زن، عدّه طلاق بائن است و مرد نمی‌تواند در عدّه رجوع کند.

اقوال:

به حسب اقوال مسأله اجماعی است. مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد می‌فرماید:
لا خلاف بین الاصحاب فی أنّ المستمتع بها لا يقع بها طلاق بل تبین بانقضاء المدّة أو بهبته إياها. «۱»
مرحوم فاضل اصفهانی در کشف اللثام می‌فرماید:
و لا يقع بها طلاق بالاتفاق تبین بانقضاء المدّة أو هبتها. «۲»

ادله:

۱- اجماع:

عدّه‌ای دو قسم اجماع (محض و منقول) را گفته‌اند ولی ما قائلیم که در اینجا اجماع منقول است.

۲- روایات:

روایات کثیره‌ای که در این زمینه وارد شده که سه روایت را می‌خوانیم ولی منحصر به این روایات نیست، بعضی از روایات صحیح السند و بعضی ضعیف است که با تضافر و عمل مشهور ضعف سند مرتفع می‌شود.

... عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في المتعة ليست من الأربع لأنها لا تُطلق ولا ترث وإنما هي مستأجرة. (۳)
... عن عمر بن أذينة

(سند صحیح است)

عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث في المتعة قال: فإذا انقضی الأجل بانت منه بغير طلاق. (۴)
... عن اسماعيل بن الفضل الهاشمي

(سند ضعیف است)، از امام صادق علیه السلام در مورد متعه پرسید امام فرمود: پیش عبد الملک جریح برس که در این مورد اطلاعات وسیعی دارد، فضل می‌گوید خدمت جریح رسیدم مقدار زیادی از احکام را در مورد حلیت متعه گفت و نوشتم تا به اینجا رسید

فإذا انقضی الأجل بانت منه بغير طلاق. (۵)

روایت چهارمی هم بیان می‌کنیم که مسأله رجوع در آن آمده است:

... عن علي بن رثاب

(سند صحیح است)

قال: كتبت اليه أسأله عن رجل تمتع بامرأة ثم وهب لها أيامها قبل أن يفضى اليها
(قبل الدخول)

أو وهب لها أيامها بعد ما افضى اليها هل له أن يرجع فيما وهب

(رجوع برای پایان مدت است)

لها من ذلك فوقع عليه السلام:

لا يرجع. (۶)

پس رجوع در آن نیست یعنی عدّه آن بائن است.

(۱) ج ۱۳، ص ۳۴.

(۲) ج ۷، ص ۲۸۶.

(۳) ح ۱، باب ۴۳ از ابواب لعان.

(۴) ح ۲، باب ۴۳، از ابواب متعه.

(۵) ح ۸، باب ۴ از ابواب متعه.

(۶) ح ۱، باب ۲۹ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۶۶

[مسأله ۱۵: لا یثبت بهذا العقد توارث بین الزوجین]

۴۸ مسأله ۱۵ (التوارث بین الزوجین فی المتعة ...). ۱۳ / ۱۰ / ۸۲

مسأله ۱۵: لا- یثبت بهذا العقد توارث بین الزوجین فلو شرطاً التوارث أو توریث احدهما ففی التوریث إشکال فلا- یترک الاحتیاط بترک هذا الشرط (احتیاطاً چنین نکنند)
و معه (شرط)
لا یترک بالتصالح.

عنوان مسأله:

آیا در عقد موقت زوج و زوجه از هم ارث می‌برند؟ این بحث در مورد زوجین است و اگر فرزندان متولّد شوند شکی در آن نیست که اولاد از پدر و مادر خود ارث می‌برند.

اقوال:

اشاره

قول مشهور و معروف عدم ارث است مطلقاً (و لو بعد الشرط) یعنی شرط بی‌اثر است ولی غیر از این قول سه قول شاذ دیگر هم در مسأله موجود است. مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد اقوال را بیان کرده و می‌فرماید:
للأصحاب أقوال فی ثبوت التوارث فی نکاح المتعة أحدها عدم التوارث من الجانبین فلا ترث (زوجه) منه و لا یرث (زوج) منها سواء شرطاً فی العقد التوارث أو عدمه أولم یشرطاً شیئاً منهما صرح بذلك أبو الصلاح (حلبی) و ابن ادریس و المصنف (علّامه) و جماعة و هو الأصح (ایشان تصریح به مشهور بودن نمی‌کند ولی صاحب جواهر صریحاً این قول را مشهور می‌داند).
الثانی القول بالارث کالدائم حتی لو شرطاً سقوطه بطل الشرط ... و هذا القول منقول من ابن البراج.
الثالث القول بالارث إذا لم یشرط سقوطه (اگر شرط سقوط نکنند ارث می‌برند ...) و لو شرطاً ثبوته عند هذا القائل لکان اشتراطاً لما یقتضیه العقد (مقتضای عقد تأکید شده است) و هو اختیار المرتضی و ابن أبی عقیل.
الرابع القول بأن أصل العقد لا یقتضی التوارث بل اشتراطه (شرط کنند ارث می‌برند و شرط نکنند ارث نمی‌برند و طبیعت عقد اقتضا ندارد) «۱».

محقق ثانی قائل قول چهارم را بیان نمی‌کند، ولی مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

قال به جماعة من الاصحاب. «۲»

پس مسأله دارای چهار قول است:

۱- عدم توارث مطلقاً (قول مشهور).

۲- قول به تفصیل (در صورت اشتراط ارث ثابت است و در صورت عدم اشتراط ارث ثابت نیست).

۳- مطلقاً ارث می‌برند مگر این که شرط عدم ارث کنند.

۴- مطلقاً ارث ثابت است.

[قول اول مطلقاً ارث نمی‌برند]

ادله:

اشاره

باید بینیم منهای ادله مقتضای اصل در مسأله چیست؟ لفظ «ازواج» در آیاتی که ارث زوجین را مطرح می کند مطلق است و مطابق آن همه ارث می برند و همان گونه که سابقاً بیان شد ازواج موقت هم زوجه هستند و احکام زوجه را دارند و محرمات ازدواج شامل آنها هم هست پس طبق اصل، توارث ثابت است، ولی در مقابل چند طایفه روایات محکم و متعدد داریم:

طایفه اول: مطلقاً ارث نمی برند

بعضی مطلق است (حتی اگر شرط کنند) و بعضی تصریح دارد که «شرطاً اولم یشرط» و بعضی به دلالت التزامی دلالت بر عدم توارث می کند به این بیان که می فرماید مواظب باش ذکر اجل کنی که اگر ذکر اجل نکنی عقد موقت تبدیل به دائم شده و ارث ثابت می شود که لازمه آن این است که در متعه ارث نیست.

...* عن ابن ابي عمير عن بعض اصحابه

(مرسله ابن ابي عمير مقبول است)

عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث في المتعة قال: إن حدث به

(زوج)

حدث لم يكن لها ميراث

(عدم توارث زن را بیان می کند، ولی چون ارث متقابل است، می فهمیم زوج هم ارث نمی برد) «۳»

...* عن عمر بن حفصه

(سند معتبر است)

عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث في المتعة قال: و ليس بينهما ميراث. «۴»

...* عن سعيد بن يسار عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة و لم يشترط الميراث قال: ليس بينهما

ميراث اشترط أو لم يشترط

(تنها روایتی که تصریح می کند فرقی بین شرط و عدم شرط نیست این روایت است) «۵».

...* عن عبد الله بن عمرو قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة فقال:

حلال لك من الله

(اشاره به آیه فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ)

و رسوله قلت:

فما حدها؟ قال من حدودها أن لا ترثها و لا ترثك الحديث. «۶»

...* عن زرارة عن ابي جعفر عليه السلام في حديث قال: و لا ميراث بينهما في المتعة إذا مات واحد منهما في ذلك الأجل. «۷»

(۱) ج ۱۳، ص ۳۷.

(۲) ج ۳۰، ص ۱۹۳.

(۳) ح ۳، باب ۳۲، از ابواب متعه.

(۴) ح ۶، باب ۳۲ از ابواب متعه.

(۵) ح ۷، باب ۳۲، از ابواب متعه.

(۶) ح ۸، باب ۳۲ از ابواب متعه.

(۷) ح ۱۰، باب ۳۲ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۶۷

... قال: لأنک إن لم تشرط کان تزویجاً مقام و لزمتهک النفقه فی العده و کانت و ارث

(مفهومش این است که اگر ذکر اجل کنی عقد موقت است و ارث ندارد). «۱»

... عن المفضل بن عمر

(سند ضعیف است)

عن أبي عبد الله عليه السلام ... و ليس بينهما ميراث. «۲»

... عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام فی المتعه لیست من الأربع لأنها لا تطلق و لا ترث و إنما هی مستأجرة. «۳»

جمع بندی: این روایت‌های هشت گانه به خوبی دلالت می‌کند که در عقد موقت ارث نیست، بعضی به اطلاق، بعضی به تصریح و

بعضی به التزام؛ که بعضی از روایات ضعیف و بعضی قوی است و در مجموع متضافر است.

۴۹ ادامه مسأله ۱۵ ... ۱۵ / ۱۰ / ۸۲

... عن ابن أبي عمير

(سند معتبر است)

عن بعض أصحابه

(مرسلات او مقبول است)

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا بأس بالرجل أن يتمتع بالمرأة علی حکمه

(حکم مرد به مهر، یعنی زن تعیین مهر را به اختیار مرد می‌گذارد)

و لکن لا بد له من أن يعطيها شيئاً لأنه إن حدث به حدث لم یکن لها میراث

(اطلاق دارد، یعنی چه شرط کنند و چه شرط نکنند ارثی نیست و وقتی زوجه ارث نبرد زوج هم ارث نمی‌برد یعنی میراث در هر دو

طرف است و میراث یک طرفی نداریم مگر در مواقع خاص). «۴»

دلالت حدیث و سند آن خوب است ولی صدر آن قابل قبول نیست، چون در مهر و اجل در عقد موقت تعیین لازم است (اجل

مسمی و مهر مسمی).

اللهم إلا أن یقال؛ دو توجیه در اینجا وجود دارد:

توجیه اول:

معنای «علی حکمه» قبل از عقد است، یعنی قبل از عقد مرد هرچه خواست تعیین کند.

توجیه دوم:

منظور از «يعطيها شيئاً» این است که قبل از عقد چیزی به او داده و همان را مهر قرار دهد.

اگر این دو توجیه را بپذیریم مشکل حل خواهد شد ولی اگر آن را نپذیریم صدر روایت از کار می‌افتد و طبق مبنای ما دیگر قابل

استناد نیست و فقط مؤید است.

دو روایت دیگر هم در باب مقدمات نکاح وجود دارد که سند هیچ یک معتبر نیست:

... عن حفص الجوهري

(مجهول الحال است و ظاهراً دو حدیث بیشتر در تمام فقه ندارد)

عن الحسن بن زيد قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فدخل عليه عبد الملك بن جريح المكي فقال أبو عبد الله عليه السلام ما عندك في المتعة

(معلوم می‌شود که عبد الملك بن جريح پیر مردی از اصحاب ائمه پیشین علیهم السلام بوده است)

فقال: حدثني أبو بكر محمد بن علي عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وآله خطب الناس فقال: أيها الناس إن الله أحل لكم الفروج على ثلاثة معان

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۵، ص: ۶۷

(به سه صورت):

فرج موروث و هو البتات

(عقد دائم)

و فرج غیر موروث و هو المتعة

(اطلاق دارد چه شرط کنند و چه نکنند)

و ملک أیمانکم. «۵»

* الحسن بن علی بن شعبه

(صاحب تحف العقول که احادیث خوبی را جمع آوری کرده است و فقط مشکل آن عدم ذکر اسناد است)

عن الصادق عليه السلام (فی حدیث) قال: و أما ما يجوز من المناكح فأربعة وجوه: نکاح لمیراث و نکاح بغير میراث

(از خارج می‌دانیم که نکاح دائم میراث دارد، پس نکاح به غیر میراث به معنای نکاح موقت است)

و نکاح بملك اليمين و نکاح بتحليل من المحلل له من ملك من يملك

(تحلیل امه که شبیه ازدواج است ولی ازدواج نیست). «۶»

مرحوم حاجی نوری هم در مستدرک روایات دیگری در این زمینه نقل کرده است.

طایفه دوم: عدم ارث از ارکان عقد است

روایاتی که مضمون دیگری دارد ولی آنها هم قول مشهور را اثبات می‌کند، در مجموع چهار روایت است که می‌گوید وقتی انشای

عقد می‌کنی اجل و مهر را تعیین کن، و عدم ارث را هم که از ارکان عقد موقت و از ویژگی‌ها و خصوصیات آن است ذکر کن

ولی به صورت شرط ضمن العقد نیست بلکه بیان خصوصیات و ویژگی‌های عقد موقت است.

... عن ثعلبة

(اگر «ثعلبة الميمون» باشد ثقه است ولی ثعلبة مجهول هم متعدد داریم و سند تا ثعلبه خوب است و اگر وضع او روشن شود روایت

صحیحه است) قال: تقول:

أترّوجك متعة على كتاب الله و سنّة نبيه نكاحاً غير سفاح و على أن لا ترثيني و لا

(۱) ح ۲ باب ۲۰ از ابواب متعه.

(۲) ح ۵، باب ۲۳ از ابواب متعه.

(۳) ح ۱، باب ۴۳ از ابواب متعه.

(۴) ح ۱، باب ۴۰، از ابواب متعه.

(۵) ح ۲، باب ۳۵ از ابواب مقدمات نکاح.

(۶) ح ۳، باب ۳۵ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۶۸

أرثک کذا و کذا يوماً بکذا و کذا درهماً و علی أن علیک العده

عده از شرایط نیست و چه شرط کنند و چه نکنند اگر دخولی حاصل شود عده دارد. «۱»

...* عن أبي بصير قال: لا بد من أن يقول

(اگر شرط ضمن العقد باشد «باید» معنا ندارد و در اختیار طرفین است که اگر خواستند شرط می کنند و اگر نخواستند شرط نمی کنند)

فيه هذه الشروط:

□
أترّوجک متعه کذا و کذا يوماً بکذا و کذا درهماً نکاحاً غیر سفاح علی کتاب الله و سنه نبيه و علی أن لا ترثینی و لا أرثک و علی أن تعتدی خمساً و اربعین يوماً

(پس ارث از احکام است و به شرط طرفین نیست و شاهد آن این است که بعد از این عده را ذکر می کند که از لوازم لا- ینفک

است پس عدم ارث هم از لوازم لا ینفک است چه شرط کنند و چه شرط نکنند «...» ۲»

...* عن الأحول قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام قلت: ما أدنی ما یتزوج الرجل به المتعه

(کمترین مهریه چقدر است؟)

□
قال: کف من برّ، يقول لها: زوّجینی نفسک متعه علی کتاب الله و سنه نبيه نکاحاً غیر سفاح علی أن لا أرثک و لا ترثینی و لا أطلب ولدک

(عزل می کند، نه این که اگر بچه ای متولد شد مال زن است)

إلی أجل مسمی

(امام می فرماید باید این را بگویند در حالی که اگر شرط ضمن العقد باشد، اگر خواستند می گویند و اگر نخواستند نمی گویند پس

جزء ارکان است «...» ۳»

(...* روایت دو سند دارد که در یک سند سهل بن زیاد است)

□
عن أبان بن تغلب قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول إذا خلوت بها؟ قال: تقول: أترّوجک متعه علی کتاب الله و سنه نبيه

لا وارثه و لا مورثه کذا و کذا يوماً و إن شئت کذا و کذا سنه بکذا و کذا درهماً و تسمی من الأجر. «۴»

این روایت دلالت می کند که یکی از احکام لا ینفک متعه عدم ارث است و در جایی که طرف مقابل جاهل به این حکم است لازم

است ذکر شود و از این که امام این را در کنار عده و عزل ذکر کرده معلوم می شود که از لوازم لا- ینفک است و از شروط

نمی باشد.

در اجاره ارث نیست بلکه عمل در مقابل مبلغی است پس این روایات هم می تواند دلیل دیگری باشد. ما معتقدیم که تعبیر به مستأجرات تشبیه مجازی است نه این که واقعاً مستأجرات باشد کما این که عقد دائم را به بیع تشبیه کرده اند مثلاً تعبیر «یشتريها بأعلى الثمن» در باب جواز نظر به منظور نکاح، کراً استفاده شده و نکاح دائم به بیع تشبیه شده است، پس این تشبیهات دلیل بر چیزی نمی شود.

[قول دوم قول به تفصیل (در صورت اشتراط ارث ثابت است و در صورت عدم اشتراط ارث ثابت نیست)]

[دلیل: روایات]

اشاره

طایفه چهارم: روایاتی که تفصیل می دهد (قول دوم)

روایاتی که دلالت می کند بر این که در صورت اشتراط، ارث ثابت است و در صورت عدم اشتراط ارث ثابت نیست.

...* عن أحمد بن محمد بن أبي نصر

[بزنطی] (سند معتبر است)

عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: تزويج المتعة نكاح بميراث و نكاح بغير ميراث إن اشترطت كان و إن لم تشرط لم يكن. «۵»
سند و دلالت روایت روشن است.

...* عن محمد بن مسلم

(ظاهراً معتبر است)

قال سألت أبا عبد الله عليه السلام كم المهر؟

(مهر در عقد متعه چقدر باشد)

«...إلى أن قال» و إن اشترط الميراث فهما على شرطهما

(با صراحت می فرماید اگر شرط میراث کنند ارث می برند) «۶».

چگونه بین این روایات و روایات سابق جمع کنیم؟

۵۰ ادامه مسأله ۱۵ ... ۱۶ / ۱۰ / ۸۲

جمع بین روایات متعارض:

اشاره

بین این دو روایت و آن دو طایفه عظیم از روایات قول اول چگونه می توان جمع کرد؟ مشکل عمده مسأله در اینجا است.

ما ابتدا این دو روایت را منهای تعارض، جمع و ترجیح مورد بررسی قرار می دهیم و روشن می شود که این دو روایت فی حد نفسه مشکل دارند:

۱- این دو روایت معرض عنهای اصحاب است و مشهور به این دو روایت عمل نکرده اند و اعراض مشهور علی رغم صحّت، سند هر دو را از کار می اندازد.

۲- مشتمل بر چیزی است که خلاف قواعد فقه است و آن ثبوت میراث به سبب شرط ضمن عقد است که چنین چیزی در فقه نیست چرا که میراث حکم الهی است که تابع سبب یا نسب است که بین وارث و مورث وجود دارد؛ به عنوان مثال اگر کسی خانه‌ای را بفروشد و شرط ارث کند صحیح نیست و کسی از علما قائل به جواز آن نشده است، پس ارث چیزی نیست که با شرط درست شود بلکه یک حکم الهی است به طوری که نه

(۱) ح ۲، باب ۱۸، از ابواب متعه.

(۲) ح ۴، باب ۱۸، از ابواب متعه.

(۳) ح ۵، باب ۱۸، از ابواب متعه.

(۴) ح ۱، باب ۱۸ از ابواب متعه.

(۵) ح ۱، باب ۳۲، از ابواب متعه.

(۶) ح ۵، باب ۳۲ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۶۹

می‌توان کسی را با شرط ضمن عقد از ارث محروم کرد و نه می‌توان با شرط ضمن عقد کسی را وارث قرارداد.

۳- اگر ما قائل شویم که شرط، ارث را درست می‌کند، باید تابع شرط باشیم، یعنی اگر شرط کنند که زن ارث نبرد باید صحیح باشد و یا شرط کنند که زن یک سوّم و یا بیشتر و یا کمتر ارث ببرد و یا از زمین ارث ببرد باید تابع شرط باشیم و به هر مقدار که شرط کردیم ارث ببرد، آیا قائلین به قول تفصیل به این امر ملتزم می‌شوند؟

اللهم ألما أن یقال؛ طبیعت زوجیت متعه، علّت ناقصه برای ارث است (در عقد دائم علّت تامّه است) و شرط جزء اخیر علّت و تامّه است و علّت ناقصه را تکمیل می‌کند که در این صورت نمی‌توان آن را به بیع و اجاره نقض کرد، چون آنها علّت ناقصه ارث نیستند و همچنین نمی‌توان گفت که بیش از حدّ معین شده در شرع ارث می‌برد.

برای علاج تعارض بین این دو طایفه چند روش متصوّر است:

(الف)

جمع دلالی

آیا در اینجا جمع دلالی ممکن است؟ سه طریق جمع بیان شده است:

۱- روایات قول اول مطلق و روایات قول دوّم مقیّد به شرط است، پس نسبت بین آنها عام و خاصّ مطلق است و جمع بین عام و خاص یک جمع شناخته شده است.

جواب: در اینجا این جمع درست نیست، چون در روایات قول اول روایاتی بود که تصریح می‌کرد، مطلقا ارث نمی‌برند چه شرط کنند و چه شرط نکنند، علاوه بر این روایاتی که می‌گفت حدّ متعه و طبیعت متعه این است که همان گونه که عدّه دارد ارث هم ندارد و می‌فرمود موقع صیغه خواندن بگو ارث ندارد، معنایش این است که راهی برای ارث نیست پس متباینین هستند، نه مطلق و مقیّد.

۲- بعضی می‌گویند «اشترط» که در روایات قول اول وجود دارد با «اشترط» که در روایات قول دوّم وجود دارد متفاوت است، روایات قول اول می‌گوید اگر شرط کنید منظور شرط عدم است، یعنی چه شرط کنی و چه نکنی ارث نمی‌بری، به این معنا که چه شرط عدم کنی و چه شرط عدم نکنی ارث نمی‌بری ولی روایات قول دوّم می‌فرماید اگر شرط وجود کردند ارث می‌برند، یعنی در

یکجا شرط عدم ارث و در جای دیگر شرط ارث است.

جواب: این جمع هم باطل و تکلف دار است و هر دو مثل هم هستند و «اشترط» یعنی اشترط الارث.

۳- منظور از شرط در روایات قول دوّم، وصیّت است، یعنی اگر وصیّت کنی برای این زن که به او ارثی بدهند قبول است و چون ارث زن هم یک هشتم یا یک چهارم است و وصیّت میت هم در ثلث نافذ است، پس روایات با هم هماهنگ است و شرط، به وصیّت هم اطلاق می شود، بنابراین به قرینه روایات سابق این دو روایت را بر وصیّت حمل می کنیم.

از بین این طرق جمع، بهترین جمع دلالتی همین است.

سَلْمَنًا؛ که جمع دلالتی را نپذیریم و ما باشیم و مرجّحات باید بگوئیم روایات قول اوّل هم شهرت دلالتی دارد و هم شهرت فتوایی ولی روایات قول دوّم موافق کتاب الله است (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ) که از واجکم عام است.

ما می گوئیم روایات قول به تفصیل مطابق کتاب الله نیست، چون کتاب الله می فرماید که همسران ارث می برند ولی نه با شرط در حالی که روایات می فرمود با شرط، ارث می برند، پس موافق کتاب الله نیست.

حال به فرض که این روایات (قول به تفصیل) موافق کتاب الله باشد کدام یک از دو مرجّح مقدّم است؟

در روایات مرجّحات، امام ابتدا شهرت را به عنوان مرجّح ذکر فرموده (خذ بما اشتهر) پس قول اوّل مقدّم است و قول به تفصیل ضعیف است و نیازی به احتیاط نیست و احتیاطی که در کلام مرحوم امام (ره) آمده، ظاهرش احتیاط واجب است، ولی ما می گوئیم احتیاط مستحب است.

۵۱ ... ۱۷ / ۱۰ / ۸۲

در این جلسه حضرت استاد پس از بیان حدیث اخلاقی با توجه به نزدیکی ایام حج مسائل مهمی را پیرامون حج مطرح کردند که به جهت عدم ارتباط با بحث نکاح از ذکر آن صرف نظر می کنیم.

۵۲ ادامه مسأله ۱۵ ... ۲۰ / ۱۰ / ۸۲

بحث در مسأله پانزدهم از مسائل نکاح موقت در توارث بین زوجین بود و چهار قول در مسأله بیان شد. قول مشهور عدم

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۷۰

توارث بود مطلقا (اگر شرط ارث هم کنند فایده ای ندارد) و قول دوّم این بود که اگر شرط کنند ارث می برند و اگر شرط نکنند ارث نمی برند که ادله این قول و ضعف آن بیان شد.

قول سوّم: مطلقا ارث می برند مگر این که شرط عدم ارث کند (به عکس قول دوّم)

اشاره

دلیل:

دلیل این قول یک روایت است:

... عن محمد بن مسلم

(سند حدیث معتبر است ولی دو نفر از راویان حدیث از فطحیه هستند بر این اساس حدیث موثقه است)

قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول في الرجل يتزوج المرأة متعة أنها يتوارثان إذا لم يشترطا

(مسلم مراد شرط عدم است چون شرط وجود معنا ندارد که در این صورت معنای روایت این است که ارث می برند و اگر شرط

وجود ارث کنند، ارث نمی‌برند که این بی معنی است)

و إنما الشرط بعد النکاح. «۱»

این ذیل مبهم است آیا به این معنا است که شرط عدم، باید بعد از نکاح باشد و ضمن العقد جایز نیست؟ این را کسی نمی‌گوید چون همه می‌گویند باید شرط، ضمن العقد باشد و شرط ابتدایی جایز نیست، پس ذیل روایت مبهم است. البته احتمال دارد که بعد را به معنای «حین» بگیریم و یا این که بگوییم معنای ذیل را نمی‌فهمیم ولی دلالت صدر حدیث خوب است و دلالت بر مدعا دارد و ابهام ذیل مشکلی در صدر ایجاد نمی‌کند زیرا اگر ذیل بر حکمی خلاف صدر دلالت می‌کرد، صدر روایت را از کار می‌انداخت.

جواب: از دلیل این روایت از چند جهت دارای اشکال است:

اشکال اول: ارث حکم الله است اگر باشد، با شرط نمی‌توان آن را ساقط کرد همان گونه که در عقد دائم نمی‌توان حکم الله را ساقط کرد و لذا بعضی این روایت را توجیه کرده و گفته‌اند مراد از شرط، اجل است به این معنا که «اذا لم یشرط» یعنی اگر ذکر اجل نکنند، متعه به دائم تبدیل می‌شود و در عقد دائم هم ارث ثابت است که ما این مطلب را در جای خودش نپذیرفتیم. اشکال دوم: این روایت معرض عنهای اصحاب است و به آن فتوا نداده‌اند و در مقام معارضه در مقابل روایات متعدّد سابق (قول اول) نمی‌تواند مقاومت کند.

قول چهارم: مطلقا ارث ثابت است (مانند عقد دائم)

اشاره

همان گونه که در عقد دائم مطلقا ارث ثابت است در اینجا هم ثابت است. این قول منسوب به ابن براج است.

دلیل:

دلیل این قول ظاهر کتاب الله است

«وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أزْوَاجُكُمْ... وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ» «۲» که مخاطب ازواج هستند چه زوج و چه زوجه و ازواج مفهوم عامی دارد و عقد دائم و موقت را شامل می‌شود.

جواب: از دلیل اطلاق آیات به روایات طایفه اول و دوم که می‌گفت زوجه موقت از شوهر و به عکس ارث نمی‌برند مقید می‌شود. البته عدم ثبوت ارث در متعه تعجیبی ندارد و مواردی داریم که اطلاق آیات ارث تقیید زده شده است، مثلا کافر از مسلمان و یا قاتل ارث نمی‌برد.

در اینجا روایتی وجود دارد که مرحوم محدث نوری نقل کرده است که احتمال دارد دلالتی بر قول ابن براج داشته باشد، البته روایت از نظر سند مشکلاتی دارد.

...* عن عمر بن فرات

(ضعیف و متهم به غلو است اگر چه مامقانی در رجالش او را توثیق می‌کند ولی علامه تستری جواب داده و او را تضعیف می‌کند)

عن محمد بن الفضل، عن مفضل بن عمر

(محل بحث است)

عن الصادق علیه السلام فی حدیث طویل قال: قلت یا مولای فما المتعة؟ قال: المتعة حلال طلق و الشاهد بها قول الله جل ثناؤه فی النساء المزوجات بالولی و الشهود «وَلَا جُنَاحَ عَلَیْكُمْ فِیْمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِی أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذُكْرُوهُنَّ»

وَلَكِنْ لَا تَوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا» ای مشهوداً

(در فکر این باشید که بعداً با ولی و شهود ازدواج کنید تا اینجا این آیه ارتباطی به متعه ندارد و احدی از علمای اسلام به این آیه بر نکاح موقت استدلال نکرده‌اند پس ارتباط روایت، به بحث متعه مبهم است)

و القول المعروف هو المشهور بالولی و الشهود و إنما احتیج الی الولی و الشهود فی النکاح لیثبت النسل و یصح النسب و یستحق المیراث «... ۳»

ذیل حدیث می‌فرماید مطلقاً میراث ثابت است، ولی با توجه به این که هیچ رابطه‌ای بین حدیث و آیه ضمن آن نیست، پس روایت به درد استدلال نمی‌خورد.

علاوه بر اشکالات یاد شده استدلال به آیه و روایت فوق اشکالات دیگری هم دارد:

۱- متعه غالباً پنهانی انجام می‌شود و ولی و شهود ندارد.

(۱) ح ۲، باب ۳۲، از ابواب متعه.

(۲) آیه ۱۲، سوره نساء.

(۳) مستدرک، ج ۱۴، ح ۱، باب ۳۲، از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۷۱

۲- ولی را در عقد لازم می‌دانیم اما شهود را در عقد دائم لازم نمی‌دانیم بلکه شهود در طلاق واجب است.

پس با توجه به این اشکالات استدلال به این روایت مشکل است، علاوه بر این سند روایت هم دارای اشکالاتی است، پس این روایت قول ابن بزاج را ثابت نمی‌کند.

مرحوم علامه مجلسی در ذیل روایت مفضل بن عمر عبارتی دارد و می‌فرماید:

وقتی می‌خواهی انشای عقد موقت کنی ذکر اجل و مهر کن

ثم یقول

(مجری انشاء)

لها

(به زوجه)

علی أن لا ترثینی و لا أرثک و علی أن الماء لی أضعه منک حیث أشاء و علیک الاستبراء خمسۀ و أربعین یوماً أو محیضاً واحداً

(سه حکم بیان می‌کند)

فإذا قالت:

نعم أعدت القول ثانیة

(پس این که علما در هنگام اجرای صیغه چند بار صیغه عقد را می‌خوانند ریشه روایی هم دارد)

و عقدت النکاح

(عقد نکاح تمام می‌شود). «۱»

از این ذیل استفاده می‌شود که ارث از احکام لا ینفک است و قابل اشتراط نیست. صدر روایت می‌فرمود هر دو ارث می‌برند ولی ذیل صریح است که ارث نمی‌برند، از اینجا معلوم می‌شود که در صدر حدیث خطا و اشتباهی رخ داده است و استدلال به آیه هم با آن تناسب ندارد، پس صدر روایت ابهام دارد و آنچه که روشن است ذیل حدیث است که آن هم با مشهور موافق است.

بقی هنا شیء: دلیل عقلی بر عدم ثبوت ارث در متعه

ارث بردن در اسلام اسباب منطقی دارد. ارث اقربا به جهت صله و ارتباط بین آنهاست و اولی الارحام اولویت عقلی دارند چرا که ارث یک امر طبیعی است و بچه‌ها از پدر و مادر در صفات ارث می‌برند، حال وقتی در تکوین چنین است تشریح هم با آن هماهنگ است، چون تکوین و تشریح از خداوند است و فعل الله باید با هم هم آهنگ باشد.

چرا در زوجین ارث ثابت است؟

درست است که اقربا نیستند ولی شریک زندگی هم هستند، پس توارث هست. اگر فلسفه ارث در نکاح دائم این باشد این فلسفه در ازدواج موقت غالباً نیست، چون غالباً در ازدواج موقت شریک زندگی هم نیستند.

البته این دلیل استحسان ظنی است ولی یک اعتبار منطقی قابل قبول و به عنوان مؤید خوب است.

۵۳ مسأله ۱۶ (العدۃ فی المتعه ...) ۸۲ / ۱۰ / ۲۱

[مسأله ۱۶: لو انقضی أجلها أو وهب مدتها قبل الدخول]

اشاره

مسأله ۱۶: لو انقضی أجلها أو وهب مدتها قبل الدخول فلا عدۃ علیها (صورت اول)

و إن كان بعده (دخول)

و لم تکن غیر بالغۃ (مگر دخول به غیر بالغ جایز است؟ حرام است اما مرتکب شده ولی عدۃ ندارد)

و لا یائسۃ فعلیها العدۃ (صورت دوم)

و هی علی الأشهر الأظهر حیضتان و إن كانت فی سنّ من حیض و لا حیض فعدتها خمسۃ و أربعون يوماً و الظاهر اعتبار حیضتین تامتین (اگر زن در پایان مدت متعه، حائض باشد عدۃ شروع می‌شود، چون طلاق نیست که در حال حیض باطل باشد چرا که طلاق

باید در طهر غیر مواقع باشد منتها این حیض کافی نیست و باید دو حیض کامل دیگر ببیند)

فلو انقضی الأجل أو وهب المدۃ فی اثناء الحیض لم یحسب (این نصف حیض را حساب نمی‌کنند)

تلك الحیضۃ منها (عدۃ)

بل لا بدّ من حیضتین تامتین بعد ذلك هذا فیما اذا كانت حائلاً (باردار نباشد)

و لو كانت حاملاً فعدتها الی أن تضع حملها كالمطلقة علی إشکال (کار عدۃ زن حامله در عقد موقت از زن عقدی و دائم مشکل تر

است چون عدۃ زن دائم تا زمان وضع حمل است ولی در اینجا می‌خواهند ابعاد الاجلین را قرار دهند یعنی هم وضع حمل لازم است

و هم آن عدۃ‌ای که غیر حامل داشته است)

فالأحوط مراعات أبعاد الأجلین من وضع الحمل و من انقضاء خمسۃ و اربعین أو حیضتین و اما عدتها من الوفاء فاربعة أشهر و عشرۃ

ایام (عدۃ وفات در عقد دائم و متعه یکی است)

إن كانت حائلاً و أبعاد الأجلین منها و من وضع حملها إن كانت حاملاً كالدائمة.

نکته: اگر با وسایل امروزی معلوم شود که زن باردار نیست آیا باز هم باید عدۃ نگه دارد؟ علاوه بر این ساختمان جسمانی امه و حرۃ

فرقی ندارد، چرا میزان عدۃ در آنها متفاوت است؟

مسأله عدۃ فقط برای انعقاد نطفه نیست، بلکه یک فلسفه آن انعقاد است و فلسفه دیگر آن حریم زوجیت است تا این که زن هر روز

با یکی نباشد و لذا اگر شوهر دو سال هم در سفر باشد و زن خود را بعد از آن طلاق دهد باید عده نگه دارد و از آنجا که احرار نسبت به ائمه احترام بیشتری دارند به همان اندازه حریم زوجیت در آنها بیشتر است. علاوه بر این نظر کارشناسان خیلی قابل اعتماد نیست و نتایج آزمایش‌ها مختلف می‌شود.

عنوان مسأله:

اشاره

عبارت مرحوم امام در این مسأله در مورد عده است که بر سه محور دور می‌زند:

(۱) بحار، ج ۱۰۰، ص ۳۰۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۷۲

الف) عدم دخول:

جایی که مدخول بها نیست اجماع قائم است که عده ندارد و بهتر از اجماع، آیه ۴۹ سوره احزاب است که می‌فرماید در عقد دائم اگر مدخول بها نباشد عده ندارد پس در عقد موقت به طریق اولی عده ندارد. ذیل آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ» یک پیام اخلاقی دارد: فَمَتَّعُوهُنَّ (هدیه دهید) سَيَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا، وقتی طلاق می‌دهید به وضع خوبی از هم جدا شوید و جدایی هم باید با محبت باشد. وجه اولویت این است که غالباً ولدی در عقد متعه حاصل نمی‌شود و غالباً عزل می‌کنند حال که پای بچه در میان نیست به طریق اولی عده ندارد.

ب) دخول:

اجماعی است که مدخول بها عده دارد و اصل عده مسلم است، ولی مقدار آن محل نزاع است بلکه ضروری است و احدی نمی‌گوید که اسلام اجازه تداخل می‌دهد، پس مسأله عده در اینجا از مسلمات است و روایات متعدّد هم بر این معنا دلالت دارد. «۱» وقتی روایات چگونگی عقد را بیان می‌کرد عده را به عنوان احکام مسلم عده را در ضمن ذکر می‌کرد.

ج) مقدار عده:

اشاره

اقوال در آن متعدّد است، بعضی حیضتان، بعضی حیضه و نصف و بعضی حیضه واحده و بعضی طهران گفته‌اند. آنچه که مهم است بحث از مقدار عده است که چهار صورت دارد:

۱- تحیض در سن من حیض.

۲- من لا تحیض در سن من حیض.

۳- حامله است.

۴- متوفی عنها زوجها.

صورت اول: که در سن من حیض است و باردار هم نیست.

أقوال:

اشاره

مرحوم صاحب ریاض می فرماید:

و قد اختلف فی مقدارها بعد الاتفاق ظاهراً علی اتحادهما (عدّه) فیهما (امه و عقد موقت) هنا علی أقوال اربعة: منها ما أشار (مرحوم محقق) الیه بقوله: فالعدّه من انقضاء الأجل أو هبته دون الوفاء حیضان کاملتان علی الأشهر، ... خلافاً للعمّانی (ابن ابی عقیل) فحیضه، ... و للمقنع (مرحوم صدوق) فحیضه و نصف و للمفید و الحلّی (ابن ادريس) و المختلف (علّامه) فقرأ ان آی طهران ... فاذا المصیر الی القول الاوّل (حیضان) أقوی. «۲»

۵۴ ادامه مسأله ۱۶ ... ۲۲ / ۱۰ / ۸۲

قول اول: حیضان

اشاره

مشهور مقدار عدّه را دو حیض می دانند.

دلیل: روایات

سند بعضی از روایات معتبر و بعضی ضعیف است که با ضمیمه آنها به هم برای استدلال کافی است.

...* عن علی بن ابراهیم، عن ابيه

(ابراهیم بن هاشم)

□
عن ابن ابی عمیر، عن عمر بن اذینه، عن اسماعیل بن الفضل الهاشمی قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المتعه فقال: الق (ملاقات کن)

عبد الملك بن جریح فسله عنها فانّ عنده منها علما فلقیته فأملی علی شیئاً كثيراً فی استحلالها ... و عدتها حیضان و إن كانت لا تحیض فخمسة و أربعون يوماً قال: فأتیت بالکتاب أبا عبد الله علیه السلام فقال: صدق و أقر به، (دلالت حدیث تا اینجا خوب است ولی ذیل آن ابهام دارد)

قال ابن اذینه: و كان زراره يقول هذا و يحلف أنه الحق ألما أنه كان يقول إن كانت تحیض فحیضه و إن كانت لا تحیض فشهرو نصف. «۳»

زراره چگونه این را حق می داند و بعد ضد آن را می گوید و اگر امام صادق علیه السلام این کلام را پذیرفت زراره چگونه با آن مخالفت می کند؟

دو جواب می‌توان داد:

۱- عقیده زرارۀ این بوده است که حیضتان مستحب است و حیضۀ واحده واجب است.

۲- زرارۀ باور نکرده است که امام صادق علیه السلام این را حق دانسته باشد و لذا استثنا زده است.

با این دو توجیه، دلالت روایت درست می‌شود، سند آن هم خوب است.

عبد الملک بن جریح کیست که امام علیه السلام به او ارجاع می‌دهد؟

در کتب عامۀ نام او «عبد الملک بن جریح» است که او را خیلی هم مذمت کرده‌اند. مرحوم آقای خویی در معجم رجال، عبد الملک بن جریح را به این نام مطرح کرده و در تمام کتب

(۱) ح ۲ و ۴ و ۶ باب ۱۸ از ابواب متعه.

(۲) ج ۷، ص ۳۱.

(۳) ح ۸، باب ۴، از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۷۳

رجال هم جریح است، در کتب فقهی و روایی هم جریح است.

بعضی معتقدند که او شیعه است ولی در کتب رجال، معروف است که عبد الملک از علمای عامۀ بود ولی تمایلی به اهل بیت داشت؛ متعه را حلال می‌دانست و مسائل زیادی در مورد متعه از امام صادق علیه السلام پرسیده بود و اطلاعات زیادی داشت و چون شنیدن مسائل متعه از غیر شیعه بهتر و اوفق بالتقیه است، امام به او ارجاع می‌دادند. این حدیث دلیل بر وثاقت اوست چون امام علیه السلام به او ارجاع می‌دهند. و همین امر باعث شده که عامۀ او را مذمت کنند.

روایت عمده در این مسأله صحیحۀ اسماعیل بن فضل هاشمی است که فردی ثقه و از بزرگان اهل بیت علیهم السلام است، ولی مرحوم علامۀ مجلسی «۱» این حدیث را نقل کرده و به جای «حیضتان»، «حیضۀ» می‌گوید که در این صورت مهمترین دلیل قول اول از کار می‌افتد.

تصوّر ما این است که نسخه بحار غلط است، چون با ذیل روایت سازگار نیست، زیرا ذیل روایت می‌گفت: زرارۀ همه را قبول داشت و فقط حیضتان را قبول نداشت و این دلالت دارد که در صدر روایت «حیضتان» بوده است، علاوه بر این همه علما به این روایت استدلال کرده‌اند و کسی اختلاف نسخ را نقل نکرده، پس نسخه بحار اشتباه و روایت قابل قبول است و به ضمیمۀ دو روایت دیگر دلیل بر قول اول است.

... العیاشی فی تفسیره

(مرسله است)

عن أبی بصیر عن أبی جعفر علیه السلام فی المتعه قال: نزلت هذه الآیة «فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً...» و لا یحل لغيرك حتّی تنقضی عدّتها و عدّتها حیضتان. «۲»

دلالت حدیث خوب است ولی مرسله است و به عنوان مؤید خوب است.

... عن أبی الحسن علیه السلام قال: طلاق الأُمّة تطليقتان و عدّتها حیضتان فإن كانت قد قعدت عن المحیض

(لا تحيض فی سن من تحيض)

فعدّتها شهر و نصف. «۳»

این حدیث را که در مورد إماء است، به حدیث ۲ باب ۵۲ از ابواب عدّد ضمیمه می‌کنیم و از مجموع این دو حدیث حکم متعه

استفاده می شود؛ به این بیان که این حدیث می گوید متعه و اماء یکسان هستند حال وقتی در اماء چنین است در متعه هم همین است.

* و قد تقدّم حدیث زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: عدّة المطلقة ثلاثة أشهر و الأمّة المطلقة عليها نصف ما على الحرّة و كذلك المتعة عليها مثل ما على الأمّة. «۴»

و لکن اشکال مهمّی در اینجا وجود دارد و آن این که در این دو حدیث صحبت حیضه واحده نبود، بلکه صحبت در این بود که امه چهل و پنج روز عدّه دارد در حالی که ما در حیضه واحده بحث داشتیم.

صاحب جواهر این اشکال را مطرح می کند که اگر این دو روایت را به هم ضمیمه کنیم اشکال را حل نمی کند.

و لیکن می توان از این استدلال دفاع کرد به این بیان که جدا کردن ۴۵ روز از حیضتان کار مشکلی است، به عبارت دیگر عدّه امه و متعه مثل هم است نه این که فقط در عدّه چهل و پنج روز آن ها مثل هم باشند چون اینها مستأجرات هستند، ولی وقتی در اماء مدّت عدّه را چهل و پنج روز گفتیم باید بقیه را هم بپذیریم یعنی وقتی حیضتان گفت آن هم ثابت است. پس نمی توان طلاق را از عدّه متعه جدا کرد و این دو روایت عدّه آنها را مثل هم می داند هم در چهل و پنج روز و هم در حیضتان. پس از روایت دوّم مشابهت و از روایت اوّل عدد را می فهمیم.

جمع بندی: این روایات بعضی مشکل دارد و بعضی بدون اشکال است ولی من حیث المجموع برای اثبات «حیضتان» کافی است.

۵۵ ادامه مسأله ۱۶ ... ۲۳ / ۱۰ / ۸۲

قول دوّم: حیضه واحده

اشاره

قول دوّم حیضه واحده را به عنوان عدّه کافی می داند.

دلیل: روایات

اشاره

روایات متعدّد است؛ بعضی صحیح السند و بعضی ضعیف است ولی متضافر هستند که ضمیمه آنها به هم برای استدلال کافی است.

... عن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام إنه قال: إن كانت تحيض فحیضه واحده و إن كانت لا تحيض فشهراً و نصف. «۵»

ضمیر کانت در روایت به چه بر می گردد؟ صحبت از متعه نیست ولی مرحوم شیخ در تهذیب نسخه ای دارد که صدری

(۱) بحار، ج ۱۰۰، ص ۳۱۷.

(۲) ح ۶، باب ۲۳ از ابواب متعه.

(۳) وسائل، ج ۱۵، ح ۵، باب ۴۰ از ابواب عدد.

(۴) ح ۲، باب ۵۳ از ابواب عدد.

(۵) ح ۱، باب ۲۲ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۷۴

برای این روایت ذکر کرده و می فرماید:

«عدّه المتعه ان کانت تحيض ... که از این صدر استفاده می شود روایت در مورد متعه است.»

... عن جميل بن صالح عن عبد الله بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث المتعة قال: قلت: فكم عدتها؟ فقال: خمسة و أربعون يوماً أو حيضةً مستقيمةً (ای کامله) «۱» □

... عن عبد الله بن جعفر في قرب الاسناد عن أحمد بن محمد بن عيسى (اگر عبد الله بن جعفر با واسطه از احمد بن محمد بن عيسى نقل کرده باشد واسطه‌های قرب الاسناد دارای اشکال است، ولی اگر واسطه نباشد، مشکل ندارد.)
عن أحمد بن محمد بن أبي نصر (بزنطی)

عن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: قال أبو جعفر عليه السلام : عدّة المتعة حيضةً و قال: خمسة و أربعون يوماً لبعض أصحابه. «۲»
... عن أبي بصير قال:

(از چه کسی نقل می‌کند؟ حدیث مقطوعه است، ولی مقام ابو بصیر ایجاب می‌کند که از غیر امام نقل نکند)
لا بدّ من أن يقول فيه

(از قرینه بعد معلوم می‌شود که نکاح موقت است)
هذه الشروط: أتزوجك متعة كذا و كذا يوماً ... و على أن تعتدي خمسة و أربعين يوماً و قال بعضهم: حيضة. «۳»
چه کسی «حيضة» را می‌گوید، ابو بصیر یا راویان این حدیث و یا کلینی که حدیث را در کافی نقل می‌کند؟ پس ذیل حدیث، حدیث را مرسله می‌کند چون «قال بعضهم» می‌گوید، بنابراین ما این روایت را به عنوان یک حدیث مرسل می‌پذیریم.
روایت دیگر ذیل روایت اسماعیل بن فضل هاشمی است که زراره «حيضة» می‌فرمود که این روایت با روایت اول سازگار است و شاید همان روایت باشد.

دو روایت دیگر هم در مستدرک وجود دارد.

... عن الفضل بن عمر، عن الصادق عليه السلام ... و عليك الاستبراء (عدّه)

خمسة و أربعون يوماً (ظاهراً در مقام انشای عقد متعه است)

أو محيضاً واحداً. «۴» □

... سمعت جابر بن عبد الله يقول: استمتعتنا أصحاب النبي صلى الله عليه و آله حتى نهى عمر في شأن عمرو بن حريث ... قال: و سأله بعضنا: كم تعتد؟ قال: حيضة واحدة «... ۵»

تا اینجا هفت روایت نقل کردیم که مجموع این روایات با مشکلاتی که بعضی از روایات داشت از روایات قول اول بهتر است.
روایت هشتمی هم صاحب حدائق نقل کرده و تصوّر فرموده که دلالت دارد ولی ما معتقدیم دلالت ندارد:

... عن محمد بن عبد الله بن جعفر الحميري عن صاحب الزمان عليه السلام أنه كتب اليه في رجل تزوج امرأة بشيء معلوم الي وقت معلوم ...

(زن در حال عدّه است یا مدّتش تمام شده یا باقی مانده مدّت را بخشیده است)

أيجوز يتزوجها رجل آخر بشيء معلوم الي وقت معلوم عند طهرها من هذه الحيضة أو يستقبل بها حيضة أخرى؟ فأجاب عليه السلام

يستقبل بها حیضه غیر تلك الحيضه لأن أقل العده حیضه و طهره تامه. «۶»

صاحب حدائق اصرار دارد که این روایت بر قول دوم دلالت دارد ولی در واقع بر قول سوم دلالت دارد چون طهر تام به حیض حاصل می‌شود پس یک حیض داشته و اگر بخواهد یک طهر تام داشته باشد، باید دوباره حیض شود پس یک حیض کامل و یک حیض ناقص است و که همان قول سوم است.

۵۶ ادامه مسأله ۱۶ ... ۲۴ / ۱۰ / ۸۲

جمع بین روایات:

اشاره

چند طریق جمع در اینجا بیان شده است:

۱- جمع مرحوم علامه مجلسی:

علامه مجلسی در حاشیه تهذیب و صاحب ریاض در ریاض این جمع را ذکر کرده‌اند که ما آن را از حدائق نقل می‌کنیم.

خلاصه جمع چنین است:

«حیضتان» را حمل بر استحباب و «حیضه» را حمل بر وجوب کنیم که این جمع در فقه نظیر زیادی دارد و جمع تبرّعی هم نیست و شاهد دارد و همان حمل ظاهر بر نص است؛ به این بیان که حیضه واحده نص است و آن که حیضتان را می‌گوید احتمال وجوب و استحباب دارد، پس ظهور در وجوب دارد و ظاهر را حمل بر نص می‌کنیم پس «حیضه» واجب است.

۲- جمع صاحب حدائق:

ما سراغ جمع نمی‌رویم بلکه سراغ مرجّحات می‌رویم و یکی از مرجّحات احتیاط است و چون حیضتان موافق با احتیاط است پس مقدّم است.

(۱) ح ۴، باب ۲۲ از ابواب متعه.

(۲) ح ۶، باب ۲۲ از ابواب متعه.

(۳) ح ۴، باب ۱۸ از ابواب متعه.

(۴) مستدرک، ج ۱۴، ح ۱، باب ۳۲ از ابواب متعه.

(۵). مستدرک، ج ۱۴، ح ۹، باب ۳۲ از ابواب متعه.

(۶) ح ۷، باب ۲۲ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۷۵

جواب: احتیاط جزء مرجّحات نیست البتّه قدما مانند شیخ طوسی طریق احتیاط را جزء مرجّحات می‌شمرده‌اند.

۳- جمع صاحب وسائل:

مرحوم صاحب وسائل می‌فرماید:

و يمكن تخصيص الحيضتين بالحرّة و الحيضة بالأمة. «۱»

جواب: این جمع قابل قبول نیست چون تَبَرّعی است و شاهد ندارد.

از کلام مرحوم صاحب جواهر استفاده می‌شود که روایات طایفه دوّم معرض عنهای اصحاب است:

فعدّتها حیضتان وفاقاً للشیخ و ما بعده... و هو متروک بین الأصحاب. «۲»

۵۷ ادامه مسأله ۱۶ ... ۲۷ / ۱۰ / ۸۲

بعضی حیضتان را به علّت شهرت فتوایی مقدّم و طایفه دوّم را متروک دانستند که دو احتمال دارد:

۱- روایات طایفه دوّم «حیضه واحده» حجّت نیست تا نوبت به تعارض برسد و اینها متروک و معرض عنها هستند.

۲- طایفه دوّم حجّت هستند ولی عند التعارض، مشهور (روایت حیضتان) مقدّم است.

البته هر یک از این دو احتمال که باشد نتیجه یکی است.

قلنا: ما کلام مرحوم علامه مجلسی و صاحب ریاض را ترجیح می‌دهیم که می‌گفت حیضه واحده واجب و حیضتان مستحبّ است که همان حمل ظاهر بر نص است.

قائل شدن به وجوب حیضه واحده یک مشکل مهم دارد و آن این که با چهل و پنج روز- که یکی از دو عدّه است- هماهنگی

ندارد چرا که در این صورت گاهی مدّت عدّه به سه روز هم تقلیل می‌یابد و حدّ اکثر آن هم سی و چند روز می‌شود، به این بیان

که ممکن است وقتی مدّت عقد موقت تمام شد در بین حیضش بوده که این حیض حساب نمی‌شود و حدّ اکثر سی روز هم طهر او

باشد که مجموعاً سی و چند روز می‌شود پس هماهنگی بین حیضتان و چهل و پنج روز بیشتر است، ولی بین حیضه واحده و چهل

و پنج روز اصلاً هماهنگی نیست. این چیزی است که ما را از این جمع عرفی بازداشته و سراغ فتوای مشهور می‌برد.

در مسأله کر هم وجب و وزن سازگار نیست، و همین مسأله موجب اختلاف شده است، پس اگر شارع برای مسأله‌ای دو معیار قائل

شد باید این دو معیار با هم سازگار باشد.

تا اینجا قول حیضتان و حیضه واحده بررسی شد.

قول سوّم: حیضه و نصف

اشاره

این قول از مرحوم صدوق در مقنع نقل شده و دو روایت دارد:

... عن عبد الرحمن بن الحجّاج

(سند معتبر است) □

قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعاً... و إذا انقضت أيامها و هو حيّ فحیضه و نصف مثل ما يجب

على الأمة

(آیا منظور از نصف، نصف مساوی است، یعنی اگر ایام حیض او هفت روز است سه روز نصف آن ملاک است یا ورود در حیض

دوّم کافی است) الحدیث. «۳» □

* أحمد بن علی بن أبی طالب الطبرسی فی (الاحتجاج) عن محمد بن عبد الله بن جعفر الحمیری

(سند خالی از اشکال نیست)

عن صاحب الزمان... لأنّ أقلّ العده حیضه و طهره تامّه «۴».

از این عبارت، حیضه و نصف استفاده می‌شود چون معنای طهره تامّه این است که طهر تمام شود و وارد عادت دوّم شود، پس لازمه

طهره تا مه دخول در عادت بعد است که نتیجه آن حیضه و نصف یعنی شیء من الحيضه الثانية است که هم دلیل بر ما نحن فيه است و هم مفسر روایت اول، که نصف را می‌فرمود، پس معنای نصف دخول در عادت دوم است.

جمع بین طایفه اول و دوم و طایفه سوم:

دو راه جمع متصور است:

- ۱- جمع بین گروه سوم و دو گروه قبل یک جمع دلالتی است به این بیان که می‌گوییم؛ این طوایف درجات استحباب است، یعنی حیضه واحده واجب و حیضه و نصف مستحب و حیضتان اشد استحباب را دارد که شبیه آن را در مسائل فقهی داریم.
- ۲- حیضه و نصف را حمل بر حیضتان کنیم یعنی حیضتان کاملتان نمی‌گوییم، بلکه می‌گوییم یک حیض و ورود در حیض دوم ملاک است که به قرینه این روایات گروه سوم به حیض و ورود در حیضه دوم تفسیر می‌شود البته، به این فرض که کاملتان

(۱) باب ۲۲ از ابواب متعه.

(۲) جواهر، ج ۳۰، ص ۱۹۶.

(۳) ح ۵، باب ۲۲ از ابواب متعه.

(۴) ح ۷، باب ۲۲ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۷۶

را نگوئیم، ولی ما حیضتان کاملتان می‌گوییم، که با حیضه و نصف قابل جمع نیست، در این صورت نوبت به ترجیح می‌رسد که در مقام ترجیح شهرت در طرف حیضتان است.

قول چهارم: طهران

اشاره

این قول از مرحوم مفید است. برای این قول هم دو روایت داریم:

...* عن زرارة

(سند معتبر است)

عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن حرّ تحتة أمه أو عبد تحتة حرّة كم طلاقها

(پس عقد متعه نیست)؟

و كم عدتها؟ قال: السنّة في النساء في الطلاق

(معیار حال زوجه است یعنی اگر حرّه است عدّه حره و اگر امه است عدّه امه نگه می‌دارد)

فإن كانت حرّة فطلاقها ثلاثاً و عدتها ثلاثه أقرأء

(قرء به معنای طهر)

و إن كان حرّ تحتة أمه فطلاقها تطليقتان و عدتها قرء ان

(از روایات سابقه فهمیدیم که در عقد موقت عدّه به منزله امه است). «۱»

روایت دوم را حدائق از علامه در مختلف نقل می‌کند:

و إنّما استدل له في المختلف بما رواه الشيخ عن ليث المرادي

(ابو بصیر)

□

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام كم تعتد الأمة من ماء العبد؟ قال بحيضة

(طلاق باید در طهر باشد بعد حیضه واحده و بعد از اتمام ایام حیض در طهر بعد وارد می‌شود، پس دو طهر ناقص است. در نتیجه

طهران را از تعبیر حیضه در مورد امه استفاده می‌کنیم). «۲»

این روایات در مقابل طایفه اول و دوم شاذ است و ترجیح با قول مشهور است.

فتلخص من جمیع ما ذکرنا که حق با قول حیضتان است.

بقی هنا شیء:

مراد از حیضتان آیا کاملتان است یا نه؟ چهار احتمال داده شده است:

۱- کاملتان

۲- اولی ناقص و دوومی کامل

۳- اولی کامل و دوومی ناقص

۴- هر دو ناقص هم باشد اشکالی ندارد یعنی اگر یک روز به پایان عادت مانده و مدّت تمام شده است، که این یک حیض است و

بعد از طهر وارد حیض بعد شد که این دو حیض است.

و لکن الانصاف؛ روایات ما حیضتان دارد که ظهور در حیضتان کاملتان دارد چون ناقصه، حیضه نیست و مشهور هم به خاطر

وضوح آن متعرض این قید نشده‌اند.

۵۸ ادامه مسأله ۱۶ ... ۲۸ / ۱۰ / ۸۲

صورت دوم: در سنّ من تحيض ولی حیض نمی‌بیند.

اشاره

در این صورت مدّت عدّه او چهل و پنج روز است.

اقوال:

مسأله اجماعی است و مخالفی در آن نیست.

صاحب جواهر می‌فرماید:

اجماعاً بقسمیه. «۳»

دلیل: روایات

اشاره

روایات زیاد (بیش از پانزده روایت) است که چه بسا به حدّ تواتر هم برسد؛ بخشی از روایات در ابواب متعه و بخشی در ابواب عدد

است، قسمتی در مستدرک و قسمتی در بحار «۴» آمده است. بعضی از روایات صحیح و معتبر و بعضی ضعف سند دارد که من

حیث المجموع کافی است. بعضی از روایات تعبیر «خمسه و أربعون يوماً» دارد و بعضی به جای یوم تعبیر «لیله» دارد و بعضی هیچ

یک از این دو تعبیر را ندارد و بعضی از روایات هر دو تعبیر را دارد، برخی دیگر از روایات «شهر و نصف» دارد. اکثر این روایات در مورد متعه است و بعضی در مورد طلاق وارد شده که بالملازمه بر ما نحن فیه دلالت دارد. (ح ۱، ۲، ۳، ۴ و ۶، باب ۲۲، و ح ۱ و ۵ باب ۲۳ ح ۴، باب ۱۸ از ابواب متعه ح ۱ و ۲ باب ۵۲ از ابواب عدد که همه این احادیث به دلالت مطابقی بر ما نحن فیه دلالت دارد، و ح ۲، باب ۴۷ از ابواب عدد به دلالت التزامی دلالت دارد.)

... عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام إنه قال: إن كانت تحيض فحيضه وإن كانت لا تحيض فشهري ونصف. «۵»
 ماه قمری گاهی بیست و نه روز و گاهی سی روز است ولی وقتی گفته می‌شود شهر و یا شهر و نصف معمولاً در مقام محاسبه سی روز است و الا اگر بیست و نه روز را معیار قرار دهیم یک روز را باید نصف کنیم و حال آن که چنین نیست.
 ... عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: قال أبو جعفر عليه السلام: عدّة المتعة خمسة وأربعون يوماً والاحتياط خمسة وأربعون ليلة. «۶»

(۱) ح ۱، باب ۱۲، از ابواب استيفاء العدد.

(۲) حدائق، ج ۲۴، ص ۱۸۷.

(۳) ج ۳۰، ص ۱۹۹.

(۴) ج ۱۰۰.

(۵) ح ۱، باب ۲۲ از ابواب متعه.

(۶) ح ۲، باب ۲۲ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۷۷

«و الاحتياط» کلام امام است یا راوی؟

احتياط در کلام امام بعيد است و احتمال این که از روات باشد وجود دارد چرا که سابقاً برای تفسیر حدیث کلماتی را به روایت می‌افزودند.

... عن ابن بكير، عن زرارة قال: عدّة المتعة خمسة وأربعون يوماً كأنّي أنظر إلى أبي جعفر عليه السلام يعقده بيده خمسة وأربعين (با دستان خود می‌شمرند «...») ۱

... عن محمد بن مسلم في حديث أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة فقال: إن أراد أن يستقبل أمراً جديداً فعل

(شهر اول قصد تمديد دارد)

و ليس عليها العدة منه و عليها من غيره

(اگر با غیر ازدواج می‌کند عده دارد)

خمس و أربعون ليلة. «۲»

این تعبیر با هم متفاوت است و نتیجه آنها هم بالتبع متفاوت است به این بیان که اگر مدت در ابتدای روز تمام شود، از ابتدای روز تا پایان روز چهل و پنجم در واقع چهل و پنج روز و چهل و چهار شب است، مشابه این برنامه در قصد اقامت ده روز هم هست که آیا شب هم داخل است یا نه؟

معمولاً «یوم» به معنای عرفی یوم است، نه به معنای بیست و چهار ساعت، به همین جهت ما به ده روز اکتفا می‌کنیم.

آیا در ما نحن فیه هم می‌توان این را گفت؟

خیر، چون تعبیر مختلف است، بعضی یوم و بعضی یوم و لیل و بعضی شهر و نصف دارد و احتياط این است که به جهت

خصوصیت مقام، چهل و پنج شبانه روز بگوئیم پس احتیاط واجب رعایت چهل و پنج شبانه روز است.

آیا یوم و لیلۀ تلفیقی کافی است؟

مراد از یوم و لیلۀ تلفیقی این است که اگر ساعت دوازده ظهر عقد موقت تمام شود، ما ادامه امروز را تا ساعت دوازده فردا یک روز حساب کنیم و تا آخر به همین کیفیت حساب کنیم تا به ظهر روز چهل و ششم برسیم که چهل و پنج روز تلفیقی است. علی القاعده این کار درست است و لو صاحب جواهر نمی پذیرد، چرا که غالباً اتمام مدت اول طلوع فجر نیست و دلیلی نداریم که نصف روز را حساب نکنیم پس چون همه مصادیق در اینجا تلفیقی است الا شد و ندر پس به صورت تلفیقی حساب می کنیم.

روایت معارض

ظاهراً یک روایت معارض هم در اینجا داریم (روایت اسماعیل بن فضل هاشمی «۳») که خمسۀ و اربعون دارد و مرحوم علامۀ مجلسی در بحار آن را نقل کرده و تعبیر «شهرۀ» دارد ولی سابقاً سند حدیث را نپذیرفتیم پس حدیث معارضی نداریم.

بقی هنا شیء:

افرادی که غیر مستقیمۀ العاده (هر دو ماه یک بار حیض می شوند) و یا مسترابه (حیض به تأخیر می افتد و احتمال بارداری می رود) هستند وظیفۀ اینها چیست، اگر سراغ حیضتان بروند ممکن است شش ماه طول بکشد؟

ظاهر این است که اطلاعات حیضتان برای افرادی است که مستقیمه هستند و ناظر به متعارف است و متعارف این است که در هر ماه حیض ببیند به همین جهت در این موارد به اطلاق روایات خمسۀ و اربعون تمسک می کنیم و شاهد آن هماهنگی بین دو حدّ حیض است که اگر قائل به حیضتان شویم و عدۀ این زن شش ماه طول بکشد، تناسبی با چهل و پنج روز ندارد، به همین جهت در این افراد چهل و پنج روز را قائل می شویم.

۵۹ ادامه مسأله ۱۶ ... ۲۹ / ۱۰ / ۸۲

صورت سوم: زن باردار است.

اشاره

مرحوم امام (ره) در عبارت مسأله شانزدهم فرمودند:

... و لو كانت حاملًا فعدّتها الى أن تضع حملها كالمطلقه على إشكال فلاحوط مراعات أبعده الأجلین (چهل و پنج روز یا وضع حمل).

همان گونه که مطلقه اگر باردار باشد عدۀ اش وضع حمل است در متعه هم چنین است ولی در ادامه «علی اشکال» می فرمایند که ظاهراً مسأله در نظر ایشان دارای اشکال است.

اقوال:

بعضی ادعای اجماع کرده اند. مرحوم سبزواری در مهذب الاحکام ادعای اجماع می کند و صاحب جواهر هم در این مسأله می فرمایند:

بلا خلاف و لا إشکال (یعنی ابعده الاجلین بدون خلاف و اشکال است).

ولی جالب این است که مرحوم محقق در شرایع (متن جواهر) می فرمایند:

(۱) ح ۳، باب ۲۲ از ابواب متعه.

(۲) ح ۱، باب ۲۳ از ابواب متعه.

(۳) ح ۸، باب ۴ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۷۸

أبعد الأجلین علی الاصح که این نشان می‌دهد مسأله اجماعی نیست و صاحب جواهر برای این که کلام خود را توجیه کند می‌فرماید «علی الاصح» برای مطالب ما قبل است در حالی که ظاهر این است که به همین مطالب مربوط است.

تصوّر ما این است که مسأله اجماعی نیست زیرا عدّه زیادی متعرض این مسأله نشده‌اند، پس اجماع در اینجا دل‌گرم‌کننده نیست و ظاهراً فقها به خاطر خوف از اجماع «علی اشکال» گفته‌اند، پس مسأله دارای دو قول است:

۱- مانند مطلقه عدّه‌اش وضع حمل است.

۲- ابعد الاجلین از عدّه (چهل و پنج روز) و وضع حمل.

دلیل: عموم ادله

اشاره

در این مسأله روایت خاصی نداریم و دلیل آن فقط عموم ادله است و یا به تعبیر صاحب جواهر لدلالة العامین، یکی آیه «وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» «... ۱» و دیگری عمومات چهل و پنج روز است که بین این دو را جمع کرده و ابعد الاجلین را می‌گویند.

الف) عموم آیه

«وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ.»
آیا این آیه درباره مطلقات دائمات است یا متعه را هم شامل می‌شود؟ سه ماه در مورد عقد دائم است و عدّه عقد موقت چهل و پنج روز است و بعید است که ذیل آیه در مورد متعه و دائم باشد پس شمول آیه نسبت به موقت بعید است.

ب) عموم روایات:

روایات در باب اولات الاحمال زیاد است که عمدتاً در سه باب از ابواب عمّد نقل شده و در باب نه یازده حدیث، باب ده یک حدیث و باب یازده دو حدیث است که مجموعاً چهارده حدیث است که در همه سخن از مطلقه و در مورد عقد دائم است، پس اولات الاحمال به عقد دائم مربوط است نه متعه.

بعضی حرف عجیبی زده و طلاق را به معنای مطلق جدایی دانسته‌اند که پایان عقد در متعه را هم شامل می‌شود در حالی که در اصطلاح قرآن و روایات، جدایی عقد دائم را طلاق می‌گویند؛ به تعبیر دیگر طلاق به معنای رها کردن است که مربوط به عقد دائم است، ولی عقد موقت فقط پایان مدت است.

بنابراین هر چهارده حدیث مصدر به طلاق است و مطلقات هم در عقد دائم است، پس باید بگوییم فقط روایات چهل و پنج روز باقی می‌ماند چون عمومات اولات احمال برای متعه نیست. حال آیا می‌توان این را ادعا کرد که زن باردار بعد از چهل و پنج روز

عده‌اش تمام شود و بتواند با شوهر جدید ازدواج کند؟

بنابراین بهتر این است که بگوییم عقد موقت بالاتر از عقد دائم نیست و لذا ابعداً الاجلین را نمی‌توان پذیرفت چون در این صورت کار عقد موقت مشکل‌تر از عقد دائم می‌شود، در حالی که عقد موقت هیچ اولویتی ندارد و به عکس است یعنی عقد دائم اولویت دارد و اگر در عقد دائم وضع حمل، پایان عده است در عقد موقت به طریق اولی باید وضع حمل پایان عده باشد و لو کمتر از ۴۵ روز باشد و به همین جهت است که مقدار عده در عقد دائم سه ماه و در موقت چهل و پنج روز است، چون در عقد دائم احتمال تداخل میاه بیشتر است زیرا یطلب منه الولد، و اگر عده برای حریم زوجیت باشد عقد دائم بیشتر حریم دارد. بنابراین ما معتقدیم عمومات اولات الاحمال متعه را شامل نیست و با ضمیمه قیاس اولویت که می‌گوید عقد دائم کارش از عقد موقت مشکل‌تر است ابعداً الاجلین را کنار می‌گذاریم و واهمه‌ای از اجماع نداریم، چون اجماع نیست بلکه عدم خلاف است. توضیح آیه:

آیه دارای پیچ و خم‌های متعدّد است:

منظور از «وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ» چیست؟ اگر منظور یائسه است، آیا یائسه باید سه ماه عده نگه دارد؟ در حالی که کسی این گونه فتوا نداده است.

«إِنْ ارْتَبْتُمْ» به چه معناست؟ سه معنا گفته شده که در تفسیر نمونه ذکر شده است:

۱- ان ارتبتم فی الحمل اگر احتمال دادید که یائسه حامله شده است سه ماه دست نگه دارید که این قول قائل دارد و می‌گویند یائسه در جایی که شک در حمل است باید عده نگه دارد.

۲- مرحوم طبرسی در مجمع البیان می‌گوید اگر در یائسه بودن شک کنید، که این معنا با آیه سازگار نیست، چون در ابتدا و اللائئ یئسن من الماحیض دارد و شک در یائسه بودن نیست.

۳- ان ارتبتم یعنی اگر حکم الله را نمی‌دانند حکمش این

(۱) آیه ۵، سوره طلاق.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۷۹

است (ان ارتبتم فی الحکم).

از بین این احتمالات احتمال اول بهتر است.

«وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ» یعنی چه؟ یعنی هنوز بالغ نشده است و یا لم یحضن و هنّ فی سن من حیض که ظاهراً احتمال دوم مراد است. در مجموع آیه ارتباطی به عقد موقت ندارد و راه عقد موقت تمسک به اولویت است.

۶۰ ادامه مسأله ۱۶ ... ۳۰ / ۱۰ / ۸۲

صورت چهارم: عده وفات

اشاره

این صورت دارای دو قسم است:

۱- زن باردار نیست.

۲- باردار است.

مرحوم امام در ذیل مسأله شانزدهم فرمودند:

و أما عدتها من الوفات فأربعة أشهر و عشرة أيام إن كانت حائلاً و أبعداً الأجلين منها و من وضع حملها إن كانت حاملاً كالدائمة یعنی منقطعاً و دائم در عده و فوات تفاوتی ندارند.

۱- زن باردار نیست:

اقوال:

مرحوم صاحب جواهر، چهار ماه و ده روز را مشهور می داند یعنی مسأله اتفافی نیست و می فرماید:
وفاقاً للمشهور. «۱»

مرحوم صاحب ریاض می فرماید:

أشبههما (مطابق قواعد و عمومات) و أشهرهما (معلوم می شود که قول مقابل هم مشهور است) كما حكاه جماعة من أصحابنا أنها أربعة أشهر و عشرة أيام. «۲»

مرحوم شهید ثانی هم در مسالك تعبیر به اشهر دارد و می فرماید:

و قد اختلف الأصحاب فی مقدار عدتها فالأشهر بينهم ما اختاره المصنف (محقق در شرایع) من أنها تعدد بأربعة أشهر و عشرة أيام. «۳»

افراد مهمی در بین مخالفین هستند و تعبیر به اشهر هم به خاطر همین است که در مقابل افراد بزرگی مانند مرحوم مفید، سید مرتضی، سلار و ابن ابی عقیل قرار دارند.

مرحوم سبزواری با وجود این مخالفتها مسأله را اجماعی می داند. بعضی می گویند شاید ایشان مخالفها را به حساب نیاورده اند، که در جواب باید گفت مخالفهای به این عظمت را نمی توان به حساب نیاورد، پس مسأله اجماعی نیست.

ادله قول مشهور (چهار ماه و ده روز)

اشاره

سه دلیل بر قول مشهور دلالت می کند:

۱- عموم آیه:

آیه «وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا» «۴» اطلاق دارد و شامل زوجه موقت و دائم می شود و در ذیل و صدر آیه دلیلی بر این نیست که آیه مربوط به عقد دائم باشد.

۲- اطلاق روایات:

روایات زیادی داریم که مطلق است:

* عبد الله بن جعفر فی (قرب الاسناد) عن عبد الله بن الحسن عن علی بن جعفر عن اخیه قال: سألته عن المتوفی عنها زوجها كم عدتها؟

قال أربعة أشهر و عشرًا. «۵»

روایت مطلق است و تمام زوجها را شامل می شود.

روایات (۶) زیاد است که بعضی کلمه طلاق دارد ولی روایاتی که کلمه طلاق ندارد عام است و دائم و موقت را شامل می‌شود.

۳- روایات خاصه:

روایاتی که در خصوص متعه وارد شده است: □
 ...* عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعاً ثم يتوفى عنها زوجها هل عليها العدة؟

فقال: تعتد أربعة أشهر و عشرًا

(سند روایت معتبر و دلالت آن تا اینجا خوب است و دلیلی برای قول مشهور است ولی ذیلی دارد که کار حدیث را مشکل می‌کند) فإذا انقضت أيامها و هو حي فحيضه و نصف مثل ما يجب على الأمة «... ۷»

این ذیل با چیزی که ما اختیار کردیم (حیضتان) سازش ندارد، البته گفتیم حیضه و نصف در واقع حیضتان است ولی ناقص. آیا می‌توان به حدیثی که بخشی از آن قابل قبول و بخشی غیر قابل قبول است، استدلال کرد و آیا بنای عقلا در حجیت

(۱) ج ۳۰، ص ۱۹۹.

(۲) ج ۷، ص ۳۴.

(۳) ج ۱۰، ص ۳۰۴.

(۴) آیه ۲۳۴، سوره بقره.

(۵) وسائل، ج ۱۵، ح ۶، باب ۳۰ از ابواب عدد.

(۶) وسائل ج ۱۵، باب ۳۰ از ابواب عدد.

(۷) ح ۱، باب ۵۲ از ابواب عدد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۸۰

خبر واحد شامل موردی که صدر و یا ذیل آن مشکلی دارد می‌شود؟

...* عن زرارة قال سألت ابا جعفر عليه السلام ما عدّة المتعّة إذا مات عنها الذی تمّتع بها؟ قال: أربعة أشهر و عشرًا قال: ثم قال: یا زرارة کل النکاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرة کانت أو أمه و على أيّ وجه کان النکاح منه متعّة أو تزویجاً أو ملک یمین فالعدّة أربعة أشهر و عشرًا

(همه نکاح‌ها، خواه دائم یا موقت و یا حزه همه را شامل است «...» ۱)

این روایت هم دارای مشکل است چرا که در امه فتوای مشهور چهار ماه و ده روز نیست بلکه دو ماه و پنج روز است، بنابراین روایات حاضر خالی از ابهام نیست.

حال اگر دست ما به چیز دیگری نرسد، اطلاق آیه و روایات به ضمیمه عمل مشهور برای ما کافی است.

ادلّة قول دوّم (شصت و پنج روز):

۱- روایت:

...* و یاسناده عن علی بن الحسن الطاطری

(در سند علی بن حسن طاطری است که تضعیف شده است و به او طاطری می‌گویند چون پارچه‌فروش بود و پارچه‌هایی به نام

طاهر می فروخت)

عن علی بن عبید الله بن علی بن ابی شعبه الحلبي عن أبيه عن رجل

(مرسله است) □

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة متعة ثم مات عنها ما عدتها؟ قال: خمسة و ستون يوماً. «۲»

جواب از دلیل:

این حدیث با احادیث سابقه معارض است؛ بعضی برای توجیه حدیث گفته‌اند که امرأه به معنای امه است، ولی این توجیه درست نیست که بدون قرینه روایت را حمل بر امه کنیم، علاوه بر این سند روایت ضعیف است و مخالفین مشهوری هم در مسأله موجود است، پس نمی‌توانیم آن را بپذیریم در نتیجه قول سید مرتضی و مفید و دیگران مردود است.

۶۱ ادامه مسأله ۱۶ ... ۱ / ۱۱ / ۸۲

۲- شباهت زوجه متعه و امه:

می‌دانیم زوجه متعه، شبیه امه در عقد دائم است. روایت می‌فرمود در حال حیات عدّه اینها شبیه هم است حال وقتی در حال حیات مثل هم هستند در ممات هم مثل هم هستند (یتساویان میتا کما یتساویان حیاً فی العدّه).

روایتی که اینها را مساوی قرار می‌داد می‌فرمود:

و عدّه المطلقة ثلاثة أشهر و الأمة المطلقة علیها نصف ما علی الحره و كذلك المتعة علیها مثل ما علی الأمة. «۳»

ظاهر تعبیر «کذلک» مسأله حال حیات است، حال که در حال حیات مساوی است در ممات هم مساوی است.

جواب از دلیل: صاحب جواهر می‌فرماید این یک قیاس ظنی است چون روایت عمومیت ندارد که همه چیز آنها شبیه هم است و روایت فقط حال حیات را می‌گوید، علاوه بر این قیاس ظنی از مذهب ما نیست، پس دلیل دوم هم قابل قبول نیست.

سَلْمَنًا؛ روایت حال حیات و ممات هر دو را می‌گوید (امه و زوجه متعه در همه چیز مثل هم هستند) در این صورت روایت عام است، از سوی دیگر عمومات قول اول (آیه از نظر زوجه دائمه و موقت) عام بود و روایت از جهت عدّه حیات و ممات عام است، و نسبت بین این دو عام عموم من وجه است که ماده اجتماع آن عدّه متعه در حال فوت شوهر است. در عام و خاص من وجه مرجحات اعمال نشده و معمولاً تساقط می‌شود و به اصول رجوع می‌کنیم. اگر ما قرآن را مقدم ندانیم باید سراغ اصل برویم، به این بیان که اگر کسی استصحاب را در شبهات موضوعیه جاری بداند اینجا بعد از شصت و پنج روز استصحاب می‌کند تا چهار ماه و ده روز و اگر کسی استصحاب را در شبهه موضوعیه جاری نداند، جای اصالة الاحتیاط است و نمی‌توان به اصالة الاباحه تمسک کرد که نتیجه احتیاط قول مشهور است.

بنابراین تا اینجا ما قول مشهور را قبول کردیم و قول دوم را هم کنار گذاشتیم، البته یک روایت «۴» هم داریم که قائل ندارد و می‌گوید چهل و پنج روز عدّه نگه دارد. این حدیث معرض عنها است و آن را کنار می‌گذاریم، بعضی حمل کرده و گفته‌اند که راوی حال حیات و ممات را اشتباه کرده است یعنی می‌خواسته عدّه حیات را بگوید ولی اشتباهاً عدّه ممات را گفته است.

۲- زن باردار است

اشاره

اتفاق نظر بر ابعاد الأجلین است.

دلیل: روایات

شش حدیث که در باب ۳۱ از ابواب عدد آمده است و همه

(۱) ح ۲، باب ۵۲ از ابواب عدد.

(۲) ح ۴، باب ۵۲ از ابواب عدد.

(۳) ح ۲، باب ۵۲ از ابواب عدد.

(۴) ح ۴، باب ۵۲ از ابواب عدد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۸۱

تعبیر به زوجه دارد و زوجه مطلق است و متعه و غیر متعه را شامل می شود و حکم به ابعدا الاجلین می کند.

[مسأله ۱۷: يستحب أن تكون المتمتع بها مؤمنة عفيفة]

اشاره

۶۲ مسأله ۱۷ (شرائط الزوجة المتمتع بها ...) ۴ / ۱۱ / ۸۲

مسأله ۱۷: يستحب أن تكون المتمتع بها مؤمنة (شیعه اهل بیت علیهم السلام)

عفيفة (در مقابل زانیه)

و السؤال عن حالها قبل الترویج و أنها ذات بعل أو ذات عدّة أم لا و أمّا بعده فمکروه و ليس السؤال و الفحص عن حالها شرطاً فی الصّحّة (حتی سؤال از عدّه و ذات بعل بودن واجب هم باشد باز شرط صحّت نیست).

عنوان مسأله:

در این مسأله مرحوم امام به سه مستحب اشاره می فرمایند:

ایمان، عفت و سؤال از حال زن.

مرحوم شهید ثانی در مسالک در شرح کلام محقق می فرماید:

هذه أمور معتبرة فی کمالها (متعه) ذکر منها ثلاثة: الأوّل کونها مؤمنة ... الثانی کونها عفيفة غیر زانیة ... الثالث أن يسألها عن حالها مع التهمة بأن لها زوجاً أو معتدّة (در جایی که متهم است یعنی قرائن ظنیّه ای وجود دارد). «۱»

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۵، ص: ۸۱

۱- ایمان:

اشاره

در مورد این شرط تعبیر به اجماع ندیده ایم ولی غیر واحدی از بزرگان مثل صاحب مسالك، صاحب ریاض، مرحوم محقق، صاحب جواهر و دیگران آن را ذکر کرده و ارسوله ارسال المسلمات (آن را مسأله مسلّمی دانسته اند).

دلیل: روایات

اشاره

دلیل عمده ما روایات است که بعضی صحیح و بعضی غیر صحیح، ولی در مجموع متضافر است، علاوه بر این معمول بها هم هست البته اگر نگوییم که در مستحبات معمول بها بودن کافی نیست چرا که مستحبات ممکن است از باب تسامح در ادله سنن معمول بها باشد.

... عن محمد بن اسماعیل

(ابن یزید از صحابه امام رضا علیه السلام و مردی فاضل، دانشمند و ثقه است)

عن الرضا علیه السلام فی حدیث أنه سأل عن المتعة فقال لا ینبغی لك أن تزوج إلاً بمؤمنه أو مسلمه (لا ینبغی نشانه استحباب و کراهت است). «۲»

این روایت چگونه به درد استدلال می خورد با آن که تعبیر «مؤمنه أو مسلمه» دارد که در مقابل «کافره» است و برای ما نحن فیه (شرط ایمان) کافی نیست؟

ممکن است چنین بگوییم: چون مؤمنه را ابتدا ذکر کرده و تقدیم مشعر به ترجیح است، یعنی تا زمانی که به مؤمنه دست رسی هست سراغ مسلمه نروید و تا زمانی که مسلمه هست سراغ کافره نروید.

... عن الحسن التفلیسی

(سند ضعیف است)

قال: سألت الرضا علیه السلام أیتمتع من الیهودیة و النصرانیة؟ فقال: یتمتع من الحرّة المؤمنة أحبّ الیّ و هی اعظم حرمة منها.

(ظهور روایت در استحباب خوب است). «۳» □

... عن محمد بن العیص قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن المتعة فقال: نعم إذا كانت عارفة (مؤمنه)

قلنا: فإن لم تكن عارفة؟ قال:

فأعرض علیها

(مکتب اهل بیت علیهم السلام بر او عرضه کن)

و قل لها فإن قبلت فتزوجها و إن أبت أن ترضی بقولك فدعها الحدیث. «۴»

ظاهر این روایت شرطیت عارفه بودن و وجوب آن است یعنی ازدواج غیر مؤمنه جایز نیست و لکن به قرینه روایات دیگر و به قرینه اجماع، مسلم است که ازدواج موقت و حتی ازدواج دائم با غیر عارفه اشکال ندارد، پس معلوم می شود که روایت به معنای استحباب است.

* عن أبي مریم عن أبي جعفر علیه السلام أنه سئل عن المتعة فقال: إن المتعة اليوم ليست كما كان قبل اليوم إنهن كنّ يومئذ يؤمنن (احتمال دارد «یؤمنن» به معنای عارفه بودن باشد و احتمال دیگر این است که از نظر زانیه نبودن و عقیفه بودن سابقاً ایمن بوده اند ولی اکنون مشتبه شده است)

و الیوم لا یؤمن فاسألوا عنهنّ. «۵»

اگر به عارفه برگردانیم معنایش این می شود که سابقاً فقط شیعه‌ها به متعه قائل بوده‌اند و لذا نساء عارفه به این میدان می آمدند ولی کم کم متعه به زنان غیر مؤمنه هم سرایت کرد و جمعی از زنان اهل سنت نیز به این میدان آمدند پس سابقاً سؤال از مذهب جایی نداشت چون شیعه‌ها تنها بودند ولی اکنون در بین زنان اهل تسنن هم هست پس سؤال کنید. امّا اگر احتمال دوم (عفیفه بودن) را برای روایت ذکر کنیم معنی روایت این است که سابقاً فقط زن‌های عفیف بودند ولی الان زن‌های غیر عفیف هم هستند، در این صورت سؤال از عفت کنید.

(۱) ج ۱۰، ص ۳۰۴.

(۲) ح ۲، باب ۷ از ابواب متعه.

(۳) ح ۳، باب ۷، از ابواب متعه.

(۴) ح ۱، باب ۷، از ابواب متعه.

(۵) ح ۱، باب ۶ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۸۲

همان گونه که بیان شد این حدیث دو احتمال دارد که سؤال کردن دلیل بر هیچ یک نیست و هر دو محتمل است و یؤمن و یؤمنن هر دو درست است، البتّه هیچ یک از این دو استدلال شاهد روشنی ندارد، پس حدیث مبهم است.

حدیث معارض:

در مقابل این احادیث یک حدیث معارض داریم که می گوید سراغ مؤمنه نروید:

* عن الحسن بن علی

(ابن فضال)

عن بعض أصحابنا

(مرسله است)

یرفعه

(مرفوعه است یعنی بین راوی و امام فاصله است)

الی ابي عبد الله عليه السلام قال: لا تمتع بالمؤمنة فتدلّها

(سبب ذلّت او می شود). «۱»

این روایت از ترویج مؤمنه منع می کند منتها سندی ندارد.

مرحوم شیخ طوسی بعد از نقل روایت مطلبی دارد که صاحب وسائل نقل کرده و می فرماید:

هذا شاذّ و یحتمل أن یکون المراد به إذا كانت المرأة من أهل بیت الشرف یلحق أهلها العار و یلحقها الذلّ و یکون ذلک مکروهاً.

این روایت سندی ندارد و اگر فرض کنیم که سندی داشته باشد از آن معلوم می شود که مسأله عنوان ثانوی است و از نظر عنوان اولی باید مؤمنه باشد، چون چه بسا از این ازدواج ولدی متولّد شود و بهتر است ولد از مؤمنه متولّد شود؛ منتها گاهی عنوان ثانوی وجود دارد به این بیان که در بعضی از جوامع و بعضی از بیوت مسأله متعه شدن برای آنها عیب و ذلّ محسوب می شود، بنابراین عنوان ثانوی است و عنوان ثانوی با عنوان اولی نزاعی ندارد، و ما هم که قائل به اشتراط ایمان هستیم اگر عناوین ثانویه‌ای پیدا شود

ما هم به آن قائلیم، ولی این عنوان ثانوی در همه جا نیست و بعضی هستند که ممکن است کارشان همین باشد و یا بعضی می‌خواهند مدّتی با هم زندگی کنند تا ببینند می‌توانند به صورت دائم با هم زندگی کنند یا نه، و یا جوانانی که قبل از عقد دائم با هم عقد موقت می‌بندند تا در خرید بازار راحت باشند و یا زنانی که شوهر خود را از دست داده‌اند و در حدی نیستند که کسی آنها را به عقد دائم درآورد و لذا عقد موقت می‌شوند و این ذلّی نیست، پس این حدیث بر فرض صحّت نمی‌تواند معارضه کند چون عنوان ثانوی است و محدود به اشخاص معینی است نه همه جا.

۶۳ ادامهٔ مسألهٔ ۱۷ ... ۵ / ۱۱ / ۸۲

۲- عقیفه:

شرط عقیفه هم در کلمات علما مطرح شده و ارسلوه ارسال المسلمات و روایتی هم داریم که به آن استدلال کرده‌اند که روایت ضعیفی است.

...* عن أبي سارة

(مجهول الحال)

قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عنها يعني المتعة فقال لي: حلال فلا تزوج أبا عقیفه إن الله عزّ وجلّ يقول: وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ*

(حافظ عن غير عفاف)

فلا تضع فرجك حيث لا تأمن على درهمك. (۲)

سند روایت مشکل دارد ولی دلالت روایت خوب است و ظاهر نهی تحریم است، مخصوصاً استدلال به آیه قرآن شده که ظاهر آیه هم همین است. پس روایت اگر سند داشت ظهور در حرمت غیر عقیفه داشت.

اللهم أبا أن يقال، ما قائلی به حرمت نداریم یعنی حرمت غیر عفاف دلیل ندارد لذا حمل بر کراهت شده است (انتخاب عقیفه مستحب است).

و امّا ذیل روایت که می‌فرمود: «لا- تضع فرجك حيث لا تأمن على درهمك» به چه معناست؟ مرحوم صاحب حدائق (۳) در مورد این جمله سه احتمال بیان فرموده است:

۱- شما وقتی که بخواهی درهم به کسی بسپاری شخص آلوده را انتخاب نمی‌کنی حال امانت ناموسی را چگونه به شخص غیر عقیف و بی‌بندوبار می‌سپاری.

۲- جایی نرو که ممکن است دراهم تو را بگیرد و فرار کند و وفای به عقد نکند. این تفسیر خیلی بعید به نظر می‌رسد.

۳- ممکن است از این زن فرزندی برای تو بوجود بیاید، پس نطفهٔ خودت را در جایی قرار نده که در مورد درهم خود به او اطمینان نمی‌کنی. این تفسیر در واقع مکمل تفسیر اول است و مراد هم همین است که در مسائل ناموسی و همسری که ممکن است ولد هم بدینا بیاید، سراغ این افراد نرو چرا که ممکن است خیانت کند. فقها تنها به این روایت استدلال کرده‌اند در حالی که در باب

(۱) ح ۴، باب ۷ از ابواب متعه.

(۲) ح ۲، باب ۶ از ابواب متعه.

(۳) ج ۲۴، ص ۱۲۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۸۳

هشت از ابواب متعه روایات متعددی داریم که از نکاح زن فاجره نهی می‌کند، چرا به این روایات استدلال نکرده‌اند؟
تصوّر ما این است که بین غیر عقیفه و فاجره فرق گذاشته‌اند به این بیان که عفت دو معنا دارد:

۱- عفت در مقابل آلودگی به زنا و فجور.

۲- عفت به معنای حجاب و پرهیز از نامحرم.

حال بگوییم در این مسأله عقیفه در مقابل زنان بی‌بندوبار است و لو فاجره هم نباشند و در مسأله هیجدهم در مورد فاجره است، پس آن همه روایاتی که به روشنی دلالت بر نهی از ازدواج با فاجره و زانیه می‌کند و به آن استدلال نکرده‌اند به جهت فرق گذاشتن بین عفت و لا عفت و فجور و لا فجور است.

۳- استحباب سؤال از حال زن:

اشاره

مستحب است قبل از خواندن عقد از زن در مورد ذات بعل بودن و در عده بودن سؤال کند. این استحباب قبل از عقد است نه بعد از عقد. این استحباب هم در کلمات علما از قبیل ارسال مسلمات است و به روایتی تمسک شده است که از نظر سند و دلالت خوب است:

* محمد بن یعقوب، عن محمد بن یحیی، عن أحمد بن محمد

(ممکن است احمد بن محمد بن عیسی باشد و یا احمد بن محمد بن خالد باشد که علی کل حال ثقه است)

عن ابن محبوب، عن أبان

(هر دو از اصحاب اجماع هستند)

عن أبي مریم

(ثقه)

عن أبي جعفر عليه السلام أنه سئل عن المتعة فقال: إنَّ المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم إنَّهنَّ كان يومئذ يؤمنن

(دو احتمال دارد که سابقاً بیان شد)

و اليوم لا يؤمنن فاسألوا عنهنَّ. «۱»

از آنها سؤال کنید به چه معناست؟ آیا از خود آنها سؤال کنید یا درباره آنها سؤال و تحقیق کنید، کدام مراد است؟

برای روشن شدن جواب باید کلمه «سأل» را در لغت بررسی کنیم. «سأل» در لغت دو معنا دارد:

۱- تقاضا کردن

۲- سؤال کردن

اگر به معنای تقاضا و طلب باشد دو مفعول می‌گیرد بدون حرف جر مثلاً «سألت الله تعالى شفاء كك» و در صورتی که به معنای سؤال باشد يك مفعول بی‌واسطه و مفعول دیگر را با حرف جرّ «عن» می‌گیرد مثلاً «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة» دو مفعول دارد که یکی به واسطه حرف جر است. مفعول اول کسی است که مورد سؤال واقع می‌شود و مفعول دوم چیزی است که در مورد آن سؤال می‌شود، بنابراین روایت که می‌فرماید «و السؤال عن حالها» معنایش سؤال از خود زن نیست بلکه تحقیق در مورد زن

است.

صاحب مسالک می‌فرماید: بعضی گفته‌اند که از خود آنها سؤال کنید در حالی که روایت چنین چیزی ندارد. در اینجا حق با صاحب مسالک است چون روایت چنین چیزی نداشت، ولی روایت عام است و می‌گوید درباره آنها سؤال کنید که گاهی از خود آنها سؤال می‌کنیم و گاهی درباره آنها از مردم سؤال می‌کنیم. بعضی گفته‌اند که از غیر خودشان سؤال کنید، چون سؤال از خود آنها لغوست.

و لکن الانصاف، گاهی سؤال کردن از خود شخص مسائل را واضح می‌کند مانند بازجویی‌هایی که انجام می‌شود. در مقابل این روایات روایاتی داریم که نهی از سؤال می‌کند و غالباً در مورد بعد از ازدواج است، یعنی می‌فرماید حال که ازدواج کردید دیگر سؤال نکن.

آیا روایتی داریم که بگویید قبل از ازدواج سؤال نکن تا با این روایت تعارض کند یا چنین روایتی نداریم؟

۶۴ ادامه مسأله ۱۷ ... ۶ / ۱۱ / ۸۲

روایات ناهیه:

در مقابل این روایات، روایات متعددی است که نهی از سؤال می‌کند. پس تعارضی واقع می‌شود بین روایات امره و روایات ناهیه.

... عن فضل مولى محمد بن راشد

(جزو غلامان آزاد شده و یا از دوستان او بوده)

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت: إني تزوجت امرأة متعة فوقع في نفسي أن لها زوجاً

(سوء ظن پیدا کردم)

ففتشت عن ذلك فوجدت لها زوجاً قال: و لم فتشت

(امام بر تفتیش مؤاخذه می‌کند)؟ «۲»

از نظر سند: «فضل» شخص مجهول الحال و بسیار قلیل الروایه است و احتمال دارد غیر از این روایت، روایت دیگری نداشته باشد پس سند ضعیف است.

از نظر دلالت: امام می‌فرماید چرا تفتیش کردی و وظیفه تو تفتیش نبود ولی در روایت دو قید موجود است:

(۱) ح ۳، باب ۶ از ابواب متعه.

(۲) ح ۳، باب ۱۰ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۸۴

۱- زن متهم بوده است و لا بد قرائن ظنی دیده، پس مورد اتهام است.

۲- بعد از ازدواج سؤال کرده و قبل از ازدواج نبوده است.

علاوه بر این از دیگران سؤال کرده است نه از خود زن.

* عن مهران بن محمد عن بعض أصحابنا

(مرسله است علاوه بر این رجال دیگر سند هم محل بحث است)

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قيل له: إن فلاناً تزوج امرأة متعة فقيل له إن لها زوجاً فسألها

(از خود زن سؤال کرد)

فقال أبو عبد الله عليه السلام، و لِمَ سألها؟ «۱»

از نظر سند: روایت ضعیف است.

از نظر دلالت: همان دو مورد روایت قبل را دارد، یعنی زن متهمه بوده و سؤال بعد از ازدواج است.

... عن محمد بن عبد الله الأشعري قال: قالت للرضا عليه السلام: الرجل يتزوج بالمرأة فيقع في قلبه أن لها زوجاً فقال: و ما عليه

(تحقیق نکن)

؟ أ رأيت

(آیا فکر می کنی)

لو سألتها البيئته كان يجد من يشهد أن ليس لها زوج

(ظاهراً مورد، موردی است که اقامه بیته ممکن نیست چون مثلاً زن در این شهر غریب است و کسی را ندارد تا شهادت دهد). «۲»

از نظر سند: «محمد بن عبد الله الأشعري» مجهول الحال است و روایات منقوله از طرف او کم است پس از نظر سند ضعیف است.

از نظر دلالت: همان دو مورد سابق در این روایت هم هست علاوه بر این اقامه بیته هم ممکن نیست.

... عن میسر

(کدام «میسر» مراد است؟ پس روایت مجهول الحال است)

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ألقى المرأة بالفلاة التي ليس فيها أحد فأقول لها: لك زوج؟ فتقول: لا فأترؤجها؟ قال: نعم هي

المصدقة على نفسها. «۳»

این روایت با روایات قبل متفاوت است چرا که این روایت در مورد قبل از زوجیت است و اتهامی هم نیست و فقط یک سؤال و

جواب است، آیا منظور از فحص همین است؟ علاوه بر این، موردی است که راهی برای تفحص نیست و این حد اقلی است که

برای ازدواج لازم است.

صاحب وسائل حدیث دیگری را در ذیل این حدیث آورده و می فرماید:

... عن أبان بن تغلب قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام و ذكر مثله.

یعنی همین روایت را أبان از امام علیه السلام نقل کرده است و در واقع یک روایت دیگر می شود، ولی در بعضی از چاپ ها در

پاورقی حدیث را نقل کرده اند که با حدیث میسر متفاوت است:

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام إني أكون في بعض الطرقات فأرى المرأة الحسنة و لا آمن أن تكون ذات بعل أو من العواهر قال:

ليس هذا عليك إنما عليك أن تصدقها في نفسها.

البته نتیجه دو روایت یکی است ولی روایت خیلی از نظر الفاظ متفاوت است و فقط از بعضی جهات شبیه هم هستند.

به هر حال روایت برای موردی است که قبل از ازدواج است و زن متهمه و قابل تحقیق نیست.

... عن أبان بن تغلب عن أبي عبد الله عليه السلام في المرأة الحسنة تری في الطريق و لا يعرف أن تكون ذات بعل أو عاهرة فقال:

ليس هذا عليك إنما عليك أن تصدقها

(این روایت ظاهراً همان روایت أبان است) «۴».

هیچ یک از این احادیث ظاهراً سند قابل قبولی ندارد ولی تضافر دارد و دیگر نیاز به بحث از سند نیست.

دو راه جمع بین روایات موجود است:

۱- روایاتی که دستور به سؤال می‌داد در مورد قبل از زواج و روایات ناهیه در مورد بعد از زواج است، پس سؤال قبل از زواج مستحب و بعد از زواج جایز نیست.

۲- در جایی که راه تحقیق ندارد، سؤال ندارد ولی در جایی که راه برای تحقیق موجود است سؤال مستحب است. در این بحث و بحث‌های قبل اگر روایت هم نداشتیم از نظر عقل هم سؤال کردن خوب است همان گونه که مؤمنه و عقیقه بودن بهتر است بنابراین در این باب نیازی به روایات نیست و اموری است که عقل هم به آن دلالت دارد.

[مسئله ۱۸: يجوز التمتع بالزانية على كراهية]

اشاره

۶۵ مسألة ۱۸ (التمتع بالزانية...) ۷ / ۱۱ / ۸۲

مسئله ۱۸: يجوز التمتع بالزانية على كراهية خصوصاً لو كانت من العواهر و المشهورات بالزنا و ان فعل فليمنعها من الفجور. اقوال:

در مسئله سه قول است:

۱- قول مشهور: الجواز مع الكراهة

(۱) ح ۴، باب ۱۰ از ابواب متعه.

(۲) ح ۵، باب ۱۰ از ابواب متعه.

(۳) ح ۱، باب ۱۰ از ابواب متعه.

(۴) مستدرک، ج ۱۴، ح ۱، باب ۹ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۸۵

۲- قول مرحوم صدوق در مقنع: حرمت

۳- قول ابن بزّاج: جواز مشروط و یا حرمت مشروط یعنی حرام است مگر در جایی که زن را از فجور منع کند.

مرحوم صاحب ریاض، می‌فرماید:

و یکره التمتع بالزانية كما سبق و ليس شرطاً (شرط صحّت) و لا حراماً لما مرّ خلافاً للصدوق فممنع منه مطلقاً و لابن البرّاج إلّا إذا منعها من الفجور ... وفاقاً للأشهر بين الطائفة (کراهت مشهور بین طائفه است). «۱»

صاحب جواهر «۲» هم همین اقوال ثلاثه را نقل می‌کند.

مرحوم محقق ثانی هم در جامع المقاصد «۳» همین مطالب را نقل کرده است. این بزرگواران تعبیرشان به «یکره» است و به نظر ما این تعبیر از تعبیر تحریر الوسیله که «علی کراهیه» می‌فرماید، بهتر است، چون اگر «یکره» گفته شود از ابتدا نشانگر منع است.

مقتضای اصل:

اصل در مسئله جواز است چرا که آیه «وَأَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» «۴» عام است و هرکجا شک در جواز و حرمت کنیم به آیه

تمسک می‌کنیم و نیازی به اصاله الحلیه نداریم.

ادله قائلین به حرمت:

اشاره

ابتدا سراغ ادله قائلین به حرمت می‌رویم، چرا که به آیه استدلال کرده‌اند و ما هم برای احترام به قرآن ابتدا سراغ این قول می‌رویم.

آیه «الزانی لا ینکح انا زانیه او مشرکه و الزانیه لا ینکحها انا زان او مشرک و حرّم ذلك علی المؤمنین»

اشاره

«۵» دو تفسیر عمده در آیه وجود دارد که این دو تفسیر سرنوشت استدلال به آیه را مشخص می‌کند:

۱- جمله انشائی است:

نهی به معنای نهی وضعی (باطل و حرام است) و لا ینکح یعنی اگر کسی سراغ زانیه برود در حکم زناکار است همچنین اگر کسی سراغ زانی برود در حکم زنا کار است پس هم نکاح زانیه و هم نکاح زانی ممنوع است و دو شاهد هم دارد، یکی ذیل آیه است که می‌فرماید «حرّم ذلك علی المؤمنین»، شاهد دیگر این است که هم ردیف شرک قرار داده است یعنی همان گونه که نکاح مشرک حرام است نکاح زانیه هم حرام است؛ و آیه عام است و نکاح دائم و متعه را شامل است.

۲- جمله خبریه است:

این تفسیر را صاحب جواهر بیان کرده و اصرار دارد که آیه را بر نهی ارشادی حمل کنیم یا به تعبیر دیگر بر اخبار حمل کنیم یعنی اصلاً نهی نیست، و معنایش این است که آدم‌های بد سراغ آدم‌های بد و آدم‌های خوب سراغ آدم‌های خوب می‌روند، بنابراین این جمله خبریه است و ذیل آیه هم می‌گوید مؤمن به طبیعت حال سراغ این افراد نمی‌رود و مؤمنان خودشان بر خودشان تحریم می‌کنند و احتمال دیگر این است که «ذلک»، اشاره به زنا باشد نه نکاح زانی و زانیه به این معنا که زنا بر مؤمنین حرام است. و اما «مشرک» که در آیه آمده است احتمال دارد اشاره به روایت معروف باشد که «لا یزنی الزانی و هو مؤمن و لا یشرّب الشارب و هو مؤمن» یعنی انسان با ایمان با ورود به گناه نوراتیت ایمان از قلب او جدا می‌شود و در حین ارتکاب گناه، نور ایمان خاموش می‌شود.

و شاهدهی هم ذکر می‌کنند که آیه ۲۴ سوره نور است. قرآن بعد از ذکر داستان افک و نهی مؤمنین از مسأله قذف می‌فرماید: «الْحَبِیْثَاتُ لِلْحَبِیْثِیْنَ وَالْحَبِیْثُونَ لِلْحَبِیْثَاتِ» ... که این آیه مثل آیه سابق است یعنی خوب‌ها با خوب‌ها و بد‌ها با بد‌ها هستند و روایتی به همین مضمون داریم که می‌فرماید:

«المرء علی دین خلیله و قرینه».

از بین این دو تفسیر (نهی تحریمی و جمله خبریه) کدام را اختیار کنیم؟

تفسیر اول با قول مرحوم صدوق موافق است. ما باید نهی را حمل بر حرمت کنیم و قرائنی در آیه داریم که آیه ظاهر در حرمت

است.

۶۶ ادامهٔ مسألهٔ ۱۸ ... ۸ / ۱۱ / ۸۲

صاحب جواهر دو مؤید برای کلام خود آورده است که یا به سراغ جملهٔ خبریه می‌رویم و یا اگر انشائیه است کراهت استفاده می‌شود نه حرمت. (قول صدوقی).

شاهد اول: جملهٔ «حُرِّمَ ذَلِكُمْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ» است که دلیل بر خبریه بودن است چون اگر تکلیفیه باشد، تکلیف فقط برای مؤمنین نیست، حتی کفار هم مکلف به فروع هستند.

(۱) ج ۱۰، ص ۲۷۵.

(۲) ج ۳۰، ص ۱۵۹.

(۳) ج ۱۳، ص ۱۶.

(۴) آیهٔ ۲۴، سورهٔ نساء.

(۵) آیهٔ ۳، سورهٔ نور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۸۶

جواب: خداوند در آیات زیادی از قرآن احکام فرعی را مخاطب به «الَّذِينَ آمَنُوا» * آورده است، با این که همه مکلف هستند، چون کسانی که گوش می‌کنند مؤمنین هستند و دیگران گردن کش و مخالفند. به عنوان مثال در سورهٔ بقره پنج آیه است که احکام فرعی را با «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا» * بیان می‌کند:

۱- «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اسْتَعِينُوا بِالصَّبْرِ وَالصَّلَاةِ» (۱) صلاة منحصر به الذین آمنوا نیست.

۲- «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَبْطُلُوا صَدَقَاتِكُمْ بِالْمَنِّ وَالْأَذَى» (۲) ابطال صدقه منحصر به مؤمنین نیست.

۳- «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ» (۳) قصاص منحصر به مؤمنین نیست.

۴- «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ» (۴) دستور کتابت دین منحصر به مؤمنین نیست و همه مخاطب به این خطاب هستند.

۵- «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ» (۵) صوم که از احکام فرعی است منحصر به مؤمنین نیست و همه به آن مکلفند.

این پنج نمونه از سورهٔ بقره است؛ موارد دیگری هم در این سوره و سوره‌های دیگر وجود دارد. پس این قرینه بر جملهٔ خبریه بودن نیست و ممکن است جملهٔ انشائیه باشد و خطاب به مؤمنین به این جهت باشد که آنها گوش شنوا دارند.

شاهد دوم: اگر قائل شوید که جمله انشائیه است باید قائل به دو چیز حرام شوید:

۱- زن دادن به زانی حرام است.

۲- ازدواج با زانیه حرام است.

در حالی که زن دادن به زانی را حرام ندانسته و فتوا نداده‌اند، پس ناچاریم به جهت وجود این قرینه حمل بر کراهت کنیم.

معنای این کلام صاحب جواهر این است که انشائیه است ولی تنزیهیه (کراهت).

جواب: ما قائل به حرمت می‌شویم و آن قسمت که به آن فتوا داده نشده (زن دادن به زانی حرام است) با استثنا خارج می‌کنیم و در مقابل صاحب جواهر که قرینه‌ای بر کراهت آورده می‌گوییم قرینه‌ای بر حرمت داریم و آن تعبیر «أَوْ مُشْرَكَةً» است، چون زن گرفتن از مشرکان و دختر دادن به آنها حرام و حرمت آن قطعی است، پس این قرینه بر حرمت است و لعل قرینهٔ حرمت قوی‌تر از قرینهٔ کراهت باشد.

بعضی از مفسران اهل سنت معتقدند که آیه دلالت بر حرمت دارد، ولی منسوخ است به آیه «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ» که عام است و شامل همه می شود، فرقی نمی کند زانی یا زانیه باشد.

جواب: دو جواب می دهیم:

۱- دنباله آیه می فرماید «وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ» که با این قید زانی و زانیه خارج می شود.

۲- إذا دار الامر بين النسخ و التخصيص، تخصيص مقدم است چون تخصيص كثير و نسخ کم است، پس از آیه استفاده حرمت بعید به نظر نمی رسد.

۶۷ ادامه مسأله ۱۸ ... ۱۴ / ۱۱ / ۸۲

یک روایت در مورد تفسیر آیه داریم و از آن استفاده می شود که آیه دلالت بر کراهت دارد و اگر روایت از نظر سند و دلالت درست باشد، آیه را تفسیر می کند.

... عن محمد بن اسماعيل

(ابن بزيع و سند خوب است)

قال:

سأل رجل أبا الحسن الرضا عليه السلام و انا أسمع عن رجل يتزوج المرأة متعة و يشترط عليها أن لا يطلب ولدها الى أن قال: فقال: فلا ينبغي

(ظاهراً کراهت است)

لك أن تتزوج الأ بمؤمنة أو مسلمة

(این تعبیر کاری به بحث ما ندارد ولی نسخه بدل آن «مأمونه» و معنای آن مأمون از فجور است که در این صورت شاهد بحث ماست ولی کدام نسخه قابل ترجیح است؟ نسخه بدل بهتر است، چون ذیل روایت که استدلال به آیه شریفه است با «مأمونه» سازگار است)

فإن الله عز و جل يقول الزانی لا ینکح إلا زانیة...

(استدلال ذیل روایت به آیه نشان می دهد که صدر روایت هم مأمونه است). (۷)

در مجموع روایت قرینه بر استفاده کراهت از آیه است، البته فقط باید در مورد زانیه حمل بر کراهت کنیم چون مشرکه قطعاً حرام است.

روایات:

روایات چند گروه است که بعضی نهی می کند و بعضی اجازه می دهد و بعضی در مشهورات بالفجور نهی می کند. همان گونه که آیه عام بود و نکاح دائم و موقت را شامل می شد روایات هم عام است.

(۱) آیه ۱۵۳ سوره بقره.

(۲) آیه ۲۶۴ سوره بقره.

(۳) آیه ۱۷۸ سوره بقره.

(۴) آیه ۲۸۱ سوره بقره.

(۵) آیه ۱۸۳ سوره بقره.

(۶) آیه ۳۲ سوره نور.

(۷) ح ۱، باب ۸ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۸۷

... عن عبد الله بن أبي يعفور

(سند خوب است)

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن المرأة ولا يُدري ما حالها أيتزوجها الرجل متعة؟ قال: يتعرض لها

(پیشنهاد فجور می کند)

فان أجابته إلى الفجور فلا يفعل

(ظاهرش حرمت است). «۱»

سند و دلالت حدیث خوب است و تنها این سؤال باقی است که آیا تجسس در مورد افراد حرام نیست که امام دستور تجسس می دهد؟ بعضی جاها تجسس لازم است مخصوصاً در مورد ازدواج که در این موارد جایز است.

سند حدیث مطابق آنچه که در تهذیب و استبصار آمده سندی قوی است ولی مرحوم کلینی در کافی سند را چنین نقل می کند:

عن ابن ابی عمیر رفعه عن عبد الله بن أبي يعفور...

وسائل از نسخه کافی که نقل می کند تعبیر «رفعه ندارد» بنابراین مطابق نقل کافی این حدیث هم مترزل است، ولی رفعه در اینجا به معنای مرسله است و مرسلات ابن ابی عمیر مقبول است.

... عن محمد بن الفضيل

(در احادیث پنج محمد بن فضیل داریم که هر پنج نفر مجهول الحال هستند پس روایت از نظر سند معتبر نیست)

قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة قال: نعم اذا كانت عارفة الى أن قال: وإياكم والكواشف والدواعي والبغايا وذوات

الازواج

(ظاهر ایاکم حرمت است)

قلت: ما الكواشف؟ قال:

اللواتي يكاشفن وبيوتهن معلومة و يؤتين

(افرادی معلوم الحال هستند)

قلت: فالدواعي؟ قال: اللواتي يدعون الى أنفسهن وقد عرفن بالفساد قلت: فالبغايا؟ قال: المعروفات بالزنا

(معلوم می شود که این سه عنوان شبیه هم هستند و همه به یک چیز بر می گردد)

قلت: فذوات الازواج؟ قال: المطلقات على غير السنّة. «۲»

دلالت این روایت خوب ولی سند آن ضعیف است و حرمت از وحدت سیاق استفاده می شود چون ازدواج با ذوات ازواج حرام است، پس سه تایی دیگر هم به دلالت وحدت سیاق حرام است.

سند حدیث مطابق آنچه که در تهذیب و استبصار آمده سندی قوی است ولی مرحوم کلینی در کافی سند را چنین نقل می کند:

عن ابن ابی عمیر رفعه عن عبد الله بن أبي يعفور...

وسائل از نسخه کافی که نقل می کند تعبیر «رفعه ندارد» بنابراین مطابق نقل کافی این حدیث هم مترزل است، ولی رفعه در اینجا به معنای مرسله است و مرسلات ابن ابی عمیر مقبول است.

... عن محمد بن الفضیل

(مجهول)

قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن المرأة الحسنة الفاجرة هل تحب للرجل أن يتمتع منها يوماً أو أكثر؟

فقال: إذا كانت مشهورة بالزنا فلا يتمتع منها ولا ينكحها. «۳»

سند روایت ضعیف ولی دلالت آن خوب است.

نهی از مشهورات برای چیست؟ آیا به عنوان اولی حرام است یا ثانوی؟

حدیثی داریم که در آن در مورد دو نفر از اصحاب بحث می‌کند که خدمت حضرت رسیده و سؤال کردند و حضرت فرمود سراغ

آن زن مشهوره نروید، ولی یکی از اصحاب سراغ آن زن رفت و گرفتار شد.

حال آیا این نهی امام عنوان اولی است یا ثانوی؟ ظاهراً عنوان ثانوی است.

* علی بن عیسی فی

(کشف الغمّة)

نقلًا من کتاب الدلائل لعبد الله بن جعفر الحمیری، عن الحسن بن ظریف

(ظاهراً مرسله است چون کشف الغمّة از کتاب دلایل عبد الله بن جعفر حمیری که ثقة است نقل می‌کند، ولی بین صاحب کشف

الغمّة و صاحب کتاب دلایل فاصله است پس روایت مشکل سندی دارد)

قال: كتبت الى أبي محمد عليه السلام قد تركت التمتع ثلاثين سنة ... ثم قلت قد قال الأئمة:

تمتع بالفاجرة فإنك تخرجها من حرام الى حلال فكتبت الى ابي محمد اشاوره في المتعة ... فإن هذه امرأة معروفة بالهتك و هي

جارة و أخاف عليك استفاضة الخبر منها فتركتها لم أتمتع بها و تمتع بها شاذان بن سعد رجل من إخواننا و جيراننا فاشتهر بها حتى

على أمره و صار الى السلطان و غرم بسببها مالاً نفيساً و أعاذني الله ببركة سيدي. «۴»

از این روایت استفاده می‌شود که حضرت نفی نکرد که ائمه پیشین چنین گفته‌اند و معلوم می‌شود که متعه مشهورات جایز نیست.

جمع‌بندی: روایات متعددی داریم که بعضی صحیح‌السند است و دلالت بر حرمت متعه فاجره دارد و بعضی دلالتش بر حرمت

خوب است ولی سند ندارد و بعضی در مورد مشهورات است که ما در مشهورات احتمال عنوان ثانوی می‌دهیم پس از روایات دلیل

کافی بر حرمت داریم.

(۱) ح ۲، باب ۸ از ابواب متعه.

(۲) ح ۳، باب ۸ از ابواب متعه.

(۳) ح ۴، باب ۸ از ابواب متعه.

(۴) ح ۴، باب ۹ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۸۸

۶۸ ادامه مسأله ۱۸ ... ۱۵ / ۱۱ / ۸۲

ادله قائلین به جواز:

اصل در این مسأله مطابق عمومات (أحلّ لكم ما وراء ذلكم) جواز است علاوه بر اصل تعدادی از روایات که دارای ضعف سند

می‌باشد، دلیل مسأله است، ولی چون روایات متضافر و معمول بهای اصحاب است، ضعف سند اشکالی ندارد.

... * عن علی بن حدید

(مشکل دارد ولی آقای سبزواری این روایت را صحیح می‌داند)

عن جمیل، عن زرارة قال: سأله عمّار

(مرجع ضمیر امام است چون زراره از غیر امام سؤال نمی‌کند)

و أنا عنده عن الرجل يتزوج المرأة متعة قال: لا بأس و ان كان التزويج الآخر

(تزويع دائم)

فليحصن بابه

(شخص صالحه‌ای اختیار کند). «۱»

* و عنه، عن سعدان، عن علی بن یقطين

(احتمال دارد سعدان بن مسلم باشد و احتمال دارد سعدان بن مژنی باشد که هیچ کدام ثقه نیستند و مجهول و یا ضعیف هستند)

قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: نساء أهل المدينة

(نساء المدينة كيف حالهم أ يجوز التمتع معهن)

قال: فواسق

(همه نساء مدینه فواسق بوده‌اند)

قلت:

فأتزوج منهن؟ قال: نعم. «۲»

«فواسق» در این روایت دو احتمال دارد:

۱- انحرافات از مسیر عفت که بعید است تمام زنان مدینه این گونه باشند.

۲- انحراف از مذهب اهل بیت علیهم السلام.

چون روایت را صاحب وسائل در باب متعه آورده به ذهن می‌رسد که زن‌ها فاجره هستند و حال آن که این گونه نیست پس روایت

علاوه بر سند در دلالت هم مشکل دارد.

... * عن اسحاق بن جریر

(علّامه قائل به توثیق اوست، ولی در مورد او توقّف می‌کند چون از واقفیه است که بر موسی بن جعفر علیه السلام توقّف کردند)

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنَّ عندنا بالكوفة امرأةٌ معروفةٌ بالفجور أ يحلُّ أن أتزوجها متعة؟ قال: فقال: رفعت رايه؟

قلت: لا لو رفعت رايه أخذها السلطان قال: نعم تزوّجها متعة قال: ثم أصغى الى بعض مواليه فأسرّ اليه شيئاً فلقيت مولاه فقلت له: ما

قال لك؟ فقال: إنّما قال لي: و لو رفعت رايه ما كان عليه في تزويجها شيء إنّما يخرجها من حرام الى حلال. «۳»

ذیل روایت دو احتمال دارد:

۱- به طور کامل او را توبه می‌دهد که این تبدل موضوع است چون بعد از توبه به او عنوان فاجر صدق نمی‌کند.

۲- در همین مدّت کوتاهی که متعه اوست از حرام در آورده که احتمال دوّم بهتر به نظر می‌رسد.

۶۹ ادامه مسأله ۱۸ ... ۱۸ / ۱۱ / ۸۲

جمع بين ادلّة جواز و حرمت:

دو طریق جمع دلالتی بیان می‌کنیم:

۱- جمعی که در همه جای فقه داریم و آن این که روایات ناهیه را حمل بر کراهت و روایات مجوّزه را حمل بر جواز به معنی الاعم کنیم، چون روایات مجوّزه نصّ در جواز و روایات ناهیه ظهور در حرمت دارد و ما حمل ظاهر بر نص می‌کنیم و می‌گوییم منظور کراهت است، که همان فتوای مشهور است که گفته‌اند متعّه فاجره مکروه است.

۲- روایات ناهیه را حمل بر مشهورات بالفجور و روایات مجوّزه را حمل بر غیر مشهورات کنیم و شاهد آن روایاتی بود که در خصوص مشهورات وارد شده و این روایات شاهد بر این جمع است.

پس جمع دلالتی بین روایات ناهیه و روایات مجوّزه موجود است، ولی ما نحن فیه خصوصیتی دارد که این خصوصیت مانع چنین جمعی می‌شود. مانع چند امر است:

مانع اول: آیه ظاهر در حرمت بود و ما به آسانی نمی‌توانیم از آیه رفع ید کنیم، و حمل آیه هم بر کراهت مشکل است، چون زانیه در کنار مشرکه آورده شده و نکاح آن قطعاً حرام است.

مانع دوم: لازمه این کار تداخل میاه است، چون اگر این زن که تا دیروز با دیگری بود امروز با مرد دیگر باشد تداخل میاه لازم می‌آید و شارع مقدّس به شدت از تداخل میاه منع می‌کند.

سلمانا، که بگوییم استبرای رحم به حیضه در فاجره لازم است- همان گونه که بعضی احتیاط و جویی کرده و آن را لازم دانسته‌اند- در این صورت تداخل میاه قبل با بعد نمی‌شود ولی الان با بعد می‌شود.

ان قلت: ما می‌دانیم که «الولد للفراش و للعاهر الحجر»،

(۱) ح ۱، باب ۹ از ابواب متعه.

(۲) ح ۲، باب ۹ از ابواب متعه.

(۳) ح ۳، باب ۹ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۸۹

بنابراین به حسب ظاهر فرزند به نکاح ملحق است و مادامی که امکان استناد به نکاح هست به فجور نسبت نمی‌دهیم.

قلنا: این در مقام اثبات است و ما حرفی نداریم، ولی در مقام ثبوت بالاخره میاه با هم مخلوط شده است و نمی‌توان کاری کرد. این دستور شارع برای جلوگیری از نزاع است و به همین جهت با مذاق شارع موافق نیست که اجازه تداخل میاه دهد.

مانع سوم: غالباً زن‌های فاجره عدّه نگه نمی‌دارند، پس شخصی که با این زن نکاح می‌کند و می‌داند که زن عدّه نگه نمی‌دارد تعاون بر اثم و عدوان کرده، چرا که او را به اندازه مدّت عدّه در حرام نگه داشته و این اعانت بر اثم است و نمی‌توان به سادگی از کنار آن گذشت.

مانع چهارم: در بسیاری از موارد قصد جدّ (قصد جدّی برای نکاح) در فواجر موجود نیست و در چنین جایی احراز جدّ آسان نیست، حتی در روایات داشتیم که در همان وقتی هم که به نکاح متعه کسی در آمده کار سابقش را ادامه می‌دهد، البته نمی‌گوییم قصد جدّ محال است ولی غالباً قصد جدّ نیست.

مانع پنجم: نکاح فواجر در بسیاری از موارد سبب اّتهام به فجور می‌شود.

اضف الی ذلک، زبان مخالفین هم بر ما باز می‌شود و می‌گویند این نکاح متعه با فجور چه فرقی دارد و فقط اسم آن متفاوت است و از نظر ماهیت با زنا یکی است و ظاهر آن هم با فجور یکی است.

این پنج نکته چیزی است که جلوی ما را در جمع بین دو دسته روایت به کراهت می‌گیرد و لذا ما سراغ آیه قرآن می‌رویم و به ظاهر آیه عمل می‌کنیم و لااقل قائل به احتیاط و جویی می‌شویم تا آلودگی در جوامع اسلامی بوجود نیآوریم و جلوی اّتهام را

بگیریم، پس با این که مشهور قائل به کراهت شده‌اند، ولی با وجود مفاسد ناچاریم بگوییم یا حرام است و یا احتیاط واجب در ترک آن است، چرا که نکاح جای احتیاط است.

قول سوّم: يجوز إذا منعها من الفجور (قول به تفصیل)

قائلین این قول، جواز را مقید کرده و گفته بودند که لا يجوز الا اذا منعها من الفجور پس این قول تفصیل داده‌اند بین منع از فجور و عدم منع.

منظور قائلین به این قول چیست؟ آیا منظورشان منع موقت است یا دائم؟ اگر منع دائم باشد در این صورت زن فاجره نیست و تائبه است و موضوع عوض شده و تفصیل بین موضوع و خارج موضوع است که در واقع تفصیل نیست؛ ولی ظاهراً منظور این است که مادامی که در نکاح این شخص است او را منع کند. چند روایت هم بر آن دلالت دارد:

...* عن موسی بن بکر

(مشکل دارد)

عن زرارۀ عن ابي جعفر عليه السلام قال: سئل عن رجل أعجبته امرأة فسأل عنها فإذا الثناء عليها في شيء من الفجور (ثناء به معنای ذمّ است)

فقال: لا بأس بأن يتزوجها ويحصنها

(باز دارد). «۱»

...* عن علی بن حدید

(مورد اشکال است)

عن جميل، عن زرارۀ

قال: سأله عمّار و أنا حاضر عن الرجل يتزوج الفاجرة متعاً قال:

لا بأس و إن كان التزويج الآخر

(نکاح دائم)

فليحصن بابه

(منع کند). «۲»

این روایت از بحث متعه خارج است و در مورد نکاح دائم است.

* عبد الله بن جعفر في (قرب الاسناد) عن أحمد و عبد الله ابني محمد بن عيسى، عن الحسن محبوب، عن علی بن رثاب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة الفاجرة يتزوجها الرجل المسلم قال: نعم و ما يمنعه و لكن إذا فعل فليحصن بابه مخافة الولد (ولد حرام). «۳»

این سه روایت از نظر سند اشکال دارد و معرض عنهای مشهور است و دلالت آنها هم روشن نیست که آیا منع ابدی است که تائبه باشد یا منع موقت است؛ همچنین بعضی هم در مورد عقد دائم است.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: نکاح فاجره جایز نیست یا به عنوان فتوا یا به عنوان احتیاط واجب، و منع کردن از فجور و منع نکردن فائده‌ای ندارد، مگر این که منع دائم باشد که در این صورت زن تائبه است و موضوع عوض می‌شود.

۷۰ م عروه (استبراء الرحم في متعة الفاجرة ...) ۱۹ / ۱۱ / ۸۲

در ذیل مسائل عقد موقت دو مسأله داریم که در تحریر الوسیله نیامده و محلّ حاجت است.

مسأله اول: در صورت جواز متعه فاجره آیا استبرای رحم (چیزی شبیه عده) قبل از نکاح لازم است؟

(۱) ح ۲، باب ۱۲ از ابواب مصاهره.

(۲) ح ۴، باب ۱۲ از ابواب مصاهره.

(۳) ح ۶، باب ۱۲ از ابواب مصاهره.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۹۰

مسأله دوم: آیا متعه بکر جایز است و اگر جایز است آیا ازاله بکارت هم جایز است؟

[مسأله اول: در صورت جواز متعه فاجره آیا استبرای رحم (چیزی شبیه عده) قبل از نکاح لازم است؟]

مسأله اول را مرحوم سید در عروه متعرض شده و می‌فرماید:

و الأحوط الأولى (احتیاط مستحبی) أن یکون بعد استبراء رحمها بحیضه من مائه أو ماء غیره (چون عنوان مسأله این است:

کسی که مورد فجور خود انسان است آیا نکاحش جایز است؟) «۱»

اقوال:

در مسأله دو قول است:

۱- استحباب که ظاهر عروه است و بسیاری از محشّین عروه با آن موافقت کرده و حاشیه‌ای نرده‌اند و شاید ظاهر مشهور هم همین باشد، چون غالباً متعرض نشده‌اند و اگر واجب بود متعرض می‌شدند، پس از این که متعرض نشده‌اند عدم وجوب استفاده می‌شود. مرحوم آقای سبزواری در مذهب الاحکام استحباب را اختیار کرده است.

۲- استبرای رحم واجب است منتها از ماء فجور و فرقی نمی‌کند که ماء خودش باشد یا دیگری.

مرحوم آقای حکیم در مستمسک در ذیل این مسأله می‌فرماید:

و فی المسالک عن التحریر لزوم العده علی الزانیة مع عدم الحمل (اگر حامله باشد عده ندارد چون اختلاط میاه نیست) ثم قال (شهید ثانی) و لا- بأس به (وجوب) حذراً من اختلاط المیاه و تشویش الانساب و اختاره فی الوسائل (در بیان عناوین ابواب گاهی فتوا می‌دهد) و الحدائق. «۲»

دلیل وجوب استبرا: روایات

بعضی از روایات از نظر سند معتبر و بعضی معتبر نیست که از مجموع آنها استفاده می‌شود عده بر فاجره واجب است منتها زمان عده کوتاه است.

* و عن محمد بن یحیی، عن بعض أصحابنا

(مرسله است)

عن عثمان بن عیسی، عن إسحاق بن حریر، عن أبی عبد الله علیه السلام قال: قلت له: الرجل یفجر بالمرأة ثم یدو له فی تزویجها هل یحلّ له ذلك؟ قال:

نعم إذا هو

(رجل)

اجتنبها

(دوری کند از مرثه)

حَتَّى تَنْقِضِي عِدَّتَهَا بِاسْتِبْرَاءِ رَحْمِهَا مِنْ مَاءِ الْفَجْرِ

(وقتی در فجور خودش استبرا لازم است در فجور دیگری به طریق اولی لازم است)

فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا

(وقتی بعد از استبرای رحم جایز است یعنی قبل از آن جایز نیست و حرام است)

وَ إِنَّمَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا بَعْدَ أَنْ يَقِفَ عَلَى تَوْبَتِهَا

(ذیل روایت دلیل دیگری برای حرمت ازدواج با فاجره است که می‌فرماید بدون توبه جایز نیست). «۳»

بعضی روایت را با این که مرسله است موثقه دانسته‌اند و دلیل آن سند دیگری است که روایت دارد:

محمد بن الحسن

(شیخ طوسی)

باسناد

(اسناد شیخ طوسی صحیح است)

عن احمد بن محمد بن عیسی، عن اسحاق بن حرز،

به همین جهت روایت را معتبر دانسته‌اند.

...* عن حسن بن علی بن شعبه فی [تحف العقول]

(مرسله است)

عن أبي جعفر محمد بن علی الجواد أنه سئل عن رجل نكح امرأة علی زنا أ یحلّ له أن یتزوجها؟ فقال: یدعها حتّی یتبرئها من نطفته

و نطفة غیره إذا لا یؤمن منها أن تكون قد أحدثت مع غیره حدثاً كما أحدثت معه ثم یتزوج بها إن اراد «... ۴»

مرسلات تحف العقول با ارزش است و با ضمیمه به روایت قبل عمده دلیل قائلین به وجوب است و در موردی است که خود فاجر

می‌خواهد نکاح کند پس در جایی که ماء غیر است به طریق اولی استبرا لازم است.

اضف الی ذلک، ما روایات مطلقه‌ای داریم که می‌فرماید:

العِدَّةُ مِنَ الْمَاءِ، مَطْلُوقٌ اسْتِ بَرَاءِ رَحْمِهَا مِنْ مَاءِ الْفَجْرِ وَ نِكَاحٍ رَا شَامِلٍ مِی شُود.

...* عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله

(از چه کسی سؤال کرده است)

أبی و أنا حاضر عن رجل تزوج امرأة فأدخلت علیه و لم یمسها

(زوجه را به خانه زوج آوردند ولی مس نکرده است)

و لم یصل الیها حتّی طلقها هل علیها عدّة؟ فقال: إنّما العِدَّةُ مِنَ الْمَاءِ

(این جمله عام است حتّی ماء فجور را هم شامل می‌شود، یعنی ماء فجور هم عدّه دارد «...» ۵)

چند روایت دیگر هم در همان باب به همین مضمون آمده است. ممکن است گفته شود که اینها منصرف به نکاح است چرا که

سؤال از نکاح است. این روایات و لو متضافر است ولی دلالتش خیلی دلگرم کننده نیست و دلگرمی ما به همان دو روایت سابق

است.

دلیل مشهور:

مشهور دلیل روشنی ندارد و اطلاق روایات جواز نکاح

(۱) عروه، ج ۵، ص ۵۲۵.

(۲) ج ۱۴، ص ۱۵۴.

(۳) ح ۴، باب ۱۱ از ابواب مصاهره.

(۴) وسائل، ج ۱۵، ح ۲، باب ۴۴ از ابواب عدد.

(۵) ح ۱، باب ۵۴ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۹۱

فاجره را که بدون قید است دلیل می‌دانند.

ما نمی‌توانیم همه آن روایات را مقید کنیم در حالی که هیچ یک ندارد که بعد از استبرای رحم جایز است و اگر استبرای رحم لازم بود باید مقید بیان می‌شد. کأن می‌خواهند بگویند اطلاق در مقام بیان است و وقتی در مقام بیان قید بیان نشود معلوم می‌شود که جایی هم که قید ذکر شده واجب نیست و مستحب است.

لکن الانصاف؛ ما نمی‌توانیم به سادگی از کنار این دو روایت بگذریم علی‌الخصوص که مرحوم شهید ثانی چیزی هم اضافه کرده که کأن یک دلیل عقلی است و آن این که باعث تشویش انساب و اختلاط میاه می‌شود، و «الولد للفراس» برای مقام اثبات و ظاهر است ولی در واقع اختلاط میاه شده است. پس ما روایات مطلق را به این روایات مقید، تقیید می‌کنیم و می‌گوییم استبرای رحم لازم است.

و من هنا یظهر، که اگر فتوا بر وجوب ندهیم احتیاط و جویی بجاست؛ البته ما نکاح فاجره را جایز ندانستیم ولی اگر هم قائل شویم باید استبرای رحم شود و بدون استبرای رحم جایز نیست، حتی اگر توبه هم بکند استبرای رحم از ماء فجور لازم است تا نکاح جایز باشد. از اینجا می‌فهمیم که مسأله ۱۸ مسأله پراشکالی است، و چنین اشکالات مهمی دارد.

۷۱ مسأله عروه (متعۀ البکر ...) ۸۲ / ۱۱ / ۲۰

مسأله دوم: آیا متعۀ بکر جایز است؟

اشاره

آیا مطلقاً جایز است یا در مورد «من لیس له أب» جایز است؟ اگر تمتع به بکر پیدا کرد آیا ازاله بکارت جایز است؟

مرحوم محقق در شرایع می‌فرماید:

و یکره أن یتمتع ببکر لیس لها أب (معلوم می‌شود در جایی که أب باشد جایز نیست) فإن فعل فلا یفتضها (ازاله بکارت نکند) و لیس بمحرّم. «۱»

مرحوم صاحب جواهر «۲»، به «لیس لها أب»، «أو لها أب» را اضافه می‌کند، یعنی چه پدر داشته باشد و چه نداشته باشد، هر دو مکروه است.

مرحوم صاحب حدائق می‌فرماید:

الرابعة: قد صرح جملة من الأصحاب بأنه یکره التمتع ببکر لیس لها أب فإن فعل فلا یفتضها و لیس محرّمًا. «۳»

بعضی تمتع به بکر را حرام دانسته‌اند، از جمله کسانی که قائل به حرمت شده‌اند مرحوم ابن براج در کتاب مهذب است، که ما آن را از مختلف علامه نقل می‌کنیم. ابن براج می‌گوید:

و الأحوط أن لا يعقد عليها إذا لم يأذن (أب) في ذلك و قال:

أبو الصلاح: لا يجوز التمتع بالبكر إلا بإذن أبيها. «۴»

مرحوم شیخ در نهاییه بعد از آن که اجازه نمی‌دهد، می‌فرماید:

إلا أنه لا يجوز له أن يفرضها. «۵»

پس بعضی اصل کراهت ازدواج را گفته‌اند و بعضی کراهت اقتضاض را و بعضی حرمت را.

در اینجا بحثی در مورد إذن اب است که قبلاً آن را بحث کردیم و گفتیم: به عنوان اولی دلیلی بر وجوب إذن نداریم ولی به عنوان ثانوی بدون إذن اب اجازه نمی‌دهیم.

در صورت جواز متعه بکر، آیا اقتضاض (ازالۀ بکارت) جایز است؟

آنچه از اقوال استفاده می‌شود این است که اصل تمتع به بکر حرام نیست، ولی موافقه و اقتضاض اختلافی است، بعضی قائل به کراهت و بعضی قائل به حرمت شده‌اند. مشکل این مسأله اختلاف روایات است که بعضی مطلقاً اجازه می‌دهد و بعضی دیگر مطلقاً اجازه نمی‌دهد و طایفه سوم جواز را مشروط به عدم اقتضاض می‌کند. عمده این روایات در باب ۱۱ از ابواب متعه آمده است:

روایات عدم جواز: ح ۱۱، ۱۳، ۱۴، باب ۱۱ از ابواب متعه.

روایات جواز: ح ۳، ۴، ۶ و ۸، باب ۱۱ از ابواب متعه.

روایات مشروط به عدم اقتضاض: ح ۲، ۷، ۹ و ۱۰، باب ۱۱ از ابواب متعه.

روایات متضافر است به همین جهت از اسناد آنها بحث نمی‌کنیم.

روایات عدم جواز:

□

... عن المهلب الدلال أنه كتب الى أبي الحسن عليه السلام إن المرأة كانت معي في الدار ثم إنَّها زوجتني نفسها و أشهدت الله و ملائكته على ذلك ثم إنَّ أباهَا زوجها من رجل آخر فما تقول؟ فكتب عليه السلام: التزويج الدائم

(۱) ج ۲، ص ۵۲۹.

(۲) ج ۳۰، ص ۱۶۰.

(۳) ج ۲۴، ص ۱۳۵.

(۴) ج ۷، ص ۲۳۸.

(۵) همان.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۹۲

لا يكون إلا بولي و شاهدین

(شهود مستحب و اذن ولی لازم است)

و لا يكون تزويج متعه بیکر

(مطلقاً جایز نیست و ظاهر آن حرمت است)

استر علی نفسک و اکتّم رحمک الله. «۱» □

...* عن أبي بكر الحضرمي قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: يا أبا بكر إياكم و الأبقار أن تزوّجوهنّ متعّة (ظاهر در حرمت است). «۲» □

...* عن عبد الملك بن عمرو قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعّة فقال: إنّ أمرها شديد فاتّقوا الأبقار (نهی است). «۳» □

روایات جواز:

...* عن محمد بن عذافر عن من ذكره

(مرسله)

□ عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن التمتع بالأبقار فقال: هل جعل ذلك إلّا لهنّ فليسترن و ليستعفنن (ابکار در نشاط جوانی هستند و اگر از این طریق وارد نشوند آلوده به گناه می شوند). «۴» □

روایات جواز مشروط:

...* عن محمد بن أبي حمزه عن بعض أصحابه

(مرسله)

□ عن أبي عبد الله عليه السلام في البكر يتزوّجها الرجل متعّة؟ قال: لا بأس ما لم يقتضها. «۵» □

جمع بندی روایات: حمل مطلق بر مقید می کنیم یعنی روایاتی که می گوید جایز نیست، حمل بر کراهت می کنیم و قرینه آن روایاتی است که صریح در جواز است. روایات جواز را هم مقید می کنیم به «ما لم يقتض» که نتیجه آن قول شیخ طوسی است، یعنی اصل آن جایز است ولی مع الکراهه و اقتضاض حرام است.

این از نظر عنوان اولی بود و امّا از نظر عنوان ثانوی هم چنین است چون بکری که سراغ متعهای برود که نتیجه آن اقتضاض باشد آینده او به خطر می افتد و اگر اقدام کند، نشانه سفاهت و عدم رشد اوست و پدر هم نمی تواند چنین اجازه ای دهد، چرا که به مصلحت دختر نیست پس این مرحله جایز نیست.

[القول فی العیوب الموجبة لخيار الفسخ و التذلیس]

اشاره

۷۲ القول فی العیوب (الجنون ... ۸۲ / ۱۱ / ۲۵)

القول فی العیوب الموجبة لخيار الفسخ و التذلیس

بحث در عیوبی است که موجب خیار فسخ در عقد نکاح می شود. عیوبی در ناحیه رجل و عیوبی در ناحیه مرئه که اگر هر یک از عیوب دیگری بی خبر باشند و بعد از نکاح باخبر شوند موجب خیار فسخ می شود. هفت عیب در مرئه و چهار عیب در رجل است. این فسخ چه احکامی دارد؟ مهر چه می شود؟ چه تفاوتی با طلاق دارد؟ اینها بحث هایی است که بعداً خواهد آمد. فعلاً در ناحیه خود عیوب بحث می کنیم.

عبارت مرحوم امام (ره) در تحریر مفصل است که ما آن را بخش بخش مطرح می کنیم:

و هی قسمان: مشترک و مختص.

بخش اول: عیوب مشترک بین رجل و مرثه

اشاره

: أما المشترك فهو الجنون و هو اختلال العقل و ليس منه الاغماء و مرض الصرع الموجب لعروض الحالة المعهودة في بعض الأوقات و لكل من الزوجين فسخ النكاح بجنون صاحبه في الرجل مطلقاً سواء كان جنونه قبل العقد مع جهل المرأة به أو حدث بعده قبل الوطء أو بعده نعم في الحادث بعد العقد إذا لم يبلغ حداً لا يعرف أوقات الصلاة تأمل و اشكال فلا يترك الاحتياط و أما في المرأة ففيما إذا كان قبل العقد و لم يعلم الرجل دون ما إذا طراً بعده و لا فرق في الجنون الموجب للخيار بين المطبق و الأدوار و إن وقع العقد حال افاقته كما أنّ الظاهر عدم الفرق في الحكم بين النكاح الدائم و المنقطع.

عیب جنون بین مرد و زن مشترک و دارای حالاتی است

اشاره

و پنج تقسیم در آن تصوّر می شود:

- ۱- جنون قبل از عقد یا بعد از عقد.
- ۲- جنون در رجل یا مرثه.
- ۳- جنون قبل از وطی یا بعد از وطی.
- ۴- جنون گاهی به اندازه‌ای شدید است که اوقات صلاة را نمی فهمد (لا یعقل معه اوقات الصلاة) و گاهی به این شدت نیست بلکه در بعضی مواقع آثار جنون ظاهر است.
- تعبیر «لا یعقل معه اوقات الصلاة» در بعضی از روایات آمده است و به همین جهت بعضی از فقها آن را در کلام خود آورده اند.
- ۵- جنون در عقد دائم یا در عقد موقت.

علاوه بر این، جنون ممکن است مطلق (دائم) و یا ادواری باشد.

پس جنون اجمالاً سبب خیار فسخ و از اجماعیات و مسلمات است، ولی پنج مورد که در تقسیمات فوق الذکر بیان شد محل اختلاف است.

(۱) ح ۱۱، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۲) ح ۱۳، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۳) ح ۱۴، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۴) ح ۴، باب ۱۱ از ابواب متعه.

(۵) ح ۲، باب ۱۱ از ابواب متعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۹۳

اقوال:**اشاره**

اجمال مطلب از مسلمات است که جنون فی الجملة سبب خیار فسخ است ولی در حدود و ثغور آن اختلافاتی شده است. مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد، می‌فرماید:

و الاصل فی کون الجنون عیباً یقتضی الخیار من الجانبین للأخبار المستفیضة عن أهل البيت علیهم السلام من أن النکاح یرد بالجنون و إجماع الأصحاب و إطباق أكثر أهل العلم سوی أبی حنیفه. «۱»

در ادامه مرحوم محقق ثانی تفصیل را ذکر کرده و می‌فرماید، در جنون بعد از عقد سه قول است:

۱- قول شیخ طوسی در مبسوط و خلاف و ابن براج در مهذب که می‌گویند در جنون بعد از عقد، زن و مرد هر دو خیار دارند به شرط این که لا یعقل معه اوقات الصلاة (جنون شدید).

۲- قول ابن ادریس که می‌گوید: اگر جنون در مرد باشد موجب خیار زن است ولی اگر در زن پیدا شود، باعث خیار مرد نمی‌شود، به شرط این که لا یعقل معه اوقات الصلاة.

۳- مرحوم علامه در مختلف می‌گوید: جنون مرد باعث خیار فسخ است و در زن نیست سواء عقل اوقات الصلاة أو لم یعقل. مرحوم محقق ثانی هم قول سوم را اختیار کرده است.

صاحب جواهر می‌فرماید:

هو (الجنون) سبب لتسلط الزوجه الجاهله علی الفسخ دائماً کان الجنون أو أدواراً للصدق (صدق جنون بر جنون ادواری) إذا کان سابقاً علی العقد أو مقارناً له بلا خلاف معتد به أجده فیہ بل الإجماع إن لم یکن محصلاً فهو محکمی علیه «۲»

اقوال اهل سنت:

ابن قدامه در کتاب مغنی، می‌گوید:

إنّ خيار الفسخ یثبت لكل واحد من الزوجین لعیب یجده فی صاحبه فی الجملة، در ادامه از عده‌ای از صحابه و تابعین موافقت را نقل کرده و می‌گوید: و روی عن علی علیه السلام لا- تردّ الحرّة بعیب و به قال النخعی و الثوری و أصحاب الرأی (کسانی که در مقابل حنابله قرار دارند و به اجتهاد به معنای خاص و قیاس و مصالح مرسله رأی دهند) و عن ابن مسعود لا ینفسخ النکاح بعیب و به قال أبو حنیفه و أصحابه إلا أن یكون الرجل مجبواً (بدون آلت رجولیت) أو عنیناً (مرد توانایی به مقاربت ندارد) فإنّ للمرأة الخیار. «۳»

نکاتی در مسأله لازم به ذکر است:**نکته اول: اصل در مسأله**

آیا اصل در مسأله فسخ است یا عدم فسخ؟

آیا اصل اَوْفُوا بِالْعُقُودِ است و هیچ عیبی موجب فسخ نمی‌شود یا این که عیوبی داریم که اَوْفُوا بِالْعُقُودِ شامل آن نمی‌شود؟ عیوب به دو دسته تقسیم می‌شوند:

۱- عیوبی که هدف از ازدواج را از بین می‌برد و با بودن آن عیب، هدف از ازدواج حاصل نمی‌شود، مثل این که رجل مجبوب یا عنین است و یا مرأة موانعی دارد که با وجود آن امکان مقاربت نیست. اَوْفُوا بِالْعُقُودِ شامل این موارد نمی‌شود و عقلاً- این را نمی‌پذیرند و مثل این است که بیعی صورت گرفته و هیچ امکان استفاده از آن نیست، پس اگر روایتی هم در مسأله نباشد به حکم

عقل این عیوب مانع است و می‌گوییم در آنجا اَوْفُوا بِالْعُقُودِ حاکم نیست.

