

فقه
موسى

کتاب



جلد نہم

آیة اللہ العظمیٰ سید موسیٰ شبیر زکائی رحمہ اللہ



مکتبۃ المدینہ دارالحدیث لاہور

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

سرشناسه: شبیری زنجانی، سیدموسی، ۱۳۰۶ -

عنوان و نام پدیدآور: کتاب نکاح / سیدموسی شبیری زنجانی.

مشخصات نشر: قم: دفتر حضرت آیت الله شبیری زنجانی، انتشارات مرکز فقهی امام محمد باقر (ع)، ۱۴۰۲ -

مشخصات ظاهری: ۲۵ ج.

فروست: دروس فقهی: ۹

شابک: دوره: 6-01-5541-622-978؛ ج. ۹: 9-7-93299-622-978

وضعیت فهرست نویسی: فیپا

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: زناشویی (فقه)

Marriage (Islamic law)

فقه جعفری -- قرن ۱۴

Islamic law, Ja'fari -- 20th century*

شناسه افزوده: دفتر آیت الله العظمی شبیری زنجانی. مرکز فقهی امام محمد باقر (ع)

رده بندی کنگره: BP۱۸۹/۱

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۶

شماره کتابشناسی ملی: ۹۳۶۱۱۱۳



اَيْتُ اللّٰهِ الْعَظِيْمِ سَيِّدِ مَوْسَى شَيْبَانِي زَيْنُكَ اِنِي بِاللّٰهِ



کتاب نکاح

(جلد نهم)

آیت الله العظمی سید موسی شبیری زنجانی رحمته الله



ناشر: انتشارات مرکز فقهی امام محمد باقر علیه السلام

نوبت چاپ: اول / ۱۴۰۲

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

همه حقوق این اثر، برای مرکز فقهی امام محمد باقر علیه السلام محفوظ است.

نشانی مرکز: قم، خیابان معلم، کوچه ۲۱، فرعی ۴، بن بست ۱، پلاک ۵۷

تلفن: ۰۲۵) ۳۷۷۴۳۸۶۹ - ۳۷۷۴۳۷۱۹

کد پستی: ۳۱۷۱۵۷۹۹۳۱۸

پایگاه اینترنتی: <http://www.m-feqhi.ir>

تماس با انتشارات: ۰۹۳۰۶۱۷۸۲۰۹

پیام رسان ای‌تا: @zanjanibooks

نماینده فروش (فروشگاه کتاب ما): ۰۲۵) ۳۷۸۴۲۴۴۳



با سپاس از همکارانی که در تولید این اثر نقش داشته‌اند:

مدیر مرکز: میثم جواهری | مدیر اجرایی: هادی سلیمان و مصطفی غیبی | ناظر علمی: میثم جواهری
مدیر تدوین و محقق: هادی سلیمان | مسئول فنی نشر: هاشم زیرک | صفحه‌آرا: علی رضایی‌نیا

۹	فصل ۱۳: حرمت جمع بین اختین ^۱
۱۱	حرمت جمع دو خواهر و بررسی احکام آن
۱۱	توجیه عبارت «أو مختلفتین»
۱۵	حکم وطی «خواهر مملوکه» زوجہ
۱۶	حکم ازدواج با خواهر «مملوکه وطی شده»
۱۶	بطلان عقد دوم در جمع بین دو خواهر
۲۸	بطلان متعۀ خواهرزن
۳۱	توقف تمتعات از خواهر اول بر انقضای عدهٔ خواهر موطونهٔ به شبهه
۳۵	حکم موارد شک در سبق و لحوق عقد دو خواهر
۳۸	لزوم اجبار مرد بر طلاق، در صورت وجوب اجتناب از خواهرها و ادلهٔ آن
۷۹	تمسک به قاعدهٔ قرعه در تعیین زوجہ
۹۴	بررسی اختیار حاکم در فسخ نکاح دو خواهر
۹۴	حکم نفقه و مهریهٔ خواهرها
۱۱۸	اقتران عقد دو خواهر
۱۴۳	حکم شک در تقدم و تأخر و تقارن عقد دو خواهر
۱۵۸	حرمت جمع بین دو خواهر در فرض تولد از زنا
۱۶۵	حرمت نکاح با خواهر مطلقهٔ رجعی قبل از انقضای عده
۱۶۵	جواز تزویج با خواهر مطلقهٔ بانن
۱۶۶	حکم ازدواج با خواهر همسر انقطاعی در عده

۱. این فصل، مربوط به بخش هفتم (مباحث حرمت ابدی و حرمت جمعی) است.

- ۱۷۹ حکم عقد خواهر متمتع بها در ایام عده با فرض بذل مدت منته
۱۷۹ جواز ازدواج با خواهر مزنی بها در مدت استبراء
۱۷۹ حکم ازدواج با خواهر موطونه به شبهه قبل از پایان عده
۱۸۸ حکم جمع بین دو همسر فاطمی

بخش هشتم: شرائط صیغه و انشاء عقد نکاح

- ۲۰۹ فصل ۱: اعتبار انشاء لفظی در تحقق نکاح
۲۱۲ کلام شیخ انصاری در تفاوت نکاح و زنا و بررسی تقاریب آن
۲۱۷ ادله اعتبار لفظ در انشاء عقد نکاح
۲۳۷ فصل ۲: شرایط صیغه عقد نکاح
۲۳۹ بررسی کفایت ماده «متع» در عقد دائم
۲۵۱ بررسی اشتراط عربیت
۲۶۳ اشتراط ماضویت در صیغه نکاح و بررسی ادله آن
۲۷۲ بررسی کفایت جمله اسمیه
۲۷۴ بررسی جواز تقدیم قبول بر ایجاب
۲۸۱ جواز تصدی ایجاب توسط مرد
۲۸۸ کفایت انشاء عقد نکاح با صیغه امر
۳۱۰ نکاح اخرس
۳۳۹ کافی نبودن کتابت قادر بر تکلم در عقد نکاح
۳۴۰ بررسی اعتبار تطابق بین ایجاب و قبول در الفاظ متعلقات عقد
۳۴۱ ایجاب قرار گرفتن «نعم» پس از استفهام از نکاح
۳۴۲ استعمال الفاظ ملحون در صیغه عقد
۳۴۴ اعتبار قصد انشاء در عقد به دلیل عدم تنفیذ عرف و شرع
۳۴۴ شرط نبودن علم تفصیلی به معانی کلمات صیغه



۳۴۵

۳۴۹

۳۵۰

۳۹۹

۴۰۷

اشترط موالات بین ایجاب و قبول در عقد

عدم اعتبار اتحاد مجلس ایجاب و قبول

اشترط تنجیز در عقد نکاح

حکم عقد مخالف احتیاط لازم

فهرست تفصیلی

فصل ۱۳: حرمت جمع بین اختین

حرمت جمع دو خواهر و بررسی احکام آن

مسألة ۳۹: «لا يجوز الجمع بين الاختين في النكاح دواما أو متعة؛ سواء كانتا نسيبتين أو رضاعيتين أو [مختلفتين]؛ وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الملك مع وطئهما؛ وأما الجمع بينهما في مجرد الملك من غير وطئ، فلا مانع منه؛ وهل يجوز الجمع بينهما في الملك مع استمتاع بما دون الوطئ، بأن لم يطأهما أو وطئ إحداهما واستمتع بالآخرى بما دون الوطئ، فيه نظر؛ مقتضى بعض النصوص، الجواز وهو الأقوى؛ لكن الأحوط، العدم.»^۱

جمع بین دو خواهر، مطلقاً حرام است، خواه با عقد دائم باشد یا متعه و خواه هر دو نسبی باشند یا رضاعی. بله، جمع آن دو در ملک مانعی ندارد؛ ولی آمیزش با هر دو جایز نیست. بنابراین اگر با یکی از آنان آمیزش کرد، نمی‌تواند با دیگری آمیزش کند.

درباره «استمتاع به کمتر از آمیزش» این بحث مطرح است که آیا در حکم آمیزش به شمار می‌رود تا جمع بین اُختین مملوکتین یا جمع مزوجه و مملوکه در استمتاع هم جایز نباشد، یا آنکه حکم آمیزش را ندارد؟ اما بحث مملوکه از آن جهت که محلّ ابتلا نیست و مباحث آن طولانی است مطرح نمی‌شود.^۲

توجیه عبارت «أو مختلفتين»

بین فقهاء درباره عبارت «أو مختلفتين» در کلام مرحوم سید، بحث واقع شده است. دو خواهر نسبت به یکدیگر، یا هر دو نسبی هستند یا هر دو رضاعی؛ چگونه ممکن است مختلف باشند و یکی نسبی و دیگری رضاعی باشد؟

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۴.

۲. رک: وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۸۲، باب ۲۹ (باب تحریم الجمع بین الأختین من الإماء فی الوطء لا فی الملك و حکم ما لو وطئ إحداهما ثم وطئ الأخری).

مرحوم آقای گلپایگانی عبارت را زیاده‌ای از جانب نساخ دانسته است؛ از این رو، در حاشیه عروه فرموده که در بعضی از کتب غیر مصححه - که بهتر بود نسخ غیر مصححه تعبیر شود - کلمه «أو مختلفین» آمده است؛ ولی در نسخه‌ای که در زمان خود مؤلف تصحیح شده است، این کلمه وجود ندارد.^۱

در زمان مرحوم سید کتاب عروه دو بار به چاپ رسیده است. در نسخه اصلی عروه به خط مؤلف^۲ کلمه «أو مختلفین» وجود دارد؛ ولی در چاپ دوم عروه که زمان حیات مؤلف در سال ۱۳۳۰ هجری قمری در بغداد صورت گرفته است، این عبارت نیست. وفات مرحوم سید در سال ۱۳۳۷ هجری قمری بوده است.^۳

منشأ این اختلاف آن است که مرحوم «حاج شیخ احمد کاشف الغطاء» و «حاج شیخ محمد حسین کاشف الغطاء»^۴ با توافق مرحوم سید، نسخه عروه را قبل از چاپ دوم، تصحیح و عبارت «أو مختلفین» را حذف کرده‌اند.^۵

با توجه به این مطالب، روشن می‌شود که حاشیه مرحوم آقای بروجردی، بر چاپ اول بوده است؛ از این رو، عبارت «أو مختلفین» را معنا کرده^۶ و مرحوم آقای خوئی نیز از ایشان تبعیت کرده است.^۷ مرحوم آقای خمینی نیز با زیاده‌ای، عبارت را مانند آنان معنا کرده^۸ که بررسی آن خواهد آمد؛ ولی مرحوم آقای گلپایگانی به

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۵۴.

۲. استاد رحمته سابقاً اصل نسخه را دیده بودم؛ ولی فعلاً نسخه عکسی آن را در اختیار دارم.

۳. أعيان الشیعة، ج ۱۰، ص ۴۳.

۴. استاد رحمته این دو بزرگوار، فقیه و در ادبیات، چیره‌دست بوده و از شاگردان مورد توجه مرحوم سید و از اوصیای ایشان بوده‌اند. چاپ دوم عروه که با تصحیح این دو چاپ شده، معمولاً از نسخه اصلی عروه به خط سید، صحیح تر است؛ ولی گاه نسخه اصلی صحیح است و در این چاپ، سهو یا غفلی رخ داده است.

۵. استاد رحمته؛ مرحوم شیخ محمد حسین کاشف الغطاء در حاشیه خود بر عروه نوشته که کلمه «مختلفین» معنا ندارد و ممکن نیست صحیح باشد و ما با جناب سید صحبت کردیم و ایشان دستور حذف آن را داد (العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۵۴: «تصوّر المختلفین فی الاختین مشکل بل غیر ممکن و قد راجعناه رحمته فألغاه فی الطبعة الثانية؛ أما فی الثلاثة و ما زاد فواضح. (کاشف الغطاء)»).

۶. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۵۳.

۷. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۵۴.

۸. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۵۴.

جهت اینکه نسخه‌اش چاپ دوم عروه بوده، آن را زیاده‌ای از نساخ دانسته و برای عبارت، معنایی ذکر نکرده است.

وجه اول: توجیه آقای بروجردی

مرحوم آقای بروجردی در توجیه عبارت «أو مختلفتين» فرموده است که دو خواهر، گاهی هر دو نسبی هستند؛ یعنی هر دو اولاد نسبی یک پدر یا یک مادر هستند، و گاهی هر دو رضاعی هستند، به این صورت که مثلاً شیر یک صاحب لبن را خورده باشند، و لَوْ مَرْضَعَهُمَا متعدد باشند، و گاهی یکی از آنان، از اولاد نسبی مادر است و دیگری از اولاد رضاعی؛ پس به اختلاف، خواهر یکدیگر می‌شوند؛ یکی از طریق نسب و دیگری از طریق رضاع؛ چراکه معیار در خواهر بودن، وجود قدر مشترک نسبت به پدر یا مادر است، چه این اشتراک از طریق نسب باشد و چه از طریق رضاع و چه اشتراک یکی با نسب و دیگری با رضاع باشد.^۱ مرحوم آقای خوئی نیز به تبع ایشان همین توجیه را بیان کرده است.^۲

مرحوم آقای خمینی در توجیه عبارت سید، توجیه مرحوم آقای بروجردی را با یک زیاده‌ای بیان کرده که به نظر، آن زیاده صحیح نیست. ایشان برای نسبی این‌گونه مثال زده که گاهی دو خواهر، فقط از حیث نسب، اولاد پدر یا مادر هستند، به این صورت که هیچ شیری از او نخورده‌اند، بلکه فقط تولدشان از او بوده است، و گاهی اصلاً اولاد نسبی او نیستند، بلکه فقط از زنی در حباله نکاح مردی شیر خورده‌اند، و گاهی یکی از آنان فقط به وسیله نسب، اتصال دارد و شیر نخورده است و دیگری فقط به وسیله رضاع اتصال دارد و ارتباط نسبی ندارد.^۳

نتیجه کلام ایشان این است که اطلاق اولاد نسبی بر معمول فرزندان که علاوه بر اتصال نسبی، شیر مادر خود را خورده‌اند صحیح نباشد؛ زیرا ایشان اولاد نسبی را منحصر در اولادی دانسته که اصلاً از مادر شیر نخورده باشند، در حالی که تعریف صحیح اولاد نسبی این است که شخصی متولد از زنی باشد، خواه از آن مادر شیر

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۵۳.

۲. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۵۵.

۳. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۵۴.

خورده باشد یا خیر.

علاوه بر این، لازمه کلام مرحوم آقای خمینی این است که مرحوم سید، متعرض فرد نادر شده و فرد شایع را که هم ارتباط نسبی دارد و هم شیر خورده است، ذکر نکرده باشد.

در هر صورت، توجیه کلام مرحوم سید، همان است که مرحوم آقای بروجردی فرموده؛ ولی چون این توجیه برای عبارت، پیچیده است، ایشان در چاپ دوم کتاب، عبارت «أو مختلفتین» را حذف کرده است.^۱

وجه دوم: ارتباط «أو مختلفتین» با «دواماً أو متعة»

وجه دوم برای تعبیر «أو مختلفتین» این است که گاهی از روی سهو یا غفلت در کتاب‌ها کلماتی مقدم یا مؤخر می‌شود که منشأش ورود کلمات حاشیه به داخل متن است؛ به این صورت که هنگام استنساخ، کلمه‌ای را که در حاشیه نوشته شده است، در متن می‌آورند و به اشتباه، آن را مقدم یا مؤخر جای‌گذاری می‌کنند.

با توجه به این مقدمه، در جلسه‌ای که بنده حاضر بودم، یکی از علمای زنجان ادعا کرد که عبارت «أو مختلفتین» مربوط به ابتدای مسئله است که مرحوم سید فرموده: جمع بین دو خواهر، دواماً و متعة جایز نیست؛ یعنی هر دو دائمی باشند یا انقطاعی یا مختلف (یکی دائمی و دیگری انقطاعی). ایشان به عبارت مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی در وسیله^۲ استشهاد می‌کرد که ایشان وقتی به این قسمت رسیده، «مختلفتین» را هم ذکر کرده است.

اشکال وجه دوم

گویا بنده در همان جلسه اشکال کردم که اگر عبارت عروه مثل عبارت وسیله، «لا يجوز الجمع في النكاح بين الاختين نسبتين أو رضاعتين، دواماً أو انقطاعاً أو بالاختلاف» بود، این توجیه تمام بود؛ یا اگر متن عروه چنین بود: «دائمیتین أو

۱. توضیح بیشتر: البته بهتر بود تنها به حذف این کلمه اکتفا نمی‌شد؛ بلکه عبارت به «رضاعاً أو نسباً» تبدیل می‌شد.

۲. وسیلة النجاة (با تعلیقات امام خمینی)، ص ۷۲۹.

منقطعتین أو مختلفتین» باز هم این توجیه، قابل پذیرش بود؛ اما تعبیر «دواماً أو متعةً أو مختلفتین» تعبیر غلطی است؛^۱ پس «مختلفتین» نمی تواند عطف به «دواماً أو متعة» باشد؛ بلکه عطف به «نسبتین أو رضاعتین» است، هر چند در این صورت، عبارت نیازمند توجیه است.

در هر صورت، چه عبارت «أو مختلفتین» ثابت باشد، چه نباشد، توجیهات، قابل قبول باشند یا نباشند، جمع بین دو خواهر، در هیچ یک از اقسام ذکر شده در متن جایز نیست و اطلاق^۲، دلیل این تعمیم است؛ علاوه اینکه در برخی نصوص^۳، به حرمت بعضی از این اقسام تصریح شده است.

حکم وطی «خواهر مملوکه» زوجة

مسألة ۴۰: «لو تزوج بإحدى الأختین و تملک الأخری، لا يجوز له وطء المملوكة إلا بعد طلاق المزوجة و خروجها عن العدة إن كانت رجعية، فلو وطئها قبل ذلك فعل حرام؛ لكن لا تحرم علیه الزوجة بذلك و لا یحد حد الزنی بوطء المملوكة؛ بل یعزّر، فیکون حرمة وطئها کحرمة وطء الحائض».^۴

۱. توضیح بیشتر: چون «دواماً أو متعة» مفعول مطلق نوعی است، ولی «مختلفتین» حال از «الأختین» است و عطف حال بر مفعول مطلق، صحیح نیست. به هر حال، این بحث استاد رحمته الله با قطع نظر از نسخه اصلی است؛ اما با توجه به نسخه اصلی، احتمال غلط نسخه در عبارت عروه منتهی است؛ ولی ممکن است کسی چنین ادعا کند که این عبارت را سید از برخی کتب فقهی متقدم گرفته که در نسخه آن، تحریف رخ داده و مرحوم سید از آن غفلت کرده و عین عبارت را درج کرده است که البته این ادعا فی نفسه ادعای غریبی است و اشکال استاد رحمته الله بر آن نیز وارد است.

۲. بعید نیست که مراد استاد رحمته الله از اطلاق، تنها آیه شریفه «حُرِّمَتْ عَلَیْکُمْ أُمَّهَاتُکُمْ ... وَأَنْ تَجْمَعُوا بَیْنَ الْأَخْتِیْنِ» (النساء، ۲۳) باشد. البته ممکن است این اطلاق، تنها نسبت به برخی صور باشد و برای اثبات سایر صور به اطلاق مقامی مجموع ادله تمسک شود.

۳. برای نمونه: تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۹۲، ح ۶۵: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لا تنكح المرأة علی عمتها و لا علی خالتها و لا علی أختها من الرضاعة ...»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۸۹، ح ۸. رک: وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۷۶، باب ۲۴ (باب تحریم الجمع بین الأختین فی التزویج نسبا و رضاعاً دائماً و متعة و بالتفریق).

۴. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۴.

علاوه بر جواز جمع دو خواهر در ملک، جمع بین تزویج یکی از خواهرها و تملک دیگری نیز جایز است؛ اما آمیزش با مملوکه به جهت اینکه قائم مقام تزویج است، با حفظ زوجیت دیگری جایز نیست؛ بنابراین اگر بعد از طلاق و قبل از خروج از عده رجعی با او آمیزش کند، خلاف شرع مرتکب شده است - مانند آمیزش در حال احرام و حیض - اما نه حدّ زنا بر او جاری می‌شود و نه زوجه بر او حرام می‌گردد؛ بلکه فقط تعزیر می‌شود.

حکم ازدواج با خواهر «مملوکه و طی شده»

مسألة ۴۱: «لو وطئ إحدى الاختین بالملک ثم تزوّج الاخری، فالأظهر بطلان التزویج؛ وقد یقال بصحّته و حرمة وطء الاولى إلا بعد طلاق الثانية.»^۱
در این مسئله، طلاق خصوصیت ندارد و از باب مثال برای مطلق زوال علقه زوجیت ذکر شده است و فسخ و انفساخ و موت نیز همین حکم را دارند.
به جهت عدم ابتلای مردم به این مسائل، ادله و تفصیلات آن را بیان نمی‌کنیم و به همین مقدار اکتفا می‌شود.

بطلان عقد دوم در جمع بین دو خواهر

مسألة ۴۲: «لو تزوّج یاحدی الاختین ثم تزوّج بالاخری، بطل عقد الثانية؛ سواء كان بعد وطء الاولى أو قبله؛ ولا یحرم بذلك وطء الاولى وإن كان قد دخل بالثانية؛ نعم، لو دخل بها مع الجهل بأنها اخت الاولى، یکره له وطء الاولى قبل خروج الثانية عن العدة؛ بل قیل یحرم للنص الصحیح، و هو الأحوط.»^۲

اگر شخصی بعد از ازدواج با زنی، خواهر او را به ازدواج خود درآورد، عقد دوم باطل است، هرچند با اولی آمیزش نکرده باشد؛ زیرا نفس ازدواج با اولی، مانع از صحت عقد دوم است؛ بنابراین عقد اولی باقی و آمیزش با او جایز است، هرچند

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۴.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۴.

با دومی آمیزش هم کرده باشد؛ زیرا وطنی دومی، در بدترین حالتش که از روی علم بوده باشد، زنای متأخر به شمار می‌آید و چنان‌که گذشت^۱ زنای متأخر، موجب ابطال عقد موجود نمی‌شود.

ادله بطلان عقد دوم

ادله بطلان عقد دوم، اجماع، قرآن و روایات است.

دلیل اول: اجماع

بین فقهاء در بطلان عقد دوم ظاهراً اختلافی نیست^۲؛ اما آنچه محل بحث است،

۱. رک: کتاب نکاح (تقریرات درس آیت‌الله شبیری زنجانی)، ذیل مسئله ۲۸ عروه از همین بخش؛ یعنی محرمات مصاهرتی (العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۱-۸۳۲).

۲. فتاوی مرحوم ابن جنید در این باره چنین نقل شده است: «و قال ابن الجنید: لو تزوج باخت امرأته و هو لا یعلم، فرق بینهما إن كان لم یدخل بالثانیة، فإن دخل بالأخیرة خیر أیتھما شاء، و لا یقرب الّتی یختار حتی تنقضي عذّة الّتی فارق.» (مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۷۰).

بسیاری از فقهاء نیز بطلان عقد دوم را مطرح نکرده‌اند. برای نمونه: کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۴۸؛ المقنعة (شیخ مفید)، ص ۴۹۹؛ المراسم، ص ۱۴۸؛ فقه القرآن (راوندی)، ج ۲، ص ۸۶؛ غنیة النزوع، ص ۳۳۹؛ منشاہ القرآن و مختلفه، ج ۲، ص ۱۹۱.

ولی می‌توان گفت ظاهر اینکه این عده، حرمت جمع بین دو خواهر را پذیرفته‌اند و به تخییر یا بطلان هر دو عقد حکم نکرده‌اند، این است که نظری مخالف با نظر مشهور ندارند و گرنه باید نسبت به آن متعرض می‌شدند. به علاوه، برخی از آنها در دو خواهر کنیز، آمیزش با اولی را مانع آمیزش با دیگری دانسته‌اند (برای نمونه: کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۴۸، ح ۴۵۵۱ و ۴۵۵۲)، یا حرمت آمیزش با دومی را متفرع بر حرمت جمع بین دو خواهر دانسته‌اند (برای نمونه: فقه القرآن (راوندی)، ج ۲، ص ۸۶: «ثم عطف علیه فقال تعالی: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ آی: و حزم علیکم الجمع بینھما لأنّ أن مع صلتھما فی حکم المصدر و هذا یقتضی تحریم الجمع بینھما فی عقد واحد و تحریم الجمع بینھما فی الوطنی سیمّا بملک الیمین فإذا وطنی إحداهما لم یحلّ له الاخری حتی تخرج تلك من ملکہ و هو قول الحسن و اکثر المفسرین و الفقهاء»).

در هر حال، مخالفی جز این جنید یافت نشد. در ذیل، عبارات برخی فقهاء آمده است: النہایہ (شیخ طوسی)، ص ۲۵۴: «و لا یجوز له أن یجمع بین الاختین فی نکاح الدوام و لا نکاح المتعة فی حالة واحدة. فإن عقد علیھما فی حالة واحدة، کان مختیاراً بین أن یمسک أیتھما شاء. فإن عقد علی واحدة ثم عقد علی اختها، کان العقد علی الثانية باطلا. فإن وطنی الثانية، فرق بینھما، و لم یرجع إلى الأولى حتی تخرج الّتی وطنها من عذّته».

المهذب (ابن بزاح)، ج ٢، ص ١٨٤: «وكلّ اختين من الحرائر، فإنه يحرم الجمع بينهما في عقد نكاح غبطة أو متعة في زمان واحد، فإن تزوّج بهما بلفظ واحد في وقت واحد، كان مختيراً في إمساك الواحدة منهما و تخلية الأخرى، فإن عقد على واحدة منهما، ثم عقد على الأخرى بعد ذلك، كان عقده على الثانية باطلاً، فإن وطئ الثانية فزوّج بينهما، وحرم عليه الرجوع إلى الأولى حتى تخرج ألتي وطئها من عذتها منه.»

الوسيلة، ص ٢٩٣: «والاختان معا و سواء عقد عليهما عقد مقارنة أو عقد متابعة و عقد المتابعة يصح على من عقد عليه أول فإن دخل بالثانية فزوّج بينهما و لم يرجع إلى الأولى بعد خروج الثانية من العدة و لا يجوز له ذلك إلا بعد مفارقة الأولى منه بالموت أو الطلاق فإن طلقها رجعتا لم يجر له العقد على الأخرى إلا بعد خروجها من العدة.»

السرائر، ج ٢، ص ٥٢٢: «و قد بينّا أنّ الجمع بين الاختين في النكاح لا يجوز بلا خلاف، لقوله تعالى ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ فإذا ثبت أنّ الجمع محرم، فله أن ينكح كل واحدة منهما على الأفراد. فإن جمع بينهما، فالجمع جمعان، جمع مقارنة، و جمع متابعة. فالمتابعة أن يتزوّج امرأة، ثم يتزوّج عليها اختها أو عمتها، أو خالتها، أو بنت أخيها، أو بنت اختها، فنكاح الثانية باطل، و نكاح الأولى صحيح.»

إصباح الشيعة، ص ٣٩٩: «من عقد على اختين في حالة واحدة لم ينعقد، و روي أنّه مختير في إمساك أتيهما شاء، وإن عقد عليهما بعقدين، فسد الثاني.»

شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٣٤: «الأولى لو تزوّج اختين كان العقد للسابقة و بطل عقد الثانية.»

الجامع للشرائع، ص ٤٢٩: «و الجمع بين الاختين في نكاح غبطة أو متعة نسبا و رضاعا، أو بوطاً في المملوكتين، فإن جمع بينهما في العقد، اختار أتيهما شاء، فإن عقد على واحدة ثم على اختها، فالأولى حلّ و الأخرى فزوّج بينهما.»

إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٢٢: «و لو تزوّج الاختين صحّ السابق، فإن اقترنا بطل؛» تبصرة المتعلّمين، ص ١٣٦: «لو طلق إحدى الأربع رجعتا لم يجر أن ينكح بدلها حتى تخرج من العدة، و يجوز في البائن. و لو عقد ذو الثلاث على اثنتين دفعة بطلا، و لو ترتب بطل الثاني؛ و كذا الحكم في الاختين؛» تحرير الأحكام، ج ٣، ص ٤٦١: «و كذا تحرم على الجمع اخت الزوجة، سواء دخل بالزوجة أو لم يدخل ... وإن عقد مرتباً كان عقد الثانية باطلا دون الأولى؛» و ص ٤٧٢: «فإن عقد على الثانية، و الأولى في حبالته، كان العقد باطلا؛» تذكرة الفقهاء (چاپ قديم)، ص ٦٣٥: «إن ترتب العقدان بأن عقد على إحدهما أولاً ثم عقد على الأخرى ثانياً بطل العقد الثاني بلا خلاف ... لو تزوّج الاختين على الترتيب و نكاح الثانية باطل إجماعاً؛» تلخيص المرام، ص ١٨٥: «و لو تزوّج الاختين فالعقد للسابقة، و لو اقترنا بطلا؛» قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٣٤: «لو تزوّج الاختين نسبا أو رضاعاً على التعاقب، كان الثاني باطلا، سواء دخل بها أو لا؛» مختلف الشيعة، ج ٧، ص ٧٥ م ٢٥: «لو عقد على الاختين مرتباً، صحّ عقد الأولى و بطل الثاني.»

إيضاح الفوائد، ج ٣، ص ٨٤: «أقول: إذا تزوّج الاختين على التعاقب و اشتبه السابق و دخل بهما و طلقهما وحب عليه مهراً؛ لاستقرار المهر بالدخول.»

اللمعة الدمشقية، ص ١٧٩: «إذا طلق ذو النصاب رجعتا، لم يجر له التزويج دائماً حتى تخرج من العدة، و كذا الأخت دائماً و متعة، و لو كان باننا جاز على كراهية شديدة.»

معالم الدين في فقه آل ياسين، ج ٢، ص ٥٥: «يحرم الجمع بين الاختين في النكاح لا في الملك،

ادله فقهاء است که در ادامه خواهد آمد.

دلیل دوم: آیه شریفه «وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ»

یکی از ادله‌ای که مرحوم آقای خوئی برای بطلان عقد دوم در جمع بین دو خواهر به آن استدلال کرده، آیه شریفه «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ... وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ»^۱ است.

بررسی مراد از «جمع بین دو خواهر»

جهت بررسی این استدلال، ابتدا باید مراد از جمع بین دو خواهر را بررسی کرد.

احتمالات سه‌گانه: عقد، تمتع جنسی و جامع هر دو

تحریم در این آیه، به اصنافی از زنان استناد داده شده است و این تحریم به لحاظ فعلی از افعال است. سه احتمال در مراد از این «فعل» داده می‌شود: عقد، تمتع جنسی یا جامع بین آن دو.

فلاتحلّ اخت الزوجة قبل مفارقتها وانقضاء العدة، و لو تزوجها صخ السابق.

المقتصر من شرح المختصر، ص ۲۳۸: «لو تزوج اختین علی التعاقب بطل عقد الثانية.»

غایة المرام، ج ۳، ص ۵۴: «قال: ...» «لو تزوج باختین کان العقد للسابقة و يبطل عقد الثانية.»

جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۴۳: «قد علم تحريم نكاح الاختين من النسب و الرضاع، فلو فعله المكلف، فإما أن يكون العقد عليهما واقعا علی التعاقب، أو دفعة. فإن كان الأول كان العقد الثاني باطلا، لسبق صحة الأول و انعقاده، و انحصار المنع في الثاني.»

كفاية الأحكام، ج ۲، ص ۱۳۶: «الرابعة: لو تزوج اختین بطل عقد اللاحقة.»

وسائل الشيعة، ج ۲۶، ص ۲۱۸، باب ۱۰ (باب أن من كان له ثلاث زوجات و تزوج اثنتين صخ عقد الأولى و لها الميراث و بطل عقد الثانية و لا ميراث لها).

كشف اللثام، ج ۷، ص ۱۵۶: «... و به يحصل الفرق بينه و بين ما إذا تزوج اخت امرأته: لعدم صحة عقد الثانية.»

الحقائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۱۹: «و المسألة لذلك لا تخلو من شوب الإشكال إلا أنه يمكن ترجيح القول المشهور بأن النهي عن الجمع إنما توجه هنا إلى الأخيرة.»

جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۳۸۰: «الأولى لو تزوج اختین نسبا أو رضاعا لأب و أم أو لأحدهما كان العقد للسابقة و بطل عقد الثانية بلا إشكال و لا خلاف، سواء دخل في الثانية أو لا.»

أنوار الفقهاء، ص ۹۶: «رابعها: تحريم اخت الزوجة جمعا إجماعا فيبطل عقد اللاحقة ما دامت السابقة زوجته أو في عدة رجعية.»

۱. النساء، ۲۳.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۳۳۹.

بطلان احتمال سوم (جامع عقد و تمتع) به دلیل نبود جامع عرفی

چون بین عقد و تمتع، جامع عرفی وجود ندارد، احتمال سوم منتفی است؛ از این رو، امر دایر بین احتمال اول و دوم است که هر کدام مؤیداتی دارد.

مؤیدات احتمال اول (عقد)

در تأیید احتمال اول می توان گفت:

مؤید اول: استعمال اکثر موارد ماده «نکاح» در عقد

اولاً، چنان که در مباحث سابق^۱ بیان شد، تمام یا اکثر قریب به اتفاق موارد استعمال ماده «نکح» در قرآن، عقد است نه تمتع.

مؤید دوم: قرینه آیه قبل «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» و بعد «أُولَئِكَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ»

ثانیاً: در آیه قبل، یعنی آیه «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ...»^۲ نهی از ازدواج با زن پدر است و در آیه بعد، یعنی آیه «وَأُولَئِكَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ»^۳ نیز مراد، حلال بودن ازدواج است، نه حلال بودن استمتاع؛ زیرا استمتاع از اجنبیات که مصداق «مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» است، بدون ازدواج، جایز نیست؛ بنابراین مراد، تحلیل ازدواج با غیر اصناف مذکور - که اجنبیات هستند - است، نه تحلیل تمتع.

ردّ قرینیت «أُولَئِكَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ»

اما می توان گفت: در آیه «أُولَئِكَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» نیز صحیح است که گفته شود: مراد، حلّیت تمتع است؛ زیرا منظور از «أُولَئِكَ لَكُمْ» این است که آنان شرعاً تحت قدرت شما قرار دارند؛ یعنی همان گونه که اگر چیزی با واسطه، تحت قدرت تکوینی انسان باشد - مانند رفتن به پشت بام توسط نردبان - به آن مقدور تکوینی گفته می شود، اگر تمتع با واسطه ازدواج یا تملک، تحت قدرت تشریعی انسان باشد، بر آن، مقدور شرعی و حلال بودن اطلاق می شود. البته گاهی قدرت، قریب است و گاهی بعید؛ ولی در هر حال، اطلاق مقدور بودن صحیح است؛ یعنی تمتع از

۱. رک: کتاب نکاح (تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی)، مباحث حرمت همسر پدر و همسر پسر.

۲. النساء، ۲۲.

۳. النساء، ۲۴.

اصناف مذکور، حتی با واسطه ازدواج یا تملک یا تحلیل نیز تحت قدرت شرعی انسان قرار ندارد؛ ولی تمتع از غیر آنها ولو با واسطه برای انسان شرعاً مقدور است.

رَدِّ قَرِیْنِیَّتِ ﴿وَلَا تَنْكُحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾

حتی در مورد آیه ﴿وَلَا تَنْكُحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ نیز ممکن است ادعا شود که نهی از عقد، از باب مقدمه برای نهی از تمتع است؛ زیرا نوعاً هرگاه از عقد و معامله‌ای نهی کنند و تصریح نکنند که مراد، حرمت ایجاد سبب و نفس اجرای صیغه است، از نظر عرف، کنایه از لغو بودن فعل است و نباید به آن ترتیب اثر داد و این، ارشاد به واقع نشدن مسبب و بطلان عقد است. وقتی گفته شود: «نفروش» یا «نخر»، یعنی تو با این خرید و فروش به هدفت نمی‌رسی و این بیع و شراء، تو را مالک نمی‌کند. در باب نکاح، هدف شخص، تمتع بردن است و نفس زوجیت، هدف متعارف عقلا نیست؛ از این رو، مراد از نهی از نکاح، عدم امکان تمتع به واسطه این نکاح است. در آیه شریفه ﴿وَلَا تَنْكُحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ نیز می‌توان گفت که معنای آیه، این است که نکاح نکنید؛ یعنی با این نکاح به هدفتان که تمتع است نمی‌رسید؛ اما اینکه مجرد اجرای صیغه نکاح - بما هو هو - مورد نهی باشد، از این آیه شریفه استفاده نمی‌شود. البته برخی موارد به اقتضای تناسبات حکم و موضوع عرفاً مانند نهی از بیع وقت النداء است که نفس اشتغال به بیع و شراء مزاحم انجام عبادت است و ظهوری در محقق نشدن مسبب و نقل و انتقال ندارد.

مؤید احتمال دوم (تمتع جنسی): قَرِیْنِیَّتِ ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ اما برای تأیید احتمال دوم، یعنی تحریم تمتع، می‌توان به آیه ۲۴ همین سوره تمسک کرد؛ زیرا به دنبال تحریم چند صنف از زنان، فرموده است: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾. مراد از محصنات، زنانی هستند که با ازدواج، در حصن شوهرانشان قرار گرفته‌اند؛ بنابراین باید مراد از مستثنا به «الآ» مملوکه‌ای باشد که او را شوهر داده‌اند و چون مولای او نیستند در حال مزوجه بودن کنیز، با او ازدواج کند و

۱. استاد ﷺ: برخی از زن‌ها هم به سبب عفت، در حصن ذاتی قرار دارند و قرآن درباره این دسته نیز تعبیر «محصنات» را به کار برده است، مانند آیه ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ فَبُكَدْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ...﴾ (النساء، ۲۵).

بعد از ابطال زوجیت کنیز نیز با مملوکه خویش نمی‌تواند ازدواج کند، باید مراد از حرام نبودن در مستثنا، حلیت تمتع باشد، نه ازدواج.^۱ به قرینه این آیه، باید در بقیه فقرات هم متعلق حرمت، تمتع باشد، نه عقد.

نظر مختار: اراده حرمت تمتع در آیه

با توجه به آنچه بیان گردید، به نظر می‌رسد مراد از تحریم در آیه «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْهَاتُكُمْ...»، حرمت تمتع است؛ یعنی از این افراد، نمی‌توان تمتع جنسی برد، هرچند با ازدواج یا تملک. در فقره «وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ» نیز مراد، «حرمت علیکم أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ فِي التَّمَتُّعِ» است. هرگاه بگویند از چیزی محروم هستی، یعنی از منافع متعارف آن و انتفاعات مقصوده آن محروم هستی و مصداق منافع متعارف در هر موردی، امری متناسب با آن مورد است. مثلاً محرومیت از لباس، غذا یا مسکن، به معنای محرومیت از پوشیدن و خوردن و سُکنا در آنها است و هرگاه گفته شود از زنی محروم هستی، مراد محرومیت از تمتع از اوست؛ بنابراین اسناد تحریم به ذوات مذکور در آیه شریفه، با این مصحح عرفی، بدون تقدیر گرفتن هیچ کلمه‌ای صحیح است.

تقریب مختار در تمسک به دلیل دوم: ملازمه عرفی بین حرمت تمتعات و بطلان عقد البته از آنجا که منفعت متعارف و مورد نظر در باب ازدواج، تمتعات جنسی است، از حرمت تمتع می‌توان به ملازمه عرفیه، بطلان ازدواج را فهمید؛ زیرا اگر گفته شود:

۱. ظاهراً ازدواج مولا با مملوکه اجماعاً باطل است و حتی ظاهراً به اجماع، اگر پس از زوجیت، یکی از زوجین مالک دیگری شود، زوجیت باطل خواهد شد. البته آنچه در متون روایی آمده است، بطلان ازدواج در فرض مالک شدن زن نسبت به شوهر است؛ ولی ظاهراً از فقهاء کسی قائل به تفصیل بین مالک شدن مرد و مالک شدن زن نشده است (جواهر الکلام، ج ۲۴، ص ۱۴۷-۱۴۸: «وإذا ملك أحد الزوجين صاحبه بشراء أو اتهاه أو نحوهما استنقر الملك، كما هو مقتضى العمومات، و لم تستنقر الزوجية المنافية للملك؛ فلا تجمع معه، بل تبطل إجماعاً بقسمیه؛ ... و هذه النصوص وإن كانت خاصة في إحدى صورتين إلا أنني لم أجد قائلًا بالفصل بينهما»).

۲. استناد ۱: البته فرض امکان ازدواج با چنین مملوکه‌ای به اینکه عقد ازدواج او را ابطال کند، بعد از آزاد کرده، سپس خودش با او ازدواج کند نیز قابل تصور است؛ اما اراده این معنا از آیه با این چند واسطه بعید است.

هیچ‌گونه تمتعی از این زن ولو با عقد نمی‌توان برد، فهمیده می‌شود که آن عقد، باطل است؛ ولی بطلان تملک، از آن فهمیده نمی‌شود؛ زیرا منفعت متعارف و مقصود در باب تملک، تنها تمتع جنسی نیست، بلکه برای خدمتکاری و کمک گرفتن هم آنان را تملک می‌کردند؛ از این رو، ممکن است تمتع از مثل عمه و خاله حرام باشد، ولی تملکشان برای خدمتکاری جایز باشد.

در نتیجه، آیه شریفه به دلالت مطابقی بر حرمت تمتعات، و به ملازمه عرفیه بر بطلان عقد با اصناف مذکور دلالت می‌کند، نه بر حرمت ازدواج با آنان یا حرمت جامع بین ازدواج و تمتع.

اثبات نشدن بطلان عقد خواهرزن با فرض عدم تمتع از زوجه

طبق آنچه گفته شد، اگر کسی با زنی ازدواج کرد و بدون اینکه هیچ‌گونه تمتعی از او برده باشد، خواهر او را هم عقد کرد، مشمول آیه شریفه «وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ» که به معنای حرمت جمع بین تمتع از دو خواهر است، نمی‌گردد تا کشف از بطلان عقد دومی بکند. در نتیجه، بر حسب اطلاق آیه که می‌گوید شما نباید از این دو باهم تمتع ببرید، حالا که تمتع از یکی از اینها جایز است، ممکن است گفته شود اختیار انتخاب هر یک با او است؛ یعنی از هر کدام اول استمتاع ببرد، دیگر نمی‌تواند از دیگری تمتع ببرد و طبق ملازمه عرفی، عقد ازدواج دیگری بقاء صحیح نیست؛ بنابراین بعد از استمتاع از یکی، عقد دیگری باطل می‌شود، خواه ابتدا از معقوده اول استمتاع برده باشد یا از دوم.

البته استظهار از آیه شریفه، با قطع نظر از اجماع و اطلاق روایت زراره (که بحث آن خواهد آمد) است؛ چرا که این دو دلیل، اقتضا می‌کند عقد دوم مطلقاً باطل باشد، خواه از اولی متمتع گشته باشد یا خیر.

دلیل سوم: روایت مسعدة بن زیاد

و روی هارون بن مسلم عن مسعدة بن زیاد قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «يحرم من الإماء عشر لا تجمع بين الأم والأبنة ولا بين الاختين ...»^۱

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۵۱، ح ۴۵۵۹؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۳۹۷، ح ۹.

البته این روایات در کتب مختلف با تفاوت‌هایی نقل شده که در فقره مورد نظر در بحث جاری اثرگذار نیست.

یکی دیگر از ادله‌ای که مرحوم آقای خونی برای بطلان عقد دوم در جمع بین دو خواهر به آن استدلال کرده، روایت مسعدة بن زیاد است.^۱

اشکال اول: بطلان تعدی از مورد روایت (کنیز)

اما این روایت، درباره کنیز است که حضرت، انتفاع از ده طایفه آنان، از جمله جمع بین دو خواهر را جایز ندانسته‌اند و نمی‌توان از جمع میان دو خواهر در آمیزش با کنیز، به جمع میان دو خواهر در تزویج حرائر تعدی کرد.

اشکال دوم: اثبات نشدن بطلان عقد خواهر زن با فرض حرمت تمتع

اشکال دیگر این استدلال، همان اشکال بیان شده در استدلال به آیه ۲۳ سوره نساء است؛ زیرا در روایت چنین تعبیر شده است: «ولا بین الاختین» و از ممنوع بودن جمع میان دو نفر، بطلان عقد دوم استفاده نمی‌شود.

دلیل چهارم و پنجم: دو صحیحه زراره

صحیحه اول: و فی روایة موسی بن بکر عن زرارة بن أعین عن أبي جعفر علیه السلام قال: «... وإن كانت تحته المرأة فتزوّج أمها أو ابنتها أو اختها فدخل بها ثم علم، فارق الأخيرة والاولی امرأته ولم یقرب امرأته حتّٰی یتبرئ رحم الّٰتی فارق ...»^۲

صحیحه دوم: و روی علی بن رثاب عن زرارة عن أبي جعفر علیه السلام قال: «سألته عن رجل تزوّج امرأة بالعراق ثم خرج إلى الشام فتزوّج امرأة أخرى فإذا هي اخت امرأته الّٰتی بالعراق؛ قال یفرّق بینہ و بین الّٰتی تزوّجها بالشّام ولا یقرب العراقیة حتّٰی تنقضي عدّة الشّامیة ...»^۳

رک: تهذیب الأحکام، ج ۸، ص ۱۹۸، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۰۶، ح ۱؛ الخصال، ج ۲، ص ۴۳۸، ح ۲۷.

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۳۳۹.

۲. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۱۷، ح ۴۴۵۶؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۲۹، ح ۶.

۳. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۱۸، ح ۴۴۵۸؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۷۸-۴۷۹، باب ۲۶، ح ۱.

در نقل کافی با کمی تفاوت نسبت به نقل فقیه چنین آمده است و به نظر می‌رسد مرحوم صدوق در فقیه که کتاب فتاوی اوست برای روشن شدن متن روایت، الفاظ را کمی تغییر داده است:

دلالت این دو روایت بر بطلان عقد خواهر دوم تمام است. اما سند روایت، نیازمند بررسی است.

توثیق «موسی بن بکر» واقعی با روایت صفوان و اجلاء از او

می‌توان گفت از جهت سندی هم این دو روایت، صحیح‌ه هستند و هرچند در سند روایت اول، موسی بن بکر واقعی وجود دارد، ولی روایت صفوان از موسی بن بکر، دلیل بر این است که روایات، مربوط به قبل از وقف اوست؛ علاوه بر نقل صفوان، اجلای دیگر که برخی از آنان جزء اصحاب اجماع به‌شمار می‌روند^۲، از او نقل روایت دارند که این امر نیز بر وثاقت و استقامت وی هنگام اخذ روایت دلالت دارد.

نظر آقای خوئی: توثیق موسی بن بکر با شهادت صفوان به اعتبار کتاب او

مرحوم آقای خوئی برای توثیق موسی بن بکر به روایتی در کافی تمسک کرده و فرموده است که طبق نقلی در کافی، صفوان درباره کتاب موسی بن بکر شهادت داده که

محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن الحسن بن محبوب عن ابن بکیر و علی بن رثاب عن زرارة بن أعین قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج بالعراق امرأة ثم خرج إلى الشام فتزوج امرأة أخرى فإذا هي اخت امرأة التي بالعراق قال يفزق بينه وبين التي تزوجها بالشام ولا يقرب المرأة حتى تنقضي عدة الشامية قلت فإن تزوج امرأة ثم تزوج أمها و هو لا يعلم أنها أمها قال قد وضع الله عنه جهالته بذلك ثم قال إذا علم أنها أمها فلا يقربها ولا يقرب الابنة حتى تنقضي عدة الأم منه فإذا انقضت عدة الأم حل له نكاح الابنة قلت فإن جاءت الأم بولد قال هو ولده و يكون ابنه و أخا امرأته». (الكافي، ج ۵، ص ۴۳۱، ح ۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۷۸، باب ۲۶، ح ۱).

۱. معجم رجال الحديث، ج ۲۰، ص ۲۶.

۲. برای نمونه در نهذیب، عبدالله بن المغيرة ۷ روایت، بزندی ۳ روایت، یونس بن عبدالرحمن ۴ روایت و فضالة بن أيوب ۱۲ روایت از موسی بن بکر نقل کرده‌اند. در فقیه نیز ابن ابی عمیر از او روایات فراوانی نقل کرده است. جز فضاله که مورد اختلاف است، همه این اشخاص، از اصحاب اجماع هستند. رجال الکشي، ص ۵۵۶، رقم ۱۰۵۰: «أجمع أصحابنا على تصحيح ما يصح عن هؤلاء و تصديقهم و أفروا لهم بالفقه و العلم: و هم ستة نفر آخر دون الستة نفر الذين ذكرناهم في أصحاب أبي عبد الله عليه السلام منهم يونس بن عبد الرحمن و صفوان بن يحيى بن عمار السابري و محمد بن أبي عمير و عبد الله بن المغيرة و الحسن بن محبوب و أحمد بن محمد بن أبي نصر و قال بعضهم: مكان الحسن بن محبوب: الحسن بن علي بن فضال و فضالة بن أيوب و قال بعضهم: مكان ابن فضال: عثمان بن عيسى؛ و أفقه هؤلاء يونس بن عبد الرحمن و صفوان بن يحيى».

اصحاب درباره آن متفق القول هستند و چون این روایت معتبر است، وثاقت موسی بن بکر اثبات می شود.^۱

اشکال بر برداشت آقای خوئی

عبارت کافی چنین است:

حمید بن زیاد، عن الحسن بن محمد بن سماعة، قال: دفع إلي صفوان كتابا لموسى بن بكر، فقال لي: هذا سماعي من موسى بن بكر، وقرأته عليه فإذا فيه: موسى بن بكر، عن علي بن سعيد، عن زرارة، قال: هذا مما ليس فيه اختلاف عند أصحابنا: عن أبي عبد الله وعن أبي جعفر عليه السلام: «أنهما سئلا عن امرأة تركت زوجها وأماها وابنتها فقال: للزوج الربع، وللام السدس، وللابنتين ما بقي؛ لأنهما لو كانا رجلين...»^۲

با دقت در عبارت فوق، نادرستی برداشت مرحوم آقای خوئی روشن می شود؛ زیرا زراره در این روایت ادعا کرده که بین اصحاب اختلافی نیست که نظر ابو عبد الله و ابو جعفر علیهما السلام این چنین است؛ پس صفوان ادعا نکرده است که کتاب موسی بن بکر نزد همه اصحاب مسلم است؛ بلکه صفوان با واسطه از زراره نقل کرده که فلان مسئله در باب ارث، مورد اتفاق امامیه است و آن را از معصوم اخذ کرده اند.