۲- عیوبی که مانع از هدف ازدواج نیست ولی برای زوج و یا زوجه خطرناک است مثل جذام، برص یا ایدز؛ آیا اَوْفُوا بِالْعُقُودِ اینجا را شامل می‌شود؟ در این جاها هم عقلاً اَوْفُوا بِالْعُقُودِ را شامل نمی‌دانند.

مرحوم شیخ انصاری اصالة اللزوم در عقود را در دو جای از مکاسب مطرح فرموده و گفته‌اند هیچ عقدی قابل فسخ نیست الا ما خرج بالدلیل (یکی از اوایل بیع در باب معادلات و دیگری در باب خیارات).

فقها سراغ اصل در مسأله نرفته‌اند ولی بهتر بود مقتضای اصل را بیان می‌کردند؛ بنابراین اگر حدیث یا اجماعی هم نداشتیم در این دو دسته از عیوب قائل به خیار فسخ می‌شدیم.

قاعده لا ضرر هم همین را ایجاب می‌کند ولی ما لازم نمی‌دانیم آن را در کنار اَوْفُوا بِالْعُقُودِ قرار دهیم، ولی اگر لا ضرر را کنار آن قرار دهیم واضح‌تر است.

فبناء علی ذلک:

درست است که اصل اولی در عقود لزوم و عدم فسخ است الا ما خرج بالدلیل و لکن این عیوب منافی غرض اصلی نکاح است و کان طرفین عقد عدم این عیوب را در ذهن خود شرط کرده‌اند و دیگر نیاز به بیان نیست.

(۱) ج ۱۳، ص ۲۱۸.

(۲) ج ۲۹، ص ۳۱۸.

(۳) ج ۷، ص ۵۷۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۹۴

نکته دوم: موضوع جنون

جنون دارای اقسامی است و اشکال مختلفی دارد که به همه آنها عنوان جنون صادق است ولی آیا موضوع حکم جنون مطلق است با مرتبه خاصی از آن مراد است. ممکن است که دیوانه‌ای زنجیری باشد ولی دیوانه‌ای هم باشد بی آزار، و یا دیوانه‌هایی داریم که وقت صلاه را نمی‌فهمند و یا نماز نمی‌خوانند و بعضی هم هستند که نماز می‌خوانند و اوقات صلاه را می‌شناسند.

۷۳ القول فی العیوب (جنون ...) ۸۲ / ۱۱ / ۲۶

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۵، ص: ۹۴

نکته سوم: الحاق عیوب دیگر

بیماری‌هایی در عصر و زمان ما پیدا شده که خطرناکتر از بیماری برص و جذام است که در روایات وارد شده و بعید نیست با قیاس اولویت این بیماری‌ها را هم داخل بدانیم، مثل ایدز که سیستم دفاعی بدن را به خطر می‌اندازد و انسان آماده پذیرش هر بیماری شده و در مدت کمی به انواع بیماری‌ها مبتلا می‌شود، چرا که عوامل بیماری در اطراف ما زیاد است، ولی نیروی دفاعی بدن - که یکی از نشانه‌های توحید است - مانع از ابتلای انسان به بیماری است و با از بین رفتن این نیرو انسان به راحتی بیمار می‌شود. بیشترین راه انتقال این بیماری هم از راه آمیزش است، حال اگر زوج یا زوجه به این بیماری مبتلا باشد خطرناکتر از بیماری برص یا جذام

است.

نکته چهارم: عیوب قابل رفع

در زمان سابق بیماری‌هایی بود که مانع از هدف ازدواج بود ولی در حال حاضر با یک جراحی ساده آن بیماری یا عیب مرتفع می‌شود، مثل گوشت‌های اضافی مانع از آمیزش و از این قبیل، آیا آنچه که در سابق مطابق روایات از عیوب قابل فسخ بوده اکنون هم هست یا بگوئیم موضوع عوض شده و راه درمان دارد؟

نکته پنجم: بین خیار عیب، خیار شرط و خیار تدلیس در محل کلام ما فرق است ولی گاهی اینها با هم مخلوط می‌شود؛

خیار شرط این است که در هنگام عقد شرط سلامت کرده، ازدواج می‌کند که در این صورت اگر زوجه مثلاً یک انگشت نداشته باشد با این که از عیوب منصوصه نیست ولی چون شرط سلامت من جمیع الجهات کرده خیار فسخ دارد. خیار شرط سلامت در نکاح به خودی خود موجود نیست چون اگر بود این بحث‌ها لغو بود و ذکر این عیوب لازم نبود. خیار تدلیس هم چنین است مثلاً عیب دختر را مخفی کرده ولی بعد معلوم می‌شود که معیوب بوده، در این صورت خیار تدلیس ثابت است و این غیر از ما نحن فیه (خیار عیب) است، پس محل کلام، خیار عیب است نه خیار شرط و نه خیار تدلیس.

[جنون مرد]

جنون سابق در ناحیه زوج:

اشاره

آیا جنون قبل از عقد در ناحیه زوج باعث خیار فسخ برای زوجه می‌شود؟ مشهور و معروف این است که زوجه خیار فسخ دارد.

ادله جواز فسخ در جنون سابق زوج

۱- انصراف ادله وفای به عقود

ادله وفای به عقود از این عقد منصرف است.

۲- نفی ضرر

این عقد ضرری است در حالی که مطابق ادله «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» ضرر و ضراری در اسلام نیست.

۳- نفی غرور

المغرور یرجع الی من غرّ یعنی حقّ خیار دارد و یا نهی النبی عن الغرر.

۴- قاعده نفی حرج

الزام زوجه به این عقد عسر و حرج شدید دارد به همین جهت مجاز است که فسخ کند.

۵- روایات

* محمد بن الحسن باسناده عن محمد بن علی بن محبوب عن احمد بن الحسين □ عن القاسم بن محمد (جوهری)

عن علی بن اُبی حمزۀ

(البطائنی)

قال: سئل أبو إبراهيم

(موسی بن جعفر علیه السلام)

عن امرأة یكون لها زوج قد اصیب فی عقله

(عقل درستی ندارد)

بعد ما تزوّجها أو عرض له جنون

(رسماً دیوانه است)

قال: لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت. «۱»

وقتی در جنون عارضی بعد از عقد خیار فسخ داشته باشد در جایی که از اول جنون داشته به طریق اولی خیار فسخ دارد.

علی بن ابی حمزۀ بطائنی زیاد مورد مذمت واقع شده است.

نجاشی درباره او می گوید:

(۱) ح ۱، باب ۱۲ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۹۵

هو احد عُمد الواقفۀ،

واقفه کسانی هستند که بر موسی بن جعفر علیه السلام توقف کرده‌اند و او امام صادق علیه السلام و امام موسی بن جعفر علیه السلام را درک کرده است.

علی بن حسن بن فضال که از فطحیه ولی ثقه است در مورد او می گوید:

أنه کذاب متهم ملعون و در ادامه می گوید او کتاب تفسیری دارد که روایات زیادی در آن نقل کرده ولی من حلال نمی دانم یک روایت هم از او نقل کنم. فطحیه از واقفیه بهتر هستند، چون واقفیه هفت امامی ولی فطحیه همه ائمه را قبول دارند. هستند.

ابن غضائری که خیلی تند است در مورد او می گوید: او شدیدترین دشمن امام رضا علیه السلام است که در این صورت ناصبی می شود، پس این روایت به خاطر او سندش ضعیف است و ضعف دیگر روایت «قاسم بن محمد جوهری» است، ولی مشهور که به این روایت عمل کرده‌اند شاید علائمی دیده‌اند که به دست ما نرسیده است.

سه روایت هم از حلبی داریم که این سه روایت را صاحب وسائل در دو باب نقل کرده است «۱» که سند و مضمون این احادیث یکی است و ظاهر این است که این سه روایت در واقع یک روایت و سند آن معتبر ولی مشکل دلالی دارد.

۷۴ القول فی العیوب (جنون ...) ۲۷ / ۱۱ / ۸۲ □

... عن حمّاد، عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في الرجل يتزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء

(یک چشمی)

و لم یبنوا له قال:

لا تُردُّ و قال: إنَّما یردُّ النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل

(گوشتی که مانع است) الحدیث. «۲»

درست است که سؤال از امرأه است، ولی بعضی معتقدند که جواب عام است.

...* عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إنَّما یردُّ النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل. «۳»

در واقع یک قسمت از روایت قبل است و صدر آن حذف شده است.

* و عنه، عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: إنَّما یردُّ النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل قلت: أ رأیت

إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها؟ قال: المهر لها بما استحلَّ من فرجها و یغرم وليها الذي أنکحها مثل ما ساق اليها. «۴»

ذیل روایت انسان را به فکر وامی دارد که آیا بحث عیوب است یا تدلیس، چرا که ذیل در مورد تدلیس، ولی صدر در مورد عیوب است.

آیا این سه حدیث یک حدیث است؟

در مراجعه به منابع (کافی، تهذیب و استبصار) مشاهده می کنیم که در بعضی از این منابع یک حدیث نقل شده و در بعضی دو حدیث نقل شده است ولی ظاهراً یک حدیث است که در یک روایت فقط قسمت وسط نقل شده و در یک روایت قسمت وسط و صدر و در روایت دیگر وسط و ذیل آن نقل شده و در واقع تقطیع شده است. صدر و ذیل این روایت در مورد مرئه و در وسط آن هم عفل که از عیوب زنان است آمده، آیا این سه قرینه سبب نمی شود که بگوییم روایت شامل رجل نمی شود؟ چرا که در اصول گفتیم إذا كان الكلام محفوفاً بما يصلح للقرينة سقط الظهور عن الحجية، پس مشکل است از روایت حلبی جنون رجل را ثابت کنیم.

مرحوم صاحب جواهر بحثی در لفظ «یرد» دارد که آیا به صیغه معلوم است یا مجهول؟ ایشان می فرماید اگر به صیغه معلوم بخوانیم یعنی یرد الرجل المرأة، که در این صورت دلالت ندارد ولی اگر به صیغه مجهول بخوانیم هم رجل و هم مرأه را شامل می شود، ولی ما می گوییم مجهول یا معلوم بخوانیم کلام محفوف بما يصلح للقرينة است و دلالت روایت ثابت نیست و نمی توانیم به روایت حلبی استناد کنیم و دلیل ما همان روایت ابی حمزه و قاعدة لا ضرر است.

۷۵ القول فی العیوب (جنون ...) ۱۷ / ۱۲ / ۸۲

ادله جواز فسخ در جنون سابق زوج:

در اینجا چند دلیل است که قبلاً به آن اشاره شده است:

۱- اجماع:

ادعا شده که مسأله اجماعی است ولی این اجماع مدرکی است.

۲- بنای عقلا:

این دلیل را ذکر نکرده اند؛ عقلا معتقدند که ادله أوفوا بالعقود

(۱) ح ۱ و ح ۱۰ باب ۱ و ح ۵ باب ۲ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۶ باب ۱ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۱۰ باب ۱ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۵ باب ۲ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۹۶

از این موارد که مانع زوجیت است، منصرف است.

۳- دلیل نفی ضرر:

عمل به این عقد ضرری است، مگر این که اختیار داشته باشد که فسخ کند. ادله عسر و حرج هم همین را می گوید.

۴- روایات:

روایاتی داریم که گفته شده است این روایات دلالت بر مطلوب دارد. بعضی گفته‌اند این روایات عمده دلیل است و کأن دلایل

دیگر را کافی ندانسته‌اند. روایاتی هم از حلبی داشتیم که احتمال داشت یک روایت باشد:

... عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام إنه قال: في الرجل يتزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء

(سؤال از عیب زن است)

و لم يبينوا له قال:

لا تردّ و قال: إنما يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل الحديث. «۱»

از نظر سند:

روایت اسناد متعددی دارد که بعضی صحیح است.

از نظر دلالت:

بعضی معتقدند که نکاح عام است و «یردّ»، رجل را شامل می شود یعنی به اطلاق روایت تمسک کرده‌اند.

... قال: سئل أبو ابراهيم عليه السلام عن امرأة يكون لها زوج قد أصيب في عقله بعد ما تزوّجها

(پس در جنون ابتدایی قبل از عقد به طریق اولی قابل فسخ است)

أو عرض له جنون قال: لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت. «۲»

این روایت دلالتش خوب و سندش ضعیف است، ولی مجموع من حیث المجموع روایات خوب است علاوه بر این که عمل مشهور

را هم دارد؛ پس علاوه بر ادله سابق روایات هم به عنوان دلیل قابل استدلال است.

۷۶ القول فی العیوب (جنون ...) ۱۸ / ۱۲ / ۸۲

جنون لاحق زوج:

اشاره

گاهی زوج در هنگام عقد دارای عقل و شعور کافی است ولی بعد از عقد بر اثر عللی گرفتار جنون می شود. آیا جنون لاحق هم

باعث فسخ می شود؟

مشهور و معروف این است که جنون لاحق هم باعث فسخ است و صاحب جواهر ادعای اجماع می کند منتها جمعی از بزرگان قدما

مثل مرحوم صدوق، مفید، شیخ طوسی، ابن زهره، ابن براج، ابن ادریس شیخ و بعضی از کتبش به آن قید زده و گفته‌اند که جنونی

موجب فسخ است که لا- یعقل معه اوقات الصلاة و حتی صاحب ریاض نسبت به اکثر می دهد. مسأله به قدری پیچیده است که

مرحوم محقق در شرایع می فرماید:

و هو فی موضع التردد. «۳»

ادله جواز فسخ در جنون لاحق زوج:

اشاره

اما دلیل این که جنون لاحق هم موجب خیار فسخ است همان ادله سابق است، یعنی به ادله لا ضرر و ادله نفی عسر و حرج در اینجا نیز می‌توان استدلال کرد و بعضی از روایات هم مطلق بود که می‌فرمود «یرد النکاح من الجنون» و روایات مقید هم داشتیم (روایت علی بن ابی حمزه) که در مورد جنون لاحق بود و ما جنون سابق را با قیاس اولویت از آن استفاده کردیم:

... قد أصیب فی عقله بعد ما تزوّجها أو عرض له جنون، قال: لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت. «۴»

پس اصل این که جنون لاحق موجب فسخ است محلّ اشکال نیست بلکه کلام در این است که آیا مقید به قیدی هست یا نه؟ جماعتی از بزرگان قدما، جنون را به لا- یعقل معه اوقات الصلاة یعنی جنونش عمیق است، و تکلیف نماز از او ساقط است، مقید کرده‌اند.

این قید از کجا آمده و دلیل آن چیست؟

به چند دلیل تمسک شده است:

۱- اصل:

اصل این است که اگر کمتر از این قید باشد لزوم جاری می‌شود (اصالة اللزوم) و فسخ جایز نیست.

۲- روایت مرسله صدوق:

دلیل عمده این مسأله، روایت مرسله‌ای است که مرحوم صدوق در کتاب من لا یحضر نقل کرده و مرحوم صاحب وسائل هم این حدیث را نقل می‌کند.

* محمد بن علی بن الحسین

(صدوق)

قال: روی

(راوی کیست؟)

إنه إن بلغ بالجنون مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة فُرّق بينهما
(از این کلمه استفاده می‌شود که جنون بعداً عارض شده است)
فإن عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه فقد بُليت. «۵»

(۱) ح ۶، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۱، باب ۱۲ از ابواب عیوب.

(۳) جواهر ج ۳۰، ص ۳۲۲

(۴) ح ۱، باب ۱۲ از ابواب عیوب.

(۵) ح ۳، باب ۱۲ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۹۷

معنای ذیل روایت این است که زن و مرد گاهی بیماری‌هایی پیدا می‌کنند که می‌شود با آن زندگی کرد و باعث جدایی نمی‌شود و نمی‌توان گفت هر بیماری موجب فسخ است.

۳- حدیث فقه الرضا:

مرحوم صاحب وسائل فقه الرضا را قبول ندارد و از آن روایتی نقل نمی‌کند ولی مرحوم حاجی نوری در مستدرک از آن نقل می‌کند.

* فقه الرضا علیه السلام: إذا تزوّج رجل فأصابه بعد ذلك جنون فيبلغ به مبلغاً حتى لا يعرف أوقات الصلاة فزق بينهما وإن عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه فقد ابتليت. «۱»

از نظر سند:

حدیث بودنش مشکوک است چون این کتاب از امام نیست چرا که تعبیراتی دارد که از امام صادر نمی‌شود؛ بلکه قدماء معمولاً به متون روایات فتوا می‌دادند، پس بعید نیست که بگوییم اگر این کتاب پدر صدوق (علی بن بابویه) است او به متون روایات فتوا داده است.

روایت قبل از جهت سند ضعیف بود ولی چون جماعتی از قدماء به آن عمل کرده‌اند، جبران ضعف سند می‌شود، حتی بزرگانی که به خبر واحد عمل نمی‌کنند (مثل ابن ادریس) به آن عمل کرده‌اند پس سند درست می‌شود.

از نظر دلالت:

دو قسمت از روایت بحث دارد:

۱- کلمه «فزق بینهما»: معنای این کلمه این است که نکاح خود به خود باطل می‌شود نه این که اگر خواست فسخ می‌کند و این چیزی است که کسی به آن فتوا نمی‌دهد.

اللهم إلاً أن يقال: این تعبیر اشاره به حق فسخ است، یعنی اگر زن عالماً و عامداً بخواهد با مجنون زندگی کند اشکالی ندارد و باطل نیست؛ پس اشکال اول کنار می‌رود.

۲- آیا این قید توضحیحی است یا احترازی؟

اگر بگوییم قید احترازی است معنایش این است جنون بر دو قسم است، قسمی لا- یعقل معه اوقات الصلاة و قسم دیگر یعقل معه اوقات الصلاة و شارع می‌گوید که قسم اول موجب خیار فسخ است، ولی اگر قید توضحیحی باشد یعنی این قید نشانه جنون را بیان می‌کند. صاحب جواهر اصرار دارد که قید توضحیحی است و لذا می‌گوید مسأله اجماعی است و مخالفی نداریم و در ادامه می‌فرماید در جنون سابق هیچ کس این قید را نگفته است.

صاحب جواهر در اینجا جمله کوتاهی دارد و می‌فرماید:

لا ینبغی صدوره من أصاغر الطلبة فضلاً عن اساطین المذهب و قوامه. «۲»

پس آنها هم منظورشان قید توضحیحی بوده و مسأله اجماعی است.

ولی وقتی در قید دو احتمال داریم چگونه می‌توان حکم را محدود به این قید دانست.

بعید نیست که قید احترازی باشد، چون اصل در قید، احترازی بودن است و این که جنون هم اقسامی دارد و همه مراحلش شدید نیست، چیزی است که کسی نمی‌تواند انکار کند و صاحب جواهر هم نمی‌تواند منکر شود، پس قید نمی‌تواند توضحیحی باشد و قید احترازی است و جنون چنان نیست که همیشه در این حد باشد تا قید توضحیحی شود.

و اما کلام صاحب جواهر که چرا در جنون سابق این قید را نمی‌گویید و در جنون لاحق این قید را می‌آورید، فرقی روشن است، چون در جنون سابق می‌توانند به راحتی از هم جدا شوند ولی در جنون لاحق بعد از مدت‌ها زندگی می‌خواهند از هم جدا شوند و بنابراین گفته می‌شود تا می‌توانند تحمل کنند؛ پس بین جنون در ابتدای حال که جنون را در هیچ مرحله‌ای تحمل نمی‌کنند و بین

ادامه، که مدتی با هم زندگی کرده‌اند و جنون را در بعضی مراحل تحمّل می‌کنند، فرق است.

فلهذا ما به محقق آفرین می‌گوییم که می‌گوید در مسأله تردد است، چون ممکن است کسی روایت را زنده کرده و قید را به رسمیت بشناسد چرا که سند قابل جبران است و مرحوم امام (ره) هم در متن تحریر به تأمل محقق توجه کرده‌اند.

نتیجه: ما هم احتیاط کرده و می‌گوییم در جایی که جنون شدید است و لا یعقل معه اوقات الصلاة حقّ فسخ دارد و در صورتی که شدید نیست احتیاط این است که تحمّل کند.

۷۷ القول فی العیوب (جنون ...) ۸۲/۱۲/۱۹

بقی هنا امور:

الامر الاوّل: فرقی بین جنون مطبق (دائمی) و جنون ادواری نیست.

(۱) مستدرک، ج ۱۵، ح ۱ باب ۱۱ از ابواب عیوب.

(۲) ج ۳۰، ص ۳۲۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۹۸

جنون مطبق این است که همیشه جنون دارد و خوب نمی‌شود و در جنون ادواری گاهی خوب می‌شود و گاهی جنون دارد. هر دو قسم جنون موجب حقّ خیار و دلیل آن اطلاقات ادله است و حدیثی در مورد جنون ادواری وارد نشده است.

در روایت داشتیم که «یُرَدُّ النکاح من الجنون»، لفظ جنون عام است و ادواری و مطبق را شامل می‌شود ادلّه عسر و حرج و لا ضرر هم عام است و شامل جنون ادواری و مطبق می‌شود.

بحث جنون ادواری در فقه مبهم است و ابهامات زیادی دارد و با این که در بسیاری از مباحث فقه مثل حدود، بیع ... مطرح است، ولی بحث مستوعبی در مورد آن نداریم.

ابهامات آن از جهات مختلف است:

۱- جنون ادواری مختلف است گاهی در هر ماه یکی دو ساعت و گاهی بیشتر است، آیا در جایی که یکی دو ساعت در ماه جنون دارد، باز موجب حقّ فسخ است و یا حقّ فسخ در جایی است که دوره جنون و بهبودی به یک اندازه باشد؟

۲- این که گفته می‌شود در جنون ادواری حقّ فسخ ثابت است آیا زوجه مطلقاً حقّ فسخ دارد یا باید در روزی که در حالت جنون است فسخ کند؟

۳- فقها در دوره افاقه عقود این شخص را صحیح می‌دانند؛ چرا که به مناسبت مسأله آینده می‌گویند کسی که دارای جنون سابق است چگونه می‌تواند عقد بخواند؟

در جواب می‌گویند شاید جنون ادواری بوده و در دوره افاقه عقد خوانده است؛ از جمله کسانی که به این معنا اشاره کرده‌اند صاحب جواهر «۱»، صاحب حدائق «۲» و مرحوم سبزواری «۳» است.

آیا واقعاً همینطور است و عقلاً عقود کسی را که جنون ادواری دارد می‌پذیرند یا می‌گویند به عقد او اعتباری نیست؟ این مسأله هم مبهم است.

اما این که اطلاق ادله را بگیریم و حتی در مورد کسی که دوره جنونش کوتاه است بگوییم زوجه حقّ فسخ دارد، مشکل است و اما این که زوجه صبر کند تا در زمان جنون رجل فسخ کند بعید نیست بگوییم که در غیر دوره جنونش هم بتواند فسخ کند، چون بارها دیده شده که این حالات را دارد و این عیب در او موجود است.

و امّا این که آیا عقود او در دوره افاقه صحیح است؛ محلّ بحث است و عقلا- چنین عقدی را نمی پذیرند و اعتماد نمی کنند و اطمینان ندارند. بله در جایی که یک سال عاقل است چند روزی جنون دارد، ممکن است با آن معامله عاقل کنند، پس لااقل باید تفصیل قائل شویم. اما نسبت به تکالیف بحثی نیست زیرا تکالیف شرعی مثل نماز برای دوران افاقه است و نماز در حال جنون قضا ندارد کما این که نماز شخص بیهوش قضا ندارد.

الامر الثانی: صحت عقد مجنون در جنون سابق چگونه تصوّر می شود؟

یعنی چگونه عقدش صحیح بوده و عقد خوانده که الان زن حق فسخ داشته باشد:

- ۱- ولیّ در حال صغر عقد او را خوانده، چرا که به مصلحت او بوده است.
- ۲- ولیّ در حال کبر عقد او را خوانده است. ولیّ مجنون کبیر محلّ بحث است، بعضی می گویند حاکم شرع است و بعضی پدر را ولیّ می دانند و بعضی معتقدند که اگر جنون متصل به صغر باشد، پدر ولیّ است و اگر بعد از صغر عارض شده باشد، حاکم شرع ولیّ است، ما معتقدیم که ولیّ همیشه پدر است و حاکم شرع دخالتی در این مورد ندارد و بنای عقلا هم همین است و عقلا در این موارد سراغ حاکم شرع نمی روند، پس در کبر، ولیّ (چه حاکم شرع و چه پدر) عقد را می خواند.
- ۳- جنون ادواری است و عقد را خود شخص در دوره افاقه خوانده و صحیح است.

الامر الثالث: آیا بین عقد دائم و منقطع و دخول و عدم دخول در احکام فسخ فرق است؟

گفته اند فرقی نیست چون ادله مطلق است و فرقی بین دخول و عدم دخول و دائم و منقطع نگذاشته اند. اگر عقد موقت کوتاه مدّت باشد و زوج هم دیوانه مردم آزار نیست آیا باز زن حق فسخ دارد؟ این عقد ضرری ندارد چون عقد طولانی و یا دائمی نیست که نتواند با او زندگی کند، پس در اینجا ضرری نیست و اطلاقات ادله اینجا را شامل نمی شود که زمان کوتاه است و ضرری به حال زن ندارد.

جنون زن:

اشاره

در اینجا بحث در جنون زن است که به مرد حق فسخ می دهد.

اقوال:

از نظر اقوال جنون سابق زن مسلم و اجماعی است که

(۱) ج ۳۰، ص ۳۱۸.

(۲) حدائق، ج ۲۴، ص ۳۳۸.

(۳) مهذب، ج ۲۵، ص ۱۱۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۹۹

موجب حق فسخ مرد می شود، ولی در مورد جنون لاحق چیزی نگفته اند، بنابراین ما جنون سابق و لاحق را از هم جدا می کنیم.

جنون سابق زن:**اشاره**

ابتدا جنون سابق را بحث می‌کنیم.

ادله جواز فسخ در جنون سابق:**۱- اجماع:**

این مسأله اجماعی است.

۲- لا ضرر و لا جرح:

ادله لا ضرر و لا جرح اینجا را هم شامل است

۳- انصراف ادله اوفوا بالعقود:

اطلاقات ادله اوفوا بالعقود اینجا را شامل نیست.

۴- روایات:

حدود هفت «۱» روایت داریم که بعضی صحیح و بعضی ضعیف است.

...* عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المرأة تردّ من اربعة أشياء: من البرص و الجذام و الجنون و

القرن و هو العفل

(مانعی در محلّ)

ما لم يقع عليها

(دخول حاصل نشده)

فإذا وقع عليها فلا

(آیا اگر جاهلاً دخول کند حقّ فسخ از بین می‌رود؟). «۲»

...* عن رفاعه بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام قال: تردّ المرأة من العفل و البرص و الجذام و الجنون و أمّا ما سوى ذلك فلا

(این ذیل مشکل آفرین است چون عیوب مرأه هفت عیب است). «۳»

...* عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام إنّه قال في الرجل يتزوج الى قوم فإذا امرأته عوراء و لم يبينوا قال لا تردّ و قال إنّما يرد

النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل. «۴»

تمام این روایات می‌فرماید جنون عیبی است که رجل می‌تواند به واسطه آن عقد را فسخ کند.

۷۸ القول في العيوب (جنون ...) ۲۰ / ۱۲ / ۸۲

جنون لاحق زن:

اشاره

آیا جنون لاحق زن موجب فسخ می شود؟

اقوال:

مشهور و معروف این است که جنون لاحق زن موجب فسخ نمی شود و ادعای اجماع کرده «۵» و مخالفی هم نقل نکرده اند.

ادله قائلین به عدم جواز فسخ:**اشاره**

کسانی که قائل شده اند زوج حق فسخ ندارد به چند دلیل استدلال کرده اند:

۱- اجماع:

جنون لاحق موجب حق فسخ نیست اجماعاً.
جواب از دلیل: این اجماع مدرکی است.

۲- اصالة اللزوم:

اصل در تمام عقود لزوم است و فسخ دلیل می خواهد.
جواب از دلیل: روایاتی که می گوید با جنون می توان عقد را فسخ کرد، مطلق است و جنون سابق و لاحق را شامل می شود و اطلاق این روایات جلوی اصالة اللزوم را می گیرد.

۳- استصحاب:

استصحاب بقای عقد بعد از جنون به طوری که با فسخ، عقد باقی است.
جواب از دلیل: استصحاب در شبهات حکمیة را قبول نداریم و این استصحاب در شبهة حکمیة است به علاوه استصحاب یکی از ادلة اصالة اللزوم است. اصالة اللزوم در معاملات هشت دلیل دارد که مرحوم شیخ آنها را آورده است و یکی از ادلة آن استصحاب است پس استصحاب به اصالة اللزوم بر می گردد و چیز تازه ای نبوده و جواب آن داده شد.

۴- انسباق از روایات باب:

ینسبق من روایات الباب که فقط جنون سابق دلیل فسخ است.
جواب از دلیل: از کدام روایات ینسبق؟ ما غیر از روایات مطلقه روایات دیگری نداریم و اصلاً چنین روایتی نداریم که جنون لاحق را استثنا کند.

نتیجه: همه این ادله قابل ایراد است.

ادله قائلین به جواز فسخ:

اشاره

دلیل قول به عمومیت بر فرض که قائلی داشته باشد- که ندارد- می‌تواند ادله زیر باشد:

۱- لا ضرر.

۲- لا حرج.

۳- اطلاقات روایات:

روایات در جلسه قبل بیان شد و می‌فرمود:

ترد المرأة عن

(۱) ح ۱، ۲، ۵، ۶، ۱۰، ۱۱، ۱۳ باب ۱ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۱ باب ۱ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۲ باب ۱ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۶ باب ۱ از ابواب عیوب.

(۵) مهذب، ج ۲۵، ص ۱۱۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۰۰

الجنون و البرص و ...

که جنون سابق و لاحق ندارد، بنابراین در ظاهر حق با کسی است که قائل به عموم شود ولی مع ذلك هیچ کدام از بزرگان به جواز فسخ فتوا نداده‌اند.

در این مسأله دو قرینه سبب شده است که مشهور چنین فتوا دهند:

قرینه اول: نکته در کلمه «رد» است (لا یرد)، این کلمه به چه معناست؟

به عنوان نمونه روایت می‌فرمود:

«المرأة ترد من اربعة اشياء» (۱)

و یا

«ترد المرأة من العفل و البرص و الجذام و الجنون» (۲)

، کلمه رد را در جایی می‌گویند که چیزی آمده و آن را به همان صورت که آمده است بر می‌گرداند وقتی می‌گویند معیوب را بر می‌گردانند، یعنی همان که آمده همان را بر می‌گردانند که این در واقع معیوب قبل العقد است، پس تعبیر ترد در روایات مختلف نشان می‌دهد که عیبی از اول داشته و همان را بر می‌گردانند و الا اگر به این حال نیامده تعبیر به ترد نمی‌کنند، علی‌الخصوص که سایر عیوب به آن عطف شده است، مثلاً فرمود زن یک چشمی بوده و به خانه شوهر آورده‌اند، امام فرمود فسخ نمی‌شود، معلوم است که از قبل یک چشمی بوده نه این که در خانه شوهر یک چشمی شده است:

فاذا امرأته عوراء و لم یبینوا له قال لا ترد (۳)

؛ این عبارت (یرد النکاح) ... با عبارت قبل در یک سیاق است، همان گونه که عیب قبلی (عوراء)، قبل از نکاح بود، عیوب دیگر که بعد از آن در روایات آمده همه از سابق بوده‌اند و لاحق نیست پس عیب لاحق خیار فسخ ندارد.

قرینه دوم: در عده‌ای از روایات تعبیر به تدلیس شده است

و خیار فسخ شوهر به خاطر تدلیس است که این در باب دوم از ابواب عیوب آمده است و تعبیر تدلیس برای عیوب سابق است و عیوب لاحق تدلیس ندارد.

علما و بزرگان از روایات تدلیس و روایت عوراء و همچنین کلمه ترد استفاده کرده و به همین جهت فقط در عیوب سابق قائل به فسخ شده‌اند.

نتیجه: روایات اطلاق ندارد و فقط شامل جنون سابق می‌شود و به قرینه روایت عوراء، روایات تدلیس و کلمه «یرد» در روایات، شامل جنون لاحق نمی‌شود و علی القاعده چیزی که در خانه شوهر معیوب شده، نباید برگردد، چون انسانها در معرض بلا هستند و هر کسی بیمار می‌شود، مخصوصاً در سنین بالا، و بنا نیست به عیوب لاحق فسخ شود و این طبیعت زندگی بشر است که بیماریها و بلاها وجود دارد پس کلام مشهور درست است.

ان قلت: چرا در ناحیه مرد به عیوب لاحق زن حق فسخ دارد؟

قلنا: در مورد جنون مرد روایت داریم پس دلیل خاص دارد، علاوه بر این در صورت بیماری مرد، دیگر نان آوری نیست.

[بخش دوم عیوب مختص]

اشاره

۷۹ القول فی العیوب (الخصاء...) ۸۲ / ۱۲ / ۲۳

عیوب مختص به رجل:

۱- الخصاء:

[الخصاء قبل العقد]

اشاره

عبارت مرحوم امام (ره) در تحریر در باب عیوب مختص چنین است:
و أما المختص: فالمختص للرجل ثلاثة: الخصاء، و هو سلّ (کشیدن)
الخصيتين او رضعهما (کوبیدن)
و تفسخ به المرأة مع سبقه علی العقد و عدم علمها به.

عنوان مسأله: خصا به سه گونه است:

۱- از روز اول خصی متولد شده است.

۲- عضو مخصوص را خارج کنند.

۳- عضو مخصوص را بکوبند و از کار بیندازند.

خصا به یقین یکی از عیوب است و از دو جهت عیب محسوب می شود:

۱- جلوی توالد و تناسل را می گیرد.

۲- ضعف و فتور در آمیزش ایجاد می کند و به تدریج آمیزش به طور کلی منتفی می شود.

دلیل آن هورمون‌هایی است که این دو غده ترشح کرده و در خون می‌ریزد؛ و صفات مردانگی را حفظ می‌کند مثل آهنگ صدا، موی صورت و علاقه به آمیزش جنسی، و وقتی این دو غده از کار افتاد و هورمون‌ها ترشح نشد حالت رجولیت تضعیف می‌شود، بنابراین عیب بودن آن مسلم و تمسک به لا ضرر و لا حرج بلاشکال است.

(۱) ح ۱، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۲ باب ۱ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۱، باب ۵ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۰۱

اقوال:

مشهور و معروف این است اگر در خصا زن با خبر نبوده، در صورتی که قبل از عقد باشد باعث فسخ می‌شود ولی غده قلیلی از علمای ما و اهل سنت قائل شده‌اند که خصا موجب فسخ نمی‌شود، و علت آن این است که این غده معتقدند در حال خصاء قدرت آمیزش از بین نمی‌رود بلکه توالد و تناسل از بین می‌رود بنابراین عیبی نیست که موجب فسخ شود و از عجایب این است که چندین نفر از بزرگان می‌گویند در حال خصا نه تنها قدرت آمیزش از بین نمی‌رود، بلکه افزایش می‌یابد، چون حالت انزال حاصل نمی‌شود تا باعث فتور و سستی شود.

مرحوم صاحب جامع المقاصد می‌فرماید:

و القول بكونه (خصاء) عيباً هو المشهور بين الأصحاب و قد دلت عليه الأخبار ... و قيل إنه ليس بعيب لبقاء آلة الجماع و قدرته عليه و يقال إنه أقدر عليه لأنه لا يُنزل و لا يعتره فتور و هو (این قول) مردود بالنص و بأنَّ جهة كونه عيباً غير منحصر في ذلك، لأنَّ فوات التناسل به جهة يقتضى كونه عيباً. «۱»

مرحوم شهید ثانی در مسالک می‌فرماید:

و المشهور بين الاصحاب كونه عيباً و النصوص به كثيرة. «۲»

مرحوم شیخ در کتاب خلاف به اقوال عاونه اشاره کرده و می‌فرماید:

إذا تزوّجت برجلٍ فبان أنه خصيٌّ أو مسلول (خصی کسی است که مادرزادی خصی بوده و مسلول کسی است که بعداً آن عضو را کشیده‌اند) أو موجوء (کوبیده شده) كان لها الخيار و للشافعي فيه قولان أحدهما مثل ما قلناه (عیب است) و الثاني لا خيار لها لأنه (خصی) متمكّن من الايلاج (آمیزش) و إنما لا ينزل و ذلك لا يوجب الفسخ دليلنا: اجماع الفرقة و اخبارهم. «۳»

ولی از مبسوط شیخ نقل شده است که ایشان عیب نمی‌دانند و حتی در مبسوط فرموده است:

خصی یوجی و یبالغ (بیش از دیگران قدرت آمیزش دارد).

اصلاح اشتباه:

در این گونه موضوعات نباید از خودمان چیزی بگوئیم بلکه باید اهل خبره نظر دهند. ما با بعضی از اطباء این مسأله را مطرح کردیم و به سه دلیل این نتیجه‌گیری را اشتباه می‌دانند:

۱- بعضی از کشورها قانونی دارند که اگر بعضی از افراد جنون جنسی داشته باشند به طوری که متعرض بچه‌ها و نوجوانان شوند، برای جلوگیری از آن، عضو مخصوص را خارج می‌کنند تا آن شور از بین رود. اگر این کار باعث شدت و قوت می‌شد، چنین قانونی قرار نمی‌دادند.

۲- اشخاصی که عضو مخصوص را خارج می‌کنند کم کم حالت زنانه پیدا می‌کنند و موهای صورتشان می‌ریزد و صدای آنها تغییر می‌کند و به کلی قوت جنسیشان از بین می‌رود.

۳- سابقاً مردانی به نام خواجه‌های حرم بودند که آنها را به حرم سراسرا می‌دادند و از ناحیه آنها فکرشان راحت بود چون لا یرغبون فی النساء بودند.

این قراین به وضوح دلالت می‌کند که در این افراد آن حالت تدریجاً از بین می‌رود، نه این که تشدید و تقویت شود، پس بدون شک این مسأله تأثیر دارد و لو تأثیر موقت نداشته باشد ولی تدریجاً کم و نابود می‌شود.

ادله:

مشهور می‌توانند به دلایلی تمسک کنند:

1- لا ضرر:

ضعف و فتور آمیزش، ضرر و عسر و حرج بر زن است مخصوصاً اگر مرثه شابه باشد و علاوه بر این از جهت تناسل هم بر مرثه ضرر است، پس زن حق فسخ دارد.

2- روایات:

عمده دلیل روایات «۴» است و دلالت می‌کند بر این که مرثه می‌تواند فسخ کند.

...* عن أحدهما عليهما السلام في خصی دلس نفسه لامرأة مسلمة فتزوجها فقال: يفرق بينهما إن شاءت المرأة و يوجع رأسه و إن رضیت به و أقامت معه لم یکن لها بعد رضاها به أن تأباه. «۵»

این روایت دارای دو سند است که در یک سند «سهل بن زیاد» است و این سند ضعیف است ولی در سند دیگر سهل بن زیاد نیست و این سند صحیح و معتبر است.

این روایات و روایات دیگر همه در مورد تدلیس است. آیا این روایات بحث ما را که خیار عیب است ثابت می‌کند یا این که در مورد خیار تدلیس است؟

۸۰ القول فی العیوب (الخصاء ...) ۸۲ / ۱۲ / ۲۴

...* عن سماعه

(سند معتبر است)

عن أبي عبد الله عليه السلام إن خصياً

(۱) ج ۱۳، ص ۲۲۷.

(۲) ج ۸، ص ۱۰۳.

(۳) ج ۴ کتاب النکاح، ص ۳۵۷ مسأله ۱۴۱.

(۴) ح ۱، ۲، ۳، ۵ و ۷ باب ۱۳ از ابواب عیوب.

(۵) ح ۱، باب ۱۳ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۰۲

دلّس نفسه لامرأة قال: یفرّق بینهما

(مقید می‌شود به همان عنوانی که در حدیث قبل بود یعنی إن شاءت)

و تأخذ منه صداقتها و یوجع ظهره کما دلّس نفسه. «۱»

...* عن ابن مسکان

(سند معتبر است)

قال: بعثت بمسألة مع ابن أعین

(زراره)

قلت: سلّه عن خصیّ دلّس نفسه لامرأة و دخل بها فوجدته خصیّاً قال: یفرّق بینهما و یوجع ظهره و یکون لها المهر لدخوله علیها. «۲»

* عبد الله بن جعفر فی قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن جدّه علی بن جعفر عن أخیه قال: سألته عن خصیّ دلّس نفسه لامرأة

ما علیه؟ فقال یوجع ظهره و یفرّق بینهما و علیه المهر کاملاً إن دخل بها و إن لم یدخل بها فعليه نصف المهر

(کأنّ فسخ در حکم طلاق است و فسخ هم مثل طلاق منصف است). «۳»

...* عن یونس إن ابن مسکان کتب إلی أبی عبد الله علیه السلام مع إبراهیم بن میمون یسأله عن خصیّ دلّس نفسه علی امرأة قال:

یفرّق بینهما و یوجع ظهره. «۴»

این روایات مورد عمل اصحاب است ولی یک مشکل دارد و آن این که در تمام این روایات مشکل تدلیس است و معنای تدلیس نوعی خیانت و غش است در حالی که بحث ما در فسخ از ناحیه عیب است نه از ناحیه تدلیس و تدلیس فقط مخصوص عیوب نیست و غیر عیوب هم تدلیس است.

تدلیس کاری با عیب ندارد و وارونه نشان دادن است مثلاً در خواستگاری خود را دکتر معرفی می‌کند و یا می‌گوید دارای خانه ملک است ولی بعد معلوم می‌شود که فقط سوادش در حد خواندن و نوشتن است و خانه هم ندارد، این عیب نیست ولی چون خلاف واقع گفته، تدلیس است و یا تدلیس ماشطه که در آن آرایش گر زن را چند برابر زیباتر نشان می‌دهد، زن معیوب نیست ولی با این کار مشاطه، زن بیش از آنچه هست جلوه می‌کند که در این موارد خیار تدلیس ثابت است.

حال این روایات تعبیر «دلّس» دارد، یعنی تدلیس کرده است، پس مورد روایات جایی است که ابراز سلامت کامل کرده و بر اساس آن، این زن زوجه او شده بعد معلوم شده که سالم نبوده است. در این صورت این روایات از بحث عیوب خارج بوده و در بحث تدلیس داخل می‌شود، یعنی خیار برای تدلیس است نه عیب.

مرحوم صاحب جواهر به فکر افتاده تا راه حلی پیدا کند و خلاصه کلام ایشان این است:

دو گونه تدلیس داریم یکی در باب خیار تدلیس است یعنی چیزی را خلاف واقع نشان دهند، و دیگر این که از عیوب مخفی خبر نمی‌دهد، یعنی عدم ابراز است نه ابراز خلاف، که این موضوع خیار تدلیس نیست بلکه به خیار عیب بازمی‌گردد.

قلنا: بعید نیست که ما تمام این عیوب یازده گانه را به نوعی تدلیس برگردانیم و بگوییم همه اینها داخل در تدلیس است چون عیوبی است که اگر عیب را نگویند داخل در تدلیس و موضوع خیار تدلیس است.

مردم وقتی سراغ ازدواج می‌روند، سراغ همسری می‌روند که حد اقل وظایف همسری را می‌تواند انجام دهد؛ یعنی ظاهر حال و به زبان حال می‌گوید که این شخص قابل نکاح و آمیزش است و شبیه شرایط مبنی علیه العقد است؛ مثلاً اگر کسی در محیط ما با دختری ازدواج کند بعد معلوم شود که بکر نبوده، مرد حق فسخ دارد چون در محیط ما شرط کردن بکارت لازم نیست، چرا که

یک شرط عرفی مبنی علیه العقد است (آنجا که عیان است چه حاجت به بیان است) و این عیوب یازده گانه هم با هدف نکاح نمی‌سازد و نگفتن آن تدلیس است. پس مواردی داریم که نگفتنش در حکم اظهار خلاف است و این عیوب از این قبیل است و اگر نگفتند، تدلیس محسوب می‌شود پس تمام عیب‌ها به تدلیس بازمی‌گردد و خیار تدلیس است. بنابراین نباید صاحب جواهر از بازگشت این عیوب به تدلیس هراسی داشته باشد، و اگر به تدلیس برگردد، خیال ما از ناحیه روایات راحت می‌شود. بنابراین اگر چه علما آن را تحت عنوان عیوب ذکر کرده‌اند ولی تدلیس است.

دلیل قول غیر مشهور:

1- اصالة لزوم:

دلیل قول غیر مشهور که خصا را عیب نمی‌دانند، اصل است یعنی می‌گویند اصل در معاملات لزوم است و فسخ دلیل می‌خواهد.

2- روایت:

روایتی داریم که می‌فرماید

«الرجل لا یرد من عیب»

... عن أبي عبد الله عليه السلام قال: في العین إذا علم أنه عین لا- یأتی النساء فرق بینهما و إذا وقع علیها وقعة واحدة لم یفرق بینهما و

(۱) ح ۲، باب ۱۳ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۳، باب ۱۳ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۵، باب ۱۳ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۷، باب ۱۳ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۰۳

الرجل لا یرد من عیب. «۱»

معنای حدیث این است که فقط عین موجب فسخ است.

جواب از دلیل: از این استدلال جواب داده شده است:

۱- این عام است و قابل تخصیص، الرجل لا یرد من عیب الا من عنن، الا من خصاء، الا من جنون و...

۲- «یرد» را معلوم می‌خوانیم یعنی مرد مستحب است از حق طلاق استفاده کند و به خاطر عیب، زوجه را رد نکند.

به هر حال مسلم است این روایت را که هیچ کس به آن عمل نکرده یا باید کنار بگذاریم و یا یکی از آن دو توجیه را داشته باشیم.

تا اینجا اصل مسأله بیان شد و شاخ و برگ‌ها باقی ماند.

۸۱ القول فی العیوب (الخصاء ...) ۸۲ / ۱۲ / ۲۵

آیا تدلیس حتماً در عیوب است و مخصوص جایی است که به زبان بگویند؟

تدلیس در لغت همان طور که لسان العرب دارد یعنی:

التدلیس من الدلس بمعنى الظلمة، و؛ ... و چون تدلیس اوضاع را بر انسان تاریک می‌کند، به مکر و فریب، خدعه، کتمان العیب،

اخفاء، غش و ... تدلیس گفته‌اند.

و من هنا يظهر؛ معنای تدلیس منحصر به اخفای عیب نیست بلکه گاهی حسنی را که ندارد اظهار می کند مثل تدلیس الماشطه.

مرحوم صاحب جواهر در باب تدلیس (بعد از باب عیوب) به تبع محقق بحث تدلیس را مطرح کرده، و می فرماید:

هو تفعيل من المدالسة بمعنى المخادعة و الدلس محرکاً الظلمة فكأن المدلس لما دلّس و خدع أظلم الأمر على المخدوع ذكروه في كتاب البيع و أثبتوا به الخيار، إن فعل ما يظهر به ضدّ الواقع كتحمير وجه الجارية و وصل الشعر و التصريه بالشاء (ندوشیدن گوسفند) و نحو ذلك، در ادامه صاحب جواهر می فرماید: الذي يظهر من نصوص المقام بل هو صريح جماعة من الأصحاب تحقّقه (تدلیس) هنا بالسكوت عن العيب مع العلم به فضلاً عن الإخبار بضده. (۲)

در قرآن کلمه «دَلَس» نداریم و در نهج البلاغه یک بار آمده که حضرت در یکی از نامه‌ها «المدالسة و المخادعة» فرموده و تدلیس را هم ردیف خدعه دانسته است.

از مجموع آنچه که گفته شد می توان استفاده کرد:

۱- هر اظهار خلافی تدلیس است، خواه اخفای عیب باشد یا اظهار حسنی که ندارد.

۲- تدلیس لازم نیست همیشه با لفظ باشد و گاهی با سکوت هم حاصل می شود، در جاهایی که سکوت عرفاً غلط است، سکوت تدلیس است، مثل این که دختری را برای عقد نکاح بیاورند و نگویند که باکره نیست چون عرفاً انتظار بکر بودن را دارند، حال اگر بدانند و سکوت کنند تدلیس است.

در ما نحن فيه نیز که مقام نکاح است، اگر هر یک از زوج و زوجه نتوانند به اغراض نکاح برسند اگر طرف مقابل می دانسته و نگفته، خدعه و نیرنگ است و اگر نمی دانسته، عیب است و از آن جایی که خصماً چیزی نیست که صاحبش آن را نداند، از این جهت در تمام روایات، خصماً به عنوان تدلیس ذکر شده است، چون سکوت از بیان آن تدلیس است.

از اینجا می خواهیم تمام عیوبی را که موجب فسخ نکاح می شود بررسی کنیم و می گوئیم اکثر این عیوب را صاحبش می داند و چون سکوت می کند تدلیس است، مثلاً در عین یا محبوب شخص می داند که معیوب است و یا در مجنون اطرافیانش می داند و یا رتقا (در محل مانع دارد) عیب خود را می داند، پس تمام عیوب یا غالب عیوبی که در این بحثها مطرح است نوعی تدلیس است، چرا که تدلیس سکوت را هم شامل می شود و در جایی که می دانسته و باید بیان می کرده و بیان نکرده است، تدلیس است.

بنابراین روایات که بحث تدلیس را مطرح می کنند نیاز به توجیه ندارد چون هم مصداق عیب است و هم مصداق تدلیس و تدلیس در اینجا اخصّ از عیب است، بله اگر عیب را نمی دانست در این صورت آن را داخل در عیوب می دانیم نه تدلیس، پس روایات نیاز به توجیه ندارد.

هذا كَلَه في الخضاء قبل العقد که گفتیم خیار فسخ برای زن ثابت است.

الخضاء بعد العقد:

اشاره

گاهی به سبب عفونت یا بیماری‌های دیگر مجبور می شوند بعد از عقد عضو را خارج کنند، که گاهی این خصماً بعد العقد قبل از دخول است و گاهی بعد از دخول.

(۱) ح ۲، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۲) ج ۳۰، ص ۳۶۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۰۴

اقوال:

- ۱- مشهور و معروف این است که خصماً بعد العقد چه قبل از دخول و چه بعد از دخول سبب فسخ نمی‌شود.
- ۲- بعضی گفته‌اند اگر بعد از عقد و قبل از دخول باشد باعث فسخ است.
- ۳- بعضی می‌گویند اگر بعد از دخول هم باشد موجب فسخ است.

ادله:

آیا دلیلی بر این اقوال در مقابل اصالة اللزوم که فسخ را بدون دلیل اجازه نمی‌دهد داریم؟ روایات همه تعبیر تدلیس داشت و معنای تدلیس این است که عیب قبلاً بوده و مخفی کرده است پس روایتی که اطلاق داشته باشد و ما به اطلاق آن تمسک کرده و بگوییم بعد العقد را هم شامل می‌شود، نداریم. این قلت: چرا به دلیل لا ضرر تمسک نکنیم، چرا که بالاخره خصی شده و کم کم سستی و فتور حاصل می‌شود و قدرت آمیزش را از دست می‌دهد و این ضرر به مرثه است و حدیث لا ضرر شامل او می‌شود. قلنا: در باب لا ضرر می‌گویند اگر کسی اقدامی بر ضرر کند حدیث لا ضرر شامل او نمی‌شود ما می‌خواهیم بگوییم بیماری‌هایی که بعداً پیدا می‌شود از قبیل اقدام بر ضرر است چون انسان وقتی با کسی ازدواج می‌کند قول نمی‌دهد که تا هفتاد سالگی سالم باشد، می‌داند در آینده هر یک از زوج یا زوجه ممکن است به بیماری مبتلا شود و با علم به این که در معرض حوادث است، تن به ازدواج داده و قاعده این است که در ازدواج، زن و مرد هیچ کدام به شرط سلامت تا آخر عمر ازدواج نمی‌کنند چون همه در معرض حوادث هستند؛ بنابراین هر دو بر ازدواجی اقدام می‌کنند که آینده‌اش با خداست. بله اگر جایی باشد که به عسر و حرج شدید منتهی شود در این صورت حاکم شرع طلاق می‌دهد نه این که حق فسخ داشته باشند، پس کاری با مسأله عیوب ندارد و داخل در بحث طلاق حاکم شرع است.

۸۲ القول فی العیوب (الجبّ ...) ۸۲ / ۱۲ / ۲۶

۲- الجبّ:**اشاره**

بحث در عیوب مختصّ به رجل به عیب دوّم «جبّ» رسید.

جبّ به معنای قطع آلت رجولیت است به حدّی که قدرت بر آمیزش نباشد. مرحوم امام (ره) در تحریر بعد از آن که جبّ را از عیوب می‌داند، می‌فرماید:

و الجبّ و هو قطع الذکر بشرط أن لا یبقی منه ما یمکن معه الوطء و لو قدر الحشفة و تفسخ المرأة فیما إذا کان ذلک سابقاً علی العقد و أمّا اللاحق به فیه تأمل بل لا یبعد عدم الخیار فی اللاحق مطلقاً، سواء کان قبل الوطء أو بعده

عنوان مسأله:

این مسأله دارای سه حالت است:

- ۱- عیب قبل از نکاح باشد.
- ۲- عیب بعد از نکاح باشد.

۳- عیب بعد از نکاح و بعد از دخول باشد.

«جَبَّ» در لغت به معنی قطع است و تعبیر «الاسلام یَجُبُّ عن ما قبله» به این معناست که اسلام انسان را از ما قبل اسلام می‌برد، یعنی نماز قضا، روزه قضا، حدود و ... همه از انسان بعد از مسلمان شدن بریده می‌شود، البتّه حقّ الناس در جای خودش محفوظ است.

اما «جَبَّ» به معنای چاه است ولی در میان ارباب لغت بحث است که فرق جَبَّ و بثر چیست؟

جَبَّ به چاهی می‌گویند که سنگ چین نشده است. در داستان یوسف در قرآن آمده است که:

«وَأَجْمَعُوا أَنْ يَجْعَلُوهُ فِي غِيَابَتِ الْجُبِّ» (۱) غیابۀ در واقع نقبی بوده که در داخل چاه نزدیک سطح آب می‌کنند تا کسی که برای برداشتن آب داخل چاه می‌شد در آن قرار می‌گرفت و حضرت یوسف علیه السلام هم در آنجا قرار گرفته بود و در داخل آب نبود.

چرا به چاه جَبَّ می‌گویند؟

احتمالاً با مادۀ جَبَّ یک ریشه است چون در چاه هم در واقع زمین قطع می‌شود.

۱- عیب قبل از نکاح:

اشاره

این صورت اجماعی است.

اقوال:

مرحوم شهید ثانی در مسالک می‌فرماید:

المشهور بین الاصحاح أنّ الجبّ من جمله عيوب الرجل لم ينقل أحد منهم فيه خلافاً و لكنّ المصنّف (محقق در متن شرایع) تردّد فيه

(۱) آیه ۱۵، سوره یوسف.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۰۵

هنا و وجهه: عدم النصّ علیه بخصوصه. (۱)

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد می‌فرماید:

ولا شبهة فی ثبوت الفسخ بهذا العيب إذا كان سابقاً علی العقد للنصّ و الاجماع و لأنه أشدّ من العنة (عنین) و ستأتی الأخبار الدالة علی الخيار بها. (۲)

البتّه اخباری که لفظ جَبَّ داشته باشد نداریم، جز در یک مورد، ولی عموماتی داریم که ممکن است جَبَّ داخل در آن عمومات باشد.

جمع‌بندی: از مجموع اقوال روشن می‌شود که مسأله نسبت به سابق اجماعی است و مخالفی ندارد.

ادله:

۱- اجماع:

اجماع مدرکی است و تنها مؤید است.

۲- ادله نفی ضرر و عسر و حرج:

مسلماً با نبودن عضو، زوجه دچار عسر و حرج است و ازدواج کالعدم است.

۳- تدلیس:

در ازدواج باید زوج و زوجه در حدی باشند که اغراض ازدواج حاصل شود و از اموری است که باید ذکر شود و چون نگفته تدلیس است.

۴- قیاس اولویت:

در مسأله خصا، فقها قائل به خیار فسخ شدند با این که خصی فی الجملة قدرت بر آمیزش دارد، پس در اینجا که اصلاً قدرت ندارد باید به طریق اولی قائل به خیار فسخ شویم. در عین هم می توان این گونه قائل شد یعنی وقتی در عنن که امید بهبودی هست قائل به خیار فسخ هستیم در محبوب که امید بهبودی هم نیست به طریق اولی باید قائل به خیار فسخ شد.

۵- روایات:

عمده دو روایت است که هر دو روایت صحیح است: □
... عن أبي بصير يعني المرادی قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على جماع أ تفارقه؟ قال: نعم إن شاءت. «۳»

ظاهر حدیث عدم قدرت است که عام است یا به خاطر عنن یا به خاطر خصا و یا به خاطر جبّ و هر سه عیب را شامل می شود، ولی یک نکته دارد و آن این که در مورد بعد از عقد است و اگر بعد از عقد را قبول نکردیم در قبل از عقد چگونه می تواند فسخ کند؟
... عن أبي الصباح الكناني قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً أ تفارقه؟ قال: نعم إن شاء. «۴»

این روایت هم عام است و هر یک از عیوب سه گانه را شامل می شود ولی این روایت هم در مورد بعد العقد است.

یک روایت هم داریم که کلمه جبّ در آن آمده ولی در منابع معتبره نیامده است:

* دعائم الاسلام: عن جعفر بن محمد عليهما السلام أنه سئل عن رجل مُجَبَّب دَلَسَ نفسه لامرأة فترَوَّجته فلما دخلت عليه اطَّلعت منه على ذلك فقامت عليه قال: يوجع ظهره و يفرِّق بينهما و عليه المهر كاملاً إن كان دخل بها
(اگر محبوب است دخل بها یعنی چه؟ مگر این که گفته شود که مقدار کمی باقی مانده که دخول صدق کرده است)

و إن لم يدخل بها فعليه نصف المهر، قيل له: فما تقول في العنّين؟ قال:

هو مثل هذا سواء

(شاهد بر این است که می توان از روایات عین برای ما نحن فيه استفاده کرد) «۵».

۸۳ القول فی العیوب (الجبّ ...) ۸ / ۱ / ۸۳

۲- عیب بعد از نکاح:

این صورت اختلافی است.

اقوال:

از ابن ادریس و علامه در غیر واحد از کتابهایش و شیخ در خلاف و در بعضی از ابواب مبسوط نقل شده، بلکه ادعای اجماع شده در جایی که جبّ بعداً عارض شود فسخ جایز نیست. در مقابل بعضی قائل به خیار فسخ هستند؛ مانند قاضی ابن براج و شیخ در مبسوط در جای دیگر و علامه در بعضی از کتابهایش؛ البته بیشتر قائل به عدم جواز فسخ شده‌اند.

ادله قائلین به عدم جواز فسخ:

۱- اصالة لزوم:

اگر شك هم کنیم اصل در تمام عقود و معاملات لزوم است، الا ما خرج بالدلیل.

۲- الغای خصوصیت از خصا:

خصا اگر بعد از عقد باشد باعث فسخ نمی‌شود و بین جبّ و خصا فرقی نیست.

(۱) ج ۸، ص ۱۰۶.

(۲) ج ۱۳، ص ۲۲۳.

(۳) ح ۱، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۶، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۵) مستدرک، ج ۱۵، ح ۴، باب ۱۲ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۰۶

ادله قائلین به جواز فسخ:

۱- لا ضرر.

۲- لا حرج.

۳- روایات:

از همه مهمتر دو روایت «۱» سابق است که در مورد عیب حادث بود. مقتضای این دو روایت این است که حقّ فسخ دارد، اگر چه در خصوص جبّ نیست ولی شامل هر چه که مانع از آمیزش باشد، می‌شود و مورد آن هم در خصوص عیب حادث است؛ حال اگر بخواهیم به این دو روایت عمل کنیم، باید بگوییم که عیب حادث موجب فسخ است در حالی که در خصا چنین نکردیم و عنن هم مورد بحث است.

علاوه بر این عقلا هم در عیب حادث قائل به فسخ نیستند چرا که اگر در عیوب حادث قائل به فسخ شویم دیگر نظام خانواده پایدار نیست، چون بشر در معرض حوادث است، پس اینجا جای فسخ نیست، بلکه اگر عسر و حرج شدید باشد، حاکم شرع دخالت کرده و به زوج می‌گوید طلاق بده و اگر طلاق نداد خود طلاق می‌دهد، پس ما به این دو روایت در مورد خودش نمی‌توانیم عمل کنیم

تا چه رسد به این که در مورد ما قبل عقد به آن عمل کنیم.

۳- عیب بعد از نکاح و دخول:

اقوال:

صاحب جواهر می‌فرماید:

و ربما قيل بالتفصيل بين ما قبل الوطء و بعده «۲» اگر بعد از دخول باشد حق فسخ ندارد و اگر قبل از دخول باشد. حق فسخ ندارد.

دلیل:

دلیل این که قبل از دخول باشد حق فسخ دارد:

۱- لا حرج و لا ضرر.

۲- تدلیس.

دلیل این که بعد از دخول حق فسخ ندارد:

۱- اصالة اللزوم.

۲- تصرف مسقط خیار است.

آیا این دلیل درست است؟

تصرف مسقط خیار است ولی این خیار قبلاً نبوده و بعداً حاصل شده است، و تصرف قبلی خیار بعدی را ساقط نمی‌کند، پس این استدلال باطل است و آنچه ما می‌توانیم بگوییم این است که اگر قبلاً باشد مشمول ادله تدلیس است و اگر بعداً حاصل شود سراغ ادله لا ضرر و لا حرج می‌رویم و از باب طلاق حاکم است.

بقی هنا امران:

الامر الاول: اگر بعضی از عضو مخصوص موجود باشد و لو به مقدار رأس الآله کافی است،

چون تمام احکام جاری می‌شود به عنوان مثال اگر دخول حاصل شود غسل واجب است و ظاهر این است که همه قائلند یا لا اقل لا اجد فيه خلافاً است، ولی آیا عقلاً این مقدار را برای غرض نکاح کافی می‌دانند؟ ما حتی در جایی که در چهار ماه یک بار آمیزش را کافی می‌دانند، بحث داریم و معتقدیم باید به میزان متعارف باشد و این مقدار را برای غرض ازدواج کافی نمی‌دانیم و اگر در مسأله غسل، شارع گفته است که «إذا التقا الختانان وجب الغسل» حکم شارع در مورد غسل درست است ولی عقلاً این مقدار را عیب و تدلیس می‌دانند و ما نمی‌توانیم فتوا دهیم و حد اقل باید احتیاط کرد، اگر چه بزرگان آن را مسلم گرفته‌اند.

الامر الثاني: اگر این عیب در مرد به وسیله خودش ایجاد شد

(مثلاً برای غافل شدن از دنیا و شهوات خود را قطع عضو کند) آیا در اینجا برای مرأه حق فسخ وجود دارد؟ مرحوم صاحب جواهر این فرع را هم متعرض شده و مقداری تردید می‌کند.

ادله ما این است که نمی‌توان حق فسخ قائل شد، ولی می‌توان از باب طلاق وارد شد یعنی اگر عسر و حرج شدید باشد حاکم شرع دخالت می‌کند و اگر زوج طلاق نداد حاکم شرع خودش طلاق می‌دهد.

۳- العنن:

اشاره

بحث در عیوب مختصّ رجال به عیب عنن رسید. مرحوم امام (ره) در تحریر می فرماید:
و العنن و هو مرض تضعف معه الآلهة عن الانتشار بحيث يعجز عن الإیلاج فتفسخ المرأة بشرط عجزه عن الوطء مطلقاً (هم در حقّ
زوجه و هم در حقّ مرثه دیگر، پس اگر نسبت به مرثه دیگر قادر

(۱) ح ۱ و ۶، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۲) ج ۳۰، ص ۳۲۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۰۷

باشد عنین نیست. تصوّر ما این است که مقام ثبوت و اثبات در اینجا با هم مخلوط شده است و بحث ما در مورد مقام ثبوت است
در حالی که این بحث در مورد مقام اثبات و استدلال است.)
فلو لم يقدر علی وطئها و قدر علی وطء غیرها لا خيار لها (شرط اول)
و یثبت به الخيار سواء سبق العقد أو تجدد بعده، لکن بشرط أن لم يقع منه وطؤها و لو مرّة (ظاهراً این شرط هم برای مقام اثبات
باشد)

حتی دبراً فلو وطأها ثم حدث به العنة بحيث لم يقدر علی الوطء بالمرّة فلا خيار لها.
این عیب مسأله ای مهمّ و محلّ ابتلاست. بهتر است قبل از ورود به بحث از حکم، مقداری در موضوع بحث کنیم.

بحث موضوعی:

معنای لغوی «عنن» چیست؟

«عَنَن» مصدر و «عُنَّة» اسم مصدر است. یکی از معانی عنن حبس است کأنّ الزوج يُحبس عن الوطی.
قاموس می گوید:

العنّین کأمیر بمعنى من لا يقدر علی حبس ریح بطنه و (العنّین) کسکین من لا یأتی النساء عجزاً و لا یریدهنّ (علاقه ندارد).
در واقع عنین از امراض است و گاهی منشأ آن عوامل جسمی و گاهی عوامل روحی است و اسباب مختلف دارد که در اینجا به پنج
منشأ و عامل اشاره می کنیم:

- ۱- به سبب ضعف جسمانی قادر بر وطی نیست.
- ۲- به سبب غلظت خون قادر بر وطی نیست، یعنی خون به سبب غلظت در محل جاری و جمع نشده و آن حالت پیدا نمی شود و به
همین جهت قادر بر وطی نیست.
- ۳- بر اثر بیماری هایی مانند قند قادر بر وطی نیست.
- ۴- خوف نفسانی و دلهره و وحشت سبب می شود که قادر بر این عمل نباشد با این که هیچ مشکل جسمانی ندارد.
- ۵- سحر یا خیال سحر است.

آیا سحر می تواند به عنوان یک عامل محسوب شود؟

در داستان هاروت و ماروت ظاهر آیه قرآن این است که «وَيَتَعَلَّمُونَ مِمَّا يَصْرِفُهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ» (۱) اینها ایجاد سحر را برای ابطال سحر می آموختند، پس بعید نیست که سحر وجود خارجی داشته باشد. ولی بسیاری از مردم به جای این که عوامل اصلی را پیدا کنند، سراغ سحر می روند، یعنی برای این که خودشان را راحت کنند و دنبال عوامل نگردند، سراغ سحر می روند، در حالی که موارد سحر محدود است و نباید عوامل واقعیه را رها کرده و سراغ یک عامل محدود رفت.

بحث حکمی:

از نظر حکم ابتدا سراغ اصل مسأله (ثبوت خیار فی الجملة) رفته بعد شرایط آن را بیان می کنیم.

مرحوم شهید ثانی در مسالک می فرماید:

و هو من جملة العيوب التي تسلط المرأة على فسخ نكاحه بالنص والاجماع. (۲)

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد، می فرماید:

ان العنة من جملة عيوب الرجل الذي تسلط المرأة على فسخ نكاحه بالنص المستفيض والاجماع من علماء الاسلام الا ابا حنيفة. (۳)
بر خلاف فرمایش مرحوم محقق ثانی ابو حنیفه هم قائل به فسخ است، ولی فسخ آنها به این صورت است که زن به حاکم مراجعه کرده و حاکم طلاق می دهد، نه این که زن خود حق فسخ داشته باشد.

ابن قدامه در مغنی می گوید:

وعن ابن مسعود لا يفسخ النكاح بعيب و به قال ابو حنيفة و أصحابه إنما أن يكون الرجل مجبواً أو عتياً فإن للمرأة الخيار فإن اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلقة و لا يكون فسخاً (مشهور فقهای عامه در عیوب قائل به فسخ هستند ولی ابن مسعود می گوید فسخ نمی شود، مگر در دو مورد و ابو حنیفه هم با او موافق است). (۴)

ادله:

۱- لا ضرر

۲- لا حرج

۳- تدلیس:

اگر زوج این بیماری را داشته باشد و در حین عقد نکوید تدلیس است البته این دلیل برای قبل از عقد است.

۸۵ القول فی العیوب (العنن ...) ۱۰ / ۱ / ۸۳

۴- روایات:

اشاره

در بحث عنن روایات زیاد است و دو باب در وسائل در مورد عنن است و مجموعاً هیجده روایت دارد و کثرت روایات

(۱) آیه ۱۰۲، سوره بقره.

(۲) ج ۸، ص ۱۰۴.

(۳) ج ۱۳، ص ۲۲۹.

(۴) ج ۷، ص ۵۷۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۰۸

به این جهت است که این مسأله محلّ ابتلا بوده و بسیاری از دعوای خانوادگی در این مورد دور می‌زند. این روایات دو دسته است:

دسته اول: روایاتی که به صورت عام می‌گوید اگر رجل به هر دلیل قادر بر وطی نباشد مرأه حق فسخ دارد. دسته دوم: روایات خاصه که در مورد خصوص عیب عنن است، که این دسته خود طایفه است: طایفه اول: اصل خیار را بیان می‌کند.

طایفه دوم: باید زوجه پیش حاکم شرع برود و تا یک سال به مرد مهلت داده می‌شود اگر مداوا نشد، زن حق خیار فسخ دارد. طایفه سوم: روایاتی در باب ۱۵ داریم که در آن بحث در دعوی بین زوج و زوجه است و زوجه ادعای عنن می‌کند و زوج منکر است که در این مورد راه‌های آزمایشی ذکر شده است که اگر بعد از آزمایش معلوم شود زوج عتین است زوجه حق فسخ دارد، پس مطابق این روایات خیار فسخ مسلم دانسته شده است.

دسته اول: روایات عامه

همان دو روایت صحیح‌های است که سابقاً «۱» بیان شد که می‌فرماید اگر زوج به هر سببی قادر بر وطی نباشد زوجه حق خیار دارد.

دسته دوم: روایات خاصه

اشاره

بیان شد سه طایفه است:

طایفه اول:

* و بالاسناد عن صفوان عن أبان، عن عبّاد [غیاث] الضّبی عن أبي عبد الله عليه السلام قال: فی العینین إذا علم أنّه عتین لا یأتی النساء فرّق بینهما

(ظاهرش این است که باید جدا شوند ولی ظاهر روایات این است که اگر زن دلش بخواهد می‌تواند با او بماند)

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه
ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۵، ص: ۱۰۸

و إذا وقع علیها وقعاً واحداً لم یفرّق بینهما و الرجل لا یرد من عیب

(قبلاً «لا یرد» گفتیم، بعضی جمع کرده‌اند که لا یرد من عیوب اخری و یا این که معلوم بخوانیم «لا یرد» یعنی رجل مرأه را رد کند و مستحب است اگر خواست جدا شود، طلاق دهد نه این که فسخ کند). «۲»

«ضب» نام منطقه‌ای در شامات است و بعضی معتقدند که ضب طائفه‌ای از عرب بوده است. ضبی یک حدیث بیشتر ندارد و مجهول الحال است. مرحوم کلینی «عبّاد» دارد که مجهول الحال است ولی شیخ در تهذیب او را غیاث می‌نامد که او هم مجهول الحال است ولی چون روایات متضافر و بعضی از اسناد صحیح است مشکلی برای استدلال ندارد.

... عن عمّار بن موسی

(موثّق)

□
عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه سئل عن رجل أخذ عن امرأته

(أخذ اشاره به سحر است و احتمال دارد که به خاطر بیماریها باشد)

فلا يقدر على إتيانها فقال: إذا لم يقدر على إتيان غيرها من النساء فلا يمسكها إلا برضاها بذلك و إن كان يقدر على غيرها فلا بأس

بإمسكها. «۳» □

... عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: من أتى امرأة [امرأته] مرّة واحدة ثم أخذ عنها فلا خيار لها. «۴»

... عن إسحاق بن عمّار، عن جعفر، عن أبيه أنّ علياً عليه السلام كان يقول:

إذا تزوّج الرجل امرأة فوق عليها [وقعة واحدة] ثم أعرض عنها فليس عليها الخيار لتصبر فقد ابتليت «... ۵»

روایات اصل مسأله خيار را بحث نمی کند بلکه از شاخ و برگ آن صحبت می شود و معلوم می شود که اصل آن مسلم بوده است.

* محمد بن علی بن الحسين

(صدوق و حدیث مرسله است)

قال: روى أنّه متى أقامت المرأة مع زوجها بعد ما علمت أنّه عتین و رضیت به لم یکن لها خيار بعد الرضا. «۶»

... عن علی بن جعفر عن اخیه موسی بن جعفر علیه السلام قال: سألت عن عتین دلّس نفسه لامرأة ما حاله؟ قال: علیه المهر و یفرّق

بينهما إذا علم أنّه لا یأتی النساء. «۷»

۸۶ (القول فی العیوب (العنن ...)) ۱۱ / ۱ / ۸۳

طایفه دوم:

روایاتی «۸» که دلالت می کند بر این که یک سال به مرد عتین مهلت داده می شود تا خود را درمان کند و اگر درمان نشد زن خيار

فسخ دارد. بعضی از روایات را از باب نمونه نقل می کنیم:

... * محمد بن الحسن، باسناده عن الحسين بن سعيد

(اهوازی)،

عن صفوان، عن العلاء، عن محمد بن مسلم

(سند روایت صحیح است)

عن أبي جعفر عليه السلام قال: العنین یتربّص به سنّه ثم إن شاءت

(۱) ح ۱ و ۶ باب ۴ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۲، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۳ باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۴، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۵) ح ۸، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۶) ح ۱۰، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۷) ح ۱۳، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۸) ح ۵، ۷، ۹، ۱۱ و ۱۲ باب ۱۴ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۰۹

امراته تزوجت و إن شاءت أقامت

(یعنی زن فسخ می کند و بعد با دیگری ازدواج می کند). «۱»

...* عن أبي الصباح قال: إذا تزوج الرجل المرأة و هو لا يقدر على النساء أُجِّلَ سنهُ حتَّى يعالج نفسه

(عدد مفهوم دارد یعنی بعد از یک سال زن خیار فسخ دارد). «۲»

روایت قبل با منطوق دلالت داشت، ولی این روایت با مفهوم دلالت دارد، و از این روایات اجمالاً استفاده می شود که زن خیار دارد که شرایط آن را مرحوم امام (ره) در مسأله ششم متعرض می شوند.

طایفه سؤم:

پنج حدیث است که در باب پانزدهم وارد شده و در مورد نزاع رجل و مرأه است در جایی که مرثه به زوج نسبت عنن می دهد و رجل منکر است. از مجموع این روایات استفاده می شود که اگر عنن ثابت شود برای زوج خیار فسخ ثابت است یعنی اصل مسأله (خیار فسخ) را مسلم گرفته اند و بحث، صغروی (اثبات عنن) است.

روایت اول می گوید اگر باکره باشد بهترین دلیل است که عنن داشته و قول زن مقدم می شود، اما اگر باکره نباشد حکمش را بیان کرده است.

...* عن علی بن رثاب، عن أبي حمزة

(مشکل دارد)

قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إذا تزوج الرجل المرأة الثيب

(کسی که قبلاً ازدواج کرده)

التي تزوجت زوجاً غيره فزعمت أنه لم يقربها منذ دخل بها

(از زمان ازدواج وطی حاصل نشده است)

فإنَّ القول في ذلك قول الرجل و عليه أن يحلف بالله لقد جامعها لأنها المدعية

(در حالی که عکس این به نظر می رسد، چون زوج مدعی است زیرا می گوید مقاربت شده و زن انکار می کند)

قال: فإن تزوجت و هي بكر فزعمت

(ادعا کرد)

أنه لم يصل اليها

(وطی حاصل نشده است)

فإنَّ مثل هذا تعرف النساء فليُنظر اليها من يوثق به منهنَّ فإذا ذكرت

(زن اختبار کننده)

أنها عذراء

(بکر)

فعلى الامام أن يؤجله سنهُ فان وصل اليها و إلَّا فرَّق بينهما «... ۳»

مرحوم صاحب وسایل می گوید اصل در انسان سلامت است کسی که ادعای عیب می کند او باید ثابت کند و هر کسی که بر

خلاف اصل چیزی می‌گوید، مدعی و کسی که مطابق اصل می‌گوید منکر است، پس زن در اینجا مدعیه است. از اینجا معلوم می‌شود که اصل مسأله (خیار فسخ) مسلم است به همین جهت سراغ احکام نزاع و یمین منکر رفته‌اند. این هیجده روایت که بعضی از آنها به عنوان نمونه خوانده شد دلالت دارد بر این که مسأله مسلم است و زن خیار فسخ دارد و روایات کالمتواتر است.

فروع مسأله:

اشاره

اکنون به بررسی بعضی از فروع این مسأله می‌پردازیم:

فرع اول: تجدد العین بعد العقد

اشاره

قدر متیقن از مسائلی که بحث کردیم حالت قبل العقد است، ولی اگر بعد از عقد باشد حکم چیست؟

اقوال:

ادعای اجماع شده که بعد از عقد هم زوجه خیار دارد و تنها کسی که مخالفت کرده مرحوم شیخ در مبسوط است که ادعای اجماع به عکس می‌کند، مرحوم صاحب جواهر از مرحوم شیخ در مبسوط نقل می‌کند که می‌فرماید: و عندنا (ظاهرش ادعای اجماع است) لا یزّد الرجل من عیب یحدث به الاّ الجنون. «۴» به نظر می‌رسد که ادعای شیخ، اجماع بر قاعده است، یعنی شخص مدعی قاعده‌ای را اجماعی دیده و بر اساس آن فتوا داده و آن را اجماعی دانسته است، و قاعده‌ای که شیخ به آن تمسک کرده قاعده اصالة اللزوم است. مرحوم شیخ انصاری هم که اجماع منقول را حجت نمی‌داند اشکال آن را این می‌داند که گاهی اجماع منقول اجماع بر قاعده است. بنابراین مسأله از نظر اقوال تقریباً مسلم است و فرقی بین عنن قبل از عقد و بعد از عقد نیست.

ادله:

1- اطلاق روایات باب:

دلیل بالخصوصی در مورد عنن بعد از عقد نداریم ولی به اطلاقات روایات عمل کرده‌اند چرا که روایات سابق اطلاق داشت و قبل و بعد از عقد را شامل می‌شد.

2- قاعده لا ضرر ولا حرج:

این دو قاعده هم دلالت دارد که بعد از عقد هم خیار فسخ دارد بنابراین عمده ادله سابق (لا ضرر، لا حرج و روایات) بعد از عقد را هم شامل است و فقط تدلیس مربوط به قبل از عقد است.

(۲) ح ۷، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۱، باب ۱۵ از ابواب عیوب.

(۴) ج ۳۰، ص ۳۲۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۱۰

سابقاً می‌گفتیم که سیره عقلا در مورد بعد از عقد بر این است و شارع هم این سیره را امضا کرده است به این بیان که مرد و زن بعد از عقد در معرض حوادث هستند و هر کدام ممکن است بیمار شوند، به همین جهت بعد از عقد نمی‌توان به جواز فسخ حکم کرد. ولی روایاتی داریم و حتی ادعای اجماع هم شده است که اگر یک مرتبه وطی حاصل شود خیار فسخ ساقط می‌شود- بحث آن در فرع ثانی می‌آید- بنابراین سیره عقلا- در اینجا جاری نمی‌شود. پس محلّ کلام ما خصوصیتی دارد که اگر یک مرتبه هم وطی حاصل شود، خیار فسخ ندارد و سیره عقلا- برای درازمدت بود، بنابراین و لو عیب حادث باشد اگر مرّه واحده هم وطی نکرده موجب حقّ فسخ است و این خلاف سیره عقلا هم نیست.

فرع دوم: لو وطأ مرّه واحده

اشاره

مشهور این است که خیار عیب ساقط می‌شود، بلکه ادعای اجماع شده است ولی از ابن زهره و ظاهر کلام مفید مخالفت نقل شده است.

أقوال مشهور:

1- روایات باب:

مشهور به روایات تمسک کرده‌اند و در بین روایات هیجده‌گانه سه روایت «۱» است که تعبیر «مرّه واحده» و یا «وقعه واحده» دارد. هرچند هر سه روایت از نظر سند ضعیف است، ولی مشهور به آن عمل کرده‌اند و ضعف سند با عمل مشهور جبران می‌شود. مرحوم حاجی نوری هم در مستدرک دو روایت «۲» از کتاب جعفریات نقل کرده است که محلّ کلام است و از نظر سند مشکل دارد.

جمع‌بندی روایات:

علاوه بر جبران ضعف سند روایات به عمل مشهور، روایات متضافر و حجّت است.

2- استصحاب عدم بقای عنن:

دلیل دیگری هم آورده‌اند که آن تعبیر «لرجاء زواله» است، یعنی چون یک بار توانسته است، امکان دارد باز هم بتواند که این تعبیر نشان می‌دهد، موضوع ثابت نیست و بازگشت آن به استصحاب عدم بقای عنن و شبهه موضوعی است.

۸۷ القول فی العیوب (العنن ...) ۱۵ / ۱ / ۸۳

فرع سوم: إن كان قادراً علی غيرها و لم یکن قادراً علیها آیا در این صورت زن حقّ فسخ دارد؟

اشاره

این که بر زوجه قادر نیست و بر غیر زوجه قادر است ممکن است عوامل مختلفی داشته باشد، ممکن است به جهت سحر و جادو باشد که البته غالباً این چنین نیست بلکه در بعضی از موارد به جهت سحر و جادو است و لو غالباً مردم کمبودها، کاستی‌ها و تنبلی‌های خود را از سحر و جادو می‌دانند.

اقوال:

مشهور و معروف این است که زوجه حق فسخ ندارد و ادعای اجماع شده است، ولی از مرحوم شیخ مفید نقل شده که حق فسخ دارد، چون مرد قادر نیست.

ادله قول مشهور:

اشاره

ادله‌ای که می‌گویند زوجه حق فسخ ندارد عبارتند از:

1- اصالة اللزوم:

خيار فسخ دليل می‌خواهد و وقتی دليل نداريم اجازه نمی‌دهيم.

2- اطلاق روايات:

اطلاق بسیاری از روایات می‌فرمود: «لا يقدر علی النساء» که عام است یعنی بر وطی هیچ زنی قادر نیست نه این که فقط بر زوجه خودش قادر نباشد.

... قال فی العتین إذا علم أنه عتین لا یأتی النساء «... ۳»

ظاهرش مطلق النساء است، پس وقتی قادر بر نساء دیگر است دیگر عتین و لا یأتی النساء نیست.

... قال: إذا تزوج الرجل المرأة و هو لا يقدر علی النساء. «۴»

یعنی قادر به وطی هیچ مرثه‌ای نیست نه خصوص زوجه خودش را.

... قال: علیه المهر و یفرق بینهما إذا علم أنه لا یأتی النساء. «۵»

این سه روایت و بعض روایات دیگر این باب شاهد است که عتین کسی است که قادر بر نساء نیست نه این که بر بعضی قادر

(۱) ح ۲ و ۴ و ۸، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۲) مستدرک، ج ۱۵، ح ۲ و ۳، باب ۱۳ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۲، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۷، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۵) ح ۱۳، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۱۱

باشد و بر بعض دیگر قادر نباشد و در جایی که زوج قادر بر غیر زوجه است، دیگر عتین نیست.

3- روایت خاص:

روایت خاصی داریم که مربوط به بحث ماست و تصریح دارد، در جایی که زوج نسبت به زوجه قادر نیست ولی نسبت به غیر زوجه قادر است زن حق فسخ ندارد.

... عن عمّار بن موسی

(فطحنی مذهب ولی ثقّه است، پس روایت صحیحه نیست ولی موثق است)

عن أبي عبد الله عليه السلام إنّه سئل عن رجل أخذ عن امرأة فلا يقدر على إتيانها فقال إذا لم يقدر على إتيان غيرها من النساء، فلا يمسكها إلّا برضاها بذلك

(که همان خیار فسخ است)

و إن كان يقدر على غيرها فلا بأس بامساكها. «۱»

4- عدم صدق عتین بر چنین مردی:

این عنوان بر او صادق نیست چون معنای عتین این است که لا يقدر على النساء، فعلى هذا دليل چهارم عدم صدق لغوی و عرفی عنوان عتین بر چنین شخصی است.

در اینجا دو مطلب لازم به ذکر است:

۱- اینها به حسب قواعد باب عیوب بود اما اگر این زوجه دچار عسر و حرج شدید شود، دیگر مسأله از قبیل حق فسخ و خیار فسخ نبوده بلکه از باب عسر و حرج است و به حاکم شرع مراجعه می شود و حاکم یک سال مهلت مداوا می دهد و اگر مداوا نشد باید طلاق دهد و اگر طلاق نداد و امتناع از ادای حق کرد، حاکم از طرف او ولایه طلاق می دهد.

۲- اگر مردی زوجه ای گرفت و قادر بر وطی نبود آیا لازم است فرد دیگری را انتخاب کند تا معلوم شود که قدرت دارد؟ ظاهر روایات این است که لازم نیست زوجه دیگری بگیرد تا ثابت شود قادر است یا نه، البتّه در موارد شک ما به زوجه حق می دهیم، ولی اگر مرد می خواهد ثابت کند، حق دارد که زوجه دیگری بگیرد تا ثابت کند و ظاهر روایات هم همین است. هذا تمام الکلام فی عیوب الرجل.

عیوب مختص مرثه:

شش عیب مخصوص مرثه است

اشاره

یعنی اگر این عیوب در زن باشد مرد حق فسخ دارد. مرحوم امام (ره) در تحریر می فرماید:

و المختصّ بالمرأة سنّة البرص و الجذام و الإفضاء و قد مرّ تفسیره فیما سبق و القرن و يقال له العفل و هو لحم أو غده أو عظم ینبت فی فم الرحم یمنع عن الوطء بل و لو لم یمنع إذا کان موجبا للتنفّر و الانقباض (انقباض روحی)

على الأظهر و العرج البین و إن لم یبلغ حدّ الإقعاد و الزمانه (زمین گیر شدن)

و العمی (کوری از هر دو چشم)

و هو ذهاب البصر عن العینین (دید دو چشم از بین رفته)

و إن کانتا مفتوحتین و لا اعتبار بالعود (یک چشمی بودن)

و لا بالعشا (شب کور بودن)

و هی علّه فی العین لا یبصر فی اللیل و یبصر بالنهار و لا بالعمش (ضعیف چشم)
مع سیلان الدمع فی غالب الأوقات.

از این عیوب شش گانه دوتای آنها موضوعاً در غیر مرئه قابل تصوّر نیست که یکی قرن و دیگری افضاست، ولی چهار عیب دیگر امکان وجودش در رجل و مرئه مساوی است، البتّه در رجل حکم خیار فسخ برای مرئه ندارد ولی در مرئه حکم خیار فسخ برای رجل دارد.

۸۸ القول فی العیوب (البرص و الجذام ...) ۱۶ / ۱ / ۸۳

عیوب شش گانه مرئه را که در مورد قبل از عقد است تک تک بررسی می کنیم:

۱- برص:

موضوع برص:

مرحوم امام (ره) تبعاً للوسیلة النجاة اشاره‌ای به موضوع برص نکرده است ولی در کتب مفصل فقهی برص تفسیر شده است. موضوع آن باید روشن شود تا با بهق اشتباه نشود. مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد می فرماید:
البرص علمه معروفه نعوذ بالله منها و هی بیاض یظهر فی البدن منشؤه غلبه البلغم و هو غیر البهق (که آن هم نوعی سفیدی و لک و پیس است) و قد فرّق الاطباء بینهما بأن البرص یكون برّاقاً أملس (پوست برق می زند و صاف است) غائضاً فی الجلد و اللحم (در گوشت و پوست فرو می رود) و یكون الشعر النبات فیہ أبيض و جلده أنزل من جلد سائر البدن و إن غرّزت فیہ الإبره (فرو کردن سوزن) لم یخرج منه دم بل رطوبة بیضاء (که همان چرک و عفونت است). «۲»
سابق بر این اطباء معتقد بودند که مزاج تمام انسان‌ها در چهار قسمت خلاصه می شود: مزاج بلغمی، سودایی صفراوی و دموی که این تقسیم بندی از تقسیم بندی چهار گانه عناصر که در قدیم به آن قائل بودند ناشی می شود (آب، باد، آتش و خاک).

(۱) ح ۳ باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۲) ج ۱۳، ص ۲۳۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۱۲

بلغم اشاره به مزاج سرد همراه با رطوبت، سوداء اشاره به مزاج سرد همراه با بیوست، صفرا مزاج گرم با بیوست و مزاج دموی گرم همراه رطوبت بود و معتقد بودند که تمام بیماری‌ها به واسطه غلبه یکی از اینهاست و اضافه شدن بلغم سبب برص و اضافه شدن صفرا سبب بیماری جذام می شود.
مرحوم صاحب جواهر می فرماید:

أما البرص فهو لغه و عرفاً البیاض الذی یظهر علی صفحه البدن لغلبه البلغم و عند الأطباء أو السواد كذلك لغلبه السوداء ... یوجب تفلیس الجلد (پوست فلس دار می شود) «۱».

آنچه از کلمات بزرگان استفاده می شود و ما از اطباء تحقیق کرده ایم این است که لک و پیس های بدن برص نیست و علاج و دارو دارد و فقط رنگ پوست مشکل دارد که درست می شود ولی برص نوعی عفونت است که حتی اگر در دهان پیدا شود به قدری دهان بدبو می شود که کسی نمی تواند به او نزدیک شود و در واقع نوعی بیماری پوستی است که پوست فروکش می کند و فرو می رود و این بیماری عفونی، مسری است، و از بعضی تعبیرات استفاده می شود که نوعی جذام است پس هر لک و پیسی برص نیست و موجب فسخ نمی شود.

سزاوار بود که مرحوم امام (ره) در تحریر موضوع برص را توضیح می دادند.

حکم برص:

حکم مسأله از مسلمت و اجماعیات است که مرد با وجود چنین بیماری حق فسخ دارد. مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد، می فرماید:

و إجماع الأصحاب و إطباق أكثر علماء الاسلام علی ذلك (حق فسخ) من الامور المعلومه. «۲»

ادله:

۱- اجماع.

۲- لا ضرر و لا حرج.

۳- تدلیس:

چون بحث در برص قبل از نکاح است (بعداً خواهیم گفت که در برص بعد از نکاح حق فسخ ندارد) اگر این بیماری را دارد باید بگوید و اگر نگوید نوعی تدلیس است و خیار فسخ دارد.

۴- روایات:

روایات زیاد و متضافر و قریب به متواتری داریم، ده روایت در باب یک از ابواب عیوب نقل شده است. «۳» بعضی از روایات صحیح السند و بعضی ضعیف است ولی چون متضافر و معمول بهای اصحاب است، مشکل سند نداریم؛ از باب نمونه بعضی از روایات را بیان می کنیم:

...* عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المرأة تردّ من أربعة أشياء: من البرص و الجذام و الجنون و القرن و هو العفل ما لم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا. «۴»

...* عن رفاعه بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام قال: تردّ المرأة من العفل و البرص و الجذام و الجنون (این از قبیل منع در مقابل توهم حذر است یعنی فکر می کرد که ممنوع است و خیار فسخ ندارد در جواب می فرمایند که می تواند فسخ کند)

و أمّا ما سوی ذلك فلا

(تعارضی بین روایات پیدا می شود چون عیوب را بعضی چهارتا می دانند در حالی که هفت عیب است که بعداً بیان می کنیم). «۵»

۲- جذام:

اشاره

ابتدا در مورد موضوع جذام بحث می کنیم بعد حکم آن را.

موضوع جذام:

اشاره

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد می‌فرماید:

الجذام: علمه صعبه یحمر معها العضو ثم یسود ثم ینقطع و یتناثر (گوشت بدن می‌ریزد) نعوذ بالله و اکبر ما یکون ذلک فی الوجه و یتصور فی کل عضو فمتی ما ظهرت هذه العلة و ثبتت بحیث لا یخفی علی أحد فلا شک فی ثبوت الخیار. «۶»
از کلمات دیگران از جمله صاحب جواهر استفاده می‌شود که جذام دو مرحله دارد:

۱- مرحله کمون (مخفی):

در این مرحله بدن سرخ می‌شود و چشم انسان از حالت بادامی خارج شده و دایره مانند می‌شود و پوست بدن هم خشن می‌شود.

۲- مرحله بروز:

در این مرحله بدن زخم می‌شود و گوشت بدن می‌ریزد. و به همین مناسبت در فارسی به آن خوره می‌گویند.

حکم جذام:

آیا هر دو مرحله مشمول حکم است یا فقط مرحله بروز و ظهور؟

(۱) ج ۳۰، ص ۳۳۲.

(۲) ج ۱۳، ص ۲۳۵.

(۳) ح ۱، ۲، ۵، ۶، ۹، ۱۰، ۱۱، ۱۲، ۱۳، ۱۴ باب ۱ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۱ باب ۱ از ابواب عیوب.

(۵) ح ۲ باب ۱ از ابواب عیوب.

(۶) ج ۱۳، ص ۲۳۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۱۳

از کلام محقق ثانی استفاده می‌شود که مرحله بروز است که موجب فسخ است، ولی صاحب جواهر اصرار دارد که در مرحله کمون هم حق فسخ هست ولی ما در این معنا تردید داریم و شمول حکم را نسبت مرحله کمون نمی‌پذیریم، چرا که اگر شک هم کنیم اصالة اللزوم حاکم است.

۸۹ القول فی العیوب (الجذام ...) ۱۷ / ۱ / ۸۳

نکته: بعضی از این عیوب در سابق اصلاً و یا به آسانی قابل علاج نبوده است، ولی در عصر و زمان ما قابل علاج است، حتی افضا و عفل را ممکن است با جراحی درمان کنند و یا جذام و برص در عصر و زمان ما قابل درمان است. حال آیا باید به زوجه مجال داد تا خود را درمان کند یا زوج می‌تواند نکاح را فسخ کند؟ اینها از مسائل مستحدثه قابل بحث است که در پایان مباحث عیوب بحث خواهیم کرد و حتی عیوبی که از این عیوب منصوصه بدتر است مثل ایدز در پایان مباحث عیوب بحث خواهیم کرد.

اقوال:

از نظر اقوال بین اصحاب ما مخالفی نیست و در بین عامه هم اگر اختلافی باشد بسیار کم است.

ادله:**۱- اجماع:**

همان اجماعی را که جامع المقاصد در مورد برص ادعا کرده بود در این مسأله هم ادعا می‌کند.

۲- لا ضرر:

ضرری از این بالاتر نیست چرا که خطر سرایت دارد و روایت نبوی می‌فرماید:

فَرَّ مِنَ الْمَجْدُومِ فَرَارِكٌ مِنَ الْأَسَدِ. «۱»

چیزی که در احادیث نبوی این گونه توصیف شده قطعاً داخل عنوان لا ضرر است.

ان قلت: در حالات امام سجاد علیه السلام داریم که حضرت عده‌ای مجذوم را مشاهده کرده و پیش آنها نشسته و با آنها غذا خوردند.

قلنا: این روایات را توجیه کرده‌اند تا تعارضی بین این دو روایت نباشد:

۱- در روایت ندارد که در یک ظرف با آنها غذا خوردند بلکه در کنار یک سفره بوده پس تعارضی با روایت نبوی ندارد.

۲- ائمه علیهم السلام دارای مقام توکل بسیار بالایی بودند که به خاطر آن، از این گونه مسائل محفوظ می‌ماندند که این مخصوص مقام امامت و ولایت است.

۳- ادله نفی عسر و حرج:

زندگی با زوجه مجذوم دارای عسر و حرج است، پس لاجعل علیکم فی الدین من حرج شامل اینجا هم می‌شود.

۴- تدلیس:

اگر چنین بیماری داشته باشد و پنهان کند و بعد از ازدواج معلوم شود چون عرف عقلا- بیان این امور را از شرایط می‌دانند پس اخفای آن تدلیس، و ادله تدلیس اینجا را شامل می‌شود.

۵- روایات:

روایات کثیره‌ای که در خصوص جذام وارد شده است. در هفت روایت از روایات ده گانه که در مورد برص وارد شده جذام هم ذکر شده است؛ «۲» و چون روایات متضافر است نیاز به بحث از سند ندارد.

...* عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله

(سند معتبر است)

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المرأة تردّ

(به معنای حقّ خیار است نه این که الزامی باشد)

من أربعة أشياء من البرص والجذام والجنون والقرن وهو العفل «... ۳»

(...* در سند سهل بن زیاد است)

عن رفاعه بن موسی عن ابي عبد الله عليه السلام قال: ترد المرأة من العفل والبرص والجذام والجنون واما ما سوى ذلك فلا. «۴»

۳- قرن:

اشاره

سومین عیب از عیوب مختص به مرثه عیب قرن است، که به آن قَرْن، قَرْن و قُرْنَه هم گفته شده است. مرحوم امام (ره) معنای وسیعی برای قرن قائل شده و می‌فرماید:

القرن و يقال له العفل و هو لحم أو غده أو عظم ينبت في فم الرحم يمنع عن الوطاء.

بنابراین قرن با عفل به یک معناست و معنای آن وسیع است و لحم زائد، غده و عظم را شامل می‌شود، ولی بعضی بین عفل و قرن فرق گذاشته و معتقدند که قرن در خصوص عظم است ولی عَفَل در مورد لحم است و به همین جهت، عیوب مختص به مرثه را هفت عیب ذکر کرده‌اند. آیا این بحث اثری دارد؟
خیر، عیب‌ها شش یا هفت عدد باشد تفاوتی ندارد، بحث در

(۱) سفینه البحار.

(۲) ح ۱، ۲، ۶، ۱۰، ۱۱، ۱۳ و ۱۴ باب ۱ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۱ باب ۱ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۲ باب ۱ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۱۴

این است که این دو مانع وطی است و این باعث حق فسخ می‌شود.

اقوال:

این مسأله هم اتّفاقی است و ارسلوه ارسال المسلمات و به همین جهت در اینجا علما اقوالی را ذکر نمی‌کنند، که این‌ها گاهی از اجماع هم بالاتر است. مرحوم صاحب جواهر هم اقوال را ذکر نکرده و مسأله را مسلم گرفته است.

ادله:

۱- اجماع:

مسأله ظاهراً اجماعی است و مخالفی نقل نشده است.

۲- لا ضرر و لا حرج:

زوجه مانعی دارد که مانع وطی و منافی با غرض نکاح است.

۳- تدلیس:

عیبی دارد که نگفتن آن تدلیس است، چون مرثه حال خودش را می‌دانسته و نگفته و بعداً آشکار شده است.

۴- روایات:

روایات متضافره‌ای در مورد عَفَل و قرن وارد شده که دلیل بر ما نحن فیه است «۱» و بعضی از این احادیث سابقاً خوانده شد. روایت اول حسنی دارد که در بقیه نیست و آن این که قرن را به عفل تفسیر کرده است.
...* عن ابی عیبده

(دو سند دارد که در یک سند سهل بن زیاد است که ضعیف است و سند دیگر خوب است و همه ثقه هستند و سند معتبر است) عن ابی جعفر علیه السلام فی حدیث قال: إذا دلّست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفصات و من كان بها زمانه ظاهراً (زمین گیر ظاهر و آشکار)
فإنّها تردّ علی أهلها من غیر طلاق الحدیث. «۲»

چه فرقی بین فسخ و طلاق است؟ فسخ چه سهولت‌هایی دارد؟ طلاق دارای چه مشکلاتی است؟ در بحث‌های آینده از این امور بحث خواهد شد.

۹۰ القول فی العیوب (العفل ...) ۱۸ / ۱ / ۸۳

تا اینجا ادله و موضوع مسأله بیان شد، و در مورد جایی بود که قرن و عفل مانع کلی و طی باشد، ولی اگر مانع نباشد بلکه مزاحم و موجب تنفر و بعضی از مشاکل باشد، حکم آن چیست؟

این مسأله را مرحوم محقق در شرایع، صاحب جواهر و صاحب مسالک مورد بحث قرار داده‌اند که آیا موجب خیار فسخ است؟ مسأله اختلافی است؛ جمعیت قابل ملاحظه‌ای قائل به عدم خیار هستند چون مانع و طی نیست. این قول از اکثر فقها نقل شده و مرحوم شهید ثانی در مسالک می‌فرماید:
هو الذی قطع به الشیخ و الاکثر. «۳»

و لکن لحن شرایع تمایل به ثبوت خیار است و صاحب جواهر هم این را اقوی می‌داند. مرحوم امام (ره) هم عفل را تعمیم داده و به ثبوت خیار قائل شده و فرموده‌اند:

یمنع عن الوطاء بل و لو لم یمنع إذا كان موجبا للتفر و الانقباض علی الأظهر.

پس ایشان هم قول دوم را اختیار کرده و اکثر را رها می‌کنند، و منشأ این که در صورت عدم مانعیت قائل به خیار فسخ شده‌اند روایات است.

ادله قائلین به عدم ثبوت خیار فسخ:**اشاره**

قائلین به عدم ثبوت خیار در جایی که عفل مانع از و طی نیست به دلایلی تمسک کرده‌اند:

۱- اصالة لزوم:

در هر جایی که شک کنیم اصل لزوم است بنابراین قدر متیقن از خیار فسخ جایی است که مانع است. جواب از دلیل: اصل وقتی معتبر است که دلیل نباشد در حالی که دلیل خاص (روایات) داریم که از آن استفاده خیار می‌شود.

۲- قاعدة احتیاط در ابواب نکاح:

احتیاط می‌گوید فسخ نکن، چون زن ممکن است بعد از فسخ شوهر ازدواج کند در حالی که ممکن است در واقع ذات البعل بوده بنابراین خلاف احتیاط است.

جواب از دلیل: این احتیاط خوب است ولی اگر دلیل باشد (ادله قائلین به خیار در ادامه می‌آید) جای تمسک به اصل نیست.

۳- انتفاء الضرورة:

چون وطی ممکن و هدف نکاح حاصل است ضرورتی

(۱) ح ۱، ۲، ۳، ۴، ۵، ۶، ۱۰ و ۱۳ باب ۱ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۵ باب ۱ از ابواب عیوب.

(۳) ج ۸، ص ۱۱۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۱۵

نیست و فسخ برای جایی است که مانع باشد در حالی که این مانع جزئی است و اگر مانع جزئی بخواهد موجب فسخ شود نوعاً در زندگی زوجین مانع موجود است.

جواب از دلیل: این ادله تا زمانی کارساز است که دلیل خاصی مانند روایات نباشد.

۴- روایت:

...* عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله

(روایت صحیح است)

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المرأة تردّ من أربعة أشياء: من البرص و الجذام و الجنون و القرن و هو العفل ما لم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا. «۱»

معنای حدیث به دلالت التزامی این است که عفل چیزی است که با وجود آن وطی حاصل نمی‌شود چون وقتی وطی حاصل شد دیگر عفل نیست.

جواب از دلیل: این دلیل بر خلاف مقصود و دلیل بر قول دوم است، یعنی از آن استفاده می‌شود که عفل چه مانع باشد و چه نباشد موجب خیار فسخ است منتها وطی و دخول در بعضی از عیوب مسقط خیار است نه این که خیار ندارد کما این که در برص و جذام و جنون هم وطی مسقط خیار است، پس این روایت دلالت بر خلاف مقصود دارد. چهار دلیل برای قول اکثر بود که جواب داده شد.

ادله قائلین به ثبوت خیار فسخ:

اشاره

قائلین به ثبوت خیار فسخ در جایی که عفل مانع نیست به چند دلیل تمسک کرده‌اند.

۱- اطلاق روایات:

همان هفت روایتی که دلالت می‌کرد بر این که قرن و عفل موجب خیار است اطلاق دارد و موردی را که مانع است و موردی را

که مانع نیست شامل می‌شود.

سؤال: آیا واقعاً عفل عام است و هر چیز زائدی را که در محل است شامل می‌شود و لو مانع نباشد؟
احتمال می‌دهیم مخصوص به جایی است که مانع باشد و اگر شک هم کنیم باید در اقل و اکثر، اقل را بگیریم که قدر متیقن است و در بقیه اصالة اللزوم جاری می‌شود.

۲- روایت ابو الصباح کنانی:

روایت صحیحه است ولی صاحب وسائل آن را تقطیع کرده و نصف روایت را در اینجا «۲» و نصف دیگر را در باب دیگر «۳» نقل کرده است؛ مرحوم کلینی^ه در کافی این حدیث را به طور کامل ذکر کرده است.
... * قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرناً قال: هذه لا تحبل (باردار نمی‌شود)

و ینقبض زوجها من مجامعتها تردّ علی أهلها قلت: فإن كان دخل بها
(امکان دخول هست)

قال: إن كان علم بذلك قبل أن ینکحها یعنی المجامعة ثم جامعها فقد رضی بها
(خیار ساقط است با این که قابلیت وطی داشته خیار داشته است)
و إن لم یعلم إلا بعد ما جامعها فإن شاء بعد أمسک و إن شاء طلق. «۴»

این بهترین دلیلی است که مرحوم صاحب جواهر و مرحوم امام (ره) به آن استدلال کرده‌اند و معتقدند که عفل عام است و مانع کلی هم نباشد مانع بارداری و سبب انقباض است. این روایت هم سند و هم دلالتش بر مقصود خوب است پس نوبت به اصالة اللزوم و اصالة الاحتیاط نمی‌رسد.

۳- روایت ابو عبیده:

حدیث صحیح و معتبر است چرا که روایت دارای دو سند و در یک سند سهل بن زیاد نیست.
... * عن أبي جعفر عليه السلام قال في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها قال: فقال: إذا دلست العفلاء و البرصاء ... فإنها تردّ الى أهلها ... و تعتدّ منه عدّة المطلقة إن كان دخل بها
(معلوم می‌شود که عفلا قابلیت وطی داشته که مهر و عدّه دارد «...».) «۵»

۴- روایت حسن به صالح:

سند محلّ بحث است
... * سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرناً قال: هذه لا تحبل و ینقبض زوجها من مجامعتها
(وطی ممکن است ولی حالت تنفر دارد)
تردّ علی أهلها «...» «۶»
این روایت اگر چه مشکل سندی دارد ولی دلالت آن خوب است و برای جایی است که امکان وطی دارد، پس قول دوم که قائل به خیار فسخ است ادله خوبی دارد.
قلنا: ما هم در اینجا با امام (ره) همراه می‌شویم و قائل به خیار فسخ هستیم.

۹۱ القول فی العیوب (الافضاء...) ۱۹ / ۱ / ۸۳

۴- الإفضاء:

اشاره

اگر زوج بعد از عقد بفهمد که زن این عیب را دارد حق فسخ

(۱) ح ۱، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۳، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۱، باب ۳ از ابواب عیوب.

(۴) کافی، ج ۵.

(۵) ح ۱، باب ۲ از ابواب عیوب.

(۶) ح ۳، باب ۳ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۱۶

دارد. امام (ره) در تحریر الوسيله در مسأله دوازده از مقدّمات نکاح مسأله افضا را از نظر حکمی و موضوعی مفصلاً بحث کردند، که از نظر حکمی دارای احکامی بود مثلاً اگر قبل از تسع سنین باشد، باعث حرمت ابدی و طی مرثه است، اگر چه از زوجیت خارج نشده و نفقه آن واجب است.

از احکام دیگر آن این است که اگر مداوا شود، اکثر قائل به بقای حرمت و طی شدند ولی ما آن را قبول نکردیم.

از دیگر احکام آن دیه است و آن هم دیه کامله زن (۵۰۰ مثقال شرعی).

موضوع افضا:

موضوع افضا این بود که دو مجری یکی شود که قبلاً به طور مفصل بحث شد و روایات می‌فرمود:

«عطلها علی الأزواج»

یعنی قابل بهره‌گیری نیست و اگر چنان خرق و جرحی باشد که باعث شود مرثه از حیث انتفاع ساقط شود احکام را جاری می‌کنیم.

این از نظر موضوع اما از نظر حکمی آیا افضا موجب خیار فسخ است؟

اقوال:

قطعاً و به طور مسلم موجب فسخ است و اختلافی در آن نیست.

ادله:

۱- لا ضرر:

چه ضرری از این بالاتر که عطلها علی الأزواج و غرض نکاح حاصل نمی‌شود و چون حدیث نفی ضرر اثبات حکم هم می‌کند به کمک این حدیث خیار ثابت است. (در روایت ثمره بن جندب اثبات حکم کرده چرا که پیامبر فرموده است يجب علیک

الاستیذان).

۲- ادله نفي عسر و حرج.**۳- تدلیس:**

چه تدلیسی از این بالاتر که مرئه مفضات و تعطیل انتفاع است و غرض نکاح تأمین نمی‌شود و چون می‌دانسته و نگفته تدلیس است.

۴- روایت صحیحه:

این روایت دارای دو سند است که در یک سند سهل بن زیاد است و در سند دیگر سهل بن زیاد ندارد پس روایت صحیحه است.

* و عن عدّه من أصحابنا

(مشایخ کلینی که همه ثقه هستند)

عن سهل بن زیاد و عن محمد بن یحیی، عن أحمد بن محمد جمیعاً عن الحسن بن محبوب، عن علی بن رثاب، عن أبي عبيد عن

أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: إذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة و من كان بها زمانة ظاهرة

(زمین گیر)

فإنها تردّ علی أهلها من غير طلاق الحديث. «۱»

روایت با صراحت دلالت دارد بر این که افضا از عیوبی است که موجب خیار فسخ است.

۹۲ القول فی العیوب (العرج ... ۵ / ۲ / ۸۳

۵- عرج (ننگ بودن):**اشاره**

عرج به معنای «انحناء فی البدن- یعجز معه المشی» می‌باشد.

مرحوم امام (ره) در تحریر الوسیله می‌فرماید:

والعرج البین و إن لم يبلغ حدّ الإقعاد (زمین گیر شدن)

و الزمانه (ظاهراً با اقعاد مساوی دانسته‌اند ولی خواهیم گفت که «زمانه» مفهوم پیچیده‌ای دارد)

علی الأظهر (این تعبیر دلیل بر این است که مسأله اختلافی است).

طبق بیان مرحوم امام (ره) عرج یک قید دارد و آن هم این که «بین» باشد.

اقوال:**اشاره**

این مسأله اختلافی است، از کسانی که شرح اقوال مسأله را به طور تفصیلی بیان کرده، مرحوم شهید ثانی در مسالک است که

می‌فرماید مسأله دارای چهار قول است، خلاصه فرمایش ایشان چنین است:

اختلف الأصحاب فی أن العرج فی المرأة هل هو عیب یجوز الفسخ أم لا علی أقوال:

أحدها: أنه عیب مطلقاً ذهب إليه الشیخان فی التهذیب و النهایة (شیخ طوسی) و المقنعه (شیخ مفید) و ابن الجنید و ابو الصلاح و

أكثر الاصحاب.

و ثانيها: ثبوته بشرط كونه بيناً ذهب اليه العلماء في المختلف و التحرير و نقله عن ابن إدريس.
و ثالثها: تقييده ببلوغه حدّ الاقعاد و هو الذي ذهب اليه المصنّف (محقق) و العلماء في القواعد و الإرشاد و الظاهر من معناه (اي

(۱) ح ۵، باب ۱، از ابواب عيوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۱۷

الإقعاد) أن يبلغ حدّاً يعجز معه عن المشى.

و رابعها: أنه ليس بعيب مطلقاً و هو الظاهر من كلام الشيخ في المبسوط و الخلاف فإنه لم يعدّه من عيوب المرأة و كذلك ابن البرّاج

في المهذب و هو الظاهر من الصدوق. «۱»

مرحوم محقق در شرايع می فرماید:

و أما العرج فيه تردّد اظهره دخوله في اسباب الفسخ إذا بلغ الإقعاد. «۲»

این اقوال، طرفداران معتبری دارد ولی از همه مشهورتر قول اول است. مرحوم امام (ره) قول دوم را اختیار کرده است.

جمع بندی اقوال:

۱- عرج مطلقاً از عيوب است (قول مشهور)

۲- عرج بين از عيوب است.

۳- عرجی که به حدّ اقعاد برسد، از عيوب است.

۴- اصلاً عيب نیست و حقّ فسخ نمی آورد.

اکنون به بررسی اقوال چهارگانه می پردازیم:

قول چهارم: چون این قول با اقوال دیگر متفاوت است و حرج را عيب نمی داند ابتدا ادله این قول را بررسی می کنیم.

اشاره

ادله قول چهارم:

دو دليل بر این قول اقامه شده است:

1- اصالة اللزوم:

اصل اقتضا می کند که تمام عقود لازم باشد و خيار فسخ دليل می خواهد و در اینجا دليل نداریم.

جواب از دليل: روایات عدیده‌ای داریم که عرج از عيوب است و با بودن دليل نوبت به اصل نمی رسد.

2- روایات:

روایات متعددی که عيوب را منحصر در چهار عيب (عفل، جنون، جذام و برص) می داند و غير آن را نفی می کند.

اگر چه در بعضی از روایات راوی و مروی عنه و مضمون یکی است، ولی در کتاب و سائل در پنج روایت ذکر شده است که بعضی

با مفهوم «تردّد من الأربعة» که عدد مفهوم دارد یعنی در غير این چهار عيب خيار فسخ نیست) و بعضی با منطوق دلالت دارد.

بعضی از روایات صحیح السند و بعضی دیگر محلّ ابراد است، ولی چون متضافر است نیاز به بحث سندی ندارد.

... عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المرأة تردّ من أربعة أشياء: من البرص و الجذام و الجنون و العفن و هو العفل «... ۳»

عدد مفهوم دارد که گاهی از ناحیه اقلّ است (مثل اقامت ده روز در قصد اقامت که اگر کمتر باشد باید نماز را تمام بخواند) و گاهی از ناحیه اکثر (مثلاً اکثر حیض ده روز است یعنی یازده روز نیست) و گاهی از هر دو طرف است (مثل این که نماز صبح دو رکعت است، نه کمتر و نه بیشتر).

... عن رفاعه بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام قال: تردّ المرأة من العفل و البرص و الجذام و الجنون و أمّا ما سوى ذلك فلا (دلالت به منطوق است). «۴»

... عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال في الرجل يتزوج الى قوم فاذا امرأته عوراء و لم يبينوا له قال: لا ترد و قال: إنّما يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل (به منطوق دلالت دارد چون «أمّا» از ادات حصر است)

الحديث. «۵»

... عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إنّما يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل

(ظاهراً با حدیث قبل متحد است). «۶»
... عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: و تردّ المرأة من العفل و البرص و الجذام و الجنون فأما ما سوى ذلك فلا.

(این حدیث با روایت اولّ ظاهراً یکی است و بعید نیست نقل به معنا شده باشد که در آنجا به مفهوم عدد دلالت داشت و در اینجا به منطوق دلالت دارد). «۷»

مجموع این احادیث یا سه حدیث است یا پنج حدیث که بعضی معتبر است و تعداد عیوب را بیان کرده است.

جواب از دلیل: این روایات با روایاتی که عرج و عمی را می گوید و معمول بهای اصحاب هم هست، معارض است چگونه بین روایات جمع کنیم؟ آیا تعارض است که اگر جمع نشد رجوع به مرجّحات کنیم؟

گاهی بین اینها جمع دلالتی شده است به این بیان که حصر عیوب در چهار عیب حصر اضافی است یعنی در محضر امام از عیوب مختلفی صحبت شده مثل کراهت منظر و قبیح اللسان و یا دنائت قبیله و ... و امام می خواهد این عیوب را نفی کند، نه

(۱) ج ۸، ص ۱۱۶-۱۱۹.

(۲) جواهر، ج ۳۰، ص ۳۳۵.

(۳) ح ۱، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۲، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۵) ح ۶، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۶) ح ۱۰، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۷) ح ۱۳، باب ۱ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۱۸

این که بخواند نفی عرج و عمی کند؛ اگر چه حمل حصر بر حصر اضافی خلاف ظاهر است ولی در مقام جمع می توان به آن قائل

شد.

جمع دیگر این که آن چهار عیب از عیوب درجه یک و دو عیب دیگر درجه دو است. این هم خلاف ظاهر است ولی در مقام جمع قائل به خلاف ظاهر می‌شویم، اما اگر این دو طریق جمع را نپذیریم ناچاریم سراغ مرجحات برویم. نظیر این مسأله را در باب صیام هم داریم که بعضی از روایات مبطلات روزه را چهار چیز و روایات دیگر بیش از آن می‌شمارد. در یک روایت می‌فرماید:

لا یضر الصائم ما صنع إذا اجتنب ثلاث خصال: الطعام و الشراب و النساء و الارتماس فی الماء «۱»

در حالی که مبطلات صیام در روایات دیگر بیش از این شمرده است مثل استمنا، غبار غلیظ و... حال چه کنیم؟ در آنجا هم همین مشکل است که یا سراغ جمع دلالتی می‌رویم و یا سراغ مرجحات، البته این مشکل در هر جا که بحث عدد مطرح است پیش می‌آید.

۹۳ القول فی العیوب (العرج ...) ۸۳ / ۲ / ۶

بحث در عیب پنجم از عیوب مختص نساء در عرج بود.

معنی عرج انحناء فی البدن یعجز معه المشی است. چهار قول در مسأله داشتیم:

ادله قول چهارم و جواب آن بیان شد، چون نافی بود ابتدا این قول را ذکر کردیم.

دلیل قول اول (مشهور) روایات:

دلیل این قول چند روایت است که غالباً صحیح‌السند است و عرج یا عرجاء (که صفت عرج است) مطلق ذکر شده و مقید به بین و اقعاد نشده است.

...* عن محمد بن مسلم

(صحیح است)

قال: قال أبو جعفر علیه السلام ترد العمیاء و البرصاء و الجذماء و العرجاء

(مطلق است). «۲»

* و فی المقنع قال: روی فی الحدیث

(مرسله است)

أن العمیاء و العرجاء ترد. «۳»

ظاهراً روایت دیگری نیست و همان روایت سابق است.

...* عن داود بن سرحان

(روایت صحیح است)

عن أبي عبد الله علیه السلام فی الرجل یتزوج المرأة فیؤتی بها عمیاء أو برصاء أو عرجاء قال: ترد علی ولیها

(فسخ جایز است)

الحدیث. «۴»

...* عن محمد بن مسلم

(روایت صحیح است)

عن أبي جعفر علیه السلام قال: ترد البرصاء و العمیاء و العرجاء. «۵»

اگر این احادیث در هم ادغام شود درست است که دو روایت می‌شود، ولی دو روایت صحیح است و هیچ قیدی ندارد و دلیل بر

قول مشهور است و اگر با روایات سابق (قول چهارم) تعارض پیدا کند، این روایات مقدم می‌شود، چرا که صحیح و معمول بهای اصحاب است.

قول دوم: به نظر می‌رسد قول دوم به قول اول بر می‌گردد

چرا که اگر عرج بین نباشد از عیوب شمرده نمی‌شود، بنابراین کأن روایات عرجاء هم به عرجاء بین العرج منصرف است نه موردی که عرج خفی باشد و بدون دقت در آن روشن نمی‌شود، پس قول دوم که مرحوم امام (ره) هم در تحریر آن را انتخاب کردند، قول جدیدی به نظر نمی‌رسد و همان قول اول است، به خصوص که دلیل خاصی هم بر این قول اقامه نشده است.

قول سوم: قول مرحوم محقق و بعضی دیگر است که عرجی را عیب می‌دانستند

اشاره

که به حدّ ابعاد برسد و نتواند راه برود.

دلیل قول سوم: دلیل این قول دو روایت است

اشاره

که هر دو روایت صحیح و ولی یکی دلالتش روشن تر است.

...* عن أبي عبيدة، عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: إذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونة و المفضات و من كان به زمانة ظاهرة فأنها تردّ على أهلها من غير طلاق الحديث. «۶»

...* عن داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: و إن كانت بها یعنی المرأة زمانة لا تراها الرجال أجزت شهادة النساء عليها. «۷»

قسمت دیگر این روایت در ح ۹ باب ۱ آمده است و ظاهراً این حدیث دنباله آن است.

...* عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء قال تردّ على وليها الحديث.

این روایت به چه معناست؟ آیا ممکن است لنگ زمین گیری

(۱) و مسائل ج ۷، ح ۱ باب از ابواب ما يمسك عنه الصائم.

(۲) ح ۷، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۸، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۹، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۵) ح ۱۲، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۶) ح ۵، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۷) ح ۱، باب ۴ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۱۹

باشد که نمی‌تواند حرکت کند، ولی مردان نمی‌بینند و فقط زن‌ها می‌بینند؟ این چگونه ممکن است؟ پس روایت ابهام دارد و از این روایت استفاده خواهیم کرد که «زمانه» معنای دیگری غیر از معنایی که بزرگان استفاده کرده‌اند دارد.

حال اگر از این اشکال صرف نظر کنیم این دو روایت مقید و روایات سابق مطلق است و حمل مطلق بر مقید کرده و روایات مطلق را تقیید می‌زنیم یعنی عرج در صورتی موجب فسخ است که نتواند راه برود.

اکنون به بررسی کلمه «زمانه» در لغت می‌پردازیم.

زمانه از زمان به معنای وقت گرفته شده است. لسان العرب می‌گوید:

الزمانة آفة في الحيوانات و رجل زمن أي مبتلى بين الزمانه و الزمانه العاهة (نقص عضو و بلا و عیب) و الزمانه ایضاً الحُب (محبّت).

قاموس که از معروف‌ترین منابع لغت است مختصراً می‌گوید:

الزمانة الحُب و العاهة.

المنجد و لو از نظر ما اصالت ندارد- چرا که در آن فرهنگ مسیحیت را جاسازی کرده و در مورد مسیح می‌گوید: ابن الله المتجسد □
که امانت را در لغت هم رعایت نکرده است- در این مورد می‌گوید:

الزمانة العاهة، عدم بعض الاعضاء تعطيل القوى □ (زمین گیر می‌شود و از قوت می‌افتد) الحُب، المزمن مرض مزمن عتيق أتت عليه ازمنه.

معجم البحرين طریحی که تفسیر لغات آیات و روایات است می‌گوید:

الزمانة العاهة و آفة في الحيوان و هو مرض يدوم زماناً طويلاً.

صاح اللغه هم بیانش مانند بیان لسان العرب است.

جمع بندی اقوال لغویین:

از مجموع این اقوال استفاده می‌شود که زمانه از زمان گرفته شده و به معنای مرض مزمن و قدیمی است که دوام دارد و مدت‌ها شخص مبتلا- بوده و لازمه آن گاهی تعطیل قوی است و به حُب هم زمانه گفته شده است به جهت عمق و دوام آن، پس زمین گیر شدن در معنای آن نخواهید و لذا بعضی گفته‌اند که زمانه یک عیب جداگانه است و در ناحیه‌ی مرأه به هشت عیب قائل شده‌اند، بنابراین این زمانه ربطی به عرج و لنگی ندارد.

۹۴ القول فی العیوب (العرج ...) ۸۳ / ۲ / ۷

مرحوم شهید ثانی در مسالک می‌فرماید:

إن مفهوم الزمانه أمر آخر غير المفهوم من العرج و مقتضى النصوص كون كل واحد منهما عيباً برأسه و ليس من باب المطلق و المقيد في شيء بل الظاهر من الزمانه أمر آخر خفي لا يطلع عليه الرجال و العرج ليس كذلك. «۱»

تا اینجا با این بیانات، ما هم مثل شهید ثانی می‌خواهیم زمانه را عیب جداگانه‌ای بدانیم، ولی چیزی که کار را مشکل می‌کند، این است که کمتر کسی به آن فتوا داده است، پس این دو حدیث غیر معمول بهاست و ناچاریم آن را کنار بگذاریم.

۶- العمی □

اشاره

ششمین عیب از عیوب مختصّ نساء «عمی» است. مرحوم امام (ره) در مورد این عیب می‌فرماید:

و العمی و هو ذهاب البصر عن العينين (دید چشم از بین برود)

و إن كانتا مفتوحتين و لا اعتبار بالعمور (یک چشمی)

و لا بالعشا (شب کور)

و هی علّه فی العین لا یبصر فی اللیل و یبصر بالنهار و لا بالعمش و هو ضعف الرؤیة مع سیلان الدمع فی غالب الاوقات.

اقوال:

مشهور عمی را از عیوب مختص به نساء می دانند. مرحوم کاشف اللثام می فرماید:

و امّیا العمی فالأظهر من المذهب أنّه موجب للخیار و حکى علیه المرتضى و ابن زهرة الاجماع ... و نسبه الشيخ فی الخلاف و

المبسوط الی بعض الاصحاب و هو (کلام شیخ) یشعر بالمنع. «۲»

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد، می فرماید:

الظاهر من مذهب الأصحاب أنّ العمی عیب فی المرأة تردّ به، «۳» در ادامه از مبسوط و خلاف نقل می کند که عیب نیست، چون

کل عیوب را شش تا شمرده و عمی را از عیوب ندانسته‌اند.

دلیل مشهور: روایات

دلیل مشهور چند روایت است که در بین آنها روایت صحیحه هم وجود دارد.

...* عن محمد بن مسلم قال: قال أبو جعفر علیه السلام: تردّ العمیاء و

(۱) ج ۸، ص ۱۱۸.

(۲) ج ۷، ص ۳۶۸.

(۳) ج ۱۳، ص ۲۳۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۲۰

البرصاء و الجذماء و العرجاء. «۱»

...* عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر علیه السلام قال: تردّ البرصاء و العمیاء و العرجاء. «۲»

ظاهراً این روایت با روایت قبل یکی است که در روایت اول چهار عیب و در روایت دوم سه عیب ذکر شده است.

...* عن داوود بن سرحان

(روایت صحیحه است)

عن أبي عبد الله علیه السلام فی الرجل یتزوج المرأة فیؤتی بها عمیاء أو برصاء أو عرجاء قال: تردّ علی ولیها الحدیث. «۳»

* و فی المقنع قال: روی فی الحدیث أنّ العمیاء و العرجاء تردّ

(این روایت مرسله است و ظاهراً همان مضمون روایات سابق را مرحوم صدوق در مقنع نقل کرده است). «۴»

به حسب ظاهر چهار روایت ولی در واقع دو روایت است که البته صحیحه است. مرحوم حاجی نوری هم در مستدرک دو روایت

اضافه کرده است.

مجموع احادیث که در بین آنها صحیحه هم وجود دارد و متضافر و معمول بهای اصحاب است، برای اثبات مطلب کافی است.

اضف الی ذلك ادلّة عامّة‌ای هم که سابقاً به آن استدلال می کردیم مثل لا ضرر و لا حرج در اینجا قابل استدلال است و بهتر از این

دو، دلیل تدلیس است، چرا که زن دارای این عیب بوده و نگفته‌اند که تدلیس است.

دلیل قائلین به عدم خیار:

۱- تمسک به اصالة لزوم:

اصل در عقود لزوم است.

جواب از دلیل: در اینجا دلیل خاص (روایت) داریم و اصل در مقابل دلیل نمی‌تواند مقاومت کند.

۲- تمسک به حصر استفاد از روایات:

روایات باب، عیوب را منحصر در چهار عیب دانسته‌اند و عمی در بین آنها نیست.

جواب از دلیل: بعضی جواب داده‌اند کلمه «أثما» که شما از آن استفاده حصر می‌کنید در نسخه کافی نیست، ولی دو روایت داشتیم

که می‌فرمود:

و أما ما سوی ذلک فلا، «۵»

پس نبودن «أثما» در نسخه کافی جواب نمی‌شود، و حلّ مشکل همان راهی است که سابقاً عرض کردیم یعنی یا حصر را اضافی بدانیم و یا عیوب را درجه‌بندی کرده و بگوییم این روایات عیوب درجه اول را بیان کرده‌اند که نظیر این مسأله را در ابواب دیگر هم مثل صوم داشتیم.

و اما اعور، أعشا، أعمش و ... اطلاق روایات این موارد را شامل نمی‌شود چون منظور از اعمی کسی است که اصلاً دید ندارد و به شب کور و یک چشمی و ... اعمی نمی‌گویند، علاوه بر این یکی دو روایت هم داشتیم که می‌فرمود اعور عیب نیست.

نتیجه:

آنچه مرحوم امام (ره) فتوا دادند و مشهور هم همان را گفتند فتوای صحیح است و فقط اعمی عیب است.

۹۵ القول فی العیوب ... ۸ / ۲ / ۸۳

مقدمه

اعور (یک چشمی بودن) أعشا و أعمش از عیوب موجب فسخ نیست و دلیل آن این است که روایات عمی شامل آنها نمی‌شود

علاوه بر این سه روایت داریم که می‌فرماید یک چشمی بودن موجب خیار فسخ نمی‌شود که یک روایت از حلبی است

... عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في الرجل يتزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ولم يبينوا له قال: لا ترد «... ۶»

ذیل همین حدیث بدون این که در وسایل شماره گذاری شده باشد حدیث دیگری وجود دارد که راوی و مروی عنه مختلف است

ولی مضمون یکی است

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۵، ص: ۱۲۰

و یاسناده عن محمد بن مسلم أنه سأل أبا جعفر عليه السلام و ذكر نحوه إلا أنه ترك ذكر العفل

این دو حدیث تحت یک شماره ذکر شده

عن زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: تردّ البرصاء و المجنونة و المجذومة قلت: العوراء؟ قال: لا. «۷»

در مجموع سه حدیث و معمول بهای اصحاب هم هست، پس نسبت به عورا به جواز فسخ فتوا نداده‌اند.

بقی هنا امور:

الامر الاول: [عبارت مرحوم محقق در شرایع لا ترد المرأة بعيب غير هذه السبعة].

مرحوم محقق در شرایع در اینجا فرعی دارد و به تبع او صاحب جواهر و صاحب مسالك هم این فرع را ذکر کرده‌اند (چون هر دو شرح شرایع است). عبارت مرحوم محقق چنین است: لا ترد المرأة بعيب غير هذه السبعة. «۸»

(۱) ح ۷، باب ۱، از ابواب عیوب.

(۲) ح ۱۲، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۹، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۸، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۵) ح ۲ و ۱۳، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۶) ح ۶، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۷) ح ۱۱، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۸) جواهر، ج ۳۰، ص ۳۳۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۲۱

صاحب جواهر «۱» این فتوا را به معظم اصحاب نسبت داده و شرح نسبت مفصلی در ذیل این فرع دارد که شواذی از فتاوی و شواذی از روایات عیوب دیگری را شمرده‌اند، از جمله این سه عیب:

۱- مرئه بعد از ازدواج و قبل از دخول مرتکب زنا شود و یا زوج قبل از ازدواج و یا بعد از آن مرتکب زنا شود، که این قول به مرحوم صدوق نسبت داده شده است.

۲- اجرای حد بر مرئه و لو قبل از ازدواج (کار خلاف به تنهایی موجب حق فسخ نیست بلکه اگر کار خلاف موجب اجرای حد شود حق فسخ دارد) این قول از احمد بن محمد بن جنید اسکافی نقل شده است.

۳- زن مستأجره باشد، استیجاری که منافات با حق زوجیت دارد، مثلاً کارمند است؛ این قول قائلی از شیعه ندارد و از «ماوردی» از فقها اهل سنت نقل شده است.

سرچشمه و دلیل اینها چیست؟

عیب سوم که ماوردی به آن قائل است دلیل روایی ندارد؛ بلکه ممکن است با دلیل عقلی گفته باشد یعنی زوجه شغلی دارد که با حق زوجیت منافات دارد و الا اگر منافاتی با حق زوجیت نباشد، اشکالی ندارد، ولی این عیب نیست بلکه مزاحم حق زوج بودن مشکل است که این هم از باب تدلیس است نه عیب.

و اما دو مورد دیگر، روایاتی دارد که در دو باب نقل شده است: «باب حکم ظهور زنا الزوجه و حکم زناها قبل الدخول و بعده» که چند روایت «۲» است و بعضی دلالت می‌کند که زوجه اگر انحرافی پیدا کند حکمش چیست.

...* عن الفضل بن یونس قال سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها فزنت قال: يفرق بينهما و تحدد الحد و لا صداق لها. «۳»

این روایت از قبیل امر در توهم حد است که جواز ایجاد می‌کند یعنی واجب نیست و اگر خواست فسخ می‌کند.

...* عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله

(صحیح است)

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها أنها كانت قد زنت

(قبل از نکاح زنا کرده است)

قال: إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها

(تدلیس است و عیب را نگفته است «...» ۴)

اگر زوج عمل منافی عفت انجام داده باشد آیا زوجه در این صورت حق فسخ دارد؟

در وسائل چیزی در آن باب نداریم ولی یک حدیث از مقنع نقل شده است:

إنّ علیاً فرّق بین رجل و امرأه زنی قبل دخوله بها

که عام است و قبل از عقد و بعد از عقد را شامل می‌شود.

نتیجه:

عیب اول و دوم حدیث دارد ولی چون این احادیث معرض عنهای مشهور است نمی‌توانیم مطابق آن فتوا دهیم.

۹۶ القول فی العیوب ... ۱۲ / ۲ / ۸۳

در مورد عیب اول و دوم (آلودگی به عمل منافی عفت و محدود به حدّ شرعی شدن) سه حدیث دیگر هم در ابواب حدود پیدا

کرده‌ایم که دو حدیث در مورد زوج است یعنی اگر زوج به عمل منافی عفت آلوده شود، زوجه حق فسخ دارد.

... عن حنان قال: سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام وأنا أسمع عن البكر

(مراد رجل است به قرینه «یفجر»)

یفجر و قد تزوّج ففجر قبل أن یدخل بأهله؟ فقال: یضرب مائه و یجزّ شعره و ینفی من المصر حولاً و یفرّق بینه و بین أهله

(یعنی به زوجه حق فسخ می‌دهند و عقد را فسخ می‌کنند نه این که در تبعیدگاه زن را از او جدا کنند). «۵»

... عن علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر علیهما السلام قال: سألته عن الرجل تزوّج امرأه و لم یدخل بها فزنی ما علیه؟ قال

یجلّد الحدّ و یحلق رأسه و یفرّق بینه و بین أهله و ینفی سنه. «۶»

در ذیل این حدیث حدیث دیگری است که شماره نخورده است:

... عن السکونی عن جعفر عن أبیه عن آبائه علیهم السلام فی المرأة اذا زنت قبل أن یدخل بها قال: یفرّق بینهما و لا صداق لهما...

«۷»

این احادیث که بعضی صحیحه است، به ضمیمه احادیث سابق متضافر است ولی مشهور از آن اعراض کرده‌اند و اینها را از عیوب

موجب فسخ ندانسته‌اند.

و لکنّ الانصاف؛ در بعضی از این موارد برای زوج و زوجه خیار فسخ هست، مثلاً اگر هر یک از طرفین محدود به حدّ

(۱) همان.

(۲) ح ۱، ۲، ۴، باب ۶ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۲، باب ۶ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۴، باب ۶ از ابواب عیوب.

(۵) وسائل، ج ۱۸، ح ۷، باب ۷ از ابواب ما یوجب حدّ الزنا.

(۶) ح ۸، باب ۷ از ابواب ما یوجب حدّ الزنا.

(۷) همان.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۲۲

شرعی باشد و همه بدانند که این زن یا مرد بی‌آبرو است، هر کسی که حدّ اقل آبروی اجتماعی داشته باشد، از چنین شخصی بیزار است، و لکّه‌نگی است، آیا این داخل در عنوان تدلیس نیست؟

این تدلیس است و مشهور هم در واقع اینها را از باب عیوب ندانسته‌اند، و آلا از باب تدلیس بلامانع است؛ و همچنین است در جایی که زن مستأجره باشد، به نوعی که منافات با حق زوجیت دارد، در این صورت زوج حقّ فسخ دارد و این مصداق تدلیس است، چون تدلیس اخفای اشکال و عیبی است که مزاحم است.

متأسفانه مباحث عیوب و تدلیس با هم مخلوط شده، در حالی که خیلی از مباحث تدلیس، عیب نیست. نتیجه: غیر از عیوب هفت گانه در مرثه و عیوب چهارگانه رجل - و لو فقها عیوب دیگر را نفی کرده‌اند - گاهی ممکن است در ناحیه زوج یا زوجه عیوبی پیدا شود که مصداق بارز تدلیس است که در آنها زوج یا زوجه خیار فسخ دارند.

الامر الثاني: موضوع تدلیس به حسب زمان، مکان، جوامع مختلف بشری و اشخاص متفاوت است.

گاهی چیزی در یک زمان تدلیس نیست و در زمان دیگر تدلیس است، به عنوان مثال اعرور (یک چشمی بودن) شاید در زمان‌های گذشته تدلیس شمرده نمی‌شده و امام هم در روایت فرمود از عیوب نیست، ولی اگر در زمان ما یک چشمی باشد، آن را عیب و کتمان این عیب را تدلیس می‌دانند همچنین کتمان ابتلا به موادّ مخدر را تدلیس می‌دانند و یا اگر محکوم به زندان طویل المدّت باشد و یا گرفتار وسواس شدید باشد و کتمان کنند، اینها هم تدلیس است و همه از اموری است که اگر اظهار نکنند تدلیس محسوب می‌شود.

الامر الثالث: اگر زوج یا زوجه به بیماری‌هایی مبتلا باشند که از آن عیوب منصوصه شدیدتر است

اشاره

مثل ایدز (از بین رفتن سیستم ایمنی بدن) که هم مسری است و هم خطرناک و کشنده و از جذام و برص بدتر است، آیا می‌توان در این موارد قائل به خیار فسخ شد؟

اگر بخواهیم جمود بر نصوص کنیم، نصوص می‌گوید که ماورای ذلک عیب نیست، ولی اگر دقت کنیم می‌توانیم دلایلی پیدا کنیم که دلالت می‌کند به طریق اولی در اینها هم حق فسخ هست:

۱- قیاس اولویت:

هم تنقیح مناط (الغای خصوصیت) است و هم قیاس اولویت، به این بیان که این عیوبی که ذکر شد جنبه تعبدی ندارد بلکه اجمالاً معلوم است که ملاک چیست، از طرف دیگر فرض کردیم که اولویتی در کار است، یعنی عیوبی داریم که از عیوب منصوصه اشدّ است، با قیاس اولویت (از اضعف به اقوی رسیدن) که از تنقیح مناط (از مساوی به مساوی رسیدن) بالاتر است حصر احادیث را شکسته و این عیوب را داخل می‌دانیم.

۲- تدلیس:

اگر واقعاً کسی مبتلا به ایدز باشد و کتمان کند، بعداً اشکال می‌کنند که چرا تدلیس کردی و نگفتی.

۳- اشاراتی که در روایات است:

...* عن ابن بکیر عن بعض أصحابه

(مرسله است ولی چون ابن بکیر از اصحاب اجماع است ممکن است بعضی به آن قناعت کنند)

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة بها الجنون والبرص وشبه ذلك فقال: هو ضامن للمهر

(در این حدیث سخنی از فسخ نیست ولی ضمانت مهر نشان دهنده این است که می خواهد از او جدا شود و یستشّم منه که بعد از جدا شدن است). «۱»

«شبه ذاك» معنای عامی دارد و چیزی را که مساوی و یا بالاتر از جنون و برص باشد شامل می شود، پس اگر به عموم «شبه ذاك» عمل کنیم شاهد خوبی برای بحث ماست ولی اگر کسی بگوید که این تعبیر اشاره به عیوب دیگر منصوصه است، در این صورت شاهی بر بحث ما نمی شود، پس حدیث ابهام دارد و استدلال به آن خالی از اشکال نیست.

...* عن الحسن بن صالح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرناء

(این عبارت درست به نظر نمی رسد و باید «فوجدها قرناء» و یا «فوجد بها قرناً» باشد)

قال هذه لا تحبل و ينقبض زوجها من مجامعتها تردّ أهلها «... ۲»

ذیل روایت (هذه لا تحبل و ينقبض زوجها من مجامعتها) به منزله علت است و ظاهر این است که هر یک از این دو باشد

(۱) ح ۳، باب ۲ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۳، باب ۳ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۲۳

کافی است، پس هر عیبی که موجب انقباض و تنفر زوج باشد را شامل است.

...* عن أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام قال في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها قال: فقال: إذا دلست

العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاء و من كان بها زمانة ظاهرة فإنها تردّ على أهلها «... ۱»

سابقاً بیان شد که بعضی معتقدند «زمانه» به معنای بیماری مزمن است و اگر ما زمانه را به معنای بیماری مزمن بگیریم و یا بیماری که موجب تضعیف قوای بدن می شود، در این صورت معنای عامی دارد که شامل تمام بیماریهای خطرناک می شود، ولی اگر «زمانه» را به معنای زمین گیر شدن دانستیم، دیگر دلالت ندارد.

پس هر سه دلیل علی احتمال، دلیل است و به تنهایی نمی تواند دلیل باشد، ولی می تواند مؤیدی برای دلیل اول و دوم باشد.

نتیجه: عیوب دیگر به قیاس اولویت به عیوب منصوصه ضمیمه می شود.

الامر الرابع: اگر هر یک از زوج و یا زوجه و یا هر دو، سلامت در عیوب را شرط کنند بعد خلاف شرط ظاهر شود،

داخل در خیار شرط است و یا به تعبیر دیگر خیار تخلف از شرط است که تدلیس هم صدق می کند.

آیا خیار تخلف شرط در نکاح جاری می شود یا مخصوص ابواب معاملات است؟

خیار شرط را هم روایات متعدّد و هم فتاوی مشهور در باب نکاح جاری می دانند که روایات در پنج باب «۲» در وسائل آمده و همه در مورد خیار تخلف از شرط است و در بعضی از موارد صاحب جواهر تعبیر لا خلاف دارد، مثلاً در مورد شرط بکارت این تعبیر را دارد و یا اگر شرط کنند که مثلاً از طایفه بنی هاشم است و خلاف آن ثابت شود در این موارد خیار تخلف شرط ثابت است، پس خیار شرط در باب نکاح هم وجود دارد. علاوه بر فتاوی اصحاب و روایات متعدّد، عمومات باب شروط (المؤمنون عند

شروطهم) هم نکاح را شامل است.

نکته: شرط گاهی در متن عقد ذکر می‌شود و گاهی قبلاً صحبت شده است (الشروط المبنی علیها العقد) و در هنگام خواندن صیغه آن شروط را ذکر نمی‌کنند و عقد را بر همان شروط سابق می‌خوانند و یا عرف آن را لازم می‌دانند و در اجتماع مسلم است و لو در متن عقد و یا قبل از آن ذکر نشود که در اینجا هم خیار تخلف شرط وجود دارد؛ مثلاً وقتی دختری را تزویج می‌کنند شرط بکارت هست و لو نگویند و اگر تخلف شد، خیار تخلف شرط ثابت است.

الامر الخامس: عیوبی در سابق قابل علاج نبود ولی در عصر و زمان ما به سهولت قابل علاج است،

مثلاً بعضی از انواع افضا قابل جراحی است و یا عفل را با عمل جراحی درمان می‌کنند، آیا اینها داخل در عیوب منصوصه است، یا بگوئیم روایات باب عیوب از این موارد انصراف دارد و در صورتی که با جراحی درمان می‌شود خیار فسخ ندارد؟ در اینجا نمی‌توان قائل به خیار فسخ شد، چون ادله از مواردی که به سهولت قابل درمان است منصرف است چرا که سابقاً این عیب موجب انقباض زوج بود، ولی الآن وضع عوض شده و این عیوب قابل درمان است و بعد از درمان دیگر موجب انقباض نیست؛ به عبارت دیگر اگر قبل از درمان زوجه مفضات بود الآن با عمل جراحی دیگر مفضات نیست و روایت انصراف دارد و هکذا بقیه عیوب، چون ملاک در آنها حاصل نیست و بعد از درمان روایات شامل آنها نمی‌شود.

۹۸ م ۱ (المعتبر من عیوب المرأة ما كان قبل العقد ...) ۸۳ / ۲ / ۱۴

اگر دقت کنیم می‌بینیم فلسفه و حکمت این که عیوب منصوصه موجب فسخ است این است که مانع زندگی است ولی اکنون مشکل حل شده و این عیوب درمان شده‌اند و دیگر مانع نیستند، در این صورت حق فسخ نیست و اطلاقات از چنین موردی منصرف است.

در باب بیع نیز اگر ثمن یا مثن عیبی داشته باشد؛ مثلاً خانه‌ای خریده و لوله‌ها و درها و ... مشکلی دارد بایع به مشتری می‌گوید من اینها را به سرعت اصلاح می‌کنم، آیا مشتری می‌تواند بگوید جنس معیوب بوده و من فسخ می‌کنم؟ اگر مشتری بر فسخ پافشاری کند او را لجوج می‌دانند و لا ضرر هم اینجا را که عیب به سهولت قابل رفع است، شامل نمی‌شود.

(۱) ح ۱، باب ۲ از ابواب عیوب.

(۲) بابهای ۷، ۸، ۹، ۱۰، ۱۱ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۲۴

نتیجه: نمی‌توانیم به اطلاقات «عطلها علی الازواج» و یا «تنقبض من مجامعتها» و ... تمسک کنیم و لا- أقل من الشک فی شمول الاطلاقات و در صورت شک به اصل تمسک می‌شود و اصل در عقود و معاملات لزوم است و قائلین به ثبوت خیار باید ثابت کنند که اطلاقات ادله خیارات شامل ما نحن فیه می‌شود.

و من هنا يعلم؛ بین جایی که طرف مقابل مطلع باشد و دیگری در مقام رفع عیب برآید و یا این که طرف مقابل نداند و رفع عیب کند، و بعد باخبر شود که رفع عیب شده است اشکالی ندارد.

و مما یؤید هذا؛

۱- مهلت درمان در عنن:

در این عیب شارع اجازه داده و دامنه معالجه را بیش از این مدت که گفتیم قرار داده است؛ عننی که قابل معالجه باشد شارع مقدس یک سال برای درمان آن مهلت داده است، پس در عیوب دیگر که در عصر ما، در زمان کمتر و به سهولت قابل درمان است

می توان برای درمان مهلت داد.