بررسی تعارض دو صحیحۀ زراره با صحیحۀ ابوبکر حضرمی

هرچند دلالت دو صحیحۀ زراره بر بطلان عقد خواهر دوم تمام است، اما این دو صحیحۀ با روایتی صحیحۀ از ابوبکر حضرمی از امام باقر علیه السلام تعارض دارند؛ چراکه

۱. معجم رجال الحديث، ج ۲۰، ص ۳۳-۳۴.

توضیح بیشتر: شاید گفته شود که مرحوم آقای خوئی بارها گفته است که تصحیح روایت، غیر از تصحیح راوی است و با آن ملازم نیست؛ پس چه طور از اعتبار کتاب، وثاقت صاحب کتاب را نتیجه گرفته است؟ پاسخ این است که تصحیح یک روایت می تواند به جهت قرینه خارجی باشد، نه به جهت وثاقت راوی؛ ولی در مورد یک کتاب که علی القاعده روایات بسیار دارد، بسیار مستبعد است که در تمام روایات آن، قرینه خارجی وجود داشته باشد؛ بلکه ظاهراً منشأ تصحیح کتاب، قرینه داخلی (وثاقت راوی) است.

۲. الکافی، ج ۷، ص ۹۷، ح ۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۱۳۲، ح ۳.

در این صحیحہ امام علیه السلام مردی که دو خواهر را جمع کرده است را در انتخاب، مختیر گذاشته که هر کدام را خواست نگه دارد.

أبو علي الأشعري، عن محمد بن عبد الجبار، عن صفوان بن يحيى، عن ابن مسكان، عن أبي بكر الحضرمي، قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام رجل نكح امرأة ثم أتى أرضاً فنكح اختها وهو لا يعلم قال يمسه أتيهما شاء ويخلي سبيل الأخرى»^۱

برای رفع این تعارض، جمع‌های متعددی ارائه شده است:

جمع اول: حمل صحیحہ ابوبکر بر «آمیزش با کنیز مملوک»، نه عقد

مرحوم آقای خوئی در جمع بین روایات، دو صحیحہ زرارہ که مشتمل بر عبارت «فَتَزَوَّجَ» است را بر تزویج، حمل کرده است و صحیحہ حضرمی که مشتمل بر عبارت «فَنَكَحَ أُخْتَهَا» است را بر آمیزش؛ به این بیان که شخص، دو خواهر را مالک بوده و از روی جهل، با آنان آمیزش کرده است.^۲

مبعدات جمع اول

اما این جمع، مستبعد است؛ زیرا:

مُبَعْدُ أَوَّل: استعمال دائمی یا غالبی نکاح در عقد

أَوَّلًا، کلمه نکاح در قرآن کریم دائماً یا غالباً به معنای عقد است.^۳ در اکثر روایات نیز به معنای عقد آمده است و کمتر مشاهده شده که به معنای آمیزش باشد؛ پس حمل نکاح بر معنای آمیزش - آن هم قسم خاصی از آن، یعنی آمیزش به واسطه ملکیت، در مقابل آمیزش به واسطه زوجیت یا اشتباه یا زنا- بعید است.

مُبَعْدُ دَوْم: خلاف ظاهر بودن اراده کنیز از «امراة»

ثانیاً، طبق این جمع باید از کلمه «امراة» کنیز اراده شود، در حالی که برای کنیز،

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۳۱، ح ۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۱۳۲، ح ۳.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۳۴۰.

۳. ر.ک: مباحث استاد رحمته الله در بحث حرمت زن پدر و زن پسر. بررسی اشکالات آیة «وَلَا تَنْكِحُوا» در حرمت ازدواج با زن پدر.

بیشتر از تعبیر «جاریه» استفاده می‌شود.

مُبَقَّد سوم: ظهور «یَخْلِي سَبِيلَ الْآخِرَى» در طلاق و امثال آن، نه ترک آمیزش ثالثاً، ظاهر «یَخْلِي سَبِيلَ الْآخِرَى» طلاق و فسخ و امثال این موارد است که موجب رها شدن زن می‌شود، نه ترک آمیزش؛ زیرا با ترک آمیزش، کنیز از ملک انسان خارج نمی‌شود؛ عتق او نیز واجب نیست تا «تخلیه» به عتق معنا شود، همان‌طور که مراد مرحوم آقای خوئی نیز عتق نیست.

جمع دوم: حمل صحیحۃ حضرمی بر عقد خواهر دوم پس از طلاق خواهر اول مرحوم شیخ طوسی در جمع بین روایات، صحیحۃ ابوبکر حضرمی را به گونه‌ای تفسیر کرده که هیچ‌یک از استبعادات جمع اول به آن وارد نیست. ایشان در تفسیر این صحیحۃ فرموده که عقد خواهر دوم باطل است؛ از این رو، مرد می‌تواند خواهر اول را طلاق ندهد و نگه دارد یا خواهر اول را طلاق دهد و خواهر دوم را پس از خروج زن اول از عده، با عقد جدید به ازدواج خود در آورد.^۱

تأیید جمع دوم
جمع مرحوم شیخ قابل پذیرش است و اگر هم پذیرفته نشود، بطلان عقد خواهر دوم تقریباً اجماعی است^۲ و باید روایت حضرمی کنار گذاشته شود.

بطلان متعه خواهرزن

حال اگر کسی خواهرزنش را عقد متعه کند، باز این عقد باطل خواهد بود.

دلیل بطلان: اجماع و صحیحۃ بزنطی

ظاهراً در حرمت جمع بین دو خواهر با عقد انقطاعی، اختلافی وجود ندارد^۳ و

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۸۶.

۲. رک: دلیل اول (اجماع).

۳. با لحاظ آنچه - در پاورقی - در بررسی اجماع نسبت به جمع بین دو خواهر با عقد دائم بیان شد، ظاهراً اختلافی در بطلان متعه دو خواهر وجود ندارد و کسی مخالفتی اظهار نکرده است. علاوه اینکه

در بسیاری از عبارات فقها، به این مطلب تصریح شده است. برای نمونه:

المقنع (شیخ صدوق)، ص ۳۴۰: «و إذا تزوّجت بامرأة متعة (إلى أجل) مستى، فلما انقضى أجلها أحسبت أن تزوّج اختها، فلا تحلّ لك حتى تنقضي عدّتها».

النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۵۴: «ولا يجوز له أن يجمع بين الاختين في نكاح الدوام ولا نكاح المتعة في حالة واحدة. فإن عقد عليهما في حالة واحدة، كان مختاراً بين أن يمسك أتيهما شاء. فإن عقد على واحدة ثم عقد على اختها، كان العقد على الثانية باطلاً. فإن وطئ الثانية، فرق بينهما، و لم يرجع إلى الأولى حتى تخرج ألتي وطئها من عدّته».

المهذب (ابن براج)، ج ۲، ص ۱۸۴: «و كلّ اختين من الحرائر، فإنه يحرم الجمع بينهما في عقد نكاح غبطة أو متعة في زمان واحد، فإن تزوّج بهما بلفظ واحد في وقت واحد، كان مختاراً في إمساك الواحدة منهما وتخليه الأخرى، فإن عقد على واحدة منهما، ثم عقد على الأخرى بعد ذلك، كان عقده على الثانية باطلاً. فإن وطئ الثانية فرق بينهما، و حرم عليه الرجوع إلى الأولى حتى تخرج ألتي وطئها من عدّتها منه».

إصباح الشيعة، ص ۳۹۹: «و من طلق امرأته طلاقاً رجعيّاً، لم يحز له العقد على اختها حتى تنقضي عدّتها، بخلاف البائنة، و المتمتع بها كالمطلقة الرجعية، في أنّه لا يجوز العقد على اختها إذا انقضى أجلها إلا بعد العدّة».

الجامع للشرائع، ص ۴۲۹: «و الجمع بين الاختين في نكاح غبطة أو متعة نسبا و رضاعاً، أو بوطاً في المملوكتين، فإن جمع بينهما في العقد، اختار أتيهما شاء. فإن عقد على واحدة ثم على اختها، فالأولى حلّ و الأخرى فرق بينهما».

تذكرة الفقهاء (جاف قدیم)، ص ۶۳۵: «فلو نكح امرأة بالعقد الدائم أو المنقطع و ملك اليمين، حرم عليه اختها، لا تحريماً مؤبّداً، بل تحريم جمع».

تحرير الأحكام، ج ۳، ص ۴۷۲: «و كذا لا يجوز الجمع بين الاختين في النكاح الدائم و المنقطع و ملك اليمين، و قد تقدّم ذلك، فإن عقد على إحدى الاختين حرمت الأخرى حتى يطلق الأول».

كفاية الأحكام، ج ۲، ص ۱۲۹: «و إذا انقضى أجل المتعة فلا يجوز العقد على اخت المتمتع بها حتى تنقضي العدّة؛ عملاً بالنص الصحيح».

نهاية المرام، ج ۱، ص ۱۸۰: «قال المفيد رحمه الله في المقنعة: فأما المتعة فقد روي فيها أنّه إذا انقضى أجلها فلا يجوز العقد على اختها إلا بعد انقضاء عدّتها... و العمل بهذه الرواية متّجه لصحة سندها و سلامتها من المعارض».

الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۴۶۴: «و إذا انقضى أجل المتعة فلا يجوز العقد على اختها حتى تنقضي العدّة على الصحيح، وإن كان المشهور خلافه».

روضة المتقين، ج ۸، ص ۲۸۸: «و ذهب بعضهم إلى استثناء المتمتعة و هو أحوط».

وسائل الشيعة، ج ۲۰، ص ۴۸۰، باب ۲۷ (باب أنّ من تمّتع بامرأة لم تحلّ له أختها حتى تنقضي عدّتها).

رياض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۸۱: «و النصوص المستفيضة المصّرحة بعدم الفرق بين الدائم و المنقطع و الوطء بملك اليمين».

صریح روایت احمد بن محمد بن ابی نصر نیز بر این مطلب دلالت دارد:
 أحمد بن محمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال: «سألته عن رجل
 تكون عنده امرأة يحل أن يتزوج اختها متعة قال لا.»^۱

تعارض صحیحہ بزنطی با روایت منصور صیقل

اما در مقابل این ادله، روایتی وجود دارد که ظاهر آن، جواز جمع بین دو خواهر با عقد انقطاعی است:

محمد بن علي بن محبوب عن أبي عبد الله البرقي عن محمد بن
 سنان عن منصور الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا بأس بالرجل
 أن يتمتع اختين.»^۲

توثیق نشدن منصور صیقل و مخالفت روایت او با اجماع
 با قطع نظر از ضعف سندی روایت به لحاظ منصور صیقل که توثیق ندارد، التزام
 به ظاهر آن، که بر خلاف اجماع است، ممکن نیست.

حمل روایت صیقل بر جواز متعه دو خواهر، در دو زمان
 بنابراین با توجه به روایات دیگر، یا باید آن را طرح کرد و یا بر معنایی حمل کرد که
 با آنها قابل جمع باشد، مانند حملی که مرحوم شیخ بیان کرده است؛ یعنی چنین
 گفت: در این روایت به جواز جمع بین دو متعه در زمان واحد تصریح نشده است؛
 از این رو، با توجه به روایات دیگر، می توان آن را بر جواز متعه هر کدام، یکی پس از
 دیگری حمل کرد.^۳

مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۳۱۱: «و عذة المتعة كالرجعية؛ لصریح صحیحة یونس المتقدمة.»
 جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۸۱: «و لا فرق فی الحکم المزبور بین الدائم و المنقطع و المختلف.»

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۷۷، ح ۴؛ قرب الإسناد، ص ۳۶۶، ح ۱۳۱۳.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۸۸، ح ۱۲۱۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۸۱، ح ۲.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۸۸.

توقّف تمتّعات از خواهر اول بر انقضای عدّه خواهر موطوئه به شبهه

مسأله ۴۲: «... نعم، لو دخل بها مع الجهل بأنّها اخت الأولى، يكره له وطء الأولى قبل خروج الثانية عن العدّة؛ بل قيل يحرم للنّص الصحيح، وهو الأحوط.^۱ بنابر بطلان عقد خواهر دوم و بقای علقه نكاح خواهر اول، آیا اگر به اشتباه^۲ با خواهر دوم آمیزش کند، تمتّع از خواهر اول، متوقّف بر تمام شدن عدّه خواهر دوم است یا خیر؟

فتوای مشهور به کراهت تمتّع قبل از انقضای عدّه

مشهور فقهاء^۳ تمتّع از زن، قبل از پایان عدّه خواهر دوم را مکروه دانسته‌اند؛

۱. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۳۴.

۲. توضیح بیشتر: استاد^۴ عبارت مرحوم سید («مع الجهل بأنّها اخت الأولى») را بر صورت معذور بودن در جهل که همان وطی به شبهه است حمل کرده است، که ظاهراً این حمل به قرینه دو روایت زراهر در مسئله است. خود مرحوم سید نیز به آن اشاره کرده است.

۳. البته برخی فقط قائل به جواز شده‌اند و به کراهت فتوا نداده‌اند، مانند مرحوم ابن ادریس، مرحوم علامه حلی در تحریر، مرحوم ابن فهد در مهذب و مرحوم صاحب جواهر.

السرانی، ج ۲، ص ۵۳۶: «فإن عقد على امرأة، ثم عقد على اختها، كان العقد على الثانية باطلا، فإن وطأ الثانية، فزوّج بينهما، وروي أنه لا يرجع إلى نكاح الأوله حتى تخرج التي وطأها من عدتها، ولا دليل على صحة هذه الرواية. والذي تقتضيه اصول المذهب، أنه لا يمتنع من وطء امرأته الأولى؛ لأنه غير جامع بين الاختين؛ لأنّ عدّة الثانية لغيره، وهي عدّة بانه، لا رجعة له عليها فيها، فإذا لم يكن مانع من كتاب الله، ولا إجماع، ولا سنة، ولا دليل عقل، بل الكتاب والعقل والسنة يحكم بما ذكرناه؛ لأنّ الأصل الإباحة.» تحریر الأحكام، ج ۳، ص ۴۷۲: «فإن وطأ الثانية فزوّج بينهما، قال الشيخ^۵ : ولا يرجع إلى الأولى حتى تخرج التي وطأها من عدتها، فإن جاءت بولد و كان جاهلا، لحق به؛ والأقرب عندي جواز الرجوع إلى الأولى من غير انتظار العدّة.»

المهذب البارع، ج ۳، ص ۲۹۳: «والمعتمد قول ابن ادریس.»

جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۳۸۰: «بل له وطء زوجته السابقة في عدّة الثانية لو كان لها عدّة.»

از میان کسانی که متعزّض این فرع شده‌اند، برخی نیز قائل به کراهت شده‌اند:

تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۶۳۵: «لو تزوّج الاختین على الترتیب و نكاح الثانية باطل اجماعاً فإنّ وطنها جاهلا بالحکم فلها مهر المثل و عليها العدّة و لها أن یطأ الأولى و الثانية في العدّة لم تخرج بعد على کراهیة؛ مختلف الشيعة، ج ۷، ص ۷۲: «بقي هنا بحث، و هو: أنه هل تحرم الأولى مدة عدّة الثانية؟ ظاهر كلامه في النهاية ذلك. و الوجه: الحمل على الکراهیة.»

ولی شیخ طوسی^۱ و برخی دیگر از فقهاء^۲ آن را حرام دانسته‌اند. مرحوم سید هم ابتدا به کراهت حکم کرده، سپس ترک تمتع را موافق احتیاط استحبابی دانسته است. مرحوم آقای بروجردی و عده‌ای دیگر از فقهاء به احتیاط وجوبی حکم کرده‌اند.^۳

جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۴۳: «و لا ریب أنَّ له وطء زوجته فی عِدَّةِ الثَّانِیَةِ حیث تجب العِدَّة، وإِنَّمَا تجب إذا دخل بالثَّانِیَةِ جاهلاً بكونها اخت الزوجة، عملاً بالاستصحاب ولأنَّ الحرام لا یحرم الحلال. نعم یمکره له ذلك.»

التنقیح الرابع، ج ۳، ص ۹۱: «قلت: لا شک أنَّ العِدَّةَ غیر مانعة؛ لَأَنَّها باننة؛ و حینئذ یحمل قوله «و لا یقرّب المرأة» إلى آخره علی أَنَّهُ یمکره له المقاربة.»

کشف اللثام، ج ۷، ص ۱۹۹: «و له وطء زوجته فی عِدَّةِ الثَّانِیَةِ إِنْ کانت لها عِدَّة، لعدم المانع، خلافاً لأحمد؛ لکنّهُ یمکره لما تقدّم.»

در نتیجه، حتی جواز -اعم از جواز بالمعنی الأخص و کراهت- را نیز نمی‌توان به مشهور اصحاب نسبت داد؛ زیرا قائلین به حرمت نیز چنان‌که خواهد آمد، قریب به عدد قائلین به جواز هستند. تنها شاید بتوان گفت قول به جواز از زمان علامه حلی و بعد از ایشان، مشهور یا اشهر است. این نکته نیز توجه شود که برخی در عِدَّة طلاق بانن، عقد خواهر دیگر را قبل از انقضای عِدَّة بانن، مکروه می‌دانند، و این غیر از مسئله جاری است و ملازمه‌ای بین این دو حکم نیست:

إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۲۶: «و لو طلق واحدة من کمال العدد باننا، جاز له نکاح غیرها و اختها علی کراهیة فی الحال.»

قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۳۴: «و لو طلق رجعتاً حرمت الاخت حتّی تخرج العِدَّة. و لو طلق باننا أو فسخ لعیب حلّت فی الحال، علی کراهیة حتّی تخرج العِدَّة.»

معالم الدین فی فقه آل یاسین، ج ۲، ص ۵۵: «و لا تحرم فی البانن، و یمکره نکاحها قبل خروج العِدَّة.» مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۳۵۱: «و کذا یمکره نکاح الاخت فی عِدَّة اختها الباننة.»

البته بین اصل جواز ازدواج با خواهرزن بعد از طلاق بانن همسر و جواز تمتعات در مقام، ملازمه عرفی و بلکه اولویت عرفی وجود دارد که استاد رحمته الله بیان خواهد کرد؛ ولی بین حکم به کراهت در آن مسئله و کراهت در مقام، ملازمه وجود ندارد. بله، اگر در مقام، کراهت ثابت بود، ممکن بود گفته شود به اولویت در آن مسئله نیز حکم کراهت ثابت است.

۱. النهایة (شیخ طوسی)، ص ۴۵۴.

۲. برای نمونه: المذهب (ابن بزیج)، ج ۲، ص ۱۸۴؛ الوسيلة، ص ۲۹۳؛ إصباح الشیعة، ص ۳۹۹؛ نهایة المرام، ج ۱، ص ۱۸۲؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۲۳.

۳. العروة الوثقی (المحسّنی)، ج ۵، ص ۵۵۵.

دلیل وجوب صبر تا انقضای عده: دو صحیحه زراره

دلیل وجوب صبر تا انقضای عده خواهری که وطی به شبهه شده، دو صحیحه زراره^۱ است که قبلاً مطرح شد. البته مشهور، قائل به جواز تمتع از زن اول، قبل از خروج خواهر زن از عده وطی به شبهه هستند، و به ظاهر این دو صحیحه، فتوا نداده‌اند.

کلام آقای خوئی: اشکال صغروی و کبروی بر اعراض اصحاب از دو صحیحه زراره مرحوم آقای خوئی بعد از اینکه به حرمت فتوا داده، به حمل دو صحیحه زراره بر کراهت و دست برداشتن از ظاهر آنها اشکال کرده و فرموده که اعراض مشهور علاوه بر اینکه موهن نیست، در اینجا صغریاً هم ثابت نیست؛ زیرا مثل شیخ و عده‌ای به حرمت فتوا داده‌اند.^۲

مبعدات حرمت وطی

اما حرمت وطی، به لحاظ دو نکته در مقام، بعید است.

الف. اقوا نبودن وطی به شبهه از ازدواج واقعی

نکته اول: اگر کسی زن خود را طلاق بآئن دهد، می‌تواند قبل از انقضای عده با خواهر زن خود ازدواج کند.^۳ حال اگر در مقام، گفته شود که مرد تا انقضای عده وطی به شبهه خواهر دوم، حق مباشرت با خواهر اول را ندارد، مستلزم این است که

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۱۷، ح ۴۴۵۶: و فی روایة موسی بن بکر عن زرارة بن أعین عن أبي جعفر علیه السلام: قال: «سئل عن رجل ... کانت تحته المرأة فتزوّج أختها أو أختها فدخل بها ثم علم فارق الأخيرة والأولى امرأته ولم یقرّب امرأته حتی یتبرئ رحم الّتی فارق ...»
و ح ۴۴۵۸: و روی علی بن زنا ب عن زرارة عن أبي جعفر علیه السلام: قال: «سألته عن رجل تزوّج امرأة بالعراق ثم خرج إلى الشام فتزوّج امرأة أخرى فإذا هي أخت امرأته الّتی بالعراق قال یفرق بینہ و بین الّتی تزوّجها بالشام ولا یقرّب العراقیة حتی تنقضي عده الشامية ...»

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۳۴۱.

۳. عمده دلیل این مطلب، روایاتی است که در مباحث آئی (مسئله ۴۸ از همین بخش) خواهد آمد (صحیحه ابوالصباح کنانی، حلبی و ابوبصیر (به نقل از ابن زنا ب) و صحیحه زراره، ابوبصیر و ابواسامه).

وطی به شبهه، از وطی همراه با عقد، اقوا باشد که مستبعد است.

ب. اختلاف روایات در مقدار انتظار

نکته دوم: روایت موسی بن بکر، استبراء خواهر دوم را لازم دانسته است که ظاهراً مراد از استبراء با لحاظ موارد دیگری که به کار رفته، دیدن یک حیض است^۱ که همان مقداری است که عرف، استبراء می‌داند و گفته می‌شود: «حامله نیست؛ چون حیض دیده است».

روایت دوم زراره نیز انقضای عده خواهر دوم را لازم دانسته است. فقهاء در بسیاری از موارد، نفس اختلاف در مقدار و محدوده را علامت ترخیص می‌دانند؟^۲ به علاوه، در موارد دیگری هم که تعبیر استبراء به کار رفته، یا رعایت آن استحبابی است یا رعایت نکردن آن مکروه است.^۳

نظر مختار: کراهت

با توجه به همین نکات و مشابهات آن است که مشهور نیز به وجوب صبر فتوا

۱. برای نمونه: وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۲۵۹، ح ۶: عبد الله بن جعفر في قرب الإسناد عن السندی بن محمد عن أبي البختری عن جعفر عن أبيه عن علي بن أبي طالب أنه قال: «تستبرأ الأمة إذا اشتریت بحیضة وإن كانت لا تحيض فی خمسة وأربعين يوماً».

و ج ۲۱، ص ۹۳، ح ۵: وعنه عن علي بن الزینان عن الحسن بن راشد عن مسمع کردین عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «عشر لا یحل نکاحهن ولا غشیانهن: أمتك أمها أمتك إلى أن قال وأمتك وقد وطلت حتی تستبرأ بحیضة وأمتك وهي حلی من غیرك إلى أن قال وأمتك وهي علی سوم من مشتر».

در کتب لغت نیز این مطلب وجود دارد. برای نمونه: لسان العرب، ج ۱، ص ۳۳: «و الاستبراء: أن یشتري الرجل جاریة، فلا یطؤها حتی تحيض عنده حیضة ثم تطهر؛ و كذلك إذا سباهام یطأها حتی یستبرئها بحیضة، و معناه: طلب براءتها من الحمل».

۲. برای نمونه: منتهی المطلب، ج ۱، ص ۲۹۱-۲۹۳؛ و ج ۲، ص ۳۸۹؛ و ج ۱۰، ص ۲۴۰-۲۴۱؛ روض الجنان فی شرح ارشاد الأذهان، ج ۲، ص ۴۷۶؛ مسالك الأفهام، ج ۹، ص ۳۵۲؛ و ج ۱۳، ص ۱۳۰؛ معالم الدین (قسم الفقه)، ج ۱، ص ۲۱۵؛ ذخیره المعاد، ج ۱، ص ۱۲۸؛ و ج ۲، ص ۲۴۳ و ۵۸۴؛ معتمد الشیعة، ص ۱۳۴؛ الحاشیة علی مدارك الأحکام (بهیانی)، ج ۱، ص ۱۳۵؛ بتایع الأحکام، ج ۱، ص ۶۷۲؛ مصباح الفقیه، ج ۱، ص ۱۶۳؛ تسهیل المسالك إلى المدارك، ص ۲۲.

۳. مطلبی در این باره یافت نشد.

نداده‌اند و الزام را نفهمیده‌اند؛ بنابراین حق با مرحوم سید است و تمتع قبل از انقضای عده، مکروه است و احتیاط استحبابی در ترک است و دست‌کم، این نکات، برای عدم فتوا به لزوم صبر، کافی است و نهایت می‌توان در این مسئله احتیاط واجب کرد، نه اینکه فتوا به وجوب صبر داد.

حکم موارد شک در سبق و لحوق عقد دو خواهر

مسألة ۴۳: «لو تزوج بالاختین و لم يعلم السابق و اللاحق، فبان علم تاریخ أحد العقدین، حکم بصخته دون المجهول، وإن جهل تاریخهما، حرم علیه و طوئهما و کذا و طء إحداهما إلابعد طلاقهما أو طلاق الزوجة الواقعیة منهما ثم تزویج من شاء منهما بعقد جدید بعد خروج الاخری عن العدة، إن کان دخل بها أو بهما...»^۱

حکم این صورت، متوقف بر این است که در تعاقب دو حادث که تاریخ یکی معلوم و تاریخ دیگری مجهول است، آیا اصل فقط در طرف مجهول جاری می‌شود - همچنان‌که نظر صحیح و مشهور همین است - یا در دو طرف جاری می‌شود - همچنان‌که برخی مانند مرحوم آقای خوئی این نظر را دارند.^۲

نظر مشهور و مختار: صحت عقد معلوم التاریخ

طبق نظر مشهور و مختار، استصحاب «عدم عقد مجهول التاریخ تا زمان عقد معلوم التاریخ» جاری است و با این استصحاب، ثابت می‌شود که عقد مجهول التاریخ، متقدّم یا مقارن با عقد معلوم التاریخ نبوده است؛ پس عقد معلوم التاریخ چون مبتلا به مانع نبوده، صحیح است؛ ولی طبق نظر مرحوم آقای خوئی، این استصحاب در هر دو طرف جاری است و لازمه آن، تعارض دو اصل و تساقط آنهاست.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۵.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۳۴۲.

بطلان هر دو عقد در مجهولی التاريخ طبق مبنای مشهور و غیر مشهور

در فرض دو مجهول التاريخ هم طبق هر دو نظر، هر دو عقد به مقتضای علم اجمالی باطل است. مرحوم سید فرموده که تنها راه استمتاع از یکی از خواهرها این است که مرد یا هر دو را طلاق دهد و صبر کند تا عده تمام شود و بعد یکی از آنان را بگیرد، یا به جای طلاق هر دو بگوید: من زوجۀ واقعی خودم را طلاق دادم؛ یعنی به جای دو طلاق، یک طلاق بدهد که در این صورت نیز باید صبر کند تا عده زن مدخوله تمام شود تا دیگری را بگیرد.

تذکراتی درباره کلام سید

درباره کلام صاحب عروه چند تذکر قابل ذکر است.

الف. مناسب تر بودن تعبیر «مطلق استمتاع» به جای «وطی»

تذکر اول این است که مناسب بود به جای «وطی»، «مطلق استمتاع» مطرح می شد، بلکه تعبیری اعم از استمتاع؛ زیرا موضوع مسئله، از استمتاع هم عام تر است و شامل نظر به موضعی از اجنبیه که جایز نیست هم می شود، گرچه جنبۀ استمتاع نداشته باشد. مثلاً از باب علم اجمالی، نظر به موی هر دو خواهر حرام است و احکام اجنبیه بر آن دو بار می شود.

ب. شرطیت «انقضای عده» در «طلاق رجعی» نه «مطلق طلاق»

تذکر دوم این است که در کلام مرحوم سید شرط استمتاع بدون هیچ قیدی، تمام شدن عده دانسته شده است، در صورتی که فقط در طلاق رجعی، تمام شدن عده لازم است، و در طلاق بائن مثل طلاق سوم، انقضای عده لازم نیست و مرد می تواند خواهر مدخوله را عقد کند.

ج. بیان نشدن دو راه دیگر استمتاع

تذکر سوم این است که دو راه دیگر برای استمتاع، تصوّر می شود که مرحوم سید متعرض آن نشده است.

راه اول: طلاق خواهر معنون به «معقوده اول»

راه اول این است که مرد بگوید: خواهری که عقدش مقدّم است را طلاق دادم؛ زیرا معقوده در زمان سابق، همان زوجۀ واقعی است. البته این فرض با طلاق زوجۀ واقعی، تفاوت ماهوی ندارد؛ ولی به هر حال، دو تعبیر مختلف در صیغۀ طلاق است؛ یکی طلاق «الزوجة الواقعیة» و دیگری طلاق «المتقدّم من الأختین».

راه دوم: طلاق خواهر غیرمطلوب و عقد خواهر دیگر

راه دوم، طلاق خواهری است که قصد ازدواج با او را ندارد؛ از این رو، بعد از طلاق و خروج از عده - در صورت رجعی بودن طلاق - با خواهر او ازدواج می‌کند تا اگر واقعاً زوجۀ او نبوده زوجۀ او شود. طبق راه دوم، هر یک از خواهرها مانع صحت عقد دیگری است و مرد می‌تواند با طلاق خواهری که نمی‌خواهد، مانع را بر طرف کند و بعد خواهر دیگر را عقد کند. اگر این زن، زوجۀ واقعی بوده که عقد دوم لغو است و زوجیت سابق را از بین نمی‌برد و اگر خواهر این زن، زوجۀ واقعی بوده، با طلاق، مانعیت آن بر طرف شده و این عقد صحیح خواهد بود. راه دوم را محشّین عروه ذکر نکرده‌اند، هر چند مرحوم آقای سید ابوالحسن در وسیله^۱ و مرحوم آقای خوئی در تقریراتشان^۲ متعرض شده‌اند.

بنابراین در جایی که تقدّم و تأخّر عقد دو خواهر معلوم نیست، لزومی ندارد حتماً دو خواهر طلاق داده شود؛ بلکه می‌توان یکی را احتیاطاً طلاق داد، سپس خواهر دیگر را عقد کرد؛ از این رو، لازم نیست عقد این خواهر حتماً بعد از طلاقش واقع شود؛ زیرا اگر حقیقتاً زوجۀ شرعی بوده است، نه طلاق لازم بوده و نه عقد جدید و اگر زوجۀ شرعی او نبوده، با طلاق خواهرش، عقد او جایز می‌شود و اینکه مرحوم سید فرموده اول باید طلاق دهد («إلا بعد طلاقهما») بعد او را عقد کند، مانند این است که گفته شود: برای استفاده از یکی از دو ظرف مشتبّه، باید ابتدا آن را نجس و سپس تطهیر کرد، در حالی که بدیهی است که بدون نجس کردن هم اگر تطهیر شود، از ظرف پاک استفاده شده است.

۱. وسیلة النجاة (با تعلیقات امام خمینی)، ص ۷۲۹.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۳۴۲.

لزوم اجبار مرد بر طلاق، در صورت وجوب اجتناب از خواهرها و اذله آن

مسألة ۴۳: «... و هل يجبر على هذا الطلاق دفعا لضرر الصبر عليهما؟ لا يبعد ذلك؛ لقوله تعالى ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾^۱...»^۲
در جایی که مرد به طور غیرمعتین به بطلان عقد یکی از دو خواهر علم دارد و باید احتیاط کند، آیا حق دارد آنان را به حال خود رها کند، یا باید او را مجبور کنند که امر زوجیت آنان را با طلاق دادن به همان کیفیت مذکور در صدر مسئله معلوم کند؟ مرحوم آقای حکیم ذیل این کلام صاحب عروه: «و هل يجبر على هذا الطلاق دفعا لضرر الصبر عليهما؟ لا يبعد ذلك.» فرموده است:

«كما جزم به في التذكرة. وفي القواعد: أنه أقرب. وتبعه في كشف اللثام. لكن في مبحث الولاية فيما إذا عقد الوليان مرتبتين ونسي السابق منهما، استشكل في الإلزام بالطلاق بأن الإجماع يوجب وقوعه عن إكراه، و طلاق المكره باطل. و جعل الأقوى فسخ الحاكم، و أجاب عنه غير واحد بأن الإكراه إنما يوجب البطلان إذا لم يكن إكراها على واجب، وإلا فهو بمنزلة الاختيار.»^۳

ظاهر کلام آقای حکیم این است که ایشان نیز اشکال به کاشف اللثام را وارد ندانسته و دفاع فوق از او را پذیرفته است. سابقاً بیان شد^۴ مرحوم آقای بروجردی معتقد بود که هیچگاه مکروه بر معامله یا ایقاعی - بر خلاف مضطرّ - به عنوان ثانوی هم رضایت ندارد بلکه رضایت ثانوی او تنها به صورت معامله یا ایقاع است. حال

۱. البقرة، ۲۲۹.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۵.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۴۵.

۴. کتاب نکاح (تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی)، مباحث نکاح با برادرزاده و خواهرزاده زوجه، شرط اذن عقد با خواهرزاده یا برادرزاده زوجه در ضمن عقد زوجه (العروة الوثقی (للسید البزدی)، ج ۲، ص ۸۳۰، م ۱۹: «إذا اشترط في عقد العمة أو الخالة إذهنها في تزويج بنت الأخ أو الأخت ثم لم تأذنا عصياناً منهما في العمل بالشرط لم يصح العقد على إحدى البنيتين و هل له إجبارهما في الإذن وجهان. نعم إذا اشترط عليهما في ضمن عقدهما أن يكون له العقد على ابنة الأخ أو الأخت فالظاهر الصحة و إن أظهرنا الكراهة بعد هذا»).

اگر کلام ایشان را بپذیریم، آیا در اکراه به طلاق - گرچه این اکراه، حق باشد و اکراه بر امر واجب باشد - رضایت به صورت طلاق برای تحقق جدایی زوجین کافی است و شارع به مجرد صدور «طَلَّقْتُ» اکتفا کرده است؟ این امر بسیار از مذاق شرع دور است. پس نمی‌توان از کاشف اللثام چنین دفاع کرد و اکراه بر واجب را به منزله اختیار دانست. در تفاوت بین اکراه و اضطرار بیان شد که مکروه معمولاً حتی به عنوان ثانوی نیز رضایت ندارد بر خلاف مضطر. البته همان طور که در همان مباحث سابق بیان شد، مکروه نیز گاهی - مانند آنچه در طلاق خلع است - به عنوان ثانوی رضایت دارد. در مقام نیز می‌توان گفت: اگر طلاق، واجب باشد ممکن است مردی که مجبور به طلاق شده چون می‌داند این طلاق واجب است برای اینکه معصیتی برای خود به دوش نکشد و جهنمی نشود رضایت به طلاق داشته باشد، گرچه بدون اکراه رضایتی برایش حاصل نشده بود، و حتی ممکن است اگر این طلاق، مستحب هم بوده باشد برای درک مراتب بالای بهشت، رضایتی ثانوی برایش حاصل شود.

در هر حال، لزوم طلاق در مسئله جاری، مبتنی بر این است که ادله قرعه، این مورد را شامل نشود - که ناتمامی ادله قرعه بعد از این بحث ثابت خواهد شد - و گرنه با تعیین زوجة حقیقی به وسیله قرعه، تمام آثار زوجیت بار شده و امکان امساک به معروف وجود خواهد داشت.

ادله وجوب طلاق در مقام، «لاضرر» و آیه «فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ وَأَوْتَرِيعَ بِإِحْسَانٍ»^۱ و روایت عمر بن حنظله است که در ذیل بررسی خواهد شد.

دلیل اول لزوم طلاق: لاضرر

دلیل اول برای اجبار مرد به طلاق، تمسک به قاعده «لاضرر» است؛ زیرا بقای زوجیت، برای دو خواهر ضرری است؛ نه از زوجیت بهره دارند و نه می‌توانند با دیگری ازدواج کنند و نه بدون اذن او از منزل خارج شوند و این احتیاط، طبعاً موجب ضرر بر آنان خواهد بود. جریان «لاضرر» در این فرع فقهی از دو جهت قابل

بحث است.

• جهت اول: ادامه زوجیت برای دو خواهر ضرری است؛ از این رو، بر شوهر لازم است که آنان را طلاق دهد. این جهت از «لاضرر» در اینجا مورد بحث قرار می‌گیرد.

• جهت دوم: بقای زوجیت بدون مشخص شدن زوجۀ واقعی، به دلیل محصوره بودن این شبهۀ وجوبیه، مستلزم احتیاط و لزوم ادای نفقه و مهریه به هر دو خواهر است و این امر، برای شوهر ضرری است؛ از این رو، لاضرر شامل آن می‌گردد. این جهت دوم در بررسی جریان قرعه به استناد لاضرر در بحث از وجوب نفقه و مهریه خواهرها مطرح خواهد شد.

اشکالات دلیل اول و بررسی آن

اما تمسک به لاضرر در مقام، با دو اشکال مواجه است.

اشکال اول: جاری نشدن لاضرر طبق مبنای آخوند

اشکال اول این است که در قاعده «لاضرر» یا «لاحرج»، اگر منفی، موضوع ضرری و حرجی باشد، نه حکم ضرری یا حرجی، در مقام، ممکن است گفته شود: چون زوجیت فی نفسه ضرری نیست، بلکه ضرر، ناشی از حکم به احتیاط در اطراف علم اجمالی است، این قاعده حاکم نیست، مانند کسی که وظیفه‌اش مردّد بین حجّ قران و تمتّع است و انجام هر یک از آنها در دو سال، برای او مقدور نیست؛ در اینجا نفس حجّ قران یا تمتّع، حرجی نیست؛ بلکه حکم به احتیاط و لزوم اتیان هر دو، موجب حرج بر مکلف می‌شود. همچنین در مورد کسی که وظیفه‌اش نماز خواندن به سوی قبلۀ واقعی است و از باب احتیاط باید به چهار طرف نماز بخواند، وجوب احتیاط در صورت ضرری بودن آن نفی نمی‌شود؛ زیرا نفس نماز رو به قبله، ضرری نیست. در مسئلۀ مورد بحث نیز نفس زوجیت، ضرری نیست؛ اما اینکه هم خود را زوجه به حساب نیاورد و هم نتواند شوهر کند، ضرری است.

پاسخ اشکال با بررسی مطالب آخوند درباره مفاد لاضرر

این اشکال را با بررسی مطالب مرحوم آخوند می‌توان پاسخ داد.

مطلب اول: دلالت «لاضرر» بر نفی حکم به لسان نفی موضوع

در باره مفاد قاعده «لاضرر» و هیئت ترکیبی آن، نظرات متعددی مطرح است. مرحوم آخوند مفاد آن را نفی حکم به لسان نفی موضوع دانسته است؛ به این بیان که مفاد قاعده «لاضرر»، نفی ادعایی «ضرر» است، نه نفی «حکم ضرری»؛ یعنی ادعاء ضرر را نفی می‌کند تا از منتفی بودن حکم آن خبر دهد، نه اینکه مستقیماً حکمی را که منشأ ضرر می‌شود نفی کند.^۱

ولی مرحوم شیخ، دلیل لاضرر را مستقیماً نافی حکمی می‌داند که منشأ ضرر شده است.^۲

تأیید مطلب اول

به نظر ما آنچه متعلق جعل یا رفع قرار می‌گیرد، افعال است. در هیچ یک از اطلاقات قرآنی^۳ و روایی^۴، خود حکم، متعلق رفع یا جعل واقع نشده است. در مورد «لاضرر» و «لاخرج» نیز همان طور که مرحوم آخوند فرموده است، نفی حکم، به لسان نفی موضوع است. به بیانی دیگر، در آیه شریفه «مَا جَعَلَ عَلَيْكَ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ»^۵ مراد از حرج که متعلق جعل قرار گرفته، فعل حرجی است که ممکن است بر عهده

۱. کفایة الأصول (چاپ آل البيت)، ص ۳۸۱-۳۸۲.

۲. فرائد الأصول، ج ۲، ص ۴۶۰.

۳. برای نمونه: «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبُ بِالْخُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْغَنِيِّ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى» (البقرة، ۱۷۸)؛ «كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ أَنْ تَرَكَ خَيْرَ الْوَصِيَّةِ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ» (البقرة، ۱۸۰)؛ «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الضِّيَاةُ» (البقرة، ۱۸۳)؛ «إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَاباً مَوْقُوتاً» (النساء، ۱۰۳).

۴. برای نمونه: وسائل الشیعة، ج ۲، ص ۱۹۲، ح ۲۲؛ و یاسناده عن الضَّغَارِ عن إبراهيم بن هاشم عن نوح بن شعیب عن عَمْرِو بن رَازِة قال: «قلت له هل على المرأة غسل من جنابتها إذا لم يأتها الرجل؟ قال لا و أنيكم يرضى أن يرى أو يصبر على ذلك أن يرى ابنته أو أخته أو أمه أو زوجته أو أحدا من قربانه قائمة تغتسل فيقول لما لك فتقول احتلمت و ليس لها بعل ثم قال لا ليس عليهن ذلك و قد وضع الله ذلك عليكم قال (وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا) و لم يقل ذلك لهن.»؛ و ج ۷، ص ۳۰۱، ح ۲۲؛ قال النبي ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ كَتَبَ عَلَيْكُمُ الْجُمُعَةَ فَرِيضَةً وَاجِبَةً إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ.»؛ و ج ۱۱، ص ۱۵، ح ۲۱؛ مُحَمَّد بن الحسين الرضوي في نهج النبلاء عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال في خطبة له: «فرض عليكم حج بيته الذي جعله قبلة للأنام ... فرض حجه و أوجب حقه و كتب عليكم وفادته ...».

۵. الحج، ۷۸.

مکلف قرار گیرد، اما شارع مقدس تفضلاً آن را جعل نکرده است. «لاضرر» هم ظهور در چنین معنایی دارد.^۱

مطلب دوم: عدم شمول «لاضرر» نسبت به وجوب عقلی احتیاط
مطلب دومی که در کلام مرحوم آخوند آمده این است که طبق مبنای ایشان «لاضرر»، احکام ضرری را که موضوع آن، ضرری نیست شامل نمی‌شود و در نتیجه، در مواردی که عقل، به لزوم احتیاط حکم می‌کند و رعایت این احتیاط، ضرری است، وجوب احتیاط نفی نخواهد شد؛ زیرا موضوع حکم شرعی، ضرری نیست تا بالا ضرر نفی شود.^۲

اشکالات مطلب دوم
اما این کلام ایشان قابل مناقشه است.

اشکال اول: شرعی بودن لزوم احتیاط
اولاً، به نظر ما دلیل «لاضرر» همچنان که بر احکام واقعی که موضوعشان ضرری است حکومت دارد، بر احکام ظاهری که موضوعشان ضرری باشد نیز حکومت دارد؛ زیرا احکام شرعی، به احکام واقعی منحصر نیست و احکام ظاهری را نیز شامل است.
از سوی دیگر، لزوم احتیاط فقط یک حکم عقلی نیست؛ بلکه در روایات خاص

۱. در موارد مشابه هم این گونه است که برای بیان نفی حکم، ادعاء موضوع را نفی می‌کنند. برای نمونه:
الف. عبارت «لا شک لکنیر الشک» که مستفاد از اخبار است (ر.ک: وسائل الشیعة، ج ۸، ص ۲۲۷، باب ۱۶ (باب عدم وجوب الاحتیاط علی من کثر سهو بل یمضي فی صلاته و یبني علی وقوع ما شک فيه حتی یتیقن الترتک و حد کثرة التهور)) و مفاد آن، نفی احکام شک از کثیرالشک است.
ب. روایت «لا یبیع إلا فیما تملک» (عوالی اللکلی، ج ۳، ص ۲۰۵، ح ۴۷) که مفاد آن، نفی صحت است.
ج. روایت «لا صلاة لجار المسجد إلا فی مسجده» (تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۹۲، ح ۲۴۴) که مفادش، نفی کمال از نماز در غیر مسجد برای همسایه مسجد است.
د. روایت «لا صلاة إلا بطهور» (کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۱، ص ۳۳، ح ۶۷) که مفادش، نفی صحت از نماز بی طهارت است.
۲. مرحوم آخوند این مطب را در بحث مقدمات اسناد (مقدمه چهارم) مطرح کرده است (کفایة الأصول (چاپ آل البيت)، ص ۳۱۳).

به علاوه، حتی با قطع نظر از اشکال اول، باز هم دلیل «لا ضرر» بر وجوب احتیاط
 حاکم است؛ زیرا قاعده احتیاط از احکام اقتضایی عقل است و فعلی شدن آن،
 متوقف بر این است که شارع، آن را به نحوی امضا کند، همچنان که ممکن است
 آن را ابطال کند؛ مانند موارد بسیاری که با قاعده فراغ، قاعده اشتغال عقلی وارد
 کرده است، و وقتی که انسان نمی‌داند ذمه‌اش فارغ شده یا خیر، شارع با قاعده
 فراغ ترخیص می‌دهد و لزوم احتیاط از بین می‌رود. در شک بعد از وقت نیز بنابر
 اینکه موضوع قاعده اشتغال باشد - که عقیده ما هم همین است - شارع می‌فرماید
 فارغ هستی و اشتغال منتفی می‌شود. البته ممکن است گاهی حکم تعلیقی عقل،

۱. برای نمونه: الکافی، ج ۳، ص ۱۰، ح ۶: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن عثمان بن عیسی عن سماعة قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن جزة وجد فيها خنفساء قد ماتت قال ألقها وتوضاً منه وإن كان عقرباً فأرّق الماء وتوضاً من ماء غيره وعن رجل معه إناءان فيهما ماء وقع في أحدهما قدر ولا يدري أيهما هو ليس يقدر على ماء غيره قال يهرقهما جميعاً ويتيمم»؛ وسائل الشیعة، ج ۱، ص ۱۵۱، ح ۲.
۲. مستدرک الوسائل، ج ۱۶، ص ۱۹۲، ح ۱: الجعفریات، أخبرنا محمد حدثنی موسى قال حدثنا أبي عن أبيه عن جده جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام: «أنه سئل عن شاة مسلوخة وأخرى مذبوحة عتي عن الزاعي أو على صاحبها فلا يدري الذكية من الميتة قال يرمي بهما جميعاً إلى الكلاب».
۳. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۱، ص ۲۴۹، ح ۷۵۶: وكتب صفوان بن يحيى إلى أبي الحسن عليه السلام: «يسأل عن الزجل معه ثوبان فأصاب أحدهما بول ولم يدرك أيهما هو وحضرت الصلاة وخاف فوثها وليس عنده ماء كيف يصنع قال يسلّي فيهما جميعاً»؛ وسائل الشیعة، ج ۳، ص ۵۰۵، باب ۶۴ (باب حکم اشتباه التجسس بالظاهر من الثوب والإناء)، ح ۱.

۴. استاد شریعتی: مرحوم آقای داماد، قائل به یک اصطیاد عمومی و بسیار وسیع بود؛ ولی به نظر می‌رسد چون در این موارد که شارع به احتیاط امر کرده، علم اجمالی به خطاب واحد داریم، قاعده‌ای که عرف اصطیاد می‌کند، مخصوص مواردی است که معلوم بالاجمال خطاب واحد داشته باشد، نه خطاب مردّد بین بیش از یک خطاب.

ترخیص باشد و شارع آن را ابطال کند که در این صورت، عدم ترخیص نیز حکمی شرعی خواهد بود.

هر یک از امضا یا ابطال، امری است شرعی که در قلمرو شئون شارع است و چنانچه دلیل لاضرر بخواهد حکم عقل را که با امضای شارع، فعلی می‌شود، به لحاظ ضرری بودن آن، نفی کند، عقل امتناعی نخواهد داشت؛ زیرا نفی و اثبات چنین احکامی از شئون قانون‌گذار است و به این لحاظ، این حکم را باید شرعی دانست، نظیر تنفیذ بنای عقلا از سوی شارع که اگر شارع به نحوی بنای عقلا را تأیید کند، حکمی شرعی خواهد بود.

اشکال دوم: شمول لاضرر نسبت به احکام عقلی اقتضایی

ثانیاً، حتی اگر از اشکال سابق هم صرف نظر شود و فرض کنیم لزوم احتیاط، با اینکه حکم عقلی اقتضایی است، اما حکمی شرعی محسوب نشود - یعنی عدم ردع شارع نسبت به حکم عقلی اقتضایی موجب نشود تا این حکم، حکمی شرعی محسوب شود - اما ملاک شمول «لاضرر» این است که در مورد ضرر، شارع بتواند مانند عقل، احتیاط را واجب کند یا وجوب آن را نفی کند^۱ و چون وجوب احتیاط، حکم اقتضایی عقل است، شارع می‌تواند در مواردی که احتیاط ضرری است، آن را به لحاظ مصلحتی چون تسهیل بر دارد.^۲ این نکته نیز باید توجه شود که

۱. همان‌طور که از بیان استاد رحمته‌الله در ادامه استفاده می‌شود، نکته این است که هر قانون‌گذاری از جمله شارع، تنها در حیطه خود می‌تواند قانون جعل کند.