۲- کلام شیخ طوسی:

مرحوم شیخ طوسی در مبسوط می فرماید:

فإن عالجت نفسها فزال سقط خياره، لأن الحكم إذا تعلق بعلة زال بزوالها. «۱»

۳- کلام شافعی:

نووی در المجموع از شافعی نقل می کند که می گوید:

فإن كانت رتقاء يقدر على جماعها مجال فلا خيار له او عالجت نفسها حتى تصير الى ما يوصل اليها فلا خيار للزوج و إن لم تعالج

نفسها فله الخيار. «۲»

نکته: اگر بخواهیم مسأله ای را در فقه اثبات کنیم باید بحث را روی یک مصداق واضح و روشن پیاده کرده، بعد سراغ مصادیق مبهم برویم. ما در بحث های گذشته گفتیم که اگر عیوبی باشد که قابل درمان است، جای خیار فسخ نیست؛ بعضی می گویند بعد از درمان باز انقباض خاطر زوج هست، در اینجا چگونه خیار فسخ ندارد. در جواب می گوئیم فرض ما جایی است که درمان شده و از اول هم بهتر شده است (مصداق واضح) و انقباض زوج هم نیست که در این صورت خیار فسخ نیست پس ابتدا باید صورتی را که مصداق واضح است بحث کنیم بعد سراغ مصادیق مبهم برویم.

الامر السادس: عامه در این عیوب تا چه حد با ما همراه هستند؟

ابن قدامه در مغنی «۳» بحث مفصّلی دارد که اجمال آن چنین است:

وجود عیوب به عنوان سبب فسخ اجمالاً در بین فقهای عامه ثابت است ولی از علی علیه السلام نقل می کند که لا تردّ بعیب و از ابو حنیفه و اصحاب او هم همین را نقل کرده است، ولی از گروه دیگری از جمله ابن عباس و شافعی و اسحاق نقل می کند که عیوبی داریم که باعث فسخ می شود بعضی از آنها عیوب را هشت تا ذکر کرده که بعضی را مختص و بعضی را مشترک بین رجل و مرثه می دانند. دو عیب را مخصوص رجل دانسته اند (الجبّ و العنن) سه عیب را هم مخصوص زنان دانسته اند (فتق که همان افضاست، قرن و عفل).

عامه روایاتی دارند که در سنن بیهقی «۴» که جامع ترین کتاب روایی آنهاست آمده است و اثبات حقّ خیار در مسأله عیوب می کند. هذا تمام الکلام فی العیوب.

در باقی مانده بحث عیوب ابتدا نه مسأله در مورد احکام عیوب و بعد از آن هفت مسأله درباره تدلیس داریم

اشاره

که در مجموع شانزده مسأله است که با این شانزده مسأله بحث عیوب تمام شده و سپس بحث مهر شروع می شود.

[مسأله ۱: إنّما یفسخ العقد بعیوب المرأة إذا تبین وجودها قبل العقد]

اشاره

مسأله ۱: إنّما یفسخ العقد بعیوب المرأة إذا تبین وجودها قبل العقد و أمّا ما یتجدّد بعده فلا اعتبار به سواء كان قبل الوطاء أو بعده.

عنوان مسأله:

انسان در معرض بیماری و حوادث است و اینها لازمه زندگی بشر است، پس اگر عیوب سابق را دارد قابل اعمال خیار است، ولی عیوب بعدی خیار فسخ ندارد.

این عیوب سه حالت دارد:

۱- قبل العقد.

۲- بعد العقد و قبل الوطی.

۳- بعد العقد و بعد الوطی.

قدر مسلم در صورت اول خیار فسخ ثابت است و صورت سوم (بعد از عقد و وطی) خیار فسخ نمی‌آورد؛ ولی صورت

(۱) ج ۴، ص ۲۵۰.

(۲) ج ۱۷، ص ۴۳۹.

(۳) ج ۷، ص ۵۷۹.

(۴) ج ۷، ص ۲۱۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۲۵

دوم (بعد از عقد و قبل از وطی) محل بحث است.

مرحوم امام (ره) فقط صورت اول را اختیار کرده و فقط در صورت اول قائل به ثبوت خیار شده است که از این نظر به نفع زوجه است.

اقوال:

مرحوم شهید ثانی در مسالک می‌فرماید:

العیوب الحاصلة فی المرأة لا تخلو: إِمَّا أَنْ تَكُونَ مَوْجُودَةً قَبْلَ الْعَقْدِ أَوْ مُتَجَدِّدَةً بَعْدَهُ (بعد از عقد) قَبْلَ الدَّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ (بعد از دخول) ففی الاوّل (عیوبی که قبل از عقد باشد) یثبت للرجل الفسخ إجماعاً... و فی الآخر (بعد از عقد و بعد از دخول باشد) لا خیار اتّفاقاً... و أمّا الحادثه بعد العقد و قبل الدخول ففیها قولان (قولی قائل به فسخ و قولی قائل به عدم فسخ است). «۱»

به تعبیر شهید ثانی (ره) دو قسم مسأله اجماعی است و اما آنچه از محقق ثانی در جامع المقاصد «۲» استفاده می‌شود، این است که ایشان آن را خیلی مسلم ندانسته و می‌فرمایند:

للعیب الحاصل بالمرأة حالات ثلاث، احدها: أن یکون موجوداً قبل العقد لا شبهة فی ثبوت الخیار، به... و ثانیها أن یتجدّد بعد الوطء و قد جزم المصنف (علّامه) بعدم الخیار به هنا و فی التحریر (علّامه) و اطلاق کلام الشیخ فی المبسوط و الخلاف بثبوت خیار یعنی اگر عیب حادث باشد خیار ثابت است پس مسأله اجماعی نیست.

۹۹ ادامه مسأله ۱ ... ۱۵ / ۲ / ۸۳

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد می‌فرماید:

للعیب الحاصل بالمرأه حالات ثلاث: أحدها أن يكون موجوداً قبل العقد ولا شبهة في ثبوت الخيار به (قدر مسلم من ثبوت خيار فسخ جایی است که عیب قبل از عقد بوده است ...) و ثانيها أن يتجدد بعد الوطء وقد جزم المصنف (علامة در قواعد) بعدم الخيار به هنا (در حالی که شهید ثانی ادعای اجماع کرده بود که بالاجماع خيار نیست) و في التحرير و إطلاق كلام الشيخ في المبسوط و الخلاف بثبوت الخيار بالعیب الحادث و لم يكن حال العقد محتجاً بعموم الاخبار يتناول الحادث بعد الوطء (إطلاق دارد و بعد العقد و قبل الوطء، و بعد العقد و بعد الوطء را شامل است) و ثالثها أن يتجدد بعد العقد و للأصحاب فيه قولان أحدهما الثبوت (ثبوت خيار) ذهب اليه الشيخ في المبسوط و الخلاف ... و الثاني العدم اختاره ابن إدريس و كلام ابن حمزة يشعر به (عدم ثبوت خيار) و اليه ذهب المصنف (علامة) في المختلف و قواه هنا (قواعد که متن جامع المقاصد است) و في التحرير و اختاره جماعة من المتأخرين (معلوم می شود که قول به عدم خيار قوی تر است) و هو الأصح. «۳»

مقتضای اصل:

اصل در مسأله در جایی که شك داریم، عدم خيار است و قدر متیقن عیب قبل از عقد است و اصل در بقیه صور عدم خيار است. سرچشمه این بحث کجاست؟ اختلاف در این مسأله ناشی از اختلاف در اخبار باب است که باید این اخبار را مجدداً مورد بررسی قرار دهیم.

روایات موجود چند طایفه است.

طایفه اول: روایات مطلقه ای که می گوید «یرد بهذا العیب» و مطلق است

و زمان حدوث عیب را بیان نمی کند. احادیث متضافر است و در بین آنها صحیحه هم وجود دارد پس نیازی به بحث سندی نداریم. ...* عن رفاعه بن موسی عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ترد المرأة من العفل و البرص و الجذام و الجنون ... «۴» روایت اطلاق دارد و هر سه حالت (قبل العقد و بعد العقد و قبل الوطء و بعد الوطء) را شامل می شود. ...* إنما یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل (مطلق است و هر سه حالت را شامل است) الحدیث. «۵»

...* عن محمد بن مسلم قال أبو جعفر عليه السلام ترد العمياء و البرصاء و الجذماء و العرجاء. «۶»

* و في المقنع قال روى في الحديث أن العمياء و العرجاء ترد. «۷»

...* عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أما یرد النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل. «۸»

...* عن زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام ترد البرصاء و المجنونه و المجذومه. «۹»

...* عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام ترد البرصاء و العمياء و العرجاء. «۱۰»

(۱) ج ۸، ص ۱۲۵-۱۲۳.

(۲) ج ۱۳، ص ۲۵۱.

(۳) ج ۱۳، ص ۲۵۲-۲۵۱.

(۴) ح ۲، باب ۱، از ابواب عیوب.

(۵) ح ۶، باب ۱، از ابواب عیوب.

(۶) ح ۷، باب ۱، از ابواب عیوب.

(۷) ح ۸، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۸) ح ۱۰، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۹) ح ۱۱، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۱۰) ح ۱۲، باب ۱ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۲۶ □ □

... عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: و تردّ المرأة من العفل و البرص و الجذام و الجنون ... ۱»

این روایات به حسب ظاهر مطلق است ولی می‌توان در دلالت این روایات بر اطلاق تشکیک کرد به این بیان که بگوئیم «تردّ» معنایش این است که از خانه پدر با همین عیب آمده و با همان عیب برگردانده می‌شود اگر «تردّ المرأة» می‌فرمود، جایی را که عیب بعداً حادث شده شامل می‌شد، ولی چون تردّ العمیاء و ... می‌فرماید معلوم می‌شود که عیب از سابق بوده است، پس از کلمه «ردّ» که در این موارد آمده استفاده می‌کنیم که با همین وصف آمده و با همان وصف بر می‌گردد و اگر از ابتدا با این وصف نبود و بعداً این عیب پیدا شده، دیگر تردّ العمیاء نیست؛ مخصوصاً در جایی که تردّ النکاح می‌گوید ظاهرش این است که نکاح با همین عیب شروع شده و به همین جهت برمی‌گردد، پس با دقت در کلمه «تردّ» و تأیید آن به کلمه نکاح استفاده می‌شود که اینها عیوبی است که سابق بر عقد بوده است و در روایات اطلاق نبوده و علما به ظاهر روایات توجه کرده و در کلمه تردّ دقت فرموده‌اند.

لو فرض که از کلمه «تردّ» شک حاصل شود که آیا «تردّ» چنین مفهومی دارد یا نه؟

در این صورت بحث تحت قاعده «الکلام المحفوف بما یحتمل القرینة یفید الابهام» داخل شده و دیگر اطلاق ندارد و ظهور از کار می‌افتد که بازهم شاهد عرض ماست؛ پس اگر کلمه تردّ به این معنا باشد مفهوم دارد و دو صورت دیگر را (عیب بعد از عقد و قبل از وطی و بعد از وطی) رد می‌کند چون إنّما مفید حصر است.

طایفه دوم: روایاتی که دلالت بر خصوص عیب قبل از عقد می‌کند ولی آیا اثبات شیء نفی ما عدا می‌کند؟

خیر، مثلاً روایت می‌فرماید زنی را آورده و بعد او را معیوب دیده‌اند؛ سؤال و جواب در مورد عیب ما قبل عقد است، ولی اطلاق ندارد و نفی ما عدا نمی‌کند.

در باب دوم هشت روایت داریم که کلمه «تدلّیس» دارد و تدلّیس در مورد عیب قبل العقد است.

... فقال: إذا دلّست العفلاء و البرصاء و المجنونة و المفضات و من كان بها زمانة ظاهرة فإنّها تردّ علی أهلها ... ۲»

در این روایت اثبات شیء نفی ما عدا نمی‌کند.

۱۰۰ ادامه مسأله ۱ ... ۱۶/۲/۸۳

توجه: به علت طولانی شدن بحث حدیث اخلاقی هفته و تکرار مطلب درک قبل، حجم آن درس کم شده است.

أضف الی ذلک؛ روایات دیگری داریم که کلمه تدلّیس ندارد ولی مورد صحبت و سؤال و جواب عیوب قبل از عقد است، البتّه اثبات شیء نفی ما عدا نمی‌کند مگر این که از قبیل مفهوم شرط یا وصف یا عدد و ... باشد.

... عن الحسن بن صالح قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة فوجد بها قرناً

(قبلاً بوده و حالا فهمیده است)

قال: هذه لا تحبل و ینقبض زوجها من مجامعتها و تردّ علی اهلها الحدیث. «۳»

ظاهر روایت عیب سابق بر عقد است.

... * عن أبی الصباح قال: سألت أباً عبد الله علیه السلام و ذکر مثله. «۴»

... * عن الحلبي عن أبی عبد الله علیه السلام إنّه قال فی الرجل یتزوّج الی قوم فإذا امرأته عوراء

(زن یک چشمی است ...) «۵»

معنایش این است که عیوب قبل از عقد مورد توجه است

... * عن داود بن سرحان عن أبی عبد الله علیه السلام فی الرجل یتزوج المرأة فیؤتی بها عمیاء او برصاء او عرجاء قال: تردّ علی

ولیها الحدیث. «۶»

قطع نظر از کلمه «تردّ» جمله «یؤتی بها عمیاء» یعنی زن از قبل عمیاء بود نه این که بعداً عمیاء شد.

۱۰۱ ادامه مسأله ۱ ... ۱۹ / ۲ / ۸۳

طایفه سوّم: روایاتی که می‌گوید اگر عیب بعد از عقد و قبل از وطی باشد فسخ جایز است.

اشاره

این روایات در بدو نظر جواز فسخ در عیوب را می‌گویند ولی اگر دقت شود همه دارای مشکلاتی است.

... * عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله عن أبی عبد الله علیه السلام قال: المرأة تردّ من أربعة أشياء: من البرص و الجذام و الجنون و

القرن و هو العفل ما لم یقع علیها

(قبل از وطی)

فإذا وقع علیها فلا. «۷»

(۱) ح ۱۳، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۱، باب ۲ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۳، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۴، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۵) ح ۶، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۶) ح ۹، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۷) ح ۱، باب ۱ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۲۷

آیا این روایت دلیل بر این قول می‌شود که بعد از عقد و قبل از وطی موجب فسخ است و یا سخن از عیوب قبل از عقد است و

می‌گوید قبل از دخول فسخ جایز است؟

از ظاهر روایات معلوم می‌شود که در مورد عیب سابق است و قبل از وطی می‌تواند اعمال خیار کند، ولی اگر وطی کند تصرّف

است و تصرّف در صورتی که آگاهانه باشد نشانه رضایت و موجب سقوط خیار می‌شود، پس اعمال خیار قبل از وطی است نه این

که حدوث عیب بعد از عقد باشد.

... عن علی علیه السلام فی رجل تزوّج امرأة فوجدها

(عیب سابق است)

برصاء أو جذماء قال: إن كان لم يدخل بها و لم يتبين له فإن شاء طلق

(رها کردن)

و إن شاء أمسك

(خیار فسخ)

و لا صداق لها

(نشان می‌دهد که طلاق در روایت لغوی است نه اصطلاحی)

و إذا دخل بها فهي امرأته

(تصرّف آگاهانه دلیل بر رضایت است). «۱»

این روایت هم مثل روایت قبل، به عیب حادث بعد از عقد و قبل از وطی اشاره ندارد بلکه تعبیر «وجدها» قرینه است بر این که عیب از قبل بوده است، پس این دو روایت هیچ دلالتی بر مدعا ندارد.

... عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله

(مقطوعه است ولی در نسخه‌ای که در پاورقی نقل شده «عن ابی عبد الله» دارد)

قال: فی الرجل إذا تزوّج المرأة فوجد بها قرناء و هو العفل أو بياضاً أو جذماً إنّه یردّها ما لم يدخل. «۲»

سه حدیث بعدی با احادیث قبل فرق دارد و هر سه حدیث می‌گویند اگر رجل یا مرثه بعد از عقد و قبل از دخول زنا کند می‌توان بین آنها جدایی انداخت؛ این عیب مسلماً بعد از عقد است و از این جهت بر روایات قبل ترجیح دارد ولی از این جهت که از عیوب منصوصه و مشهور نیست قابل استدلال نیست.

... قال سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام عن رجل تزوّج امرأة فلم يدخل بها فزنت

(بعد از عقد و قبل از دخول)

قال يفرّق بينهما

(خیار فسخ)

و تحدّد الحدّ و لا صداق لها. «۳»

... قال علی علیه السلام فی المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها زوجها يفرّق بينهما و لا صداق لها لأنّ الحدّ كان من قبلها. «۴»

... إنّ الرجل إذا تزوّج المرأة فزنا قبل أن يدخل بها لم تحلّ له لأنّه زان و يفرّق بينهما و يعطيها نصف المهر. «۵»

در این روایت مرد زنا کرده است.

بحث اصولی:

اگر دو روایت در دلالت مطابقی تعارض داشته باشند ولی هر دو به دلالت التزامی نفی ثالث کنند آیا می‌توان گفت چون در دلالت مطابقی تعارض دارند تساقط می‌کنند، ولی دلالت التزامی قابل استدلال است؟ خیر چون دلالت التزامی تابع دلالت مطابقی است وقتی حدیث در دلالت مطابقی ساقط شد دلالت التزامی هم از کار می‌افتد. این حدیث هم از این قبیل است، یعنی عیب بودن زنا را از کار بیندازیم (دلالت مطابقی) ولی چون این عیب بین عقد و وطی است به آن استدلال کنیم، درست نیست.

طایفه چهارم: روایاتی که به حسب ظاهر می‌گویند بعد از عقد و دخول فسخ جایز است.

□
 ...* عن أبي الصباح قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجد بها
 (قبل از عقد)

قرناً... و إن لم يعلم إلّا بعد ما جامعها فإن شاء بعد أمسك و إن شاء طلق. «۶»

بعد از وطی عالم شده و معنایش این است که بعد از عقد و وطی می‌توان اعمال خیار کرد و لکن همان مشکلی که در طایفه دوم گفتیم در اینجا هم هست یعنی عیب قبل از عقد است و اعمال خیار بعد از وطی است پس این روایات مربوط به مباحث آینده است که آیا تصرف موجب ثبوت خیار است یا نه؟ همین‌طور است حال روایات دیگر. «۷»

جمع‌بندی: ما هیچ دلیلی نداریم بر این که غیر از عیبی که قبل از عقد است موجب فسخ باشد و تمام روایات عیوب در مورد قبل از عقد است و در غیر این مورد دلالت نداشت تا موجب فسخ باشد. پس مسأله‌ای را که امام (ره) فرموده‌اند درست است و عیوب بعد از عقد موجب خیار فسخ نمی‌شود.

۱۰۲ مسأله ۲ (حل العقم من العیوب...؟) ۲۰ / ۲ / ۸۳

[مسأله ۲: لیس العقم من العیوب الموجبه للخيار لا من طرف الرجل و لا من طرف المرأة.]

اشاره

مسأله ۲: لیس العقم من العیوب الموجبه للخيار لا من طرف الرجل و لا من طرف المرأة.

عنوان مسأله:

عقم و عقم به معنای نازایی است که گاهی در طرف زن و گاهی در طرف مرد است و مرحوم امام (ره) می‌فرماید این مورد

(۱) ح ۱۴، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۲، باب ۳ از ابواب عیوب.

(۳) ج ۲، باب ۶ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۳، باب ۶ از ابواب عیوب.

(۵) ح ۳، باب ۱۷ از ابواب عیوب.

(۶) ح ۱، باب ۳ از ابواب عیوب.

(۷) ج ۳، باب ۳، ح ۱ و ۴ باب ۶ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۲۸

از عیوب موجب فسخ نکاح نمی‌باشد.

اقوال:

اکثر فقها این مسأله را متعزّض نشده و نفیاً و اثباتاً چیزی نگفته‌اند؛ حتی مرحوم صاحب جواهر، «۱» ولی ایشان در جای دیگری مسأله‌ای دارد که حکم این مسأله از آن فهمیده می‌شود، به این بیان که می‌فرماید: اگر به شرط ضمن العقد اشتراط استیلا کردند و بعد معلوم شد که زن عقیم بوده، این سؤال مطرح است، که آیا خیار شرط برای رجل ثابت است؟

صاحب جواهر می‌فرماید خیار شرط ثابت است ولی از قواعد علمامه نقل می‌کند که ایشان می‌فرماید نمی‌توان به این خیار شرط عمل کرد، چون عقیم بودن معلوم نمی‌شود و بعضی بعد از بیست سال بچه‌دار می‌شوند؛ گویی مرحوم علمامه هم قبول دارد که اگر موضوع (عقیم بودن) ثابت شود حکم ثابت است ولی در اینجا موضوع ثابت نیست و معلوم نمی‌شود که زن عقیم است.

از این مسأله استفاده می‌شود که عقیم بودن از عیوب نیست، چون اگر از عیوب بود بدون شرط هم خیار ثابت بود، و اما در صورتی که شرط کنند بعضی خیار شرط را ثابت می‌دانند و بعضی قائل به عدم ثبوت خیار شرط هستند.

و من العجب، مرحوم آقای سبزواری در مهذب می‌فرماید اجماع قائم است که عقیم بودن از عیوب نیست، در حالی که کسی متعزّض این مسأله نشده است پس چگونه می‌تواند اجماعی باشد؛ شاید علتش این بوده است که چون عیوب را در مقام بیان عیوب محصور کرده‌اند، و کلام مشهور مفهوم دارد به همین جهت ایشان ادّعی اجماع کرده‌اند.

ادله:

اشاره

به چند دلیل عقیم بودن از عیوب نیست:

۱- اصالة اللزوم:

اصل در عقود لزوم است اما ما خرج بالدلیل که در باب نکاح هفت عیب در مرأه و چهار عیب در رجل بود که از اصالة اللزوم با دلیل خارج شد و در عیوب دیگر دلیل نداریم.

۲- روایات عیوب:

این روایات در مقام بیان می‌فرمود «و أما ما سوی ذلک فلا» و یا در جایی که تعداد عیوب را بیان می‌کند روایات دلالت می‌کند بر این که غیر از عیوب منصوصه عیوب دیگر دلیل بر فسخ نیست.

دلیل مخالفین: روایت حسن بن صالح

دلیل دیگری هم داریم که می‌گوید عقیم بودن از عیوب است.
 ...* عن ابن محبوب عن الحسن بن صالح قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرناً قال: هذه لا تحبل و ینقبض من مجامعتها تردّ علی أهلها. «۲»

حضرت فرماید این زن باردار نمی‌شود و زوج او هم حالت تنفر پیدا می‌کند پس بگوئیم این حدیث از قبیل قیاس منصوص العلة است یعنی کلّ امرأه لا تحبل تردّ علی أهلها.

جواب از دلیل: این حدیث هم از نظر سند و هم از نظر دلالت اشکال دارد.

از نظر سند: سند ضعیف است چون «حسن بن صالح بن حی» در آن است که علمای رجال به او اعتماد نمی‌کنند و می‌گویند فرقه‌ای به نام صالحیه را بنیان‌گذاری کرده است؛ بعضی می‌گویند چیزی را که او تنها نقل کند نمی‌توان پذیرفت.

البته راوی از ایشان «حسن بن محبوب» از اصحاب اجماع است که اگر روایت کردن او را در جبران ضعف کافی بدانیم سند خوب است ولی ما در جای خودش نپذیرفتیم.

از نظر دلالت: روایت از نظر دلالت هم مشکل دارد چون می‌گوید قرناء وقتی عیب است که عدم حبل و انقباض زوج باشد و در این صورت دلیل بر فسخ است، حال آیا اگر تک تک هم بودند باز عیب است؟ خیر، چون مطابق روایت هر دو با هم عیب است.

تا اینجا دو دلیل اقامه کردیم که «عقم» از عیوب نیست و یک دلیل آوردیم که از عیوب است.

بحث موضوعی:

در اینجا بحثی در ناحیه موضوع مطرح می‌کنیم. مرحوم علامه در قواعد فرمودند که این عیب قابل احراز نیست و نمی‌توان فهمید که زن عقیم است چرا که ممکن است بعد از چندین سال بچه‌دار شود، پس چگونه می‌توانند فسخ کنند در حالی که بعضی مانند حضرت زکریا و حضرت ابراهیم علیهما السلام در پیری بچه‌دار شده‌اند، پس این عیب قابل احراز نیست. مرحوم صاحب جواهر در بحث اشتراط می‌گوید این که علامه این عیب را قابل احراز نمی‌داند درست نیست چون از قرائن می‌توان

(۱) ج ۳۰، ص ۳۸۳.

(۲) ح ۳، باب ۱ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۲۹

فهمید. و این که بعضی در پیری صاحب اولاد شده‌اند از معجزات است. حضرت زکریا علیه السلام فرمود: و امرأتی عاقراً* و یا ساره زوجه حضرت ابراهیم علیه السلام وقتی فرشتگان به او خبر بچه‌دار شدن را دادند باور نمی‌کرد، پس اینها از قبیل معجزه است. جواب از دلیل: اشکال موضوعی است و در شأن علما نیست که اشکال موضوعی کنند و ما باید بر فرض ثبوت موضوع مسأله را مطرح کنیم.

جمع بندی: دو دلیل اقامه کردیم که عقیم بودن از عیوب نیست و یک دلیل هم اقامه کردیم که از عیوب است و جواب دادیم و بعد یک بحث موضوعی داشتیم و گفتیم که موضوع ثابت است.

۱۰۳ مسأله مستحدثه (باروری ...) ۸۳/۲/۲۱

مسأله مستحدثه: باروری

اشاره

از مسائل مستحدثه در زمان ما این است که عقیم‌ها را از طرق مختلف بارور می‌کنند که آیا این عمل جایز است؟

صور مسأله:

اشاره

مسأله پنج صورت دارد:

- ۱- زوج اسپرم ندارد و از مرد بیگانه‌ای اسپرم می‌گیرند و در رحم زن قرار می‌دهند.
 - ۲- مرأه تخمک ندارد و اسپرم زوج را با تخمک زن دیگری ترکیب کرده و در رحم زوجه قرار می‌دهند.
 - ۳- زوج و زوجه هر دو عقیم هستند و از مرد و زن بیگانه‌ای تخمک و اسپرم را می‌گیرند و با هم ترکیب کرده و در رحم زوجه قرار می‌دهند. (مادر جانشین)
 - ۴- گاهی رحم توانایی نگهداری جنین را ندارد در این صورت اسپرم و تخمک زوج و زوجه را در خارج ترکیب کرده و در رحم زن دیگری (مادر جانشین) قرار می‌دهند.
 - ۵- هر دو دارای نطفه‌اند و رحم زن هم قدرت دارد، ولی نطفه ضعیف است که در خارج ترکیب و تقویت می‌کنند بعد به رحم زوجه منتقل می‌کنند.
- البته صور مسأله منحصر در این پنج صورت نیست بلکه بیش از این است ولی صور اصلی همین است که حکم بقیه نیز از اینها روشن می‌شود.
- برای روشن شدن حکم این صور سه اصل باید مد نظر قرار گیرد:

اصل اول:

از مجموع آیات و روایات استفاده می‌کنیم که ولد حلال از دو راه بدست می‌آید:

۱- نکاح، ۲- ولد شبهه.

بنابراین اگر نطفه مردی را با زن بیگانه‌ای ترکیب کنند و در رحمی بکارند این ترکیب از نکاح و یا شبهه نبوده بلکه حاصل از چیزی شبیه سفاح و زناست و نمی‌توانیم در منابع قرآن و حدیثی ولدی پیدا کنیم که از غیر نکاح و وطی شبهه باشد (قسم سوّمی نداریم).

اضف الی ذلک، لازمه کلام کسی که بگوید این کار جایز است این است که ماین لرجلین فی آن واحد در یک رحم جمع شود، چون با این عمل اجازه دخول نطفه مرد بیگانه داده شده و ماء بی نطفه زوج هم داخل است، پس اجتماع ماین در آن واحد در رحم واحد است و کسی نمی‌تواند با این موافقت کند.

اضف الی ذلک، حرمت زنا فقط به خاطر دخول عضو در عضو نیست، بلکه به خاطر نزول ماء هم هست، درست است که بدون نزول ماء هم حرام است ولی بدون شک یک غرض عمده مسأله، نزول ماء بوده است، پس نمی‌توانیم بگوییم که ادله زنا اشاره به عضو فی العضو است. معنای این قول این است که ما نمی‌توانیم سبب را اهمیّت دهیم و مسبب را فراموش کنیم و بگوییم تمام حرمت برای مقدمه است و ذی المقدمه اثری ندارد.

اضف الی ذلک، باید به اصالة الاحتیاط رجوع کنیم، و در بعضی روایات داشتیم که نکاح جای احتیاط است چرا که ولد از نکاح است و جای احتیاط.

جمع جمع‌بندی: این اصل از نظر ما مسلّم است و هم ظواهر آیات و روایات و هم اشکال اجتماع ماین در آن واحد در رحم واحد و این که حرمت زنا تنها جنبه مقدمه ندارد و ذی المقدمه هم اساس است و همچنین احتیاط در فروج، اقتضا می‌کند که ما اجازه ندهیم، پس از این صور پنج گانه و دیگر صور هر کدام بیگانه با بیگانه بود حرام است و اجازه نمی‌دهیم.

اصل دوّم:

هر گاه در این صورت‌ها فرزندی متولد شود به صاحب نطفه اصلی تعلق دارد نه به مادر جانشین، خواه حلال زاده بدانیم که در کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۳۰ بعضی از صور است و خواه حرام زاده که در بعضی از صور دیگر است، پس علی کل حال انتساب چنین ولدی به صاحب نطفه است و فرزند حلال و حرام هر کدام دارای حکم خودش می‌باشد.

اصل سوّم:

در مواردی که مادر جانشین است، این ولد و لو از نطفه دیگری است، ولی نسبت به مادر جانشین و شوهر او محرم است، اگر چه فرزند آنها نیست و از آنها ارث نمی‌برد.

دلیل محرمیت این است که وقتی در باب رضاع، بچه بیست و چهار ساعت شیر می‌خورد محرم می‌شود، در اینجا که تمام پوست، گوشت و استخوانش از مادر جانشین است به طریق اولی محرم است. همچنین با شوهر هم محرم است چون ربیبه خواه نسبی یا رضاعی بر شوهر محرم است؛ علاوه بر این هیچ فقهی اجازه ازدواج این فرزند را با مادر جانشین نمی‌دهد.

از این پنج صورت سه صورت حرام است. صورت اول چون نطفه از مرد بیگانه است، صورت دوّم چون تخمک از بیگانه است، و صورت سوّم چون هر دو نطفه از بیگانه است.

البته در اینجا راه‌هایی برای حلّیت وجود دارد که در جلسه آینده به تفصیل آن را بحث خواهیم کرد.

صورت چهارم که نطفه زوج و زوجه را با هم ترکیب کرده و در رحم دیگری قرار می‌دهند که مادر جانشین (رحم استیجاری و امّ مستأجره هم می‌گویند) است و دلیلی بر حرمت انتقال جنین نداریم. اگر زن شوهر داشته باشد اجازه شوهر را می‌خواهد و اگر شوهر نداشته باشد بحثی نیست و فقط تنها اشکال آن این است که این کار بدون نظر و لمس حرام ممکن نیست، پس اصل مسأله جایز است. البته اگر ضرورتی باشد اجازه نظر و لمس می‌دهیم ولی در حالت عادی جایز نیست.

صورت پنجم که نطفه از زوج و زوجه است و در بیرون ترکیب شده و به رحم منتقل می‌شود نیز جایز است و فقط نظر و لمس حرام دارد که اگر ضرورت باشد اشکال ندارد و اگر ضرورتی نباشد اجازه نظر و لمس نمی‌دهیم.

۱۰۴ م ۳ (لیس الجذام و البرص من عیوب ...) ... ۲۲ / ۲ / ۸۳

اکنون صور مسأله را به طور کامل بررسی می‌کنیم:

صورت اول: زوج اسپرم ندارد ولی زن تخمک دارد.

در این صورت نطفه مرد اجنبی را در رحم زوجه قرار می‌دهند و بچه متولد می‌شود در حالی که نطفه مرد بیگانه در رحم زن بیگانه قرار گرفته است و نه نکاح است و نه وطی شبهه (و نه ملک یمین که البته امروزه موضوع ندارد) تا فرزند آنها محسوب شود زیرا فرزند فقط از این دو راه حاصل می‌شود.

البته اگر طرفین ندانند شبیه وطی به شبهه است.

راه حل: زن از شوهرش طلاق توافقی می‌گیرد و بعد از اتمام عدّه به متعه مردی درمی‌آید که می‌خواهند از نطفه‌اش استفاده کنند، بی آن که همدیگر را ببینند، بعد نطفه را در مدّت متعه با تخمک زن ترکیب می‌کنند و در مدّت متعه در رحم زن نمی‌کارند تا عدّه داشته باشد بلکه مدّت باقیمانده نکاح موقت را می‌بخشند و چون دخول صورت نگرفته عدّه ندارد و بعد به نکاح زوج اول درمی‌آید، سپس جنین آماده را در رحم زن که مادر واقعی و شبیه مادر جانشین است، قرار می‌دهند. این بچه بر زن و شوهر محرم است، شخص اجنبی هم که نطفه از اوست به او هم محرم است و از او و مادرش که شبیه مادر جانشین است ارث می‌برد ولی از این

زوج ارث نمی‌برد.

صورت دوم: زن، بارور نبوده و شوهر دارای نطفه است،

نطفه مرد را با تخمک زن اجنبی ترکیب کرده و در رحم زن آن مرد، قرار می‌دهند. این صورت نیز حرام است. راه حل: مرد زنی را متعه می‌کند و تخمک را از او می‌گیرند و با نطفه زوج ترکیب می‌کنند و در همین حال که زوجه موقت اوست نطفه منعقد شده را در رحم زوجه عقیم کشت می‌دهند و این زن «مادر جانشین» است.

صورت سوم: زن و شوهر هر دو بی‌نطفه هستند،

نطفه مرد و زن اجنبی در خارج از رحم ترکیب شده، و جنین را در رحم زن نابارور کشت می‌کنند. راه حل: از یک زن و مرد که زن و شوهر دائم یا موقت هستند اسپرم و تخمک را می‌گیرند و با هم ترکیب کرده در رحم زوجه عقیم قرار می‌دهند. این بچه هم به زن محرم است و هم به شوهر، چون شبیه فرزند رضاعی است و فقیهی پیدا نمی‌کنید که بگوید این بچه می‌تواند با مادر جانشینش ازدواج کند. مذاق شارع این است که اگر بچه یک شبانه روز شیر بخورد فرزند رضاعی است، چون گوشت و پوست از شیر رویده است، حال وقتی تمام وجود بچه از مادر است بر رضاع مقدم است. البته زن و مردی که نطفه از آنها گرفته می‌شود باید زن و کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۳۱ شوهر باشند و اگر زن و شوهر نباشند بچه حرام زاده است.

صورت چهارم و پنجم: نطفه از زوج و زوجه است و در خارج ترکیب می‌کنند و بعد از تقویت و رشد در رحم خود زوجه قرار می‌دهند

و یا در رحم یک زن دیگر قرار می‌دهند. این دو صورت حلال و حکم آن واضح است. چگونگی گرفتن نطفه و چگونگی کشت آن از عوارض جنبی این مسأله است، چرا که ممکن است از زن و شوهر بیگانه باشد، علاوه بر این مستلزم نظر و لمس حرام است؛ ای بسا چیزی ذاتاً حلال ولی عوارض جنبی آن حرام باشد، ولی اگر ضرورتی باشد می‌توان این حرام را مرتکب شد.

سؤال: اگر برای این زن و مرد، بی‌بچه بودن اضطرار است ولی مادر جانشین که اضطراری ندارد، پس نظر و لمس حرام در او چه حکمی دارد؟

جواب: اضطرار در مورد مادر جانشین هم تصور دارد به این بیان که ممکن است مخارج زندگی اش از این راه تأمین شود و یا این که اگر زن بی‌مانع باشد طیب او را متعه کند.

در مورد ارث هم قاعده این است، آنجا که فرزند مشروع است از پدر و مادر واقعی ارث می‌برد و آنجا که مشروع نیست، ارث نمی‌برند، اگر چه فرزند آنهاست.

[مسأله ۳: لیس الجذام و البرص من عیوب الرجل الموجبة لخیار المرأة علی الأتوی]

مسألة ۳: ليس الجذام و البرص من عيوب الرجل الموجبة لخيار المرأة على الأقوى^۱ (از این تعبیر استفاده می‌شود که مخالف در مسأله وجود دارد).

اقوال:

مشهور بین اصحاب همین است که مرحوم امام (ره) فرمودند ولی مخالف‌هایی وجود دارد. در بین قدما، قاضی ابن بزاج در مهذب و ابن جنید مخالف هستند. ابن بزاج سه عیب از عیوبی را که مختصّ به زنان می‌دانستیم، از عیوب رجل هم دانسته است (یعنی این سه، از عیوب مشترک است) که عبارتند از برص، جذام و عمی؛ ابن جنید پنج عیب را مشترک دانسته یعنی به سه عیبی که ابن بزاج ذکر کرده، عرج و زنا را هم اضافه کرده است.

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد، «۱» که شرح قواعد علامه است چنین نقل می‌کند:
اگر، قائل شویم که مرأه حقّ فسخ به جذام دارد بعید نیست، چون در روایات معروف آمده است که:
فِرَّ مِنَ الْمَجْدُومِ فَرَارِكٌ مِنَ الْأَسَدِ.

جامع المقاصد وقتی فتوای علامه را نقل می‌کند می‌فرماید:

ظاهر کلام علامه در مختلف هم همین است، پس علامه، هم از مخالفین است و جذام را از عیوب رجل می‌داند.
مرحوم کاشف اللثام در کشف اللثام «۲»، کلام مهذب و ابن جنید را نقل می‌کند، کأنّ ظاهر کلام کاشف اللثام این است که خودش هم قبول دارد، پس این که گفته شده است جماعتی از متأخرین هم جذام را از عیوب رجل دانسته‌اند، به جهت قول کاشف اللثام و مرحوم علامه است.

دلیل منکرین: اصالة لزوم

اصل لزوم است و قائلین به خیار باید دلیل اقامه کنند.

ادلة قائلین به عیب بودن برص و جذام:

۱- قاعدة لا ضرر و لا حرج:

چون احتمال عدوی (سرایت) وجود دارد و بیماری مسری است پس جذام و برص در رجل هم عیب است، و مرئه خیار فسخ دارد همان گونه که دلیل عمده خیارات سابق لا ضرر بود.

مرحوم صاحب جواهر «۳» در مقام دفاع دو جواب می‌دهد:

۱- اگر شما سرایت را معیار قرار دهید در تمام بیماری‌های مسری باید بگویید حقّ فسخ می‌آورد، در حالی که چنین نمی‌گویید.

۲- هذا مضافاً الى امکان دفعها (عدوی) بایجاب التجنب (به زن بگوییم که نزدیک مرد نشود و مرد نزدیک زن نشود).

قلنا: با تمام احترامی که برای صاحب جواهر قائلیم معتقدیم هیچ یک از این دو قابل قبول نیست؛ در مورد اول می‌گوییم هر جا که مسری باشد خیار هست ولی نه در هر بیماری جزئی بلکه بیماری‌های کلی که در حدّ جذام است، مثل ایدز که در آن قائل به خیار هستیم.

در مورد دوّم هم می‌گوییم جواب ایشان هم از عجایب است چون ایجاب اجتناب با زوجیت سازگار نیست و معنا ندارد؛ پس به عقیده ما لا ضرر تا اینجا جواب اساسی ندارد

۲- اولویت:

جذام و برص نسبت به بعضی عیوب اولویت دارد، مثلاً جنون را در هر مرحله‌ای که باشد با این که از جذام و برص خطرش کمتر است آن را مانع بدانیم ولی این دو بیماری

(۱) ج ۱۳، ص ۲۶۸.

(۲) ج ۷، ص ۳۷۸.

(۳) ج ۳۰، ص ۳۳۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۳۲

که احتمال سرایت در آن است مانع از خیار ندانیم.

البته بعضی این اولویت را نپذیرفته‌اند.

لازم به ذکر است که قطع حجّیتش ذاتی است و اولویت قطعیه هم حجّیتش قطعی و عقلی است و هر جا باشد قائل می‌شویم و اولویت قطعیه با آیه و روایت که حجّیتش طریقی است، استثنابردار نیست.

۱۰۵ ادامه مسأله ۳ ... ۲۳ / ۲ / ۸۳

۳- روایت حلبی:

□
...* عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في الرجل يتزوج الى قوم

(سؤال از عیوب مرثه است ولی جواب عام است)

فإذا امرأته عوراء و لم يبينوا له قال: لا تردّ و قال: إنّما يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل الحديث. «۱»

تعبیر «يُردّ النكاح» اگر مجهول خوانده شود عام است و رجل و مرثه را شامل است.

به دلالت این حدیث دو اشکال وارد کرده‌اند:

اولاً؛ صدر حدیث سؤال از عیوب مرثه است و جواب هم باید مطابق آن باشد.

و ثانیاً؛ این که در بین عیوب عفل ذکر شده که از عیوب مرثه است، پس روایت اطلاق ندارد.

جواب: در موارد بسیاری جواب اعم از سؤال است، بله جواب از سؤال نمی‌تواند اخصّ باشد ولی اعمّ می‌تواند باشد مثلاً از امام در

مورد خمر سؤال می‌شود و امام می‌فرماید: کلّ مسکر حرام که اعم است، پس اعمّ بودن جواب بلامانع است و اما این که می‌گویند

عفل از عیوب مرثه است، در مقابل جنون هم از عیوب مشترک است که در روایت آمده، پس نمی‌توان از این راه به اطلاق روایت

اشکال کرد.

در روایات «۲» متعدّدی برص و جذام از عیوب مرثه شمرده شده است منتها لحن روایات مختلف است که از باب نمونه بعضی از

آنها را می‌خوانیم:

□ □
...* عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المرأة تردّ من أربعة أشياء من البرص و الجذام و الجنون و

القرن «... ۳»

روایت در مورد مرثه است ولی آیا این حدیث مفهوم دارد؟

آیا اثبات شیء نفی ما عدا می‌کند؟ از کدام یک از مفاهیم است؟

اگر مفهوم عدد باشد یعنی چهار تا است و پنجمی ندارد نه این که برای رجل نیست، و اثبات شیء نفی ما عدا نمی‌کند به خصوص که جنون هم در بین عیوب ذکر شده است که در مرد و زن مشترک است. اگر اثبات شیء نفی ما عدا کند یعنی جنون در رجل موجب فسخ نیست. پس با این احادیث نمی‌توانیم جلوی اطلاق روایت حلبی را بگیریم.

... عن أبي جعفر عليه السلام قال: تردّ البرصاء

(زنی که برص دارد)

و العمیاء و العرجاء. (۴)

این عیوب هم اثبات شیء است و نفی ما عدا نمی‌کند و معنایش این نیست که لا تردّ الرجل بالبرص پس این روایت هم نمی‌تواند اطلاق صحیحه حلبی را از کار بیندازد.

فبناء علی ذلک؛ هر سه دلیل را می‌توان زنده کرد.

اضف الی ذلک؛ در عصر و زمان ما لا اقل اگر مرد از قبل جذام یا برص خطرناک داشته باشد و نگوید مصداق تدلیس است.

و من هنا یظهر؛ بعضی از فقها که گفته‌اند عمی و عرج در مرد هم عیب است بعید به نظر نمی‌رسد که از قبیل تدلیس باشد؛ پس عیوبی که در این حد باشد قابل تأمل و بحث است.

[مسأله ۴: (فوریه خیار الفسخ)]

اشاره

۱۰۶ مسأله ۴ (فوریه خیار الفسخ ...) ۸۳ / ۲ / ۲۶

مسأله ۴: خیار الفسخ فی کل من الرجل و المرأة علی الفور فلو علم کلّ منهما بالعیب فلم یبادر بالفسخ لزم العقد، نعم الظاهر أن الجهل بالخیار بل و الفوریه (می‌داند خیار فسخ دارد ولی نمی‌داند که فوری است) عذرّ فلا یسقط مع الجهل بأحدهما لو لم یبادر.

عنوان مسأله:

خیار فسخ فوری است یعنی اگر عالم به عیب شدند و تأخیر انداخته و از حقّ خیار فوراً استفاده نکردند موجب لزوم است، ولی اگر جاهل به خیار یا فوریت باشند خیار فسخ ساقط نمی‌شود.

اقوال:

اشاره

این مسأله در میان ما اجماعی و یا کالاجماع است و در میان علمای اهل سنت هم شهرت قوی وجود دارد.

مرحوم شهید ثانی در مسالک، می فرماید:

- (۱) ح ۶، باب ۱ از ابواب عیوب.
- (۲) ح ۱، ۲، ۵، ۷، ۹، ۱۱، ۱۲، ۱۳ و ۱۴ باب ۱ از ابواب عیوب.
- (۳) ح ۱، باب ۱ از ابواب عیوب.
- (۴) ح ۱۲، باب ۱ از ابواب عیوب.
- کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۳۳
- ظاهر الأصحاب الاتفاق علی کون هذا الخيار علی الفور و لأن الغرض من الخيار دفع الضرر (دفع ضرر با فوریت حاصل است) بالتسلط علی الفسخ و هو (دفع ضرر) يحصل بذلك (بالفور ...) و ليس لهم فی ذلك نصٌ بخصوصه. «۱»
- مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد که شرح قواعد علامه است می فرماید:
- هذا الخيار علی الفور عندنا (که به معنای اجماعی است) و کذا الخيار فی التذلیس علی الفور فلو أخر من الیه الفسخ عالماً مختاراً بطل علی الفور خياره لفوات الفوریة. «۲»
- امام جهل به فوریت و جهل به خيار (هر دو) را عذر دانست ولی جامع المقاصد جهل به فوریت را عیب ندانسته است. نووی در المجموع، ادعای اجماع کرده و می گوید:
- الخيار فی هذه العیوب یكون علی الفور کخيار العیب فی البیوع هذا هو المذهب و به قطع الجمهور کما فی الروضة. «۳»
- ابن قدامه در مغنی نقل خلاف کرده و می گوید:
- و خيار العیب ثابت علی التراخی لا- یسقط ما لم یوجد منه ما یدلّ علی الرضا به، ... و ذکر القاضی أنه علی الفور و هو (فوریت) مذهب الشافعی. «۴»

جمع بندی اقوال:

در میان ما فوریت اعمال خيار اجماعی و در میان اهل سنت مشهور است ولی بعضی از اصحاب تمایل پیدا کرده اند که قائل به تراخی شوند.

دلیل مشهور (فوریت):

۱- اجماع:

اجماع قائم است که اعمال خيار باید به فوریت باشد.

مرحوم صاحب جواهر می فرماید:

و العمدة الاجماع و لولاه لأمكننا المناقشة بما سمعته غیر مرة. «۵»

تصوّر ما این است که شاید تعبیر ایشان اشاره به اطلاقات است، یعنی مقتضای اطلاقات این است که به فوریت نباشد.

جواب از دلیل: این اجماع مدرکی است، چرا که ممکن است مدرک مجمعی دلیل دوّم باشد که در این صورت اجماع از اعتبار ساقط می شود و رنگ می بازد.

۲- مقدار متیقن از اصالة اللزوم:

خیار بر خلاف اصل است چون اصل در معاملات (بالمعنی الاعم که شامل نکاح هم می‌شود) لزوم است و ما به مقدار متیقن با اصالة اللزوم مخالفت می‌کنیم و مقدار متیقن فور است. جواب از دلیل: این دلیل هم قابل مناقشه است، زیرا «ترد» در روایات اطلاق دارد و اطلاق، دلیل بر تراخی است و تمسک به اصل در جایی است که دلیلی نباشد؛ بنابراین نمی‌توانیم آن را حمل بر فوریت کنیم، پس تمسک به اصل در مقابل این اطلاق (دلیل) ممکن نیست.

۳- حصول دفع ضرر با فوریت:

ملاک خیار دفع ضرر است و دفع ضرر با فوریت حاصل می‌شود پس تراخی جایز نیست. جواب از دلیل: روایات مطلق بود و مقید به فوریت نشده بود، پس ضرر حکمت است نه علت. سلمنا، ضرر علت باشد، آیا اگر یک روز بگذرد ضرر منتفی می‌شود؟ خیر ضرر باقی است، مثلاً می‌خواهد مشورت کند یا فکر کند، در این صورت باز ضرر به قوت خود باقی است و مندفع نمی‌شود.

ادلة قول غیر مشهور (تراخی):

اشاره

قائلین به این قول به دو یا سه دلیل استدلال می‌کنند:

۱- استصحاب:

در صورت تراخی استصحاب بقای خیار می‌کنند.

بحث اصولی

اگر شک کنیم بین بقای حکم مخصّص و بقای عموم عام، آیا جای تمسک به عموم عام است یا جای استصحاب حکم مخصّص؟ به عنوان مثال مولی می‌گوید: «اکرم العلماء» بعد زید را روز شنبه استشنا می‌کند و روز یکشنبه شک می‌کنیم که آیا باز زید استشنا است یا نه؟

گفته شده که استصحاب حکم مخصّص بر عموم عام مقدم است، مگر این که عام عموماً زمانی باشد مثلاً بگوید: اکرم العلماء کل یوم که اگر زید یک روز خارج شد تمسک به عموم عام می‌کنیم. ما نحن فیه عامش زمانی نیست بلکه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است و اگر به خیار تخصیص خورد، استصحاب را جاری کرده و می‌گوییم خیار بالتراخی است.

کسانی که استصحاب را در شبهات حکمیّه حجّت بدانند می‌توانند به این دلیل استدلال کنند، ولی ما استصحاب را در

(۱) ج ۸، ص ۱۲۶.

(۲) ج ۱۳، ص ۲۴۹.

(۳) ج ۱۷، ص ۴۴۱.

(۴) ج ۷، ص ۵۸۴.

(۵) ج ۳۰، ص ۳۴۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۳۴

شبهات حکمیّه حجّت نمی‌دانیم چون تمام روایات استصحاب در شبهات موضوعیّه است، پس این دلیل به درد ما نمی‌خورد.

۲- اطلاقات:

اطلاقات در مقام بیان است و «تردّ» در روایات مطلق است و فوریت از آن استفاده نمی‌شود چون ممکن است شخص بخواهد در مورد آن فکر کند.

۳- روایات:

اشاره

دو روایت داریم که می‌فرماید مادامی که دخول حاصل نشده خیار باقی است.

...* عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله

(صحيحه)

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المرأة تردّ من أربعة أشياء: من البرص و الجذام و الجنون و القرن و هو العفل ما لم يقع عليها
(خيار فسخ ادامه دارد تا زمانی که وطی حاصل نشده)

فإذا وقع عليها فلا. «۱»

پس مطابق روایت اگر طول هم بکشد باز خیار باقی است.

...* عن علي عليه السلام في رجل تزوّج امرأة فوجدها برصاء أو جذماء قال: إن كان لم يدخل بها و لم يتبين له

(قبل از عقد نمی‌دانسته)

فإن شاء طلق و إن شاء أمسك و لا صداق لها و إذا دخل بها فهي امرأته

(پایان خیار، حصول وطی است). «۲»

آیا می‌توان گفت این دو روایت با ظهوری که دارد معرض عنهای مشهور است و قابل استدلال نیست؟ این‌ها مسائلی است که این مسأله را مانند معما کرده و جای دقت دارد.

۱۰۷ ادامه مسأله ۴ ... ۲۷ / ۲ / ۸۳

نتیجه:

مشهور و معروف قائل به فوریت بودند در حالی که روایت و آیه‌ای نبود و فقط تمسک به اجماع شده بود. در مقابل بعضی از متأخرین تمایل به تراخی پیدا کرده‌اند و دلیل آنها تمسک به اطلاقات و دو روایت بود که می‌فرمود مادامی که وطی نشود خیار باقی است.

در واقع در اینجا بین دو محدور واقع شده‌ایم، یکی قول مشهور- که حتی شاید اجماع باشد- که اعمال خیار را فوری می‌دانند، دیگری ادله‌ای که موافق با تراخی است، آیا راه حلی دارد؟

راه حلی که به نظر می‌رسد این است که بگوییم محلّ کلام از قبیل دوران امر بین ضررین است، یعنی اگر کسی که طرف مقابلش

ذات عیب است خیار نداشته باشد دچار ضرر می‌شود، از طرف دیگر اگر بگوییم این شخص دارای خیار است تا زمانی که عالمانه و آگاهانه فسخ کند، که ممکن است یکی دو سال هم طول بکشد، در این صورت طرف مقابل متضرر می‌شود، مثلاً اگر زوجه معیوب باشد و زوج با تراخی اعمال خیار کند در این مدت زوجه بلا تکلیف است و این ضرر است.

بحث اصولی

اشاره

در اصول در بحث لا ضرر (قواعد الفقهیة) آمده است که تعارض ضررین دو حالت دارد:

۱- امکان جمع بین حقیین باشد:

در این صورت باید بین حقیین جمع کنیم. در ما نحن فیه امکان جمع موجود است چون ضررین با فوریت اعمال خیار دفع می‌شود و هر یک به حق خود می‌رسند، ولی اگر تراخی باشد یکی ضررش منافع می‌شود ولی دیگری ضرر می‌کند؛ درست مثل این که کسی پنجره‌ای به ملک دیگری باز می‌کند برای جلوگیری از ضرر طرفین پنجره را بالا-تر از زمین می‌گذارند تا اشرافی به خانه همسایه نباشد که این جمع بین حقیین است، ما نحن فیه هم از این قبیل است.

۲- امکان جمع بین حقیین نباشد:

در اینجا بر خلاف مشهور که اولویت را به ضرر بزرگتر می‌دهند قائل به تقسیم هستیم؛ مثلاً سر حیوانی در دیگ گیر کرده و چون اهم، حفظ حیوان است دیگ را می‌شکنند، و صاحب دیگ متضرر می‌شود ولی ما قائل به تقسیم هستیم یعنی ضرر شکستن دیگ بین آن دو تقسیم می‌شود، علاوه بر این چون هیچ یک مقصود نبوده‌اند تقسیم به نسبت می‌کنیم؛ پس تا حد امکان باید جمع بین حقیین کرد.

در داستان ثمره بن جندب هم پیامبر صلی الله علیه و آله جمع بین حقیین کرد، اگر حق را به ثمره می‌داد طرف مقابل ضرر می‌کرد و اگر حق را به طرف مقابل می‌داد ثمره که درختی در آنجا داشت ضرر می‌کرد، بنابراین پیامبر جمع بین حقیین کرده و فرمود: ثمره، برای ورود اجازه بگیر.

شاید مشهور که با نبودن دلیل روشن، سراغ فوریت رفته‌اند، بیشتر نظرشان به جمع بین حقیین و دفع ضررین بوده است که در این صورت ناچاریم اطلاعات و روایات را توجیه کرده و

(۱) ح ۱، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۱۴، باب ۱ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۳۵

بگوییم، برای جایی است که طرف مقابل ضرر نکند.

نکته: فوریتی که در اینجا می‌گوییم فوریت عقلی نیست بلکه فوریت عرفی است که منافاتی با فکر کردن چند روزه ندارد.

نتیجه: ما بر اساس وفاداری که به شهرت و اجماع داریم و از آن دفاع می‌کنیم اگر فتوا به فوریت ندهیم، «لا- یترک الاحتیاط» می‌گوییم پس الاحوط لو لا الأقوی فوریت، لازم است.

بقی هنا شیء: اگر جاهل باشد آیا روی مبنای فوریت خیار ساقط می‌شود؟

اشاره

جهل در اینجا سه گونه است:

۱- جهل به موضوع:

از عیب خبر ندارد و نمی‌داند که چنین عیبی دارد و بعد از دخول متوجه آن می‌شود.

۲- جهل به حکم:

الف) جهل به حکم خیار.

ب) جهل به فوریت:

می‌داند خیار دارد ولی نمی‌داند که اعمال خیار فوری است.

مرحوم امام (ره) سراغ جهل به حکم رفته و آن را متعزّض شده‌اند و دیگران هم همین‌طور، ولی ما جهل به موضوع را هم متعزّض می‌شویم.

۱- جهل به موضوع:

اگر جهل به موضوع داشته باشد شکی نیست که خیار به سبب تراخی ساقط نمی‌شود، چون خیار برای دفع ضرر است و اطلاعی از عیب نداشته است.

أضف الی ذلک، روایات کثیره‌ای داریم که می‌فرماید خیار باقی است که بعضی صریح و بعضی ظهور دارد.

...* عن أبي الصباح

(روایت معتبر است) □

قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة فوجد بها قرناً الی أن قال: قلت: فإن كان دخل بها قال: إن كان علم بذلك

قبل أن ینکحها- یعنی المجامعۃ- ثم جامعها فقد رضی بها

(تصرّف دلیل بر رضایت است)

و إن لم یعلم إلّا بعد ما جامعها فإن شاء بعد أمسک و إن شاء طلق. «۱»

طلاق به معنای فسخ به سبب خیار است، چرا که طلاق احتیاج به این حرفها ندارد و به دست زوج است.

...* عن الحسن بن صالح

(سند ضعیف است)

...قال إن كان علم قبل أن یجامعها ثم جامعها فقد رضی بها و إن لم یعلم إلّا بعد ما جامعها فإن شاء بعد أمسکها و إن شاء سرّحها

الی اهلها «... ۲»

این روایت هم به صراحت روایت قبل است. روایات دیگری هم در باب یک وجود دارد که به این صراحت نیست و می‌گوید اگر

دخول کرده مهریه را از مدّس یا ولیّ می‌گیرد که معنایش این است نمی‌دانسته و بعداً عیب را فهمیده است.

۲- جهل به حکم

در مورد جهل به حکم از عبارات علما استفاده می‌شود که سه عقیده وجود دارد:

۱- جهل به خیار یا جهل به فوریت باعث سقوط خیار نمی‌شود.

یعنی در صورتی که به هر دو عالم باشد و اعمال خیار نکند خیار او ساقط است ولی اگر به یکی عالم باشد خیار ساقط نمی‌شود (نظر امام).

۲- جهل به خیار یا فوریت باعث سقوط خیار می‌شود.

یعنی اگر عالم به موضوع بود باید فسخ کند و اگر اعمال نکند ساقط است.

۳- جهل به خیار باعث سقوط خیار می‌شود.

محقق ثانی در جامع المقاصد بین جهل به خیار و جهل به فوریت فرق می‌گذارد و معتقد است در جهل به خیار، خیار ساقط می‌شود.

در اینجا حق با کدام قول است؟ در روایات ما فقط جهل به موضوع مطرح شده و جهل به حکم روایتی ندارد، خواه جهل به خیار باشد یا جهل به فوریت.

و لکن الانصاف؛ ما با فتوای امام موافقیم، چون ملاک این است که دفع خسارت و ضرر شود و اگر یقین به خیار نداشته باشد چگونه فسخ کند، و یا اگر یقین به خیار دارد و نمی‌داند فوری است، دفع ضرر نمی‌شود پس هم در جهل به خیار و هم در جهل به فوریت، خیار با تراخی ساقط نمی‌شود.

۱۰۸ مسأله ۵ (إذا اختلفا فی العیب ...) ۲۸ / ۲ / ۸۳

[مسأله ۵: إذا اختلفا فی العیب فالقول قول منکره مع الیمین]

اشاره

مسأله ۵: إذا اختلفا فی العیب فالقول قول منکره مع الیمین إن لم تکن لمدعیه بیئنه و یثبت بها (بیئنه) العیب حتی العن علی الأقوی.

كما أنه یثبت کلّ عیب بإقرار صاحبه أو البیئنه علی إقراره و کذا یثبت بالیمین المردوده علی المدعی و لو نکل المنکر عن الیمین و لم یردّها،

(۱) ح ۱، باب ۳ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۳، باب ۳ از ابواب عیوب.

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۵، ص: ۱۳۶

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۳۶

ردّها الحاکم علی المدعی فإن حلف یثبت به و تثبت العیوب الباطنه للنساء بشهادة اربع نسوة عادلّات كما فی نظائرھا.

عنوان مسأله:

تا اینجا بحث در مقام ثبوت و عیب واقعی بود، یعنی اگر این عیب در واقع باشد حکمش چنین است. در این مسأله بحث در مقام اثبات است یعنی در مقام اثبات از چه طریقی ثابت کنیم که عیب هست یا نه؟ به تعبیر دیگر اگر اختلاف شد و کار به اقامه دعوا کشید و یکی مدعی و دیگری منکر عیب بود، حکم چیست؟

این مسأله چند حالت دارد: گاهی عیب جلی است و گاهی خفی؛ عیب جلی مثل این که شخص اعمی و یا أعرج و یا جنون مطبق است که در اینجا قاضی می‌بیند و با علمش که از مبادی حسی حاصل شده حکم می‌کند.

عیوب خفیه دو گونه است: قسمی قابل اقامه بیینه و قسم دیگر قابل اقامه بیینه نیست.

قسم اول مثل جنون ادواری یا وجود برص و جذام در بعضی از اعضای زن غیر از وجه و کفین که برای قاضی قابل مشاهده نیست، ولی چهار زن عادل می‌توانند مشاهده کرده و شهادت دهند. از این فراتر عیوبی است که در اعضای خاص است مثل عفل که در اینجا از باب ضرورت چهار زن عادل مشاهده کرده و شهادت می‌دهند.

در قسم دوم که قابل اقامه بیینه نیست اگر ذات العیب خودش اقرار کند قاضی بر اساس آن حکم می‌کند و راه دیگر شهادت بر اقرار است یعنی پیش قاضی اقرار نمی‌کند بلکه دو نفر شهادت می‌دهند که خودش اقرار به عیب کرده است. بنابراین اگر امکان اقامه بیینه در عیوب خفیه باشد، ابتدا سراغ بیینه می‌رویم که مدعی باید بیینه بیاورد و اگر امکان اقامه بیینه نبود، اقرار منکر است و یا شهادت بر اقرار که اگر هیچ یک میسر نبود، منکر قسم می‌خورد که اگر قسم خورد فصل خصومت می‌شود ولی اگر قسم نخورد و قسم را به مدعی رد کرد (یمین مردوده) در این صورت اگر مدعی قسم خورد فصل خصومت می‌شود.

گاهی منکر لجاز است، نه خود قسم می‌خورد و نه قسم را رد می‌کند، در اینجا قاضی قسم را به مدعی رد می‌کند و اگر مدعی قسم خورد فصل خصومت می‌شود. این احکام (بیینه، اقرار، شهادت بر اقرار، یمین مردوده) در تمام ابواب قضاوت موجود است؛ پس همان اصولی که در باب قضا در جاهای دیگر حاکم است در ما نحن فیه حاکم است، منتها در عیوبی که مردان نمی‌توانند نگاه کنند، زن‌های عاقله (چهار زن) شهادت می‌دهند و عیوبی که مردان می‌توانند نگاه کنند خود قاضی می‌بیند و بر اساس علم خود حکم می‌کند.

بقی هنا شیء: مرحوم امام (ره) در تحریر می‌فرماید:

یثبت بها (بیینه)

العیب حتی العن علی الأقوی،

آیا عن را می‌توان با بیینه ثابت کرد؟ با کدام بیینه می‌توان ثابت کرد که رجل عنین است؟

بعضی معتقدند عنه قابل اثبات به بیینه نیست. مرحوم محقق در شرایع می‌فرماید:

لا یثبت العن الا بإقرار الزوج أو البینه باقراره أو نکوله (نکول از قسم). «۱»

مرحوم صاحب جواهر وقتی این عبارت را نقل می‌کند می‌فرماید:

لا تسمع منها البینه علی العن نفسه (بر خود عنن نه بر اقرار به عنن) لکونه لا یعلم الا من قبله. «۲»

در ادامه کلام صاحب جواهر اشکال مقدری مطرح است که به آن جواب می‌دهند.

ان قلت: ممکن است مرد چهار زن داشته و زن پنجم مدعی باشد و هر چهار زن شهادت دهند که در این صورت بیینه است، پس

چگونه می‌گویید که در عنن هیچ بیینه‌ای نمی‌تواند باشد؟

جواب مرحوم صاحب جواهر: مرثه می‌تواند نسبت به خودش ادعا کند که رجل در برابر من عنین است، و در باب عنن گفتیم که

اگر نسبت به این زن عاجز باشد کافی نیست، بلکه باید نسبت به این زن و غیر او عاجز باشد، و این زن نمی‌تواند نسبت به زنان

دیگر هم بگوید که مرد عاجز است: لکونه لا یعلم الا من قبله ضرورة کونه (عنن) أعّم من العجز عن وطء امرأة بخصوصها.

بنابراین در جایی که منکر، یمین را به زوجه رد می‌کند یمین زوجه هم کارایی ندارد، چون یمین فرع بر علم است و باید زوجه عالم باشد، در حالی که زوجه عالم نیست و فقط می‌تواند قسم بخورد که نسبت به خودش عاجز است. تا اینجا به این نکته رسیدیم که عنن راه اثباتی از طریق بیّنه و یمین مردوده ندارد و تنها راه اثبات آن اقرار است، حال اگر منکر اقرار نکند، قاضی چگونه حکم کند؟

(۱) جواهر، ج ۳۰، ص ۳۵۲.

(۲) ج ۳۰، ص ۳۵۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۳۷

در اینجا ممکن است باب جدیدی باز کرده و بگوییم عیوبی که چنین مخفی است باید سراغ قرائن و نظر اهل خبره برویم، و لو در باب قضاوت بیّنه و شهادت شهود عیبه لازم است، ولی چون در اینجا شهادت شهود عیبه ممکن نیست، سراغ نظر کارشناسان می‌رویم؛ کما این که در باب عیوب در بیع (مانند غبن) هم چنین است و سراغ نظر کارشناسان می‌رویم. نتیجه: در این گونه مسائل باید سراغ علم قاضی که از قرائن غیر حسّی یا نظر کارشناسان حاصل می‌شود رفت.

طرق تشخیص عنن:

در باب ۱۵ از ابواب عیوب طرّقی برای علم قاضی ذکر شده که شبیه کارشناسی است. یکی از طرق سه گانه این است که شخص را در آب سرد می‌نشانند و اگر تغییر حالتی در عضو مخصوص پیدا نشد عنین است و اگر تغییر شکل داد عنین نیست. از روایات باب ۱۵ استفاده می‌شود که در اینجا چون دستمان به علم حسّی نمی‌رسد می‌توانیم به کارشناسی و استفاده از قرائن متوسّل شویم.

نتیجه: کلام مرحوم امام (ره) در اینجا درست است.

۱۰۹ ادامه م ۵ و م ۶ (حکم الخيار بعد ...) ... ۲۹ / ۲ / ۸۳

اولین مرحله در باب دعاوی این است که از مدّعی بیّنه می‌خواهند و اگر مدّعی بیّنه اقامه کرد فصل خصومت می‌شود. اگر بیّنه نداشت در این صورت منکر قسم می‌خورد و باز فصل خصومت شده و به نفع منکر حکم صادر می‌شود. اگر منکر قسم نخورد (نکول) دو حالت دارد:

۱- قسم را به مدّعی رد می‌کند (یمین مردوده) که در این حالت اگر مدّعی قسم بخورد به نفع او حکم می‌شود.

۲- نه قسم می‌خورد و نه قسم را رد می‌کند در این حالت حاکم شرع دخالت کرده و قسم را به مدّعی رد می‌کند و اگر مدّعی قسم بخورد به نفع او حکم می‌شود.

راه دیگر فصل خصومت اقرار است که یا مدّعی علیه، خودش اقرار می‌کند و یا در جای دیگر اقرار کرده و دو شاهد عادل بر آن اقرار شهادت می‌دهند.

تنها نکته پیچیده مسأله این بود که بعضی از عیوب مثل عنن امکان اقامه بیّنه ندارد و اگر زنان عادلان هم شهادت دهند، شهادت آنها کافی نیست، چون هر یک از آنها در شهادت باید بگویند که نسبت به من و نسبت به دیگران عنین است ولی نمی‌تواند چنین کند پس شهادت بر عنن ممکن نیست.

آخرین راه حل در چنین عیوبی این است که از قرائن حسّیه یا قریب به حس علم پیدا کنیم یا به قول اهل خبره رجوع کنیم که اهل

خبره هم از قرائن و شواهد به عنن علم پیدا می کنند، پس چون شواهد حسی نداریم، سراغ جمع کردن قرائن می رویم که در باب ۱۵ از ابواب عیوب بعضی از قرائن آمده است، در نتیجه می توان گفت که تمام عیوب رجل و مرأه قابل اقامه بینه هست.

[مسأله ۶: مسأله ۶: لو ثبت عن الرجل فإن صبرت فلا كلام]

اشاره

مسأله ۶: لو ثبت عن الرجل فإن صبرت فلا كلام (خيار ندارد)
و إن لم تصبر و رفعت أمرها الى حاكم الشرع لاستخلاص نفسها منه أجلها سنة (سال قمری)
كامله من حين المرافعة فإن واقعها (مواقع صورته گرفت)
أو واقع غيرها في أثناء المدّة فلا خيار لها و إلا كان لها الفسخ فوراً عرفياً فإن لم تبادر به فان كان بسبب جهلها بالخيار أو فوريتها لم يضر كما مرّ و إلا سقط خيارها و كذا إن رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الفسخ بعد ذلك فأنه ليس لها ذلك.

عنوان مسأله:

در این مسأله به حکم مهمی در مورد عنن بر می گردیم و آن این که اگر عنن ثابت شد چند حالت دارد:

- ۱- مرثه صبر کرده و اسقاط خيار می کند.
 - ۲- مرثه راضی نمی شود و می خواهد اخذ به خيار کند که باید سراغ حاکم شرع برود و حاکم یک سال برای درمان به زوج مهلت می دهد و اگر معالجه نشد زوجه خيار فسخ دارد.
 - ۳- مرثه اسقاط خيار کرده و بعد پشیمان می شود.
- مبدأ سال هم از زمانی است که زن به حاکم شرع مراجعه می کند نه از زمان عقد.

اقوال:

این مسأله علی اجمالها اجماعی است. بسیاری ادعای اجماع کرده اند و صاحب جواهر تعبیر «لا خلاف» دارد. مرحوم صاحب ریاض، می فرماید:

و إن لم تصبر بل رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنة ابتدائها من حين الترافع بلا خلاف، در ادامه استدلال کرده و می فرماید:
مضافاً الى الاجماع المحكيّة في كلام جماعه فيه خلافاً للإسكافي (احمد بن محمد بن جنيد اسكافي كه كنيه اش ابو علي است)
في الموضوعين (احتمالاً یکی تأجيل و دیگری
كتاب النكاح (مكارم)، ج ۵، ص: ۱۳۸

تنصيف مهر است یعنی اسكافي عنن را كه از قبل بوده است فوري می داند) فنفي التأجيل و أجاز الفسخ من دونه (تأجيل) إذا سبق العنن العقد (عنن سابق خيارش فوري است). «۱»

دلیل: روایات

اشاره

در این مسأله چند روایت داریم که بعضی صحیحه است:

* محمد بن یعقوب، عن عدّه من أصحابنا، عن سهل بن زیاد و عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد جمیعاً عن الحسن بن محبوب عن علی بن رئاب عن اُبی حمزه

(در یک سند سهل بن زیاد است و در سند دیگر نیست ولی اُبی حمزه در هر دو سند وجود دارد که همان ثابت بن دینار است که از اصحاب امام سجاد علیه السلام و دعای ابو حمزه ثمالی از اوست)

قال سمعت ابا جعفر علیه السلام... قال: فَإِنْ تَزَوَّجْتَ وَ هِيَ بَكْرٌ فَزَعَمْتَ (ادّعا کرد)

أَنَّهُ

(زوج)

لم يصل اليها فَإِنَّ مثل هذا تعرف النساء فلينظر اليها من يوثق به منهنّ (ووثوق به معنی عدالت باشد)

فإذا ذكرت أنّها عذراء فعلى الإمام أن يؤجله سنه فَإِنْ وصل اليها و إلّا فرق بينهما (تفريق اجباری نیست بلکه تفريق با تمايل مرثه است)

و أعطيت نصف الصداق و لا عدّه عليها

(چون دخول حاصل نشده است). «۲»

روایت سند و دلالتش خوب و قابل استدلال است.

۱۱۰ ادامه مسأله ۶ ... ۲ / ۳ / ۸۳

حدیث اول صحیحه ابو حمزه بود که ذیل که مربوط به مقام ثبوت است و بیان شد. صدر آن که در مورد مقام اثبات است و مربوط به بحث ما نیست چنین است:

... * سمعت ابا جعفر علیه السلام يقول إذا تزوّج الرجل المرأة الثيب التي تزوّجت زوجاً غيره فزعمت (ادّعا کرد)

أَنَّهُ لم يقربها

(ای لعنن لم يقربها)

منذ دخل بها

(از زمانی که با هم زندگی می کنند نه این که به معنای دخول باشد)

فإنّ القول في ذلك قول الرجل و عليه أن يحلف بالله لقد جامعها لأنّها المدّعيه «... ۳»

ظاهر مسأله درست نیست چون زوجه مدّعی است و زوج منکر، در حالی که زوج ادّعیای واقعه می کند و زوجه منکر است و این خلاف قاعده است، ولی وقتی مسأله را بشکافیم می فهمیم نزاع در مورد واقعه نیست بلکه در مورد عیب است که زوج می گوید سالم و زوجه می گوید معیوبی، پس واقعه در واقع نمایشی از وجود عیب و عدم وجود عیب است، لذا ما به ریشه نزاع نظر می کنیم که مطابق آن زوجه مدّعیه و زوج منکر است.

... * عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: العنين يتربصن به سنة ثم إن شاءت امرأته تزوجت و إن شاءت أقامت. «۴»

... * عن أبي الصباح قال

□ (به امام نرسیده پس مقطوعه است ولی در پاورقی وسائل از تهذیب و استبصار شیخ طوسی چنین نقل می کند: قال أبو عبد الله)

إذا تزوج الرجل المرأة و هو لا يقدر على النساء،

(نشان می دهد که عنین بر هیچ زنی قادر نیست و اگر فقط بر زوجه خود قادر نباشد عنین نیست)

أجل سنة حتى يعالج نفسه. «۵»

... * عن ابی البختری عن جعفر عن أبيه عليهما السلام

(ابو البختری در رجال متعدّد است و در اینجا مراد «وهب بن وهب» است که بسیار ضعیف است. جامع الروات وقتی از او صحبت

می کند، می گوید که او روایتی در باب عنن دارد که این قرینه است که مراد از ابو البختری در اینجا وهب بن وهب است)

إن علياً عليه السلام كان يقول: يؤخر العنين سنة من يوم ترافعه امرأته فإن خلص اليها

(اگر توانست رابطه زناشویی داشته باشد)

و إلا فزق بينهما فإن رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار و لا خيار لها. «۶»

* عبد الله بن جعفر في قرب الاسناد

(مشکل سندی دارد)

... عن جعفر بن محمد عن أبيه عن عليّ عليهم السلام أنه كان يقضى في العنين أنه يؤجل سنة من يوم ترافعه المرأة

□ (در ذیل روایت ندارد که اگر اصلاح نشد چه حکمی دارد). «۷»

... * عن ابن مسكان عن أبي بصير يعني المرادى قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها

(بعد از ازدواج)

فلا يقدر على جماع أو تفارقه؟ قال: نعم إن شاءت

(تا اینجا نه تنها این روایت دلیل ما نیست بلکه دلیل بر خلاف است و ضرب الأجل یک سال را ندارد و شاهد قول ابن جنید است)

قال ابن مسكان

(در واقع خودش می گوید و از ابی بصیر نقل نمی کند):

و في رواية أخرى ينتظر سنة فإن أتاها و إلا فارقته

(که این ذیل دلیل بر بحث ماست ولی ذیل روایت مرسله است)

فإن أحببت أن تقيم معه فلتقم. «۸»

* و في كتاب المقنع قال: روى أنه ينتظر به سنة

(عین عبارت ابن مسکان است)

فإن أتاها و إلا فارقته إن أحببت

(اگر بخواهد). «۹»

(۱) ج ۷، ص ۱۲۳.

(۲) ح ۱، باب ۱۵ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۱، باب ۱۵ از ابواب عیوب.

- (۴) ح ۵، باب ۱۴ از ابواب عیوب.
 (۵) ح ۷، باب ۱۴ از ابواب عیوب.
 (۶) ح ۹، باب ۱۴ از ابواب عیوب.
 (۷) ح ۱۲، باب ۱۴ از ابواب عیوب.
 (۸) ح ۱، باب ۱۴ از ابواب عیوب.
 (۹) ح ۱۱، باب ۱۴ از ابواب عیوب.
 کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۳۹

جمع بندی روایات:

این هفت روایت که بعضی صحیح و بعضی ضعیف و بعضی مثل روایت صدوق قابل ادغام بود، در مجموع متضافر و مشهور هم به آن عمل کرده و دلالت هم خوب است.

روایات مخالف:

در مقابل روایات متعددی داریم که موافق قول ابن جنید است، بعضی ضعیف و بعضی صحیح است.

... عن عباد الصّبی عن أبی عبد الله علیه السلام قال: فی العنین إذا علم أنه عنین

(تعبیر «عَلِمَ» نشان می دهد که معلوم بوده عنین است نه این که مشکوک باشد)

لا یأتی النساء فرّق بینهما

(صحبت از سنه نیست و اگر یک سال لازم بود باید می گفت، پس چون در مقام بیان بوده و قید مورد نیاز بوده است باید می فرمودند «...») ۱

... عن عمّار بن موسی عن أبی عبد الله علیه السلام أنه سئل عن رجل أخذ عن امرأته

(ممکن است به معنای سحر و جادو یا به سبب بیماری باشد)

فلا یقدر علی إتیانها فقال إذا لم یقدر علی إتیان غیرها من النساء فلا یمسکها الا برضاها «... ۲»

... عن أبی الصباح الكنّانی قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن امرأة ابتلی زوجها

(یقیناً می داند که عنین است)

فلا یقدر علی الجماع أبداً أ تفارقه؟ قال: نعم إن شاءت «... ۳»

... عن علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر علیهما السلام قال سألته عن عنین دلّس نفسه لامرأة ما حاله؟ قال: علیه المهر

(ظاهر روایت تمام مهر است و حال آن که باید نصف مهر را بدهد)

و یفرّق بینهما إذا علم أنه لا یأتی النساء

(علم داشته باشیم). «۴»

روایات دیگری هم غیر از اینها داریم.

جمع بین روایات:

بین دو دسته از روایات قرار گرفته ایم که دسته اول تأجیل سنه را لازم می داند و دسته دیگر تأجیل سنه را لازم نمی داند، آیا جمع

عرفی بین این دو دسته می‌باشد؟

سه راه جمع وجود دارد:

۱- راه جمعی که در جواهر و جاهای دیگر هم وجود دارد که جمع بین مطلق و مقتید است. روایات دسته دوم مطلق و دسته اول مقتید به تأجیل سنی است و مطلق را حمل بر مقتید می‌کنیم.

۲- جمعی که ما می‌گوییم و آن این است که روایات دسته اول برای جایی است که احتمال بهبودی می‌رود، ولی دسته دوم برای جایی است که یقین داریم خوب نمی‌شود، چون تعبیر «علم» و «ولا- یقدر ابداً» داشت، اگر یقین داریم که بهبودی حاصل نمی‌شود دیگر تأجیل سنی بی‌معناست.

۳- «أجل» یعنی زوجه خیار دارد ولی مستحب است یک سال صبر کند و اعمال خیار نکند. جمع بین روایات مطلق و مقتید به استحباب در فقه زیاد داریم، ولی جمع خوبی در اینجا به نظر نمی‌رسد.

۱۱۱ ادامه مسأله ۶ ... ۳ / ۳ / ۸۳

نتیجه: اگر یقین داشته باشیم که عنن درمان نمی‌شود، تعیین ضرب الأجل بی‌مورد است و زوجه فوراً خیار فسخ دارد. همان گونه که گفته شد مسأله سه صورت دارد:

۱- زن صبر کرده و اسقاط خیار می‌کند،

۲- به حاکم مراجعه کرده و فسخ می‌کند.

۳- زن بعد از اسقاط خیار پشیمان می‌شود.

در تمام ابواب عقود اگر انسان بدون قید و شرط حقی را اسقاط کند دیگر قابل بازگشت نیست. بله اگر مالی را به غیر ذی رحم بخشیده و عین مال موجود است، می‌تواند رجوع کند؛ پس اصالة اللزوم در باب عقود و معاملات و اصالة البراءة در باب حقوق و غیر معاملات حاکم است و برای برگشتن دلیلی نداریم و در ما نحن فیه هم اگر زوجه از حق خود صرف نظر کرده و بعد پشیمان شد فایده‌ای ندارد.

بقی هنا آموز:

الامر الاوّل: مبدأ یک سال از چه زمانی است؟

آیا از هنگام علم مرأه است یا از هنگام مرافعة عند الحاکم و یا از زمان حکم حاکم است؟
روایات سه گروه است:

۱- ظاهر گروهی از روایات ظاهر این است که اصلاً حکم قاضی لازم نیست و انتظار سنی کافی است و ظاهرش این است که از زمان علم است چون مرافعة در روایات نیست:

... قال: العین یتربصن به سنه. «۵»

ظاهر روایت سخنی از قاضی نیست و تربص بعد از علم است.

... قال: روی أنه ینتظر به سنه

(بحثی از مراجعه به حاکم نیست). «۶»

(۲) ح ۳، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۶، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۱۳، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۵) ح ۵، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۶) ح ۱۱، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۴۰

۲- گروهی از روایات می‌گویند حاکم، سنه را تعیین می‌کند و ظاهر آن این است که مبدأ، حکم حاکم است که از جمله این روایات روایات ذیل است:

... * فعلى الامام أن يؤجله سنة. (۱)

... * أجل سنة حتى يعالج نفسه. (۲)

۳- گروه دیگر روایاتی است که یوم المرافعه در آن است:

... * عن على عليه السلام أنه كان يقضى فى العین أنه يؤجل سنة من یوم ترافعه المرأة. (۳)

آیا این روایات با هم تضاد دارد یا به یک چیز بر می‌گردد؟

وقتی به دنیای امروز نگاه می‌کنیم می‌بینیم که پرونده‌ها برای رسیدگی معطل می‌شود و غالباً طرح دعوا و زمان دادگاه بواسطه کثرت مرافعات جداست ولی در سابق این گونه نبوده است و بلافاصله بعد از مراجعه به قاضی، قاضی حکم می‌کرد و در بعضی از موارد اندکی تأخیر می‌انداختند، مثل آن جوانی که خدمت حضرت شکایت کرد و حضرت به مقدار احضار خصم تأخیر انداخت؛ پس هر سه گروه روایات یک چیز می‌گویند و معیار حکم حاکم است و «ینتظر» که اطلاق دارد مقتید به حکم حاکم می‌شود. واقع مسأله هم همین است و اگر بخواهیم نزاع مرتفع شود باید حاکم حکم کند و الا باز بر سر تعیین زمان، دعوا شده و مخاصمه تمام نمی‌شود.

الامر الثانی: آیا واقعاً عجز از جمیع النساء معتبر است یا عجز از مرثه معین؟

اشاره

اگر با سایر نساء عجز ندارد این مرثه چه کند؟

ظاهر روایات مختلف است و دو گروه روایت داریم:

۱- طایفه‌ای که عجز از جمیع نساء را لازم می‌داند که از باب نمونه چند روایت را ذکر می‌کنیم:

... * فى العین إذا علم أنه عین لا یأتى النساء

(جمیع نساء نه خصوص این مورد (...)) ۴

... * و یفرق بینهما إذا علم أنه لا یأتى النساء

(که مطلق است). (۵)

... * إذا لم یقدر على إتيان غیرها من النساء فلا یمسکها إلا برضاها «...» ۶

روایات دیگری «۷» هم به این مضامین داریم که چندین روایت می‌گویند «العین» که به معنای عجز و ناتوانی کلی است و الا اگر نسبت به یک مورد عاجز است و نسبت به زنان دیگر عاجز نیست دیگر به او عین نمی‌گویند که از همه روایات واضح‌تر، روایت ذیل است:

... * فلا يقدر على الجماع أبداً

(روایت مطلق است «...») ۸

اینها همه روایاتی است که می‌فرماید اگر نسبت به مورد خاص عاجز باشد، برای زوجه خیار ثابت نیست.

۲- در مقابل طایفه دیگر روایاتی است که تصریح به مورد خاص است:

... * فإن خلص اليها

(ای وصل، که مورد خاص را می‌گوید «...») ۹

... * فإن أتاها

(مورد خاص را می‌گوید). «۱۰»

حال از این دو طایفه روایات کدام صحیح است؟

۱۱۲ ادامه مسأله ۶ ... ۴ / ۳ / ۸۳

جمع دلالتی:

آیا این دو گروه روایت که متعارض هستند جمع دلالتی دارند؟ بله، به این بیان که عجز از این مرثه اماره است بر این که این رجل عین است چون فرقی بین زنها نیست، پس غالباً (نه دائماً) زمانی که عاجز از این مرثه است از غیر آن هم عاجز است.

بله، اگر فرد نادری پیدا شد که زوج نسبت به زوجه عاجز بود ولی نسبت به زنان دیگر عاجز نبود، دو حالت دارد:

۱- در زوجه ویژگی‌هایی است (مثل قباحت منظر یا سوء خلق شدید) که موجب نفرت است در اینجا زوجه حق فسخ ندارد و عجز از او هم اماره نمی‌شود که مرد عین است.

۲- زوجه مشکلی ندارد ولی زوج نسبت به او حساسیت دارد در این حالت نمی‌توانیم بگوییم که زوجه حق فسخ ندارد.

نکته: مسأله مهم دیگری که صاحب جواهر در بعضی از کلماتش به آن توجه کرده این است که اگر فرض کنیم یک سال گذشت و عجز مرد از زوجه ثابت شد، لازم نیست زوجه منتظر بماند تا زوج زوجه دیگری انتخاب کند و عجز او نسبت به آنها هم ثابت شود، بلکه این عجز را اماره قرار می‌دهیم بر عجز مطلق، مگر این که زوج ازدواجی کرده و ثابت کند که عجز مطلق

(۱) ح ۱، باب ۱۵ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۷، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۱۲، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۲، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۵) ح ۱۳، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۶) ح ۳، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۷) ح ۱۰، ۵، ۹، ۶، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۸) ح ۶، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۹) ح ۹، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۱۰) ح ۱۱، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۴۱

ندارد، بنابراین و لو معیار عجز مطلق است ولی عجز در مورد زوجه اماره است، مگر این که خلاف آن ثابت شود.

الامر الثالث: عنن اسباب مختلفی دارد:

- ۱- نقص در خلقت.
 - ۲- بعضی از امراض (مثلاً اگر بیماری دیابتش شدید شود در بعضی از افراد تولید این عیب می شود).
 - ۳- قطع نخاع.
 - ۴- سحر یا جادو، خیلی از سحر و جادوهایی که مردم می گویند خیالات است ولی ما امکان آن را نفی نمی کنیم. البته ممکن است اسباب دیگری هم مثل کم رویی شدید پیدا شود. آیا بین این اسباب در حکم شرعی فرقی هست؟
- خیر، چون اطلاق تعبیر عجز و عنن دارد و این که سبب آن چیست فرقی نمی کند یعنی ما کاری با علت نداریم بلکه با معلول (عنن) کار داریم.

الامر الرابع: اگر یک بار وطی کرده و بعد عاجز شود، آیا در اینجا خیار ثابت است؟

اشاره

مرحوم امام متعزّض این بحث نشده اند ولی مرحوم صاحب جواهر و بعضی دیگر متعزّض این مسأله شده اند و از کلمات صاحب جواهر استفاده می شود که مشهور سقوط خیار است.

عبارت مرحوم محقق در شرایع و عبارت مرحوم صاحب جواهر در ذیل آن چنین است:

فلو وطئها و لو مرّة ثمّ عنّ لم یثبت لها الخیار علی الأظهر، صاحب جواهر «الاشهر» را اضافه کرده و می فرماید: الأشهر، بل عن المبسوط و الخلاف لا- خلاف فيه خلافاً للمحکمی عن ابن زهره و ظاهر المفید من تخییرها مطلقاً (مرئه خیار دارد چه یک بار مجامعت باشد و چه نباشد). «۱»

منشأ این خلاف، اختلاف روایات است. از یک سو سه روایت داریم که هر سه ضعیف است و می فرماید اگر یک بار مجامعت کند خیار ساقط است:

...* عن عبّاد الضبی

(مجهول است)

عن أبی عبد الله علیه السلام قال فی العنین ... و إذا وقع علیها وقعاً واحداً لم یفرق بینهما «... ۲»

...* عن السکونی

(ضعیف است)

عن أبی عبد الله علیه السلام قال: قال امیر المؤمنین علیه السلام من أتى امرأة مرّة واحدة ثم أخذ عنها

(عاجز شد)

فلا خیار لها. «۳»

...* عن الحسن بن موسی الخشاب

(از بزرگان است)

عن غیاث بن کلوب

(مجهول الحال)

عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: أن علياً عليه السلام كان يقول: إذا تزوج الرجل امرأة فوقع عليها وقعة واحدة ثم أعرض عنها فليس لها الخيار لتصبر فقد ابتليت (ابتلا و آزمایش است «...» ۴)

در مقابل این روایات دو روایت داریم که ظاهراً سندش اشکالی ندارد و معارض روایات سه گانه فوق است:
...* عن أبي الصباح الكناني قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً (یعنی بعد از زوجیت)

أ تفارقه؟ قال: نعم إن شاءت. «۵»

روایت یک این باب هم همین مضمون را دارد، و از نظر دلالت هم می گوید خیار فسخ دارد، هر وقت باشد چه بعد از یک بار و چه بعد از چند بار؛ ولی مضمونی را می گوید که کسی به آن فتوا نداده است (در ذیل بحث توضیح بیشتر آن خواهد آمد).

جمع بندی روایات:

روایات سه گانه ضعیف السند ولی معمول بها است، علاوه بر این نوعی تضافر هم دارد مخصوصاً که مرحوم حاجی نوری در مستدرک دو روایت از کتاب جعفریات شبیه این سه روایت نقل کرده است پس مجموعاً پنج روایت و متضافر است و ضعف سند مشکلی ایجاد نمی کند، در مقابل دو روایت دیگر از نظر سند خوب است.

جمع دلالی:

جمع دلالی بین روایات به این است که شخصی که دفعتاً واحده قادر باشد، نشانه این است که بیماری ذاتی ندارد و مشکلی پیدا کرده پس احتمال بهبودی دارد، و لذا یکی از بزرگان استدلالشان این بود که شخصی که یک بار قادر بوده عین نیست و امید بهبودی دارد، پس حضرت می فرماید این که یک بار قادر است اماره و کاشفیت دارد که مبتلا به عیب ذاتی نیست و امید بهبودی دارد.

اضف الی ذلک، کسی نمی تواند به مضمون آن دو روایت فتوا دهد چون «دفعه واحده» ندارد، پس ممکن است اگر بعد از ده سال هم شخص مبتلا شود زوجه خیار فسخ داشته باشد که احدی به این مضمون فتوا نداده است.
نتیجه: دفعه واحده برای اسقاط خیار کافی نیست، بلکه اماره است بر این که قادر به وطی است.

(۱) ج ۳۰، ص ۳۲۶.

(۲) ح ۲، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۴، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۸، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۵) ح ۶، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۴۲

اشاره

۱۱۳ مسألة ۷ (هل الفسخ بالعیب طلاق ...؟) ۵ / ۳ / ۸۳

مسألة ۷: الفسخ بالعیب لیس بطلاق سواء وقع من الزوج أو الزوجة (زوجه که طلاق نمی‌دهد پس از ناحیه او واضح است، از ناحیه زوج هم که باشد باز احکام طلاق ندارد)

فلیس له (فسخ)

احکامه إلا تنصیف المهر فی الفسخ بالعنن (فسخ در عنن که از عیوب است باعث تنصیف مهر است پس فقط همین یک شباهت بین طلاق و فسخ وجود دارد)

کما یأتی و لا یعتبر فیه (فسخ)

شروطه (طلاق)

فلا یحسب من الثلاثة المحرمة المحتاجة الى المحلل ولا یعتبر فیه الخلو من الحيض و النفاس و لا حضور العدلين.

عنوان مسأله:

در عبارت مرحوم امام مطالب با هم مخلوط شده است.

طلاق یک سلسله شرایط و یک سلسله آثار دارد. شرایط چیزهایی است که تا نباشد طلاق ممکن نیست مثل حضور عدلین، خالی بودن از حیض، نفاس و طهر غیر مواقع ... و آثار چیزهایی است که بعد از طلاق پیدا می‌شود، مثل سه طلاق که بعد از آن محلل لازم است و نه طلاق با دو محلل در وسط که باعث حرمت ابدی می‌شود و یا رجوع در طلاق رجعی؛ پس فسخ نه شرایط قبلی و مقارن را دارد و نه آثار بعدی را الا ما خرج بالدلیل که بعضی از آثار یا شرایط در فسخ هم هست.

اقوال:

مسأله مسلم و از واضحات است. در بعضی از عبارات ادعای اجماع شده است (مانند عبارت ریاض) و در بعضی از عبارات قطعیت مسأله بیان شده است (مثل عبارت مسالک) و در بعضی از عبارات قطعیت و اجماع با هم آمده است (مثل عبارت جواهر). مرحوم صاحب ریاض می‌فرماید:

الفسخ فیه اى العیب بأنواعه لیس طلاقاً شرعياً اجماعاً و نصاً لوقوع التصریح به فی الصحیح (روایات صحیح) و غیره فلا یعتبر فیه ما یعتبر فی الطلاق. «۱»

صاحب ریاض سراغ شرایط رفته و باید آثار را هم می‌فرمودند.

مرحوم شهید ثانی در مسالک می‌فرماید:

لا شبهة فی أن هذا الفسخ و غیره (در بعضی از موارد ممکن است با آزاد کردن عبد یا أمه آثار زوجیت عوض شود) لیس بطلاق. «۲»

مرحوم محقق در جامع المقاصد می‌فرماید:

إن هذا الفسخ لا یعدّ طلاقاً قطعاً فلا یعتبر فیه ما یعتبر فی الطلاق. «۳»

مرحوم صاحب جواهر با این که مسأله قابل بحث است (و لو مسلم است) آن را در چند خط بحث کرده و می‌فرماید:
 الفسخ بالعيب ليس بطلاق قطعاً لعدم اعتبار لفظ الطلاق فيه...
 كما لا يشترط فيه شيء من شرائطه بلا خلاف ولا إشكال. «۴»
 به هر حال مسأله مخالفی ندارد و قطعی است ولی ادله را بررسی می‌کنیم تا مباحث آینده را روشن کند.

ادله: روایات:

اشاره

این روایات چند طایفه است:

طایفه اول: تعبیر به «رد»

اشاره

روایات کثیره‌ای داریم که به حدّ تواتر می‌رسد و تعبیر به «رد» شده که غیر از طلاق است. در باب یک از ابواب عیوب چهارده روایت است که سینه‌ده روایت تعبیر «ترّد و یرد» دارد و در ابواب دیگر هم هست به عنوان نمونه یکی از روایات را می‌خوانیم:
 ...* عن أبي عبد الله عليه السلام قال: المرأة تردّ من أربعة أشياء «... ۵»
 ماهیت «ترّد» غیر از طلاق است، طلاق یعنی در زوجیت بوده و زوج او را رها می‌کند، ولی رد یعنی گره را باز می‌کند و به سر جای اولش بر می‌گرداند به عبارت دیگر واخواندن آنچه را قبلاً انجام داده است.
 بعضی از روایات هم تصریح می‌کند که «لیس بطلاق» یعنی فسخ است و طلاق نیست که همان روایت صحیحه ابو عبیده است که صاحب ریاض هم به آن اشاره داشت.
 ...* إذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفصاة و من كان بها زمانة ظاهرة فإنّها تردّ علی أهلها من غیر طلاق «... ۶»
 ولی در مقابل اینها دو روایت داریم که تعبیر «طلاق» دارد:
 *.. قال: إن كان علم بذلك قبل أن ينكحها یعنی المجامعة ثم جامعها فقد رضی بها و إن لم يعلم إلا بعد ما جامعها فإن شاء بعد أمسك و إن شاء طلق. «۷»

(۱) ج ۷، ص ۱۱۵.

(۲) ج ۸، ص ۱۲۶.

(۳) ج ۱۳، ص ۲۴۹.

(۴) ج ۳۰، ص ۳۴۴.

(۵) ح ۱، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۶) ح ۱، باب ۲ از ابواب عیوب.

(۷) ح ۱، باب ۳ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۴۳

... قال: إن كان لم يدخل بها و لم يتبين له فإن شاء طلق و إن شاء أمسك و لا صداق لها
(اگر طلاق است چرا مهر نداشته باشد (...)) ۱»

جمع‌بندی روایات:

جمع بین این روایات روشن است چرا که مراد از «طلق» در این دو روایت فسخ است چون:
اولاً: طلاق مشروط به شرطی نیست و به دست زوج است که اگر خواست طلاق می‌دهد و اگر خواست طلاق نمی‌دهد و دخول و عدم دخول در طلاق تأثیری ندارد، و همچنین طلاق مشروط به علم و عدم علم نیست. این قرینه واضحی است که طلاق به معنای فسخ است.

ثانیاً: قرینه دیگر «لا صداق لها» است چون در طلاق در جایی نداریم که صدیقی نباشد بلکه یا تمام مهر است یا نصف، بلکه اگر قبل از مس طلاق بدهد و مهر هم تعیین نکرده باشند در این صورت مهریه ندارد بلکه هدیه‌ای داده می‌شود.
تا اینجا یک دلیل اقامه کردیم که فسخ شرایط و آثار طلاق را ندارد.

۱۱۴ ادامه مسأله ۷ ... ۶ / ۳ / ۸۳

در اینجا یک روایت هم داریم که و لو سند ندارد ولی به نظر می‌رسد که دلالتش صریح در طلاق است. مرحوم حاجی نوری در مستدرک از مناقب ابن شهر آشوب این روایت را نقل کرده است:

... جاءت امرأة لله - یعنی علیاً علیه السلام - فقالت:

ما تری أصلحك الله و أتری لك أهلاً

(چه می‌گویی خداوند به شما سلامتی بدهد و به خانواده‌ات خیر دهد)

فی فتاة ذات بعل أصبحت تطلب بعلًا

(دختر شوهرداری که دنبال شوهر است)

بعد إذن من أبيها أتری ذلك جلاً

(آیا این حلال است)

این دختر در بین جمع این حرف را زد و اطرافیان به هم نگاه کردند که چگونه ممکن است زن شوهردار باشد و بخواهد ازدواج کند ولی حضرت متوجه شده و می‌فرماید:

أحضرتی بعلك

(شوهرت را بیاور)

فأحضرته فأمره بطلاقها ففعل ... فقال عليه السلام: إنه عتین

(زن با زبان بی‌زبانی فهماند که شوهرش عتین است و او در خطر است (...)) ۲»

حضرت به زن نمی‌گوید فسخ کن بلکه به شوهر می‌گوید طلاق بده، چگونه قابل توجیه است؟
برای توجیه دو راه وجود دارد:

۱- همسر می‌تواند فسخ کند ولی چون قبلاً رضایت به عیب داده دیگر حق ندارد، ولی از این جهت که زوجه به مشقت افتاده حاکم شرع به زوج می‌گوید طلاق بدهد و اگر طلاق ندهد حاکم خودش طلاق می‌دهد.

۲- در این جاها تخیر است و زوجه می‌تواند اعمال خیار کند و یا مرد طلاق دهد و حضرت راه دوم را اختیار کرده‌اند پس این روایت هم که ظاهراً صریح در طلاق است، قابل توجیه است.

طایفه دوّم: روایات نافی خیار بعد از وطی

روایاتی که کلمه خیار دارد منتها منفی آن را می‌گوید، یعنی اگر این گونه باشد خیار ندارد که در سه روایت داریم:

... من أتى امرأة مرة واحدة ثم أخذ عنها فلا خيار لها
 (در مورد مطلق عیوب رجل می‌فرماید اگر یک بار وطی شود مرثه لا خيار لها). «۳»

این حدیث مفهوم دارد یعنی اگر قبل از وطی باشد خیار دارد و تعبیر به خیار ربطی به طلاق ندارد.

... إذا تزوّج الرجل امرأة فوقع عليها وقعة واحدة ثم أعرض عنها فليس لها الخيار...
 (در صورتی که یک بار وطی باشد ليس لها الخيار). «۴»

مفهومش این است که اگر وطی نشود خیار دارد.

... روی آنه متى اقامت المرأة مع زوجها بعد ما علمت أنه عتین و رضیت به لم یکن لها خيار بعد الرضا
 (اگر زن راضی شد ليس لها الخيار). «۵»

مفهومش این است که اگر راضی نشد خیار دارد.

مفهوم این سه روایت نشان می‌دهد که در بعضی از موارد حق فسخ است که از آن تعبیر به خیار کرده‌اند.

-
- (۱) ح ۱۴، باب ۱ از ابواب عیوب.
 (۲) مستدرک، ج ۱۵، ح ۱، باب ۱۵ از ابواب عیوب.
 (۳) ح ۴، باب ۱۴ از ابواب عیوب.
 (۴) ح ۸، باب ۱۴ از ابواب عیوب.
 (۵) ح ۱۰، باب ۱۴ از ابواب عیوب.
 کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۴۴
 ۱۱۵ ادامه م ۷ و ۸ (لا یحتاج الفسخ الی ...) ... ۸۳ / ۳ / ۹

طایفه سوّم: روایاتی که می‌گوید لا مهر لها

روایاتی که می‌گوید «لا مهر لها» و یا «لا صداق لها» و طلاق بدون مهر ممکن نیست و باید تمام و یا نصف مهر را بدهد پس این تعبیر نشان می‌دهد که فسخ طلاق نیست و در مجموع چهار حدیث است.

... * و لا صداق لها. «۱»

دو حدیث در مورد تدلیس و دو حدیث دیگر در مورد زناست. در بدو نظر به نظر می‌رسد که این چهار حدیث دلالت دارد بر این که فسخ با طلاق فرق دارد، ولی وقتی دقت کنیم این طور نیست؛ چون دو حدیث اول در مورد تدلیس مرثه است و کسی که گرفتار تدلیس شده يرجع الی المدّلس و چون زن تدلیس کرده است پس مهر ندارد. روایت چنین می‌فرمود:

... * تردّ علی أهلها صاغرةً
 (لا بد تدلیس کرده چون اگر تدلیس نکرده بود «صاغرةً» معنا نداشت)
 و لا مهر لها الحدیث. «۲»

... * سألته عن امرأة دلّست نفسها لرجل و هی رتقاء قال: یفرّق بینهما و لا مهر لها. «۳»

پس چه فسخ به معنای طلاق باشد و چه غیر طلاق، در این مورد مهری نیست و ما نمی‌توانیم به کمک این روایات ثابت کنیم که فسخ غیر طلاق است، چرا که در مورد تدلیس، اثر طلاق و فسخ یکسان است. و امیاً دو روایت «۴» دیگر در مورد زناى زن است؛ البتّه بنا بر این که بگوییم زنا از عیوب موجب فسخ است. در این صورت چون علت از ناحیه زوجه است (لأن الحدث كان من قبلها) مهر ندارد، و فسخ در این دو روایت هم چه به معنای طلاق باشد یا غیر آن، فرقی نمی‌کند؛ پس به این دو روایت هم نمی‌توان استدلال کرد.

طایفه چهارم: روایاتی که تعبیر «یفرق» دارد.

این کلمه ممکن است به معنای طلاق باشد ولی ظاهرش این است که غیر از طلاق است. روایات زیادی داریم که این تعبیر یا مشابه آن را دارد.

[مسأله ۸: لا یتحتاج الفسخ إلى إذن الحاكم]

اشاره

مسأله ۸: يجوز للرجل الفسخ بعيب المرأة من دون إذن الحاكم و كذا المرأة بعيب الرجل، نعم مع ثبوت العنن يفتقر الى الحاكم لكن من جهة ضرب الأجل حيث إنه من وظائفه لا من جهة نفوذ فسخها فبعد ما ضرب الأجل لها كان لها التفرد بالفسخ عند انقضائه و تعذر الوطاء في المدة من دون مراجعته.

عنوان مسأله:

فسخ کردن نیاز به اجازه حاکم شرع ندارد، چه زن فسخ کند و چه مرد و فقط در عین اجازه حاکم لازم است و آن هم برای ضرب الأجل درمان و در آنجا هم بعد از اتمام سال لازم نیست برای فسخ اجازه بگیرند؛ به عبارت دیگر مثل فسخ در بیع است و برای فسخ نیاز به اجازه حاکم شرع نیست.

اقوال:

در این مسأله ادّعی اجماع شده است. مرحوم صاحب ریاض تصریح کرده و می‌فرماید: الرابعة لا يفتقر الفسخ بالعيوب ... الى الحاكم على الأظهر الأشهر بل كاد أن يكون إجماعاً للأصل ... خلافاً للاسكافي. «۵» مرحوم شیخ طوسی هم کلماتش مختلف است؛ در مبسوط عدم رجوع به حاکم را قوی می‌داند و در بعضی از کتب هم رجوع به حاکم را لازم می‌داند، پس از کلام ایشان تردید فهمیده می‌شود. مرحوم محقق در جامع المقاصد «۶» مخالفت را از ابن جنید و عامه و تردید را از شیخ طوسی نقل می‌کند. نووی در المجموع و ابن قدامه در مغنی معتقدند که باید فسخ با اجازه حاکم شرع باشد. مرحوم صاحب جواهر «۷» هم این مسأله را مسلم دانسته‌اند.

جمع جمع‌بندی اقوال: از نظر اقوال در نزد خاصه مسأله اجماعی است و فقط از ابن جنید و بعضی از کلمات شیخ طوسی مخالفت نقل شده است و اهل سنت هم رجوع به حاکم را لازم می‌دانند.

دلیل: اطلاق روایات

عمده دلیل مسأله اطلاقات احادیث است که می‌فرمود: یردّ، له الخيار، له الفسخ، یفرّق بینهما ... که همه مطلق بود و نداشت که در نزد حاکم باشد، ولی در عین که به حکم حاکم شرع است، صریحاً بیان شده بود، پس، از این که دهها روایت در باب عیوب

(۱) ح ۳، باب ۶ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۴، باب ۱ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۸، باب ۲ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۲ و ۳، باب ۶ از ابواب عیوب.

(۵) ج ۷، ص ۱۱۶.

(۶) ج ۱۳، ص ۲۵۰.

(۷) ج ۳۰، ص ۳۴۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۴۵

خالی از مراجعه به حاکم است و روایات در مقام بیان است و اگر رجوع به حاکم لازم بود باید بیان می‌شد، معلوم می‌شود که مراجعه به حاکم لازم نیست.

مرحوم صاحب ریاض تعبیر «للأصل» داشت، یعنی اصل هم اقتضا می‌کند که رجوع به حاکم لازم نیست، در حالی که اصالة اللزوم می‌گوید رجوع به حاکم لازم است، چون در باب معاملات اصل فساد است و در موقع فسخ هم اصل لزوم است، پس اگر در قید یا شرطی شک کنیم، لازم است قید را بیاوریم و قید در ما نحن فیه عند الحاکم است. به عبارت دیگر معامله‌ای واقع شده و می‌خواهیم فسخ کنیم اگر پیش حاکم فسخ کنیم فسخ می‌شود و اگر در نزد حاکم نباشد شک داریم که فسخ می‌شود یا نه؟ در این صورت اصل لزوم است و نکاح فسخ نمی‌شود تا فسخ قطعی بیاید و فسخ قطعی هم پیش حاکم است.

پس اگر اطلاق روایات نبود هیچ اصلی، جز اصالة اللزوم حاکم نبود که مطابق آن هم مراجعه به حاکم و فسخ در حضور حاکم لازم است.

دلیل ابن جنید (مخالف): أخذ به قدر متیقّن

قدر متیقّن این است که فسخ نزد حاکم باشد.

جواب از دلیل: با وجود اطلاقات نوبت به قدر متیقّن نمی‌رسد و اگر قدر متیقّنها کارساز باشد تمام اطلاقات را در همه جا از کار می‌اندازد.

[مسأله ۹ (حکم المهر عند الفسخ)]

۱۱۶ مسأله ۹ (حکم المهر عند الفسخ ... ۱۰ / ۳ / ۸۳)

مسأله ۹: لو فسخ الرجل بأحد عيوب المرأة (فسخ از ناحیه رجل)

فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها (صورت اول)

و إن كان بعده (دخول)

استقرّ عليه المهر المسمّى (صورت دوم)

و كذا الحال فيما إذا فسخت المرأة بعيب الرجل فتستحقّ تمام المهر (مهر المسمّى)

إن كان بعده (صورت سوم)

و إن كان قبله لم تستحقّ شيئاً (صورت چهارم)

الّا فى العنن فإنّها تستحقّ عليه نصف المهر المسمّى.

عنوان مسأله:

هنگامی که نکاح را با یکی از عیوب فسخ کنند، آیا در مقابل این نکاح، مهریه‌ای هم باید پرداخت شود؟ اگر مهر لازم است چه

مهری باید پرداخت شود، مهر المثل یا مهر المسمّى، نصف مهر است یا تمام مهر؟

مسأله دارای چهار صورت است: یا فسخ از ناحیه زوج است یا از ناحیه زوجه، و هر یک از این دو یا فسخ قبل از دخول است یا بعد

از دخول که جمعاً چهار صورت است.

مرحوم صاحب جواهر برای این مسأله بیست و چهار صورت درست کرده و می‌فرماید:

عیب یا قبل از عقد است و یا بعد از عقد و قبل از دخول و یا بعد از عقد و بعد از دخول که با چهار صورت قبل که ما گفتیم

مجموعاً دوازده صورت می‌شود و هر یک از اینها یا توأم با تدلیس است یا بدون تدلیس که جمعاً بیست و چهار صورت می‌شود.

البته ما این اقسام را مطرح نمی‌کنیم چون بحث تدلیس که بعداً می‌آید و عیوبی هم که مورد بحث ماست عیوب قبل از نکاح است

و ما کاری با عیوب بعد از نکاح نداریم چون اثر چندانی ندارد، پس اقسام مورد بحث، همان چهار قسم است.

صورت اول: فسخ از ناحیه زوج و قبل از دخول.

اشاره

این صورت مهری ندارد و ادّعی اجماع شده است. مرحوم صاحب ریاض می‌فرماید:

إذا فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر عليه للزوجة اجماعاً. «۱»

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

إن كان قبل الدخول فلا مهر بلا خلاف بل لعلّ الإجماع بقسمیه عليه. «۲»

در میان عامّه هم فتوا همین است، نووی در کتاب المجموع می‌گوید:

إن كان قبل الدخول سواء كان من قبل الزوج أو الزوجة فلا مهر لها «۳».

پس کأنّ علمای اسلام همه فتوا می‌دهند که در این صورت مهر نیست و اینجا است که فسخ از طلاق جدا می‌شود چون در طلاق

مهر هست.

ادله:

۱- روایات:

دلیل عمده را در این صورت روایات دانسته‌اند ولی غالب روایات قابل مناقشه است. به پنج روایت «۴» استدلال شده است که یک حدیث را می‌خوانیم:

(۱) ج ۷، ص ۱۱۶.

(۲) ج ۳۰، ص ۳۴۶.

(۳) ج ۱۷، ص ۴۴۱.

(۴) ح ۱ و ۸، باب ۲، ح ۴ و ۱۴، باب ۱، ح ۲، باب ۴ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۴۶

... عن أبي عبيدة عن أبي جعفر عليه السلام ... وإن لم يكن دخل بها فلا عدّة عليها ولا مهر لها. «۱»

دو روایت دیگر «۲» هم به همین مضمون است، ولی این روایات در مورد تدلیس است و در مسأله مهر نمی‌توانیم به روایات تدلیس استدلال کنیم چون همان گونه که در جلسه قبل گفته شد چه بسا مهر لازم بوده ولی به خاطر تدلیس از بین رفته است، پس برای عدم لزوم مهر نمی‌توان به این روایت استدلال کرد. دو روایت دیگر «۳» در مورد تدلیس نیست و می‌فرماید «لا مهر لها» ولی یکی روایت «غیاث بن ابراهیم» است که سندش ضعیف است و دیگری روایت حلبی است که سند و دلالتش خوب است، پس از این پنج روایت فقط همین روایت را داریم، البته ممکن است بگوییم روایت غیاث بن ابراهیم هم چون معمول بهای مشهور است معتبر است. قدما نوعاً از این طریق استدلال کرده‌اند.

۲- ماهیت فسخ (اقتضاء ردّ کل عوض الی مالکه):

ما دلیلی غیر از روایات اقامه می‌کنیم که همان ماهیت فسخ است، یعنی طبیعت فسخ این است که هر چیز به جای خودش بر گردد، در بیع نیز چنین است و نکاح هم که شبیه معاوضه است چنین است و وقتی مرثه به جای خودش بر می‌گردد (یرد الی اهلها) مهر هم به جای خودش بر می‌گردد، پس وقتی روایات مشکل دارد بهتر است سراغ این دلیل برویم که صاحب جواهر هم به این مسأله اشاره دارد و می‌فرماید:

بل الاصل فی الفسخ اقتضاؤه ردّ کلّ عوض الی مالکه. «۴»

نتیجه: «لا مهر لها» تعبدی نیست و علی القاعده است و به خاطر حفظ حقیقت و ماهیت فسخ است.

۱۱۷ ادامه مسأله ۹ ... ۸۳/۳/۱۱

صورت دوم: فسخ از ناحیه زوج و بعد از دخول

اقوال:

مشهور و معروف این است که زوج باید در این صورت تمام مهر المسمی را بدهد و تنها مخالفی که نقل شده، مرحوم شیخ طوسی است که قائل به مهر المثل شده است. مرحوم صاحب ریاض می‌فرماید:

و اما لو فسخ (الرجل) بعده (دخول) فلها المسمى على الأشهر الأظهر ... خلافاً للشيخ فخصه (مهر المسمى) بالفسخ المتجدد بعد الدخول (اگر عیب بعد از دخول باشد مهر المسمی لازم است) و حکم بالمثل فی المتجدد قبله مطلقاً (هر یک از عیوب باشد) و هو شاذ و مستنده ضعیف. (۵)

ادله:

۱- روایات:

دلیل این مسأله پیچیده‌تر از صورت اول است. عمده دلیل در اینجا روایات است. روایات متعددی که می‌گویند بعد از دخول باید مهر داد که ظاهر آن مهر المسمی است و از باب نمونه چند روایت را می‌خوانیم. این روایات از بقیه روایات صریحتر است.

... عن أبي عبيدة ... و يأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلّسها «... ۶»

مهری را که به زن داده نمی‌گیرد بلکه مهر را از مدلس می‌گیرد، این تأکید بر این است که مهریه را از زن نمی‌گیرد و فرض مسأله این است که دخول صورت گرفته و مهر را هم سابقاً داده است، زیرا در زمان سابق مهرها سبک بود و همان اول امر، مهر را پرداخت می‌کردند.

... قال في كتاب علي عليه السلام من زوج امرأة فيها عيب دلّسه
(ولی زوج را تدلیس کرده است)

و لم يبين ذلك لزوجها فإنه يكون لها الصداق بما استحلّ من فرجها

(معنایش این است که دخول حاصل شده و در مقابل آن باید تمام مهر را به زن داد). «۷»

... المهر لها بما استحلّ من فرجها «... ۸»

... و لها ما أخذت منه بما استحلّ من فرجها. «۹»

... و كان الصداق الذي أخذت لها لا سبيل عليها

(زوجه)

فيه

(صداق)

بما استحلّ من فرجها «... ۱۰»

... و لها الصداق بما استحلّ من فرجها «... ۱۱»

این روایات با صراحت می‌فرماید که باید مهریه کامل (مهر المسمی) را به زوجه پرداخت کرد که دلالت روایات ظاهر و آشکار است، البته غیر از این روایات، روایات دیگری هم وجود دارد که به این صراحت نیست.

(۱) ح ۱، باب ۲ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۴، باب ۱ و ح ۸، باب ۲ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۱۴، باب ۱، ح ۲، باب ۴ از ابواب عیوب.

(۴) ج ۳۰، ص ۳۴۶.

(۵) ج ۷، ص ۱۶۶.

(۶) ح ۱، باب ۲ از ابواب عیوب.

(۷) ح ۷، باب ۲ از ابواب عیوب.

(۸) ح ۵، باب ۲ از ابواب عیوب.

(۹) ح ۳، باب ۳ از ابواب عیوب.

(۱۰) ح ۱، باب ۶ از ابواب عیوب.

(۱۱) ح ۴، باب ۶ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۴۷

ان قلت: در آخر بحث دیروز به اینجا رسیدیم که اگر هیچ مهریه‌ای پرداخت نمی‌شود به جهت تبعیت از قانون و ماهیت فسخ است که می‌گفت هر چیز به نزد صاحبش بر می‌گردد، حال همین بیان را در اینجا هم داشته باشید، و زوجه نزد ولی و مهریه هم به زوج بر گردد.

قلنا: اولاً: در این مسأله روایات خاصه داریم، بنابراین بر فرض که قانون و ماهیت فسخ هم باشد یک قاعده است که قابل تخصیص به روایات است.

ثانیاً: در اینجا زوج انتفاع برده است و مهریه برای بقای مادام العمر زوجه در نزد زوج نیست، بلکه مهریه به یک مرتبه انتفاع هم مستقر می‌شود و لذا زوجه می‌تواند بلافاصله تمام مهر را مطالبه کند.

۲- مقتضای قاعده:

تا اینجا مقتضای روایات بیان شد و اما به حسب قواعد مقتضای قاعده هم همین است در واقع مثل این است که احد العوضین استیفا شده و در مقابل استفاده‌ای که کرده عوض را داده است و فسخ در اینجا هیچ اثری ندارد، به جز بازگشت مرثه نزد ولیش، چون مهریه برای تمام عمر مرثه نیست.

مسأله مهم: ما احتمال می‌دهیم که این احادیث و احکام برای زمانی بوده که مهرها ساده بود به گونه‌ای که می‌توانستند در مقابل مرثه واحده هم پرداخت کنند، ولی در زمان ما مهریه‌ها سنگین است و در واقع برای تمام عمر است نه در مقابل مرثه واحده چرا که اگر این مهر را در مقابل یک بار دخول پرداخت کند ضرر و ضرار است؛ و فرض هم کنید در جایی است که مرثه باکره نبوده و زوج هم مقصیر و هوس‌باز نیست و بعد از عقد معلوم شده که معیوب بوده است، آیا در اینجا نباید سراغ مهر المثل نکاح موقت برویم؟

شبهه این مشکل را در وطی شبهه هم داشتیم، مثلاً به اشتباه غیر حلیله خود را وطی کرده آیا باید در عصر و زمان ما مثلاً سی میلیون مهر بدهد که بیش از دینه خود زن است؟!

۱۱۸ ادامه مسأله ۹ ... ۱۲ / ۳ / ۸۳

ان قلت: چرا به مقتضای فسخ در اینجا نمی‌گویید که مهر المسمی هم باید برگردد.

قلنا: اینجا ویژگی و خصوصیتی دارد و آن این که مهر در مقابل طول مدت نکاح نیست بلکه مهر با مرثه واحده هم مستقر می‌شود به عبارت دیگر نکاحی که در مقابل مهر بود استیفا شده است.

اشکال: ما با مشکل «لا ضرر» برخورد می‌کنیم و همان گونه که احادیث ما از اهل بیت علیهم السلام است، «لا ضرر» هم مأخوذ از اهل بیت علیهم السلام است و اگر زوج بخواهد مهرهای سنگین امروزی را در مقابل یک بار دخول بدهد، ضرر است و اگر

بخواهد بر عیب زوجه صبر کند ممکن نیست، پس این مورد مصداق ضرر است.

جواب: راه حلی به نظر می‌رسد که ما هم با قید احتیاط آن را می‌گوییم و آن این که در اینجا مهر المسمی را رها کنیم، چرا که در بسیاری از موارد موجب ضرر است، بلکه با قاعده لا ضرر این مهرهای سنگین را نفی کرده و سراغ مهر المثل می‌رویم. و السر فی ذلک، بر اساس احادیث متواتر از این که مهرها را نقداً عند العقد پرداخت می‌کردند معلوم می‌شود که در گذشته مهرها سبک بوده- در حدود ۵۰۰ درهم که به پول امروز دویست هزار تومان می‌شود- ولی در زمان ما که مهرها سنگین و پرداخت آن عسر و حرج است باید مهر المسمی نباشد از طرف دیگر چون دخول کرده مهر مستقر شده است، پس باید مهر المثل بپردازد. البته همان گونه که گفته شد این مسأله را در اینجا علی الاحتیاط می‌گوییم که از نظر فقه سنتی هم قابل اثبات است. شاید مرحوم شیخ طوسی هم که قائل به مهر المثل شده این مسأله در نظرش بوده است.

۳- ادله مرحوم شیخ طوسی بر مهر المثل:

۱- لا ضرر:

پرداخت مهر المسمی ضرر به حال زوج است.

۲- بطلان مهر با فسخ نکاح:

نکاح با فسخ باطل و کأن لم یکن می‌شود، در این صورت مهر هم باطل می‌شود، منتها چون «استحل فرجها» نمی‌تواند بدون عوض باشد، می‌گوییم باید مهر المثل بدهد.

جواب از دلیل: فسخ فرع بر صحت نکاح است، چون اگر باطل بود دیگر فسخ لازم نبود، از طرف دیگر دخول هم در حال صحت نکاح واقع شده است، پس مهر المسمی مستقر است و فسخ بعدی، ما قبل را نمی‌تواند از بین ببرد؛ به عبارت آخری، الفسخ من الحین لا من الأصل، پس عقدی بوده و در حال صحت عقد دخول واقع شده و مهر ثابت شد، پس مهر المسمی ثابت است، منهای آن شبهه‌ای که ما عرض کردیم که در مواردی کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۴۸ که مهر سنگین است، مهر المثل داده می‌شود.

صورت سوم: فسخ از ناحیه مرثه و قبل از دخول

اشاره

در این صورت هم مهری برای مرثه ثابت نیست، چون فرض ما این است که دخولی واقع نشده است، علاوه بر این مرثه خودش نکاح را به هم می‌زند، پس به طریق اولی مهر ثابت نیست.

اقوال:

از نظر اقوال مسأله اجماعی است و فقط یک نفر مخالف است. مرحوم صاحب ریاض می‌فرماید: و إذا فسخت الزوجة قبل الدخول بها فلا مهر لها بلا خلاف لمجىء الفسخ من قبلها إلا فى العنن. (۱)

مرحوم شهید ثانی در مسالک «۲» ادعای اجماع نکرده ولی در عبارتی که سابقاً نقل کردیم، ارسال المسلمات کرده است.

ادله:

۱- مقتضای قاعده:

بر اساس قاعده وقتی معامله را به هم زده‌اند، هر یک از عوضین به صاحبش بر می‌گردد، ما نحن فيه هم شبیه معامله است وقتی مرأه ردّت الی اهلها، مهر هم به زوج بر می‌گردد به خصوص که زن خودش اقدام کرده است.

۲- روایت:

در اینجا یک روایت داریم که در مورد عین مسأله ما نیست، بلکه در شبه آن است:

... عن محمد بن مسلم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة حرّة تزوّجت مملوكاً على أنّه حرّ فعلمت بعد أنّه مملوك فقال:

هی املک بنفسها إن شاءت قرّت معه و إن شاءت فلا فإن دخل بها فلها الصداق و إن لم یکن دخل بها فلیس لها شیء «... ۳»

این روایت در مورد عیب نیست، بلکه شبیه شرط ضمن العقد است، ولی تفاوتی ندارد، چون فسخ است و از این روایت می‌توانیم به ما نحن فيه منتقل شده و بگوییم در ما نحن فيه هم این شخص حقّ فسخ دارد و مهری برای او نیست، و لکن یک معارض (حدیث طلحة بن زید) دارد که می‌گوید نصف مهر لازم است.

... قال قرأت فی کتاب علی علیه السلام إن الرجل إذا تزوّج المرأة فزنا

(رجل)

قبل أن یدخل بها لم تحلّ له لآنه زان و یفرّق بینهما و یعطیها نصف المهر

(قبل از دخول هم باشد نصف مهر لازم است). «۴»

آیا این روایت مفتی بها هست که اگر مرد آلوده زنا شود زن حقّ فسخ دارد؟

این روایت معمول بها نبوده و معرض عنهاست، ولی قابل توجیه است به این بیان که روایت را حمل بر طلاق کنیم (مرد را وادار به طلاق می‌کنند)، پس مرد زن را طلاق دهد و نصف مهر را هم مطابق طلاق بدهد.

روایت از نظر دلالت قابل توجیه است و از نظر سند هم ضعیف است پس نمی‌تواند در مقابل روایت سابق قرار گیرد؛ بله، این یک حکم ارشادی است (ارشاد اخلاقی).

نکته: در عنن اگر فسخ کند نصف مهر را به زن می‌دهند که دلیل آن روایات است ولی یک نکته عقلانی در اینجا داریم که بعضی از بزرگان به آن اشاره کرده‌اند و آن این که می‌گویند اینجا با جاهای دیگر فرق دارد و باید نصف مهر را بدهد، چرا که در عنن یک سال زن با او مانده و خلوت کرده و هرگونه مناسبتی داشته است و بعد از یک سال بخواهد طلاق دهد و هیچ چیز ندهد، بی‌انصافی است به خصوص که مشکل هم از ناحیه مرد بوده است؛ در اینجا شارع برای رعایت حال مرثه، نصف مهر برای او قرار داده است و همان گونه که بیان شد قطع نظر از این نکته اخلاقی روایات هم داریم که در جلسه آینده آنها را بیان خواهیم کرد ان شاء الله.

۱۱۹ ادامه مسأله ۹ ... ۱۳/۳/۸۳

... فعلى الإمام أن يؤجله سنة فإن وصل إليها و آلا فرّق بینهما و أعطیت نصف الصداق و لا عدّة علیها. «۵»

روایت صحیحه و دلالت آن صریح است.

بیان شد حکمت این امر هم معلوم است چون یک سال این زن و مرد پیش هم بوده‌اند و تمتعات دیگر غیر از دخول حاصل شده و

لذا نصف مهر برای زن قرار داده شده است، إکراماً و احتراماً لها. این حکمت را مرحوم شهید ثانی در مسالک بیان کرده است. در مقابل این حدیث یک حدیث ظاهراً معارض داریم که می‌گوید تمام مهر باید پرداخت شود (قول ابن جنید). این حکم

(۱) ج ۷، ص ۱۱۶.

(۲) ج ۸، ص ۱۲۹.

(۳) ح ۱، باب ۱۱ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۳، باب ۱۷ از ابواب عیوب.

(۵) ح ۱، باب ۱۵ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۴۹

بر این اساس است که مشهور استقرار تمام مهر را بر اثر دخول می‌داند، ولی در مقابل بعضی می‌گویند ملاک خلوت کردن با مرثه است (ارحاء الستر) و لو یقین داریم که دخولی انجام نشده، امّا تمام مهر را باید بدهد چرا که زوجه به تمام معنی الکلمه تمکین کرده است، پس مجرّد خلوت را برای استقرار تمام مهر کافی می‌دانند.

ما دخول را ملاک می‌دانیم؛ بلکه در مقام اثبات خلوت را دلیل می‌دانیم، به این بیان که مثلاً زوجه و زوجی یک سال با هم زندگی کرده‌اند و شب‌ها و روزها با هم بوده‌اند، حالا زوج طلاق می‌دهد در اینجا می‌گویند باید تمام مهر را بپردازد، و اگر زوج ادعا کند که ما هرگز آمیزشی نداشتیم، با این که اصل هم عدم دخول است، نمی‌توانیم در اینجا به اصل عمل کنیم، بلکه باید به ظاهر حال عمل کنیم و اینجا جای اصل عدم نیست و از جاهایی است که ظاهر، مقدم بر اصل است.

در فقه موارد بسیاری داریم که ظاهر حال بر اصل مقدم می‌شود. بنابراین ابن جنید مقام ثبوت و اثبات را اشتباه کرده و خیال می‌کند که خلوت موضوعیت دارد در حالی که از نظر ما طریقیّت دارد و راه اثبات است، پس طبق مبنای ابن جنید تمام مهر ثابت است، حال وقتی این مبنا درست نبود دلیل هم باطل است؛ و امّا روایت ظاهراً معارض از قرب الاسناد است.

... قال: علیه المهر

(که ظاهر این عبارت این است که تمام مهر المسمی است (...)) ۱

حدیث قرب الاسناد فی حدّ ذاته ضعیف است چون در سلسله اسناد آن بعضی از مجاهیل قرار دارند.

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۵، ص: ۱۴۹

اضف الی ذلک؛ معرض عنهای اصحاب است و در مقام معارضه این حدیث کارساز نیست.

نتیجه: به مقاله مشهور قائلیم و فتوای به نصف می‌دهیم.

۱۲۰ ادامه م ۹ و ۱۰ (حکم التدلّیس ...) ۱۶/۳/۸۳

صورت چهارم: فسخ توسط زوجه بعد از دخول

اشاره

مثلاً بعد از دخول زوجه فهمید که زوج مجنون ادواری است، در اینجا زوجه تمام مهر را می‌گیرد و ادعای اجماع هم شده است.

ادله:

۱- اجماع:

اجماعی است که در این صورت تمام مهر ثابت است.

۲- تعلیل مستفاد از احادیث سابق:

تعلیل یا شبه تعلیلی که از احادیث مسائل سابق فهمیده می‌شود، آنجا که می‌فرمود: «لها المهر بما استحلّ من فرجها» که احادیث کثیره‌ای مشابه این تعبیر را داشت. «باء» در این عبارت ممکن است مقابله یا سببیه باشد، اگر باء سببیه باشد قیاس منصوص العلة است، یعنی لها المهر لانه استحلّ من فرجها، و اگر باء را مقابله دانستیم در این صورت شبیه تعلیل است، یعنی اگر در جای دیگری هم مهر در مقابل ما استحلّ من فرجها بود، آنجا هم حکم همین است در مقابل این استحلال زن حق دارد تمام مهر را بگیرد؛ به عبارت دیگر ازدواجی صورت گرفته و بعد از ازدواج دخول حاصل شده است، پس باید مهر را بدهد.

۳- روایات:

روایات متعددی «۲» که در این مسأله وارد شده است، که هیچ یک از این روایات در مورد عین مسأله نیست و ما می‌خواهیم با الغای خصوصیت مسأله را حل کنیم.

... عن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام إن خصياً دلّس نفسه لامرأة قال: يفرّق بينهما و تأخذ منه صداقها (تمام مهر را می‌گیرد)

و يوجع ظهره كما دلّس نفسه. «۳»

... عن ابن مسكان قال: بعثت بمسألة مع ابن أعين قلت سله عن خصي دلّس نفسه لامرأة و دخل بها فوجدته خصياً قال: يفرّق بينهما و يوجع ظهره يكون لها المهر لدخوله عليها

(از این تعبیر می‌فهمیم که تدلیس مهم نیست بلکه مهم «لدخوله علیها» است). «۴»

دو روایت دیگر هم در مورد تدلیس است، پس معلوم می‌شود که معیار فسخ است، حال سبب فسخ تدلیس باشد یا خیار عیب یا خیار شرط. یک روایت هم در مورد تخلف شرط است:

... سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة حرّة تزوّجت مملوكاً على أنّه حرّ فعلمت بعد أنّه مملوك ... فإن كان دخل بها فلها الصداق «... ۵»

این روایت در مورد تخلف شرط است ولی ما الغای خصوصیت کرده و می‌گوییم این خاصیت فسخ است، یعنی ازدواج صحیح و کامل بوده و دخول صورت گرفته و فسخ

(۱) ح ۱۳، باب ۱۴ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۲، ۳، ۴، ۵، ۶، باب ۱۳ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۲، باب ۱۳ از ابواب عیوب.

(۴) ح ۳، باب ۱۳ از ابواب عیوب.

(۵) ح ۱، باب ۱۱ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۵۰

حاصل شده است، پس باید مهر بدهند چرا که مهر برای نکاح مع الدخول است. در مجموع این پنج روایت برای ما نحن فيه قابل استدلال است.

هذا تمام الکلام فی المسأله التاسع.

از اینجا وارد مسائل تدلیس می شویم که در این باب از مسائل مهم و از جاهایی است که حکمش آسانتر از موضوع است.

[مسأله ۱۰: حکم التدلیس]

اشاره

مسأله ۱۰: لو دلست المرأة نفسها على الرجل في أحد عيوبها الموجبة للخيار و تبين له بعد الدخول فان اختار البقاء فعليه تمام المهر و إن اختار الفسخ لم تستحق المهر (اگر چه دخول حاصل شده، چون تدلیس از ناحیه زوجه بوده است) و إن دفعه إليها استعاده و إن كان المدلس غير الزوجه فالمهر المسمى و إن استقرّ على الزوج بالدخول و استحقت عليه الزوجه إلا أنه بعد ما دفعه إليها يرجع به الى المدلس و يأخذه منه.

عنوان مسأله:

در این مسأله مرحوم امام (ره) حکم تدلیس را مطرح می کنند و موضوع تدلیس در مسائل آینده خواهد آمد.

اقوال:

مسأله از نظر اقوال اجماعی است هم در جایی که زوجه مدلسه باشد و هم در جایی که غیر زوجه مدلس است. مرحوم صاحب ریاض بعد از بیان این مسائل می فرماید:

و لا خلاف فی شیء من ذلك. «۱»

مرحوم صاحب جواهر «۲» هم ادعای لا خلاف می کند، البتّه ایشان باب عیوب را از تدلیس جدا کرده است.

ادله:

۱- اجماع:

همان گونه که گفته شد مسأله اجماعی است.

۲- قاعده غرور:

یعنی المغرور يرجع الى من غره. «غرور» در لغت به معنای فریب و خدعه است. این قاعده یک قاعده عقلائییه است که شارع هم آن

را امضا کرده و عقلاً فریب دهنده را ضامن می‌دانند.

آیا این قاعده همان قاعده تسبیب در باب ضمانات نیست؟

در باب ضمانات قاعده‌ای به نام تسبیب داریم در جایی که سبب اقوای از مباشر باشد، مثلاً شخص بزرگی ظرف مردم را به دست بچه‌ای داده و بچه هم ظرف را بشکند در اینجا مباشر بچه و سبب شخص کبیر است که سبب اقوای از مباشر است و فعل به او نسبت داده می‌شود چون سبب عاقل و مباشر غیر عاقل است پس فعل را به سبب اسناد داده و می‌گویند: کسر هذا الظرف البالغ؛ در باب ضمانات هر کجا سبب اقوای از مباشر باشد فعل به سبب نسبت داده می‌شود و سبب ضامن است.

حال آیا قاعده تسبیب همان قاعده غرور است و ما نحن فیه هم داخل در آن است؟ یعنی فعل را به سبب اسناد می‌دهیم به این معنا که بگوییم هذا الزوج دخل بهذه الزوجه واقعاً و زوج هم مباشر است و گفته نمی‌شود که مدلس سبب دخول است چون زوج دخول کرده منتها او را گول زده‌اند؛ پس در ما نحن فیه فعل به مباشر اسناد داده می‌شود ولی در قاعده تسبیب فعل به سبب اسناد داده می‌شود البته در ما نحن فیه خسارت را از مدلس می‌گیرند، پس این دو قاعده از هم جدا هستند.

۳- روایات:

تمام روایاتی که تاکنون در مورد تدلیس خوانده شده و در تمام ابواب عیوب موجود است شاهد بر مسأله ماست.

[مسأله ۱۱ (موضوع التدلیس)]

اشاره

۱۲۱ مسأله ۱۱ (موضوع التدلیس ... ۱۷/۳/۸۳

در مسأله دهم حکم تدلیس بیان شد ولی این مسأله و چند مسأله بعد در مورد موضوع تدلیس، ارکان، قیود و شروط آن است.

مسأله ۱۱: يتحقق التدلیس بتوصیف المرأة بالصحة (مرئه خودش را توصیف کند یا ولی یا شخص ثالثی فرق نمی‌کند)

عند الزوج (یعنی اگر نزد شخص ثالثی بگوید موجب تدلیس نیست بلکه باید نزد زوج بگوید)

للتزویج (اگر توصیف به صحت کند در جایی که قصد تزویج نیست تدلیس نیست)

بھیث صار ذلك سبباً لغروره و انخداعه (اگر سبب فریب نشود تدلیس نیست)

فلا- يتحقق بالإخبار لا- للتزویج أو لغیر الزوج، و الظاهر تحققه ایضاً بالسکوت عن العیب مع العلم به و خفائه عن الزوج و اعتقاده

بالعدم (ظاهر حال این است که زوجه سالم است ولی عیب مخفی است و زوج هم گمان می‌کند که زوجه سالم

(۱) ج ۷، ص ۱۲۸.

(۲) ج ۳۰، ص ۳۶۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۵۱

است در حالی که طرف مقابل می‌داند که معیوب است که این تدلیس فعلی است).

سؤال: چرا مرحوم امام در این مسأله تدلیس را فقط در مورد عیوب زوجه مطرح می‌کند؟

جواب: چون اثر تدلیس در مورد مهر است که اگر در مورد زوجه باشد زوجه پولش را می‌گیرد و زوج جلوی مدلس را می‌گیرد

ولی اگر زوج تدلیس کرد اثری ندارد چون در این صورت زن خیار فسخ دارد و مهرش را هم می‌گیرد، دیگر رجوع به کسی نمی‌شود.

بنابراین مرحوم امام در این مسأله سراغ تدلیسی رفته‌اند که دارای اثر است (تدلیس زوجه).

نکته: در مقام ثبوت، موضوعات مقدم است بر احکام، چون موضوع کالعه است (علت نیست چون امور اعتباریه علت و معلول ندارد بلکه کالعه است) به عنوان مثال تا شرابی نباشد حرمتی نیست، تا خونی نباشد نجاستی نیست و... اما در مقام اثبات و بیان ادله ابتدا باید سراغ حکم برویم و موضوع را در دلیل حکم پیدا کنیم، مثلاً بینیم شارع در لسان دلیل عنوان تدلیس را آورده یا عنوان خدیعه را، پس ابتدا باید عنوان را در لسان دلیل پیدا کرده، بعد بحث از موضوع کنیم، مرحوم امام در مسأله قبل حکم تدلیس و در این مسأله موضوع آن را بیان می‌کنند.

معنای تدلیس:

تدلیس در لسان ادله آمده و روایات زیادی داریم که کلمه تدلیس در آن آمده است. تدلیس حقیقت شرعیه ندارد بلکه به همان معنای لغوی و عرفی است و دلیلی نداریم که شارع مقدس حقیقت تازه‌ای برای معنای تدلیس قائل شده باشد و لفظ تدلیس را از معنای لغوی به معنای شرعی منتقل کرده باشد.

در متون لغت تدلیس دارای یک معنای اولی و ریشه‌ای و یک معنای ثانوی است، که معنای اولی و ریشه‌ای آن ظلمت است.

قاموس می‌گوید:

الدُّلس و الدُّلسه هو الظلمه.

معنای ثانوی آن عبارتست از کتمان عیب الثلعه من المشتري.

جوهری در صحاح اللغه هم همین را می‌گوید:

التدلیس هو کتمان عیب الثلعه من المشتري.

پس تدلیس کتمان عیب است، کآن کسی که کتمان عیب می‌کند طرف مقابل را در تاریکی قرار می‌دهد و لذا خدعه و نیرنگ را که باعث تاریکی بر طرف مقابل می‌شود، تدلیس می‌گویند.

فقه‌های ما تعبیرات گوناگونی در مورد تدلیس در ما نحن فیه دارند.

شهید ثانی در مسالک می‌فرماید:

التدلیس تفعيل من الدُّلس و هو الظلمه و اصله من المخادعه کأن المدلس لما أتى بالمعيب أو الناقص الى المخدوع و قد کتم علیه عيبه أتا به فی الظلمه.

در ادامه می‌فرماید: تدلیس حتماً در جایی است که صفت کمالی را بگویند که موجود نباشد یا به صورت قضیه شرطیه‌ای بگویند که موجود نباشد، و در انتها می‌فرماید تدلیس به دو چیز حاصل می‌شود: اظهار ما یوجب الکمال أو اخفاء ما یوجب النقص (اخفای به سکوت). «۱»

مرحوم صاحب ریاض می‌فرماید:

يتحقق التدلیس بأحد أمرين فأما السکوت من العيب مع العلم أو دعوى صفة کمال. «۲»

مرحوم محقق در جامع المقاصد می‌فرماید:

و کل موضع لا یكون كذلك (اشاره به کلام قبل دارد یعنی نقصانی در خلقت اصلی نیست) لا يتحقق التدلیس الا إذا وصفه بصفة

کمال فیظهر عدمها کالحرّیة و البکاره. «۳»

ظاهر کلمات این است که اختلاف نظر وجود دارد، ولی وقتی دقت شود این کلمات به یک چیز واحد بر می‌گردد.

شروط تدلیس:

اشاره

در معنای عرفی تدلیس دو چیز شرط است، یعنی تدلیس دارای دو رکن است:

- ۱- مدلس عالم به عیب باشد.
- ۲- اظهار عدم کردن، یعنی بگوید بی عیب است که خود دو صورت دارد یا به لفظ است و یا به سکوت و دلیل این معنای تدلیس تبادر است. به عنوان مثال می‌خواهیم حیوان، خانه یا ماشینی را بفروشیم که ظاهرش سالم است، ولی فروشنده می‌داند که معیوب است مع ذلك مخفی می‌کند و می‌گوید سالم

(۱) ج ۸، ص ۱۴۰-۱۳۹.

(۲) ج ۷، ص ۱۲۴.

(۳) ج ۱۳، ص ۲۵۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۵۲

است، ولی بعد معلوم می‌شود که معیوب است که این تدلیس است و یا این که سکوت می‌کند و از عیوب مخفی چیزی نمی‌گوید؛ نظیر این معنا در زوجیت هم هست.

۱۲۲ ادامه مسأله ۱۱ ... ۱۸/۳/۸۳

جمع بندی:

تدلیس این است که واقعیت را پوشانده و دیگری را اغفال کنند و خسارتی به او بزنند، که این در سه صورت ممکن است نمایان شود:

- ۱- عیبی خفّی است که نه تنها نمی‌گوید بلکه ضد آن را می‌گوید، مثلاً می‌گوید مرثه از جمیع جهات صحیح و سالم است در حالی که عیب خفی دارد و گوینده این سخن از عیب خفی با خبر است.
- ۲- عیب خفی دارد و با سکوت آن را می‌پوشاند.
- ۳- عیبی ندارد، اما صفت کمالی را می‌گوید که ندارد، مثلاً می‌گوید زوجه طیب است ولی نیست، طیب نبودن عیب نیست ولی صفت کمالی را ابراز کرده که در زوجه نیست، که گاهی از این صورت تعبیر به اشتراط می‌شود مثلاً شرط می‌کند به قید حرّیت. هر سه قسم تدلیس است و در این موارد قصد تدلیس شرط نیست، چون این موارد از اموری است که قصد در آن قهری است و قصد همراهش می‌باشد.

روایاتی داشتیم که قسمت مهمی از آن در باب ۳ از ابواب عیوب و قسمت دیگر در ابواب دیگر بود که این اقسام ثلاثه را شامل می‌شود، قاعده غرور «۱» هم شامل این سه مورد می‌شود.

«المغرور یرجع الی من غره» مضمون روایت نیست بلکه مضمون کلمات فقهاست که یک قاعده عقلائیة شرعیة و بر گرفته از

روایاتی است که اسناد متعدّد دارد.

مرحوم صاحب جواهر قاعده غرور (المغرور یرجع الی مَنْ غره) را در نه مورد عنوان کرده است «۲» عبارت جواهر در مورد آخری به صورت روایت است:

بل لعلّ قوله علیه السلام المغرور یرجع الی من غره. «۳»

صاحب جواهر این مورد را به صورت روایت نقل می کند که در پاورقی های جواهر آمده است که به نظر می رسد این روایت نیست و قاعده متّخذ از کلام فقهاست.

در سنن بیهقی هم در یک جا به علی علیه السلام نسبت داده است:

قال الشافعی فی القديم قضی عمر و علی و ابن عباس فی المغرور یرجع بالمهر علی من غره. «۴»

آنچه که برای ما مهمّ است این است که به علی علیه السلام نسبت داده شده است ولی اشکالش این است که در خصوص مهر است.

نتیجه: باز هم نتوانستیم ثابت کنیم که «المغرور یرجع الی من غره» روایتی است که از معصومین علیه السلام نقل شده است.

علاوه بر اینها (اطلاقات و قاعده غرور) دو طایفه روایت داریم

اشاره

که در مورد قسم دوّم و سوّم از این اقسام ثلاثه بحث می کند طایفه ای در مورد سکوت و طایفه ای در مورد شرط کمال.

طایفه اول: روایات سکوت

... عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: في كتاب علي عليه السلام مَنْ زَوْجِ امْرَأَةٍ فِيهَا عَيْبٌ دَلَّسَهُ وَ لَمْ يَبَيِّنْ ذَلِكَ (سکوت کند)

لزوجها فانه يكون لها الصداق بما استحلت من فرجها و يكون الذي ساق الرجل اليها على الذي زوجها و لم يبين. «۵»
... عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن المرأة تلد من الزنا و لا يعلم بذلك أحد الا وليها أ يصلح له أن يزوجه و يسكت على ذلك إذا كان قد رأى منها توبه أو معروفاً؟ فقال: إن لم يذكر ذلك لزوجه ثم علم بعد ذلك فشاء أن يأخذ صداقها من وليها بما دلّس عليه كان ذلك على وليها و كان الصداق الذي أخذت لها لا سبيل عليها فيه بما استحلت من فرجها و إن شاء زوجها أن يمسكها فلا بأس. «۶»

این روایت از این جهت که سکوت تدلیس است، صریح است ولی مشکلی که دارد این است که از عیوب موجب فسخ بنا بر نظر مشهور نیست، ولی کلمه تدلیس در آن به کار رفته است، حتی اگر روایت را مجعول بدانیم، به هر حال یک عرب کلمه تدلیس را در مورد سکوت از عیب به کار برده است، بنابراین روایت اگر دلیل قطعی نشود مؤیدی برای بحث ما خواهد بود که در موارد سکوت، اطلاق تدلیس می شود.

(۱) قواعد الفقهيّه، قاعده ۱۳.

(۲) ج ۲۲، ص ۱۷۹، ص ۲۵۹، ص ۲۶۰، ص ۳۰۴-ج ۲۳، ص ۳۱۷ و ص ۳۱۹-ج ۲۷، ص ۱۶۶ و ص ۱۶۷-ج ۳۷، ص ۱۴۵.

(۳) ج ۳۷، ص ۱۴۵.

(۴) ج ۷، ص ۲۱۹.

(۵) ح ۷، باب ۲ از ابواب عیوب.

(۶) ح ۱، باب ۶ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۵۳

طایفه دوم: شرط صفت کمال

□
... قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر الى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقيل: هي ابنة فلان فأتى أباه فقال: زوّجني ابنتك فرّوجه غيرها فولدت منه فعلم بها بعد أنها غير ابنته و إنّها أمة قال: تردّ الوليدة على مواليتها و الولد للرجل و على الذى زوّجه قيمة ثمن الولد

(چون ولد محصولی از مملوکه او بوده که آزاد شده و به چنگ او نمی آید)

يعطيه موالى الوليدة كما غرّ الرجل و خدعه

(پول را در واقع باید رجل بدهد ولی از مدّلس می گیرند). «۱»

... قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام فى المرأة إذا أتت الى قوم و أخبرتهم أنّها منهم و هى كاذبة و ادّعت أنّها حرّة و تزوّجت إنّها تردّ الى أربابها و يطلب زوجها ماله الذى أصدقها و لا حقّ لها فى عنقه (چون مدّلسه خود زن است) «۲...»

این روایت ثابت می کند که اگر اوصاف کمالی را بگویند که دروغ از کار در بیاید تدلیس است، که این نصف مطلب ماست، اما این که مدّلسی باشد که به آن رجوع کنند در این روایت نیست، چون مدّلس خود زن است و مهر را به او نمی دهند، پس مدّلسی غیر از خود زن نیست، ولی مصداق تدلیس و اخبار به صفت کمالی است که در زن نیست.

۱۲۳ ادامه م ۱۱ و م ۱۲ (من المدّلس ... ۱۹/۳/۸۳)

... عن الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام فى رجل تزوّج امرأة حرّة فوجدها أمة قد دلّست نفسها له قال: إن كان الذى زوّجها آياه من غير مواليتها فالنكاح فاسد قلت: فكيف يصنع بالمهر الذى أخذت منه؟

قال: إن وجد مّمّا أعطها شيئاً فليأخذها و إن لم يجد شيئاً فلا شيء له

(چرا «لا شيء له» بلکه قاعدتاً باید ضامن باشد ولی چون أمة است و در اختیار شخص دیگری است، نمی تواند چیزی به او بدهد)

و إن كان زوّجها آياه و لى لها ارتجع الى وليها بما أخذت منه «... ۳»

این روایت شاهدهی است بر بحث ما و لو يك مصداق خاص است.

جمع بندی:

در تمام موارد سه گانه تدلیس حق این است که خیار وجود دارد و شخص مغرور هم به مدّلس بر می گردد و در هر سه مورد حکم یکسان است.

[مسألة ۱۲: من المدّلس؟]

اشاره

مسأله ۱۲: من یكون تدلیسه موجباً للرجوع علیه بالمهر هو الذی یسند الیه التزوید: من ولیها الشرعی أو العرفی کأبیها و جدّها و أمّها و أخیها الکبیر و عمّها و خالها ممّن لا تصدر الّا عن رأیهم و یقصدون تزویجها و یرجع الیهم فیہ فی العرف و العادّة، و مثلهم علی الظاهر بعض الأجانب ممّن له شدّة علاقه و ارتباط بها بحیث لا تصدر إلّا عن رأیه و یكون هو المرجع فی امورها المهمّة و یرکن الیه فیما یتعلّق بها، بل لا یبعد أن یلحق بمن ذکر من یراود عن الطرفين و یعالج فی ایجاد وسائل الائتلاف فی البین.

عنوان مسأله:

عبارت امام در این مسأله مفصل است و در مورد این است که مدّلس چه کسی است؟ آیا فقط ولیّ مدّلس است؟ هر کسی که باعث و بانی این کار شده می تواند مدّلس باشد.

مرحوم امام در این که مدّلس چه کسی می تواند باشد، چهار گروه را ذکر می کند:

۱- ولیّ شرعی.

۲- ولیّ عرفی مثل برادر بزرگتر و یا عمو و دایی و بزرگترهای فامیل که عرفاً در نبود ولیّ شرعی ولیّ محسوب می شوند.

۳- کسانی که علقه خاصی به این خانواده و فامیل دارند مثل استاد یا همسایه نزدیک.

۴- کسانی که سعی می کنند ازدواجها سر بگیرند، مثل زنهای دلّاله‌ای که برای ازدواج تلاش می کنند و حلقه اتّصالی بین خانواده زوج و زوجه هستند.

اخیراً برخی فراتر رفته‌اند و سایت‌هایی برای این کار راه انداخته‌اند که اگر افراد سالمی باشند و روی موازین کار کنند، و سوء استفاده نشود، کار خوبی است.

حال این اشخاص یا مراکز اگر توصیف کردند و خلاف آن ظاهر شد، اینها هم عنوان مدّلس پیدا می کنند، پس عنوان مدّلس بر هر چهار طایفه صادق است و به طور کلیّ به تعبیر بعضی از فقها هر کس که سبب انبعاث شود، مدّلس است.

در کنار این بحث، بحث دیگری مطرح است که مرحوم امام نفرموده‌اند و آن این که در تدلیس حضور در زمان عقد و خواندن صیغه لازم نیست، بلکه اگر حضور در زمان عقد ندارد ولی

(۱) ح ۱، باب ۷ از ابواب عیوب.

(۲) ح ۲، باب ۷ از ابواب عیوب.

(۳) ح ۱، باب ۶۷، از ابواب نکاح عبید و اماء.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۵۴

محرّک اصلی او بوده است عنوان مدّلس بر او صادق است.

مثلاً اگر دادگاه قیمی تعیین کرد و قیم تدلیس کرد این هم یک ولیّ شرعی قراردادی است و همه اینها به خاطر اتحاد دلیل، مشترک هستند چون دلیل ما قاعده غرور بود و در قاعده غرور لفظ «مَنْ» عام است و فرقی نمی کند که ولیّ شرعی باشد یا عرفی یا مرکز خاصی باشد، هر که باشد به او رجوع می شود، پس دلیل اصلی ما عام است و شامل همه اینها می شود.

اضف الی ذلک در روایات هم چیزهایی است که نشان می دهد حکم عام است که دو قرینه را ذکر می کنیم:

قرینه اول: قیاس منصوص العَلْمَة که ما آن را حجت می‌دانیم (قیاس در دو جا حجت است یکی قیاس اولویت و دیگری قیاس منصوص العَلْمَة است که این دو نوع قیاس چون قطعی است حجت است و ما قیاس ظنی را قبول نداریم) روایت داریم که می‌گوید: «لأنه قد دلّسها» به علت این که تدلیس کرده است یعنی کلّ من دلّس فهو ضامن.

... * عن رفاعه بن موسى ... و أنّما صار عليه المهر لأنه دلّسها «... ۱»

روایت بعد تعبیر لَأَنَّ ندارد ولی وصفی دارد که مشعر به علّیت است:

... * عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: أنّما يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل ... و يُغرم وليها الذي انكحها مثل ما ساق إليها

(«ولّي») را توصیف می‌کند به «الذی أنکحها» یعنی ولی باعث و بانی بوده است پس داخل در عنوان است چون وصفی است که در مقام بیان علّت است). «۲»

قرینه دوم: موضوع بعضی از روایات عام است و اطلاق دارد و کلمه ولی ندارد و عنوان را باعث و بانی نکاح قرار داده که عام است و غیر ولی را هم شامل است:

... * و يكون الذي ساق الرجل اليها على الذي زوجها و لم يبين. «۳»

و اما راجع به این که معیار اجرای صیغه عقد است یا محرک بودن، بدون شک اجرای صیغه عقد و کالتاً یا اصالتاً از سوی مدّلس موضوعیت ندارد و کسی که معرّفی کرده و باعث و بانی شده و لو در موقع عقد هم حضور نداشته باشد نه ولایتاً و نه و کالتاً، بدون اشکال قاعده تدلیس جاری است، لآنکه دلّسها. تا اینجا موارد تدلیس و قاعده تدلیس را شناختیم.

[مسألة ۱۳ (اقسام التدليس)]

اشاره

۱۲۴ مسألة ۱۳ (اقسام التدليس ...). ۲۰ / ۳ / ۸۳

مسألة ۱۳: كما يتحقّق التدليس في العيوب الموجبة للخيار كالجنون و العمى و غيرهما كذلك يتحقّق في مطلق النقص كالعور و نحوه باخفائه، و كذا في صفات الكمال كالشرف و الحسب و النسب و الجمال و البكارة و غيرها بتوصيفها بها مع فقدانها و لا اثر للاول اي التدليس في العيوب الموجبة للخيار الا رجوع الزوج على المدّلس بالمهر كما مرّ و اما الخيار فإنّما هو بسبب نفس وجود العيب و اما الثاني و هو التدليس في سائر انواع النقص و في صفة الكمال فهو موجب للخيار إذا كان عدم النقص أو وجود صفة الكمال مذکورين في العقد بنحو الاشتراط و يلحق به توصيفها به في العقد و إن لم يكن بعبارة الاشتراط كما اذا قال: زوّجتك هذه البكرة أو غير الثيبة بل الظاهر أنّه اذا وصفها بصفة الكمال أو عدم النقص قبل العقد عند الخطبة و المقاوله ثم أوقعه مبنياً على ما ذكر كان بمنزلة الاشتراط فيوجب الخيار و اذا تبين ذلك بعد العقد و الدخول و اختار الفسخ و دفع المهر رجع به على المدّلس.

عنوان مسأله:

این مسأله از جهاتی مهمّ است. امام (ره) در این مسأله می‌فرماید تدلیس بر سه قسم است:

- ۱- گاهی تدلیس در عیوب موجب فسخ است که بحثی ندارد چرا که اگر تدلیس هم نباشد، فسخ هست و فقط تفاوت در گرفتن مهر از مدلس است.
 - ۲- تدلیس در عیوبی که موجب فسخ نیست.
 - ۳- تدلیس در صفات کمال.
- دو قسم اخیر سه حالت دارد و سه گونه ممکن است در عقد بیاورند:
- الف) به صورت قضیه شرطیه می‌آورند.
- ب) به صورت وصفی می‌آورند که دارای مفهوم است مثلاً زوجت هذه الباکرة یا هذه العالمه.
- ج) قبلاً گفتگوهایی کرده‌اند و عقد را عطف بر آن می‌خوانند بی آن که به صورت شرط یا وصف بیاورند، که اینها شروط مبنی علیه العقد است.

- (۱) ح ۲، باب ۲ از ابواب عیوب.
 - (۲) ح ۵، باب ۲ از ابواب عیوب.
 - (۳) ح ۷، باب ۲ از ابواب عیوب.
- کتاب النکاح (مکارم)، ج ۵، ص: ۱۵۵
- هر یک از سه صورت که باشد، خیار شرط می‌آورد و می‌تواند فسخ کند، چون خیار شرط در نکاح هم هست و منحصر به باب معاملات نیست، چرا که «المؤمنون عند شروطهم»، و آن وقت مصداق تدلیس هم می‌شود و می‌تواند مهریه را بگیرد؛ پس ادله تدلیس و ادله المؤمنون عند شروطهم شامل می‌شود.
- اضف الی ذلک؛ روایاتی که در ابواب عیوب خوانده شد تعدادی از آنها مصداق شرط کمال و عیوب غیر منصوصه است که آنها را هم می‌توان دلیل قرار داد.
-
- هذا تمام الکلام فی باب العیوب و قد شرع البحث فی عام الآتی فی باب المهر «إن شاء الله تعالی».
- «پایان»

جلد ششم

فهرست

- مسئله ۱: ما یصح جعله مهرا ۷
- مسئله ۲: لو جعل المهر ما لا یملکه المسلم ۱۸
- مسئله ۳: لا بد من تعیین المهر فی الجملة ۲۷
- مسئله ۴: ذکر المهر لیس شرطاً فی صحه القعد الدائم ۲۹
- مسئله ۵: استحقاق المرأه فی صوره عدم ذکر المهر ۳۲
- مسئله ۶: مهر المثل ۳۹
- مسئله ۷: لو أمهر مهرا فاسدا ۴۳
- مسئله ۸: لو شَرک أباهما فی المهر ۴۵

مسئله ۹: شیربها ۴۷

مسئله ۱۰: التراضی بعد العقد ۴۸

مسئله ۱۱: يجوز أن يجعل المهر حالاً ۵۱

مسئله ۱۲: تفویض المهر ۵۵

مسئله ۱۳: الطلاق قبل الدخول منصف ۵۸

مسئله ۱۴: موت أحد الزوجين ۶۰

مسئله ۱۵: تملك المرأة الصداق ۶۶

مسئله ۱۶: إبراء الزوجة الزوج من المهر ۷۲

مسئله ۱۷: الدخول اعم من القبل و الدبر ۷۵

مسئله ۱۸: الاختلاف في أصل المهر ۸۷

مسئله ۱۹: الاختلاف في مقدار المهر ۸۹

مسئله ۲۰: الاختلاف في التعجيل و التأجيل ۹۰

مسئله ۲۱: الاختلاف في تسليم المهر ۹۲

مسئله ۲۲: الاختلاف في عنوان التسليم ۹۳

مسئله ۲۳: على من المهر في تزويج الصغير ۹۵

مسئله ۲۴: لو دفع الوالد المهر ۹۸

خاتمة في الشروط ۱۰۰

مسئله ۱: الاشتراط في ضمن عقد النكاح ۱۰۰

مسئله ۲: إذا شرط في العقد ما يخالف المشروع ۱۰۴

مسئله ۳: لو شرط أن لا يفتضها ۱۰۹

مسئله ۴: لو شرط أن لا يخرجها من بلدها ۱۱۱

فصل في القسم و النشوز و الشقاق ۱۱۲

حق أول: أن تطيعه و لا تعصيه ۱۱۵

حق دوم: عدم الخروج من منزله بغير إذنه ۱۱۹

حق سوم: إذن الزوج في التصرف ۱۲۴

حقوق زوجه بر زوج ۱۲۶

مسئله ۱: في معنى القسم ۱۲۸

مسئله ۱: في معنى القسم ۱۲۸

مسئله ۲: يختص وجوب المبيت بالدائمة ۱۳۴

مسئله ۳: رفع اليد عن حق المبيت ۱۳۷

مسئله ۴: حق قسم المرأة أول عرسها ۱۴۳

مسئله ۵: مستثنيات القسم ۱۴۵

مسئله ۶: في شروع القسمة ۱۴۵

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۴

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمه حضرت آیه الله العظمی مکارم شیرازی بر کتاب النکاح

بحث‌های مربوط به نکاح و زناشویی همیشه در میان همه اقوام مورد توجه بوده، و پایه اصلی بسیاری از روابط اجتماعی را تشکیل می‌دهد و به همین دلیل در فقه اسلامی جایگاه مهمی دارد.

مخصوصاً در عصر و زمان ما که مسائل مستحدثه فراوانی به سبب دگرگونی‌های روابط اجتماعی و آمیختن ملت‌ها با یکدیگر، و نفوذ تشریفات و امور غیر اخلاقی، در این امر حیاتی پیدا شده، این بحث از اهمیت بیشتری برخوردار شده است.

روی این جهات ما این بحث را در سالهای اخیر به عنوان موضوع درس خارج فقه خود انتخاب کردیم و تا آنجا که ممکن بود به روشن ساختن زوایای این بحث فقهی پرداختیم، و به خصوص مسائل مستحدثه در کنار بحث‌های اصلی و سنتی فقه اسلامی از دیدگاه اهل بیت علیهم السلام با دقت دنبال شد و تا آنجا که امکان داشت برای حل مشکلات مردم، در این مسائل تلاش به عمل آمد و نتیجه آن همین است که امروز به طور فشرده در دسترس شما مخاطبین عزیز قرار دارد.

این جانب به نوبه خود از زحمات حجج اسلام، فضلالی محترم جناب آقای محمد رضا حامدی و آقای مسعود مکارم که در گردآوری و تنظیم و تنقیح بحث‌ها کوشیدند و به صورت آبرومندی آن را عرضه داشتند، تشکر و سپاسگزاری می‌نمایم و مزید توفیقات آنان و خوانندگان محترم را از خداوند بزرگ مسألت دارم و امیدوارم ذخیره یوم المعاد همه ما باشد.

قم حوزه علمیه ناصر مکارم شیرازی دی ماه ۱۳۸۳ - ذی الحجه ۱۴۲۵

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۵

مقدمه

الحمد لله الذي لا يبلغ مدحته القائلون ولا يحصى نعمائه العادون ولا يؤدى حقه المجتهدون ثم الصلاة والسلام على رسوله و امين و حيه سيدنا و نبينا نبي الرحمة و امام الامه حبيب اله العالمين محمد صلى الله عليه و على آله المعصومين الهداء المهديين و لعنة الله على اعدائهم اجمعين الى قيام يوم الدين.

کتاب حاضر ششمین جلد از مجموعه «دروس خارج فقه حضرت آیه الله العظمی مکارم شیرازی (مد ظله العالی)» در بحث نکاح است، که در سال تحصیلی ۸۴-۸۳ تدریس شده که به شکلی نوین در دسترس علاقه‌مندان قرار گرفته است.

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

ویژگی ممتاز درس استاد معظم، دسته‌بندی دقیق مطالب و کیفیت بدیع و دقیق ورود و خروج به مباحث است که در این امر نیز سعی شده است که به همان شیوه مطالب سنگین و مهم علمی با دسته‌بندی و تیترو مناسب و شماره‌گذاری ارائه شود.

از جمله ویژگی‌های این مجموعه که آن را از نظائرش ممتاز می‌کند، این است که به صورت «درسی-فارسی» تنظیم شده که ضمن سهولت دسترسی به مطالب، حال و هوای حضور در درس را دارد؛ علاوه بر این در کنار این مجموعه، DC نرم‌افزاری دروس نیز

آماده شده که به راحتی با استفاده از رایانه قابل دسترسی می‌باشد. امید است توانسته باشیم خدمت کوچکی نسبت به عزیزانی که توفیق شرکت در دروس حضرت استاد را نداشته‌اند، یا به جهت تعمق در مطالب درسی، سخنان استاد را بر روی کاغذ پیاده نکرده‌اند برداشته باشیم.

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

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

اللهم وفقنا لما تحب و ترضی محمد رضا حامدی - مسعود مکارم ۱ ذی‌قعدة ۱۴۲۷ حوزه علمیه قم

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۶

بسم الله الرحمن الرحيم

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۷

[مهر]

اشاره

۱- مسئله ۱ (ما یصح جعله مهرا) ۱۶/۶/۸۳ بحثی که در این سال تحصیلی در ادامه کتاب النکاح داریم، احکام مهر و اولاد است که در عصر و زمان ما دو بحث مهم است، زیرا مسائل مستحدثه و مشکلات زیادی در مورد آن دو وجود دارد. مرحوم امام (ره) در تحریر الوسیله در مورد مهر ۲۴ مسأله دارند که ۱۹ مسأله در احکام و شرایط مهر و پنج مسأله در مورد اختلاف زوج و زوجه است.

[مسائلی در احکام و شرایط مهر]

مسألة ۱: کل ما یملکه المسلم (آیا مسلمان خصوصیتی دارد؟) یصح جعله مهرا

اشاره

عینا کان أو دینا (گاهی خانه موجود را مهر قرار می‌دهد و گاهی به صورت دین بر ذمه زوج است و یا از کسی طلبکار است و آن را مهر قرار می‌دهد) أو منفعة لعین مملوکه من دار أو عقار أو حیوان و یصح جعله من منفعة الحرّ (مثل داستان موسی و شعیب که شعیب دختر خود را در مقابل کار کردن موسی برای او به موسی تزویج کرد) کتعلیم صنعته و نحوه (مثل تعلیم قرآن) من کلّ عمل محلّل بل الظاهر صحّه جعله حقّا مائتیا قابلا للنقل و الانتقال کحقّ التحجیر و نحوه (فرع اول) و لا یتقدّر بقدر بل ما تراضی علیه الزوجان کثیرا کان أو قلیلا (فرع دوم) ما لم یخرج بسبب القلّة عن المائتیه (فرع سوم) نعم یتحبّ فی جانب اکثره أن لا یزید علی مهر السنّه و هو خمس مائه درهم (فرع چهارم).

عنوان مسأله:

اشاره

مرحوم امام در این مسأله در مورد «ما یصح کونه مهرا» صحبت می کند که دارای چهار فرع است:

فرع اول: چه چیزهایی را می توان مهر قرار داد؟

هر چیزی که در ملک انسان در آید می توان آن را مهر قرار داد.

مرحوم امام (ره) تعبیر ملک مسلمان دارد که ظاهراً از جواهر گرفته شده و نیازی به آن نیست، پس تمام چیزهایی که به ملک در آید می تواند مهر باشد که پنج چیز است:

۱- اعیان، ۲- منافع، ۳- دین (آنچه که در ذمه است و وجود خارجی ندارد)، ۴- منافع حرّ (مثل این که موسی مہریّہ دختر شعیب را چند سال کار کردن قرار می دهد)، ۵- حقوق قابل انتقال (مثل حقّ تحجیر).

فرع دوم: مهر اندازه خاص ندارد.

البته این مسأله محلّ خلاف است و اهل سنت مقدار مهر را تعیین کرده اند، و در بین شیعه هم بعضی این کار را کرده اند، ولی مشهور این است که اندازه خاصی از نظر قلت و کثرت ندارد.

فرع سوم: چیزی که مهر قرار داده می شود، باید علاوه بر ملکیت مالیت هم داشته باشد.

فرع چهارم: مستحب است اندازه مهر بیش از مهر السنّه (پانصد درهم) نباشد.

فقهای دیگر مانند محقق ثانی در جامع المقاصد و علامه در قواعد و صاحب جواهر مستقیماً سراغ بحث از مهر رفته اند، اما آیا نباید ابتدا سراغ اصل و جوب مهر رفت؟

۲- ادامه مسئله ۱۷۱ / ۶ / ۸۳

قبل از ورود به بحث از فروع چهارگانه مسأله، چند نکته باید مقدمتاً روشن شود:

نکته اول: چرا مرحوم امام (ره) از ابتدا سراغ جنس مهر و مقدار آن رفته اند

در حالی که بحث از لزوم مهر باید مقدم شود؟

البته مرحوم امام در مسئله چهارم اشاره ای کرده است که ذکر مهر در عقد دائم لازم نیست، ولی بحث در این است که آیا مهر جزء ارکان است؟ و بحث در این نیست که اگر مهر ذکر نشود ممکن است.

ما می گوئیم در عقد دائم و موقت اگر دخول نباشد، در بعضی از صور مهر واجب نیست ولی عند الدخول مهر لازم است، چه ذکر مهر کنند یا نکنند. اگر بگویند مهر المسمی و اگر نگویند مهر المثل لازم است.

این مسأله بقدری واضح بوده که فقها آن را اصلاً مطرح نکرده اند و حکم را مسلم گرفته و سراغ موضوع رفته اند؛ دلیل آن صریح آیه قرآن است که می فرماید:

«وَأَمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ» (۱).

نکاح بدون مهر، هبه است و مطابق آیه، هبه جزء خصائص النبی بوده است و غیر پیامبر نمی‌تواند عقدی به عنوان هبه داشته باشد، حتی اگر زن تصریح کند که «وهبتک و زوّجتک نفسی» باز هم ممکن نیست و عند الدخول مهر دارد، و علاوه بر

(۱). سورة احزاب، آیه ۵۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۸

آیه روایات و اجماع هم دلالت دارد که مهر لازم است.

نتیجه: تسلّم لزوم مهر عند الدخول در عقد دائم، سبب شده است که در اینجا فقها از آن نامی نبرند.

نکته دوم: مهر در قرآن و روایات، اسامی مختلفی دارد.

اشاره

بعضی مانند ابن قدامه در مغنی در ابتدای بحث مهر نه نام برای آن ذکر کرده‌اند. مرحوم صاحب جواهر در باب مهور ده اسم برای مهر ذکر می‌کند، ولی مشهور و معروف پنج اسم است که چهار مورد در قرآن آمده است: «اجور، صدقات، فریضه، نحلّه»، و «مهر» که از همه مشهورتر است و در قرآن نیامده است:

﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾. (۱)

«فریضه» به معنای مهر است و چون مهر واجب است به این نام گفته شده است.

﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾. (۲)

«صدقات» و «صدقات» هر دو صحیح و به معنای مهر است.

«نحلّه» به معنای هدیه است و چون مهر شبیه هدیه است، به این نام نامیده شده است.

﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾. (۳)

آیه در مورد متعه است ولی ماهیت مهر در عقد دائم و موقت فرقی نمی‌کند.

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾. (۴)

این آیه در مورد عقد دائم است که از مهر تعبیر به «اجور» شده است.

«مهر» از الفاظ مشهور است، که در روایات آمده ولی در قرآن نیست.

وجه تسمیه مهر:

ماده مهر به معنای مهارت است، شاید وجود مهریه سبب می‌شود که زوج و زوجه دقت و مهارت بیشتری در انتخاب یکدیگر انجام دهند.

نکته سوم: شهید ثانی در مسالک تعریفی برای مهر ذکر کرده است

که صاحب جواهر هم از قول ایشان نقل می‌کند. مرحوم شهید می‌فرماید که این تعریف از بعضی از اهل تسنن گرفته شده است: هو مال يجب بوطيء غير زنا منها (از ناحیه زوجه) و لا ملك يمين أو بعقد النكاح أو تفويت البضع قهرا (اگر کسی سبب تفویت بضع شود ضامن مهر است) علی بعض الوجوه كإرضاع (مطابق مشهور - که ما نپذیرفتیم - اگر مادر زن، نوه دختری را شیر دهد، دخترش در خانه شوهر حرام می‌شود و چون تفویت بضع کرده باید مهر را بدهد) و رجوع شهود (شهودی شهادت دادند که این

مرد با این زن ازدواج کرده و مهر را از زوج گرفته و به زن دادند، حال اگر شهود از شهادت خود برگردند، چون تفویت بضع کرده‌اند باید مهر را به زوج بدهند). «۵»

و لکنّ الإنصاف، تعریف خوبی نیست. قسم اول (وطی بدون زنا مهر دارد) و قسم دوم که در عقد نکاح می‌دهند خوب است و آن هم مهر است ولی چیزی را که در مقابل تفویت بضع می‌دهند مهر نمی‌گویند، چون آن چه که می‌دهد از باب خسارت و ضمان است نه این که مهر باشد و در واقع خسارت المهر است، بنا بر این تعریف کامل نیست. نتیجه، در واقع مهر آن است که در عقد نکاح ذکر می‌شود و یا در وطی شبهه به گر دن واطی می‌آید و در مقابل بضع است.

[فروع]

فرع اول: چه چیزهایی را می‌توان مهر قرار داد؟

اشاره

همان گونه که گفته شد هر چه که در ملک انسان در آید می‌توان مهر قرار داد مانند اعیان، منافع، دین، منافع حرّ و حقوق قابل انتقال. دلیل این که امور فوق را می‌توان مهر قرار داد چیست؟ اصل اولیه در این مسأله کدام است؟

ادله:

اشاره

عمومات آیات و روایات می‌گوید هر چیزی که مالکیت و مالیت داشته باشد، می‌تواند مهر قرار داده شود.

۱- آیات:

الف) «وَأَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ» «۶»:

بعد از ذکر محرمات نکاح «اموالکم» می‌فرماید که عام است یعنی هم ملک و هم مال باشد و جنس آن فرقی نمی‌کند که عین یا دین و یا منفعت حرّ باشد، پس آیه عام است. ادامه آیه در مورد متعه است و «اجورهنّ» می‌گوید که عام است.

(۱). سورة بقره، آیه ۲۳۶.

(۲). سورة نساء، آیه ۴.

(۳). سورة نساء، آیه ۲۴.

(۴). سورة احزاب، آیه ۵۰.

(۵). مسالک، ج ۸، ص ۱۵۷.

(۶). سورة نساء، آیه ۲۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص ۹:

ب) «وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً» «۱»:

تعبیر «صدقاتهن» عام است و هر چیزی که جنبه هدیه یا صدقه دارد یعنی هر چیزی که مالیت و ملکیت داشته باشد می‌تواند مهر باشد.

۳- ادامه مسئله ۱ / ۱۸۱ / ۶ / ۸۳

۲- روایات:

روایات کثیری داریم که آنها هم اطلاق دارد. روایات دو طایفه است: طایفه اول: هر چه طرفین به آن راضی شوند و تعبیر «قلّ أو کثر» ندارد. طایفه دوم: هر چه طرفین به آن راضی شوند و تعبیر «قلّ أو کثر» دارد. طایفه اول:

... عن أبي الصباح الكناني (صحيحه است) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن المهر ما هو؟ (نمی‌گویند مقدارش چقدر است و سؤال کلی است) قال: ما تراضی علیه الناس (جواب و سببی است و هر چه را که راضی باشند شامل است). «۲» طایفه دوم:

... عن فضيل بن يسار (صحيحه است) عن أبي جعفر عليه السلام قال:

الصداق ما تراضيا عليه (عام است) من قليل أو كثير (خصوص مقدار را می‌گویند) فهذا الصداق. «۳»

... عن الحلبي (صحيحه است) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن المهر فقال: ما تراضی علیه الناس أو اثني عشرة أوقية (چهل درهم) و نش (نصف، یعنی دوازده تا، چهل درهم، به اضافه بیست درهم که جمعا پانصد درهم می‌شود) أو خمس مائة درهم. «۴»

«نش» در لغت دو معنا دارد: یکی به معنای جوشش و معنای دیگر آن نصف است. آیا بین این دو معنا ارتباطی موجود است؟ ممکن است که گفته شود چیزی که می‌جوشد به تدریج کم می‌شود و نصف می‌شود و ممکن است که لفظ مشترک باشد و ارتباطی بین دو معنا نباشد.

در ادامه خواهیم گفت در جایی که به مهر المثل رجوع می‌شود آیا مهر المثل پانصد درهم است یا زنان هم حال این زوجه ملاک است؟

... عن زرارة بن أعين عن أبي جعفر عليه السلام قال: الصداق كل شيء تراضی علیه الناس قلّ أو کثر فی متعه أو تزویج غیر متعه. «۵»

... عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: الصداق ما تراضيا عليه قلّ أو کثر. «۶»

همان حدیث قبل است و فقط ذیل را ندارد.

... عن جميل بن درّاج (صحيحه است) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصداق قال: هو ما تراضی علیه الناس أو اثنتا عشرة أوقية و نش أو خمس مائة درهم و قال: (امام گفته است یا جمیل؟) الأوقية أربعون درهما و النش عشرون درهما. «۷»

۴- ادامه مسئله ۱ / ۲۲ / ۶ / ۸۳ ممکن است کسی در اطلاق این روایات خدشه‌ای وارد کند به این بیان که بگویند روایات طایفه اول خوب است ولی طایفه دوم در مقام بیان مقدار است نه در مقام بیان جنس، چون تعبیر «قلّ أو کثر» در این روایات قرینه است بر این که «ما» در «ما تراضی» به معنای مقدار است یعنی «المقدار الذی تراضی علیه الناس»، پس عمومیت در مقدار است ولی اگر در جنس شک کردیم که آیا مثلا- عمل حر یا حقّ تحجیر می‌تواند مهر واقع شود یا نه، نمی‌توانیم عمومیتی نسبت به جنس از این روایات بفهمیم.

مؤید دیگر برای سلب عموم و انحصار آن به مقدار، این است که این روایات ممکن است ناظر به فتاوی عامه باشد، چون عامه در فتاوی خود اختلاف شدیدی دارند و غالباً در ناحیه اقل مهر حد معینی برای مهر ذکر کرده‌اند. مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف، مسئله ۲ از کتاب صداق این اختلاف را نقل کرده و می‌گوید:

مالک اقل مهر را سه درهم، ابو حنیفه ده درهم، ابن شبرمه پانزده درهم، نخعی چهل درهم و سعید بن جبیر پنجاه درهم می‌دانند، بنا بر این چون این همه اختلاف در اقل مهر وجود دارد، روایات ناظر به بیان اقل و اکثر است نه ناظر به بیان جنس، پس

(۱). سورة نساء، آیه ۴.

(۲). وسائل الشیعه، ج ۱۵، ح ۱، باب ۱ از ابواب مهور.

(۳). ح ۳، باب ۱ از ابواب مهور.

(۴). ح ۴، باب ۱ از ابواب مهور.

(۵). ح ۶، باب ۱ از ابواب مهور.

(۶). ح ۹، باب ۱ از ابواب مهور.

(۷). ح ۱۰، باب ۱ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۰

عمومیت در ناحیه جنس استفاده نمی‌شود، که در این صورت روایات نسبت به جنس از کار می‌افتد و فقط آیات باقی می‌ماند. قلنا: اولاً، همه روایات تعبیر «قلّ أو کثر» ندارد، به عنوان مثال روایت اول که روایت «ابو الصباح» است تعبیر «ما هو» دارد که سؤال از جنس است و «قلّ أو کثر» هم ندارد.

ثانیا، اختلافی که عامه داشتند منحصر به مقدار نیست بلکه در جنس هم اختلاف دارند. مثلاً ابو حنیفه می‌گوید عمل حرّ نمی‌تواند مهر واقع شود- که بحث آن خواهد آمد- پس نمی‌توانیم عمومات را منحصر به مسئله مقدار بدانیم بنا بر این عمومات هم شامل مقدار می‌شود و هم شامل جنس.

جمع بندی: به عنوان پایه اصلی مسأله عموماتی اقامه و یک اصل اساسی تأسیس کردیم که مطابق آن، مقدار هر چه باشد از نظر قلت و کثرت، و جنس هر چه باشد که شامل عین، دین، حقوق، عمل حر و ... می‌شود، می‌تواند مهر واقع شود.

در اینجا هم در جنس و هم در مقدار مخالفینی در بین اصحاب داریم. اولین مخالف مرحوم شیخ طوسی در کتاب نهاییه است. ایشان و جماعتی مخالفت کرده و گفته‌اند که اجاره نفس نمی‌تواند مهر واقع شود (اجاره خانه ممکن است ولی اجاره نفس ممکن نیست) و دلیل آن همان روایتی است که مرحوم محقق در متن شرایع آورده و صاحب جواهر هم بحث کرده است و معتقدند که خالی از ضعف نیست.

روایت از بزنی (احمد بن محمد بن ابی نصر) است و دو سند دارد که در یک سند «سهل بن زیاد» است و این که مرحوم محقق فرموده «لا یخلو عن ضعف» ظاهراً ناظر به این سند است، ولی سند منحصر به این نیست و روایت سند دیگری هم دارد.

* محمد بن یعقوب، عن عدّه من أصحابنا، عن سهل بن زیاد و عن علی بن ابراهیم (استاد کلینی) عن ابيه، جميعاً عن أحمد بن محمد بن أبي نصر (با توجه به این که علی بن ابراهیم و پدرش ابراهیم بن هاشم و بزنی هم ثقة هستند، این سند روایت خوب است) قال:

قلت لأبي الحسن (الرضا) عليه السلام قول شعيب: «إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين علي أن تأجرتي ثمانين حجاج فإن أتممت عسراً فمن عندك» (بزنی در ادامه می‌پرسد) أي الأجلين قضي؟ قال: الوفاء منهما أبعدهما عشر سنين قلت: فدخل بها قبل أن

ینقضی الشرط أو بعد انقضائه قال: قبل أن ینقضی، قلت: فالزجل یتزوج المرأة و یشرط لأیها إجارة شهرین یجوز ذلك؟ فقال: إن موسى قد علم أنه سیتّم له شرطه (موسی می دانست که زنده می ماند و به شرطش عمل می کند، پس شرطش صحیح است و منحصر به موسی است و شما که نمی دانید این کار را نکنید) فکیف لهذا بأن یعلم أنه سیقی حتی یفی و قد کان الرجل علی عهد رسول الله صلی الله علیه و آله یتزوج المرأة علی السورة من القرآن و علی الدرهم و علی القبضه من الحنطة. (۱)

آیا این صدر و ذیل با هم منافات ندارد؟ در جواب این روایت چند اشکال وجود دارد:

اشکال سندی: قابل حل است چون روایت دو طریق دارد.

اشکال دلالی: اشکالات متعددی به روایت وارد شده است:

۱- آیا علم داشتن در مقام اجاره لازم است؟ اگر این گونه باشد اجاره نفس باطل می شود، در حالی که از مسلمات فقه است. در اینجا یک اصل عقلایی به نام «اصالة البقاء» داریم یعنی عقلا وقتی قرار دادی می بندند فرضشان این است که آن قدر زنده می ماند که وفا کنند؛ اگر اصالة البقاء که یک اصل عقلایی است حاکم نباشد تمام معاملات به هم می ریزد و معامله سلف، نسیه، اجاره نفس و شرط ضمن العقد همه باطل می شود.

۲- موسی علیه السلام از کجا می دانست که تا آن زمان زنده می ماند، چرا که هنوز پیامبر نشده بود بلکه بعد از وفا به عهدش و حرکت از نزد شعیب و رسیدن به طور ایمن ندا را شنید و به پیامبری مبعوث شد پس علم غیب قبل از مبعوث شدن محلّ کلام است. ۳- روایت تناقض صدر و ذیل دارد. امام می فرماید در عهد پیامبر صلی الله علیه و آله کسانی بودند که تعلیم یک سوره را مهر قرار می دادند که ممکن است یک سوره کوتاه یا یک سوره طولانی باشد و چه بسا مدت طولانی طول بکشد تا زن سوره را بیاموزد و از کجا می دانستند که تا آن زمان زنده می ماند تا سوره را تعلیم دهند.

بنا بر این روایت دارای اشکالات متعددی است و لعلّ این روایت به نظر صاحب جواهر ناظر به کراهت باشد، ولی ما می گوئیم ناظر به تقیه است و شاید امام به عنوان تقیه این را فرموده است و صدر و ذیل را هم متناقض فرموده تا شنونده بفهمد که تقیه است، پس این دلیل کافی نیست.

در آیه شریفه اشکالات دیگری هم هست:

۱- مهر را نمی توان برای پدر زن قرار داد که آیه می فرماید:

«عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي تَمَانِي حَجَجٍ».

جواب: در گذشته هر چه پدرها می گفتند دخترها

(۱). ح ۱، باب ۲۲ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۱

می پذیرفتند و الآن هم در خانواده های سنتی پدر و مادر حرف اول را می زنند پس به خاطر رضایت دختر بوده است.

۲- در زوجه و مهر تردید است، چون در مورد زوجه آیه می گوید: «إِخْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ» و در مورد مهر می گوید «أَيَّمَا الْمَاجِلَيْنِ قَضَيْتُ».

جواب: این که «إِخْدَى ابْنَتِي» می گوید این است که در مقام صیغه ازدواج نبوده بلکه پیشنهاد ازدواج است و اما تردید در مهر هم به این جهت است که وقتی بین اقل و اکثر واقع شد، اقل مهر واقعی و اکثر بخشش است و مستحب، و لذا در اصول وقتی تخیر بین اقل و اکثر بود می گوئیم که اقل واجب و اکثر مستحب است.

سؤال: آیا عمل حرّ می‌تواند مهر واقع شود؟

اشاره

دلیلی بر منع نداریم و عموماً می‌گویند که در مورد مهر در کتاب الله و سنت وارد شده، شامل عمل حرّ هم می‌شود بنا بر این همان کاری که موسی در مقابل دختر شعیب انجام داد دیگران هم می‌توانند انجام دهند.

علاوه بر این روایات خاصّه هم داریم که عمل حرّ مهر واقع شده است که بعضی از روایات در منابع ما و بعضی دیگر، هم در منابع ما و هم در منابع اهل سنت آمده است. اسناد بعضی از این روایات قابل خدشه است که ضعف سند با عمل مشهور جبران می‌شود.

... عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: زوجني فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: من لهذه؟ فقال رجل فقال: أنا يا رسول الله زوجنيها فقال: ما تعطيها؟ فقال: ما لي شيء قال:

لا فأعادت فعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام فلم يقرم أحد غير الرجل ثم أعادت فقال رسول الله صلى الله عليه وآله في المرة الثالثة أ تحسن من القرآن شيئاً؟

قال: نعم قال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه. «۱»

تعلیم قرآن مصداق عمل حرّ است که پیامبر صلی الله علیه و آله آن را مهر قرار دادند.

... عن يزيد العجلي، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة على أن يعلمها سورة من كتاب الله فقال: ما أحب أن يدخل حتى يعلمها السورة و يعطيها شيئاً «... ۲»

آیا از این روایت خلاف مقصود استفاده نمی‌شود؟ این که امام چیز دیگری را هم به تعلیم قرآن ضمیمه می‌کند، آیا دلیل بر این نیست که عمل حرّ نمی‌تواند به تنهایی مهر باشد؟

خیر، چرا که تعبیر «ما أحب» دلیل بر کراهت و نشانه جواز است، پس این روایت هم در صورت دقت شاهد بر بحث ماست.

روایت دیگر همان مضمون روایت اول است که در منابع ما «۳» و در منابع اهل سنت «۴» آمده است.

بنا بر این روایات متعدّد است که عمل حرّ می‌تواند مهر واقع شود، و جای تردید و بحث ندارد.

بعضی مثل ابو حنیفه گفته‌اند که عمل حرّ نمی‌تواند مهر باشد چون مالیت ندارد، اگر عبد بود منافع او مالیت داشت چون خودش مال است، ولی حرّ چون خودش مال نیست، منافعتش هم مالیت ندارد، پس نمی‌تواند مهر واقع شود.

مرحوم شیخ طوسی هم معتقد است که عمل حرّ نمی‌تواند مهر باشد، ولی دلیل ایشان روایت است و مطابق روایت این گونه مهر مخصوص حضرت موسی علیه السلام بوده است، چون او به علم پیامبری عالم بود که می‌ماند و کار می‌کند، ولی در دیگران چنین علمی نیست.

جواب:

جواب شیخ طوسی را قبلاً بیان کردیم و در جواب ابو حنیفه می‌گوییم که عمل حرّ اگر مالیت نداشته باشد، تمام قراردادهای اجاره نفس و فعل حرّ باطل است، در حالی که این خلاف سیره عقلاست، پس مال است و تعریف مال (المال ما يبذل بازائه المال) بر آن صادق است، و مردم در مقابل عمل حرّ مال می‌دهند، منتهی در واقع عمل در ذمه است همان طور که در بیع اعیان، ثمن (بیع نسبه) یا مثنی (بیع سلف) در ذمه است (کلی در ذمه)، پس همان گونه که کلی در ذمه در اعیان مالیت دارد، عمل حرّ هم در ذمه است و ذمه مشغول است و اشکالی ندارد، ممکن است کسی گندمی نداشته باشد ولی هزار خروار گندم در ذمه را بفروشد، بنا بر این همان طور که مال در ذمه قرار می‌گیرد عمل هم در ذمه قرار می‌گیرد و متعهد می‌شود که عملی را انجام بدهد، پس وسوسه ابو حنیفه

اشتباه محض و بر خلاف فتوای خودش در باب اجاره است که اجاره حَر را اجازه می‌دهد

(۱). ح ۱، باب ۲ از ابواب مهور.

(۲). ح ۲، باب ۷ از ابواب مهور.

(۳). مستدرک الوسائل، ج ۱۵، ح ۲، باب ۲ از ابواب مهور.

(۴). سنن بیهقی، ج ۷، ص ۲۴۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۲

و بر خلاف سیره عقلا و اجماع است.

نتیجه: ما هیچ مشکلی از ناحیه عمل حَر نداریم، پس اجناس مهر حدّ و مرز معینی ندارد و هر چیزی که مالیت دارد می‌توان آن را مهر قرار داد.

فرع دوم: اندازه مهر از نظر قلت و کثرت

اشاره

مشهور و معروف این است که از نظر قلت و کثرت مهر نامحدود است. بله اسلام به قلت مهر تشویق کرده ولی کثرت را حرام نکرده است و شاهد آن اطلاق روایات است که می‌فرمود «ما تراضی علیه الناس قلّ أو کثر»، آیات قرآن هم اطلاق دارد و حتی یک آیه تصریح دارد و می‌فرماید:

«وَآتَيْتُمْ إِخْدَاهُنَّ قِنْطَارًا» (۱) که ظاهر آیه این است که مهریه‌اش قنطار باشد. در تفسیر قنطار بین مفسرین اختلاف است.

۶- ادامه مسئله ۱ ۲۵/۶/۸۳ مرحوم شهید ثانی در مسالک کلام سید مرتضی را از انتصار چنین نقل می‌کند:

فإنّه ذهب فی الانتصار إلى أنّه لا يجوز تجاوز مهر السنّة و هو خمس مائة درهم قدرها خمسون دینارا فمن زاد علیه ردّ إليه و نسب هذا القول إلى ظاهر ابن الجنید و لیس كذلك ... و احتج السید المرتضی علی مذهبه بإجماع الطائفة و هو عجیب فإنّه لا یعلم له موافق فضلا عن أن یكون ممّا یدعی فیہ الإجماع. (۲)

«قنطار» از ماده قنطره به معنای پل است و از آنجا که پل بزرگ است مال عظیم را هم قنطار می‌گویند. بعضی به همین معنا قناعت کرده‌اند، ولی بعضی برای آن اندازه معین کرده‌اند، به عنوان مثال «ملیء مسک ثور ذهباً» (به اندازه پوست گاو)، و بعضی آن را هشتاد هزار درهم دانسته‌اند. مرحوم طبرسی در دو جا قنطار را مطرح می‌کند یکی در ذیل این آیه و دیگری در اوایل سوره آل عمران «وَ الْقِنْطَارِ الْمَقْنَطَرَةُ» (۳).

معنای دیگر قنطار به اندازه دیه انسان است و بعضی دیگر هزار و دویست أوقیه (۴) یعنی چهل و هشت هزار درهم گفته‌اند و بعضی هزار و دویست مثقال طلا و یا هزار دینار گفته‌اند.

پس این آیه هم دلیل بر این می‌شود که از نظر کثرت اندازه‌ای ندارد؛ ولی مرحوم سید مرتضی مخالفت کرده و فرموده است که بیش از مهر السنّة جایز نیست و اگر مهر را بیش از آن قرار دهند به مهر السنّة برمی‌گردد و ادعای اجماع می‌کند، در حالی که قائل هم ندارد.

کلام سید مرتضی در انتصار در مسئله ۱۶۴ چنین است:

و ممّا انفردت به الامامیه أنّه لا یتجاوز بالمهر خمس مائة درهم جیادا (سالم) قیمتها خمسون دینارا فما زاد علی ذلک ردّ الی هذه السنّة و باقی الفقهاء یخالفون فی ذلک و الحجّه بعد اجماع الطائفة «... ۵»

دلیل دیگر سید علاوه بر اجماع این است که مهر السنّه قدر متیقّن، و زاید بر آن مشکوک است و اصل در اینجا فساد است (اصل در معاملات فساد است).

أضف إلى ذلك، یک روایت هم داریم که همان روایت «مفضّل بن عمر» است که می‌گوید نباید از مهر السنّه تجاوز کرد که مجموعاً سه دلیل است:

- ۱- اجماع.
- ۲- قدر متیقّن.
- ۳- روایت مفضّل بن عمر.
- ۷- ادامه مسئله ۱ / ۲۸ / ۶ / ۸۳

بررسی ادلّه سید مرتضی:

اشاره

سه دلیل برای قول سید مرتضی ذکر شده است که دو دلیل را خودشان بیان کرده‌اند:

۱- اجماع:

اشاره

با این که مرحوم سید در این قول تنهاست ولی ادّعی اجماع می‌کند که وجه آن بیان خواهد شد.

جواب از دلیل:

تکلیف اجماع معلوم است، چون اگر اجماع بر خلاف نباشد اجماع بر وفاق نیست و سید ظاهراً تنهاست. چرا سید به این محکمی ادّعی اجماع می‌کند؟

شاید از قبیل اجماع بر قاعده باشد، شبیه مطلبی که مرحوم شیخ انصاری در رسائل در باب اجماع منقول دارد: اجماع بر قاعده به این معنا است که کبری، یک قاعده مسلّم است ولی صغری را شخص مدّعی درست کرده و چون کبری

(۱). سورة نساء، آیه ۲۰.

(۲). مسالک، ج ۸، ص ۱۶۶-۱۶۸.

(۳). سورة آل عمران، آیه ۱۴.

(۴). یک «أوقیه» چهل «درهم» است.

(۵). انتصار، ص ۲۹۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۳

مسلّم بوده روی نتیجه ادّعی اجماع می‌کند، در حالی که فقط کبری مسلّم و اجماعی بوده است.

تصوّر ما این است که چون دلیل دوم (اصالّه الفساد در معاملات) مرحوم سید یک قاعده مسلّم و اجماعی است، ایشان این قاعده اجماعی را گرفته و مصداق آن را هم خودشان درست کرده‌اند (دلیل بر زاید بر مهر السنّه نداریم) و نتیجه گرفته است که زاید بر

مهر السنّه باطل است و ادّعی اجماع کرده است.
صغری از نظر ما باطل است پس اجماع سید درست نیست.

۲- اخذ به قدر متیقّن:

اشاره

قدر متیقّن مهر السنّه است و اصل فساد مهریه زاید است (اصل در باب معاملات فساد است) پس هر چه بیش از مهر السنّه باشد به حکم اصالة الفساد فاسد است.

جواب از دلیل:

اصالة الفساد در موارد شک است و زاید بر مهر السنّه مشکوک نیست، چون هم قرآن (وَ آتَيْتُمْ إِخْدَاهُنَّ قِنطَارًا) و هم روایات متعدده صحیحه دلالت بر این داشت که زاید بر مهر السنّه جایز است (ما تراضی علیه الناس قلّ أو کثر) و جای شک نیست. حال وقتی شک نداشتیم صغری نداشتیم تا کبرای مسلم را در آن جاری کنیم، پس این دلیل هم باطل است.

۳- روایت مفضل بن عمر:

اشاره

* و باسناده (شیخ طوسی) عن محمد بن أحمد بن یحیی (ثقه) عن محمد بن الحسین (ظاهراً ثقه است) عن محمد بن سنان (محلّ بحث است) عن المفضل بن عمر (محلّ بحث است) قال: دخلت علی ابي عبد الله علیه السلام فقلت له: أخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمنين أن يجوزوه (تجاوز کنند) قال: فقال: السنّة المحمّديّة صلی الله علیه و آله خمس مائة درهم فمن زاد علی ذلك ردّ إلى السّنة و لا شیء علیه أكثر من الخمس مائة درهم (تا اینجا مطابق نظر سید مرتضی است ولی از اینجا به بعد حکم دیگری را بیان می کند که کسی با آن موافقت نکرده است و آن این که اگر یک درهم از مهر را داد و بعد دخول حاصل شد بقیّه مهر از بین می رود) فإن أعطاه من الخمس مائة درهم درهما أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شیء علیه (زوج) قال:

قلت: فإن طلقها بعد ما دخل بها قال: لا شیء لها إنّما كان شرطها خمس مائة درهم فلمّا أن دخل بها قبل أن تستوفی صداقها هدم الصداق فلا شیء لها إنّما لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها فإذا طلبت بعد ذلك (دخول) فی حياة منه أو بعد موته فلا شیء لها. «۱»

جواب از دلیل:

این روایت از نظر سند و هم دلالت اشکال دارد.

از نظر سند: مرحوم شهید ثانی که از نقّادان اسناد است می فرماید این سند در دو جا مشکل دارد که یکی «مفضل بن عمر» و دیگری «محمد بن سنان».

أضف إلى ذلك، به فرض که سند روایت صحیح باشد ولی معرض عنهای اصحاب است، پس سند از دو جهت (هم از نظر رجال و هم از نظر اعراض مشهور از آن) قابل اشکال است.

از نظر دلالت: صدر روایت خوب است و دلالت دارد ولی ذیل حدیث فتوایی است که کسی به آن قائل نیست، چون اگر این حرف درست باشد تمام مهرهایی که در محیط ما مرسوم است باطل می شود، چرا که چیزی از مهر را جلوتر نمی دهند، پس ذیل روایت

قابل عمل نیست.

إن قلت: ما راه تقطیع را پیش می گیریم و به صدر روایت عمل می کنیم کما این که قدما در بعضی از موارد چنین کرده و قسمتی را که قابل عمل است اخذ کرده اند.

قلنا: مهمترین دلیل بر حجیت خبر واحد بنای عقلاست، عقلا به خبر ثقه اعتماد می کنند، اگر خبری به دست آنها برسد که نصف آن قابل اعتماد باشد به آن اعتماد نمی کنند و لذا تقطیع برای ما مشکل است و نمی توانیم از بعضی از بزرگانی که تقطیع را گفته اند تقلید کنیم.

پس دلالت روایت هم، به خاطر ذیل نامانوس و نامطلوب آن زیر سؤال رفت.

نکته: سید مرتضی از کسانی است که قائل به عدم حجیت خبر واحد است، حال با این وجود چگونه به این روایت عمل می کند؟! سلّمنا؛ که این روایت از نظر دلالت و سند قابل خدشه نباشد، آیا می تواند مقابل آیه قرآن و روایات متعددی که مشهور به آن عمل کرده اند، ایستادگی کند؟ با این وجود چگونه می توان به این روایت عمل کرد؟ فتلخص من جمیع ذلک؛ ما هیچ دلیلی نداریم که زاید بر مهر السنّه جایز نباشد.

فرع سوم: مالیت مهر

مرحوم امام در مورد فرع سوم می فرماید:

ما لم یخرج بسبب القلّة عن المالیّة.

یعنی چیزی که مهر قرار داده می شود، علاوه بر ملکیت باید

(۱). ح ۱۴، باب ۸ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۴

مالیت هم داشته باشد، به عنوان مثال یک استکان آب و یا یک عدد گندم اگر چه ملکیت دارد ولی مالیت ندارد و نمی توان آن را مهر قرار داد.

۸- ادامه مسئله ۱ ۳۰/۶/۸۳

فرع چهارم: مستحب است بیش از مهر السنّه نباشد

اشاره

مرحوم امام در این فرع می فرماید:

نعم یتحب فی جانب اکثره أن لا یزید علی مهر السنّه و هو خمس مائه درهم.

اگر چه زاید بر مهر السنّه را اجازه دادیم ولی مستحب است بیش از مهر السنّه نباشد. اصحاب در اینجا سه بحث دارند:

۱- تقلیل مهر مستحب است.

۲- بیش از مهر السنّه نباشد.

۳- مقدار مهر السنّه.

این بحثها باید جداگانه بحث شود.

استحباب تقلیل مهر:

اشاره

بحث اول را مرحوم امام متعرض نشده‌اند و آن را در بحث دوم ادغام کرده‌اند؛ این بحث در کلمات اصحاب آمده و اجماعی است. مرحوم محقق در شرایع و علامه در قواعد می‌فرمایند:

یستحب تقلیل المهر. «۱»

مرحوم شهید ثانی در مسالک می‌فرماید:

لا خلاف فی استحباب تقلیل المهر و أن لا يتجاوز مهر السنّة الذی تزوّج به النبی صلی الله علیه و آله نساءه و زوج به بناته. «۲»
از قرار معلوم در قسمت اول اختلافی نیست.

ادله:

۱- اجماع:

همان گونه که گفته شد مخالفی در مسأله وجود ندارد.

۲- دلیل عقلی:

اگر مهر سنگین شود، رغبت جوانان به ازدواج کم می‌شود و این امر باعث کثرت مفاسد است، به همین جهت عقل می‌گوید مهر کم، هزینه‌های ازدواج سبک و تشریفات محذوف، تا جوانان به سهولت بتوانند ازدواج کنند و گناه کم شود.

۳- روایات:

روایات متعددی در باب پنج داریم که سند بعضی از روایات ضعیف است ولی چون متعدد و معمول بهاست ضعف سند جبران می‌شود:

* عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: من بركة المرأة خفة مئونها و تيسير ولادتها و من شومها شدة مئونها و تعسير ولادتها. «۳»

در اینجا مهر مطرح نیست بلکه تعبیر به «مئونه» است که مفهوم عامی دارد و یکی از مهمترین مؤونه‌های زن مهر اوست، خفت مؤونه اختیاری است ولی تیسیر ولادت اختیاری نیست.

این روایت از یک نظر خوب است که تمام هزینه‌ها را شامل می‌شود و از یک نظر هم تصریح به مهر نکرده است.

... عن خالد بن نجیح (سند ممکن است مشکل داشته باشد) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: تذاكروا الشوم عند أبي فقال: الشوم في ثلاث في المرأة و الدایة و الدار فأمّا شوم المرأة فكثره مهرها و عقم رحمها (دوتای دیگر را در اینجا ذکر نکرده‌اند که مرکب شوم، مرکب چموش است و دار شوم، خانه‌ای است که همسایه بد داشته باشد). «۴»

* و باسناده عن اسماعیل بن مسلم، عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله: افضل نساء أمتی أصبحهنّ وجها و أقلهنّ مهرا. «۵»

آیا منظور پیامبر صلی الله علیه و آله این است که مسئله جمال و زیبایی از صفات مهم است یا نکته دیگری است؟

تصوّر ما این است که زنان با جمال مهر بیشتری دارند، حال اگر زنی در عین این که با جمال است مهرش کم باشد، این مهم است

ولی اگر زن بی جمال مهرش کم باشد خیلی مهم نیست.

* محمد بن علی بن الحسین قال: روی أنّ من برکة المرأة قلّة مهرها و من شومها کثرة مهرها. «۶»

کأنّ این حدیث هم برگرفته از احادیث سابق است که صدوق تعبیر «روی» دارد.

* الحسن الطبرسی فی مکارم الأخلاق نقلا من کتاب نوادر الحکمة عن علی علیه السّلام (مرسله است) قال: لا تغالوا بمهور النساء

فتکون عداوة. «۷»

(۱). شرایع، ج ۳، ص ۵۴۷.

(۲). مسالک، ج ۸، ص ۱۹۹.

(۳). ح ۳، باب ۵ از ابواب مهور.

(۴). ح ۱، باب ۵ از ابواب مهور.

(۵). ح ۹، باب ۵ از ابواب مهور.

(۶). ح ۸، باب ۵ از ابواب مهور.

(۷). ح ۱۲، باب ۵ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۵

ممکن است جوانی خواستگار دختری باشد و با سخت گیری در مهر مواجه شود و بالاجبار موافقت کند ولی در نزد خود کینه به دل می گیرد تا تلافی کند که گاهی ناخود آگاه است.

* عنه صلّى الله عليه و آله قال: إنّ من أعظم النساء برکةً أيسرهنّ صداقا. «۱»

أضف إلى ذلك؛ روایات متعددی که در این باب و ابواب دیگر آمده و سخن از قلّت مهر حضرت فاطمه زهرا علیها السلام دارد که خیلی سبک بوده و مهر هم صرف جهیزیه شد. این روایات که قلّت مهر و خفّت و سبک بودن جهیزیه را بیان می کند به دلالت التزامی تشویق به قلّت مهر است که از آن استحباب استفاده می شود.

أضف إلى ذلك؛ عمل پیامبر در تقلیل مهر نساء خودش و دخترانش دلیل بر استحباب است و این که از نظر شریعت مقدّس اسلام، قلّت مهر، امر مطلوبی است.

بقی هنا أمور:

الأمر الأول: آیا استحباب قلّت مهر مخصوص عروس و خانواده عروس است

و یا برای داماد هم مستحب است؟

گاهی عروس و اطرافیان عروس مهر را سبک در نظر می گیرند ولی داماد می گوید که زیاد باشد، آیا این استحباب تقلیل شامل حال زوج هم می شود؟ ظاهر بعضی از کلمات عمومیت است، از جمله ظاهر کلام مرحوم محقق که می فرماید «یستحبّ تقلیل المهر» که شمول دارد و زوجه و زوج را شامل است. مرحوم علامه هم در قواعد همین تعبیر را دارد که ظاهرش عام است، ولی بعضی مثل مرحوم صاحب جواهر و مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد و مرحوم شهید ثانی در مسالک می خواهند از ادله استظهار کنند که این حکم مخصوص مرثه و ولی مرثه است که شاید علتش انصراف است، یعنی روایات انصراف دارد، چون کثرت را اطرافیان مرثه می گویند و این که زوج طرفدار کثرت باشد فرد نادری است، پس تکثیر مهر از ناحیه زوجه فرد غالب است و روایات هم ناظر به فرد غالب است و شامل فرد نادر نمی شود.

حال آیا واقعا این گونه است، یا نه مفاصدی که در کثرت مهر است شامل زوج هم می‌شود؟ وقتی شوهران طرفدار مهر سنگین باشند، باعث می‌شود که دیگران نتوانند و موجب فساد است. روایت هم «شوم المرأة» می‌فرمود و فرق نمی‌کند که کثرت، از ناحیه زوج باشد یا زوجه، پس این انصراف، انصراف بدوی است (انصرافی که با تأمل زایل می‌شود) بنا بر این ما هم مانند مرحوم محقق و علامه قائل به عمومیت می‌شویم.

الأمر الثاني: آیا این حکم مربوط به مهریه نقد و حاضر است

که در زمان‌های گذشته معمول بوده یا مهریه نسیه را هم شامل می‌شود؟ آیا مفاصدی که از مغالات در مهر حاصل می‌شود شامل مهر نسیه هم می‌شود؟
در بدو نظر به نظر می‌رسد که برای زمانی است که مهر حاضر است، چون جوانان نمی‌توانند آن را پرداخت کنند، پس انصراف به مهر حاضر دارد، زیرا در آن زمان‌ها مهر حاضر بود.
و لکن الإنصاف؛ این انصراف هم بدوی است به خصوص اگر مهر غایب مطالب باشد.
مهر دو گونه نوشته می‌شود: گاهی نوشته می‌شود عند المطالبه و گاهی نوشته می‌شود عند القدرة و الاستطاعه که امروزه کمتر این چنین نوشته می‌شود، چون منشأ نزاع است.
این مفاصد منحصر به مهر حاضر نیست، بلکه در مهر غایب هم - به خصوص اگر عند المطالبه باشد - این مفاصد وجود دارد.
۹- ادامه مسئله ۱ ۳۱/۶/۸۳

الأمر الثالث: در بسیاری از موارد کثرت مهر دلیل بر عدم قصد جدی است،

به عنوان مثال آلاف و الوف را مهر قرار داده است، و معلوم می‌شود که قصد جدی ندارد، وقتی به او گفته می‌شود که چرا این اندازه مهر قرار داده‌ای می‌گوید چه کسی مهر را داده و چه کسی آن را گرفته؟! معنایش این است که خیلی جدی نیست.
اگر واقعا فزونی مهر نشانه عدم قصد جدی باشد در چنین مواردی مهر باطل و به مهر المثل منتقل می‌شود. حال با این بیان می‌توان در زمان ما مهرهای سنگین را ابطال کرده و منتقل به مهر المثل نمود و مشروط بودن رضایت زوجه به آن مهر سنگین موجب بطلان عقد نمی‌شود، چون معتقدیم که شرط فاسد، مفسد عقد نمی‌باشد و عقد مستقل و مهر هم مستقل است، پس تقیید عقد به رضایت در اینجا مشکلی ایجاد نمی‌کند.

الأمر الرابع: اگر قصد جدی هست ولی عدد، عدد سنگینی است

(مثلا می‌گوید دوازده هزار سکه)، نشان می‌دهد که زوج در

(۱). سنن بیهقی، ج ۷، ص ۲۳۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۶

مسائل مالی رشد کافی ندارد، در این صورت باز مهر، فاسد و باطل است و به مهر المثل منتقل می‌شود.

الأمر الخامس: گاهی مهر حال و نقد را در ذمه قرار می‌دهند

و می‌گویند عند المطالبه باید پردازد و مؤجل نیست. در این صورت گاهی زوج امکاناتی دارد (مثلا پدر پولداری دارد که حامی

اوست) در این صورت اگر زوجه مهر را مطالبه کند و بگوید تا مهر را ندهی به خانه‌ات نمی‌آیم، باید مهر را بدهد، اما اگر کسی باشد که قراین حال گواهی می‌دهد که ذکر عند المطالبه در متن عقد در مورد او جدی نیست. (مثلا دانشجویی است که پولی ندارد) در این صورت مهر جدی است، اما عند المطالبه جدی نیست چون شخصی که یک سکه هم ندارد، دوپست سکه مطالب را به عنوان مهر قرار داده است در این موارد نمی‌توانند بگویند تا مهر را ندهی زوجه به خانه‌ات نمی‌آید.

این مسأله در زمان ما منشأ بسیاری از مشکلات شده است؛ عده‌ای از زوجه‌ها به جهت عدم اعتماد به زوج این کار را می‌کنند و بعضی از زوجه‌ها هم می‌خواهند با آن تجارت کنند، به این عنوان که در باغ سبزی نشان می‌دهند و مثلا صد سکه طلا مهر قرار می‌دهند و بعد از عقد و قبل از عروسی مطالبه مهر می‌کنند و زوج را تا پای زندان می‌برند؛ و این که ما می‌گوییم مهر باید میسر باشد، دیگر این مشکلات پیش نمی‌آید، اگر چه عند المطالبه نوشته شده باشد، چرا که قراین حالیه نشان می‌دهد که ذکر آن جدی نیست.

ما معتقدیم که در این موارد:

اولاً، قرینه بر عدم جد وجود دارد.

ثانیا، باید ادعای اعسار این افراد را بپذیریم، نه این که ابتدا به زندان برود تا ثابت شود معسر است، چون ممکن است چند ماه طول بکشد و آبروی افراد برود.

ادعای اعسار این روزها برای جوانان خیلی ساده است، وقتی دانشجو یا طلبه است معلوم است که چیزی ندارد و مهر تقسیط می‌شود و وقتی زوج قسط اول را پرداخت، زوجه باید تمکین کند که در این صورت بسیاری از دعوای حل می‌شود و بی‌خود و بی‌جهت پرونده‌ها ساخته نمی‌شود و زندان‌ها هم پر نمی‌شود.

الأمر السادس: گاهی قلت مهر هم سبب مشکلاتی شده و ارکان خانواده متزلزل می‌شود، مثلا مهریه زن را یک سکه و یا یک جلد قرآن قرار می‌دهند و گاهی سبب می‌شود جوان هوس باز پس از چند روز این زن را نمی‌پسندد و به او می‌گوید بیا مهرت را بگیر و به خانه پدرت برو، که این امر باعث تزلزل ارکان خانواده، زواج و نکاح است، آیا در اینجا هم تقلیل مهر خوب است؟ آیا باید بین موارد تفصیل دهیم؟ به این معنا که بگوییم در جایی که اشخاص مؤمن، متدین و شناخته شده هستند، مانعی ندارد که مهر کم باشد ولی در مورد جوانهایی که اطمینان نداریم که فردا چه می‌کنند، محکم کاری کنیم تا مجبور شود کوتاه بیاید و یا این که بینابین را بگیریم، یعنی نه مهر السنه که پانصد درهم باشد و نه آلف و الوف، بلکه یک مقدار معقولی را مهر قرار دهیم.

ما هم به افراد توصیه می‌کنیم چون وسوسه‌های طلاق و توقعات زوج و زوجه از هم زیاد است، باید سنگ نسبتا سنگینی به پای آنها ببندیم تا نتوانند از خانه و زندگی فرار کنند.

پس به هر حال می‌توانیم استثنایی به حکم شرعی بزنیم و بگوییم نسبت به اشخاص و یا جوامع مختلف مقدار مهر تفاوت می‌کند، اگر جایی اطمینان کافی نبود و خوف متلاشی شدن خانواده بآی شیء یسیر بود، مانعی ندارد که مهر نیمه سنگینی را برای او در نظر بگیریم تا ازدواج آنها به سادگی منجر به طلاق نگردد.

اینها مسائلی است که فقیه باید در نظر بگیرد و نمی‌توان در همه موارد یکسان حکم کرده و گفت باید مهر به اندازه مهر حضرت زهرا علیها السلام باشد که در این صورت ظلم به زوجه است، و دلیل آن انصراف ادله به جایی دیگر است، چرا که شارع به خاطر تسهیل در امر ازدواج مهر را سبک قرار داده، حال اگر ببینیم این امر، موجب تسهیل امر طلاق می‌شود، ادله از چنین جایی منصرف است و معیار مهر تعبدی نیست؛ پس جایی که خوف متلاشی شدن است بیش از مهر السنه کراهت ندارد، منتها خیلی بالا نباشد.

اشاره

تا اینجا ثابت کردیم که تقلیل مهر مستحب است (اگر استثنائات را کنار بگذاریم) اما چرا مهر السنه، و مقدار آن چقدر است؟

دلیل این مسأله روایات است

اشاره

که در باب چهارم از ابواب مهور وارد شده؛ روایات متعدّد است که چند نمونه از آن را بیان می‌کنیم:

...* عن عبيد بن زرارة (سند خوب است؛ نجاشی در مورد او

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۷

می‌گوید ثقة لا بأس به و لا شك فيه) قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: مهر رسول الله صَلَّى الله عليه و آله نساءه اثنتي عشر

أوقية و نسا و الأوقية أربعون درهما و النّش نصف الأوقية و هو عشرون درهما. «۱»

اگر بخواهیم به مقتضای آیه «لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ» «۲» به رسول الله صَلَّى الله عليه و آله اقتدا کنیم ما هم باید همین روش را ادامه دهیم.

* و عن علي بن إبراهيم، عن أبيه (ظاهراً مرسله است) عن حماد بن عيسى، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: قال أبي:

ما زوج رسول الله صَلَّى الله عليه و آله شيئاً من بناته و لا تزوج شيئاً من نساءه على أكثر من اثنتي عشر أوقية و نشّ (پیامبر صَلَّى الله عليه و آله این کار را نکرد، معنایش این است که شما هم چنین نکنید (...)) «۳»

...* عن أبي العباس (بیش از صد روایت در کتب ما دارد ولی این شخص جاعل است) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن

الصدّاق أله وقت (وقت به معنای اندازه است)؟ قال: لا، ثم قال: كان صدّاق النّبي صَلَّى الله عليه و آله اثنتي عشر أوقية و نشّاً (مستحب است و واجب نیست که از مهر السنه تجاوز نشود). «۴»

۱۰- ادامه مسئله ۱۱ / ۷ / ۸۳ اندازه مهر السنه پانصد درهم (۲۵۰ مثقال نقره) است و اگر هر مثقال هزار تومان باشد مبلغ مهر دوپست

و پنجاه هزار تومان می‌شود و گفته شد که پیامبر اکرم صَلَّى الله عليه و آله بیش از این مقدار مهر قرار نداد، نه برای همسرانش و نه برای دخترانش. حدیث بعد تاریخچه معنوی جالبی برای اندازه مهر السنه (پانصد درهم) بیان می‌کند:

...* عن الحسين بن خالد (سند معتبر نیست و به عنوان مؤید خوب است) قال: سألت أبا الحسن عن مهر السنه كيف صار خمس

مائة؟ فقال: إنّ الله تبارك و تعالی أوجب على نفسه أن لا يكبره مؤمن مائة تكبيره و يسبّحه مائة تسبيحه و يحمده مائة تحميده و يهلّله مائة تهليله و يصلّي على محمّد و آله مائة مرّة ثم يقول: اللهم زوجني من الحور العين إلّا زوجة الله حوراء عیناء و جعل ذلك

مهرها ثم أوحى الله إلى نبيّه صَلَّى الله عليه و آله أن سنّ (سنّت بگذار) مهور المؤمنات خمس مائة درهم «... ۵»

این روایت هم دلیل است بر این که مهور نساء بیش از مهر السنه نباشد.

اشکال: در باب ۲۲ از ابواب مهور روایات دیگری وجود دارد که می‌فرماید نباید مهر بیش از مهر السنه باشد، چرا سید مرتضی

سراغ این روایات نرفته و فقط همان یک حدیث را گفته است؟

جواب: در این باب مسئله فرعیّه دیگری مطرح است که امام (ره) در مسئله دوازده به آن می‌رسد و آن این که اگر تعیین مهر به

زوج یا زوجه تفویض شود باطل نیست، حال اگر زوج در مورد مهر گفت هر چه نظر زوجه باشد می‌پذیرم (تفویض به زوجه) در

اینجا مهر نباید بیش از مهر السنه باشد، و اگر به زوج تفویض شود، زوج می‌تواند هر چقدر خواست مهر را قرار دهد، که حتّی آنها

هم که بیش از مهر السنه را اجازه می‌دهند، در اینجا به همین شکل فتوا داده‌اند.

پس این بحث در مورد کراهت زاید بر مهر السنّه نیست بلکه در مورد تفویض مهر است.

روایات معارض:

در مقابل روایات مهر السنّه یک سلسله روایات معارض داریم؛ روایتی می گوید خلیفه دوّم، امّ کلثوم دختر علی علیه السّلام را خواستگاری کرد و چهل هزار درهم مهر قرار داد:

* محمد بن الحسن فی المبسوط (شیخ طوسی و روایت مرسله است) علی ما نقل عنه (کتاب مبسوط نزد صاحب وسائل حاضر نبوده است) آنّه روی أنّ عمر تزوّج امّ کلثوم بنت علی علیه السّلام فأصدقها أربعين ألف درهم (روایت ندارد که علی علیه السّلام پذیرفت). «۶»

همین مضمون در یک روایت دیگر هم آمده است؛ این حدیث را مرحوم ابن ادریس در آخر کتاب سرائر از ابو القاسم بن قولویه (صاحب کتاب کامل الزیارات که تاریخ وفاتش ۳۶۸ ه. ق است) نقل کرده است:

... * أبو القاسم بن قولویه عن عیسی بن عبد الله الهاشمی (کان من رجال الصادق علیه السّلام و وفات امام صادق علیه السّلام در سال ۱۴۸ است، پس ابن قولویه نمی تواند از «عیسی بن عبد الله» نقل کند، چون زمان این دو به هم نمی خورد، پس مرسله است و لو ظاهرا مسند و معنعن است. مرحوم آیه الله العظمی بروجرودی در این موارد خیلی دقت داشتند) قال (عیسی بن عبد الله): خطب عمر بن

(۱). ح ۳، باب ۴ از ابواب مهوور.

(۲). سورة احزاب، آیه ۲۱.

(۳). ح ۴، باب ۴ از ابواب مهوور.

(۴). ح ۸، باب ۴ از ابواب مهوور.

(۵). ح ۲، باب ۴ از ابواب مهوور.

(۶). ح ۲، باب ۹ از ابواب مهوور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۸

الخطاب (قطعا عیسی بن عبد الله در زمان عمر نبوده و از کسی شنیده است پس یک ارسال هم در اینجا است) و ذلك قبل أن يتزوج أمّ کلثوم بیومین و قال: یا أيّها الناس لا تغالوا بصدقات النساء (در مهر نساء غلو نکنید) فإنّه لو کان الفضل فیها لکان رسول الله صلّی الله علیه و آله یفعله... ثمّ نزل عن المنبر فما أقام إلّا یومین أو ثلاثة حتّی أرسل فی صداق بنت علی بأربعین ألفاً. «۱»

این روایت که از دو جهت ارسال دارد، سند معتبری نداشته و نمی توان به آن اعتماد کرد؛ علاوه بر این اصل چنین ازدواجی زیر سؤال است و مشکوک، هر چند اهل سنّت روی آن خیلی مانور می دهند تا در مسائل مربوط به شهادت حضرت زهرا علیها السّلام تشکیک کنند، چون حضرت علی علیه السّلام نمی تواند دخترش را به قاتل همسرش بدهد، از اینجا نتیجه می گیرند که واقعه شهادت حضرت زهرا علیها السّلام محلّ اشکال است، ولی همان گونه که گفته شد، مرحوم شیخ مفید این داستان را ساختگی می دانند.

در مورد ازدواج امّ کلثوم با عمر روایتی هم در کافی است. در مورد این ازدواج عمدتاً سه نظریه موجود است:

الف) نظریه شیخ مفید:

ایشان معتقد است راوی این خبر شخص غیر موثق است و این نکاح ثابت نیست؛ پس این روایت برای کثرت مهر قابل استدلال

نیست و خصم هم نمی‌تواند از آن استفاده کند که چگونه حضرت دخترش را به قاتل همسرش داده است.

(ب) نظریه سید مرتضی:

ایشان این بحث را تعقیب کرده و می‌فرماید که سند هر دو روایت در کافی «۲» معتبر است ولی هر دو دلالت دارد که این ازدواج اجباری بوده است؛ یکی تعبیر «غصبناه» دارد که دلیل بر اجباری بودن است و روایت دیگر می‌فرماید، عمر امّ کلثوم را خواستگاری کرد و حضرت فرمودند که «إنها صبیئة» تا عمر منصرف شود، عمر، ابن عباس را فرستاد و گفت عیب من چیست که علی علیه السلام مرا نپذیرفته است و بعد تهدید کرد.

ابن عباس پذیرفت و خدمت حضرت رسید و عرض کرد که عمر تهدید کرده است و حضرت فرمود که من عهد کرده‌ام که دخترم را به چنین شخصی ندهم و ابن عباس گفت من عهده دار نکاح امّ کلثوم می‌شوم که ابن عباس برنامه نکاح را ترتیب داد.

این روایت هم نشان می‌دهد که برنامه نکاح اجباری بوده و روایت به درد استدلال برای کثرت مهر نمی‌خورد.

(ج) نظریه بعضی دیگر:

فقط خطبه عقدی خوانده شد ولی هرگز صبیئة حضرت به خانه عمر نرفت و منجر به جدایی شد.

از طرف عامه هم راجع به این ازدواج روایتی آمده است ولی تناقض ظاهری دارد؛ از جمله این که بعد از عمر پسران جعفر بن ابی طالب یکی پس از دیگری با او ازدواج کردند و دو تا از آنها از دنیا رفتند و در نکاح سوّمی بود که امّ کلثوم از دنیا رفت که با تاریخ حیات پسران جعفر بن ابی طالب سازگار نیست، علاوه بر این از جهات گوناگون دیگری نیز دارای تناقض است، پس این روایت هم قابل استدلال نیست.

جواب: این روایات مرسله است، علاوه بر این در مورد ازدواج امّ کلثوم با عمر اصل مسأله محلّ بحث است و شیخ مفید می‌فرماید راوی این خبر «زبیر بن بکّار» شخص فاسدی است، پس این نکاح ثابت نیست.

۱۱- ادامه م ۱ و ۲ (لو جعل المهر ما لا یملکه المسلم) ۸۳/۷/۴ روایت معارض دیگر روایتی است که می‌گوید امام حسن علیه السلام زنی را تزویج کرد و صد کنیز و همراه هر کنیز هزار درهم مهر آن زن قرار داد:

* قال (شیخ طوسی در مبسوط که باز سند ندارد) و تزوّج الحسن علیه السّلام امرأة فأصدقها مائة جاریه مع کلّ جاریه ألف درهم (یعنی صد هزار درهم و صد جاریه). «۳»

در مورد روایت دیگر تصوّر ما این است که این مسأله‌ای که به امام حسن علیه السّلام نسبت می‌دهند، مجعولات زمان معاویه است که برای خراب کردن چهره امام حسن علیه السلام چنین نسبت‌هایی به آن حضرت می‌دهند، مثلاً می‌گویند کثیر الزواج بوده‌اند و یا کثیرا طلاق می‌دادند.

أضف إلى ذلك: این مهریه از ناحیه شوهر است و سابقاً دیدیم که کراهت، در جایی که مهر سنگین از ناحیه زوجه پیشنهاد شود، محلّ بحث است، پس این روایات نمی‌تواند معارضه کند.

سَلَمْنَا، روایات معارض داریم که با روایات مهر السنّة

(۱). ح ۵، باب ۹ از ابواب مهوور.

(۲). ج ۵، ص ۳۴۶، باب تزویج امّ کلثوم لعمر.

(۳). ح ۳، باب ۹ از ابواب مهوور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۹

معارضه می‌کند، ولی راه جمع معلوم است، هم جمع دلالتی متصوّر است و هم اعمال مرجّحات؛ و اما جمع دلالتی به این بیان که اینها

برای این است که بفهمانند این کار حرام نیست و برای اثبات جواز است. و امّا اعمال مرجّحات هم در اینجا به این کیفیت است که اولین مرجّح می‌فرماید: «خذ بما اشتهر بین أصحابک» که روایات مهر السنّه مشهور و دستّه دیگر شاذ و نادر است، پس آنها را کنار می‌گذاریم.

۳- مقدار مهر السنّه:

تا اینجا بحث در اصل مهر السنّه بود، حال بحث در این است که مقدار آن چقدر است؟ مقدار مهر السنّه پانصد درهم مسکوک به نرخ روز است (دویست و پنجاه مثقال نقره) قید مسکوک در بسیاری از ابواب مثل دیه، مهر ... می‌آید، که مسکوک بودن قیمت آن را بالا می‌برد، کما این که در طلا چنین است. هر مثقال نقره هزار تومان است که پانصد درهم دویست و پنجاه هزار تومان است و اگر مسکوک بودن را هم اضافه کنیم حدود سیصد هزار تومان می‌شود. بنا بر این، این که در بعضی از قباله‌ها مهر السنّه را ۲۶ ریال و چند شاهی می‌نویسند و جهش معلوم نیست.

نکته: در اینجا نکته‌ای لازم به ذکر است:

بعضی در مهر نامه‌ها می‌نویسند مهریه این زن را اولاً مهر السنّه (۵۰۰ درهم) و ثانیاً پانصد سکه بهار آزادی قرار دادیم؛ آیا اینها واقعا به مستحب عمل کرده‌اند؟

خیر، چرا که باید کلّ مهریه پانصد درهم باشد نه قسمتی از آن.

إن قلت: در مهریه مربوط به حضرت جواد علیه السّلام چنین چیزی دیده می‌شود. چرا که حضرت مهر السنّه را بعلاوه یک چیز اضافی مهر قرار دادند.

مرحوم صاحب ریاض می‌فرماید:

و لو احتیط مع إرادة الزیاده بجعل الصداق السنّه و ما زاد نحلّه (بخشش) کان حسناً تأسیاً بمولانا الجواد علیه السّلام حیث فعل ذلك باینه المأمون (أمّ الفضل) قال: و ما بذلت لها من الصداق ما بذله رسول الله صلّى الله علیه و آله لأزواجه و هو اثنتا عشر أوقیه و نشّ علی تمام الخمس مائه و قد نحلّتها من مالی مائه الف (که ظاهراً به قرینه ما قبل صد هزار درهم مراد است). «۱»

قلنا: امام در اینجا مهریه را فقط مهر السنّه و اضافه را نحلّه و بخشش قرار داد و جزء مهر نبود.

این حدیث را از ریاض نقل کردیم چرا که در وسائل نیامده است ولی در من لا یحضره الفقیه «۲» آمده است و تعجب است با این که این کتاب از کتب اربعه است، چگونه صاحب وسائل این روایت را ذکر نکرده است!

مرحوم حاجی نوری هم در مستدرک «۳» این حدیث را نقل کرده است ولی در حدیث مستدرک «نحلّتها مائه الف الف» آمده است که صد میلیون درهم می‌شود که در تمام آن جامعه پیدا نمی‌شده است و احتمالاً اشتباه از ناسخ است.

مسأله ۲: لو جعل المهر ما لا یملکه المسلم

اشاره

کالخمیر و الخنزیر صحّ العقد و بطل المهر فلم تملک شیئاً بالعقد و إنّما تستحقّ مهر المثل بالدخول (اگر دخولی نشود مهری نیست و فقط یک چیزی به عنوان هدیه داده می‌شود) نعم فیما إذا کان الزوج غیر مسلم فیه تفصیل (مرحوم امام این تفصیل را بیان

نمی‌کنند).

عنوان مسأله:

اشاره

اگر مهر را چیزی قرار دهند که مسلمان مالک آن نمی‌شود، مهر باطل و عقد صحیح است و در صورتی که دخول حاصل شود، زوجه مستحق مهر المثل است و اگر دخول نشود، مستحق چیزی نیست و مستحب است به عنوان هدیه چیزی به زوجه بدهند و اگر زوج غیر مسلمان باشد، مسأله دارای تفصیل است.

بنا بر این اگر مهریه را چیز حرامی قرار دهند به یقین مهریه باطل است که سه فرع دارد:

فرع اول: آیا بطلان مهر به عقد هم سرایت می‌کند؟

فرع دوم: مهریه که باطل شد، عقد بدون مهر ممکن نیست در صورتی که قائل به صحّت عقد شویم جانشین مهر چیست؟

فرع سوم: در مورد غیر مسلمین چنین مهری چه حکمی دارد؟

قبل از ورود به بحث از این فرع ابتدا اشکالی را جواب می‌دهیم.

إن قلت: این مسأله در عصر و زمان ما محلّ ابتلا نیست و کسی چنین مهری قرار نمی‌دهد، حتّی در اعصار گذشته هم

(۱). ج ۷، ص ۱۳۶.

(۲). ج ۳، ح ۴۳۹۹.

(۳). ج ۱۴، ص ۳۱۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۲۰

چنین نبود.

قلنا: متأسّفانه عنوان مسأله محدود مطرح شده است ولی مصادیقی دارد که در زمان ما محلّ ابتلاست، مثل این که اموالی از دزدی،

ارتشا، رباخواری و ... را مهر قرار بدهند- که همه اینها اموال حرام است- در چنین مواردی حکم چیست؟

پس بحث در مورد مهر حرام است که مصادیق متعدّدی دارد و چون مسأله یک فرعش در مورد غیر مسلمان بود این دو مورد (خمر

و خنزیر) را به عنوان مال حرام ذکر کرده‌اند.

حتّی در مورد کسانی که وجوهات شرعیّه خود را نمی‌دهند، همین بحث می‌آید، که اگر چنین مالی را مهر قرار دهند، حکم آن

چیست؟ اکنون هر یک از این سه فرع را مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱۲- ادامه مسأله ۲ / ۵ / ۸۳

فرع اول: آیا بطلان مهر به عقد هم سرایت می‌کند؟

اشاره

اقوال:

این که اصل عقد صحیح است یا باطل اختلافی است.

مرحوم شیخ طوسی در خلاف، کتاب الصداق مسئله اولی می فرماید:

إذا عقد علی مهر فاسد مثل الخمر و الخنزیر و المیتة و ما أشبهه فسد المهر و لم یفسد النکاح و وجب لها مهر المثل (مرحوم شیخ طوسی مقتید به دخول نکردند) و به قال جمیع الفقهاء (فقهای عامه) إلّا مالکا فإنّ عنه روایتان إحداهما مثل ما قلنا و الأخری یفسد النکاح و به قال قوم من أصحابنا.

معلوم می شود که شیعه هم اختلاف دارند، بلکه از عبارت شیخ طوسی استفاده می شود که اختلاف در بین شیعه بیشتر است تا اهل سنت، پس معلوم می شود که در مقابل مشهور که قائل به صحّت عقد هستند، جمعیت قابل ملاحظه ای هم قائل به فساد عقد هستند. مرحوم شهید ثانی در مسالک موافقین و مخالفین را نام برده و می فرماید:

البحث هنا یقع فی موضعین أحدهما: فی صحّة العقد و فسادة فقد ذهب جماعة منهم الشیخان (مرحوم شیخ مفید و شیخ طوسی) فی المقنعة و النهایة و القاضی (ابن براج) و التّقی (ابو الصباح الحلبي) الی البطلان... و اختار المصنّف و جماعة منهم الشیخ فی کتابی الفروع (ممکن است اشاره به تهذیب و استبصار باشد) و ابن ادریس و أكثر المتأخرین الصحّة. «۱»

مرحوم صاحب حدائق قول سومی هم نقل می کند که قول به توقّف است. می فرماید صحّت، ظاهر بین متأخرین است و جماعتی از قدما هم قائل به صحّت شده اند، ولی جماعتی هم قائل به توقّف شده اند:

توقّف العلامه فی المختلف و کذا شیخنا الشهید الثانی فی المسالک. صاحب حدائق اعتراف می کند که اینها در ذیل کلامشان صحّت را ترجیح داده اند یعنی ابتدا توقّف کرده اند و بعد صحّت را ترجیح داده اند. «۲»
جمع بندی: از مجموع اقوال، چهره مسأله از ناحیه فتاوا روشن شد، به این بیان که صحّت مشهور بین متأخرین و جماعتی از قدماست و بطلان در بین عامه و خاصه شاذ است و توقّف هم اجمالا از بعضی استفاده می شود.

دلیل قائلین به صحّت: مطابقت اصل

اصل در چنین عقدی صحّت است. مراد از اصل همان عموماً عقود به نحو عام و عموماً باب نکاح به نحو خاص است؛ عموماً عقود مثل أوفوا بالعقود یعنی عقدی انجام شده و مهر آن خمر و یا خنزیر بوده و مهر باطل است، حال چرا عقد صحیح نباشد، در حالی که عقد بدون مهر صحیح است؟ پس به مقتضای أوفوا بالعقود این عقد صحیح است و سراغ مهر المثل می رویم. عموماً خاص هم داریم، منتهی آیاتی که در آن مهر ذکر شده به درد استدلال نمی خورد بلکه باید عموماً پیدا کنیم که سخن از مهر در آنها نیست که از جمله آنها آیه ۳ سوره نساء است:

«فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنًا وَ ثَلَاثًا وَ رُبَاعًا» آیه عام است و شامل هر نکاحی است الا ما خرج بالدلیل و دلیلی هم بر خروج ما نحن فیه نداریم، پس اصل عقد صحیح است.

و یا آیه ۳۲ سوره نور که می فرماید:

«وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ» که البتّه آیه قبل بهتر است.

بعضی گفته اند که از قبیل مقتضی موجود و مانع مفقود است که مقتضی همان عموماً است و مانع مفقود است، چون مهر

(۱). ج ۸ ص ۱۶۲ و ۱۶۳.

(۲) حدائق، ج ۲۴، ص ۴۲۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۲۱

فاسد نمی تواند مانع باشد، زیرا اجماعی است که اگر اصل مهر هم نباشد عقد صحیح است، پس ما نحن فیه به طریق اولی صحیح

است، چون مهر فاسد بالاتر از نبودن مهر نیست و وقتی فقدان مهر اشکالی ندارد، مهر فاسد هم مشکلی ایجاد نمی کند.

ادله قائلین به بطلان:

اشاره

قائلین به بطلان چند دلیل اقامه کرده اند.

۱- رضایت در عقد مقید به مهر است

شما قائل به بطلان مهر هستید و می گوئید مهر المثل باید داده شود که این داخل در قاعده عقلائییه ای است که می گوید «ما وقع لم یقصد و ما قصد لم یقع»، به این بیان که مهر المثل واقع است ولی مقصود نیست و مهر المسمی مقصود است ولی واقع نیست. به تعبیر دیگر رضایت در عقد مقید بوده به این مهر و بدون این مهر راضی نبوده، حال وقتی معلق علیه (مهر) باطل شد، معلق (عقد) هم باطل می شود؛ درست مثل این که یک هزار سکه از مال حرام مهر قرار دهند، شما می گوئید تبدیل به مهر المثل می شود؛ مثلاً پنجاه سکه مهر المثل می دهد که خلاف رضایت زوجه است و چه بسا خلاف رضایت زوج هم باشد.

۲- نکاح از قبیل معاوضات است

شاهد آن آیات قرآن است که تعبیر به «اجورهن» دارد که نشان دهنده معاوضه بودن است. أضف إلى ذلك، صیغه نکاح را با «باء» می خوانند (زوجهها بهذا المهر) که نشان دهنده معاوضه بودن است، حال اگر در معامله یکی از عوضین باطل شود، معاوضه باطل می شود نه این که فقط یک طرف باطل شود.

۳- روایات

روایات متعددی داریم که می فرماید: «المهر ما تراضی به الناس قلّ أو کثر» که عکس نقیض آن (مفهوم) را أخذ می کنیم: ما لم یتراض علیه الناس فلیس بمهر، پس مهر المثل مهر نیست و عقد بدون مهر می شود و عقد بدون مهر باطل است که می گوید «ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد» و این زوج و زوجه قصدشان این بوده است که با این مهر عقد کنند و اگر مهر باطل شد عقد هم باطل می شود، چون مهر المثل مقصود نیست و آن هم که مقصود است باطل است.

۱۳- ادامه مسئله ۲ / ۶ / ۷ / ۸۳

جواب از دلیل اول:

از این دلیل دو جواب می دهیم:

۱- جواب نقضی:

ما یک سلسله جواب های نقضی داریم و در اینجا پایه ای بنا می گذاریم که در باب معاملات با آن زیاد سر و کار داریم:

۱- شرط فاسد مفسد نیست، پس فساد شرط باعث فساد عقد نمی شود در حالی که طرف مقابل به عقد راضی شده بود به شرط این که شرط موجود باشد.

۲- معامله ای انجام شده بعد معیوب در آمده که در اینجا حکم می کنند معامله صحیح است، منتهی شخصی که جنس معیوب به

دستش رسیده خیار عیب دارد.

۳- جنسی خرید و مغبون شد، در حالی که حاضر نبود جنس گران بخرد ولی معامله صحیح است، منتهی خیار غبن دارد.

۴- در بیع ما یملک و ما لا یملک؛ در ما یملک معامله صحیح است و در ما لا یملک باطل است ولی خیار تبعض الصفقة دارد، مثلاً خانه‌ای فروخته که نیمی از آن مال خودش است و نیم دیگر آن مال غیر، می‌گویند معامله در سه دانگ آن صحیح است در حالی که مشتری خانه‌ای در بست و شش دانگ می‌خواسته است.

۵- بیع ما یملک و ما لا یملک (بیع گوسفند و خنزیر)، بیع در ما یملک صحیح است و در ما لا یملک صحیح نیست و خیار تبعض صفقه دارد.

۶- شرطی در معامله باشد و شخص مقابل تخلف کند، معامله صحیح است و خیار تخلف شرط دارد، در حالی که به این معامله راضی نبود.

اگر شما این قید و شرطها را در معاملات موجب فساد بدانید و بگویید وقتی شرط به هم خورد، مشروط هم به هم می‌خورد، مشکلات زیادی در ابواب فقه پیدا می‌شود.

۲- جواب حلّی:

حلّ مسأله به این است که ما قبول داریم العقود تابعه للقصود ولی قصود شخصی ملاک نیست، بلکه قصود نوعی عقلایی مطرح است؛ وقتی تمام خانه‌ای را خریدی که نصف آن

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۲۲

مال شخص دیگری بوده، عقد در نصفش صحیح است و عقلا این را صحیح می‌دانند و یا در ما نحن فیه عقدی که با مهر فاسد انجام می‌دهد عقلا آن را باطل نمی‌دانند، چون ارکان آن زوج و زوجه است و مهر المثل همان مقصود است با یک مقدار کمتر و چیزی مابین با مهر المسمی نیست.

و إن شئت قلت: در اینجا در واقع تعدّد مطلوب است، عقد یک مطلوب و مهر مطلوب دیگری است و یا بیع یک مطلوب و شرط مطلوب دیگر است، وقتی تعدّد مطلوب شد با بطلان یک مطلوب، مطلوب دیگر باطل نمی‌شود.

إن قلت: شاید کسی وحدت مطلوب در نظر داشته باشد یعنی بگوید من این زن را با قید این مهر می‌خواهم و یا خانه را به قید شش دانگ بودنش می‌خواهم و مطلوبم واحد است.

قلنا: وحدت و تعدّد مطلوب به میل شخصی نیست، عقود، امور عقلایی است و در عرف عقلا باید تعدّد یا وحدت مطلوب باشد و معیار، افراد و اشخاص نیستند؛ به عبارت دیگر عقود بر محور اراده اشخاص دور نمی‌زند، بلکه دایره مدار عرف عقلاست. در ما نحن فیه هم استدلال به العقود تابعه للقصود باطل است، چون قصود شخصی مراد نیست، بلکه قصود عقلا مراد است و به همین جهت است که اگر یک جفت کفش بخرد که یک لنگه آن برای بایع و لنگه دیگر برای دیگری است عقلا نمی‌گویند در لنگه‌ای که مالک است عقد صحیح است، چون در اینجا وحدت مطلوب است، بنا بر این اصل معامله تابع قصد است و اما ترتب احکام بر آن، تابع قصد نیست بلکه عقلایی است.

جواب از دلیل دوّم:

دلیل دوّم قائلین به فساد عقد در صورت فساد مهر این بود که نکاح نوعی معاوضه است و لذا تعبیر به «اجورهنّ» در آن شده است و یا در صیغه، از «باء مقابله» استفاده می‌شود، پس معاوضه است، حال اگر در معاوضه احد العوضین فاسد باشد، معاوضه فاسد می‌شود (ثمن یا مثن، خمر یا خنزیر باشد) و نکاح هم شبیه معاوضه است، پس باطل می‌شود.

جواب: نکاح معاوضه نیست، بلکه به کنایه اسم معاوضه بر آن اطلاق شده است، به عنوان مثال در باب جواز نظر، روایات کثیره‌ای می‌فرمود که نظر کردن به محاسن مرئه جایز است چون یثریها بأغلی الثمن، و گفتیم که بیع حرّ جایز نیست، پس این بیع کنایه است و تعبیر اجور، هم کنایه است.

و ممّا یدلّ علی ذلک، عقد بدون مهر به اجماع صحیح و در قرآن هم آمده است، در حالی که معاوضه بدون عوض صحیح نیست، پس به یقین نکاح از باب معاوضه نیست، و هکذا در مورد تفویض (عقد می‌کند و تعیین مهر را بر عهده زوجه و یا بر عهده زوج قرار می‌دهد) اگر بنا بود نکاح معاوضه باشد، این نکاح باطل بود چون جهل به عوضین در معاوضه مبطل است، پس این دلیل که نکاح را مثل معاوضه دانستند هم ساقط شد.

جواب از دلیل سوّم:

دلیل سوّم این بود که روایات می‌فرمود: «المهر ما تراضیا علیه الناس» و مهر المثل تراضی ندارد، پس مهر المثل، مهر نیست. جواب: مفهومی که از روایات گرفته شده است در واقع مفهوم لقب است و مفهوم لقب حجت نیست، پس این روایات مفهومی ندارد که بگوید مهر المثل مهر نیست حال که مهر نیست، پس نکاح بدون مهر و باطل است. سلّمنا؛ چنین مفهومی داشته باشد، در این صورت می‌گوییم عامی است که قابل تخصیص است و لذا در عقد بدون مهر تخصیص خورده است و قائل به مهر المثل می‌شویم.

۱۴- ادامه مسئله ۲ / ۷ / ۸۳

فرع دوّم: اگر قائل به صحّت عقد شویم جانشین مهر در این عقد چیست؟

احتمالات متعدّدی در کلمات بزرگان دیده می‌شود، که این احتمالات را از حدائق «۱» نقل می‌کنیم: احتمال اول: در صورتی که دخول حاصل شود مهر المثل جانشین مهر فاسد است و اگر دخول حاصل نشود مهر نیست. این قول به شیخ در خلاف و ابن ادریس و محقق منسوب است. احتمال دوّم: در نزد مستحلّین خمر و خنزیر آن را قیمت می‌کنیم و همان مبلغ را به عنوان مهر پرداخت می‌کنیم و اگر حرّ هم مهر قرار داده شود به فرض عبد بودن قیمت می‌شود. این قول شیخ در مبسوط است. احتمال سوّم: تفصیل داده و بگوییم مواردی که قیمت دارد،

(۱). ج ۲۴، ص ۴۲۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۲۳

قیمت را مهر قرار می‌دهیم و جایی که نزد هیچ قومی قیمتی ندارد (مثل این که شخص حرّ را مهر قرار داده‌اند که قیمتی ندارد مگر این که فرض کنیم که اگر عبد بود چه قیمتی داشت همان را قیمت قرار دهیم) در اینجا باید مهر المثل داد. این قول را از کسی نقل نمی‌کند.

از کلمات جواهر «۱» در ما نحن فیه استفاده می‌شود که احتمالات دیگری هم در مسأله وجود دارد.

نتیجه: ظاهر این است که قول اول صحیح است، چون ذکر مهر حرام، کالعدم است و اگر ذکر مهر نکنند، معیار مهر المثل است و امّا چرا قیمت حرام مهر نباشد با این که قیمت أقرب الأشیاء است به آن چیزی که مهر قرار داده شده؟ چون ملکی نیست تا قیمت

أقرب الأشياء باشد و مفهومی ندارد، بنا بر این تفصیل هم که قول سوّم بود، باطل است، زیرا یک طرف تفصیل هم قیمت بود و گفتیم شیء حرام قیمت ندارد.

حال اگر بگوئید فلان مقدار خنزیر که قیمت آن این قدر است، را مهر قرار می‌دهم، در اینجا معیار قیمت است کما این که اگر گفته شود مهر این زن ده سکه طلا به قیمت نهصد هزار تومان است، در اینجا مهر همان قیمت است.

فرع سوّم: در مورد غیر مسلمین که خمر و خنزیر برایشان مالیت دارد چنین مهري چه حکمی دارد؟

اشاره

در کلام بزرگان مسأله این گونه مطرح شده است که، اذا زوج الذمیان و خمر و خنزیر مهر قرار داده شود، چه حکمی دارد؟ مرحوم محقق در شرایع فرمایشی دارد که آن را از جواهر نقل می‌کنیم:

و لو عقد الذمیان علی خمر أو خنزیر صحّ لأنّه یملکانه (بنا بر مذهب خودشان) و لو أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض (قبض مهر) دفع القیمه لخروجه عن ملک المسلم (کأنّ یک مهریه‌ای قرار داده‌ایم و مهریه نابود و یا نایاب شده است که در اینجا قیمت را می‌دهند) سواء کان عیناً أو مضموناً (گاهی خمر یا خنزیر موجود را مهر قرار می‌دهد که در اینجا بعضی گفته‌اند قیمت مهر نیست و قیمت برای جایی است که در ذمه باشد، امّا اگر عین خارجی باشد باید همان عین خارجی را بردارد، خصوصاً اگر زن هنوز مسلمان نشده است، مرحوم محقق بین عین خارجی و ذمه فرقی نمی‌گذارد و معتقد است در هر دو صورت باید قیمت داده شود).

«۲»

و من العجب مرحوم امام (ره) در مسأله هفت همین مسأله را با اضافاتی تکرار می‌کنند و ما در آنجا می‌گوییم که حکم منحصر به خمر و خنزیر نیست و تمام اموال حرام مثل مال غضبی، ربا و ... را شامل می‌شود؛ پس مسأله شدیداً محلّ ابتلاست.

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد «۳» کلامی دارد که خلاصه آن چنین است:

ایشان در ابتدا می‌فرمایند: اگر غیر مسلمانان عقدی بستند و خمر و خنزیر را مهریه قرار دادند، هم عقدشان صحیح است و هم مهرشان، در ادامه می‌فرمایند: اگر در حال کفر مهر را تحویل دهد دیگر زوجه طلبی ندارد، چون در حالی تحویل داده که هر دو معتقد به مالیت بوده‌اند، امّا اگر قبل از دفع، هر دو یا یکی از آن دو مسلمان شوند، در این صورت اگر زوج اسلام آورد چیزی که حرام است نمی‌تواند تحویل دهد و مالیت ندارد و اگر زوجه اسلام آورد نمی‌تواند تحویل بگیرد. در اینجا قول اصح، قیمت خمر و خنزیر در نزد مستحلّین است. در ادامه ایشان تفصیلی را که در کلام شرایع آمده (فرق بین عین و دین) ذکر می‌کند.

مقتضای قاعده:

اشاره

قاعده در این مسأله (فرع سوّم) چیست؟ این فرع دارای سه صورت است که صور مسأله را تک تک بررسی می‌کنیم.

صورت اول: هیچ یک مسلمان نشده‌اند

و برای رفع خصومت نزد قاضی مسلمان آمدند. در اینجا قاضی از باب قاعده الزام حکم می‌کند که مهر را بدهد. اگر قاعده الزام نباشد همزیستی مسالمت‌آمیز مسلمانان (التعایش السلمی) با دیگر ادیان ممکن نیست و سیره قائم است بر این که قاعده الزام جاری شود.

حال اگر قبل از این که مسلمان شوند مهر را پرداخت کرده، زوجه دیگر چیزی طلبکار نیست.

۱۵- ادامه مسئله ۲ / ۸ / ۷ / ۸۳

صورت دوم: اگر قبل از دادن مهر هر دو یا یکی از آن دو مسلمان شوند،

نمی‌توانند خمر و خنزیر را به عنوان مهر بدهند و باید قیمت

(۱). ج ۳۱، ص ۱۳.

(۲). ج ۳۱، ص ۸ و ۹.

(۳). ج ۱۳، ص ۳۳۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۲۴

عند المستحلین را پردازند که اقرب الأشیاء به مهر است، چون مهری بوده که قبل از مسلمان شدنشان برای آنها مالیت داشته در حالی که مهر المثل برای جایی است که عقد خالی از مهر باشد.

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه
ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۶، ص: ۲۴

صورت سوم: دفع مهر نکرده‌اند، ولی مهر عین خارجی است

که دو حالت دارد:

گاهی زوجه مسلمان نشده که عین خارجی را برمی‌دارد، چون برای او مالیت دارد و گاهی هر دو و یا زوجه مسلمان شده که در این صورت عین خارجی هم باشد نمی‌تواند بردارد و باید تبدیل به قیمت شود، چون اقرب الأشیاء نسبت به مهر است.
و اما هناک روایتان:

دو روایت داریم که یک روایت مؤید (فتوای مشهور) و دیگری مخالف است:

* و عنه، عن البرقی (احمد بن محمد بن خالد) و الحسین بن سعید (اهوازی) عن القاسم بن محمد الجوهری (ضعیف و مجهول الحال است) عن رومی بن زرارۃ (الشیبانی که حدیث کم دارد و ثقه است) عن عیید بن زرارۃ (ثقه است) قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام:

النصرانی یتزوج النصرانیۃ علی ثلاثین دنا (خمره) خمر و ثلاثین خنزیرا ثم أسلما بعد ذلك و لم یکن دخل بها، قال: ینظر کم قیمۃ الخنازیر و کم قیمۃ الخمر و یرسل به إلیها ثم یدخل علیها (ذیل یک حکم مستحبی است و اشاره به سبک بودن مهر است) و هما علی نکاحهما الاوّل. «۱»

معنای روایت صحت نکاح است و احتیاج به تجدید صیغه ندارد و فقط در مورد مهر، قیمت را می‌دهند و عمل مشهور هم جابر ضعف سند است.

... * عن طلحة بن زید (سند خوب است) عن أبی عبد الله علیه السلام قال: سألت عن رجلین من أهل الذمّة أو من أهل الحرب تزوّج کل واحد منهما امرأة و مهرها خمر و خنازیر ثم أسلما؟ قال: ذلك النکاح جایز حلال لا یحرم من قبل الخمر و الخنازیر و قال، إذا أسلما حرم علیهما أن یدفعا إلیهما شیئا من ذلك یعطیاهما صدقهما «۲».

تعبیر «صداقهما» بوی مهر المثل می دهد، چون نمی گوید قیمت بدهند، پس این عبارت شاید خالی از ظهور در مهر المثل نباشد، ولی با توجه به صراحت روایت قبل «صداقهما» را تفسیر به قیمت عند المستحلین می کنیم.

۱۶ ادامه مسئله ۲ / ۱۱ / ۸۳

بقی هنا امران:

الأمر الأول: اهل کتاب مالک خمر و خنزیرند پس نسبت به خودشان مهرشان صحیح است

اشاره

؛ آیا این بر خلاف قاعده کلیه‌ای که می فرماید: الکفار مکلفون بالفروع کما أنهم یكلفون بالأصول نیست؟

صاحب جواهر در اینجا کلامی دارد که در واقع اشکال به عبارت مرحوم محقق است که می فرماید:

و لو عقد الذمیان علی خمر أو خنزیر صحّ لآنه یملکانه.

صاحب جواهر در اینجا فتح باب کرده و می فرماید اگر اینها مکلف به فروع هستند یکی از احکام فرعیه این است که نباید مالک خمر و خنزیر شوند، مگر این که بگوئید کفار فقط مکلف به اصول هستند.

این قاعده یک مسئله مهم است که کفار مکلف به فروع هستند، پس باید بین منابع و مدارک آن چیست؟ وقتی قاعده ثابت شد، نوبت به بررسی تضاد بین آن با قاعده الزام می رسد.

کسی به این قاعده متعرض نشده و در قواعد فقهیه از ما هم فوت شده است.

در بسیاری از جاها مشاهده می کنیم که ما با اهل کتاب معامله کسانی را می کنیم که مکلف نیستند، به عنوان مثال در کشور خودمان اهل ذمه را نهی از منکر و امر به معروف نمی کنیم که مثلاً شراب نخورند، فقط می گوئیم، تظاهر نکنند، و یا مراکز ساخت شراب و پرورش خنزیر دارند و آنها را آزاد گذاشته ایم و نهی از منکر نمی کنیم که این نشان می دهد آنها مکلف به فروع نیستند، دلیل این تسامح چیست؟

مثال دیگر: زمانی که میتة با مزگی مشتبه شود گفته شده است که باید از آن اجتناب کرد ولی روایت داریم که جایز است به مستحلین آن را فروخت، حال اگر در اسلام بیع آن به مسلمین حرام است به غیر مسلمان هم نباید فروخت، چون آنها هم مطابق قاعده، مکلف به فروع هستند و یا بعضی از ماهی های حرام را به خارج صادر می کنند و بلا مانع است که اگر اینها

(۱). ح ۲، باب ۳ از ابواب مهوور.

(۲). ح ۱، باب ۳ از ابواب مهوور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۲۵

مکلف به فروع هستند نباید جایز باشد.

مثال سوم: اگر کفار پیش پیامبر صلی الله علیه و آله محاکمه‌ای را آوردند (فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ) «۱» پیامبر صلی الله علیه و آله می تواند مطابق مذهب خودشان بر آنها حکم کند و یا مطابق احکام اسلام حکم کند؛ حال وقتی دین آنها نسخ شده و آنها هم مکلف به فروع هستند، چگونه می توان مطابق مذهب آنها که نسخ شده است حکم کرد.

ما می گوئیم احکام تابع مصالح و مفاسد است، یعنی خداوند مصالح ملزومه را واجب و غیر ملزومه را مستحب، و مفاسد ملزومه را حرام

و غیر ملزومه را مکروه کرده است. آیا این فقط در مورد مسلمانان است یعنی اگر غیر مسلمان باشند این مصالح و مفاسد در مورد آنها نیست؟ اگر این مفاسد و مصالح عام است، باید شامل آنها هم شود که می‌شود، پس آنها هم مکلف به فروغند. از طرف دیگر ما با کفار معاملات می‌کنیم که گویا مکلف به فروغ نیستند، از جمله این که ما اهل ذمه را امر به صلاه و صیام و زکات (... امر به معروف) و یا نهی از شرب خمر در خانه‌هایشان (نهی از منکر) نمی‌کنیم، اگر مکلف هستند چرا اینها را امر به معروف و نهی از منکر نکنیم؟

اینها از عوامل حرام (مثل بیع خمر و خنزیر، و آلات قمار و ...) مالک اموال زیادی می‌شوند و ما با آنها خرید و فروش می‌کنیم، خمس و زکات نمی‌دهند و آنها پولهایی که از این راه به دست می‌آورند به ما می‌دهند، اگر مکلف به فروغ هستند، این معاملات ما چه شکلی پیدا می‌کند؟ اصولاً ما به اینها اجازه می‌دهیم به دین خودشان عمل کنند و در عمل به مذهبشان آزادند، این چگونه با مکلفون به فروغ سازگار است؟

مدارک قاعده:

اشاره

مدارک قاعده «الکفار مکلفون بالفروع کما أنهم مکلفون بالاصول» چیست؟
چهار مدرک برای آن پیدا کرده‌ایم:

۱- اجماع:

صاحب جواهر و دیگران قاعده را مسلم و اجماعی دانسته‌اند و هرکجا این قاعده در کلمات فقها ذکر شده به عنوان یک قاعده اجماعی مطرح شده است، ولی مدارک دیگر را که ذکر می‌کنیم معلوم می‌شود که اجماع مدرکی است. علاوه بر این، آن اجماعی که می‌گوید: شرائط التکلیف اربعه (عقل، بلوغ، قدرت و اختیار)، مطابق این اجماع اگر ایمان و اسلام هم از شرایط عامه تکلیف باشد، آن وقت کفار مکلف نیستند و حال آن که کسی شرط پنجمی ذکر نکرده است، پس این اجماع هم می‌تواند دلیل بر قاعده باشد.

۲- عمومات:

عموماتی که در کتاب و سنت است سه گونه است:

الف) عموماتی که در ابتدای آنها «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا» آمده است مانند: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ» (۲) این عمومات شامل کفار نمی‌شود.

ب) عموماتی که «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا» ندارد ولی مخاطب مسلمین هستند، مانند: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا» (۳) و «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالزَّانِيَةِ وَالزَّانِي» فَأَجْلِدُوا (۴) که مراد مسلمانانند.

ج) عام است مانند: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا» (۵) که عام است و باید شامل کفار هم شود و یا «يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ» (۶) که عام است و فرقی نمی‌کند مسلمین باشند یا کفار.

از این قبیل خطابات در کتاب و سنت فراوان است که خطاب عام است.

در مواردی هم خطاب «يَا أَيُّهَا النَّاسُ» و «يَا بَنِي آدَمَ» است که این خطاب‌ها عام است و تمام بنی آدم را شامل می‌شود.

إن قلت: اهل کتاب بر بعضی از چیزها قدرت ندارند مثلاً در عبادات قصد قربت معتبر است و برای آنها قصد قربت ممکن نیست.

قلنا: می‌توانند قصد قربت کنند، ایمان می‌آورند (به عنوان مقدمه) و بعد می‌توانند قصد قربت کنند پس چون قبل از ایمان مخاطب هستند باید بروند و مقدمه قصد قربت را که همان ایمان است فراهم کنند.

۳- مذمت یهود در قرآن بر ارتکاب گناهان فرعی:

قرآن مجید یهود را در آیات متعددی به خاطر ارتکاب

(۱). سورة مائده، آیه ۴۲.

(۲). سورة بقره، آیه ۱۸۳.

(۳). سورة مائده، آیه ۳۸.

(۴). سورة نور، آیه ۲.

(۵). سورة بقره، آیه ۲۷۵.

(۶). سورة بقره، آیه ۲۱۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۲۶

گناهان فرعیّه مذمت می‌کند و اگر مکلف به فروع نباشند، مذمت آنها معنا ندارد، به عنوان مثال می‌فرماید:
 سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَالُونَ لِلشُّحِّ (۱) تفاسیر متعددی برای «سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ» بیان شده است؛ ولی بهترین تفسیر این است که یهود پای صحبت پیامبر صلی الله علیه و آله می‌نشستند و استماع می‌کردند تا بتوانند نقطه ضعفی پیدا کرده و دروغی بیافند و همچنین آنها مال حرام می‌خوردند، پس، از این مذمت معلوم می‌شود که آنها مکلف به فروع و احکام اسلام هستند، چون مذهب خودشان نسخ شده است و اگر مکلف به احکام اسلام هم نباشند، مذمت معنا ندارد.

مثال دیگر آیاتی که آنها را بر تحریف، مذمت می‌کند:

«يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ عَن مَوَاضِعِهِ» (۲) معلوم می‌شود که مکلف به فروع هستند که مذمت می‌شوند.

۴- تأسف کفار در روز قیامت:

آیاتی در قرآن داریم که حکایت از تأسف کفار در روز قیامت دارد که چرا مثلاً نماز نخوانده‌اند و یا اطعام مسکین نکرده‌اند، اگر مکلف به فروع نیستند، چرا افسوس می‌خورند.

مؤمنین در روز قیامت به جهنمی‌ها می‌گویند:

مَا سَلَكَكُمْ فِي سَقَرٍ قَالُوا (آنها هم جواب می‌دهند) لَمْ نَكُ مِنَ الْمُصَلِّينَ * وَ لَمْ نَكُ نُطْعِمِ الْمَسْكِينِ * وَ كُنَّا نَحُوضُ مَعَ الْخَائِضِينَ وَ كُنَّا نَكْذِبُ بِيَوْمِ الدِّينِ (۳)، به قرینه آیه آخر مخاطبین کافر بوده‌اند، پس مراد از مجرمین کفار هستند که آنها تأسف می‌خورند چرا فروع دین را انجام نداده‌اند، و معلوم می‌شود که آنها هم مکلف به فروعند.

۱۷- ادامه مسئله ۲ / ۱۲ / ۷ / ۸۳

راه جمع:

جمع بین قاعده و این احکام این است که اینها داخل در یکی از دو قاعده الزام و جبّ (الاسلام يجب ما قبله) است. قاعده الزام برای دنیا است که ما با آنها معامله عدم تکلیف به بعضی از فروع کنیم، ماهی غیر فلس دار و یا مذکای مشتبه به میته را به آنها می‌فروشیم.

شارع از باب ضرورت چنین اجازه‌ای داده است، و اگر بخواهیم همه را الزام بکنیم، وادار کردن همه آنها به دین اسلام ممکن نیست؛ لذا مطابق قاعده الزام رفتار می‌کنیم ولی در آخرت گرفتار هستند بنا بر این در دنیا، مکلف به فروع بودن آنها اثری برای ما ندارد، ولی در آخرت گرفتارند.

گاهی هم داخل در قاعده جب است، مطابق این قاعده اموالی که در زمان کافر بودن به دست آورده و بعد مسلمان شده، لازم نیست آن اموال را دور بریزد، در زمان پیامبر صلی الله علیه و آله هم چنین نبود. این قاعده خیلی چیزها را شامل می‌شود اموال، نمازهای فوت شده، غسل‌های واجبی که بر گردن آنهاست، همه را صرف نظر می‌کنیم و سوابقشان نادیده گرفته می‌شود، پس ما در معامله آنها با خودشان قاعده الزام را جاری می‌کنیم و وقتی مسلمان شدند، قاعده جب را جاری می‌کنیم. البته ممکن است استثنائاتی داشته باشد مثل این که قتل نفس کرده باشد.

مرحوم صاحب جواهر هم بیان‌شان قریب به همین مضمون است و بعید است که مرحوم محقق هم چیزی بر خلاف این فرموده باشند.

الأمر الثاني: این مسأله (حرام) منحصر به خمر و خنزیر نیست بلکه عام است

و:

اولاً؛ تمام چیزهایی را که کفار برای آن مالیت قائلند و ما قائل نیستیم شامل می‌شود مثل آلات لهو و یا قمار و ربا... ثانیاً؛ از این هم فراتر می‌رویم چیزهایی که از نظر ما و هیچ کس مالیت ندارد را هم شامل می‌شود، مثل مال غصبی که اگر مهر قرار داده شود، باطل است و سراغ مهر المثل می‌رویم.

ثالثاً؛ اگر اموال غیر مخمس را مهر قرار دهند، مهر باطل می‌شود چون یک پنجم آن باطل است و زن هم به الباقی راضی نمی‌شود. إن قلت: قصد انشا بر مال غصبی متصور نیست و غاصب نمی‌تواند انشای تملیک بر مال غیر کند، چرا که مهر نوعی تملیک است. قلنا: نظیر این مسأله در کتاب بیع وجود دارد؛ در بیع فضولی زمانی که برای خودش بفروشد یا غاصب برای خودش بفروشد جواب داده‌اند که شخص غاصبی که مال مردم را برای خودش می‌فروشد، ملک عرفی مراد اوست نه تملیک شرعی و قصد بیع می‌کند و قصدش هم جدی است، پس بیع عرفی است؛ در ما نحن فیه هم می‌گوییم به صورت جدی مهر قرار می‌دهد و به جهت غیر مبال بر شرع بودن، تملیک مهر عرفی است.

(۱). سورة مائده، آیه ۴۲.

(۲). سورة مائده، آیه ۱۳.

(۳). سورة مدثر، آیه ۴۲-۴۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۲۷

۱۸- مسئله ۳ (لا بد من تعیین المهر فی الجملة) ۸۳ / ۷ / ۱۳

مسأله ۳: لا بد من تعیین المهر بما یخرج عن الإبهام

اشاره

فلو أمهرها أحد هذين أو خياطة أحد الثوبين مثلاً بطل المهر دون العقد و كان لها مع الدخول مهر المثل نعم لا يعتبر فيه التعيين الذي

يعتبر في البيع و نحوه من المعاوضات (آيا تعيين اينجا مثل تعيين معاوضات است؟

خير دقت باب معاوضات لازم نيست بلکه في الجملة تعيين لازم است) فيكفي مشاهدة الحاضر (مثلا يك گونی گندم و تعيين وزن آن لازم نيست) و إن جهل كيله أو وزنه أو عدّه أو ذرعه كصبره من الطعام و قطعهُ من الذهب و طاقة مشاهدة من الثوب (پارچه) و صبره حاضرة من الجوز (دليل تکرار صبره در اينجا به اين جهت است که طعام کشيدنی است و گردو شمردنی) و أمثال ذلك.

عنوان مسأله:

در مهر تعيين لازم است، امّا تعيين دقيق مانند ابواب معاوضات لازم نيست، بلکه تعيين في الجملة کافی است، چون نکاح معاوضه نيست.

اقوال:

مرحوم صاحب جواهر می فرماید:

بلا خلاف أجده فيه بل نسبة بعضهم إلى قطع الأصحاب (این تعبير در کلام رياض هم آمده است). «۱»

مرحوم شهيد ثانی در مسالك کلامی دارد که ظاهرش مخالفت است و می فرماید:

من جملة المفسدات للمهر جهالته فمتى عقد على مجهول كدابة و تعليم سورة غير معينة بطل المسمى لأنّ الصداق و إن لم يكن عوضا في أصله إلاّ أنّه مع ذكره في العقد تجرى عليه أحكام المعاوضات و الجهالة من موانع صحتها. «۲»

مرحوم صاحب رياض می فرماید:

و لا بدّ من تعيينه إذا ذكر من متن العقد ليخرج من الجهالة الموجبة للغرر و الضرر المنهى عنهما في الشريعة (در واقع دو دليل را برای مسأله ذکر کرده است: یکی نهی النبي عن الغرر است و دليل ديگر لا ضرر است).

در ادامه می فرماید: تعيين في الجملة کافی است و تعيين دقيق لازم نيست، کما اینکه مثلا- در بيع سلف لازم است و بعد تصريح می کند که كيل و وزن و شمارش لازم نيست و مشاهده کافی است. «۳»

جمع بندی اقوال:

مسأله تقريبا مسلّم است و عمدتا اصحاب به اين معنا قائل شده اند که تعيين در اينجا با تعيين در بيع تفاوت دارد.

ادله:

اشاره

اصل اين که اگر تعيين نکنند، مهر باطل است، دليل چندانی نمی خواهد چون در صورت عدم تعيين مهر، نکاح نه يك قرارداد شرعی است و نه يك قرارداد عقلايی و تیری در تاریکی است و به مهر المثل منتقل می شود.

امّا صاحب رياض پنج دليل ذکر کرده که تعيين دقيق لازم نبوده و تعيين بينابين در مهر کافی است:

۱- قطع اصحاب:

قطع الاصحاب بکفایه انتفاء معظم الغرر (جهل) و اغتفار الباقي (چشم پوشی) فی النکاح، که در واقع عبارت اخرای اجماع است.

۲- موافقت با اصل:

موافقت با اصل این است که تعیین دقیق لازم نیست. مراد از اصل چیست؟ مرحوم صاحب ریاض مراد از اصل را بیان نمی‌کند.

۳- عمومات کتاب و سنت:

مرحوم صاحب ریاض برای عمومات کتاب و سنت مثال نمی‌زند که بهترین عام از کتاب، آیه ۲۴ سوره نساء است «وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ» که اطلاق دارد و تعیین دقیق ندارد. در سنت هم روایاتی که می‌فرمود: «المهر ما تراضی به الناس قلّ أو کثر» اطلاق دارد.

۴- روایت:

داستان زنی که خدمت پیامبر آمده و عرض کرد یا رسول الله صلی الله علیه و آله زوجه‌ی و پیامبر او را در مقابل تعلیم قرآن به مردی تزویج کرد «زوجه‌ها بما معک من القرآن» که نمی‌دانیم چقدر قرآن می‌دانست، پس تعیین است ولی تعیین دقیق نیست. این دلیل از بقیه دلایل بهتر است و در ادامه این روایت را از نظر سند مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۵- ما دلّ علی کفایه مثل هذا فی العقد الموقت:

در عقد موقت داریم که جهالت به این مقدار مضر نیست. در

(۱). ج ۳۱، ص ۱۸.

(۲). ج ۸، ص ۱۸۰.

(۳). ج ۷، ص ۱۴۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۲۸

باب ۲۱ از ابواب عقد موقت چند روایت داریم که می‌فرماید «قبضه من الطعام» کافی است، در حالی که دقیق نبوده و معلوم نیست چقدر است. حال وقتی در عقد موقت که مهر، از ارکان آن است این مقدار جهالت مضر نباشد، در عقد دائم به طریق اولی مضر نیست.

بررسی ادله صاحب ریاض:

اکنون هر یک از این ادله را که در کلام صاحب ریاض آمده مورد بررسی قرار می‌دهیم:

امّا دلیل اول: آیا قطع اصحاب که عبارت اخرای اجماع است کافی است؟ خیر، اجماع در اینجا مدرکی است، چون مسأله دلایل دیگری هم دارد و این اجماع کاشفیتی از قول معصوم ندارد و ما اجماع را از باب کشف، حجت می‌دانیم.

امّا دلیل دوم: مراد از اصل چیست؟ اگر مراد اصل عملی است که اصل اولی در باب معاملات فساد است و اگر مراد عمومات و اطلاقات است که به دلیل سوّم برمی‌گردد و چیز اضافه‌ای نیست.

اما دلیل سوم: تمسک به عمومات کتاب و سنت خوب است و مناقشه‌ای ندارد.

اما دلیل چهارم: روایت «محمد بن مسلم» چون یک حدیث است و متضافر نیست باید از سند آن بحث کنیم:

* محمد بن یعقوب، عن محمد بن یحیی، عن احمد بن محمد (که یا احمد بن محمد عیسی است و یا احمد بن محمد بن خالد برقی است که هر دو از بزرگان قم هستند) عن علی بن الحکم (در رجال چند نفر به این نام هستند جامع الروات می گوید چند نفر نیست و یک نفر است و او «علی بن الحکم الکوفی» و ثقة است و روایات زیادی دارد و نشانه این که این شخص «علی بن الحکم الکوفی» است روایت کردن «احمد بن محمد» از اوست) عن العلاء بن رزین، عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت زوجني يا رسول الله صلى الله عليه وآله فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: من لهذه؟ فقام رجل، فقال: أنا يا رسول الله صلى الله عليه وآله زوجنيها فقال: ما تعطينها؟ فقال: مالي شيء قال: لا فأعادت و أعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام فلم يقم أحد غير الرجل ثم أعادت فقال رسول الله صلى الله عليه وآله في المرة الثالثة: أ تحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم قال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه. (۱)

این حدیث خوبی است که می‌تواند شاهد بر بحث ما باشد چون پیامبر صلی الله علیه و آله زنی را در مقابل آنچه که از قرآن در نزد مرد بود به او تزویج کرد، در حالی که معلوم نبود آن مرد چقدر قرآن می‌داند که تعیین فی الجمله است.

اللهم إله أن يقال، درست است قرآنی که نزد مرد بود ممکن است یک یا چند سوره باشد ولی شاید در تعلیمش تفاوت قیمت چندانی در عرف نباشد، پس این مورد از جاهایی است که و لو مقدار قرآنی که با اوست مبهم بوده ولی از جهت مالیت عرفیه خیلی تفاوتی در آن نبود، بنا بر این حدیث قابل استدلال نیست. این بهترین دلیل بود ولی جای چانه‌زدن دارد.

۱۹ ادامه مسئله ۱۴۳/۷/۸۳ اما دلیل پنجم: روایاتی که در عقد موقت آمده بود و می‌فرمود کفّی از طعام را می‌توان در عقد موقت مهر قرار داد که کفّ طعام مشاهده ولی نامعلوم است؛ حال وقتی در عقد موقت که مهر از ارکان آن است تعیین فی الجمله جایز باشد، در عقد دائم که مهر از ارکانش نیست به طریق اولی جایز است.

این دلیل هم قابل مناقشه است، چون کفّ از طعام در آن زمان یک کیل عرفی بوده است؛ اگر چه دقیق نیست مانند این که اندازه کر را به وجب و یا فاصله صفوف جماعت را با قدم تعیین می‌کنیم در حالی که وجبها و قدمها متفاوت است، ولی نوعی تعیین عرفی است.

أضف إلى ذلك، از لابلای کلمات صاحب ریاض و دیگران دو دلیل دیگر هم می‌توان استنباط کرد. تعبیر صاحب ریاض این بود که جایز نیست مجهول بودن مهر به دلیل غرر و دلیل ضرر:

ولا بدّ من تعيينه إذا ذكر من متن العقد ليخرج من الجهالة الموجبة للغرر و الضرر المنهية عنهما في الشريعة.

در کتاب بیع مکاسب، مرحوم شیخ می‌فرماید:

مهمترین دلیل برای این که در معاملات تعیین ثمن و مثن لازم است، حدیث غرر است.

آیا این حدیث به صورت «نهی النبی عن بیع الغرر» است یا به صورت «نهی النبی عن الغرر»؛ اگر «عن بیع الغرر» باشد کما این که در روایات متعددی آمده است، نمی‌توان از آن در باب نکاح استفاده کرد، مگر این که کسی الغای خصوصیت کند که کار آسانی نیست، چون نکاح از معاوضات نیست. اما روایتی داریم

(۱). ح ۱، باب ۲ از ابواب مهوور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۲۹

که «نهی النبی عن الغرر»، مرحوم شیخ در مکاسب در بحث معلومیت ثمن می‌فرماید:

و الأصل فی ذلک (معلومیّت ثمن) حدیث نفی الغرر المشهور بین المسلمین.

این روایت در کتب فقهی ما موجود است و در کتب عامّه هم آمده است. حال اگر حدیث در مورد نفی بیع غرری باشد، به درد ما نحن فیه نمی‌خورد و اگر نفی غرر مطلق باشد به درد بحث ما می‌خورد، چون غرر به معنای جهل موجب فریب، خدعه و نیرنگ است.

«المغرور یرجع الی من غرّه» یعنی شخصی که فریب خورده به شخصی که او را فریب داده است رجوع می‌کند و غرور به معنای فریب است، فریبی که منشأ آن جهل است.

«نهی النبی عن الغرر» یعنی هر جهالتی که موجب فریب و منشأ نزاع شود، باطل است که در نکاح هم می‌توان به آن استدلال کرد. حدیث نفی ضرر مطلق است و می‌فرماید اضرار جایز نیست و جهل گاهی سبب ضرر است.

این عبارت در بسیاری از کتاب‌های فقهی به صورت حدیث نبوی نقل شده است، از جمله در خلاف شیخ طوسی در کتاب الضمان و مسئله ۵ کتاب الشرکه و همچنین در سرائر ابن ادریس، که می‌فرماید:

و الرسول نهی عن الغرر. تعبیر «روی» ندارد بلکه قطعی می‌گوید و معنایش این است که گوینده این سخن اطمینان به آن داشته است.

مرحوم علامه هم در مختلف در سه کتاب متاجر باب سلف و دیون باب ضمان و کتاب اجاره این تعبیر را آورده است و معلوم می‌شود که مخصوص بیع نیست. صاحب غنیه هم در کتاب الشرکه آن را نقل کرده است. مرحوم شیخ انصاری در مکاسب کتاب البیع در شرط معلومیّت ثمن عبارتی دارد که این روایت را اسناد به همه مسلمین داده و فرموده که همه مسلمین عقیده دارند: و الأصل فی ذلک حدیث نفی الغرر المشهور بین المسلمین.

آیا مجموع این تعییرات سبب نمی‌شود اطمینان پیدا کنیم که این حدیث از پیامبر صلی الله علیه و آله صادر شده است؟ ما در حجّیت خبر واحد قائلیم که برای وثاقت به روایت، وثاقت راوی یکی از طرق است؛ حال آیا با این مقدار نقل بزرگان وثاقت به روایت پیدا نمی‌شود؟

البته اگر سراغ نفی ضرر برویم باید معلومیّت مطلقه را معتبر بدانیم نه معلومیّت فی الجمله. بعضی می‌گویند معلومیّت مطلقه لازم نیست چون نکاح معاوضه نیست و مرثه را خرید و فروش نمی‌کنند، ولی به تعبیری معاوضه بین نکاح و مهر است و به همین دلیل «أجورهنّ» گفته شده و بآ مقابل در صیغه آن آورده شده است. پس کأن مغالطه‌ای شده و فکر کرده‌اند که اگر نکاح معاوضه باشد معاوضه مهر با مرثه است، ولی این گونه نیست بلکه معاوضه نکاح و منافع مرثه در مقابل مهر است و به همین جهت است که می‌گوییم نکاح بدون مهر نداریم و نکاح باید عوض داشته باشد و نکاح بدون مهر نوعی نکاح مخصوص پیامبر صلی الله علیه و آله بوده است.

ما معتقدیم؛ حدّ اقل در عصر و زمان ما تعیین دقیق مهر علی الاحوط لازم است، چون عدم تعیین را در عرف ما، غرر، ضرر و سفهی می‌دانند، مثلاً کیسه‌ای را نشان دهند و بگویند هر چه در این است، مهر تو باشد، این را عرف نمی‌پذیرد.

و الشاهد علی ذلک؛ شاهد این که نکاح معاوضه است، مراسمی است (مهر بران) که قبل از عقد به عنوان تعیین مهر قرار می‌دهند و چانه می‌زنند و صورت مجلس کرده و می‌نویسند، پس در عصر و زمان ما تعیین مهر مانند تعیین در باب بیع و اجاره است، بلکه از آن هم محکم‌تر، حال که موضوع عوض شده عمومات شامل نمی‌شود.

نتیجه: احوط این است که تعیین دقیق لازم است و حتّی هدیه کلام الله مجید یا قیمت آینه و شمعدان را هم باید تعیین کنند و یا در سگه، نوع را تعیین کنند که جدید است یا قدیم، پس هر چه که در مهر قرار می‌دهند قیمتش را تعیین کنند، چون در عصر ما عقلاً و عرفاً، مهر همراه با ابهام را صحیح نمی‌دانند و به همین جهت به احتیاط و جوبی قائل هستیم.

۲۰- م ۴ (ذکر المهر لیس شرطاً فی صحه العقد الدائم) ۸۳/۷/۱۵

مسأله ۴: ذکر المهر لیس شرطاً فی صحه العقد الدائم

اشاره

فلو عقد علیها و لم یذکر لها مهراً اصلاً صحّ العقد (فرع اول) بل لو صرح بعدم المهر (زواجتک بلا مهر) صحّ و یقال لذلك ای لإيقاع العقد بلا مهر:

تفویض البضع و للمرأة (ای یقال للمرأة) التي لم یذکر فی عقدها مهر مفوضه (فرع دوم). (مفوضه یعنی مهرش تفویض به بعد کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۳۰ شده و مفوضه یعنی خودش تفویض کرده است).

عنوان مسأله:

اشاره

ذکر مهر در عقد موقت شرط است ولی در عقد دائم شرط نیست. گاهی ممکن است که بعضی از این امر تعجب کنند که چگونه ذکر مهر در عقد موقت شرط است ولی در عقد دائم شرط نیست ولی نکته‌اش معلوم است، زیرا عقد موقت وقتش محدود است و ممکن است یک روزه یا بیشتر باشد بنا بر این اجرت باید متناسب با همان مدت باشد، به همین جهت در حال تغییر است و باید معین شود ولی عقد دائم مدتش معمولاً تا پایان عمر است و مهر آن، مهر المسمی است که معین است.

این مسأله دارای دو فرع است که مرحوم امام (ره) این دو را با هم ذکر کرده‌اند:
فرع اول: عدم ذکر مهر در متن عقد.

فرع دوم: تصریح به عدم مهر در متن عقد «زواجتک بلا مهر» این جای گفتگو دارد.

فرع اول: عدم ذکر مهر در متن عقد

اشاره

اگر مهر در عقد دائم ذکر نشود عقد صحیح است و این که در صورت عدم ذکر مهر چه چیزی به عنوان مهر ثابت است بحثی است که در مسئله پنجم خواهد آمد.

ادله فرع اول:

اشاره

مسأله دارای دلایل متعددی است

اجماعی است که عقد بدون مهر صحیح است که البته اجماع مدرکی است. مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

لا خلاف فی آن ذکر المهر لیس شرطاً فی صحه العقد بل الاجماع بقسمیه (محصل و منقول) علیه. «۱»

۲- آیه: لَا جُنَاحَ عَلَیْكُمْ اِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ اَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِیضَةً

«۲». آیه می‌فرماید: اشکالی ندارد اگر زن‌ها را طلاق دهید قبل از آن که آنها را مس کنید و قبل از آن که مهری قرار دهید. آیه ظاهر بلکه صریح است که عقد بدون مهر صحیح است و لو در مقام بیان حکم دیگری است و تکلیف بعد از طلاق را بیان می‌کند ولی مسلم گرفته است که عقد بدون مهر داریم.

بعضی از محشین «لَا جُنَاحَ» را به آیه ۲۴ سوره نساء تفسیر کرده‌اند در حالی که ربطی به عقد بدون مهر ندارد. پس مطابق آیه در صورتی که عقدی خوانده شده و مهر تعیین نشده، صحت چنین عقدی مسلم است.

۳- عقد ازدواج معاوضه نیست:

در معاوضه ذکر عوضین از ارکان است ولی در عقد نکاح زوج و زوجه رکن عقد هستند و معاوضه‌ای بین مهر و بضع نیست بلکه مهریه شبیه شرط است و اگر نباشد نکاح باطل نمی‌شود، پس علی القاعده ذکر مهر لازم نیست.

۴- روایات:

الف) روایاتی که تصریح دارد اگر عقد بدون مهر بود و دخول صورت گرفت مهر المثل ثابت و عقد صحیح است. در باب دوازده سه روایت است که در مقام بیان حکم دیگری است ولی دلالت بر مقصود ما دارد، که از باب نمونه یک حدیث را بیان می‌کنیم:
* عن الحلبي قال: سألته (حلبی از غیر امام سؤال نمی‌کند) عن الرجل يتزوج امرأة فدخل بها و لم يفرض لها مهرا ثم طلقها فقال لها مهر مثل مهور نساءها و يمتعها (بر فرض که دخول نباشد، هدیه دهد و اگر دخول شود مهر المثل دهد). «۳»
در روایت سؤال از مهر المثل است، ولی مسلم است که بدون مهر، ازدواج صحیح است.
حدیث دوم و سوم هم همین است.

ب) روایاتی که «۴» دلالت می‌کند اگر شوهر قبل از دخول بمیرد در صورتی که مهر المسمی هست، نصف مهر ثابت است و اگر مهر المسمی نباشد چیزی برای زن نیست و معنای آن این است که عقد صحیح است.

۲۱- ادامه مسأله ۴ ۳۰/۸/۸۳

فرع دوم: تصریح به عدم مهر در متن عقد

اشاره

آیا چنین عقدی صحیح است؟ این که «بلا مهر» می‌گویند قطعاً فاسد است چون در این صورت هبه البضع و هبه النفس است و آیه صریحاً می‌فرماید:

وَ امْرَاةً مُؤْمِنَةً اِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ اِنْ اَرَادَ النَّبِيُّ اَنْ يَسْتَنْكِحَهَا

(۱). ج ۳۱، ص ۴۹.

(۲). سوره بقره، آیه ۲۳۶.

(۳). ح ۱، باب ۱۲ از ابواب مهور.

(۴). ح ۴، ۷، ۸، ۱۱، ۲۰، ۲۱، ۲۲، باب ۵۸ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۳۱

خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ. «۱»

مطابق آیه این از خصائص النبی است، البتّه اگر چه به پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله اجازه داده شد ولی از نظر تاریخی معلوم نیست که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله از آن استفاده کرده باشد. حال که شرط فاسد است، آیا این فساد به عقد هم سرایت می کند؟
اقوال:

مشهور و معروف فساد عقد است. مرحوم صاحب ریاض می فرماید:

أما لو صرح بنفيه (مهر) في الحال و المال على وجه يشمل ما بعد الدخول فسد العقد على الأشهر لمنافاته مقتضاه (مقتضای نکاح این است که مهر داشته باشد) «۲».

در ادامه صاحب ریاض اشکالی دارد و قول غیر مشهور (عدم فساد) را تقویت می کند.

مرحوم صاحب جواهر می فرماید:

لا خلاف و لا إشكال في فساد الشرط بل المعروف فساد العقد ايضا. «۳»

در ادامه صاحب جواهر می فرماید:

مرحوم شیخ طوسی قائل به صحّت عقد شده است ولی کلام شیخ دلالت بر صحّت عقد نمی کند.

مرحوم شهید ثانی در مسالک می فرماید احتمال فساد قوی است و مذهب مشهور را تقویت می کند:

لو صرح بنفيه (مهر) في الحال و المال على وجه يشمل ما بعد الدخول فسد العقد في قول قوی لمنافاته مقتضاه. «۴»

جمع بندی:

شهرت بر فساد است و بعضی از جمله مرحوم امام قائل به صحّت عقد شده اند.

ادله:

اشاره

مسأله دو دلیل عمده دارد:

۱- مخالفت با مقتضای عقد:

این شرط (بلا- مهر) مخالف مقتضای عقد است، به عبارت دیگر معنای این سخن این است که دو انشای متناقض داریم، ماهیت «زوّجتک نفسی» مع المهر است، چون در مفهوم نکاح این معنای آمده است، بعد که «بلا مهر» می گوید این تناقض در انشا است و این که می گویند شرط مخالف مقتضای عقد باطل است به این دلیل است که به تناقض در انشا برمی گردد، علاوه بر این حساب مهر از سایر شرایط فاسد جداست و ما در سایر شرایط فاسد قائل به فساد عقد نیستیم، ولی شرط عدم مهر مثل بعثک بلا ثمن است زیرا بعثک یعنی معاوضه و بلا ثمن یعنی لا معاوضه و این تناقض در انشا است.

إن قلت: معروف و مشهور این است که شرط فاسد مفسد نیست و استثنا هم نزده‌اند، پس این شرط فاسد نباید مفسد باشد. قلنا: در جایی که فساد شرط به خاطر مخالفت با مقتضای عقد باشد قبول نداریم که شرط فاسد مفسد نیست و مشهور هم معلوم نیست قبول داشته باشند پس در ما نحن فیه فساد شرط موجب فساد عقد می‌شود چون تناقض در انشاست.

کسانی که می‌گویند شرط فاسد مفسد نیست، معتقدند که عند العقلاء شرط و مشروط از قبیل تعدد مطلوب است که اگر یکی فاسد شد به دیگری سرایت نمی‌کند ولی در شرط مخالف مقتضای عقد این حرف درست نیست و تعدد مطلوب معنا ندارد.

۲۲- ادامه مسأله ۴ / ۱ / ۹ / ۸۳

۲- روایات:

روایات متعددی داریم که صاحب جواهر هم به بعضی از آنها استدلال کرده‌اند. مرحوم صاحب وسائل عنوان باب را «عدم انعقاد نکاح بلفظ الهبه» قرار داده و تحت این عنوان نه روایت نقل کرده است که در بین روایات صحیحه هم وجود دارد.

... عن الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة تهب نفسها للرجل ينكحها بغير مهر فقال: إنما كان هذا للنبي صلى الله عليه وآله فأما غيره فلا يصلح هذا حتى يعوضها شيئاً يقدم إليها قبل أن يدخل بها قل أو كثر «... ۵»
این روایت که می‌فرماید «فلا يصلح هذا» ظاهرش این است که نکاح درست نیست ولی بعضی گفته‌اند که ظاهرش این است که شرط فاسد است.

... عن أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا تحلّ

(۱). سورة احزاب، آیه ۵۰.

(۲). ج ۷، ص ۱۴۵.

(۳). ج ۳۱، ص ۴۹-۵۰.

(۴). ج ۸، ص ۲۰۲.

(۵). ح ۱، باب ۲ از ابواب عقد نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۳۲

الهبه إلا لرسول الله صلى الله عليه وآله و أمّا غيره فلا يصلح نكاح إلا بمهر. «۱»

ظاهرش این است که نکاح اشکال دارد نه این که شرط فاسد است و این که بعضی مثل مرحوم صاحب جواهر و شیخ طوسی و مرحوم امام نکاح را صحیح دانسته‌اند، خلاف ظاهر است.

... عن عبد الله بن سنان (مرسله است) عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة وهبت نفسها لرجل أو وهبها له ولئها فقال: لا (عقد باطل است) إنما كان ذلك لرسول الله صلى الله عليه وآله ليس لغيره «... ۲»

... عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام: قال سألته عن قول الله عزّ وجل «وَأَمْرًاؤُا مُؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ» فقال: لا يحل الهبة إلا لرسول الله صلى الله عليه وآله و أمّا غيره فلا يصلح نكاح إلا بمهر. «۳»

بقیة روایات این باب هم به همین مضمون است.

جمع بندی:

با دلیل عقلی و نقلی ثابت کردیم که عقد باطل است.

۲۳- ادامه م ۴ و م ۵ (استحقاق المرأة في صورة عدم ذكر المهر) ۲ / ۹ / ۸۳

بقی هنا شیء:

مرحوم امام (ره) در متن تحریر الوسيله فرمودند که عقد بلا مهر را تفویض می‌گویند و به زن مفوضه یا مفوضه می‌گویند؛ معنای تفویض چیست؟

تفویض یعنی واگذاری مهر به زوج و زوجه تا بعدا تصمیم‌گیری کنند که چه چیزی را مهر قرار دهند، این شرط باطل نیست و لو به صورت شرط ابتدایی است و در ضمن عقد نیست. البته رأی مشهور در شروط ابتدایی بطلان است ولی در اینجا استثنائا مشکل ندارد، پس زوجین حق دارند تعیین مهر کنند که در این صورت از نکاح بدون مهر خارج می‌شود و احکام نکاح مع المهر را دارد.