۲. توضیح بیشتر: مواردی که شارع مقدس با حکم عقل عملی موافق است دو صورت دارد، گاهی اعمال مولویت می‌کند و با ابراز نظر خویش عملی را که عقلاً واجب یا حرام بود، شرعاً نیز واجب یا حرام می‌شمارد، و گاهی ضرورتی نمی‌بیند که اعمال مولویت و امر و نهی شرعی کند؛ بنابراین در مواردی که حکم عقل وجود دارد، لازمه موافقت واقعی شارع با حکم عقل، این نیست که حکم شرعی هم وجود داشته باشد، بلکه چه بسا فقط حکم عقلی محض وجود داشته باشد؛ در عین حال، مانعی ندارد که لاضرر و لاجرح شامل آن گردد؛ زیرا لاضرر و لاجرح می‌خواهد وجوب احتیاط را (که اگر لاضرر نبود، عقلاً لازم بود) بردارد و شرط شمول لاضرر و لاجرح این نیست که حکمی که برداشته می‌شود الزاماً حکمی شرعی باشد، بلکه اگر حکم، عقلی محض هم بود ولی حکم اقتضائی عقل، اگر به نظر شارع، حکم عقل مزاحم با مصلحت دیگری نبود، شارع می‌گوید من هم مانند عقل، احتیاط را لازم می‌دانم و اگر احتیاط مزاحم با مصلحت اهمی بود، مانند موارد حرج و ضرر، شارع وجوب احتیاط را بر می‌دارد و این

مرحوم آخوند در مقام، اشکال ثبوتی نکرده است؛ یعنی نفرموده حکم عقل، حکمی تنجیزی است که قابل رفع نیست؛ بلکه اشکال اثباتی کرده و فرموده ادلة لا ضرر و لاجرح قاصر است از اینکه وجوب احتیاط که حکمی عقلی است را رفع کند؛ بنابراین شبهه‌ای در اقتضایی بودن حکم عقل به وجوب احتیاط نیست.^۱

شباهت مقام به مسئله تنزیل امارات به منزله قطع

مشابه این بحث، در بحث اصولی دیگری مطرح است. در این باره که امارات معتبر می‌توانند با دو تنزیل مستقل جانشین قطع طریقی محض و قطع موضوعی محض شوند، اختلافی نیست؛ اما آیا می‌توان با یک تنزیل، هم احکام قطع موضوعی و هم احکام قطع طریقی (یعنی هم احکام واقع و هم احکام خود علم) را بر ظن بار کرد؟^۲ حال می‌گوییم در این تنزیل، شارع حکم عقل را منتفی نمی‌داند تا تصرف در قلمروی عقل محسوب شود؛ بلکه شارع می‌گوید همان‌طور که عقل برای قطع، احکامی مانند منجزیت و معذرت و کاشفیت و ... را بار می‌کند، من نیز همین احکام را برای امارات معتبر ثابت می‌دانم. جعل تنجیز و تعذیر در مورد ظن، از مجعولات و اختیارات شارع است؛ ولی این جعل را به لسان «تنزیل الظن منزله القطع» بیان می‌کند؛ از این رو، در صحت تنزیل، لازم نیست که «منزل علیه» حکمی شرعی باشد. اینکه شارع نسبت به حکم عقل (حتی حکم تنجیزی عقل) تنزیل کند، خارج از شئون شارع نیست. این نکته در مقام نیز وجود دارد؛ یعنی اگر شارع، وجوب احتیاط را که حکمی اقتضایی است، رد یا امضا کند، خارج از شئون او

امر از شئون شارع است.

۱. دو مرحله در این بحث مطرح است: مرحله ثبوتی و مرحله اثباتی. در مرحله ثبوتی می‌توان گفت که از هر راهی شارع بتواند نسبت به حکم عقل موضعی اتخاذ کند اشکالی ندارد و در مقام بار زدن حکم اقتضایی عقل نیز می‌تواند موضع خود را ابراز کند. در مرحله اثباتی نیز می‌توان گفت: از نظر عرف، آنچه مهم است آن است که خطاب شارع، شامل احتیاطی که موجب ضرر است باشد و تنها آنچه مانع اطلاق خطاب محسوب می‌شود این است که نتیجه اطلاق به هیچ نحوی قابل پذیرش نباشد؛ یعنی اگر عرف، بدون توجه به چنین دقتی، خطاب شارع - مثلاً لا ضرر - را بر مقام تطبیق کند و از سویی محذور ثبوتی هم وجود نداشته باشد، وجهی ندارد خطاب را تقبیل کنیم.

۲. کفایة الأصول (چاپ آل البیت)، ص ۲۶۳-۲۶۴.

نخواهد بود و مانند امور تکوینی نیست که ربطی به شارع نداشته باشد؛ بنابراین ادله لاضرر و لاحرج شامل آن خواهد شد.

نکته اول: امتناع جمع بین دو لحاظ آلی (قطع طریقی) و استقلالی (قطع موضوعی) اشکال مطرح در این تنزیل، این است که «الظن کالقطع» نمی‌تواند ناظر به هر دو نوع قطع باشد؛ زیرا یا قطع به طور آلی و طریق در نظر گرفته شده و مقصود، تنزیل مظنون به منزله مقطوع است، یعنی احکام مقطوع را بر مظنون مترتب کنید، یا به نحو استقلالی فرض شده و مقصود، ترتب احکام خود قطع بر ظن است. از آنجا که این دو لحاظ با یکدیگر تنافی دارند، جمع بین آن دو با یک تنزیل، صحیح نیست. اگر صورت اول (نظر آلی) مراد باشد، «الظن کالقطع» تعبیری کنایی است و می‌خواهد بگوید «متعلق ظن» را مثل «متعلق قطع» فرض کن و مظنون را به منزله واقع بدان.

نکته دوم: امکان تنزیل امارات به منزله قطع بدون دو لحاظ گویا مسلم فرض شده که اگر احکام قطع طریقی را بر ظن طریقی بار کنیم، باید از ظن و قطع، مظنون و مقطوع اراده شود، در حالی که چنین نیست؛ چون در ادله‌ای که احکامی را بر قطع طریقی مترتب می‌کند، قطع موضوع قرار گرفته است و عقل نیز همین قطع را موضوع برای معذرت و منجزیت و کاشفیت و اعتبار و مانند آنها می‌داند. دلیل تنزیل نیز می‌گوید ظن هم مانند قطع است و احکامی که روی قطع طریقی رفته است، روی ظن نیز جاری است؛ بنابراین همان‌طور که قطع از نظر شرعی، موضوع برخی از احکام (مانند جواز شهادت و افتاء و ...) است و به این اعتبار به آن قطع موضوعی می‌گویند، از نظر عقل هم موضوع یک سلسله احکام است و در این احکام عقلی، قطع طریقی موضوع حکم عقل قرار گرفته است؛ پس در هر دو حکم، خود قطع مورد توجه قرار گرفته و اگر کسی قطع به تکلیف داشت، حکم واقعی در حق او منجز است، همچنان‌که می‌تواند بر اساس آن - مثلاً - شهادت بدهد. حال در دلیل تنزیل نیز شارع می‌تواند بگوید: تمام احکامی را که روی قطع بار شده، چه احکام شرعی و چه عقلی، در مورد ظن نیز جاری بدانید، بدون اینکه در عبارت «الظن کالقطع» بین دو لحاظ متنافی جمع شده باشد.^۱

۱. در حقیقت، این اشکالی صغروی به مرحوم آخوند است.

مطلب سوم: جواز مخالفت قطعی طبق مبنای شیخ انصاری

همچنین مرحوم آخوند فرموده است طبق مبنای شیخ انصاری که می‌گوید لاضرر، نفی حکمی است که منشأ ضرر شده، حکم واقعی منشأ ضرر است و در نتیجه، حکم واقعی برداشته شده است؛ از این رو، حتی مخالفت قطعی هم جایز است.^۱

اشکال: ممنوعیت مخالفت قطعی در صورت نفی احتیاط

اما باید گفت در صورت ضرری بودن احتیاط، خود احتیاط از عهده مکلف برداشته می‌شود؛ ولی نظر به اینکه موضوع حکم واقعی فی نفسه ضرری نیست، اصل آن محفوظ می‌ماند؛ پس موافقت قطعی تکلیف معلوم، به خاطر رفع احتیاط واجب نیست؛ اما موافقت احتمالی آن، به جهت بقای حکم واقعی واجب خواهد بود؛ بنابراین ادعای مرحوم آخوند درباره جواز مخالفت قطعی بر اساس مبنای مرحوم شیخ در لاضرر، صحیح نیست.

به عبارتی دیگر - چنان‌که در اشکال سابق بیان شد - حکومت لاضرر، فقط بر احکام واقعی نیست تا گفته شود طبق مبنای شیخ انصاری در لاضرر، حکم واقعی برداشته می‌شود؛ بلکه بر احکام ظاهری هم حکومت دارد و حکمی که منشأ این ضرر شده، حکم به وجوب احتیاط است که حکمی ظاهری است، نه حکمی واقعی.^۲

اشکال دوم: ضرری و حرجی نبودن نفس زوجیت بر خلاف غبن معامله

اشکال دوم بر دلیل اول (لاضرر) اشکالی از مرحوم آقای حکیم است. ایشان تمسک به ادله «لا حرج» و «لا ضرر» را در مقام، با بیانی متفاوت از بیان مرحوم آخوند ناتمام می‌دانند. ایشان فرموده است:

«و قد يستدل على وجوب الطلاق بما دل على نفي الحرج والضرر، كما في كشف اللثام وغيره، فإن بقاء الزوجة على زوجيتها ضرر عليها وحرج؛ وفيه: أنَّ الضرر أو الحرج ليس من الزوجية؛ بل من أحكام الزوجية بعد الاشتباه؛ فدلّيل نفيهما يقتضي نفي تلك الأحكام؛

۱. کفایة الأصول (چاپ آل البيت)، ص ۳۱۳.

۲. مرحوم شیخ نیز در مباحث انسداد، برای نفی لزوم احتیاط تام، مطلب ادعایی مرحوم آخوند را مطرح نکرده است (ر.ک: فرائد الأصول، ج ۱، ص ۴۰۳-۴۰۴).

لكن ليس بناء الفقهاء عليه، فلا يجوز الزنا للحر، ولا يجوز أكل مال الغير للحر، ولا يجوز شرب الخمر للحر، فلا يكون الحر مجزواً لفعل المحرمات عندهم، وإن كان مجزواً لترك الواجبات، وإن كان الفرق بين الواجبات والمحرمات في ذلك غير ظاهر؛ و مقتضى دليل نفيه، نفي التحريم كنفي الوجوب. و مقتضى ذلك، أنه يجوز لكل من الاختين أن يستمتع بها غير المعقود له، رفعا للحر، لا وجوب الطلاق على الزوج. و بما ذكرنا ظهر الفرق بين الضرر في المقام، و بين الضرر في المعاملة المشتملة على الغبن؛ فإن الضرر هناك من نفس المعاملة، و مبادلة القليل بالكثير، بخلاف المقام؛ فإن الضرر هنا يلزم من ثبوت أحكام الزوجية، لا من نفس الزوجية. و لو سلم فمقتضى ذلك أن يكون للزوجة الخيار في الفسخ، لا وجوب الطلاق على الزوج، كما هو المدعى، و لا سيما بملاحظة أن الطلاق يوجب الضرر على الزوج بنصف المسمى^۱.

بنابراین ایشان ضرر و حرج را ناشی از احکام زوجیت دانسته نه نفس زوجیت.

مناقشه در اشکال دوم

اما کلام ایشان از دو جهت قابل تأمل است.

مناقشه اول: ضرری نبودن نفس معامله غبنی

اولاً، تفصیل ایشان بین ضرر ناشی از غبن در معامله و ضرر در مسئله نکاح، ناتمام است؛ زیرا در مثل معامله غبنی هم نفس نقل و انتقال، منشأ ضرر نیست؛ بلکه احکام و آثار مترتب بر آن، مثل حرمت تصرف مغبون در مالی که از دستش خارج شده است منشأ ضرر است؛ بنابراین اگر فرض کنیم که ملکیتی اعتبار شده باشد بدون اینکه احکام ملکیت جعل شده باشد، ضرری متوجه شخص مغبون نخواهد شد. البته طبق نظر شیخ انصاری، ملکیت که حکمی وضعی است قابل انفکاک از احکام تکلیفی ملکیت نیست و اگر احکام تکلیفی ملکیت، مترتب نشود،

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۴۶-۲۴۷.

ملکیتی هم در کار نیست.^۱

مناقشه دوم: جاری نشدن لایحرج در احکام تحریمی و تبیین فرق آن با احکام وجوبی
ثانیاً، تساوی ملاک حرجی بودن و جریان ادله «الاضرر» و «الاحرج» در واجبات
و محرمات که ایشان در کلام خود مدعی شده بود، ناتمام است؛ چراکه دو بیان
می‌توان به عنوان فرق بین واجبات و محرمات مطرح کرد.

فرق اول: حرجی بودن ترک عمده محرمات

فرق اول این است که قوایی چون شهوت، غضب، حب جاه، مقام، قدرت و ...
مقتضای طبیعت بشر است و اقتضائات این قوا غالباً در ناحیه ارتکاب محرمات
است، نه ترک واجبات. به تعبیر دیگر، ارتکاب محرمات، عمدتاً ناشی از غلبه
شهوت و غضب و مانند آن است؛ اما ترک واجبات از علل دیگری ناشی می‌گردد.
بر این اساس، اگر بنا باشد حرج (یعنی مشقتی که معمولاً تحمل نمی‌شود، نه
عجز) مجوز ارتکاب محرمات باشد، هرج و مرج و اختلال نظام پیش می‌آید؛ چون
در اکثر افرادی که مرتکب قتل نفس، تجاوز به نوامیس، آزار و اذیت دیگران و سایر
محرمات می‌شوند، چنین است که از جهت کنترل غضب و شهوت و ... در حرج
و مشقت می‌افتند. از این رو اگر حرج، رافع حرمت باشد، معنایش این است که
دین، اجازه تحقق این مفاسد را در عمده موارد داده باشد، در حالی که بالضرورة
این مطلب باطل است و خلاف مرتکز همه - اعم از فقهاء و غیرفقهاء - است که
حرج، مرز قوانین تحریمی باشد. تجویز ارتکاب محرمات، موجب می‌شود نزول
کتب آسمانی و ارسال رسل، شبیه به لغو باشد؛ چراکه آنها برای مهار همین شهوت
و غضب و جلوگیری از این مفاسد آمده‌اند. مرحوم آقای حکیم نیز در عبارت نقل
شده در بالا پذیرفته است که فقهاء، ارتکاب محرمات - مثل زنا، تصرف در اموال
دیگران و شرب خمر - را به مجرد حرج جایز ندانسته‌اند، گرچه خود ایشان به فقهاء
اشکال کرده است.

۱. شیخ انصاری در بررسی اقوال در استصحاب، در بررسی قول هفتم، مدعی شده که احکام وضعی از احکام تکلیفی انتزاع شده است (فرائد الأصول، ج ۳، ص ۱۲۹-۱۳۰).

فرق دوم: ظهور دلیل لاجرح در رفع جعل افعال وجودی نه عدمی (تروک)

فرق دوم این است که نفس تعبیری که در دلیل حرج وارد شده است اقتضا می‌کند قاعده «لا حرج» مختص به واجبات باشد؛ زیرا همان‌گونه که گذشت، در تعبیری مثل «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ»^۱ آنچه جعل می‌شود فعل است، نه حکم. تعبیر «جعل حکم» نیز تعبیری است که در محیط حوزوی به کار می‌رود، نه در استعمالات قرآنی و روایی؛ بنابراین در «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ»^۲ و «وَضَعُ عَنْ الْحَائِضِ الصِّيَامَ» و مانند اینها، خود فعل، متعلق «جعل» و «کتابت» و «وضع» است. از طرفی، متفاهم عرفی از این تعبیر این است که فعل وجودی، جعل یا وضع می‌شود، نه افعال عدمی یعنی تروک، مگر اینکه عدم به لحاظ بعضی اعتبارات، جنبه وجودی پیدا کند، مثل روزه که به لحاظ نیت، جنبه وجودی دارد و گرنه «جعل علیکم العدم» تعبیری غیر متعارف است. پس این قبیل تعبیر، یا ظهور در افعال وجودی دارد، یا قدر متیقن از آنها افعال وجودی است. در نتیجه، قاعده لاجرح و لاضرر اختصاص به واجبات پیدا می‌کنند.

مناقشه سوم: عدم دلیل بر اولویت تخصیص احکام زوجیت

اشکال دیگر این است که مرحوم آقای حکیم احکام مترتب بر زوجیت - نه خود زوجیت - را منشأ حرج و ضرر دانسته است؛ اما این مطلب ناتمام است؛ زیرا گویا طبق بیان ایشان دو عام یا مطلق وجود دارد: یکی مربوط به اثبات اصل زوجیت و دیگری مربوط به اثبات احکام زوجیت، و با ادله نفی حرج و ضرر یکی از این دو باید تخصیص (یا تقیید) بخورد و ایشان تخصیص دومی را انتخاب کرده است، در حالی که اولیوی نیست؛ زیرا به اعتراف ایشان، تخصیص ادله احکام، خلاف ارتکاز فقها است و در نتیجه باید ادله اثبات زوجیت تخصیص می‌خورد که مطابق با ارتکاز فقها بود. این نکته نیز توجه شود که اگر ادله اثبات زوجیت تخصیص بخورد، زوجیتی نیست تا احکام زوجیت نیاز به تخصیص داشته باشد.^۳ به علاوه

۱. الحج، ۷۸.

۲. البقرة، ۱۸۳.

۳. لذا نمی‌توان گفت نیاز به تخصیص ادله اثبات احکام زوجیت نیز وجود دارد و دو تخصیص لازم می‌آید.

چنان‌که در ذیل خواهد آمد، محتملات دیگری مانند انفساخ، حق فسخ یا قرعه نیز مطرح است و ثبوت احکام زوجیت بدون بقاء علقه زوجیت تعیین ندارد.

نظر مختار: قصور لاضرر و لاجرح در اثبات وجوب طلاق به چند وجه
 با اینکه هر دو اشکال به دلیل لاضرر و لاجرح پاسخ داده شد، اما لاضرر و لاجرح در مقام، قابل تمسک نیست.

وجه اول: منحصر نبودن رفع ضرر در وجوب طلاق
 اولاً، همان‌طور که مرحوم آقای حکیم فرموده است^۱، حکم شارع به رفع ضرر و حرج، مستلزم الزام شوهر به طلاق نیست؛ چون تنها راه دفع حرج از زن، الزام شوهر به طلاق نیست؛ بلکه ممکن است کسی به مقتضای قاعده «لا حرج» بگوید همان‌طور که مغیون به مقتضای «لا ضرر» حق فسخ دارد، زن هم در اینجا حق فسخ دارد یا گفته شود انفساخ رخ می‌دهد؛ علاوه اینکه به نظر ما احتمال قرعه هم در مسئله وجود دارد.

در هر حال، با لحاظ اینکه شارع وجود هر موضوع ضرری را در شریعت نفی کرده، نمی‌توان ملتزم شد که هیچ راه حلی برای رفع ضرر وجود نداشته باشد؛ بنابراین باید ملاحظه کرد که ادله، کدام یک از این سه راه (حق فسخ، قرعه و اجبار مرد به طلاق) را تعیین می‌کند.

وجه دوم: متضرر نشدن خواهرها
 ثانیاً، در مقام، حتی اگر مرد اجبار به طلاق نشود، ضرر و حرجی برای خواهرها لازم نخواهد آمد. توضیح این مطلب محتاج مقدماتی است.

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۴۷.

مرحوم آقای خونی نیز نظیر همین اشکال را مطرح کرده است: «أن الضرر ليس في الزوجية نفسها كي يلتزم بازتفافها وإنما هو في الأحكام المترتبة عليها». اما در مباحث نکاح فضولی (آخرین مسئله از مسائل نکاح عروه) فرموده است که ضرر ناشی از احکام زوجیت نیز نیست:
 موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۸۸: «فإنه لا ضرر في الزوجية نفسها أو في آثارها المترتبة عليها كلزوم التمكين وغيره، ولذا لو كان الزوج معلوما لم يكن فيهما أي ضرر، وإنما الضرر ناشي من الجهل بالزوج، وحكم العقل بلزوم الاحتياط وعدم تمكنها من تمكين نفسها لزوجها الواقعي».

مقدمه اول: عدم تنجز علم اجمالی در فرض تردد تکلیف بین دو شخص
مقدمه اول این است که چنان که مرحوم شیخ انصاری در رسائل فرموده است،
علم اجمالی وقتی منجز تکلیف است که تکلیف، مربوط به یک شخص باشد،
مثل اینکه شخص نمی داند نماز ظهر بر او واجب است یا نماز جمعه، یا اینکه
نمی داند کدام یک از دو ظرف، وجوب اجتناب دارد؛ اما اگر تکلیف، مردّد بین
دو شخص باشد - مانند مثال معروف «واجب المنی فی الثوب المشترك» که هر
یک از دو شخص می داند یا خودش جنب شده یا دیگری، با فرض اینکه جنابت
دیگری و احکام جنابت او هیچ کدام موضوع حکمی برای آن یکی نباشد - علم
اجمالی، منجز تکلیف نیست و هر یک از این دو نفر، می تواند استصحاب عدم
جنابت را در مورد خودش جاری کند.^۱

مقدمه دوم: جاری نشدن اصالة الصحّة به دلیل ترخیص در مخالفت قطعی
مقدمه دوم این است که اگر زنی نمی داند خودش همسر زید است یا خواهرش،
نمی تواند نسبت به هر دو عقد، اصالة الصحّة جاری کند تا احکام زوجیت را هم
برای خودش و هم برای خواهرش اثبات کند؛ زیرا نتیجه جریان این دو اصل، تجویز
جمع بین دو خواهر است که قطعاً حرام است و اگر اجرای اصل، مستلزم تجویز
معصیت قطعی باشد، اصل جاری نمی شود.

مقدمه سوم: جریان استصحاب عدم زوجیت در هر خواهر بدون معارض
مقدمه سوم این است که وقتی اصالة الصحّة جاری نشد، نوبت به استصحاب
می رسد. هر یک از دو خواهر می تواند در حق خودش استصحاب جاری کند و
بگوید من قبلاً همسر این شخص نبودم، الآن هم که شک دارم، پس استصحاب
عدم زوجیت جاری می کنم. این علم که یکی از این دو استصحاب، بر خلاف واقع
است، منجز تکلیف نیست و مانع از جریان استصحاب نمی شود.
البته مرحوم آقای خوئی چنین فرموده است:

«يلزم كلّاً من المراتین أن تعامل مع نفسها معاملة الزوجة مع ذلك

ایشان فرموده است که مقتضای استصحاب برای هر زن این است که خواهر او تا زمان عقد خودش -نه سابق و نه مقارن- به عقد مرد درنیامده و در نتیجه عقد خودش صحیح است. اما این کلام ناتمام است؛ زیرا همین استصحاب را این زن می‌تواند در حق خواهرش نیز جاری کند و معنایش این است که او تا زمان عقد خواهرش به عقد این مرد درنیامده و در نتیجه خواهر او زوجهٔ مرد است و چون زوجیت خواهر با زوجیت او قابل جمع نیست، لذا این دو استصحاب معارض هستند.

مقدمه چهارم: بی‌اثر بودن اصل «عدم زوجیت یک خواهر» برای خواهر دیگر

مقدمه چهارم این است که این زن نمی‌تواند نسبت به خواهرش اصل عدم جاری کند تا ثابت کند خود می‌تواند با این مرد ازدواج کند؛ زیرا اگر خودش در واقع قبلاً زن او بوده، این عقد جدید، لغو و باطل خواهد بود و اگر خواهرش زن او بوده، باز هم این ازدواج محکوم به بطلان است. بله، در غیر مقام، گاهی خواهر می‌تواند نسبت به عقد خواهرش اصل جاری کند و برای او اثر دارد، مثل اینکه زنی بخواهد با مردی ازدواج کند، اما نداند که آیا خواهر خودش همسر این مرد است یا خیر؛ در این فرض می‌تواند استصحاب عدم زوجیت نسبت به خواهرش جاری کند و در نتیجه با آن مرد ازدواج کند؛ چون این استصحاب، موضوع ساز برای جواز ازدواج خودش است؛ اما در مقام این طور نیست و فقط نسبت به خودش می‌تواند استصحاب عدم زوجیت جاری کند و با هر کس دیگری ازدواج کند و همچنین است حکم خواهر دیگر.^۲

١. موسوعة الإمام الخوئي، ج ٣٢، ص ٣٤٥.

۲. در حقیقت در مقام، به دلیل اینکه هر یک از دو خواهر، علم اجمالی دارد که یکی از آنها معقوده مرد

نتیجه: متضرر نشدن خواهرها با جریان اصل بلامعارض عدم زوجیت نتیجه مقدمات فوق آن است که حرج یا ضرری از این ناحیه متوجه هیچ یک از دو خواهر نمی شود تا با تمسک به «لاضرر» و «لاخرج» بگوییم که مرد موظف است برای دفع ضرر یا حرج، آن ها را طلاق بدهد.^۱

وجه سوم: ضرری بودن لزوم طلاق و مهر برای مرد
ثالثاً، لا ضرر نسبت به مرد نیز باید لحاظ شود، در حالی که حکم به لزوم طلاق و ادای مهر برای مرد ضرری است و حکم به لزوم طلاق بدون مهر نیز ظاهراً قائلی ندارد. تفصیل این مطلب در بررسی حکم نفقه و مهر خواهرها خواهد آمد.

دلیل دوم لزوم طلاق: آیه «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ»
دلیل دوم برای اجبار مرد به طلاق، آیه «إِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ»^۲ است. استدلال به این آیه ظاهراً در کلام سابقین مثل علامه وجود دارد^۳ اما آقای بروجردی، آقای خمینی، آقای خوئی در حاشیه بر عروه اشکال کرده اند و آیه را مرتبط با بحث ندانسته اند. البته فقط آقای خوئی وجه عدم ارتباط را ذکر کرده است.^۴
مرحوم آقای خوئی از عبارت عروه چنین استظهار کرده که دلیل مرحوم سید در الزام شوهر به طلاق، قاعده «لاضرر» است^۵ در حالی که این مطلب ناتمام است؛

است - گرچه این علم اجمالی منجز نیست - اصل عدم زوجیت خواهر دیگر برای این زن اثری ندارد؛ زیرا وجود این علم اجمالی سبب می شود که ازدواج زن با این مرد یا لغو باشد یا باطل؛ بنابراین فارق مقام با مثال مذکور در متن، وجود علم اجمالی در مقام است.

۱. چنان که خواهد آمد، همین اشکال عیناً در تمسک به آیه «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ» نیز مطرح است؛ زیرا هر یک از دو خواهر می توانند ازدواج کنند و حبسی صورت نمی گیرد تا شوهر، مخاطب این آیه باشد.

۲. البقرة، ۲۲۹.

۳. مستندی در این باره یافت نشد.

۴. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۵۶ - ۵۵۷.

۵. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۳۴۲: «يظهر من هذا التعبير أنه لا يتمسك لإثبات وجوب الطلاق بقاعدة نفي الضرر».

مراد از «هذا التعبير» تعبیر «ضرر» در عبارت عروه است: «هل يجبر على هذا الطلاق دفع الضرر الصبر عليهما؟».

زیرا مرحوم سید برای اثبات الزام، به آیه «فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ» تمسک کرده است^۱، نه حدیث «لاضرر»؛ به این بیان که صبر زن بر ازدواج، ضرری است و مصداق «امساک به معروف» نخواهد بود؛ از این رو، شوهر باید «تسریح به احسان» کند، یعنی زن را طلاق دهد. البته باید حکم را به صورتی که خواهرها به این وضعیت راضی نباشند مقتد کرد؛ زیرا اجبار مرد به طلاق، تنها به لحاظ رفع ضرر از آنان و رعایت حقوقشان است؛ پس در جایی که خود آنها به هر دلیلی به باقی ماندن بر این حال راضی باشند، مانند کسانی که اگر نام مردی ولو بالاجمال بر آنها باشد به آن افتخار می‌کنند، در این صورت اجبار مرد وجهی ندارد.

جهت بررسی مفاد آیه شریفه، ابتدا کلام مرحوم آقای حکیم و آقای خوئی بررسی می‌شود و سپس نظر مختار در این باره بیان خواهد شد.

کلام آقای حکیم

مرحوم آقای حکیم در دلالت این آیه شریفه اشکال کرده است.^۲

دلالت «تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ» بر صبر تا آخر عده، نه طلاق

ایشان معتقد است که این آیه شریفه، ارتباطی با مسئله فعلی ندارد؛ بلکه ناظر به تکلیف مرد پس از طلاق رجعی است که بین رجوع در عده، یعنی «إِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ» و صبر تا انقضای عده، یعنی «تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ» مختیر است؛ بنابراین مراد از «تسریح»، طلاق نیست تا بتوان در مسئله کنونی به این آیه شریفه استناد کرد. در تبیین بیشتر کلام ایشان می‌توان گفت: در جاهلیت مردها به طور نامحدود ازدواج می‌کردند و زنی را که می‌خواستند اذیت کنند طلاقش می‌دادند و قبل از انقضای عده رجوع می‌کردند و دوباره طلاق می‌دادند. خدای متعال نیز از این کار نهی کرده است^۳: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ يَكُنْ لَهُنَّ أَجَلُهُنَّ فَامْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۵.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۴۵-۲۴۶.

۳. تفسیر العیاشی، ج ۱، ص ۱۱۹، ح ۳۷۷: عن زرارة و حمران ابني أعین و محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام و أبي عبد الله عليه السلام قالوا: «سألناهما عن قوله «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِيَتَّقِنَا» فقالا: هو الرجل يطلق المرأة تطليقة واحدة ثم يدعها حتى إذا كان آخر عدتها راجعها ثم يطلقها أخرى فيتركها مثل ذلك

بِمَعْرُوفٍ وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا...»^۱

بنابر این ایشان فرموده «تَسْرِیحُ بِإِحْسَانٍ» به معنای این است که پس از طلاق سوم، دیگر قبل از انقضاء عده رجوع نکنید.

تفسیر «تسریح» در برخی اخبار به طلاق سوم، برخلاف ظاهر قرآن سپس ایشان پاره‌ای از روایات، از جمله مَوْثِقُهُ ابْنُ فَضَّالٍ را نقل می‌کند که در آنها «تَسْرِیحُ بِإِحْسَانٍ»، به طلاق سوم تفسیر شده است؛ ولی آنها را خلاف ظاهر آیه دانسته است. گویا نظرشان بر این است که باید ظاهر آیه حفظ شود و روایات کنار گذاشته شود؛ از این رو، مَوْثِقُهُ ابْنُ فَضَّالٍ و سه روایت عیاشی را که بحثش خواهد آمد، نقل کرده و آنها را کنار گذاشته است.

اشکال به کلام آقای حکیم
کلام مرحوم آقای حکیم از دو جهت قابل مناقشه است.

اشکال اول: قرینیت روایات معتبر بر دلالت «تسریح» بر طلاق اولاً، پذیرش ظهوری که ایشان درباره آیه شریفه ادعا کرده، موجب طرح روایات معتبر نمی‌شود؛ بلکه به قرینه روایات، باید آیه را به معنای خلاف ظاهرش تفسیر کرد. خود ایشان آیه را صریح در معنای مختار خود ندانسته تا گفته شود به جهت صراحت آیه از ظهور روایت رفع ید می‌شود و این روایات مخالف کتاب الله است؛ و اصلاً صریح هم نیست و به علاوه حتی اگر صریح هم بود بسیار مشکل بود با وجود این روایات کثیر بتوان توجیهی کرد و مثلاً گفته شود این راویان همه اشتباه کرده‌اند یا

(فنهیه) ذلك.»

تفسیر العیاشی، ج ۱، ص ۱۱۹، ح ۳۷۸: عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن قول الله ﴿وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ قال الرجل يطلق حتى إذا كادت أن يخلو أجلها راجعها ثم يطلقها ثم راجعها يفعل ذلك ثلاث مرات فنهى الله عنه.»

کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۵۰۱، ح ۴۷۶۱: روی المفضل بن صالح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن قول الله ﴿وَلَا تَمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ قال الرجل يطلق حتى إذا كادت أن يخلو أجلها راجعها ثم يطلقها يفعل ذلك ثلاث مرات فنهى الله عليه السلام عن ذلك.»

توجيهاتی از اين قبيل را مطرح كنيم.

اشكال دوم: وجود روايات فراوان در تفسير «تَثْرِيعُ بِإِحْسَانٍ» به طلاق ثانياً، رواياتی که در تفسير «تَثْرِيعُ بِإِحْسَانٍ» به طلاق وارد شده است، بیش از چهار روايتی است که ایشان نقل کرده که در ذیل بیان شده است.

روایت اول: روایت نبوی عامی

روایت نبوی: روي: «أَنَّ رجلاً سأل النبي ﷺ فقال «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ» فأين الثالثة؟ فأجابه ﷺ «أَوْ تَثْرِيعُ بِإِحْسَانٍ»^۱.

۱. فقه القرآن (راوندي)، ج ۲، ص ۱۷۶.

به طرق مختلف در كتب عامه اين مضمون نقل شده است: از اين رو، نسبت به صدور آن اطمینان وجود دارد. برای نمونه:

المصنف (صنعاني)، ج ۶، ص ۳۳۷، رقم ۱۱۰۹۱: عبد الرزاق عن الثوري عن إسماعيل عن أبي رزين قال: «جاء رجل فقال يا رسول الله أسمع الله يقول «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ» فأين الثالثة؟ قال: التثريح بإحسان.» السنن الكبرى (بيهقي)، ج ۷، ص ۵۵۶، رقم ۱۴۹۹۱: أخبرنا أبو الحسن علي بن الحسن بن علي بن العباس بن محمد بن فهر المصري المقيم بمكة نا القاضي أبو الظاهر محمد بن أحمد الذهلي نا إدريس بن عبد الكريم، نا ليث بن حماد، ثنا عبد الواحد بن زياد، حدثني إسماعيل بن سميع الحنفي، عن أنس بن مالك قال: «قال رجل للنبي ﷺ إني أسمع الله يقول: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ» فأين الثالثة؟ قال: «فَإِنْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَثْرِيعُ بِإِحْسَانٍ» هي الثالثة.» «كذا قال عن أنس ﷺ والضواب عن إسماعيل بن سميع عن أبي رزين عن النبي ﷺ مرسلًا كذلك رواه جماعة من الثقات عن إسماعيل» و ص ۵۵۷، رقم ۱۴۹۹۲: أخبرناه أبو نصر بن قتادة، أنا أبو منصور التّصروي، أنا أحمد بن نجدة، نا سعيد بن منصور، نا خالد بن عبد الله، وإسماعيل بن زكريا، وأبو معاوية عن إسماعيل بن سميع، عن أبي رزين: «أَنَّ رجلاً قال للنبي ﷺ: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ» فأين الثالثة؟ قال: «فَإِنْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَثْرِيعُ بِإِحْسَانٍ» «و روي عن قتادة عن أنس ﷺ وليس بشيء.»

سنن الدارقطني، ج ۵، ص ۷، رقم ۳۸۸۹: نا أحمد بن محمد بن زياد القطان، و آخرون قالوا: نا إدريس بن عبد الكريم المقرئ، نا ليث بن حماد، نا عبد الواحد بن زياد، نا إسماعيل بن سميع الحنفي، عن أنس بن مالك، قال: «قال رجل للنبي ﷺ: إني أسمع الله تعالى يقول «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ» فأين الثالثة؟ قال: «فَإِنْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَثْرِيعُ بِإِحْسَانٍ» هي الثالثة.» «كذا قال عن أنس والضواب عن إسماعيل بن سميع، عن أبي رزين مرسل عن النبي ﷺ.»

المصنف (ابن أبي شيبة)، ج ۴، ص ۱۹۰، رقم ۱۹۲۱۶: حدثنا أبو بكر قال: نا أبو معاوية، قال: نا إسماعيل بن سميع، عن أبي رزين، قال: «أتى النبي ﷺ رجل، فقال: يا رسول الله، أ رأيت قول الله تعالى: «الطَّلَاقُ

روایت دوم: صحیحہ ابوبصیر

أبو علي الأشعري، عن محمد بن عبد الجبار؛ و محمد بن جعفر أبو العباس الرزاز، عن أيوب بن نوح؛ و علي بن إبراهيم، عن أبيه جميعاً، عن صفوان بن يحيى، عن ابن مسكان، عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال:

«طلاق السنة يطلقها تطليقة يعني على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين ثم يدعها حتى تمضي أفرأوها فإذا مضت أقرأوها فقد بانت منه ...» قال: و قال أبو بصير، عن أبي عبد الله عليه السلام: «هو قول الله تعالى: ﴿مَرَّتَانِ فَإِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَنْتَرِيعُ بِإِحْسَانٍ﴾ التطليقة الثالثة التسريح بإحسان.»^۱

وجود تحویل در سند

در سند این روایت، تحویل رخ داده است. مرحوم کلینی روایت را به سه طریق از صفوان نقل کرده است، که هر سه سند صحیح است:

۱. ابو علی الاشعری عن محمد بن محمد بن عبد الجبار

۲. محمد بن جعفر ابوالعباس الرزاز عن أيوب بن نوح

۳. علی بن ابراهیم عن ابيه.

صحت سند روایت

برای آگاه به طبقات و اسناد، تردیدی نیست که ضمیر «قال» قبل از «قال أبو بصیر» به ابن مسكان بر می گردد؛ ولی اگر ضمیر به صفوان هم برگردد تفاوتی نمی کند و روایت صحیح است.^۲

مَرَّتَانِ فَإِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَنْتَرِيعُ بِإِحْسَانٍ» فاین الثالثة؟ فقال رسول الله تعالى: «إِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَنْتَرِيعُ بِإِحْسَانٍ» هي الثالثة.

۱. الكافي، ج ۶، ص ۶۴، باب تفسير طلاق السنة والعدة وما يوجب الطلاق، ح ۱؛ وسائل الشيعة، ج ۲۲، ص ۱۰۴، ح ۲.

البته چنانکه استاد علیه السلام فرموده است، در کافی طبع اسلامیه و در اکثر نسخ موجود از کافی، به جای «التطليقة الثالثة»، «التطليقة الثانية» آمده است؛ ولی در نقل تهذیب (ج ۸، ص ۲۵، ح ۱) از کافی، به درستی «التطليقة الثالثة» آمده است؛ رک: الكافي (دار الحديث)، ج ۱۱، ص ۴۹۰.

۲. توضیح بیشتر: مراد از ابوبصیر در جایی که قید نشده باشد، ابوبصیر یحیی اسدی است، حتی اگر

خطای نقل تهذیب از کافی

در سند روایتی که تهذیب^۱ از کافی نقل کرده، «عن ابن ابی نجران» بعد از کلمه «جمیعاً» افزوده شده که اشتباه است.

مصحّف بودن «التطليقة الثانية» به جای «التطليقة الثالثة»

در متن روایت نیز در نسخه‌هایی از کافی که در دست است، «التطليقة الثانية» به جای «التطليقة الثالثة» ذکر شده^۲ که اگر این نسخه، صحیح باشد، روایت دلالتی بر لزوم طلاق در این مسئله ندارد، بلکه خلاف آن را ثابت می‌کند؛ ولی ظاهراً این نسخه‌ها مصحّف است و نسخه صحیح، «التطليقة الثالثة» است. مرحوم شیخ در تهذیب از کلینی همین را نقل کرده است. از وافی هم استفاده می‌شود که نسخه‌های موجود در نزد ایشان، اختلاف داشته و ایشان هم فرموده که گویا نسخه «التطليقة الثانية» از سهو نسخا^۳ است.

در تفسیر عتاشی با حذف اول سند از ابوبصیر از امام صادق علیه السلام نقل شده که در آن هم «التَّسْرِيعُ هُوَ التَّطْلِيقَةُ الثَّالِثَةُ»^۴ آمده است. همچنین در همین کتاب از ابوبصیر از امام باقر علیه السلام نیز این روایت نقل شده است:

«إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيعٍ بِإِحْسَانٍ» وَ

راوی ابن مسکان باشد. یحیی اسدی هم از اجلاء ثقات است، چنان‌که محقق سید مهدی خوانساری، این دو مطلب را در رساله ابوبصیر به اثبات رسانده است.

۱. تهذیب الأحکام، ج ۸، ص ۲۵، ح ۱: «روی محمد بن یعقوب عن أبي علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار و محمد بن جعفر و أبي العباس الرزّاز عن أيوب بن نوح و علي بن إبراهيم عن أبيه جميعاً عن ابن أبي نجران عن صفوان بن يحيى عن ابن مسكان عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر علیه السلام قال ...» توضیح بیشتر: همچنین بعد از «محمد بن جعفر»، یک «واو» افزوده شده که آن هم صحیح نیست و «ابوالعباس رزّاز» همان «محمد بن جعفر» است.

۲. رک: الکافی، ج ۶، ص ۶۴، ح ۱.

۳. الوافی، ج ۲۳، ص ۱۰۱۷.

مرحوم مجلسی نیز در مرآة العقول (ج ۲۱، ص ۱۱۰) فرموده است: «قوله علیه السلام: «التطليقة الثانية» هذا في أكثر نسخ الكتاب، وفي التهذيب نقلًا عن الكافي «الثالثة» وهو الأظهر.»

۴. تفسیر العتاشی، ج ۱، ص ۱۱۶، ح ۳۶۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۱۲۲، ح ۱۰.

التَّسْرِیح بِإِحْسَان هِيَ التَّطْلِیقَةُ الثَّالِثَةُ.^۱

متأسفانه مستنسخ تفسیر عیاشی، اوایل اسناد این کتاب را اسقاط کرده و تنها این نسخه ناقص به دست ما رسیده است. از نسخه مسند تفسیر عیاشی، گاه در کتب حدیثی مطالبی نقل شده که از طریق آن می‌توان روایات مرسل نسخه موجود را از ارسال خارج کرد. حاکم حسکانی در شواهد التنزیل روایاتی را از تفسیر عیاشی نقل کرده که مسند است و من در حاشیه نسخه خود از تفسیر عیاشی، این موارد را ذکر کرده‌ام.

به هر حال، تفسیر عیاشی - با وضع فعلی - برای تأیید خوب است و با مقایسه متن روایات این کتاب با کتب معتبر، اعتبار این متون روشن می‌گردد؛ بلکه معمولاً عبارت‌های این تفسیر، از عبارت‌های کتب معتبر حتی از کافی بهتر است. برای اثبات این امر می‌توان روایات موجود در هر دو کتاب را با هم مقایسه کرد.

روایت سوم: موثقه ابن فضال

حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ بْنِ إِسْحَاقَ الطَّالْقَانِيَّ رحمته الله قَالَ حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْهَمْدَانِيُّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ فَضَالٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ:

«سَأَلْتُ الرِّضَا رحمته الله عَنِ الْعَلَّةِ الَّتِي مِنْ أَجْلِهَا لَا تَحُلُّ الْمَطْلُوقَةَ لِلْعَدَّةِ لَزُوجِهَا حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَقَالَ إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى إِنَّمَا أَذِنَ فِي الطَّلَاقِ مَرَّتَيْنِ فَقَالَ تَعَالَى «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَنْتَرِيحِي بِإِحْسَانٍ» يَعْنِي فِي التَّطْلِيقَةِ الثَّالِثَةِ...»^۲

۱. تفسیر العیاشی، ج ۱، ص ۱۱۶، ح ۳۶۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۱۲۲، ح ۱۲.

۲. توضیح بیشتر: این روایت در فقیه (کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۵۰۲، ح ۴۷۶۴) به گونه معلق از «علی بن حسن بن علی بن فضال» نقل شده و طریق مؤلف به وی در مشیخه ذکر نشده است؛ از این رو، این طریق، قابل اعتماد نیست؛ ولی در علل الشرائع (ج ۲، ص ۵۰۷، ح ۲) و عیون اخبار الرضا رحمته الله (ج ۲، ص ۸۵، ح ۳۷) طریق مسند به این روایت ذکر شده است. در سند حدیث، «محمد بن ابراهیم بن اسحاق طالقانی» واقع است که توثیق صریح ندارد؛ ولی صدوق از وی بسیار روایت کرده و مکرز بر او رضی و ترخم می‌کند و این مقدار برای اثبات وثاقت وی کافی است. البته در مورد این نسخه که در آن «علی بن الحسن بن فضال» مستقیماً از پدرش از امام رضا رحمته الله نقل می‌کند، در رجال نجاشی (رجال النجاشی، ص ۲۵۸، رقم ۶۷۶) تردیدی در صحت آن دیده می‌شود که نیاز به دقت بیشتر دارد.

روایت چهارم: روایت سماعه

عن سماعة بن مهران قال:

«سألتها عن المرأة التي لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجا غيره قال: هي التي تطلق ثم تراجع ثم تطلق ثم تراجع ثم تطلق الثالثة فهي التي لا تحل لزوجها (حَتَّى تَنْكَحَ زَوْجاً غَيْرَهُ)، وتذوق عسيلته و يذوق عسيلتها و هو قول الله: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَنْكِحُ بِإِحْسَانٍ» التيسريح بالإحسان، التولية الثالثة»^۱

روایت پنجم: روایت ابوالقاسم فارسی

عن أبي القاسم الفارسي قال:

«قلت للرضا (ع): جعلت فداك إن الله يقول في كتابه: «فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَنْكِحُ بِإِحْسَانٍ» و ما يعني بذلك؟ قال: أما الإمساك بالمعروف فكف الأذى وإجباء النفقة، و أما التيسريح بإحسان فالطلاق على ما نزل به الكتاب»^۲

در برخی کتب، این روایت عتاشی، با تعبیر «إجباء» به جای «إجباء» آمده است.^۳ به نظر ما «إجباء» صحیح است و به معنای «اعطاء» است.^۴

روایت ششم: معتبره عمر بن حنظله

روایت دیگر، معتبره عمر بن حنظله^۵ است و از آن استفاده می شود که مراد از

(«... و لم يرو عن أبيه شيئا و قال: كنت اقبله و سني ثمان عشرة سنة بكتبه و لا أفهم إذ ذاك الروايات و لا أستحل أن أرويهما عنه. و روى عن أخويه عن أبيهما»).

۱. تفسیر العتاشی، ج ۱، ص ۱۱۶، ح ۳۶۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۱۲۲، ح ۱۳.
در نقل بحار الأنوار (ج ۱۰۱، ص ۱۵۵، ح ۶۶) از تفسیر عتاشی عبارت روایت، پس از ذکر آیه چنین است: «أن تسرح بالتولية الثالثة».

۲. تفسیر العتاشی، ج ۱، ص ۱۱۷، ح ۳۶۵؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۵۱۲، ح ۱۳.

۳. برای نمونه: وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۵۱۲، ح ۱۳؛ تفسیر البرهان، ج ۱، ص ۴۷۷، ح ۱۲۱۷.

۴. برای نمونه: کتاب العین، ج ۳، ص ۳۰۹؛ «و الجبناء: عطاء بلا من ولا جزء».

۵. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۸۵-۸۶، ح ۳۳۸۴؛ و روی عن داود بن الحصین عن عمر بن حنظله عن أبي عبد الله (ع) قال: «سألته عن رجل قال لأخر اخطب لي فلاة فما فعلت شيئا مما قاولت

«إِنْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ»، نگاه داشتن زن همراه با ادای حقوق زوجیت است و مراد از «تَشْرِيعُ بِإِحْسَانٍ»، طلاق شرعی است و اگر ادای حقوق زوجیت برای زوج مقدور نباشد، طلاق دادن واجب است.^۱

اشاره به کلمات مفسران در تفسیر آیه مورد بحث

اما مفسران، مراد از «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ» را طلاق رجعی دانسته‌اند که تنها دو بار است، بر خلاف دوران جاهلیت که در تعداد طلاق، محدودیتی قائل نبودند و مرد می‌توانست هزار بار پشت سر هم طلاق دهد؛ از این رو، گاه مردها برای آزار زن او را طلاق می‌دادند و در اواخر عده رجوع می‌کردند، دوباره طلاق می‌دادند و باز در اواخر عده رجوع می‌کردند. در این صورت، این زن نه زوجه به حساب می‌آمد و نه می‌توانست شوهر دیگری داشته باشد. آیه «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا»^۲ ناظر به همین معناست که اگر زن را نمی‌خواهید او را رها کنید تا بتواند ازدواج کند.

مفسران در مراد از «تَشْرِيعُ بِإِحْسَانٍ» اختلاف کرده‌اند. ابن عباس همچون روایات اهل بیت علیهم‌السلام آن را به طلاق دادن سوم تفسیر کرده است^۳ و برخی دیگر، به معنای

من صداق أو ضمانت من شيء أو شرطت فذلك لي رضا وهو لازم لي ولم يشهد على ذلك فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه فلما رجع أنكر ذلك كله قال يغزم لها نصف الصداق عنه وذلك أنه هو الذي ضيع حقها فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له حل لها أن تتزوج ولا تحل للأول فيما بينه وبين الله ﷻ إلا أن يطلقها لأن الله تعالى يقول «فإنساک بمَعْرُوفٍ» تَشْرِيعُ بِإِحْسَانٍ» فإن لم يفعل فإنه مأثوم فيما بينه وبين الله ﷻ وكان الحكم الظاهر حكم الإسلام وقد أباح الله ﷻ لها أن تتزوج».

این روایت در بررسی اشکال مرحوم آقای خوئی بر تمسک به آیه شریفه و همچنین در بیان نظر مختار، به‌طور مفصل تبیین شده است.

۱. توضیح بیشتر: غیر از روایات متن، در برخی روایات دیگر هم پس از ذکر آیه، با افزودن کلمه «فی الثالث» به مراد از این قسمت آیه اشاره شده است: دلائل الإمامة، ص ۳۸۹؛ الهدایة الکبری، ص ۴۲۲؛ و به نقل از آن در مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۴۷۴، ح ۱۷۳۴۸؛ بحار الأنوار، ج ۵۳، ص ۲۷؛ و ج ۱۰۳، ص ۳۰۱.

۲. البقرة، ۲۳۱.

۳. برای نمونه: تفسیر الطبري، ج ۲، ص ۲۷۷؛ عن ابن عباس: «قوله: «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِنْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَشْرِيعُ بِإِحْسَانٍ» قال: سنة الطلاق إذا طلق الرجل امرأته تطليقتين، فليتق الله في التطليقة الثالثة».

عدم رجوع مرد تا انقضای عده دانسته اند.^۱

قید «یا حسان» در آیه شریفه، تأکید این مطلب است که مرد نباید آن قدر زن را آزار دهد که مجبور شود برای خلاص شدن خود، از مهریه و هر چه دارد بگذرد تا مرد درخواست طلاقش را بپذیرد؛ بلکه تسریح باید همراه با احسان باشد، همان گونه که ادامه آیه به این معنا اشاره دارد: «وَلَا يَجِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ...»^۲.

مرحوم شیخ در تفسیر تبیان، قول دوم در تفسیر «تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» را که به معنای رجوع نکردن مرد تا انقضای عده است، مروی از امام باقر و امام صادق علیه السلام دانسته است. در مجمع البیان و فقه القرآن راوندی هم این مطلب آمده که به تبع تبیان است،^۳ در حالی که هیچ روایتی به این معنا ذکر نشده است؛ بلکه روایاتی وجود دارد که قول دوم، یعنی تفسیر «تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» به طلاق دادن سوم را به آن دو امام علیه السلام نسبت داده اند. البته این گونه اشتباهات که معمولاً در اثر اتکا به حافظه و مراجعه نکردن به اصل کتب حدیثی رخ می دهد، از شخصیت پرکاری همچون شیخ طوسی که مسئولیت بسیار بر دوش می کشیده و در علوم مختلف کار می کرده و چه بسا وظیفه صد نفر را به تنهایی انجام می داده، کاملاً طبیعی است.

وابستگی مفاد تسریح به مفعول (ذات البعل، معتده، ...)

«تسریح» در لغت به معنای آزاد ساختن و رها کردن است^۴ که مفاد آن با توجه به مفعول جمله تغییر می کند. اگر تسریح، به زن شوهردار تعلق گیرد، مفاد آن، طلاق دادن است و اگر به زن معتده تعلق گیرد، به معنای رجوع نکردن تا انقضای عده است و اگر به زنی که در خانه شوهر است و عده طلاق ندارد یا داشته و تمام شده تعلق گیرد، مفاد آن آزاد ساختن تکوینی و اجازه دادن به زن، برای رفتن از منزل است. با عنایت به این نکته، تسریح در آیات قرآنی، مفاد

۱. برای نمونه: تفسیر القرآن الکریم (شتر)، ج ۱، ص ۷۳؛ تفسیر روح البیان، ج ۱، ص ۳۵۶.

۲. البقرة، ۲۲۹.

۳. التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۲۴۴؛ مجمع البیان، ج ۵۷۸، ۲؛ فقه القرآن (راوندی)، ج ۲، ص ۱۷۷.

۴. مفردات الفاظ القرآن، ص ۴۰۶.

مختلفی دارد:

در آیه «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنْ أُمَتِّعْكُمْ وَأَسْرِحْكُمْ سَرَاحًا جَمِيلًا»^۱ به معنای طلاق دادن است؛ چون مفعول تسريح، ازواج النبی ﷺ است.

در آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعَهُنَّ سَرَاحٌ جَمِيلًا»^۲ مراد، طلاق نیست؛ زیرا ظاهراً مرجع ضمیر «هن»، «المؤمنات المطلقات من قبل المتس» باشد؛ بنابراین مراد، تسريح تکوینی و آزادسازی خارجی است.

در آیه «وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعْنٌ أَجَلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ»^۳ و نیز در آیه «إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ... فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَأَرْقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ»^۴، مراد از تسريح و مفارقه، طلاق نیست؛ چون فرض مطلقه بودن زن شده است و با توجه به اختلافی که در مراد از «بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ» وجود دارد - که مراد پایان یافتن عده است یا نزدیک پایان عده شدن - معنای دوم یا سوم تسريح در این دو آیه مراد خواهد بود.^۵

در آیه مورد بحث هم نکته اصلی در فهم مفاد «تَسْرِيعُ بِإِحْسَانٍ»^۶، آن است که متعلق این عبارت روشن گردد. برای این منظور، ابتدا به بررسی کلام مرحوم آقای خوئی می‌پردازیم.

۱. الأحزاب، ۲۸.

۲. الأحزاب، ۴۹.

۳. البقرة، ۲۳۱.

۴. الطلاق، ۲.

۵. استناد ﷺ در مباحث نکاح فضولی (مسئله ۳۵ از اولیاء عقد) فرموده است تسريح در روایاتی که به طلاق سوم تفسیر شده بدین جهت است که اگر در طلاق اول و دوم زنی که مدخوله است طلاق رخ دهد، آزادی کامل رخ نداده است؛ زیرا هنوز معمولاً حق رجوع برای مرد وجود دارد؛ اما اگر مدخوله نباشد به محض طلاق آزادی حاصل می‌شود.

کلام آقای خوئی و بررسی آن

مرحوم آقای خوئی با بیانی دیگر، در استدلال به آیه شریفه در مقام مناقشه کرده است.

مطلب اول: بی ارتباطی آیه با وجوب طلاق، با لحاظ ظهور «امساک» در ازدواج جدید ایشان ابتدا با دو دلیل، ظهور «امساک» در آیه شریفه را ازدواج جدید دانسته است و نتیجه گرفته به قرینه این معنا از امساک، مراد از تسریع نیز طلاق زوجه نیست؛ بلکه فرض آیه، با توجه به ظهور امساک در ازدواج جدید، زنی است که نه شوهر دارد و نه در زمان عدّه رجعی به سر می برد.

دلیل اول: تفریع «فَإِمْسَاكٌ» بر «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ»

دلیل اول ایشان برای اثبات اراده ازدواج جدید از «امساک» در آیه «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيعٌ بِإِحْسَانٍ»^۱ چنین است:

«و الظاهر منها أنّ الفاء فيها للتفريع، بمعنى أنّ بعد تطليق الزوجة

مَرَّتَيْنِ إِمَّا أَنْ يُمْسَكَهَا بِمَعْرُوفٍ فَيَتَزَوَّجُهَا وَ يَبْقِيَهَا زَوْجَةً لَهُ مِنْ غَيْرِ

إِضْرَارٍ إِلَيْهَا، أَوْ يَطْلُقُهَا الطَّلَاقَ الثَّالِثَ كَمَا دَلَّتْ عَلَيْهِ مَوْثِقَةُ الْحَسَنِ

بِنِ فَضَالٍ^۲؛ و هي بهذا المدلول أجنبيّة عن محلّ الكلام؛ إذ لا دلالة

فيها على وجوب الطلاق على الزوج، فيما إذا لم يمكنه القيام

بالاستمتاعات الجنسيّة لبعض المحاذير الشرعيّة»^۳.

از این رو، مراد از امساک را عقد جدید دانسته است.

دلیل دوم: ظهور «امساک» در ازدواج جدید در آیات مشابه

همچنین ایشان پس از ذکر آیات مشابه دیگر، چنین نتیجه گرفته که تعبیر امساک،

تنها در فرضی است که عدّه زن، منقضی شده است و با ازدواج جدید، امساک

محقق می شود، نه با رجوع در عدّه.^۴

۱. البقرة، ۲۲۹.

۲. البته چنان که در سند روایت سوم گذشت، مَوْثِقَةُ مَذْكَور، مَوْثِقَةُ «علي بن الحسن بن علي بن فضال» است.

۳. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۳۴۳.

۴. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۳۴۳-۳۴۴.

مفاد کلام ایشان با توضیحی بیشتر این است که پس از آیه مورد بحث (البقرة، ۲۲۹) آیات دیگری در همین سوره با فاصله اندکی آمده است که ایشان این آیات را شاهد بر مدعای خود دانسته است:

• ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَقْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ لِيُعْظَمَ عَلَيْكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ (البقرة، ۲۳۱).

• ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبَقْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ مِنْكُم مُّؤْمِنٌ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَكُمْ أَزْوَاجُكُمْ لَكُمُ وَأَطْفَالُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ (البقرة، ۲۳۲).

• ﴿وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ أَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ (البقرة، ۲۳۴).

همه مفسرین^۱ مراد از ﴿فَلَبَقْنَ أَجَلَهُنَّ﴾ را در آیه ۲۳۱، رسیدن به نزدیک اجل دانسته اند، نه انقضای عده. در محاورات عرفی نیز در مورد کسی که هنوز نمرده، ولی مرگش نزدیک است، می گویند: مرگش فرا رسیده است یا اجلش رسیده است. این آیه، ناظر به نهی از رسم جاهلی است که برای آزار زن در اواخر زمان عده رجوع می کرده اند.^۲ ولی مرحوم آقای خوئی فرموده مراد از بلوغ اجل، تمام شدن اجل است؛ بنابراین زنان از عده خارج شده اند و مراد از ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ این است که با ازدواج مجدد، زن را به حباله زوجیت خود درآورد. در مقابل، مراد از ﴿سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ این است که زن را رها کند تا با هر کس خواست ازدواج کند.^۳ بلوغ اجل در دو آیه دیگر

۱. برای نمونه: التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۲۵۱؛ مجمع البیان، ج ۲، ص ۵۸۲؛ الجامع لأحكام القرآن، ج ۳، ص ۱۵۵؛ التفسیر الکبیر، ج ۶، ص ۴۵۲؛ تفسیر الکشاف، ج ۱، ص ۲۷۷؛ تفسیر الثعلبی، ج ۲، ص ۱۷۸؛ غرائب القرآن و رغائب الفرقان، ج ۱، ص ۶۳۵.

۲. برای نمونه: الذر المنثور، ج ۱، ص ۲۸۵.

۳. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۳۴۳.

(البقرة، ۲۳۲ و ۲۳۴) نیز روشن است که به معنای انقضای عده است، نه نزدیک شدن به انقضای عده؛ از این رو، ایشان این آیات را شاهد بر انقضای عده در آیه مورد بحث دانسته است.^۱

اشکالات مطلب اول و بررسی آن

اما مطالب فوق با اشکالاتی مواجه است.

اشکال اول: عرفی نبودن تعبیر «امساک» برای تجدید عقد

جهت اول این است که بین مرد و کسی که در حباله زوجیت یا عده او است، یک نحو علقه ای برقرار است و می توان او را به امساک امر کرد؛ یعنی زنی را که در اختیار توست، نگاه دار؛ ولی در مورد زنی که از حباله نکاح خارج شده و در اختیار مرد نیست، نمی توان گفت: «امسکها» یعنی «با وی ازدواج مجدد کن»، مگر به نحو تعلیق گفته شود: «إن عقدت علیها فامسکها» که این گونه تعلیق در آیه شریفه، خلاف ظاهر است؛ بلکه ظاهر آیه، دستور بالفعل به امساک است.^۲

پاسخ: صحت تعبیر «امساک» برای تجدید عقد بالحفاظ حرمت اخراج قبل از انقضای عده

در پاسخ این اشکال برخی گفته اند^۳ که در آیات^۴ و روایات^۵ تصریح شده که در

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۳۴۴.

۲. توضیح بیشتر: شاید اشکال شود اگر مراد از ﴿فَبَلِّغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾ اواخر عده باشد، باید رجوع، تنها در اواخر عده جایز باشد یا دست کم در غیر از اواخر عده، به نحو سالبه جزئیه، رجوع جایز نباشد، وگرنه این قید لغو خواهد بود.

اما پاسخ این است که آوردن این قید، می تواند اشاره به رسم جاهلی باشد که به جهت اذیت کردن زوجه، در اواخر عده رجوع می کردند. آیه فوق در مقام ردّ این رسم می فرماید که رجوع باید «بمعروف» باشد نه ضرراً؛ بنابراین ذکر این قید، حتی اگر به مفهوم فی الجملة قائل نشویم، لغو نیست. از سوی دیگر، شاید نظیر همین اشکال را در تفسیر مرحوم آقای خوئی هم بتوان طرح کرد.

۳. مستندی در این باره یافت نشد.

۴. الطلاق، ۱: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِغَاسِقَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَذَرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُغْدِثَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾.

۵. وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۵۱۹، باب ۸ (باب وجوب نفقة المطلقة رجعياً و سکنها و عدم وجوب

زمان عده، مرد نمی‌تواند زن را از خانه خود بیرون کند و زن هم نباید از خانه شوهر بیرون برود؛ از این رو، می‌توان در هنگام پایان عده به شوهر خطاب کرد که یا زن را در خانه نگه دار - به این شکل که با وی ازدواج مجدد کنی - یا وی را رها کن تا از خانه‌ات برود و برای خود تصمیم بگیرد.

اشکال دوم: منافات اعتبار رضایت زن در عقد مجدد با تخیر مرد در امساک و تسریع جهت دوم این است که ظاهر آیه، آن است که مرد به طور مطلق، بین امساک و تسریع مخیر است و انتخاب یکی از این دو، در دست مرد است؛ ولی در هنگام ازدواج مجدد، اختیار آن در دست مرد نیست؛ بلکه باید رضایت زن هم در این زمینه جلب شود.

پاسخ: لزوم رضایت زن برای تحقق «امساک به معروف»

در پاسخ می‌توان گفت که قید «بمعروف» اختیار مرد در هر نوع امساکی را نفی می‌کند. یکی از جهاتی که در «معروف» بودن امساک به معنای ازدواج مجدد می‌تواند دخالت داشته باشد، رعایت شرایط صحت نکاح، از جمله رضایت زوجه است و اگر مرد نتواند رضایت زوجه را جلب کند «امساک بمعروف» از قدرت او خارج است و «تسریع به احسان» تعیین می‌یابد. با توجه به استطرادی بودن این بحث و تأثیر نداشتن آن در حکم مسئله، به همین مقدار اکتفا می‌کنیم.

اشکال سوم: بطلان حمل امساک بر تجدید عقد با لحاظ تعلق آن به زن شوهردار

مرحوم آقای خوئی چنین فرض کرده است که باید معنای «امساک به معروف» و «تسریع به احسان» در آیه ۲۲۹ و ۲۳۱ یکسان باشد، در حالی که چنین ملازمه‌ای صحیح نیست. «امساک» به معنای نگاه داشتن و «تسریع» به معنای رها ساختن است و معنای آن به تناسب مفعول می‌تواند مختلف باشد. اگر در مورد زن معتده

ذلك للمطلقة باننا إذا لم تكن حاملا؛ و ج ۲۲، ص ۲۱۶، باب ۲۰ (باب وجوب النفقة والشكني لذات العدة الرجعية لا البائنة)؛ و ص ۲۲۰، باب ۲۳ (باب جواز إخراج ذات العدة الرجعية إذا أتت بفاحشة مبينة وتفسيرها).

یا زنی که از عده بیرون آمده، امساک و تسریح به معنایی به کار رود، الزاماً در مورد زن شوهردار نباید به همان معنا به کار رود.

در آیه ۲۳۱ سورۀ بقره، مفعول امساک و تسریح، زن مطلقه است؛ اما در آیه «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ...»، مفعول، زن شوهردار است که دو بار می تواند طلاق رجعی داده شود و طلاق سوم آن، بائن بوده و نیاز به محلل دارد؛ بنابراین مفاد آیه این است که پس از دو بار طلاق رجعی، مرد در مورد زن خود مختیر است که او را امساک به معروف کند، یعنی او را با رعایت حقوق لازم نگاه دارد و طلاق ندهد، یا تسریح به احسان کند، یعنی با طلاق شرعی سوم او را آزاد سازد. روایات معتبر گذشته نیز دقیقاً با همین معنای ظاهری سازگار است و تسریح به احسان را به طلاق سوم معنا کرده است؛ بنابراین موضوع این آیه، زن مطلقه نیست تا آیه، از الزام شوهر به طلاق، اجنبی باشد؛ بلکه موضوع آیه، زن شوهردار است.

اشکال چهارم: عرفی نبودن عطف با «أو» طبق معنای مختار آقای خوئی

اشکال دیگر آن است که طبق معنای مختار ایشان، امساک مربوط به عقد جدید است اما تسریح به معنای طلاق است پس در مورد معقوده است و عطف این دو با

۱. توضیح بیشتر: مرحوم آقای خوئی مفاد این روایات را پذیرفته؛ ولی با این حال، به قرینه آیه بعدی، «امساک به معروف» را به ازدواج مجدد، حمل کرده است. مرحوم آقای حکیم قرینیت آیه بعد را پذیرفته و از این رو، با توجه به ظهور آیه، گویا روایات معتبر را کنار گذاشته است؛ بنابراین، هر دو قطعه امساک و تسریح به احسان را در هر دو آیه، به یک معنا گرفته است.

یک نقطه مشترک بین هر دو استدلال وجود دارد و آن پذیرفتن قرینیت آیه بعدی برای این آیه است. البته مرحوم آقای حکیم «فَيُلْقَىٰ أَجْلَهُنَّ» را در آیه بعد، به معنایی و آقای خوئی به معنای دیگری گرفته است. به نظر ما اصل این امر مشترک صحیح نیست. حال اگر از این مطلب صرف نظر کنیم، به نظر می رسد که تفسیر آقای خوئی صحیح نباشد. اگر مراد از «امساک به معروف» را ازدواج مجدد بگیریم، موضوع آیه را باید «زن بدون شوهر» دانست؛ ولی اگر مراد از «تسریح به احسان» طلاق سوم باشد، قهراً موضوع آیه، «زن شوهردار» است؛ بنابراین تخییر آیه شریفه نمی تواند در یک مورد واحد باشد.

خلاصه اینکه پذیرفتن مضمون روایات از یک سو و تن دادن به تفسیر مشابه برای امساک به معروف در دو آیه فوق از سوی دیگر، به تهافت در تفسیر آیه می انجامد؛ بنابراین با پذیرش مضمون روایات معتبر، باید مراد از این قطعه را در دو آیه، مختلف دانست، هرچند مخالف ظاهر بدوی باشد.

البته با لحاظ اینکه ما اصل ظهور دو آیه در وحدت مفاد را انکار کردیم، پذیرش روایات معتبر مفسر، بسیار آسان خواهد بود.

«أو» معنا ندارد؛ یعنی نمی‌شود هم فرض معقوده نبودن شود و هم فرض معقوده بودن.

مطلب دوم: اختصاص «معروف» به خصوص نفقه به قرینه روایات شوهر مفقود مرحوم آقای خوئی علاوه بر مطلب اول، مطلب دیگری را در اشکال به استدلال به آیه شریفه مطرح کرده و فرموده است که مراد از «معروف» خصوص نفقه است، نه مطلق حقوق زوجیت؛ از این رو، آیه، به محل بحث مربوط نیست.^۱

توضیح مطلب آن است که هرچند به عقیده ایشان مراد از «تَثْرِیْحُ بِإِحْسَانٍ»، برخلاف نظر مرحوم آقای حکیم^۲، طلاق سوم است، ولی مراد از «معروف» معنای اعم آن که استمتاع و حق واقعه و مضاجعه را هم در بر بگیرد نیست؛ بلکه خصوص نفقه است. بنابراین این آیه، دلیل بر لزوم طلاق در محل بحث نخواهد بود؛ چون مفروض این است که مرد نفقه می‌پردازد، خواه به این صورت که نفقه را تملیک زوجة واقعی خود (به همین عنوان اجمالی) می‌کند یا از باب احتیاط به هر دو خواهر نفقه می‌دهد.

مرحوم آقای خوئی در اثبات اختصاص «معروف» در آیه، به خصوص نفقه، به دو روایت استشهاد کرده است.

روایت اول: صحیحہ حلبی

عَلِيَّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ :

«أَنَّهُ سَأَلَ عَنِ الْمَفْقُودِ فَقَالَ الْمَفْقُودُ إِذَا مَضَى لَهُ أَرْبَعُ سِنِينَ بَعَثَ الْوَالِي أَوْ يَكْتَبُ إِلَى التَّاحِيَةِ الَّتِي هِيَ غَائِبٌ فِيهَا فَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ لَهُ أَثَرُ أَمَرَ الْوَالِي وَلِيَّهِ أَنْ يَنْفِقَ عَلَيْهَا فَمَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا فَهِيَ امْرَأَتُهُ قَالَ قُلْتُ فَإِنَّهَا تَقُولُ فَإِنِّي أَرِيدُ مَا تَرِيدُ التَّنَاسُ قَالَ لَيْسَ ذَلِكَ لَهَا وَلَا كَرَامَةٌ فَإِنْ لَمْ يَنْفِقْ عَلَيْهَا وَلِيَّهِ أَوْ وَكِيلُهُ أَمْرُهُ أَنْ يَطْلُقَهَا فَكَانَ ذَلِكَ عَلَيْهَا طَلَاقًا وَاجِبًا.»^۳

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۳۴۴.

۲. مستمسك العروة الوثقى، ج ۱۴، ص ۲۴۶.

۳. الكافي، ج ۶، ص ۱۴۷، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۱۵۸، ح ۴.

١. الكافي، ج ٦، ص ١٤٨، ح ٣؛ وسائل الشيعة، ج ٢٢، ص ١٥٨، ح ٥.

نمی‌تواند از زن بهره‌مند شود، اگر باز متحمل نفقه شده و زن را طلاق ندهد، چیزی جز لجاجت و ایذاء محسوب نمی‌شود؛ ولی در مسئله طلاق غایب، مسئله تراحم ملاکات در کار است؛ از یک طرف، حق زن در کار است و از طرف دیگر حق شوهر غایب. بنابراین اگر شارع در این مسئله جانب غایب را رعایت کند - که اکنون دستش کوتاه است و ممکن است برگردد - و به جهت ارفاق در حق غایب، اجازه طلاق ندهد، دلیل بر این نیست که در محل بحث ما هم که هیچ تراحم ملاکی در کار نیست و مجاز بودن مرد به عدم طلاق، ارفاقی در حق مرد نیست، مرد مجاز باشد زن را نگاه دارد و طلاق ندهد.

به عبارت دیگر، مراد از «معروف» چیزی است که شارع مقدس آن را معروف به‌شمار آورده باشد. در مسئله طلاق غایب، شارع تنها اتفاق را معروف دانسته؛ ولی در سایر موارد، تمام حقوق زوجیت مصداق معروف است، به خصوص مسئله استمتاع که اهم اهداف ازدواج است؛^۱ پس قیاس مقام به طلاق غایب، قیاس مع الفارق است.

اشکال مشترک بر آقای حکیم و آقای خوئی: حرمت اضرار در هر حال

در هر حال، اشکال مشترکی بر مرحوم آقای حکیم و آقای خوئی وارد است؛ زیرا در تفسیر آیه، خواه «إِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ» را به معنای رجوع بدانیم یا آن را به معنای ازدواج مجدد بدانیم و خواه «تَنْتَرِيحُ بِإِحْسَانٍ» را به معنای عدم رجوع در ایام عده بدانیم یا آن را به تبع روایات، به طلاق سوم معنا کنیم، به هر حال، می‌توان با الغاء خصوصیت عرفی، حکم مسئله را استفاده کرد؛ چون اگر مثلاً گفتیم که مراد از «إِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ» این است که نباید رجوع از روی اضرار باشد و مرد حق ندارد با رجوع خود، زن را در فشار قرار دهد، متفاهم عرفی از این حکم، این است که عده خصوصیت ندارد و در غیر عده هم مرد حق امساک از روی اضرار ندارد؛ یعنی این‌گونه نیست که انسان در رجوع در عده، حق اضرار نداشته باشد، اما اگر با زنی ازدواج کرد و عده‌ای در کار نبود، حق داشته باشد او را امساک اضرائی کرده و بدون تأمین حقوق او، او را نگاه دارد؛ بلکه متفاهم عرفی این است که چون ضرر زدن و

۱. توضیح بیشتر: مسئله بجهت‌دار شدن هم که از اهداف اصلی ازدواج است، به تبع مسئله استمتاع حاصل می‌گردد.

ظلم کردن جایز نیست و رجوع اضرائی مصداق ظلم است، رجوع اضرائی جایز نیست. پس در اینجا رجوع، خصوصیتی ندارد؛ بلکه شارع از هر نوع امساک‌ی که تضییع حقوق زن را به دنبال داشته باشد، چه در حال عده، چه در حال زوجیت، جلوگیری کرده است.^۱ این نکته نیز توجه شود که گرچه در برخی روایات سابق^۲، «تسریح» به طلاق سوم تفسیر شده ولی این بدین جهت است که در طلاق سوم تسریح کامل رخ داده، بر خلاف طلاق اول و دوم در مدخوله که معمولاً طلاق رجعی است و هنوز زمام کار در دست شوهر است. لذا مراد این روایات این نیست که طلاق سوم خصوصیتی دارد بلکه مصداق تسریح، طلاق سوم است لذا منافاتی ندارد که در غیر مدخوله، مصداق تسریح طلاق اول باشد.

اشکال مشترک بر شمول «فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ...» و «لاضرر» نسبت به مقام: عدم تضرر خواهرها در بررسی لاضرر بیان شد که حرج یا ضرری از ناحیه طلاق ندادن، متوجه هیچ یک از دو خواهر نمی‌شود تا «لاضرر» و «لاخرج» بخواهد برای دفع ضرر و حرج، لزوم طلاق را بر مرد اثبات کند؛ زیرا هر یک از دو خواهر، حق ازدواج با مرد دیگر را دارد و محبوس نیست تا در حرج یا ضرر باشد. استدلال به آیه «فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِیحُ بِإِحْسَانٍ» نیز مبتلا به همین اشکال است؛ زیرا آیه شریفه می‌فرماید: شما کاری نکنید که زن، محبوس بماند و نتواند با دیگری ازدواج کند، در حالی که در مقام، هر یک از دو خواهر می‌تواند با شخص دیگری ازدواج کند.

نظر مختار در دلالت آیه شریفه: عدم شمول آیه نسبت به مقام
در هر حال به نظر می‌رسد اصلاً آیه شریفه، ناظر به مقام (فرض مجهول بودن زوجه) نیست و از این جهت اطلاق ندارد.

۱. توضیح بیشتر: با این بیان، می‌توان بین روایات گذشته که برخی از آنها «تسریح به احسان» را «خصوص طلاق سوم» و برخی دیگر، «مطلق طلاق» دانسته و «امساک به معروف» را در تمام زوجیت‌ها مطرح ساخته، جمع نمود؛ با این توضیح که مدلول استعمالی آیه، خصوص طلاق سوم است؛ ولی ملاک و مناط آیه که عرفاً از این استعمال هم فهمیده می‌شود، اعم بوده و هر نوع زوجیتی را شامل می‌گردد، خواه مسبوق به طلاق باشد یا نباشد.

۲. مانند صحیح ابی بصیر و مؤلفه ابن فضال که در اشکال بر کلام آقای حکیم مطرح شد.

دلیل سوم لزوم طلاق: مذاق شرع

دلیل سوم برای لزوم طلاق، مذاق شرع است. تقریب این استدلال چنین است: اگر احتمال ازدواج برای هر دو خواهر وجود داشته باشد، نسبت به هر کدام که در معرض ازدواج قرار گیرند، شوهر موظف به طلاق خواهد شد؛ زیرا هر چند ازدواج برای خود زن محذوری ندارد، اما شوهر علم اجمالی دارد که یکی از آنها همسر اوست؛ پس یقین دارد یکی از این دو زن، در صورت ازدواج، موطوءه شبهه خواهد بود و ما از مذاق شرع فهمیده ایم که شارع مقدس راضی نیست که زن حتی در معرض وطی به شبهه قرار گیرد، نظیر قتل نفس محترمه که مبعوض شارع است و دیگران موظف اند مانع از آن شوند، حتی اگر خود قاتل به دلیلی معذور باشد. در اینجا هم از آنجا که مرد علم اجمالی منجز دارد، باید از اینکه هر یک از این دو خواهر، در معرض وطی به شبهه قرار گیرند ممانعت کند؛ یعنی باید هر یک از دو خواهر که قصد ازدواج دارد را طلاق دهد تا وطی به شبهه رخ ندهد.

البته اینکه قبلاً بیان شد که فقط یک طلاق کافی است، ارتباطی به این بحث ندارد و مربوط به مسئله دیگری است؛ زیرا در آنجا بحث درباره آمیزش خود شوهر بود که صاحب عروه فرموده بود آمیزش جایز نیست مگر بعد از طلاق دادن هر دو^۱ و گفتیم برای تمتع بردن از یکی، همین مقدار کافی است که دیگری را طلاق دهد و بعد از خروج او از عده - اگر عده داشته باشد - اولی را با عقد جدید عقد کند. اما در این بحث، اشکال وطی به شبهه توسط مرد دیگری مطرح است که سبب می شود شوهر را الزام به طلاق زنی کنیم که در معرض وطی به شبهه است؛ از این رو، اگر هر دو در معرض وطی به شبهه باشند، هر دو را باید طلاق داد.

اختصاص دلیل سوم به فرض «معرضیت وطی به شبهه» هر دو خواهر یا یکی از آنها توجه شود که اگر احتمال ازدواج برای این دو خواهر یا لااقل یکی از آنها اصلاً وجود نداشته باشد دیگر علم اجمالی منجز نیست؛ زیرا اگر حتی بخشی از اطراف علم اجمالی، مورد ابتلا نباشد، علم اجمالی، منجز نخواهد بود.

دلیل چهارم لزوم طلاق: روایت عمر بن حنظله

دلیل چهارم برای اجبار مرد به طلاق، روایت عمر بن حنظله^۱ است. در حقیقت، برای روشن ساختن درستی برداشت مرحوم سید در تمسک به آیه **﴿فَإِنْ سَأَلْتَهُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾** برای لزوم طلاق نیز می‌توان به این روایت تمسک کرد:

روی عن داود بن الحصين عن عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل قال لآخر اخطب لي فلانة فما فعلت شيئا مما قاوت من صداق أو ضمننت من شيء أو شرطت فذلك لي رضا وهو لازم لي ولم يشهد على ذلك فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسأله فلم يرجع أنكر ذلك كله قال يغرم لها نصف الصداق عنه وذلك أنه هو الذي ضيع حقها فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له حل لها أن تزوج ولا تحل للأول فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن يطلقها؛ لأن الله تعالى يقول **﴿فَإِنْ سَأَلْتَهُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾** فإن لم يفعل فإنه مأثوم فيما بينه

۱. توضیح بیشتر: در سند این روایت، سه جهت قابل بحث است:

جهت اول: اثبات وثاقت «عمر بن حنظله». برای اثبات وثاقت وی می‌توان به کثرت روایت اجلاء و نیز به روایت صفوان بن یحیی از وی که مشایخش به نظر استاد علیه السلام همگی امامی ثقه هستند، تمسک کرد. روایت صفوان از عمر بن حنظله در فقیه (ج ۳، ص ۴۶۱)، تهذیب (ج ۲، ص ۲۲، ح ۶۳) نقل شده، گرچه نقل تهذیب نیازمند بحث است؛ ر.ک: الاستبصار، ج ۱، ص ۲۵۰، ح ۲۵؛ الکافی، ج ۳، ص ۲۷۶، ح ۴؛ تهذیب الأحکام، ج ۲، ص ۲۴۶، ح ۱۴.

البته در کمال الدین (ص ۶۵۰، ح ۷) روایت ابن ابی عمیر از عمر بن حنظله هم وارد شده است؛ ولی با عنایت به اینکه همین روایت، در الغیبة (نعمانی)، ص ۲۵۲، ح ۹ و دلائل الإمامة با واسطه «ابوایوب خراز» بین ابن ابی عمیر و عمر بن حنظله نقل شده، روایت مستقیم ابن ابی عمیر از عمر بن حنظله، ثابت نیست.

جهت دوم: سند فقیه با صیغه مجهول «روي عن» آغاز شده و شمول مشیخه فقیه نسبت به این‌گونه روایات، مورد بحث است؛ ولی در جای خود ثابت کرده‌ایم که مشیخه فقیه، تمام تعابیر مختلف آغاز اسناد فقیه را در بر می‌گیرد.

جهت سوم: در طریق به داود بن الحصین در مشیخه فقیه (کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، المشیخه، ص ۴۶۶)، «حکم بن مسکین» واقع است که توثیق صریح ندارد؛ ولی کثرت روایت اجلاء از وی و نیز روایت «ابن ابی عمیر» و «احمد بن محمد بن ابی نصر» برای اثبات وثاقت وی کفایت می‌کند.

و بین الله ﷻ و كان الحكم الظاهر حکم الإسلام و قد أباح الله ﷻ لها أن تتزوج.^۱

شخصی در امر ازدواج کسی را وکیل کرده است که با هر مهریه و هر شرطی فلان زن را برای او عقد کند. بعد از عقد، شوهر وکالت را انکار می‌کند. حضرت می‌فرماید: به حسب حکم ظاهری، زن حق ازدواج دارد ولی شوهر باید او را طلاق دهد؛ یعنی ولو زن جایز است که بدون طلاق، ازدواج نماید، ولی شوهر بر اساس آیه شریفه «فَإِنْ سَأَلْتَهُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَنْصِيحٍ بِإِحْسَانٍ» باید طلاق دهد؛ چون وکالت را انکار کرده است و امساک به معروف ممکن نیست؛ از این رو، وظیفه دارد که تسریح به احسان کند یعنی طلاق دهد.

طبق این روایت، آیه شریفه شامل صورتی است که حتی زن در معرض ازدواج هم نیست؛ بنابراین اگر شوهر، خودش مشکلی دارد که نمی‌تواند روی موازین از زن بهره‌مند شود، باید او را اطلاق دهد و چون در مقام، مشکل از ناحیه مرد است، وظیفه اش طلاق است. پس با توجه به اینکه توکیل مرد برای تزویج زن ثابت نشده و هیچ شاهدی هم بر این توکیل گرفته نشده و مرد هم آن را انکار می‌کند، زن با عنایت به «اصل عدم زوجیت» می‌تواند ازدواج کند؛ ولی مرد که واقعاً وکالت داده، موظف است زن را طلاق دهد.

اشکال دلیل چهارم و بررسی آن

ممکن است اشکالاتی درباره این روایت مطرح شود.

اشکال اول: احتمال دخالت «معرضیت وطنی به شبهه» در «وجوب طلاق»

اشکال اول این است که شاید بتوان گفت وقتی زن با عنایت به حکم ظاهری به ازدواج مرد دیگر در می‌آید، در واقع، زن شوهرداری است که از روی شبهه با وی نزدیکی می‌شود و این امر، هرچند عقابی برای زن و شوهر جدید به همراه ندارد، ولی به هر حال، وجود واقعی این عمل، مبعوض شارع است و کسی که می‌تواند

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۸۵، ح ۳۳۸۴؛ وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۱۶۵، باب ۴، ح ۱.

باید از تحقق آن جلوگیری کند، همچون قتل نفس محترمه که اگر قاتل در انجام قتل معذور باشد، باز هم دیگران باید از تحقق آن جلوگیری کنند، به ویژه در مورد روایت که انجام عمل خلاف واقع از سوی زن، مستند به انکار ناروای شوهر واقعی صورت گرفته است. بنابراین بی تردید شوهر واقعی، موظف به جلوگیری از این کار است؛ پس این روایت دلالت ندارد که در غیر مواردی که زن در معرض وطی به شبهه است، جلوگیری لازم است و در نتیجه، دلیل اخص از مدعا خواهد بود.

پاسخ: ظهور تمسک امام علیه السلام به «فَإِذَا سَأَلَ بِمَعْرُوفٍ...» در وجوب طلاق در همه فروض اما پاسخ این است که در این روایت، برای حکم به لزوم طلاق، به آیه شریفه «فَإِذَا سَأَلَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَنَبَّأَ بِإِحْسَانٍ» استدلال شده است. معلوم می شود که مراد آیه شریفه این است که اگر مرد امساک به معروف نکرد، باید تسریع به احسان کند و زن را طلاق دهد؛ از این رو، طبق استشهاد امام علیه السلام به آیه شریفه، تنها مسئله نفقه و مانند آن مطرح نیست و حتی ممکن است مرد نفقه زن را هم بدهد، اما چون مباشرت برای او میسر نیست، طبق استشهاد امام علیه السلام به آیه شریفه، امساک به معروف صادق نیست و باید زن را طلاق دهد.

بنابراین در مقام که شوهر به جهت علم اجمالی نمی تواند همسر واقعی خود را امساک به معروف کند، باید او را طلاق دهد، حتی اگر زن در معرض وطی به شبهه نباشد. لذا از استشهاد امام علیه السلام به آیه شریفه می فهمیم که حتی اگر احتمال ازدواج این دو زن با مرد های دیگر وجود ندارد و یا با وجود چنین احتمالی درباره هر دو خواهر، هنوز در معرض ازدواج و وطی به شبهه قرار نگرفته اند، باز هم مرد باید هر دو خواهر را طلاق دهد؛ زیرا امساک به معروف درباره این دو زن ممکن نیست؛ پس طبق استشهاد حضرت به آیه شریفه، تسریع به احسان یعنی طلاق، لازم است. البته مسئله کیفیت پرداخت مهریه، مسئله دیگری است که جداگانه بررسی خواهد شد.

اشکال دوم: عدم نفی قرعه در روایت عمر بن حنظله

اما اشکال دیگری به این استدلال وارد است و آن اینکه مفاد آیه، این است که مرد باید زوجه اش را اگر امساک به معروف نمی کند، طلاق دهد؛ اما مفادش این نیست

که در موردی که زوجه مجهول است و راهی برای تعیین زوجه نیست، نباید قرعه زد و باید زوجه واقعی طلاق داده شود. آیه شریفه فقط در مواردی که نه بینه‌ای در کار است و نه اصلی از اصول که راهگشا باشد و بتواند زوجه را تعیین کند وجود دارد، می‌فرماید یا امساک به معروف شود یا زن طلاق داده شود؛ پس آیه شریفه ادله قرعه را نفی نمی‌کند.^۱

دلیل پنجم لزوم طلاق: لزوم رعایت حق مضاجعت و مباشرت

دلیل دیگری که ممکن است برای لزوم طلاق مطرح شود، لزوم رعایت حق مضاجعت (حق هم‌خوابی هر چهار شب یک بار) و حق مباشرت (حق آمیزش هر چهار ماه یک بار) است که مرحوم آقای گلپایگانی مطرح کرده است.^۲ ظاهراً ایشان که این وجه را مطرح کرده بدین جهت است که نه تمسک به لا ضرر و نه تمسک به آیه شریفه را قبول نداشته است.

اشکال دلیل پنجم: رعایت حقوق زوجه با جریان قاعده قرعه

اما این دلیل نیز وقتی تمام است که قرعه جاری نشود؛ زیرا با تعیین زوجه به وسیله قرعه، دیگر فقط همان زنی که نامش در قرعه خارج شده صاحب حق مضاجعت و مباشرت است. به علاوه این دلیل، اخص از مدعاست؛ زیرا درباره حق مضاجعت

۱. توجه شود که قاعده قرعه -چنان‌که در ادامه خواهد آمد- مختص به مشکلی است که راه حلی عقلایی و شرعی برای آن وجود نداشته باشد و ممکن است گفته شود لزوم طلاق، راه حلی شرعی است که با وجود آن، نوبت به قاعده قرعه نخواهد رسید؛ اما در پاسخ ممکن است گفته شود: لزوم طلاق راه حل مشکل نیست؛ زیرا عرفاً با تحقق چنین مشکلی (التباس و شبهه در زوجه واقعی) گفته نمی‌شود که با طلاق دادن مشکل حل می‌شود. در مقام، مجزء طلاق دادن، مشکل را حل نمی‌کند؛ بلکه عرفاً وقتی مشکل حل شده است که سرنوشت زوجیت مشخص شود، نه اینکه زوجیت منتفی شود. اگر طلاق بر مرد لازم باشد، زوجیت منتفی شده و ایجاد زوجیت جدید نیز منوط به قبول زن مورد نظر است و ممکن است مرد، از حق داشتن زوجه محروم شود.

این نکته نیز توجه شود که استاد رحمته‌الله بدون تعرض نسبت به دلیل سوم (مذاق شرع) قرعه را اقوا دانسته و به نظر می‌رسد با جاری دانستن قرعه، دیگر مذاق شرع این نباشد که حتماً طلاق صورت گیرد و احتمال این امر نیز برای نفی لزوم طلاق کافی است.

۲. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۵۶، تعلیقه ۵.

ممکن است گفته شود که مختص به فرضی است که تعدّد زوجات باشد، نه فرضی که یک زوجه بیشتر در کار نیست. فتوای مرحوم آقای سید ابوالحسن اصفهانی و مرحوم آقای خمینی و حتی خود ایشان نیز این است که در فرض یکی بودن زوجه، حق مضاجعت نیست.^۱ در حق مباشرت نیز چنانکه در مباحث سابق بیان شد، زن ممکن است از حق خود صرف نظر کند که در این صورت، مرد وظیفه‌ای ندارد. البته در متعارف موارد در حق مباشرت چنین نیست که زن حق خود را اسقاط کرده باشد.

تمسک به قاعده قرعه در تعیین زوجه

مسألة ۴۳: «... و ربما يقال بعدم وجوب الطلاق عليه و عدم إجباره و أنه يعین بالققرة ...»^۲

در این بحث که زوجه واقعی مردّد بین دو خواهر است، ممکن است با تمسک به عمومات و اطلاقات قرعه گفته شود که قرعه سبب تعیین زوجه می‌گردد و هر کس که قرعه به نام او افتاد، زوجه به شمار می‌رود و نزدیکی با وی جایز بوده و مهر را مالک شده و احکام زوجیت بر او مترتب می‌شود؛ از این رو، دیگر بحث از وجوب طلاق مطرح نمی‌شود.

یکی از بحث‌های مفصل در فقه، بحث قرعه است که ادله عامّ و خاصّ بسیاری دارد و رساله‌های متعدّدی پیرامون آن نگاشته شده است. در اینجا تنها به نقل چکیده کلمات مرحوم آقای خمینی در بحث قرعه و بررسی آن اکتفا می‌شود تا مسئله روشن شود.

البته باید توجه شود که گاه قرعه برای ترتیب آثاری چون جواز آمیزش، مستند قرار داده می‌شود و گاه برای تعیین مالک مهر به آن تمسک می‌شود.

۱. وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخميني)، ص ۷۵۳. مسألة ۱: تحرير الوسيلة، ج ۲، ص ۳۰۳. مسألة

۱: وسیلة النجاة (مع حواشی الکلبایگانی)، ج ۳، ص ۲۱۳.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۵.

کلام آقای خمینی در قاعده قرعه

مرحوم آقای خمینی در رساله قرعه، چهار مطلب عمده را مطرح کرده است:

۱. ذکر احادیث عام و خاص قرعه
۲. تخصیص مستهجن عموماً قرعه بر اساس نظر مشهور
۳. اصل عملی عقلایی بودن قرعه، نه کاشف واقع
۴. بررسی اطلاق از جمیع جهات در ادله قرعه

در مقام، سه مطلب اول مطرح و بررسی می شود.

مطلب اول: ذکر احادیث عام و خاص قرعه

ایشان ابتدا احادیث عام قرعه را بیان کرده و سپس به ذکر احادیث مربوط به موارد خاص پرداخته است.^۱

از جمله روایات عام درباره قرعه، روایت محمد بن حکیم است:

محمّد بن أحمد بن یحیی عن موسی بن عمر عن علی بن عثمان
عن محمّد بن حکیم قال: «سألت أبا الحسن علیه السلام عن شيء فقال
لي كل مجهول ففيه القرعة قلت له إنّ القرعة تخطي وتصيب فقال
كل ما حكم الله به فليس بمخط.^۲»

در پاره‌ای دیگر از روایات، مانند صحیح ابویصیر نیز این مضمون آمده است:

عن أبي جعفر علیه السلام ... قال النبي صلی الله علیه و آله: «ليس من قوم تقارعوا وفوضوا
أمرهم إلى الله إلا خرج سهم المحق.^۳»

۱. الاستصحاب (امام خمینی)، ص ۳۸۴ و ۳۸۶.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۲۴۰، ح ۵۹۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۷، ص ۲۵۹، ح ۱۱.

۳. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۹۴-۹۵، ح ۳۳۹۹.

در کافی به جای تعبیر «تقارعوا»، «تنازعوا» آمده است:

الكافي، ج ۵، ص ۴۹۱، ح ۲: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي نجران عن عاصم بن حميد عن
أبي بصير عن أبي جعفر علیه السلام قال: «بعث رسول الله صلی الله علیه و آله علينا علیهم السلام إلى اليمن فقال له حين قدم حدثني
بأعجب ما ورد عليك قال يا رسول الله أتاني قوم قد تباعوا جارية فوطئوها جميعاً في طهر واحد فولدت
غلاماً واحتجوا فيه كلهم يدعيه فأسهمت بينهم وجعلته للذي خرج سهمه وضمنته نصيبهم فقال
النبي صلی الله علیه و آله إنه ليس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم إلى الله صلی الله علیه و آله إلا خرج سهم المحق» (ایضاً: تهذیب

ایشان موارد خاص بسیاری را که در آن به قرعه حکم شده است ذکر کرده که از جمله آنها، داستان قرعه کشیدن پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله با قریشیان در نحوه ساخت خانه خدا، و قرعه زدن ایشان بین همسران خود برای تعیین همسری که همراه خود به مسافرت ببرند است.^۱

مطلب دوم: تخصیص مستهجن عموماًت قرعه بر اساس نظر مشهور

ظاهر روایت محمد بن حکیم و برخی دیگر از روایات عام، این است که قاعده قرعه در هر امر مجهولی جاری است و مقید به تفویض و ایکال امر به خدا نیست؛ اما مرحوم آقای خمینی فرموده است بین متأخرین مشهور است که این عموماًت، آن قدر تخصیص خورده که به حد استهجان رسیده است؛ بنابراین قطع داریم قرعه با این توسعه، مورد قبول شارع مقدس نیست. با توجه به این قطع، به وجود قرینه‌ای حالیه یا مقالیه پی می‌بریم که روایت، محفوف به آن بوده، ولی به دست ما نرسیده است و چون حدود و مقدار آن قرینه مشخص نیست، توسعه این قاعده فقط در مواردی که فقهاء به آن عمل کرده‌اند پذیرفته می‌شود؛ یعنی عمل فقهاء به منزله قرینه منفصل برای بیان مقدار توسعه این قاعده است. مرحوم آقای خمینی فرموده است این نگاه متأخرین، تقریباً به سقوط عموماًت قرعه از حجیت می‌انجامد.^۲

بنای عقلاً: اختصاص قرعه به موارد تراحم حقوق

سپس ایشان فرموده است بعد از بررسی کامل روایات و کلام فقهاء، به نتیجه‌ای غیر از نظر مشهور متأخرین رسیدم. ایشان فرموده است: بنای عقلاً در موارد تراحم حقوق، در جایی که ترجیحی در بین نباشد و اماره‌ای برای تعیین واقع در کار نباشد، بر این قرار گرفته که با قرعه فصل خصومت می‌کنند و چون این سیره، جزء مرتکزات ذهنی فقهاء نیز گردیده است، هر گاه در روایتی «کَلْ مجهول» به کار رود،

الأحكام، ج ۸، ص ۱۷۰، ح ۱۶؛ این حدیث به صورت مرسل در جای دیگری از تهذیب نیز نقل شده است: تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۲۳۸، ح ۱۶؛ «عنه عن عبد الرحمن بن أبي نجران عن عاصم بن حمید عن بعض أصحابنا عن أبي جعفر عليه السلام قال: ...».

۱. الاستصحاب (امام خمینی)، ص ۳۸۸-۳۹۱.

۲. الاستصحاب (امام خمینی)، ص ۳۹۱.

از همان ابتدا توسعه آن را در محدودهٔ مرتکز ذهنی خویش تلقی می‌کنند و یک نوع تعبد غیرارتکازی به ذهن آنها نمی‌آید. به عبارت دیگر، بنای عقلا به منزلهٔ قرینهٔ متصله برای تقیید «کل مجهول» است و محدودهٔ آن هم مشخص است.

ایشان برای مدعای خود، شواهدی را ذکر کرده که از جملهٔ آنها داستان قرعه‌کشی حضرت یونس است. در آن داستان، قرعه بدین سبب صورت نگرفته که کشتی‌نشینان، آن را دلیل شرعی می‌دانسته‌اند؛ بلکه آنها از روی فطرت و ارتکاز عقلایی خود به این کار دست زده‌اند.^۱

خلاصه اینکه به نظر ایشان، قرعه در نزد عقلا به عنوان یک اصل عملی برای رفع نزاع و مخاصمه به کار می‌رود و جنبهٔ کاشفیت و طریقت در آن دیده نمی‌شود.

امضای بنای عقلا در قرعه توسط شارع

ایشان پس از بیان بنای عقلا دربارهٔ قرعه، فرموده است کسی که روایات عام و خاص قرعه را بررسی کند و در کلمات اصحاب در مواردی که قائل به قرعه شده‌اند تأمل کند، یقین می‌کند که محدودهٔ قرعه در شریعت، عیناً همان محدودهٔ بنای عقلاست که چنان‌که گذشت، به موارد تراحم حقوق اختصاص دارد. تمام روایات، ناظر به همین معنا و امضای بنای عقلاست و هیچ تفاوتی بین بنای عقلا و روایات منصوص در کار نیست.

البته ایشان مسئلهٔ قرعه برای تعیین گوسفند وطنی شده را استثنا کرده است، هرچند احتمال داده که این مورد نیز از باب تراحم حقوق گوسفندان یا تراحم حقوق صاحبان آنان باشد.^۲

۱. الاستصحاب (امام خمینی)، ص ۳۹۱-۳۹۲ و قد ظهر لي بعد الفحص الأكيد عن أقوال الفقهاء، و التأمل التام في الأخبار الواردة في الموارد المتقدمة غير ذلك. و محصل الكلام: أنه لا إشكال في بناء العقلاء على العمل بالقرعة في موارد تراحم الحقوق مع عدم الترجيح عندهم، سواء كان لها واقع معلوم عند الله أولا. و يشهد لما ذكرنا: مضافاً إلى وضوح قضية مساهمة أصحاب السفينة التي فيها يونس، فعلى نقل كانت المفاخرة من قبيل الأول، و العثور على العبد الآق، و على نقل كانت من قبيل الثاني؛ لأنهم أشرقوا على الفرق، فأروا طرح واحد منهم لنجاة الباقيين. و هذا أقرب إلى الاعتبار، و معلوم أن مساهمتهم لم تكن لدليل شرعي، بل لبناء عملي عقلاني، بعد عدم الترجيح بينهم بنظرهم.

۲. الاستصحاب (امام خمینی)، ص ۳۹۳ و ۳۹۸.