اصل در این مسأله آیه ۲۳۶ سوره بقره است که از این آیه می‌توان حکم تفویض را استفاده کرد:

«لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَ مَتَّعُوهُنَّ.»

«او» در این آیه به معنای «واو» است یعنی اگر دخول حاصل نشود و فرض فریضه هم نشود، پس مفروض آیه عقد بلا مهر است، و هیچ چیز به این مرثه تعلق نمی‌گیرد جز این که مطابق تعبیر «مَتَّعُوهُنَّ» هدیه‌ای مناسب حال زوج به زن می‌دهند.

این آیه نشان می‌دهد که می‌توان بعد از عقد، فرض فریضه (توافق بر مهریه) کرد که روایات هم همین را می‌گویند. (بحث بیشتر در مورد این آیه در مسئله دهم که در مورد تفویض است خواهد آمد).

مسئله چهارم بیان موضوع بود یعنی عقد بلا مهر صحیح است و اما حالا که صحیح است چه چیزی باید به مرثه پرداخت شود که در مسئله پنجم می‌آید و در واقع بیان احکام مسئله چهارم است. در متن این مسأله چهار فرع آمده است.

مسأله ۵: لو وقع العقد بلا مهر لم تستحق المرأة قبل الدخول شيئا**اشاره**

إِلَّا إِذَا طَلَّقَهَا فَتَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ أَنْ يُؤْتِيَهَا شَيْءًا بِحَسَبِ حَالِهِ (زوج) من الغنى و الفقر و اليسار و الإعسار من دينار أو درهم أو ثوب أو دابة أو غيرها (مثلا خانه) و يقال لذلك الشيء: المتعة (فرع اول) و لو انفسخ العقد قبل الدخول بأمر غير الطلاق (مثلا زوج فوت کرده که در این صورت زوجه مستحق چیزی نیست) لم تستحق شيئا (فرع دوم) و كذا لو مات أحدهما قبله (فرع سوم) و أمّا لو دخل بها استحققت عليه بسببه مهر أمثالها (فرع چهارم، که در این صورت یا به سبب طلاق از هم جدا می‌شوند یا به سبب موت و امثال آن).

فرع اول: جدایی با طلاق**اشاره**

جایی که عقد بدون مهر واقع شده اگر قبل از دخول زن را طلاق دهد، باید هدیه‌ای مناسب حال زوج به زوجه پرداخت شود. در این صورت هیچ اختلافی نیست. مرحوم صاحب جواهر تعبیر خوبی دارد و می‌فرماید:

لا خلاف أجده بل لعل الإجماع بقسميه (محصل و منقول) عليه. «۴»

ادله:

اشاره

سه آیه از قرآن مجید و روایات به این مسأله اشاره دارد.

۱- آیه ۲۳۶ بقره:

﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنِ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَ مَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ (هدیه شایسته) حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾.

(۱). ح ۳، باب ۲ از ابواب عقد نکاح.

(۲). ح ۳، باب ۲ از ابواب عقد نکاح.

(۳). ح ۴، باب ۲ از ابواب عقد نکاح.

(۴). ج ۳۱، ص ۵۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۳۳

در میان ما اختلافی نیست، ولی بعضی از اهل سنت معتقدند که این هدیه مستحب است، یعنی از «محسنین» استفاده استحباب می‌شود.

ما در جواب می‌گوییم باید ببینیم که آیا چنین چیزی فهمیده می‌شود؟ در قرآن ۲۳ بار کلمه «محسنین» و یک بار «محسون» آمده است، ولی غالب مواردش در جایی است که انسان به واجبات عمل می‌کند نه مستحبات، به عنوان مثال «إِنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ» یعنی خدا اجر کسانی را که به واجبات عمل می‌کنند، ضایع نمی‌کند یا «إِنَّ رَحْمَتَ اللَّهِ قَرِيبٌ مِنَ الْمُحْسِنِينَ» یا «إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ»، پس محسن فقط کسی که کار مستحب انجام می‌دهد نیست، بنا بر این کلمه محسن نمی‌تواند جلوی ظهور امر را در وجوب بگیرد.

سَلْمَنَا؛ آیا ظهور «مَتَّعُوهُنَّ» به اضافه کلمه «حَقًّا» و کلمه «عَلَى» در وجوب قویتر است یا کلمه محسنین در استحباب؟ شکی نیست که ظهور «مَتَّعُوهُنَّ» قوی تر است.

۲۴- ادامه مسئله ۵ / ۳ / ۸۳

۲- آیه ۴۹ سوره احزاب:

فرض آیه عدم دخول است ولی از جهت تعیین مهر مطلق است و همه مطلقات را شامل می‌شود که در این صورت عده ندارد، چون دخولی صورت نگرفته است و اگر از هم جدا می‌شوند به خوبی و خوشی از هم جدا شوند. پس این آیه از نظر تعیین مهر مطلق است که آیه سوره بقره آن را تقیید می‌زند.

آیه سومی هم داریم که می‌فرماید:

﴿مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (۱) که بحث آن بعدا خواهد آمد.

۲- روایات

اشاره

روایات زیادی در مورد هدیه هنگام طلاق (متعه) داریم که در دو باب (۴۸ و ۵۰ از ابواب مهور) آمده و سه طایفه است: اول: روایاتی که در مورد محلّ بحث (مهری نیست و دخولی هم صورت نگرفته) وارد شده است. دوم: روایاتی که دو قیدی را که مطلوب ماست ندارد و خواهیم گفت که می‌توانیم این روایات را تقیید کنیم. سوم: روایاتی که می‌فرماید در مورد تمام زنان اعمّ از مدخوله و غیر مدخوله باید متعه‌ای به آنها داده شود که این هدیه استثنا ندارد و همه را شامل می‌شود.

اکنون هر سه طایفه را بررسی و سپس طریق جمع را بیان می‌کنیم.

طایفه اول:

...* عن أبي الصباح الكناني (سند صحيح است) عن أبي عبد الله عليه السلام إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها وإن لم يكن سمى لها مهرًا فمتاع بالمعروف على الموسع قدره و على المقتر قدره «... ۲»
دلاله و سند روایت خوب است و بهترین حدیث همین است.

...* عن الحلبي (سند معتبر است) عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته قبل أن يدخل بها قال: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئًا و إن لم يكن فرض لها شيئًا فليمتعها على نحو ما يتمتع به مثلها من النساء «... ۳».
مطابق این روایت وضع زن را در نظر می‌گیرند و به مقتضای شأن زن هدیه می‌دهند، در حالی که این خلاف صریح آیه قرآن است. اللهم إلا أن يقال؛ که حمل بر استحباب کنیم، یعنی رعایت حال زوجه خوب است ولی واجب نیست.

* و عنه، عن علي بن أحمد بن أشيم قال: قلت لأبي الحسن (امام رضا یا امام کاظم) عليه السلام: أخبرني عن المطلقة التي تجب لها على زوجها المتعة أيهن هي (بهتر بود آیتهن هي باشد) فإن بعض مواليك يزعم أنها تجب المتعة للمطلقة التي قد بانث (مطلقه‌ای که به طور کلی جدا شده یعنی طلاق بائن) و ليس لزوجها عليها رجعة فأما التي عليها رجعة فلا متعة لها فكتب عليه السلام: البائنة (یعنی طلاق غیر مدخول بها و بائن است و رجعتی ندارد که در این صورت این روایت هم خوب است نه این که طلاق ثلاثه مورد نظر باشد). «... ۴»

* الفضل بن الحسن الطبرسي في مجمع البيان (ایشان دو روایت مرسله دارد که در یک روایت می‌فرماید: عن الباقر و الصادق عليهما السلام و در روایت دیگر می‌گوید: هو المروي عن أئمتنا) في قوله تعالى «وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ» قال: إنما تجب المتعة للتي لم يسم لها صداق خاصّة و هو المروي عن

(۱). سورة بقره، آیه ۲۴۱.

(۲). ح ۸، باب ۴۸ از ابواب مهور.

(۳). ح ۷، باب ۴۸ از ابواب مهور.

(۴). ح ۳، باب ۴۸ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۳۴

الباقر و الصادق عليهما السلام (منابعی در دست مرحوم طبرسی بوده که به دست ما نرسیده است). «... ۱»

* و في قوله تعالى «فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَيَّرَّوهُنَّ سِرًّا حَاجِمِيًّا» عن ابن عباس قال: هذا إذا لم يكن سمى لها مهرًا فإذا فرض لها صداقًا فلها نصفه و لا تستحق المتعة قال: و هو المروي عن أئمتنا. «... ۲»

بعضی از روایات صحیح‌السند و صریح‌الدلاله بود و بعضی دیگر نیاز به تفسیر داشت.

طایفه دوّم:

این روایات ظاهرا اطلاق دارد.

... * عن محمد بن مسلم (سند صحیح است) عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يطلق امرأته قال: يمتعها قبل أن يطلق قال الله تعالى «وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ» (نشانه تقیید در خود روایت موجود است چون امام به آیه استدلال کرده است). (۳)

... * عن أبي عبد الله عليه السلام إن متعة المطلقة فريضة. (۴)

ظاهر روایت اطلاق است، ولی شاهد بر تقیید داریم که «متعة المطلقة» است و نشان می دهد که در مورد تفسیر آیه است و در مورد تمام مطلقات نیست، یعنی متعه ای که شنیده اید و معهود است و در آیه آمده، فريضة است و مستحب نیست، پس رد پای تقیید در این روایت هم موجود است.

... * عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته (سند ضعیف است) عن الرجل يريد أن يطلق امرأته قبل أن يدخل بها (ندارد که مهر داشته است یا نه) قال: يمتعها قبل أن يطلقها فإن الله تعالى قال: «وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ» (استدلال به آیه قرینه بر تقیید است). (۵)

... * عن البزطي قال: ذكر بعض أصحابنا أن متعة المطلقة فريضة. (۶) این روایت هم قرینه بر تقیید دارد همانگونه که در روایت دوّم بیان شد.

طایفه سوّم:

پنج روایت (۷) که تصریح می کند چه مدخول بها باشد و چه نباشد، باید متعه (هدیه) داده شود.

... * عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: متعة النساء واجبة دخل بها أم لم يدخل بها و يمتع قبل أن يطلق. (۸)

هر پنج حدیث یک مضمون دارد که این روایات را حمل بر استحباب می کنیم، یعنی در موارد دیگر هم علاوه بر مهر، هدیه ای داده شود که این مستحب است.

۲۵- ادامه مسئله ۴۵ / ۹ / ۸۳

بقی هنا امور:

الأمر الأوّل: دليل استحباب هدية ما زاد بر مهر در مطلقات

از جمله اموری که دلالت می کند بر استحباب متعه در غیر موارد عدم مهر آیه ۲۸ سوره احزاب است که می فرماید:

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ إِن كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمْتَعِكُنَّ وَأَسْرَحِكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾.

بعد از جنگ احزاب وضع مسلمانان از نظر مالی بهتر شد و بعضی از زنان پیامبر حال و هوای دیگری پیدا کردند و خواستار زینت و زیور بیشتری شدند. آیه نازل شد که غنایم برای بیت المال است و کسانی که بیشتر می خواهند، طلاقشان را بگیرند و در ادامه تعبیر «أُمْتَعِكُنَّ» دارد با این که نساء پیامبر مدخول بها بودند ولی دستور پرداخت متعه (هدیه) می دهد، پس دلالت می کند بر این که در تمام موارد طلاق متعه لازم است.

آیه ۲۴۱ سوره بقره هم بر این معنا دلالت دارد: «وَاللِّمَطْلَقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ». این آیه مطلق است و تمام مطلقات را شامل می شود.

پس در این مسأله می‌توان به آیات استدلال کرد، اگر چه کمتر به آن استدلال شده است.

الأمر الثاني: اقوال عامه در مورد هدیة مازاد بر مهر

باید در این مسأله اقوال عامه را بدانیم. عامه در مسئله متعه چهار قول دارند که ما از کتاب مغنی «۹» ابن قدامه آن را نقل می‌کنیم: قول اول: این قول از علی علیه السلام و احمد حنبل و جماعتی دیگر نقل شده است. مطابق این قول هر مطلقه‌ای متعه دارد. این قول مطابق آیه است.

- (۱). ح ۱۰، باب ۴۸ از ابواب مهور.
- (۲). ح ۱۲، باب ۴۸ از ابواب مهور.
- (۳). ح ۱، باب ۴۸ از ابواب مهور.
- (۴). ح ۲، باب ۴۸ از ابواب مهور.
- (۵). ح ۴، باب ۴۸ از ابواب مهور.
- (۶). ح ۶، باب ۴۸ از ابواب مهور.
- (۷). ح ۱، ۲، ۳، ۴، ۵، باب ۵۰ از ابواب مهور.
- (۸). ح ۱، باب ۵۰ از ابواب مهور.
- (۹). ج ۸، ص ۴۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۳۵

آیا متعه واجب است یا مستحب؟ عبارت صراحتی ندارد و شاید ظاهرش وجوب باشد.

قول دوم: این قول روایت دیگری از احمد بن حنبل، ابن عباس، عبد الله بن عمر، شافعی، اصحاب الرأی (دار و دسته ابو حنیفه) نقل شده که متعه را در مَفْوضه، قبل از دخول لازم دانسته‌اند (مطابق اصحاب ما).

قول سوم: قول سومی از احمد نقل شده است که زن مَفْوضه، قبل از دخول نصف مهر دارد و چنین استدلال کرده است که اگر دخول حاصل شود تمام مهر ثابت است، حال که دخول نشده نصف مهر المثل داده می‌شود.

این قول در واقع اجتهاد در مقابل نص قرآن است که در میان عامه اجتهاد در مقابل نص کم نیست، گاهی در مقابل نصوص پیامبر صلی الله علیه و آله هم اجتهاد می‌کنند و کتابی هم در این زمینه جمع‌آوری شده است.

قول چهارم: این قول از مالک، لیث و ابن ابی لیلی نقل شده است و آن این که متعه در همه مستحب است و آیه را حمل بر استحباب کرده‌اند.

۲۶- ادامه مسئله ۵ / ۷ / ۹ / ۸۳

الأمر الثالث: مقدار متعه (هدیه) چه اندازه است؟

قرآن مجید در آیه ۲۳۶ سوره بقره اشاره‌ای دارد و می‌فرماید:

«عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ».

در اینجا بحث‌های زیادی صورت گرفته است. یکی از بحثها این است که آیا باید در مقدار متعه حال زوج را ملاحظه کرد یا حال زوجه را؟

مشهور و معروف ملاحظه حال زوج است، قرآن هم همین را می‌فرماید، ولی بعضی از اهل سنت معیار را حال زوج می‌دانند که اجتهاد در مقابل نص قرآن است.

قول دیگر در مسأله از مرحوم شیخ طوسی است که می‌فرماید باید به حسب حال زوج باشد.

اگر ما باشیم و ظاهر کتاب الله، معیار حال زوج است. البته در روایتی آمده که معیار حال زوج است، اما در واقع مرحوم شیخ طوسی جمع بین روایت و قرآن کرده است که رعایت حال زوج را واجب و رعایت حال زوج را مستحب دانسته است. بحث دیگر این که مرحوم صاحب شرایع و بعضی دیگر سه مرحله قائل شده و زوج را به سه قسم غنی و متوسط و فقیر تقسیم کرده و می‌فرمایند:

فالغنی یمتّع بالدّابة أو الثوب المرتفع (لباس گرانبها) أو عشرة دنانیر و المتوسط بخمسة دنانیر أو الثوب المتوسط و الفقیر بالدینار أو الخاتم و ما شاکله. «۱»

آیا اینها از باب ذکر مثال است یا باید همیشه همین‌ها داده شود؟

ظاهر این است که این امور در کلام مرحوم محقق از باب مثال است، و این عبارت را که بعضی دیگر از بزرگان هم دارند، در هیچ روایتی نداریم. البته قریب به این مضمون در دو روایت آمده است که یکی مرسله صدوق و دیگری فقه الرضا است، در صورتی که فقه الرضا را کتاب روایت بدانیم نه کتاب فتوی.

* محمّد بن علی بن الحسین (مرحوم صدوق) قال: روی (مرسله) أنّ الغنی یمتّع بدار و خادم و الوسط یمتّع بثوب و الفقیر بدرهم و خاتم. «۲»

... * یمتّعها منه قلّ أو کثر علی قدر یساره فالموسع یمتّع بخادم أو دابة و الوسط بثوب و الفقیر بدرهم. «۳»

در روایات چیزی که مانند عبارت مرحوم محقق در شرایع باشد نداریم و نشان می‌دهد که اینها از قبیل ذکر مثال است و تعیین ندارد.

و الشاهد علی ذلك؛ روایات متعددی در باب ۴۱ و سائل و ۳۴ مستدرک داریم که در آنها تعبیرات و مثالهای دیگری ذکر شده است.

... * عن الحلبي (سند معتبر است) عن أبي عبد الله عليه السلام ... إذا كان الرجل موسعا عليه متع امرأته بالعبد و الأمة و المقتر یمتّع بالحنطة (گندم) و الزبيب (کشمش) و الثوب و الدراهم. «۴»

در این روایت تقسیم ثنایی و مثالهایی ذکر شده که مقدارش تعیین نشده است. در بعضی دیگر از روایات فقط اقل ذکر شده است مثل روایت ذیل:

... * قال قلت لأبي جعفر عليه السلام أخبرني عن قول الله عزّ و جلّ «وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَي الْمُتَمِّينَ» ما أدنی ذلك المتاع إذا كان معسرا (سؤال از اقل متعه است) قال: خمار أو شبهه. «۵»

(۱). ج ۲، ص ۵۴۸.

(۲). ح ۳، باب ۴۹ از ابواب مهور.

(۳). مستدرک الوسائل، ج ۱۵، ح ۵، باب ۳۴ از ابواب مهور.

(۴). ح ۱، باب ۴۹ از ابواب مهور.

(۵). ح ۲، باب ۴۹ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۳۶

و در بعضی از روایات مثل روایت ذیل می‌فرماید:

... قال: و المتعة خادم أو كسوة أو رزق و هو المروي عن الباقر و الصادق عليهما السلام. (۱)

... كان علي بن الحسين عليهما السلام يمتع بالراحلة. (۲)

جمع‌بندی: از عبارات فقها و روایات متعدد استفاده می‌شود که حدّ خاصی در شرع تعیین نشده و به فهم عرف واگذار شده است، البته در بسیاری از موارد در شرع مانند نفقه مرثه و مسکن مرثه، عرف ملاک است و در شرع مقداری برای آن معین نشده است. فلسفه متعه:

... قال: متعوهن جملوهن بما قدرتم عليه (جمالی به آنها بدهید تا با این طلاق تحقیر نشوند) فانهن يرجعن بکآبه (حزن و اندوه) و حياء و هم عظیم و شماتة من أعدائهن فإن الله کریم يستحیی و یحب أهل الحياء إن أکرمکم عند الله أشدکم إکراما لحلائکم (۳). یکی از احترامها هم در حقّ زوجه این است که با مهربانی و احترام از هم جدا شوند.

الأمر الرابع: مسائل باقی مانده

در اینجا مسائلی را متذکر می‌شویم که مرحوم امام (ره) در تحریر الوسیله به آن اشاره فرموده‌اند ولی فقهای دیگر به آن اشاره کرده‌اند:

الف) چرا با این که قرآن تقسیم ثنایی دارد ولی برخی از فقها و روایات تقسیم ثلاثی کرده‌اند؟

جواب: قرآن نمی‌خواهد بگوید که مردم دو بخش‌اند، بلکه از باب مثال است، چرا که قابل انکار نیست که طبقه متوسط بیشترین افراد جامعه را تشکیل می‌دهند، پس ثلاثی گفتن مخالفت با قرآن نیست، علاوه بر این هر کدام از اقسام ثلاثه هم دارای درجاتی است.

ب) آیا رضایت زوجه در متعه شرط است؟

جواب: بعضی از عامه رضایت زوجه را شرط می‌دانند با این که قرآن اطلاق دارد و ندارد که رضایت زوجه را حاصل کنند، و این اجتهاد در مقابل نص است و اصل، براءت از زاید است و اگر رضایت زوجه شرط باشد، شاید زوجه به اندازه مهر المثل هم راضی نشود.

ج) حال اگر متعه به اندازه نصف مهر المثل (اگر دخول حاصل می‌شد باید تمام مهر المثل را می‌دادند) یا به اندازه مهر المثل یا بیشتر از آن بود آیا اشکالی دارد و باید از آن کمتر باشد؟

جواب: لازم نیست مهر المثل سنجیده شود و ظاهر قرآن این است که «عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَةً»، بنا بر این مقید به مقدار مهر المثل نیستیم.

د) آیا متعه را قبل از طلاق بدهند یا بعد از طلاق؟

جواب: ظاهراً بعد از طلاق است «إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ» ... ولی در بعضی از روایات خواندیم که می‌فرمود: «يَمْتَعَهَا قَبْلَ أَنْ يَطْلُقَهَا» که باید حمل بر استحباب کنیم.

ه) آیا زن می‌تواند بگوید که تو مرا طلاق بده، متعه را به تو بخشیدم؟ آیا ابراء از متعه صحیح است؟

جواب: بعضی می‌گویند که نمی‌شود چون از قبیل ابراء قبل از ضمان (اسقاط مال می‌باید) است. ما معتقدیم در جایی که در آستانه واقع شدن است، اسقاط مال می‌باید جایز است، مثلاً در آستانه نکاح می‌تواند حقّ قسم را ساقط کند و در ما نحن فیه چون در آستانه طلاق است، زوجه می‌تواند ابراء کند.

۲۷- ادامه مسئله ۵ / ۸ / ۹ / ۸۳ بیان ذلک، اسقاط حق بر ۳ صورت است:

صورت اول: جایی است که حقّی واجب شده که همه می‌گویند در این صورت می‌تواند حقّ خود را ساقط کند.

صورت دوم: در جایی است که در آستانه وجوب است، در اینجا نیز اسقاط حق جایز است.

صورت سوم: این است که نه واجب شده و نه در آستانه وجوب است؛ در اینجا چیزی نیست که ساقط کند، به عنوان مثال همه قبول دارند که در آستانه عقد بیع می‌توان اسقاط کافهٔ اختیارات کرد، حتی غبن فاحش را، در حالی که هنوز خیاری نیامده، پس چه چیزی را ساقط می‌کند؟ همه چنین اسقاطی را جایز می‌دانند، چون در آستانه وجوب است، پس اگر این را قبول کردیم، در هر جا که در آستانه وجوب باشد، می‌توان حق را اسقاط کرد و لو لم یجب، و دلیل این امر هم بنای عقلاست، یعنی همان گونه که عقلا می‌گویند اسقاط ما لم یجب جایز نیست.

(۱). ح ۱۱، باب ۴۸ از ابواب مهور.

(۲). ح ۵، باب ۴۹ از ابواب مهور.

(۳). ح ۶، باب ۴۹ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۳۷

شاهد دیگر این که در باب عقد متعه اهل سنت زیر بار عقد متعه نمی‌روند ولی عقدی به نام «مسیار» درست کرده‌اند که عقدی دائم است، ولی تمام خواص عقد متعه را دارد، یعنی زوجه نه حق میراث دارد و نه حق قسم و نه حق نفقه که این حقوق زوجیت را در ضمن عقد ساقط می‌کند، در حالی که عقدی هنوز واقع نشده است، پس اهل سنت هم قائلند که بعضی از حقوق قابل اسقاط است. نتیجه: اسقاط ما لم یجب باطل است، الا در جایی که در آستانه وجوب باشد که اسقاط را در اینجا جایز می‌دانند. در ما نحن فیه هم که متعه عقد بلا مهر است، در آستانه طلاق زوجه می‌تواند حق متعه خود را ساقط کند. همان گونه که گفته شد در مسئله پنجم چهار فرع داریم که تا اینجا فرع اول بیان شد.

فرع دوم: جدایی با فسخ

اشاره

جدایی با طلاق نیست بلکه با فسخ است.

زن قبل از دخول بالفسخ از مرد جدا شد (مثلا فسخ به عیوب) در حالی که مهري هم در عقد تعیین نکرده‌اند، آیا در فسخ به عیوب یا فسخ به خیار شرط یا تدلیس و امثال آن و یا در صورت انفساخ عقد مانند این که زن نوهٔ دختری خود را شیر دهد که مطابق مذهب مشهور زن در خانه شوهر بر شوهر حرام می‌شود و نکاح خود به خود منفسخ می‌شود و یا ارتداد زوج که در صورت ارتداد زوج عقد منفسخ می‌شود، آیا حکم طلاق جاری می‌شود تا متعه واجب باشد؟ این مطلب محل بحث است. مشهور معتقدند که شامل فسخ و انفساخ نمی‌شود، چون ادله (آیات و روایات) همه در مورد طلاق بود، به عبارت دیگر متعه خلاف اصل است و چیزی که خلاف اصل است، دلیل می‌خواهد و قیاس جایز نیست، ولی در مقابل بعضی به دو دلیل متعه را در این صورت هم لازم دانسته‌اند:

۱- الغای خصوصیت قطعیه (تنقیح مناط):

طلاق خصوصیتی ندارد بلکه عرف می‌گوید ملاک جدایی است و جدایی حاصل شده است، پس باید آن هدیه را بدهد.

۲- روایت جابر:

...* عن جابر (جعفی) عن أبي جعفر عليه السلام في قوله تعالى «فَمَتَّعُوهُنَّ وَسِرَّحُوهُنَّ سِرَّاحًا جَمِيلًا» قال: مَتَّعُوهُنَّ جَمَلُوهُنَّ بِمَا قَدَرْتُمْ عَلَيْهِ فَإِنَّهُنَّ يَرْجَعْنَ بِكَأَبِئَةٍ وَحَيَاءٍ وَهَمِّ عَظِيمٍ وَشِمَاتَةٍ مِنْ أَعْدَائِهِنَّ «... ۱».

این تعابیر در تمام جدایی‌ها هست، حتی اگر طلاق هم نباشد، بنابراین اگر علتی که از این روایت استفاده می‌شود ملاک قرار دهیم باید به عمومیت متعه در طلاق و غیر آن قائل شویم.

جواب از دو دلیل:

مشهور در مقابل معتقدند که این الغای خصوصیت قطعی نیست و روایت سندا و دلالتا اشکال دارد.

از نظر سند: یکی از افراد مورد اشکال «عمرو بن شمر» است. مرحوم نجاشی که استاد کل در علم رجال است می‌فرماید: او جدًّا ضعیف است و بسیاری از روایات جابر جعفری را جا به جا کرده است.

مرحوم حاجی نوری در مستدرک او را ثقه می‌داند، چون پنج نفر از اصحاب اجماع از او نقل کرده‌اند. آیا نقل اصحاب اجماع از کسی دلیل وثاقت آن فرد است؟

اصحاب اجماع خودشان ثقه هستند نه این که آن کسی که اینها از او نقل می‌کنند آن هم ثقه باشد.

این شخص جزء اسناد کامل الزیارات هم هست و آقای خوبی ابتداء تمام رجال کامل الزیارات را ثقه می‌دانستند چرا که ابن قولویه فرموده که او فقط از ثقات نقل کرده است، ولی نقل کرده‌اند که آقای خوبی بعدا از این نظریه برگشتند. پس «عمرو بن شمر» قابل توثیق نیست.

اشکال دیگر سند «حسن بن سیف» است که شخصی مجهول الحال است، البته برادرش علی شاید معتبر باشد، پس این سند ضعیف است.

از نظر دلالت: آن چه که در این روایت امام ذکر فرموده‌اند حکمت است نه علت، و در مورد مطلقه است پس در غیر مورد طلاق متعه واجب نیست.

لکن الإنصاف: انصاف این است که طلاق فرقی با انفساخ ندارد و احتیاط واجب این است که زوج متعه بدهد، چرا که در شرع اسلام نداریم کسی که شوهر کند و چیزی به او ندهند (شاید در مورد عیب بگوئیم چون معیوب بوده چیزی ندارد) چون اگر چیزی ندهد مانند هبه البضع است که گفتیم از خصایص النبی صلی الله علیه و آله است و بسیار بعید است و لذا می‌گوئیم احتیاط و جویی این است که مرد متعه را بدهد به خصوص اگر

(۱). ح ۶، باب ۴۹ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۳۸

تمتعاتی هم برده باشد.

فرع سوم: جدایی با موت

اشاره

این فرع در جایی است که مهر و دخولی نبوده و با موت از هم جدا شده‌اند، آیا متعه در اینجا لازم است؟

در اینجا نیز بحث است و ادّعی اجماع شده که در این صورت چیزی به زوجه پرداخت نمی‌شود.

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

فإن مات أحدهما قبل الدخول و قبل الفرض فلا مهر لها و لا متعة عندنا. «۱»

ظاهر تعبیر «عندنا» اجماع است.

ادّئه:

۱- اجماع:

همان گونه که مرحوم صاحب جواهر فرمودند مسأله اجماعی است.

۲- روایات:

به چند روایت هم استدلال شده است. در این روایات صحبتی از متعه نمی‌شود و فقط «لا مهر لها» می‌فرماید این سکوت امام علیه السلام در مقام بیان حقّ مرثه، لا أقلّ در هفت مورد- که بیش از این هم ممکن است باشد- دلیل بر نفی متعه است. «۲» یک روایت را از باب نمونه بیان می‌کنیم و روایات دیگر هم به همین مضمون است. بنا بر این مذهب مشهور قوی به نظر می‌رسد که مرحوم امام در تحریر الوسيله هم به همان قائلند.

...* عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في المتوفى عنها زوجها إذا لم يدخل بها إن كان فرض لها مهرها فلها مهرها الذي فرض ...

و إن لم يكن فرض لها مهرها فلا مهر لها «... ۳».

از این که در روایت نفرموده است باید متعه بدهند، معلوم می‌شود که متعه لازم نیست، چون اگر لازم بود باید امام می‌فرمود چرا که در مقام بیان است.

أضف إلى ذلك: ادّئه متعه هم از این مورد کوتاه است، چون در مورد طلاق بود و شامل صورت موت نمی‌شود.

فقط در اینجا یک مشکل وجود دارد و آن این که عدم پرداخت متعه باعث می‌شود که زن هیچ چیزی نداشته باشد و شبیه هبه می‌شود، در حالی که مرثه موهوبه از خصائص النبی صلی الله علیه و آله است. زوج در این مدّت با این مرثه بوده و انواع تمتّعات را غیر از دخول از این زن برده است، حال که زوج فوت کرده، اگر در مقابل، متعه‌ای پرداخت نشود، عملاً شبیه هبه می‌شود.

در این موارد و لو روایات متعدّدی داریم که در مقام بیان است و سخنی از متعه در آن نیست ولی مشکل ما در این است که وقتی در مقابل آیه قرار می‌گیریم، آیه می‌فرماید هبه از خصائص النبی است. بنا بر این اگر ورثه صغیری در بین ورثه نباشد، کبیرها احتیاطاً هدیه‌ای مناسب شأن زوج به این مرثه بدهند تا مشکل موهوبه پیدا نکند. الغای خصوصیت هم در اینجا ممکن است ولی ما سراغ آیه می‌رویم.

۲۸- ادامه مسئله ۵ / ۹ / ۸۳

فرع چهارم: عدم تعیین مهر و حصول دخول

اگر تعیین مهر نشده ولی دخول حاصل شد، اجماعی است که در این صورت مهر المثل لازم است. احوال:

مرحوم کاشف اللثام می‌فرماید:

فإن دخل فلها مهر المثل لأن البضع لا يخلو عن العوض إذا لم يكن بغيا للأخبار و الإجماع. «۴»

مرحوم صاحب جواهر تعبیر محکم تری دارد و می‌فرماید:

بلا خلاف بل الإجماع بقسمیه علیه. «۵»

ادله:

اشاره

به دو دلیل تمسک شده است:

۱- اجماع:

همان گونه که بیان شد مسأله اجماعی است و این اجماع مدرکی نیست، چون مسأله از مسلمات است.

۲- روایات:

سه روایت داریم که صریح و معتبر است:

...* عن الحلبي (صحيحه) قال: سألته (مضمرة است ولى شخصيتي مثل حلبي از غير امام سؤال نمی‌کند) عن الرجل يتزوج امرأة فدخل بها و لم يفرض لها مهرا ثم طلقها فقال: لها مهر مثل مهور نساؤها و يمتعها (مشهور به وجوب متعه که در این ذیل

(۱). ج ۳۱، ص ۵۱.

(۲). ج ۴، ۷، ۸، ۱۱، ۲۰، ۲۱ و ۲۲ باب ۵۸ از ابواب مهور.

(۳). ج ۲۲، باب ۵۸ از ابواب مهور.

(۴). ج ۷، ص ۴۰۳.

(۵). ج ۳۱، ص ۵۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۳۹

آمده فتوا نداده‌اند، مگر این که بگوییم در تمام طلاقها اگر هدیه‌ای به زن داده شود مستحب است) «۱».

* و باسناده عن علی بن حسن بن فضال (از فطحیه است به همین جهت روایت موثقه است ...). عن منصور بن حازم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل يتزوج امرأة و لم يفرض لها صداقا قال لا شيء لها من الصداق فإن كان دخل بها فلها مهر نساؤها (ای مهر مثل مهر نساؤها و مراد از نساؤها چیست؟ آیا مراد هم شأن است، یا هم سن و سالها، یا فامیل) «۲».

...* عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله (روایت موثقه است البته تعبیر عن غیره دارد که در این صورت روایت مرسله است) قال:

قال أبو عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة و لم يفرض لها صداقها ثم دخل بها قال: لها صداق نساؤها. «۳»

جمع بندی:

اولاً؛ دلیل ما اجماع است، ثانياً؛ روایات متعدّد و مورد اعتماد و ثالثاً؛ جایی در فقه نداریم که بضع بدون عوض باشد، حتّی در وطی

به شبهه هم همه فائند که مهر المثل لازم است، به تعبیر دیگر مرثه موهوبه نداریم و باید چیزی به او داده شود تا موهوبه نشود.
مهر المثل ما ذا؟

تا اینجا در مورد مهر المثل صحبت کرده ایم و اما مهر المثل چیست؟

مهر المثل در مسائل مختلفی مطرح است، یک فرض آن این بود که دخولی حاصل شده و مهری تعیین نشده و فرض دیگر در وطی به شبهه است و فرض دیگر در جایی است که مهر فاسد است، مثلا مال مسروقه ای مهر قرار داده شده که در این صورت مهر فاسد است و باید مهر المثل پرداخت شود.

۲۹- مسئله ۶ (مهر المثل) ۱۰ / ۹ / ۸۳

مسأله ۶: الأحوط فی مهر المثل هنا التصالح

اشاره

فیما زاد عن مهر السنه (مهر السنه قطعی است ولی بیش از آن را باید مصالحه کنند) و فی غیر المورد (مانند وطی به شبهه، مهر غیر مملوک یا مهر از مال غیر) ... مما نحکم بمهر المثل (مثل وطی شبهه) ملاحظه حال المرأة و صفاتها من السن و البکاره و النجابه و العفه و العقل و الأدب و الشرف (شخصیت خانوادگی) و الجمال (زیبایی های ظاهری) و الکمال (زیبایی های معنوی مثلا هنرمند یا خیاط است) و أصدادها (اگر ضد این صفات باشد مهر پایین می آید) بل یلاحظ کل ما له دخل فی العرف و العاده (مثلا موقعیت قبیله، فامیل، خانواده شهید بودن، پدر در قید حیات بودن) ... فی ارتفاع المهر و نقصانه فتلاحظ أقاربها و عشیرتها و بلدها (مثلا در یک شهر ممکن است مهر المثل بالا- باشد) و غیر ذلك أيضا (مثلا زمان هم مؤثر است در بعضی از زمانها مهر المثل پایین و در بعضی از زمانها بالاست).

عنوان مسأله:

اشاره

این مسأله دارای دو فرع است:

فرع اول: مهر المثل در مرأه مفوضه فرع دوم: مهر المثل در موارد دیگر در موارد دیگر مهر المثل باید شأن زوجه را بسنجیم اما در ما نحن فیه باید بیش از مهر السنه نباشد چون روایت داریم که این چیز عجیبی است و مشهور هم به همین فتوا داده اند.

فرع اول: مهر المثل در مرأه مفوضه

اشاره

اگر زن مفوضه (زنی که موقع عقد مهری برای او قرار داده نشده است) مدخوله باشد مهر المثل لازم است، ولی مهر المثل او نباید بیش از مهر السنه باشد.

اقوال:

در این مسأله سه قول است:

۱- قول مشهور و معروف این است که مهر المثل زاید بر مهر السنه (۵۰۰ درهم) نباشد و ادعای اجماع بر این قول شده ولی اجماعی نیست.

۲- قولی که بزرگانی مانند علامه و محقق ثانی و شهید ثانی به آن قائل شده‌اند و معتقدند باید مهر السنه بدهند هر چقدر که باشد.

۳- قولی که مرحوم امام (ره) و بعضی دیگر دارند و قائلند که باید احتیاط کنند، یعنی مهر السنه را بدهند ولی در مورد زاید بر مهر السنه تا مهر المثل مصالحه کنند تا هم زوج احتیاط کرده باشد و هم زوجه.

بهترین کلام در مورد اقوال این مسأله، کلام مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد است که می‌فرماید:

يؤيد الأول (قول مشهور) اشتهار القول بذلك بين الأصحاب

(۱). ج ۱، باب ۱۲ از ابواب مهوور.

(۲). ج ۲، باب ۱۲ از ابواب مهوور.

(۳). ج ۳، باب ۱۲ از ابواب مهوور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۴۰

حتی کاد أن يكون اجماعا بل ادعى الشارح الفاضل (احتمالا مراد مرحوم فخر المحققین در شرح ایضاح الفوائد است) الاتفاق علی ذلك و ليس الأمر كما ادعاه قطعاً فإن المصنّف (مرحوم علامه) صرح بالخلاف عندنا في المختلف (که مسائل خلافیه بین شیعه را متعرض شده‌اند و اگر مسئله‌ای اجماعی بوده در آنجا مطرح نکرده‌اند) و حکى القولین (قول مشهور و غیر مشهور) و لم يرجح شيئا و لا شبهة في قوة القول الثاني (قول غیر مشهور) لكن مخالفة كبراء الأصحاب من الأمور المستهجنه و العمل بالمشهور أحوط (بنا بر این که بر زاید مصالحه کنند و احوط مصالحه است). «۱»

از کسانی که قول دوم (غیر مشهور) را اختیار کرده، شهید ثانی در مسالک «۲» است. مرحوم علامه هم در قواعد می‌فرماید:

و الأقرب عدم تقديره بمهر السنه.

ولی مرحوم صاحب جواهر با مشهور موافق است و می‌فرماید:

[هذا القول] (قول دوم) واضح الفساد «۳».

البته خواهیم دید که قول دوم نه تنها واضح الفساد نیست بلکه مطابق ادله است.

دلیل قول مشهور (مهر السنه): روایت ابو بصیر

عمده دلیل این قول روایت ابو بصیر است.

* و عنه، عن يعقوب بن يزيد و محمد بن عيسى الأشعري جميعا عن محمد بن أبي عمير، عن أبان بن عثمان (محل بحث است) عن أبي بصير قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فوهم (نسی) أن يسمي لها صداقا حتى دخل بها قال: السنه و السنه خمس مائة درهم الحديث «۴».

جواب از دلیل: غیر مشهور این حدیث را از نظر سند و از نظر دلالت مورد ایراد قرار داده‌اند:

از نظر سند: «ابان بن عثمان» را ضعیف دانسته‌اند، چون فاسد المذهب و از ناووسیه بوده است (وقفوا علی امام الصادق علیه السلام و شش امامی هستند و چون اسم سردمدارشان ناووس بوده ناووسیه خوانده شده‌اند یا اسم محل سکونتشان ناووس بوده است).

قلنا: در رجال او را از اصحاب اجماع دانسته و اجماع بر وثاقتش نموده‌اند، چون فساد مذهب دلیل بر عدم توثیق نیست، به عنوان

مثال روایات فطحیه را می‌پذیریم، زیرا شیعه دوازده امامی نیست ولی موثق است. او در کتب اربعه حدود هفتصد روایت دارد؛ پس اشکال سندی وارد نیست.

از نظر دلالت: گفته شده است که این روایت در مورد نسیان است نه در مورد مفوضه که عالما و عامدا مهر را ذکر نمی‌کنند تا در آینده تعیین کنند.

قلنا: این اشکال دلالتی هم محلّ بحث است، چون اگر در ناسیه مهر السنّه ثابت باشد، در مفوضه شاید به طریق اولی مهر السنّه ثابت باشد.

نتیجه: اشکال در سند و دلالت روایت وارد نیست، به خصوص که عمل مشهور هم مطابق آن است و باید راه حلّ دیگری پیدا کرد. مؤیداتی هم برای قول مشهور بیان شده است.

مؤید اول: روایت «أسامه بن حفص» که مرحوم آیه الله سبزواری در مهذب به عنوان روایت موثقه به آن تکیه کرده‌اند.

... عن أسامه بن حفص و كان قیما لأبی الحسن موسی علیه السلام (نماینده و کارپرداز حضرت بود) قال قلت له: رجل یتزوج امرأة و لم یسم لها مهرا و كان فی الکلام: أتزوجک علی کتاب الله و سنّه نیبه فمات عنها أو أراد أن یدخل بها فما لها من المهر؟ قال: مهر السنّه، قلت:

یقولون لها مهور نساءها فقال: مهر السنّه و کما قلت له شیئا قال: مهر السنّه (امام بر مهر السنّه تکیه کرده است) «۵».

این روایت مؤید است و دلیل نیست، چون در صیغه عقد «و سنّه نیبه» گفته است شاید به این جهت امام مهر السنه فرموده‌اند، پس ارتباطی با بحث ما ندارد و در واقع تعیین مهر کرده و مفوضه نیست و اگر احتمال هم بدهیم قابل استدلال نیست.

مؤید دوم: روایت دیگری را که مرحوم صاحب جواهر به عنوان مؤید ذکر کرده، روایت «مفضل بن عمر» است که در رجال محلّ بحث است.

... عن محمد بن سنان (محلّ بحث) عن المفضل بن عمر (محلّ بحث) قال: دخلت علی أبی عبد الله علیه السلام فقلت له: أخبرنی عن مهر المرأة الّذی لا یجوز للمؤمنین أن یجوزوه (در مورد مفوضه نیست و مطلق است) قال: فقال: السنّه المحمّدیة، خمس مائة درهم فمن زاد علی ذلك (و لو مهر را تعیین کرده‌اند) ردّ إلى السنّه و لا شیء

(۱). ج ۱۳، ص ۴۲۵.

(۲). ج ۸، ص ۲۰۳.

(۳). ج ۳۱، ص ۵۴.

(۴). ج ۲، باب ۱۳ از ابواب مهور.

(۵). ج ۱، باب ۱۳ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۴۱

علیه أكثر من الخمس مائة درهم (تا اینجا چیزی است بر خلاف اجماع) فإن أعطاهما من الخمس مائة درهم أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شیء علیه، (اگر یک درهم از این مهریه را داد و بعد دخول صورت گرفت، باقیمانده مهر باطل می‌شود) قال: قلت: فإن طلقها بعد ما دخل بها قال: لا شیء لها إنما كان شرطها خمس مائة درهم فما أن دخل بها قبل أن تستوفی صداقها هدم الصداق «...۱».

این ذیل خلاف کتاب الله، اجماع و روایات دیگر است؛ البتّه قابل توجیه است و آن این که در میان مردم در آن زمان معمول بوده که مهر را قبلا می‌گرفتند و اگر چیزی را می‌گرفتند یعنی به آن راضی شده‌اند، و به همین جهت وقتی مقداری از مهر را گرفته یعنی

به آن راضی شده است.

این حدیث اصلاً ارتباطی به بحث ما ندارد و من العجب که صاحب جواهر آن را به عنوان مؤید ذکر کرده است.

۳۰- ادامه مسئله ۶ / ۱۱ / ۹ / ۸۳

ادله قائلین به مهر المثل (غیر مشهور):

۱- دلیل عقلایی:

بعضی مانند فخر المحققین در ایضاح الفوائد به این دلیل اشاره کرده و می‌فرماید:

إنّ هذا فی الحقیقه قیمة متلف (بهره‌برداری شده و چیزی تلف شده) فلا- یتقدّر بمهر السنّة (باید در عرف دید که قیمت این بهره‌برداری چقدر است) لأنّ المتقدّر المهر (مهر السنّة در حقیقت مهر نیست) و هذا (مهر السنّة) لیس بمهر فی الحقیقه و کلّ متلف مضمون لیس بمثل فیضمانه بقیمة، هذا وجه القرب (این که مرحوم علامه اقرب فرموده است، وجهش این است) «۲».

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد همین مطلب را به عنوان مؤید ذکر می‌کند.

در اینجا ما هم مؤیدی اضافه می‌کنیم. در قرآن مجید پنج بار از مهریه تعبیر به اجور شده است که چهار مورد در عقد دائم و یک مورد در متعه است. در مورد اجرت در جایی که اجر تعیین نشده باید اجرت المثل پرداخت شود و در همه جا چنین است، حال در مورد مهر هم در جایی که مهر تعیین نشده و مانند اجور است باید مهر المثل دهند.

دو مورد از موارد پنج‌گانه که در آنها از مهر تعبیر به اجور شده می‌خوانیم:

﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحَلَّلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾ ازواج پیامبر دائمی بودند نه منقطع پس «اجورهن» به معنای مهر آمده است.

در مورد عقد منقطع هم می‌فرماید:

﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾. «۳»

این آیات پنج‌گانه مؤید است که نظر شارع مقدّس به مهر، نظر اجرتی است و در اجرت هم وقتی تعیین نشود اجرت المثل می‌دهند که این مؤیدی است بر دلیل عقلایی.

إن قلت: نکاح حقیقتاً معاوضه نیست، چون ذکر مهر را لازم نمی‌دانید و اگر معاوضه بود جزء ارکان بود، در حالی که ارکان فقط زوج و زوجه است.

قلنا: عدم ذکر مهر معنایش این نیست که معاوضه نیست، مثلاً در موارد کثیری داریم که حکم اجاره را دارد ولی تعیین قیمت هم نمی‌شود. از اجاره بالاتر در رستورانها غذا می‌خوریم، بدون این که تعیین قیمت کنیم و بعد از صرف غذا حساب می‌کنیم. بنا بر این عدم ذکر مهر دلیل بر این نیست که نکاح معاوضه نیست، بلکه شبه معاوضه است ولی آثار معاوضه را دارد. و بهره‌گیری است که در مقابل آن مهر و اجری است.

۲- روایات:

روایات سه‌گانه‌ای که سابقاً از باب دوازده خوانده‌ایم (روایت حلبی، منصور بن حازم و عبد الرحمن بن ابی عبد الله) هر سه صحیحه بود. در این روایات وقتی از مرثه مفوضه مدخوله سؤال می‌شود، امام می‌فرماید: «لها مهر مثل مهور نساها».

این روایات در مقام بیان است، چرا به این روایات عمل نمی‌کنید؟

جمع بین روایات:

ممکن است گفته شود که نسبت روایت ابو بصیر - که می‌فرمود مهر السنّه لازم است - و این روایات نسبت مطلق و مقید است یعنی این که روایات سه‌گانه را مقید می‌کند به مهر السنّه. آیا چنین جمعی درست است یا این که نه این روایات متعارض هستند؟ ظاهر این است که این روایات متعارض هستند، چون در صورت تقیید، تخصیص اکثر لازم می‌آید، چرا

(۱). ج ۱۴، باب ۸ از ابواب مهور.

(۲). ج ۳، ص ۲۱۶.

(۳). سورة نساء، آیه ۲۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۴۲

که در آن زمان غالب مهور بیش از مهر السنّه بود، به خصوص در عصر امام صادق علیه السلام، حال اگر «مهر نساءها» را به مهر السنّه تخصیص بزیم، تخصیص اکثر لازم می‌آید. هر کجا که تخصیص اکثر لازم می‌آید، عام و خاص تبدیل به متباینین و متعارضین می‌شود.

جمع دیگر:

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۶، ص: ۴۲

ممکن است به گونه دیگری روایات را جمع کنیم و آن این که روایت ابو بصیر را حمل بر استحباب کنیم که یک جمع آبرومندانه‌تری است.

و الشاهد علی ذلك؛ این که تشویق به مهر السنّه در غیر مفوضه هم زیاد است و می‌فرماید اگر مهر را تعیین کردید به مهر السنّه برگردانید که روایات عدیده‌ای در باب ۴ از ابواب مهور داریم.

پس روایت ابو بصیر بیان استحباب و روایات سه‌گانه بیان واجب می‌کند.

تلخص من جميع ما ذكرنا؛ قول صاحب مسالك به حسب ادله قول خوبی است و این که صاحب جواهر آن را واضح الفساد می‌داند، صحیح نیست و اگر کسی مانند مرحوم امام بخواهد احتیاط کند خوب است و احتیاط طریق نجات است.

۳۱- ادامه مسئله ۱۴۶ / ۹ / ۸۳

فرع دوم: مهر المثل از موارد دیگر

اشاره

مراد از مهر المثل چیست؟ مماثلت در چه چیزی لازم است؟

در موارد زیادی در فقه مهر المثل لازم است (سه مورد در مسئله هفتم خواهد آمد) که در تمام این موارد باید ببینیم منظور از مهر المثل چیست؟

مرحوم محقق در شرایع سه چیز را بیان کرده و می‌فرماید:

المعتبر فی مهر المثل حال المرأة فی الشرف و الجمال و عادة نساءها (آنچه در میان زنان هم ردیف او مرسوم است).

گرچه مرحوم محقق سه چیز را بیشتر بیان نمی‌فرماید ولی جمله آخر عام است و همه مماثلتها را شامل می‌شود.

مرحوم صاحب جواهر وقتی عبارت شرایع را بیان می‌کند اموری را هم اضافه کرده و می‌فرماید:
و السنّ و البکاره و العقل و اليسار و العفّة و الأدب و أضدادها و بالجمله ما یختلف به الغرض و الرغبة اختلافاً بیننا. «۱»
مرحوم صاحب ریاض هم در این زمینه تعبیرات دیگری اضافه کرده و می‌فرماید:

و صراحة النسب (قبیله خوب و خوش نام) و اليسار و حسن التدبیر و كثرة العشائر (بزرگی فامیل، چون در زمان سابق قبیله و فامیل مدافع شخص بود) عادة نساها و أمثال ذلك و المعتبر فی أقاربها من الطرفين (در مقابل ابو حنیفه و اصحابش که اقارب پدر را ملاک می‌داند) علی الأشهر الأقوی بل ظاهر المبسوط أنّ علیه الإجماع (احتمال دارد که فقط امور آخر اجماعی باشد و احتمال دارد به هر سه برگردد). «۲»

اقوال عامّه:

اقوال عامّه را از کتاب «الفقه علی المذاهب الأربعة» نقل می‌کنیم که الفاظی مانند ما دارند و تعبیراتشان مشابه تعبیرات ماست و همین اموری را که ما ملاک می‌دانیم آنها هم ملاک می‌دانند و فقط اختلاف در بین ما و حنیفه است که آنها در سنجش اقارب، اقارب اب را ملاک می‌دانند، ولی حنبله و ما می‌گوییم که اقارب اب و ام هر دو ملاک است.
تا اینجا معلوم شد که اقوال در مسأله چگونه است و ظاهر همه تعبیرات این است که همه از قبیل مثال است.

ادله:

این تعبیر در روایات نیست. تعبیرات روایات که در سه روایت باب ۱۲ آمده است و بیان شد، سه تعبیر قریب الأفق است:

۱- لها مهر مثل مهر نساها «۳».

۲- لها مهر نساها «۴».

۳- لها صدق نساها «۵».

ما غیر از این تعبیر چیزی در روایات نداریم، بنا بر این باید این سه تعبیر را بشکافیم و ببینیم مراد از «مثل» و «نساها» چیست؟
«مثل» یعنی کما و کیفاً به آن اندازه باشد. کما، مثلاً چند مثنی است و کیفاً یعنی نوعش، درهم است یا دینار؛ و مماثلت

(۱). ج ۳۱، ص ۵۲.

(۲). ج ۱۰، ص ۴۲۴.

(۳). ج ۱، باب ۱۲ از ابواب مهر.

(۴). ج ۲، باب ۱۲ از ابواب مهر.

(۵). ج ۳، باب ۱۲ از ابواب مهر.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۴۳

در بعض دیگر از صفات هم مدّ نظر است، مثلاً نقد است یا نسیه یا مقداری نقد است و مقداری نسیه.

و اما کلمه «نساها» اشاره به جمیع زنان منسوب با این زن است. آیا فقط اقارب مراد است یا همسایه‌ها را هم شامل است؟

تمام زنانی که هم ردیف و هم طراز او هستند مراد است و قوم و خویش بودن ملاک نیست، بنا بر این نساها معنایش وسیع است، البتّه اقارب اولویّت دارد.

ما علاوه بر آن چه که صاحب جواهر و صاحب ریاض و فقهای عامّه گفته‌اند، چیزی اضافه می‌کنیم و آن این که مهر المثل با

صفات زوج هم متفاوت است، مثلاً اگر زن یک شخص مسنّ باشد یا جوان، این هم در میزان مهر المثل مؤثر است.

چه کسی این مماثلت را تعیین می کند؟

دو حالت دارد: گاهی زوج و زوجه توافق می کنند که بحثی ندارد ولی در جایی که زوج و زوجه اختلاف دارند باید به حاکم شرع مراجعه شود و حاکم شرع خبره‌ها را مأمور بررسی می کند.

بقی هنا أمور:

الأمر الأول: چیزی که در روایات سه گانه و کلمات فقها آمده یک مسئله تعبدی و شرعی نیست

بلکه یک قاعده عقلائیّه است که اگر منفعتی فوت شود، باید مثلش را داد مثلاً اگر کسی در خانه دیگری نشست و مال الاجاره تعیین نکرد، بعداً اجرة المثل را می دهند. این قاعده در تمام ابواب ضمان جاری است، پس این یک بحث تعبدی نیست که روی جزئیات آن بحث کنیم.

الأمر الثاني: گاهی امثال مختلف است،

مثلاً دختر خاله صد سکه مهر دارد، دختر عمّه ۲۰۰ سکه و دختر دایی ۳۰۰ سکه، در حالی که از همه جهات با هم مساوی هستند، در اینجا چه باید کرد؟ قاعده عقلائیّه این است که میانگین و حدّ وسط را اخذ کنیم، همان گونه که در سایر موارد اختلاف چنین است که به آن «قاعده عدل و انصاف» می گویند.

مرحوم شیخ انصاری در رسائل در جایی که دو درهم از یک نفر و یک درهم از شخص دیگر در نزد شخص ثالثی بوده و یک درهم را دزد برده، گفتند که یک درهم یقیناً برای صاحب دو درهم است و درهم دیگر را بین دو نفر تقسیم می کنیم که این قاعده عدل و انصاف است، و لو مخالفت قطعیه هم باشد، عقلاً حلّ مشکل را به همین می دانند.

الأمر الثالث: گاهی افرادی در مهر به دلایلی تخفیف می دهند

و یا مهر السنّه را مهر قرار می دهند. آیا در مهر المثل سنجیدن اینها هم معیار است؟ اینها را نباید به حساب آورد، چون مانند این است که جنسی قیمتش پانصد تومان است، ولی من به ملاحظاتی به شخصی تخفیف می دهم که این قیمت جنس نیست، پس ملاحظات در مهر مدار محاسبه مثل نیست. گاهی هم ممکن است مهر را بیش از مقدار متعارف قرار دهند که اینها هم در محاسبه مهر المثل ملاک و معیار نیست.

۳۲- مسئله ۷ (لو أمهر مهرا فاسدا) ۸۳/۹/۱۵

مسألة ۷: لو أمهر ما لا يملكه أحد

اشاره

كالحِرِّ (مال نیست) أو ما لا يملكه المسلم كالخمر و الخنزير صحّ العقد و بطل المهر و استحققت عليه مهر المثل بالدخول و كذلك الحال فيما إذا جعل المهر شيئاً باعتقاد كونه خلاّ فبان خمراً (مالیت ندارد ولی خیال کرد مال است) أو جعل مال الغير باعتقاد كونه ماله فبان خلافه (مالیت دارد ولی ملکیت ندارد).

عنوان مسأله:

اگر مهر فاسدی مهر قرار داده شود، تکلیف چیست؟ مرحوم امام سه مورد برای مهر فاسد ذکر کرده‌اند که منحصر به این سه مورد هم نیست:

۱- «ما لا یملکه احد» و یا «ما لا یملکه المسلم» را مهر قرار می‌دهند.

۲- به گمان مالیت چیزی را مهر قرار می‌دهند، در حالی که در واقع مال نیست، مثلاً ظرفی را که خیال می‌کرد سرکه بوده مهر قرار می‌دهند و در واقع خمر بوده و قابلیت برای مهر ندارد.

۳- چیزی مالیت دارد خیال می‌کند ملکیت هم دارد ولی در واقع ملکیت ندارد، مثلاً خانه‌ای که خیال می‌کرد ملک اوست، آن را مهر قرار داد و معلوم شد ملکش نیست، و یا مهرهای بی حساب و کتاب امروزی مثل این که قلب یا چشم داماد را مهر قرار می‌دهند، در این موارد تکلیف چیست؟

بحث در این است که آیا در این موارد عقد صحیح است یا باطل؟ و اگر عقد صحیح است تکلیف مهر چیست؟

مرحوم شهید ثانی در مسالک کلامی دارد که خلاصه‌اش چنین است:

اگر عقدی ببندد بر چیزی که خیال می‌کرد مال است و بعد معلوم شود که مال نبوده است یا فکر می‌کرد عبد است ولی بعد کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۴۴

معلوم شد که حرّ است عقد صحیح است و بعد می‌فرماید:

و بالجملة عقدا علی ما یظنّان صلاحیته للمهر فبان عدمه صحّ العقد قولاً واحداً (اجماع قائم است) و اما المهر المعین (چون ملک و مال نبوده است) فلا شبهة فی فساد و فیما یجب ثلاثة أقوال «۱».

اقوال:

خلاصه اقوال در کلام مرحوم شهید ثانی چنین است:

قول اول: باید همان چیزی را که بر آن تراضی کردند بدهند.

مثلاً- اگر تراضی بر ظرفی از خلّ کرده‌اند و بعد معلوم شد که خمر است باید ظرف دیگری از خلّ بدهند، چون ما تراضیا کلیّ منطبق بر فرد فاسد بود، حال فرد دیگر همان کلیّ را می‌دهند.

این قول را ابن جنید و ابن ادریس و علامه در مختلف اختیار کرده‌اند.

قول دوم: مهر المثل واجب است که این قول را مرحوم علامه در اکثر کتابهایش اختیار کرده است.

قول سوم: قیمت مهر در نزد مستحلّین آن واجب است، مثلاً- خمر را در نزد مستحلّین آن قیمت می‌کنیم و قیمت آن را می‌پردازیم، این قول شیخ طوسی در خلاف است.

مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف، کتاب صدق، مسئله ده می‌فرماید:

إذا قال (زوج) أصدقتها هذا الخلّ فبان خمرًا كان لها قيمتها عند مستحلّیها و قال الشافعی یبطل المسمی و لها مهر المثل، دلیلنا أن العقد وقع علی معین فنقله إلی مهر المثل یحتاج إلی دلیل. «۲»

مرحوم محقق هم می‌فرماید که قول ثانی (مهر المثل) اشبه به اصول و قواعد است. صاحب جواهر هم در ذیل این قول می‌فرماید:

القول الثانی ... أشهر. (۳)

تلخیص من جمیع ما ذکرنا: در مسأله سه قول است و قول مشهور یا اشهر مهر المثل است، البتّه همان گونه که بیان شد دو قول دیگر هم قائل دارد.

دلیل بطلان مهر:

مهر بلا شک باطل است، چون چیزی که مهر قرار داده شده قابلیت ندارد و این مسأله دلیل لازم ندارد و از قبیل قضایا قیاساتها معها است.

دلیل صحت عقد:

نمی‌توان گفت بطلان مهر به عقد سرایت می‌کند، به دلیل این که ما این عقد را با این مهر خواندیم وقتی قید رفت، مقید هم می‌رود، چرا که سابقاً بیان شد که در عرف عقلاً اینجاست عقد را تحلیل به دو انشا می‌کنند، انشایی به عقد و انشایی به مهر، به تعبیر دیگر از قبیل تعدّد مطلوب است و وقتی یک مطلوب از بین رفت، مطلوب دیگر باقی است که مثالهای زیادی در فقه داریم. مثلاً جنسی را به قید سلامت می‌خرد و معیوب در می‌آید، در اینجا عقد باطل نیست بلکه خیار عیب دارد و یا در بیع «ما یملک و ما لا یملک» معامله صحیح است و خیار تبعض صفت دارد و یا خمر و خل را با هم فروخته است (ما یملک و ما لا یملک) که در ما یملک صحیح است و مثالهای متعدّد دیگری از این قبیل که در آنها عقد صحیح است، چون بنای عقلاً بر این است که از قبیل تعدّد مطلوب است، پس فساد در این موارد به عقد سرایت نمی‌کند مگر این که شرط خلاف مقتضی عقد شود که تناقض در انشا است، بنا بر این با این که مهر فاسد است، عقد صحیح می‌باشد و کار مهر آسانتر از کار بیع است و وقتی در موارد فوق بیع صحیح است، به طریق اولی نکاح صحیح است.

وقتی مهر باطل و عقد صحیح است چه چیزی باید به عنوان مهر داده شود؟ بیان شد که سه قول است، اکنون به بررسی دلیل هر یک از اقوال می‌پردازیم:

دلیل قائلین به مهر المثل:

خلاصه دلیل کسانی که معتقدند مهر المثل باید داده شود این است که شما می‌گویید مهر باطل است و عقد هم صحیح است و دخول هم حاصل شده است، پس باید مهر المثل دهند، چون منفعت مستوفایی است که ضمان آور است و چون مهر نیست باید مثل آن را پرداخت کنند، کما این که در سایر موارد مانند اجاره چنین است که اگر اجرت تعیین نشده باشد، اجرت المثل پرداخت می‌شود.

إن قلت: چرا در باب معاملات اگر ثمن به طور کامل غیر ملک بود قائل به بطلان اصل معامله هستید و قیمت المثل را نمی‌گویید (مثلاً خانه را به چیزی فروخت که کُلش مالیت نداشت) ولی در اینجا قائل به بطلان نمی‌شوید.

قلنا: در باب بیع راه برای فسخ وجود دارد که مال به مالکش برگردد، ولی در ما نحن فیه منفعت مستوفات است و چیزی برای فسخ نیست، به عبارت دیگر ما نحن فیه مانند اجاره است نه این که مانند بیع باشد.

(۱). ج ۸، ص ۱۸۳.

(۲). ج ۴، ص ۳۷۱.

(۳). ج ۳۱، ص ۱۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۴۵

دلیل قول اول و سوم:

قول اول می گفت این جزئی باطل است، سراغ جزئی دیگر می رویم و قول سوم می گفت قیمت عند المستحلین را مهر قرار می دهیم که اقرب به نیت زوجین همین است نه مهر المثل، به خصوص در جایی که مهر المثل بیش از مهر تعیین شده باشد و یا کمتر باشد، پس مصداق دیگر و یا قیمت عند المستحلین را مهر قرار دادن اقرب به نیت زوجین است.

مرحوم صاحب جواهر این قول را ظاهر الفساد می داند و معتقدند اصلاً لازم به ذکر نیست، در حالی که بسیار مشکل است که قائل به مهر المثل شویم با این که اقرب به نیت زوجین نیست.

تلخیص من جمیع ما ذکرنا: مهر المثل مشهور یا اشهر است ولی اگر بخواهیم اقریبیت به نظر زوجین را ملاک قرار دهیم، باید در مسأله قائل به تفصیل شویم و بگوییم در جایی که ظرفی از خمر را به گمان خلل بودن مهر قرار داده و بعد خمر در آمده، باید یک ظرف خلل به عنوان مصداق دیگر این کلی به عنوان مهر بدهیم و در جایی که با علم به خمریت آن را مهر قرار دهند، قیمت در نزد مستحلین را می پردازیم.

حال اگر از مشهور واهمه داشته باشیم و بخواهیم احتیاط کنیم باید بگوییم زاید بر مهر المثل را مصالحه کنند و اگر واهمه نداشته باشیم قائل به تفصیل می شویم.

۳۳- ادامه م ۷ و م ۸ (لو شَرکَ أباهَا فی المهر) ۱۶ / ۹ / ۸۳ تصوّر ما این است که قول اخیر از همه بهتر است، چون بین مفوضه و ما نحن فیه فرق است، در مفوضه اصلاً مهری تعیین نکرده اند که باید مهر المثل بدهند و راه دیگری نیست، ولی در ما نحن فیه مهری تعیین کرده اند، ولی فاسد است، پس آنچه که اقرب به مهر فاسد است انتخاب می شود؛ علاوه بر این طرفین به مهر المثل راضی نبوده اند.

مسأله روایتی ندارد و تمام روایات در مورد مفوضه است، پس باید سراغ قاعده عقلائیة برویم نه این که سراغ مهر المثل برویم که گاهی یک دهم مهر واقعی هم نیست و گاهی هم ده برابر مهر واقعی است و این انصاف نیست.

ما به مشهور احترام قائلیم و حتی الامکان از آن جدا نمی شویم ولی در بعضی جاها ناچاریم از مشهور جدا شویم و اگر خواستید احتیاط مستحب کنید، می توانید ما به التفاوت مهر المثل و مهر تعیین شده را بدهید و احتیاط کنید، ولی انصاف این است که در مسأله آیه و روایت نداریم و ماییم و قواعد عقلائیة و این قواعد ما را به مهر المثل ملزم نمی کند.

و اما کسانی که امروزه قلب، چشم، دست و پای خود را مهر قرار می دهند، مهر باطل است، چون قیمت ندارد و مانند مفوضه است و باید مهر المثل داده شود، ولی اگر یک کلیه را مهر قرار دهند، چون امروزه خرید و فروش آن عقلائی است و قیمت دارد، اشکالی ندارد.

مسأله ۸: لو شَرکَ أباهَا فی المهر بَأَن سَمَى لَهَا مَهراً و لأبیها شیئاً معیناً یعین ما سَمَى لَهَا مَهراً لها و سقط ما سَمَى لأبیها

اشاره

فلا يستحق الأب شيئا.

عنوان مسأله:

اگر چیزی به عنوان مهر برای زوجه قرار دهد و چیزی هم برای اب او (پدر زوجه) قرار دهند کأنّ پدر خودش را در این ازدواج صاحب حق می‌داند، و گاهی برای مادر و یا برادر بزرگتر چیزی قرار می‌دهند چیزی که به عنوان مهر تعیین می‌شود صحیح است و پدر مستحقّ چیزی نیست.

اقوال:

مرحوم محقق در شرایع برای مسأله دو صورت قرار داده و صاحب جواهر آن را سه صورت کرده است.
صورت اول:

صورت اول در کلام مرحوم محقق این است که اگر چیزی برای زن به عنوان مهر و چیزی هم برای اب قرار داد لازم ما سَمی لها و سقط ما سَمی لأبيها؛ صاحب جواهر «۱» در ذیل این صورت می‌فرماید:
بلا خلاف بل عن الخلاف الإجماع علیه.

صورت دوم:

صورت دوم در کلام مرحوم محقق این است که: و لو أمهرها مهرا و شرط أن يعطى أباهما منه (زوج از همان مهر تعیین شده چیزی به پدر زوجه بدهد) شيئا معينا قيل يصحّ المهر و يلزم الشرط بخلاف الاول. مرحوم صاحب جواهر در ذیل این قسم هم می‌فرماید:

(۱). ج ۳۱، ص ۲۷-۳۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۴۶

فانّ المشهور كما في المسالك وغيرها على البطلان ايضا.

صورت سوم:

صاحب جواهر در ذیل کلامش صورت سومی دارد و آن این که مهری برای زن قرار دهد و زن در ضمن عقد شرط کند که زوج چیزی به پدرش بدهد.

این صورت را مرحوم صاحب جواهر بلا مانع می‌داند. البتّه در معاملات شرط برای اجنبی معنا ندارد، مثلا خانه را به تو می‌فروشم به شرط اینکه چیزی به زید برسد، این درست نیست.

مرحوم شهید ثانی در مسالك می‌فرماید:

وقد قطع المصنّف و الأصحاب بلزوم ما جعل لها و عدم صحّة ما جعل لغيرها ... و لم يخالف في ذلك أحد من الأصحاب إلّا ابن الجنيد (در حالی که از کلام ابن جنید هم مخالفت استفاده نمی‌شود) و در مورد صورت دوم می‌فرماید:

و المشهور بين الأصحاب عدم صحّته، در ادامه از ابن جنید مخالفت را نقل می‌کند و از مرحوم شهید اول و محقق شیخ علی (محقق

ثانی صاحب جامع المقاصد) «۱» تمایل به قول ابن جنید (صحت در صورت دوم) را نقل می‌کند. «۲»

جمع بندی:

شهرت بسیار قوی در صورت اول بر بطلان است و در صورت دوم هم شهرت قوی بر بطلان است.

سؤال: برای چه به پدر چیزی از مهر می‌دهند؟

بعضی می‌گویند هبه است، بعضی می‌گویند به خاطر زحماتی که پدر برای جلب رضایت دختر کشیده است، در مقابل آن زحمات می‌گیرد و گاهی هم ممکن است در مقابل تهیة جهیزیه برای دختر آن مبلغ را می‌گیرد که به عقیده ما اینها در بحث ما دخالتی ندارد و این همان شیربهایی است که مرحوم امام (ره) جداگانه ذکر کرده‌اند.

۳۴- ادامه مسئله ۱۷۸ / ۹ / ۸۳

ادله:

اشاره

به دو دلیل تمسک شده است:

۱- مقتضای قاعده:

مقتضای قاعده در صورت اول و دوم بطلان است چون طرف عقد زن و شوهر هستند و پدر طرف عقد نبوده و اجنبی است و نمی‌تواند سهمی در این معاهده داشته باشد پس قرار دادن سهمی برای او بیهوده و فاسد و باطل است، به عبارت دیگر مهر در مقابل بضع است و به صاحب بضع تعلق دارد و پدر در اینجا اجنبی است، و اذن ولی در باکره حقی است که باید مصلحت او را در نظر بگیرد، نه این که چیزی از مهر را مطالبه کند (اجازه پدر حکم است نه حق).

و اما صورت سوم که در آن، طرف معاهده زوج و زوجه هستند و زوجه می‌گوید به خاطر من فلان مبلغ را به پدر من بده (مشرط مرثه و مشرط له آب) صحیح است؛ زیرا زوجه شرطی به نفع خودش کرده که مورد آن شخص ثالث و شرط ضمن العقد است و از مهر نیست مانند داستان شعیب که او زحمتی که بر دوش دختران بود به دوش موسی گذاشت.

۲- روایت:

در این باب یک روایت صحیح داریم که مشهور به آن فتوا داده‌اند.

... عن الوشاء عن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول لو أن رجلاً تزوج المرأة و جعل مهرها عشرين الفا و جعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً و الذي جعله لأبيها فاسداً «۳».

«وشاء» لقبی است برای «حسن بن علی بن زیاد»، چون و شاء از ماده «وشی» به معنای گل دوزی و زینت دادن به لباس است و شاید کار او همین بوده. این شخص از بزرگان شیعه است و در رجال می‌گویند: وجه من وجوه اصحابنا و داستان عجیبی دارد.

این شخص ابتدا واقفی بود (وقف علی موسی بن جعفر علیه السلام) بعد شنید که امام رضا علیه السلام بعد از حضرت موسی بن جعفر علیه السلام آمده است خواست امام را امتحان کند. سؤالاتی پیچیده را بر کاغذی نوشت و در آستینش قرار داد و به منزل امام رفت، دید رفت آمد است، در کناری ایستاد تا خلوت شود و سؤالات خود را پرسد، در این وقت غلامی آمد و پرسید: ایکم حسن بن علی بن زیاد، گفت: من هستم، نامه‌ای به دستش داد، دید که پاسخ تمام سؤالاتش در آن آمده است بی آنکه حضرت او را

بیند. از اینجا فهمید که امام چه مقامی دارد و از آنجا از شیفتگان آن حضرت شد.

این روایت معتبر است و اصحاب هم به آن عمل کرده‌اند و

(۱). ج ۱۳، ص ۳۹۷.

(۲). ج ۸، ص ۱۷۶ و ۱۷۸.

(۳). ج ۱، باب ۹ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۴۷

در مورد صورت اول است و از آن به خوبی استفاده می‌شود که عقد صحیح و مهر هم صحیح است ولی آنچه که برای پدر قرار داده فاسد است و فساد آن به مهر و عقد سرایت نمی‌کند.

آیا صورت دوم از این حدیث استفاده می‌شود؟

این صورت ظاهراً داخل نیست، مگر این که بگوییم اطلاق شامل می‌شود جایی را که جزئی از مهر فاسد باشد و جایی را که جداگانه چیزی را قرار دهد و اگر هم از اطلاق حدیث صورت ثانیه را نفهمیم علی القاعده باطل است.

و اما صورت سوم داخل این حدیث نیست، چون «شرط علیه أن يعطى أباه» نمی‌گوید بلکه «جعل لها شيئاً لأبيها» می‌گوید و این داخل در روایت نیست و صحیح است.

۳۵- ادامه مسئله ۸ و مسئله ۹ (شیربها) ۲۱ / ۹ / ۸۳

بقی هنا شیء:

اگر به خاطر جعل للأب مهر را سبک قرار دهند و چیزی که برای اب قرار داده‌اند باطل باشد آیا این زن گرفتار خسران نمی‌شود؟ به عبارت دیگر شوهر می‌گوید می‌خواهم ده میلیون مهر برای تو قرار دهم ولی چون پدرت پنج میلیون می‌خواهد، پنج میلیون مهر تو و پنج میلیون به پدرت می‌دهم، اگر سهم پدر باطل باشد، زن دچار خسران می‌شود، حال آیا در اینجا مهر فاسد است و مهر المثل لازم است یا این که نه زوج باید جبران کند؟ آیا در اینجا زوجه حق دارد بگوید مهر من کم است و من در صورتی به این مهر راضی بودم که فلان مقدار به پدرم می‌رسید و اکنون که آن حق باطل شده این مهر را قبول ندارم؟

شاید عده‌ای معتقد باشند که زن چنین حقی ندارد، چون زمان حق او گذشته است و لکن قاعده لا ضرر در اینجا حاکم است. آن مردی که در بستان انصاری درختی داشت و برای رسیدگی به درخت خود سرزده وارد می‌شد و باعث آزار و ضرر به او می‌شد، پیغمبر به مرد انصاری فرمود: درخت را بکن و در جلوی او بینداز. آیا اینجا شامل ضرر نیست؟! و لذا همه فقها در تمام ابواب فقه به قاعده لا ضرر تمسک می‌کنند.

و این شئت قلت؛ در جاهایی که انسان شرط فاسدی قرار می‌دهد، می‌گوید شرط فاسد مفسد نیست، آیا در آنجا به مقتضای قاعده لا- ضرر خیار در عقد قرار نمی‌دهید؟ دلیل عمده خیار غبن قاعده لا ضرر است و این دختر هم مغبون شده است، چون خیال می‌کرد مقداری از پول برای اوست و پدرش با آن پول برای او جهیزیه تهیه می‌کند و چنین نشده و دختر مغبون شده است، بنا بر این در اینجا باید بگوییم لا ضرر شامل این مورد هم می‌شود.

پس ما نمی‌توانیم بگوییم مهر درست است و زن حق فسخ ندارد و گرفتار ضرر شود. علاوه بر این در بعضی از فروض ضرر بیش از این است؛ مثلاً قرار بود دوست سکه مهر او قرار دهند بعد راضی شد که صد و پنجاه سکه به پدرش بدهند و پنجاه سکه مهر او

کنند و او فکر می‌کرد که پدر با آن صد و پنجاه سکه جهیزیه خوبی برای او تهیه می‌کند و حال که آن صد و پنجاه سکه باطل شد، ضرر بر زوجه است.

مسئله ۹: ما تعارف فی بعض البلاد من أنه يأخذ بعض أقارب البنت كأبيها و أمها من الزوج شیئا

اشاره

- و هو المسمی فی لسان بعض ب «شیربها» و فی لسان بعض آخر بشیء آخر- لیس بعنوان المهر و جزء منه بل هو شیء یؤخذ زائدا علی المهر و حکمه أنه إن کان اعطاؤه و أخذه بعنوان الجعالة لعمل مباح فلا إشکال فی جوازه و حلیته بل و فی استحقاق العامل له و عدم سلطنة الزوج علی استرجاعه بعد إعطائه و إن لم یکن بعنوان الجعالة فإن کان اعطاء الزوج للقریب بطیب نفس منه و إن کان لأجل جلب خاطره و تحبیبه و إرضائه حیث إن رضاه فی نفسه مقصود أو من جهة أن رضی البنت منوط برضاه فبملاحظة هذه الجهات یطیب خاطر الزوج ببذل المال فالظاهر جواز أخذه لکن یجوز للزوج استرجاعه مادام موجودا و أما مع عدم الرضا من الزوج و إنما اعطاه من جهت استخلاص البنت حیث إن القریب مانع عن تمشیة الأمر مع رضاها بالتزویج بما بذل لها من المهر فیحرم أخذه و أکله و یجوز للزوج الرجوع فیہ و إن کان تالفا.

عنوان مسئله:

این مسئله در مورد شیربهاست که مرحوم امام مفسر لا این مسئله را بیان کرده‌اند. خلاصه کلام ایشان این است که شیربها در بعضی از بلاد مرسوم است و در بعضی از جاها به همین نام معروف است و در بعضی جاها به نامهای دیگر ولی اشاره‌ای به نامهای دیگر نمی‌کنند. لفظ شیربها در قاموسهای لغت فارسی آمده و در قاموسهای جدید شیربها را پولی می‌دانند که در موقع عروسی، به پدر و مادر زوجه می‌دهند ولی در قاموسهای قدیم به معنای پولی است که به دایه داده می‌شود. بنا بر این بحث، مسئله مستحدثه‌ای در بین ایرانیان است و گمان نمی‌کنیم در بین

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۴۸

عربها به این عنوان مطرح باشد و به همین جهت در مورد شیربها چیزی در روایات و کلمات فقها جز متأخرین نیامده است، بنا بر این باید حکم آن را از طریق قواعد بدست آوریم، چون روایت و دلیل خاصی نداریم. بر این اساس مرحوم امام سه حالت برای شیربها ذکر کرده‌اند که یک حالت را صحیح و غیر قابل بازگشت و دوّمی را صحیح و قابل بازگشت و سوّمی را باطل می‌دانند.

صورت اول: شیربها حالت جعاله پیدا کند، مثلا در مقابل کاری که پدر یا مادر یا برادر یا زن دلاله‌ای که مقدمات نکاح را فراهم می‌کند و یا در مقابل جلب رضایت دختر داده می‌شود که این تحت عنوان جعاله در می‌آید و بعد از آن که چنین جعاله‌ای برقرار شد استرجاع وجه جایز نیست، چون بخشش نیست که بخواهد پس بگیرد، بلکه جعاله و عقد لازم است.

صورت دوّم: زوج برای جلب خاطر و عواطف و حمایت پدر و مادر زوجه یا خواهر و برادرهایش چیزی به عنوان هبه می‌دهد که صحیح است و قابل بازگشت می‌باشد، البته به شرط این که زوجه ذی رحم نباشد که در این صورت هبه ذی رحم است و قابل بازگشت نیست.

صورت سوّم: زوجه راضی است، ولی پدر و مادر یا برادر و یا سایر بستگان می‌گویند باید چیزی به ما بدهی تا مانع نشویم، در این

صورت پولی که داده می شود، حرام است و مالک نمی شوند، چون در مقابل یک کار نامشروع است؛ این صورت قابل بازگشت است چه باقی باشد و چه تلف شده باشد.
در اینجا چند نکته قابل توجه است:

نکته اول: این سه صورت علی القواعد درست است، ولی سؤال ما در اینجا این است که شیربهای که در عرف مرسوم است کدامیک از این موارد است؟

تصور ما این است که شیربها در عرف امروز هیچ یک از این صورتها نیست بلکه به مسئله قبل بازمی گردد یعنی پدر و مادر در مقابل دختر، خود را ذی حق می دانند، چون برای او خرج کرده اند و اسم شیربها که به معنای بهای شیر و تربیت و پرورش است، شاهد و گواه این معنا است، بنا بر این شیربها به مسئله قبل برمی گردد که در این صورت ازدواج را سه طرفه می دانند، یعنی زوج و زوجه و پدر و مادر زوجه که خود را طرف معامله می دانند، پس حقی برای دختر به نام مهر و حقی برای پدر و مادر دختر، به نام شیربها، قرار می دهند که مطلقاً باطل است.

نکته دوم: گاهی شیربها به معنای مهر حاضر (در مقابل مهر نسیه) است که معمولاً می گیرند و با آن جهیزیّه تهیه می کنند که در این صورت مسلماً اشکال ندارد و مال دختر و ملک اوست.

نکته سوم: گاهی شیربها به عنوان شرط ضمن العقد است، یعنی شرط می کند در ضمن عقد برای پدر یا مادر که همان صورتی است که مرحوم صاحب جواهر فرمودند یعنی مشروط، زوجه و مشروط علیه، زوج و مشروط له اب است که این صورت بلا مانع است.

پس دو صورت صحیح برای شیربها درست کردیم و غیر از این دو صورت صحیح نیست.

۳۶- ادامه م ۹ و م ۱۰ (التراضی بعد العقد) ۲۲ / ۹ / ۸۳

بقی هنا شیء:

مطابق رای مشهور رضایت پدر در نکاح باکره شرط است، یا فتوا یا احتیاطاً، حال اگر پدر گفت من در صورتی اذن می دهم که فلان مبلغ را به من بدهید و یا این که اگر ما شرعاً اذن پدر را شرط ندانیم ولی در قوانین مملکتی حضور پدر را در دفاتر ازدواج لازم بدانند و پدر بگوید من برای حضور در دفتر خانه فلان مبلغ را می خواهم آیا تقاضای این مبلغ جایز است؟
این مسأله این روزها مبتلا به است و غیر از شیربهاست.

ظاهراً این مسأله حرام است، چون اذن پدر حکم شرعی است نه یک حق، بلکه اگر اذن پدر حق بود می توانست در مقابل حقی چیزی بگیرد ولی وقتی شارع فرموده است که اذن پدر لازم است تا مصلحت دختر حفظ شود، پس یک حکم الهی است و کسی نمی تواند در مقابل وظیفه الهی پولی بگیرد، مثل این که امر به معروف و نهی از منکر یک حکم الهی است و در مقابل آن نمی توان پولی مطالبه کرد، و دریافت پول در مقابل انجام وظیفه «اکل مال به باطل» است؛ به عبارت دیگر این ازدواج از دو حال خارج نیست یا به مصلحت بنت است یا به زیانش، اگر به مصلحت اوست، واجب است پدر اذن بدهد و اگر به زیانش است اذن حرام است، پس امر دایر بین وجوب و حرام است و چیزی در قبال آن نمی تواند بگیرد، و همچنین در مقابل قانون حق مطالبه ندارند.

بهترین راه این است که به عنوان شرط ضمن العقد خود

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۴۹

دختر شرط کند که چیزی برای پدر قرار داده شود.

مسأله ۱۰: لو وقع العقد بلا مهر (مفوضه) جاز أن یتراضیا بعده علی شیء

اشاره

سواء كان بقدر مهر المثل أو أقل منه أو أكثر و یتعیّن ذلك مهرا و كان كالمذكور فی العقد.

عنوان مسأله:

در این مسأله بحث در این است که مفوضه (کسی که عقد بدون مهر خوانده) اگر بعد از عقد بر چیزی تراضی کند، قبول است و واجب می شود.

اقوال:

در این مسأله نصّ خاصّی نداریم ولی در کلمات فقها ارسال مسلم شده و بدون ذکر مخالف آن را نقل کرده اند که صاحب جواهر از آن استفاده اجماع می کند و بزرگان بعد از صاحب جواهر هم راه او را دنبال کرده اند. مرحوم صاحب جواهر می فرماید:

ولعلّ الوجه فیها بعد ظهور ذکرهم لها ذکر المسلمات فی الإجماع علیها «۱». مسأله ظاهرا مخالفی ندارد ولی این اجماع چیزی نیست که دلیل در مسأله باشد.

ادله:

اشاره

چهار دلیل برای این مسأله ممکن است اقامه شود:

۱- اجماع:

اجماع مدرکی است و به عنوان مؤید خوب است.

۲- اطلاق بعضی از آیات:

الف) آیه «وَلَا جُنَاحَ عَلَیْكُمْ فِیْمَا تَرَاضَیْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِیضَةِ». «۲»

تراضی من بعد الفریضه اشکالی ندارد یعنی در عقد، مهری ذکر شده ولی بعد از عقد بر چیز دیگری تراضی می کنند. درست است که آیه در مورد جایی است که در متن عقد، مهر ذکر شده ولی وقتی در جایی که مهر ذکر شده تراضی بعدی جایز است، در جایی که مهر در متن عقد تعیین نشده، به طریق اولی تراضی بعد از عقد کافی و صحیح است.

إن قلت: ممکن است این از قبیل ابراء باشد، یعنی مثلاً ده میلیون در متن عقد ذکر کرده‌اند و بعد تراضی بر پنج میلیون می‌کنند که این ابراء است، ولی در جایی که چیزی در متن عقد ذکر نشده ابرائی نیست، پس آیه شامل ما نحن فیه نیست.
 قلنا: تراضی همیشه بر اقل نیست و گاهی بر اکثر است، پس «تراضیتم» عام است و فقط در مورد ابراء نیست، بنا بر این استدلال به آیه خوب است.

ب) آیه لَا جُنَاحَ عَلَیْكُمْ إِنِ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِیضَةً «۳» یعنی اگر بدون مهر ازدواج کنند و دخولی حاصل نشود، چیزی جز هبه به زن تعلق نمی‌گیرد. این آیه از آیه قبل روشن تر است ولی فقها سراغ آن نرفته‌اند، «أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِیضَةً» به معنای متن عقد نیست بلکه به معنای توافق بعدی است، چون «ما» در مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ به معنی «ما دام» است و یک امر استمراری است و بر سر «تفرضوا» هم می‌آید، یعنی «ما دام لم تمسوهن و ما دام لم تفرضوا» پس یک امر مستمری است و می‌توانید امروز توافق کنید یا فردا، (در مورد ما بعد العقد است، همان گونه که ما لم تمسوهن ناظر به بعد از عقد است) نه توافق در متن عقد.
 این آیه از اطلاق بالاتر است و ناظر به توافق بعد العقد است و به طور ضمنی قرآن اجازه داده که می‌توانید بعد از عقد فرض فریضه کنید.

در آیات قرآن ظریفی است که در باب احکام، به آن توجه نمی‌شود، در حالی که از آیات قرآن می‌توان استفاده کرد و شاید به جهت وجود روایات متعدّد از آیات غفلت شده است، مثلاً قرآن در مورد «مرجفون» می‌فرماید «فُتِلُوا تَقْتِيلًا» که می‌توان از آن حدّ قذف را در مورد این افراد که امتیّت جامعه را به هم می‌زنند استفاده کرد.

۳- اطلاق بعضی از روایات:

گروه اول:

روایات کثیره‌ای در باب ۲ از ابواب عقد نکاح در جلد ۱۴ و سائل آمده است که در آنجا در مورد عدم جواز عقد بلا مهر (هبه) بحث شده است که می‌فرماید بعد از عقد چیزی برای زوجه قرار دهد (یعوضها شیء) که این همان تراضی بعد العقد است.
 جواب از دلیل: اشکال این روایات این است که «یعوضها شیئا» تراضی نیست و می‌گوید شوهر چیزی قرار دهد و شوهر تصمیم گیرنده است، در حالی که بحث ما در تراضی طرفین است.

(۱). ج ۳۱، ص ۶۱.

(۲). سورة نساء، آیه ۲۴.

(۳). سورة بقره، آیه ۲۳۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۵۰

اللهم إلیّ أن ینزل؛ رضایت زوجه حاصل است چون زن خودش را هبه کرده و وقتی گفت من چیزی نمی‌خواهم و چیزی به او بدهند به آن راضی است، چون بدون مهر راضی بود، پس تراضی حاصل است.

گروه دوم:

روایات متعدّدی که در باب اول از ابواب مهور آمده است که یک روایت را از باب نمونه می‌خوانیم:

... عن أبي الصباح الكنانی (روایت معتبر است) عن أبي عبد الله علیه السلام قال: سألته عن المهر ما هو؟ (چه اندازه است) قال:

ما تراضی علیه الناس (حین العقد أو بعد العقد...) «۱»

روایت اطلاق دارد و معیار را تراضی می‌داند چه در متن عقد و چه بعد از عقد.

اشکال استدلال این است که این روایات در مقام بیان از نظر حین العقد و بعد العقد نیست بلکه در مورد کمیت و کیفیت مهر است، پس چون سؤال از حین العقد و بعد العقد نیست، اطلاق ندارد.

۳۷- ادامه مسئله ۱۰ / ۲۳ / ۹ / ۸۳

گروه سوم:

روایاتی است که در باب ۱۴ از ابواب المتعه آمده است که یک حدیث را از باب نمونه بیان می‌کنیم:

... قال أبو عبد الله عليه السلام ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح و ما كان بعد النكاح فهو جائز الحديث. «۲»

روایت می‌فرماید شرایطی که قبل از نکاح می‌کنید، نکاح آنها را باطل می‌کند ولی آنچه که بعد از نکاح باشد جایز است که شامل حین العقد و بعد العقد می‌شود بلکه ظهور در بعد از عقد دارد.

لکن الإنصاف؛ همان‌گونه که صاحب وسائل فهمیده است این روایات دلالتی بر بحث ما ندارد و منظور از بعد النکاح، حین النکاح است و بعد به معنای حین است یعنی بعد از ایجاب، نه بعد از ایجاب و قبول، چون روایت می‌فرماید اگر قبل از نکاح حرفهایی بزنید و موقع عقد اسمی از آن نبرید باطل است، چون اگر جدی بود در متن عقد می‌آمد، در حالی که حین عقد سخنی از آنها نگفتید و از شرایط مبنی علیه العقد نیست بلکه در مورد حرفهای مجلسی است که برای بازار گرمی می‌زنند، اما آنها که بعد از نکاح یعنی حین العقد است، معتبر است، پس فرض کلام در روایت در مورد حرفهای مجلسی است که در متن عقد نمی‌آید.

البته شرایطی که مبنی علیه العقد است و در موقع عقد ذکر نمی‌کنند کالمذکور فی متن العقد است، حتی شرایطی که عرف بر آن است و در متن عقد نمی‌گویند، اینها هم مانند مذکور در متن عقد است، مثل این که در عرف ما دختر باید باکره باشد اگر نبود، زوج حق فسخ دارد این شرایط ذکر کردن لازم ندارد، چون عرف ما عرف متدین است.

ما شرایط مبنی علیه العقد را شرایطی می‌دانیم که یا به صورت جدی صحبت شده و یا به صورت جدی در عرف محل وجود دارد و اگر ذکر هم نکنند کالمذکور فی متن العقد است.

پس روایت ناظر به شرایط غیر جدی است که به عنوان بازار گرمی و تحیب و جلب نظر است و ناظر به مسئله ما نیست که توافق و تراضی زوجین بعد العقد است و المؤمنون عند شروطهم در مورد شروط جدی است.

۴- مقتضای قاعده:

اگر آیه و روایتی نداشته باشیم قاعده اقتضا می‌کند صحت تراضی بعد از عقد را، چون زنی که بدون مهر عقد می‌شود معنایش عقد بلا مهر نیست بلکه معنایش بدون ذکر مهر است و لذا بعد از عقد زن حق دارد مطالبه کند و تا مهرش را نگرفته تمکین نکند و این مانند تراضی بعد از عقد است نه این که از شرایط ابتدایی باشد، چون حقی در میان است که بر آن مصالحه می‌کنند و شرط ابتدایی نیست که از ابتدا باطل باشد.

بقی هنا شیء:

گاهی زوج و زوجه با هم اختلاف پیدا می‌کنند و زوجه به خانه پدر می‌رود و وقتی زوج می‌خواهد او را به خانه برگرداند، زوجه مهریه را اضافه می‌کند و یا چیزهای دیگری می‌خواهد که زاید بر نفقه است. اینها از شروط ابتدایی و بالاجماع باطل است.

البته اگر بخواهند مهریه را اضافه کنند و زوج هم قبول کند این داخل در بحث ما و تراضی بعد از عقد است و قرآن می‌فرماید

مانعی ندارد؛ پس در مواردی که به کم و زیاد مهر برمی‌گردد، مؤثر است و آنها که به شرط ابتدایی برمی‌گردد، زوج الزامی ندارد.

(۱). ح ۱، باب ۱ از ابواب مهور.

(۲). ح ۲، باب ۱۹ از ابواب المتعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۵۱

۳۸- مسئله ۱۱ (يجوز أن يجعل المهر حالاً) ۲۴ / ۹ / ۸۳

مسئله ۱۱: يجوز أن يجعل المهر كله حالاً (نقدی) - أي بلا أجل - و مؤجلاً (مدت دار)

اشاره

و أن يجعل بعضه حالاً و بعضه مؤجلاً (حکم اول) و للزوجة مطالبة الحال في كل حال بشرط مقدرة الزوج و اليسار (حکم دوم) بل لها أن تمتنع من التمكين و تسليم نفسها حتى تقبض مهرها الحال (امروزه در دفترهای ازدواج به صورت عند المطالبة می‌نویسند که مهر حال می‌شود و در هنگام مطالبه باید پرداخت شود و می‌تواند تمکین نکند تا مهرش را بگیرد) سواء كان الزوج موسراً أو معسراً (حکم سوم) نعم ليس لها الامتناع فيما لو كان كله أو بعضه مؤجلاً و قد أخذت بعضه الحال (بعضی یا همه‌اش مؤجل است ولی مقداری از آن را نقد گرفته و حاضر به تمکین شده است، بعداً نمی‌تواند امتناع از تمکین کند و لو مؤجل، اجلس رسیده باشد حکم چهارم).

حکم اول: انسان می‌تواند، تمام مهر را نقد یا نسیه و یا قسمتی را نقد و قسمتی را نسیه قرار دهد.

اشاره

این مسأله اجماعی است و اختلافی در آن نیست.

ادله:

۱- اطلاق آیات:

اطلاق آیاتی مثل «فِيمَا تَرَاَضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ» نقد و نسیه و بعضی نقد و بعضی نسیه را شامل می‌شود.

۲- روایات:

اشاره

روایات مطلقه متعدّد و یکی دو روایت خاص داریم.

الف) روایات مطلقه:

روایات مطلقه در باب اول از ابواب مهوور آمده است و می‌فرماید: «المهر ما تراضی علیه الناس» یعنی هر چه مردم به آن رضایت دهند، چه تمام نقد باشد و چه نسیه و چه مقداری نقد و مقداری نسیه.

(ب) روایات خاصه:

در اینجا دو نمونه از روایات خاصه را که دلالت خوبی دارد بیان می‌کنیم:

...* عن غیاث بن ابراهیم (سند معتبر است) عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يتزوج بعاجل و آجل قال: الأجل إلى موت أو فرقة. «۱»

سؤالی که این شخص از امام می‌پرسد ارتباطی به بحث ما ندارد و در مورد این است که آجل زمانش چه موقع است، پس اصل مسأله مسلم است و به دلالت التزامیه بین از روایت استفاده می‌شود که جایز است.

* و عن جعفر بن محمد علیهما السلام أنه قال: إذا تزوج الرجل على صداق منه عاجل و منه آجل و تشاجرا و تشاخا في الدخول لم تجبر المرأة على الدخول حتى يدفع إليها العاجل و ليس لها قبض الأجل إلا بعد أن يدخل بها. (در مورد مهر نسیه می‌فرماید بعد از دخول حق مطالبه دارد کأن معمول در آن زمان این بود که مهر آجل را بعد از دخول می‌گرفتند، البته در صورتی است که تاریخ خاصی نداشته باشد و اگر تاریخ داشته باشد باید منتظر تاریخ باشیم) و إن كان إلى أجل معلوم فهو إلى ذلك الأجل (... نمی‌توانیم بگوییم الآن هم باید این گونه باشد چرا که ممکن است روایت در مورد عرف آن زمان بوده است.) «۲»

بحثی داریم که بعدا خواهد آمد که اگر مقداری از مهر نقد بود و قبل از أخذ آن دخول انجام شد، دیگر زن نمی‌تواند امتناع از تمکین کند تا مهر نقد را دریافت کند، حال در روایت زن و مرد دعوایشان این است که مرد می‌گوید زن مدخوله است و نمی‌تواند امتناع از تمکین کند، ولی زن می‌گوید مدخوله نیستم و تا مهر نقد را نگیرم تمکین نمی‌کنم. علی القاعده اصل عدم دخول است و حدیث می‌گوید زن را نمی‌توان بر تمکین مجبور کرد، مگر این که مهر نقد را بگیرد. این حدیث و لو در مورد بیان حکم دیگری است ولی دلالت التزامیه بر ما نحن فيه (نقد و نسیه در مهر) دارد.

۳- سیره مستمره:

از قدیم الایام از زمان معصومین علیهم السلام سیره مستمره چنین بوده است و نه معصومین و نه فقها بر آن اعتراضی نکرده‌اند و اگر اشکال داشت مورد اعتراض واقع می‌شد.

حکم دوم: اگر مهر حال باشد، زوجه حق مطالبه دارد.

این حکم از حکم اول هم واضح‌تر است، چون مقتضای قاعده است و مهر هم مانند سایر دیون است، همان‌گونه که داین حق دارد دین مطالب را از مدیون بگیرد، مهر هم دین مطالب و عاجل است و زوجه حق مطالبه دارد و این حکم از قبیل قضایا قیاساتها معها

(۱). ح ۱، باب ۱۰ از ابواب مهوور.

(۲). مستدرک الوسائل، ج ۱۵، ح ۲، باب ۱۰ از ابواب مهوور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۵۲

می‌باشد. از روایاتی هم که خواندیم معلوم می‌شود که زن حق مطالبه دارد و روایات دلالت دارد.

حکم سوم: این حکم از مسائل مبتلا به و دعوایز است

اشاره

و آن این که اگر مرد معسر باشد و مهر هم عند المطالبه است، وقتی مرد ندارد او را زندان نمی کنند ولی آیا زن حق امتناع از تمکین دارد؟

به عبارت دیگر هرگاه مهریه ای قرار داده شود که نقد است- همه یا بخشی از آن- آیا زن می تواند خودداری از تمکین کند تا آن مهریه نقد را بگیرد؟

در این مسأله سه قول است:

۱- قول مشهور که ادعای اجماع هم شده است: للمرأة الامتناع عن التمکین موسرا کان الزوج أو معسرا.

۲- مطلقاً حق امتناع ندارد چون معاوضه حقیقی نیست و شوهر وظیفه ای دارد و آن این که اگر پولی دارد مهر زوجه را بدهد و زوجه هم وظیفه اش تمکین است. این دو وظیفه به هم ارتباطی ندارند و دو تکلیف مجزاست که به این قول، صاحب حدائق و صاحب مدارک قائل شده اند، البته لو لا الاجماع فرموده اند.

۳- تفصیل بین معسر و موسر یعنی اگر موسر باشد، زن می تواند امتناع از تمکین کند و اگر معسر است زن باید تمکین کند، این قول را صاحب جواهر از ابن ادریس نقل می کند.

مرحوم صاحب حدائق می فرماید:

الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب في أنه يجوز للزوجة الغير المدخول بها الامتناع من تسليم نفسها حتى تقبض إذا كان المهر حالاً و الزوج موسرا و إنما الخلاف فيما إذا كان معسرا ... و لا- أعرف لهم دليلاً- غير ما يدعونونه من الإجماع و أن النكاح من قبيل المعاوضات. (۱)

صاحب مدارک هم همین راه را رفته است و در کتاب نهایه المرام (چون مدارک باب نکاح ندارد و فقط در عبادات است) می فرماید:

و لم نقف في هذه المسألة على نص ... فإن تمّ الاجماع على أن لها الامتناع من تسليم نفسها إلى أن تقبض المهر كما ذكره الأكثر أو إلى أن يحصل التقابض من الطرفين فلا- كلام و إلاّ وجب المسير إلى ما ذكرناه (دو تکلیف جداگانه است یعنی پرداخت مهر یک تکلیف و تمکین تکلیف دیگر، و این دو تکلیف به هم گره نخورده است) (۲).

مرحوم صاحب جواهر عبارتی دارد که مضمون آن چنین است:

إنه مع إعسار الزوج ليس لها الامتناع (ابن ادریس مع اعسار الزوج قائل به تمکین است). (۳)

کلام مرحوم امام (ره) در تحریر الوسیله این بود که لها أن تمتنع من التمکین سواء کان الزوج موسرا أو معسرا.

ادله مشهور:

۱- اجماع:

این اجماع مسلم نیست و اگر بر فرض، وجود اجماع ثابت شود اجماع مدرکی است چون مسأله دلیل دیگری هم دارد.

۲- نکاح نوعی معاوضه:

اشاره

نکاح در واقع نوعی معاوضه است، و لو به اسم معاوضه انجام نمی‌شود ولی روح معاوضه بر آن حاکم است. در معاوضه هر یک از طرفین می‌تواند متاعش را نگه دارد تا عوض را بگیرد و نکاح هم در واقع نوعی معاوضه بین منافع مرثه و مهر است و طبق فرض ما جنبه نقدی دارد، حال شما می‌گویید زوجه منافع خود را در اختیار زوج قرار دهد بی آنکه مهر را گرفته باشد و موسر و معسر بودن زوج فرقی ندارد، چون موسر و معسر بودن مشتری در معاوضه فرقی ندارد.

این قلت: چرا بین موسر و معسر فرقی نمی‌گذارید در حالی که خداوند می‌فرماید:

وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ. «۴» پس در معسر اجازه دهید که زوجه را وادار به تمکین کنیم.

قلنا: آیه در مورد معاوضات نیست بلکه در مورد بدهی‌های وامی است چرا که قبل از آن، آیات مربوط به رباست و می‌فرماید اگر خواستید از ربا توبه کنید سرمایه‌هایتان را بگیرید و اگر نتوانست وام را بدهد، صبر کنید، پس آیه در مورد معاوضه

(۱). ج ۲۴، ص ۴۵۹.

(۲). ج ۱، ص ۴۱۳.

(۳). ج ۳۱، ص ۴۲.

(۴). سوره بقره، آیه ۲۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۵۳

نیست، و مخصوص ابواب قرض و وام است.

جواب از دلیل:

این استدلال قابل مناقشه است، چون اولاً؛ درست است که نکاح شبیه معاوضه و مهر شبیه اجور است ولی واقعا معاوضه نیست؛ این مسأله شواهدی دارد.

شاهد اول: ذکر مهر در عقد واجب نیست و اگر معاوضه حقیقیه باشد، حتما باید حدّ و حدود عوض تعیین شود.

شاهد دوم: اگر عوض و مهر فاسد باشد (مثل این که خمر و خنزیر را مهر قرار داده‌اند و یا خانه‌ای را که ملک او نبوده مهر قرار دهد) مهر باطل است، ولی عقد باطل نیست، در حالی که در معاوضه اگر یکی از طرفین فاسد باشد، معامله باطل است.

شاهد سوم: در نکاح نمی‌توان با لفظ «آجرتک» و یا الفاظ معاوضه انشای نکاح کرد، در حالی که اگر نکاح حقیقتاً معاوضه بود باید با الفاظ معاوضه هم عقد نکاح صحیح می‌شد.

شاهد چهارم: در تمام ابواب معاوضات، مغبون خیار فسخ دارد ولی در باب نکاح اگر کسی مغبون شود، خیار غبن ندارد مثلاً باید صد سکه مهر قرار می‌داد ولی دویست سکه قرار داده است، و یا در معاوضه هر عیبی، خیار عیب می‌آورد، ولی در نکاح بعضی از عیوب خیار عیب می‌آورد.

اینها شواهدی است که نشان می‌دهد نکاح معاوضه حقیقیه نیست. حال که معاوضه حقیقیه نبود، کلام صاحب مدارک آشکار می‌شود که این دو، دو وظیفه مستقل است و ربطی به هم ندارد یعنی ادای مهر و تمکین، دو واجب مستقل است.

ثانیا؛ این قول لوازمی دارد که پذیرش آن لوازم از مذاق شرع بعید است، یعنی اگر مهریه سنگین باشد و زوج هم توانایی پرداخت آن را نداشته باشد، شاید حدود چهل سال طول بکشد که تمام مهر را به زوج بپردازد و این با روح ازدواج نمی‌سازد.

أضف إلی ذلک؛ آیا در این چهل سال لازم است زوج نفقه بدهد؟

گفته‌اند باید نفقه بدهد چون عدم تمکین زوج به حق است بنا بر این مستحق نفقه است و اهل سنت هم تصریح کرده‌اند. ابن قدامه در این زمینه می‌گوید:

فلها النفقة ما امتنعت (مادام امتنعت) لذلک (مهر حال را بگیرد) و إن کان معسرا بالصدّاق لأن امتناعها بحق «۱».

آیا چنین کاری با مذاق شریعت اسلامی سازگار است؟ آیا ما می‌توانیم چنین برنامه‌ای را به گردن زوج بیندازیم؟

۳- روایت:

اشاره

بعضی تصوّر کرده‌اند که روایتی هم در اینجا داریم با این که صاحب مدارک و صاحب حدائق فرمودند که مسأله نصی ندارد. روایت ظاهرا معتبر است.

... عن سماعة قال: سألته عن رجل تزوّج جاریةً أو تمّعت بها ثم جعلته من صداقها فی حلّ أ یجوز أن یدخل بها قبل أن یعطیها شیئا؟ قال: نعم إذا جعلته فی حلّ فقد قبضته منه «۲» (...). مثل این که زوج مهرش را گرفته، یعنی بخشیدن به این معنا است که گرفته است.

مفهوم روایت این است که اگر مهریه حال را قبض نکرده باشد بر زوج دخول جایز نیست و تمکین از ناحیه زوج هم لازم نیست. به عبارت دیگر روایت می‌فرماید: اگر زوج مهریه را ببخشد زوج می‌تواند دخول کند چون بخشش مهریه به منزله قبض مهریه است، یعنی زوج مهر را گرفته و برگردانده است، پس مفهوم روایت این است که اگر قبض مهری از ناحیه زوج حاصل نشود، دخول جایز نیست.

این حدیث هم سندش معتبر و هم دلالتش خوب است، و ظاهرا دلیل خوبی برای مشهور است.

۴۱- ادامه مسئله ۱۱ / ۲۹ / ۸۳

جواب از دلیل:

استدلال به روایت دو اشکال دارد:

۱- صحبت در تمکین و عدم تمکین زوج نیست بلکه در این است که قبل از عروسی باید مهر نقد را بدهد که وظیفه‌ای از وظایف زوج است و یک حکم استحبابی است.

یعنی مستحب است زوج قبل از عروسی مهر را بدهد.

روایات باب ۷ از ابواب مهور بر این معنا دلالت دارد که چندین روایت است و می‌گوید زوج قبل از دخول مهریه را بپردازد که بعضی ظاهر در وجوب است و بعضی ظاهر در استحباب، که جمع بین آنها استحباب است. نمونه‌ای از این روایات را بیان می‌کنیم:

... عن برید العجلی عن أبی جعفر علیه السّلام قال: سألته عن رجل تزوّج امرأة علی أن یعلّمها سورة من کتاب الله فقال: ما أحبّ أن یدخل

(۲). ح ۲، باب ۴۱ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۵۴

حَتَّى يَعْلَمَهَا السُّورَةُ (ندارد که مرثه مطالبه می کند یا امتناع می کند بلکه صحبت در وظیفه زوج است) و يعطيهَا شَيْئًا (که نشان دهنده استحباب است) «۱...»

۲- در ذیل این حدیث حکمی است که نمی توان آن را پذیرفت:

... * و إن خلاها (طلاق دهد) قبل أن يدخل بها ردت المرأة على الزوج نصف الصداق. «۲»

مشهور با این ذیل موافقت کرده اند، چون معتقدند وقتی زوجه تمام مهر را بخشیده، باید معادل نصف آن را به زوج برگرداند. آیا بخشش مقید به این نبود که با هم زندگی کنند؟ وقتی که با هم زندگی نکرده اند چگونه بخشش این مورد را شامل می شود؟ پس بخشش مقید بوده و ذیل روایت را نمی توان پذیرفت، چون مرثه چیزی که به دست نیاورده، چیزی هم از دست می دهد در حالی که طلاق خلعی هم نیست.

در بخشش اگر ذی رحم نباشد و عین خارجی باشد، عدول جایز است ولی اگر دین باشد و ابراء کرده، قابل بازگشت نیست. قلنا: ما در این بحث به حسب قواعد از مشهور جدا می شویم و می گوئیم حق با صاحب حدائق و صاحب مدارک است، یعنی زوج چه موسر باشد و چه معسر، اگر مهر نقد را نپردازد، زوجه نمی تواند امتناع از تمکین کند. بله زوجه حق دارد در جایی که زوج موسر است مطالبه کند و حتی او را به زندان بیندازد، مانند کسی که پرداخت بدهی خود را عقب می اندازد، در عین این که موسر است، در این صورت می توان او را به زندان انداخت که قول نبوی هم بر آن دلالت دارد:

لِيُالِجَ الْوَالِدُ يَحِلَّ عَقُوبَتَهُ «۳» (تأخیر انداختن شخص پولدار، عقوبت او را جایز می کند) بنا بر این تمکین و پرداخت مهر دو وظیفه مستقل هستند.

سَلَمْنَا، اگر بخواهیم کوتاه هم بیاییم و احتیاط کنیم، تفصیل ابن ادریس را قائل می شویم که در برابر معسر حق امتناع از تمکین ندارد ولی در مقابل موسر حق امتناع از تمکین دارد.

مرحوم آیه الله خوانساری هم در جامع المدارک «۴» همین راه را پیموده اند و بر خلاف مشهور فتوا داده اند و استدلال ایشان با استدلالات ما هماهنگ است.

بقی هنا أمران:

[الأمر الأول مهریه های کلان]

الأمر الأول:

گاهی مهریه های کلانی از ناحیه زوجهای بی بضاعت قرار داده می شود، در چنین جایی محضردار هم مطابق معمول عند المطالبه می نویسد و عند القدرة و الاستطاعة نمی نویسد، آیا واقعا این عند المطالبه ها جدی است؟

نمی تواند جدی باشد، چون اگر فردا روز، زوجه مطالبه کند، زوج نمی تواند بدهد به خصوص در جایی که اصلا متوجه منظور و معنای عبارت نیستند، و یا متوجه معنای عبارت هستند ولی زوج در هنگام نوشتن عقدنامه چیزی ندارد، پس به عند القدرة و الاستطاعة منصرف است.

دلیل ما قراین حالیه و مقامیه است که دلالت دارد بر این که قصد جدی روی قید عند المطالبه ندارد.

[الأمر الثاني مهریه های نسبه]

الأمر الثاني:

مسئله مهمی در ذیل این مسأله مطرح است که مرحوم امام (ره) در تحریر مطرح نکرده، ولی صاحب جواهر و بعضی دیگر مطرح کرده‌اند و آن جایی است که مهر را نسیه قرار داده و برای آن مدت تعیین کرده‌اند، ولی دوران نامزدی طولانی می‌شود و در اثنای آن، مدت مهر نسیه به سر آمده و مهر حال می‌شود.

مشهوری که می‌گویند در مهر حال، زوجه می‌تواند قبل از دریافت مهر امتناع از تمکین کند، آیا در چنین مهر نسیه‌ای که مدتش به سر آمده و حال شده، باز می‌گویند که زوجه می‌تواند امتناع از تمکین کند؟

مرحوم صاحب جواهر از اکثر نقل می‌کند که به این امر ملتزم نشده‌اند و معتقدند زوجه نمی‌تواند امتناع کند:

لم يكن لها الامتناع أيضا وفاقا لما عن الأكثر لاستقرار وجوب التسليم عليها قبل الحلول (قبل از حلول اجل، تمکین بر او واجب شده بود) فيستصحب «۵».

قول دومی را هم از بعضی نقل می‌کند که حکم مهر نقد را پیدا می‌کند و می‌تواند تا زمانی که مهر را بگیرد امتناع از تمکین کند. این قول از کلام مرحوم شیخ در نهایه استفاده می‌شود «۶».

قلنا: مشهور باید قول دوم (زن حق امتناع دارد) را بپذیرند، چون مشهور نکاح را مانند معاوضه می‌دانستند؛ در معاوضه اگر

(۱). ح ۲، باب ۷ از ابواب مهور.

(۲). ح ۲، باب ۴۱ از ابواب مهور.

(۳). مستدرک الوسائل، ج ۱۳، ص ۳۹۷.

(۴). ج ۴، ص ۴۲۴.

(۵). ج ۳۱، ص ۴۳.

(۶). ج ۳۱، ص ۴۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۵۵

چیزی به کسی فروخته شود و جنس را تحویل نگیرد تا موعد نسیه فرا رسد، نمی‌تواند بگوید جنس را تحویل بده و اگر جنس را تحویل نداده لازم نیست تا ثمن را تحویل نگرفته آن را تحویل دهد.

این یکی از مشکلات قول مشهور در مسئله سابق است، چون اینها نکاح را مانند معاوضه می‌دانند و در معاوضه تا ثمن را نگیرد می‌تواند مثن را تحویل ندهد.

تمسک به استصحاب هم در اینجا صحیح نیست چون علاوه بر این که استصحاب در شبهات حکمی جاری نمی‌شود، استصحاب در جایی است که شک داشته باشیم ولی در اینجا شکی نداریم که سیره عقلا چنین است که تا بایع ثمن را نگیرد، مثن را در نزد خود نگه می‌دارد.

حکم چهارم:

اگر تمام یا بعض مهر مؤجل باشد و در جایی که بعضش مؤجل است نقد را گرفته است، زن حق ندارد امتناع از تمکین کند. حکم این فرع از مباحث قبل معلوم است و مفهوم چنین عقدی این است که وقتی به عقد نسیه تن داده، باید تمکین کند و مقتضای «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «المؤمنون عند شروطهم» هم همین است و مسأله اجماعی و اتّفاقی است.

مسئله ۱۲: يجوز أن يذكر المهر في العقد في الجملة

اشاره

(بدون تعیین) و يفوض تقديره و تعيينه إلى أحد الزوجين بأن تقول الزوجه مثلا زوّجتك (نفسی) على ما تحکم أو أحکم من المهر فقال:

قبلت (فرع اول) فإن كان الحاكم الزوج جاز أن يحکم بما شاء (از چیزهایی که مالیت دارد) و لم يتقدّر في الكثرة و القلّة ما دام متموّلاً (فرع دوّم) و إن كان الزوجه كان لها الحكم في طرف القلّة بما شاءت مادام متموّلاً و أمّا في طرف الكثرة فلا يمضى حکمها فيما زاد على مهر السنّة و هو خمس مائة درهم. (فرع سوّم).

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد تفویض مهر به احدهما أو كليهما است.

تفویض البضع به این معناست که اصلاً مهری ذکر نشود ولی تفویض المهر آن است که اسم مهر را بیاورند ولی تعیین مقدار آن را به انتخاب زوج یا زوجه و یا هر دو موکول کنند که اگر زوجه اختیار تعیین مهر را به عهده زوج بگذارد می گوید:

«زوّجتك نفسی على المهر الذي تختاره».

و اگر زوج اختیار تعیین مهر را به زوجه بدهد می گوید:

«تزوّجتك على المهر الذي تختارينه».

فرع اول: تفویض المهر

اشاره

روشن است که تفویض مهر به احد زوجین مسئله ای است مسلم. یعنی زوجه و زوج می توانند در حین عقد اشاره ای به مهر کنند و تعیین آن را به آینده واگذار کنند. اهل سنت هم موافق هستند. این بحث شاهد دیگری است بر این که نکاح معاوضه تمام عیار نیست، چون در معاوضه نمی تواند یکی از طرفین مجهول باشد و تفویض قیمت جایز نیست پس نکاح شبیه معاوضه است.

مرحوم آیه الله سبزواری در مهذب الأحكام «۱» ادعای اجماع می کنند. مرحوم شیخ در خلاف هر سه مسأله را با هم ذکر کرده و بر هر سه ادعای اجماع می کند. مرحوم شیخ می فرماید:

مفوضه المهر هو أن يذكر مهرا و لا يذكر مبلغه فيقول تزوّجتك على أن يكون المهر ما شئنا أو ما شاء أحدنا «۲...» اگر به دست زوج باشد هر چه حکم کند، پذیرفته می شود، چه قلیل و چه کثیر، ولی اگر به دست زوجه باشد، بیش از پانصد درهم (مهر السنّة) حق ندارد و قال الفقهاء، كلّهم ابو حنيفه و الشافعي أنه يلزمه مهر المثل دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم و قد ذكرناها في الكتاب الكبير (تهذيب).

مرحوم کاشف اللثام هم این مسأله را مطرح کرده و بعد از ذکر ادله در انتهای بحث می فرماید:
 و ظاهر الخلاف الإجماع علی الحکمین (تعیین زوج و تعیین زوجه ...) و صریح السرائر الإجماع علی الثانی (تعیین زوجه) و تواتر الأخبار به (البته اخبار متواتره نداریم) و لو لا ذلك (اجماعی نبود) امکان احتمال عدم جواز حکمه علیها بما دون مهر المثل «۳»، پس در اینجا نیمه مخالف (کشف اللثام) پیدا کردیم که می گوید مرد کمتر از مهر المثل نباید تعیین کند.

۴۳- ادامه مسئله ۱۲ / ۲ / ۱۰ / ۸۳

ادله:

۱- عموماً:

دلیل بر صحت این عقد عموماً «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است،

(۱). ج ۲۵، ص ۱۵۹.

(۲). ج ۴، ص ۳۸۰، مسئله ۲۱ از کتاب صدق.

(۳). ج ۷، ص ۴۴۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۵۶

عموماً نکاح هم ما نحن فيه را شامل است؛ مثلاً، آیه ۲۴ سوره نساء شامل ما نحن فيه می شود. علاوه بر این عقلاً عقد همراه با تفویض انجام می دهند.

۲- قیاس اولویت:

تفویض المهر را به تفویض البضع قیاس کرده اند و معتقدند در جایی که اصلاً اسمی از مهر نمی آورند، عقد صحیح است، در ما نحن فيه که اسمی از مهر آورده اند و فقط تعیین نکرده اند، به طریق اولی صحیح است.

البته ممکن است به این قیاس اشکال شود، چون در جایی که اسم مهر را نبرند (تفویض البضع) معلوم است که مهر المثل ثابت است، اما تفویض المهر از آن مبهم تر است، چون معلوم نیست مهری که بعداً بر آن تراضی می کنند، چه مقدار است و ابهامش بیشتر است، پس نه تنها اولویتی نیست، بلکه ضد اولویت است.

۳- روایات:

روایاتی که در دو فرع آینده خواهد آمد و امام می فرماید اگر تفویض مهر شده، مرد در کم و بیش مختار است و معنایش این است که اصل عقد صحیح است و یا در روایات دیگر چگونگی تعیین مهر زوجه را بیان می کند که اصل بر این است که اصل عقد صحیح است.

فرع دوم: تعیین مهر توسط زوج بعد از عقد

تکلیف مرد جایی که تعیین مهر به او واگذار شده، چیست؟

که اهل سنت هم همین را می گویند.

وقتی چنین نکاحی صحیح است، اگر تعیین مهر به زوج تفویض شود، مشهور قائل اند که زوج در اقل و اکثر مختار است و هر چه که مالیت داشته باشد می تواند مهر قرار دهد و شیخ طوسی ادعای اجماع کرده است و تنها مخالف مرحوم کاشف اللثام بود که می فرمود اگر مخالفت با اجماع نباشد می گوئیم کمتر از مهر المثل نباشد.

۴۴ ادامه مسئله ۱۲ / ۵ / ۱۰ / ۸۳

ادله:

۱- قاعده:

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» در اینجا می گوید، به این عقد وفا کن، و یا «المؤمنون عند شروطهم» می گوید شرطی در عقد کرده ای و باید به آن پایبند باشی، پس به حساب قواعد بحثی نیست.

۲- روایت:

روایت از زراره است و دو سند دارد که در یک سند «سهل بن زیاد» محل بحث است ولی سند دیگر نیاز به بررسی دارد که در ذیل روایت به آن می پردازیم.

* محمد بن یعقوب، عن عدّه من أصحابنا، عن سهل بن زیاد (محل بحث است) و عن محمد بن یحیی، عن أحمد بن محمد جمیعا عن ابن محبوب، عن هشام بن سالم، عن الحسن بن زرارة عن أبيه قال: سألت أبا جعفر عليه السّلام عن رجل تزوّج امرأة علی حکمها (تفویض به زوجه) قال: لا- یجاوز حکمها مهوّر آل محمد صلّی الله علیه و آله اثنتی عشر أوقیة (هر أوقیة ۴۰ درهم است) و نشأ (نصف چهل درهم) و هو وزن خمس مائة درهم من الفضة (این قسمت از روایت نکته ای دارد که در جاهای دیگر به درد ما می خورد و آن این که آیا در درهم و دینار، وزن معیار است و یا مسکوک بودن- که قیمت را بالاتر می برد- ملاک است؟ در این روایت ظاهرا وزن معیار است و ارزش اضافی سکه حساب نشده است) قلت: أ رأیت إن تزوّجها علی حکمها (زوج) و رضیت (زوجه) بذلک قال: فقال: ما حکم من شیء فهو جائز علیها قلیلا کان أو کثیرا (در زن گفتند که از مهر السنّة بیشتر نباشد، ولی در زوج کم و زیاد فرقی نمی کند که راوی از این امر تعجب کرده و می پرسد) قال: فقلت له: فکیف لم تجز حکمها (زوجه) علیه (زوج) و أجزت حکمها علیها؟ قال: فقال: لأنّه (زوج) حکمها (تفویض کرد به آن زن) فلم یکن لها أن تجوز ما سنّ رسول الله صلّی الله علیه و آله و تزوّج علیه نسائه فرددتها إلى السنّة و لأنّها هی حکمته و جعلت الأمر إلیه فی المهر و رضیت بحکمها فی ذلک (مهر) فعلیها أن تقبل حکمها قلیلا کان أو کثیرا «۱».

این روایت هم مشکل سندی دارد و هم مشکل دلالی.

از نظر سند: در سند دوم روایت پسر زاده (حسن بن زراره) در کتب رجال توثیق نشده است. زراره دو پسر داشته به نامهای حسن و حسین که امام صادق علیه السّلام آنها را مدح کرده ولی توثیق نشده اند، پس اینها امامی ممدوح هستند که باعث می شود روایت حسنه شود؛ ولی مهم این است که روایت معمول بهای اصحاب است و شهرت جابر ضعف سند است پس ما از این جهت مشکلی نداریم.

و لكن من العجب بعضی مثل مرحوم آیه الله سبزواری در

(۱). ح ۱، باب ۲۱ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۵۷

مهدّب الاحکام در مورد روایت تعبیر به صحیح کرده‌اند، ولی صاحب جواهر می‌فرماید خبر زراره چون در مواردی که سند نزد ایشان صحیح نباشد، تعبیر به خبر می‌کند.

از نظر دلالت: دلالت روایت بر اصل حکم خوب است و می‌رساند که شوهر مختار است، ولی تفاوتی را که در ذیل این حدیث است نمی‌فهمیم. بعضی گفته‌اند که ممکن است زن اجحاف کند به همین جهت در مهر السنّه او را متوقف کرده‌اند.

در جواب می‌گوییم مرد هم ممکن است در جهت قلت اجحاف کند. پس احتمال دارد برای ما خوب نقل نشده و یا این که اسراری در اینجا نهفته است که ما نمی‌فهمیم، بنا بر این روایت خالی از شبهه نیست و جالب این است که بزرگانی مانند صاحب جواهر و کاشف اللثام ساده از کنار این روایت گذشته‌اند.

حدیثی هم مرحوم محدّث نوری «۱» نقل کرده که شبیه حدیث زراره است و تفاوت مختصری با حدیث زراره دارد که این حدیث هم مؤید است.

أضف إلى ذلك؛ در اینجا یک روایت صحیح داریم که معارض این روایت است.

* محمد بن الحسن یاسناده، عن الحسين بن سعيد (شیخ طوسی از حسین بن سعید اهوازی نقل می‌کند که طریق شیخ به حسین بن سعید صحیح است) عن حمّاد بن عیسی، عن شعيب بن يعقوب العرقوفی، عن أبي بصیر قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يفوّض إليه صداق امرأته فنقص عن صداق نساها (کمتر از مهر المثل قرار داد) قال: تلحق بمهر نساها. «۲»

این روایت دلالتش خوب است و حضرت می‌فرماید کمتر از مهر المثل جایز نیست که با صراحت معارض است. در تعارض روایات به ترتیب زیر عمل می‌کنیم.

۱- جمع دلالی:

در مقام تعارض ابتدا سراغ جمع دلالی می‌رویم به این بیان که روایت دوّمی را حمل بر استحباب می‌کنیم، یعنی مستحب است که زوج کمتر از مهر المثل نگوید، چون صریح روایت زراره این بود که کمتر از مهر المثل هم جایز است که چنین جمعی در ابواب فقه مشهور است.

۲- اخذ مرجّح:

اگر این جمع را نپسندیدیم و خواستیم سراغ مرجّحات برویم روایت اول (روایت زراره) دو مرجّح دارد.

الف) مطابق مشهور است (خذ بما اشتهر بين أصحابك).

ب) موافق کتاب الله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است.

نتیجه: قول مشهور اقوی است و لکن اینها همه در جایی است که تفویض، انصرافی نداشته باشد مثلاً در محیط ما اگر زنی مهر را به زوج تفویض کند و مرد چند دانه خرما مهر قرار دهد، همه می‌گویند که تفویض منصرف است، چون زن که گفته مرد اختیار دارد، نه به این چیزها، پس اگر تفویض منصرف از یک حدّ اقله‌ایی باشد در آنجا نمی‌گوییم مرد در حدّ اقل و اکثر مختار است، که با این بیان مقداری از مشکلات حل می‌شود.

۴۵- ادامه مسئله ۱۲ / ۶ / ۱۰ / ۸۳

بقی هنا شیء:

بعضی از عامّه گفته‌اند که تفویض مهر شبیه مهر فاسد است، پس باید سراغ مهر المثل برویم، چون تفویض مهر معنایش مهر مبهم

است، مثلاً اگر بگوید «تزوَّجتک علی شیء أو دنانیر أو کتاب» این مهر فاسد است، ما نحن فیه هم که مهر به تعیین بعدی یکی از زوجین منوط شده، مبهم است، پس باطل و فاسد است و باید مهر المثل داده شود. به عبارت دیگر عامّه، مفوضه المهر را مانند مفوضه البضع می‌دانند. ابن قدامه در مغنی می‌گوید:

[مفوضه] المهر کالمفوضه البضع و هو مذهب ابي حنیفه لأنه خلا عقدها من تسمیه صحیحه فاشبهت التي لم یسم لها شیء. «۳»
 مرحوم صاحب جواهر بدون این که کلمات عامّه را نقل کنند به این اشکال توجه داشته و در سدد حلّ این اشکال برآمده است. قلنا: اولاً؛ تفویض مهر به معنی مهر مبهم نیست، چون تفویض به معنای عدم جعل مهر (ما جعلت لك مهرا و لكن فوضت الأمر إليك) و از قبیل شرط ضمن العقد است، نه این که از قبیل مهر مبهم و فاسد باشد، و ما در اینجا به «المؤمنون عند شروطهم» عمل می‌کنیم.

ثانیاً؛ در شرح آیه ۲۳۶ و ۲۳۷ سوره بقره گفتیم از «أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً» استفاده می‌شود که می‌توان مهر را بعداً تعیین کرد، یعنی مادامی که دخول حاصل نشده و مادامی که مهر تعیین نشده، که اشاره به تفویض است، پس قرآن هم

(۱). مستدرک الوسائل، ج ۱۵، ح ۴، باب ۱۸ از ابواب مهور.

(۲). ح ۴، باب ۲۱ از ابواب مهور.

(۳). ج ۸، ص ۵۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۵۸

تفویض را اجازه داده است، بنا بر این علاوه بر اجماع و روایات، قرآن هم شاهد بر تفویض است.

فرع سوم: واگذاری تعیین مهر به زوجه

اشاره

در اینجا ادعای اجماع شده که زن هر چه بخواهد از نظر قلت مانعی ندارد و فقط باید مالیت داشته باشد، ولی از نظر کثرت نباید از مهر السنه (۵۰۰ درهم) بیشتر باشد.

مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید:

الإجماع بقسمیه علیه. «۱»

پس مسأله از نظر اقوال مسلم ولی خلاف قاعده است، چون تفویض به این معناست که هر چقدر دلش بخواهد بتواند مهر قرار دهد.

ادله:

۱- اجماع:

همان گونه که بیان شد، مسأله اجماعی است.

۲- روایات:

دو روایت داریم که اولی همان روایت زراره است «۲» که در مورد زوجه هم بود. روایت مشکل سندی داشت و با عمل مشهور

جبران شد و مشکل دلالی هم داشت که گفتیم این فرق را نمی‌فهمیم و عدم فهم ما دلیل بر بطلان روایت نیست و این مقدار از ابهام در روایت ضرری به اصل مسأله نمی‌زند.
روایت دوم صحیح است.

* و بالإسناد، عن الحسن بن محبوب، عن أبي أيوب، عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأة على حكمها أو على حكمه فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها قال: لها المتعة والميراث ولا مهر لها قلت: فإن طلقها وقد تزوجها على حكمها قال: إذا طلقها وقد تزوجها على حكمها لم تجاوز حكمها عليه أكثر من وزن خمس مائة درهم فضة مهور نساء رسول الله صلى الله عليه وآله (ظاهر روایت این است که بعد از طلاق زن تعیین مهر می‌کند). «۳»
روایت صریح است در این که زن حق ندارد، بیش از مهر المثل تعیین کند.

این دو روایت که عمل مشهور و اجماع هم مؤید آن است موجب می‌شود که از قاعده دست برداریم و بگوییم زن بیش از مهر السنه نمی‌تواند تعیین کند و شاید وجه آن این باشد که زن زیاده طلب است به همین جهت محدود در مهر السنه قرار داده‌اند.
نکته: بحث ما در مورد جایی است که انصرافی نیست، اگر انصرافی در مسأله بود باز به این حکم قائل نیستیم و ما فوق مهر السنه را اجازه می‌دهیم.

مسئله تفویض در عرف ما فعلا- وجود خارجی ندارد، چرا که امروزه قبل از ازدواج جلسه مهر طی کنان تشکیل می‌دهند و مهر را تعیین می‌کنند.

۴۶- مسئله ۱۳ (الطلاق قبل الدخول منصف) ۸۳ / ۱۰ / ۷

مسأله ۱۳: لو طلق قبل الدخول سقط نصف المهر المسمى و بقي نصفه

اشاره

فإن كان دينا عليه و لم يكن قد دفعه برأت ذمته من النصف (صورت اول) و إن كان عينا صارت مشتركة بينه و بينها (صورت دوم) و لو كان دفعه إليها استعاد نصفه إن كان باقيا (صورت سوم) و إن كان تالفا استعاد نصف مثله إن كان مثليا و نصف قيمته إن كان قيميا و في حكم التلف نقله إلى الغير بناقل لازم (صورت چهارم) و مع النقل الجائر فالأحوط الرجوع و دفع نصف العين إن طالبها الزوج.

عنوان مسأله:

این مسأله مبتلا به است و ارتباطی به بحث تفویض ندارد، بلکه در مورد جایی است که مهر در عقد ذکر شده و طلاق قبل از دخول واقع شده است که در این صورت مهر نصف می‌شود و چون حکم این مسأله در متن قرآن ذکر شده هیچ اختلافی در آن نیست: وَ إِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَاقْدَرْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ. «۴»
مرحوم امام این مسأله را مطرح کرده و در ذیل آن پنج صورت ذکر کرده است.
در این مسأله هم علمای امامیه و هم علمای اهل سنت، اجماع دارند چون نص قرآن است.

ادله:

اشاره

بر این مسأله سه دلیل دلالت دارد:

۱- اجماع:

مسأله اجماعی است ولی اجماع مدرکی است.

(۱). ج ۳۱، ص ۶۸.

(۲). ح ۱، باب ۲۱ از ابواب مهور.

(۳). ح ۲، باب ۲۱ از ابواب مهور.

(۴). سورة بقره، آیه ۲۳۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۵۹

۲- آیه «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ» «... ۱»:

آیه با صراحت می‌فرماید که مهر نصف می‌شود و در دلالت آن کسی اشکال نکرده است. در محلّ اعراب «فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ» دو احتمال است:

۱- مبتدا برای خبر محذوف (علیکم).

۲- فاعل فعل محذوف، یعنی فیجب علیکم نصف ما فرضتم.

۳- روایات:

روایات متعددی داریم که متضافر است و شاید قریب به متواتر هم باشد که در میان آن ثقات و غیر ثقات هم هست که ده نمونه از آن را بیان می‌کنیم، تا با نکاتی که در بین روایات است آشنا شویم:

...* عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فقد بانت (جدا می‌شود و طلاق بائن است و عدّه ندارد) و تزوّج (تتزوج بوده است و یک تاء از آن حذف شده است) إن شاءت من ساعتها و إن كان فرض لها مهر فلها نصف المهر «... ۲»

...* عن الحلبي (صحيحه) عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها قال: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً «... ۳»

در ذیل، همین روایت از ابی بصیر هم نقل شده، پس در واقع دو روایت است.

* و بالاسناد عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فليس عليها عدّة «إلى أن قال» و إن كان فرض لها مهر فنصف ما فرض. «... ۴»

...* عن عبيد بن زراره قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة و لم يدخل بها فقال: إن هلكت أو هلكت أو طلقها فلها النصف (طلاق منصف است ولی موت محلّ اشکال است چون موت منصف نیست و روایاتی داریم که بر این معنا، دلالت دارد پس این قسمت از روایت برای ما قابل قبول نیست ولی مرحوم امام در تحریر در صورت موت هم قائل به نصف است) و علیها العدّة کامله (طلاق غیر مدخوله عدّه ندارد ولی کآن معلوم بوده که طلاق غیر مدخوله عدّه ندارد ولی عدّه وفات لازم است و فرقی بین

مدخوله و غیر مدخوله نیست و روایت ناظر به موت است (...). «۵»

روایات «۶» دیگری هم در مسأله موجود است.

۴۷- ادامه مسئله ۱۳ / ۸ / ۱۰ / ۸۳ در مقابل این روایات پاره‌ای از روایات معارض قرار دارد، مهمترین آن، دو روایت است، در بدو نظر از آن استفاده می‌شود که تنصیف مهر نیست و با روایات تنصیف معارض است.

... عن ابن ابي يعفور قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة و جعل صداقها أباهما (پدر زوجه را که عبد است مهر او قرار می‌دهد که به مجرد تملک زوجه پدرش را، پدر آزاد می‌شود) علی أن تردّ علیه ألف درهم (یعنی قیمت پدر بیش از مقدار مهر بوده است) ثم طلقها قبل أن يدخل بها ما ينبغي لها أن تردّ عليه و إنما لها نصف المهر و أبوها شيخ قيمته خمس مائة درهم و هو يقول (زوج) لو لا أنتم لم أبعه بثلاثه آلاف (یعنی مهر زن دو هزار درهم است) لا ينظر في قوله و لا يردّ عليه شيئا «۷».

آیا این روایت ظاهرش این نیست که تنصیف در کار نیست؟

توهم ابتدایی این است که حضرت فرموده تنصیف نمی‌شود ولی وقتی دقت شود، معلوم می‌شود که زوجه مغبون شده و اگر مهر تنصیف می‌شد باید زوج هزار درهم می‌داد، ولی عبدی که آزاد شده کمتر از نصف مهر هم بوده است و چیزی اضافه نیست که زوجه برگرداند. بله، اگر قیمت عبد به آن اندازه بود که زوج می‌گوید باید برمی‌گرداند ولی چون زوج بر سر زوجه کلاه گذاشته است، امام می‌فرماید زوجه هزار درهم را ندهد و نصف قیمت آب را هم ندهد، چون این عبد پانصد درهم می‌ارزد، بنا بر این زوج چیزی هم طلبکار است چون به زعم زوج دو هزار درهم مهر زوجه کرده که اگر نصف آن را بدهد هزار درهم باید بدهد و قیمت واقعی وقتی پانصد درهم است زن چیزی هم از زوج طلبکار است و چون سؤال در روایت از این بود که چیزی به زوج بدهند امام چنین جواب دادند.

... عن عبيد بن زرارة، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة و

(۱). سورة بقره، آیه ۲۳۷.

(۲). ح ۱، باب ۵۱ از ابواب مهور.

(۳). ح ۲، باب ۵۱ از ابواب مهور.

(۴). ح ۳، باب ۵۱ از ابواب مهور.

(۵). ح ۴، باب ۵۱ از ابواب مهور.

(۶). ح ۱، باب ۱۷ و ح ۱، باب ۲۴ و ح ۱، باب ۳۰ و ح ۷، ۸، ۱۲، باب ۴۸ از ابواب مهور.

(۷). ح ۱، باب ۵۳ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۶۰

أمهرها أباهما و قيمة أبيها خمس مائة درهم علی أن تعطيه ألف درهم ثم طلقها قبل أن يدخل بها قال: ليس عليها شيء. «۱»

این روایت هم به همان مضمون روایت قبل است و تعارضی با روایات سابق ندارد.

شاهدی هم از خود این روایت بر جوابی که دادیم داریم که روایت سوم همین باب است. در جایی که أمه‌ای یا غلامی را مهر قرار دهند و قیمت هم قیمت واقعی باشد، وقتی که قبل از دخول طلاق دهد، زن باید نصف قیمت عبد یا أمه را برگرداند.

... عن السكوني، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعتق أمته فيجعل عتقها مهرها ثم يطلقها قبل أن يدخل بها قال: تردّ عليه نصف قيمتها تستسعى فيها «۲».

این روایت شاهد است بر این که باید نصف مهر برگردد و دو روایت دیگر خصوصیتی داشت که بیان کردیم.

لوازم مسأله:

اشاره

تا اینجا بحث در اصل مسأله بود و اما اکنون لوازم مسأله را که مرحوم امام در پنج صورت ذکر کردند بیان می‌کنیم:

صورت اول: مهریه در ذمه زوج بوده و پس از طلاق قبل از زفاف نصف می‌شود

و حکم آن ابراء ذمه از نصف است یعنی بدهکاری زوج نصف می‌شود.

صورت دوم: مهریه عین و در دست زوج است و هنوز به زوجه تحویل نداده است،

در اینجا هم باید نصف عین را پردازد، البته اگر قابلیت تنصیف دارد مثل این که چند حیوان را مهر قرار دهند و اگر قابلیت تنصیف ندارد (مثل خانه) مشاع می‌شود.

صورت سوم: مهریه عین است و زوج به زوجه داده

و عین در نزد زوجه موجود است، زوجه در این صورت اگر قابل تنصیف است باید نصف آن را برگرداند و اگر قابل تنصیف نباشد، مشاع می‌شود و زوجه و زوج شریک می‌شوند.

حکم در نماء چیست؟ بحث آن بعدا خواهد آمد و باید ببینیم که آیا به مجرد عقد، زن تمام مهر را مالک می‌شود یا نصف آن را.

صورت چهارم: مهریه عین بوده و به زوجه پرداخت کرده ولی زوجه تلف کرده است

و یا با بیع لازم آن را منتقل کرده است، در اینجا دو حالت دارد:

گاهی مثلی است که مثل آن را به زوج می‌دهد و گاهی قیمی است که باید نصف قیمت آن را به قیمت روز به زوج برگرداند.

صورت پنجم: مهریه عین است و به زوجه تحویل داده است

و زوجه آن را به بیع غیر لازم و یا هبه جایز منتقل کرده و عین هم موجود است، در اینجا آیا باید اعمال خیار کند و بعد نصف آن را برگرداند؟ بعضی معتقدند که لازم است اعمال خیار کند و دو مرتبه مالک شود و نصف آن را به زوج برگرداند و بعضی معتقدند که دلیلی نداریم که دوباره باید مالک شود، چون الان موجود نیست و در حکم تلف است که باید مثل یا قیمت آن را بدهد و دلیلی بر وجوب اعمال خیار و احیای تالف نداریم.

قلنا: حق با کسانی است که قائلند باید اعمال خیار کند و عین را برگرداند، زیرا عدول به مثل و قیمت به خاطر عدم قدرت بر عین است و این شخص قدرت بر رد عین دارد و لو به اعمال خیار باشد.

۴۸- مسئله ۱۴ (موت أحد الزوجین) ۹/ ۱۰/ ۸۳

مسأله ۱۴: لو مات أحد الزوجین قبل الدخول فالأقوی تنصیف المهر

اشاره

كالطلاق خصوصاً فی موت المرأة و الأحوط الأولى التصالح (احتیاط مستحبی آن است که در نیمه دیگر مهر مصالحه کنند) خصوصاً فی موت الرجل (تصالح در صورت موت رجل قوی تر است، چون زن آماده زندگی است و حادثه بر مرد واقع شده است).

عنوان مسأله:**اشاره**

این مسأله یک بحث مبتلا به است که ما آن را در دو فرع بیان می‌کنیم:
فرع اول: موت زوج، فرع دوم: موت زوجه.

فرع اول: موت زوج**اشاره**

اگر بعد از عقد و قبل از دخول، زوج فوت کند تکلیف چیست؟

اقوال:

بر خلاف آنچه مرحوم امام اقوا دانسته‌اند، شهرت قوی بر

(۱). ح ۲، باب ۵۳ از ابواب مهوور.

(۲). ح ۳، باب ۵۳ از ابواب مهوور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۶۱

این است که مهر تنصیف نمی‌شود و باید تمام مهر را بردارند و اقلیتی قائل به تنصیف مهر در صورت موت شده‌اند. عامه هم تقریباً اجماع دارند که مهر تنصیف نمی‌شود.

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد می‌فرماید:

و امّا موت الزوج فانه یقرّر وجوب جمیع المهر (کأنّ نصف مهر مترلزل بود و با چند چیز مستقر می‌شود که یکی دخول و دیگری موت است) عند أكثر الأصحاب خلافاً للصدوق فی المقنع فإنه (صدوق) أوجب النصف و المذهب وجوب الجمیع (مذهب شیعه

وجوب جمیع است و این تعبیر شبیه اجماع است). «۱»

مرحوم فخر المحققین می‌فرماید:

مذهب الأكثر خلافاً للصدوق «۲»، خود ایشان حق را با قول والدشان (علامه) می‌دانند که قول اکثر است.

از این عبارات واضح تر و جامع تر عبارت جواهر است، که می‌فرماید:

المسألة الثالثة: المشهور نقلاً فی غایة المراد و غيرها و تحصیلاً استقرار المهر بموت الزوج قبل الدخول اذ هو خیرة الشیخین و المرتضی و القاضی (ابن بزاج) و ابنی حمزة و إدريس و كافة المتأخرین ... عن ابن ادريس من أن الموت عند محصلي اصحابنا

(بزرگان فقها) یجری مجری الدخول فی استقرار المهر جمیعہ بل فی ناصریات المرتضی الإجماع علیہ و فی الغنیة نفی الخلاف فیہ. (۳)

صاحب ریاض بعد از آن که اشهر را قبول و اجماع ناصریات را نقل می کند، می فرماید:
 خلافا للمحکمی عن صریح المقنع فکالطلاق و هو ظاهر الکافی (کافی کتاب فتوا نیست، شاید از تیر باب استفاده کرده است) و الفقیه (من لا یحضره الفقیه) بل حکمی علیہ بعض المتأخرین الشهرة بین قدماء الطائفه (کدام شهرت؟) «۴».
 مرحوم صاحب جواهر سراغ روایات رفته و روایات مخالف را نقل می کند و شاید این که بعضی مانند صاحب ریاض گفته اند که بعضی از متأخرین شهرت در بین قدمای اصحاب را حکایت کرده اند، منظورشان نقل روایت از ناحیه بعضی از فقهای متقدمین بوده است، در حالی که نقل روایت از یک راوی دلیل بر پذیرش مضمون روایت نیست.
 لکن الإنصاف؛ شکی نیست که بین اصحاب شهرت قوی بر این است که مهر در صورت موت زوج تنصیف نمی شود و قلیلی از متأخرین و بعضی از قداما قائل به تنصیف شده اند.
 «الفقه الاسلامی و ادلته» که دایره المعارفی از اقوال عامه است می گوید:

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ ه
 ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۶، ص: ۶۱
 إذا مات أحد الزوجین قبل الوطی فی نکاح صحیح استحقت المرأة المهر کله باتفاق الفقهاء، لأن العقد لا ینفسخ بالموت و إنما ینتهي به (موت) لانتفاء عمله و هو العمر (عمر زوج و زوجه) و الإجماع الصحابة علی استقرار المهر بالموت (مهر کامل).
 ۴۹- ادامه مسئله ۱۴ / ۱۲ / ۱۰ / ۸۳

ادله مشهور

اشاره

(استقرار تمام مهر به سبب موت زوج قبل از دخول):

۱- قواعد:

مقتضای قاعده این است که تمام مهر را بدهد، چون تمام مهر به سبب عقد مستقر شده و تنصیف مهر دلیل می خواهد و به همین دلیل است که زن بعد از عقد و قبل از زفاف می تواند تمام مهر را مطالبه کند.
 أضف الی ذلک؛ مقتضای عموماً مثل «و آتوا النساء صدقاتهنّ نحله» که عام است و فقط به طلاق قبل از دخول استثنا خورده است، و به موت استثنا نخورده و دلیل می خواهد.
 همچنین عموماً «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» دلالت بر استقرار تمام مهر دارد و مهر هم دینی است بر ذمیة زوج و مانند دیون دیگر از اصل ترکه خارج می شود.