بنابراین شاهد ایشان برای امضای بنای عقلا درباره قرعه، یکی روایات است و دیگری عبارات فقهاء.

شاهد اول: روایات

ایشان به بررسی روایات و دلالت آنها بر اختصاص قرعه به فصل خصومت و تراحم حقوق پرداخته است. برای نمونه به روایاتی استشهد کرده که در آنها قرعه را مخصوص امام دانسته است، از جمله: «القرعة لا تكون إلا للإمام»^۱ یا «لا يجوز أن يستخرجه أحد إلا الإمام»^۲ و فرموده این اختصاصی به امام و والی، نشان می‌دهد که قرعه مختص به تراحم حقوق است؛ چون مسئول رفع خصومت در تراحم حقوق، امام و والی است.^۳

شاهد دوم: عبارات فقهاء

شاهد دیگر ایشان این است که فقهای بزرگی همچون شیخ در نهاییه^۴ و خلاف^۵ و شهید در قواعد^۶ و ابن ادریس^۷ از این کلمه معنای وسیع آن را برداشت نکرده‌اند و آن را به باب تنازع در حقوق اختصاص داده‌اند.^۸

مطلب سوم: اصل عملی عقلایی بودن قرعه، نه کاشف واقع

همچنین مرحوم آقای خمینی تأکید کرده که قرعه نه در نزد عقلا و نه در نزد شارع،

۱. تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۲۴۰، ح ۲۳: «عنه (الحسین بن سعید) عن حماد عن ذكره عن أحمدهما عليهما السلام قال: ...» وسائل الشیعة، ج ۲۷، ص ۲۵۹، ح ۹.

۲. الکافی، ج ۶، ص ۱۹۷، ح ۱۴: علی بن ابراهیم عن أبیه عن إسماعیل بن مزار عن یونس قال: «فی رجل کان له عدّة ممالیک فقال أیکم علّمني آیه من کتاب الله ﷻ فهو حرّ فعلمّه واحد منهم ثمّ مات المولی ولم یدر أبهم الذی علّمه الآیه هل یستخرج بالقرعة قال نعم ولا یجوز أن یستخرجه أحد إلا الإمام فإنّ له کلاما وقت القرعة یقوله ودعاء لا یعلمه سواه ولا یقتدر علیه غیره»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۳، ص ۶۰، ح ۱.

۳. الاستصحاب، ص ۳۹۵-۳۹۶.

۴. النهایة (شیخ طوسی)، ص ۳۴۵-۳۴۶.

۵. الخلاف، ج ۶، ص ۳۳۷-۳۳۸.

۶. القواعد و الفوائد، ج ۲، ص ۱۸۳.

۷. السرائر، ج ۲، ص ۱۷۳.

۸. الاستصحاب (امام خمینی)، ص ۳۹۷.

جنبه کاشفیت ندارد و تمام روایات، تنها تقریر و امضای بنای عقلاست.^۱

نقل مباحثه طیار با زراره توسط جمیل

سپس ایشان در بررسی اماره بودن قرعه، مباحثه زراره و طیار درباره قرعه را که توسط جمیل نقل شده، مطرح کرده است:

«قال الطیار لزارة: ما تقول في المساهمة أليس حقًا؟ فقال زارة بلى، هي حق؛ وقال الطیار أليس قد رووا أنه يخرج سهم المحق؟ قال بلى؛ قال فتعال حتى أدعي أنا وأنت شيئاً ثم نساھم عليه وننظر هكذا هو؛ فقال له زارة إنما جاء الحديث بأنه ليس من قوم قوضوا أمرهم إلى الله ثم اقترعوا إلا خرج سهم المحق، فأما على التجارب فلم يوضع على التجارب ...»^۲

در این مناظره از کلام زراره بر می آید که قرعه برای رفع مشکل و کشف واقع است؛ یعنی در موارد مشکل واقعی، با توکل بر خداوند، به وسیله قرعه مشکل حل می شود و واقع روشن می گردد؛ ولی اگر قرعه برای امتحان کردن خداوند باشد، همان طور که طیار فرض کرده، در این صورت، قرعه جعل نشده است.

از کلام زراره در ادامه («فقال الطیار رأيت إن كانا جميعاً مدعيين - ادعيا ما ليس لهما - من أين يخرج سهم أحدهما؟ فقال زارة إذا كان ذلك جعل معه سهم مبيع فإن كانا ادعيا ما ليس لهما خرج سهم المبيع») استفاده می شود که قرعه همواره مصادف با واقع است و با آن واقع مکشوف می گردد؛ از این رو، طیار به عنوان نقض می گوید: اگر هر دو مدعی بر خلاف واقع، به دروغ ادعایی کنند، در این صورت قرعه به نام یکی از آن دو در می آید، در هر حالی که فرض این است که او مستحق نیست؛ پس قرعه همیشه کاشفیت ندارد. زراره در پاسخ می گوید: در این صورت، علاوه بر دو سهم برای طرفین دعوا، سهم سومی هم قرار داده می شود و از خدا می خواهند که آنها را به واقع امر هدایت کند؛ پس در صورتی که هر دو دروغ گفته باشند، سهم سوم در می آید. در حقیقت، زراره می گوید آن روایت وارد شده این است

۱. الاستصحاب (امام خمینی)، ص ۳۹۳ و ۳۹۹.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۲۳۸، ح ۵۸۴.

که انسان اگر بخواهد برای مشکلی از خدا کمکی بگیرد خدا هم راهنمایی می‌کند؛ اما اگر بخواهد خدا را امتحان و تجربه کند، این، جایش نیست، و مورد روایت هم، این نیست.

از این مناظره استفاده می‌شود که طبق فهم زرار، قرعه جنبه کاشفیت و راهنمایی الهی دارد و تنها اصلی از اصول عملیه برای حل نزاع و فصل خصومت نیست.

خطای طیار و زرار به دلیل فهم کاشفیت از قرعه

مرحوم آقای خمینی فرموده است: نه تنها فهم طیار و زرار حجت نیست، بلکه در این مسئله برای آنان اشتباهی رخ داده و آنچه زرار در قرار دادن سهم سوم گفته صحیح نیست؛ زیرا قاضی از کجا بطلان ادعای آن دو را بداند و اگر هم قاضی بداند که آنها دروغ می‌گویند، چه معنا دارد که سهمی برای سوم قرار دهد و قرعه بکشد؟ از این رو، پاسخ زرار جواب اشکال طیار نیست؛ بلکه تنها فرار از پاسخ است.^۱

اشکال به کلام آقای خمینی

کلام مرحوم آقای خمینی از چند جهت قابل مناقشه است.

اشکال اول: رجوع عقلا به قرعه در تراحم حقوق به شرط نبود راه حل دیگر
اولاً، اینکه عقلا در تمام موارد شک و تردید به قرعه رجوع نمی‌کنند و تنها در موارد تراحم حقوق به آن مراجعه می‌کنند، کلام صحیحی است؛ اما این گونه نیست که بدون هیچ قیدی در تمامی موارد تراحم حقوق، جریان داشته باشد؛ بلکه عقلا تنها در موارد «مشکل» که راه حلی جز قرعه ندارد به آن متوسل می‌شوند،^۲ مانند قصه

۱. الاستصحاب (امام خمینی)، ص ۴۰۳.

۲. البته مرحوم امام خمینی با قید زیر، بنای عقلا بر قرعه را در جایی دانسته که ترجیحی وجود نداشته باشد و راهی برای احراز واقع نیز نباشد:

«و بالجملة: الفرقة لدى العقلاء أحد طرق فصل الخصومة، لكن في مورد لا يكون ترجيح في البين، ولا طريق لإحراز الواقع» (الاستصحاب (امام خمینی)، ص ۳۹۲).

مراد ایشان از عدم وجود ترجیح، ظاهراً این است که یکی از طرفین شبهه بر دیگری ترجیح و اولویتی ندارد، در حالی که اشکال استاد علیه السلام این است که بنای عقلا بر این است که اگر هیچ راهی برای حل مشکل -اعم از ترجیح یکی بر دیگری یا راهی دیگر- وجود نداشته باشد به قرعه تمسک شود.

حضرت یونس که تخییر در انتخاب فردی که باید در آب انداخته شود بی معنا بود؛ چراکه هر کس، دیگری را انتخاب می‌کرد و مخیر بودن یک فرد خاص هم ترجیح بلامرجح بود؛ افراد را هم که نمی‌توان قطعه قطعه کرد و از هر کس قطعه‌ای را به آب پرتاب کرد؛ بنابراین، راه حلّ منحصر در قرعه بود. همچنین قرعه پیامبر ﷺ برای انتخاب همسری که می‌خواستند برای بار اول همراه خود ببرند، از این رو بوده که راهی جز قرعه نبوده است و در کیفیت ساخت خانه کعبه و سایر موارد خاص نیز همین طور بوده است.

ولی در پاره‌ای از موارد تراحم حقوق، روش‌های عقلایی دیگری هم در کار است و دلیلی نداریم که عقلا قرعه را بر این روش‌ها مقدم می‌دارند.

یکی از این روش‌ها تنصیف است که از آن، گاه به قاعده عدل و انصاف یاد می‌شود. فرض کنید مبلغ یک میلیون تومان، در جایی است که زید و عمرو هیچ یک بر آن ید ندارند؛ ولی می‌دانند برای یکی از آن دو نفر است؛ اما هیچ کدام نمی‌دانند که برای کدام یک از آنهاست. در اینجا یک قانون متعارف عقلایی است که طرفین با تنصیف این مال، مشکل را حلّ می‌کنند. فقهای بسیاری هم در مال مردّد بین الشخصین فتوا به تنصیف داده و آن را قانونی عقلایی دانسته‌اند.^۱ البته

۱. توضیح بیشتر: قید «بار اول» اشاره به آن است که اگر مثلاً زن مورد قرعه باشند، در بار دوم، زنی که در مرحله اول، قرعه به نام او درآمده است را می‌توان از قرعه خارج نمود و قهراً در بار نهم نیازی به قرعه نیست؛ ولی در بار اول، به هر حال به قرعه احتیاج بوده است.

۲. توضیح بیشتر: البته در این زمینه به روایت سکونی هم تمسک کرده‌اند. برای نمونه، می‌توان موارد ذیل را نام برد و ظاهراً موارد ذیل به لحاظ تعبد شارع نیست؛ بلکه به جهت همان قانون عقلایی تنصیف است، گرچه تصریح نکرده‌اند:

تحریر الأحکام، ج ۵، ص ۱۸۳: «إذا تداعيا عينا فإن كانت يدهما عليها ولا يئنة، قضی بها بينهما نصفين بعد أن يتحالفا» (گرچه علامه حلی در موردی دیگر، به قرعه حکم کرده است: تحریر الأحکام (جواب قدیم)، ج ۲، ص ۱۹۸: «لو تداعيا عينا في يد زيد فقال كل منهما هذه العين لي اشتريتها من زيد بمائة و نقدته الثمن، فإن لم يكن لأحدهما يئنة، فإن أنكرهما، حلف لكل واحد منهما و كانت العين له؛ وإن أقر بها لأحدهما، سلمت إليه و حلف الآخر؛ وإن أقر لكل واحد منهما بنصفها سلمت إليهما و حلف لكل واحد منهما على نصفها؛ و لو قال لا أعلم لمن هي منكما تفارعا و قضی بها لمن يخرجه القرعة بعد اليمين»).

اللعمعة الدمشقية، ص ۹۲: «لو تداعيا ما في أيديهما حلفا و اقتسما و كذا إن أقاما يئنة.»

این قاعده در جایی که امکان تنصیف نباشد جریان ندارد، همچون جواهرات قیمتی که نمی‌توان آنها را شکست یا یک جفت کفش که نمی‌توان هر لنگه آن را به یک نفر داد. در این‌گونه موارد می‌توان به قاعده عقلایی قرعه که شرع هم آن را رد نکرده مراجعه کرد.

در برخی موارد هم ممکن است با احتیاط بتوان مشکل را حل کرد؛ مثلاً کسی نمی‌داند که مبلغ صد هزار تومان به زید بدهکار است یا به عمرو؛ اینجا می‌توان احتیاط کرد و مشکلی در کار نیست. لزوم احتیاط هم می‌تواند مستند به علم اجمالی یا قاعده اشتغال یا استصحاب بقای ذمه باشد. در چنین مواردی هم دلیل نداریم که قاعده قرعه بر قاعده احتیاط مقدم باشد.

خلاصه ما دلیلی بر جریان قرعه در «تزام حقوق» به این لفظ نداریم؛ بلکه عقلاً تنها در مورد مشکلی که راه حل آن منحصر به قرعه است به آن متوسل می‌شوند.

اشکال دوم: ظهور اخبار مشتمل بر تفویض الی الله در قرعه کاشف، نه عقلایی ثانیاً، پاره‌ای از روایاتی که ایشان به عنوان دلیل عام قرعه ذکر کرده است، امضای بنای عقلانیست، همچون «لیس من قوم تنازعوا، ثم فوضوا أمرهم إلى الله ﷻ إلا خرج سهم المحق»؛ در اینجا «تفویض الأمر إلى الله» مطرح شده که ربطی به بنای عقلاً

کفایة الأحكام، ج ۲، ص ۷۲۵: «الأولی: لو تنازعا عینا فی یدهما، فإن کان لواحد منهما بینه، حکم بها له؛ وإن لم یکن لواحد منهما بینه، قضی بینهما نصفین علی قول، و یحلف کل منهما لصاحبه علی قول آخر، و هو الأقوی؛ بل قیل: إنه لم ینقل الأكثر فیہ خلافاً و وجهه أن کلاً منهما مدع فی نصفها و مدعی علیه فی النصف الآخر، فإن حلفا جميعاً أو نکلا. حکم بها لهما بالتنصیف و حلفهما علی النفی.»
مفاتیح الشرائع، ج ۳، ص ۲۷۱: «البد ظاهرة فی الملك ما لم یعارضها البینه، فإن کان فی یدهما أو ید من أقر لهما، قضی بینهما نصفین و یحلف کل منهما لصاحبه. و إن کان فی ید أحدهما أو من أقر لأحدهما، قضی له مع یمینه.»

ملاذ الأخیار، ج ۱۱، ص ۴۶-۴۷: «لو تنازعا عینا، فلا یخلو من أن تكون فی یدهما معاً، أو فی ید أحدهما، أو فی ید ثالث، فإن کانت فی یدهما، فإن کان لواحد منهما بینه، حکم له؛ وإن لم یکن لواحد منهما بینه قضی بینهما نصفین علی قول، و یحلف کل منهما لصاحبه علی قول آخر، و هو الأقوی؛ بل قیل: إنه لم ینقل الأكثر فیہ خلافاً، فإن حلفا جميعاً أو نکلا، حکم لهما بالتنصیف و حلفهما علی النفی.»
أنوار الفقاهة، ص ۱۴۰: «لو تداعیا عینا یدهما علیها أو تصرفهما فیها سواء و کانت کلها تحت ید کل منهما أو کان کل جزء منها تحت ید واحد و لکنها لا تقبل التجزئة کالحيوان.»

ندارد؛ چون در بنای عقلا تفویض امر به خداوند در کار نیست؛ بلکه منکران خدا هم برای حلّ دعوا، با قرعه فصل خصومت می‌کنند. بنابراین در این قرعه، جنبه کاشفیت اخذ شده است؛ یعنی اگر انسان امر خود را به خدا واگذار کند، خدا او را هدایت کرده و به واقع مجهول می‌رساند (خرج سهم المحق). این گونه قرعه، شبیه به استخاره است که در آن، جنبه کشف و ارائه واقع مجهول، مطرح است. شاید عبارت «أَيُّ قَضِيَّةٍ أَعْدَلَ مِنَ الْقَرَعَةِ»^۱ در آغاز برخی از این روایات هم بدین معنا باشد که چه چیزی از قرعه به واقع نزدیک‌تر است.

پس از این گونه روایات نمی‌توان استفاده کرد که در جایی که تفویض امر به خدا نباشد، باز هم شارع قرعه عقلایی را امضا کرده است. البته دلیل بر رد بنای عقلا هم نیست؛ بنابراین اگر دلیل دیگری بر امضا وجود داشته باشد، ما به آنها اخذ می‌کنیم، همچون موارد خاص قرعه که اطلاق آن اقتضا می‌کند که در غیر موارد توکیل امر به خداوند هم قرعه مشروع باشد.

اشکال سوم: اختصاص سؤال طیار به احتمال دروغ هر دو طرف دعوا

مناقشه مرحوم آقای خمینی در پاسخ زراره به طیار نیز صحیح نیست؛ چون فرض سؤال طیار صورتی است که قاضی احتمال دروغ هر دو را بدهد، نه صورتی که یقین داشته باشد هر دو دروغ می‌گویند.

البته شاید ظاهر برخی از ادله قرعه، همچون مناظره طیار و زراره^۲ این باشد که مشروعیت قرعه تنها در موارد قرعه کاشف است؛ ولی جمع بین این روایت و روایاتی که قرعه را در موارد خاص جعل کرده به این است که قرعه به عنوان دلیل عام، تنها قرعه کاشف است که در آن «تفویض امور به خدای متعال»، در کار باشد.

اشکال چهارم: اراده معصوم از «امام» در اخبار قرعه، نه والی رفع خصومت

اشکال دیگر بر کلام ایشان این است که روایات دالّ بر اختصاص اجرای قرعه به امام معصوم علیه السلام، ظاهراً ناظر به همین قرعه کاشف است؛ چون در ذیل یکی از این روایات چنین آمده است: «و لا يجوز أن يستخرجه أحد إلا الإمام؛ فإن له كلاما

۱. کتاب من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص ۹۲.

۲. تهذيب الأحكام، ج ۶، ص ۲۳۸.

وقت القرعة بقوله ودعاء لا يعلمه سواه ولا يقتدر عليه غيره^۱. از این تعبیر فهمیده می‌شود که مراد از امام، امام معصوم علیه السلام است، نه مطلق والی^۲ که مرحوم آقای خمینی مدعی شده بود. لحن روایت که قرعه را با دعای مخصوصی مرتبط دانسته، این است که قرعه از باب هدایت غیبی خداوند است و ربطی به قرعه عقلایی که تنها برای فصل خصومت است ندارد.^۳ البته ممکن است در برخی موارد خاص با نص خاص، قرعه به عنوان اصل عملی و برای فصل خصومت جعل شده باشد.

اشکال پنجم: عدم مخالفت ارتکاز ذهنی فقهاء با سیره عقلاء

ما معتقدیم مرکز ذهنی فقهاء که ناشی از سیره عقلایی بوده است به احتمال قوی همان «کُلّ امر مشکل متنازع فیه» یعنی جایی که هیچ راه حلی ندارد است، نه مطلق تراحم حقوق و اگر بر فرض در مازاد بر این مقدار شک کنیم، چون دوران امر بین اقل و اکثر است، اجمال قید متصل، مانع از تمسک به عموم عام می‌گردد. از جمله افرادی که ایشان او را یکی از کسانی می‌شمارد که از «کُلّ مجهول» معنای وسیع آن را تلقی نکرده، ابن‌ادریس است؛ اما او نیز موضوع قاعده قرعه را هر امر متنازع فیه ندانسته و به جای «مجهول»، «مشکل» تعبیر کرده و فرموده: «کُلّ امر مشکل یشته فیہ الحکم فینبغی أن تستعمل فیہ القرعة»^۴.

۱. الکافی، ج ۶، ص ۱۹۷، ح ۱۴: علی بن ابراهیم عن ابيه عن اسماعيل بن مزار عن يونس قال: «في رجل كان له عذّة ممالیک فقال أنیکم علمنی آیه من کتاب الله ﷻ فهو حزّ فعلّمه واحد منهم ثم مات المولی ولم یدر أنهم الذي علمه الآية هل یستخرج بالقرعة قال نعم ولا یجوز أن یستخرجه أحد إلا الإمام فإن له کلاما وقت القرعة یقوله ودعاء لا یعلمه سواه ولا یقتدر علیه غيره»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۳، ص ۶۰، ح ۱.
۲. توضیح بیشتر: بنابراین ذکر امام، دلیل بر این نیست که قرعه تنها در مواردی است که امر آن به والی واگذار شده، همچون موارد تراحم حقوق و خصومت؛ چون علت ذکر امام در این روایت به روشنی بیان شده و توجیه فوق با آن سازگار نیست.

۳. توضیح بیشتر: با این بیان، روشن می‌گردد که روایت عبدالرحیم (قال سمعت أبا جعفر علیه السلام يقول: «إن علیاً کان إذا ورد علیه أمر لم یجئ فیہ کتاب ولم تجز فیہ سنة، رجم فیہ؛ یعنی ساهم فاصاب ثم قال یا عبدالرحیم وتلك من المعضلات») ربطی به قرعه عقلایی ندارد؛ بلکه ظاهر قرعه، یکی از امدادهای غیبی است که خداوند برای شخص امام معصوم قرار داده و با اصابة واقع هم همراه است.

۴. السرائر، ج ۲، ص ۱۷۳.

شیخ طوسی نیز در کتاب قضاء نهاییه فرموده است: «کُلّ امر مشکل مجهول یشته فیہ الحکم فینبغی

نتیجه این است که ما نیز روایات عام قرعه را مُنَزَّل به ارتکازات عقلایی می‌دانیم؛ اما دایره این ارتکاز، تنها در محدوده «کُلُّ أَمْرٍ مُشْکَلٌ مُتَنَازِعٌ فِيهِ» برای ما ثابت است؛ اما در بیش از آن، باید با قرینه عمل اصحاب - که حکایت از وجود قرینه‌ای که به دست ما نرسیده می‌کند - به قرعه تمسک کرد.

سرایت اجمال مفهومی مخصّص منفصل به عام در اقل و اکثر

در صورت اجمال عمل اصحاب نیز تمسک به عموم دلیل قرعه صحیح نیست، حتی اگر عمل اصحاب، قرینه منفصل بر تقیید عموم قاعده قرعه باشد؛ زیرا طبق نظر مختار، فرقی بین اتصال و انفصال قرینه در مجمل کردن عام و منع از تمسک به آن در موارد مشکوک نیست.

ممکن است برخی فرق بین اتصال و انفصال قرائن را از مسلّمات بدانند، در حالی که اگر با دیده تحقیق ملاحظه شود، میدان مناقشه در آن بسیار وسیع است. گاهی مطلبی را بزرگان ابراز می‌دارند و برخی شاگردان از آنان تبعیت کرده و آن را به دیگران منتقل می‌کنند و اذهان به آن مأنوس می‌شود و در اثر تکرار زیاد، آن مطلب از فطریات حوزه شمرده می‌شود. نباید در مسائل علمی و تحقیقی هر آنچه که در کفایه و یا کتب دیگر آمده از مسلّمات دانسته شود و بدون تحقیق و نگرشی واقع‌بینانه از آن پیروی شود. بله، در اوایل تحصیلات، لازم است این نظریات در آموزش‌های علمی تکرار شود؛ ولی باید مراقب بود در اثر تکرار، این ضروریات کتب درسی، جزء فطریات انسان تلقی نگردد.

اگر گفته شود: «همه جوان‌ها به سربازی بروند» و از این قانون، طلاب علوم دینی را استثنا کردند و دانسته نشود که مراد از طلاب، روحانیون ملتبس هستند یا مطلق طلاب، آیا کسی بالفطره بین اینکه طلاب را به صورت متصل استثنا کرده باشند یا منفصل، تفاوتی می‌گذارد که اگر به صورت منفصل استثنا شده باشد مورد مشکوک تحت عام قرار بگیرد و اگر به صورت متصل باشد، عام مجمل شود؟! آیا طبق ارتکاز فطری، مخاطب منتظر می‌شود که ببیند طلبه‌ها را در همان روزی که این قانون را گذرانده‌اند استثنا کرده‌اند یا فردایش استثنا کردند که اگر در آن روز

در مثال‌های شرعی نیز چنین است. اگر گفته شود: «أعتق رقبة» و دانسته شود که قید «مؤمنه» هم دارد و در شمول حکم نسبت به رقیهٔ مسلمانی که شیعهٔ اثنی‌عشری نیست شک شود، آیا اتصال قید «مؤمنه» یا انفصال آن، در صحت تمسک به «أعتق رقبة» تأثیری دارد؟!

صاحب عروه پس از ذکر شرطیت طهارت بدن و لباس نمازگزار از همه نجاسات، خون کمتر از درهم را استثنا کرده است.^۱ حال اگر از نظر شبهه مفهومی موردی مبهم شود، آیا صحیح است گفته شود: اگر مؤلف منفصلاً استثنا کرده باشد، باید به عموم مانعیت نجاسات تمسک کرد وگرنه اجمال مستثنا به عام سرایت می‌کند؟! بله، تفاوت بین اتصال و انفصال قید در این است که اگر مقتضای کلام، ذکر همه قیود به صورت متصل باشد، با تمام شدن کلام، ظهور منعقد می‌شود و قید منفصل، ظهور را بقاء از بین می‌برد و اگر مقتضای کلام، ذکر تمام قیود در یک مجلس نباشد - همان‌طور که معهود از خطابات شرع و روایات همین‌گونه است - ظهوری برای کلام منعقد نمی‌شود؛ اما در هر دو صورت، بدون هیچ فرقی اجمال قید به عموم عام و اطلاق مطلق سرایت می‌کند.

تمسک برخی اعلام به قرعه برای تعیین زوجۀ واقعی

مرحوم آقای خمینی در جایی که زوجه واقعی بین دو خواهر مشتبه است، قاعده قرعه را جاری دانسته است؛ چراکه تراحم حقوق که ترجیحی برای هیچ یک متصور نیست به شمار می رود.^۲ مرحوم آقای حکیم نیز با وجود پذیرش تقیید عموم قاعده قرعه به قرینه عمل اصحاب و اذعان به اینکه فقهاء در اطراف علم اجمالی به قرعه تمسک نکرده اند، در جایی که از احتیاط در اطراف علم اجمالی، ضرری متوجه محتاط گردد، به اطلاق دلیل قرعه تمسک کرده و روایت گوسفند وطنی شده را نیز

١. العروة الوثقى، ج ١، ص ١٥٢.

٢. العروة الوثقى (المحشى)، ج ٥، ص ٥٥٦.

متذکر شده و فرموده است که مورد ما نیز مشابه همین روایت است.^۱ ظاهراً ایشان چون عمل اصحاب را قرینه منفصله بر تقیید می‌داند، به مقدار اقل، تقیید زده است و در مورد مشکوک، به عموم عام و اطلاق مطلق تمسک کرده است. مرحوم آقای خوئی نیز فرموده محذوری از شمول ادله قرعه نسبت به مقام نیست.^۲

نظر مختار در تمسک به قرعه در مقام

با توجه به مطالب فوق، چند مطلب را می‌توان درباره قاعده قرعه بیان کرد.

مطلب اول: دلالت ادله عام قرعه بر کاشف بودن قرعه

مطلب اول این است که در روایات خاص، قرعه به عنوان اصلی از اصول عملیه جعل شده و به ایکال امر به خداوند وابسته نیست؛ ولی ادله عامی که تا کنون بررسی کرده‌ایم، قرعه را به عنوان وسیله‌ای برای رسیدن به واقع مجهول جعل کرده که با تفویض امر به خداوند حاصل می‌گردد؛ از این رو، این قاعده با قاعده قرعه عقلایی تفاوت دارد.

مطلب دوم: عدم اعتبار قرعه در شبهات حکمیه و بسیاری از شبهات موضوعیه

مطلب دوم این است که نمی‌توان در تمام مسائل مجهول، چه شبهه حکمیه یا موضوعیه و چه در تراحم حقوق یا غیر آن، با توجه به اطلاق ادله عامه قرعه، حکم کرد که با ایکال امر به خداوند و کشیدن قرعه، مشکل حل می‌گردد. در کشف احکام کلی، هیچ‌گاه سیره بر این نبوده که مثلاً اگر نمی‌دانند نماز جمعه واجب است یا نماز ظهر، قرعه بکشند و قرعه واقع را نشان دهد و همین‌طور در شبهات موضوعیه، اگر نمی‌دانند این کاسه نجس است یا آن کاسه، با قرعه علم اجمالی را منحل سازند. در اخبار علاجیه هم برای کشف روایت صحیح، هیچ‌گاه گفته نشده که شما به خداوند متوسل شوید و قرعه بکشید. مصلحت الهی در این نیست که بدون راه‌های متعارف، انسان‌ها را هدایت کند؛ از این رو، افراد بسیار متقی با اینکه همگی برای استنباط احکام، امر را به خدا ایکال می‌کنند، برخی جزماً به خلاف

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۴۸.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۳۴۵.

واقع می‌رسند. از تعبیراتی مانند «لیس من قوم تنازعوا ثم فوضوا أمرهم إلى الله ﷻ»^۱ لا خرج سهم المحق^۲ نیز یک قاعده عام استفاده نمی‌شود تا در شبهات حکمیه و هر شبهه موضوعیه‌ای بتوان قرعه را حجت دانست؛ بلکه تنها استفاده می‌شود که قرعه در مورد حقوق مردم جعل شده که اگر صاحب حق، روشن نباشد، با ایکال امر به خدا و قرعه کشیدن، مشکل حل می‌شود.

مطلب سوم: امضای بنای عقلا در «کل مجهول ففیه القرعه»

درباره «کل مجهول ففیه القرعه» نیز که در روایت محمد بن حکیم^۳ آمده است، ما قائل به امضایی بودن آن هستیم و آن را تأسیسی نمی‌دانیم؛ اما موضوع بنای عقلا را «کل امر مشکل متنازع فیه» یعنی حقوق مورد اختلافی که هیچ راه حلی ندارد، می‌دانیم، نه «کل امر متنازع فیه».

مطلب چهارم: جریان قرعه در مقام

با توجه به مطالب فوق در مسئله محل بحث، قاعده قرعه جاری است؛ زیرا چنان‌که بیان شد، در موارد تزامم حقوقی که راه حلی ندارد، قاعده قرعه جاری است؛ بنابراین اقوی قرعه است.^۴

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۹۱، ح ۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۷۲، ح ۴.

۲. محمد بن أحمد بن یحیی عن موسی بن عمر عن علی بن عثمان عن محمد بن حکیم قال: «سألت أبا الحسن علیه السلام عن شيء فقال لي كل مجهول ففیه القرعه قلت له إن القرعة تخطي وتصيب فقال كل ما حکم الله به فليس بمخط؛ تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۲۴۰، ح ۵۹۳؛ کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۹۲، ح ۳۳۸۹.

۳. نظر مرحوم صاحب جواهر (جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۸۲) در مقام الزام به طلاق است: «لو اشتبه السابق ولم یکن ثم ما یشخصه ... قرع فی وجه قوی وإن لم أجد من ذکره هنا؛ نعم، فی القواعد: الأقرب إلزامه بطلاقهما ...» ولعل غیر الأقرب احتمال العدم و احتمال فسحهما و فسخ الحاکم و بطلانهما. استاد علیه السلام در این مباحث نیز با لحاظ روایت عمر بن حنظله، لزوم طلاق را تقویت کرده است؛ اما در مباحث آتی، در مسئله ۳۵ عروه (العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۵) از مباحث نکاح فضولی، قرعه را اقوا دانسته و تصریح کرده که در مسئله ۴۳ از مباحث محزمات مصاهرتی، یعنی مباحث جاری نیز اقوا قرعه است و فرقی بین مقام و مسئله آتی از مباحث نکاح فضولی نیست. آنچه در متن آمده، بر اساس نظر اخیر ایشان (مباحث نکاح فضولی) است.

بررسی اختیار حاکم در فسخ نکاح دو خواهر

مسألة ۴۳: «... و ربما يقال بعدم وجوب الطلاق عليه و عدم إجباره ... و قد يقال إنَّ الحاکم یفسخ نکاحهما ...»^۱

حال اگر راه حل شرعی قرعه بود، ولی مرد اقدام به قرعه زدن و تعیین تکلیف آنها نکرد و یا اگر همچون مرحوم سید، اجبار مرد به طلاق توسط حاکم را بعید ندانستیم، ولی او اقدام به طلاق نکرد، آیا حاکم شرع می تواند خودش نکاح را فسخ کند؟ البته اگر حاکم چنین ولایتی داشته باشد، حتی اگر مرد با اکراه از سوی حاکم اقدام به طلاق کند، اشکالی ندارد و چنین نیست که به دلیل اکراه، طلاق مذکور باطل باشد.

در هر حال، چون این مسئله مربوط به حدود اختیارات حاکم شرع است، بحث مفصل آن موکول به مسئله طلاق مفقود است.

حکم نفقه و مهریه خواهرها

مسألة ۴۳: «... ثم مقتضى العلم الإجمالي بكون إحداهما زوجة، وجوب الإنفاق عليهما ما لم يطلّق، و مع الطلاق قبل الدخول نصف المهر لكل منهما، و إن كان بعد الدخول فتمامه؛ لكن ذكر بعضهم أنه لا يجب عليه إلا نصف المهر لهما، فلكلّ منهما الربع في صورة عدم الدخول و تمام أحد المهرين لهما في صورة الدخول؛ و المسألة محل إشكال كنظائرها من العلم الإجمالي في المالیات.»^۲

اتحاد حکم نفقه و مهریه

در فرضی که مرد هنوز خواهرها را طلاق نداده، مسئله وجوب نفقه و مهریه و در فرضی که خواهرها را طلاق داده، تنها مسئله وجوب مهریه مطرح است. البته حکم مهریه و نفقه یکسان است و هر آنچه درباره حکم مهریه قائل شویم - مانند حکم به قرعه یا تنصیف - درباره نفقه نیز همان را قائل خواهیم شد و روشن است که وجوب

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۵.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۵.

نفقة، تنها در فرض عدم طلاق است.

مرحوم سید طبق مقتضای علم اجمالی فرموده است که مرد، نفقه و مهریه خواهرها را باید بدهد. جهت بررسی این مدعا، محتملات مسئله در مهریه بررسی خواهد شد و حکم نفقه نیز مانند مهریه خواهد بود.

بررسی محتملات مسئله مهریه در فرض عدم دخول

ابتدا در فرض عدم دخول، محتملات مسئله بررسی خواهد شد. بدیهی است که در هر یک از محتملات ذیل، مراد از «مهریه زن» در فرض عدم دخول، نصف مهرالمستی برای هر یک از خواهرها است.

احتمال اول (وجوب مهریه خواهرها به دلیل علم اجمالی) و نقد آن
 احتمال اول این است که طبق مقتضای علم اجمالی، مرد باید احتیاط کند و مهریه هر دو زن را ادا کند.

اما با توجه به آنچه خواهد آمد، لازم نیست مرد دو مهریه ادا کند؛ بلکه طبق قاعده عدل و انصاف باید عمل کند. توضیح این مطلب در احتمال چهارم خواهد آمد.

احتمال دوم: جواز مخالفت قطعی

احتمال دوم این است که علم اجمالی اصلاً منجز نباشد، به نحوی که هیچ مهریه‌ای بر عهده مرد نبوده و مخالفت قطعی با علم اجمالی جایز باشد. این احتمال را می‌توان با دو تقریب بیان کرد.

تقریب اول: تمسک به لاضرر

تقریب اول، تمسک به دلیل لاضرر است. البته چنان‌که در بحث سابق (لزوم اجبار مرد به طلاق) بیان شد جریان لاضرر از دو جهت قابل بحث است:

- جهت اول: ادامه زوجیت برای دو خواهر ضرری است؛ از این رو، بر شوهر لازم است که آنان را طلاق دهد. این جهت از «لاضرر» در بحث قبلی (لزوم اجبار مرد به طلاق) بررسی شد.
- جهت دوم: بقای زوجیت بدون مشخص شدن زوجۀ واقعی، به خاطر

محصوره بودن این شبهه وجوبیه، مستلزم احتیاط و لزوم ادای نفقه و مهریه به هر دو خواهر است و این امر برای شوهر ضرری است. اینکه شوهر حق تمتع از زن نداشته باشد و از سوی دیگر، به پرداخت مهریه ملزم شود، از نظر عرف ضرر است؛ پس دلیل «لاضرر» وجوب نفقه و مهریه را رفع می‌کند. لذا در فرع فعلی، جهت دوم بررسی خواهد شد.

اشکالات تقریب اول

اما این کلام قابل مناقشه است.

اشکال اول: عدم دلالت لاضرر بر جواز مخالفت قطعی

اولاً، اگر «لاضرر» بتواند احکام ظاهری را بر دارد - که حق همین است - تنها وجوب احتیاط را که منشأ ضرر شده بر می‌دارد و اگر گفتیم لاضرر بر احکام ظاهری حکومت ندارد، در این صورت اگر گفتیم لاضرر «موضوعی» را که ضرری است بر می‌دارد، لاضرر اصلاً شامل مقام نمی‌شود؛ چون زوجیت که موضوع حکم واقعی است، ضرری نیست و احتیاط نیز که موضوع حکم ظاهری است - بنابر فرض - قابل رفع نیست.

فقط اگر بگوییم لاضرر «حکمی» را که منشأ ضرر شده» بر می‌دارد، شاید گفته شود وجوب نفقه و مهریه که منشأ ضرر شده است با لاضرر برداشته می‌شود و هیچ تکلیفی متوجه مکلف نیست؛ اما چنان‌که در بررسی کلام مرحوم آخوند در بحث «لزوم اجبار مرد بر طلاق» از همین مبحث بیان شد، حتی طبق این بیان هم نمی‌توان مخالفت قطعی را جایز دانست؛ بلکه تنها لزوم احتیاط و در نتیجه، لزوم موافقت قطعی برداشته می‌شود و ترخیص در مخالفت قطعی تجویز نمی‌شود.

اشکال دوم: عدم جریان لاضرر در مقام

ثانیاً، در مقام که تراحم حقوق است، اصلاً لاضرر جاری نیست. توضیح این مطلب در بررسی تقریب سوم از احتمال سوم (قرعه) خواهد آمد.

تقریب دوم: عدم تنجیز علم اجمالی طبق مبنای مرحوم داماد

تقریب دیگری نیز ممکن است طبق مبنای مرحوم داماد بیان شود تا مخالفت قطعی با علم اجمالی تجویز شود. طبق مبنای ایشان، منجزیت علم اجمالی با

الغاء خصوصیت از اخباری است که در موارد خاص، دلالت بر لزوم موافقت قطعیه با علم اجمالی دارد؛ از این رو، ممکن است گفته شود در مواردی که مکلف متضرر می شود، الغاء خصوصیت ممکن نیست و با لحاظ روایات اصل حلیت، به جواز مخالفت قطعیه حکم می شود. تفصیل و توضیح این مطلب در بررسی تقریب سوم از احتمال سوم (قرعه) خواهد آمد.

اشکال تقریب دوم و پاسخ آن

اما این تقریب نیز قابل مناقشه است؛ زیرا چنان که در بررسی تقریب سوم از احتمال سوم (قرعه) خواهد آمد، شمول روایات دال بر اصل حلیت نسبت به شبهه وجوبیه روشن نیست؛ بنابراین در شبهات وجوبیه، دلیل حاکمی نداریم که با لحاظ آن، از ظهور ادله احکام واقعی در فعلیت دست برداریم؛ پس طبق قواعد اولیه، احتیاط در شبهات وجوبیه لازم است.

اما با لحاظ سهله و سمحه بودن شریعت اسلام می توان گفت: اجتناب از محرمات نوعاً مشکل بسیاری ندارد، ولی انجام واجبات در اطراف معلوم بالاجمال، کار بسیار مشکلی است، مثل اینکه انسان، علم اجمالی داشته باشد که یا حج قران برگردن اوست و یا حج تمتع؛ گاهی هم اطراف شبهه، بیش از دو تاست؛ از این رو، نوعاً بین احتیاط در موارد وجوبی و تحریمی، از نظر مشقت تفاوت است و اگر در موارد تحریمی قائل به حلیت شویم، به طریق اولی در موارد وجوبی نیز باید قائل به ترخیص شویم.^۱

احتمال سوم (قرعه) و نقد آن

احتمال سوم این است که قائل به قرعه شویم. اگر برای تعیین زوجۀ واقعی که آثار زوجیت همچون جواز استمتاع، بر آن بار شود، نتوان به قاعده قرعه رجوع کرد، آیا می توان برای تعیین کسی که مستحق مهر است به این قاعده استناد کرد؟

تقریب اول و اشکال آن

پیش تر گفتیم که مرحوم آقای خمینی، قرعه را در تمام موارد تراحم حقوق جاری

۱. ر.ک: کتاب بیع (تقریرات دروس خارج فقه آیت الله شبیری زنجانی)، مباحث صحت معاطات.

می دانست. طبق این مبنا ایشان در اینجا هم با قرعه، صاحب حق (صاحب مهر) را تعیین کرده است.^۱

ولی گفتیم که در جایی که راه حل دیگری - مثل احتیاط - ممکن است دلیلی بر قرعه نداریم.

تقریب دوم

تقریب دیگر برای لزوم قرعه، کلامی از مرحوم آقای حکیم است.^۲

نقل کلام جامع المقاصد: ناتمامی قرعه به دلیل وجوب احتیاط تام در نکاح ایشان نخست اشکال محقق کرکی در جامع المقاصد^۳ را مطرح کرده که در باب نکاح، احتیاط تام، مطلوب است و جای قرعه نیست.

اشکال: جاری نبودن احتیاط در موارد ضرر با استشهدا به روایات غنم موطونه سپس در ردّ محقق کرکی فرموده است که هر چند در موارد لزوم احتیاط همچون شبهه محصوره، قرعه مشروع نیست و اصحاب، قرعه را جاری نمی دانند، ولی اگر در جایی لزوم احتیاط را به جهتی نفی کردیم، قرعه موضوع پیدا می کند. در بحث ما احتیاط منشأ ضرر است؛ از این رو، وجوب آن مرتفع می گردد؛ پس قرعه مشروعیت می یابد و اطلاق ادله قرعه برای اثبات مشروعیت آن کفایت می کند. ایشان در تأیید این ادعا گفته که در روایات، درباره گله گوسفند به لزوم احتیاط حکم نشده؛ بلکه چنین آمده که گوسفند وطی شده با قرعه معین می گردد. سز قضیه این است که احتیاط در این مورد موجب ضرر است. بنابراین با توجه به لزوم ضرر مالی در فرض احتیاط کردن، پرداخت دو مهر لازم نیست؛ بلکه یک مهر کفایت می کند و برای تعیین کسی که مهر به او پرداخت می شود، قرعه زده می شود.

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۵۶.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۴۸.

۳. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۷۳-۱۷۴.

اشکال تقریب دوم

مختار مرحوم آقای حکیم نیز مانند مختار مرحوم آقای خمینی مخدوش است. نه ادعای ایشان مبنی بر جریان قرعه در مواردی که احتیاط، ضرری است تمام است و نه شاهی که بر این ادعا بیان کرده است.

جریان احتیاط در موارد ضرر به دلیل اخبار

وجه ناتمامی ادعای ایشان این است که خود روایات، در موارد متعددی تکلیف را در احتیاط ضرری منحصر دانسته و به قرعه حکم نکرده است، مانند موارد اشتباه دو مذبح مذگی و میتة که حضرت فرموده است: «یرمی بهما جمیعا الی الکلاب»^۱ یا در مورد دو آب مشتبہ بین پاک و نجس فرموده است: «یهریقهما جمیعا و یتیمم»^۲ با اینکه آب در آن زمان گاهی با ارزش بوده و دور ریختن آن عرفاً ضرر به شمار می آمده است.

ادله بطلان استشهاد به روایت گوسفند و طی شده

وجه ناتمام بودن شاهد ایشان نیز آن است که حکم به قرعه در گله گوسفندی که یکی از آنها و طی شده، به جهت این نیست که لزوم ضرر، احتیاط را برطرف می سازد؛ زیرا:

دلیل اول: احتمال «لازم نبودن احتیاط در گوسفند و طی شده» به دلیل غیر محصوره بودن شبهه اولاً، ممکن است لازم نبودن احتیاط به این جهت باشد که احتیاط در شبهه غیر محصوره لازم نیست و گله گوسفند، از مصادیق شبهه غیر محصوره است.

اشکال: عدم نیاز به قرعه در فرض شبهه غیر محصوره

البته این پاسخ با روایت سازگار نیست؛ چون ظاهر روایت این است که پیش از قرعه زدن نمی توان از گله گوسفند بهره گرفت؛ ولی بنابر مبنای عدم لزوم احتیاط در شبهه غیر محصوره، استفاده از آن بدون قرعه هم جایز است.^۳

۱. مستدرک الوسائل، ج ۱۶، ص ۱۹۲، ح ۱.

۲. الکافی، ج ۳، ص ۱۰، ح ۶؛ وسائل الشیعة، ج ۱، ص ۱۵۱، ح ۲.

۳. توضیح بیشتر: البته اگر در شبهه غیر محصوره، مخالفت قطعی را حرام بدانیم، مکلف می تواند

دلیل دوم: تراحم حق حیات گوسفند و لزوم احراق آن

ثانیاً، مثال گوسفند وطی شده با مثال گوشت و آب فرق دارد. مثلاً در گوشت، استفاده نکردن بی دلیل آن، اسراف و حرام است؛ ولی اگر به جهت امتثال امر شرعی استفاده نشود، از مصداق اسراف خارج و جایز می‌گردد، به ویژه وقتی که هر دو گوسفند به عنوان غذای طعمه سگان مصرف شود؛ اما گوسفند حق حیات دارد و نمی‌توان آن را از روی هوای نفس و بدون فایده کشت.^۱ پس به مجرد موطوء واقع شدن یک گوسفند و مشتبه شدن آن، نمی‌توان تمام گوسفندان را سوزاند، چنان‌که مرحوم آقای خمینی نیز متذکر شده است؛^۲ از این رو، اینجا جای احتیاط نیست.^۳ بنابراین روایت گله گوسفند که قرعه را در مورد خودش لازم دانسته، نمی‌تواند شاهد بر جریان قرعه در مواردی باشد که احتیاط در آنها ضرری است؛ بلکه شارع به جهت رعایت حق حیوانات، قرعه را به عنوان یک طریق شرعی برای شناسایی گوسفندی که حق حیات ندارد و باید سوزانده شود قرار داده است.

تقریب سوم: عدم لزوم احتیاط در موارد تراحم حقوق بالاحاظ «لاضرر»

البته تقریب دیگری برای لزوم قرعه، قابل بیان است. توضیح مطلب آنکه یکی از اشکالات «لاضرر»، کثرت تخصیصی است که بر آن وارد شده است؛ زیرا در بسیاری

تمام اطراف تردید را مرتکب شود، و تنها مقدار معلوم بالاجمال را کنار گذاشته (مثلاً در مورد روایت گله گوسفندی که یکی وطی شده، یک گوسفند را) و از آنها اجتناب کند و اگر در شبهه غیرمحصوره اصلاً احتیاط را لازم ندانیم، ارتکاب جمیع اطراف هم مجاز خواهد بود. به هر حال، مبنای عدم لزوم احتیاط در شبهه غیرمحصوره نمی‌تواند لزوم قرعه و حرمت استفاده از گله گوسفند را قبل از قرعه توجیه کند.

۱. توضیح بیشتر: در بحث نماز مسافر نیز در روایات آمده است سفری که برای صید حیوانات، بدون قصد خوردن یا فروختن آنها و استفاده بردن باشد و غرض از آن تنها شکار حیوانات باشد، سفر حرام بوده و در آن باید نماز را تمام خواند (رک: وسائل الشیعه، ج ۸، ص ۴۷۸، باب ۹: باب آن من خرج إلی الضیة للهو أو الفضول وجب علیه التمام وإن کان لقوته أو قوت عیاله وجب علیه القصر).

۲. الاستصحاب (امام خمینی)، ص ۳۹۴.

۳. توضیح بیشتر: در واقع در مورد روایت، بین لزوم سوزاندن گوسفند وطی شده و حرمت قتل حیوانات بدون جهت، تراحم وجود دارد. شارع مقدس برای حل این تراحم، راهی تعبیدی قرار داده که با قرعه، گوسفند وطی شده شناسایی شود. این کار، نوعی جمع بین دو ملاک ذاتی متزاحم می‌باشد؛ بنابراین نمی‌توان حکم آن را به سایر موارد لزوم احتیاط که در آن هیچ تراحمی در کار نیست، سرایت داد.

از احکام شرعی همچون خمس، زکات، جهاد و ... مکلف با انجام تکلیف الهی به ضرر می‌افتد.

در پاسخ به این اشکال، راه‌های بسیاری پیموده شده که اکنون مجال بحث و بررسی آنها نیست؛ ولی شاید بهترین پاسخ این است که ادله «لاضرر» چنان اطلاق یا عمومی ندارند که در تمام احکام الهی جریان داشته باشند. با دقت در روایاتی که این قاعده را تطبیق داده‌اند^۱ چنین به نظر می‌رسد که این قاعده، به حق الناس اختصاص دارد و محدوده سلطنت مالکان و ارباب حقوق را نسبت به یکدیگر به گونه‌ای تعیین می‌کند که کسی از این سلطه متضرر نشود و به موارد رابطه خالق و مخلوق کاری ندارد؛ بنابراین در جایی که وضو گرفتن، مستلزم تهیه آب به قیمت بالا باشد، حق این است که وضو لازم است و وظیفه مکلف به تیمم منتقل نمی‌گردد^۲ اما در موارد تراحم حقوق مردم، همه یکسان هستند و شارع نخواست برای جلوگیری از ضرر به برخی، به شخص دیگر ضرر وارد شود و اولویتی بین اشخاص از این جهت در کار نیست.

بنابراین گرچه عدم لزوم احتیاط به سبب ضرر مالی، به آن وسعتی که مرحوم آقای حکیم فرموده صحیح نیست، ولی در محدوده حقوق مردم و تراحم این حقوق، صحیح به نظر می‌رسد.

در بحث کنونی که امر دایر است بین تضرر شوهر و تضرر یکی از دو خواهر، می‌توان با «لاضرر» لزوم احتیاط را بر شوهر منتفی دانست؛ چون همه بندگان در نظر شارع یکسان هستند و خواهران بر شوهر در این جهت اولویتی ندارند که به سبب حق آنها، شوهر ضرر ببیند. در نتیجه ممکن است گفته شود که می‌توان با قرعه، زوجه واقعی را مشخص کرد.

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۵، ص ۴۲۷، باب ۱۲، باب عدم جواز الإضرار بالمسلم و أن من كان له نخلة في حائط الغير وفيه عياله فأبى أن يستأذن و أن يبيعها جاز قلعا و دفعها إليه.

۲. الکافي، ج ۳، ص ۷۴، ح ۱۷: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن البرقي عن سعد بن سعد عن صفوان قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل احتاج إلى الوضوء للصلاة و هو لا يقدر على الماء فوجد بقدر ما يتوضأ به بمائة درهم أو بألف درهم و هو واجد لها يشتري و يتوضأ أو يتيمم قال لا يل يشتري قد أصابني مثل ذلك فاشترت و توضأت و ما يشتري بذلك مال كثير».

بررسی تقریب سوم

اما این تقریب نیز قابل مناقشه است.

تبیین اشکال تقریب سوم

تبیین این مناقشه، محتاج بیان مقدماتی است.

مقدمه اول: عدم دلالت لاضرر بر جواز اضرار احتمالی به دیگری برای دفع ضرر قطعی به خود مقدمه اول این است که جریان قاعده قرعه در مقام، مبتنی بر این است که ادله «لاضرر» لزوم احتیاط را بردارد، در حالی که به نظر می‌رسد ادله «لاضرر» از برداشتن لزوم احتیاط در مقام قاصر است؛ زیرا این ادله، لزوم ضرر را در جایی برمی‌دارند که شخص دیگری به واسطه این رفع، متضرر نشود، در حالی که برداشتن لزوم احتیاط در مقام، مستلزم ضرر به دیگری است؛ زیرا امر، دائر است بین اینکه مکلف احتیاط کند و به هر دو خواهر مهریه پردازد، یا اینکه احتیاط نکند و تنها یک مهریه پردازد و مهریه‌گیرنده را با قرعه مشخص سازد.

بنا بر امر اول، خودش قطعاً ضرر می‌بیند و بنا بر امر دوم، احتمال دارد که مستحق واقعی مهر ضرر کند؛ پس تراحم بین ضرر قطعی و ضرر احتمالی منجز است و دلیلی وجود ندارد که به سبب ضرر قطعی، بتوان به دیگری ضرر احتمالی زد. البته اگر ضرر احتمالی را اصلی نفی کند، در جواز ارتکاب بحثی نیست.^۱

به عبارت دیگر، این مسئله یا شبهه مصداقیه مخصص دلیل «لاضرر» است - زیرا از تحت دلیل «لاضرر»، مواردی که از جریان آن، ضرر به دیگری پیش می‌آید خارج شده است که نمی‌دانیم این مسئله جزء آن موارد است یا خیر - یا شبهه مصداقیه دلیل عام است، بنابر اینکه خروج آن موارد را با مخصص متصل بدانیم؛^۲

۱. در بحث کنونی، ضرر احتمالی، طرف علم اجمالی بوده و منجز است؛ بنابراین چنین نیست که اصل مؤقنی بدون معارض جاری شود و مانع تنجز ضرر محتمل شود؛ زیرا طبق علم اجمالی، یکی از اُختین، متضرر خواهد شد و اصل عدم تکلیف یا اصل برائت نسبت به یکی از آنها، با جریان اصل مشابه در مورد خواهر دیگر، معارض است.

۲. توضیح بیشتر: خروج موارد تراحم را می‌توان به انصراف دلیل و ارتکاز عقلا و مانند آن مستند ساخت که به منزله مخصص لفظی متصل است.

در هر صورت، شمول «لاضرر» نسبت به آن موارد، روشن نیست.

روشن شدن این بحث، مستلزم اشاره به مبنای صحیح در باب علم اجمالی و جمع بین حکم ظاهری و حکم واقعی است.

مقدمه دوم: مبنای مختار در جمع بین حکم واقعی و ظاهری

مقدمه دوم این است که مرحوم آقای داماد در بحث جمع بین حکم ظاهری و حکم واقعی نظری داشت^۱ که صحیح به نظر می‌رسد. ایشان می‌فرمود اگر حکم واقعی، فعلی باشد، جعل حکم ظاهری مخالف آن، خواه مخالفت به صورت قطعی باشد، خواه احتمالی، امکان ندارد و صحیح‌ترین راه حل برای جمع بین حکم ظاهری و حکم واقعی، همان راه حلی است که مرحوم آخوند در کفایه بیان نموده است که حکم واقعی را شأنی بدانیم و حکم ظاهری را فعلی؛ چون فعلیت حکم واقعی، به دلیل قطعی به اثبات نرسیده است؛ بلکه از ظهور ادله احکام واقعی ناشی شده و می‌توان با توجه به ادله احکام ظاهری، از ظهور آنها در فعلیت دست برداشت و آن را بر حکم شأنی حمل کرد.

مقدمه سوم: اثبات تنجیز علم اجمالی با روایات و الغاء خصوصیت

طبق این مبنا مرحوم آقای داماد علم اجمالی را به خودی خود مانع از جریان اصول عملیه مخالف نمی‌داند؛ چون اگر حکم واقعی به فعلیت رسیده باشد، در موارد شبهه بدویه هم نمی‌توان اصل عملی را جاری دانست و همان نکته‌ای که سبب می‌شود در موارد شبهه بدویه اصل عملی جاری گردد، در موارد علم اجمالی هم قابل تطبیق است؛ یعنی اگر اثباتاً دلیلی داشته باشیم که در اطراف علم اجمالی، اصل عملی جاری است، با عنایت به آن در ظهور دلیل حکم واقعی تصرف می‌شود و بر حکم شأنی حمل می‌گردد؛ بنابراین حتی مخالفت قطعی حکم واقعی جایز خواهد بود؛ چون مخالفت قطعی با حکم شأنی است، نه حکم فعلی که عقلاً جایز نباشد. بنابراین عمده بحث باید بر ادله اثباتی اصل عملی متمرکز شود که آیا چنین اطلاق یا عمومی وجود دارد که اطراف علم اجمالی را شامل گردد یا خیر.

ایشان عقیده داشت که در ادله اصول عملیه، مثل «حتی تعرف الحرام منه بعینه»^۱ غایت اباحه، علم تفصیلی قرار داده شده است؛ بنابراین اگر تنها این ادله در کنار ادله احکام واقعی قرار داشت، در تمام اطراف علم اجمالی، اصل عملی جاری می شد و به منجز نبودن علم اجمالی حکم می شد؛ ولی با توجه به روایات خاصی که در موارد علم اجمالی، احتیاط را لازم دانسته - همچون ادله لزوم احتیاط در آب مردّد بین پاک و نجس^۲ و لزوم اجتناب از حیوان مردّد بین میتة و مذکّی^۳ - به تنجیز علم اجمالی حکم می شود و با الغاء خصوصیت عرفی از این موارد خاص، تنجیز علم اجمالی به سایر موارد تعمیم می یابد.^۴

نتیجه: جاری نشدن قرعه به دلیل منجزیت علم اجمالی
بنابراین با منجزیت علم اجمالی، دیگر مجالی برای قرعه نمی ماند و طبق مقدّمه اول، لاضرر مانع لزوم احتیاط نخواهد شد.

پاسخ به اشکال تقریب سوم: عدم امکان الغاء خصوصیت عرفی از روایات احتیاط اما گرچه اصل مبنای مرحوم آقای داماد قابل قبول است، ولی با الغاء خصوصیت نمی توان در تمام موارد علم اجمالی، تنجیز را نتیجه گرفت؛ چون در پاره ای موارد، عرف به چنین الغاء خصوصیتی اطمینان ندارد که نمونه هایی از آن، در گذشته بیان شد.^۵ در این بحث نیز چون احتیاط، مستلزم متضرّر شدن مکلف به جهت حق الناس است، دلیلی بر الغاء خصوصیت نداریم و علم اجمالی منجز نیست و

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۱۳، ح ۳۹؛ وسائل الشیعة، ج ۱۷، ص ۸۷، ح ۱.

۲. الکافی، ج ۳، ص ۱۰، ح ۶: محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن محمد عن عثمان بن عیسی عن سماعة قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن جرة وجد فيها خنفساء قد ماتت قال ألقها وتوضأ منه وإن كان عقرباً فأرق الماء وتوضأ من ماء غيره وعن رجل معه إناءان فيهما ماء وقع في أحدهما قدر ولا يدري أيهما هو ليس يقدر على ماء غيره قال بهريقهما جميعاً ويتيمّم»؛ ر.ک: وسائل الشیعة، ج ۱، ص ۱۵۱، ح ۲.

۳. مستدرک الوسائل، ج ۱۶، ص ۱۹۲، ح ۱: الجعفری ثا، أخبرنا محمّد حدّثني موسى قال حدّثنا أبي عن أبيه عن جدّه جعفر بن محمّد عن أبيه عن علي عليه السلام: «أنه سئل عن شاة مسلوخة وأخرى مذبوحة عني عن الزاعي أو على صاحبها فلا يدري الذکيّة من الميتة قال يرمي بهما جميعاً إلى الكلاب».

۴. ر.ک: المحاضرات (مباحث أصول الفقه)، ج ۲، ص ۷۱ و ۷۲.

۵. ر.ک: مسئله ۳۲، شک در تقدّم و تأخّر زنا نسبت به عقد، علم اجمالی به تحقّق زنا با یکی از دو وزن.

از این رو، مخالفت قطعی نیز جایز است.

نقد پاسخ: وجوب احتیاط به سبب ادله دیگر

ولی با کمی تأمل، در می‌یابیم که باید به لزوم احتیاط حکم کرد. از مجموع روایات مختلف، این معنا به دست می‌آید که انسان نمی‌تواند برای فرار از ضرری که متوجه خودش است به دیگران ضرر قطعی بزند. اگر راه حلی وجود داشته باشد که خود متضرر نشود و مخالفت قطعی هم نکند - مثلاً مرد مخیر در انتخاب باشد که در این صورت با ادای مهر به زن اختیار شده، نه مرد متضرر می‌شود و نه ضرر قطعی به دیگری وارد خواهد شد - از روایات استفاده می‌شود که نباید مخالفت قطعی کند؛ از این رو، نسبت به اصل ذی حق بودن یکی از دو خواهر به نحو اجمالی می‌توان علم اجمالی را منجز دانست و نمی‌توان همچون سایر موارد شبهه بدویه، اصل برائت را جاری کرد.

این نکته نیز توجه شود که مرحوم آقای داماد به قرینه غایت روایات حل، یعنی «حتی تعرف الحرام منه بعینه» که ظاهر در علم تفصیلی است، از ظهور ادله احکام واقعی در فعلیت حکم واقعی در موارد علم اجمالی، دست برداشت؛ ولی با ادله خاص و الغاء خصوصیت از آنها، تنجیز علم اجمالی را مطلقاً نتیجه گرفت. ولی روایات حل مربوط به شبهات تحریمیه بوده و نسبت به شبهات وجوبیه اطلاق ندارد، و بازگشت شبهه وجوبیه به شبهه تحریمیه به اعتبار حرمت ترک واجب چندان روشن نیست، بلکه قدر متیقن از ادله حل، افعال محرمه است نه ترک محرمه، بنابراین در شبهات وجوبیه دلیل حاکمی نداریم که به سبب آن از ظهور ادله احکام واقعی در فعلیت دست بکشیم.

اشکال مشترک بر تقاریب سه‌گانه: احتمال راه حل‌های دیگر غیر قرعه

همچنین اشکال مشترکی بین همه تقاریب سه‌گانه ممکن است مطرح شود؛ زیرا راه برطرف شدن اشتباه، منحصر در قرعه نیست؛ بلکه شاید مرد در تعیین یکی از زوجه‌ها حق انتخاب داشته باشد.^۱ همچنین ممکن است به قاعده «عدل و

۱. مانند کسی که با داشتن بیش از چهار زن، اسلام آورده که اختیار دارد از میان همسرانش، چهار نفر را که می‌خواهد انتخاب کند.

انصاف» تمسک شود؛ بنابراین چنانچه اعتبار هر یک از این راه‌ها ثابت شود، نوبت به قرعه نخواهد رسید.

البته دربارهٔ مخیر بودن مرد، ممکن است گفته شود زمانی که امر دائر مدار قرعه یا اختیار باشد، قرعه مقدم است؛ چون اگر بدون قرعه، یکی از دو خواهر را اختیار کند، دلیلی بر نفوذ چنین انتخابی نداریم و استصحاب، اقتضا می‌کند که نتواند او را زوجهٔ خود به حساب آورد؛ ولی اگر همان خواهری را که قرعه به نام او درآمده اختیار کند و به این طریق ضرر را مرتفع سازد، بین قرعه و انتخاب جمع کرده است.^۱

نتیجهٔ نهایی: ناتمامی تقاریب سه‌گانه در اعتبار قرعه

با لحاظ آنچه در سه تقریب بیان شد، مرد نمی‌تواند با قرعه، زوجه را تعیین کرده و فقط نفقه و مهریهٔ او را ادا کند.

احتمال چهارم (نظر مختار): قاعدهٔ عدل و انصاف

احتمال چهارم، جریان قاعدهٔ «عدل و انصاف» است.

توضیح مطلب: طبق آنچه در مطلب اخیر بیان شد، احتیاط در ادای نفقه و مهریه لازم است؛ زیرا گفته شد در شبهات وجوبیه، دلیل حاکمی نداریم که با لحاظ آن، از ظهور ادلهٔ احکام واقعی در فعلیت دست برداریم؛ بنابراین طبق قواعد اولیه، احتیاط در شبهات وجوبیه لازم است.

ولی باید دید آیا بنای عقلایی در این‌گونه موارد در کار هست که لزوم احتیاط را در جایی که مستلزم ضرر به خود شخص باشد به سبب حق مکلف دیگر نفی کند؟ اگر چنین بنای عقلایی ثابت باشد، ما باید از فتوا به لزوم احتیاط دست بکشیم؛ چون عمومات ادلهٔ احکام اولیه، نمی‌تواند رادع این‌گونه بنای عقلایی باشد و برای ردع بنای عقلا باید دلیل خاص آورده شود و نمی‌توان به عمومات اکتفا کرد.

به نظر می‌رسد چنین بنای عقلایی وجود دارد که همان قاعدهٔ عدل و انصاف

الکافی، ج ۵، ص ۴۳۶، ح ۷: «فی مجوسی سلم و له سبع نسوة و أسلمن معه، کیف یصنع؟ قال: یمسک أربعا، و یطلق ثلاثا».

۱. در بررسی احتمال چهارم، یعنی قاعدهٔ عدل و انصاف، خواهد آمد که این قاعده جاری است و نوبت به قرعه یا راه دیگری (مثل اختیار حاکم) نخواهد رسید.

است. مقتضای این قاعده در مال مردّد بین دو شخص، تنصیف است. بر طبق این قاعده روایاتی هم وارد شده که در ادامه مطرح خواهد شد.

در برخی موارد، تنصیف از مسلمات حکم عرف و عقلاست، مانند جایی که هر یک از زید و عمرو، صد دینار نزد نفر سومی گذاشته‌اند و غاصبی به زور، صد دینار از آن شخص مطالبه می‌کند. در اینجا شخص امین که وظیفه اولیه او این است که مال مردم را حفظ کند و آنها را به صاحبانش بازگرداند، عمل کامل به این وظیفه برایش مقدور نیست؛ ولی به طور ناقص می‌تواند به این تکلیف عمل کند؛ دو راه در پیش روی او وجود دارد؛ راه نخست این است که صد دینار یکی از آن دو را با قرعه یا بدون قرعه به غاصب بدهد؛ راه دیگر این است که از هر یک، پنجاه دینار به غاصب بدهد. به نظر می‌رسد که قانون عدالت، بدون اشکال این راه دوم را متعین می‌داند. در واقع برای حفظ و ایصال نصف مال هر یک از دو مالک به آنها، نصف دیگر به غاصب داده می‌شود.

ولی مورد بحث فعلی، جایی است که شخصی صد دینار به یکی از زید و عمرو بدهکار است و نمی‌داند کدام یک مالک در ذمه اوست و اصل عملی هم در کار نیست که تکلیف مسئله را روشن کند. آیا در اینجا هم قاعده تنصیف جاری است یا قاعده قرعه؟

کلام آقای حکیم در ردّ قاعده عدل و انصاف

مرحوم آقای حکیم، قاعده عدل و انصاف را رد کرده است.^۱ ایشان در ردّ قاعده تنصیف فرموده است این قاعده یا به حکم عقل ثابت شده است، یا به دلیل شرعی و هر دو مردود است.

مطلب اول: احتمال تخییر به جای تنصیف در عدل و انصاف عقلی

اگر گفته شود که چون هیچ یک از دو طرف احتمال، بر دیگری ترجیحی ندارد، باید به حکم عقل، مال را نصف کرد، همچنان که تعبیر «عدل و انصاف» نیز مؤید عقلی بودن آن است، در پاسخ می‌گوییم که مرجح نداشتن، سبب نمی‌شود که تنصیف،

متعین باشد؛ بلکه قول به تخییر نیز ممکن است، نظیر کلام فقهاء در مسئله دوران امر بین وجوب و حرمت که تخییر مکلف را استمراری دانسته‌اند؛ چون هرچند مکلف با انتخاب وجوب در زمان اول و انتخاب حرمت در زمان دوم، به‌طور قطع با حکم شرع مخالفت کرده است، ولی در مقابل، موافقت قطعی هم کرده است، در حالی که اگر بر آنچه اول اختیار کرده است تا آخر باقی باشد، همیشه موافقت و مخالفت احتمالی کرده است.

معنای تجویز تخییر استمراری این است که مخالفت قطعی که با موافقت قطعی همراه باشد، به حکم عقل با مخالفت احتمالی که با موافقت احتمالی همراه باشد یکسان است.

در بحث کنونی نیز اگر تمام مال به یکی از دو نفر داده شود، موافقت احتمالی همراه با مخالفت احتمالی شده است؛ ولی اگر مال را نصف کند، نصفش به‌طور قطع به مالک واقعی و نصف دیگر هم به‌طور قطع به غیر مالک می‌رسد؛ بنابراین حکم به تنصیف با حکم به تخییر استمراری منافات دارد.

ما در اینجا می‌افزاییم که اگر کسی بر همان احتمالی که در ابتدا اختیار کرده باقی بماند، مانعی ندارد و فقط بحث در جواز و حرمت عدول است. مسئله تعین تنصیف در بحث فعلی بدین معناست که در موارد تخییر، عدول را لازم بدانیم، در حالی که کسی قائل نشده است.

مطلب دوم: جاری نبودن عدل و انصاف مستفاد از اخبار در همه فروع فقهی مرحوم آقای حکیم همچنین فرموده است: ممکن است گفته شود که قاعده عدل و انصاف از موارد خاصی^۱ که روایات در آنها به تنصیف حکم کرده‌اند اصطیاد می‌شود.

۱. برای نمونه: فوائد الأصول، ج ۲، ص ۱۸۹؛ أجود التقریرات، ج ۲، ص ۲۳۴.

۲. توضیح بیشتر: در اینجا روایاتی دیگر را در این زمینه که در حاشیه مستمسک ذکر شده می‌آوریم: مؤثقه یونس بن یعقوب: عنه (علي بن الحسن) عن محمد بن الولید عن یونس بن یعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام: «في امرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة قال ما كان من متاع النساء فهو للمرأة و ما كان من متاع الرجل و النساء فهو بينهما و من استولى على شيء منه فهو له.» (تهذیب الأحکام، ج ۹، ص ۳۰۲، ح ۳۹؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۶، ص ۳) و نظیر آن در روایت رفاعه نخاس (تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۲۹۴، ح ۲۵؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۶، ح ۴).

در تبیین این موارد متعدّد که حکم به تنصیف شده، نمونه‌هایی از روایات را می‌توان بیان کرد که در متن مستمسک مطرح نشده است:

- و في رواية عبد الله بن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما الدرهمان لي وقال الآخر هما بيني وبينك فقال أما الذي قال هما بيني وبينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له وأنه لصاحبه ويقسم الآخر بينهما»^۱
 - روى السكوني عن الصادق عليه السلام عن أبيه عن آبائه عليهم السلام: «في رجل استودع رجلا دينارين واستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منهما قال يعطي صاحب الدينارين ديناراً ويقسمان الدينار الباقي بينهما نصفين»^۲
 - محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد بن محمد بن يحيى عن غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام: «أن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان في دابة وكلاهما أقام البينة أنه أنتجها فقضى بها للذي هي في يده وقال لو لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين»^۳
- در روایت فوق، فرض این است که طبق قواعد قضاوت، هیچ یک از طرفین دعوا از جهت بیّنه، حلف و ید، بر دیگری ترجیح ندارد.

مؤنّفه سکونی: محمد بن أحمد بن يحيى عن أبي إسحاق عن النوفلي عن السكوني عن جعفر عن علي عليه السلام: «في رجل أقر عند موته لفلان و لفلان لأحدهما عندي ألف درهم ثم مات على تلك الحال فقال علي عليه السلام أيهما أقام البينة فله المال وإن لم يقم واحد منهما البينة فالمال بينهما نصفان» (تهذيب الأحكام، ج ۹، ص ۱۶۲، ح ۱۲؛ وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۳۲۳، باب ۲۵، ح ۱).

روایت زیر هم می‌تواند به عنوان دلیل این قاعده به شمار آید:

علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي حبيب عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن رجل اشترى من رجل عبداً وكان عنده عبدان فقال للمشتري اذهب بهما فاشتر أيهما شئت و رد الآخر و قد قبض المال فذهب بهما المشتري فأبى أحدهما من عنده قال ليرد الذي عنده منهما و يقبض نصف الثمن ممّا أعطى من البيع و يذهب في طلب الغلام فإن وجد اختار أيهما شاء و رد النصف الذي أخذ و إن لم يوجد كان العبد بينهما نصفه للبايع و نصفه للمبتاع» (الكافي، ج ۵، ص ۲۱۷، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۲۶۸، ح ۱).

۱. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۳۵؛ ح ۳۲۷۴؛ وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۴۵۰، ح ۱.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۲۰۸، ح ۱۴؛ وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۴۵۲، باب ۱۲، ذیل ح ۱.

۳. الکافی، ج ۷، ص ۴۱۹، ح ۶؛ وسائل الشیعة، ج ۲۷، ص ۲۵۰، ح ۳.

• عنه عن محمد بن الوليد عن يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام:
«في امرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة قال ما كان من متاع النساء
فهو للمرأة وما كان من متاع الرجل والنساء فهو بينهما ومن استولى على
شيء منه فهو له.»^۱

اما ایشان در پاسخ به این روایات فرموده است که در برخی موارد همچون مسئله
میراث غرقى و مهدوم عليهم، برخلاف قاعده عدل و انصاف حکم شده است و از
روایات فوق نمی توان قاعده کلی استنباط کرد.

بنابراین باید به قاعده قرعه که قانونی عام است رجوع شود،^۲ مگر در مواردی که
حکم شرعی بر خلاف آن باشد که در این صورت تخصیص این قاعده به شمار
می رود؛ پس در بحث فعلی باید به قرعه استناد شود.

توضیح کلام آقای حکیم

با ذکر یک مثال ساده در توضیح کلام مرحوم آقای حکیم می توان گفت که اگر
پدر و پسرى غرق شوند و معلوم نشود که کدام زودتر مرده است، با فرض اینکه هر
یک، وارث منحصر دیگری در طبقه اول باشد و پدر ۳۰۰۰ دینار داشته باشد و پسر

۱. تهذیب الأحکام، ج ۹، ص ۳۰۲، ح ۳۹؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۶، ح ۳.

۲. توضیح بیشتر: نقل صحیحہ حسین بن مختار در تأیید رجوع به قرعه و ردّ مراجعه به قانون تنصیف
مفید است:

عده من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن محمد بن إسماعيل عن حماد بن عيسى عن الحسين بن
المختار قال: قال أبو عبد الله عليه السلام لأبي حنيفة: «يا أبا حنيفة ما تقول في بيت سقط على قوم و بقي منهم
صبيان أحدهما حر و الآخر مملوك لصاحبه فلم يعرف الحر من المملوك فقال أبو حنيفة يعتق نصف
هذا و يعتق نصف هذا و يقسم المال بينهما فقال أبو عبد الله عليه السلام ليس كذلك و لكنه يقرع بينهما فمن
أصابته القرعة فهو حر و يعتق هذا فيجعل مولى له.» (الكافي، ج ۷، ص ۱۳۸، ح ۷؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶،
ص ۳۱۲، ح ۲).

البته شاید استدلال به این روایت، از جهاتی محل تأمل باشد؛ چون در مسئله عتق، چه بسا تبعیض
در عتق - به جهت خصوصیت خاص حریت و رفقت که تشریک بین آن دو چندان به صلاح نیست -
مورد رضایت شارع مقدس نباشد؛ از این رو، در پاره ای موارد که قسمتی از عبد آزاد می گردد، بقیه آن نیز
بالسرایه آزاد می گردد. از سوی دیگر، در این مسئله، هم در مالک اختلاف است و هم در ملک و در موارد
بحث ما، ملک مشخص است و مالک نامشخص؛ پس یکی را نمی توان به دیگری قیاس کرد.

۱۰۰۰ دینار، چنانچه پدر زودتر مرده باشد، ۳۰۰۰ دینار وی به پسر می‌رسد و سپس این ۳۰۰۰ دینار به همراه ۱۰۰۰ دینار پسر، به ورثهٔ پسر منتقل می‌شود، و اگر پسر زودتر مرده باشد، ۱۰۰۰ دینار وی به پدر و سپس به همراه ۳۰۰۰ دینار پدر، به ورثهٔ پدر منتقل می‌گردد. بنابراین معلوم نیست که مجموع ۴۰۰۰ دینار موجود، ملک وراثت پدر است یا وراثت پسر.

طبق قاعدهٔ تنصیف، باید آن را نصف کرده، ۲۰۰۰ دینار به وراثت پدر داده شود و ۲۰۰۰ دینار به وراثت پسر؛ ولی حکم شرعی چنین نیست؛ بلکه بر طبق روایات، در مورد اموال پدر، مرگ وی جلوتر فرض می‌شود؛ در نتیجه ۳۰۰۰ دینار وی به پسر منتقل می‌گردد و از وی به وراثت طبقهٔ بعد و در مورد پسر هم مرگ وی زودتر فرض می‌شود؛ در نتیجه ۱۰۰۰ دینار وی به پدر و از وی به وراثت طبقهٔ بعد منتقل می‌شود. پس طبق روایات، وراثت پدر، ۱۰۰۰ دینار پسر و وراثت پسر، ۳۰۰۰ دینار پدر را مالک می‌شوند، نه اینکه هر دو گروه به تساوی، ۲۰۰۰ دینار را مالک شوند.

مناقشه در کلام آقای حکیم

اما هر دو مطلب در کلام ایشان قابل مناقشه است.

فرق بین مسئلهٔ تخییر استمراری با تردید در مالک

قیاس مورد بحث به مسئلهٔ تخییر استمراری و ابتدایی صحیح نیست؛ زیرا در مسئلهٔ تخییر استمراری، صاحب حق یک شخص است و شک در متعلق حق است؛ مکلف می‌داند حقی از ناحیهٔ شارع برگردن اوست؛ اما نمی‌داند کدام یک از وجوب یا حرمت است؛ یا در شک بین قصر و اتمام، نمی‌داند وظیفه‌اش بر طبق فتوای یک مجتهد خواندن قصر است یا بر طبق فتوای مجتهد دیگر تمام است. در این‌گونه موارد می‌توان به تخییر استمراری قائل شد و این با جایی که مالک مردّد است تفاوت دارد.

برای مثال، اگر شخصی دو کیسهٔ ۱۰۰ دیناری از یک نفر به امانت گرفته باشد، فرض کنید برای رساندن این مال به صاحبش، دو راه وجود دارد؛ در یک راه قطعاً ۱۰۰ دینار به مالک می‌رسد و ۱۰۰ دینار دیگر خرج می‌شود و به دست مالک نمی‌رسد، و در راه دیگر احتمالاً تمام ۲۰۰ دینار به دست مالک می‌رسد و احتمالاً هیچ مقداری

به دست وی نمی‌رسد؛ در اینجا می‌توان گفت که امانت‌گیرنده، بین دو راه مختار است^۱ و اگر راه اول را هم اختیار کرده، فرقی ندارد که ۱۰۰ دینار خرج شده را از یک کیسه بردارد، یا نصف آن را از یک کیسه و نصف آن را از کیسه دیگر بردارد؛ چون مالک، واحد است و بین شقوق مختلف آن تفاوتی نیست. این تخییر بین شقوق گوناگون در جایی که ملک از دو سنخ باشد نیز جریان دارد و تا وقتی که مالک، واحد است، حکم فرقی نمی‌کند.

در مسئله دوران امر بین قصر و اتمام، یا دوران امر بین وجوب و حرمت، مالک و ذی حق، خداوند - تبارک و تعالی - است که بر عهده عبد، حق اطاعت دارد و بنده باید احکام وی را امتثال کند. امتثال تمام احکام شرع، با فرض ترجیح نداشتن برخی ملاکات احکام یکسان است؛ از این رو، موافقت قطعی همراه با مخالفت قطعی، با موافقت و مخالفت احتمالی مساوی است؛ بلکه بسیاری صورت دوم را متعین دانسته، تخییر استمراری را منکر شده‌اند.^۲

اما اگر مالک متعدّد باشد، حکم مسئله متفاوت است. اگر ضرر دیدن قطعی باشد، ولی بین توجه ضرر به هر دو مالک یا به یکی از آنها تردید باشد، در این صورت، حکم عقلایی بر تصیّف است. در مثال امینی که از دو نفر، از هر یک ۱۰۰ دینار به امانت گرفته بود و غاصبی ۱۰۰ دینار آن را به زور مطالبه کرده بود، گذشت که به حکم قانون عقلانی نمی‌تواند تمام این ۱۰۰ دینار را از مال یک نفر - با قرعه یا بدون آن - به غاصب بدهد؛ بلکه باید این ضرر قطعی را نصف کرده، نیمی را متوجه یک مالک و نیم دیگر را متوجه مالک دیگر گرداند.

به نظر می‌رسد در ضرر احتمالی هم همین حکم جاری است، به این صورت که اگر مال در اختیار من است و نمی‌دانم برای زید است یا عمرو، اگر تمام آن را به زید یا عمرو بدهم، احتمال دارد به مالک برسد و احتمال دارد نرسد، در اینجا بدون قرعه، ترجیح یکی بر دیگری بی‌تردید جایز نیست؛ چون ترجیح بلامرجح است؛ بلکه

۱. توضیح بیشتر: البته فرض ما در جایی است که بین ۱۰۰ دینار اول و ۱۰۰ دینار دوم هیچ فرقی نباشد؛ بنابراین اگر نیاز مالک به صرف الوجود ۱۰۰ دینار بیشتر باشد، قهراً باید راه نخست را اختیار کرد و اگر نیاز او به ۲۰۰ دینار به طور اجتماع بیشتر است، راه دوم اختیار می‌گردد.

۲. برای نمونه: درر الفوائد (حائری)، ص ۵۰۳.

عقلا قرعه نمی زنند و تنصیف می کنند. گویا موارد مختلف که در باب قضاء، ارث، صلح، و دیعه، حکم به تنصیف شده است، بر طبق همین قاعده عقلایی است.

منافات نداشتن قاعده عدل و انصاف با حکم تعبدی در غرق و مهدوم علیه

اما مسئله ارث غرق و مهدوم علیه حکم تعبدی ویژه است. قاعده عقلایی تنصیف از حکم عقلی اقتضایی ناشی شده است، نه حکم عقلی فعلی؛ از این رو، امکان جعل حکم مخالف از سوی شارع در این موارد وجود دارد. گاه شارع با عنایت به مصالح مهم تر، از قاعده تنصیف دست برمی دارد؛ بنابراین اگر در مواردی حکم شرعی مخالف ثابت شود، از این قاعده اقتضایی دست کشیده می شود و گرنه این قاعده متبّع است.

در هر صورت، به نظر می رسد که عقلا در این موارد، طبق اصل اولی، تنصیف را بر قرعه مقدم می دارند؛ البته اگر طرفین دعوا خود به قرعه راضی شوند، اشکالی ندارد.

نتیجه نهایی: وجوب ربع مهر و نصف نفقه برای هر یک از دو خواهر

با توجه به آنچه بیان شد، زوج موظف است نصف مهر هر خواهر را بپردازد و چون فرض، عدم دخول است، ربع مهر تعیین شده برای هر یک از خواهرها به هر یک می رسد. نفقه نیز در فرض عدم طلاق، تنصیف می شود.

بررسی حکم مسئله در فرض دخول

مسألة ۴۳: «... ثم مقتضى العلم الإجمالي بكون إحداهما زوجة، وجوب الإنفاق عليهما ما لم يطلّق، ومع الطلاق قبل الدخول نصف المهر لكل منهما، وإن كان بعد الدخول فتمامه؛ لكن ذكر بعضهم أنه لا يجب عليه إلا نصف المهر لهما، فلكل منهما الربع في صورة عدم الدخول وتمام أحد المهرين لهما في صورة الدخول و المسألة محل إشكال كنظائرها من العلم الإجمالي في المائتات.»^۱

در مطلب قبل، فرض عدم دخول بررسی شد. فرض دیگر مسئله، فرض دخول است. نکته ای در این بحث وجود دارد که مرحوم سید یا از آن غفلت کرده و یا از آن

عبور کرده و مبهم گذاشته شده است. آن نکته این است که در صورت دخول به دو خواهری که یکی از آنها زوجۀ حقیقی اوست، هر دو خواهر مستحق مهر هستند؛ زوجۀ حقیقی، مستحق مهرالمستی و زوجۀ غیرحقیقی، مستحق مهرالمثل است؛ چون در وطی به شبهه^۱، مهرالمثل لازم می‌گردد.

در اینجا در مورد هر یک از دو خواهر، اگر مهرالمستی با مهرالمثل یکی باشد، حکم مسئله روشن است؛ ولی اگر مهرالمستی با مهرالمثل متفاوت باشد، مرد موظف به پرداخت اقل‌الامرین از مهرالمستی یا مهرالمثل است؛ چون در اقل و اکثر استقلالی، اصالة البرائه قطعاً جاری است، مگر اینکه علم اجمالی در کار باشد که حکم مسئله را تغییر می‌دهد.

برخی صور علم اجمالی در مسئله

وجود علم اجمالی در این مسئله به چند صورت قابل تصویر است که در ذیل بررسی خواهد شد.

- صورت اول: در مورد هر دو خواهر، مهرالمستی بیشتر از مهرالمثل است.
- صورت دوم: در مورد هر دو خواهر، مهرالمثل بیشتر از مهرالمستی است.

در این دو صورت، شوهر علم دارد که به یکی از دو خواهر، مهرالمستی و به دیگری مهرالمثل را مدیون است؛ در نتیجه، علم اجمالی دارد که نسبت به تفاوت مهرالمستی و مهرالمثل به یکی از دو خواهر مدیون است؛ بنابراین نمی‌تواند در مورد هر دو به اقل‌الامرین اکتفا کند؛ چون مخالفت قطعی با علم اجمالی پیش می‌آید؛ از این رو، باید مقدار مازاد، بین دو خواهر تنصیف شود.^۲

- صورت سوم: در مورد هر خواهری مهرالمستی و مهرالمثل، از جهت سنخ متفاوت است، مثلاً مهرالمستی دو دانگ منزل است و مهرالمثل ۱۰۰۰ دینار. در این صورت، نصف مجموع مهرالمستی و مهرالمثل به خواهرها داده می‌شود و البته نمی‌توان مالیت مهرالمستی و مهرالمثل را در نظر گرفت؛ زیرا زن علاوه بر مالیت مهر، خصوصیات فردیۀ مهر را نیز

۱. توضیح بیشتر: یعنی شبهه از سوی زن باشد، خواه از سوی مرد وطی به شبهه باشد یا زنا.

۲. توضیح بیشتر: به بیان روشن‌تر، هر خواهر، میانگین بین مهرالمستی و مهرالمثل خود را مستحق است.

بخش هفتم: مباحث حرمت ابدی و حرمت جمعی/فصل ۱۳: حرمت جمعی بین اخترین

اخیر

قبل از عقد جدید، علم اجمالی داشت که یکی از این دو خواهر، مستحق نصف مهر المستی است و از سوی دیگر، با عقد جدید، علم اجمالی دارد که یا وظیفه اش ادای ۵۰ سکه (نصف ۱۰۰ سکه) به معقوده جدید است (اگر او معقوده واقعی در سابق بوده باشد) یا وظیفه اش ادای ۱۰۰ سکه (نصف ۲۰۰ سکه) به علاوه نصف مهر المستی به مطلقه است (اگر مطلقه، معقوده واقعی در سابق بوده باشد)؛ اما با این عقد جدید، نسبت به ۵۰ سکه برای معقوده جدید، تردیدی وجود ندارد؛ زیرا در هر حال، یا ۵۰ سکه یا ۱۰۰ سکه را مرد باید به این معقوده جدید ادا کند؛ ولی باید توجه داشت از آنجا که بدهی ۵۰ سکه، قطعی است، لا ضرر درباره این ۵۰ سکه جاری نیست؛ اما درباره مازاد بر این ۵۰ سکه، ممکن است ادعا شود که جاری است، گرچه اشکال آن بیان شد. البته بحث دیگری مطرح است که با چنین علم تفصیلی، آیا علم اجمالی سابق هنوز منجز است یا خیر که در این مجال بررسی نمی شود.^۱

ب. حکم مهریه مطلقه غیرمدخوله

اما در مورد زنی که به عقد جدید معقوده نشده، با توجه به اینکه طبق فرض، مدخوله هم نبوده، ممکن است گفته شود نسبت به مهر او برائت جاری است. توضیح مطلب: در اصول، بحثی است که اگر علم اجمالی پس از تنجیز، به علم تفصیلی مبدل شد - مثلاً اگر علم اجمالی به نجاست یکی از دو ظرف داشتیم و بعد یکی از آنها را نجس کردیم که در نتیجه، علم تفصیلی به نجاست آن پیدا نمودیم - آیا علم اجمالی سابق نسبت به طرف دیگر، باز هم منجز تکلیف است یا خیر؟

اگر در آن بحث اصولی، قائل به عدم منجزیت علم اجمالی سابق شویم، در مقام نیز می توان گفت: شوهر نسبت به مهریه زن مطلقه، برائت جاری می کند؛

۱. به بیانی دیگر، یا ازدواج با خواهر اول صحیح بوده که همان مهر سابق بر گردن مرد است (۱۰۰ سکه) یا ازدواج با خواهر دوم صحیح بوده که در این صورت، مهریه تعیین شده برای خواهر دوم، به علاوه مهریه عقد جدید با خواهر اول (۲۰۰ سکه) بر عهده مرد است؛ ولی این علم اجمالی منجز نیست؛ زیرا در هر حال، ۱۰۰ سکه نسبت به خواهر اول، یقیناً بر عهده مرد است و یقین به حکم الزامی علی آئی تقدیر وجود ندارد؛ بلکه یقین به حکم الزامی علی تقدیر (زوجۀ واقعی بودن خواهر دوم در سابق) دون آخری (زوجۀ واقعی بودن خواهر اول در سابق) داریم.

بقای تنجّز علم اجمالی با تبدیل به علم تفصیلی

تمسک مرحوم داماد به اطلاق روایات در اثبات بقای تنجّز

بنابراین در مقام باید بگوییم شوهر که قبلاً می‌دانست مهریه رایا به این زن یا به خواهرش بدهکار است؛ این علم اجمالی حتی بعد از عقد جدید هم منجز تکلیف است. البته چنان‌که در نظر مختار بیان شد، باید طبق قاعده عدل و انصاف عمل شود.

۴. استاد^{۱۱}: همچنین مرحوم آقای داماد می‌فرمود از این روایات استفاده می‌شود که خروج بعضی از اطراف علم اجمالی از محلّ ابتلا، سبب نمی‌شود که علم اجمالی از تنجیز بیفتد و گر نه امام علیه السلام می‌توانست بفرماید که یکی از دو طرف را نجس کن تا علم اجمالی منجز نباشد و بایدگیری وضو بگیر.

اقتران عقد دو خواهر

مسألة ۴۴: «لو اقترن عقد الاختین - بأن تزوجهما بصیغة واحدة أو عقد علی إحداهما و وکیلہ علی الاخری فی زمان واحد - بطلا معا، و ربما یقال: بکونه مختیرا فی اختیار أیہما شاء، لروایة محمولة علی التخییر بعقد جدید؛ و لو تزوجهما و شک فی السبق و الاقتران حکم ببطلانہما أيضا.»^۱

بیان صور مسئله

مرحوم سید درباره مردی که با دو خواهر در عقد واحد ازدواج کند، به بطلان هر دو عقد حکم کرده است. همچنین در فرضی که یکی از خواهرها را خودش عقد کند و دیگری را در همان زمان وکیلش به عقد او در آورد نیز به بطلان هر دو عقد حکم کرده است.

البته در این مسئله فروض دیگری هم وجود دارد که مرحوم سید ذکر نکرده است، مثل اینکه شوهر، دو وکیل داشته باشد که در زمان واحد، هر یک از آنان یکی از خواهرها را به عقد او در بیاورند، یا اینکه شوهر دو ولی دارد که در زمان واحد، هر یک از آنان یکی از خواهرها را به عقد او در بیاورند؛ همین طور صور دیگر که یکی از عقدها را اصیل و دیگری را وکیل یا ولی انجام دهد، یا یکی از عقدها را وکیل و دیگری را ولی انجام دهد.^۲

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۶.

۲. البته مرحوم سید، مسئله اقتران عقد دو خواهر را در مسئله دیگری (مسئله ۳۵ از فصل اولیاء عقد) مطرح کرده است و استاد^{رحمته} در این بحث به آن اشاره کرده است. در آن مسئله برخی از فروعی که مرحوم سید در مقام مطرح نکرده، بیان شده است:

«إذا تزوجها أحد الوکیلین من رجل و زوجها الوکیل الآخر من آخر فإن علم السابق من العقدین فهو الصحيح و إن علم الاقتران بطلا معا و إن شک فی السبق و الاقتران فکذلك؛ لعدم العلم بتحقیق عقد صحیح و الأصل عدم تأثیر واحد منهما و إن علم السبق و اللحوق و لم یعلم السابق من اللاحق؛ فإن علم تاریخ أحدهما، حکم بصحته دون الآخر؛ و إن جهل التاريخان ففي المسألة وجوه؛ أحدها: التوقیف حتی یحصل العلم؛ الثاني: خيار الفسخ للزوجة؛ الثالث: أن الحاكم یفسخ الرابع القرعة؛ و الأوفق بالقواعد، هو الوجه الأخير؛ و کذا الکلام إذا تزوجه أحد الوکیلین برابعة و الآخر باخری أو تزوجه أحدهما بامرأة و الآخر ببنتها أو امها أو اختها؛ و کذا الحال إذا تزجت نفسها من رجل و زوجها وکیلها

حال هر دو صورتی را که مرحوم سید در این مسئله مطرح کرده بررسی می‌کنیم.

- صورت اول: تزویج دو خواهر با عقد واحد
- صورت دوم: تزویج دو خواهر با دو عقد هم‌زمان.

صورت اول (تزویج دو خواهر با عقد واحد) و بررسی ادله تخیر مرد

ابتدا صورت اول (تزویج دو خواهر با عقد واحد) بررسی می‌شود. جهت بررسی بطلان هر دو عقد یا مختیر بودن مرد نسبت به انتخاب یکی از خواهرها بدون نیاز به عقد جدید، ادله تخیر بررسی خواهد شد و اگر تخیر ثابت نشود، چنان‌که در بررسی صورت دوم خواهد آمد، باید به بطلان عقد هر دو خواهر حکم شود.

دلیل اول تخیر: روایت جمیل

دلیل اول بر تخیر، روایتی از جمیل است؛ ولی در عمل کردن به آن در میان فقهاء اختلاف است.

قال عليه السلام: «في رجل تزوج اختين في عقدة واحدة، قال: هو بالخيار، يمسك أيتهما شاء، ويخلي سبيل الأخرى.»^۱

بررسی سندی

ابتدا سند روایت بررسی می‌شود.

طرق مختلف روایت

سند این روایت به سه نحو متفاوت نقل شده است که در نقل فقیه، مسند و از امام صادق عليه السلام است و در نقل کافی و تهذیب، مرسل و از «أحدهما عليه السلام» است.

- نقل فقیه: «ابن أبي عمير عن جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام».^۲

من آخر أو تزوج بامرأة و زوجة و كيلة باخرى، لا يمكن الجمع بينهما؛ و لو ادعى أحد الرجلين المعقود لهما سبق و قال الآخر لا أدري من السابق، و صدقت المرأة المدعى للسبق، حكم بالزوجة بينهما؛ لتصادقهما عليها. (العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۷۵-۸۷۶).

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۷۸، ح ۲.

۲. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۴۶۰.

۳. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۱۹، ح ۴۴۰.

- نقل کافی: «علی بن ابراهیم، عن ابيه، عن ابن أبي عمير، عن جميل بن درّاج، عن بعض أصحابه عن أحدهما عليه السلام». ^۱
- نقل تهذیب: «روی محمد بن علی بن محبوب^۲ عن علی بن السندي عن ابن أبي عمير عن جميل بن درّاج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام». ^۲

اقوال برخی فقهاء در سند روایت

اولین کسی که در سند این روایت مناقشه کرده، مرحوم محقق حلی^۱ و اولین کسی که از اعتبار آن دفاع کرده، شاگرد او فاضل آبی در کشف الرموز^۲ است. صاحب مدارک در نهایه المرام فرموده که روایت بنابر نقل مرحوم شیخ طوسی و کلینی به جهت ارسال، ضعیف است؛ بلکه در نقل شیخ، «علی بن السندي» واقع است که مجهول الحال است و توثیق ندارد؛ ولی این روایت را صدوق در فقیه نقل کرده که نه ارسال دارد و نه ضعف سند؛ بنابراین روایت از جهت سند صحیح است.^۳ مرحوم آقای حکیم هم صحت طریق فقیه را پذیرفته و درباره اختلاف نقل آن با کافی و تهذیب بحثی نکرده است.^۴

کلام آقای خوئی: اثبات اعتبار روایت به لحاظ اشتباه ابراهیم بن هاشم

ولی مرحوم آقای خوئی متعرض این بحث شده و در صدد دفاع از مسند بودن و اعتبار روایت جمیل برآمده است.

ایشان ابتدا اشکالی را مطرح کرده و فرموده است این روایت در نقل صدوق، مسند و صحیح است؛ ولی در نقل کلینی و شیخ، مرسله است؛ از این رو، سند این دو نقل با یکدیگر تعارض می‌کنند؛ یعنی مشخص نیست که این روایت را

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۳۱، ح ۳.
۲. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، المشیخة، ص ۷۲.
۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۸۵، ح ۳۹.
۴. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۳۴.
۵. کشف الرموز ج ۲، ص ۱۴۴ و ۱۴۵.
۶. نهایه المرام، ج ۱، ص ۱۸۱-۱۸۲.
۷. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۵۲.

«جمیل بن درّاج» یا راویان بعدی، مسند نقل کرده‌اند یا مرسل؛ بنابراین هر دو از حجّت ساقط می‌شوند.

آن‌گاه در جواب این اشکال فرموده است: بعد از ثبوت اتحاد روایت، در واقع «ابراهیم بن هاشم» روایت را به دو شکل نقل کرده است؛ یعنی در نقل مرحوم کلینی و شیخ طوسی روایت را مرسل و در نقل صدوق، وی همراه سه تن دیگر از اجلاء، آن را مسند نقل کرده است. بدیهی است که اگر کسی مطلبی را به دو گونه نقل کند، اشتباه را باید عادتاً در آن نقلی دانست که منفرد است، نه نقلی که چند تن دیگر از ثقات با او متفق‌اند؛ بنابراین طریق صدوق که همراه ابراهیم بن هاشم، سه تن دیگر از ثقات از ابن‌ابی عمیر و او از جمیل بدون ارسال از امام علیه السلام نقل می‌کند مقدّم است.^۱

اشکال به کلام آقای خوئی

کلام مرحوم آقای خوئی از چند جهت قابل مناقشه است.

اشکال اوّل: سهو قلم در ذکر «یعقوب بن شعیب» به جای «یعقوب بن یزید»
اوّل، در تقریرات مرحوم آقای خوئی سهوی واقع شده که معلوم نیست از سهو قلم مقررّ است یا سهو بیان خود مرحوم آقای خوئی. ایشان «یعقوب بن شعیب» را از کسانی شمرده که از ابن‌ابی عمیر روایت می‌کند،^۲ در حالی که او در طبقه افرادی مانند زراره است و ابن‌ابی عمیر و افرادی همچون «عبدالله ابن بکیر»^۳ و «حماد بن عثمان»^۴ و «ابان بن عثمان»^۵ که از مشایخ ابن‌ابی عمیر هستند،^۶ از او روایت می‌کنند. از این رو، نمی‌توان او را راوی از ابن‌ابی عمیر شمرد؛ بلکه راوی از ابن‌ابی عمیر، «یعقوب بن

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۳۴۸.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۳۴۸.

۳. تهذيب الأحكام، ج ۸، ص ۲۱۹، ح ۲۰.

۴. برای نمونه: کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۲، ص ۲۹، ح ۱۶۱۲.

۵. برای نمونه: تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۳۳، ح ۲۴.

۶. برای نمونه، در تهذيب توسط ابن‌ابی عمیر از «عبدالله بن بکیر» و «ابان بن عثمان»، هریک بیش از ۲۰ روایت نقل شده و از «حماد بن عثمان» توسط ابن‌ابی عمیر، بیش از ۵۰۰ روایت نقل شده است.

یزید» است که صدوق در مشیخه فقیه^۱ او را در طریق خود به ابن ابی عمیر همراه سه تن دیگر ذکر کرده است.