۲- روایات:

روایاتی که می گوید «لها المهر کله» که لا اقل هشت «۶» روایت است که سه روایت آن در وسائل شماره نخورده است. بعضی از روایات صحیح و بعضی ضعیف است ولی متضافر و معمول بهای اصحاب است و در بین آنها ثقات هم موجود است.

... عن سلیمان بن خالد قال: سألته عن المتوفی عنها زوجها و لم یدخل بها فقال: إن كان فرض لها مهرا فلها مهرها (تمام مهر) و علیها العدة و لها المیراث و عدتها أربعة أشهر و عشرًا «... ۷»
در ذیل این حدیث صاحب وسائل عبارتی دارد و

(۱). ج ۱۳، ص ۳۶۴.

(۲). ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۱۹۸.

(۳). ج ۳۹، ص ۳۲۶.

(۴). ج ۷، ص ۱۵۹.

(۵). سورة نساء، آیه ۴.

(۶). ح ۲۰، ۲۱، ۲۲ و ۲۳ و ۲۴، باب ۵۸ از ابواب مهور.

(۷). ح ۲۰، باب ۵۸ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۶۲

می‌فرماید:

و یاسناده عن الحسین بن سعید، عن عثمان بن عیسی، عن سماعه مثله.

در حالی که سماعه در سند اولی بود و صاحب وسائل وقتی فقط عن سماعه می‌گوید معنای آن این است که بعد از سماعه «سلیمان بن خالد» است که در این صورت همان حدیث قبل می‌شود، ولی این اشتباه است، چون سماعه مستقلاً از امام صادق علیه السّلام نقل می‌کند، یعنی یک حدیث دیگر است پس صاحب وسائل باید می‌فرمود عن سماعه عن ابی عبد الله علیه السّلام، چرا که صاحب وسائل احادیثی را که دو یا سه طریق دارد، سند را تا آخرین نفر مشترک در دو طریق جلو می‌آورد یعنی بقیه سند جای خودش محفوظ است، پس ما باشیم و این عبارت صاحب وسائل سند دوم هم به سلیمان بن خالد می‌رسد، در حالی که در تهذیب مستقلاً سماعه از امام صادق علیه السّلام نقل می‌کند، پس حدیث سماعه دو حدیث است. عبارت تهذیب چنین است:

* و عنه، عن عثمان بن عیسی عن سماعه قال: سألته «...۱»

... عن ابی الصباح الكنانی، عن ابی عبد الله علیه السّلام قال: إذا توفی الرجل عن امرأته و لم یدخل بها فلها المهر کله إن کان سمی لها مهرا و سهمها من المیراث «...۲»

... عن الحلبي (صحيحه) عن ابی عبد الله علیه السّلام إنّه قال فی المتوفی عنها زوجها إذا لم یدخل بها: إن کان فرض لها مهرا فلها مهرها الذی فرض لها (تمام مهر) و لها المیراث و عدتها أربعة أشهر و عشرًا كعدة التي دخل بها «...۳»
در ذیل این حدیث دو حدیث دیگر هم از زراره و ابو بصیر نقل شده که هیچ اشتراکی در سند با حدیث قبلی ندارد، پس سه حدیث است که صاحب جواهر هم این سه حدیث را جداگانه می‌شمارد.

... عن منصور بن حازم قال: سألت أبا عبد الله علیه السّلام عن الرجل یتزوج المرأة فیموت عنها قبل أن یدخل بها قال: لها صداقتها كاملا و ترثه و تعتد أربعة أشهر و عشرًا كعدة المتوفی عنها زوجة (ای اذا كان مدخولة یعنی این هم مثل مدخوله است). «...۴»
... عن منصور بن حازم (سند معتبر و در واقع روایت موثقه است) قال: قلت لأبى عبد الله علیه السّلام: رجل تزوج امرأة و سمی لها صداقا ثم مات عنها و لم یدخل بها قال: لها المهر كاملا و لها المیراث قلت فأنهم رويوا عنك أن لها نصف المهر قال: لا يحفظون عنى (مطلب را خوب نقل نکرده‌اند) أن ذلك للمطقة. «...۵»

این روایت اگر معارضی نداشت می‌توانست روایات «نصف المهر» را تفسیر کند، ولی روایت سوم مخالفی از منصور بن حازم وجود

دارد که کلی است و ربطی به مهر ندارد.

... عن منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ما أجد أحدا أحدثه و إنني لأحدث الرجل بالحديث فيتحدث به فأوتى فأقول: إنني لم أقله. «۶»

مطابق این روایت حضرت از بعضی اصحابش که حدیث را پخش می‌کنند شکایت می‌کند. بعد، از آن حضرت پرسیده می‌شود که شما این را گفتید؟ حضرت از روی تقیه می‌فرماید که من نگفتم، این حدیث یک قاعده کلی است و ربطی به بحث مهر ندارد و روی احادیث قبل سایه می‌اندازد.

جمع‌بندی: هشت روایت پیدا کردیم که در بین آنها ثقات هم هست و می‌گویند که تمام مهر به زوجه تعلق می‌گیرد.

۵۰- ادامه مسئله ۱۴ / ۱۳ / ۱۰ / ۸۳ دو روایت هم داریم که از نظر سند مشکل دارد ولی به عنوان مؤید خوب است. یکی از دعائم الاسلام و مرسله است و دیگری از منابع اهل سنت و از ابن عباس نقل شده است (عامه قول صحابه را حجت می‌دانند).

* دعائم الاسلام: عن جعفر بن محمد عليه السلام إنه قال في حديث: وإن كان قد فرض لها صداقا ثم طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق وإن مات عنها فلها الصداق كاملا. «۷»

بیهقی در کتابش از ابن عباس چنین نقل می‌کند:

عن ابن جريح قال سمعت عطاء (از فقهای عامه) يقول سمعت ابن عباس سئل عن المرأة يموت عنها زوجها و قد فرض لها صداقا قال: لها الصداق و الميراث. «۸»

دلیل قول غیر مشهور:

روایات

در مقابل این روایات، روایات قائلین به نصف قرار دارد که

(۱). تهذیب، ج ۸، ص ۱۴۵.

(۲). ح ۲۱، باب ۵۸ از ابواب مهور.

(۳). ح ۲۲، باب ۵۸ از ابواب مهور.

(۴). ح ۲۳، باب ۵۸ از ابواب مهور.

(۵). ح ۲۴، باب ۵۸ از ابواب مهور.

(۶). ح ۲۵، باب ۵۸ از ابواب مهور.

(۷). مستدرک الوسائل، ج ۱۵، ح ۲، باب ۴۱ از ابواب مهور.

(۸). السنن الكبرى، ج ۷، ص ۲۴۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۶۳

روایات متعددی است و تعداد آن بیش از روایات قائلین به تمام مهر است، پس در هر دو طرف روایات متضافر است.

عمده روایات قائلین به نصف هم در باب ۵۸ است که از بین این روایات بعضی را که دلالت آن روشن تر است می‌خوانیم:

... عن محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يموت و تحته امرأة لم يدخل بها قال: لها نصف المهر و لها الميراث كاملا (قرینه است بر این که مهر واقعا نصف است) و عليها العدة كاملة. «۱»

* و بالاسناد، عن عبيد بن زرارَةَ قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة هلكت زوجها و لم يدخل بها قال: لها الميراث و عليها

العَدَّةُ كاملةٌ و إن سَمِيَ لها مهرا فلها نصفه «... ۲».

...* عن عبد الرحمن بن الحجاج، عن رجل (مرسله) عن علي بن الحسين عليهما السلام قال في المتوفى عنها زوجها و لم يدخل بها: إن لها نصف الصداق «... ۳».

...* عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن لم يكن دخل بها و قد فرض لها مهرا فلها نصف ما فرض لها و لها الميراث و عليها العَدَّة. «۴»

...* عن أبي جعفر عليه السلام في جارية لم تدرک (بالغ نشده) لا يجامع مثلها أو رتقاء «الی أن قال» قلت: فان مات الزوج عنهن قبل أن يطلّق قال: لها الميراث و نصف الصداق «... ۵».

شبيهه این روایت، روایات متعددی داریم که در مورد غیر بالغی است که عقد شده و بعد بالغ شده و قبل از اینکه شوهر دخول کند از دنیا رفته است، در اینجا باید زوجه قسم بخورد که به خاطر میراث نیست که به عقد رضایت می دهد که در این صورت مهر را به او می دهند.

این روایت موردش اخصّ از مدعاست ولی اگر الغای خصوصیت کرده و بگوییم قول به تفصیل نداریم که بین بالغ و غیر بالغ فرق گذاشته باشد، می توان به این روایات هم استدلال کرد.

باب ۵۸ از ابواب مهور هم به همین مضمون است «۶» و دلالت دارد و همه در مورد زوجه‌ای است که شوهرش مرده است. طایفه دومی از روایات «۷» که غیر مشهور به آن استدلال کرده اند می گوید، چه زوج بمیرد و چه زوجه بمیرد مهر نصف می شود. مجموعاً شانزده حدیث داریم که بیش از این هم ممکن است باشد و دلالت این روایات بر بحث ما روشن است، در اینجا چه کنیم؟

جمع بین روایات متعارض:

اشاره

از یک طرف ده روایت داریم که دلالت بر مهر کامل دارد و در بین آنها صحاح هم وجود دارد و مطابق مشهور، کتاب الله و قاعده است و در طرف مقابل شانزده روایت داریم که بر نصف مهر دلالت دارد. در تعارض بین این روایات چه کنیم؟

(الف) جمع دلالی:

ابتدا سراغ جمع دلالی می رویم البته جمع عرفی نه تبرّعی.

دو گونه جمع عرفی گفته شده است:

۱- بعضی گفته اند حق با مشهور است و روایات نصف را حمل بر استحباب می کنیم، یعنی زوجه مستحب است که از نصف دیگر صرف نظر کند.

۲- بعضی عکس این راه، راه جمع دانسته اند یعنی می گویند حق زن نصف است ولی مستحب است تمام مهر را بدهند. ممکن است کسی بگوید که هیچ یک جمع عرفی نیست، ولی اگر جمع عرفی را پذیرفتیم راه جمع اول بهتر به نظر می رسد، چون در آنجا حق زوجه تمام است و یک نفر است و می تواند از نصف آن بگذرد و طرف استحباب فقط زن است ولی اگر گفتیم نصف است و بخواهیم تمام مهر را بدهیم باید تمام ورثه اجازه دهند و طرف استحباب متعدد است.

(ب) مرجحات:

اگر جمع عرفی را نپذیرفتیم، باید سراغ مرجحات برویم.

مرجّح قول مشهور:

قول مشهور دو مرجّح دارد.

مرجّح اول: شهرت (خذ بما اشتهر بین اصحابک) است که همان شهرت فتوایی است نه شهرت روایی. هر دو طایفه روایت شهرت دارد اگر چه روایات قول اقلیت اشتهر است، ولی وقتی تعداد روایات زیاد باشد اما در عین حال اصحاب به آن عمل نکنند؛ می‌تواند دلیل بر ضعف روایات باشد، پس شهرت فتوایی موافق قول مشهور است.

مرجّح دوم: موافقت کتاب الله است که قول مشهور با «آتُوا النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ» نحلّه موافق است که می‌گوید تمام مهر را بدهید که همان قول مشهور است.

(۱). ح ۱، باب ۵۸ از ابواب مهوور.

(۲). ح ۴، باب ۵۸ از ابواب مهوور.

(۳). ح ۵، باب ۵۸ از ابواب مهوور.

(۴). ح ۶، باب ۵۸ از ابواب مهوور.

(۵). ح ۱۵، باب ۵۸ از ابواب مهوور.

(۶). ح ۲، ۱۱، ۱۲، ۱۴ و ۱۶، باب ۵۸ از ابواب مهوور.

(۷). ح ۳، ۷، ۸، ۹، ۱۰ و ۱۳، باب ۵۸ از ابواب مهوور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۶۴

مرجّح قول غیر مشهور:

غیر مشهور یک مرجّح دارد و آن مخالفت با عامّه (روایات تصنیف مهر) است.

۵۱- ادامه مسئله ۱۴ / ۱۴ / ۱۰ / ۸۳ حال کدام قول را بپذیریم؟

با توجه به این که مبنای ما و بسیاری از بزرگان این است که اولین مرجّح شهرت است و مخالفت با عامّه در رتبه‌های بعدی است، بنا بر این مرجّح شهرت مقدّم است، به همین جهت احادیث قول مشهور مقدّم می‌شود و قول غیر مشهور را کنار می‌گذاریم.

به هر حال اگر ما روی موازین فنّ اصول و قوانین شناخته شده جلو بیایم، چاره‌ای نداریم جز این که قول مشهور را بپذیریم و روایات کثیره طرف مقابل را کنار می‌گذاریم، چون به آن عمل نشده و لو روایاتش زیادتر است و این امر نشان می‌دهد که آن روایات ضعیف بوده است و «دع الشاذ النادر» شامل آن می‌شود، پس چون به آن عمل نشده شاذ و نادر است.

أضف إلى ذلك؛ در روایت «منصور بن حازم» «۱» که روایت معتبری است از امام در مورد جایی که زوج بمیرد و زوجه غیر مدخوله باشد سؤال کردند، حضرت فرمود تمام مهر را بدهد.

راوی عرض کرد از شما نقل کرده‌اند که نصف مهر ثابت است؛ حضرت در جواب فرمود اشتباه نقل کرده‌اند (امام با صراحت می‌فرماید که روایات نصف اشتباه در نقل است).

بقی هنا امور:

الأمر الأوّل:

مرحوم صاحب وسائل در باب ۵۸ بعد از نقل روایت منصور بن حازم روایت دیگری نقل کرده است که از منصور بن حازم و سند آن به ظاهر معتبر است. این حدیث عکس حدیث ۲۴ است و می‌فرماید از من مسأله می‌پرسند و من جواب می‌دهم و جواب من را

برای ناهلان نقل می‌کنند و آنها از من می‌پرسند و من مجبورم انکار کنم.

... عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ما أجد أحداً أحدثه (شخصی که حدیث مرا از ناهلان حفظ کند و برای آنها نقل نکند) و إنني لأحدث الرجل بالحديث فيحدث به فأقول أئني لم اقله (برای حفظ دماء شیعه ناچارم تقیه کنم و بگویم که من نگفته‌ام). (۲)

مرحوم صاحب وسائل از این حدیث چنین استفاده می‌کند که حدیث قبلی تقیه بوده و روایاتی که تمام مهر را می‌گوید، حمل بر تقیه می‌شود و حق با روایات نصف است.

قلنا: ما از صاحب وسائل تعجب می‌کنیم، چون این روایت یک حدیث کلی است و ربطی به باب مهور ندارد و اثر بدی روی روایات باب می‌گذارد و از آن سوء استفاده می‌شود و نمی‌توان با این حدیث کلی روایت ۲۴ را به هم بزنیم.

نکته دیگر این که آیا «سعد بن عبد الله» می‌تواند از «محمد بن ابی عمیر» بلا واسطه نقل کند؟ در کتب رجال این دو هم عصر نیستند و ظاهراً کسی در این وسط از قلم افتاده، پس حدیث مرسله است، به دو جهت:

اولاً؛ تاریخ فوت «سعد بن عبد الله اشعری» را که قمی است، سنه ۲۹۹ یا ۳۰۱ نوشته‌اند. در حالی که ابن ابی عمیر در سنه ۲۱۷ فوت کرده است و اگر سعد بن عبد الله در هنگام فوت ۹۰ ساله باشد، در هنگام فوت ابن ابی عمیر ۷ ساله بوده و نمی‌توانسته از ابن عمیر روایت نقل کند.

ثانیا؛ ابن ابی عمیر، موسی بن جعفر و علی بن موسی الرضا علیهما السلام را ملاقات کرده و از اصحاب این دو بزرگوار بوده است، در حالی که سعد بن عبد الله از اصحاب امام حسن عسکری علیه السلام بوده است که بعضی این را هم قبول نکرده‌اند، حال چگونه سعد بن عبد الله از ابن ابی عمیر که در عصر امام رضا علیه السلام بوده است و امام هادی و امام جواد را درک نکرده، روایت نقل می‌کند؟ پس از نظر سن و از نظر طبقه حدیث سعد بن عبد الله به ابن ابی عمیر نمی‌خورد، بنا بر این نمی‌توان پذیرفت که بین سعد بن عبد الله و ابن ابی عمیر کسی نبوده باشد. گاهی احادیثی که به ظاهر مسند است؛ با دقت در طبقات معلوم می‌شود که مرسله است.

نتیجه: روایت ۲۵ از دو جهت از کار افتاد:

۱- سند آن مرسله است.

۲- روایت مربوط به این باب نیست و یک مسئله کلی است.

أضف إلى ذلك؛ اگر واقعا روایات تمام مهر تقیه است و روایات نصف ضد تقیه است، چرا این همه روایت نصف داریم و چگونه است که امام ضد تقیه را گسترده‌تر بیان فرموده‌اند؛ پس معلوم می‌شود که تقیه نیست.

(۱). ح ۲۴، باب ۵۸ از ابواب مهور.

(۲). ح ۲۵، باب ۵۸ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۶۵

الأمر الثاني: بعضی گفته‌اند که سزاوار است ما موت را به طلاق قیاس کنیم

و در موت هم قائل به نصف شویم و شاید موت اولویت داشته باشد، چون در طلاق که طرف مقابل فقط شوهر است، نصف را گفته‌اند، حال در موت که طرف مقابل ورثه هستند و تعداد آنها زیاد است، به طریق اولی نصف است.

این قیاس نه تنها قیاس اولویت نیست بلکه قیاس مع الفارق است و حتی اهل سنت هم که قائل به قیاس هستند، این را نمی‌گویند.

زیرا زن به سبب طلاق به طور کلی جدا می‌شود ولی به سبب موت جدا نمی‌شود و بسیاری از احکام زوجیت از جمله ارث باقی است، قرآن در آیه «وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ» با این که فوت کرده تعبیر به ازواج می‌کند، پس معلوم می‌شود که موت با طلاق فرق می‌کند و بعد از طلاق، اطلاق «ازواجکم» نمی‌کنند، پس قیاس مع الفارق است. تلخص من جمیع ما ذکرنا؛ این قیاس مع الفارق است و اهل قیاس هم به آن قائل نشده‌اند، این امر هم قول مشهور را تقویت می‌کند، پس قول مشهور حق است.

۵۲- ادامه مسئله ۱۴ / ۱۵ / ۱۰ / ۸۳

فرع دوم: موت زوجه

اشاره

اگر زوجه قبل از دخول از دنیا برود، آیا طلبکار تمام مهریه است یا نصف آن؟ مشهور این است که باید تمام مهر داده شود ولی مخالفین (قائلین به نصف) در این فرع بیشتر هستند. مرحوم صاحب جواهر می‌فرماید: بل لعل الظاهر (با احتیاط نظریه خود را مطرح می‌کنند) استقراره (تمام مهر) ایضا بموت الزوجه، در ادامه صاحب جواهر ذهاب عدّه کثیری از قدما و متأخرین را به تمام مهر حکایت کرده و نام آنها را برده است و می‌فرماید: و من هنا نسبه الشهيد إلى المشهور بل الکرکی (محقق کرکی) إلى عامّة الأصحاب عدا الشيخ و القاضي و الکیدری «۱». این مسأله هم مشهور است، ولی شهرت در مسئله سابق قوی تر بود، چرا که مخالفین در این مسأله بیشتر هستند.

ادله مشهور:

اشاره

پیچ و خم این فرع از فرع اول بیشتر است.

۱- قاعده:

«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» دلالت می‌کند بر این که تمام مهر که به مجرد عقد لازم شده، ثابت است و فقط طلاق منصف است، علاوه بر این آیه و آتوا النساء صدقاتهنّ نخلهً «۲» هم بالخصوص دلالت دارد که باید تمام مهر را بدهند.

۲- مفهوم برخی از روایات:

در این مسأله دستمان از اخبار تهی است و روایتی که دلالت کند بر تمام مهر نداریم و اخبار مطابق نصف است، ولی مشهور با این وجود به تمام مهر فتوا داده‌اند.

ولی دو امر می‌تواند دلیل فتوای مشهور باشد، یکی از آن دو امر مفهوم خبر منصور بن حازم «۳» است که می‌فرمود:

لا يحفظون عني إن ذلك (نصف) المطلقة.

در این روایات و لو سؤال از موت زوج بوده است نه موت زوجه، ولی معنای کلی دارد یعنی چه در موت زوج و چه در موت زوجه مهر نصف نمی‌شود و فقط نصف برای صورت طلاق است.

امر دیگر این که موت زوج و زوجه نمی‌تواند از هم جدا باشد، اگر در موت زوج قائل به تمام مهر هستیم، باید در موت زوجه هم قائل به تمام مهر شویم، چون اگر ممات باعث انفساخ زوجیت است، از هر دو طرف فسخ می‌شود و اگر با ممات زوجیت باقی است، از هر دو طرف باقی است و شاهد بقای زوجیت این است که در صورت موت، ارث ثابت است و اگر مانند طلاق، انفساخ زوجیت بود، در این صورت مهر ثابت نبود.

بنا بر این از روایات موت زوج الغای خصوصیت کرده و می‌گوییم ده روایت بحث قبلی در موت زوجه هم جاری است، چون تفکیک موت زوج و زوجه از هم ممکن نیست، چرا که زوجیت یک امر طرفینی است یا از هر دو طرف هست و یا از هیچ یک از طرفین نیست.

دلیل غیر مشهور:

روایات

اشاره

این قول روایات خوبی دارد که ما آنها را نقل می‌کنیم و بعد اشکال آن را بیان می‌کنیم. روایات متضافر است و در بین آنها صحاح هم هست.

... عن عیید بن زرارۃ قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل تزوّج امرأة و لم یدخل بها قال: إن هلكت أو هلك أو طلقها فلها النصف و علیها العدة کملا و لها المیراث. (۴)

(۱). ج ۳۹، ص ۳۳۰.

(۲). سورة نساء، آیه ۴.

(۳). ح ۲۴، باب ۵۸ از ابواب مهوور.

(۴). ح ۳، باب ۸۵ از ابواب مهوور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۶۶

ما اگر در این روایت حکم نصف مهر را در مورد فوت زوج نپذیریم (چون قائل به تمام هستیم) ولی در مورد موت زوجه بپذیریم چگونه میسر است؟ در حالی که این دو کلمه در کنار هم و به هم عطف شده‌اند.

... عن زرارۃ قال: سألت عن المرأة تموت قبل أن یدخل بها أو یموت الزوج قبل أن یدخل بها قال: أیها مات فللمرأة نصف ما فرض لها «... ۱»

این روایت دو سند دارد که در یک سند «سهل بن زیاد» ضعیف است.

چگونه ممکن است در صورت موت زوجه مهر نصف شود با این که در فرع سابق ما تمام مهر را در موت زوج پذیرفتیم؛ حال با وجود کلمه «ایهما» در روایت چگونه یک طرف را بپذیریم و طرف دیگر را نپذیریم؟

... عن ابن أبی یعفور، عن أبی عبد الله عليه السّلام إنّه قال فی امرأة توفیت قبل أن یدخل بها ما لها من المهر؟ و کیف میراثها فقال: إذا کان قد فرض لها صداقا فلها نصف المهر ... و فی رجل توفی قبل أن یدخل بامرأته قال: إن کان فرض لها مهرا فلها نصف المهر «... ۲»

با توجه به این که در فرع سابق تمام مهر را پذیرفتیم، در این روایت هم باید قسمتی از حدیث را بپذیریم و بخش دیگر را که در

مورد موت زوج است، نپذیریم که از دو حدیث قبل بهتر است.
سه روایت دیگر هم از همین قبیل است و دلالت آنها هم همین گونه است.

۵۳- ادامه مسئله ۱۴ / ۱۶ / ۱۰ / ۸۳

جواب از دلیل غیر مشهور:

قائلین به قول مشهور در مقابل این روایات سه جواب می دهند:

۱- این روایات معرض عنهاست و اعراض سبب سقوط از حجیت می شود و هر چه تعداد روایات بیشتر باشد، اشکال و ضعف آن بیشتر می شود «کَلَّمَا از داد صحَّة از داد وهنا»؛ معلوم می شود که روایات اشکالی داشته که مشهور از آن اعراض کرده اند.

۲- تمام این شش حدیث موت زوج و زوجه را بیان می کند و در مورد هر دو طرف نصف مهر را می گوید، حال وقتی ما در مورد موت زوج قائل به نصف نیستیم، ناچاریم کاری کنیم، ولی بدین نمی شویم بلکه می گوئیم تمام مهر را ورثه زوجه می گیرند، ولی نصف آن از باب ارث به زوج برمی گردد، پس این که روایت نصف می گوید به این جهت است که نصف مهر به ارث به زوج برمی گردد.

۳- می توانیم روایات نصف را حمل کنیم بر این که تمام مهر مستقر می شود ولی نصف آن به سبب ارث به زوج برمی گردد، به عبارت ساده تر وقتی زوجه فوت کرد، ورثه زوجه تمام مهر را مطالبه می کنند و زوج هم چون ارث می برد، نصف را برمی دارد و نصف دیگر را به ورثه دیگر می دهد، پس اگر این روایات تعبیر نصف دارد، اشاره به این است که بعد از کسر میراث، مهر نصف می شود.

صاحب جواهر می فرماید بعضی از روایات شش گانه ای که عرض کردیم تاب این جمع را ندارد.

قلنا؛ هیچ یک از روایات تاب این جمع ندارد، چون ناهماهنگی پیش می آید، به این بیان که وقتی روایت می گوید هر دو نصف می برند، ظاهرش این است که هر دو نصف مهر را به سبب موت می برند و استقرار مهر کامل در هیچ یک نیست، ولی شما می گوئید زوجه به حسب وجوب الهی نصف می برد و زوج که نصف می برد به حسب وجوب المهر نیست بلکه نصفش به میراث برگشته است، پس روایت ناهماهنگ می شود.

جواب دیگر این که همیشه مرد نصف نمی برد، چون زنانی هستند که از شوهر سابق بچه دارند فرد نادر نیستند.
می برند و زنانی که از شوهر سابق بچه دارند فرد نادر نیستند.

فتلخص من جمیع ما ذکرنا؛ حق با قول مشهور است و در موت زوج یا زوجه تمام مهر ثابت است.

۵۴- ادامه م ۱۴ و م ۱۵ (تملك المرأة الصداق) ۱۹ / ۱۰ / ۸۳

بقی هنا شیء:

مرحوم امام (ره) در این مسأله دو تعبیر دارد که قابل توجه است:

۱- «فالأقوی تنصیف المهر كالطلاق خصوصاً فی موت

(۱). ح ۷، باب ۵۸ از ابواب مهوور.

(۲). ح ۸، باب ۵۸ از ابواب مهوور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۶۷

المرأة» به چه معنا است؟

تنصیف مهر در صورت موت رجل، روایات مخالف (تمام مهر) دارد ولی در موت مرثه یک روایت هم ندارد که مهر کامل داده شود، پس تنصیف در موت مرثه اقوی و اشدّ قوه است.

۲- «و الاحوط الأولی التصالح خصوصاً فی موت الرجل» به چه معناست؟

احتیاط مستحبی این است که تصالح کنند به این معنا که نصف مهر به زوجه داده شود و روی نصف دوّم، ورثه میت با طرف دیگر مصالحه کنند؛ حال امام می فرماید: مصالحه کنند، خصوصاً در صورت موت زوج، چون در زوج احتمال تمام مهر قوی تر است، وقتی قوی تر شد، مصالحه احتیاطش قوی تر است، ولی در موت زوجه احتمال تمام مهر ضعیف تر است (چون در موت زوجه روایات کلّ نداشتیم).

توجه: در صورت مصالحه باید توجه کنند که پای صغیر در میان نباشد و مصالحه بر سهم صغیر نکنند، بلکه سهم او را باید تمام و کمال بدهند و مصالحه بین کبار واقع شود.

نکته: تحریر الوسیله در اصل «وسیله النجاة» آقا سید ابو الحسن اصفهانی (ره) است که عده ای بر آن حاشیه زده اند و مرحوم امام هم تغییرات زیادی در آن ایجاد کرده و به نام «تحریر الوسیله» نامیده اند و چه خوب بود که اسم مرحوم آیه الله اصفهانی را در تحریر الوسیله می نوشتند. عبارت وسیله النجاة این گونه است که مرحوم امام یک قسمت آن را حذف کرده اند:
إذا مات أحد الزوجین قبل الدخول فالمشهور استحقاق المرأة تمام المهر، خود ایشان قائل به نصف هستند ولی مذهب مشهور را ذکر کرده اند که در تحریر حذف شده و خوب بود ذکر می شد.

مسأله ۱۵: تملک المرأة الصداق بنفس العقد

اشاره

و تستقرّ ملکیه تمامه بالدخول (به مجرد عقد مالک تمام مهر شده ولی نصف آن متزلزل است و ممکن است با طلاق نصف آن از بین برود ولی با دخول مستقر می شود) فان طلقها قبله عاد إليه النصف و بقى لها النصف فلها التصرف فيه بعد العقد بأنواعه و بعد ما طلقها قبل الدخول كان له نصف ما وقع عليه العقد و لا يستحقّ (زوج) من النماء السابق (سابق بر طلاق) المنفصل (نماء منفصل مثل بچه های گوسفند یا میوه های باغ) شیئا (چون تا قبل از طلاق، مالک کل بوده و طلاق منصف است، پس مالک نماءات منفصل می شود).

عنوان مسأله:

اشاره

آیا زن به مجرد عقد تمام مهر را مالک می شود یا نصف آن را و نصف دیگر را به سبب دخول مالک می شود؟
مسأله دارای دو فرع است:

۱- آیا زوجه به مجرد عقد مالک تمام مهر می شود یا نصف آن؟

۲- آیا نماءات منفصله برای زوجه است؟

قبل از ورود به شرح مسأله ذکر این نکته لازم است که منافع عین سه گونه است:

۱- تصرفاتی که نماء نیست، مثل این که در خانه می‌نشیند و یا مرکب را سوار می‌شود و یا لباس را می‌پوشد و یا زینت را به تن می‌کند.

۲- نماءات متصله، مثل این که درخت بزرگ می‌شود و یا گوسفند چاق می‌شود.

۳- نماءات منفصله، مثل پشم، بچه، شیر، میوه...

مرحوم امام دو مورد را ذکر کرده و نماءات متصله را نفروموده‌اند که در کتب فقهی محلّ بحث است و باید مورد توجه قرار گیرد. فرع اول: آیا مرثه به مجرّد عقد مالک تمام مهر می‌شود یا نصف آن؟

اقوال:

مشهور و معروف این است که زوجه به مجرّد عقد مالک تمام مهر می‌شود و به تعبیر صاحب جواهر شهرت عظیمه بر آن قائم است. علاوه بر صاحب جواهر بزرگانی مانند، صاحب حدائق «۱»، صاحب مسالک «۲»، مرحوم کاشف اللثام «۳» هم قائلند که مشهور این است که مرثه به مجرّد عقد، مالک تمام مهر می‌شود.

صاحب جواهر بعد از ادعای شهرت می‌فرماید:

بل عن الحلّی نفی الخلاف فیه، ولی مسأله یک مخالف مشهور دارد. صاحب جواهر کلام ابن جنید را تأویل برده و می‌فرماید منظور ایشان این است که استقرار مهر به دخول است، پس مالکیت متزلزل را ابن جنید هم قبول دارد. بنا بر این مسأله اجماعی است و مخالفی در آن نیست.

(۱). ج ۲۴، ص ۵۴۵.

(۲). ج ۸، ص ۲۵۸.

(۳). ج ۷، ص ۴۴۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۶۸

ادله:

۱- مقتضای عمومات:

عقد را بر تمام مهر بسته‌اند و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و یا «المؤمنون عند شروطهم» می‌گویند اگر مطالبه کرد باید تمام مهر را بدهید.

۲- آیه و آتوا النساء صدقاتهن نحلهً «۱»:

صداق به معنای تمام مهر است، پس ظاهر آیه استقرار تمام مهر است.

«نحله» دو معنا دارد: بعضی گفته‌اند به معنای بدهی است و بعضی گفته‌اند به معنای عطیّه است و در واقع احترام مرثه را بیان می‌کند، یعنی مهر را که می‌دهید خرید و فروش نیست بلکه هدیه است.

۵۵- ادامه مسئله ۱۵ / ۲۰ / ۱۰ / ۸۳

۳- نکاح حکم معاوضه دارد:

نکاح در واقع معاوضه‌ای است بین مهر و حق انتفاع زوج، همان گونه که حق انتفاع برای زوج به مجرد عقد پیدا می‌شود، مالکیت زوج هم به مجرد عقد پیدا می‌شود، همان گونه که در بیع اگر یکی از عوضین به طور کامل به ملک در آید، عوض دیگر هم به طور کامل به ملک طرف دیگر در می‌آید.

جواب از دلیل: نکاح شبیه معاوضه است ولی حقیقتاً معاوضه نیست و به همین جهت است که در نکاح عدم ذکر مهر جایز است ولی در بیع باید عوضین معین باشند، پس نکاح حقیقتاً معاوضه نیست، که شواهد آن سابقاً بیان شد.

۴- روایات:

احادیثی که می‌گویند نساء بعد از عقد و قبل از دخول برای زوجه است، مثلاً اگر مهریه گوسفند باشد، بچه‌هایی که بعد از عقد و قبل از طلاق متولد شود، برای زوجه است و از طرف دیگر می‌دانیم «النماء تابع للملك» پس معلوم می‌شود که زوجه مالک بوده که نساء به او متعلق است.

از باب نمونه بعضی از روایات را ذکر می‌کنیم:

...* عن ابن أبي عمير، عن ابن بكير، عن عبيد بن زرارَةَ (همه ثقة هستند) قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تزوج امرأة على مائة شاة ثم ساق إليها الغنم ثم طلقها قبل أن يدخل بها وقد ولدت الغنم؟ قال: إن كانت الغنم حملت عنده (زوج) رجع بنصفها و نصف أولادها و إن لم يكن الحمل عنده رجع بنصفها و لم يرجع من الأولاد بشيء. «۲»

این روایت قوی‌ترین دلیل است بر این که مرثه به مجرد عقد مالک تمام مهر می‌شود و در مورد نساء منفصل است.

...* عن محمد بن أحمد العلوي (مجهول) عن العمرکی، عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عن أبيه أن علياً عليه السلام قال في الرجل يتزوج المرأة على وصيف (به معنی کنیز یا غلام ممتاز است) فیکبر عندها (زوجه) و يريد أن يطلقها قبل أن يدخل بها قال:

عليها نصف قيمته يوم دفعه إليها لا ينظر في زيادة و لا نقصان. «۳»

روایت در مورد نساء متصل است و شاهد است بر این که مرثه به مجرد عقد مالک تمام مهر می‌شود.

در ذیل این روایت، روایت مستقل دیگری است که شماره نخورده که راوی و مروی عنه فرق می‌کند و باید به عنوان روایت مستقلاً نقل می‌شد:

* و رواه الكليني عن علي بن ابراهيم، عن أبيه، عن النوفلي، عن السكوني (ضعيف است) عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قال، و ذکر نحوه، إلا أنه قال: فیکبر عندها فیزید أو ينقص.

سند این دو روایت ضعیف است ولی با عمل مشهور جبران می‌شود.

مستدرک الوسائل «۴» هم چند روایت دارد که یکی مرسله و دیگری از جعفریات است که سند آنها ضعیف و به عنوان مؤید خوب است.

[آیه ۲۳۷ سوره بقره]

۵- آیه و إن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن و قد فرضتم لهن فريضه فنصف ما فرضتم «۵»:

ظاهر عبارت «قد فرضتم» به این معناست که شما مهر قرار دادید و خدا آن را امضا کرده، پس آنچه را که قرار داده‌اید، زوجه مالک می‌شود، به عبارت دیگر فرض کردن به معنای تحقق بخشیدن است و وقتی تحقق بخشید یعنی زوجه مالک تمام آن شده است و اگر قبل از دخول طلاق دهد نصف آن را بر می‌گرداند. پس فرضتم به معنای ملکتم است و خدا هم آن را به رسمیت می‌شناسد.

قلنا: ما از لحن این آیه استفاده می‌کنیم که زوج فرض فریضه‌ای کرده و از سوی شرع پذیرفته شده و زوجه هم مالک

(۱). سورة نساء، آیه ۴.

(۲). ح ۱، باب ۳۴ از ابواب مهور.

(۳). ح ۲، باب ۳۴ از ابواب مهور.

(۴). ج ۱۵، باب ۲۷ و ۲۸ از ابواب مهور.

(۵). سورة بقره، آیه ۲۳۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۶۹

شده است. عقیده ما این است که به عنوان دلیل خوب است و اگر پذیرفتید لا اقل مؤید است.

جمع‌بندی ادله مشهور:

مجموع این ادله (عمومات و آیات مهر و روایاتی که ذکر شد) می‌گوید تمام مهر حین العقد به زوجه منتقل می‌شود و لو دخولی هم حاصل نشده است.

ادله ابن جنید:

اشاره

سه دلیل برای ابن جنید که می‌گفت زوجه به مجرد عقد مالک نصف مهر می‌شود آورده شده است:

۱- روایاتی که می‌گوید مهر عند الدخول لازم است:

روایاتی که ظاهرش این است که مهر عند الدخول لازم می‌شود، که جمعاً نه روایت است و مضمون همه آنها این است که با دخول مهر لازم می‌شود و در صورت عدم دخول نصف مهر نیست.

... عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله أبي و أنا حاضر عن رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه (زوجه را نزد زوج آوردند) و لم يمسه و لم يصل إليها حتى طلقها هل عليها عده منه؟

فقال: إنما العدة من الماء، قيل له: فإن كان واقعها في الفرج و لم ينزل؟

فقال: إذا أدخله وجب الغسل و المهر و العدة. «۱»

معنای وجوب مهر این است که تمام مهر بعد از دخول واجب می‌شود، چون نصف مهر به مجرد عقد بود و کمال آن با دخول است.

... عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل و المرأة متى يجب عليهما الغسل؟ قال: إذا أدخله وجب الغسل و المهر و الرجم (منظور از رجم این است که اگر زن، شوهردار باشد و زنايي واقع شود به سبب دخول، رجم به عنوان حد شرعی حاصل می‌شود). «۲»

بقیه روایات هم بعضی مضمونشان «إذا التقى الختانان» است که مفهوم همه روایات این است که اگر دخول حاصل نشود، تمام مهر ثابت نیست.

۵۶- ادامه مسئله ۱۵ / ۲۱ / ۸۳ / ۱۰ / ۱۰۱ جواب از دلیل: منظور در این روایات استقرار مهر است و ما هم می‌گوییم قبل از دخول مالک

است، ولی متزلزل است و شاهد ما کلمه «وجب» است که به معنای استقرار است.

علاوه بر این، روایات نماء هم شاهد است که قبل از دخول مالکیت داشته، پس استقرار به سبب دخول است و این منافات ندارد که قبل از دخول مالکیت متزلزل باشد.

جواب مناسبتری هم می‌توان داد که در کلمات فقها ندیده‌ایم و آن این که هیچ کدام از این روایات نه گانه ندارد که در عقد، مهری برای زوجه قرار داده شده است و شاید همه این روایات برای جایی باشد که مهر در هنگام عقد نبوده که در این صورت قبل از دخول چیزی از مهر به زوجه تعلق نمی‌گیرد.

به عبارت دیگر این روایات در مورد جایی است که فرض فریضه نشده (مهر تعیین نشده) که در این صورت قبل از دخول مهری تعلق نمی‌گیرد. در اینجا صحیح است بگوییم که با دخول مهر تعلق می‌گیرد؛ چرا که در هیچ یک از این روایات صحبت از این نیست که مهر تعیین شده، و شاهد ما بر این معنا این است که روایات می‌گویند کل مهر، متوقف بر دخول است، در حالی که طبق مبنای ابن جنید نصف مهر متوقف بر دخول است.

ظاهر این روایات که می‌گویند «وجب المهر» وجوب همه مهر است که در واقع در مورد جایی است که فرض فریضه نکرده باشد و الا اگر تعیین شده باشد، نصف مهر متوقف بر دخول است که این مخالف ظاهر احادیث است.

سلمان که روایات مطلق است و شامل می‌شود جایی را که فرض فریضه کرده و جایی را که فرض فریضه نکرده، ولی ما می‌گوییم این عام به روایاتی که می‌فرمود نماءات ملک زوجه است، تخصیص می‌خورد و جایی که فرض فریضه شده، تمام مهر را مالک است و جایی که فرض فریضه نشده با دخول مالک می‌شود.

۲- الملك لا يزول الا بناقل و الطلاق ليس بناقل:

دلیل دومی که برای ابن جنید آورده‌اند، سست است و آن این که اگر تمام مهر به مجرد عقد ملک زوجه شود، دیگر این ملک زائل نمی‌شود، چون کسی که مالک چیزی شد تا بیع یا هبه‌ای انجام ندهد از ملک او خارج نمی‌شود و ملک زائل نمی‌شود، مگر با ناقل مانند فسخ یا هبه یا بیع یا وصیت و...

و طلاق ناقل نیست پس با آن ملکیت زائل نمی‌شود.

جواب از دلیل: این اجتهاد در مقابل نص است چون قرآن و روایات، طلاق را ناقل می‌داند.

(۱). ح ۱، باب ۵۴ از ابواب مهور.

(۲). ح ۹، باب ۵۴ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۷۰

۳- روایت:

بهترین دلیل قول ابن جنید روایت ذیل است که صحیح السند می‌باشد.

* محمد بن علی بن الحسین یاسناده عن الحسن بن محبوب (اسناد صدوق به حسن بن محبوب صحیح است) عن حماد الناب (حماد بن عثمان معروف و از ثقات است) عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة علي بستان له معروف و له غلة (در آمد) كثيرة ثم مكث سنين لم يدخل بها ثم طلقها؟ قال:

ينظر إلى ما صار إليه من غلة البستان من يوم تزوجها فيعطيهما نصفه و يعطيها نصف البستان (زن اگر مالک کل بود باید تمام

در آمدها مال او باشد در حالی که روایت می‌فرماید نصف در آمد) إِلَّا أَنْ تَعْفُو فَتَقْبَلْ مِنْهُ وَ يَصْطَلِحَا عَلَى شَيْءٍ تَرْضَى (زوجه) به منه (زوج) فَإِنَّهُ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى. «۱»

۵۷- ادامه مسئله ۱۵ / ۲۳ / ۱۰ / ۸۳ مطابق روایت حضرت می‌فرماید: نصف باغ و نصف در آمد آن را باید بدهد. نصف باغ معلوم است (چون طلاق منصف است) ولی نصف در آمد باغ چرا؟ لا بد زوجه به مجرّد عقد مالک تمام باغ نشده است، پس از این که می‌فرماید نصف در آمد را به زوجه بدهد، معلوم می‌شود که زوجه مالک نصف شده است. ظاهرا سند و دلالت خوب است.

مرحوم صاحب جواهر «۲» از این استدلال دو جواب می‌دهد که هر دو جواب عجیب است: جواب اول: شاید غله در روایت به معنای زراعت است نه میوه باغ، که در این صورت زرع برای زارع است و لو غاصب باشد و اگر چه زمین برای زن بوده ولی زارع زوج است و به مقتضای «الزرع للزارع و لو كان غاصبا» در آمد برای زوج است و فقط مال الاجاره زمین را باید بدهد.

قلنا: این جواب قابل قبول نیست وقتی در مورد باغ غله می‌گویند به معنای در آمد باغ است و کسی در باغ زراعت نمی‌کند پس این احتمال خیلی بعید است.

جواب دوم: شاید مهریه را زمین باغ قرار داده و اشجار مهریه نبوده است، بنا بر این درختان برای زوج بوده و در آمد درختان هم برای زوج است.

قلنا: این جواب از جواب اول مشکل تر است:

اولا، کسی که باغ را به عنوان مهر قرار می‌دهد، زمین و درخت را با هم مهر قرار می‌دهد و تعبیرش «البستان» است و خلاف ظاهر است که فقط زمین مراد باشد.

ثانیا، اگر این درست باشد همه درختها برای زوج است، پس باید همه در آمد هم برای زوج باشد، حال برای چه امام می‌فرماید نصف در آمد را به زوجه بدهد؟ مگر این که بگوییم نصف در آمد به عنوان مال الاجاره نصف زمین است که این هم ممکن نیست، چون معنایش این است که نصف درختان زوج در آمد نداشته باشد، بنا بر این، این دو جواب صاحب جواهر با نهایت احترامی که برای ایشان قائل هستیم، غیر قابل قبول است.

جواب سوم هم بعضی داده‌اند «۳» به این بیان که مهریه فقط باغ نیست بلکه باغ و در آمد باغ در عرض هم مهریه است و معنایش این است که وقتی مهر تنصیف شد، هم باغ نصف می‌شود و هم در آمد آن.

قلنا: هیچ کس در آمد چیزی را در عرض خود آن به عنوان مهر قرار نمی‌دهد، بلکه در آمد در طول و تابع باغ است نه این که باغ جداگانه و در آمد جداگانه مهر باشد، مثل این که کسی بگوید خانه را مهر تو قرار دادم با مال الاجاره اش، کسی چنین نمی‌کند و فرع را در کنار اصل قرار نمی‌دهد.

تا اینجا حدیث محکم و پابرجاست و عقیده ما این است که مسیر فنی خود را حفظ کنیم و بگوییم سند و دلالت آن خوب است و نوبت به تعارض می‌رسد، یعنی این روایات با روایاتی که می‌گویند تمام نماءات برای زوج است، متعارض است. در مقام تعارض اگر جمع عرفی داشته باشیم به آن عمل می‌کنیم و اگر جمع عرفی نبود سراغ مرجحات می‌رویم.

جمع عرفی:

بعضی می‌گویند می‌توان یک جمع عرفی درست کرد، به این بیان که مستحب است زوجه از نصف منافع که ملک او بوده بگذرد، چون عروسی واقع نشده، یعنی حق را به قول اول می‌دهیم ولی مستحب است که نصف آن را برگرداند تا به زوج خیلی فشار نیاید.

اعمال مرجحات:

اشاره

اگر این جمع عرفی را نپذیرفتیم، نوبت به اعمال مرجحات

(۱). ح ۱، باب ۳۰ از ابواب مهور.

(۲). ج ۳۱، ص ۱۰۸.

(۳). مهذب الاحکام، ج ۲۵، ص ۱۷۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۷۱

می‌رسد.

مرجح اول: شهرت

این مرجح با قول کسانی که می‌گویند زوجه به مجرد عقد مالک تمام مهر می‌شود و طلاق منصف است موافق است.

مرجح دوم: موافقت با کتاب الله

این قول موافق کتاب الله است، چون آیه می‌فرماید: وَآتُوا النِّسَاءَ صِدُقَاتِهِنَّ که مطابق آن تمام مهر را زوجه مالک است، پس روایات نماءات مطابق کتاب الله است.

نتیجه:

حق با قول مشهور است که می‌گوید مرئه به مجرد عقد، مالک تمام مهر می‌گردد.

۵۸- ادامه مسئله ۱۵ / ۲۶ / ۱۰ / ۸۳

بقی هنا شیء:

اشاره

در ذیل فرع اول در مسئله پانزدهم که در مورد مالکیت زن نسبت به تمام مهر به مجرد عقد بود، نکته‌ای باقی مانده است که مرحوم امام اشاره کوتاهی به آن دارند و می‌فرمایند: فلها التصرف فيه.

آیا قبل از این که زوج مهر را در اختیار زوجه قرار دهد، زوجه می‌تواند در مهر تصرف کند و لو مالک کل است؟ شیخ طوسی (در خلاف) تنها کسی است که می‌گوید زوجه قبل از قبض نمی‌تواند در مهر تصرف کند، ولی قاطبه علما معتقدند که زوجه بعد از عقد می‌تواند در مهر تصرف کند و لو قبل از قبض باشد.

مرحوم محقق در شرایع به این نکته توجه داشته و لذا می‌فرماید:

ولها التصرف فيه قبل القبض علی الأشبه (کسی که به مقتضای قواعد صحبت کند) «۱».

ولی مرحوم امام قبل القبض را نفرموده‌اند.

مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف در مسئله هفتم از کتاب صدق می‌فرماید:

لیس للمرأة التصرف فی الصداق قبل القبض و به قال جمیع الفقهاء (جمیع فقهای عامه) و قال بعضهم لها ذلك (تصرفات قبل از قبض) دلیلنا أن جواز تصرفها فيه بعد القبض مجمع علیه و لا دلیل علی جواز تصرفها فيه قبل القبض و روى عن النبى صلى الله عليه و آله أنه نهى عن بيع ما لم يقبض. (۲)

ادله:

اشاره

مشهور فقهای ما قائل به جواز شده اند که دلایل آنها عبارت است از:

۱- قاعدة تسلط

(الناس مسلطون علی اموالهم):

وقتی زوجه به مجرد عقد مالک تمام مهر شد به مقتضای «الناس مسلطون علی اموالهم» می تواند در ملکش تصرف کند. این قاعده در همه جا اجازه تصرف در ملک را می دهد، مگر در جایی که عین مسلوب المنفعه فروخته شده باشد پس مادامی که دلیلی بر سلب منافع نباشد، می تواند در ملک خودش تصرف کند.

۲- اجماع:

غیر از مرحوم شیخ طوسی همه قائل به جواز تصرف شده اند. مرحوم صاحب جواهر می فرماید قبل از شیخ طوسی و بعد از شیخ طوسی مسأله اجماعی است؛ البتّه این اجماع مدرکی است.

۳- ابراء زوج توسط زوجه:

در مسئله بعد خواهد آمد که زوجه حق دارد زوج را از مهر ابراء کند و دلیل آن روایات است، در حالی که ابراء مصداق واضح تصرف است، حال اگر قبل از قبض نمی تواند تصرف کند، چگونه ابراء صحیح است.

۴- آیه:

قرآن مجید دلالت بر جواز تصرف زوجه قبل از قبض دارد که می فرماید:

وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بَيْنَهُ عَقْدَةُ النِّكَاحِ «۳».

(ولئی یا وکیل زوجه).

به مقتضای آیه زوجه می تواند عفو کند و مطلق است و قبل و بعد از قبض را شامل می شود.

ضمیر «يَعْفُونَ» و «يَعْفُوا الَّذِي بَيْنَهُ عَقْدَةُ النِّكَاحِ» غائب است، آیه زوج را مخاطب قرار داده و زوجه غائب است، پس ضمیر به زوجه برمی گردد.

در آیه عفو، چه چیزی مراد است؟ در بین مفسرین محل بحث است.

(۲). الخلاف، ج ۴، ص ۳۶۹.

(۳). سورة بقره، آیه ۲۳۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۷۲

نتیجه: زن قبل از قبض می‌تواند در مهر تصرف کند.

جواب از ادله شیخ طوسی:

جواب دلیل اول:

ایشان فرمودند بعد از قبض اجماعی است که زوجه می‌تواند تصرف کند، ولی تصرف قبل از قبض اجماعی نیست، در جواب می‌گوییم که بر فرض اجماعی نباشد ولی دلایل دیگری داریم که زن می‌تواند قبل از قبض تصرف کند.

جواب دلیل دوم:

از روایت «لا تبع ما لیس عندک» دو جواب می‌دهیم:

۱- این روایات در مورد بیع و سایر تصرفات ناقله است ولی مثل سکنی در منزل و یا رکوب مرکب، تصرف ناقله نیست، پس این دلیل اخص از مدعاست.

۲- بعضی این حدیث را در جای خودش حمل بر کراهت کرده‌اند، یعنی بیع ما لیس عنده مکروه است نه باطل و لذا بیع سلف که محصول باغش را جلوتر می‌فروشد، صحیح است و حتی بعضی ما لیس عنده را به «ما لیس مالک» تفسیر کرده‌اند، مثل این که خانه‌ای را قولنامه می‌کند و می‌فروشد و بعد، از مالک می‌خرد که نوعی فضولی است و از موضوع بحث ما خارج است.

تلخص من جمیع ما ذکرنا: زوجه مالک تمام مهر است و قبل از قبض می‌تواند تصرف کند.

تا اینجا فرع اول مسئله پانزدهم بحث شد.

فرع دوم: زوجه مالک تمام نساء است.

اگر قبل از دخول طلاق دهد نصف عین به زوج برمی‌گردد و تمام نساء (متصله یا منفصله) برای زوجه است.

دلایل این فرع از فرع اول روشن شد چون دلیل ما بر مالکیت زوجه به مجرد عقد، روایات نساء بود که بعضی در مورد نساء متصله و بعضی در مورد نساء منفصله بود و دیگر نیاز به تکرار نیست.

نتیجه: به مجرد عقد زوجه مالک تمام مهر می‌شود و حق تصرف قبل از قبض دارد و نساء در صورت طلاق قبل از دخول ملک زوجه است.

۵۹- مسئله ۱۶ (إبراء الزوجه الزوج من المهر) ۲۷ / ۱۰ / ۸۳

مسألة ۱۶: لو أبرأه من الصداق الذي كان عليه

اشاره

(زوجه صدیقی را که در ذمیة زوج به صورت دین بود اسقاط می‌کند) ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه عليها (نصف مهر را از

زوجه می‌گیرد) و كذا لو كان الصداق عينا (زوجه عین را قبض کرده است یا نه؟

متعرض این مسأله نشده‌اند) فوهبته إياها رجع بنصف مثلها إلیها أو قيمة نصفها (اگر قیمی باشد مانند فرس نصف قیمت و اگر مثلی باشد مانند گندم نصف مثل را به زوجه بدهد).

عنوان مسأله:

اشاره

مسأله دارای دو فرع است:

۱- مهر دین است.

۲- مهر عین است.

اگر مهر دین باشد و قبل از دخول، زوجه، زوج را ابراء کند و قبل از دخول طلاق بگیرد، باید نصف آن را به زوج بدهد و اگر مهر عین خارجی بوده و آن را به زوج بخشیده، بعد از طلاق باید نصف قیمت یا مثل را به زوج بدهد.

فرع اول: مهر دین است

اشاره

در جایی که مهر دین است و زوجه زوج را ابراء کرده و قبل از دخول طلاق داده شده، آیا باید زوجه نصف مهر را به زوج بدهد؟

اقوال:

در بین ما مشهور است که اگر زوجه زوج را ابراء کند و قبل از دخول طلاق واقع شود، زوجه باید نصف مهر را به زوج بدهد و چند نفر مخالفت کرده‌اند. مرحوم شهید ثانی در مسالک می‌فرماید:

فالمشهور بین الأصحاب و هو الذی قطع به المصنف (مرحوم محقق در شرایع) أنه یرجع علیها بنصف المهر لتصرّفها فیه قبل الطلاق تصرّفًا ناقلاً- له (ابراء کرده) عن ملکها بوجه لازم (ابراء قابل برگشت نیست البتّه اگر هبه عین باشد و زوج و زوجه فامیل نباشند، می‌تواند در صورت بقای عین آن را پس بگیرد) فلزمها عوض النصف کما لو نقلته إلی ملک غیره و أتلفتة و هذا هو المذهب (مذهب شیعه همین است که از مشهور هم بالاتر است) و حکمی فی القواعد وجها بعدم الرجوع و قبله الشیخ فی المبسوط (زوج حق رجوع به زوجه برای گرفتن نصف مهر را ندارد). «۱»

مرحوم صاحب جواهر «۲» هم همین مطلب را دارند و علاوه بر شیخ طوسی دو سه نفر را هم نام می‌برد که مخالف مشهور

(۱). ج ۸، ص ۲۳۹.

(۲). ج ۳۱، ص ۹۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۷۳

هستند.

اهل سنت هم در این مسأله اختلاف دارند. ابن قدامه می‌گوید: إذا أصدق امرأته عینا فوهبتها له ثمّ طلقها قبل الدخول بها فعن أحمد فیه روایتان (در بعضی از کلمات قائل به رجوع زوجه به نصف شده و در بعضی از کلماتش قائل به عدم رجوع زوج شده است)، از ابو حنیفه هم قول دوم را نقل کرده‌اند و شافعی هم در قول دومش قائل به رجوع شده و در مورد ابراء گفته‌اند که ابراء با هبه عین متفاوت است. «۱»

نتیجه: شهرت در بین ما بر این است که در دین زوج نصف مهر را از زوجه مطالبه می‌کند و اقلیتی قائل شده‌اند که حق رجوع ندارد

و در بین عامّه اختلافی است و شهرتی بر احد الطرفين نیست.

ادله مشهور:

اشاره

از دو راه این مسأله را دنبال کرده‌اند:

۱- قواعد:

قاعده اقتضا می‌کند که زوج می‌تواند رجوع به نصف کند، چون زوجه تصرف کرده و مهر را بخشیده است و زوج می‌تواند در موقع طلاق نصف آن را مطالبه کند و تفاوتی نیست بین این که به شخص ثالث ببخشد یا اتلاف کند و یا این که به زوج ببخشد و چون طلاق منصف است پس باید نصف مهر را به زوج برگرداند و این که همه را برگردانده بوده به عنوان هبه یا ابراء بوده است و موقع طلاق بدهکاری مجدد پیدا می‌کند و باید نصف را برگرداند.

جواب: جوابی که از این استدلال داده شده این است که ما نحن فیه نه داخل در عنوان تصرفات ناقله است و نه داخل در عنوان اتلاف، در حالی که زوجه در دو جا ضامن است که یکی تصرفات ناقله و دیگری اتلاف است. در اینجا اتلاف نیست، چون اتلاف مصرف کردن است و تصرف ناقله هم نیست، چون تصرف ناقله تملیک است و ابراء تملیک نیست بلکه اسقاط است و معنای تملیک این است که زوج در ذمّه خودش مهریه را مالک شود و کسی در ذمّه خودش مالک نمی‌شود، پس ابراء نه تملیک است و نه اتلاف بلکه گذشت از حق و عنوان دیگری است.

جواب از جواب:

مرحوم صاحب جواهر «۲» از این جواب، جواب می‌دهد که در واقع دفاع از استدلال است، به این بیان که در اینجا زوجه با ابراء تصرف کرده که مقتضای آن فراغ ذمّه زوج است.

و لکن الإنصاف؛ این استدلال واقعا قابل دفاع نیست، چون تصرف و اتلاف در صورتی است که به شخص ثالثی بدهد و اگر به زوج بدهد عرف نمی‌گوید که اتلاف کرده است و عرف رجوع زوج را به زوجه برای گرفتن نصف مهر، اصرار به زوجه می‌داند؛ به عبارت فنی تر این که اینجا صدق اتلاف و تصرف ناقل نمی‌کند، بلکه به آن برگرداندن می‌گویند پس عنوان «اتلف علی الزوج» صادق نیست و عقلا هم نمی‌پذیرند.

أضف إلى ذلك: ابراء زوجه از این صورت که زوج او را طلاق می‌دهد منصرف است، چرا که زوجه ابراء کرده تا زوج با او زندگی کند یعنی داعیش این بود که ازدواج را محکم تر کند، نه این که ابراء کرده که او را اطلاق دهد، پس ابراء از صورت طلاق منصرف است و ناظر به صورت جدایی و طلاق نیست.

بنا بر این به طور خلاصه اگر دلیل عقلی را با تکلفات بتوان درست کرد، ولی دلیلی نیست که بتوان بر آن اعتماد کرد و اگر دلیل دیگری در مسأله نبود، فتوا دادن با کمک این دلیل ممکن نبود.

۲- روایات:

در اینجا چند روایت داریم که عمدتاً یک روایت است:

* و باسناده عن الحسين بن سعيد (اهوازی) عن الحسن (احتمال دارد «حسن بن سعید» یا «حسن بن علی بن فضال» باشد) عن زرعه، عن سماعة (سند معتبر است) قال: سألته (مضمرة است ولی مضمرة سماعة اشکالی ندارد چون در ابتدای کتابش «سمعت عن جعفر

بن محمّد» دارد که همه ضمایر به آنجا برمی گردد) عن رجل تزوّج جاریه أو تمتّع بها ثم جعلته من صداقها فی حلّ (از این تعبیر استفاده می شود که مهر دین بوده است) أ يجوز أن یدخل بها قبل أن یعطیها شیئاً؟ قال: نعم إذا جعلته فی حلّ فقد قبضته منه و إن خلاها (طلّقها) قبل أن یدخل بها ردّت المرأة علی الزوج نصف الصداق. «۳»

روایت صحیح است و امام می فرماید باید نصف مهر را به زوج برگرداند.

نکته: روایت دارای نکته ای است. امام در این روایت فرمود:

«إذا جعلته فی حلّ فقد قبضته منه» با این بیان، امام می خواهد

(۱). مغنی، ج ۸، ص ۷۳.

(۲). ج ۳۱، ص ۹۰.

(۳). ح ۲، باب ۴۱ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۷۴

بفرماید که این حکم، تعبّدی نیست و این عبارت به منزله تعلیل است، بنا بر این روایت تعبّد نیست بلکه یک استدلال عقلی است و در بعضی دیگر از روایات تعبیر «لأنّ» دارد که تعلیل است.

۶۰- ادامه مسئله ۱۶ / ۲۸ / ۱۰ / ۸۳ * محمّد بن الحسن باسناده عن احمد بن محمد بن عیسی، عن الحسن بن محبوب، عن صالح بن رزین (مجهول) عن شهاب بن عبد ربّه (و لو مقداری محلّ بحث است ولی بیشتر را توثیق کرده اند) قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل تزوّج امرأة علی ألف درهم فبعث بها إلیها (مهریه را به زوجه تحویل داد) فردّتها علیه و وهبتها له (زوجه هزار درهم را به زوج هبه کرد) و قالت: أنا فیک أرغب منی فی هذا الألف هی لک فتقبّلها منها ثم طلقها قبل أن یدخل بها؟ قال: لا شیء لها و تردّ علیه خمس مائة درهم (چون طلاق منصف است و بخشش به زوج با بخشش به شخص ثالث فرق نمی کند) «۱».

از نظر سند: سند روایت مشکل دارد ولی روایت دو سند دیگر هم دارد، این سند از شیخ در تهذیب بود. مرحوم کلینی هم این روایت را در کافی نقل کرده و تا «ابن محبوب» رسانده و بعد از آن «صالح بن رزین» مجهول است.

سند دیگر را مرحوم صدوق در «من لا یحضره الفقیه» نقل کرده و در سند او «صالح بن رزین» نیست. مرحوم اردبیلی در جامع الروات می فرماید سند صدوق به «شهاب بن عبد ربّه» صحیح است، پس سند سوّم صحیح است. علاوه بر این عمل مشهور ضعف سند را جبران می کند.

از نظر دلالت: این روایت در مورد عین خارجی است، آیا می توان از آن الغای خصوصیت کرده یا به اولویت قائل شده و بگوییم وقتی در عین خارجی هست، در دین هم هست؟ یا این که باید بگوییم کار عین از دین آسان تر است، چون در عین تحویل گرفته و بعد بخشیده و اتلاف کرده است ولی دین شبیه قبض بود و لذا در دین به وضوح عین نبوده و اولوبتی نیست و از عین به دین رفتن مشکل است، پس دلالت روایت نسبت به مسئله آینده خوب است و بر این مسأله هم اگر الغای خصوصیت را بپذیریم، خوب است.

* محمّد بن الحسن باسناده عن علی بن الحسن بن فضال عن محمد بن اسماعیل عن منصور بزرج (ثقه است) عن ابن اذینه عن محمّد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل تزوّج امرأة فأمرها ألف درهم و دفعها إلیها فوهبت له خمس مائة درهم (زن نصف مهر را بخشید) و ردّتها علیه ثم طلقها قبل أن یدخل بها؟ قال:

تردّ علیها الخمس مائة درهم الباقیه لأنّها إنّما کانت لها خمس مائة درهم (زوجه مالک پانصد درهم مستقر بود که بخشیده است و پانصد درهم متزلزل هم به طلاق برمی گردد) فوهبتها له و لغيره سواء. «۲»

این روایت و لو با محلّ بحث ما دو تفاوت دارد:

اولاً؛ ما در دین صحبت می‌کنیم و حدیث در مورد عین است.

ثانیاً؛ در ابراء کل صحبت می‌کنیم و حدیث در مورد هبه نصف است، ولی ما نحن فیه را هم شامل است چون امام می‌فرماید؛ هبه به زوج با هبه به شخص ثالث فرق نمی‌کند که در این صورت فرقی نیست بین این که نصف را ببخشد یا همه را، بنا بر این از علت عمومیت استفاده می‌کنیم و از نصف به کل و از عین به دین می‌رویم.

اسناد این سه روایت را تقویت کردیم و عمل مشهور هم مطابق آن است و دلالت هم بد نیست، آیا می‌توانیم در مقابل چنین نصوصی بایستیم؟ از سوی دیگر وقتی گفتیم مضمون روایات یک دلیل عقلی است و تعبد نیست (حدیث سوم و حدیث دوم شاهد آن است) اگر به عرف مراجعه کنیم عرف این را اجحاف در حقّ زوجه می‌داند، چون زوجه اگر بخشیده هدفش زندگی با زوج بوده نه این که زوج او را طلاق دهد، پس ابرائش در واقع مشروط بوده و شرط تخلف شده است، مگر این که بگویید این از شرایط نیست بلکه از دواعی است و تخلف شرط خیار تخلف شرط می‌آورد ولی تخلف داعی خیار نمی‌آورد و دواعی اثری در عقد ندارد مگر این که به صورت شرط در ضمن عقد ذکر شود، و در ما نحن فیه مرثه که بخشیده، شرط نکرده بلکه داعیش این بوده است که زوج با او زندگی کند و تخلف داعی اشکالی ندارد.

به هر حال اگر بخواهیم نظر عرف را بپذیریم نمی‌توانیم روایت را بپذیریم و اگر روایت را بپذیریم نظر عرف را نمی‌توانیم بپذیریم، مگر این که بگوییم روایت را حمل بر استحباب می‌کنیم چون روایت به صیغه امر است و امر صریح در وجوب نیست. پس ما باشیم و ضوابط فقه حق با مشهور

(۱). ح ۱، باب ۴۱ از ابواب مهور.

(۲). ح ۱، باب ۳۵ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۷۵

است آری از طرف دیگر چون برای عقلاً قابل هضم نیست، لذا می‌گوییم احتیاط مستحب این است که زوجه نصف مهر را بدهد و احتیاط این است که زوج نپذیرد که در این صورت با روایت مخالفت نکرده‌ایم.

۶۱- ادامه مسئله ۱۶ / ۳۰ / ۱۰ / ۸۳

فرع دوم: مهر عین خارجی است

اشاره

اگر مهر عین خارجی باشد و زن آن را قبض کرده و بعد به زوج بخشیده و قبل از دخول طلاق واقع شده است، در اینجا مشهور بلکه ادعای اجماع شده که زن باید معادل نصف آنچه را به زوج بخشیده به زوج بدهد، اگر مثلی است مثل آن و اگر قیمی است قیمت آن را بدهد، چرا که این هبه است و اگر عین موهوبه به ناقل لازم منتقل شود یا تلف شود و یا عین موجود باشد ولی هبه به ذی رحم یا هبه معوضه باشد، قابل بازگشت نیست.

ادله:

اشاره

به چند دلیل تمسک شده است:

۱- اجماع:

همان گونه که بیان شد در این مسأله ادعای اجماع شده که البتّه اجماع مدرکی است.

۲- روایات:

به دو روایت «۱» تمسّک شده که سابقاً بیان شد یکی در مورد بخشش نصف مهر و دیگری در مورد بخشش تمام مهر بود.

۳- مقتضای قاعده:

فرقی نیست بین هبّه به زوج و هبّه به شخص ثالث و همان گونه که در هبّه به شخص ثالث لازم بود بعد از طلاق نصف مهر را به زوج برگرداند، در هبّه به زوج هم همین گونه است.

۴- روایت ابراء:

روایتی که در مورد ابراء بود «۲» و سابقاً بیان شد و می‌فرمود اگر ابراء کرد و طلاق قبل از زفاف واقع شد باید به زوج نصف مهر را بدهد. وقتی بازگرداندن نصف مهر به زوج در دین قبول شود در عین به طریق اولی قبول می‌شود، چون در عین قبض کرده و می‌بخشد و به منزله اتلاف است، ولی ابراء دین مصداق اتلاف نیست بلکه اسقاط حق است و این عناوین صدق نمی‌کند، با این وجود امام فرمود نصف را بدهد، حال در ما نحن فیه که عین است و اتلاف صادق است به طریق اولی باید نصف مهر را بدهد. قلنا: به حسب موازین فقهی باید مطابق مشهور فتوا دهیم و لیکن دو ملاحظه داشتیم:

۱- این در نزد عقلا اجحاف است.

۲- هبّه زوجه منصرف است از جایی که زوجه را طلاق داده است، چون هبه‌اش مشروط بود به این که با او زندگی کند. البتّه ممکن است که گفته شود که از دواعی بوده است نه از شرایط، ولی ممکن است از شرایط باشد.

پس مطابق اصول فقهی حق با مشهور است و به آن فتوا می‌دهیم ولی اگر احتیاط کند و چیزی از زوجه نگیرد بسیار بجاست، پس فتوای ما مطابق مشهور است ولی احتیاط هم می‌کنیم و بعید نیست که روایات هم به معنای استحباب باشد یعنی مستحب است زوج نگیرد.

بقی هنا شیء:

مرحوم آیه الله سبزواری در مهذب الاحکام «۳» می‌فرماید در جایی که نصف را به زوج ببخشد باید نصف آن را به زوج برگرداند که ربع مهر است، چون آنچه که در نزد زن است نصف مهر است (لأنّها مالکة للنصف) و وقتی که طلاق منصف است باید همین مقدار که در نزد زوجه است نصف شود.

این فتوای عجیبی است:

اولاً، مخالف صریح روایت است که می‌فرمود اگر نصف مهر را ببخشد باید نصف را به زوج بدهد.

ثانیاً، نصف مهر المسمی را باید برگرداند نه نصف مهری را که در نزد اوست.

مسأله ۱۷: الدخول الذي يستقر به تمام المهر هو مطلق الوطاء**اشاره**

و لو دبرا (آیا وطی اعم از وطی در قبل و دبر است؟) و إذا اختلف الزوجان بعد ما طلقها فادعت وقوع المواقعة (تا بتواند تمام مهر را بگیرد) و انكرها (زوجه موقعه را انکار کرد) فالقول قوله بيمينه (چون زوج منکر است باید قسم بخورد) و له أن يدفع اليمين عن نفسه بإقامة البينة على العدم (عدم دخول) إن أمكن كما إذا ادعت

(۱). ح ۱، باب ۳۵ و ح ۱، باب ۴۱ از ابواب مهور.

(۲). ح ۲، باب ۴۱ از ابواب مهور.

(۳). ج ۲۵، ص ۱۷۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۷۶

المواقعة قبلا و كانت بکرا و عنده (زوج) بینه على بقاء بکارتها (مثال ساده تری می توان آورد به این بیان که زوج بینه اقامه کند که از زمان عقد در شهری و زوجه در شهر دیگری بوده است).

عنوان مسأله:**اشاره**

این مسأله دارای سه فرع است:

فرع اول: وطی که زوجه را مستحق تمام مهر می گرداند اعم است از وطی در قبل و دبر.

فرع دوم: در هنگام اختلاف، قول زوج مقدم است.

فرع سوم: زوج به جای یمین می تواند بینه بیاورد در حالی که در مسائل منازعات کمتر چنین گفته می شود، چون بینه برای مدعی و قسم برای منکر است.

فرع دیگری را که غالب فقها متعرض شده اند ولی مرحوم امام نفرموده اند این است که اگر زوج و زوجه خلوت کنند و چند روز به همین وضع باشد، و زن ادعای وقوع موقعه کند، آیا خلوت اماره بر دخول است؟

فرع اول: وطی اعم است از وطی در قبل و دبر**اقوال:**

ادعای اجماع شده است که وطی اعم است.

مرحوم کاشف اللثام می فرماید:

إذا دخل الزوج و يتحقق بالوطء قبلا أو دبرا لا بما يقوم مقامه من إنزال بغير ایلاج أو لمس عورة أو نظر إليها أو قبلة كما قاله ابو علی (ابن عقیل) و لا بالخلوة كما سیأتی استقر استحقاق المرأة کمال المهر بالإجماع و النصوص (آیا به همه مطلب می خورد یا فقط در

مورد استقرار است؟ ظاهراً اجماع به تمام مطلب می‌خورد. «۱»

مرحوم صاحب حدائق می‌فرماید:

المسألة الثانية: لا خلاف بين الأصحاب في أن الوطى الموجب للغسل موجب للاستقرار ملك جميع المهر. «۲»

این را باید ضمیمه کنیم به ادعای اجماعی که در باب غسل شده که وطی در قبل و دبر موجب غسل است و این مسئله اجماعی است و خواهیم دید که نه تنها اجماع اصحاب بلکه اجماع مسلمین است که غسل بر هر دو حاصل می‌شود.

صاحب جواهر می‌فرماید:

المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة. «۳»

در باب غسل هم ادعای اجماعاتی شده است که در جلد سوم جواهر آمده است.

چرا مرحوم صاحب جواهر تعبیر «شهرة عظيمة» دارد؟ مگر در مسئله مخالفی داریم؟

صاحب جواهر این جمله را در مقابل این که آیا خلوت کافی است یا نه، می‌فرماید و شهرت عظیم را برای نفی خلوت می‌داند یعنی وطی موجب مهر است نه خلوت. ایشان در این مسئله قائل است که مخالف هم داریم.

ادله:

۱- اجماع:

همان گونه که بیان شد مسئله اجماعی است و ظاهراً مخالفی ندارد ولی جای تأمل است، چون اجماع مدرکی است، چرا که مسئله دلایل متعددی دارد و احتمال دارد مجمعی نظرشان به ادله دیگر بوده است.

۲- آیه:

قرآن می‌فرماید: لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ «۴». آیا مس عرفی مراد است که به معنای تماس است؟ به یقین و اجماع قائم است که مراد از مس در این آیه وطی است، پس مس کنایه از وطی است و وطی عام است. در واقع آیه به ضمیمه اجماع مسئله را حل می‌کند ولی مشکل اجماع (مدرکی بودن) در اینجا هست.

۳- روایات:

عمده دلیل این مسئله روایات متعدّد است و بعضی تعبیر «أولج» و بعضی تعبیر «أدخل» و بعضی تعبیر «الوقاع» دارد که همگی عام است و از هر کدام یک نمونه ذکر می‌کنیم.

بعضی از روایات صحیح و بعضی غیر صحیح است ولی من حیث المجموع معتبر است و عمل مشهور هم ضعف سند را جبران می‌کند.

...* عن سهل بن زياد (ضعيف است) جميعا عن ابن أبي نصر، عن داود بن سرحان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا أولجته فقد وجب الغسل والجلد والرجم (اگر زنای غیر محصنه باشد) و وجب المهر. «۵»

چرا حضرت «أولجته» می‌گوید؟ ضمیر به محلّ ایلاج بر می‌گردد. دلالت روایت به حسب اطلاق است چون لفظ ایلاج

(۱). كشف اللثام، ج ۷، ص ۴۴۶.

(۲). ج ۲۴، ص ۵۰۵.

(۳). ج ۳۱، ص ۷۵.

(۴). سورة بقره، آیه ۲۳۶.

(۵). ح ۵، باب ۵۴ از ابواب مهوور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۷۷

مطلق است.

... عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل والمرأة متى يجب عليهما الغسل؟ قال: إذا أدخله وجب الغسل والمهر والرجم (بعضی روایات عدّه را هم اضافه کرده‌اند). «۱»

... عن يونس بن يعقوب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فأغلق الباب وأرخی سترا ولمس وقبل ثم طلقها أوجب عليها الصداق؟ قال: لا يوجب الصداق إلّا الوقاع (که مطلق است). «۲»
این تعبيرات مطلق است و دخول در قبل و دبر را شامل است.

روایات متعددی در این باب و در ابواب دیگر داریم که می گوید: إذا التقى الختانان وجب الغسل «۳».

بعضی گمان کرده‌اند این احادیث جزء روایاتی است که دلالت بر عموم می کند و صاحب جواهر هم این روایت را ذکر کرده است و بعضی توهم کرده‌اند که صاحب جواهر هم این روایات را دلیل بر عموم می داند.

ختان رجل محلّش معلوم است؛ در مورد مرأه در قسمت فوقانی محلّ، زائده کوچکی است که عرب آن را قطع می کرد، این کار را «خفض الجواری» (جواری جمع جاریه است) و گاهی «ختان» می گفتند که در روایات نهی شده و در بعضی روایات ضعیفه هم به آن امر شده است.

تماس محلّ ختانان با هم، به معنای دخول است و فقط دخول در قبل را شامل می شود، پس نمی توان از آن اطلاق را فهمید.

۶۳- ادامه مسئله ۱۷ / ۴ / ۱۱ / ۸۳ روایت چهارمی هم در ابواب غسل داریم که از آنجا به عموم تعلیل می توانیم ما نحن فيه را ثابت کنیم، ولی روایت مرسله است و اگر مرسله نبود، حدیث خوبی بود.

... عن حفص بن سوجه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي أهله من خلفها قال: هو أحد المأثنين (یکی از دو محلّی است که وطی در آن واقع می شود) فيه الغسل. «۴»

روایت کاری به مهر ندارد و تعبیر «احد المأثنين» شبیه تعلیل است که می توان در سایر احکام وطی هم از آن استفاده کرد.

روایت مرسله است ولی عمل مشهور در باب غسل و در ما نحن فيه مطابق آن است، پس دلالت خوبی بر عمومیت (وطی در قبل و دبر) دارد.

در اینجا روایات دیگری هم وجود دارد که از آنها توهم دلالت بر مقصود شده است، روایاتی که در باب ۵۴ از ابواب مهوور آمده و مضمون آنها این است که «إذا التقى الختانان وجب الغسل».

اولی این است که این روایات جزء دلایل معارض قرار گیرند، نه از دلایل عمومیت، چون التقاء ختانین فقط در قبل تصوّر می شود و در دبر تصوّر نمی شود، چرا که ختنه گاه در رجل و مرثه در قبل است، پس این دلیل اگر بگوییم مفهوم دارد معارض است و به هر حال عمومیتی ندارد.

کأنّ منشأ اشتباه بعضی از فقها عبارت صاحب جواهر است که روایات را در مقام ذکر ادله ذکر می کند، در حالی که صاحب جواهر هدفش این است که التقاء ختانین لازم است و خلوت کافی نیست پس در مقام نفی خلوت و ستر این روایات را ذکر کرده و چون این مسأله با وطی در قبل و دبر ذکر شده، تصوّر شده که روایات عمومیت (وطی در قبل و دبر موجب تمام مهر است) می باشد.

تا اینجا تمام کلام در مورد ادله دالّ بر عمومیت وطی در قبل و دبر بیان شد و لکن در اینجا معارضهایی داریم:

معارض اول: روایات «اذا التقى الختانان» اگر مفهوم داشته باشد، چون روایات می‌گویند کمال مهر در التقاء ختانان است و مفهوم آن این است که وطی در دبر موجب مهر کامل نیست.

جواب: این از قبیل قید غالبی است و قید غالبی مفهوم ندارد. مثال معروف قید غالبی «رَبَّائِبُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ» است، در این آیه قید «فِي حُجُورِكُمْ» قید غالبی است و مانند قید توضیحی مفهوم ندارد، چرا که ریبه چه در دامن باشد و چه نباشد حرام است، و دلیل این که قید غالبی است این است که زنی که شوهر می‌کند غالباً در سنین جوانی است و اگر بچه‌ای هم داشته باشد، خردسال است و بچه در دامن شوهر جدید بزرگ می‌شود.

«اذا التقى الختانان» هم قید غالبی است، چون وطی در قبل غالب است و وطی در دبر کراهت شدید دارد و بعضی هم مانند

(۱). ح ۹، باب ۵۴ از ابواب مهور.

(۲). ح ۱، باب ۵۵ از ابواب مهور.

(۳). ح ۳ و ۴، باب ۵۴ از ابواب مهور.

(۴). وسائل الشیعه، ج ۱، ح ۱، باب ۱۲ از ابواب جنابت.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۷۸

عامه قائل به تحریم هستند.

معارض دوم: روایاتی که می‌گویند وقاع در فرج موجب مهر کامل می‌شود:

...* عن یونس بن یعقوب، عن ابي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول:

لا یوجب المهر إلا الوقاع فی الفرج. «۱»

ظاهر کلمه «وقاع فی الفرج» وطی در قبل است، پس مفهوم آن این است که وطی در دبر موجب مهر کامل نمی‌شود.

جواب: اولاً، اگر فرج را به معنای قبل بگیریم قید غالبی است و در مقابل خلوت و ستر است یعنی خلوت فایده ندارد بلکه دخول لازم است و چون غالباً وطی در قبل است آن را ذکر کرده است.

ثانیاً، چه کسی گفته است که فرج به معنای قبل است، بلکه فرج مفهوم عامی دارد.

مرحوم سید مرتضی و مرحوم ابن ادریس گفته‌اند که اهل لغت متفقند که فرج معنای عامی دارد و شامل قبل و دبر می‌شود.

مرحوم صاحب جواهر «۲» در بحث غسل که آیا غسل با وطی در خلف هم واجب می‌شود یا نه؟ می‌گویند تعبیر فرج عام است و شامل قبل و دبر می‌شود و از سید مرتضی و ابن ادریس و قاموس و مجمع البحرین عمومیت را نقل می‌کند. قرآن مجید می‌فرماید: «وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ لَا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ»، که در مورد رجل است پس کلمه فرج عام است و رجل و مرثه و قبل و دبر را شامل است، بنا بر این به روایت «یونس بن یعقوب» برای نفی خلف (دبر) نمی‌توان تمسک کرد.

مشکل ما این است که از وقتی علوم عربیه را شروع می‌کنیم الفاظی مانند فرج، دبر و ... را به معنای صریح آن (عضو مخصوص) ترجمه کرده‌اند، در حالی که دبر به معنای پشت و کنایه از عضو مخصوص است و یا فرج به معنای اسم صریح محل نیست و این بدآموزی باعث شده که ما چنین اشتباهاتی را مرتکب شویم.

اشکال دیگری که ممکن است به قول مشهور وارد شود این است که دلایل مشهور منصرف است به غالب، مثلاً- «ادخال» یعنی ادخال در قبل که مصداق غالب آن است و اگر منصرف به غالب بدانیم دلیل مشهور دچار مشکل می‌شود (البته یک روایت صریح بود).

و الشاهد علی ذلك؛ در کلمات فقها در باب نکاح که گفته شده «يجب الوطی علی الرجل فی کلّ اربعة اشهر»، چنین تصریح

کرده‌اند که «و فی الوطی فی الخلف اشکال» و وجوب وطی، وطی در دبر را شامل نمی‌شود و این واجب حمل بر قبل می‌شود. مرحوم صاحب عروه می‌فرماید:

و فی کفایه (کفایه در اربعه اشهر) الوطء فی الدبر اشکال کما مرّ و کذا الادخال بدون الإنزال، لانصراف الخبر إلى الوطء المتعارف. (۳)

بعضی در مورد «مع الانزال» حاشیه زده‌اند، ولی در مورد «وطی در قبل» کسی حاشیه زده است و همه آن را پذیرفته‌اند. اللهم إلیّ أن یقال؛ در اینجا قرینه مقامیه داریم که هدف اشباع غریزه زوجه است و اشباع غریزه زوجه در قبل میسر است، چون زوج ممکن است از قبل و دبر اشباع شود، ولی زوجه اشباعش از قبل است، پس قرینه مقام سبب انصراف شده است، ولی در مهر عکس است و دبر بدتر از قبل است و زوج تصرّفی کرده است، پس باید تمام مهر را بدهد.

۶۴- ادامه مسئله ۱۷ / ۵ / ۱۱ / ۸۳ مرحوم صاحب جواهر «۴» در باب حدود، زنا را تعریف می‌کند و اعم می‌داند و زنا را تنها در مورد ادخال در قبل نمی‌داند و اسناد به مشهور و عدم خلاف می‌دهد. پس تمسّک به عموم در آنجا دلیل بر این است که اطلاقات انصراف ندارد.

و لکن یمکن أن یقال؛ در باب حدود اگر انصراف نگفته‌اند به خاطر وجود قرینه است (همان‌گونه که در وطی در اربعه اشهر انصراف را به خاطر قرینه گفته‌اند) چون دخول از خلف اولویت دارد چرا که احکام زنا جاری می‌شود و اگر احکام زنا را جاری دانسته‌اند پس اقبیح و اشدّ از زناست.

جمع بندی: اطلاق ادله گاهی به حسب مقامات، مختلف است و جایی انصراف دارد و در مورد دیگر انصراف ندارد. در ما نحن فیه اطلاق ادله وقاع، ایلاج و ادخال در باب وطی در اربعه اشهر انصراف به قبل دارد و در باب حدود انصراف ندارد و در باب مهریه که محلّ کلام ماست، انصاف این است که

(۱). ح ۶، باب ۵۴ از ابواب مهوور.

(۲). ج ۳، ص ۳۲.

(۳). عروه الوثقی، کتاب النکاح، فصل اول، مسئله ۷.

(۴). ج ۴۱، ص ۲۵۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۷۹

انصرافی نیست، چون تمتّع از مرثه است و نمی‌توان گفت در صورت ادخال در دبر و لو چندین مرتبه باشد، نصف مهر ثابت است، و کسی این را نمی‌پذیرد، چون تمتّع برده پس باید تمام مهر ثابت شود.

تلخّص من جمیع ما ذکرنا؛ ما در باب مهر باید قائل به اعم باشیم و در باب غسل هم اگر روایت «احد المأتین» را بگیریم و ضعف سند را به عمل مشهور جبران کنیم، در باب غسل هم قائل به عمومیت می‌شویم ولی در باب وطی در اربعه اشهر که موافقه بر رجل واجب است به قرینه مقام، قائل به اعم نیستیم.

بقی هنا شیء: مرحوم امام ختان المرأة را در تحریر الوسیله بحث نکرده‌اند،

اشاره

اگر چه بحث مفصّلی در مقام ختان رجل دارند و ما به تناسب روایت «إذا التقی الختانان» به بحث ختان مرثه اشاره می‌کنیم، خصوصاً که این مسأله مورد سؤال است که در اسلام چه حکمی دارد؟ اسم دیگر ختان مرثه «خفض الجواری» (جمع جاریه به

معنای دختر) است.

اقوال:

مرحوم شهید ثانی می فرماید:

یستحب خفض الجوارى و النساء و لیس بواجب اجماعاً؛ آیا «اجماعاً» در مورد «لیس بواجب» است یا در مورد «یستحب» و «لیس بواجب»؟ القیود المتعقبه بجمل متعدده ترجع الى الأخير مگر این که قرینه در کلام باشد، در اینجا هم طبق قاعده به «لیس بواجب» برمی گردد) روى عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال:

ختان الغلام من السنه و خفض الجاریه من السنه (در حالی که روایت عبد الله بن سنان در منابع روایتی ما آمده است ولی خفض الجاریه لیس من السنه دارد). «۱»

مرحوم صاحب ریاض می فرماید:

خفض الجوارى و ختانهنّ مستحبّ شرعاً بلا خلاف و هو الحجه (اجماع حجت است) مع المسامحه فی ادله السنن «۲».

کأنّ روایات استحباب در نظر ایشان ضعیف السند بوده است لذا به ضمیمه قاعده تسامح در ادله سنن می خواهند آن را درست کنند، پس اجماع ایشان هم مدرکی است چون ممکن است مستند مجمعی همین روایات ضعیفه به ضمیمه قاعده باشد و ما تسامح در ادله سنن را قبول نداریم.

مرحوم صاحب جواهر «۳» ادعای اجماع بر استحباب می کند.

ابن قدامه به مناسبت ابواب الطهاره بحث ختان را پیش کشیده و ختان المرأه را در آنجا مطرح کرده است:

و یشرع الختان فی حقّ النساء ایضاً قال أبو عبد الله و حدیث النبی صلی الله علیه و آله «إذا التقى الختانان وجب الغسل» فیہ بیان أنّ النساء کنّ یختتنن (نساء این کار را می کردند ولی آیا واجب است یا مستحب؟) «۴».

ما سه تعبیر در این مسأله داشتیم: واجب، مستحب و مشروع، در عبارت ابن قدامه واجب که نیست، حال آیا مشروع است یا مستحب؟ مشروع به معنای مباح است یعنی اگر خواستید انجام دهید و اگر نخواستید انجام ندهید و این تعبیر غیر از استحباب است. ختان المرأه قبل از اسلام هم بوده و اسلام آن را نیاورده است.

از کلام ابن قدامه تا اینجا استفاده جواز می شود، ولی ابن قدامه عبارت دیگری دارد و می گوید:

فأما الختان فواجب علی الرجال و مکرمه فی حقّ النساء (آیا مستحب است یا نه؟ در عرف آن زمان آن را نشانه شخصیت می دانستند که در روایات ما در مقابل واجب و مستحب استفاده شده است) و لیس بواجب علیهنّ هذا قول کثیر من اهل العلم. «۵» از کلام خاصه فهمیدیم که ادعای اجماع بر استحباب شده است و جواز را کثیری از عامه قائل شده اند، ولی استحباب از آن فهمیده نمی شود.

از روایات ما استفاده می شود که این عمل قبل از اسلام بوده است و دو روایت که شاهد بر این معناست را می خوانیم:

...* عن محمد بن مسلم (صحیحه است) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

لما هاجرت النساء إلى رسول الله صلى الله عليه و آله (مسلمان می شدند و هجرت می کردند و تا قبل از فتح مکه نشانه مسلمان شدن هجرت از مکه به مدینه بود) هاجرت فیهنّ امرأه یقال لها: أمّ حبيب و كانت خافضه تخفض الجوارى (معنایش این است که قبل از اسلام این کار را می کرده است) فلما رأها رسول الله صلى الله عليه و آله قال لها: يا أمّ حبيب العمل الذى كان فى يدك هو فى يدك اليوم؟ قالت: نعم یا رسول الله صلى الله عليه و آله إلا أن يكون حراماً فتنهانی عنه قال: بل حلال (در ادامه پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله راجع به مسئله خفض دستوراتی به ایشان

(۱). مسالک، ج ۸، ص ۴۰۵.

(۲). ج ۷، ص ۲۳۴.

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

ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۶، ص: ۷۹

(۳). ج ۳۱، ص ۲۶۲.

(۴). مغنی، ج ۱، ص ۷۱.

(۵). مغنی، ج ۱، ص ۱۰۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۸۰

دادند) «...۱»

از این روایت دو چیز استفاده می‌شود:

اولاً؛ قبل از اسلام ختان المرأة بوده است.

ثانیاً، پیامبر نه امر کرده به ادامه و نه فرموده حرام است، فقط فرمود حلال است که از آن استحباب استفاده نمی‌شود.

روایت دیگر را قطب راوندی در لبّ اللباب آورده است:

...* و لم یبایع النبی صلی الله علیه و آله احدا من النساء الاً مختونه «...۲»

کسانی که مسلمان شدند همه قبل از اسلام مختونه بودند، به عبارت دیگر این معنای رایج بود و پیامبر دستور نداد و هم در رجال و

هم در نساء معمول بوده است و حتی در زمان ابراهیم علیه السلام هم بوده است.

۶۵- ادامه مسئله ۱۷ / ۶ / ۱۱ / ۸۳

روایات عدم استحباب ختان:

چهار روایت داریم که از آن عدم استحباب استفاده می‌شود.

...* عن أبی بصیر یعنی المرادی (ثقه و سند صحیح است) قال: سألت أبا جعفر علیه السّلام عن الجاریة تسبی من أرض الشّرك

فتسلم فیطلب لها من یخفضها (ختنه کند) فلا یقدر علی امرأه فقال: أمّا السّنة فالختان علی الرجال و لیس علی النساء. «۳»

آیا واجب نیست یا مستحب هم نیست؟ ظاهرش این است که نه واجب است و نه مستحب، بلکه مباح است، پس از این تعبیر نفی

و جوب و استحباب می‌فهمیم، چون اگر مستحب بود حضرت می‌فرمود بگردید و کسی را پیدا کنید، ولی چنین نفرمود.

...* عن عبد الله بن سنان، عن أبی عبد الله علیه السّلام قال: ختان الغلام من السّنة و خفض الجاریة لیس من السّنة (عام است، یعنی

نه سنت و جوبی است و نه استحبابی، و پیامبر صلی الله علیه و آله حکمی به عنوان ختان النساء نیآورده است). «۴»

...* عن أبی عبد الله علیه السّلام قال: خفض النساء مکرمه و لیس من السّنة و لا شیئا واجبا (نه واجب است و نه مستحب بلکه امری

مباح و مکرمت عرفی است و ظاهر مکرمت این است که سبب شخصیت مرثه است و در زندگی او تأثیر دارد، پس به معنای احترام

و بزرگداشت و موجب زیبایی مرثه می‌شود) و أی شیء أفضل من المکرمه. «۵»

...* عن معاویة بن عمار، عن أبی عبد الله علیه السّلام فی قول سارة (همسر حضرت ابراهیم علیه السّلام) اللهم لا تؤاخذنی بما

صنعت بها جر، إنّها کانت خفضتها لتخرج من یمینها بذلك. «۶»

از روایات استفاده می‌شود که ساره عصبانی شد و گفت: من سر هاجر را می‌برم و برای این که قسم ادا شود کاری کرد که ضرری به هاجر نرسد؛ حال اگر این کار مباح، یا مستحب بود، چرا از خداوند تقاضای عفو می‌کند؟ در جواب باید گفت:

اولاً؛ این قسم باطل بوده و برای ادای قسم خفص کرده است. ثانیاً؛ اگر مستحب است نباید ساره استغفار کند. اللهم إلیّ أن یقال، این کار بر خلاف رضایت هاجر بوده است. از حدیث عدم مطلوبیت استفاده می‌شود چون اگر امر مستحبی بود چرا هاجر راضی نباشد؛ شاید به خاطر این که حضرت ابراهیم علیه السلام راضی نبوده است.

در روایت آمده است که اولین نفری که خفص کرد ساره بود که بعد از انجام آن پشیمان شد. نتیجه: از این روایات استفاده می‌شود که نمی‌توان ختان مرثه را مستحب دانست. در مقابل، روایات متعددی داریم که دلالت بر استحباب می‌کند که نمونه‌هایی از آن را ذکر می‌کنیم. روایات می‌گوید ختان مرثه مکرم است:

...* عن عبد الله بن سنان (روایت مرسله و ضعیف است) عن أبي عبد الله عليه السلام قال الختان سنّة في الرجال و مکرمه فی النساء. «۷»

...* عن الفضل بن شاذان (سند ظاهراً خوب است) عن الرضا عليه السلام أنّه كتب إلى المأمون: و الختان سنّة واجب للرجال و مکرمه للنساء. «۸»

روایات متعددی هم در مستدرک و بعضی از کتب اهل سنت وجود دارد که ختان مرثه را مکرم می‌دانند. عمده دلیل همین روایات است.

(۱). وسائل الشیعه، ج ۱۲، ح ۱، باب ۱۸ از ابواب ما یکتسب به.

(۲). مستدرک الوسائل، ج ۱۵، ح ۴، باب ۴۲ از ابواب احکام الاولاد.

(۳). وسائل الشیعه، ج ۱۵، ح ۱، باب ۵۶ از ابواب احکام الاولاد.

(۴). ح ۲، باب ۵۶ از ابواب احکام الاولاد.

(۵). ح ۳، باب ۵۶ از ابواب احکام الاولاد.

(۶). ح ۳، باب ۵۸ از ابواب احکام الاولاد.

(۷). ح ۱، باب ۵۸ از ابواب احکام الاولاد.

(۸). ح ۹، باب ۵۲ از ابواب احکام الاولاد.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۸۱

۶۶- ادامه مسئله ۱۷ ۱۱/۷/۸۳ مکرمت به چه معناست، آیا به معنای استحباب است یا به معنای مکرمت عرفی است؟ مانند جراحی‌های زیبایی در عصر ما و شاهد بر این که ما مکرمت را به معنای مستحب نمی‌دانیم، روایاتی بود که می‌فرمود نه سنت است و نه واجب، بلکه مکرمت است و روایات آن بیان شد.

شاهد دیگر روایت صحیح‌ه‌ای که مربوط به داستان ام حبیب بود که صدر آن سابقاً خوانده شد و اما ذیل روایت می‌فرماید: ...* فادنی منی حتی أعلمک قالت: فدنوت منه فقال: یا أم حبیب اذا أنت فعلت فلا تنحکی (از ریشه و پایین قطع نکن بلکه غلاف

را بردار) و لا- تستأصلی (از بیخ قطع نکن) و أشمی (مختصری قطع کن) فإِنَّه أشرق للوجه (صورت روشن تر می شود و این همان جهت مکرمت بودن است) و أحظی عند الزوج (زوج بهره مندتر و برای او مناسب تر است) الحدیث. «۱»

نهایت چیزی که می توان گفت این است که ما قرینه داریم مراد مکرمت عرفی است نه مستحب شرعی و اگر نپذیرفتید می توان گفت که روایات مبهم است.

روایات دیگری که به آن استدلال شده، روایات «إذا التقی الختانان» است، که از این روایات استفاده می شود که مراد ختان رجل و مرئه هر دو بوده است، بنا بر این مستحب است.

در جواب می گوئیم از این روایات استحباب استفاده نمی شود، بلکه فقط مباح بودن ختان مرئه استفاده می شود؛ فعلی هذا روایات و ادله بر عدم استحباب قابل ملاحظه است و ادله دال بر استحباب قابل تردید است، چون مهمترین دلیل اجماع است و اجماع هم خواهیم دید که مدرکی است و معمول این است که بر اجماع مدرکی به عنوان دلیل مستقل تکیه نمی کنند، بعلاوه این اجماع خیلی محکم نیست، چون فقها در کتابهای معدودی (حدود بیست کتاب) در این مورد بحث کرده اند و بسیاری از فقها به این بحث متعرض نشده و سکوت کرده اند، پس اجماع محکمی نیست.

دلیل مهم دیگر روایات بود که بر محور کلمه «مکرمه للنساء» دور می زند و ما گفتیم کلمه مکرمت مجمل است و از آن استحباب استفاده نمی شود، چون در کنار آن کلمه «لا واجب و لا مستحب بل مکرمه» آمده بود.

مرحوم میرزای قمی بهتر از دیگران وارد این مسأله شده است. مجموعه سؤالاتی که از ایشان شده از جمله در مورد ختان النساء است:

و أما السؤال عن خفض الجوارى فلا خلاف فى استحبابه (تعبیر به اجماع نمی کند) و عدم ظهور الخلاف یکفى للمسامحة فى السنن و إن كان الأخبار لیست بصریحة فى الاستحباب بل فى بعضها نفی کونه من السنن (اخبار ظاهر در استحباب نیست و ظهور کافی ندارد). «۲»

حکم به استحباب از طرف ایشان با تمسک به قاعده تسامح در ادله سنن است که ما این قاعده را قبول نداریم و معتقدیم مکروهات و مستحبات هم دلیل معتبر می خواهد؛ پس این حکم برای ما ثابت نشد و ما آن را مستحب نمی دانیم.

بررسی موضوعی:

از نظر موضوع، مطلب همان است که در حدیث «محمد بن مسلم» آمده است که پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله به ام حبيب فرمود: نباید عضو را به طور کامل قطع کرد بلکه باید مختصری از آن برداشته شود. و هبه الزحیلی از علمای عامه در کتاب «الفقه الاسلامی و ادلته» در این زمینه می گوید:

و الختان فى المرأة قطع أدنى جزء من الجلد التى فى أعلى الفرج. «۳»

نتیجه: هیاهویی که بعضی از روشن فکران و بعضی از شبهه افکنان در مورد این حکم در اسلام به راه انداخته اند نشان می دهد که آنها نه حکم را فهمیده اند و نه موضوع را و به همین جهت می گویند اسلام بر ضرر مرئه راضی شده است، در حالی که اصل استحباب آن روشن نیست و اگر مستحب هم باشد چیز مهمی نیست و فقط کنار زدن یک غشاء است نه قطع عضو به طور کامل.

۶۷- ادامه مسئله ۱۷ / ۱۱ / ۸۳

فرع دوم: اختلاف زوجین در مواقعه

بحث در این است که اگر بعد از طلاق بین زوج و زوجه

(۱). وسائل الشیعه، ج ۱۲، ح ۱، باب ۱۸ از ابواب ما یکتسب به.

(۲). جامع الشتات، ج ۴، ص ۶۱۴.

(۳). ج ۱، ص ۴۶۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۸۲

اختلاف شود در این که آیا طلاق بعد از مواقعه بوده و یا مواقعه واقع نشده، حکم چیست؟

زوجه ادعا می کند که طلاق بعد از مواقعه بوده پس باید تمام مهر داده شود و زوج منکر است و می گوید مواقعه نبوده پس مهر نصف می شود. در اینجا قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» جاری است و چون معمولاً زوجه نمی تواند بینه اقامه کند، پس زوج باید قسم بخورد و اگر قسم خورد، قاضی حکم می کند که نصف مهر واجب است.

فرع سوم: امتناع زوج از یمین

اشاره

زوج می گوید من قسم نمی خورم ولی بینه می آورد، به این بیان که زنان مورد اعتماد، زوجه را بررسی کنند و مشاهده کنند که بکارت باقی است و مواقعه در قبل که از طرف زوج ادعا شده بود، واقع نشده است.

بررسی اشکالهای چهارگانه:

در اینجا چهار اشکال وجود دارد که باید جواب داده شود:

اشکال اول: طبق قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» مدعی باید بینه بیاورد و منکر قسم بخورد، بنا بر این مدعی حق قسم ندارد و منکر حق بینه ندارد.

جواب: اگر گفته شد که منکر قسم بخورد به این معنا نیست که بینه اش قبول نمی شود، بلکه به خاطر سهولت امر گفته شده است که قسم بخورد و اِلَّا بینه اقوا از قسم است و وقتی بینه باشد به طریق اولی پذیرفته می شود.

اشکال دوم: آیا بقا بکارت دلیل بر عدم مواقعه است؟

مرحوم کاشف اللثام می فرماید: خیر چون در ثبوت تمام مهر، التقاء ختائین کافی است و التقاء ختائین موجب از بین رفتن بکارت نمی شود.

جواب: مرحوم صاحب جواهر این مسأله را نمی پذیرد، چون التقاء ختائین کنایه از دخول است و دخول موجب ازاله بکارت می شود.

اشکال سوم: به فرض که دخول کامل هم باشد، ولی گاهی پرده زائل نمی شود، چون بکارت اقسامی دارد که در بعضی از اقسام با دخول زائل نمی شود و تا وضع حمل نکند باقی است و ممکن است این مرئه از آن قسمی باشد که لا تزول بالمواقعه.

جواب: این فرد نادر است و به فرد نادر نمی توان استدلال کرد.

اشکال چهارم: اشکال عمده این است که مسئله اقامه بینه مستلزم نظر کردن حرام است. چرا اجازه دهیم که زوج قسم را رها کند و دنبال شاهد برویم، در حالی که شاهد باید نظر حرام بکند؟ علاوه بر این زوج می گوید برای من مشقت دارد و حیا می کند و اجازه نمی دهد که زنان او را بررسی کنند و می گوید زوج قسم بخورد.

جواب: بعضی مانند صاحب جواهر «۱» جواب داده اند که هذا مثل مشاهدۃ الطیب بنا بر این جایز است، و لا سیما در ابواب عیوب روایات می گوید زنان عادلّه عیب مرئه را ببینند و شهادت دهند. «۲»

لکن الإنصاف؛ این جواب قابل قبول نیست، چون ابواب عیوب و طیب برای صورت اضطرار است ولی در ما نحن فیه ضرورتی نیست و زوج می‌تواند قسم بخورد. بنا بر این در اینجا از مرحوم امام (ره) و دیگران جدا شده و اقامه یتنه را از زوج نمی‌پذیریم، چون مستلزم نظر حرام است.

برای این فرع (اقامه یتنه توسط زوج) می‌توان مثال قابل قبولی ذکر کرد، به این صورت که اگر دو نفر شهادت دهند که از روزی که عقد خوانده شده زوج در سفر بوده و بعد از طلاق آمده است، در اینجا اقامه یتنه از ناحیه زوج اشکالی ندارد و این مثال صورت ادعای واقعه از قبل و دبر را شامل می‌شود.

در فرع آینده (خلوت) این مثالها درست نیست، چون در مسئله خلوت اگر زوج بخواهد یتنه بیاورد باید یتنه بر عدم واقعه و بقای بکارت باشد و باید نظر کنند؛ پس در مسئله آینده منحصر به شهادت شهود است ولی ما نحن فیه منحصر به یتنه نیست.

فرع چهارم: خلوت

اشاره

این فرع در کلام مرحوم امام (ره) نیامده و در جایی است که خلوتی صورت گرفته و بعد از خلوت، زوج مدعی عدم واقعه است. البته مدت خلوت را معین نکرده‌اند، حال بعد از طلاق زوجه مدعی واقعه است. در اینجا بسیاری قائل شده‌اند که خلوت دلیل بر واقعه نیست و بعضی قائل شده‌اند که خلوت دلیل بر واقعه است. در مسأله چندین قول وجود دارد و مقام ثبوت و اثبات خلط شده است.

(۱). ج ۳۱، ص ۱۴۱.

(۲). وسائل الشیعه، ج ۱۴، ح ۱، ۲، باب ۴ از ابواب عیوب و ح ۲، ۳، ۴، باب ۱۵ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۸۳

۶۸- ادامه مسئله ۱۷ / ۱۲ / ۱۱ / ۸۳ مقام ثبوت؛ یعنی مقام واقع به این بیان که می‌دانیم واقعه‌ای در خلوت واقع نشده است، آیا خلوت موضوعیت دارد و جانشین واقعه و سبب کمال مهر می‌شود؟

مقام اثبات؛ یعنی مقام ظاهر به این بیان که نمی‌دانیم در خلوت واقعه‌ای واقع شده، حال آیا می‌توانیم خلوت را اماره بگیریم بر این که واقعه‌ای واقع شده به خصوص در جایی که مدت طولانی خلوت کرده‌اند؟ این دو بحث جدا از هم است و نباید آنها را با هم مخلوط کرد ولی در کلمات فقها مخلوط شده است.

اقوال:

اقوال خاصه:

در میان اصحاب ما چهار قول وجود دارد که بعضی در مقام ثبوت و بعضی در مقام اثبات است. مرحوم شهید ثانی اقوال را خوب جمع آوری کرده و می‌فرماید:

و اختلفوا فی أنه هل یقوم غیر الوطاء من مقدماته كالخلوة مقامه فی ذلك (بحث مقام ثبوتی است چون می‌دانیم غیر از خلوت چیزی نبوده ولی می‌خواهیم ببینیم آیا خلوت قائم مقام واقعه می‌شود؟) علی اقوال منشؤها اختلاف الأخبار أيضا فذهب الأكثر إلى عدمه (خلوت قائم مقام واقعه نیست) و أن الخلوة و باقي المقدمات لا تكفی فی ایجاب المهر (مهر کامل) و ذهب جماعة من المتقدمین

إلى أن الخلوۃ توجب المهر ظاهراً (مقام اثبات) حيث لا يثبت شرعاً عدم الدخول (در جایی که شک داریم) و أمّا باطنا فلا يستقرّ المهر جميعه إلّا بالدخول و أطلق بعضهم كالصدوق وجوبه بمجرّد الخلوۃ (خلوت موضوعیت دارد و بحث مقام ثبوتی است) و أضاف ابن الجنید إلى الجماع إنزال الماء بغير إيلاج (انزال ماء در رحم مرثه بدون دخول) و لمس العورة و النظر إليها و القبلة متلذذاً، بذلك و المعتمد الاوّل (۱)».

پس در بین اصحاب چهار قول است:

- ۱- خلوت در مقام ثبوت جانشین واقعه نمی‌شود.
- ۲- خلوت در مقام ثبوت، جانشین واقعه نمی‌شود، ولی در مقام اثبات و شک جانشین می‌شود.
- ۳- خلوت در مقام ثبوت و اثبات جانشین واقعه می‌شود.
- ۴- چیزهای دیگری هم علاوه بر خلوت، جانشین واقعه در کمال مهر می‌شود.

اقوال عامّه:

اقوال عامّه را از کتاب خلاف شیخ طوسی نقل می‌کنیم که می‌فرماید:

اختلف الناس (فقهای عامّه) فيه على ثلاثة مذاهب: (۲)

قول اوّل؛ خلوت اثری ندارد و موضوعیت ندارد که همان مذهب مشهور در بین ماست و در میان صحابه ابن عباس و ابن مسعود و در بین تابعین، شعبی و ابن سیرین و در میان فقهاء شافعی و ابو ثور به این قول قائل شده‌اند.

قول دوّم؛ خلوت مانند دخول است، جماعتی از اصحاب به این قول قائل شده‌اند و این قول از علی علیه السّلام نقل شده و عمر و عبد الله بن عمر به این قول قائل شده و در میان تابعین هم زهری و در میان فقهاء هم ابو حنیفه و اصحابش و شافعی در کتاب آراء قدیمش و اوزاعی به این قول قائل شده‌اند.

قول سوّم؛ اگر خلوت تامّه باشد مؤثّر و اگر خلوت ناقصه باشد بی‌اثر است.

خلوت تامّه به این است که در خانه‌ای تنها باشند و خلوت ناقصه این است که در خانه پدر زن باشند و از پدر زن خجالت می‌کشند، این خلوت فایده‌ای ندارد و جانشین واقعه نیست.

مالک بن انس به این قول قائل شده است.

اگر این قول را به چهار قول سابق ضمیمه کنیم، مجموعاً در مسأله پنج قول داریم. ما ابتدا مقام ثبوت را بحث می‌کنیم و سپس به سراغ مقام اثبات می‌رویم.

مقام ثبوت (واقع):

آیا خلوت موضوعیت دارد؟

مشهور اصحاب قائلند که خلوت موضوعیت ندارد و ما هم چنین معتقدیم.

ادله:

[آیه ۲۳۷ سوره بقره]

۱- آیه و إِنَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً (۳)».

آیه مفهوم دارد یعنی «مس» باعث کمال مهر می‌شود و خلوت تأثیری ندارد و اجماع قائم است که مس به معنای دخول است.

(۱). مسالک، ج ۸، ص ۲۲۵.

(۲). ج ۴، کتاب الصداق، ص ۳۹۶، مسئله ۴۲.

(۳). سوره بقره، آیه ۲۳۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۸۴

سَلَمْنَا؛ مس به معنای دخول هم نباشد و به معنای لمس باشد، باز خلوت را نفی می کند.

بنا بر این آیه به عنوان مفهوم، ظهور دارد که خلوت چه تامّه و چه ناقصه تأثیری در کمال مهر ندارد.

۲- روایات:

اشاره

روایات دو دسته است:

طایفه اول: روایات عام

روایات عام می فرماید: «إذا التقى الختانان وجب المهر» که مهر را مشروط به التقاء ختانان کرده است و مفهومی این است که خلوت اثری ندارد.

دسته دیگری از روایات می فرمود: «لا مهر إلا بايلاج أو الوقاع» که روایات آن سابقاً بیان شد و مفهوم این روایات این است که خلوت موضوعیت ندارد و آنچه لازم است دخول است.

طایفه دوم: روایات خلوت (خاص)

روایاتی که در خصوص خلوت وارد شده و خلوت را مؤثر نمی داند.

... عن يونس بن يعقوب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فأغلق بابا وأرخی سترا و لمس و قبل ثم طلقها أ يوجب عليها الصداق؟ قال: لا يوجب الصداق إلا الوقاع (روایت در مقام ثبوت است و مقدمات واقع شده و ذی المقدمه واقع نشده است) «۱».

... عن يونس بن يعقوب قال: (احتمال دارد همان روایت قبل باشد و لو مقداری متن آن دو متفاوت است) سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه فأغلق الباب و أرخی الستر و قبل و لمس من غير أن يكون وصل إليها ثم طلقها على تلك الحال قال: ليس عليه إلا نصف المهر (شبهه روایت قبل است ولی عین آن نیست). «۲»
این دو حدیث مهر کامل را به مجرد خلوت نفی می کند.

۶۹- ادامه مسئله ۱۷ / ۱۳ / ۱۱ / ۸۳ ... عن زرارة (سند خوب است) عن أبي جعفر عليه السلام: أنه أراد أن يتزوج قال: ففكره ذلك أبي فمضيت و تزوجتها (حتما در اینجا نهی ارشادی بوده است) حتى إذا كان بعد ذلك زرتها فنظرت فلم أر ما يعجبني فقلت لأنصرف فبادرتني القائمة الباب (در بعضی از نسخ مانند کافی به جای «القائمة» تعبیر «القيمة معها» دارد. قائمه به معنای نگهبان و سرایدار و قیمه هم به همین معناست و معنای آن این است که سرایدار که زنی بوده همراه زوجه برخاسته تا در را ببندد) لتعلقه فقلت: لا- تعلقه لك الذي تريد (مفهوم حدیث این است که تو می خواهی در را ببندی تا خلوت حاصل شود و مهر کامل را بگیری، من مهر کامل را به تو می دهم، پس تا اینجا مفهوم ضمنی روایت این است که اگر در را ببندد مهر کامل می شود) فلما رجعت إلى أبي فأخبرته بالأمر كيف كان فقال: إنه ليس لها عليك إلا النصف (یعنی نصف المهر «...») «۳».

قسمتی از روایت دلالت می‌کند که اغلاق باب موضوعیت دارد و باعث کمال مهر است و بخشی از روایت دلالت دارد که اغلاق باب موضوعیت ندارد و نصف مهر ثابت است.

شاید زن تابع بعضی از مذاهب عامه بوده که می‌خواهد از اغلاق باب به مقصود خود که تمام مهر است برسد، و امام می‌فرماید من مهر کامل را می‌دهم، پس و لو اغلاق باب هم بکند فقط نصف مهر را حق دارد بگیرد.

البته به این روایت اشکال شده است که این روایت با شأن ائمه علیهم السلام سازگار نیست.

روایت ذیلی هم دارد و می‌فرماید:

و قال: إنك تزوجتها في ساعة حارة (ازدواج تو با او در ساعت داغ روز بوده است).

احتمال دارد به خاطر این باشد که ساعت نامیمونی است و احتمال دیگر این است که در ساعت گرم روز اگر کسی ازدواج کند بر اثر گرمای هوا، صورت برافروختگی و جذابیت غیر واقعی پیدا می‌کند و بعد از فرو نشستن گرما، آن صفات زائل می‌شود.

دو حدیث بعد در مورد مقام اثبات است ولی به دلالت التزامیه حکم مقام ثبوت هم از این دو حدیث استفاده می‌شود.

... عن سهل بن زياد (ضعيف است) عن ابن محبوب، عن ابن رئاب، عن أبي بصير قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل

يتزوج المرأة فيرخي عليها و عليه الستر و يغلق الباب ثم يطلقها فتسأل المرأة هل أتاك فتقول: ما أتاني و يسأل هو هل أتيتها فيقول لم

أتها فقال: لا يصدقان (تصدیق نمی‌شوند) و ذلك أنها تريد أن تدفع العدة عن نفسها (زن متهم است) و يريد هو أن يدفع المهر عن

نفسه یعنی إذا

(۱). ح ۱، باب ۵۵ از ابواب مهور.

(۲). ح ۵، باب ۵۵، از ابواب مهور.

(۳). ح ۷، باب ۵۵ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۸۵

کانا متهمین (قسمت آخر روایت بعید است از امام باشد و احتمال دارد تفسیر کلینی یا راوی باشد). «۱»

در حدیث مسلم گرفته شده که خلوت به تنهایی موضوعیت ندارد و واقعه محور است، چون اگر به تنهایی موضوعیت داشت، لازم نبود از زن و مرد سؤال شود، پس محور واقعه است، بنا بر این و لو روایت در مورد مقام ثانی (اثبات) است، ولی مسلم گرفته شده که محور واقعه و خلوت اماره است بر واقعه.

... عن جميل عن أبي عبيدة عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة البكر أو الثيب فيرخي عليها و عليها الستر أو غلق

عليه و عليها الباب ثم يطلقها فتقول لم يمسيني و يقول: هو لم أمسها قال: لا يصدقان (چون متهم هستند) لأنها تدفع عن نفسها العدة و

يدفع عن نفسه المهر. «۲»

در ذهن گوینده و شنونده مسلم بوده که معیار خلوت نیست.

این روایات از روایاتی که صریحا می‌گویند خلوت اثری ندارد بهتر است، چون در ذهن راوی و زن و شوهر هم مسلم بوده است که خلوت به تنهایی فایده‌ای ندارد.

روایات معارض:

در مقابل این روایات، روایات معارضی «۳» داریم که می‌گویند خلوت کافی است و موضوعیت دارد.

... عن الحلبي (سند معتبر است) عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

سألته عن الرجل يطلق المرأة قد مس كل شيء منها إلا أنه لم يجامعها (مقام ثبوت) أ لها عدّة؟ فقال: ابتلى أبو جعفر عليه السّلام بذلك فقال له أبوه علي بن الحسين عليهما السّلام: إذا أغلق بابا و أرخى سترا وجب المهر و العدّة. «۴»

ظاهر روایت این است که خلوت موضوعیت دارد و می توان آن را بر مقام اثبات حمل کرد، یعنی اگر دعوی بی زوج و زوجه واقع شود می توان خلوت را اماره بر دخول گرفت، پس ظاهر روایت موضوعیت است و طریقت قرینه می خواهد.

مرحوم کلینی از ابن ابی عمیر مطلبی را نقل کرده است که این روایت را حمل بر طریقت کرده و بین روایات جمع کرده است. قال الكليني قال ابن أبي عمير اختلف الحديث في أنّ لها المهر كمالا- و بعضهم قال: نصف المهر و إنّما معنى ذلك أنّ الوالى إنّما يحكم بالظاهر إذا أغلق الباب و أرخى الستر وجب المهر (مقام اثبات) و إنّما هذا عليها إذا علمت أنّه لم يمسه فليس لها فيما بينها و بين الله إلا نصف المهر (و لو قاضى به حسب ظاهر تمام مهر را به زن می دهد ولی اگر مرثه می داند که واقعه واقع نشده، بیش از نصف را نباید بگیرد).

مرحوم شیخ طوسی هم این کلام را نقل کرده و کلام ابن ابی عمیر را می پذیرد.

۷۰- ادامه مسئله ۱۷ / ۱۴ / ۱۱ / ۸۳... * عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السّلام قال: اذا تزوّج الرجل ثمّ خلا بها فأغلق عليها بابا أو أرخى سترا ثمّ طلقها فقد وجب الصداق و خلاؤه بها دخول (خلوت زوج با زوجه به منزله دخول است). «۵»

... عن اسحاق بن عمّار، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السّلام أنّه كان يقول: من أجاف (أغلق) من الرجال على أهله بابا أو أرخى سترا فقد وجب عليه الصداق. «۶»

... عن محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السّلام قال: سألته عن المهر متى يجب؟ قال: إذا أرخت الستور و أجيف الباب «... ۷»

... عن أبي بصير قال: تزوّج أبو جعفر عليه السّلام امرأة فأغلق الباب فقال: افتحوا و لكم ما سألتكم (كأنّ مسلّم بود که اغلاق باب باعث تمام مهر است) فلمّا فتحوا صالحهم (ما زاد بر نصف مصالحه شده و این تعبیر دلیل است که كأنّ اینها در کمال مهر حقی داشته اند). «۸»

بعضی از روایات هم در مستدرک آمده است.

این دو گروه روایت با هم متعارض است که گروه اول می گوید خلوت موضوعیت ندارد و گروه دوم می گوید موضوعیت دارد.

جمع دلالی:

جمع روایات به این است که طایفه دوم را حمل بر مقام اثبات کنیم یعنی خلوت اماره بر دخول است و طایفه اول را حمل بر مقام ثبوت کنیم یعنی مادام که واقعه ای نباشد حقی

(۱). ح ۱، باب ۵۶ از ابواب مهور.

(۲). ح ۳، باب ۵۶ از ابواب مهور.

(۳). ح ۲، ۳، ۴ و ۶ باب ۵۵ از ابواب مهور.

(۴). ح ۲، باب ۵۵ از ابواب مهور.

(۵). ح ۳، باب ۵۵ از ابواب مهور.

(۶). ح ۴، باب ۵۵ از ابواب مهور.

(۷). ح ۶، باب ۵۵ از ابواب مهور.

(۸). ح ۸، باب ۵۵ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۸۶

نیست، چرا که اگر خلوت اماره نباشد، واقعه را نمی‌توان ثابت کرد چون در آنجا شاهی نیست پس مانعی نیست که خلوت اماره بر دخول باشد و اگر یقین به عدم واقعه باشد جای اماره نیست. این جمع دو شاهد روایی «۱» دارد که امام تصریح کردند اگر واقعه‌ای نشده زوجه تمام مهر را نگیرد، اگر چه حاکم به تمام مهر حکم کند.

اعمال مرجحات:

اشاره

اگر جمع عرفی را نپذیریم، سراغ مرجحات می‌رویم:

مرجّح اوّل: شهرت

موافق طایفه اوّل است.

مرجّح دوّم: کتاب الله

موافق با طایفه اوّل است و طایفه دوّم مخالف کتاب الله است.

مرجّح سوّم: موافقت و مخالفت عامّه (تقیّه)

اقوال عامّه را بیان کردیم که گروهی به موضوعیت و گروهی به عدم موضوعیت خلوت قائل بودند و نمی‌توانیم بگوییم که کدام طایفه موافق عامّه است.

نتیجه: خلوت در کمال مهر موضوعیت ندارد.

۷۱- ادامه مسئله ۱۷ / ۱۷ / ۱۱ / ۸۳

مقام اثبات (ظاهر):

اشاره

اگر شک کردیم که در خلوت واقعه‌ای واقع شده است یا نه، آیا خلوت می‌تواند اماره بر وقوع واقعه باشد؟ خلوت اقسامی دارد؛ گاهی خلوت به اندازه یک ساعت است و گاهی به اندازه یک روز و گاهی هفته‌ها با هم بوده‌اند و بعد زوج ادّعا می‌کند که واقعه‌ای واقع نشده است، آیا خلوت در همه این موارد می‌تواند اماره باشد؟ یا این که بگوییم موارد فرق می‌کند و خلوت کوتاه مدّت اماره نیست و بلند مدّت اماره است.

اقوال:

عده‌ای قائلند که خلوت اماره است و شاید که منظور آنها مقام اثبات باشد، یعنی در مقام اثبات خلوت اماره بر واقعه می‌شود و مهر کامل ثابت است.

ادّله:

اشاره

دلایلی که می‌توان برای این مسأله بیان کرد در کلمات فقها به طور پراکنده ذکر شده است، البته بزرگان کمتر سراغ ادله مقام اثبات رفته‌اند ولی در مجموع می‌توان چهار دلیل اقامه کرد:

۱- تقدیم ظاهر بر اصل:

این مسأله از قبیل «تقدیم ظاهر بر اصل» است به این بیان که عقلاً در بسیاری موارد ظاهر حال را بر اصل مقدم می‌دانند. در ما نحن فیه اصل (اصالت العدم) این است که دخول واقع نشده ولی ظاهر حال این است که مدتی با هم زندگی کرده‌اند، در حالی که بی مانع و هر دو جوانند، چگونه ممکن است واقعه واقع نشود. نظیر این تقدیم ظاهر بر نص را به صورت شعر بیان کرده‌اند: که اگر خانه خالی و طعام فراوانی مهیا باشد و شخص گرسنه بی‌ایمانی در آن خانه باشد، آیا کسی باور می‌کند که او از آن غذا نخورد؟! ملحد گرسنه و خانه خالی و طعام عقل باور نکند کز رمضان اندیشد

مثال دیگر: یکی از مطهرات غیبت مسلم است، در اینجا اصل می‌گوید نجس است (استصحاب) ولی ظاهر حال می‌گوید چون مسلمان است و لباس نجس نمی‌پوشد آن را تطهیر کرده، که در این صورت ظاهر بر اصل مقدم شده است. بنا بر این اگر خلوت درازمدت باشد و مانعی هم در کار نباشد ظاهر حال (موقعه) بر اصل عدم واقعه مقدم است و اگر به عنوان دلیل پذیرفته نشود لا اقل مؤید است.

۲- عدم امکان اقامه دلیل از ناحیه زوجه:

اگر نپذیریم که خلوت اماره بر واقعه است، زوجه از کجا ثابت کند که واقعه واقع شده است زیرا طرق اثبات بر زوجه بسته است و اقامه دو شاهد عادل ممکن نیست؛ این مسأله مانند اثبات عادت ماهیانه است که با شاهد حل نمی‌شود بلکه باید از خود او بپذیریم و اگر نپذیریم راه حلی نیست.

إن قلت: اگر پرده بکارت باقی باشد معلوم است که واقعه واقع نشده است.

قلنا: اولاً، ممکن است دخول در دبر باشد و ما دخول در دبر را هم در کمال مهر کافی دانستیم.

ثانیاً، ممکن است مرئه ثبیه باشد، پس در واقع این مورد از

(۱). ح ۱ و ۳ باب ۵۶ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۸۷

مواردی است که لا یعلم الا من قبلها و اقامه بینه ممکن نیست و اگر شوهر هم اقرار نکند نمی‌توان اثبات کرد.

بنا بر این مواردی وجود دارد که طرق اثبات مسدود است و شارع قول خود شخص را می‌پذیرد، تا تضييع حق نشود.

۳- روایات:

دو روایت است:

...* عن أبي بصير قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يتزوج المرأة و فيرخى عليها و عليه الستر و يغلق الباب ثم يطلقها فتسأل المرأة:

هل أتاك؟ فتقول ما أتاني و يسأل هو هل أتيتها فيقول: لم أتها فقال:

لا یصدّقان و ذلك أنها تريد أن تدفع العدة عن نفسها و يريد هو أن يدفع المهر عن نفسه یعنی إذا كانا متّهمین. «۱»
روایت می‌فرماید اگر متّهم باشند قولشان قبول نمی‌شود و مفهوم آن این است که اگر متّهم نباشند باید قول زوجه قبول شود.
... فتقول: لم یمسّنی و یقول هو: لم أمسّها قال: لا یصدّقان لأنّها تدفع عن نفسها العدة و یدفع عن نفسه المهر «۲».
این حدیث هم می‌فرماید چون متّهم است، قول زوجه پذیرفته نمی‌شود و مفهوم آن این است که اگر متّهم نباشد، ظاهر حال مقدّم است و واقعه واقع شده و خلوت اماره است.

۴- جمع بین دو گروه از روایات:

روایاتی که در مقام ثبوت وارد شده دو گروه بود، گروهی خلوت را دلیل بر کمال مهر نمی‌دانست و گروهی می‌دانست، که گروه اول را حمل بر مقام ثبوت و گروه دوم را حمل بر مقام اثبات می‌کنیم که نتیجه آن این است که خلوت دلیل بر واقعه است.
إن قلت: روایاتی که می‌گوید خلوت در مقام ثبوت دلیل است، معرض عنهای مشهور است و چون مشهور فتوا نداده‌اند پس روایات دالّ بر اماره بودن خلوت از حجّیت ساقط است.
قلنا: مشهور سراغ مقام ثبوت رفته‌اند و در مقام اثبات بحث نکرده‌اند و تصریح کرده‌اند که آیا خلوت قائم مقام وطی می‌شود یا نه که همان بحث مقام ثبوت است، در حالی که بحث ما در مقام اثبات است.

شاهد:

شاهد ما علاوه بر دلایل سابق کلام ابن ابی عمیر است که مرحوم کلینی بعد از نقل حدیث «۳» از ایشان نقل کرده و می‌فرماید: روایات مختلف است، بعضی خلوت را کافی می‌دانند و بعضی کافی نمی‌دانند، در مقام جمع بین روایات، حاکم شرع (والی) به حسب ظاهر حکم می‌کند که این اغلاق باب و ارخاء ستر قرینه بر واقعه و موجب کمال مهر است و تصریح می‌کند، اگر زوجه بینها و بین الله می‌داند واقعه صورت نگرفته، بر او حرام است مهر کامل را بگیرد، اگر چه والی به نفع او حکم کرده باشد، پس همین راه جمع را، ابن ابی عمیر که قریب به عصر ائمه علیهم السّلام بوده فرموده است. مرحوم شیخ طوسی هم وقتی این کلام را نقل می‌کند می‌فرماید:

هذا وجه حسن و تعبیر ابن ابی عمیر را می‌پسندد.

۷۲- مسئله ۱۸ (الاختلاف فی أصل المهر) ۱۸ / ۱۱ / ۸۳

[مسائلی در اختلاف در مهر]

مقدمه:

مرحوم امام در پنج مسأله اختلاف در مهر را بیان می‌کند، که گاهی اختلاف در اصل مهر و گاهی در مقدار، گاهی در تعجیل مهر (حالّ بوده است یا مؤخّل) و گاهی در تسلیم مهر و گاهی در کیفیت تسلیم می‌باشد. (زوج می‌گوید به عنوان مهر داده و زوجه می‌گوید به عنوان مهر نبوده بلکه هبه و عیدی بوده است). مرحوم صاحب جواهر همه این مسائل تنازع را در یک مسأله مطرح کرده است.

در این مسائل سراغ روایات نمی‌رویم بلکه بر اساس قواعد باب تنازع بحث می‌کنیم. و روایات در آن نقش مهمی ندارند.

اصولی در ابواب منازعات داریم مانند «البیئة علی المدعی و الیمین علی من أنکر» و یا اگر منکر قسم نخورد دو حالت دارد:

گاهی قسم را به مدعی رد می‌کند (یمین مردوده) و گاهی نه قسم می‌خورد و نه آن رد می‌کند (نکول) و یا دعوی بدون تفسیر که فقط یک ادعاست و باید تفسیر شود، که اینها اصول شناخته شده ابواب قضاوت است. در این پنج مسأله ما، اصول باب قضا را تمرین و پیاده می‌کنیم که نوعی تطبیق کلیات بر مصادیق و جزئیات است.

مسأله ۱۸: لو اختلفا فی أصل المهر فادعت الزوجه و أنکر الزوج فإن کان قبل الدخول فالقول قوله

اشاره

بیمینه و إن کان بعده کلفت بالتعین بل لا یبعد عدم سماع الدعوی منها ما لم تفسر، و لا یسمع

(۱). ح ۱، باب ۵۶ از ابواب مهور.

(۲). ح ۳، باب ۵۶ از ابواب مهور.

(۳). ح ۲، باب ۵۵ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۸۸

منها مجرد قولها لی علیه المهر ما لم تبین المقدار فإن فسرت و عینت بما لا یزید علی مهر المثل حکم لها علیه بما تدعیه و لا یسمع منه إنکار اصل المهر، نعم لو ادعی سقوطه إما بالأداء أو الإبراء یسمع منه فإن أقام البینه علیه ثبت مدعاه و إلا فله علیها الیمین، فإن حلفت علی نفی الأداء أو الإبراء ثبتت دعواها و إن ردته علی الزوج فحلف سقط دعواها و إن نکل تثبت و إن نکلت ردّه الحاکم علی الزوج فإن حلف تسقط دعواها و إن نکل تثبت، هذا إذا کان ما تدعیه بمقدار مهر المثل أو أقلّ و إن کان أكثر کان علیها الإثبات و إلا فلها علی الزوج الیمین.

عنوان مسأله:

اشاره

این مسأله در مورد اختلاف در اصل مهر و دارای دو فرع است:

فرع اول:

اشاره

اگر در اصل مهر اختلاف کنند که آیا مهری بوده است یا نه؟

دو حالت دارد:

۱- قبل از دخول ۲- بعد از دخول.

۱- قبل از دخول:

قبل از دخول زوج می‌خواهد طلاق دهد و می‌گوید مهری تعیین نشده و بعد از طلاق هم غیر از متعه چیزی به زوج تعلق نمی‌گیرد و زوج مدعی تعیین مهر است. زوج در اینجا مدعی و زوج منکر است. مطابق قاعده «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» زوج باید بینه بیاورد و اگر بینه نیاورد، زوج قسم می‌خورد و به زوج چیزی جز متعه تعلق نمی‌گیرد.

قلنا: به نظر ما از منه مختلف است، زمانهایی بوده که در آنها مهریه را تفویض می‌کردند ولی در بعضی از زمانها مانند زمان ما مهریه را قبل از عقد تعیین می‌کنند و به آن زیاد اهمیّت می‌دهند و در مورد آن بحثهای زیادی کرده و بر آن توافق می‌کنند و می‌نویسند و آن را حاضران امضا می‌کنند؛ آیا در اینجا هم می‌توان مانند صاحب شرایع اصالة البراءة را جاری کرد و قول زوج را با یک قسم قبول کرد یا اینجا هم از قبیل تقدیم ظاهر بر اصل است؟

۲- بعد از دخول:

زوج می‌گوید مهری تعیین شده و زوج می‌گوید مهر تعیین نشده است. در اینجا قاعده باب قضاوت می‌گوید که مدعی باید ادعای خود را تفسیر کند، یعنی اگر مهریه تعیین شده مقدار آن را بیان کند. البته در اینجا بحث است که آیا ادعای بدون تعیین پذیرفته نمی‌شود یا پذیرفته می‌شود ولی تکلیف به تفسیر می‌شود؟ هر کدام باشد نتیجه یکی است که در اینجا باید تفسیر کند حال اگر تفسیر کند به چیزی که بیش از مهر المثل نیست (مساوی یا کمتر) ادعای زن را می‌پذیریم، چون یا واقعا مهر تعیین شده که باید به او بدهند و یا تعیین مهر نشده ولی چون دخول حاصل شده مهر المثل ثابت است. در این صورت دیگر نیاز به قسم هم نیست و قاضی بلا فاصله حکم می‌کند، چون قدر متیقن نیاز به قسم و بینه ندارد و قطعی است.

در این بحث مرحوم محقق مطلب عجیبی در شرایع دارد و صاحب جواهر هم پیروی کرده و آن را مشهور می‌داند و می‌فرماید در صورت دخول هم، قول زوج با قسم مقدم است، چون این که زوج می‌گوید مهری به گردن او نیست شاید به این جهت است که مهر را پدر زوج پذیرفته است و یا مهر را مولی پذیرفته و بعد عبد آزاد شده و بین او و زوجه اش نزاعی واقع شده و او قسم می‌خورد که مهری بر گردنش نیست، چرا که مهر را مولی پذیرفته است. مثال دیگری که صاحب ریاض دارد این است که شاید زوج از زوجه به اندازه مهریه طلبکار بوده و همان طلب را مهر قرار داده و یا عینی در دست زوجه بوده و زوج همان را مهر قرار داده است و حال قسم می‌خورد که چیزی بر گردن او نیست. پس مرحوم محقق در صورت دخول و عدم دخول اصالة البراءة را جاری می‌داند و قول زوج را مقدم کرده است و این را به مشهور نسبت می‌دهند، ولی ما نمی‌توانیم در صورت دخول این را بپذیریم و مطابق ظاهر حال زوج باید مهریه را تا جایی که کمتر از مهر المثل و یا مساوی مهر المثل باشد، بدهد و اگر بیشتر بود می‌تواند اضافه را ندهد (مگر زوجه برای مازاد بینه بیاورد). پس حق با امام (ره) است که فرموده اگر زوجه ادعای مادون یا مساوی مهر المثل کند و دخول هم واقع شده باشد باید زوج مهر را بدهد.

البته دو روایت داریم که از آن معنایی که مشهور گفته‌اند فهمیده می‌شود و تصور ما این است که این دو روایت، مشهور را به زحمت انداخته که در صورت دخول هم قول زوج را مقدم دانسته‌اند.

...* عن الحسن بن زیاد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادّعت المهر وقال: قد اعطيتك فعلیها البینه و علیها الیمین. (۱)

جواب: ما سابقا از این روایت جواب داده و گفتیم این

(۱). ح ۷، باب ۸ از ابواب مهور.

روایت برای زمانی بود که مهریه‌ها معمولاً کم و نقدا پرداخت می‌شد و بر ذمه نمی‌گذاشتند و عروسی دلیل بر ادای مهریه در آن زمانها بوده است، که این هم از قبیل تقدیم ظاهر بر نص است و ربطی به بحث ما ندارد.

...* عن عبد الرحمن بن الحجاج (سند صحیح است) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل والمرأة يهلکان جميعاً فأتی ورثه المرأة فيدعون علی ورثه الرجل الصداق...؟ قال: إذا أهدیت (زوجه) إليه (زوج) و دخلت بيته و طلبت بعد ذلك فلا شیء لها
(۱...)

جواب: وقتی عروسی حاصل شد، اگر بعد از آن زوجه طلب مهر کند دیگر مهری به زوجه تعلق نمی‌گیرد چون ظاهر حال آن زمان این بوده که مهر را قبلاً می‌پرداختند.

نتیجه:

این دو روایت ربطی به بحث ما ندارد و قول مشهور قابل قبول نیست و قول امام صحیح است.

۷۳- ادامه مسئله ۱۸ / ۱۹ / ۱۱ / ۸۳

فرع دوم: زوج قبول دارد مهری بوده ولی مدعی است که مهر را داده

و یا می‌گوید زوجه مهر را ابراء کرده است.

این مسأله شش حالت دارد که در سه حالت قول زوج مقدم است و مهر ثابت نیست و در سه حالت قول زوج مقدم است و مهر ثابت است.

۱- زوج برای ادعای خود بیینه دارد، مثلاً- دو شاهد می‌آورد که مهر را داده یا زوجه آن را ابراء کرده است که در این صورت مهر ساقط است.

۲- زوج بیینه‌ای ندارد و باید زوجه قسم بخورد و با قسم زوجه مهر ثابت می‌شود.

۳- زوجه قسم نمی‌خورد و قسم را به زوج رد می‌کند (بیمین مردوده) و زوج قسم می‌خورد، در نتیجه مهر ساقط می‌شود.

۴- زوج هم قسم نمی‌خورد (نکول) که در این صورت مهر ثابت است.

۵- زوجه قسم نمی‌خورد و قسم را به زوج هم رد نمی‌کند (نکول) در این صورت حاکم شرع قسم را به زوج رد می‌کند و اگر زوج قسم بخورد مهر ساقط می‌شود.

۶- زوجه نکول می‌کند و حاکم شرع قسم را به زوج رد می‌کند و زوج هم نکول می‌کند، که در این صورت مهر ثابت است.

همان‌گونه که ملاحظه شد ابواب قضا بن بست ندارد و در یک جا باید فصل خصومت شود و استخوان لای زخم ممکن نیست.

نکته: نکته‌ای در انتهای بحث باقی مانده که سزاوار بود مرحوم امام در دنباله فرع اول می‌فرمودند ولی در انتهای مسأله آورده‌اند و آن این که اگر زوجه ادعای مهری بیش از مهر المثل کند، در اینجا باید زوجه نسبت به مازاد بیینه بیاورد، چون با دخول مهر المثل ثابت است، ولی ما زاد را باید ثابت کند.

۷۴- مسئله ۱۹ (الاختلاف فی مقدار المهر) ۰۸ / ۱۲ / ۸۳

مسأله ۱۹: لو توافقا فی أصل المهر و اختلفا فی مقداره كان القول قول الزوج یبینه

إلّا إذا اثبتت الزوجة بالموازين الشرعيّة (زوجه اكثر را با موازين شرعيه ثابت كند، فرع اول) و كذا إذا ادّعت كون عين من الأعيان كدار أو بستان مهرا لها و أنكر الزوج فإنّ القول قوله بيمينه و عليها البيئته (چون مدّعيه است، فرع دوم).

عنوان مسأله:

اشاره

این مسأله دارای دو فرع است و فرع اول در جایی است که زوج و زوجه در اصل تعیین مهر اتفاق نظر دارند، ولی زوج می گوید پنجاه دینار بوده و زوجه می گوید صد دینار بوده است، بنا بر این نسبت به زاید زوجه مدّعیه و زوج منکر است که اگر زوجه بیئنه نداشته باشد، زوج قسم می خورد و فرع دوم هم در جایی است که زوجه عینی از اعیان را ادّعا می کند و زوج انکار می کند. مرحوم امام می فرماید: قول زوج با یمین مقّم است.

فرع اول: اختلاف در مقدار مهر

ظاهرا در این فرع اختلافی در بین اصحاب نیست و اقلّ مسلم و اکثر محلّ اختلاف است. در اقلّ و اکثر استقلالی در اکثر برائت جاری می شود، که ما نحن فیه هم از این قبیل است. البتّه ما در اقلّ و اکثر ارتباطی هم قائل به برائت هستیم، بنا بر این کسی که قولش موافق اصل است منکر و کسی که قولش بر خلاف اصل است مدّعی است و چون زوج قولش موافق اصل است منکر است و باید قسم بخورد.

(۱). ح ۸، باب ۸ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۹۰

أضف إلى ذلك؛ در اینجا یک روایت صحیحه هم داریم:

...* عن أبي عبيدة (از ثقات است و اسم او «زیاد بن عیسی») است که حدود ۱۳۷ حدیث در ابواب مختلف دارد و از اصحاب امام باقر و امام صادق علیهما السّلام بوده است) عن أبي جعفر عليه السّلام فی رجل تزوّج امرأة فلم يدخل بها فادّعت أنّ صداقها مائة دینار و ذکر الزوج أنّ صداقها خمسون دینارا و لیس لها بیئنه علی ذلك قال: القول قول الزوج مع یمینه (چون قولش موافق اصل است). «۱»

فرع دوم: زوجه عینی از اعیان را ادّعا می کند

مرحوم امام از این فرع به سادگی گذشته‌اند در حالی که جای بحث است. زوجه ادّعا می کند عینی از اعیان مانند دار یا بستان را و زوج منکر است که خود دارای چند صورت است:

۱- زوج منکر تعیین مهر است.

۲- زوج منکر تعیین نیست و مهر مال است ولی در مقدار اختلاف دارند.

۳- زوج منکر تعیین نیست، ولی عینی را می گوید، غیر از چیزی که زوجه می گوید مثلا زوجه می گوید خانه بوده و زوج می گوید باغ بوده.

۴- زوج منکر تعیین نیست ولی عینی را می‌گوید که در صفت با عینی که زوج می‌گوید اختلاف دارد، به عنوان مثال هر دو می‌گویند خانه است ولی زوج می‌گوید خانه‌ای در جنوب شهر است و زوجه می‌گوید در شمال شهر است؛ همچنین گاهی آنچه را زوج می‌گوید قیمتش مادون مهر المثل است و گاهی مساوی و گاهی زاید بر مهر المثل است، اگر زوج منکر تعیین مهر باشد، علی القاعده اگر دخولی حاصل شده باید مهر المثل بدهند و زوجه باید زاید بر آن را ثابت کند که بیان مرحوم امام هم همین بود. ولی اگر زوجه ادعا کند که پولی مهر قرار داده شده و زوجه می‌گوید خانه‌ای مهر قرار داده شده، در اینجا چون دو نفر ادعایی دارند که بر خلاف اصل است (اصل این است که پول نبوده و اصل این است که خانه نبوده) جای تحالف است و شکل تداعی دارد.

ان قلت: همیشه در چنین مسأله‌ای که زوج چیزی ادعا می‌کند که قیمتش کمتر و زوجه چیزی ادعا می‌کند که قیمتش بیشتر است، اگر اعیان را قیمت گذاری کنیم به اقل و اکثر بر می‌گردد، پس چیزی را که مورد ادعای زوج است قیمت گذاری می‌کنیم، که در این صورت قول زوج با اصل موافق است، چون اصل برائت از زائد است، بنا بر این زوج منکر است و قول او با قسم مقدم می‌شود؛ پس این که امام (ره) و دیگران در تمام صور مسأله برائت جاری کرده‌اند صحیح نیست.

قلنا: معیار، قیمتها نیست چون ادعا روی این خانه و آن خانه یا باغ و خانه است و مهریه قیمت نیست در حالی که شما آن را به قیمت تبدیل کرده و اقل و اکثر درست می‌کنید. باید به ظاهر دعاوی توجه کرد، یعنی در باب تحالف نمی‌توان تجزیه کرد و حکم را روی قیمت برد.

حال وقتی تحالف شد تعارض می‌شود و تساقط می‌کنند، پس سراغ مهر المثل می‌رویم.

از اینجا روشن می‌شود که تمسک به اطلاق روایت ابو عبیده صحیح نیست، چون در مورد دو جنس موافق هم و آن هم در فرض عدم دخول بود و نمی‌توان به آن برای ما نحن فیه که دو جنس مخالف است، استدلال کرد.

فتلخص من جمیع ما ذکرنا: این مسأله دارای دو فرع بود، فرع اول که جنس معین و مقدار نامشخص بود و تمسک به «البینه علی المدعی و الیمن علی من أنکر» می‌شود و در فرع دوم، در نفس عین اختلاف است و هر کدام عینی را ادعا می‌کنند و جای تحالف است و بعد از تساقط مهر المثل ثابت می‌گردد.

فرع اول جای بحث دارد؛ گاهی قبل از دخول است که حکم آن بیان شد و اما اگر بعد از دخول باشد و ادعای زوج کمتر از مهر المثل باشد (مثل این که زوج می‌گوید پنجاه دینار و مهر المثل هفتاد دینار است) آیا باز قول زوج مقدم است؟

در اینجا اصل برائت نیست، بلکه مهر المثل ثابت است و از قبیل تحالف است، چون قول زوج و زوجه هر دو خلاف اصل است، بنا بر این هر دو باید قسم بخورند و تساقط می‌شود و مهر المثل ثابت می‌گردد.

۷۵- مسأله ۲۰ (الاختلاف فی التعجیل و التأجیل) ۸۳ / ۱۲ / ۹

مسأله ۲۰: لو اختلفا فی التعجیل

اشاره

(نقد) و التأجیل (مدت دار) فقالت: إنّه معجل و قال: بل مؤجل و لم یکن یبینه کان القول قولها بیمنها (فرع اول) و کذا لو اختلفا فی زیاده الأجل کما إذا ادعت أنّه (اجل) سنه و قال: إنّه سنتان (در بعضی از عقدنامه‌ها در عصر و زمان ما می‌نویسند عند المطالبه که شبیه معجل است و در

(۱). ح ۱، باب ۱۸ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۹۱

بعضی از عقدنامه‌ها عند القدرة و الاستطاعه می‌نویسند که شبیه بحث ما و قریب الافق است، فرع دوم).

اقوال:

اشاره

این مسأله اقوال کثیره‌ای ندارد و جمعی متعرض آن شده‌اند و غالباً مانند همین فرمایش امام حکم کرده‌اند و در هر دو حالت حق را به زوجه داده‌اند یعنی قسم می‌خورد و حقیقش ثابت می‌شود.

فرع اول: آیا نقد است یا نسیه؟

اشاره

فرض مسأله در جایی است که طرفین تعیین مهر را قبول دارند ولی زوجه می‌گوید مهر تعیین شده بدون مدّت و نقد بوده و زوج می‌گوید مدّت دار بوده است، در اینجا حق با زوجه است چون اصل عدم ذکر اجل است و تعجیل احتیاج به ذکر ندارد و آنچه که نیاز به ذکر دارد، أجل است، پس قول زوجه موافق اصل است و زوج که می‌گوید مؤجل بوده و مدّعی ذکر اجل است باید دلیل بیاورد.

در اینجا دو اشکال وجود دارد که یک اشکال را صاحب جواهر ذکر کرده و جواب داده است و اشکالی هم ما داریم: اشکال: تعجیل و تأجیل دو وصف وجودی هستند و عدمی نیستند و هر دو احتیاج به بیان دارد و اینجا از قبیل دو مدّعی است، پس باید هر دو قسم بخورند. شبیه این مسأله در باب اوامر است جایی که می‌گویند امر دلالت بر فور دارد یا تراخی، که فور و تراخی دو امر وجودی هستند و حقیقت امر هم دلالت بر طبیعت طلب می‌کند که نه فور دارد و نه تراخی. ما نحن فیه هم در اصل عقد تعجیل و تأجیل وجود ندارد، پس هر دو مدّعی هستند و چون بیینه ندارند باید هر دو قسم بخورند پس تحالفا و تساقطا و نتیجه آن تخییر است.

جواب: در مقام ثبوت هر دو وصف وجودی هستند ولی در مقام اثبات آنچه که احتیاج به بیان دارد أجل است و معجّل بیان نمی‌خواهد. در باب اوامر هم عقیده ما همین است و می‌گوییم درست است که در مقام ثبوت امر دلالت بر طلب می‌کند و فور و تراخی وصف وجودی هستند، ولی در خارج، از اطلاق صیغه امر فوریت استفاده می‌شود.

اشکال صاحب جواهر:

اشکال صاحب جواهر قدری پیچیده‌تر است و می‌فرماید:

بعضی اشکال کرده‌اند که هر یک از زوجه و زوج مدّعی و منکر هستند چون کسی که مدّعی ذکر اجل است و لو از این جهت مدّعی است ولی چون قیمت نسیه ارزانتر است، در واقع منکر قیمت اضافه‌ای است که مدّعی تعجیل ادّعا کرده است؛ به عنوان مثال وقتی زوجه می‌گوید صد دینار نقد مهر بوده است و زوج می‌گوید که صد دینار نسیه بوده در واقع صد دینار زوج هفتاد دینار است

چون نسبیہ است و زوجه مدعی ارزش بیشتری است که زوج منکر آن است، پس زوج هم مدعی و هم منکر است؛ به عبارت دیگر زوجه که مدعی نقد است در واقع مدعی ارزش بیشتر است و زوجه با این که منکر اجل است ولی مدعی قیمت بیشتر است؛ بنا بر این از یک طرف زوج مدعی است و از طرف دیگر زوجه مدعی است (بالملازمۃ العقلیۃ).

جواب: مرحوم صاحب جواهر در جواب می گوید:

عدم معارضۃ اصالة عدم ذکر الأجل أو زیادته باصالة عدم الزیادة باعتبار ورودها علیه «۱» (اصل عدم ذکر اجل ورود دارد بر اصل عدم زیادی مبلغ مهر).

باید به ادعای زوج نگاه کنیم، زوج مدعی اجل است ولی شما می گوید لازمه اجل این است که قیمت پایین تر شود و لازمه آن این است که زوج منکر شود، در حالی که اصل عدم ذکر اجل ورود دارد بر اصل عدم زیادی، یعنی وقتی اصل وارد آمد اصل مورود کنار می رود، چون لازمه شرعی اصل عدم ذکر اجل این است که باید پول را فوراً بدهد و این لازمه شرعی یک لازمه عقلی دارد که همان بالا رفتن قیمت است.

نتیجه: قول زوجه با یمین مقدم است.

بقی هنا شیء:

تمام این بحثها در مورد جایی است که قرینه ای در کار نباشد ولی گاهی قراین خارجی با یکی از زوج یا زوجه موافق است، مثلاً مهریه خیلی سنگین است و زوج هم یک فرد جیب خالی است، این قرینه است که مهر زمان دار و مؤجل است، اگر چه زوجه مدعی نقد باشد. حتی ما می گوئیم این که در مهرهای سنگین عند المطالبه می نویسند، قصد جدی نیست و نوشتن هم فایده ندارد. گاهی عرف بر این است که عند المطالبه می نویسند، کما این که در زمان ما چنین است و توجه نمی کنند که این کلمه «عند المطالبه» چه بلایی بر سر زوجها می آورد، حال اگر شک کنیم که عند المطالبه است یا نه، به عرف نگاه می کنیم، گاهی

(۱). ج ۳۱، ص ۱۳۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۹۲

قرینه نشان می دهد که زمان، و اجل دارد و گاهی بر عکس است ولی در جایی که قرینه خارجی نباشد، اطلاق منصرف به فرد غالب و این مورد هم عند المطالبه است.

فرع دوم: اختلاف در مدت

زوجین اصل مؤخّل بودن را قبول دارند ولی اختلاف در این است که آیا مدت آن یک سال است یا دو سال؟ اینجا از قبیل اقل و اکثر استقلالی است و قدر متیقّن، اقل (یک سال) است و قدر ما زاد را باید زوج ثابت کند، چون قول زوجه مطابق اصالة البراءة است و با قسمش ثابت می شود ولی قول زوج مخالف اصل است و باید بیّنه بیاورد.

نکته: بعضی از اشکالهای سابق در اینجا مطرح است که جواب همان است که سابقاً گفتیم؛ مثلاً زوج در عین این که منکر دو سال است، مدعی افزایش قیمت است (تعارض اصل عدم زیادی مدت و اصل عدم زیادی قیمت).

۷۶- مسئله ۲۱ (الاختلاف فی تسلیم المهر) ۱۰/۱۲/۸۳

مسألة ۲۱: لو توافقا علی المهر و ادعی تسلیمه و لا بیّنه فالقول قولها بیمنها.

عنوان مسأله:

این مسأله در مورد اختلاف در ادای مهر است، یعنی زوج می گوید مهر را ادا کردم و زوجه منکر آن است. در این مسأله فرض این است که اصل مهر، مقدار، جنس، تعجیل و تأجیل مسلم و اختلاف در تسلیم آن است.

اقوال:

اشاره

جمعی از فقها که متعرض این مسأله شده اند آن را ارسال مسلم دانسته اند، از جمله مرحوم شهید ثانی در مسالك می فرماید:
و هذا ممّا لا اشكال فيه. «۱»

در این مسأله استناد فقها به همان قاعده «البینه للمدعی و اليمين علی من انکر» است و این قاعده حاکم است. در سایر ابواب دیون هم همین گونه است و اگر بدهکار بگوید که من پرداخت کرده ام بدون بینه از او نمی پذیرند و ما نحن فيه (مهر) هم دینی از دیون است. به حسب ظاهر مسأله صاف و روشن است، ولی وقتی اقوال فقهای خاصه و عامه را بررسی می کنیم در مسأله سه قول موجود است:

۱- قول زوجه با یمین مقدم است.

۲- تفصیل بین قبل از زفاف و بعد از زفاف:

زفاف به معنای این است که مرثه تحت اختیار رجل است و لو معلوم باشد که مواقعه ای واقع نشده یعنی اگر قبل از زفاف باشد کلام زوج را نمی پذیرند و باید بینه بیاورد ولی اگر بعد از زفاف باشد کلامش را بدون بینه می پذیرند.

۳- تفصیل بین قبل از دخول و بعد از دخول:

این قول، زفاف به تنهایی را کافی نمی داند بلکه زفاف همراه دخول را لازم می داند که قبل از دخول قول زوجه و بعد از دخول قول زوج مقدم است.

مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف در دو جا به این مسأله متعرض شده و ظاهراً دو فتوای متضاد داده است، در یک جا می فرماید:
مسأله ۲۷: إذا اختلف الزوجان فی قبض المهر فقال الزوج: قد اقبضتک المهر و قالت: ما قبضته، فالقول قولها سواء كان قبل الزفاف أو بعده قبل الدخول بها أو بعده و به قال سعيد بن جبیر و شعبي و أكثر أهل الكوفة و ابن شبرمه و ابن أبي لیلی و أبو حنیفه و أصحابه و الشافعی و ذهب مالک إلی أنه إن كان بعد الدخول فالقول قوله و إن كان قبل الدخول فالقول قولها و ذهب الفقهاء السبعة (سعيد بن مسیب، عروة بن زبیر، قاسم بن محمّد بن ابی بکر، ابو بکر بن عبد الرحمن، ابو عبید الله، خارجة که سپر عمرو عاص شد و در شب نوزدهم کشته شد و ابو سلیمان) إلی أنه إن كان بعد الزفاف فالقول قوله و إن كان قبله فالقول قولها ... دلیلنا (دلیل بر قول اول) إجماع الفرقة و اخبارهم. «۲»

تا اینجا هم اقوال ثلاثه و هم قائلین آن را دانستیم و معلوم شد که قائل به تفصیل در بین ما وجود ندارد.

مرحوم شیخ طوسی در کتاب نفقات همین اقوال را نقل فرموده و در آنجا قول دیگری اختیار کرده است و می فرماید:

مسأله ۱۲: إذا اختلف الزوجان بعد أن سلمت نفسها إليه (آیا به معنای زفاف است و یا تمکین؟) فی قبض المهر أو النفقة فالذی رواه أصحابنا أن القول قول الزوج (در حالی که در مسئله قبلی گفتند قول زوجه مقدم است) و علیها البینه و به قال مالک و قال أبو حنیفه

و الشافعی القول قول الزوجه مع یمینها دلیلنا إجماع الفرقة و اخبارهم. «۳»

(۱). ج ۸، ص ۳۰۱.

(۲). ج ۴، کتاب الصداق، مسئله ۲۷.

(۳). ج ۵، کتاب النفقات، مسئله ۱۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۹۳

ممکن است بگوییم که «مع تسلیمه» اشاره به زفاف است ولی علی کل حال این قول خلاف قول قبلی ایشان است؛ چرا در این مسأله این گونه شده است؟

رفع تناقض:

می‌توان گفت بین این دو قول تناقضی نیست؛ گاهی قراین خارجیّه بر ادای مهر دلالت می‌کند، مثلاً- در زمان سابق تا مهر را نمی‌دادند سراغ مرثه نمی‌رفتند و در روایات هم به آن امر شده، حال اگر در بین قومی مرسوم باشد که مهر را قبل از دخول یا زفاف می‌دهند، در اینجا ظاهر حال پرداخت مهر ولی اصل عدم پرداخت مهر است که ظاهر حال مقدّم است بر اصل. به عنوان مثال جهیزیه را قبل از زفاف می‌برند، حال اگر مهریه هم مثل جهیزیه باشد و قبل از زفاف بدهند، این ظاهر حال است و اصل عدم ادا در مقابل ظاهر حال نمی‌تواند باشد و ظاهر حال مقدّم بر اصل است. حال مرحوم شیخ طوسی در کتاب صداق ناظر به جایی است که در عرف محل، اعطای مهریه قبل از زفاف نبوده ولی در کتاب نفقات ناظر به جایی بوده است که مهریه را قبل از زفاف می‌دادند، پس تناقضی نیست.

و الشاهد علی ذلک:

دو روایتی که کلام شیخ طوسی ناظر به آن است عبارت است از:

... عن الحسن بن زیاد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادّعت المهر و قال: قد أعطيتك فعليها البيّنة و عليه اليمين. «۱»

... عن عبد الرحمن بن الحجاج ... فقال و قد هلك و قسّم الميراث فقلت: نعم فقال: ليس لهم شيء قلت: فإن كانت المرأة حيّة فجاءت بعد موت زوجها تدّعي صداقها فقال: لا شيء لها و قد أقامت معه مقرّة (اقرار عملی) حتّى هلك زوجها «... ۲»

اساس مطلب همان است که مرحوم امام و بزرگان فقها فرمودند که قول، قول زوجه است، مگر این که قراینی باشد (مثل عرف محل و ظاهر حال) و روایات هم ناظر به جایی است که قبل از زفاف و دخول مهر را می‌گرفتند و تناقضی هم بین قول شیخ در دو جا نیست.

۷۷- مسئله ۲۲ (الاختلاف فی عنوان التسليم) ۱۱ / ۱۲ / ۸۳

مسأله ۲۲: لو دفع إليها قدر مهرها ثم اختلفا بعد ذلك

اشاره

فقال:

دفعته هبئه و قال: بل دفعته صداقا (همه چیز مورد اتفاق است و فقط تسلیم محل اختلاف است یعنی عنوان تسلیم هبه بوده و یا به عنوان مهر تسلیم کرده است) فلا یبعد التداعی (از باب تداعی است و هبه و مهر عنوان وجودی مسبوق به عدم بوده و جای تحالف است ولی بعد از تحالف چه می شود مرحوم امام فرموده اند) و تحتاج المسأله إلى زیاده تأمل.

مسأله از نظر مرحوم امام پیچیده بوده و خواهیم دید که پیچیدگی دارد.

نکته: قبل از ورود به شرح مسأله ذکر این نکته لازم است که این مسأله یک بحث عام البلوا در تمام ابواب فقه (ابواب دیون و ضمانات و ...) است و حدیث خاصی هم ندارد و باید علی القواعد مسأله را حل کنیم و اگر این مسأله در اینجا حل شود در همه جا قابل استفاده است.

اقوال:

اشاره

در این مسأله میان عامه و خاصه چهار قول وجود دارد. که مرحوم شیخ طوسی در کتاب الخلاف دو قول را بیان کرده و می فرماید: مسأله ۲۸: إذا كان مهرها ألفا و أعطها ألفا و اختلفا فقالت: قلت لی: خذی هذه هدیة أو قالت: هبئه (هبه و هدیه یک چیز و از نظر احکام یکی است ولی ممکن است گفته شود که دایره هدیه محدودتر است، یعنی هدیه با نوعی احترام و اکرام همراه است ولی هبه ممکن است برای ترحم یا دفع شر و یا ... باشد) و قال بل قلت خذیها مهرا فالقول قول الزوج بكلّ حال (قائل به تفصیل نیستیم) و به قال أبو حنیفه و أصحابه و الشافعی و قال مالک:

(تفصیل داده شده است بین چیزهایی که شکل هدیه دارد و عادت بر هدیه بودن آن است) إن كان المقبوض ممّا جرت العادة بهدیة مثله كالمقنعة و الخاتم و نحو هذا فالقول قولها أنه هدیة و إلا فالقول قوله كما قلناه. «۳»

جمع بندی اقوال:

قول اول: قول زوج مقدم است مطلقا.

قول دوم: قول مرحوم امام است که قائل به تحالف هستند و فرمودند جای تأمل است.

قول سوم: این قول در کلمات اصحاب ماست و حاصل آن

(۱). ح ۷، باب ۸ از ابواب مهور.

(۲). ح ۸، باب ۸ از ابواب مهور.

(۳). ج ۴، کتاب الصداق، مسأله ۲۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۹۴

این است که فرق بگذاریم بین جایی که تلفظ به لفظی شده، و جایی که لفظ نباشد، در جایی که لفظ نباشد قول زوج مقدم است چون زوجه مدعی است که زوج بدون خواندن صیغه هبه کرده یعنی زوجه اعتراف به فساد هبه می کند، پس قول زوج مقدم است و قسم زوج هم لازم نیست ولی اگر طرفین می گویند لفظ بوده ولی اختلاف است که هبه بوده یا مهر، در این صورت هم قول زوج مقدم است ولی با قسم، چون صیغه ای خوانده شده ولی نمی دانیم کدام است (هبه یا مهر).

قول چهارم: قول به تفصیل به این بیان که اگر چیزی که داده شده از مواردی است که عاداتا مثل آن را به عنوان هدیه می دهند قول

زوجه مقدّم است و اگر از چیزهایی است که عادتاً مثل آن را به عنوان هدیه نمی دهند قول زوج مقدّم است. حق در بین این اقوال قول اول است.

بررسی قول اول و دوم:

اشاره

باید دید که علی القواعد چرا قول زوج مقدّم است؟
مسأله دو حالت دارد: گاهی صیغه خوانده‌اند و گاهی صیغه نخوانده‌اند.

الف) صیغه نخوانده‌اند:

هبه فاسد نیست چون هبه معاطاتی است و اکثر هبه‌ها بدون صیغه است و معاطات در تمام ابواب جاری است و علی القاعده است ولی زوج از نیت خودش آگاه‌تر است و علی هذا داخل در قاعده فقهیه «ما لا يعرف إلا من قبله» است که قول شخص در این مورد حجت است و در اینجا هم زوج قصد خودش را بهتر می داند و قصد او فقط از ناحیه خودش روشن می شود.

ب) صیغه‌ای خوانده شده:

اگر لفظی در کار بوده، در اینجا نیز قول زوج مقدّم است چون اصل عدم هبه است، پس زوج منکر است و باید قسم بخورد. **إن قلت:** اگر اصل عدم هبه جاری است در طرف دیگر هم اصل عدم مهر جاری است پس هر دو، اصل عدم دارد و به همین جهت امام تحالف جاری کرده‌اند.

قلنا: اولاً؛ اصل عدم هبه اثر شرعی دارد و اصل مثبت نیست و اثر آن این است که چیزی که به زوج داده به ملک مالک باقی است و الآن می تواند همان را مهر قرار دهد، نه این که اصل عدم هبه اثرش این است که چون هبه نیست پس مهر است که اصل مثبت باشد.

و اما اگر اصل عدم مهر جاری شود این مال در دست زوجه چیست؟ اگر بگویند هبه است باید ثابت کند و اگر بگویند چون مهر نیست پس هبه است این اصل مثبت و لازمه عقلی است (نفی کونها مهراً لا یثبت کونها هبه، چون اصل مثبت است) پس به ملک مالک باقی است.

نتیجه: اصل عدم هبه اثر شرعی برای زوج دارد که همان بقای در ملک اوست ولی اصل عدم مهر اثر شرعی برای زوج ندارد و اگر بگویند اثر آن این است هبه است، در این صورت اصل مثبت می شود. بنا بر این مسأله جای تحالف نیست، چون ادعای زن بی اثر است و با نفی مهریت هیچ مشکلی از زن حل نمی شود، در کلام زوج هم شک نمی کنیم و با قسم زوج قول او را می پذیریم. **إن قلت:** اگر تحالف کنند و تساقط شود چون زن ذوالید است پس حق با اوست.

قلنا: ذوالید در صورتی فایده دارد و قولش مقدّم است که مسبوق به ید غیر نباشد در حالی که در اینجا خود زن قبول دارد مالی که در دست اوست مربوط به شوهر بوده و شوهرش به او داده است.

ثانیا، سلّمنا اگر تحالف هم باشد نتیجه اش این است که مال به صاحبش که زوج است برگردد؛ بنا بر این قول زوج مقدّم است. و من هنا یظهر؛ نتیجه کلام امام (قول دوم) که قائل به تحالف شدند این است که تحالف می کنند و ملک زوج باقی است، چون مالی است که نه هبه است و نه مهر، پس ملک زوج است، بنا بر این در صورت تحالف هم قول زوج مقدّم است.

بررسی قول سوّم:

این قول، قول فقهای ماست که تفصیل بین جایی است که اعطا و دفع مبلغ با لفظ همراه بوده و آنجایی که بدون لفظ بوده. اگر بدون لفظ بوده قول زوج بدون یمین مقدّم است چون هبّه بدون صیغه فاسد است و اگر لفظی در کار بوده باز قول زوج با یمین مقدّم است.

جواب: هبّه معاطاتی صحیح و اکثر هبه‌ها این چنین است.

معاطات در اکثر ابواب عقود هست چون دلیل آن عام و علی القاعده صحیح است و فقط در ایقاعات و در خصوص عقد نکاح اجماع بر بطلان است.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۹۵

قول چهارم:

تفصیلی که بعضی از فقهای عامّه داده‌اند، به این بیان که تفصیل قائل شده‌اند بین جایی که چیزی که داده شده قلیل باشد مثل مقنعه و انگشتر که ظهور در هبه دارد و قول زوجه مقدّم است، و جایی که چیزی باشد که معمولاً آن را هدیه نمی‌دهند و ظهور در هبه ندارد، در اینجا قول زوج مقدّم است.

جواب: در مقابل کلام ایشان می‌گوییم این خروج از محلّ بحث است، چون جایی را می‌گویید که همراه قرینه است که در اینجا قول زوجه موافق با ظاهر حال و منکر است و جای تمسک به اصل عدم ملکیت نیست.

بقی هنا أمران:**الأمر الأوّل: مرحوم امام (ره) بحث را روی تمام مهر برده‌اند**

در حالی که بعضی از فقها تمام و بعض مهر، هر دو را گفته‌اند، پس تمام این بحثها در جایی که بعض مهر را داده، پیش می‌آید و همین اقوال در آنجا هم هست مگر این که چیزی که داده شده به قدری کم باشد که به اندازه هدیه بوده و خلاف ظاهر باشد که بعض مهر در نظر گرفته شود، پس در جایی که چیزی را که می‌دهد قابل ملاحظه باشد این بحث می‌آید.

الأمر الثانی: همان‌گونه که ظاهر حال در قلت، ما را به سمت هدیه می‌کشاند گاهی در کثرت هم ظاهر حال ما را به سمت مهر می‌کشاند

چون کسی چنین هدیه سنگینی نمی‌دهد که شاید در این صورت هم قسم نیاز نباشد.

۷۹- مسئله ۲۳ (علی من المهر فی تزویج الصغیر) ۸۳/۱۲/۱۵

مسألة ۲۳: لو زوج ولده الصغیر فإن کان للولد مال فالمهر علی الولد**اشاره**

و إن لم یکن له مال فالمهر علی عهدة الوالد فلو مات الوالد أخرج المهر من اصل ترکتہ سواء بلغ الولد و أیسر أم لا (مهریه به ذمه

پدر آمده و مشروط و مقید هم نبوده پس بازهم به ذمه پدر است) نعم لو تبرأ من ضمان العهده فی زمن العقد برأ منه.

عنوان مسأله:

بحث در اختلاف در مهر نیست بلکه در این است که اگر پدر یا جد به عنوان ولی، فرزند صغیر را ازدواج دهد، سه حالت وجود دارد:

- ۱- بچه اموالی دارد که در این صورت مهر از مال خودش پرداخت می شود.
- ۲- بچه اموالی ندارد و باید ولی مهر را بدهد.
- ۳- بچه اموالی ندارد و ولی خودش را در ضمن عقد از مهر کنار می زند و مهر را به عهده نمی گیرد. آیا براءت جستن ولی از مهریه باعث براءت او می شود؟

اقوال:

اصل این مسأله که بین معسر و موسر بودن فرزند فرق است مسلم و عدّه زیادی ادّعی اجماع کرده اند. مرحوم شهید ثانی می فرماید: هذا هو المشهور بین علمائنا لا نعلم فيه مخالفا و اخبارهم الصحیحه داله علیه «۱».

مرحوم کاشف اللثام می فرماید:

و إن لا یکن موسرا کان المهر فی عهده الأب أو الجد اتّفاقا منّا کما فی الخلاف و المبسوط و السرائر و التذکره. «۲»
مرحوم شیخ طوسی «۳» این مسأله را ذکر کرده و ادّعی اجماع می کند، ولی از شافعی دو قول نقل کرده است. شافعی دو کتاب دارد یکی کتاب قدیم که در حجاز نوشته و دیگری کتاب جدید که بعد از مسافرت‌هایی که داشت آن را نوشت. او در کتاب قدیم قائل به تفصیل بین موسر و معسر است و در کتاب جدیدش می گوید:

لا یتعلّق بذمه الوالد شیء بإطلاق العقد (اگر عقد را مطلق بگذارند چیزی به ذمه اش نیست چون مهریه بر عهده زوج است، مگر این که در ضمن عقد ولی ضمان مهر را به عهده بگیرد).

مرحوم علامه در کتاب تذکره یک صورت را استثنا کرده است (همان صورتی که مرحوم امام در ذیل کلامش استثنا کرده بود) و آن، این که ولی خودش را از مهر تبرئه کند و لو در صورتی که بچه معسر است.

جمع بندی اقوال:

از جمع بندی مجموع اقوال روشن می شود که در مسأله سه قول است:

۱- بین ولد موسر و معسر فرق است، در جایی که موسر است به ذمه ولد و اگر معسر است به ذمه ولی است و تبری پدر اثری ندارد (قول مشهور).

۲- اگر ولد معسر باشد پدر ضامن است، مگر این که تبری جوید که در این صورت ضامن نیست (قول امام).

(۲). کشف اللثام، ج ۷، ص ۴۷۵.

(۳). کتاب خلاف، ج ۴، کتاب الصداق، مسئله ۱۳، ص ۳۷۳.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۹۶

۳- مطلقا پدر ضامن نیست مگر این که خودش مایل باشد که ضامن شود (قول شافعی).

قول اول و دوم در بین فقهای ما و قول سوم در بین فقهای عامه است.

نکته: همه این بحثها در صورتی است که ما تزویج صغیر و صغیره را جایز بدانیم. سابقا بیان شد که در جایی که مصلحت باشد تزویج صغیر و صغیره جایز است. در گذشته معمول بوده که اولیا تناسب بچه‌ها را می‌سنجیدند و آنها را عقد می‌کردند که البته باید مصلحت صغیر رعایت شود. این که بعضی عدم مفسده را کافی دانسته‌اند به نظر ما کافی نیست، چون ولایت است که به معنای سرپرستی و ملاحظه مصلحت است و دختر و پسر ملک پدر نیستند و اگر پدر مصلحت خودش را در نظر بگیرد، عقد باطل است. ولی در عصر و زمان ما عاداتا مصلحت صغیر در نظر گرفته نمی‌شود چون وقتی بزرگ شدند معمولا خودشان تصمیم می‌گیرند و در غالب اوقات نظراتشان را بر پدر و مادر تحمیل می‌کنند، پس در این عصر و زمان مصلحت نیست، مگر در موارد استثنایی که مصلحت وجود دارد.

ادله:

اشاره

ما ابتدا سراغ قواعد و بعد سراغ روایات متعددی که در باب ۲۸ از ابواب مهور آمده می‌رویم.

بحث در این است که منهای روایات قواعد چه چیزی اقتضا می‌کند؟

فقهای ما ابتدا سراغ روایات می‌روند، در حالی که خواهیم دید روایات چیزی غیر از قاعده نمی‌گویند و در خیلی از موارد ائمه علیهم السلام با توجه به قواعد حکم را فرموده‌اند که اگر ابتدا سراغ قواعد برویم در جایی که فروعی هم در مسأله حاصل شود می‌توانیم بر آن تطبیق دهیم. قواعد در واقع از ادله عامه (آیات و روایات عامه) سرچشمه می‌گیرند.

۱- قواعد عامه:

ما در مسأله چهار صورت داریم که سه صورت در کلام امام (ره) بود و یک صورت هم ما اضافه می‌کنیم:

صورت اول: ولی ضامن را به عهده می‌گیرد، که این صورت علی القاعده درست است، اگر چه مهریه بر ذمّه زوج می‌آید، ولی کسی می‌تواند آن را ضمانت کند که به صورت نقل ذمه به ذمه است، نه ضم ذمه بر ذمه. علاوه بر این سیره هم بر این جاری است که ولی در خیلی جاها مهریه را به ذمه می‌گیرد، به علاوه روایات باب نکاح هم شاهد آن است. این صورت را ما اضافه کرده‌ایم. صورت دوم: ولی به عدم ضمان تصریح می‌کند در اینجا نیز مقتضای قاعده این است که ولی ضامن نیست، چون برائت جسته است (همان گونه که علامه در تذکره فرمودند).

صورت سوم: ولی تصریحی نکرده و ولد هم موسر است، در اینجا قاعده اقتضا می‌کند که ولی ضامن نباشد چون مقتضای عقد نکاح این است که مهر بر عهده زوج باشد و تا دلیلی قائم نشود که بر عهده ولی است، بر عهده زوج است.

صورت چهارم: ولد معسر است و نه تصریح به ضمان کرده و نه تصریح به عدم ضمان که دو حالت دارد:

حالت اول: جایی است که مهر معمولا نقد است (ولد هم معسر است) حال که ولی می‌داند مهریه را باید نقد بدهد و می‌داند بچه

چیزی ندارد، معنایش این است که خودش ضامن است (به دلالت التزامی).

حالت دوم: در محیطی است که مهر نقد نیست (ولد هم معسر است) طبق قاعده هر بر عهده زوج است.

جمع بندی: از این چهار صورت دو صورت و نصف یک صورت علی القاعده به عهده زوج است و یک صورت و نصف یک

صورت بر عهده ولی است (صورتی که ولی به عهده گرفته و صورتی که بچه معسر و مهر نقد است).

۸۰- ادامه مسئله ۲۳ ۱۵/۱۲/۸۳

۲- روایات:

اشاره

در باب ۲۸ از ابواب مهوور پنج روایت داریم که این روایات هم موافق قواعد است. این روایات سه طایفه است:

طایفه اول:

روایاتی که بین معسر و موسر فرق گذاشته که در معسر ولی ضامن است و در موسر ولی ضامن نیست:

... عن عبيد بن زراره (سند خوب است و فقط حسن بن علی بن فضال از فطحیه ولی ثقه است) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام

عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير قال: إن كان لابنه مال فعليه المهر و إن لم يكن لابن مال فالأب ضامن المهر، ضمن أو لم يضمن.

(۱)

(۱). ح ۱، باب ۲۸ از ابواب مهوور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۹۷

این روایت مطابق فتوای مشهور و موافق قاعده است و مربوط به زمانهایی است که مهر نقد بوده و چون فرزند معسر بوده قرینه

می شود که ولی ضامن مهر است و در صورتی که ولی ضمانت کرده مطابق قاعده ضامن است.

* علی بن جعفر فی کتابه عن أخیه موسی بن جعفر علیهما السلام (ظاهرا سند روایت صحیح است ولی صاحب وسائل تعبیر به خبر

می کند. کتاب علی بن جعفر نزد صاحب وسائل بوده و لذا مستقیما از او نقل می کند) قال: سألت عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير

فدخل الابن بامرأته (دخول دخالتی در بحث ما ندارد) علی من المهر، علی الأب أو علی الابن؟ قال: المهر علی الغلام و إن لم يكن

له شيء فعلى الأب ضمن ذلك علی ابنه أو لم يضمن «... ۱»

تا اینجا چیزی بر خلاف قاعده در این احادیث ندیدیم.

طایفه دوم:

تفصیل بین موسر و معسر را دارد ولی با یک اضافه مختصر:

... عن الفضل بن عبد الملك (سند محلّ بحث است) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير قال: لا

بأس قلت:

يجوز طلاق الأب (چون طلاق غبطه صغير نیست)؟ قال لا. قلت:

علی من الصداق؟ قال: علی الأب إن كان ضمنه لهم (اگر پدر ضمانت کند و لو فرزند موسر است بر عهده ولی است) و إن لم يكن

ضمنه فهو علی الغلام إلّا أن لا يكون للغلام مال فهو (ولی) ضامن له (مهر) و إن لم يكن ضمن (چون فرزند بی پول است و عرف این

است که مهر را نقد می دهند «...» ۲»

* احمد بن محمد بن عیسی فی نوادره، عن صفوان، عن العلاء، عن محمد (ظاهرا به قرینه روایت بعد محمد بن مسلم است که در این صورت روایت معتبر است) عن أحدهما علیهما السّلام قال: قلت: الرّجل یزوّج ابنه و هو صغیر فیجوز طلاق أبیه؟ قال لا. قلت: فعلى من الصداق؟

قال: علی أبیه إذا کان قد ضمنه لهم فإن لم یکن قد ضمنه لهم فعلى الغلام إلّا أن لا یكون للغلام مال فعلى الأب ضمن أو لم یضمن. «۳»

این حدیث هم چیزی بر خلاف قواعد ندارد.

طایفه سوم:

روایتی که تفصیل ندارد:

(... * سند خوب است) عن أحدهما علیهما السّلام قال: سألته عن رجل کان له ولد فزوّج منهم اثنین و فرض الصداق ثمّ مات. من این یحسب الصداق (آیا از اصل مال حساب می شود یا از سهم الارث بچه‌ها برمی داریم به عبارت دیگر آیا ولی ضامن است یا بر عهده فرزندان است؟) من جمله المال (عین ترکه) أو من حصّتهما؟ قال: من جمیع المال إنّما هو بمنزله الدین. «۴»
این روایت مطلق است و ندارد که بچه‌ها معسر هستند یا موسر این روایت با روایات سابق در تضاد است.

جمع بین روایات:

جمع بین این روایات همان جمع بین مطلق و مقید است که چهار روایت اول مقید و این روایت مطلق است و این روایت را به روایات سابق تخصیص می‌زنیم.

أضف إلى ذلك؛ اطلاق شامل حال ایسار ولد نمی‌شود، چون غالب بچه‌ها در بچگی معسر هستند و کمتر بچه‌ای است که در حال صغر پولدار باشد، بنا بر این غالب این است که بچه‌ها بی‌پول هستند، پس این روایت هم حمل بر غالب می‌شود و با روایات گذشته هماهنگ است.

۸۱- ادامه مسئله ۲۳ / ۱۸ / ۱۲ / ۸۳

بقی هنا امور:

الأمر الأول: اگر ولی مصلحت می‌بیند که برای فرزند صغیر همسری انتخاب کند،

ولی به طرف مقابل می‌گوید من عهده‌دار مهریه نیستم، آیا برائت جستن از ضمان مهریه از سوی ولی اثری دارد؟ کلمات بزرگان در اینجا مختلف است. مرحوم علامه می‌فرماید اگر برائت از مهریه بجوید بری الذمه می‌شود. مرحوم شهید ثانی کلام علامه را از تذکره چنین نقل می‌کند:

لو صرح الأب بنفی الضمان فإنه لا یضمن. «۵»

مرحوم علامه متوجه این اشکال می‌شود که در بعضی از روایات باب آمده که ولی ضامن است چه ضمانت کند و چه ضمانت نکند، به همین جهت می‌گوید این را قبول داریم ولی «ضمن أو لم یضمن» غیر از تصریح به عدم ضمان است، چرا که گاهی ولی ضمانت می‌کند و گاهی ساکت است و گاهی با صراحت نفی ضمان می‌کند که روایت شامل دو صورت اول است و جایی را که

تصریح به عدم ضمان کند شامل نمی‌شود و

(۱). ح ۴، باب ۲۸، از ابواب مهور.

(۲). ح ۲، باب ۲۸ از ابواب مهور.

(۳). ح ۵، باب ۲۸ از ابواب مهور.

(۴). ح ۳، باب ۲۸ از ابواب مهور.

(۵). مسالک، ج ۸، ص ۲۸۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۹۸

بر اساس قواعد می‌گویید اگر صریحا نفی ضمان کند، ضامن نیست.

در ادامه مرحوم شهید ثانی ایراد کرده و می‌گوید کلام علامه خالی از اشکال نیست، چون نص و فتاوا شامل محلّ کلام ما می‌شود، یعنی نص که می‌گوید «ضمن أو لم یضمن» اطلاق دارد؛ علاوه بر این روایت می‌گوید اگر ولد معسر باشد در هر سه حالت (ضمن، سکت أو تبرّأ) مهر به گردن ولیّ است؛ فتاوا هم مطلق است و فقها گفته‌اند اگر ولد موسر باشد مهر به عهده ولد و اگر معسر باشد به عهده ولیّ است.

اشکال دیگر شهید بر علامه این است که صغیر از این ازدواج حظّی ندارد، پس نباید مهر را به دوش بکشد و ولیّ که اقدام کرده باید مهر را بدهد.

آیا حق با علامه است یا شهید ثانی؟

ظاهر این است که حق با مرحوم علامه است، مرحوم صاحب جواهر هم این کلام را مفصّلا نقل کرده و در آخر به کلام علامه تمایل پیدا کرده است.

دلیل: ظاهرا نصوص و فتاوا اطلاق ندارد و روایات از صورت برائت منصرف است و اگر شک در اطلاق کنیم نتیجه آن عدم شمول است چون باید اطلاق ثابت شود.

قلنا: از دلیل دوّم مرحوم شهید ثانی که می‌فرمود صغیر از این نکاح فایده‌ای نمی‌برد، دو جواب می‌دهیم:

اولاً؛ اگر صغیر فایده‌ای نبرد اصلاً عقد باطل است، چون عدم مفسده برای تزویج صغیر کافی نیست، بلکه باید مصلحت داشته باشد پس همان گونه که ولیّ برای خودش کار بدون مصلحت نمی‌کند، برای صغیر هم نباید کار بدون مصلحت انجام دهد.

ثانیاً؛ در بسیاری از موارد صغیر بهره‌مند می‌شود، مثلاً مورد مناسبی است که اگر اقدام نکنند از دست می‌رود که در اینجا فرصت را غنیمت شمرده و تزویج می‌کنند و گاهی صغیر کسی است که اگر به ازدواج در نیاورند حامی ندارد، پس در بعضی موارد فایده دارد.

الأمر الثانی: بیان شد حکمی که در روایات وارد شده و بین موسر و معسر فرق می‌گذارد

و در معسر مهر را بر عهده ولیّ می‌داند مقید است به جایی که متعارف نقد بودن مهر است و در چنین جایی ولیّ باید آن را بدهد. از کجا می‌توان فهمید که متعارف در آن زمانها نقد بوده است؟

دو باب از وسائل روایاتی دارد که نشان می‌دهد مهر در آن زمانها نقد بوده است که از هر باب یک روایت را بیان می‌کنیم:

* فی حدیث الحلّبی، عن أبی عبد الله علیه السّلام فی المرأة تهب نفسها للرجل ینکحها بغیر مهر؟ فقال: إنّما کان هذا للنبی صلی الله علیه و آله و أمّا لغيره فلا یصلح هذا حتّی یعوّضها شیئاً یقدّم إلیها قبل أن یدخل بها قلّ أو کثر «... ۱»

روایات دیگری هم در این باب به این مضمون وجود دارد.

... عن عبيد بن زراره، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يدخل بالمرأة ثم تدعى عليه مهرها فقال: إذا دخل بها فقد هدم العاجل. «۲»

چون متعارف بوده که مهر را قبلاً می‌دادند، بعد از دخول ادعای زن در نگرفتن مهریه پذیرفته نمی‌شود، و اینها نشان می‌دهد که در آن زمان معمول بوده است که مهر را نقد می‌گرفتند. در این باب هم روایات دیگری وجود دارد.

الأمر الثالث: اگر مقداری از مهر نقد و مقداری از آن نسیه باشد در اینجا حکم چیست؟

ولّى اقدام کرده و ولد معسر است و مقداری از مهر را نقد و مقداری را نسیه قرار می‌دهند، در این صورت نقد به عهده ولی و نسیه به عهده ولد است، به این معنا که از بحثهای سابق الغای خصوصیت می‌کنیم و تفصیل بین موسر و معسر را جاری می‌کنیم که در معسر تمام مهر به عهده ولی است و در موسر نقد به عهده ولی و نسیه به عهده ولد است.

۸۲- مسئله ۲۴ (لو دفع الوالد المهر) ... ۸۳/۱۲/۱۹

مسألة ۲۴: لو دفع الوالد المهر الذي كان عليه من جهة اعسار الولد ثم بلغ الصبي فطلق قبل الدخول

اشاره

و استعاد الولد نصف المهر و كان له دون الوالد.

عنوان مسأله:

این مسأله از فروع مسئله قبل است و پیرامون این بحث دور می‌زند که مهری را که ولی می‌دهد اگر به عنوان هبه به ولد باشد، در صورت طلاق نصف آن به ولد می‌رسد و اگر هبه نباشد و مستقیماً به ملک عروس در آمده، دیگر به ولد نمی‌رسد چون از ملک ولی بیرون نرفته است.

(۱). ح ۴، باب ۷ از ابواب مهور.

(۲). ح ۴، باب ۸ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۹۹

ما مسأله را توسعه می‌دهیم. به عنوان مثال فرزند کبیری را پدر ازدواج می‌دهد و مهر را نقدا پرداخت می‌کند و فرزند پیش از عروسی، طلاق می‌دهد در اینجا نصف مهر که برمی‌گردد آیا به ولی برمی‌گردد یا به فرزند؟
پس این مسأله منحصر به صغیر نیست در کبیر هم تصور دارد و حتی منحصر به پدر هم نیست بلکه اگر عمو یا شخص خیری هم مهر را پرداخت کند این بحث پیش می‌آید.

اقوال:

بسیاری از فقها مثل مرحوم شهید ثانی و کاشف اللثام و صاحب حدائق به این مسأله متعزّض شده‌اند و عدّه‌ای حقّ ولد و عدّه‌ای حقّ ولی می‌دانند. مرحوم کاشف اللثام «۱» این مسأله را متعزّض شده و مانند امام (ره) معتقد است که نصف مهر به ولد برمی‌گردد. مرحوم شهید ثانی می‌فرماید:

الأقوی الثانی (نصف مهر به ولد برمی‌گردد). «۲»

مرحوم محقق در شرایع در ابتدای کلامش می‌فرماید: نصف مهر به ولد می‌رسد ولی در انتهای کلامش مردّد می‌شود. مرحوم صاحب حدائق «۳» می‌فرماید: نصف مهر به ولد بر می‌گردد، چون اطلاق ادله چنین می‌گوید.

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۶، ص: ۹۹

عامّه در این مسأله اختلاف بیشتری دارند. ابن قدامه «۴» ابتدا می‌گوید حق این است که نصف مهر به ولد برمی‌گردد، سپس می‌گوید احتمال دارد که به والد بر گردد؛ بنا بر این مسأله یک اجماع قطعی ندارد ولی بیشتر اصحاب ما معتقدند که به ولد بر می‌گردد.

نکته: قبل از بیان ادله مشهور و جواب آن مقدّمات باید ببینیم که آیا تمام مهر به مجرد عقد به ملک زوجه منتقل می‌شود یا نصف آن به عقد و نصفش به دخول منتقل می‌شود؟ مسلم است که تمام مهر به مجرد عقد به زوجه منتقل می‌شود ولی نصفش ثابت و نصف آن متزلزل است (مثل ملکیت متزلزل در بیع خیاری) که اگر طلاق قبل از دخول باشد نصف متزلزل بر می‌گردد و اگر دخول حاصل شود ملک متزلزل قطعی می‌شود.

ادله قول مشهور:

اشاره

در این مسأله روایت خاصی نیست و فقها با استفاده از عموماً و اطلاقات و قواعد فقهی مسأله را حل کرده‌اند و به سه دلیل کلی تمسک کرده‌اند ولی ما از این ادله جواب خواهیم داد.

۱- ماهیت پرداخت مهر از طرف ولی:

آیا ماهیت ضمان پدر، هبه به فرزند است یا تبرّع به زوجه؟

اگر هبه به پسر باشد ابتدا مهر به ملک ولد وارد شده و بعد به عنوان مهر به زوجه منتقل می‌شود که در این صورت نصف مهر به ملک ولد برمی‌گردد ولی اگر تبرّع به زوجه باشد مستقیماً مهریه از ملک والد به زوجه منتقل شده، در این صورت نصف مهر به والد برمی‌گردد.

بعضی از فقها می‌گویند ما نحن فيه از قبیل هبه است و از قبیل «اعتق عبدك عنی» و یا از قبیل «خذ هذا الدرهم و اشتر لنفسك ثوبا» است چون نکاح از بعضی جهات شبیه معاوضه است، حال اگر زوجه به نکاح زوج در آید معوض که تمتعات از زوجه است به ملک زوج منتقل شده و عوض که مهر است باید از ملک زوج خارج شود نه شخص ثالث؛ پس باید ابتدا تملیک به ولد شود، بعد به عنوان مهر از ملک او خارج شود.

جواب از دلیل: این دلیل اشکال دارد چرا که لازم نیست در همه جا عوض و معوض جایشان را عوض کنند، چون عقلا- و عرفا مانعی ندارد که من بگویم خانه را به عمرو تملیک کن و من پول آن را می‌دهم و لازم نیست که پول را به عمرو بدهد و عمرو پول را به مالک خانه بدهد، پس پرداختن ثمن در بیع توسط شخص ثالث مانعی ندارد و این در بین عقلا رایج است، هم در اباحه منافع (مثلا- به صاحب رستوران گفته شود به میهمانهای من غذا بده و پول آن را از من بگیر) و هم در اجاره (مثلا خانه‌ات را به فلانی اجاره بده و ماه به ماه اجاره را از من دریافت کن) و هم در تملیک (مثلا خانه‌ات را به نام فلانی بکن و پولش را از من بگیر)؛ پس کار والد در ما نحن فیه از قبیل هبه به ولد نیست و تبرع است و نصف مهر به متبرع برمی‌گردد.

۸۳- ادامه مسئله ۲۴ و خاتمه فی الشروط ۲۱ / ۱۲ / ۸۳

۲- تعبیر «ضمن الوالد المهر» در روایات:

روایاتی که می‌فرماید اگر ولد معسر است پدر ضامن مهر است و ضمانت به معنای نقل ذمه به ذمه است، یعنی مهر اولاد و

(۱). کشف اللثام، ج ۷، ص ۴۷۶.

(۲). مسالك، ج ۸، ص ۲۸۷.

(۳). ج ۲۴، ص ۵۷۶.

(۴). مغنی، ج ۷، ص ۳۹۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۰۰

بالذات در ذمه زوج بوده بعد به ذمه والد منتقل شده است، پس طرف اصلی پسر است و پس از طلاق نصف مهر به ملک او بر می‌گردد.

جواب از دلیل: نقل ذمه به ذمه را قبول داریم ولی فرض ما این است که مالکیت زوج نسبت به نصف متزلزل است و نقل ذمه به ذمه هم به همین وصف منتقل می‌شود، یعنی همان‌گونه که در ذمه زوج نصف مهر ثابت و نصف متزلزل بود وقتی به ذمه پدر منتقل شد به همین صورت است و نصف آن متزلزل است، حال اگر طلاق واقع شد آن نصف باید به پدر برگردد چون متزلزلا ضامن شده بود.

۳- آیه وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ

«۱»: مخاطب و فارض در آیه زوج است نه ولی و والد ولایتا کار کرده و ولایت مثل وکالت است و در واقع فعل، فعل موکل است نه ولی، پس «فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ» به ولد برمی‌گردد.

جواب از دلیل: اصل ازدواج به عنوان ولایت است امّا مهریه به عنوان تبرع است و بازگشت این بحث هم به بحث سابق است که عوض از ناحیه شخص ثالث است، پس در واقع فارض والد است نه ولد و نصف به والد برمی‌گردد.

تلخیص من جمیع ما ذکرنا؛ آنچه که در کلمات فقها مشهور شده و عده‌ای از بزرگان هم فتوا داده‌اند و در تحریر الوسيله هم آمده است ما قبول نداریم، چرا که ادله کافی نیست و معتقدیم نصف مهر به ملک والد برمی‌گردد.

بقی هنا شیء: بحث ضمان مهر، منحصر به صغیر نیست و در کبیر هم این روزها شایع است که پدر یا عمو یا مادر و یا گاهی برادر بزرگتر ضامن مهر می‌شود، که این بحثها در این صور هم می‌آید که اگر طلاق واقع شود این نصف به چه کسی بر می‌گردد؟ پس نمی‌توان گفت که این بحث فقط در مورد صغیر است و ازدواج صغیر هم در زمان ما مبتلا به نیست.

«خاتمه فی الشروط المذكورة فی عقد النکاح»

اشاره

خاتمه در مورد شروط ضمن عقد نکاح است که این روزها زیاد شده و در تمام دفاتر سیزده شرط می‌نویسند و همه هم آن را امضا می‌کنند که البته مجبور نیستند امضا کنند. دوازده شرط آن در واقع وکالت است که اگر مثلاً شوهر زندانی یا معتاد و یا... شد، زن بتواند خود را مطلقه کند و شرط آخر این است که اگر بعداً طلاق واقع شد، تمام اموالی که در فاصله میان عقد و طلاق کسب کرده، نصف آن برای زوجه است. آیا این شرط صحیح است یا نه؟ ما در این شرط مقداری شبهه داریم و می‌گوییم مصالحه کنند تا مدیون نباشند، پس شرط ضمن العقد شدیداً محلّ ابتلاست. در مسئله اول مرحوم امام چهار حکم را در کنار هم ذکر کرده‌اند؛ مرحوم صاحب جواهر هم در بحث ابواب مهور تمام مباحث شروط را به تناسب ابواب مهور ذکر کرده است.

۸۴- مسئله ۱ (الاشترای فی ضمن عقد النکاح) ۲۳/۱۲/۸۳

مسئله ۱: يجوز أن يشترط فی ضمن عقد النکاح کل شرط سائغ

اشاره

(خلاف شرط، خلاف مقتضا و ماهیت عقد و خلاف کتاب و سنت و مبهم و ... نباشد) (حکم اول) و يجب علی المشروط علیه الوفاء به كما فی سائر العقود (حکم دوم) لكن تخلفه أو تعذره لا یوجب الخيار فی عقد النکاح بخلاف سائر العقود (تخلف شرط در ابواب دیگر موجب خیار فسخ است ولی در نکاح موجب خیار نیست) (حکم سوم) نعم لو کان الشرط الالترام بوجود صفة فی أحد الزوجین مثل کون الزوجة باکرة أو کون الزوج مؤمناً غیر مخالف فتیین خلافه أوجب الخيار كما مرّت الإشارة الیه (جایی که شرط صفات کنند، مثلاً زوجه باکره یا زوج لیسانس باشد که این شرط صفات اگر تخلف شد، موجب خیار فسخ است) (حکم چهارم).

عنوان مسأله:

اشاره

بحث در مسئله اول از شروط در باب نکاح مشتمل بر چهار حکم است:

حکم اول: در نکاح می‌توان هر شرطی که جایز است را شرط کرد

و باب نکاح به روی شرایط گشوده است، منتهی شرط باید جایز باشد.

شرط جایز دارای شروطی است که مرحوم شیخ انصاری در آخر کتاب البیع ذکر کرده که چهار مورد از آن مهم‌تر است:

۱- خلاف شرع (کتاب و سنت) نباشد.

۲- مخالف مقتضای عقد نباشد.

۳- مقدور باشد.

۴- معقول باشد.

(۱). سورة بقره، آیه ۲۳۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۰۱

و در ما نحن فیه منظور از شرط سائغ، شرطی است که این شرایط را داشته باشد.

حکم دوم: اگر شرط جایزی در عقد نکاح شرط شد

به مقتضای «المؤمنون عند شروطهم» واجب الوفاء و واجب العمل است، چون لازمه جواز شرط، این است که عمل به آن واجب باشد.

حکم سوم: اگر در باب نکاح شرط تخلف شود، خیار تخلف شرط ثابت نیست

و شرط فقط جنبه تکلیفی دارد نه جنبه وضعی، یعنی حاکم شرع می‌تواند الزام کند که به شرطش عمل کند.

حکم چهارم: اگر شرط به صفات زوجین برگردد و تخلف شود، حق فسخ برای مشروط له ثابت است

؛ مثلاً زن را به شرط باکره بودن تزویج کرده ولی معلوم شد که باکره نیست، در این صورت حق فسخ ثابت است.

مرحوم امام حکم چهارم را قبلاً به تفصیل در مسئله ۱۳ از ابواب عیوب بحث کردند.

نکته: مسئله شروط در زمان ما بسیار محلّ ابتلاست و در عقدهاها شروطی ذکر شده و حتی بعضی، شروطی هم خودشان اضافه می‌کنند، مثلاً زن تحصیل یا حق کار کردن در بیرون را شرط می‌کند.

اقوال:

اقوال در این مسأله به هم پیوسته است. مرحوم کاشف اللثام می‌فرماید:

و لو شرط فی العقد ما لا یخلّ بمقصود النکاح و إن کان غرضاً مقصوداً فی الجملة (مثل شرط عدم دخول در نکاح متعه و یا طبق

قول بعضی در نکاح دائم) لم یبطل النکاح بالاتفاق كما ینظر منهم و الفرق بینه و بین سائر العقود أنّ النکاح لیس معاوضة محضه

لیلزم دخول الشرط فی أحد العوضین فیلزم الفساد بفاسده. «۱»

مرحوم شهید ثانی می‌فرماید:

قد سبق غیر مرّة إنّ فساد الشرط یوجب فساد العقد عند المصنّف و الأكثر و لکن ظاهرهم هنا الاتّفاق علی صحّة العقد لأنهم لم ینقلوا

فیه خلافاً. «۲»

مرحوم صاحب جواهر «۳» هم در بعضی از فروع مسأله ادّعی اجماع و در بعضی از فروع ادّعی شهرت کرده است.

ادلّه حکم اول:

مطابق عموماً «المؤمنون عند شروطهم» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شرط در ضمن عقد جایز است چون گاهی عقد با شرایط است و گاهی بدون شرایط.

۲- بنای عقلا:

بنای عقلا بر این است که شرط در ضمن عقد جایز است.

۳- روایات خاصه:

روایاتی که سابقاً بیان شد، از جمله روایتی که زوجه شرط کرده بود زوج او را خارج از بلد نبرد، امام فرمودند که باید به شرط عمل کند و یا روایت دیگر می‌فرمود که شرط کرده زوجه از فلان طایفه باشد و بعد معلوم شد که از آن طایفه نیست، امام فرمود: اگر به شرط عمل نشد خیار فسخ دارد که شرط را اجازه دادند و چون از شروط مربوط به صفات بود جواز فسخ هم دارد. اگر روایاتی که در موارد شرایط خاصه وارد شده را جمع کنیم عمومی را می‌توان از آن استنباط کرد که شرط ضمن عقد جایز است.

دلیل حکم دوم:

شرط واجب العمل است (حکم تکلیفی) چون معنای صحّت شرط همین است یعنی وقتی شارع شرط را امضا کرد، معنایش عمل به آن است که این از قبیل قضایا قیاساتهما معهاست و لازمه صحّت شرط، عمل به آن است و اگر عمل نکند حاکم شرع می‌تواند او را ملزم به عمل کند.

۸۵- ادامه مسئله ۱ / ۲۵ / ۱۲ / ۸۳

ادله حکم سوم:

مقدمه:

در باب نکاح تخلف شرط یا تعدد شرط (عمل نکرد یا نتوانست) خیار شرط نمی‌آورد (مگر در یک جا که در حکم چهارم می‌آید) یعنی اگر افعالی مثل ترک حق القسم، اشتغال مرثه، سکونت در منزل ابوی و ... را شرط کند، امام (ره) فرمودند که تخلف این شرایط موجب خیار شرط نمی‌شود و

(۱). کشف اللثام، ج ۷، ص ۴۲۰.

(۲). مسالک، ج ۸، ص ۲۴۵.

(۳). ج ۳۱، ص ۹۵ و ۹۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۰۲

فقط وجوب تکلیفی است یعنی اگر به شرط عمل نکردند حاکم شرع می‌تواند آنها را تحت فشار قرار دهد.

چه تفاوتی میان نکاح و ابواب معاملات است که در ابواب معامله خیار تخلف شرط ثابت است ولی در نکاح، خیار تخلف شرط

ثابت نیست؟ اگر اجماعی داشته باشیم که مدرکی هم نباشد تفاوت نکاح با سایر معاملات را می‌پذیریم ولی اگر اجماعی نباشد آیا با ادله‌ای که بعضی از بزرگان آورده‌اند می‌توان پذیرفت که در نکاح، تخلف شرط خیار ندارد؟ این مسأله عجیب است، چون اصل در هر شرطی این است که تخلف یا تعدّرش خیارآور باشد، چون عقد نکاح و یا تمام عقود التزام در مقابل التزام است و معنای آن این است که وقتی بر یکی عمل به مقتضای عقد واجب است که دیگری هم عمل کند و نمی‌توان فقط یک طرف را به عمل ملزم ساخت، چون این کار با روح عقد و قرارداد سازگار نیست، حال چطور شد که این روح قرارداد در نکاح از بین رفت؟! فقها این مسأله را به این کیفیت متعّرض نشده‌اند و فقط بحث را در شرط فاسد مطرح کرده‌اند که آیا شرط فاسد، مفسد است یا نه، در حالی که در شرط جایز هم این بحث مطرح و شدیداً محلّ بحث است و دلیل آن هم روشن نیست.

[ادله]

۱- اجماع:

اگر دلیل مسأله اجماعی باشد که کاشف از قول معصوم علیهم السّلام است و مدرکی هم نیست می‌پذیریم ولی چنین اجماعی فقط در ظاهر کلام صاحب جواهر در باب عیوب (عیب تدلیس) موجود است، بعد از آن که مسئله تدلیس مرثه را ذکر می‌کند می‌فرماید:

و فيه أنّ الأولى الاستدلال (برای ثبوت خیار) بظاهر النص و الفتوى بتحقیق الخیار بالتدلیس بنحو ذلك لا للشرط المزبور (نه به واسطه خیار تخلف شرط) و الا لكان مقتضاه ثبوت الخیار بتعدّر كل شرط فی عقد النکاح أو بالامتناع من الوفاء به علی نحو ما سمعته فی البیع (که هر تخلف شرطی خیار می‌آورد) و احتمال الامتزام بذلك ینافیة اقتصارهم فی خیار النکاح علی العیوب المخصوصه و التدلیس بالأمر المذكوره بل تصریحهم بعدم قبول النکاح لاشترط الخیار. «۱»

ظاهر این سخن ادعای اجماع است که تخلف یا تعدّر شرط سائغ موجب خیار در باب نکاح نمی‌شود و خیار در باب نکاح در دو جاست یکی عیوب و دیگری تدلیس در موارد به خصوص.

حال اگر از این کلام اجماع استفاده شود که ظاهراً استفاده می‌شود معنایش این است که شارع خواسته است که قاعده قرارداد را در باب نکاح بشکند، و اگر این اجماع را نپذیرفتیم باید هر چه در بیع و قراردادهای دیگر می‌گوییم در نکاح هم بگوییم.

۲- فرق نکاح با عقود دیگر:

عده‌ای در باب شرط فاسد به آن تمسّک کرده و گفته‌اند که باب نکاح با بیع فرق دارد چرا که ارکان بیع ثمن و مثن است و شرایط به ثمن و مثن برمی‌گردد (للشرط قسط من الثمن) و اگر تخلف و تعدّر شرط شود ارکان عقد متزلزل می‌شود و خیار تخلف و تعدّر شرط می‌آید، ولی در باب نکاح ارکان عقد زوج و زوجه هستند و شرایط خارج از عقد است و به عبارت دیگر نکاح معاوضه نیست بلکه شبیه معاوضه است پس «للشرط قسط من الثمن» در نکاح نیست.

قلنا: ما صحبتی روی ارکان معامله و بیع و معاوضه نداریم بلکه نظر به حقیقت معاوضه و قرارداد است که آن التزام در مقابل التزام است و اگر یکی از طرفین وفا نکرد در واقع یک طرف ملتزم نشده، پس نمی‌توان طرف دیگر را ملزم کرد؛ و روح قرارداد می‌گوید که خیار فسخ دارد نه معاوضه و ارکان آن.

۳- اجازه فسخ در روایات:

این دلیل از لابه‌لای کلام صاحب جواهر استفاده می‌شود به این بیان که وقتی روایات را بررسی می‌کنیم از مجموع روایات استفاده می‌شود که شارع فقط در دو جا اجازه خیار فسخ داده که یکی باب عیوب است و آن هم نه تمام عیوب بلکه بعضی از عیوب منصوصه، و مورد دیگر تدلیس است و اگر مورد دیگری هم بود شارع می‌فرمود که این نشان می‌دهد، باب نکاح با ابواب دیگر فرق دارد و شارع نمی‌خواهد به سادگی این قرارداد قابل فسخ باشد. عبارت صاحب جواهر چنین بود:

اقتصارهم فی خیار النکاح علی العیوب المخصوصه و التدلیس بالأمر المذکوره.

حال اگر این دلیل درست شود به درد استدلال می‌خورد و می‌توان به آن اضافه کرد که بنای نکاح بر احتیاط است و به مقتضیات آن احتیاط نمی‌توان آن را به سادگی به هم زد.

جمع‌بندی:

از مجموع این ادله استفاده می‌شود که در نکاح تخلف شرط، خیار ندارد.

(۱). ج ۳۰، ص ۳۶۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۰۳

۸۶- ادامه مسئله ۱ ۲۶/۱۲/۸۳ بعضی برای اثبات حکم سوّم در مسأله سراغ راههای دیگری رفته‌اند که صحیح نیست. از جمله ادله‌ای که برای اثبات این حکم به آن استدلال شده عبارتند از:

۱- مرحوم صاحب عروه می‌فرماید:

لا يجوز فی النکاح دواما أو متعه اشتراط الخیار فی نفس العقد فلو شرطه بطل «۱».

مرحوم آیه الله العظمی خوئی در ادامه این عبارت می‌فرماید:

بلا خلاف فیہ بل ادعی علیه الاجماع فی کلمات غیر واحد من الأصحاب. «۲»

جواب از دلیل: این مسأله ربطی به بحث ما ندارد. ما دو عنوان داریم یکی خیار شرط و دیگری خیار تخلف از شرط که در بیع هر دو هست. خیار شرط یعنی در ضمن معامله خیار قرار می‌دهند ولی گاهی شرط خیار نمی‌کند بلکه شرط می‌کند که خانه در فلان تاریخ تحویل داده شود، حال اگر در موعد مقرر تحویل نشود، خیار تخلف از شرط ثابت است، پس دو عنوان است که هیچ ربطی به هم ندارد.

واقع این است که در نکاح نمی‌تواند شرط خیار کند تا هر زمان که خواست فسخ کند، چون این کار با روح عقد نکاح سازگار نیست و با طلاق فرقی ندارد، در حالی که شارع اختیار طلاق را به دست زوج داده است، پس بحث ما در جایی است که شروطی کرده‌اند و تخلف شده و می‌خواهند اعمال خیار کنند و این محل بحث است و داخل در عمومات «المؤمنون عند شروطهم» و «أوفوا بالعقود» است.

۲- بعضی دیگر برای حلّ مسأله از این راه وارد شده‌اند که نکاح شائبه عبادت دارد و فی الجمله توقیفی است و عبادت خیار فسخ ندارد.

جواب از دلیل: اولاً، نکاح عبادت نیست، چون شرط عبادت قصد قربت است، ولی احدی نگفته است که نکاح قصد قربت می‌خواهد.

ثانیا، نکاح در خیلی از جاها (مثل عیوب) خیار فسخ دارد ولی عبادت خیار فسخ ندارد.

۳- مرحوم آیه الله سبزواری در مهذب الاحکام می‌فرماید اصل در نکاح لزوم است و قرار دادن خیار شرط در نکاح خلاف اصل

است پس نمی توان با خیار تخلف شرط نکاح را به هم زد.

جواب از دلیل: اصل در جایی قابل تمسک است که دلیل بر خلافش نباشد در حالی که در ما نحن فیہ «المؤمنون عند شروطهم» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» دلیل است و می گوید اگر طرف مقابل به شرط وفا نکرد تو هم وفا نکن، پس چون دلیل بر خیار فسخ داریم جای اصالة اللزوم نیست.

مرحوم صاحب جواهر مکرر به «المؤمنون عند شروطهم» برای خیار فسخ در باب نکاح تمسک کرده است و بر همین اساس ما سابقا فتوا می دادیم که هر گونه شرطی تخلف شود، خیار فسخ ثابت است اگر چه بعد از تأمل به این نتیجه رسیدیم که فقط در شرط صفات خیار فسخ هست.

پس صاحب جواهر «۳» می گوید که در نکاح می توان به «المؤمنون عند شروطهم» تمسک کرد و اگر بشود در همه جا باید بتوان به آن تمسک کرد ولی با توجه به دلایلی که بیان کردیم نمی توان به آن تمسک کرد.

دلیل حکم چهارم:

روایات

اگر شرط صفات کنند و تخلف شود خیار ثابت است، این قاعده کلی از کجا استفاده می شود؟ این حکم را به صورت یک روایت عام نداریم ولی چند باب است که از مجموع آنها می توان یک قاعده کلی استفاده کرد.

- روایاتی که می گوید اگر زن یک چشمی و یا محدود به حد باشد عقد نکاح فسخ نمی شود. «۴»
- روایاتی که می گوید اگر ثابت شود که زن زانیه بوده قبل از عقد و بعد از عقد فسخ نمی شود. «۵»
- روایاتی که می گوید زن خودش را حرّه نشان دهد و بعد خلاف آن ثابت شود. «۶»
- روایتی که می گوید اگر زن ادعای بکارت کند و بعد خلاف ثابت شود. «۷»
- روایاتی که شوهر ادعا کند که از طایفه فلان هستیم و بعد خلاف آن ثابت شود. «۸»

(۱). ج ۲، ص ۸۵۷، مسئله اولی از مسائل متفرقه.

(۲). کتاب النکاح، ج ۲، ص ۲۱۰.

(۳). ج ۳۰ و ص ۳۷۴ و ۳۷۷.

(۴). باب ۵ از ابواب عیوب.

(۵). باب ۶ از ابواب عیوب.

(۶). باب ۷ از ابواب عیوب.

(۷). باب ۱۰ از ابواب عیوب.

(۸). باب ۱۶ از ابواب عیوب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۰۴

مسأله ۲: إذا شرط فی عقد النکاح ما یخالف المشروع

اشاره

مثل أن لا یمنعها من الخروج من المنزل متى شاءت و إلى أين شاءت أو لا یعطى حق ضررتها (همسر دوّم) من المضاجعة و نحوها (و از حقوق دیگر مثل نفقه) و کذا لو شرط أن لا یتزوج علیها أو لا یتسرّى (کنیزی که با او معامله زوجیت می شود انتخاب نکند) بطل الشرط و صحّ العقد و المهر (بعضی گفته‌اند که عقد صحیح است ولی مهر صحیح نیست چون للشرط قسط من الثمن) و إن قلنا بأنّ الشرط الفاسد یفسد العقد (چون در اینجا نص داریم و اجماعی است پس اگر در جاهای دیگر شرط فاسد را مفسد بدانیم که نمی‌دانیم در اینجا شرط فاسد مفسد نیست).

مقدمه:

در تمام ابواب معاملات (بیع، صلح، هبه، اجاره، مزارعه، مساقات و ...) بحث شروط آمده که از مهمترین مباحث معاملات است، در باب نکاح هم این بحث وجود دارد و لذا بعضی مانند مرحوم شیخ انصاری بحث شروط را مستقلاً مطرح کرده و برای صحت آن هشت شرط ذکر کرده‌اند؛ یکی از شروط، آن است که مرحوم امام در این مسأله فرموده‌اند که شرط، خلاف کتاب و سنت و شریعت اسلام نباشد.

مرحوم امام فقط این شرط را ذکر کرده‌اند در حالی که بقیه شروط هم لازم است، به عنوان مثال از جمله شروط این است که خلاف مقتضا و طبیعت عقد نباشد و یا شرط، مجهول نباشد به جهالتی که موجب غرر می‌شود؛ این شرط امروز محلّ بحث است و در عقدا نامه‌ها شرط شده است که اگر بدون جهت و عذر شرعی طلاق بدهد، لازم است آنچه بعد از نکاح بدست آورده‌اند نصف کنند که این شرط مبهم است، چرا که گاهی صد هزار تومان است و گاهی یک میلیارد و لذا ما می‌گوییم که طرفین مصالحه کنند. بنا بر این ما موارد متعددی در باب شروط نکاح داریم که محلّ ابتلاست ولی امام فقط شرط مخالف شرع را عنوان کرده و بقیه شروط را ذکر نفرموده‌اند.

آیا در باب نکاح مانند دیگر ابواب، شرط خلاف شرع جایز نیست؟ و در این صورت آیا با فساد شرط، عقد و مهر باطل می‌شود؟ اصل این مسأله مسلم است که شرط خلاف شرع جایز نیست و از قضایایی است که قیاساتها معها، ولی آیا با فساد شرط، عقد و مهر هم باطل می‌شود؟ این مطلب محلّ بحث است.

اقوال:

مرحوم شیخ طوسی می‌فرماید:

إذا أصدقها ألفاً و شرط أن لا یسافر بها أو لا یتزوج علیها أو لا یتسرّى علیها کان النکاح و الصداق صحیحین و الشرط باطلا و قال الشافعی المهر فاسد (عقد صحیح و شرط و مهر فاسد است) و یجب مهر المثل فأما النکاح فصحیح دلیلنا إجماع الفرقة و أخبارهم.

مرحوم صاحب ریاض می فرماید:

إذا شرط فی العقد ما یخالف المشروع و لا یخل بمقصد النکاح (خلاف مقتضای عقد نیست بلکه خلاف شرط است ...) فسد الشرط اتفاقاً حکاه جماعة ... دون العقد و المهر فیصحان بلا خلاف یوجد هنا و به (حکم یا اجماع) صرح جماعة من أصحابنا. «۲»

جمع بندی:

از نظر شیعه و سنی شرط فاسد است ولی ظاهراً از نظر همه عقد صحیح است و در ناحیه مهر به نظر امامیه مهر صحیح است ولی شافعی می گوید که مهر هم باطل است. ابتدا سراغ فساد شرط می رویم و ادله آن را بررسی می کنیم.

ادله فساد شرط:

۱- اجماع:

اجماع مدرکی است.

۲- قضایا قیاساتنا معها:

«المؤمنون عند شروطهم» در دایره شروط شرعیّه است نه در مورد شروط خلاف شرع، چون شرط خلاف شرع را شارع امضا نمی کند، چرا که مستلزم تناقض است چون از یک طرف می گوید حرام است، حال اگر بگوید وفای به آن لازم است، تناقض در کلام حکیم است و تناقض در کلام حکیم قبیح است.

۸۸- ادامه مسئله ۲/۲۴/۱/۸۴

۳- روایات:

اشاره

روایات در واقع معلل و ارشاد به حکم عقل است. روایات

(۱). خلاف، ج ۴، ص ۳۸۸، کتاب الصداق، مسئله ۳۲.

(۲). ج ۷، ص ۱۷۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۰۵

دو طایفه است که از میان آنها چهار روایت صراحت بیشتری دارد. «۱»

طایفه اول: روایات عامه

چهار روایت است که یک اصل کلی در آن بیان شده و در مورد مصداق خاصی نیست و در تمام ابواب معاملات قابل تمسک

است که هم در بحث فساد شرط و هم در بحث عدم فساد عقد و مهر قابل استفاده است و چون روایات متعدّد و معمول بهاست از اسناد آن بحث نمی‌کنیم.

...* عن ابن سنان، عن أبي عبد الله عليه السّلام في رجل قال لامرأته: إن نكحت عليك أو تسرّيت فهي طلاق قال: ليس ذلك بشيء إن رسول الله صلّى الله عليه وآله قال: من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه (که قاعده کلی است و فقط مربوط به باب نکاح و مسئله طلاق نیست). «۲»

«تسرّیت» از ماده «سرّیه» و به معنای کنیزی است که با او معامله همسر می‌شود و «سرّیه» به معنای همسر است و بین این دو در تلفظ فرق گذاشته‌اند تا بین حرّه و کنیز فرق باشد و از ریشه سرّ و یکی از معانی آن همسر است.

نکته: آیا «فهی طلاق» شرط نتیجه است یا شرط فعل؟ شرط نتیجه به این معنا که به مجرد آن که زوجه‌ای اختیار کرد، زن خود به خود مطلقه می‌شود ولی این بی‌معناست چون طلاق دارای شرایطی است.

احتمال دوم این است که شرط فعل باشد یعنی جایز است زن خودش را مطلقه کند یعنی حکم طلاق به دست زن باشد (البته نه به معنای وکالت، چون وکالت اشکال ندارد) که ظاهراً بلا مانع است.

۸۹- ادامه مسئله ۲ / ۲۷ / ۱ / ۸۴ ...* عن محمّد بن قیس (روایت صحیح است) عن أبي جعفر عليه السّلام في رجل تزوّج امرأة و شرط لها إن هو تزوّج عليها امرأة أو هجرها (زن را رها کند) أو اتّخذ عليها سرّیه (کنیزی را در حکم همسر بگیرد) فهي طلاق (شرط فعل است یا نتیجه؟ چون طلاق شرایطی دارد، شرط نتیجه نیست پس شرط فعل است یعنی خود را می‌تواند طلاق بدهد) فقضى في ذلك أن شرط الله قبل شرطكم (خدا این کار را حرام کرده و خلاف شرع است) فإن شاء و في لها بما اشترط و إن شاء أمسكها و اتّخذ عليها و نكح عليها. «۳»

این روایت عام است و می‌فرماید هر کجا واجب و حرامی باشد و ما با آن مخالفت کنیم فاسد است.

* و العیاشی فی تفسیره (روایت مرسله است چون در تفسیر عیاشی است) عن ابن مسلم، عن أبي جعفر عليه السّلام قال: قضی أمير المؤمنين (این روایت همان مضمون روایت قبل است و روایتهای محمّد بن قیس غالباً در مورد قضاوت‌های امیر المؤمنین علیه السّلام است) فی امرأة تزوّجها رجل و شرط عليها و علی أهلها (ظاهرش شرط ضمن عقد است) إن تزوّج عليها امرأة أو هجرها أو أتى عليها سرّیه فإنّها طالق فقال: شرط الله قبل شرطكم «... ۴»

...* عن الحلبي (سند معتبر است) عن أبي عبد الله عليه السّلام إنّه سئل عن رجل قال لامرأته: إن تزوّجت عليك أو بتّ عنك (حق القسم را ادا نکردم) فأنت طالق فقال: إن رسول الله صلّى الله عليه وآله قال: من شرط لامرأته شرطاً سوى كتاب الله عزّ و جلّ لم يجز ذلك عليه و لا له الحديث. «۵»

این روایات عام است و می‌گوید تمام شروطی که بر خلاف کتاب و سنت است در عقد نکاح باطل و فاسد است.

طایفه دوم: روایات خاصه

روایاتی که در موارد خاصه وارد شده «۶» و شاید بتوان از آنها به دلالت التزامیه عمومیت استفاده کرد.

مرحوم حاجی نوری هم در مستدرک در ابواب مهوور روایاتی نقل کرده که مؤید این معناست.

مسأله منهای روایات هم واضح است و در واقع روایات ارشاد به حکم عقل است، چون وفای به شرط خلاف شرع، تناقض است، چرا که از یک طرف می‌گوید شرط حرام است، حال اگر بگوید وفای به آن لازم است، تناقض در کلام حکیم است و عقل آن را قبیح می‌داند.

اشاره

یک روایت معارض داریم که می‌گوید به شرطت عمل کن:

... عن منصور بزرج، عن عبد صالح (امام موسی بن جعفر علیه السلام) قال: قلت له: إن رجلا من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها (آیا به معنای رجوع در طلاق رجعی

(۱). ح ۱ و ۲، باب ۳۸ و ح ۶، باب ۳۰ از ابواب مهوور و ح ۱، باب ۱۳ از ابواب مقدمات طلاق.

(۲). ح ۲، باب ۳۸ از ابواب مهوور.

(۳). ح ۱، باب ۳۸ از ابواب مهوور.

(۴). ح ۶، باب ۲۰ از ابواب مهوور.

(۵). ح ۱، باب ۱۳ از ابواب مقدمات طلاق.

(۶). ح ۲، باب ۱۰ و ح ۱، باب ۲۰ و ح ۱، باب ۲۹ از ابواب مهوور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۰۶

است یا عقد مجدد؟ عقد مجدد است چون رجوع احتیاجی به این چیزها ندارد) فأبت علیه إلا أن يجعل الله عليه أن لا يطلقها (آیا نذر است یا شرط ضمن عقد؟ اگر شرط ضمن عقد باشد «لله» لازم نیست، پس ظاهرا نذر است) و لا يتزوج عليها فأعطاها ذلك ثم بدا له في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع؟ فقال: بس ما صنع و ما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل و النهار (نمی‌داند در آینده چه می‌شود پس نباید زیر بار تعهدات این چنین برود) قل له: فليف المرأة بشرطها فإن رسول الله صلى الله عليه و آله قال: المؤمنون عند شروطهم. (۱)

از نظر سند: سند روایت خوب است و فقط «منصور بزرج» محل بحث است. اسم این شخص منصور بن یونس و از اصحاب امام کاظم علیه السلام است و لقبش «بزرگ» بوده که عرب به آن «بزرج» می‌گویند و اصالتا کوفی است.

ارباب رجال در مورد او اختلاف دارند. مرحوم نجاشی که از بزرگترین علمای رجال است می‌گوید: او کوفی و ثقة است.

مرحوم کشی که روایاتی را در علم رجال نقل می‌کند روایتی در ذم او نقل می‌کند و حاصل روایات این است که او خدمت امام کاظم علیه السلام رسید و حضرت به فرمود که من امروز فرزندان علی را به عنوان جانشین خود به امامت منصوب کردم و او به امام علی بن موسی الرضا علیه السلام تبریک گفت ولی بعد از وفات امام کاظم علیه السلام وفا نکرد، زیرا اموالی از موسی بن جعفر علیه السلام در نزد او بود و خواست اموال را نگه دارد و لذا بر امامت موسی بن جعفر علیه السلام توقف کرد، چون او را از یک طرف ثقة دانسته‌اند و از طرف دیگر در ذم او روایت نقل شده، مرحوم علمامه در مورد او توقف کرده است، پس وضعیت سند اطمینان‌بخش نیست چون در بین علمای رجال اختلاف است.

از نظر دلالت: روایت از جهت دلالت مردد است بین شرط ضمن العقد و نذر، و ظاهرا نذر است چون تعبیر «لله علیه» دارد که اگر نذر باشد، خارج از بحث ماست پس دلالت روایت مبهم است و چنین روایت مبهمی نمی‌تواند با روایات سابق متعارض باشد.

حال اگر فرض کنیم که سند و دلالت روایت مشکل ندارد، در مقام تعارض چه کنیم؟ دو راه حل وجود دارد:

۱- جمع دلالتی:

روایت معارض را حمل بر استحباب می‌کنیم، چون روایات سابقه صریح و این روایت، ظاهر در وجوب است، پس جمع بین ظاهر و

نص کرده و آن را حمل بر استحباب می‌کنیم.

۲- اعمال مرجحات:

اگر جمع دلالتی را نپذیرفتیم، نوبت به اعمال مرجحات می‌رسد که روایات سابق شهرت روایی و فتوایی دارد و موافق با کتاب الله است، پس روایات سابق مقدم است.

۹۰- ادامه مسئله ۲ / ۲۹ / ۱ / ۸۴

بقی هنا امران:

الأمر الأول: آیا فساد شرط به عقد و مهر سرایت می‌کند؟

مشهور و معروف بین فقهای امامیه این است که عقد و مهر فاسد نمی‌شود و فقط شرط فاسد است. البته دو مخالف داریم یکی شیخ طوسی در مبسوط و دیگری مرحوم علامه در مختلف که ما قول آنها را از مرحوم صاحب مدارک نقل می‌کنیم.

صاحب مدارک می‌فرماید: اشکالی در فساد شرط مخالف کتاب و سنت نیست و بحث در صحت عقد است. در ادامه می‌فرماید: جد من در کتاب مسالک فرموده است که ظاهر اصحاب اتفاق بر صحت عقد است، چون مخالفی در مسأله نقل نشده است، در ادامه مرحوم صاحب مدارک به کلام جدش اشکال کرده و می‌گوید: مرحوم علامه در مختلف از مرحوم شیخ طوسی در مبسوط این عبارت را نقل کرده است:

إذا كان شرطاً يعود بفساد العقد (بر خلاف مقتضای عقد) مثل أن تشرط الزوجه عليه (زوج) أنه لا يطؤها فالنكاح باطل (یعنی هم شرط باطل است و هم نکاح، پس مهر هم باطل می‌شود) ثم قال في المختلف: و الوجه عندی ما قاله الشيخ في المبسوط. «۲»
پس مشهور صحت است و فقط دو نفر از بزرگان قائل به فساد عقد شده‌اند.

دلیل مشهور: روایات

دلیل مشهور چندین روایت است که در بین آنها روایات صحیح هم وجود دارد و روایات متضافر است. حال با وجود این روایات و لو در جاهای دیگر با فساد شرط، عقد فاسد می‌شود ولی در باب نکاح شرط فاسد، مفسد نیست و شارع حساب جداگانه‌ای برای نکاح باز کرده است.

(۱). ح ۴، باب ۲۰ از ابواب مهور.

(۲). نهائیه المرام، ج ۱، ص ۴۰۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۰۷

از بین این روایات سه روایت که صراحت بیشتری دارد، می‌خوانیم:

... عن محمد بن قیس، عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة إلى أجل مسمى (نکاح موقت نیست بلکه شرط می‌کند که تا فلان مدت مهر را بیاورد) فإن جاء بصدقتها إلى أجل مسمى فهي امرأته و إن لم يأت بصدقتها إلى الأجل فليس له عليها سبيل (طلاق) و ذلك شرطهم بينهم حين أنكحوه ففضي للرجل أن بيده بضع امرأته و أحبط شرطهم (شرط، فاسد و عقد، صحیح است و ظاهراً مهر هم صحیح است، چون امام در مورد مهر چیزی نفرمودند). «۱»

این روایت دو سند دارد که در یک سند «سهل بن زیاد» محلّ بحث است، ولی روایت سند دیگری دارد که شیخ صدوق از محمد بن علی بن محبوب از احمد بن محمد، از ابن ابی نجران- اسم او عبد الرحمن است- از عاصم بن حمید که همه از بزرگان و ثقات هستند نقل می‌کند، پس سند شیخ صدوق به محمد بن قیس صحیح و معتبر و این روایت از روایات صحیح است.

(... *مرسله عیاشی) عن ابن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضی أمير المؤمنين فی المرأة تزوّجها رجل و شرط علیها (أی لها) و علی أهلها إن تزوّج علیها امرأة أو هجرها أو أتى علیها سرّیه فإنّها طالق، فقال: شرط الله قبل شرطکم إن شاء و فی بشرطه و إن شاء أمسک امرأته (عقد صحیح و مهر هم صحیح است چون حکم مهر را فرمودند) و نکح علیها و تسرّی علیها و هجرها إن أتت بسبیل ذلک (اگر کاری کند که مصداق «وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ» شود نه رها کردن بی دلیل «...» ۲).

این روایت هم دلالت خوبی بر صحت عقد و مهر دارد.

... *عن أبي جعفر عليه السلام إنّه قضی فی رجل تزوّج امرأة و أصدقه هی و اشترطت علیه أنّ یبدها الجماع و الطلاق قال: خالفت السنّة و ولّیت حقّاً لیست بأهله فقضی أنّ علیه الصداق و یبده الجماع و الطلاق و ذلک السنّة. «۳»

اگر چه در این سه روایت راوی یکی بود ولی سه روایت است چون مضامین مختلف است.

دو روایت دیگر هم در این مورد داریم «۴»، پس به حسب نصوص خاصّه قائل به صحت عقد و مهر و فساد شرط هستیم.

دلیل مرحوم شیخ و علامه:

اشاره

این دو بزرگوار مطابق با قاعده فرموده‌اند که قرار داد توأم با شرط است و نمی‌توان شرط را فاسد دانست و مشروط را فاسد ندانست، به عبارت دیگر در اینجا یک انشای واحد است که مشتمل بر هر دو است (انشاء العقد مع الشرط) و وقتی یکی فاسد شد دیگری هم فاسد می‌شود.

جواب از دلیل:

اولاً؛ این خلاف نصّ است. آیا مرحوم شیخ نصوص را ندیده است؟ بعید است. پس احتمال دارد نصوص را خلاف قاعده دیده و لذا آنها را رها کرده است ولی ما نمی‌توانیم در مقابل نصّ اجتهاد کنیم و تابع نصّ هستیم.

ثانیاً؛ ما در عقود دیگر هم می‌گوییم شرط فاسد، مفسد نیست، چون انشای واحد را منحل به دو انشا می‌کنیم، حال اگر قید و شرط از ارکان عقد باشد، وقتی ارکان عقد خراب شد عقد هم خراب می‌شود، مثل این که ثمن یا مثنم وقفی باشد، اما اگر شرط از ارکان نباشد در اینجا عرف عقلاً آن را انشای در انشا می‌دانند که اگر شرط باطل شود اصل معامله را باطل نمی‌دانند، شاهد آن این است که اگر جنسی خریداری و معیوب در آمد، معامله باطل نیست، بلکه خیار دارد، چون شرط صحت از ارکان عقد نیست، پس ما نه اینجا و نه جاهای دیگر، شرط فاسد را مفسد نمی‌دانیم.

نکته: مرحوم امام (ره) سه مثال برای شرط خلاف شرع مطرح کردند

- که ما دو مثال را قبول و در یک مثال شک داریم.
- ۱- زن شرط می‌کند که مرد حقّ همسر دیگر را ندهد.
 - این خلاف شرع است چون این از احکام است نه از حقوقی که قابل اسقاط باشد.
 - ۲- زن شرط کند که مرد ازدواج نکند و کنیزی در حکم همسر نگیرد.

این حکم هم خلاف شرع است چون حکم خداست و حق نیست که بتوان با شرط ساقط کرد.
 ۳- زن شرط می‌کند آزاد باشد و هر وقت و هر جا که خواست برود و مرد به زن هم مطمئن است، (مثل زنی که کارمند است).
 این شرط خلاف شریعت اسلام نیست به خصوص در جایی که مزاحم حق شوهر نباشد، پس وقتی مزاحم حق شوهر باشد این شرط خلاف شرع است و جایی که مزاحم حق شوهر نیست، خلاف شرع نیست.

(۱). ح ۲، باب ۱۰ از ابواب مهور.

(۲). ح ۶، باب ۲۰ از ابواب مهور.

(۳). ح ۱، باب ۲۹ از ابواب مهور.

(۴). ح ۲، باب ۳۸ از ابواب مهور و ح ۱، باب ۱۳ از ابواب مقدمات طلاق.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۰۸

۹۱- ادامه مسئله ۲ / ۳۰ / ۱ / ۸۴

سؤال: اگر زن شرط طلاق کند، خلاف شرع است

اشاره

در حالی که در عقدنامه‌ها در جایی که زوج نفقه ندهد یا زوجه دومی اختیار کند یا به زندان ما فوق پنج سال بیفتد یا معتاد شود و یا کاری انتخاب کند که در شأن زوجه نباشد و ... شرط طلاق می‌کنند، چگونه در این موارد حق طلاق به زوجه داده می‌شود؟

جواب: در اینجا به زوجه وکالت بلا عزل داده شده است

که طلاق دهد و زوجه در واقع وکیل زوج است که یا طلاق دهد یا وکیل در توکیل باشد و دیگری را وکیل کند که او را طلاق دهد و این وکالت بلا عزل است.

وکالت عقد جایز و قابل فسخ است، ولی اگر به صورت شرط، در ضمن عقد لازم بیان شود به رنگ عقد لازم در می‌آید، مثلاً اگر در ضمن بیع شرط کند که فلان چیز را به او ببخشد با این که هبه، عقد جایز است ولی چون در ضمن عقد لازم شرط شده لازم می‌شود.

شروطی که در عقدنامه آمده عبارت است از:

۱- استتکاف شوهر از دادن نفقه زن به مدت شش ماه به هر عنوان و عدم امکان الزام او به تأدیه نفقه و همچنین در موردی که شوهر سایر حقوق واجبه زن را به مدت شش ماه وفا نکند و اجبار او به ایفا هم ممکن نباشد.

۲- سوء رفتار و یا سوء معاشرت زوج به حدی که ادامه زندگی را برای زوجه غیر قابل تحمل نماید.

۳- ابتلای زوج به امراض صعب العلاج به نحوی که دوام زناشویی برای زوجه مخاطره‌آمیز باشد.

۴- جنون زوج در مواردی که فسخ نکاح شرعاً ممکن نباشد.

این شرط اشکال فقهی دارد و آن این که به محض این که زوج دیوانه شد وکالت باطل می‌شود و وقتی وکالت باطل شد، زن نمی‌تواند خود را مطلقه کند همان‌گونه که در صورت موت هم وکالت باطل می‌شود.

۵- عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال زوج به شغلی که طبق نظر دادگاه صالح، منافی با مصالح خانوادگی و حیثیت زوجه باشد.

۶- محکومیت شوهر به حکم قطعی به مجازات پنج سال حبس یا بیشتر یا به جزای نقدی که بر اثر عجز از پرداخت منجر به پنج سال بازداشت شود یا به حبس و جزای نقدی که مجموعاً منتهی به پنج سال یا بیشتر بازداشت شود و حکم مجازات در حال اجرا باشد.

۷- ابتلای زوج به هر گونه اعتیاد مضری که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانوادگی خلل آورد و ادامه زندگی برای زوج دشوار باشد.

۸- زوج زندگی خانوادگی را بدون عذر موجه ترک کند.

تشخیص ترک زندگی خانوادگی و تشخیص عذر موجه با دادگاه است و یا شش ماه متوالی بدون عذر موجه از نظر دادگاه غیبت نماید.

۹- محکومیت قطعی زوج در اثر ارتکاب جرم و اجرای هر گونه مجازات اعم از حدّ و تعزیر در اثر ارتکاب جرمی که مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون زوج باشد. تشخیص این که مجازات مغایر با حیثیت و شئون خانوادگی است با توجه به وضع و موقعیت زوج و عرف و موازین دیگر با دادگاه است.

۱۰- در صورتی که پس از گذشت پنج سال زوج از شوهر خود به جهت عقیم بودن یا عوارض جسمی دیگر زوج، بچه‌دار نشود.

۱۱- در صورتی که زوج مفقود الاثر شود و ظرف شش ماه پس از مراجعه زوج به دادگاه پیدا نشود.

۱۲- زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار کند یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت ننماید.

در این دوازده صورت در محضر از زوج و کالت بلا عزل می‌گیرد نه این که زوج حق طلاق را واگذار کرده باشد، چرا که واگذار کردن حق طلاق اشکال دارد نه و کالت در طلاق.

همچنین موقع خواندن صیغه عقد هم به این شرایط اشاره می‌شود؛ البته این حکم در مورد کسانی است که این شروط را امضا کرده‌اند و کسانی که آن را امضا نکرده‌اند در واقع چنین و کالتی نداده‌اند، اگر اینها هم بخواهند چنین و کالتی بدهند، در ضمن عقد خارج لازم می‌توانند چنین و کالتی دهند؛ به عنوان مثال کتابی را به زوج می‌فروشد و در ضمن آن شرط و کالت می‌کند. این اصول دوازده گانه به نفع خانواده‌هاست و جلوی اجحاف زوج را می‌گیرد.

شرط سیزدهمی هم در عقدنامه‌ها آمده است که در واقع شرط دوم است چون دوازده شرط قبلی همه و کالت بود و آن

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۰۹

شرط این است که هرگاه طلاق به درخواست زوجه نباشد و طبق تشخیص دادگاه تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نبوده، زوج موظف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با او به دست آورده یا معادل آن را طبق نظر دادگاه بلا عوض به زوجه منتقل نماید.

آیا این شرط مشروع است؟

دوازده شرط قبلی و کالت است و اشکالی ندارد ولی این شرط و کالت نیست بلکه می‌گوید لازم است. این شرط یک مشکل دارد و آن ابهام کامل این شرط است. مرحوم شیخ انصاری بعد از بحث خیرات مباحث شروط را مطرح می‌کند که هشت شرط دارد و یکی از شروط این است که شرط مبهم نباشد.

به عقیده ما در این مورد باید زوجین با هم مصالحه کنند تا به خلاف شرع نیفتند.

۹۲- مسئله ۳ (لو شرط أن لا یفتضاها) ۳۱ / ۱ / ۸۴

مسألة ۳: لو شرط أن لا یفتضاها (ازالۀ بکارت نکند) لزم الشرط

اشاره

و لو أذنت بعد ذلك جاز من غير فرق بين النكاح الدائم و المنقطع.

عنوان مسأله:

این مسأله یکی از صغریات مسأله اول است. مسأله اول این بود که هر شرط مطابق کتاب و سنت در نکاح جایز است (کبری) حال می‌خواهیم ببینیم آن چه که در مسأله سوم آمده مطابق کتاب و سنت است یا نه؟ زنی ازدواج نموده و شرط کرده است که زوج ازاله بکارت نشود، آیا این مصداق شرط موافق کتاب و سنت است؟ آیا بین عقد دائم و منقطع فرق است؟ و در هر صورت اگر قبول کردیم که این شرط جایز است آیا بعداً به مجرد اذن زوجه، زوج حق ازاله دارد یا باید طلاق دهد و بعد مجدداً تزویج کند تا اجازه داشته باشد؟

اقوال:

این مسأله اختلافی است و اقوال متعددی در آن وجود دارد و اقوال از اینجا پیدا شده که آیا عقد و شرط صحیح است و یا هر دو فاسد است یا عقد صحیح و شرط باطل است؟ آیا بین دائم و منقطع فرق است؟ ما خلاصه اقوال را از کتاب مسالک «۱» نقل می‌کنیم:

قول اول: در نکاح دائم و منقطع عقد و شرط صحیح است.

مرحوم محقق در شرایع و مرحوم شیخ در نهاییه و صاحب جواهر «۲» در آخر کلماتش این قول را پذیرفته‌اند.

قول دوم: عقد و شرط در نکاح منقطع صحیح است و در دائم باطل است.

این قول شیخ در مبسوط است و جماعتی از متقدمین و متأخرین از ایشان تبعیت کرده‌اند.

قول سوم: در نکاح دائم و منقطع عقد صحیح و شرط باطل است که قول ابن ادریس در سرائر است.

قول چهارم: در نکاح دائم عقد صحیح و شرط باطل است ولی در نکاح منقطع عقد و شرط صحیح است که قول ابن حمزه است.

قول پنجم: عقد و شرط در نکاح دائم و منقطع باطل است که نقطه مقابل قول اول است. مرحوم شهید این قول را به صورت احتمال ذکر کرده و قائل آن را ذکر نمی‌کند.

احتمال ششم: می‌گوییم مسأله به حسب مقامات مختلف است، مثلاً کسی که در سنّ بالا ازدواج کرده و هدف او لذت جنسی نیست بلکه حریمیت یا هم صحبت شدن و ... را در نظر دارد؛ اگر چنین شرطی کند صحیح است، ولی اگر در سنّ پایین ازدواج کند چنین اهدافی بدون همراه بودن با تمتعات جنسی بعید به نظر می‌رسد و صحیح نیست.

ادله فائین به قول اول:

اشاره

قائلین به صحت عقد و شرط در عقد دائم و منقطع (قول اول) به دو دلیل تمسک کرده‌اند:

۱- ادله عامه شروط:

«المؤمنون عند شروطهم» مطلق است و در ذیل بعضی از روایات آمده، مگر شرطی که حلالی را حرام و حرامی را حلال کند و ما نحن فیه هم، حلالی را حرام یا حرامی را حلال نکرده است؛ چون غایت نکاح منحصر به دخول و اقتضاض نیست و شاهد آن این است که اگر کسی بیماری داشته باشد که مانع از مقاربت است نمی‌توان گفت که نکاح او باطل است، پس از عمومات، صحت عقد و شرط را فهمیدیم.

(۱). ج ۸، ص ۲۴۷.

(۲). ج ۳۱، ص ۱۰۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۱۰

۲- روایات خاصه:

دو روایت در باب ۳۶ از ابواب مهور است که هر دو ضعیف السند است؛ البتّه روایت معارضی هم در باب ۲۹ داریم که به آن توجه نکرده‌اند، ولی مرحوم صاحب جواهر به آن توجه کرده است.

۹۳- ادامه مسئله ۳/۳/۸۴...* عن محمّد بن علی بن محبوب، عن احمد بن محمد (بنظی)، عن محمد بن سنان، عن محمد بن عمّار، عن سماعة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له رجل جاء إلى امرأة (خواستگاری) فسألها أن تزوجه نفسها فقالت: أزوجك نفسي على أن تلتمس مني ما شئت من نظر و التماس و تنال مني ما ينال الرجل من أهله إلّا أنّك لا تدخل فرجك في فرجی و تلذذ بما شئت فإنّي أخاف الفضيحة (از این عبارت استفاده می‌شود که عقد موقت بوده چون عقد دائم فصاحت ندارد) قال: ليس له منها إلّا ما اشترط (شرط و عقد صحیح است). «۱»

از نظر سند: سند روایت ضعیف است، چون «محمد بن سنان» محلّ کلام است و نمی‌توان به او اعتماد کرد و «عمّار بن مروان» هم مجهول الحال است.

البتّه روایات متضافر است، علاوه بر این، جمع زیادی از اصحاب به این روایت عمل کرده‌اند و مطابق قرآن و قواعد است. از نظر دلالت: این روایت به احتمال قوی در مورد عقد منقطع است و کلام صاحب جواهر در اینجا که می‌گوید روایت مطلق است، صحیح نیست. ضمناً در روایت شرط کرده که دخول حاصل نشود و ازاله بکارت نیست، پس ممکن است زن باکره نبوده و منظور از فصاحت بچه‌دار شدن باشد؛ پس از این جهت روایت مطلق است و مخصوص بکر نیست.

...* عن محمّد بن أسلم الطبری (متهم به غلو و فساد مذهب است) عن أبي عبد الله عليه السلام قلت له رجل تزوج بجارية عاتق (ممکن است جاریه آزاد شده مراد باشد و ممکن است به معنای باکره باشد، یعنی بر حالت سابقه است که بکر بودن زائل نشده است) علی أن لا یقتضها ثم أذنت له بعد ذلك (روایت سؤال از صحت شرط نیست بلکه سؤال از یک مطلب فرعی است) قال: إذا أذنت له فلا بأس. «۲»

دلالت مطابقی روایت مربوط به اذن است ولی دلالت التزامی بین دارد که عقد و شرط صحیح است، حال که عقد صحیح است آیا این حرمت به وسیله اذن زوجه زوال می‌یابد؟

روایت سوم «۳» مثل روایت اول است و تنها تفاوت در راوی است که در آنجا سماعة از امام نقل می‌کرد و در این روایت عمّار بن

مروان است.

روایت معارض:

اشاره

در مقابل این سه روایت یک روایت معارض داریم:

... عن محمد بن قیس، عن أبي جعفر عليه السلام أنه قضی فی رجل تزوج امرأة و أصدقته هی و اشترطت علی أن یبدها الجماع و الطلاق قال: خالفت السنّة و ولیت حقّاً لیس لأهله فقضی أن علیه الصداق و یبده (زوج) الجماع و الطلاق و ذلك السنّة. «۴»
 آیا این شرط با شرط در سه روایت قبل فرق دارد؟ روایات سابق می‌فرمود که موافقه یا ازاله‌ای نباشد ولی در این روایت زوجه می‌گوید طلاق و جماع به اختیار من باشد.

آیا روایات سابق محکمتر از این روایت نیست؟ مرحوم صاحب جواهر معتقد است که این دو دسته روایت با هم فرق دارد و جای تعارض نیست، چون این روایت با «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» نمی‌سازد ولی ما می‌گوییم شرط در روایات قبل تا ابد زوج را منع می‌کند ولی در این روایت موافقه بدست زن است و ممکن است فردا روز از این شرط عدول کند، پس اگر چه شرط در این روایت ابدی نیست و با روایات سابق فرق دارد ولی تعارض وجود دارد چرا که روایات سابق شرط را صحیح دانسته ولی این روایت شرط را باطل می‌داند.

در مقام تعارض چون اکثر اصحاب به روایات سه گانه عمل کرده‌اند و آن روایات موافق کتاب و سنّت و قاعده است، مقدّم است بله، «ببدها الطلاق» را نمی‌توانیم بپذیریم ولی شرط عدم موافقه را قبول داریم.
 تلخص من جمیع ما ذکرنا: ما قول صحّت عقد و شرط را می‌پذیریم و می‌گوییم منهای روایات این شرط در عقد دائم مخالف مقتضای عقد است، علاوه بر این، سؤالها هم در روایات در مورد عقد موقت است، پس تردیدی نیست که هر سه روایت در مورد عقد موقت است، بنا بر این قول امام رحمه الله و عدّه زیادی که

(۱). ح ۱، باب ۳۶ از ابواب مهور.

(۲). ح ۲، باب ۳۶ از ابواب مهور.

(۳). وسائل الشیعه، ج ۱۴، ح ۱، باب ۳۶ از ابواب متعه.

(۴). ح ۱، باب ۲۹ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۱۱

فرموده‌اند بین دائم و منقطع فرقی نیست، نمی‌پذیریم و روایات اطلاق ندارد، چون در عقد دائم هیچ داعی بر این شرط نیست و هیچ انسان سالمی چنین شرطی نمی‌کند.

أضف إلى ذلك: این شرط خلاف مقتضای عقد است چون در عقد دائم باید آزاد باشد ولی در عقد موقت امکان دارد.

جمع بندی: تا اینجا نظر ما موافق کسانی شد که بین عقد دائم و موقت فرق گذاشته‌اند.

اگر زن بعدا اجازه داد آیا با اجازه او مشکل حل می‌شود؟

مشهور و معروف این است که با اجازه حل می‌شود و احتیاج به عقد جدید نیست ولی بعضی معتقدند که اجازه مشکل را حل نمی‌کند و نیاز به عقد جدید است.

جواب:

اولاً، این اجتهاد در مقابل نصّ است، چون نصّ می‌گوید اجازه کافی است و اصحاب هم به آن عمل کرده‌اند. ثانیاً، این در واقع برمی‌گردد به این که زوجہ حقیّی داشته است که جلوگیری کند و حال می‌خواهد اسقاط حق کند، مثل کسی که خانه‌ای را فروخته و حقیّی برای خود قرار داده که تا زمان محضر در خانه بنشیند بعد این حق را ساقط می‌کند و خانه را تحویل می‌دهد، این اشکالی ندارد؛ پس با اسقاط حق، حق ساقط می‌شود و با اذنش شرط ساقط می‌شود و وقتی یک بار دخول صورت گرفت برای همیشه جایز است.

۹۴- مسئله ۴ (لو شرط أن لا یخرجها من بلدها) ۴ / ۲ / ۸۴

مسألة ۴: لو شرط أن لا یخرجها من بلدها أو أن یسکنها فی بلد معلوم أو منزل مخصوص یلزم الشرط.

عنوان مسأله:

این مسأله نیز در واقع مصداقی از مصادیق مسئله اول است. شرط مسکن از ناحیه زوجہ یکی از شروط مباح بوده و انواع و اقسامی دارد؛ گاهی شرط می‌کند که در فلان شهر یا در فلان محله و یا در فلان خانه باشد و گاهی شرط عدم مسافرت می‌کند، آیا این شرطها جایز است؟ بله وفای به این شرطها لازم است.

اقوال:

در مسأله دو قول است و قول سومی هم در کلمات صاحب ریاض به صورت احتمال آمده است:

۱- عقد و شرط صحیح است.

۲- شرط باطل و عقد صحیح است و فساد شرط به عقد سرایت نمی‌کند.

۳- شرط و عقد فاسد است و فساد شرط به عقد سرایت می‌کند.

مرحوم شهید ثانی عبارتی دارد که خلاصه آن چنین است:

القول بلزوم الشرط للشیخ فی النهایة و تبعه علیه جماعه منهم العلامه فی المختلف و الإرشاد و الشهد فی اللعمه و الشرح ... و صرح ابن إدريس ببطالان الشرط مع صحه العقد و تبعه جماعه من المتأخرین و الشیخ فی المبسوط و الخلاف منع من اشتراط أن لا یسافر بها و جعلوه (شیخ را) من جمله القائلین بالمنع فی المسأله (مرحوم شیخ شرط عدم مسافرت را با شرط سکنی مساوی و هر دو را باطل می‌داند) و لیس كذلك (ممکن است کسی مانع مسافرت شود ولی مانع سکنی گزیدن در شهر خاصی نشود) لأن السفر أمر آخر غیر الخروج من البلد. «۱»

مرحوم صاحب ریاض هم همین دو قول را نقل کرده و قول اول (صحّت شرط) را اشهر می‌داند و فقط چیزی که اضافه دارد این است که می‌فرماید:

باستلزام فساد الشرط علی تقدیر تسلیمه فساد المشروط بمقتضى القاعدة. «۲»

ابن قدامه در مغنی «۳» به صورت مسلم همه شرایط را صحیح می‌داند حتی اگر شرط کند که زوجة دوم نگیرد صحیح است - که ما نپذیرفتیم - و جزء مسلمات است که در میان عامه همه قبول دارند.

ادله قول اشهر (صحت عقد و شرط):

۱- ادله عامه:

اشاره

«المؤمنون عند شروطهم» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌گوید وفای به هر شرطی لازم است، غیر از شروطی که مخالف کتاب الله و مقتضای عقد باشد که اینها جایز نیست، پس به مقتضای ادله عامه این شروط را صحیح می‌دانیم. إن قلت: استمتاع، حقّ زوج است و اگر زوجه بگوید من با تو به سفر نمی‌آیم و یا در فلان خانه می‌مانم محدودیتی برای حقّ زوج است و محدودیت حقّ زوج خلاف کتاب و سنت و

(۱). مسالك، ج ۸، ص ۲۴۹ و ۲۵۰.

(۲). ج ۷، ص ۱۷۵.

(۳). ج ۷، ص ۴۴۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۱۲
مقتضای عقد است، پس این شرط فاسد است.
قلنا: از این اشکال دو جواب می‌دهیم:

جواب نقضی:

در باب بیع کسی نگفته است که اگر معامله‌ای بکند و خانه را بفروشد و تصرف را به یک سال بعد بگذارد، باطل است پس در نکاح هم چنین نیست.

جواب حلی:

چیزهایی داریم که مخالف مطلق عقد است یعنی با ذات عقد نمی‌سازد، مثل این که در عقد دائم شرط کند که مقاربتی حاصل نشود که این خلاف ذات و طبیعت عقد است و یا می‌گوید من این خانه را به تو می‌فروشم به شرط این که به هیچ وجه در آن تصرف نکنی و اما چیزهایی داریم که مخالف اطلاق عقد است نه طبیعت آن و اطلاق عقد را مقید می‌کند، مثلاً می‌گوید این خانه را به تو می‌فروشم مشروط بر این که یک سال دیگر تحویل بدهم؛ این اشکالی ندارد و ما نحن فیه هم از این قبیل است، چون نمی‌گوید که در هیچ خانه‌ای با تو زندگی نمی‌کنم بلکه می‌گوید مرا در فلان خانه ساکن کن و یا می‌گوید همیشه در خدمت شما هستم و فقط سفر نمی‌آیم.

پس در همه جا، شرایطی که خلاف مطلق عقد (ذات و طبیعت عقد) است باطل است و شرایطی که اطلاق عقد را تقیید می‌زند اشکالی ندارد.

در مورد جایی که انسان شک کند شرطی خلاف مقتضای عقد است یا خلاف اطلاق عقد، در آینده صحبت خواهیم کرد.

۲- روایت صحیحه:

...* عن أبي العباس، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة و يشترط أن لا يخرجها من بلدها (ظاهرش این است که مهاجرت نکند نه این که مسافرت نکند). «بلد» در آیات و روایات به معنای شهر است ولی در عرف عربی امروز بلد به معنای مملکت، و مدینه به معنای شهر است) قال: يفي لها بذلك أو (تردید از راوی است) قال: يلزمه بذلك. (۱)

سند روایت معتبر است و ظاهراً ابو العباس به قرینه روایت هشام بن سالم «عباس بن فضیل بقباق» است. مرحوم اردبیلی در جامع الروات می گوید: از کسانی که از ابو العباس نقل می کند هشام بن سالم در باب نکاح است که ظاهراً همین روایت مراد است. درست است که روایت یک مصداق از محلّ بحث ما را بیان کرده (أن لا يخرج من البلد) و اخصّ از مدعاست چون مدعاى ما بلد، خانه، محلّه و عدم مسافرت بود ولی می گوئیم به الغای خصوصیت روایت شامل همه می شود.

نکته: مرحوم صاحب ریاض فرمود اگر به فساد شرط قائل شدیم باید به فساد مشروط هم قائل شویم و در امور تکوینیته وقتی شرط خراب شد مشروط هم خراب می شود، چون علت تامّه ترکیبی است از مقتضی و شرط و عدم مانع، که اگر این سه، دست به دست هم ندهد، علت تامّه حاصل نمی شود، حال در عقود شرعیّه هم همین را می گوئیم: «فساد الشرط یوجب فساد المشروط» وقتی شرط خراب شد، مشروط هم خراب می شود چون یک انشاست و وقتی نصف آن خراب شد، شخص می تواند بگوید که من این را نمی خواستم بلکه مشروط را با آن شرط می خواستم.

جواب: عرف عقلا- در این موارد انشا را به دو انشا تحلیل کرده و می گویند؛ ارکان عقد یک انشا و مهر انشای دیگری است و اگر مهر خراب شد عقد خراب نمی شود، بلکه سراغ مهر المثل می رویم، به تعبیر دیگر از قبیل تعدّد مطلوب است، یعنی نکاح (مشروط) یک مطلوب و مهر (شرط) مطلوب دیگر است و اگر یکی باطل شد دیگری باطل نمی شود. مثال روشن آن معامله ای است که در آن ثمن یا مثن معیوب در آمده است که در این صورت کسی قائل نیست که اگر جنس معیوب بود معامله باطل است بلکه همه قائل به خیار عیب هستند.

۹۵- فصل فی القسم و النشوز و الشقاق ۵ / ۲ / ۸۴

فصل فی القسم و النشوز و الشقاق

اشاره

لكل واحد من الزوجين حقّ على صاحبه يجب عليه القيام به و إن كان حق الزوج أعظم و من حقّه عليها أن تطيعه و لا تعصيه و لا تخرج من بيتها إلّا بإذنه و لو إلى أهلها حتّى لعياده والدها أو في عزائه بل ورد أن ليس لها أمر مع زوجها في صدقه و لا هبة و لا نذر في مالها إلّا بإذنه إلّا في حجّ أو زكات أو برّ والديها أو صلة قرابتها و تفصيل ذلك كلّه موكول إلى محلّه و أمّا حقّها عليه فهو أن يشبعها و يكسوها (نفته که معنای وسیعی دارد) و أن يغفر لها إذا جهلت و لا- يقبح لها وجها (اخم نکند) كما ورد في الأخبار و التفصيل موكول إلى محلّه.

«قسم» به معنای حقّ هم خوابگی در لیالی برای زوجات و

(۱). ح ۱، باب ۴۰ از ابواب مهور.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۱۳

«نشوز» به این معناست که یکی از زوج و زوجه به وظایف خود عمل نکند و زیر بار مسئولیت نرود و «شقاق» یعنی زوج و زوجه با هم درگیر شوند و در بین آنها شکافی پیدا شود که احکام خاصّ خود را دارد.

همان گونه که سابقاً بیان شد تحریر الوسیله در اصل تحریر وسیله النجاة مرحوم آقا سید ابو الحسن اصفهانی است که آن هم در سایه جواهر است و جواهر هم همین بحث را دارد؛ مرحوم صاحب جواهر در جواهر که شرح شرایع است مقدمه‌ای در مورد حقوق زن و مرد بر یکدیگر ذکر کرده است؛ مسالک هم که شرح دیگری بر شرایع است همین بحث را دارد.

مرحوم امام هم در مقدمه‌ای در مورد حقوق زن و مرد سه حق برای مرد و سه حق برای زن مطرح کرده‌اند که ما در اینجا کلام امام را قدری توسعه و تفصیل می‌دهیم زیرا از یک طرف این روزها محلّ بحث است و از اسلام چهره دگرگونی ارائه شده و گفته می‌شود که اسلام آیین مردانه است و به همین جهت اسلام را مورد حمله قرار می‌دهند. از طرف دیگر در زمان ما جمعیت‌های دفاع از حقوق زنان سر بلند کرده‌اند که قصد قربت و خدمت ندارند و در واقع کار آنها فریبکاری و در بعضی از موارد کوبیدن مذهب است، به عنوان مثال کنوانسیون حقوق زنان را تشکیل داده و فرهنگ غربی را در غالب دفاع از حقوق زنان به جوامع دیگر خصوصاً جوامع اسلامی تحمیل می‌کنند که لازم است ما، از اسلام دفاع کنیم، چرا که اسلام مدافع حقوق زن و مرد است و اگر این کار را نکنیم، بیم آن می‌رود که اسلام را به تزییع حقوق زنان متهم کنند، در حالی که تمام برنامه‌های آنان ریا و فریبکاری است.

علاوه بر این زنان نصف جمعیت جهان را تشکیل می‌دهند و در بعضی از جوامع بیش از نصف است و اگر ما از حقوق آنان دفاع نکنیم بیم آن می‌رود که آنها سراغ مکاتب الحادی بروند و در زمانی که نفرت در برنامه‌های جهانی مؤثر است، جذب مکاتب دیگر شوند و از اسلام جدا گردند.

در مصاحبه‌ای که با یکی از رسانه‌های معتبر خارجی در مورد حقوق زنان انجام شد از آنها سؤال شد که آیا تساوی حقوق زن و مرد اقتضا نمی‌کند که در جوامع غربی نصف وزرا از زنان و نصف آن از مردان باشند؟ در حالی که در کشوری مثل آلمان که از مدافعین حقوق زنان است، یک مدیر کل هم زن نیست! در جواب گفتند: مردان جامعه اجازه نمی‌دهند؛ پس معلوم می‌شود که اینها دروغ می‌گویند و با این که چندین سال است شعار آزادی و برابری زن را سر می‌دهند هنوز اثری از برابری در جوامع غربی دیده نمی‌شود؛ پس این برنامه‌ها شعار و ریاست نه واقعیت.

در بدو ورود به بحث یک نگاه کلی به حقوق زن و مرد در قرآن و بعد در اخبار می‌اندازیم و سپس جزئیاتی را که امام فرمودند بحث می‌کنیم.

حقوق زن از دیدگاه قرآن:

از نظر کلی قرآن اهمیت زیادی به حقوق زنان می‌دهد که به عنوان نمونه چند آیه را بیان می‌کنیم که بعضی از این آیات در جواهر و مسالک هم آمده است:

۱- «وَأَلْهَنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ». «۱»

صدر آیه حق طلاق را برای مردان ذکر می‌کند و می‌فرماید معنای آن این نیست که زنان هیچ حقی ندارند؛ گرچه برابر نیستند ولی دارای حقوقی هستند.

اسلام خانواده را مانند یک اداره می‌داند؛ مرد در خانواده حکم رئیس را دارد و زن مانند معاون و بچه‌ها به عنوان افراد آن هستند، وقتی کسی رئیس شد، دیگران هم برای خود جایگاه و حقوقی دارند.

۲- «وَاعْشُرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» «۲».

این بخش از آیه می‌فرماید با زنان به صورت معقول و پسندیده معاشرت کنید نه به صورت یک برده و کنیز. قسمتی از صدر آیه می‌فرماید:

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرْتُوا النِّسَاءَ كَرِهًا»، در مورد زنان پولداری که از نظر ازدواج مطلوب نبودند، افرادی از آنها

خواستگاری کرده و آنها را تزویج می‌کردند و بعد آنها را رها می‌ساختند و منتظر بودند تا آنها بمیرند و از آن زنان ارث ببرند که قرآن از آن نهی می‌کند.

در قسمت دیگری از این آیه می‌فرماید:

«وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ».

همان‌گونه که بیان شد سابقاً مهریه را جلوتر می‌دادند و بعضی از مردان بعد از ازدواج زنها را تحت فشار قرار می‌دادند که زنان مهریه را پس دهند که قرآن از این عمل هم نهی می‌کند و در ادامه می‌فرماید: «وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» و در انتها می‌فرماید:

(۱). سورة بقره، آیه ۲۲۸.

(۲). سورة نساء، آیه ۱۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۱۴

«فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا».

آیه اشاره به این دارد که ممکن است همسری باشد که خوشایند تو نیست ولی او را رها نکن، شاید در آن خیر و برکت باشد.

این آیات نشان می‌دهد که اسلام تا چه اندازه به حقوق زن اهمیت می‌دهد.

۹۶- فصل فی القسم و النشوز و الشقاق ۷/ ۲ / ۸۴ -۳- إِنَّ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ وَالْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ وَالْقَانِتِينَ وَالْقَانِتَاتِ (قنوت به معنای عبادت) وَالصَّادِقِينَ وَالصَّادِقَاتِ وَالصَّابِرِينَ وَالصَّابِرَاتِ وَالْخَاشِعِينَ وَالْخَاشِعَاتِ وَالْمُتَصِدِّقِينَ وَالْمُتَصِدِّقَاتِ وَالصَّائِمِينَ وَالصَّائِمَاتِ وَالْحَافِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَالْحَافِظَاتِ وَالذَّاكِرِينَ اللَّهَ كَثِيرًا وَالذَّاكِرَاتِ أَعَدَّ اللَّهُ لَهُمْ مَغْفِرَةً وَأَجْرًا عَظِيمًا «۱».

از جمله آیاتی که در آن زنان و مردان در مقامات معنوی الهی دوش به دوش هم قرار داده شده‌اند، آیه فوق است که ده صفت را ذکر کرده و می‌فرماید زن و مرد هر دو در این صفات در پیشگاه خدا برابرند.

همه اینها مربوط به احترام به موقعیت انسانی زن است، پس اسلام موقعیت زن و مرد را در نزد خدا یکسان می‌داند، اگر چه ممکن است از نظر توانایی‌ها، تفاوتی بین زن و مرد باشد ولی از نظر اسلام حقوق زن و مرد از همین موقعیت انسانی نشأت می‌گیرد.

۴- «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ» «۲».

از بهترین شواهد در مورد احترام به حقوق زن تعبیر به زوجیت در مرد زن و مرد است که به معنای همسر و هم‌تراز است، یعنی زوج و زوجه هم‌تراز هستند، چون زوج یعنی چیزی در کنار چیزی به عنوان عدل آن باشد.

در آیه نکاتی قابل توجه است:

اولاً؛ تعبیر «أزواجاً» به معنای همسانی است، ثانیاً؛ «من أنفسکم» یعنی از خود شما و از جنس شما یعنی زن از جنس مرد است، ثالثاً؛ زن و مرد در کنار یکدیگر آرامش آفرینند و اگر با هم نباشند آرامش نیست، رابعاً؛ بین زوج و زوجه ریاست و حاکمیت نیست بلکه مودت و رحمت است.

در تفسیر نمونه سه تفاوت بین مودت و رحمت آمده که یک تفاوت مهم آن این است که مودت بین اثنی است ولی رحمت ممکن است یک طرفه باشد، پس به این معناست که همیشه نباید منتظر باشید که محبت طرفینی باشد، بلکه اگر یک طرفه هم باشد اشکالی ندارد، یعنی اگر یکی از طرفین نامهربانی می‌کند طرف مقابل مهربانی کند، خامساً؛ در آخر آیه می‌فرماید اینها نشانه عظمت خداست.

اگر این آیه را بشکافیم معلوم می‌شود که زن برده و آلت دست نیست.

تا اینجا بعضی از آیات را در زمینه حقوق زن مطرح کردیم که باید روایات را هم در کنار این آیات بررسی کنیم.

۹۷- فصل فی القسم و النشوز و الشقاق ۱۰ / ۲ / ۸۴ - ۵ «وَ آتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ فِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَ تَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا» (۳).
 از جمله آیاتی که در مورد حقوق زن در قرآن وارد شده آیه فوق است که می فرماید اگر مال بسیار زیادی مهر زوجه بود و به او پرداخت کردی وقتی می خواهی زن را رها کنی مبادا سر سوزنی در حق او کوتاهی کنی.
 بعضی از مفسرین در مورد ذیل آیه معتقدند که بعضی از زوجها برای این که مهر را از زوجه پس بگیرند تهمتیه به او می زدند و می گفتند اگر می خواهی تهمت نزنیم مهر را پس بده؛ قرآن می فرماید از آنها چیزی از مهر را نگیرید.
 به نظر ما از این که قرآن چنین محکم در مورد زنان صحبت می کند، معلوم می شود که زنها را در مسائل اقتصادی آزاد گذاشته است و شوهر نمی تواند زن را تحت فشار قرار دهد.
 از جمع بندی این آیات روشن می شود که قرآن مجید برای زنها حق مهم و قابل توجهی قائل شده است.

حقوق زن از دیدگاه روایات:

علاوه بر آیات، روایات متعددی در مورد حقوق زنان داریم.
 بعضی از روایات مرسله و بعضی معتبر است ولی چون روایات

(۱). سورة احزاب، آیه ۳۵.

(۲). سورة روم، آیه ۲۱.

(۳). سورة نساء، آیه ۲۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۱۵

متضافر است نیاز به بحث سندی نیست.

در جلد ۱۴ و سائل باب ۷۵ تا ۸۸ از ابواب مقدمات نکاح، روایات متعددی در مورد حقوق رجل و مرئه آمده است که از باب نمونه چند روایت را می خوانیم.

* قال: و قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله: ألا خيركم خيركم لنسائه و أنا خيركم لنسائي. (۱)

این منطق پیامبر اکرم صَلَّى الله عليه و آله است و با سخت گیری هایی که در بعضی از روایات آمده سازگار نیست.

* قال: و قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله: ملعون ملعون من ضيع من يعول (عائله اش را). (۲)

این روایت ابتدا حق رجل را بیان می کند:

... عن النبي صَلَّى الله عليه و آله: قال من كان له امرأة تؤذيه لم يقبل الله صلاتها و لا حسنة من عملها حتى تعينه و ترضيه و إن صامت الدهر و قامت و أعتقت الرقاب و أنفقت الأموال في سبيل الله و كانت أول من ترد النار ثم قال: قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و على الرجل مثل ذلك الوزر و العذاب إذا كان مؤذيا طالما ... و من كان له امرأة و لم توافقه و لم تصبر على ما رزقه الله و شقت عليه و حملته ما لم يقدر ... (۳)

... عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله: أوصاني جبرئيل بالمرأة حتى ظننت أنه لا ينبغي طلاقها إلا من فاحشة مبينة (عمل زشت آشکار). (۴)

حقوق مرد از دیدگاه قرآن:

تا اینجا قسمتی از آیات و روایات مربوط به حقّ زوجه را خواندیم؛ در مقابل، آیات و روایاتی هم در مورد حقوق رجال داریم که مهمترین آن آیه زیر است:

«الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ» (۵).

می‌توان این آیه را به گونه‌ای معنای کرد که جامعه مرد سالار باشد ولی ممکن است «قوامون» را با توجه به معنای لغوی تفسیر کنیم که معنای قیام به امر است نه مالکیت، به عبارت دیگر قوام به معنای مدیریت است.

اسلام خانواده را به منزله یک جامعه کوچک دانسته است که مدیر آن مرد و معاون آن زن و اعضای آن فرزندان هستند و در یک اداره دو رئیس ممکن نیست، البته در تنظیم برنامه می‌توان مشورت کرد، ولی در امور اجرایی یک نفر لازم است و تصمیم‌گیر نهایی مرد است. حال اگر شارع مقدّس بفرماید که در خانه دو رأی مخالف ممکن نیست و اگر شورایی باشد به طوری که مرد در یک طرف و زن در طرف دیگر باشد و هیچ یک بر دیگری برتری نداشته باشد نمی‌توان به قرعه متوسّل شد چون قرعه در اینجا بی‌معنای است، پس لازم است حرف یک طرف مقدّم باشد. قرآن می‌فرماید به دو دلیل مسئولیت برتر برای مرد است:

۱- «بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ»:

به طور کلی مردان توانایی بیشتری دارند و این هیچ جای بحث ندارد. غربی‌ها در اینجا ریاکارانه برخورد می‌کنند و شعار تساوی سر می‌دهند ولی در عمل کاملاً بر خلاف آن رفتار می‌کنند و تمام پستهای حسّاس دست مردان است ولی اسلام صادقانه می‌گوید که مردان برتری‌هایی دارند که این برتری‌ها باعث می‌شود که آنها در اداره جامعه قدری جلوتر باشند نه این که همه چیز بر عهده آنها باشد.

۲- «بِمَا أَنْفَقُوا»:

تمام مسئولیتهای مالی بر عهده زوج است که باید زحمت بکشد و روزی کسب کند، حال وقتی مسئولیت اقتصادی به عهده مرد است تصمیم‌گیری هم بر عهده اوست، پس «قوامون» در آیه به معنای یک قدم جلوتر از زنان بودن است نه این که مالک و صاحب اختیار باشد.

روایات متعدّدی هم در ذیل این آیه در مورد حقوق مردان داریم که بعضی از آنها را بیان خواهیم کرد.

۹۸- حقّ اوّل (أن تطيعه و لا تعصيه) ۸۴/۲/۱۱

حقوق مرد از دیدگاه روایات:

روایات مربوط به حقوق مرد هم متعدّد و متضافر است که دو روایت را می‌خوانیم:

...* عن جابر، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إنَّ الله كتب على الرجال الجهاد و على النساء الجهاد، فجهاد الرجل أن يبذل ماله و دمه حتّى يقتل فى سبيل الله و جهاد المرأة أن تصبر على ما ترى من أذى زوجها و غيرته (جهاد زن در واقع جهاد اكبر يعنى جهاد نفس است). (۶)

(۱). ح ۱۱، باب ۸۸ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۲). ح ۶، باب ۸۸ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۳). ح ۱، باب ۸۲ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۴). ح ۴، باب ۸۸ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۵). سورة نساء، آیه ۳۴.

(۶). ح ۶، باب ۷۸ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۱۶

شاید دلیل این که به زن گفته شده بر اذیت مرد صبر کند این باشد که مردان در جامعه دارای مشکلات فراوانی هستند و گاهی دارای ظرفیت کاملی نیستند و در خانه با ابراز ناملايمات، همسر خود را تحت فشار قرار می‌دهند که اگر زنان بر این صبر کنند، مانند جهاد است، البته این چراغ سبزی برای مردان نیست که زنان را اذیت کنند ولی اگر زن تحمل کند برای او جهاد است.

تعبیر به «غیرته» در روایت اشاره به این است که بعضی از مردان غیرتی افراطی هستند، به طوری که اگر همسرشان با هر مرد نامحرمی صحبت کند بدگمان شده و عکس العمل نشان می‌دهند که روایت می‌فرماید باید زن این ناملايمات را تحمل کند؛ باز معنای روایت این نیست که بدگمانی خوب است، ولی اگر پیدا شد، زن تحمل کند که این جهاد اوست.

* و من عدة من أصحابنا، عن سهل بن زياد (ضعيف است) عن علي بن حسان، عن موسى بن بكر، عن أبي إبراهيم (موسی بن جعفر) عليه السلام قال: جهاد المرأة حسن التبعل (شوهرداری) «۱».

در اسلام جهاد زن، شوهرداری کردن است، نه جهاد در میدان جنگ و اما مدعیان تساوی زن و مرد باید بگویند که چند نفر از زنان در میدانهای جنگ دارند و یا چند نفر از فرماندهان عالی رتبه جنگ از زنان هستند.

بررسی حقوق زوج و زوجه

اشاره

در کلام امام در تحریر الوسيله سه حق برای مرد و سه حق برای زن ذکر شده که در کلام دیگران هم آمده است.

حقوق زوج بر زوجه:

اشاره

مرحوم امام این حقوق را در تحریر الوسيله بیان فرموده‌اند:

حقّ اوّل: اطاعت زوجه از زوج

اشاره

حقّ اوّل این بود که فرمودند:

و من حقّه علیها أن تطيعه و لا تعصيه، حقّ مرد بر زن این است که زن او را اطاعت کرده و نافرمانی نکند. ما اجمال این حق را قبول داریم ولی باید ببینیم که در چه چیزهایی باید اطاعت کند؟

مرحوم امام و دیگران مثل صاحب جواهر و صاحب مسالك محدودهای برای اطاعت زن تعیین نکرده‌اند ولی مرحوم صاحب ریاض اطاعت را در مورد استمتاع می‌دانند.

متأسفانه این بخش از فقه دارای پیچیدگیهایی است ولی بزرگان به سادگی از آن گذشته‌اند، و مانند سایر ابواب از آن بحث نکرده‌اند؛ شاید به این جهت بوده که در آن زمان کمتر محلّ ابتلا بوده است ولی در زمان ما مسئله مهمی است.

مرحوم صاحب جواهر هم به سادگی از این مسأله گذشته و می‌فرماید:

و من حقّه علیها أن تطعیه و لا- تعصیه و لا- تتصدّق من بیته إلّا یاذنه و لا تصوم تطوّعا إلّا یاذنه و لا تمنعه نفسه و لو كانت علی ظهر قتب (جهاز و خمیدگی پشت شتر و کنایه از این است که در هر شرایطی شوهر را منع نکند مثل این که گفته می‌شود اگر آب در دست است زمین بگذار و بیا که کنایه از زود آمدن است؛ البتّه انتظارات مرد از زن در مورد استمتاع، باید در حدّ عرف و عادت باشد و اگر چیزی خلاف عرف و عادت بخواهد دلیلی بر قبول آن از ناحیهٔ زوجه نداریم و دفعات و کیفیت استمتاع هم باید متعارف باشد) و لا- تخرج من بیتهای إلّا یاذنه و لو إلى أهلها و لو لعیاده والدها أو فی عزائه و أن تطیب بأطیب طیبه و تلبس أحسن ثیابها و تترین بأحسن زینتها. (ظاهرا واجب و مستحب در این عبارات مخلوط شده چون کسی نگفته است که پوشیدن بهترین لباسها یا استعمال بهترین عطرها و یا استعمال بهترین زینتها واجب است) «۲».

صاحب جواهر در ادامه استدلال کرده و چند روایت را نقل می‌کند و از آن رد می‌شود.

مرحوم شهید ثانی می‌فرماید:

فالواجب علی کل منهما القیام للآخر بالحقوق الّتی علیه ... و أن یکفّ عمّا یکره صاحبه من قول أو فعل بغیر حقّ (ظاهرا باز مستحب و واجب با هم ذکر شده است ...) و منه عدم الخروج من منزله بغیر إذنه و لو إلى بیت أهلها حتّی عیاده مرضاهم و حضور میتهم و تعزیتهم. «۳»

مرحوم کاشف اللثام می‌فرماید:

فكما یجب علی الزوج النفقه و الإسکان و غیرهما کذا یجب علی الزوجه التّمکین من الاستمتاع و إزالة المنفّر من الدرن (کثافت) و روائح الخبیثه (منفّرها را از خود دور کند چون مقدّمه واجب یعنی استمتاع است). «۴»

اصل کلی:

اشاره

ما در فهم آیات و روایات یک اصل داریم و آن این که هر گاه متشابه و محکم در مقابل هم قرار گرفت متشابه را به وسیله

(۱). ح ۲، باب ۸۱ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۲). ج ۳۱، ص ۱۴۷.

(۳). مسالک، ج ۸، ص ۳۰۸.

(۴). کشف اللثام، ج ۷، ص ۴۸۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۱۷

محکم تفسیر می‌کنیم؛ حال اگر ظاهر و اظهر در مقابل هم بود، ظاهر را به وسیله اظهر تفسیر می‌کنیم. در ما نحن فیه سه اصل محکم داریم که متشابه‌ها را با آن تفسیر می‌کنیم:

اصل اول: «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»

ابهام ندارد و محکم است و اگر چیزی در مقابل آن بود آن را با این محکم تفسیر می‌کنیم.

اصل دوم: لا یجب علی الزوجه خدمه البیت

کسی نگفته است که اگر زوجه در خانه خدمت نکرد، ناشزه می‌شود، البته نباید خدمت بیت را ترک کند، چون ازدواج مشارکت است و به همین جهت است که می‌گویند در صورت طلاق می‌تواند اجرة المثل بگیرد ولی این در صورتی است که قصد تبرع نکرده باشد که در محیط ما نوعاً تبرع است.

اصل سوّم: حق شوهر مانع از ادای واجبات زن نمی‌شود

حق شوهر بر زن مانع از ادای واجبات او نمی‌شود یعنی شوهر نمی‌تواند جلوی نماز، روزه، حج و ... زوجه را بگیرد که این اصل مسلم و محکم است؛ حال وقتی زوج نمی‌تواند مانع انجام واجبات زوجه شود، چگونه می‌تواند مانع صلّه رحم که یکی دیگر از واجبات است شود؟!

۹۹- ادامه حق اول زوج بر زوجه ۱۲/۲/۸۴ روایاتی داریم که ظاهر آنها با این اصول منافات دارد که باید تفسیر شود. برخی از بزرگان فقط متن روایت را نقل کرده و گذشته‌اند، ولی نیاز به تفسیر دارد.

... عن محمد بن مسلم (سند معتبر است) عن أبي جعفر عليه السلام قال: جاء امرأة إلى النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله فقالت: يا رسول الله صَلَّى اللهُ عليه وآله ما حقّ الزوج على المرأة؟ فقال لها: أن تطيعه و لا تعصيه و لا تصدق من بيته إلّا بإذنه و لا تصوم تطوعاً إلّا بإذنه و لا تمنعه نفسها و إن كانت على ظهر قتب و لا تخرج من بيتها إلّا بإذنه و إن خرجت بغير إذنه من بيتها لعنتها ملائكة السماء و ملائكة الأرض و ملائكة الغضب و ملائكة الرحمة حتّى ترجع إلى بيتها قالت: يا رسول الله صَلَّى اللهُ عليه وآله من أعظم الناس حقّاً على الرجل؟ قال: والده قالت: فمن أعظم الناس حقّاً على المرأة؟

قال: زوجها قالت: فما لي عليه من الحق مثل ما له عليّ؟ قال: لا و لا من كلّ مائة واحدة قال: فقالت: و الذي بعثك بالحق نبياً لا يملك رقبتى رجل ابدا (تا آخر عمر شوهر نمی‌کنم و تعبیرش این بود که مردی را مالک خود قرار نمی‌دهم) «۱».

حدیث از نظر سند معتبر است و به همین دلیل جمعی از بزرگان این حدیث را در کتب فقهی خود ذکر کرده و فتوا داده‌اند ولی این حدیث باید بررسی شود:

اولاً: ممکن است این حدیث قضیه فی واقعه باشد یعنی حدیثی که ناظر به شخص یا اشخاص معینی است و جنبه عمومیت ندارد، چرا که احتمال دارد زنان آن زمان اعتنایی به شوهر نمی‌کردند و لذا پیامبر صَلَّى اللهُ عليه وآله از این تعابیر استفاده فرموده‌اند، پس تعارض با آیات «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيَّهِنَّ» ندارد، و احتمال دارد که بیان استحباب باشد یعنی اطلاق «تطيعه و لا تعصيه» را حمل بر استحباب کنیم و اگر حمل بر استحباب نکنیم، مشکلات مهمی پیدا می‌شود، چون خدمت بیت و ارضاع ولد به طور مسلم بر زن واجب نیست، پس نمی‌توان گفت اطاعت مطلقاً واجب است.

ثانیا: در روایات داریم «بعثت على الشريعة السمحة السهلة» و «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» این چه شریعت آسانی است که زن با شنیدن این سخنان گفت من دیگر ازدواج نمی‌کنم و از شوهر کردن متنفر شد؟!

ثالثاً: این روایت با آیه «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيَّهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» سازگار نیست، چرا که آیه می‌فرماید اینها مثل هم هستند و در روایت می‌گوید که زنان یک صدم حق مرد را دارند.

پس با توجه به قرآینی مانند رفتار حضرات ائمه معصومین علیهم السّلام و پیامبر صَلَّى اللهُ عليه وآله با همسران خود و آیات و روایات دیگر، می‌گوییم یا زنان در آن زمان طغیان می‌کردند که پیامبر چنین فرموده‌اند (از قبیل قضیه فی واقعه) و یا این که مستحب و واجب در کنار هم ذکر شده است، پس نمی‌توانیم به اطاعت و عدم عصیان مطلق فتوا دهیم.

... عن عمرو بن الجبير العزرمي (مجهول الحال است) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: جاءت امرأة إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عليه وآله فقالت: يا رسول الله صَلَّى اللهُ عليه وآله ما حقّ الزوج على المرأة قال: أكثر من ذلك (بیش از این است که شما خیال

می‌کنید) قالت: فخبّرنی عن شیء منه قال: لیس لها أن تصوم إلّا بإذنه یعنی تطوّعا و لا تخرج من بیتها بغير إذنه و علیها أن تطیب بأطيب طیبه‌ها و تلبس أحسن ثیابها و تزین بأحسن زینتها و تعرض نفسها علیه غدوةً و عشیا و أكثر من ذلك حقوقه علیها. «۲»

(۱). وسائل الشیعة، ج ۱۴، ح ۱، باب ۷۹ از ابواب مقدمات نکاح و کافی، ج ۵، ص ۵۰۷.

(۲). وسائل الشیعة، ج ۱۴، ح ۲، باب ۷۹ از ابواب مقدمات نکاح و کافی، ج ۵، ص ۵۰۷.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۱۸

باز در اینجا این سؤال مطرح است که آیا ذیل روایت جزء واجبات است؟

قراین خارجیّه داریم که باید حمل بر استحباب شود و وقتی حمل بر استحباب شد از باب وحدت سیاق ظهور بقیه در وجوب متزلزل می‌شود.

أضف إلى ذلك؛ این روایت از نظر سند هم ضعیف است؛ حال با وجود ضعف سند و ظهور در استحباب احتمال دارد که در آن زمان زنها به خودشان نمی‌رسیدند و کثیف بودند و به همین جهت پیامبر چنین فرموده‌اند تا زنان از آن وضع خارج شوند، پس باز احتمال قضیه فی واقعه در اینجا وجود دارد.

۱۰۰- ادامه حق اول زوج بر زوجه ۱۳/۲/۸۴* و بالإسناد عن ابن أبي حمزة (مشکل دارد)، عن أبي المغراء، عن أبي بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقالت: ما حق الزوج على المرأة؟ قال: أن تجيبه إلى حاجته و إن كانت على قتب (که مراد استمتاع است) و لا تعطى شيئا إلّا بإذنه (به قرینه ذیل منظور از مال شوهر است) فإن فعلت فعلها الوزر و له الأجر و لا تبيت ليلةً و هو عليها ساخط (شبی بر او نگذرد در حالی که شوهر بر او خشمگین است) قالت: یا رسول الله صلى الله عليه وآله و إن كان ظالما؟ (هر چند حق با شوهر نیست) قال: نعم الحديث (آیا این وظیفه شرعی است یا یک وظیفه اخلاقی؟ یک وظیفه اخلاقی است یعنی اگر او جفا کرد تو مدارا کن تا شیرازه خانواده متلاشی نشود، پس این ذیل مستحب است) «۱».

در این حدیث هم مثل احادیث دیگر واجب و مستحب با هم ذکر شده است. البته حدیث ذیلی دارد که در پاورقی آمده است: قالت و الذی بعثک بالحق لا تزوّج زوجا أبدا.

این ذیل نشان می‌دهد که حکم نمی‌تواند واجب باشد، چون با لا ضرر، لا حرج و شریعت سمحه و سهله سازگار نیست و این مدارا کردن به عنوان یک وظیفه اخلاقی است.

حدیث ذیل دو سند دارد که یک سند از کافی است و اشکال دارد و سند دیگری از مرحوم صدوق است که سند خوبی است.

... عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن رجلا من الأنصار على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله خرج في بعض حوائج فعهد إلى امرأته عهدا (آیا معاهده‌ای بسته یا این که امر کرده؟) أن لا تخرج من بيتها حتى يقدم (در ادامه می‌فرماید پدر زن مریض شد و زن خدمت پیامبر صلی الله علیه و آله فرستاد و پرسید که آیا اجازه می‌دهید به عیادت پدرم بروم؟ پیامبر صلی الله علیه و آله فرمود) لا، اجلسی فی بیتک (در خانه‌ات بنشین و از همسرت اطاعت کن، بیماری پدر سنگین شد باز خدمت پیامبر فرستاد، حضرت فرمود در خانه‌ات بنشین و از همسرت اطاعت کن؛ برای مرتبه سوم به او خبر دادند که پدرت فوت کرده خدمت پیامبر صلی الله علیه و آله فرستاد و عرض کرد آیا اجازه دارم در تشییع پدر حاضر شوم؟ پیامبر صلی الله علیه و آله اجازه نفرمود بعد از دفن پدر، پیامبر صلی الله علیه و آله پیکی نزد زن فرستاد و فرمود: إن الله قد غفر لك و لأبيك بطاعتك لزوجك. «۲»

اگر «عهد» در روایت به معنای امر باشد، خلاف ظاهر است و اگر به معنای عهد و پیمان باشد در این صورت اطاعت زوج هم به معنی پیروی از قرار داد است؛ حال آیا این قرار داد شرط ابتدایی است که (در این صورت واجب الوفاء نیست) یا صیغه عهد

(عاهدت الله) خوانده است که این هم خلاف ظاهر است؟

با این حدیث و امثال آن چه کنیم؟ باید بگوییم این نیز یک مسئله شخصی و قضیه فی واقعه است و یک کار مستحب بوده که در قبال آن خداوند او و پدرش را آمرزید تا نشان دهد اهمیت اطاعت شوهر تا چه اندازه است.

...* عن جابر الجعفی (سند ظاهرا معتبر است) عن أبي جعفر عليه السلام قال: خرج رسول الله صلى الله عليه وآله يوم النحر (عيد قربان) إلى ظهر المدينة على جمل عارى الجسم (شتر عریان) فمرّ بالنساء فوقف عليهنّ ثم قال: يا معشر النساء تصدّقن و أطعن أزواجكنّ فإنّ أكثركنّ في النار فلما سمعن ذلك بكين ثم قامت إليه امرأة منهنّ فقالت: يا رسول الله صلى الله عليه وآله في النار مع الكفّار؟ والله ما نحن بكفّار فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله: إنكنّ كافرات بحق أزواجكنّ «۳».

این ذیل نشان می دهد که این روایت هم از قبیل قضیه فی واقعه است، چرا که پیامبر شنیده بود که عدّه ای از زنان در حق شوهرانشان کوتاهی می کنند که چنین آنها را مورد خطاب قرار می دهند و اکثر آنها را این چنین می دانند نه تمام زنها را. دو حدیث هم از عامّه نقل می کنیم:

...* عن ابن عباس قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله قالت يا رسول الله صلى الله عليه وآله ما حق الزوج على زوجته؟ قال: أن لا تمنع نفسها منه و لو

(۱). ح ۳، باب ۷۹ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۲). ح ۱، باب ۹۱ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۳). ح ۳، باب ۹۱ از ابواب مقدّمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۱۹

علی قتب فإذا فعلت (أی منعت) کان علیه الإثم ثم قال: ما حقّ الزوج علی زوجته؟ قال: أن لا تعطى شيئا من بيته إلاّ بإذنه (پیامبر فقط دو حق را ذکر می کند با این که در مقام بیان است و سائل هم در مقام سؤال است «...» ۱)

...* عن النبي صلى الله عليه وآله إن امرأة أتته فقالت: ما حقّ الزوج علی امرأته فقال: لا تمنعه نفسها و إن كانت علی ظهر قتب و لا تعطى من بيته شيئا إلاّ بإذنه ... و لا تصوم يوما تطوّعا إلاّ بإذنه ... و لا تخرج من بيته إلاّ بإذنه ... قيل فإن كان ظلما؟ قال: و إن كان ظلما (این هم باز یک مسئله اخلاقی است چون پیامبر امضای ظلم نمی کند). «۲»

جمع بندی:

از مجموع روایاتهای هفت گانه استفاده می شود این روایات که در مورد اطاعت مطلقه آمده نمی تواند دلیل قطعی باشد، چون با مستحبات آمیخته است و علاوه بر این در خود روایات قرآینی (مثل و إن كان ظلما) وجود دارد که از آن اطاعت مطلق استفاده نمی شود، همچنین قرآین خارجیه مثل «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» و آیه «وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ» (بر زنها سخت نگیرید) «۳» هم وجود دارد. پس ما اطاعت مطلقه را نتوانستیم ثابت کنیم و آنچه که در روایات آمده یک مسئله اخلاقی و از قبیل قضیه فی واقعه است.

۱۰۱- ادامه حق اولّ زوج بر زوجه ۱۳ / ۲ / ۸۴ بعضی معتقدند دفاع ما از حقوق زنان به معنای زن سالاری است در حالی که دفاع ما از حقوق زنان به معنای زن سالاری نیست بلکه دفاع از مکتب اسلام است.

زمانی بود که بعضی با مطالعاتشان تبلیغ مرد سالاری می کردند، ولی ما می خواهیم کاری کنیم حقّ زنها به آنها داده شود تا افتخار کنند و زیر پرچم اسلام بمانند که اگر این کار را نکنیم زیر پرچم کنوانسیون دفاع از حقوق زنان می روند.

پس ما اطاعت مطلقه مرئه نسبت به زوج را قبول نداریم. دو نفر از بزرگان هم با صراحت روی این مسأله تأکید کرده اند و معلوم می شود که ما در این راه تنها نیستیم.

مرحوم صاحب ریاض می فرماید:

فمتی ظهر من المرأة أماره العصيان بتقطبها (اخم کردن) فی وجهه (در مقابل شوهر) و الضجر و السأم (سنگینی و ناراحتی) بحوائجه التي يجب عليها فعلها من مقدمات الاستمتاع بأن تمتنع أو تتناقل إذا دعاها إليه لا مطلق حوائجه إذ لا يجب عليها قضاء حاجته التي لا تتعلق بالاستمتاع «۴».