اشکال دوم: نبود «ابراهیم بن هاشم» در سند تهذیب
ثانیاً، مرحوم آقای خوئی متذکر وجود راوی دیگری از ابن ابی عمیر غیر از ابراهیم بن هاشم نشده و مدعی شده هم مرحوم کلینی و هم شیخ طوسی، روایت جمیل را به صورت مرسل از طریق ابراهیم بن هاشم نقل کرده اند،^۲ در حالی که این روایت را شیخ از طریق علی بن سندی از ابن ابی عمیر نقل کرده است، نه از طریق ابراهیم بن هاشم. شاید اینجا نیز مسامحه ای در کلام مرحوم آقای خوئی رخ داده باشد؛ یعنی ایشان خواسته است بگوید که روایت منقول در تهذیب با لحاظ علی بن السندی در سند روایت - که در نزد ایشان مجهول و غیر قابل توثیق است^۳ - معتبر نیست و آنچه از این جهت قابل مناقشه نیست، تنها نقل مرحوم کلینی است؛ اما در بیان مطلب تسامح شده است.

اشکال سوم: همراهی اجلاء با ابراهیم در طریق اجازه عاقه، نه سماع از ابن ابی عمیر
ثالثاً، نسبت اشتباه به ابراهیم بن هاشم در یکی از این دو نقل، در صورتی صحیح است که وی و آن سه نفر دیگر، روایت را به صورت سماع و شفاهی از ابن ابی عمیر اخذ کرده باشند؛ ولی واقعیت چنین نیست؛ بلکه این چهار نفر، افرادی هستند که صدوق از طریق آنان از کتاب ابن ابی عمیر اخذ می کند؛ یعنی صدوق خصوص این روایت را از آن چند تن نشنیده؛ بلکه از کتاب ابن ابی عمیر با اجازه آنان اخذ حدیث کرده است.^۴ مرحوم کلینی نیز این روایت را - همان گونه که از تکرار این سند

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۴۶۰.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۳۴۸.

۳. برای نمونه: موسوعة الإمام الخوئی، ج ۱۰، ص ۱۲۹؛ ج ۱۲، ص ۲۰۰؛ ج ۲۱، ص ۴۸.

۴. مرحوم صدوق در مقدمه کتاب فقیه (ج ۱، ص ۳-۴) یکی از کتب مورد استفاده خود در تألیف این کتاب را نوادر ابن ابی عمیر شمرده است: «و جمیع ما فیہ مستخرج من کتب مشهورة علیها المعول و إليها المرجع مثل کتاب حریر بن عبد الله الشجستانی و کتاب عبید الله بن علی الحلبي و کتب علی بن مهزیار الأهوازي و کتب الحسین بن سعید و نوادر أحمد بن محمد بن عیسی و کتاب نوادر الحکمة تصنیف محمد بن أحمد بن یحیی بن عمران الأشعري و کتاب الزحمة لسعد بن عبد الله و جامع

در کافی معلوم می‌شود^۱- از مشایخش به صورت شفاهی نشنیده است؛ بلکه از طریق آنان از کتاب ابن ابی عمیر اخذ کرده است؛ بنابراین آنان به نقل مسند یا مرسل ابن ابی عمیر کاری ندارند و فقط نقل کتاب ابن ابی عمیر را اجازه داده‌اند و نقش آنان، اتصال طریق به اصل کتاب است، مثل اینکه ما از کتاب کافی با اجازه مشایخ متعدّد نقل حدیث می‌کنیم، آنان تک تک روایات را برای ما نخوانده‌اند؛ بلکه این اجازات، فقط برای اتصال طریق به اصل کتاب است^۲؛ پس اگر تعداد اجازات، بیشتر از چهار نفر هم باشد، باز تعیین نمی‌کند که ابن ابی عمیر روایت را مسند نقل کرده است.

استبعاد دو سهو از راویان (ارسال به جای اسناد و «أحدهما» به جای ابی عبدالله) از طرف دیگر احتمال اشتباه سهوی از سوی راویان خبر نیز بعید به نظر می‌رسد؛ چون بعید است که راویان در نقل مرحوم کلینی و شیخ، مرتکب اشتباه شده باشند و هم سند روایت را مرسل نقل کرده و هم مروی عنه را «أحدهما» ذکر کرده باشند، یا بر عکس بعید است که در نقل صدوق سهواً «بعض أصحابه» حذف شده و «أحدهما» به ابی عبدالله علیه السلام تبدیل شده باشد؛ بنابراین منشأ اختلاف این دو نقل را در جایی دیگر باید جستجو کرد.

منشأ اختلاف سندی نقل فقیه با کافی و تهذیب: اختلاف فهم مرجع ضماری
گاهی در اسناد روایاتی که به یکدیگر عطف می‌شوند، در روایات بعدی، ضمایی به کار می‌رود که در شناخت مرجع آنها اختلاف می‌شود؛ مثلاً اگر گفته شود: «عن جمیل بن درّاج عن بعض أصحابنا عن أبي جعفر علیه السلام قال: قال کذا»، سپس روایت

شیخنا محمد بن الحسن بن الولید علیه السلام و نوادر محمد بن ابی عمیر و کتب المحاسن لأحمد بن ابی عبد الله البرقي و رسالة أبي عليه السلام إلي و غيرها من الأصول والمصنفات التي طرقي إليها معروفة في فهرس الكتب التي رؤيتها عن مشايخي وأسلاف عليه السلام ..

۱. در قریب به ۱۶۰۰ روایت در کافی، این سند تکرار شده است.

۲. توضیح بیشتر: این گونه اجازات، اجازات عام است و ناظر به تصحیح تک تک موارد نقل شده نیست. این سخن استاد علیه السلام از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. در این بحث، به قواعد مهمی در منبع‌شناسی کتب حدیثی اشاره رفته که تفصیل آن نیازمند مجالی دیگر است.

دیگری این گونه به آن عطف شود: «و قال: قال» یا مثلاً «و قال: سأله رجل فقال كذا»، در اینجا مرجع ضمیر «و قال» در روایت دوم چندان واضح نیست که آیا به «جمیل» بر می گردد یا به «بعض أصحابنا».

بنابراین می توان گفت که مرحوم صدوق از روی اجتهاد، مرجع ضمیر را «جمیل» دانسته و از آن رو که جمیل با لحاظ طبقه، از امام باقر علیه السلام نقل نمی کند، مروی عنه وی را نیز امام صادق علیه السلام دانسته است و سند روایت را به صورت «جمیل بن دراج عن أبي عبد الله علیه السلام» نقل کرده است؛ ولی مرحوم کلینی و شیخ یا کسانی مانند «ابراهیم بن هاشم»، «علی بن سندی» و «محمد بن علی بن محبوب»، مرجع ضمیر را «بعض أصحابنا» دانسته اند که در نتیجه، روایت مرسل می شود. چنین نیست که واضح باشد مرجع ضمیر در این مثال، جمیل است یا بعض أصحابنا است؛ از این رو، اختلاف نظر به وجود می آید.

بنابراین اختلاف در سند را می توان به اجتهاد محدثی که روایت را از کتابی (مثلاً کتاب ابن ابی عمیر) اخذ کرده نسبت داد و با وجود چنین اختلاف نظری نمی توان به مختار شیخ صدوق مطمئن شد و چون نتیجه تابع اختس مقدمات است، باید روایت را مرسل و غیر معتبر دانست، مگر طبق قول به حجیت روایات اصحاب اجماع، خصوصاً ابن ابی عمیر.

ولی به نظر ما نه وقوع اصحاب اجماع در سند، دلیل بر اعتبار و حجیت روایت است و نه وجود کسانی مانند ابن ابی عمیر؛ زیرا ما تنها مشایخ بلا واسطه او و نیز مراسلات خود او (و صفوان و بزظی) را معتبر می دانیم و مرسل این روایت، جمیل بن دراج است، نه ابن ابی عمیر. علامه در مختلف^۱، در مقام اثبات اعتبار این روایت فرموده: ارسال ابن ابی عمیر مضر نیست؛ زیرا فقهاء به مراسلات او عمل می کنند؛ ولی صاحب مدارک در نهایه المرام^۲ به درستی اشکال کرده و فرموده: این روایت را ابن ابی عمیر ارسال نکرده؛ بلکه از مراسلات جمیل است و عمل کردن اصحاب به مراسلات ابن ابی عمیر، دلیل بر اعتبار این روایت نمی شود.

۱. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۶۹.

۲. نهایه المرام، ج ۱، ص ۱۸۲.

نتیجه: اعتبار روایت فقیه به مجرد احتمال تغایر روایت فقیه با کافی و تهذیب

آنچه تاکنون گفته شد، بر اساس اتحاد این دو روایت بود که مرحوم آقای خوئی آن را قطعی دانسته بود و بر اساس آن معتقد به اشتباه ابراهیم بن هاشم شده بود.

ولی گاهی برخی از راویان، پس از شنیدن روایتی از امام علیه السلام، به سبب جهاتی مانند احتمال تقیه‌ای بودن روایت اول یا جهاتی دیگر، دومرتبه همان سؤال را از امام بعدی می‌پرسیدند؛ پس ممکن است در اینجا، مراد از «أحدهما» امام باقر علیه السلام باشد که جمیل بن دزاج با واسطه، از آن حضرت برای ابن ابی عمیر نقل روایت کرده و بار دیگر به جهاتی مانند دفع احتمال تقیه، بدون واسطه از امام صادق علیه السلام سؤال روایت اول را پرسیده و باز برای ابن ابی عمیر نقل کرده باشد. مجلسی اول نیز در روضة المتقین^۲ استظهار تعدّد کرده است.

البته احتمال اتحاد دو خبر نیز وجود دارد؛ زیرا تشابه بسیار زیاد الفاظ در دو خبر و اشاره نکردن جمیل در روایت دوم به اینکه من از پدر شما چنین حدیثی را شنیده‌ام و خواهان نظر شما هستم و اشاره نکردن ابن ابی عمیر در کتابش به این قضیه، اطمینان به تعدّد را تضعیف می‌کند؛ ولی در هر حال، مجرد احتمال تعدّد برای حجیت روایت مسند جمیل کافی است.^۳

بررسی اقوال در دلالت روایت جمیل

حال به بررسی اقوال در دلالت روایت جمیل می‌پردازیم.

قول اول: تخییر مرد با عقد جدید

قول اول این است که مراد از تخییر در روایت جمیل، حق انتخاب مرد برای ازدواج جدید با هر یک از این دو خواهر است.

۱. مثلاً ممکن است گاهی برای حصول اطمینان بیشتر، یا برای یاد گرفتن نکات بیشتر درباره آن مسئله، حتی اگر روایت اول در ظرف تقیه نبوده باشد، دوباره از امام حاضر سؤال شود.

۲. روضة المتقین، ج ۸، ص ۲۷۱.

۳. توضیح بیشتر: در تأیید نقل مسند فقیه، اشاره به این نکته مفید است که در ذیل نقل فقیه، مسئله ازدواج پنج زن در یک عقد، وارد شده است. این قطعه عیناً در کافی (الکافی، ج ۶، ص ۴۳۰، ح ۵) با این سند نقل شده است: «علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن أبي عمير عن جميل بن دزاج عن أبي عبد الله علیه السلام» بنابراین ممکن است کسی این نقل را بر فرض اتحاد دو روایت نیز مؤید فهم صدوق از روایت فوق بداند.

کلام صاحب مدارک: عدم وضوح روایت و احتمال اراده عقد جدید علامه^۱ قائل به بطلان عقد شده است. صاحب مدارک نیز دلالت روایت بر تخییر مرد را روشن ندانسته و فرموده: ممکن است مراد این باشد که مرد می‌تواند با عقد جدید، هر یک از خواهرها را که بخواهد به نکاح خود درآورد که معنای آن بطلان عقد است.^۲ مرحوم سید نیز این اشکال را به دلالت روایت وارد کرده است.^۳

کلام صاحب جواهر: استشهاد به روایت ابوبکر حضرمی برای اثبات قول اول مرحوم صاحب جواهر برای دفع استغراب حمل روایت جمیل (در مورد امساک) بر عقد جدید، به روایت ابوبکر حضرمی^۴ استشهاد کرده است^۵ و قبل از ایشان، صاحب ریاض نیز به این روایت استشهاد کرده است.^۶

خلاف ظاهر بودن حمل بر عقد جدید در روایت جمیل و حضرمی
ولی این حمل در هر دو مورد، خلاف ظاهر است، چنان‌که خود صاحب جواهر هم بعداً بدان اشاره کرده است.^۷ البته حمل روایت ابوبکر حضرمی با عنایت به معارضه آن با صحیح زراره^۸ و جمع بین آن دو، بر معنای خلاف ظاهر، قابل توجیه است^۹؛ ولی روایت جمیل هیچ‌گونه معارض قابل توجهی ندارد؛ بنابراین حمل آن بر

۱. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۳۵.

۲. نهاية المرام، ج ۱، ص ۱۸۱.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۶.

۴. الکافی، ج ۵، ص ۴۳۱، ح ۳: أبو علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان بن يحيى عن ابن مسكان عن أبي بكر الحضرمي قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام رجل نكح امرأة ثم أتى أرضاً فنكح اختها و هو لا يعلم قال يمسك أنتهما شاء و يخلى سبيل الأخرى.» وسائل الشيعة، ج ۲۰، ص ۴۷۹، ح ۲.

۵. جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۳۸۴.

۶. رياض المسائل، ج ۱۱، ص ۲۵۱.

۷. جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۳۸۵.

۸. الکافی، ج ۵، ص ۴۳۱، ح ۴: محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن الحسن بن محبوب عن ابن بكير و علي بن رباب عن زرار بن أعين قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج بالعراق امرأة، ثم خرج إلى الشام، فتزوج امرأة أخرى، فإذا هي اخت امرأته التي بالعراق؟ قال: «يفرق بينه وبين التي تزوجها بالشام، ولا يقرب المرأة حتى تنقضي عدة الشامية...» وسائل الشيعة، ج ۲۰، ص ۴۷۸، باب ۲۶، ح ۱.

۹. استاد الله: البته ابن جنید به مضمون ظاهر روایت حضرمی فتوا داده است. به هر حال، چه ما ظاهر آن

معنای خلاف ظاهر وجهی ندارد.

مرحوم آقای خوئی^۱ و آقای حکیم^۲ نیز قول اول را مخالف ظاهر روایت دانسته‌اند؛ زیرا ظاهر آن اختیار مرد در انتخاب یکی از خواهرها بدون عقد جدید است و هر احتمالی سبب نمی‌شود که از روایت معتبر دست کشیده و به قواعد مراجعه شود. برای عمل به روایت خلاف قاعده، لازم نیست که روایت نص باشد؛ بلکه همین که ظهور داشته باشد کفایت می‌کند، به خصوص در این روایت که ظهورش قوی به نظر می‌رسد.

قول دوم: تخییر مرد بدون عقد جدید

قول دوم، تخییر مرد بدون نیاز به عقد جدید است.

فتوای بسیاری از قدما به تخییر

این قول، ظاهر روایت جمیل است و فتوای بسیاری از قدما مطابق این روایت است؛ پس نمی‌توان گفت مشهور از این روایت اعراض کرده‌اند و روایت قابل قبول نیست. ظاهر نقل مرحوم کلینی و صدوق این است که فتوای آنها با آن مطابقت دارد. مرحوم شیخ طوسی هم در نهاییه^۳ و تهذیب^۴ قول به تخییر را اختیار کرده و دلیل خود را همین روایت دانسته است. شیخ طوسی در تهذیب، تنها به نقل روایت اکتفا نکرده؛ بلکه نخست با عباراتی نظیر عبارات روایت، بدین مطلب فتوا داده و سپس روایت را به عنوان دلیل فتوای خود آورده است. ابن جنید^۵ و همچنین ابن براج در مهذب^۶، فاضل آبی در کشف الرموز^۷، یحیی بن سعید در جامع^۸، و

روایت را بپذیریم، چه آن را بر خلاف ظاهرش حمل کنیم، مقایسه محل بحث با آن، صحیح نیست.

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳، ص ۳۴۹.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۵۲.

۳. النهایة (شیخ طوسی)، ص ۴۵۴.

۴. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۸۵، ح ۳۹.

۵. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۷۰.

۶. المهذب (ابن براج)، ج ۲، ص ۱۸۴.

۷. کشف الرموز، ج ۲، ص ۱۴۴-۱۴۵.

۸. الجامع للشرائع، ص ۴۲۹.



علامه در مختلف^۱ و برخی دیگر از متأخرین نیز به آن عمل کرده‌اند.

توجیه ثبوتی تخییر مرد

در هر صورت، چون ظاهر این روایت، تخییر در انتخاب هر یک از دو خواهر بدون عقد جدید است، التزام به این حکم می‌تواند مبتنی بر یکی از دو وجه ثبوتی زیر باشد.

وجه اول: زوجیت احدهما لا بعینه قبل از انتخاب شوهر

وجه اول این است که تخییر مذکور به این معنا باشد که یکی از دو خواهر ثبوتاً به طور غیر معلوم زوجه مرد است و اثباتاً با انتخاب مرد، معین می‌شود.

اشکال ثبوتی: معقول نبودن مکلف بودن احدهما لا بعینه

برخی^۲ به این وجه اشکال کرده‌اند که معقول نیست؛ زیرا در این صورت باید زوجه واقعی «احدهما لا بعینه» باشد و مکلف دانستن «واحد لا بعینه» به رعایت احکام زوجیت و مستحق عقاب دانستن او در صورت عصیان، معقول نیست.

وجه دوم تخییر: تحقق زوجیت با انتخاب شوهر

وجه دوم این است که ثبوتاً هیچ‌یک از آنان زوجه او نیستند؛ اما شارع در اینجا نفس اختیار هر یک را از اسباب زوجیت قرار داده است، مانند اعتبار معذرت یکی از دو خبر متعارض که شارع مقدس به نفس اختیار هر یک، آن را حجت و معذر می‌داند.

اشکال اثباتی: صراحت نداشتن تخییر در تخییر بی‌واسطه (تخییر بدون عقد جدید)

به وجه دوم نیز اشکال شده و گفته شده این تصویر بسیار مستبعد است؛ چون روایت جمیل صریح در مدعا نیست؛ بلکه اعم از تخییر در انتخاب به نفس عقد سابق یا به عقد جدید است؛ از این رو، مثل مرحوم علامه^۳ و برخی از متأخرین، مانند صاحب عروه^۴ روایت را بر صورت تخییر با عقد جدید حمل کرده‌اند.

۱. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۶۸-۶۹.

۲. ر.ک: جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۸۴.

۳. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۶۳۵.

۴. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۶.

صاحب جواهر^۱ برای دفع استغراب حمل مذکور، به روایت ابوبکر حضرمی استشهد کرده است:

قلت لأبي جعفر عليه السلام: «رجل نکح امرأة ثم أتى أرضاً فنكح اختها و هو لا يعلم قال يمسك أتيتها شاء و يخلّي سبيل الأخرى».^۲

همان‌گونه که در روایت زراره^۳ - که در سابق^۴ بحث شد - آمده در اینجا قطعاً معقوده^۵ اولی، زوجه^۶ مرد است و با وجود اولی نمی‌تواند دومی را به عنوان همسر اختیار کند. بدین جهت شیخ طوسی^۷ و عده‌ای دیگر، این روایت را به معنای تخیر در امساک اولی و رها کردن دومی یا طلاق اولی و عقد جدید دومی، حمل نموده‌اند. گویا سائل، به جهت آمیزش با دومی، شبهه^۸ حرمت ابدی نسبت به او داشته - مانند نکاح در عده - یا شبهه^۹ حرمت ابدی نسبت به اولی داشته - مانند زنای با مادر و دختر - و حضرت برای دفع این شبهه فرموده‌اند: هر کدام را خواست می‌تواند از طریق شرعی، همسر خود قرار دهد که البته طریق شرعی در مورد زوجه^{۱۰} اول، بدون واسطه است و در مورد زوجه^{۱۱} دوم با واسطه است؛ پس مراد از اختیار داشتن، اعم از با واسطه و بی‌واسطه است.

مؤیدات قول دوم (تخیر بدون عقد)

به نظرمی‌رسد، نه وجه اول (زوجیت غیرمعتین) غیرمعتول است و نه وجه دوم استبعادی دارد.

مؤید اول: روایت عقبه درباره اسلام مجوسی دارای هفت زن

مشابه این مسئله در فقه، مسئله «من أسلم عن أزيد من أربع نسوة» است که روایت

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۸۴.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۳۱، ح ۲؛ وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۴۷۹، ح ۲.

۳. الکافی، ج ۵، ص ۴۳۱، ح ۴: محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن الحسن بن محبوب عن ابن بکیر و علی بن رناب عن زرارة بن أعین قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج بالعراق امرأة، ثم خرج إلى الشام، فتزوج امرأة أخرى، فإذا هي اخت امرأته التي بالعراق؟ قال: «يفرق بينه وبين التي تزوجها بالشام، ولا يقرب المرأة حتى تنقضي عدة الشامية...»؛ وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۴۷۸، باب ۲۶، ح ۱.

۴. رک: مباحث تزویج در حال احرام.

۵. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۸۶، ح ۴۱.

عقبة بن خالد درباره آن وارد شده است:

عن أبي عبد الله عليه السلام: «في مجوسى أسلم وله سبع نسوة وأسلمن معه كيف يصنع قال يمسك أربعاً ويطلق ثلاثاً»^۱

و ظاهرش این است که چهار زنی که از بین هفت زن انتخاب می کند، با همان عقد سابق، زن او محسوب می شوند.

مؤید دوم: ذیل روایت جمیل در فقیه (عقد پنج زن) و فتوای اصحاب به آن همچنین مسئله «من عقد على خمس نسوة في عقدة واحدة» نیز نظیر آن است که در ذیل روایت جمیل در نقل صدوق^۲ آمده و اصحاب به آن فتوا داده اند. حتی ابن حمزه و قطب الدین کیدری که در مسئله کنونی قول به بطلان را اختیار کرده اند^۳، در عقد بر پنج زن، به تخییر فتوا داده اند.^۴

دلیل دوم تخییر: ملازمه بین تخییر در جمع پنج زن به عقد واحد و تخییر در مقام صاحب حدائق مسئله «تخییر در جمع پنج زن به عقد واحد» و مسئله «تخییر در جمع دو خواهر به عقد واحد» را از یک باب دانسته است.^۵ مرحوم فاضل مقداد در تنقیح^۶ و شیخ مفلاح صیمری در غایة المرام^۷ نیز معتقدند بین این دو مسئله، ملازمه وجود دارد.

اگر ملازمه ثابت باشد، می توان برای اثبات حکم تخییر در جمع بین دو خواهر بدان استناد کرد؛ چون اختلاف نقلی که بین کافی و تهذیب از یک سو و فقیه از

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۳۶، ح ۷: «محمد بن یحیی عن محمد بن الحسین عن محمد بن عبد الله بن هلال عن عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «وسائل الشيعة، ج ۲۰، ص ۵۲۴، ح ۱.

۲. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۱۹، ح ۴۴۶۰: روی ابن ابي عمير عن جميل بن درّاج عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل تزوج اختين في عقدة واحدة قال يمسك أیتها شاء و یخلى سبيل الاخری و قال في رجل تزوج خمساً في عقدة واحدة قال یخلى سبيل أیتهن شاء».

۳. الوسیلة، ص ۲۹۳؛ إصباح الشيعة، ص ۳۹۹.

۴. الوسیلة، ص ۲۹۴؛ إصباح الشيعة، ص ۴۰۰.

۵. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۲۵.

۶. التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۹۲.

۷. غایة المرام، ج ۳، ص ۵۵.

سوی دیگر در اسناد و ارسال روایت جمیل وجود دارد، مخصوص مسئله جمع بین دو خواهر است؛ ولی در مسئله جمع پنج زن، اختلافی در اسناد روایت نیست و کافی نیز به سند صحیح آن را از ابن ابی عمیر از جمیل بن دراج از امام صادق علیه السلام، نقل کرده است^۱، بدون اینکه معارضی داشته باشد. در روایت فقیه نیز که مسند بود، هم جمع دو خواهر، هم مسئله جمع پنج زن، مطرح شده است.^۲

بنابراین اگر فراز مربوط به مسئله جمع بین دو خواهر، در نقل مسند فقیه، به جهت معارضه از کار بیفتد، هرچند این قطعه روایت نسبت به حکم مسئله نفیاً و اثباتاً دلایلی نخواهد داشت، ولی با عنایت به ملازمه دو باب، می توان حکم این مسئله را از مسئله جمع بین پنج زن استفاده کرد.

اشکال به دلیل دوم تخییر: عدم ملازمه دو مسئله با ذکر شواهدی از فتاوی فقهاء
تقریبی که برای ملازمه و استدلال به آن بیان شد، قابل مناقشه است؛ زیرا بین دو مسئله مذکور، نه تنها ملازمه ای ثابت نیست، بلکه فقهاء هم حکم آن دو را یکسان ندانسته اند. برخی همچون ابن حمزه^۳ و قطب الدین کیدری^۴ با اینکه در باب جمع بین پنج زن، قول به تخییر را اختیار کرده اند، جمع بین دو خواهر به عقد واحد را باطل دانسته اند. برخی هم مثل مرحوم علامه در مسئله جمع بین دو خواهر، به بطلان فتوا داده اند^۵؛ ولی در مسئله جمع بین پنج زن تردید کرده اند.^۶

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۳۰، ح ۵: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل تزوج خمسا في عقدة، قال يخلّي سبيل أئنتهن شاء، ويمسك الأربع».

۲. کتاب من لا يحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۱۹، ح ۴۴۶۰: روی ابن ابی عمیر عن جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل تزوج ائنتين في عقدة واحدة قال يمسك أئنتهما شاء و يخلّي سبيل الاخرى و قال في رجل تزوج خمسا في عقدة واحدة قال يخلّي سبيل أئنتهن شاء».

۳. الوسیلة، ص ۲۹۳ و ۲۹۴.

۴. إصباح الشيعة، ص ۳۹۹ و ۴۰۰.

۵. قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۳۵.

۶. قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۳۶.

در باره عید هم در ص ۳۷ فرموده است: «و لو تجاوز العدد في عقد واحد ففي التخییر أو بطلان العقد إشکال کالحز».

توضیح بیشتر: البته علامه در مختلف الشيعة (ج ۷، ص ۶۸-۶۹)، هر دو مسئله را با هم ذکر کرده و به

وجه تفکیک بین دو مسئله: تعارض نداشتن اخبار در مسئله جمع پنج زن، به خلاف مقام در وجه تفکیک بین دو مسئله، ممکن است گفته شود که در مسئله جمع بین پنج زن، تعارضی از جهت روایات در کار نیست؛ بلکه در مسئله مشابه آن، یعنی مسئله «إذا أسلم الکافر علی أكثر من أربع نسوة»^۱ روایت^۲ و فتوا^۳ بر این است که در انتخاب چهار زن از زن‌هایی که دارد مختیر است و بقیه را باید رها کند.

بر فرض که همه فقهاء ملازمه بین دو مسئله را قبول داشته باشند و هیچ‌کس به دو حکم مختلف در این دو مسئله فتوا نداده باشد، ولی دلیلی بر اعتبار این اجماع نداریم. البته اگر ملازمه عرفی بین حکم دو مسئله باشد، برای اثبات حکم جمع دو خواهر کافی است^۴؛ ولی چنین ملازمه‌ای وجود ندارد. البته از مسئله کافری که با داشتن بیش از چهار زن مسلمان شده، ممکن است به ملازمه عرفیه، حکم مسئله جمع بین پنج زن را استفاده کرد - که البته در آن هم تأمل است^۵ - ولی به هر حال، استفاده حکم مسئله جمع بین دو خواهر از مسئله اسلام کافر یا مسئله جمع بین

تخیر فتوا داده است: «لا يجوز الجمع بين الاختين في العقد ... فإن فعل دفعة، قال الشيخ في النهاية: ینتخیر فی أي الاختین شاء؛ و کذا فی الزائد علی الأربع؛ و هو قول ابن الجنید و ابن البراج؛ و قال ابن ادریس: ینطل العقد؛ و به قال ابن حمزة؛ و المعتمد: الأول».

۱. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۶۵۶.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۳۶، ح ۷: محمد بن یحیی، عن محمد بن الحسین، عن محمد بن عبد الله بن هلال، عن عقبه بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: «فی مجوسی أسلم وله سبع نسوة، وأسلمن معه، کیف یصنع؟ قال: یمسک أربعا، و یطلق ثلاثا».

الخلاف، ج ۴، ص ۳۲۳: روی الزهری، عن سالم، عن أبيه: «أن غیلان بن سلمة الثقفی أسلم و عنده عشر نسوة. فقال له النبی ﷺ: "أمسک أربعا و فارق سائرهن"».

۳. برای نمونه: المبسوط، ج ۴، ص ۲۲۲؛ المهدب (ابن براج)، ج ۲، ص ۲۵۰؛ شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۴۱؛ تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۶۵۶؛ مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۳۷۹؛ جواهر الکلام، ج ۳، ص ۷۱.

۴. توضیح بیشتر: به عقیده استاد رحمته الله ملازمات عرفی، تا دلیل معتبری بر خلاف آن نباشد، معتبر است و مواردی که بر خلاف این ملازمات عرفی حکم شده - همچون روایت ابان بن تغلب در مورد دیه قطع اعضاء - منافاتی با اعتبار ذاتی این ملازمات - لولا الردع - ندارد.

۵. شاید وجه تأمل این است که در مسئله اسلام کافر در حالی که مثلاً هشت زن دارد، ممکن است شارع ارفاقی در حق کافری که مسلمان شده قائل شده باشد؛ لذا این مسئله با مسئله عقد واحد نسبت به پنج زن، متفاوت است.

پنج زن، با ملازمه عرفیه امکان پذیر نیست.

بنابراین برای اثبات حکم تخیر در مسئله جمع بین دو خواهر، باید به همان تقریبی که سابقاً در دلیل اول (روایت جمیل) بیان شد استدلال کرد.

روایت عنبسه بن مصعب و تعارض آن با روایت جمیل

اما روایتی از «عنبنه بن مصعب» نقل شده که ممکن است معارض روایت جمیل قلمداد شود؛ از این رو، باید جهت سندی و دلالتی این روایت بررسی شود و در صورت استقرار تعارض، چاره‌ای برای آن اندیشیده شود.

عنه (علي بن الحسن) عن عمرو بن عثمان عن الحسن بن محبوب عن علي بن رئاب عن عنبسة بن مصعب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كن له ثلاثة نسوة فتزوج عليهن امرأتين في عقدة فدخل بواحدة ثم مات قال فقال إن كان دخل بالمرأة التي بدأ باسمها وذكرها عند عقدة النكاح فإن نكاحها جائز ولها الميراث وعليها العدة قال وإن كان دخل بالتي ذكرت بعد ذكر الأولى فإن نكاحها باطل ولا ميراث لها ولها ما أخذت من الصداق بما استحلت من فرجها وعليها العدة»^۱

در فقیه نیز مرحوم صدوق روایت را از طریق ابن ابی عمیر از عنبنه بن مصعب با تفاوتی نقل کرده است؛ مثلاً به جای «في عقدة»، «في عقدة واحدة» نقل شده است.^۲

۱. تهذیب الأحکام، ج ۹، ص ۲۹۷، ح ۲۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۸، ح ۱.

۲. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۲۰، ح ۴۴۶۳.

این روایت در کافی نیز نقل شده است:

عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد و محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد جميعاً عن الحسن بن محبوب عن علي بن رئاب عن عنبسة بن مصعب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له ثلاث نسوة فتزوج عليهن امرأتين في عقدة فدخل بواحدة منهما ثم مات قال إن كان دخل بالمرأة التي بدأ باسمها وذكرها عند عقدة النكاح فإن نكاحها جائز ولها الميراث وعليها العدة وإن كان دخل بالمرأة التي سقيت وذكرت بعد ذكر المرأة الأولى فإن نكاحها باطل ولا ميراث لها وعليها العدة» (الكافي،

ج ۵، ص ۴۳۰، ح ۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۲۳، ح ۱).

اشتباه جامع الأحادیث: نقل عبارت شیخ به عنوان بخشی از روایت عنبسه

روایت عنبسه در سه جای تهذیب نقل شده است. در جلد ۷ پس از نقل این حدیث، عنوانی را برای ورود به مبحث تزویج پنج زن آورده که از خود مرحوم شیخ است و در دو جای دیگر از تهذیب^۱، این عنوان نیامده است؛ اما در جامع الأحادیث^۲ به اشتباه، آن را به عنوان بخشی از حدیث در ادامه آن نقل کرده است. البته در چاپ های جدید تهذیب، آن قسمت را به طور واضح از حدیث جدا کرده اند.

صحت سندی روایت عنبسه

مشابه نقل عنبسه را دعائم الاسلام^۳ به صورت مرسل نقل کرده است که از جهت سندی قابل اعتماد نیست؛ ولی نقل عنبسه را می توان به نحوی تصحیح کرد.^۴

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۹۵.
۲. تهذیب الأحکام، ج ۹، ص ۲۹۷ و ۳۸۵.
۳. جامع أحادیث الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۱۶، ح ۱.
۴. دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۲۳۶، ح ۸۹۱: «أنه سئل عن رجل تزوج اختين أو خمس نسوة في عقدة واحدة قال يثبت نكاح الأخت التي بدأ باسمها عند العقد والأربع من النسوة اللاتي بدأ بأسمائهن ويبطل نكاح من سواهن فإن لم يعلم من بدئ بأسمائهن منهن بطل النكاح كله»؛ مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۴۰۵، باب ۲۵، ح ۱.
۵. توضیح بیشتر: در سند روایت، تنها «عنبسه بن مصعب» نیاز به بحث دارد که با توجه به روایت ابن ابی عمیر (کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۲۰، ح ۴۴۶۳) و صفوان (الکافی، ج ۶، ص ۱۴۳، ح ۹؛ رک: رجال الکشی، ص ۲۹۱، رقم ۵۱۵) از وی، می توان او را امامی ثقه دانست. البته در رجال کثی (ص ۳۶۵، رقم ۶۷۶) وی را از ناووسیه خوانده اند؛ ولی با عنایت به نقل کافی (ج ۱، ص ۳۰۷، ح ۷) و نیز إعلام الوری (ج ۱، ص ۵۱۷) و به نقل از آن در بحار (ج ۴۷، ص ۱۴، ح ۱۱) می توان گفت که وی روایتی از امام باقر علیه السلام را به درستی فهمیده و با توضیح امام صادق علیه السلام از قول به قائم بودن و آخرین امام بودن آن حضرت دست کشیده است:

محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن هشام بن سالم عن جابر بن يزيد الجعفي عن أبي جعفر علیه السلام قال: «سئل عن القائم عليه السلام فضرِبَ بيده على أبي عبد الله عليه السلام فقال هذا والله قائم آل محمد عليه السلام قال عنبسة فلما قبض أبو جعفر عليه السلام دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فأخبرته بذلك فقال صدق جابر ثم قال لعنكم ترون أن ليس كل إمام هو القائم بعد الإمام الذي كان قبله.»

البته روایتی در الفصول المختارة (ص ۲۰۵) به نقل از عنبسه بن مصعب آمده که مفاد آن تأیید ناووسیه است؛ اما استناد این روایت به عنبسه ثابت نیست و ممکن است از سوی ناووسیه به وی نسبت داده شده باشد:

دلالت روایت عنبسه بر صحت نکاح منکوحه ابتدا ذکر شده

از حضرت درباره مردی سؤال شده است که سه زن داشته و با عقد واحد، با دو زن دیگر ازدواج کرده و پس از آمیزش با یکی از آنان، از دنیا رفته است. حضرت در پاسخ فرموده: اگر با فردی که نخست نامش برده شده، نزدیکی کرده، نکاحش صحیح است، ارث می برد و باید عده وفات بگیرد؛ ولی اگر دخول نسبت به فرد دوم انجام گردیده، نکاح او باطل شده، ارث هم نمی برد و باید عده شبهه نگه دارد؛ البته در دخول به شبهه هم مهر وجود دارد؛ ولی مهرالمثل لازم می گردد؛ اما دخول به عقد صحیح، سبب استقرار تمام مهرالمستی می گردد.

طبق این حدیث، میزان تشخیص زوجة واقعی از غیر او، تقدّم ذکر نام، در موقع اجرای صیغه عقد است که با تأخیر مستفاد از روایت جمیل بن دراج ناسازگار است؛ پس به حسب ظاهر، دو روایت با یکدیگر معارض هستند.

جمع بین روایت عنبسه و جمیل

ممکن است این دو روایت به نحوی جمع شوند.

کلام شیخ طوسی: حمل نفی تأخیر بر «عقد واحد با دو لفظ»

مرحوم صاحب حدائق ابتدا تعارض بین دو روایت عنبسه و جمیل را مستقر دیده و فرموده است: «لا أعرف وجها للجمع بينهما»^۱ و سپس توجیهی را بیان نموده که ممکن است همان توجیه مرحوم شیخ در جمع بین این دو روایت باشد.^۲

مرحوم شیخ طوسی در نهاییه، و به تبع ایشان ابن بزّاج که معمولاً تابع شیخ طوسی است، در مهذب^۳، دو روایت را این گونه جمع کرده اند: «فإن كان قد عقد علیهما

«فقال فرقة منها إن أبا عبد الله عليه السلام حين لم يموت حتى يظهر فيملا الأرض قسطاً وعدلاً كما ملئت ظلماً وجوراً؛ لأنه القائم المهدي وتعلقوا بحديث رواه رجل يقال له عنبسه بن مصعب عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: "إن جاءكم من يخبركم عني بأنه غشيتني وكفنتني ودفنني فلا تصدقوه". وهذه الفرقة تسقى النواوسية وإنما سميت بذلك لأنّ رئيسهم في هذه المقالة رجل من أهل البصرة يقال له عبد الله بن ناووس».

۱. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۲۶.

۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۲۶.

۳. المهذب (ابن بزّاج)، ج ۲، ص ۱۸۶.

بلفظة واحدة، ثم دخل بواحدة منهما، كان عقدها ثابتا، ويخلى سبيل الاخرى. فإن كان قد عقد عليهما بلفظتين، ثم دخل بالتي بدأ باسمها، كان عقدها صحيحا. وإن دخل بالتي ذكرها ثانيا، كان النكاح باطلا، وتلزمها العدة لأجل الدخول؛^۱ یعنی روایت تخییر بر موردی حمل می شود که عقد واحد، با لفظ واحد انجام گرفته باشد -البته در صورت نزدیکی کردن با یکی از آنان، تعین پیدا می کند و تخییر از بین می رود- اما سابق بودن در ذکر، بر موردی حمل می شود که عقد واحد، با دو لفظ تحقق یافته است.

احتمال اراده «تقدم انشاء عقد خواهر اول» از تعبیر «لفظتين» در کلام شیخ طوسی محتمل است که مراد شیخ طوسی از جمع فوق این باشد که انشای صیغه ممکن است به یکی از این دو صورت انجام گردد:

۱. تقدیم لفظ نکاح، مثل «أنکحت هنداً وزینب»

۲. تأخیر لفظ نکاح، مثل «هند و زینب أنکحتهما أو منکوحتان» یا «هنداً وزینب أنکحت».

چنانچه از قبیل نوع اول باشد، عقد بر اولین اسمی که برده شده، واقع می گردد و عقد دومی باطل است. در مورد پنج زن نیز عقد پنجمی باطل خواهد بود. اما اگر به صورت دوم باشد، تقدّم ذکر تأثیری نداشته و با انتخاب، متعین می گردد. بنابراین می توان روایت عنبسه را حاکی از موردی دانست که صیغه به صورت اول انشاء شود که در این صورت، صحت عقد، مربوط به زنی است که نامش مقدّم ذکر شده است و روایت جمیل را حاکی از موردی دانست که صیغه، به شکل دوم انشاء گردد که در این صورت، مرد در انتخاب یکی از زن ها به عنوان زوجه، مخیر است. از آنجا که شیخ طوسی خواسته جمع عرفی کند^۲، محتمل است که منظور ایشان

۱. النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۵۶.

۲. در حقیقت می توان گفت جمع عرفی دو روایت عنبسه و جمیل این است که گاهی در انشاء، هم زمانی در ایجاد زوجیت فهمیده می شود و گاهی تقدّم و تأخر زمانی. مفاد روایت عنبسه این است که در فرض دوم، عقد زنی که متقدّم ذکر شده صحیح است و مفاد روایت جمیل، حکم به تخییر در فرض هم زمانی است. بنابراین تنافی قابل حلّ است و بعید نیست که مراد شیخ طوسی از تعبیر «لفظة واحدة» و «لفظتين» همین معنا باشد؛ یعنی مراد ایشان از تعبیر «لفظة واحدة»، هم زمانی انشاء و مراد از

از «لفظة واحدة»، صورت دوم انشاء باشد که صیغه عقد با لفظ واحدی مثل «أنکحتهما» یا «منکوحتان»، هر دو اسم را در عرض هم شامل می‌گردد و تقدّم زمانی مطرح نیست و منظور از «لفظتین» نیز صورت اول باشد که انشاء نکاح، نخست بر اسم مقدّم داخل گشته، سپس نام بعدی را شامل می‌گردد و طبیعتاً عقد مقدّم، صحیح و عقد دومی، باطل خواهد بود.

اشکال توجیه فوق: عدم تحقق زوجیت به مجرد ایجاب
 شاید اشکال شود که ایجاب به تنهایی، محقق علقه زوجیت نیست؛ بلکه قبول هم در تحقق آن نقش دارد؛ پس با مجرد گفتن «أنکحت هنداً» در «أنکحت هنداً و زینب» زوجیت هند تحقق نمی‌یابد؛ بلکه باید زمان قبول را هم در نظر گرفت.
 به این اشکال دو جواب می‌توان داد.

پاسخ اول: تحقق زوجیت با ایجاب در فرض تقدیم قبول
 جواب اول این است که اگر قبول، مقدّم باشد، تمامیت عقد با ایجاب متأخّر است و دلیلی هم بر بطلان قبول مقدّم نداریم.

پاسخ دوم: شرط متأخّر بودن «قبول» نه جزء العله بودن
 جواب دوم این است که می‌توان گفت: مقتضی برای علقه زوجیت، همان ایجاب است و قبول به منزله شرط متأخّر برای تأثیر ایجاب است؛ بنابراین می‌توان تقدّم و تأخّر را فقط در مورد ایجاب به حساب آورد و اگر این امر بر طبق قاعده اولیه هم نباشد، می‌توان با عنایت به روایت خاصّ مسئله به آن ملتزم شد و چنین گفت که شارع این نحو انشاء را متدرّج حساب کرده است.^۱

«لفظتین»، تقدّم و تأخّر زمانی انشاء است. بدیهی است که با توجه به این مطلب، مثال «هند و زینب أنکحتهما» یا «منکوحتان» خصوصیتی ندارد؛ بلکه اگر مثلاً بدون ذکر نام هند و زینب گفته شود «أنکحتهما» و با قرینه معلوم باشد که مراد، هند و زینب است، باز هم هم زمانی محقق شده است. مراد استاد^۲ نیز همین مطلب است. در حقیقت، مصداق لفظ واحد، آوردن ضمیر یا اسم اشاره‌ای است که به هر دو خواهر، رجوع می‌کند، خواه مرجع آن لفظاً آمده باشد یا به قرینه مقام، معلوم باشد.

۱. توضیح بیشتر: ممکن گفته شود ایجابی می‌تواند جزء العله برای علقه زوجیت باشد که در محلّ قابل انجام گرفته باشد و با نفس ایجاب بر خواهر یا بر چهار زن، خواهر دیگر یا زن پنجم از صلاحیت

در هر صورت، این جمع عرفی است و عرف از قبول آن اباء ندارد؛ ولی حمل روایت جمیل بر صورت امساک به عقد جدید، بسیار حمل بعیدی است، به ویژه اینکه در مورد مشابه آن در مسئله اسلام کافر، بی تردید شوهر در انتخاب کردن همسران خود مخیر است و نیاز به عقد جدید ندارد.

نظر مختار: تخییر مرد در فرض هم‌زمانی انشاء زوجیت دو خواهر

به نظر می‌رسد در عقد واحد اگر انشاء، هم‌زمان رخ دهد، مرد بدون نیاز به عقد جدید، مخیر در انتخاب است^۱ و مفاد خبر جمیل، نه غیر معقول است و نه مستبعد و نظائری هم در فقه دارد، و چنان‌که در بررسی دلالت روایت جمیل بیان شد، فتوای بسیاری از قدمائز مطابق روایت جمیل بوده است.^۲

برای ایجاب می‌افتند، مگر ایجاب خواهر یا یکی از چهار زن، حالت سخت تأهلی خود را از دست بدهد. این ادعا اگر بر طبق قاعده هم نباشد، روایت خاص می‌تواند دلیل آن باشد.

۱. استاد رحمته در مباحث نکاح فضولی (مسئله ۳۵ در انتهای نکاح عروه) فرموده است که مراد از تخییر در این روایات آن است که شخص مخیر شده حق دارد یکی را انتخاب کند و همچنین حق دارد که هیچ‌یک از دو عقد را نپذیرد؛ زیرا ظهور روایت جمیل در الزام نیست و ممکن است ترخیص باشد؛ یعنی وقتی شخص می‌خواهد هر دو خواهر یا هر پنج زن، همسر او باشند به او گفته شده: یکی را رها کن و باقی را می‌توانی نگاه داری، پس تو که خواهان این زن‌ها هستی فقط در داشتن برخی از آنها ترخیص داری. حال که معلوم نیست حکم مذکور، ترخیص یا الزام است، چون ترخیص مطابق قاعده است، معنای مطابق قاعده یعنی فضولی بودن عقد اخذ می‌شود؛ زیرا در مواردی که روایت دارای معانی متعددی باشد که برخی موافق قواعد است و برخی مخالف آن، حمل بر معانی موافق قواعد متعین است، حتی مرحوم شیخ (مطارج الأنظار (طبع جدید)، ج ۲، ص ۱۴۹-۱۵۰) و آخوند (کفایة الأصول (طبع آل البیت)، ص ۲۲۵-۲۲۶) که در دوران بین تخصیص و تخصّص با هم اختلافی دارند، در این جهت که اگر روایتی بر طبق تفسیری خلاف قاعده باشد و طبق تفسیر دیگر موافق قاعده باشد، بر تفسیر مطابق قاعده، اتفاق نظر دارند.

از سویی چنان‌که در حکم صورت دوم (تزویج دو خواهر با دو عقد) نیز خواهد آمد، عقد دو خواهر با دو عقد نیز فضولی است و در نتیجه در همه صور - چه صورت اول (تزویج دو خواهر با عقد واحد) و صورت دوم (تزویج دو خواهر با دو عقد مقارن) - حکم مسئله یکسان است.

۲. استاد رحمته در مباحث آینده که بر اساس فروع کتاب شرائع است (اسلام آوردن مردی که بیش از چهار زن دارد) فرموده است:

با تأمل در روایات جمیل و عنبسه درمی‌یابیم که تعارضی وجود ندارد؛ زیرا دسته دوم روایات، مسئله را در موردی فرض نموده بود که زوجات، مورد انتخاب واقع نشده و زوج مرده باشد؛ پس اصلاً این دسته

صورت دوم (تزویج دو خواهر با دو عقد) و بررسی حکم آن

صورت دوم از فرض اقتران عقد دو خواهر، تزویج دو خواهر با دو عقد هم‌زمان است.^۱

بطلان تعدی از مورد روایت جمیل به جمع بین دو خواهر با دو عقد

برای صورتی که ازدواج دو خواهر با دو عقد باشد، روایتی وارد نشده است؛ از این رو، فقهاء طبق قواعد، هر دو عقد را باطل دانسته‌اند؛ زیرا مرجحی ثبوتی برای یکی از آنها وجود ندارد و نسبت به «واحد لابعینه» نیز عمومات و اطلاقات ادله قاصر است؛ چون مصادیق آنها معینات است. در نتیجه، ادله نسبت به شمول هر دو عقد، تساقط می‌کنند و به بطلان آنها حکم می‌شود.

تخیر شوهر در روایت جمیل مربوط به صورتی است که هر دو عقد، با یک صیغه انجام گرفته باشد؛^۲ ولی اگر عقدها به دو صیغه باشد، روایت شامل آن نمی‌شود و باید به بطلان هر دو عقد حکم نمود. لحن کلام مرحوم سید به گونه‌ای است که حکم هر دو صورت یکسان است؛^۳ یعنی یا در هر دو باید قائل به تخیر شد یا در هر دو قائل به بطلان، در حالی که این مطلب صحیح نیست؛ بلکه فقط به مورد روایت (صیغه واحد) باید اکتفا کرد و در سایر موارد، طبق قاعده به بطلان هر دو عقد حکم کرد.

کلام آقای خوئی: بطلان عقد وکیل به دلیل ضیق دایره توکیل

مرحوم آقای خوئی در مسئله عقد دو خواهر با عقد واحد، تخیر را پذیرفته است؛

از روایات، متعزز فرض انتخاب زوج نیستند؛ در حالی که دسته اول روایات، فرضی را متعزز شده بود که امکان انتخاب باقی باشد.

۱. البته آنچه در متن عروه در مقام آمده است فرضی است که یک عقد توسط موکل و عقد دیگر توسط وکیل منعقد شده باشد؛ اما فرضی که دو وکیل هر یک عقدی را مقارن برای موکل منعقد کرده باشند مطرح نشده است و در مسئله ۳۵ از مباحث نکاح فصولی آمده است.

۲. توضیح بیشتر: ظاهراً فرقی نیست که صیغه واحد توسط خود زوج انشا شده باشد، یا وکیل او این کار را انجام داده باشد؛ یعنی فرق مورد روایت با سایر موارد، در وحدت صیغه و تعدد آن است، نه در اصل وکیل بودن مجری صیغه.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۶.

اما در فرض جاری که دو عقد هم زمان محقق می شود فرموده است:

«وَأَمَّا الْفَرْضُ الثَّانِي، أَعْنِي مَا إِذَا عَقِدَ هُوَ عَلَى إِحْدَاهُمَا، وَزَوْجَهُ وَكَيْلَهُ مِنَ الْآخِرَى فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ، فَلَا مَجَالَ لِلْقَوْلِ فِيهِ بِالْخِيَارِ، وَ إِنْ نَسَبَ صَاحِبُ الْجَوَاهِرَةِ إِلَى الْقَائِلِينَ بِهِ فِي هَذَا الْفَرْضِ أَيْضًا؛ لَكِنَّهُ مُشْكَلٌ جَدًّا؛ فَإِنَّهُ لَا وَجْهَ لِلتَّعَدِّيِّ عَنْ مُورَدِ النَّصِّ بَعْدَ أَنْ كَانَ الْحُكْمُ عَلَى خِلَافِ الْقَاعَدَةِ.