مرحوم آیه الله خوانساری هم بعد از نقل روایت محمد بن مسلم و روایات دیگر می فرماید:

و لا يخفى أنها (روایات) مشتملة على الحقوق الواجبة و غير الواجبة فإنما فی رواية محمد بن مسلم من قوله عليه السلام على المحكى «أن تطيعه و لا تعصيه» يشمل إطلاقه الإطاعة و ترك العصيان فی كل أمر و من المعلوم عدم لزوم إطاعة الزوج فی غسل ثوبه و طبخ الخبز و غيره و سائر حوائجه. «۵»

در ادامه می فرماید بعضی از مستحبات در این روایات است که سیره زنان مؤمنه ما بر خلاف آن است چرا که هرگز بهترین زینتها و بهترین عطرها و بهترین لباسها را تهیه نمی کنند که در این روایات به آن امر شده است.

۱۰۲- حق دوم (عدم الخروج من منزله بغير إذنه) ۸۴ / ۲ / ۱۷

حق دوم: عدم خروج زوجه بدون اذن زوج از منزل

اشاره

دومین حقی که زوج بر زوجه دارد و در کلمات فقها و مرحوم امام هم آمده، عدم خروج زوجه از منزل بدون اذن زوج است. درباره این حق، عامه و خاصه بحث کرده اند و غالباً آن را قبول کرده و از قبیل ارسال مسلمات می دانند. مرحوم شهید ثانی می فرماید:

و منه (حق زوج) عدم الخروج من منزله (زوج) بغير إذنه (زوج) و لو إلى بيت أهلها حتى عيادة مرضاهم و حضور میتهم و تعزيتهم. «۶»

مرحوم صاحب حدائق بعد از نقل روایات دال بر حقوق زوج و زوجه اشاره ای به روایت محمد بن مسلم و عزر می کرده و می فرماید:

و ظاهرها وجوب تلك الحقوق المذكورة فی الخبر الأول علیها و أنها تؤاخذ بتركها. «۷»

(۱). السنن الكبرى، ج ۷، ص ۲۹۲ و ۲۹۳.

(۲). السنن الكبرى، ج ۷، ص ۲۹۲.

(۳). سورة طلاق، آیه ۶.

(۴). ج ۷، ص ۱۹۹.

(۵). جامع المدارك، ج ۴، ص ۴۳۵.

(۶). مسالك، ج ۸، ص ۳۰۸.

(۷). ج ۲۳، ص ۱۲۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۲۰

سند روایت محمد بن مسلم قوی و دلالتش بر عدم خروج از منزل خوب بود و وجوب مؤکدگی را می‌رساند. تعبیر روایت این بود که:

...* إن خرجت من بيتها لعنتها ملائكة السماء و ملائكة الأرض و ملائكة الغضب و ملائكة الرحمة «... ۱»

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۶، ص: ۱۲۰

مرحوم صاحب جواهر «۲» باز به صورت ارسال مسلم این مسأله را ذکر کرده است.

اهل سنت هم این مسأله را پذیرفته‌اند و در این که آیا استثنا دارد و زوجه می‌تواند به مسجد برود یا نه، اختلاف دارند پس اصل مسئله عدم خروج را مسلم دانسته‌اند.

ابن قدامه می‌گوید:

فصل: و للزوج منعها من الخروج من منزله إلى ما لها منه بد (ضروری نیست و چاره‌ای دارد) سواء أرادت زيارة والديها أو عيادتها أو حضور جنازة أحدهما، در ادامه داستان زنی که شخصی را خدمت پیامبر صلی الله علیه و آله فرستاد و اجازه خروج از منزل گرفت و حضرت او را منع کرد نقل کرده و می‌گوید: فقال القاضي له جواز منعها من الخروج إلى المساجد و هو مذهب الشافعي و ظاهر الحديث يمنعها من منعها لقول النبي صلی الله علیه و آله لا تمنعوا إماء الله مساجد الله. «۳»

پس مسئله عدم خروج از منزل از حقوقی است که اجماع بر آن قائم است و مخالفی نیست. علاوه بر این که مسأله ظاهراً مخالفی ندارد، روایات متعددی هم دلالت بر آن دارد که سه روایت از روایاتش سابقاً مطرح شد، یکی روایت محمد بن مسلم «۴» و دیگری روایت عزرمی «۵» بود که بیان شد عزرمی مجهول الحال است و شخص دیگری هم در سند ضعیف است و روایت می‌فرمود:

...* و لا تخرج من بيتها إلا بإذنه «۶».

روایت صحیح دیگری (روایت عبد الله بن سنان) «۷» هم در مورد عدم خروج از منزل داشتیم که در مورد مردی بود که به سفر رفت و از زن خود پیمان گرفت که از خانه خارج نشود.

بیان شد که این روایت قابل اعتنا نیست و از قبیل قضیه فی واقعه است؛ پس مهم برای ما روایت محمد بن مسلم است.

روایات دیگری هم نقل شد، دو روایت از اهل تسنن که می‌فرمود:

لا تخرج من بيته إلا بإذنه «۸».

در مجموع این حق با حق اولی (اطاعت مطلقه) خیلی فرق دارد چون اطاعت مطلقه نه دلیل داشت و نه سیره بر آن بود، در حالی که عدم خروج از بیت، هم اتفاق نظر بر آن است و هم روایت صحیح قوی الدلالة دارد؛ (البته اطاعت مطلقه را پذیرفتیم و گفتیم که خلاف سیره و محکّمات است)، پس بعید نیست که فتوا دهیم به این که خروج از منزل جایز نیست، ولی مشکلی که ما با فتوای بزرگان داریم عمومی است که قائل شده‌اند؛ عمدتاً سه نوع خروج از منزل قابل استثناست:

۱- برای حوایج شخصی از منزل خارج می‌شود، مثلاً شوهر پولی برای تهیه آذوقه به او داده و در مسافرت است که در اینجا برای تهیه آذوقه می‌تواند خارج شود و دلیل آن عسر و حرج و ضرر است.

۲- خروج برای انجام تکلیفی از تکالیف واجب مثل ادای دین واجب و یا حج و صلّه رحم. یکی از واجبات صلّه رحم است که یک معنای عرفی دارد و معنای آن این است که قطع رابطه با پدر و مادر نکند و در حدّ عرفیات رابطه را برقرار کند. در عرف شرکت در عزا و عیادت و حتی شرکت در مراسم عروسی هم صلّه رحم است و باید ارتباط در حدّی باشد که عرفاً نگویند اینها قهر هستند و مشکل دارند.

از جمله مسائلی که این روزها جزء واجبات است، حضور در مجالس وعظ و خطابه است، برای این که تعلّم احکام دینی واجب است و معمولاً- جایی جز مساجد برای تعلیم احکام نیست، حال اگر زن را از خروج از منزل نهی کنند چگونه مسائل را یاد بگیرند علاوه بر این که اگر در جماعت شرکت نکنند سبب استخفاف جماعت است پس باید کم و بیش در جماعت حاضر شوند. و از جمله واجبات حضور در بعضی از راه‌پیمایی‌هاست که اگر حاضر نشوند، نیمی از جامعه در واقع شرکت نکرده‌اند و باعث ضعف نظام است؛ پس اینها مسائلی است که واجب است و اگر زن از منزل خارج نشود نمی‌تواند به واجبات خود عمل کند.

(۱). ح ۱، باب ۷۹ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۲). ج ۳۱، ص ۱۴۷.

(۳). ج ۸، ص ۱۲۹.

(۴). ح ۱، باب ۷۹ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۵). ح ۲، باب ۷۹ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۶). ح ۲، باب ۷۹ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۷). ح ۱، باب ۹۱ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۸). السنن الکبری، ج ۷، ص ۲۹۲.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۲۱

۳- جاهایی که اگر شوهر نهی کند مصداق عدم معاشرت بالمعروف است. ما اگر این استثنائات را کنار آن حکم کلی (عدم خروج از منزل بدون اذن) بگذاریم، دیگر جای اعتراضی نیست که اسلام طرفدار جامعه مرد سالار است؛ پس ما می‌گوییم زنان از خانه بدون اذن شوهر خارج نشوند ولی موارد متعددی را استثنا کرده و اجازه می‌دهیم.

۱۰۳- ادامه حقّ دوّم زوج بر زوجه ۸۴ / ۲ / ۱۸ یکی از شرایط قصر نماز این است که سفر معصیت نباشد و از جمله سفرهای معصیتی، سفر زوجه بدون اذن زوج است ولی بعضی از فقها مخالفت کرده‌اند.

مرحوم صاحب جواهر «۱» می‌فرماید: سفر زوجه بدون اذن زوج، سفر حرام است اگر مصداق نشوز باشد، از این عبارت معلوم می‌شود که خروج از منزل که همه آن را حرام می‌دانند و مسلم است، ظاهراً در جایی است که خروج از منزل از باب نشوز باشد، بنا بر این وقتی سفر بدون نشوز حرام نباشد خروج از منزل به طریق اولی حرام نخواهد بود.

در حواشی عروه مرحوم آیه الله العظمی خوئی در مورد سفر زوجه بدون اذن زوج می‌فرماید:

هذا إذا انطبق عليه عنوان النشوز و إلا فالحکم بحرمه السفر فی غایة الإشکال.

پس اصل مسأله متزلزل می‌شود یعنی این که آیا این حرمتی که برای خروج بدون اذن ذکر کردیم، حرمت مطلقه است یا حرمتی است که مقید به نشوز شود یا حرمتی که مقید به فساد باشد؟ یعنی اگر خروج از منزل مستلزم فساد باشد حرام است، پس معلوم می‌شود اجماع بر حرمت مطلقه نیست، چون همان گونه که بیان شد عده‌ای با آن مخالفند، بنا بر این مسأله به این وضوح و روشنی نیست که فقها به سادگی از آن گذشته‌اند.

روایات دیگری در مورد حرمت خروج زن از منزل بدون اجازه:

در بحثهای سابق در مورد حرمت خروج زن از منزل بدون اذن شوهر چهار روایت بیان شد، روایات متعدّد دیگری هم داریم که به پنج روایت دیگر هم در این مسأله اشاره می‌کنیم.

...* عن الحسين بن زيد، عن الصادق، عن آبائه عليهم السّلام عن النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله في حديث المناهي (حديثي است که در آن نهی های متعددی آمده است) قال: و نهی أن تخرج المرأة من بيتها بغير إذن زوجها (ممکن است بگویم نهی در این حدیث ظهور در حرمت ندارد چون در این حدیث مکروهات هم ذکر شده ولی در ادامه دارد که) فإن خرجت لعنها كل ملك في السماء و كل شيء تمرّ عليه من الجنّ و الإنس حتّى ترجع إلى بيتها (این لعن با این شدت تأکید در حرمت است) و نهی أن تتزین لغير زوجها فإن فعلت كان حقاً على الله عزّ و جل أن يحرقها بالنار (... ۲).

ذیل روایت به این معناست که این زینت مقدّمه عمل نامشروع است و این قرینه است بر این که در مورد خروج هم هر خروجی مراد نیست بلکه خروجی مراد است که در آن احتمال فساد و فتنه بوده و مقدّمه روابط نامشروع است، به خصوص که لعن به این شدت نمی تواند هر خروجی را شامل شود (مثلاً برای خرید حواجی خانه).

...* عن جعفر بن محمد، عن آبائه عليهم السّلام في وصية النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله لعليّ عليه السّلام قال: يا عليّ ليس على النساء جمعة و لا- جماعة ... و لا تخرج من بيت زوجها إلّا بإذنه فإن خرجت بغير إذنه لعنها الله عزّ و جلّ و جبرئيل و ميكائيل (لعن شديد در روایت ممکن است قرینه بر حرمت باشد (... ۳).

...* عن محمّد بن عليّ الرضا (امام جواد عليه السّلام) عن آبائه عليهم السّلام عن عليّ عليه السّلام و قال: دخلت أنا و فاطمة عليّ رسول الله صَلَّى اللهُ عليه و آله فوجدته يبكي بكاء شديداً فقلت له فداك أبي و أمي يا رسول الله صَلَّى اللهُ عليه و آله ما الذي أبكاك فقال يا عليّ ليلة أسرى بي إلى السماء رأيت نساء من أمّتي في عذاب شديد پیامبر ناراحت شده و از علّت مجازات آنها سؤال می فرماید، و جبرئيل برای حضرت شرح می فرماید ...: و أمّا المعلقة برجليها فإنها كانت تخرج من بيتها بغير إذن زوجها (چنین عذاب شدیدی دلیل بر حرمت است (... ۴).

* عليّ بن جعفر في كتابه (معناي این تعبير این است که کتاب عليّ بن جعفر نزد صاحب وسائل بوده و از آن کتاب نقل می کند، پس روایت معتبر است) عن أخيه قال: سألته عن المرأة أ لها أن تخرج بغير إذن زوجها؟ (اگر خروج بدون اذن به این اندازه واضح بوده دیگر جایی برای این سؤال نبوده است) قال: لا، و سألته عن المرأة أ لها أن تصوم بغير إذن زوجها (روژه مستحب مراد است

(۱). ج ۱۴، ص ۲۵۹.

(۲). ح ۵، باب ۱۱۷ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۳). ح ۶، باب ۱۱۷ از ابواب مقدّمات نکاح.

(۴). ح ۷، باب ۱۱۷ از ابواب مقدّمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۲۲

چون روژه واجب که جای سؤال ندارد) قال: لا بأس (در حالی که همه می گفتند روژه مستحب اشکال دارد) «۱».

روایتی هم در منابع عامّه آمده است:

* عن عبد الله بن عمر قال: رأيت امرأة أتت إلى النبي و قالت: يا رسول الله صَلَّى اللهُ عليه و آله ما حقّ الزوج على زوجته قال: حقّه عليها أن لا تخرج من بيتها إلّا بإذنه فإن فعلت لعنها الله و ملائكة الرحمة و ملائكة الغضب حتّى تتوب أو ترجع «۲».

روایات دیگری هم داریم که مرحوم محدّث نوری در مستدرک الوسائل نقل کرده اند که با همین مضامین است. در جامع الأحادیث هم این احادیث جمع آوری شده است.

پس احادیث در این مسأله متضاد و دلالت آن هم صریح است، به طوری که حمل بر کراهت نمی شود، ولی این سؤال پیش می آید که آیا باید به اطلاق این احادیث عمل کنیم یا این احادیث در مورد جایی است که نشوز (سرکشی در مقابل زوج) یا فتنه و فساد

لازم بیاید یا این که بگوییم این روایات برای زنان صدر اسلام است که به زمان جاهلیت نزدیک و جدید الاسلام بودند، بنا بر این بعضی از رسوم جاهلیت در میان آنها بود و برای کنترل آنها در روایات چنین فرموده‌اند، که اگر چنین بگوییم اصل مسأله متزلزل شده و لوازم آن مثل نشوز و فتنه و فساد حرام می‌شود و شاهد این مسأله این است که غالب روایات لعن و نهی از زمان پیامبر صلی الله علیه و آله است.

به عنوان مثال در مورد نهی از ازدواج با اماء روایات متعددی داریم و دلیل آن این است که در آن زمان اماء به سادگی روابط نامشروع برقرار می‌کردند و حتی بعضی‌ها اماء خود را به این اعمال وادار می‌کردند و پول می‌گرفتند، که قرآن از آن نهی می‌کند، پس این نهی‌ها به خاطر این است که در آن زمان این عمل به جهت جدید الاسلام بودن مبتلا- به بوده و به همین جهت روایات متعددی از آن نهی کرده است.

۱۰۴- ادامه حق دوم زوج بر زوجه ۱۹ / ۲ / ۸۴

جمع‌بندی:

در مقام جمع‌بندی در برابر این روایات چند نظر موجود است:

۱- از ظاهر کلمات بسیاری از فقها استفاده می‌شود که این حق مطلق است و باید زن مطلقاً اجازه بگیرد، مگر در واجبات.
 ۲- عدم خروج از منزل مقتید است به جایی که موجب نشوز یا مزاحم حق زوج باشد. البته جایی ممکن است مزاحم حق زوج باشد ولی نشوز نباشد مثلاً زوج نیاز به استمتاع دارد ولی زوجه از منزل خارج شده است و قصد گردن‌کشی هم ندارد، ولی گاهی ناشزه است و در مقام عصیان و گردن‌کشی است. از کسانی که این قول را پذیرفته‌اند، مرحوم آیه الله العظمی خوئی است که می‌فرماید:
 هذا (حرمت سفر زوجه بدون اذن زوج) لا دلیل علی حرمته علی الإطلاق بل حتی مع النهی فضلاً عن عدم الإذن إلاً إذا كان موجبا للنشوز و منافياً لحق الزوج فإنّ هذا المقدار ممّا قام علیه الدلیل: و علیه یحتمل ما ورد فی بعض الأخبار من حرمة الخروج بغیر الإذن (از تعبیر «بعض الأخبار» معلوم می‌شود که روایات دیگر در دسترس ایشان نبوده و بررسی نشده است و فقط آدرس دو روایت در پاورقی آمده است) فإنّ المراد بحسب القرائن خروجاً لا رجوعاً فیه بنحو یصدق معه النشوز و تفصیل الکلام موكول إلى محلّه فکیفما كان فلا- دلیل علی أنّ مطلق الخروج عن البیت بغیر الإذن محرم علیها و لو بأن توضع قدمها خارج البیت لرمی النفايات (برای خارج کردن زباله‌ها) مثلاً- أو تخرج لیدی غیبه زوجها- لسفر أو حبس و نحو ذلك- إلى زیارة أقاربها أو زیارة الحسین علیه السّلام مع تسّرها و تحفظها علی بقیة الجهات فإنّ هذا ممّا لا دلیل علیه بوجه. «۳»

مرحوم آیه الله میلانی در حاشیه عروه در نماز مسافر می‌فرماید:

الأحوط فیما لو عصت لکن لم یعدّ سفرها نشوزاً أن تجمع بین القصر و الإتمام (اگر خروج زن به طور قطع حرام باشد، در این صورت سفر معصیت است و نماز باید تمام باشد ولی از این تعبیر معلوم می‌شود که ایشان در حرمت خروج بدون نشوز تردید داشته‌اند).

مرحوم آیه الله قمی در حاشیه عروه می‌فرماید:

المتیقن فیها ما صارت الزوجه بالسفر ناشزه (اگر ناشزه نباشد چنین نیست).

ظاهراً بزرگان معاصرین تحت تأثیر کلام صاحب جواهر هستند و فقط آیه الله خوئی نیست بلکه در بین معاصرین پایه‌های مسأله متزلزل شده است.

(۲). الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۹، ص ۶۸۵۱.

(۳). المستند فی شرح العروۃ الوثقی، ج ۲، ص ۱۰۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۲۳

مرحوم صاحب جواهر «۱» وقتی امثله سفر محرّم در باب صلاة مسافر را ذکر می‌کنند می‌فرمایند:

و الزوجه للنشوز (خروج المرأة الى السفر نشوزا)، که این مصداق سفر محرّم است، یعنی اگر بدون نشوز باشد اشکالی ندارد.

و لکن الإنصاف، مقید کردن روایات به نشوز تا این حد در حالی که روایات مطلق بود، ممکن نیست، چون روایات متعدّد و در مقام بیان و مطلق است و ظاهراً فقها تمام روایات را ندیده‌اند.

۳- این روایات مقید به جایی است که خروج منشأ فتنه و فساد است یعنی محیط فاسد است و با خروج او از منزل بیم فساد و فتنه می‌رود. اگر بیم فساد نباشد خروج او از منزل اشکال ندارد.

شاهد اول: تعبیراتی است که در آیه شریفه «وَلَا تُكْرَهُوا فِتْيَانًا تَكُمُ عَلَى الْبَغَاءِ» «... ۲» آمده است.

در زمان پیامبر صلی الله علیه و آله محیط جامعه به قدری آلوده بود که بعضی از مسلمانان صدر اسلام به وسیله کنیزهایشان از راه نامشروع در آمدی کسب می‌کردند قرآن با آنها برخورد می‌کند ولی چون محیط فاسد بوده قرآن کم کم می‌خواهد آنها را برگرداند و از ذیل آیه که می‌فرماید: «وَمَنْ يُكْرِهُنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ» معلوم می‌شود که مخاطب مسلمانند.

شاهد دوم: آیه شریفه که در مورد کفار و فسّاقی که به زنه‌ای کنیز متعرض می‌شدند می‌فرماید:

«يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ وَنِسَاءَ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ» (چیزی بین روسری و چادر) ذَلِكَ أَذْنِي أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذَيْنَ» «۳».

این کار نشان می‌دهد که آنها حرائر هستند و به همین جهت مزاحم آنها نمی‌شوند. صدر اسلام محیط بدی بوده که البته جای تعجب ندارد چون صدر اسلام بوده و یک شبه همه چیز قابل تغییر نبود، در ادامه قرآن در آیه بعد به شدت آنها را تهدید می‌کند: «لَئِنْ لَمْ يَنْتَهِ الْمُدَافِقُونَ وَالَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ وَالْمُرْجِفُونَ فِي الْمَدِينَةِ لَنُغْرِيَنَّكَ بِهِمْ ثُمَّ لَا يُجَاوِرُونَكَ فِيهَا إِلَّا قَلِيلًا * مَلْعُونِينَ أَيْنَمَا ثُقُفُوا أُخْذُوا وَقُتِلُوا قَتِيلًا» «۴»، اینها نشان می‌دهد که محیط فاسد بوده است حال اگر در چنین محیطی زنها از خارج شدن منع شوند، آیا در هر محیطی می‌توان چنین گفت؟ پس باید عدم خروج از منزل را به خوف و فساد و فتنه مقید کنیم.

و لکن الإنصاف؛ اگر بخواهیم همه روایات را مقید و محدود کنیم به جایی که فتنه و فساد بوده، خالی از اشکال نیست، گرچه بیشتر روایات مربوط به زمان پیامبر صلی الله علیه و آله است، ولی تمام روایات از آن حضرت نبوده بلکه تعدادی مربوط به امام صادق علیه السلام است.

نتیجه: فتوای نهایی ما این است که الاحوط (احتیاط و جویبی) لو لا- الاقوی خروج زن از منزل احتیاج به اذن شوهر دارد ولی استثنائات زیادی دارد. لکن هذا کله إذا لم یکن من باب التضييق و الضرر، اگر شوهر بخواهد زن را در فشار قرار دهد، ادله از اینجا منصرف و فقط برای جایی است که غرض عقلائی دارد. آیه ۶ سوره طلاق هم در مورد مطلقات شاهد خوبی است.

قرآن در مورد مطلقات که در حال عدّه هستند و باید در خانه شوهر بمانند می‌فرماید:

«وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ».

وقتی قرآن درباره زنان مطلقه چنین دستور می‌دهد، در مورد همسر خودش به طریق اولی باید او را در مضیقه و فشار قرار ندهد.

۱۰۵- ادامه حق دوم زوج بر زوجه ۲۰ / ۲ / ۸۴ الاحوط لو لا- الاقوی با ظواهر این روایات که حرمت است و ظواهر اقوال فقها موافقت می‌کنیم ولی استثنائات متعدّدی دارد که در کلمات فقها نیامده است.

اشاره

این استثنائات را در پنج عنوان خلاصه می‌کنیم. تصوّر ما این است که با توجّه به استثنائات، جایی برای ایراد در مورد مرد سالاری و زن‌سالاری باقی نمی‌ماند و در واقع حدّ اعتدال را بیان می‌کنیم:

۱- ضروریات زندگی

آیا برای خروج زن از منزل جهت تهیّه وسایل مورد نیاز و حاجت در صورتی که در داخل بیت پیدا نشود و یا مراجعه به

(۱). ج ۱۴، ص ۲۵۸.

(۲). سوره نور، آیه ۳۳.

(۳). سوره احزاب، آیه ۵۹.

(۴). سوره احزاب، آیه ۶۰-۶۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۲۴

طیب اجازه شوهر لازم است؟ در این گونه موارد اگر شوهر اجازه هم ندهد، زن می‌تواند از منزل خارج شود و ادلّه استیدان از ضروریات زندگی انصراف دارد.

۲- فعل واجبات

در مورد حجّ واجب، ادای دیون و امانات، صلّه رحم به مقدار واجب و به طور کلی واجباتی که مقدمه آن خروج از منزل است، اذن شوهر لازم نیست.

صلّه رحم لفظی نیست که حقیقت شرعیّه داشته باشد، بلکه صلّه به معنای رابطه است یعنی با اقوام و بستگان رابطه داشته باشد که با تفاوت مقامات و اشخاص و ارحام متفاوت است، بعضی از ارحام است که اگر با تلفن هم احوال‌پرسی شود صلّه رحم محسوب می‌شود، ولی بعضی از ارحام را باید حضوری دیدار کرد، پس مقامات مختلف است و فرقی بین صلّه رحم واجب و ادای دیون و یا حجّ واجب نیست.

حضور بر بالین پدر و مادر در لحظات پایانی عمر و یا تشییع جنازه هر یک از آنها و یا حضور در مجالس ترحیم آنها هم از صلّه رحم و شرکت در اینها لازم است. البته گاهی مفاسدی هست که در این صورت صلّه رحم مانع دارد. مثل این که فامیل آلوده است در اینجا پذیرفته می‌شود که زوجه را منع کند ولی در غیر آن پذیرفته نمی‌شود.

همچنین اگر شرکت در انتخابات یا راه‌پیمایی واجب بود در اینجا نیز نهی زوج تأثیر ندارد و باید زن در این صحنه‌ها برای ادای واجب حاضر شود و اجازه لازم نیست، البته اگر اخلاقاً اجازه بگیرد، اشکالی ندارد.

همچنین تحصیل علم واجب مانند عقاید، فروع فقهیّه، مسائل اخلاقیّه واجبه و ... اگر در داخل منزل تحصیل این علوم ممکن نشد در این صورت نیز خروج از منزل لازم است، و هکذا اگر دور ماندن از مجالس دینی باعث نسیان و فراموشی و بی‌اعتنایی به دین شود، به خصوص در زمان ما که اگر زنها از جمعه و جماعت منع شوند مانند بریده شدن از منبع فیض است و کم کم به فساد کشیده می‌شوند.

۳- خروج از منزل برای دفع عسر و حرج

اگر زن یک سال در خانه بماند و از خانه خارج نشود روانی و بیمار می‌شود و باعث عسر و حرج و خلاف «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» است، پس خروج از منزل در حدّ نیاز برای رفع عسر و حرج اشکالی ندارد.

۴- شرط خروج در ضمن عقد

اگر زن در موقع عقد شرط کرده که تحصیلاتش را ادامه دهد یا در خارج منزل کار کند و شوهر هم پذیرفته است، این شرط خلاف شرع و مقتضای عقد نیست و شرط جایز است و باید به آن عمل شود.

سؤال: دخترانی هستند که ازدواج کرده و میان ازدواج و زفاف آنها فاصله است، آیا در این مدّت، نفقه و تمکین و اجازه زوج برای خروج از منزل لازم است؟

جواب: این عرف و عادت از قبیل شرط مبنی علیه العقد شده است و بر حسب عرف نفقه ندارد و تمکین هم لازم نیست و به همین جهت مسافرت همراه پدرش اشکال ندارد.

۵- نهی زوج از باب اضرار

اطلاقات از جایی که نهی زوج از باب اضرار و اذیت زوجه باشد انصراف دارد، چون اطلاقات برای جایی است که زوج از این نهی یک خواسته منطقی دارد نه این که بخواهد انتقام بگیرد و دلیل آن آیه ۶ سوره طلاق است که در انتهای بحث قبل به آن استدلال کردیم. ما تابع کبرای کلی هستیم گاهی خروج داخل در اضرار است و گاهی عدم الخروج.

۱۰۶- حق سوّم (إذن الزوج فی التصرف) ۸۴ / ۲ / ۲۱

حق سوّم: اذن زوج در تصرفات مالی زوجه

اشاره

حق سوّم از حقوق زوج بر زوجه به تعبیر امام این بود که:

بل ورد أن لیس لها أمر مع زوجها فی صدقة و لا هبة و لا نذر فی مالها إلّا بإذنه إلّا فی حجّ أو زکات أو برّ والديها أو صلة قرابته.

آیا زنان در امور مالی خودشان استقلال دارند؟ به عبارت دیگر آیا برای تصرف در اموال خودشان نیاز به اجازه زوج دارند؟

عبارت مرحوم امام در تحریر الوسیله نشان می‌داد که نمی‌خواهد فتوا دهد چون «بل ورد» فرمود. عبارت امام در تحریر مانند عبارت جواهر است ولی مرحوم صاحب جواهر فتوا داده و می‌فرماید:

بل لیس للمرأة أمر مع زوجها فی عتق و لا صدقة و لا تدبیر و لا هبة (فرق هبه با صدقه در این است که صدقه قابل برگشت نیست، چون قصد قربت دارد ولی هبه در غیر ذی رحم و هبه معوضه، مادامی که موجود باشد، قابل بازگشت است) و لا نذر

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۲۵

فی مالها إلّا بإذن زوجها إلّا فی حجّ أو زکات أو برّ والديها أو صلة قرابته (گاهی صلة رحم به معنای کمکهای مادی است). «۱»

مرحوم امام هم در تحریر الوسیله همین عبارت جواهر را با مختصر تغییری با تعبیر «ورد» ذکر کرده‌اند و معلوم می‌شود که امام قدس سره در این قسمت از مسأله تصمیم نگرفته‌اند. این مسأله با تمام اهمیتی که دارد در کتب فقهی ما بسیار کمرنگ ذکر شده و کسانی که سراغ این مسأله رفته، کم هستند، شاید در آن زمان کمتر مبتلا به بوده ولی این روزها بسیار مبتلا به و جای دقت است.

برای حلّ این مسأله ابتدا سراغ اصل می‌رویم.

مقتضای اصل:

منظور از اصل در اینجا عموماً آیات و روایات است عموماً می‌مانند: «الناس مسلطون علی اموالهم» که به مقتضای آن مردم برای تصرف در اموال خود آزادند و روایات «۲» متعددی هم در این زمینه داریم که مضمون این احادیث چنین است:

إِنَّ صَاحِبَ الْمَالِ يَعْمَلُ بِمَا لَهُ مَا شَاءَ مَا دَامَ حَيًّا إِنَّ شَاءَ وَهَبَ وَ إِنْ شَاءَ تَصَدَّقَ بِهِ وَ إِنْ شَاءَ تَرَكَهُ إِلَى أَنْ يَأْتِيَهُ الْمَوْتُ.

این که این روزها در بین ثروتمندان شایع شده که فرزندان در زمان حیات پدر از او می‌خواهند تا اموالش را در بین آنها تقسیم کند و یا این که اجازه تصرف به پدر نمی‌دهند یک فرهنگ غلط و غیر شرعی است، چون هر کس مادامی که زنده است می‌تواند در مال خود تصرف کند، و این اصل کلی از آیات قرآن و روایات استفاده می‌شود. در مقابل این اصل کلی چند روایت داریم که دلالت می‌کند بر این که اذن زوج شرط است، دو روایت را بیان می‌کنیم:

...* عن عبد الله بن سنان (سند معتبر است) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ليس للمرأة مع زوجها امر في عتق ولا صدقة ولا تدبير ولا هبة ولا نذر في مالها إلا بإذن زوجها إلا في حج أو زكاة أو برّ والديها أو صلة رحمها. «۳»
ظاهر روایت وجوب و سند آن معتبر است.

...* عن ابن أبي عمير، عن جميل بن درّاج، عن بعض اصحابنا (ظاهراً روایت مرسله است و مرسلات ابن ابی عمیر که گفته شده حجت است مرسلات بدون واسطه است ولی اگر واسطه‌ای مثل جمیل بن درّاج باشد معلوم نیست که حجت باشد) فی المرأة تهب من مالها شيئاً بغير إذن زوجها؟ قال: لا (روایت در مورد هبه است ولی با الغای خصوصیت می‌توان گفت در بقیه تصرفات مالی هم حکم چنین است). «۴»

۱۰۷- ادامه حق سوّم زوج بر زوجه ۲۴ / ۲ / ۸۴ روایت سوّمی هم داریم که طولانی است و در آن بسیاری از وظایف زنان بیان شده که جمله‌ای از آن شاهد بحث ماست.

...* و لا يجوز للمرأة في مالها عتق ولا برّ إلا بإذن زوجها «... ۵»

این روایت هم مشکل سندی دارد و هم مشکل دلالتی:

از نظر سند: «احمد بن الحسن القطان» و «جعفر بن محمد أماره» مجهول الحال هستند.

از نظر دلالت: اگر تنها این یک جمله در روایت بود کار آسان بود ولی این جمله در بین احکامی واقع شده که از مستحبات است مثلاً- «لا- يجوز للمرأة ركوب السرج» و یا «إذا ماتت المرأة وقف المصلّي عليها عند صدرها» که بسیاری از این احکام که در این روایت آمده از مکروهات و مستحبات است.

ادّله مخالف:

اشاره

تا اینجا سه روایت بیان شد که بعضی از آنها صحیح‌السند و دلالتشان هم خوب بود، ولی در مقابل، ادله‌ای داریم که این معنا را نفی می‌کند:

۱- روایات سابق:

روایات کثیره‌ای که تا کنون خوانده‌ایم «۶» که می‌فرمود:

لا يجوز لها أن تعطى من بيت زوجها شيئاً إلا بإذنه که از باب نمونه به دو روایت اشاره می‌کنیم:

... * ولا تصدق من بیته إلیٰ یأذنه. (۷)

... * ولا تعطی شیئا إلیٰ یأذنه فإن فعلت فعلیها الوزر و له الأجر. (۸)

و روایات متعدّد دیگری که دلیل است بر این که زوجه برای تصرّف در مال خودش اجازه نمی‌خواهد، چون اگر استیذان مطلق بود (خواه از مال زوج یا مال خودش) نباید این روایات به «من ماله» مقید شود پس اگر استیذان، مطلقا واجب بود چون

(۱). ج ۳۱، ص ۱۴۷.

(۲). وسائل الشیعه، ج ۱۳، باب ۱۷ از ابواب احکام وقوف و صدقات.

(۳). ح ۱، باب ۱۷ از ابواب احکام وقوف و صدقات.

(۴). ح ۲، باب ۱۷ از ابواب احکام وقوف و صدقات.

(۵). ح ۱، باب ۱۲۳ از ابواب مقدمات نکاح.

(۶). باب ۷۹ و ۱۱۷ از ابواب مقدمات نکاح.

(۷). ح ۱، باب ۷۹ از ابواب مقدمات نکاح.

(۸). ح ۳، باب ۷۹ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۲۶

روایات در مقام بیان است دیگر قید «من ماله» لازم نبود، بنا بر این روایاتی هم که می‌گوید استیذان در مال خودش هم لازم است، یک حکم اخلاقی است و زوجه ملزم نیست که برای تصرّف در مال خودش اجازه بگیرد، بنا بر این اجازه زن برای تصرّف در مال شوهر واجب و در مال خودش مستحب است.

۲- روایت ابی مریم:

... * عن أبی مریم، (روایت سند خوبی دارد و معتبر است) عن أبی عبد الله علیه السّلام ذکره عن أبیه روایت مفصّل است و در مورد این است که امامه دختر زینب و زینب دختر پیامبر صلی الله علیه و آله بود او زوجه علی علیه السّلام بود و بعد از شهادت حضرت، با مغیره بن نوفل حرث ابن عبد المطلب ازدواج کرد. امامه در اواخر عمر بیمار شد و زبانش بند آمد. امام حسن و امام حسین علیهما السّلام پیش او رفتند تا وصیت کنند. با اشاره از او در مورد اموالش می‌پرسیدند و او با حرکت سر جواب می‌داد و مغیره از این کار ناراضی بود (چون تصرّف در مال بدون اذن شوهر بود) فذکر أنّها وجعت وجعا شديدا حتّی اعتقل لسانها فجاءها الحسن و الحسين ابنا علی علیهم السّلام و هی لا تستطیع الکلام فجعلا یقولان لها و المغیره کاره لذلك أعتقت فلان و أهله فجعلت تشیر برأسها: لا و کذا و کذا فجعلت تشیر برأسها: نعم لا تفصح بالکلام فأجازا ذلک لها «... ۱»

از این روایت دو مطلب استفاده می‌شود:

اولاً؛ وصیت به اشاره هم ممکن است، ثانیاً؛ با نهی زوج هم زوجه می‌تواند اقدام کند و وقتی در وصیت جایز باشد در حال حیات به طریق اولی جایز خواهد بود، علاوه بر این روایت ظهوری در وصیت ندارد و اگر ظهور در وصیت هم داشته باشد به طریق اولی در حال حیات می‌تواند تصرّف کند.

۳- عدم فتوا و عدم عمل اصحاب به این روایات:

مرحوم صاحب جواهر مسلّم گرفته است که زن می‌تواند در اموالش تصرّف کند، در حالی که در اینجا حکم به اجازه کرده است.

مرحوم صاحب جواهر در بحث نذر روایت عبد الله بن سنان را نقل کرده و در ادامه می‌فرماید:
 كما أنه لا ينافيه جواز تبرّعها في مالها بغير إذنه إذ لعلّ للإلزام (نذر) حكما يخالف التبرّع. «۲» (روایت می‌گوید نذر بدون اذن نكن نه این که نتواند در مال خود تصرف کند).

مرحوم صاحب جواهر این را مسلم گرفته است و معلوم می‌شود که تصرّف زن در اموالش مسلم بوده و بحثی نداشته پس روایات آمر به استیذان، معمول بها نیست و نمی‌توانیم با استفاده از آن حکم کنیم و فتوا می‌دهیم که زن حق ندارد در اموالش تصرّف کند و شارع نذر را به خاطر الزاماتی که بر عهده زن می‌گذارد به اذن شوهر منوط کرده است.

۴- روایت صحیح ابن سنان:

این روایت از روایات خوب این باب بود و می‌تواند قرینه بر بحث ما باشد، چون ذیل روایت می‌فرماید:
 ...* إلّا في حجّ أو زكاه أو برّ والديها أو صلّة رحمها «۳».

برّ والدین حتماً به معنای نفقه واجب نیست و روایت می‌گوید حتی در برّ والدین هم زوجه می‌تواند بدون اذن شوهر تصرّف کند و از اینجا معلوم می‌شود که زوجه می‌تواند بدون اذن در موارد دیگر هم در اموال خود تصرّف کند، پس معنای آن این است که نیکی کردن مستحب به والدین اجازه زوج نمی‌خواهد، حال اگر این مستحب اجازه نخواهد مستحبات دیگر هم چنین خواهد بود به خصوص که کلمه برّ غالباً در مستحبات استعمال می‌شود.

نتیجه: ما نمی‌توانیم استقلال اقتصادی زوجه را بخاطر دو روایت که معتقدیم حکم اخلاقی است از او بگیریم و از مجموع این چند دلیل استفاده می‌شود که زوجه برای تصرّف در اموال شوهر اجازه می‌خواهد و برای تصرّف در اموال خودش اجازه نمی‌خواهد.

۱۰۸- حقوق زوجه بر زوج ۲۵ / ۲ / ۸۴

حقوق زوجه بر زوج:

اشاره

مرحوم امام در تحریر الوسیله سه حق برای زوجه بیان کرده و می‌فرماید:
 و أمّا حقّها علیه فهو أن يشبعها و يكسوها و أن يغفر لها إذا جهلت و لا يقبح لها وجهها كما ورد في الأخبار.
 این حقوق عبارتند از:

- ۱- نفقه که شامل لباس، غذا و اسکان و سایر نیازهای زندگی است.
- ۲- اگر زوجه کار جاهلانهای انجام داد او را مؤاخذه نکند.
- ۳- با چهره گشاده با او روبرو شود و اخم نکند.

(۱). ح ۱، باب ۴۹ از ابواب احکام وصایا.

(۲). ج ۳۵، ص ۳۶۰.

(۳). وسائل الشیعه، ج ۱۳، ح ۱، باب ۱۷ از ابواب وقوف و صدقات.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۲۷

و در انتها می‌فرماید: كما ورد في الأخبار پس معلوم می‌شود که فتوا نداده‌اند. عبارت مرحوم امام در اینجا نیز مانند عبارت صاحب

جواهر است که می‌فرماید:

و من (منحصر در اینها نیست) حَقُّهَا عَلَيْهِ أَنْ يَشْبِعَهَا وَأَنْ يَكْسُوَهَا وَأَنْ يَغْفِرَ لَهَا إِذَا جَهِلَتْ وَلَا يَقْبَحَ لَهَا وَجْهًا. «۱»

مرحوم کاشف اللثام می‌فرماید:

لِكُلِّ مِنَ الزَّوْجَيْنِ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِيَّةِ زِيَادَةٌ عَنْ حَقِّكَ الْإِشْرَاقِ فِي الْإِنْسَانِيَّةِ وَالْإِيمَانِ (حَقُّ مُؤْمِنٍ بِرِ بَرَادَرٍ مُؤْمِنٍ) حَقُّ عَلَى صَاحِبِهِ مِنْ جِهَاتٍ كَمَا نَطَقَ بِهِ الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ وَأُطْبِقَتْ عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ فَكَمَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ النِّفْقَةُ وَالْإِسْكَانُ وَغَيْرَهُمَا، كَذَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجَةِ «... ۲»

ایشان فقط حَقَّ نَفَقَهُ رَا ذَكَرَ مِي كُنْتُمْ. مَرْحُومُ شَهِيدِ ثَانِي «۳» عِبَارَاتِي دَارِدُ كِه حَاصِلُ آن چنين است:

هر يك از زوجين بر ديگري حق دارد همان گونه كه بر زوج نفقه، كسوت و اسكان لازم است بر زوجه هم اموري لازم است.

مرحوم شهيد ثانی در ادامه متن شرايع را نقل کرده و بعد در توضيح كلام شرايع می‌فرماید:

و روی شهاب بن عبد ربّه (روایت سند درستی ندارد چون قبل آن «عَمَّنْ حَدَّثَهُ» دارد پس مرسله است) قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

ما حق المرأة على زوجها قال: يسد جوعتها و يستر عورتها و لا يقبَح لها وجهها و إذا فعل ذلك فقد و الله أدى حقها (آيا تمام حَقِّش را ادا کرده يا عمده حَقِّش را؟ چرا كه حقوق ديگري هم دارد كه در عبارات بعضی ديگر آمده است).

اکنون به بررسی حقوق سه گانه زوجه بر زوج می‌پردازیم:

۱- النفقة:

در بین این حقوق سه گانه مسائل نفقه بعدا خواهد آمد و مرحوم امام رحمه الله بیست مسأله در مورد آن مطرح می‌کند، بنا بر این ما در اینجا از جزئیات نفقه بحث نمی‌کنیم و فقط اشاره می‌کنیم که نفقه از واجبات است و بین شیعه و سنی اتفاق نظر بر آن است.

نکته: مرحوم شهيد ثانی در مسالك می‌فرماید نفقه بالكتاب و السنة ثابت است و از کتاب الله دو آیه را مطرح می‌کند که یکی آیه ۶ و ۷ سوره طلاق و دیگری آیه ۲۳۳ سوره بقره است در حالی که به عقیده ما این دو آیه نمی‌تواند وجوب نفقه را ثابت کند و وجوب نفقه بالا جماع و روایات ثابت است، چون آیه ۶ و ۷ سوره طلاق در مورد حالت خاصی از نفقه است. آیه می‌فرماید:

«فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ»، مادامی که زن حامله است اگر طلاق داده شود زوج باید نفقه فرزندی را که در شکم مادر است بدهد تا وضع حمل کند، پس آیه در مورد نفقه ولد و آن هم در مورد طلاق است و در ادامه در آیه ۷ می‌فرماید:

«لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ»، هر کس امکانات بیشتری دارد نفقه بهتری بدهد. و اما آیه ۲۳۳ سوره بقره می‌فرماید:

«وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ (بدر) رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ».

بر پدر لازم است نفقه ولد را بدهد اما در آیه قبل می‌فرماید:

«وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَيْنَ مِنْ أَوْلَادِهِنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ» که در مورد رضاع است یعنی در مورد رضاع باید پدر نفقه بدهد و این هم در واقع نفقه ولد است، پس هیچ کدام از این آیات در مورد نفقه مطلق نیست و دلالت بر مدعا ندارد و از کتاب الله نفقه مطلق استفاده نمی‌شود.

۲- لا يقبح لها وجهها:

این حق در روایت شهاب بن عبد ربّه آمده و روایت مرسله است و از آن نمی‌توانیم چیزی استفاده کنیم.

سَلْمَنَا؛ که سند را بپذیریم آیا از این روایت استفاده وجوب می‌شود یا یک حکم اخلاقی است؟

طبیعت مسأله این است که یک مسئله اخلاقی است و بعید است که از روایت حکم وجوبی استفاده کنیم.

۳- آن یغفر لها:

این حق در روایت ذیل آمده است:

... عن اسحاق بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما حق المرأة على زوجها الذي إذا فعله كان محسنا (اشاره است به آیه «أَوْ تَصْرِیحٌ بِإِحْسَانٍ») قال يشبعها و یکسوها و إن جهلت غفر لها. (۴)

آیا واجب است که هر کار جاهلانه‌ای که کرد زوج او را ببخشد؟ اگر واجب است، چرا قرآن می‌گوید اگر نشوزی از آنها احساس کنی می‌توانی مجازات کنی، پس اگر بخشش دائما واجب باشد، جواز مجازاتی که در قرآن به آن تصریح شده برای چیست؟ از اینجا معلوم می‌شود که غفران زوجه در مقابل جهالتها یک مسئله اخلاقی است.

(۱). کشف اللثام، ج ۳۱، ص ۱۴۷.

(۲). ج ۷، ص ۴۸۶.

(۳). مسالک، ج ۸، ص ۳۰۸.

(۴). ح ۱، باب ۸۸ از ابواب مقدمات نکاح.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۲۸

تلخص من جميع ما ذكرنا: از این حقوق سه گانه که برای زوجه ذکر کرده‌اند یکی از واجبات مسلم است و دو حق دیگر وجوبش معلوم نبوده و از مستحبات است.

[فی القسم]

اشاره

۱۰۹- مسئله ۱ (فی معنی القسم) ۲۶ / ۲ / ۸۴

مقدمه:

یکی از حقوق زوجه بر زوج حق القسم است که همان قسمت کردن شبها برای یتوته نزد زوجات است. منظور از حق القسم فقط یتوته کردن نزد زن است امّا مضاجعه و مواقعه غیر از آن است. با این که این حق از حقوق مسلم است ولی در روایتی که ذکر شد، صحبتی از آن نبود.

قبل از ورود به بحث مقدماتی را مطرح می‌کنیم. بنای خانواده بر اساس محبت و اخلاق انسانی است همان گونه که در قرآن هم آمده است:

«وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا» ... ۱ « که محبت و اخلاق انسانی را از آیات خدا شمرده و پایه خانواده را بر این استوار می‌داند و آیه «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» ۲ « هم شاهد دیگری بر این معناست، خصوصا که این مطلب را در جایی

می‌گوید که زوج از زوجه کراهت دارد، پس اساس باید بر محبت و رأفت باشد یعنی اگر بنای خانواده بر اساس مسائل اخلاقی و انسانی باشد مشکلی پیش نمی‌آید، ولی اگر کار به مسائل حقوقی برسد شارع برنامه‌هایی تعیین کرده است. معمولاً- مسائل اخلاقی لطیف ولی مسائل حقوقی خشن است چون طبیعت مسائل حقوقی چنین است، بنا بر این ما نباید خیال کنیم اگر بحث حق القسم مطرح می‌شود باید بنای خانواده بر چنین برخوردی باشد، چرا که این برنامه‌ها در مورد مسائل حقوقی است و اگر بنای خانواده بر اخلاق باشد جای این بحثها نیست.

مسأله ۱: من كان له زوجة واحدة ليس لها عليه حق المبيت عندها والمضاجعة معها في كل ليلة

اشاره

بل و لا في كل أربع ليال على الأقوى بل القدر اللازم أن لا يهجرها و لا يضعها كالمعلقة لا هي ذات بعل و لا مطلقه نعم لها عليه حق المواقعة في كل أربعة أشهر مرة كما مرّ (در مواقعی که زوجه در خطر خاصی باشد واجب است بر زوج که برای جلوگیری از خطر وقوع در حرام با او موقعه داشته باشد) و إن كانت عنده أكثر من واحدة فإن كن أربع و بات عند إحداهنّ طاف لكل منهنّ ليلة و لا يفضل بعضهنّ على بعض و إن لم تكن له أربع يجوز له تفضيل بعضهنّ فإن تك عنده امرأتان يجوز له أن يأتي إحداهما ثلاث ليال و الأخرى ليلة و إن تكن ثلاثة فله أن يأتي إحداهنّ ليلة و له ثلاث ليال و إن كانت عنده زوجات متعدّدة يجب عليه القسم بينهنّ في كل أربع ليال فإن كان عنده أربع كانت لكل منهنّ ليلة فإذا تمّ الدور يجب عليه الابتداء بإحداهنّ و إتمام الدور و هكذا فليس له ليلة بل جميع لياليه لزوجاته و إن كانت له زوجتان فلهما ليلتان في كل أربع و ليلتان له و إن كانت ثلاثا فلهنّ ثلاث و الفاضل له. و العمل به أحوط (قول مشهور احوط (احتیاط مستحبی) است چون به عدالت نزدیکتر است) خصوصا في أكثر من واحد و الأقوى ما تقدّم خصوصا في الواحد.

اقوال:

در مورد بیتوته در نزد زوجه سه قول است:

۱- قول مشهور این است که زوجه و لو یکی باشد از هر چهار شب یک شب حق اوست که واجب است زوج در نزد او بماند و اما اگر زوجه متعدّد باشد از هر چهار شب به تعداد زوجه‌ها برای آنها و بقیه شبها برای خودش می‌باشد، مثلا اگر دو تا بودند دو شب برای زنها و دو شب برای خودش می‌باشد و اگر سه تا بودند، سه شب برای آنها و یک شب برای خودش می‌باشد که هم می‌تواند جای دیگر برود و هم می‌تواند نزد یکی از آنها بماند و اگر چهار تا بودند برای هر یک از آنها یک شب است.

پس طبق مبنای مشهور واحد و متعدّد فرق نمی‌کند اگر یکی هم باشد باید شبها را تقسیم کند.

۲- مرحوم شیخ در مبسوط و مرحوم محقق در شرایط و بعضی دیگر از معاصرین می‌گویند، اگر یک زوجه باشد حق قسم ندارد و تنها حق او این است که ترک زوجه، صدق هجران و قهر کردن نکند، اما اگر متعدّد شدند دو حالت دارد یا شروع به تقسیم نکرده که در این صورت چیزی بر عهده او نیست و می‌تواند سراغ آنها نرود که اگر مصداق نشوز و اعراض نباشد اشکالی ندارد ولی اگر شروع به تقسیم کرد و یک شب نزد یکی از دو زوجه آمد باید دومی را هم ملحق کند و اگر بیش از دو زوجه باشد باز به همین نحو است.

(۲). سورة نساء، آیه ۱۹.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۲۹

این قول دو تفاوت با قول مشهور دارد:

الف) در واحده چیزی لازم نیست.

ب) در متعدّد هم اگر شروع به تقسیم کرد واجب می شود.

مختار مرحوم امام در تحریر همین قول است و این دو قول را مرحوم امام تفصیلاً ذکر کرده است، ولی قول سوّم را ذکر نکرده است.

۳- تقسیم ابتداء در صورت تعدّد لازم است (در صورت وحدت لازم نیست) و شرطی ندارد. در قول دوّم و سوّم در صورت وحدت زوجه چیزی لازم نیست ولی در بیش از یکی قول دوّم می گوید اگر شروع به تقسیم کرد باید رعایت کند ولی قول سوّم می گوید باید تقسیم کند و باید عادلانه باشد. جمعی از قدا مثل ابن حمزه و مفید در مقنعه و شیخ در نهاییه، ابن زهره در غنیه، قاضی در مهذب و جامع به این قول قائل شده اند.

مرحوم صاحب جواهر هم این قول را ذکر کرده است. «۱»

مرحوم امام قول سوّم را ذکر نمی کند که ما بیان کردیم و گفتیم در واحده تقسیم لازم نیست ولی در اکثر از واحده تقسیم واجب است.

حق قسم در آیات نیامده و فقط کلیاتی آمده است که مطرح خواهیم کرد و پس از آن سراغ روایات می رویم و بعد اقوال عامّه و خاصّه را نقل می کنیم.

مرحوم شیخ طوسی می فرماید:

إذا كانت له زوجتان له أن يبيت عند واحدة ثلاث ليالٍ و عند الأخرى ليلة واحدة و خالف جميع الفقهاء (فقهای عامّه) فی ذلك و قالوا يجب عليه التسوية بينهما دليلنا اجماع الفرقه و لأنّ حق ثلاث ليالٍ له بدلالة أنّ له أن يتزوج ثنتين أخراوين «۲».

این استدلال که در کلام شیخ طوسی آمده در روایات آمده است که استدلال به این نحو است که زوج حق داشته دو زوجه دیگر تزویج کند که جمعا چهار زن می شود ولی از این حق استفاده نکرده پس حق زوج است و می تواند به دیگری واگذار کند. این استدلالی است که می خواهد این را با عدالت تطبیق دهد.

جمع بندی اقوال:

در مسأله سه قول است:

۱- قسم واجب است و مشروط به شرطی نیست، منتهی از هر چهار شب یک شب واجب است؛ (قول مشهور).

۲- زوجه واحده حقّ القسم ندارد و در صورتی هم که متعدّد باشد اگر شروع در تقسیم کرد حق القسم هست و اگر شروع نکند حق القسم نیست (قول مرحوم شیخ در مبسوط و مرحوم محقق در شرایع و جماعتی دیگر).

۳- در زوجه واحده حق القسم نیست و در صورت تعدّد حق القسم ثابت است به همان کیفیت که مشهور گفته بودند (قول جمعی از قدا).

۱۱۰- ادامه مسئله ۲۷۱ / ۲ / ۸۴

اقوال عامّه:

بعضی از فقهای عامه متعرض این بحث شده‌اند، ابن قدامه عبارتی دارد که از آن قول چهارمی استفاده می‌شود که همان مساوات است، یعنی نباید تفضیل باشد. به عنوان مثال اگر دو زوجه دارد دو شب برای آن دو است و نمی‌تواند دو شبی که برای خودش می‌باشد به یکی از دو زوجه بدهد بلکه باید بین دو زوجه مساوات برقرار کند و در ادامه می‌گوید:

لا نعلم بین أهل العلم (ادعای اجماع) فی وجوب التسویة بین الزوجات فی القسم خلافا و قد قال الله تعالی «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» و لیس مع الميل معروف (اگر یکی را بر دیگری ترجیح دهد و مساوات نباشد مصداق کبرای کلی «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» نمی‌باشد) و قال الله تعالی «فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ» فتذروها كالمعلقة (خواهیم گفت که این آیه بر خلاف مدعا ادل است، چون آیه می‌فرماید کُلَّ الْمَيْلِ و كالمعلقة بودن عیب دارد پس بر خلاف مطلوب دلالت دارد) و روی ابو هریره قال: قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله من كانت له امرأتان فمال إلى إحدهما جاء يوم القيامة و شقّه مائل (یک طرف بدنش کج است) و عن عائشة قالت: كان رسول الله صَلَّى الله عليه و آله يقسم بیننا فیعدل (تا اینجا فعل است و فعل اعم از وجوب و استحباب است) ثم يقول اللهم هذا قسمی فیما أملك فلا تلمنی فیما لا أملك (در مورد محبت قلبی است که معمولاً از اختیار بیرون است پس معلوم می‌شود که در جایی که در اختیار اوست اگر رعایت عدالت (مساوات) نکند جای ملامت و ملامت دلیل بر حرمت است) (۳).

(۱). ج ۳۱، ص ۱۵۴.

(۲). خلاف، کتاب القسم بین الزوجات، مسئله ۴.

(۳). مغنی، ج ۸، ص ۱۳۸.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۳۰

در کتاب الفقه علی المذاهب الأربعة آمده است:

أما معناه (قسم) فی اصطلاح الفقهاء فهو العدل بین الزوجات فی البیتوته و لو کتابتیه مع مسلمة فإن کن حرائر سوى بینهنّ بحیث بیست عند کلّ واحدة مثل ما بیست عند ضرّتها (هو) «۱».

در این کتاب مطالبی که مورد اتفاق مذاهب اربعه است در متن آمده و جایی که اختلافی است با عنوان تحت الخط آورده شده و در اینجا مطلبی تحت الخط نیست، پس معلوم می‌شود که بر این مسأله اتفاق نظر دارند.

ادله:

۱- آیات:

الف) آیه «وَ إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَ ثَلَاثًا وَ رُبَاعًا». «۲»

آیه می‌فرماید اگر می‌ترسید که درباره یتیمان عدالت را رعایت نکنید، سراغ غیر یتیمان بروید و ربط صدر آیه که در مورد یتامی است با ذیل آیه در این است که در صدر اسلام سراغ یتیمها می‌رفتند و به خاطر اموالشان با آنها ازدواج می‌کردند، که آیه از تصرف در اموال یتامی نهی کرد و دیگر آنها سراغ یتامی نمی‌رفتند، و آیه فرمود که از غیر یتامی دو یا سه یا چهار زن بگیرید. در زمان جاهلیت تعداد زوجات نامحدود بود و بعد از اسلام محدود شد و اجازه چهار زوجه دائمی داده شد ولی به شرط این که عدالت رعایت شود و اگر نتواند رعایت کند واجب است یک زن بگیرد، و وقتی مقدمه واجب شود دلیل بر وجوب ذی المقدمه است؛ در اینجا مقدمتا می‌گوید اگر می‌ترسید عدالت رعایت نشود یکی واجب است، پس عدالت واجب است. آیه ظهور در عدالت (مساوات) دارد و ظاهرش با هیچ یکی از اقوال ثلاثه اصحاب سازگار نیست.

در مقابل این آیه، آیه دیگری است که می‌فرماید:

«وَلَنْ تَشِيَّطِيْعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَ لَوْ حَرَضْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُضِلُّوهَا وَ تَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا». (۳)

در اینجا اشکال معروفی است که همه مفسران متعرض آن شده‌اند و از زمان امام صادق علیه السلام این اشکال مطرح بوده است. اشکال: این دو آیه با هم متناقض است؛ در آیه اول می‌فرماید، به عدالت رفتار کنید و در آیه دوم می‌فرماید نمی‌توانید عدالت را رعایت کنید.

اولین کسی که این اشکال را مطرح کرد ابن ابی الأوجاع مادی بود که به هشام اشکال کرد و هشام وقتی این اشکال را شنید برای یافتن جواب آن از کوفه به مدینه آمد. امام صادق علیه السلام هشام را دید و پرسید چرا در این زمان به مدینه آمدی، همیشه در وقت حج می‌آمدی؟ هشام عرض کرد برای جواب این اشکال آمده‌ام.

حضرت در جواب فرمود: عدالت در آیه اول در مورد نفقات و قسم است و در آیه دوم به معنای محبت و از اختیار انسان خارج است چون محبت تابع امتیازات است و وقتی امتیازات یکسان نبود، خواه ناخواه تمایلات قلبی هم متفاوت می‌شود. هشام جواب را شنید و برگشت و به ابن ابی الأوجاع جواب داد و او گفت این پاسخ از تو نیست. (۴)

ان قلت: از کجای آیه ۱۲۹ می‌توان فهمید که مراد محبت است؟

قلنا: عدالت در نفقه «لَنْ تَشِيَّطِيْعُوا» لازم ندارد، چون در نفقه می‌توان عدالت را رعایت کرد، پس تعبیر لن تستطیعوا قرینه است بر این که مراد محبت قلبی است.

اشکال: اگر دو آیه را در کنار هم بگذاریم از آن عدم جواز تعدد زوجات استفاده می‌شود، چون آیه اول می‌گوید مشروط به عدالت است و آیه دوم می‌گوید که عدالت را نمی‌توانید رعایت کنید، وقتی نتوانید عدالت را رعایت کنید تعدد جایز نیست، چون وقتی شرط منتفی شد مشروط هم منتفی می‌شود.

جواب: اگر این حرف درست باشد لغویت لازم می‌آید چون در ادامه آیه اول می‌فرماید: «مَثْنِيَّ وَ ثَلَاثًا وَ رِبَاعًا»، پس این دلیل بر این است که «لَنْ تَشِيَّطِيْعُوا» در مورد محبت باطنی است.

۱۱۱- ادامه مسئله ۱ / ۲۸ / ۲ / ۸۴ بعضی به نحو دیگری به آیه ۳ سوره نساء استدلال کرده و گفته‌اند جواب «إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى» محذوف است یعنی فلم لا تخافون فی نسائکم و معنای آن این است که در مورد بی‌عدالتی نسبت به همسرانتان هم بترسید و از این جواب محذوف، استفاده و جوب قسط می‌شود، که اگر ما واقعا جزا را محذوف بگیریم و جزای محذوف همین باشد بر همین مسأله

(۱). ج ۴، ص ۲۳۷.

(۲). سوره نساء، آیه ۳.

(۳). سوره نساء، آیه ۱۲۹.

(۴). محقق بحرانی در تفسیر برهان این حدیث را نقل کرده است.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۳۱

دلالت دارد و خوب است.

ولی اگر گفتیم آیه محذوف ندارد و «فَأَنْكِحُوا» جواب است، در این صورت به صدر آیه نمی‌توان استدلال کرد و فقط استدلال به ذیل صحیح است.

مطلب دیگر در مورد آیه این که «وَ إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا» عام است و شأن نزول، آیه را تخصیص نمی‌زند.

قسط آن است که حق هر کسی را بدهد و عدالت آن است که حق دیگری را نگیرد و قسط در مقابل جور، و ظلم در مقابل عدل است.

آیه دیگر، آیه «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» است، به این بیان که اگر چهار شب را تقسیم کند و سه شب را به یکی از دو زوجه و یک شب را به دیگری بدهد، معاشرت بالمعروف نیست و از آن بدتر چیزی است که یکی از اقوال در مسأله می گوید که در واحده اصلا قسم لازم نیست که این کار «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» «۱» نیست، پس این آیه هم دلالت بر مقصود دارد.

۱۱۲- ادامه مسئله ۱ ۳۱ / ۲ / ۸۴

۲- روایات:

اشاره

روایات دو طایفه است، طایفه‌ای از روایات با وضوح می گوید که مساوات شرط نیست و می توان بعضی از زوجات را بر بعضی ترجیح داد، یعنی در جایی که بعد از تقسیم لیالی بین زوجات، لیلۀ اضافی از چهار لیلۀ باشد (زوج، کمتر از چهار زوجۀ دائمی داشته باشد)؛ که این روایات، با اجماع اصحاب که می گویند تفاضل عیبی ندارد، هماهنگ است. طایفه دوم از روایات (معارض) که زیاد مورد توجه اصحاب واقع نشده، مساوات را لازم می داند که دو گروه است، بعضی با دلالت مطابقی می گوید مساوات لازم است و بعضی با مفهوم.

طایفه اولی: روایاتی که ترجیح را جایز می داند.

اشاره

بعضی از این روایات صحیح السند و بعضی از نظر سند ضعیف است.

...* عن الحلبي (سند صحیح است) عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل عن الرجل يكون عنده امرأتان إحداهما أحب إليه من الأخرى أله أن يفضل أحدهما على الآخر؟ قال: نعم يفضل بعضهن على بعض ما لم يكن أربعاً الحديث. «۲»

...* عن الحسين بن زياد (ظاهراً شخصی به نام «حسین بن زیاد»، در رجال نداریم و فقط «حسن بن زیاد» است که دو نفر می باشند یکی حسن بن زیاد عطار ثقه است و دیگری حسن بن زیاد صیقل مجهول الحال است و چون معلوم نیست کدامیک از این دو مراد است، پس سند مشکل دارد) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: سألته عن الرجل تكون له المرأتان و إحداهما أحب إليه من الأخرى له أن يفضلها بشيء؟ قال: نعم له أن يأتيها ثلاث ليال و الأخرى ليله لأن له أن يتزوج أربع نسوة فليلتاه يجعلهما حيث يشاء إلى أن قال: و للرجل أن يفضل نسائه بعضهن على بعض ما لم يكن أربعاً. «۳»

...* عن محمد بن مسلم (سند صحیح است) قال: سألته عن الرجل تكون عنده امرأتان و إحداهما أحب إليه من الأخرى قال: له أن يأتيها ثلاث ليال و الأخرى ليله فإن شاء أن يتزوج أربع نسوة كان لكل امرأة ليله و لذلك كان له أن يفضل بعضهن على بعض ما لم يكن أربعاً. «۴»

...* عن علي بن عتبة عن رجل (مرسله و ضعیف السند است) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: الرجل تكون له المرأتان أله أن يفضل إحداهما بثلاث ليال؟ قال: نعم. «۵»

مرحوم صاحب وسائل روایت دیگری «۶» از «حسن بن زیاد» نقل می کند که مانند روایت قبل است ولی با توجه به این که مضمون دو روایت یکی است و از هر نظر مثل هم است تصور ما این است که این دو روایت یکی است.

... عن علی بن جعفر (روایت از قرب الاسناد است و سند ضعیف است) عن أخیه موسی بن جعفر علیهما السّلام قال: سألته عن رجل له امرأتان هل یصلح له أن یفّصل إحداهما علی الأخری فقال: له أربع (حق گرفتن چهار همسر را دارد و چهار شب حق آنهاست) فلیجعل الواحدة لیلةً و للأخری ثلاث لیلال. «۷»

روایت دیگری هم از «علی بن جعفر» است و ظاهراً دنباله حدیث قبل است، چون می فرماید:

* و بالاسناد قال: و سألته عن رجل له ثلاث نسوة هل یصلح له أن یفّصل إحداهنّ؟ فقال: له أربع نسوة (حق دارد تا چهار همسر

(۱). سورة نساء، آیه ۱۹.

(۲). وسائل الشیعة، ج ۱۵، ح ۱، باب ۱ از ابواب القسم.

(۳). ح ۲، باب ۱ از ابواب القسم.

(۴). ح ۳، باب ۱ از ابواب القسم.

(۵). ح ۴، باب ۱، از ابواب القسم.

(۶). ح ۹، باب ۲، از ابواب القسم.

(۷). ح ۱، باب ۹، از ابواب القسم.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۳۲

داشته باشد) فلیجعل لواحدة إن أحبّ لیلین و للأخرین لكلّ واحدة لیلةً و فی الكسوة و النفقة مثل ذلك. «۱»
مجموعاً پنج روایت و به یک معنا هفت روایت است که دلالت آنها واضح و سند بعضی خوب است.

نکات:

در اینجا سه نکته قابل توجه است:

۱- این سؤالات نشان می دهد که نوعی نگرانی از ناحیه عدالت در ذهن همه راویان بوده که شاید تفضیل خلاف عدالت باشد.

۲- هیچ کدام از روایات دلیل بر هیچ یک از اقوال ثلاثه نمی شود البتّه اجمالاً روایت دلالت بر برتری بعضی بر بعضی هست. آیا از این روایات حکم مرثه واحده استفاده می شود؟

خیر، چون راجع به امرأتان یا ثلاث بود و همچنین تفاوتی که بین قول دوّم و سوّم بود و قول مشهور که می گفت مادامی که شروع نکرده حقّی بر او لازم نیست و واحده حقّ قسم ندارد، این روایات دلالتی بر آن ندارد.

مرحوم صاحب حدائق به این نکته توجه فرموده و می فرمایند که روایت بر هیچ یک از اقوال ثلاثه دلالت ندارد، البتّه برای نفی قول عامّه که تساوی را می گفتند کارساز است.

حال که این روایات با هیچ یک از اقوال ثلاثه سازگار نبود مشهور چنین فتوایی را از کجا استفاده کرده اند؟

مشهور از قدر متیقّن فهمیده اند، چون سؤال در مورد جایی است که شروع کرده بنا بر این در واحده و در جایی که شروع نکرده، برائت جاری می کنیم؛ چون قدر متیقّن در مورد شروع در تقسیم و جایی است که زوجه متعدّد باشد.

۳- در این روایات علتی ذکر شده که می فرماید: این که می گویند ترجیح بعضی بر بعضی جایز است به این دلیل است که زوج حقّ تزویج چهار زن را دارد پس وقتی دو زن دارد، دو شب برای خودش است و حق دارد به هر کس که می خواهد بدهد.

این دلیل در واقع یک دلیل عقلی است.

قلنا: این که می فرماید دو لیله برای خودش است، مشروط بر این است که بالفعل با چهار زن ازدواج کند و اگر بالقوه باشد حق

ندارد. روایات بالقوه را می‌گوید ولی به ذهن می‌آید حق در جایی است که صاحب حق باشد و وقتی صاحب حق نبود، آیا حق آن را می‌توانیم ذخیره کنیم؟ پس در جایی که زوج نبود حق ندارد، البته نمی‌خواهیم به روایت اعتراض کنیم، بلکه می‌گوییم ما نمی‌فهمیم و عقلمان قاصر است. بنا بر این ضعفی در دلالت روایات به نظر می‌رسد.

۱۱۳- ادامه مسئله ۱ / ۳ / ۸۴

طایفه ثانیه: روایاتی که مساوات را لازم می‌داند.

در مقابل روایات طایفه اول دو دسته روایت معارض داریم که دسته‌ای بالمنطوق مساوات را لازم می‌داند و دسته دیگر بالمفهوم می‌گوید اگر زوجه دوّم اختیار کردی تا سه شب برای اوست، اگر مطلقاً می‌توانست حق را به دیگری بدهد دیگر لازم نبود که به آغاز کار مشروط کند، پس مفهوم آن این است که مساوات لازم است. چطور بزرگان به این روایات توجه نکرده‌اند؟ متأسفانه فقها در ابواب عبادات دقت بیشتری کرده و در ابواب دیگر به آن اندازه دقت نکرده‌اند، و فقط مرحوم صاحب جواهر به یکی از این روایات اشاره کرده و رد می‌شود.

گروه اول: بالمنطوق دلالت دارد که بعضی از روایات از نظر سند ضعیف است ولی چون متضافر است از اسناد بحث نمی‌کنیم. ...* عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام: في الرجل يكون عنده المرأة فيتزوج أخرى کم يجعل للتي يدخل بها؟ قال: ثلاثة أيام ثم يقسم (اگر قائل به تفاضل باشیم فقط زوجه جدید اختصاص به ثلاثة أيام ندارد پس مفهوم این تعبیر تساوی است یعنی این که در غیر جدید جایز نیست، در حالی که قائلین به تفاضل می‌گویند همه جا جایز است) «۲».

...* عن سماعة بن مهران (سند معتبر است) قال: سألته (مضمرة است ولی اضممار ضرری ندارد، چون سماعه در ابتدای کتابش یک بار اسم امام را آورده و بقیه ضمائر به او برمی‌گردد) عن رجل كانت له امرأة فتزوج عليها هل يحلّ له أن يفضل واحدة على الأخرى؟ فقال: يفضل المحدثه (جدید) حدثان عرسها ثلاثة أيام إن كانت بكراً ثم يسوي بينهما (ظاهر يسوي وجوب است و با صراحت تساوی را بیان می‌کند) بطيبة نفس إحداهما الأخرى

(۱). ح ۲، باب ۹ از ابواب القسم.

(۲). ح ۴، باب ۲ از ابواب القسم.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۳۳

(مگر این که دوّمی به تفاضل رضایت بدهد) «۱».

مرحوم صاحب وسائل به طریق دیگری همین روایت را نقل کرده که در آن ذیل روایت اصلاح شده است: إلمّا أن تطيب نفس إحداهما للأخرى.

* و عنه عن معمر بن خلّاد قال: سألت أبا الحسن عليه السلام: هل يفضل الرجل نسائه بعضهنّ على بعض؟ قال: لا ولا بأس به في الإمام (مراد تفاضل بین اماء و احرار است که احرار در مقابل اماء دو شب دارند) «۲».

...* عن رسول الله صلّى الله عليه وآله قال: و من كانت له امرأتان فلم يعدل بينهما في القسم من نفسه (بيتوته) و ما له (نفقه) جاء يوم القيامة مغلولاً (در غل و زنجیر) ماثلاً شقّه (بدنش کج است) حتّى يدخل النار. «۳»

حدیث دیگری هم به همین مضمون در جلد ۱۵ مستدرک الوسائل «۴» آمده، پس جمعا پنج حدیث است.

گروه دوّم: احادیثی که بالمفهوم دلالت بر تساوی دارد. البته احادیث دیگری هم داریم که فعل پیامبر صلّى الله عليه وآله و فعل علی علیه السلام را می‌گوید ولی فعل، دلالت بر وجوب ندارد و لذا این روایات را بیان نمی‌کنیم.

* عن محمد بن مسلم (روایت صحیح است) قال: قلت له:

الرجل تكون عنده المرأة يتزوج أخرى أله أن يفضلها (كأن در ذهنش این بود که بدون آغاز تفاضلی نیست) قال: نعم إن كانت بكرة فسبعة أيام (در روایات سابق ثلاثه أيام آمده بود و در توجیه گفته شده که اقل آن ثلاث و اکثر آن سبعة است که یا مخیر است و یا سبعة ایام افضل است) و ان كانت ثيبا فثلاثة أيام (وقتی ثیب باشد، همیشه ثلاثه ایام جایز است چرا فقط آغاز کار را می گوید؟ مفهومش این است که بعد از آغاز کار، ثلاثه ایام جایز نیست پس مفهوم روایت بر عدم جواز تفاضل دلالت دارد) «۵».

... * عن محمد بن مسلم قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل تزوج امرأة و عنده امرأة فقال: إن كانت بكرة فليبت عندها سبعا و إن كانت ثيبا فثلاثا (مفهومش این است که اگر در اول کار نبود ثلاث جایز نیست). «۶»

... * عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: إذا تزوج (أغاز کار) الرجل بكرة و عنده ثيب فله أن يفضل البكر بثلاثة أيام (یعنی در آغاز کار تفضیل جایز است ولی بعد از آغاز کار مساوات است) «۷».

... * عن الحسن بن زياد، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: قلت له: الرجل تكون عنده المرأة فيتزوج جارية بكرة قال: فليفضلها حين يدخل بها ثلاث ليال (امر در مقام توهم حذر است و دلالت بر جواز دارد نه وجوب یعنی تفاضل جایز است و مفهومش این است که بعدا جایز نیست) «۸».

راه حل در مقام تعارض:

اشاره

در مجموع نه روایت بیان شد، حال در مقام تعارض بین این روایات چه کنیم؟

۱- جمع بین روایات:

روایات تفاضل، صریح در جواز و روایات تساوی، ظاهر در وجوب است و در جمع بین نص و ظاهر، ظاهر را بر نص حمل کرده و می گویم باید روایات تساوی را حمل بر مستحب کنیم و تفاضل را جایز بدانیم.

۲- اعمال مرجحات:

اگر این کار را نپسندیم، سراغ مرجحات می رویم، در این صورت روایات جواز تفاضل دو مرجح و روایات تساوی یک مرجح دارد، مرجح اول روایاتی که تفاضل را می گوید فتوای اصحاب است که اجماع بر تفاضل بود و لو سه قول در مسأله بود؛ و مرجح دوم مخالفت عامه است چون عامه تساوی را می گفتند، و اما مرجح روایات تساوی، ظهور کتاب الله و آیات قرآن است که ظاهر آیات عدالت و تساوی بود.

قلنا؛ ما جرأت نمی کنیم به این آسانی مقابل آیات بایستیم در حالی که نه روایت هم داریم، بنا بر این: الأحوط وجوبا رعایت عدالت بین زوجات در بیتوته است بنا بر این احتیاط در اینجا به دو جهت بجاست:

۱- در بعضی از روایات در صورت ترک مساوات وعده عذاب داده شده بود که استحباب با عذاب سازگار نیست، مگر این که گفته شود آن روایت سند معتبر ندارد.

۲- عدالت مستحب نامأنوس است چون طبیعت عدالت وجوب است و استحباب بردار نیست، چرا که در این صورت نقطه مقابل آن که ظلم است جایز می شود و این هم غیر قابل

(۱). ح ۸، باب ۲ از ابواب القسم.

(۲). ح ۲، باب ۳ از ابواب القسم.

(۳). ح ۱، باب ۴ از ابواب القسم.

(۴). ح ۱، باب ۱۲ از ابواب القسم.

(۵). ح ۱، باب ۲ از ابواب القسم.

(۶). ح ۵، باب ۲ از ابواب القسم.

(۷). ح ۶، باب ۲ از ابواب القسم.

(۸). ح ۷، باب ۲ از ابواب القسم.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۳۴

قبول است. پس در اینجا اگر «لا یجوز» نگوییم، می‌گوییم: لا ینبغی ترک الاحتیاط فی المسأله بالمساوات.

۱۱۴- ادامه مسئله ۱ / ۲ / ۳ / ۸۴

بقی هنا أمور:

اشاره

در ذیل مسئله اول چند امر باقی مانده است:

الأمر الأول: اگر زوجه یکی باشد فتوا در مورد حق القسم چیست؟

اشاره

مرحوم امام در تحریر فرمودند که زوجه واحد حق قسم ندارد ولی ما معتقدیم که به دو دلیل زوجه واحد، لیله واحد را حق دارد:

۱- روایت دعائم الاسلام:

* دعائم الإسلام: (روایت مرسله است) روينا عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام إن علياً عليه السلام قال: للرجل أن يتزوج أربعاً فإن لم يتزوج غير واحدة فعليه أن يبيت عندها ليلة من أربع ليال «... ۱».

روایت صریح است که اگر زوجه واحد باشد، یک شب از چهار شب را حق دارد و چون روایت از نظر سند ضعیف است مؤید می‌باشد.

۲- الغای خصوصیت از روایات سابق:

اگر روایات متعدّد، سابق را به دست عرف دهند، می‌گویند که هر کدام سهمی در أربع لیال دارند، نه این که تعدّد موضوعیت داشته باشد، پس غرض از بیتوته این است که تنها نباشند و زوجه سهمی داشته باشد و هیچ عرفی برای تعدّد موضوعیت قائل نیست، پس از روایات متعدّد الغای خصوصیت کرده و می‌گوییم تعدّد، موضوعیت ندارد و غرض این است که زوج با زوجه مأنوس باشند و زوجه تنها نباشد، پس این که زوجه واحد حق قسم نداشته باشد، خلاف ظاهر روایات است.

و این که به زوجه واحد در روایات اشاره نشده به این جهت است که حق قسم زوجه واحد مسلم بوده، علاوه بر این، موضوع

بحث در عدالت بوده که تصوّرش در صورت تعدّد زوجات است.

الأمر الثاني: بحثهایی که در مساوات و تفاضل داشتیم در جایی است که زوج می‌خواهد سهمش را به زوجه دیگر بدهد

ولی اگر بخواهد شبهای دیگر را برای خود داشته باشد، علی‌کمال جایز است و مربوط به بحث عدالت و تفاضل نمی‌شود، چون خلاف عدالت انجام نداده است.

الأمر الثالث: این بحث مهم را امام متعزّض نشده‌اند

ولی در جواهر و در بعضی از کتب مطرح شده و آن این است که آیا ممکن است تقسیمات یک شب به یک شب نباشد بلکه هفته به هفته یا ماه به ماه باشد، آیا این کار جایز است؟

اگر به رضایت زوجه باشد اشکالی ندارد ولی اگر خودش بخواهد این کار را بکند اختلاف است، از مرحوم شیخ طوسی در مبسوط و جماعتی دیگر جواز این معنا نقل شده است، یعنی زوج بدون رضایت زوجه می‌تواند تقسیمات را تغییر دهد. مرحوم محقق در شرایع اشکال می‌کند ولی صاحب جواهر تمایل به جواز دارد.

قائلین به جواز در صورت رضایت زوجه به یک روایت استدلال کرده‌اند که همان روایت سماعه است که قبلاً بیان شد:

... * ثلاثة أيام إن كانت بكرة ثم يسوي بينهما بطيبة نفس إحدهما للأخرى (با رضایت زوجه باشد) «۲».

البته روایت نسخه دیگری داشت که در آن تعبیر «إلا أن تطيب نفس إحدهما للأخرى» آمده بود که در این صورت ربطی به بحث ما ندارد؛ چون می‌گوید مگر این که یکی راضی به عدم مساوات شود.

روایت طبق نسخه اول قابل استدلال است، چون می‌گوید اگر زوجه رضایت دهد؛ پس اگر زوجه رضایت نداد جایز نیست بنا بر این روایت دلیل بر قول مرحوم محقق در شرایع است.

دلیل دیگر این است که روایات ما هم لילה لילה دارد و شما می‌خواهید از آن لیلتان لیلتان استفاده کنید دلیل شما چیست؟

دلیل ندارد مگر این که رضایت زوجات باشد پس طبیعت حال این است که لילה لילה باشد و بدون رضایت آنها جایز نیست این برنامه را بر هم بزند، البته ممکن است در صورتی که بر زوج عسر و حرج باشد اجازه بدهیم که غیر از لילה لילה هم باشد.

۱۱۵- مسئله ۲ (یختص وجوب المبيت بالدائمة) ۳/ ۳/ ۸۴

مسألة ۲:

اشاره

یختص وجوب المبيت و المضاجعة فيما قلنا به

(۱). مستدرک الوسائل، ج ۱۵، ح ۱، باب ۱، از ابواب القسم.

(۲). ح ۸، باب ۲، از ابواب القسم.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۳۵

بالدائمة فليس للمتمتع بها هذا الحق واحدة كانت أو متعدّدة.

عنوان مسأله:

حَقَّ القسَمی که با شرایط و کیفیت خاصّش بیان شد، مخصوص زوجه دائمه است و متمتعه حَقَّ قسم ندارد و فرقی نیست که متمتعه واحد باشد یا متعدّد.

اقوال:

بسیاری از اصحاب متعزّض این مسأله نشده‌اند که شاید به خاطر وضوحش باشد، و در شرایع هم نیست؛ حتّی مرحوم صاحب جواهر هم که غالب فروع را مطرح می‌کند ظاهراً متعزّض این مسأله نشده است، ولی بعضی مانند مرحوم علامه در قواعد و کشف اللثام که شرح قواعد علامه است این مسأله را مطرح کرده‌اند.

مرحوم کاشف اللثام می‌فرماید:

ولا قسمة لملك اليمين (کنیز اگر شوهر کند حَقَّ قسم دارد ولی در صورتی که حلیت آن از باب ملك اليمين است حَقَّ قسم ندارد) و إن كنّ مستولدات (و لو أمّ ولد باشد ...) و لا للمتمتع بها بالاتفاق (منظور از اتفاق در اینجا این است که کسانی که متعزّض این مسأله شده‌اند آن را قبول دارند ...) و حکى الحسن (حسن بن أبی عقیل که از قدمای اصحاب است) قولاً- بالقسمة لها و فی المختلف لا أظنّ القائل به أحدا من أصحابنا (شبیبه ادّعی اجماع است) «۱».

پس در مسأله اختلافی نیست. البتّه بعضی از فقها هم متعزّض مسأله شده‌اند، ولی ادّعی اجماع نکرده‌اند، به عنوان مثال مرحوم ابن ادریس می‌فرماید:

ولا یلزم العدل بینهنّ (متمتعات) فی المیت. «۲»

ادله:**اشاره**

این مسأله به عقیده ما مسئله واضحی است، ولی برای اثبات آن دو دلیل روشن داریم:

۱- روایات حَقَّ القسم:

در تمام آن روایات سخن از زوجات اربع بود و اگر هم زوجتان می‌گفت، می‌فرمود که دو لیلۀ دیگر برای زوج است، پس این هم نشانه این است که مراد زوجات اربعه است و می‌دانیم که انحصار زوجات در اربعه در مورد دائم است نه موقت، چون در موقت مسلّم است که عددی معین نشده است.

۲- روایت هشام بن سالم:

...* عن موسی بن سعدان، عن عبد الله بن القاسم، عن هشام بن سالم الجوالیقی عن أبی عبد الله علیه السلام فی حدیث قال: قلت: ما أقول لها (صیغۀ متعه را چگونه جاری کنیم؟) قال: تقول لها: أتزوّجك علی کتاب الله و سنۀ نبیّه و الله ولیّی و ولیّک کذا و کذا شهرا بكذا و کذا درهما علی أنّ لی الله علیک کفیلا لتفین لی و لا أقسم لک و لا أطلب ولدک و لا عدۀ لک علی (مرد که عدّه ندارد، پس ممکن است منظور این باشد که عدّه رجعیّه نیست و تعهدات عدّه رجعیّه ندارد) فإذا مضی شرطک (مدّت) فلا تتزوّجی حتّی یمضی لک خمس و أربعون یوما و إن حدث بک ولد فأعلمینی. «۳»

در این روایت هم سند و هم دلالت قابل گفتگوست.

از نظر سند: در سند «هشام بن سالم جوالمقی» همان هشام بن سالم معروف است که در مورد او ثقه ثقه گفته شده و معتبر است و اما دو نفری که قبل از ایشان هستند یکی «عبد الله بن قاسم» است که پنج نفر به این نام در کتب رجالیه موجود است و هر پنج نفر ضعیف یا مجهول الحال هستند پس هر کدام از این پنج نفر که باشد سند به خاطر او ضعیف می‌شود و به قرینه راوی از او که «موسی بن سعدان» است معلوم می‌شود که مراد عبد الله بن قاسم حضرمی است. موسی بن سعدان هم ضعیف است و در مورد او گفته شده: کذاب غال لا یتمد بروایته.

در کتب رجالی روی مسئله غلو تأکید زیادی شده است و معلوم می‌شود که آنها بیش از ما بر این مسأله دقت داشته‌اند و متأسفانه در زمان ما خیلی دقت نمی‌شود و شعرا در زمان ما مسابقه غلو دارند.

اللهم إنا أن یقال، عمل مشهور - بلکه ادعای اجماع - جابر ضعف سند است.

از نظر دلالت: ممکن است بگوییم روایت دلالت ندارد یا دلالت بر خلاف مقصود دارد، چون عدم قسم را به عنوان یک شرط در ضمن عقد می‌گوید و اگر عدم قسم در ماهیت عقد متعه بود نوبت به شرط ضمن العقد نمی‌رسید.

جواب: این امور شرط ضمن العقد نیست بلکه احکام است، و چون عقد متعه ماهیتش از نظر احکام و شرایط برای بسیاری روشن نبود، حضرت فرموده احکام و شرایط را در ضمن عقد بگو تا زوجه متوجه مسائل عقد متعه شود.

مکرر در انشای عقد متعه احکام ذکر شده است پس به قرینه خود حدیث و به قرینه سایر احادیثی که در باب عقد متعه وارد

(۱). ج ۷، ص ۴۸۹.

(۲). سرائر، ج ۲، ص ۶۲۴.

(۳). ح ۶، باب ۱۸ از ابواب المتعه.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۳۶

شده بیان احکام است نه شرط ضمن عقد.

مرحوم صاحب وسائل روایت دیگری هم به همین مضمون و با همین روات نقل می‌کند که ظاهراً همان روایت سابق است و علت آن این است که مرحوم صاحب وسائل وقتی تقطیع می‌کند «فی حدیث» می‌گوید که در اینجا آن را هم نمی‌گویید، پس حدیث مستقلی نیست.

... * بهذا الاسناد (عبد الله بن قاسم) ... عن أبي عبد الله عليه السلام في المتعه قال: ولا أقسم لك ولا أطلب ولدك ولا عدّة لك عليّ. (۱)

به هر حال چه این دو روایت یک حدیث باشد یا دو حدیث، ضعیف‌السند است که با عمل مشهور جبران می‌شود.

۱۱۶- ادامه مسئله ۲ / ۴ / ۳ / ۸۴

بقی هنا شیء:

مرحوم امام در لابه‌لای این بحث می‌فرماید:

یختص وجوب المبیته و المضاجعة یعنی حقّ مضاجعه را هم مخصوص زوجه دائمی می‌داند با این که تا اینجا هر چه بحث کردیم در مورد مبیته بود. در مسائل آینده هم مرحوم امام باز متعرض مضاجعه نشده است که آیا علاوه بر بیته مضاجعه (در کنار هم خوابیدن) هم لازم است؟ مرحوم امام در ضمن این مسأله مضاجعت را لازم دانستند ولی برای آن مسئله مستقلی قرار ندادند، اما

بعضی از بزرگان متعرض این مسأله شده‌اند.

مرحوم کاشف اللثام در شرح کلام علامه در قواعد می‌فرماید:

و الواجب فی القسمه المضاجعه عند النوم قریبا منها معطیا لها وجهه بحيث لا یؤدّ هاجرا و إن لم یتلاصقا و وجوب المضاجعه ممّا ذكره جماعة قاطعین به و المروى الكون عندها (و تعبیر مضاجعه ندارد) و قد یمکن فهم المضاجعه من قوله تعالى و اهجروهن فی المضاجع «۲».

جمعی دیگر مثل مرحوم محقق در شرایع و مرحوم صاحب جواهر و مرحوم شهید ثانی در مسالک این بحث را دارند. ابن قدامه هم عبارتی دارد که در ضمن آن مطلب بیان شده و می‌گوید:

و عماد القسم اللیل لا خلاف فی هذا و ذلك لأن اللیل للسکن و الإیواء (پناه دادن) یاوی فیه الانسان إلى منزله و یسکن إلى أهله و ینام فی فراشه مع زوجته عادتا و النهار للمعاش. «۳»

او در مورد وجوب مضاجعه چیزی نمی‌گوید و کأنّ نظرش این است که بیتوته باید با مضاجعت همراه باشد.

واقع مسأله این است که مضاجعت دلیل روشنی ندارد و صاحب جواهر اعتراف می‌کند که روایتی در مورد آن نداریم و برای اثبات آن سراغ شواهد مختلف رفته و از جمع‌بندی آنها مسأله را ثابت می‌کند که ما هر یک از شواهد را پاسخ می‌دهیم: شاهد اول: معتاد و متعارف این است که بیتوته همراه مضاجعت باشد.

جواب: آیا در جایی که افراد فقط یک اطاق دارند و همه در یک اطاق زندگی می‌کنند می‌تواند مضاجعه باشد؟ پس ادّعی انصراف بیتوته به مضاجعت قابل قبول نیست.

شاهد دوم: اگر مضاجعت نباشد «عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» نیست.

جواب: آیا فرد غالب معاشرت بالمعروف این است که مضاجعت باشد؟ حال به عنوان مثال اگر زوج مطالعه دارد یا اهل عبادت است و یا کارگری است که شبها هم در منزل کار می‌کند و بیتوته می‌کند ولی مضاجعت نیست آیا این امور خلاف معاشرت بالمعروف است؟

نمی‌توان گفت وظیفه مرد مضاجعت است بلکه بیتوته کافی است و آیه چنین دلالتی ندارد.

شاهد سوم: آیه «وَ اَهْجُرُوهُنَّ فِی الْمَضَاجِعِ» «۴» می‌فرماید اگر زن ناشزه شود زوج به عنوان تنبیه می‌تواند از او کناره‌گیری کرده و قهر کند (در ماده هجر معنای قهر هست) مفهومش این است که اگر ناشزه نباشد باید در کنار او باشد.

جواب: کسی که برای عبادت یا مطالعه یا کار در نزد همسر نمی‌خواهد قهر نکرده است، پس آنچه ما می‌فهمیم این است که آیه جلوی قهر کردن را بالمفهوم می‌گیرد و ترک مضاجعه غیر از قهر کردن است.

بنا بر این احتیاط مستحب این است که مضاجعه باشد ولی دلیلی بر وجوب نداریم.

(۱). ح ۲، باب ۴۵ از ابواب متعه.

(۲). ج ۷، ص ۴۹۵.

(۳). مغنی، ج ۸، ص ۱۴۴.

(۴). سورة نساء، آیه ۳۴.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۳۷

مسأله ۳: فی کلّ لیلۃ کان للمرأة حقّ المبیّت یجوز لها أن ترفع الید عنه

اشاره

و تهبه للزوج لیصرف لیله فیما یشاء و أن تهبه للضرّة (هو) فیصیر الحقّ لها.

عنوان مسأله:

در هر شبی که زوجه حقّ مبیّت دارد می‌تواند از حقّ خود رفع ید کند که مرحوم امام دو صورت برای آن بیان می‌کنند ولی دیگران بیشتر از این گفته‌اند.

اقوال:

این عبارت تحریر در واقع برگرفته از عبارت شرایع و جواهر است. مرحوم محقق در شرایع می‌فرماید:
و لها أن تهب لیلتها للزوج أو بعضهنّ (بعض زوجات) مع رضاه (این قید در کلام امام نبود و در کلام بعضی آمده است).
مرحوم صاحب جواهر در ذیل این عبارت مفضّلاً بحث می‌کند. مرحوم علامه در قواعد عبارتی قریب این عبارت دارد که مرحوم کاشف اللثام در شرح آن این عبارات را آورده است. «۱»
صاحب مسالك «۲» هم شرح مفصّلی دارد و عامّه هم با ما هماهنگ هستند. ابن قدامه در مغنی می‌گوید:
و یجوز للمرأة أن تهب حقّها من القسم لزوجها أو لبعض ضرائرها أو لهنّ جمیعاً و لا یجوز إلّا برضی الزوج لأنّ حقّه فی الاستمتاع بها (زوجه) لا یسقط إلّا برضاه. «۳»

ادله:

اشاره

برای روشن شدن این مسأله ابتدا علی القاعده بحث کرده و مقتضای قاعده را در مسأله بیان می‌کنیم و بعد سراغ روایات می‌رویم، چون روایات در موارد خاصّه وارد شده است و تمام صور مسأله را شامل نمی‌شود.

۱- مقتضای قاعده:

مقتضای قاعده این است که حق قابل واگذاری است، ولی چند نکته قابل توجه است:
الف) آیا در جایی که زوجه حقّ خود را به دیگری واگذار کند، رضایت زوج هم لازم است؟
بله، رضایت زوج لازم است، چون به فرض اگر زوجه از حقّ خود بگذرد، ولی زوج حقّ استمتاع دارد و مادامی که مزاحم حقوق دیگران نشود، زوج می‌تواند حقّش را مطالبه کند. پس این حق از طرفی حقّ زوجه است که حقّ مبیّت دارد و از طرفی هم حقّ زوج است، چون زوج دائماً حقّ استمتاع دارد، مادامی که مزاحم حقّ دیگران نشود. پس قید «مع رضاه» که در کلام بعضی آمده و مرحوم امام ذکر نفرمودند، لازم است.
ب) آیا رضایت موهوبه (موهوب لها) هم لازم است؟ یعنی وقتی به زوجه دوّم واگذار می‌کند، آیا رضایت زوجه دوّم هم لازم است؟

در اینجا صاحب جواهر «۴» بحثی دارد و می‌فرماید این که زن حق میبیت خود را به زوجه دیگر واگذار می‌کند، از باب هبه نیست چون هبه در اعیان است نه در حقوق، و اگر هبه بود باید احکام هبه می‌داشت و باید موهوب له قبول می‌کرد (چون هبه عقد است). قلنا: با نهایت احترامی که به صاحب جواهر می‌گذاریم، می‌گوییم هبه معنای وسیعی دارد و در حقوق هم جاری است مثلاً حق تحجیر و یا حق سبق خودش را در نماز جماعت می‌بخشد و یا در بازارهای قدیم که هر کسی جلوتر برای خودش جا می‌گرفت حق سبق خود را می‌توانست ببخشد، پس هبه، اعیان، حقوق و منافع را شامل می‌شود.

حال وقتی گذشتن زوجه از حق خود را هبه دانستیم، در این صورت قبول زوجه دوم هم لازم خواهد بود، پس رضایت موهوب لها لازم است همان‌گونه که رضایت زوج و واهب لازم است.

ج) صور مسأله:

این مسأله حدّ اقل دارای چهار صورت است که ما برای روشن‌تر شدن صور، فرض مسأله را در جایی قرار می‌دهیم که زوج دارای چهار زوجه است:

صورت اول: زوجه حق خودش را ساقط کرده و به زوج یا زوجه دیگر واگذار نمی‌کند که مثل ابراء است. در اینجا دو احتمال است؛ احتمال دارد که بگوییم نتیجه عاید زوج می‌شود و چون اسقاط حق است، حق خود زوج می‌شود و زوجه اول کالعدم است و در واقع مثل این است که زوج سه زوجه دارد که لیلۀ رابعه حق خود زوج است که حق همین احتمال است و

(۱). کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۰۸.

(۲). ج ۸، ص ۳۳۹.

(۳). ج ۸، ص ۱۵۲.

(۴). ج ۳۱، ص ۱۸۶.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۳۸

احتمال دارد که بگوییم اگر مثلاً- برای مدت یک ماه از حق خود گذشته شبها بین سه زوجه دیگر به صورت سه شب، سه شب تقسیم می‌شود و به زوج نمی‌رسد.

صورت دوم: زوجه حق خود را به زوج می‌دهد که در اینجا زوج مخیر است، بین این که به کدامیک از زوجات واگذار کند و یا برای خودش بردارد، پس اثر این صورت هم مثل صورت اول است.

صورت سوم: زوجه حق خود را با رضایت زوج به زوجه معینه می‌بخشد، در اینجا دو لیلۀ برای همان زوجه معینه است، چون حق برای او بوده و واگذار کرده و زوج هم این واگذاری را امضا کرده است پس لیلتان برای زوجه ثانیه است و زوج حق تخلف ندارد، چون قبول کرده است.

صورت چهارم: زوجه حق خود را به همه زوجات دیگر واگذار می‌کند و زوج قبول کرده است که در این صورت آثار متفاوت است، چون در واقع دوران بین سه نفر است و دیگر لیلۀ برای زوج باقی نمی‌ماند. اگر یک شب از حق خود بگذرد، بعضی گفته‌اند که این یک شب را بین سه زوجه دیگر تقسیم کند و اگر در طول یک ماه بود به صورت یک شب کامل بین آنها تقسیم شود.

در تحریر الوسیله دو صورت از این چهار صورت بیان شده است، ولی در مسالک و کشف اللثام هر چهار صورت آمده است که همه این صور بر محور قواعد دور می‌زند. در کلام ابن قدامه هم سه صورت مطرح بود.

روایات روی موارد خاصّ مسأله رفته است ولی قواعد تمام موارد را شامل است و محدودیت ندارد و به همین جهت ما ابتدا سراغ

قواعد رفتیم و حکم مسأله را از نظر قواعد بررسی کردیم.

۱۱۸- ادامه مسئله ۳ / ۸ / ۳ / ۸۴

۲- روایات:

در این مسأله چهار روایت داریم که دو روایت در وسائل و یک روایت در مستدرک و یک روایت در سنن بیهقی است که دلالت هر چهار روایت خوب است، ولی بعضی از نظر سند ضعیف است که به عنوان مؤید خوب است، البته می‌توان گفت که با عمل مشهور ضعف سند جبران می‌شود.

... عن موسی بن بکر، عن زرارة قال: قال ابو جعفر علیه السلام فی حدیث: من تزوج امرأة فلها ما للمرأة من النفقة و القسمة (روایت در مورد یک زوجه است و دلالت می‌کند که زوجه واحد هم حق قسم دارد) و لکنه إن تزوج امرأة فخافت منه نشوزا (زن از نشوز مرد بترسد) و خافت أن يتزوج عليها أو يطلقها فصالحت من حقها على شيء من نفقتها أو قسمتها فإن ذلك جائز لا بأس به. (۱)

این روایت در مورد یکی از صور مسأله است که زوجه با زوج مصالحه می‌کند و معنای آن این است که یک امتیاز زوجه بدهد که حق القسم است و امتیازی که زوج می‌دهد این است که زوجه را طلاق ندهد.

از نظر سند: در سند روایت «موسی بن بکر» محل بحث است. در مورد او اشکال شده ولی بعضی او را ثقة می‌دانند، به عنوان مثال مرحوم علامه در مختلف، او را ثقة و حدیثش را صحیح دانسته است. بعضی به جهت نقل ابن ابی عمیر و صفوان و بعضی دیگر از ثقات و اصحاب اجماع از او، وی را ثقة می‌دانند. عده‌ای هم او را تضعیف کرده و معتقدند که دلیلی بر وثاقت او نیست، پس نمی‌توانیم سند را بپذیریم ولی عمل مشهور جبران ضعف سند می‌کند.

روایت بعد را صاحب وسائل از کتاب علی بن جعفر نقل می‌کند و سابقا بیان شد که کتاب علی بن جعفر نزد صاحب وسائل بوده است، پس سند معتبر است؛ علاوه بر این روایت سند دیگری هم دارد:

... عن علی بن جعفر، عن أخیه موسی بن جعفر علیهما السلام قال: سألته عن رجل له امرأتان قالت إحداهما لیتی و یومی لک یوما أو شهرا أو ما کان أیجوز ذلک (ظاهرا مخاطب زوج است)؟ قال: إذا طابت نفسها (زن از اعماق دل راضی باشد) و اشتری ذلک (حق قسم) منها فلا بأس. (وقتی خرید حق القسم جایز باشد هبه به طریق اولی جایز است) (۲).

این روایت هم در مورد یکی از صور مسأله است که طرف مقابل زوج است و بقیه صور را یا باید از قاعده استفاده کنیم یا الغای خصوصیت.

* علی بن ابراهیم (در سند و حجیت این تفسیر بحث است) فی قوله تعالی و إن امرأة خافت الآية ... روایت مفصل و مضمون آن

(۱). ح ۱، باب ۶، از ابواب القسم.

(۲). ح ۲، باب ۶، از ابواب القسم.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۳۹

چنین است:

دختر محمّد بن مسلمة زوجه رافع بن خدیج بود. او زوجه دوّمی اختیار کرد و به دختر محمّد بن مسلمة گفت: من به مساوات بین شما رفتار نمی‌کنم و می‌خواهم سه شب با زوجه دوّم و یک شب با تو باشم. دختر محمّد بن مسلمة راضی نشد و رافع او را طلاق داد ولی قبل از طلاق سوّم راضی شد. (۱)

این روایت نیز در مورد مصالحه با زوج است. از این حدیث استفاده می‌شود که تسویه واجب است ولی اصحاب به سادگی از کنار آن گذشته‌اند. پس، از این که آیه می‌گوید مصالحه جایز است، معلوم می‌شود که تسویه واجب است، چون معلوم می‌شود که حق قسمی که مساوی بوده حق دارد مصالحه کند و حق نداشته را نمی‌توان مصالحه کرد.

در مورد نشوز در قرآن دو آیه آمده است که یکی آیه‌ای که در متن روایت آمده و در مورد نشوز مرد است و آیه دیگر در مورد نشوز مرثه است.

باید به این نکته در اینجا توجه داشت که اکراه در معامله موجب بطلان است ولی اضطرار موجب بطلان نیست.

روایت بعد هم که از منابع عامه نقل می‌کنیم در مورد تفسیر آیه نشوز است:

... * سمعت علی بن ابی طالب علیه السلام یقول فی قوله «وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا» ... قال: هو الرجل تکون عنده امرأتان فتکون إحداهما قد عجزت (از کار افتاده و عجز شده) أو تکون دمیمة (بد قیافه) فیرید فراقها فتصالحه علی أن یکون عندها لیلۃ و عند الأخری لیالی و لا یفارقها فما طابت به نفسها فلا بأس به فإن رجعت سوّی بینهما. «۲»

از این روایت دو چیز استفاده می‌شود: یکی این که زوج می‌تواند از حرف خودش برگردد یعنی رجوع مرثه جایز است و دیگر این که اگر رجوع کرد، تسویه واجب است.

تا اینجا چهار روایت بیان شد که بعضی صحیح‌السند است ولی مجموع حجت است و عمل مشهور هم مطابق آن است، پس طبق روایات هم مسأله ثابت است و اگر بقیه موارد را هم بخواهیم از روایت استفاده کنیم، الغای خصوصیت می‌کنیم.

۱۱۹- ادامه مسئله ۳/۹/۸۴ به مناسبت این مسأله سه عنوان ملک، حق، حکم، را که در فقه استعمال شده مطرح می‌کنیم، که باید هر یک از این عناوین تعریف شده و اقسام آنها مورد بررسی واقع شود، تا در جاهای مختلف فقه مورد استفاده قرار گیرد.

ابتدا باید حق را تعریف کرده و بعد تفاوت میان حق، حکم و ملک را بیان کنیم سپس سراغ اقسام حق برویم که بعضی قابل انتقال و بعضی قابل واگذاری است.

تعریف حق:

اشاره

پیشینان از فقها سراغ این بحث نرفته‌اند و فقط بعضی از کسانی که نزدیک به عصر و زمان ما بودند، سراغ این بحثها رفته‌اند. این بحث در حواشی مکاسب مطرح است. ما تعریفی از مرحوم آخوند و آقای خوئی و تعریفی از مرحوم صاحب عروه از حواشی مکاسب نقل می‌کنیم:

تعریف مرحوم آخوند و آقای خوئی کاملاً مبهم است.

مرحوم آخوند در حواشی کتاب بیع مکاسب می‌فرماید:

إِنَّ الْحَقَّ عَتَبَارٌ خَاصٌّ لَهُ آثَارٌ مَخْصُوصَةٌ مِنْهَا السُّلْطَنَةُ عَلَيَّ الْفَسْخِ (حق خیار).

این تعریف شبیه تعریفهای شرح الاسمی است و تعریف حقیقی نیست مثل این که در تعریف «سعدانه» بگوییم «نبت»؛ می‌دانیم گیاه است اما تعریفی که محض را به کار آید، تعریفی است که به وسیله آن جامع و نقطه امتیاز روشن شود. در این تعریف «اعتبار» عام است و تمام احکام تکلیفی و وضعی هم اعتبار خاص است که آثار مخصوص دارد.

مرحوم آقای خوئی می‌فرماید:

حقیقه الحق و الحكم واحد کلها من اعتبارات الشرع «۳».

این تعریف هم شرح الاسم است و چیزی برای ما روشن نمی‌کند ظاهراً فقها به دنبال تعریف حقیقی جامع و مانع نبوده‌اند.

مرحوم صاحب عروه خواسته تعریفی جامع و مانع ارائه کند و به همین جهت می‌فرماید:
 الحقّ نوع من السلطنه على شيء متعلّق بعین کحقّ التحجیر أو عقد کحقّ الخيار أو على شخص کحقّ القصاص (اولیای دم حقّ قصاص دارند) هو مرتبه ضعيفه من الملك بل نوع منه (ملک).
 پس مطابق تعریف مرحوم صاحب عروه حق نوعی

(۱). مستدرک الوسائل، ج ۱۵، ح ۱، باب ۹ از ابواب القسم.

(۲). السنن الكبرى، ج ۷، ص ۲۹۷.

(۳). مصباح الفقاهه، ج ۲، ص ۲۰۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۴۰

سلطنت است که به سه چیز (عین، عقد و شخص) تعلق می‌گیرد.

تعریف مرحوم صاحب عروه هم قابل نقد است.

قلنا: «حق» هم در کلمات اهل شرع و هم در کلمات عقلا عبارت است از:

نوع سلطنه (جنس) على أفعال خاصه (فصل)، پس حق، سلطنت بر فعل، ولی ملک، سلطنت بر عین یا منافع است، به عنوان مثال

حضانة سلطه بر نگهداری ولد است، قصاص، سلطه بر اراقه دم و ولایت سلطه بر تصرف در مال و جان بچه است که همه اینها

سلطه بر افعال است، بنا بر این حق و ملک هر دو سلطه هستند ولی حق، سلطه بر فعل و ملک، سلطه بر عین یا منفعت است.

سؤال: در مورد حقّ تحجیر چه می‌گویید، چرا که ظاهراً حقّ تحجیر سلطه بر عین است، در حالی که شما سلطه بر عین را ملک

دانستید؟

جواب: آن هم سلطه بر احیای ارض و مالک شدن است، چون مادامی که زمین را احیا نکرده سلطه‌ای بر عین نیست.

حقّ نفقه و حقّ قسم هم به معنای مطالبه انفاق و بیتوته است نه ملک؛ بنا بر این تمام حقوق به نوعی سلطه بر فعلی از افعال

برمی‌گردد.

من هنا يظهر امور:

الأمر الأول: بین ملک، حق و حکم فرق اساسی وجود دارد.

ملک سلطه بر عین یا منافع و حق سلطه بر افعال خاصه است ولی حکم سلطه نیست بلکه تشریحی است الهی، پس این که مرحوم

آقای خوئی حق و حکم را یکی دانستند صحیح نیست، چون در حکم سلطه‌ای نیست. بنا بر این باید بین این امور سه گانه فرق

بگذاریم و هر یک دارای جنس و فصلی هستند، البته جنس و فصل در امور اعتباری نداریم، پس می‌گوییم شبیه جنس و فصل

است.

الأمر الثاني: در عناوین سه گانه فوق فرقی بین اهل شرع و عقلا نیست،

چون اهل شرع هم این عناوین سه گانه را از عرف گرفته‌اند و کمتر حقی است که در شرع باشد و در عرف نباشد البته شارع برخی

از حقوق را اضافه کرده است.

الأمر الثالث: فرق بین ملک و حق این نیست که مرحوم سید یزدی صاحب عروه فرمود

که ملک سلطه قوی و حق سلطه ضعیف تر است، چون گاهی سلطه حقوق، قوی تر از ملک است، مثل سلطنت حاکم شرع در حکومت اسلامی.

الأمر الرابع: همه این بحثها در صورتی است که این عناوین سه گانه در مقابل هم قرار گیرند

شیرازی، ناصر مکارم، کتاب النکاح (مکارم)، ۶ جلد، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۲۴ هـ ق کتاب النکاح (مکارم)؛ ج ۶، ص: ۱۴۰

ولی اگر هر یک از این عناوین جداگانه استفاده شود، هر یک می تواند معنای وسیعی داشته باشد، به عنوان مثال «ملک» معنای وسیعی دارد و در قرآن گاهی به معنای ملکیت در اعیان استفاده می شود، ولی گاهی به معنای ملکیت منافع است «أَوْ مَا مَلَكَتْكُمْ مَفَاتِحُهُ أَوْ صِيْدِيْقِكُمْ» (۱) ملکیت کلید به معنای ملکیت منافع است، گاهی هم ملکیت به معنای صاحب اختیار بودن است که نه ملک عین است و نه ملک منفعت: «رَبِّ إِنِّي لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَأَخِي» (۲) که به معنای صاحب اختیار بودن است. گاهی هم به معنای مالکیت تکوینی است:

«قُلْ مَنْ يَرْزُقُكُمْ مِنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ أَمَّنْ يَمْلِكُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ» (۳) که اشاره به مالکیت تکوینی است، بنا بر این مالکیت در معنای وسیعش همه اینها را شامل می شود ولی اگر در کنار عناوین دیگر (حق و حکم) استفاده شود هر یک، معنای خاص خود را دارد.

۱۲۰- ادامه مسئله ۳ / ۱۰۳ / ۸۴

الأمر الخامس: حق معنای وسیعی در علم اخلاق و عرف دارد.

حق در جاهایی گفته می شود که شخصی مسئولیت و وظیفه‌ای در مقابل کسی یا چیزی دارد که از آن تعبیر به حق می کنند. رساله حقوق امام سجاد علیه السلام به مسئولیتهایی که انسان در مقابل اشخاص و اشیا دارد اشاره می کند که این سلطه نیست بلکه مسئولیت است. گاهی این مسئولیتهای واجب و گاهی مستحب و اخلاقی است. مرحوم صاحب وسائل در کتاب الحج به مناسبت، سراغ حقوق حیوانات رفته است، از جمله در باب ۹ از ابواب حج احکام دواب را تحت عنوان «حقوق الدابة المندوبة و الواجبة» ذکر می کند که اینها حق اخلاقی و عرفی است نه این که حق به معنای فقهی و به معنای سلطه باشد.

اینها نشان می دهد که اسلام تمام حقوق واجبه و مستحبه را با موشکافی تمام بیان کرده است که از باب نمونه یک روایت را

(۱). سورة نور، آیه ۶۱.

(۲). سورة مائده، آیه ۲۵.

(۳). سورة یونس، آیه ۳۱.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۴۱

ذکر می کنیم.

...* عن أبي عبد الله عليه السلام: للدابة على صاحبها سته حقوق لا يحملها فوق طاقتها و يتخذ ظهرها مجالس يتحدث عليها (در حالی که سوار مرکب است با کسی به صحبت مشغول نشود) و يبدأ بعلفها إذا نزل و لا- يشتمها و لا- يضربها في وجهها (چون آسیب پذیر است) فإنها تسبح و يعرض عليها الماء إذا أمر به. (۱)

در دنیای امروز جمعیت‌هایی به نام حمایت از حیوانات تشکیل شده که در واقع نوعی ریاکاری است، چرا که کسانی شعار حمایت از حقوق حیوانات را سر می‌دهند که ارزشی برای انسانها قائل نیستند و در گوشه و کنار دنیا آنها را به خاک و خون می‌کشند، ولی اسلام ۱۴ قرن قبل، این چنین حقوق حیوانات را متذکر می‌شود. نتیجه: آنچه مورد نظر است حق و ملک فقهی است نه معنای عام اینها.

اقسام حق:

اشاره

حق دارای اقسام کثیره‌ای است. مرحوم صاحب عروه در حاشیه مکاسب چندین نوع حق را بیان می‌کند ولی عقیده ما این است که حق اساساً چهار نوع بیشتر نیست، و شاید بتوان حصر عقلی درست کرد، چون حق سه اثر دارد:

۱- اسقاط

۲- نقل

۳- قابل انتقال قهری

انتقال قهری مثل ارث (ما ترک المیت من مال او حق فلوارثه) که به معنای انتقال قهری است.

حال با توجه به این آثار، برای حق چهار قسم بیان می‌کنیم:

۱- قابل اسقاط و نقل و انتقال قهری:

یعنی هر سه اثر را دارد مثل حقّ تحجیر که اگر اعراض کند اسقاط می‌شود و اگر بخواهد می‌تواند به دیگری منتقل کند و اگر شخص تحجیرکننده بمیرد، ورثه اولویت دارند، پس قابل انتقال قهری است.

۲- قابل اسقاط و نقل:

دو اثر اول را دارد ولی قابل انتقال قهری نیست، مثل حقّ القسم، که زوجه می‌تواند حقّ القسم را ساقط کند و یا به دیگری منتقل کند ولی به ارث نمی‌رسد، پس قابل انتقال قهری نیست؛ مثال دیگر حقّ سبق قبل از اقامه جماعت است که می‌تواند اسقاط یا به دیگری منتقل کند ولی اگر بمیرد به ورثه نمی‌رسد.

۳- قابل اسقاط و انتقال قهری:

قابل اسقاط و انتقال قهری است ولی نقل اختیاری ندارد مثل حقّ شفعه که قابل اسقاط است و به ارث هم می‌رسد ولی شریک نمی‌تواند حقّ شفعه را به شخص ثالث واگذار کند چون شرط شفعه، شرکت است و شخص ثالث شریک نیست.

۴- قابل اسقاط:

فقط قابل اسقاط است و قابل نقل و انتقال نیست مثل حقّ غیبت (بنا بر این که غیبت حق باشد که ما آن را حقّ فقهی می‌دانیم) که باید شخص غیبت‌کننده حلالیت بطلبد که این حق فقط قابل اسقاط است نه قابل نقل است و نه قابل انتقال و غیبت شونده نمی‌تواند حق خود را به دیگری منتقل کند یا به ورثه منتقل شود.

جمع‌بندی اقسام:

از آنچه بیان شد معلوم شد که حق همه جا قابل اسقاط است ولی گاهی قابل نقل است و گاهی قابل انتقال و گاهی هر دو هست که مجموعاً چهار قسم تصور می‌شود و صورت دیگری ندارد.

ان قلت: بعضی از حقوق داریم که نه قابل اسقاط است و نه قابل نقل و نه قابل انتقال مثل حق المازة (کسی که از کنار باغی به عنوان عبور رد می‌شود به مقداری که باعث فساد نشود، می‌تواند از باغ بخورد) که اگر آن را با شرایطش پذیرفتیم قابل اسقاط و قابل نقل و انتقال نیست.

قلنا: حق المازة در حقیقت حکم و اباحه در تصرف به اذن خدا است و حق نیست و از روی مسامحه به آن حق گفته‌اند.

۱۲۱- ادامه مسئله ۳ / ۱۱ / ۳ / ۸۴

احکام حقوق:**اشاره**

آنچه تا اینجا بیان شد در مقام ثبوت و واقع بود اما باید در مقام اثبات دید که حق نفقه یا حق رجوع یا حق حضانت و ولایت از کدام قبیل از این اقسام چهارگانه حق است؟ در مقام اثبات از کجا بفهمیم که هر یک از این حقوق از کدام قسم است؟ در مقام اثبات دو راه داریم که احکام اقسام حقوق را تشخیص می‌دهیم:

(۱). وسائل الشیعة، ج ۸، ح ۶، باب ۹ از ابواب احکام دواب.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۴۲

۱- طبیعت حقوق:

گاهی طبیعت حق چنان است که فقط اقتضای نقل و انتقال می‌کند و یا فقط قابل اسقاط است. به عنوان مثال در حق استمتاع از زوجه بالوطی - که روایت هم دارد - در عقد موقت می‌تواند شرط کند که استمتاع بالوطی نباشد که این فقط قابل اسقاط است و قابل نقل و یا انتقال قهری (ارث) نیست. طبیعت این حق چنین است و حتی اگر روایت هم نبود چنین شرطی جایز بود.

بعضی از حقوق هم قابل اسقاط و هم قابل نقل است، مثل حق حضانت که پدر حق حضانت را اسقاط می‌کند و قابل نقل است که پدر به مادر منتقل می‌کند ولی قابل انتقال قهری نیست.

طبیعت حضانت چنین است که ارث بردنی نیست.

بعضی از حقوق فقط قابل اسقاط و انتقال قهری است، یعنی طبیعت حق چنین است مثل حق شفعه که قابل اسقاط و قابل انتقال قهری است و به ورثه ارث می‌رسد ولی نمی‌توان شفعه را به شخص ثالث واگذار کرد که این طبیعت شفعه است.

بعضی از حقوق قابل اسقاط و نقل و انتقال است مثل حق تحجیر که طبیعت تحجیر این است که قابل اسقاط و قابل نقل و انتقال است و قابلیت برای هر سه دارد.

این مسائل قابل دقت است ولی مواردی داریم که مشکوک است در اینجا چه کنیم؟

۱۲۲- ادامه مسئله ۳ / ۱۶ / ۳ / ۸۴

۲- روایات خاصه:

راه دوم روایات خاصه‌ای است که در مقامات خاصه وارد شده و می‌گوید فلان حق قابل واگذاری یا اسقاط است. مثل حق القسم که روایات متعددی داریم که می‌گوید قابل اسقاط است یا می‌تواند به زوجه دیگر منتقل کند یا به زوج واگذار کند. مرحوم آیت الله سبزواری در مهذب الاحکام قاعده کلیه‌ای را ادعا می‌کند که برای ما ثابت نیست، ایشان می‌فرماید: «إنَّ كُلَّ حَقِّ قَابِلٍ لِلنَّقْلِ وَ الْاِسْقَاطِ إِلَّا مَا خَرَجَ بِالِدَلِيلِ لِلسَّيرَةِ الْعُقُلَائِيَّةِ عَلَى ذَلِكِ وَ اِرْسَالِ الْفُقَهَاءِ لَهُ اِرْسَالِ الْمَسْلَمَاتِ. (۱)» این ادعا و ادله ایشان برای ما قابل قبول نیست و نمی‌توانیم بپذیریم که هر حقی قابل نقل و انتقال باشد الا ما خرج بالدلیل، و ادعای سیره عقلائیة ایشان را هم نمی‌پذیریم، چون چنین سیره‌ای نداریم. ایشان در ادامه ادعای ارسال مسلمات می‌کنند در حالی که اصحاب متعرض آن نشده‌اند.

بنا بر این ما در مورد حقوق و احکام حقوق هیچ راهی جز ملاحظه قراین حاصله از ذات حقوق و روایات خاصه که در ابواب مختلف وارد شده، نداریم.

قسم چهارمی هم به نام «مناسب» داریم که متأسفانه در کلمات بزرگان با حقوق اشتباه شده که نه حق است و نه حکم و نه ملک. مناسب مانند منسب ولایت خاصه یا عامه؛ به عنوان مثال اب و جد ولایت خاصه دارند، و یا ولایت حاکم شرع که ولایت عامه بر جامعه دارد. آیا این ولایت حق یا ملک یا حکم است؟

خیر، منسب است، مثل قاضی منسوب که برای قضاوت منسب شده است.

منسب الهیته نه قابل اسقاط است نه قابل استعفا و نه قابل نقل و انتقال، به همین جهت فقیه نمی‌تواند بگوید من استعفا دادم و فتوا نمی‌دهم مگر این که من به الکفایه موجود باشد و فقهی جای فقیه دیگر بنشیند.

در کلمات مرحوم آیه الله سبزواری این موارد از حقوق شمرده شده است. ایشان در این زمینه می‌فرمایند:

حق الأبوة و الولایة للحاکم الشرعی و این موارد را از قبیل حقوقی می‌داند که قبول نقل و انتقال و اسقاط نمی‌کند.

سابقاً بیان شد حق یک معنای وسیعتری هم دارد که غیر از معنای سلطه است و همان حق به معنی وظیفه و مسئولیت است که علی علیه السلام می‌فرماید:

إِنَّ لِي عَلَيْكُمْ حَقًّا وَ إِنَّ لَكُمْ عَلَيَّ حَقًّا، معنای آن این نیست که شما بر من سلطه دارید و من بر شما سلطه دارم، بلکه به این معنای است که شما در مقابل من وظیفه‌ای دارید من هم در مقابل شما وظیفه‌ای دارم. پدر در مقابل فرزند وظیفه‌ای دارد و فرزند هم در مقابل پدر وظیفه‌ای دارد، که در اینجا تعبیر به حق هم می‌توان کرد ولی این حق غیر از حق به معنای سلطه است، پس اگر حق الأبوة و حق الإمامة گفته شود، صحیح است ولی نه حقی که به معنای سلطه باشد، بلکه به معنای وسیع کلمه یعنی مسئولیت و وظیفه، مثل حق همسایه بر همسایه که مسئولیتی است که در مقابل هم دارند.

(۱). مهذب، ج ۱۶، ص ۲۰۵.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۴۳

پس عنوان چهارمی هم به نام مناسب شرعی اضافه کردیم که اگر از ابتدا می‌آوردیم اولی بود.

شک بین حق و حکم:

اگر شک کنیم که چیزی حق است یا حکم، مثلاً- اگر شک کردیم که نفقه حق است یا حکم است؟ و یا حق رجوع در طلاق رجعی حق است یا حکم؟ و یا اگر شوهر در ضمن عقد خارج لازم به اسقاط حق رجوع ملتزم شود، این حق بوده که قابل اسقاط باشد و یا حکم الهی است که قابل اسقاط نباشد و بتواند مراجعه کند؛ و یا زوجه در طلاق خلعی مادامی که عده باقی است، می‌تواند

رجوع به بذل کند، یعنی مهریه اش را که بخشیده مطالبه کند که در این صورت زوج باید مهر را برگرداند ولی زوج هم حق رجوع به نکاح دارد، حال شک می کنیم که این حق رجوع به بذل یک حکم الهی است یا حقی است که می تواند اسقاط کند.

و یا بعد از این که معلوم شد حق است شک کردیم که از کدامیک از اقسام حق است؛ در این موارد چه کنیم؟ در جایی که شک کردیم که حق است یا حکم، اصل این است که حکم باشد، چون همه حقوق قابل اسقاط است و آنچه که قابل اسقاط نیست (مثل ولایت اب) در واقع منسب است و حق نیست، بنا بر این اگر شک کردیم که آیا زوجه می تواند بگوید که نفقه ام را اسقاط کردم؟

اصل این است که با اسقاط، ساقط نمی شود و نتیجه آن این است که نفقه حکم است و با اسقاط، ساقط نمی شود. و امّا اگر شک کردیم که کدام یک از اقسام حق است یعنی اصل حق بودن را دانستیم (وقتی حق بود قابل اسقاط هم هست) ولی شک داریم که آیا قابل نقل و انتقال هم هست یا نه؟ در این صورت نقل و انتقال دلیل می خواهد و اصل عدم جواز نقل و انتقال قهری است.

جمع بندی:

اشاره

قد تحضّل من جميع ما ذكرنا امور:

الأمر الأوّل: حق نوعی سلطه بر فعل است،

در مقابلش ملک سلطه بر مال یا منفعت است و حکم هم الزام یا ترخیص نسبت به شیء است و منسب ولایتی است که خداوند نسبت به شخص خاص یا جامعه و اگذار کرده است.

الأمر الثانی: تمام حقوق قابل اسقاط است

و اگر چیزی قابل اسقاط نبود حکم است.

الأمر الثالث: حق چهار قسم است؛

بعضی فقط قابل اسقاط، و بعضی قابل اسقاط و نقل، و بعضی قابل اسقاط و انتقال قهری است و بعضی هم هر سه را دارد.

الأمر الرابع: اگر شک کنیم که چیزی حق است یا حکم

به مقتضای طبیعت حق و قراین و یا به نصوصی که در موارد خاصّه وارد شده رجوع می کنیم.

الأمر الخامس: اگر نتوانستیم ثابت کنیم که چیزی حق است یا حکم

در این صورت آن را حکم می دانیم و آثار حکم بر آن مترتب می کنیم. همچنین اگر علم پیدا کردیم که حق است ولی ندانستیم که از کدامیک از اقسام حق است، در این صورت باید آن را حق قابل اسقاط بدانیم چون نقل و انتقال دلیل می خواهد.

۱۲۳- مسئله ۴ (حق قسم المرأة أول عرسها) ۱۷/۳/۸۴ از مسائل قسم چهار مسأله باقی مانده است که یک مسأله از مستحبات است

و از آن می گذریم و اما سه مسئله دیگر را مطرح می کنیم.

مسئله ۴: و تختی البکر اول عرسها بسبع لیل و الثیب بثلاث

اشاره

يجوز تفضيلهما بذلك على غيرهما و لا يجب عليه أن يقضى تلك الليالي لنسائه القديمة (قضا کردن این لیالی بعد از گذشت این هفت شب یا سه شب برای زوجه های قبلی لازم نیست).

عنوان مسأله:

اگر زوجه بکری بر زوجه اول تزویج شود در ابتدای زفاف، هفت شب اختصاص به او دارد و اگر ثیبه باشد سه شب به او اختصاص دارد.

مرحوم امام سابقا فرمودند که در میان دو زوجه جایز است که سه لیله را به یک زوجه و یک لیله را به زوجه دیگر اختصاص بدهد، حال در اینجا جای این اشکال است که در این مسأله امام فرمودند که سه لیله به ثیب اختصاص دارد که با توجه به مبنای ایشان در مسائل قبل این اختصاص وجهی ندارد.

بله این مسأله طبق مبنای کسانی که قائل به تساوی هستند به جا می باشد و در اول زفاف می تواند سه شب را به ثیب اختصاص دهد ولی مرحوم امام که تساوی را قائل نیست، اشکال به ایشان وارد است.

اقوال:

مرحوم صاحب جواهر می فرماید:

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۴۴

علی المشهور. (۱)

در مقابل این مشهور، اقوال دیگری است که غیر از این را می گویند. مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف «۲» سه قول را نقل کرده که یکی همین قول مشهور است و ادعای اجماع هم بر آن می کند و دو قول دیگر هم از اهل سنت نقل می کند. ایشان می فرماید: مسأله ۶: من كانت عنده زوجتان أو ثلاثة فتزوج بأخرى فإن كانت بكراً فإنه يخصها بسبعة أيام و يقدمها فلها (زوجه جدید) حق التقديم و التخصيص (تقديم یعنی ابتدا سراغ زوجه جدید می رود و تخصیص یعنی این که برای زوجه اول است و قضا هم ندارد) و إن كانت ثيباً فلها حق التقديم و التخصيص بثلاثة أيام أو سبعة أيام و يقضيها في حق الباقيات (این حکم دیگری در مورد ثیب است) ... و به قال الشافعي و مالك و احمد ... و قال سعيد بن المسيب و الحسن البصري يخص البكر بليتين و الثيب بليلاً و لا يقضى (قول دوم) و ذهب الحكم و حماد و ابو حنيفة و أصحابه إلى أن للجديده حق التقديم فحسب دون حق التخصيص ... دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم (ادعای اجماع بر قول مشهور).

دلیل: روایات

اشاره

عمده دلیل مسأله روایات است. دو دسته روایت داریم که یک دسته از روایات عین فتوای مشهور را می‌گوید و طایفه دیگر روایات معارض است که همه روایات در باب دوم از ابواب حق القسم آمده است که از هر طایفه دو روایت را بیان می‌کنیم:

طایفه اول: روایات قول مشهور

روایاتی که دلیل بر کلام مشهور است چهار روایت است «۳»:

...* عن ابن ابي عمير (سند معتبر است) عن غير واحد (مرسله است ولي حجت است) عن محمد بن مسلم قال: قلت له: الرجل تكون عنده المرأة يتزوج أخرى أله أن يفضلها؟ قال: نعم إن كانت بكرة فسبعة أيام وإن كانت ثيبا فثلاثة أيام «۴». سند و دلالت روایت خوب است.

...* عن عبد الله بن عباس (سند خالی از اشکال نیست) فی حدیث إن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله تزوج زينب بنت جحش فأولم (ولیمه داد) و أطعم الناس «إلى أن قال»: و لبث سبعة أيام بلياليهن عند زينب «... ۵»
 زينب بنت جحش ثيبه بوده است، پس پیامبر صَلَّى الله عليه و آله چگونه هفت شب در نزد او بوده است؟ این اشکالی است که به این روایت وارد شده است.

از بعضی از آیات استفاده می‌شود که پیامبر از حق القسم مستثنا بوده و این از خصائص النبی صَلَّى الله عليه و آله بوده است، از جمله آیات آیه «تُرْجَى مِنْ تَشَاءُ مِنْهُنَّ وَ تُؤْوَى إِلَيْكَ مِنْ تَشَاءُ» «۶» است که «ترجی» به معنای عقب انداختن است یعنی حق قسم را عقب می‌اندازند و «تؤوی» یعنی به خودش اختصاص می‌دهد و معنای آیه این است که حق قسم زنان، تو را مشغول نکند و تو آزاد هستی در حق القسم.

بعضی این را از خصائص النبی صَلَّى الله عليه و آله شمرده‌اند که در این صورت به روایاتی که مربوط به حق القسم پیامبر صَلَّى الله عليه و آله است نمی‌توان استدلال کرد چون بر پیامبر صَلَّى الله عليه و آله رعایت حق القسم لازم نبوده و اگر حضرت رعایت حق القسم می‌کرده از باب تفضل بوده است.

عائمه هم مضمون همین چهار روایت را نقل کرده‌اند، از جمله کسانی که این روایت را نقل کرده ابن ماجه در کتاب سنن ابن ماجه است. «۷»

طایفه دوم: روایات معارض

* و عنه، عن ابن ابي عمير، عن حماد، عن الحلبي (سند صحيح است) عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث قال: إذا تزوج الرجل بكرة و عنده ثيب فله أن يفضل البكر بثلاثة أيام. «۸»
 ...* عن الحسن بن زياد، عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث قال: قلت له: الرجل تكون عنده المرأة فيتزوج جارية بكرة قال: فليفضلها حين يدخل بها ثلاث ليال. «۹»

دو حدیث دیگر هم به همین مطلب دلالت دارد و ظاهرا این دو روایت یک روایت است.

جمع بین روایات:

الف) جمع دلالی:

ابتدا سراغ جمع دلالی عرفی می‌رویم که دو طریق جمع گفته شده است:

(۱). ج ۳۱، ص ۱۷۱.

(۲). ج ۴، مسئله ۶ از کتاب القسم، ص ۴۱۳.

(۳). ح ۱، ۲، ۳ و ۵، باب ۲ از ابواب حق القسم.

(۴). ح ۱، باب ۲ از ابواب حق القسم.

(۵). ح ۲، باب ۲ از ابواب حق القسم.

(۶). سورة احزاب، آیه ۵۱.

(۷). ج ۱، ص ۶۱۲.

(۸). ح ۶، باب ۲ از ابواب حق القسم.

(۹). ح ۷، باب ۲ از ابواب حق القسم.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۴۵

۱- سبعة أيام جائز (نص در جواز) ولی مستحب این است که به ثلاثه قناعت کنند، تا رعایت حال زوجه دیگر هم بشود که این جمع در فقه متعدد است.

۲- در سبعة لیال، چهار لیله قضا دارد ولی در ثلاث لیال چیزی قضا ندارد، پس در هفت لیله سه لیله بدون قضا و چهار لیله قضا دارد. این جمع شاهد ندارد و در واقع جمع تبرعی است.

(ب) مرجحات:

اگر جمع را نپذیرفته و سراغ مرجحات برویم در این صورت حق با قول مشهور است، چون از جمله مرجحات شهرت (خذ بما اشتهر بین اصحابک) است.

تا اینجا سبعة و ثلاثه را با دلیل بیان کردیم، ولی دلیل این که قضا ندارد چیست؟

دلیل آن هم ظاهراً اطلاق روایات است، چون وقتی روایت می فرماید «فلیقض لها» اگر قضا داشت باید می فرمود چون عدم البیان فی وقت الحاجة قبیح است.

۱۲۴- م ۵ (مستثنیات القسم) و ۶ (فی شروع القسمة) ۱۸ / ۳ / ۸۴

[مسألة ۵ مستثنیات القسم]

مقدمه:

دو مسئله ذیل هیچ کدام روایت و آیه ندارد و باید مطابق قواعد، عمومات و اصول حل شود.

[فیمن لا قسمة لها من النساء]

اشاره

مسألة ۵: لا قسمة للصغيرة و لا للمجنونة المطبقة و لا لذات الأدوار حین دور جنونها و لا للناشزة و تسقط القسمة و حق المضاجعة بالسفر و لیس علیه القضاء.

عنوان مسأله:

در این مسأله مرحوم امام پنج طایفه را از حَقَّ القسم استثنا می‌کنند که این پنج طایفه حَقَّ القسم ندارد: صغیره، دیوانه دائمی، دیوانه ادواری در زمان جنون، ناشزه و مسافره.

اقوال:

مرحوم محقق در شرایع، مرحوم صاحب جواهر و مرحوم کاشف اللثام این پنج طایفه را دارند. عامه هم اینها را دارند که در کتاب الفقه علی المذاهب الاربعه «۱» اقوال عامه آورده شده که کم و بیش اینها را دارند. مرحوم آیه الله سبزواری «۲» اجمالا مسأله را اجماعی می‌دانند. مرحوم صاحب جواهر «۳» در بعضی از موارد پنج گانه تعبیر لا خلاف دارد، پس شاید بتوان گفت که اجمالا مسأله اتّفاقی است.

تفصیل مسأله:

اشاره

اکنون به تفصیل در مورد هر یک از عناوین پنج گانه صحبت می‌کنیم.

۱- صغیره:

صغیره، نفقه، موافقه و حق القسم ندارد، چون اصل در همه حقوق عدم است، یعنی تا ثابت نشود اصل عدم حق است که این اصل عدم، استصحاب نیست که اشکال شود شما استصحاب را در شبهات حکمیّه حجّت نمی‌دانید، بلکه یک اصل عقلایی در باب حقوق است که تا حَقّی ثابت نشود مطالبه حق جایز نیست.

در مقابل این اصل عمومات قسم است که می‌گوید زوجه حق قسم دارد که آن عمومات شامل این پنج مورد می‌شود، ولی بعضی جاها انصراف دارد، مثلا در صغیره رضیعه عمومات انصراف دارد چون حکمت حکم (قسم) معلوم است ولی صغیره‌ای که هنوز ممیزه هم نیست استیناسی ندارد، اما اگر صغیره‌ای باشد که نزدیک بلوغ است شک می‌کنیم که عمومات انصراف دارد یا نه، که در این صورت ادعای انصراف مشکل است به همین جهت تفصیل بهتر است.

۲- مجنونّه دائمی:

مجنونّه دائمی سه گونه است:

الف) مجنونّه‌ای که چیزی نمی‌فهمد، در این صورت اطلاقات منصرف است.

ب) مجنونّه‌ای که خطرناک است، در این صورت نیز عمومات منصرف است.

ج) مجنونّه‌ای که خطرناک نیست و استیناس را هم می‌فهمد در اینجا ادله منصرف نیست.

۳- مجنونّه ذات الادوار:

همین اقسام ثلاثه را دارد و حکم آن هم همان است.

۴- ناشزه:

چون تمکین نمی‌کند، حق نفقه ندارد و به طریق اولی حق قسم هم ندارد.

(۱). ج ۴، ص ۲۳۹.

(۲). مهذب الأحكام، ج ۲۵، ص ۲۰۹.

(۳). ج ۳۱، ص ۱۹۰.

کتاب النکاح (مکارم)، ج ۶، ص: ۱۴۶

۵- مسافره:

مسافره اقسامی دارد، گاهی مسافری است که مصداق ناشزه است، مثلاً به عنوان قهر سفر می‌کند که این حکم ناشزه را دارد و گاهی به اذن زوج است که ادله از اینجا منصرف است.

مسأله ۶: لو شرع فی القسمة بین نساءه کان له الابتداء بأبی منهن

اشاره

و بعد ذلك بأبی من البقیة و هكذا و إن کان الأحوط الأولى التعین بالقرعة سیما ما عدا الأولى.

اقوال:

از کلمات فقها سه قول استفاده می‌شود:

قول اول: مخیر است هم در اول و هم در ادامه، یعنی هر کدام را که خواست مقدم می‌کند.

قول دوم: در ابتدا مخیر است (طبق مبنای کسانی که می‌گفتند شروع واجب نیست و اگر شروع کرد واجب می‌شود) ولی در استمرار چون حقوق همه با هم متعارض است، عادلانه‌ترین راه قرعه است.

قول سوم: از ابتدا باید قرعه بزنند چون همه حق دارند و خلاف عدالت است که یکی را بر دیگران مقدم کند.

دلیل:

در این مسأله روایتی نداریم و فقط روایت فعل النبی صلی الله علیه و آله داریم (کان یقرع بین زوجاته إذا أراد السفر) و فعل النبی صلی الله علیه و آله دلیل بر وجوب نیست بلکه دلیل بر جواز است یعنی جلوی حرمت را می‌گیرد.

و لکن الإنصاف؛ اگر بخواهیم به حسب قواعد پیش بیاییم، اینجا از قبیل تراحم حقوق است و در تراحم حقوق، عدالت لازم است و چیزی اقرب به عدالت از قرعه در این گونه موارد نیست، مثل تقسیم ارث در جایی که ورثه نمی‌توانند با هم کنار بیایند که عادلانه‌ترین کار قرعه است.

درباره مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

جاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (سوره توبه آیه ۴۱)

با اموال و جانهای خود، در راه خدا جهاد نمایید؛ این برای شما بهتر است اگر بدانید حضرت رضا (علیه السلام): خدا رحم نماید بنده‌ای که امر ما را زنده (و برپا) دارد ... علوم و دانشهای ما را یاد گیرد و به مردم یاد دهد، زیرا مردم اگر سخنان نیکوی ما را (بی آنکه چیزی از آن کاسته و یا بر آن بیافزایند) بدانند هر آینه از ما پیروی (و طبق آن عمل) می کنند

بنادر البحار- ترجمه و شرح خلاصه دو جلد بحار الانوار ص ۱۵۹

بنیانگذار مجتبع فرهنگی مذهبی قائمیه اصفهان شهید آیت الله شمس آبادی (ره) یکی از علمای برجسته شهر اصفهان بودند که در دلدادگی به اهل بیت (علیهم السلام) بخصوص حضرت علی بن موسی الرضا (علیه السلام) و امام عصر (عجل الله تعالی فرجه الشریف) شهره بوده و لذا با نظر و درایت خود در سال ۱۳۴۰ هجری شمسی بنیانگذار مرکز و راهی شد که هیچ وقت چراغ آن خاموش نشد و هر روز قوی تر و بهتر راهش را ادامه می دهند.

مرکز تحقیقات قائمیه اصفهان از سال ۱۳۸۵ هجری شمسی تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن امامی (قدس سره الشریف) و با فعالیت خالصانه و شبانه روزی تیمی مرکب از فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مختلف مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

اهداف: دفاع از حریم شیعه و بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل بیت علیهم السلام) تقویت انگیزه جوانان و عامه مردم نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی، جایگزین کردن مطالب سودمند به جای بلوتوث های بی محتوا در تلفن های همراه و رایانه ها ایجاد بستر جامع مطالعاتی بر اساس معارف قرآن کریم و اهل بیت علیهم السلام با انگیزه نشر معارف، سرویس دهی به محققین و طلاب، گسترش فرهنگ مطالعه و غنی کردن اوقات فراغت علاقمندان به نرم افزار های علوم اسلامی، در دسترس بودن منابع لازم جهت سهولت رفع ابهام و شبهات منتشره در جامعه عدالت اجتماعی: با استفاده از ابزار نو می توان بصورت تصاعدی در نشر و پخش آن همت گمارد و از طرفی عدالت اجتماعی در تزریق امکانات را در سطح کشور و باز از جهتی نشر فرهنگ اسلامی ایرانی را در سطح جهان سرعت بخشید.

از جمله فعالیت های گسترده مرکز:

الف) چاپ و نشر ده ها عنوان کتاب، جزوه و ماهنامه همراه با برگزاری مسابقه کتابخوانی

ب) تولید صدها نرم افزار تحقیقاتی و کتابخانه ای قابل اجرا در رایانه و گوشی تلفن همراه

ج) تولید نمایشگاه های سه بعدی، پانوراما، انیمیشن، بازیهای رایانه ای و ... اماکن مذهبی، گردشگری و ...

د) ایجاد سایت اینترنتی قائمیه www.ghaemiyeh.com جهت دانلود رایگان نرم افزار های تلفن همراه و چندین سایت مذهبی

دیگر

ه) تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و ... جهت نمایش در شبکه های ماهواره ای

و) راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی (خط ۲۳۵۰۵۲۴)

ز) طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و ...

ح) همکاری افتخاری با دهها مرکز حقیقی و حقوقی از جمله بیوت آیات عظام، حوزه های علمیه، دانشگاهها، اماکن مذهبی مانند مسجد جمکران و ...

ط) برگزاری همایش ها، و اجرای طرح مهد، ویژه کودکان و نوجوانان شرکت کننده در جلسه

ی) برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم و دوره های تربیت مربی (حضور و مجازی) در طول سال

دفتر مرکزی: اصفهان/خ مسجد سید/ حد فاصل خیابان پنج رمضان و چهارراه وفائی / مجتبع فرهنگی مذهبی قائمیه اصفهان

تاریخ تأسیس: ۱۳۸۵ شماره ثبت: ۲۳۷۳ شناسه ملی: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

وب سایت: www.ghaemiyeh.com ایمیل: Info@ghaemiyeh.com فروشگاه اینترنتی:
www.eslamshop.com

تلفن ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳-۲۳۱۱) فکس ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱) دفتر تهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱) بازرگانی و فروش ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹ امور
کاربران ۲۳۳۳۰۴۵ (۰۳۱۱)

نکته قابل توجه اینکه بودجه این مرکز؛ مردمی، غیر دولتی و غیر انتفاعی با همت عده ای خیر اندیش اداره و تامین گردیده و لی
جوابگوی حجم رو به رشد و وسیع فعالیت مذهبی و علمی حاضر و طرح های توسعه ای فرهنگی نیست، از اینرو این مرکز به فضل
و کرم صاحب اصلی این خانه (قائمیه) امید داشته و امیدواریم حضرت بقیه الله الاعظم عجل الله تعالی فرجه الشریف توفیق
روزافزونی را شامل همگان بنماید تا در صورت امکان در این امر مهم ما را یاری نمایندانشالله.

شماره حساب ۶۲۱۰۶۰۹۵۳، شماره کارت: ۶۲۷۳-۵۳۳۱-۳۰۴۵-۱۹۷۳ و شماره حساب شبا: IR۹۰-۰۱۸۰-۰۰۰۰-۰۰۰۰-۰۶۲۱-۰۶۰۹-۵۳
به نام مرکز تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان نزد بانک تجارت شعبه اصفهان - خیابان مسجد سید
ارزش کار فکری و عقیدتی

الاحتجاج - به سندش، از امام حسین علیه السلام - هر کس عهده دار یتیمی از ما شود که محنت غیبت ما، او را از ما جدا کرده
است و از علوم ما که به دستش رسیده، به او سهمی دهد تا ارشاد و هدایتش کند، خداوند به او می فرماید: «ای بنده بزرگوار
شریک کننده برادرش! من در کرم کردن، از تو سزاوارترم. فرشتگان من! برای او در بهشت، به عدد هر حرفی که یاد داده است،
هزار هزار، کاخ قرار دهید و از دیگر نعمت‌ها، آنچه را که لایق اوست، به آنها ضمیمه کنید».

التفسیر المنسوب إلى الإمام العسکری علیه السلام: امام حسین علیه السلام به مردی فرمود: «کدام یک را دوست تر می داری: مردی
اراده کشتن بینوایی ضعیف را دارد و تو او را از دستش می رَهانی، یا مردی ناصبی اراده گمراه کردن مؤمنی بینوا و ضعیف از
پیروان ما را دارد، اما تو دریچه‌ای [از علم] را بر او می گشایی که آن بینوا، خود را بدان، نگاه می دارد و با حجت‌های خدای متعال،
خصم خویش را ساکت می سازد و او را می شکند؟».

[سپس] فرمود: «حتماً رهاندن این مؤمن بینوا از دست آن ناصبی. بی گمان، خدای متعال می فرماید: «و هر که او را زنده کند، گویی
همه مردم را زنده کرده است»؛ یعنی هر که او را زنده کند و از کفر به ایمان، ارشاد کند، گویی همه مردم را زنده کرده است، پیش
از آن که آنان را با شمشیرهای تیز بکشد».

مسند زید: امام حسین علیه السلام فرمود: «هر کس انسانی را از گمراهی به معرفت حق، فرا بخواند و او اجابت کند، اجری مانند
آزاد کردن بنده دارد».



مرکز تحقیقات و ترجمه

اصفهان

گام‌ها

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