إِذَنْ فَلَا بَيِّنَةٌ مِنَ الْإِلْتِزَامِ بِالْبَطْلَانِ، إِلَّا أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَخْتَصُّ بِعَقْدِ الْوَكِيلِ دُونَ عَقْدِهِ هُوَ، وَ ذَلِكَ لِقُصُورِ التَّوَكُّلِ عَنْ شُمُولِ التَّزْوِيجِ الْفَاسِدِ الَّذِي لَا يَمْضِي شَرْعًا، فَإِنَّ دَائِرَةَ الْوَكَالَةِ ضَيِّقَةٌ وَلَا تَشْمَلُهُ، كَمَا هُوَ الْحَالُ فِي سَائِرِ الْمَعَامَلَاتِ، وَ مِنْ هُنَا فَلَا يَنْسَبُ فِعْلُ الْوَكِيلِ إِلَيْهِ، وَ يَكُونُ عَقْدُهُ هُوَ بِلَا مَزَاحِمٍ فَيُحْكَمُ بِصَحَّتِهِ لَا مُحَالَةٍ»^۱.

اشکال به کلام آقای خوئی

ادعای بطلان تعدی از مورد روایت در کلام مرحوم آقای خوئی صحیح است؛ ولی آنچه درباره ضیق دایره وکالت فرموده است صحیح نیست.

اشکال اول (صغروی): عدم ارائه دلیل برای بطلان شرعی عقد وکیل

اولاً، اینکه ایشان متعلق وکالت را عقد صحیح شرعی دانسته، با فرض قبول آن، بطلان عقد وکیل را ثابت نمی کند؛ زیرا معلوم نیست که عقد وکیل، باطل باشد و ایشان هم دلیلی برای بطلان شرعی عقد وکیل، جز آنچه بیان شد مطرح نکرد؛ پس ممکن است عقد وکیل، صحت تخییری داشته باشد و مرد در انتخاب عقدها مختیر باشد و در نتیجه، عقد وکیل را از جهاتی مناسب تر ببیند و اختیار کند. اختیار کردن عقد وکیل توسط موکل نیز متوقف بر این نیست که خودش بی واسطه انشای عقد دیگر نکرده باشد؛ بلکه اراده موکل، تحت تأثیر ملاحظات دیگری است که ارتباطی به تحقق یا عدم تحقق عقد دیگر توسط خودش (بی واسطه) ندارد.

ثانیاً، حتی اگر عقد وکیل شرعاً هم باطل باشد، باز هم کار وکیل در مقام، خلاف مقتضای عقد وکالت نبوده است؛ زیرا وکیل، خارج از اختیارات خود عمل نکرده و عقد توکیل ناظر به وکالت عرفی است. به عبارت دیگر، انشای توکیل اختصاص به جایی ندارد که عقد وکیل، فی علم الله صحیح است؛ بلکه اگر وکیل بر طبق موازین ظاهری رفتار کند، ادله وکالت شامل وی می‌گردد، هرچند عقدی که خوانده فی علم الله باطل باشد. مهم این است که وکیل، از قواعد متعارفی که از سوی زوج قرار داده می‌شود تعدی نکرده باشد. حتی اگر موکل به سبب عدم توجه به جهاتی، دست وکیل را برای انجام کارها باز بگذارد و وکیل هم طبق آن عمل کند، موکل نمی‌تواند مدعی شود که وکیل بر خلاف ضوابط تعیینی عمل کرده است.^۱

ولی به تقریب دیگری می توان عقد اصیل را تصحیح کرد.

طبق قواعد اولیه، هر عقدی به گونه «معتین» صحیح است و صحت «أحدهما لا بعینه» خلاف قواعد اولیه است. ادله ای هم که تخیر را ثابت می کند، بر خلاف قواعد اولیه است.

با توجه به این مقدمه، عقلاً چهار صورت برای صحت و بطلان عقد زوج و وکیل تصویر می‌گردد:

۱. هر دو عقد صحیح باشد
۲. هر دو عقد باطل باشد
۳. فقط عقد اصیل صحیح باشد
۴. فقط عقد وکیل صحیح باشد.

۱. البته کلام استاد رحمته الله منافاتی با این امر ندارد که گاهی برخی شروط ارتکازی وجود دارد که عقلاً با آن مانند شرط مذکور رفتار می‌کنند؛ از این رو، اگر وکیل بر خلاف چنین شروط ارتکازی عمل کند، موکل می‌تواند مدعی شود که وکیل بر خلاف ضوابط عمل کرده است. این شروط ارتکازی در فضای متشعّبه نیز ممکن است به نحوی وجود داشته باشد.

مقدمه سوم: بطلان قطعی عقد وکیل و شمولیت اطلاقات نسبت به عقد موکل

نادرستی صورت اول روشن است. همچنین صورت چهارم نیز نادرست است؛ زیرا لازمه آن، زیادی فرع بر اصل است. به عبارت دیگر، اگر قرار باشد شارع یکی از این دو عقد را تصحیح کرده باشد، آن عقد اصیل است، نه وکیل؛ چون عقد وکیل وجود تنزیلی عقد اصیل است و عرفاً نمی‌توان وجود تنزیلی را از وجود حقیقی استوارتر دانست. بنابراین امر، مردّد بین صورت دوم و سوم است و در هر دو حال، عقد وکیل قطعی البطلان است و عقد اصیل مشکوک البطلان؛ پس می‌توان با اصاله العموم یا اصاله الاطلاق به صحت عقد اصیل حکم کرد؛ چون با توجه به قطعی البطلان بودن عقد وکیل، این عقد، مشمول عموم یا اطلاق نیست تا تعارضی پیش آید.

اشکال تقریب فوق: نبود اطمینان نوعی به شمول اطلاقات نسبت به عقد موکل

نظیر این تقریب در برخی مباحث مطرح شد. مانند بحث تعدّی و عدم تعدّی از مرجحات منصوص به غیرمنصوص در تعارض ادله که گفته شد؛ دلیل غیرذوالمزیه، قطعی السقوط است؛ پس با اصاله العموم یا اصاله الاطلاق، اعتبار دلیل ذوالمزیه اثبات می‌گردد، در حالی که این تقریب، صناعی محض است و عرف، متوجه این‌گونه تقریبات نیست. در اعتبار اصاله الاطلاق یا اصاله العموم نسبت به این‌گونه موارد، اطمینان نوعی شرط است و مجرّد ظن کافی نیست. شاهد اطمینان نداشتن عرف در این موارد، این است که در این‌گونه موارد، عرف متحیر می‌گردد و از وظیفه سؤال می‌کند. سؤال‌های راویان در اخبار علاجیه^۱ شاهد خوبی برای عدم اطمینان عرف است.

نظر مختار: بطلان دو عقد

به هر حال، اگر بنا باشد تقریبی برای تصحیح عقد اصیل بیان شود، این تقریب از تقریب مرحوم آقای خوئی بهتر است، هرچند خود نیز محلّ اشکال است.

بنابراین در تمام صورت‌های مسئله هر دو عقد باطل است و فرقی بین عقد اصیل و عقد وکیل نیست. البته مراد از بطلان این نیست که قابل اجازه نیست؛ بلکه مراد این است که فضولی است و با اجازه لاحقّه قابل تصحیح است. مراد از

۱. ر.ک: وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۱۰۶، باب ۹ (باب وجوه الجمع بین الأحادیث المختلفة و کیفیت العمل بها).

فضولی معنایی عام است؛ یعنی تمامی مواردی را که عقدی صلاحیت و شأنت برای صحت دارد، شامل می‌شود.

حکم شک در تقدّم و تأخّر و تقارن عقد دو خواهر

مسأله ۴۴: «... و لو تزوّجهما و شكّ في السبق و الاقتران، حکم ببطلانهما أيضا.»^۱
اگر مردی دو خواهر را به عقد خویش در آورد، در صورت تقارن دو عقد، برخی مانند مرحوم سید، بطلان هر دو عقد را اختیار کردند و برخی مانند مرحوم آقای خوئی، تخییر زوج در انتخاب یکی از عقدها را اختیار کردند. در صورت تقدّم یکی از عقدها و علم به آن، عقد متقدّم بی‌تردید صحیح است و عقد متأخّر باطل؛ اما در صورت شک در تقارن یا تقدّم و تأخّر عقدها، حکم مسئله را باید طبق دو مبنای تخییر و بطلان در صورت تقارن بحث کرد. ما ابتدا بنابر مبنای بطلان در فرض تقارن این بحث را دنبال می‌کنیم.

ملازمه نداشتن حکم اقتران عقد خواهرها و اقتران عقد یک زن برای دو مرد

مرحوم سید طبق مبنای خود که بطلان هر دو عقد در صورت تقارن را پذیرفت، در اینجا نیز بطلان هر دو عقد را اختیار می‌کند. در مسئله دیگری هم که خواهد آمد، یعنی موردی که دو وکیل، یک زن را برای دو مرد عقد می‌کنند، مرحوم سید در صورت تقارن یا شک در تقارن، به بطلان عقدها حکم کرده است.^۲ البته طبق مبنای تخییر، بین حکم این دو مسئله در فرض اقتران عقدها ملازمه‌ای وجود ندارد؛ یعنی اگر کسی در مسئله دو خواهر که مسئله جاری است، به تخییر حکم کند، لزومی ندارد در آن مسئله (مسئله عقد دو مرد) هم به تخییر حکم کند؛ زیرا مسئله تخییر بر خلاف قاعده است؛ از این رو، مرحوم آقای حکیم و آقای خوئی با اینکه در مقام (مسئله دو خواهر) قائل به تخییر شده‌اند،^۳ در آن مسئله در فرض اقتران، قائل

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۶.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۵، م ۳۵.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۵۲؛ موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۳۴۷.

به بطلان شده‌اند.^۱ در هر حال، حکم به بطلان در آن مسئله، مورد وفاق است^۲ و در

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۵۲۱؛ موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۸۶.

۲. ظاهراً مراد استاد^۳ از وفاق بودن حکم به بطلان عقد در مسئله اقتران عقد دو وکیل، ادعای اجماع قدما و متأخرین نیست؛ بلکه مراد این است که از قفهای متأخر، آن عده که متعرض مسئله شده‌اند، همه قائل به بطلان هر دو عقد شده‌اند؛ لذا نظر مختار استاد^۴ که اختیار فضولی بودن عقد وکیل هاست با اشکال مواجه نخواهد بود.

البته بسیاری از کسانی که مسئله اقتران عقد دو وکیل را مطرح کرده‌اند، در باب نکاح مطرح نکرده‌اند؛ بلکه در باب متاجر و معاملات مطرح کرده‌اند. در هر حال علامه حلی در مختلف قائل به تخیر شده؛ ولی ایشان نیز قبل از اختیار یکی از دو عقد، هیچ‌یک از عقدها را نافذ ندانسته است:

«و ليس ببعید عندي من الصواب أن يجعل لها الخيار في إمضاء عقد أيهما كان؛ إذ عقد كل واحد منهما قد قارن زوال ولايته؛ لأنها حالة عقد الآخر، فبطلت هيئة عقد كل منهما، وهي اللزوم، و يبقى كل منهما كأنه فضولي في العقد» (مختلف الشيعة، ج ۷، ص ۱۲۶) گرچه علامه چنان‌که در ذیل آمده است، در قواعد قول به بطلان را اختیار کرده است.

المبسوط، ج ۴، ص ۱۸۱: «إذا علم أنَّ النكاحين وقعا معا ولم يسبق أحدهما الآخر، بطلا؛ لأنه لا يصح أن يكون زوجة لهما معا».

إصباح الشيعة، ص ۴۰۶: «و إذا لم يسبق أحد النكاحين الآخر أو اشتبها، بطلا جميعا، وإن ادعى كل واحد من الوليين أنَّ عقده لها».

كشف الرموز، ج ۲، ص ۱۱۹: «وجه البطلان، حصول العقدین معا علی امرأة واحدة، و هو منهي عنه و لا ترجیح لأحدهما فی حکم له؛ هذا مقتضى النظر».

المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۷۴: «إذا زوجها الأخوان برجلين، فإن تبرعا، اختارت أيهما شاءت؛ وإن كانا وکيلين و سبق أحدهما، فالعقد له ... وإن اتفقا بطلا».

قواعد الأحكام، ج ۲، ص ۲۱: «و لو اتفق عقد الوکيلين علی الجمع و التفريق فی الزمان بطلا».

اللغة الدمشقية، ص ۱۷۷: «و لو زوجها الأخوان برجلين، فالعقد للتسابق إن كانا وکيلين، و إلا فلتختار ما شاءت؛ و تستحب إجازة عقد الأكبر، و إن اقترنا، بطلا، إن كان كل منهما وکيلا».

التنقيح الرابع، ج ۳، ص ۴۰: «أما البطلان، فالأن الحكم بصحتهما معا باطل و الحكم بصحة أحدهما دون الآخر مع ثبوت وکالتهما، ترجیح من غیر مرجح، فتعين البطلان. قال العلامة: لا یبعد عندي أن يجعل لها الخيار ... و فيه نظر؛ لأن العقدین مع وقوعهما دفعة متتایان مطلقا و يلزم البطلان مطلقا أعم من بطلان الهيئة و بطلان نفس العقد، و العام لا دلالة له علی الخاص، فبقى العقد مشکوکا فی صحته؛ و لا نغني بالبطلان إلا ذلك؛ لأن الموقوف علی الإجازة، يكون معلوم الوقوع».

المهذب البارع، ج ۳، ص ۲۲۷: «و إن اتفقا فی حالة واحدة، بطلا؛ لتدافعهما؛ لأنه لا يجوز أن يكون زوجة لهما، و تقدیم أحدهما علی الآخر ترجیح بلا مرجح».

غایة المرام، ج ۳، ص ۳۳: «و مع الاقتران یبطل العقدان؛ لتدافعهما، فتقدیم أحدهما علی الآخر ترجیح من غیر مرجح».

مسئله دو خواهر مورد قبول اکثر متأخرین^۱، از جمله مرحوم سید است.

صُور شک در اقتران عقد هند و زینب

مسئله شک در اقتران یا تقدّم و تأخّر دارای شقوق مختلفی است.

صورت اوّل (ثنائی الاحتمال): احتمال تقارن و تقدّم عقد هند

صورت اوّل این است که شک، دو احتمالی است؛ مثلاً زوج شک می‌کند که آیا عقد هند و زینب در یک زمان واقع شده است یا عقد هند مقدّم بوده؛ ولی احتمال تقدّم عقد زینب را نمی‌دهد. شک در دو احتمالی به دو صورت متصور است؛ گاهی هر دو عقد، مجهول التاریخ هستند و گاهی یکی معلوم التاریخ و دیگری مجهول التاریخ است.

صورت دوم (ثلاثی الاحتمال): احتمال تقارن، تقدّم و تأخّر عقد هند

صورت دوم این است که شک، سه احتمالی است که علاوه بر آن دو احتمال، زوج

جامع المقاصد، ج ۴، ص ۸۷: «لو اتفق عقد البيع الصادر من الوكيلين ... زمانا - بأن كان زمان أحد العقدین بعینه هو زمان الآخر - بطلا على أصح الوجهين؛ للتنافي».

الروضة البهیة (چاپ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۸۱: «فإن اقترنا» في العقد قبولاً، «بطلا»؛ لاستحالة الترجیح والجمع».

مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۸۹: «وإن وكلّتهما معا، صحّ عقد السابق منهما، و بطل اللاحق؛ وإن اقترنا دفعة واحدة بطلا؛ لاستحالة الترجیح من غیر مرجّح».

نهاية المرام، ج ۱، ص ۹۳: «يتحقق اتفاق العقدین باقترانهما في القبول وإنما بطل العقدان، لامتناع الحكم بصحتهما لتنافيها، وبصحة أحدهما دون الآخر، لأنه ترجیح من غیر مرجّح».

كفاية الأحكام، ج ۲، ص ۱۰۴: «وإن اتفق العقدان بالقبول في وقت واحد، بطلا».

أنوار الفقاهة، ص ۱۹: «ولو وقع عقد الولیین أو الوكيلین في زمان واحد - بأن اتحد زمان آخر القبول منهما أو متن عقدا معه - وكانا مختلفین في جهة العقد لا يمكن الجمع بينهما، بطلا...».

۱. برای نمونه:

الوسیلة، ص ۲۹۳؛ السرائر، ج ۲، ص ۵۲۲ و ۵۳۶؛ شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۳۴؛ المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۷۹؛ إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۲۲؛ تلخیص المرام، ص ۱۸۵؛ إيضاح الفوائد، ج ۳، ص ۹۳؛ اللمعة الدمشقیة، ص ۱۷۸؛ كنز العرفان، ج ۲، ص ۱۸۸؛ المقتصر من شرح المختصر، ص ۲۳۹؛ غایة المرام، ج ۳، ص ۵۵؛ جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۵۰؛ أنوار الفقاهة، ص ۹۶؛ رسالة في التحريم من جهة المصاهرة، ص ۴۱۲؛ رك: العروة الوثقى (المحشى)، ج ۵، ص ۵۵۷، م ۴۴.

احتمال تقدّم عقد زینب را هم می‌دهد. در این شک نیز دو صورت متصور است؛ گاهی هر دو عقد، مجهول‌التاریخ هستند و گاهی یکی معلوم‌التاریخ و دیگری مجهول‌التاریخ است.

ظهور کلام مرحوم سید در بطلان هر دو عقد حتی عقد معلوم‌التاریخ

مرحوم سید، متعرض هیچ‌کدام از این شقوق نشده است؛ ولی از عبارات ایشان در این بحث و بحث بعدی استفاده می‌شود که مطلقاً قول به بطلان را اختیار کرده است. در این مسئله ایشان تفصیلی قائل نشده، با اینکه در مسئله قبلی^۱ که شک در سبق و لحوق بود، بین معلوم‌التاریخ و مجهول‌التاریخ تفصیل داده است.

همچنین ایشان در مسئله‌ای که در آینده خواهد آمد («اذا زوجها أحد الوكيلين من رجل و زوجها الوكيل الآخر من آخر...») نیز بین معلوم‌التاریخ و مجهول‌التاریخ تفصیل نداده است؛ زیرا در آنجا فرموده است: اگر شک در سبق و اقتران باشد، به بطلان دو عقد حکم می‌شود؛ زیرا یقین به صحت احدالعقدین نداریم و احتمال می‌دهیم مقارن یکدیگر واقع شده باشند^۲؛ اما اگر سبق احدالعقدین مسلم باشد و سابق مشکوک باشد، در اینجا یقین اجمالی به صحت احدالعقدین داریم؛ پس باید بین معلوم‌التاریخ و مجهول‌التاریخ تفصیل داد.^۳

پس می‌توان نتیجه گرفت که ایشان در مسئله شک در سبق و اقتران، بین معلوم و مجهول‌التاریخ تفصیل نمی‌دهد.^۴

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۵، م ۴۳.

۲. البته چنان‌که در مباحث نکاح فضولی (مسئله ۳۵) به تفصیل خواهد آمد، در دو اصل متعارض چنانچه قدر مشترک داشته باشند، می‌توان نفی ثالث کرد. در مقام (شک در سبق و اقتران عقدین) نیز دو استصحاب عدم سبق گرچه در نفی تقدّم - که مدلول مطابقی هر یک است - متعارض هستند، اما در نفی تقارن - که مدلول التزامی هر یکی از این دو است - تعارضی ندارند، و وقتی که نفی تقارن شد داخل در فرض ثنائی الاحتمال می‌شود که فقط احتمال تقدّم و تأخر وجود دارد. البته تنها مرحوم آقای نایینی این مطلب را بیان کرده است (العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۴۵). در سیره عقلاء نیز چنین است؛ یعنی اگر دو معامله انجام گیرد و بعد معلوم شود که یکی از آنها فی الجمله و بدون تعیین، اشکالی دارد، چنین نیست که عقلاء آثار عقد صحیح موجود را مرتب نکنند.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۵-۸۷۶، م ۳۵.

۴. توضیح بیشتر: استاد الله اطلاق داشتن کلام را در جایی که متکلم غفلت از صور مختلف مسئله

ظهور کلام مرحوم سید در بطلان هر دو عقد حتی در فرض دوا احتمالی

همچنین در مورد دوا احتمالی یا سه احتمالی بودن شک، به نظر ما ایشان تفصیلی قائل نیست و نمی‌توان کلام ایشان را مختص فرض سه احتمالی دانست؛ زیرا لازمه‌اش این است که مرحوم سید، مرکب دو اشتباه شده باشد؛ یکی التفات نداشتن به اینکه تعبیر «شک در سبق و اقتران» هر دو فرضی شک دوا احتمالی و شک سه احتمالی را شامل می‌شود؛ زیرا اگر مراد ایشان، تنها فرض سه احتمالی بود، باید لفظی را به کار می‌برد که مفادش اوسع از فرض سه احتمالی نباشد، و دیگری اینکه لازمه اختصاص کلام ایشان به فرض سه احتمالی این است که ایشان وقتی در مقام بیان فروع مسئله برآمده، فقط شقوق سه احتمالی را مطرح کرده باشد و متعرض شقوق دوا احتمالی نشده باشد، با اینکه شک دوا احتمالی فرض نادری نیست و وجهی ندارد متعرض آن نشود.

بنابراین عدم تعرض نسبت به فرض دوا احتمالی، خلاف ظاهر کلام مرحوم سید است؛ پس باید گفت که سید مطلقاً قول به بطلان عقدین را اختیار کرده است، خواه شک، دوا احتمالی باشد یا سه احتمالی.

نکته قابل توجه این است که مرحوم آقای حکیم در این بحث، یعنی جمع بین دو خواهر، فقط تفصیل مربوط به دوا احتمالی و سه احتمالی را مطرح کرده و در مباحث نکاح فضولی (مسئله ۳۵) که بحث اجتماع دو مرد مطرح شده، فقط تفصیل مربوط به معلوم التاریخ و مجهول التاریخ را بیان کرده است^۱، در حالی که به نظر می‌رسد این دو تفصیل، در هر دو مسئله باید مورد بحث قرار گیرد. البته محسین دیگر نیز در آن مسئله هیچ یک این فرض را مطرح نکرده‌اند.^۲

داشته باشد، یا به آن جاهل باشد منکر است. در مسئله جاری، با عنایت به اینکه مصنف بلافاصله بعد از مسئله مورد بحث، تفصیل بین معلوم التاریخ و مجهول التاریخ را مطرح ساخته، احتمال غفلت از صور مسئله در این مسئله منتفی است؛ از این رو، تردیدی در اطلاق کلام مصنف بر جای نمی‌ماند.

۱. استاد^۳: مرحوم آقای خوئی، صورت دوا احتمالی را خارج از فرض مرحوم سید دانسته است: موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۳۴۹: «و الظاهر، خروج الفرض الأول عن محل کلامه^۴، فإثنا ظاهر في احتمال السبق في الطرفين».

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۵۲۱.

۳. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۴۵.

حال، حکم صور مسئله طبق دو مبنایی که در فرض تقارن دو عقد وجود دارد بررسی می‌شود. مبنای اول، مبنای مرحوم سید است که در فرض تقارن، قائل به بطلان هر دو عقد است و مبنای دوم، قول به تخییر در فرض تقارن دو عقد است. طبق هر دو مبنا، صورت اول (دو احتمالی) و دوم (سه احتمالی) که به آن اشاره شد، بررسی خواهد شد.

بررسی حکم صور مسئله، طبق مبنای بطلان عقد مقارن خواهرها
ابتدا بر اساس قبول بطلان عقد مقارن خواهرها، صور مسئله بررسی می‌شود.

حکم صورت اول (دو احتمالی): صحت عقد محتمل التقدّم
صورت اول، فرض دو احتمالی است. در صورت شک در تقارن عقد هند و زینب یا تقدّم عقد هند و همین‌طور در آن مسئله دیگر که صورت شک در تقارن عقد زید و عقد عمرو یا تقدّم عقد زید است، عقدی که احتمال سبق آن داده نمی‌شود، باطل است؛ زیرا یا عقدها هم‌زمان هستند که هر دو باطل‌اند^۱، یا یکی مقدّم است که در نتیجه، عقد متأخر باطل است. در بحث جاری نیز طبق مبنای مرحوم سید، عقد زینب به‌طور قطع باطل است و فقط عقد هند احتمال دارد که صحیح باشد؛ اما طبق مبنای مرحوم آقای حکیم و آقای خوئی و بیشتر قدما، شک حاصل می‌شود که آیا عقد هند تعیناً صحیح است، یا باید حکم به تخییر شوهر شود تا عقد یکی از دو خواهر را اختیار کند.

با توجه به این مقدمه، بیان مرحوم آقای حکیم^۲ این است که با دو وجه می‌توان صحت عقد هند را اثبات کرد؛ یکی اصالة الصّحّة و دیگری استصحاب.

دلیل اول: اصالة الصّحّة و معتبر نبودن احتمال التفات در مقام آنچه مسلم است این است که مجرای اصالة الصّحّة، فعل غیر است؛ پس باید دید آیا در مواردی که خود شخص می‌داند متوجه نبوده، می‌تواند در عمل خودش

۱. استاد رحمته الله: زیرا بحث ما طبق مبنایی است که در فرض افتراق دو عقد، قائل به بطلان هر دو عقد است و مبنای دوم که تخییر شوهر است در بحث بعدی خواهد آمد.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۵۳.

اصالة الصخه جاری کند یا خیر.

در مباحث سابق^۱، از کلام مرحوم سید چنین استفاده شد که اصالة الصخه در این صورت جاری است و نظر مختار نیز همین است؛ زیرا بیان شد وقتی پای شخصی دیگر در کار باشد، اصالة الصخه در عمل خود شخص، همچون اصالة الصخه در عمل غیر، جاری است و احتمال تذکر، شرط نیست و در صورت علم به عدم تذکر هم اصالة الصخه جاری می شود؛ پس می توان در مسئله فعلی با اصالة الصخه نتیجه گرفت که عقد هند صحیح است.

دلیل دوم: استصحاب عدم هم زمانی

دلیل دوم بر صحت عقد محتمل التقدّم، استصحاب است؛ زیرا شک داریم آیا عقد زینب با عقد هند هم زمان بوده یا متأخر و با استصحاب، احتمال هم زمانی را نفی می کنیم.^۲

اشکال: عدم جریان استصحاب در معلوم التاريخ طبق مبنای مرحوم سید و آقای حکیم اما نسبت به استصحاب، اشکالی که طبق مبنای مرحوم سید و آقای حکیم وارد است، این است که این دو فقیه^۳ بین معلوم التاريخ و مجهول التاريخ فرق می گذارند؛ از این رو، نباید در این مسئله بدون هیچ تفصیلی، استصحاب را مصتح عقد هند بدانند. مثلاً اگر عقد هند، معلوم التاريخ باشد و عقد زینب، مجهول التاريخ، می توان در عقد زینب، استصحاب عدم جاری کرد و عقد مقارن عقد هند را با استصحاب، نفی کرد و صحت عقد هند را نتیجه گرفت؛ اما در عکس این فرض که عقد هند، مجهول التاريخ باشد و عقد زینب، معلوم التاريخ، نمی توان نسبت به عقد زینب، استصحاب جاری کرد؛ چون مرحوم آقای حکیم، استصحاب در معلوم التاريخ را جاری نمی داند و در فرض مجهولی التاريخ هم به

۱. ر.ک: کتاب نکاح (تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی)، محرمات مصاهرتی، مسئله ۳۱، شک در تقدّم و تأخر زنا؛ و مسئله ۴ از فصل محرمات ابدی، تزویج حال احرام؛ و مسئله ۲۱ از فصل محرمات بالمصاهرة، شک در تقدّم و تأخر عقد بنت الأخ زوجة.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۵۳.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۴۴.

دلیل تعارض، استصحاب کارایی ندارد. پس نظر مرحوم آقای حکیم که به طور مطلق با استصحاب، صحت عقد هند را اثبات می‌کند، صحیح نیست.

توجیه استصحاب با اصل عدم ازلی

البته می‌توان کلام مرحوم آقای حکیم را این‌گونه توجیه کرد که ایشان نمی‌خواهد در معلوم‌التاریخ، استصحاب عدم عقد، جاری کند تا با مبنای خودشان مخالفت داشته باشد؛ بلکه از کلامشان برداشت می‌شود که می‌خواهد استصحاب عدم ازلی جاری کند؛^۱ به این بیان که عقد هند، قبل از وجود، متصف به صفت هم‌زمانی با عقد زینب نبوده است؛ شک می‌شود که آیا در هنگام وجود، به این صفت متصف شده یا خیر؛ با استصحاب، این اتصاف نفی می‌شود و نتیجه گرفته می‌شود که عقد هند، هنگام وجود، وصف هم‌زمانی را نداشته است؛ بنابراین عقد هند مبطلی نداشته است و تفصیل بین معلوم‌التاریخ و مجهول‌التاریخ هم وجهی ندارد.^۲

اشکال مبنایی: غیرعرفی بودن اصل عدم ازلی

ولی صحت این توجیه، متوقف بر جریان استصحاب عدم ازلی است که به نظر مختار، چنین استصحابی عرفی نیست^۳؛ بنابراین باید بین معلوم‌التاریخ و مجهول‌التاریخ از جهت جریان استصحاب تفصیل داده شود؛ زیرا طبق نظر مختار، استصحاب در معلوم‌التاریخ جاری نیست، همان‌گونه که مرحوم سید و آقای حکیم نیز جاری نمی‌دانند.

۱. مرحوم آقای حکیم، اصل عدم ازلی را صحیح دانسته است؛ برای نمونه:

مستمک العروة الوثقی، ج ۱، ص ۱۳۵: «أما في الصورة الأولى: فأصالة العدم فيها من قبيل استصحاب العدم الأزلي الثابت قبل وجود الموضوع، و هو محلّ كلام بين الأعلام، وإن كان الأظهر جريانه؛ و ص ۱۶۴: «و قد عرفت فيما سبق، صحة جريان الأصل في العدم الأزلي».

۲. توضیح بیشتر: در حقیقت، اگر موضوع استصحاب، عقد هند و محمول آن، متصف نبودن به تقارن با عقد زینب باشد، این قضیه به مفاد لیس ناقصه است و به نحو سالبه به انتفاء موضوع صادق است؛ بنابراین استصحاب، از قسم عدم ازلی است، ولی معلوم‌التاریخ بودن عقد زینب، مشکلی در این بحث نمی‌آفریند.

۳. همچنین تمسک به اصل عدم ازلی، طبق مبنای مرحوم سید صحیح نیست، چنان‌که استاد^۴ به این مطلب در مسئله ۹ از فصل ۱۲ نکاح (اولیاء عقد) تصریح کرده و خود مرحوم سید نیز به اصل عدم ازلی تمسک نکرده است؛ بنابراین استاد^۵ این توجیه را فقط طبق مبنای مرحوم آقای حکیم بیان کرده است.

اشکال را مطرح کرده‌اند که لزومی برای یقین به صحت احدالعقدین در جریان استصحاب نیست. چه مانعی دارد که در مجهول‌التاریخ استصحاب جاری شود و با همین استصحاب، اقتران و سبق عقد مجهول‌التاریخ نفی شود و صحت عقد دیگر نتیجه گرفته شود؟

پاسخ اول: جاری نشدن استصحاب در احکام عقلی مثل بطلان دو عقد متقارن از بین محشّین عروه در آن مسئله، تنها کسی که برای کلام مرحوم سید وجهی ذکر کرده، مرحوم آقای گلپایگانی است که بر فرض صحت توجیه ایشان، در مقام نیز نباید تفصیل داده شود، همان‌طور که مرحوم سید تفصیل نداده است. ایشان فرموده که اگر احتمال مقارنت دو عقد داده نشود، می‌توان به صحت عقد معلوم‌التاریخ حکم کرد؛ چون فقط احتمال تقدّم و تأخّر هر یک از دو عقد داده می‌شود؛ پس در مجهول‌التاریخ، استصحاب جاری می‌شود و صحت عقد معلوم‌التاریخ نتیجه گرفته می‌شود؛ ولی بحث مرحوم سید، در جایی است که احتمال مقارنت دو عقد داده می‌شود؛ از این‌رو، برای اینکه به صحت عقد حکم شود باید احتمال مقارنت نفی گردد، در حالی که این احتمال وجداناً وجود دارد و حتی با اجرای اصل نیز امکان نفی آن نیست؛ زیرا بطلان دو عقد متقارن از باب حکم عقل است که ترجیح بلامرجّح را باطل می‌داند و ادّله‌ای مثل دلیل اصالة الصحة یا استصحاب، فقط ناظر به احکام شرعی هستند، نه احکام عقلی؛ در نتیجه، چون احتمال مقارنت هیچ دافعی ندارد، مقتضای اصالة الفساد این است که در همهٔ فروض، به بطلان حکم شود، همان‌طور که مرحوم سید حکم کرده است.^۱

در مسئلهٔ اختین که بحث جاری است نیز برخی همین اشکال را مطرح کرده‌اند، اما مرحوم آقای سید ابو الحسن اصفهانی اشکال نکرده است. البته مرحوم آقای نایینی نیز در بحث جاری اشکال نکرده است، اما می‌توان گفت ایشان در این بخش - بر خلاف مرحوم آقای سید ابو الحسن اصفهانی - اصلاً در هیچ مسئله‌ای حاشیه نزده؛ یعنی ظاهراً اقدام به تعلیقه نسبت به این بخش از عروه نکرده است؛ لذا سکوت ایشان نشانهٔ قبول کلام ماتن (مرحوم سید) نیست. مرحوم آقای بروجردی نیز که در آن مسئله فتوا به صحت داده، در مسئلهٔ اختین با تعبیر «مشکل» تعلیقه زده است که دلالت بر احتیاط دارد. مرحوم آقا ضیاء عراقی نیز که در بحث جاری کلام مرحوم سید را نپذیرفته، در آن مسئله تعلیقه‌ای نزده است العروة الوثقی (المحشّی)، ج ۵، ص ۵۵۸ و ۶۴۵.

۱. العروة الوثقی (المحشّی)، ج ۵، ص ۶۴۵-۶۴۶.

اشکال پاسخ اول

اما توجیهی که مرحوم آقای گلپایگانی بیان کرده است، از دو جهت قابل مناقشه است.

اشکال اول: شرعی بودن بطلان عقد دو خواهر

اولاً، در این توجیه، بطلان عقد یک زن با دو مرد - که البته نظیر آن در بحث جاری ازدواج یک مرد با دو خواهر است - از باب حکم عقل دانسته شده،^۱ در حالی که از شئون شارع است و بطلان آن از آیه قرآن استفاده می‌شود.^۲ اگر شارع چنین حکمی نداشته باشد، عقلاً وجهی برای حکم به بطلان وجود ندارد، نه در عقد مقارن و نه در عقد متعاقب؛ زیرا از جهت حکم عقل، هیچ مانعی از صحت هر دو عقد نیست. شنیده شده در برخی جوامع کمونیستی همان طور که در اموال اشتراک بوده در زوجه نیز اشتراک بوده است و این محذور عقلی ندارد که کسی آن را از باب اجتماع نقیضین محال بداند، نظیر کنیزی که دو مالک دارد.

بنابراین، در مقام و هم در بحث ازدواج زن با دو مرد، بطلان یکی یا بطلان هر دو، یا حکم به قرعه یا اعتبار نظر حاکم و مانند آن - که همگی ثبوتاً محتمل است - مستند به حکم شارع است و اصاله الصحّه و استصحاب می‌توانند ناظر به آن باشند.

اشکال دوم: کفایت شرعی بودن منزل با فرض عقلی بودن منزل علیه (بطلان عقد دو خواهر) ثانیاً، حتی در مواردی که تنزیلی صورت گرفته و منزل علیه، امری عقلی است، شرعی بودن منزل کفایت می‌کند تا حکم از شئون شارع دانسته شود، همان طور که در مباحث قبلی به تفصیل بیان شد،^۳ مثلاً حجیت قطع به حکم عقل است؛ ولی با این حال، اگر گفته شود: «ظن در حجیت، به منزله قطع است»، این تنزیل از شئون شارع است.

۱. البته چنان‌که در متن بیان شده مرحوم آقای گلپایگانی در بحث ازدواج یک زن با دو مرد که در بحث نکاح فضولی خواهد آمد این مطلب را فرموده است، اما آن مبحث با بحث جاری ملاک یکسانی دارد؛ لذا استناد به تطبیق آن در بحث جاری (اختین) را چنین بیان کرده است.

۲. النساء، ۲۳.

۳. کتاب نکاح، عقد اختین، حکم اجبار مرد بر طلاق در صورت وجوب اجتناب از خواهرها، بررسی کلام مرحوم آخوند در مفاد لاضرر.

اشکال سوم: امکان حکم شارع به حکم عقلی غیر بدیهی اولیه

به علاوه اگر مطلبی که عقلی است اما جزء بدیهیات اولیه نیست تا حکم شارع به این امر عقلی از قبیل توضیح و اوضحات باشد، چنانچه شارع به چنین امر عقلی حکم کند اشکالی ندارد. آیا مرحوم آقای گلپایگانی که مانند مرحوم سید به بطلان هر دو عقد حکم کرده، مطلبی خارج از شأن فقیه و شارع فرموده است؟! اینکه مشهور است باید ترتب بین مستصحب و حکم مستصحب، ترتب شرعی باشد نه ترتب عقلی مطلب روشنی نیست؛ زیرا عمده دلیل بر این مطلب، انصراف ادله استصحاب از برخی موارد است. اگر بر فرض گفته شود «طبق حکم عقل، چنانچه نماز با یکی از واجبات دیگر تراحم پیدا کند، نماز صحیح است» و شارع نیز همین را حکم کند، اگر این مطلب عقلی از بدیهیات اولیه نباشد که حکم شرع به آن، توضیح و اوضحات محسوب شود، دیگر ادله استصحاب انصراف از آن ندارد و شامل آن خواهد بود؛ لذا در جایی که شک در ترک آن واجب دیگر داشته باشیم با استصحاب عدم ترک، می توان حکم به بطلان نماز را نفی کرد.

اشکال چهارم: یکسانی فرض ثنائی الاحتمال و ثلاثی الاحتمال در عقلی بودن بطلان

اشکال دیگری نیز ممکن است ابتدائاً به نظر آید؛ زیرا مرحوم آقای گلپایگانی بین سبق و اقتران دو عقد تفصیل داده است.

توضیح مطلب: بر اساس کلام مرحوم آقای گلپایگانی در فرضی که دو عقد، مقترن باشند، بطلان دو عقد مقارن، به جهت حکم عقل به بطلان ترجیح بلامرجح است و ادله اصول ناظر به احکام عقلی نیست تا بتوان نفی تقارن کرد. اما ممکن است گفته شود بطلان عقد لاحق به سبب عقد سابق نیز حکم عقل است؛ پس چرا ایشان در شک نسبت به سبق و لحوق - بدون احتمال اقتران - که ثنائی الاحتمال است، چنین اشکالی را مطرح نکرده و استصحاب را جاری دانسته است؟

پاسخ: عقلی نبودن بطلان در فرض ثنائی الاحتمال

ولی این اشکال قابل پاسخ است؛ زیرا عقل حکم به بطلان عقد لاحق به جهت عقد سابق نمی کند، بلکه محتمل است عقد دوم صحیح باشد. شاهد این مطلب آن است که مرحوم آقای خوئی - چنان که در انتهای مباحث جمع بین اختین

خواهد آمد- در عقد مرد با زن و دختر آن زن معتقد است که اگر عقد با دختر متأخر باشد و با مادر نزدیکی نشده باشد، عقد مادر باطل خواهد شد و عقد دختر صحیح است.

پاسخ دوم: تعارض اصالة الصّحّة با استصحاب عدم عقد صحیح

ممکن است پاسخ دیگری مطرح شود و آن اینکه شاید نظر مرحوم سید این باشد که در موارد احتمال تقارن دو عقد، برخلاف موارد علم به تقدّم یکی از دو عقد، اصلی وجود دارد که مقتضی فساد است و آن «استصحاب عدم عقد صحیح به نحو سالبه کلیه» است؛ یعنی در گذشته، عقد صحیحی نسبت به این دو خواهر وجود نداشته است، الآن شک می شود که آیا عقد صحیح حاصل شده یا خیر؛ با لحاظ استصحاب، این سالبه کلیه ابقاء می شود. از سوی دیگر، اصلی که صحت یکی از دو عقد را بالخصوص اثبات می کرد با استصحاب مذکور به نحو تعارض موجب جزئیّه با سالبه کلیه تعارض می کند.

بنابراین در مواردی که احتمال تقارن دو عقد داده می شود، راهی برای تصحیح احدالعقدین وجود ندارد و باید به بطلان هر دو حکم شود.

اشکال پاسخ دوم

این توجیه نیز از دو جهت ناتمام است.

اشکال اول: تقدّم اصالة الصّحّة (در موارد جریان آن) بر استصحاب

اولاً، در بعضی فروض که اصالة الصّحّة جاری می شود، اصالة الصّحّة بر استصحاب تقدّم دارد؛ پس این توجیه، این موارد را شامل نمی شود.

اشکال دوم: تقدّم اصل دارای مفاد «کان ناقصه» بر اصل دارای مفاد «لیس تامّه»

ثانیاً، در مورد تعارض دو استصحاب، همان طور که در مباحث گذشته بیان شد^۱، اصلی که مفادش «کان ناقصه» است، بر اصلی که مفادش «لیس تامّه» است، حاکم

۱. توضیح بیشتر: یعنی با استصحاب عدم در مورد همان عقد (به نحو سالبه کلیه)؛ ولی استصحاب عدم در مورد عقد دیگر، طرف معارضه نیست.

۲. کتاب نکاح، مسئله ۲۱ (عقد با برادرزاده و خواهرزاده زوجه) و مسئله ۴ (عقد حال احرام).

است. مثلاً شخصی که با وضو بوده و الآن در طهارتش شک می‌کند و با طهارت استصحابی نماز می‌خواند، بی‌تردید نمازش صحیح است، حتی در این خصوص، روایت هم وارد شده است؛ در عین حال، در همین مسئله، استصحابی به نحو «لیس تأمه» جاری است به این مضمون که نماز صحیحی از این شخص صادر نشده بود و بعد از نماز شک می‌کند که صادر شده است یا خیر؛ استصحاب اقتضا می‌کند که صادر نشده است. با این وجود، هیچ‌کس این استصحاب را معارض با استصحاب طهارت نمی‌داند؛ چون شکی که موضوع این استصحاب است، مستبب از شک در طهارت است و با اجرای اصل در شک سببی، شکی در ناحیه مستبب باقی نمی‌ماند.

در بحث کنونی هم با همین بیان می‌توان گفت که اصلی که صحت احدالعقدین را بالخصوص اثبات می‌کند، اصل سببی است و بر اصل مستببی که می‌گوید عقد صحیحی واقع نشده، حاکم است و چون اصل سببی، طبق مبنای مرحوم سید، فقط در عقد مجهول‌التاریخ جاری می‌شود و صحت عقد معلوم‌التاریخ را نتیجه می‌دهد، بازگشت امر به همان نقطه اول است که لازم بود بین معلوم‌التاریخ و مجهول‌التاریخ تفصیل داده شود. در نتیجه، اشکال به مرحوم سید وارد است.

بررسی حکم صور مسئله، طبق مبنای تخییر در عقد مقارن خواهرها

مطالبی که تا اینجا در فرض شک دواحتمالی و سه احتمالی بیان شد، طبق مبنای

۱. تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۸، ح ۱۱: وبهذا الإسناد عن الحسين بن سعيد عن حفاد عن حريز عن زرارة قال: «قلت له الرجل ينام و هو على وضوء أتوجب الخفقة والخفقتان عليه الوضوء فقال يا زرارة قد تنام العين ولا ينام القلب والأذن فإذا نامت العين والأذن والقلب فقد وجب الوضوء قلت فإن حرك إلى جنبه شيء ولم يعلم به قال لا حتى يستيقن أنه قد نام حتى يجيء من ذلك أمر بين وإلا فإنه على يقين من وضوئه ولا ينقض اليقين أبدا بالشك ولكن ينقضه ييقين آخر.»

در مباحث ازدواج در احرام، چنان‌که استاد^۱ بیان فرموده است، نکته عدم جریان «استصحاب عدم تحقق اجزاء نماز» در صحیح زرار، به روشنی معلوم نیست؛ ولی به نحو اجمال می‌دانیم که یا به جهت عدم جریان استصحاب در معلوم‌التاریخ است یا به جهت حکومت «استصحاب شرط یا عدم مانع تا زمان عمل» بر «استصحاب عدم تحقق عمل در زمان واجد شرط» و باید دست‌کم، یکی از این دو مبنا را پذیرفت و انکار هر دو مبنا با مفاد روایت ناسازگار است.

مرحوم سید بود که بطلان دو عقد مقارن را اختیار کرده بود؛ اما بر اساس مبنای تخییر در عقد مقارن نیز، در هر دو فرض شک دو احتمالی و سه احتمالی، مسئله نیازمند بررسی است.

حکم صورت اول (دو احتمالی)

بنابر مبنای تخییر، در فرض دو احتمالی در صورتی که یکی از عقدها معلوم التاريخ باشد و دیگری مجهول التاريخ، اگر احتمال تقدّم مجهول التاريخ وجود داشته باشد، با استصحاب عدم سبق مجهول التاريخ تا زمان وقوع معلوم التاريخ، این احتمال نفی می شود و در نتیجه، صحت تعیینی آن نفی می شود؛ اما آیا صحت تخییری آن قابل اثبات است؟ صحت تخییری عقد مجهول التاريخ، متوقف بر تقارن آن با عقد معلوم التاريخ است و راهی برای اثبات این تقارن وجود ندارد، مگر به نحو اصل مثبت؛ به این بیان که تقدّم مجهول التاريخ با استصحاب نفی می شود و عدم تأخر آن هم به وجدان ثابت است؛ پس تقارن ثابت می شود. اما اصل مثبت حجت نیست؛ بنابراین صحت تخییری نیز ثابت نخواهد شد و در نهایت باید بر طبق اصل اولی، به فساد عقد مجهول التاريخ حکم کرد.^۱

۱. گرچه صحت تخییری عقد مجهول التاريخ در این فرض، قابل اثبات نیست، ولی می توان گفت قطعاً با اختیار این عقد از سوی مرد، این عقد صحیح خواهد بود؛ زیرا با این عقد مقدّم بوده یا مقارن بوده که در هر حال، با اختیار این عقد، صحت آن یقینی خواهد بود. البته صحت تخییری عقد مجهول التاريخ در این فرض، قابل اثبات نیست.

نکته دیگر این است که استاد^۲ فرضی را که عقد محتمل التقدّم، معلوم التاريخ باشد و همچنین فرضی که هر دو مجهول التاريخ باشند را مطرح نکرده است که ما آن را بیان می کنیم: اگر تنها احتمال سبق معلوم التاريخ داده شود، از آنجا که طبق نظر مختار، در معلوم التاريخ، استصحاب جاری نیست و از سوی دیگر صحت تعیینی معلوم التاريخ نیز قابل اثبات نیست، باز هم می توان گفت قطعاً با اختیار عقد معلوم التاريخ از سوی مرد، این عقد صحیح خواهد بود؛ زیرا با این عقد، مقدّم بوده یا مقارن بوده که در هر حال، با اختیار این عقد، صحت آن، یقینی خواهد بود. البته صحت تخییری عقد مجهول التاريخ در این فرض، قابل اثبات نیست.

اگر هر دو عقد، مجهول التاريخ باشند، استصحاب عدم سبق، در محتمل التقدّم جاری شده و نفی صحت تعیینی می شود؛ اما استصحاب عدم سبق، در مجهول التاريخ، دیگر جاری نیست؛ زیرا اصلاً محتمل التقدّم نیست. در این فرض نیز باز نمی توان گفت: قطعاً با اختیار عقد محتمل التقدّم از سوی مرد، این عقد صحیح خواهد بود؛ زیرا با این عقد یا مقدّم بوده یا مقارن بوده که در هر حال، با اختیار این عقد،

حکم صورت دوم (سه احتمالی): صحت عقد معلوم التاریخ

اما در فرض سه احتمالی، در صورتی که یکی از عقدها معلوم التاریخ باشد و دیگری مجهول التاریخ، استصحاب در مجهول التاریخ جاری می‌شود؛ پس تقدّم و تقارن مجهول التاریخ نفی می‌شود و وجهی برای صحت مجهول التاریخ یا تخییر بین آن و معلوم التاریخ نمی‌ماند و باید به طور متعین، به صحت عقد معلوم التاریخ حکم کرد. اما اگر هر دو مجهول التاریخ باشند، استصحاب در هر دو عقد باهم تعارض و تساقط کرده و اصل فساد در هر دو عقد، جاری خواهد بود.

حرمت جمع بین دو خواهر در فرض تولد از زنا

مسألة ۴۷: «لو كانت الاختان كلتاهما أو إحداهما من الزنى، فالأحوط لحقوق الحكم من حرمة الجمع بينهما في النكاح والوطي إذا كانتا مملوكتين.»^۱
قبلاً گذشت که شخص نمی‌تواند بین دو خواهر در عقد جمع کند و اگر دو خواهر، کنیز باشند، جمع بین آنها در ملکیت اشکال ندارد؛ ولی نمی‌تواند با هر دو آمیزش کند. حال اگر هر دو خواهر، به واسطه زنا متولد شده باشند و یا اینکه دست‌کم، یکی از آنها از زنا باشد، آیا حکم حرمت جمع در عقد و یا حرمت جمع در وطی (در صورتی که مملوکتین باشند) در این موارد هم وجود دارد؟ مرحوم سید در این مسئله احتیاط کرده است.

کلام آقای حکیم

مرحوم آقای حکیم دو مطلب عمده در این مقام بیان کرده است.

مطلب اول: دلالت برخی روایات بر نفی نسب در زنا

ایشان ابتدا فرموده از ظاهر بعضی از روایات استفاده می‌شود که نسب در باب زنا واقعاً منتفی است؛ یعنی شارع مقدّس از اولادی که به واسطه زنا متولد شده‌اند،

صحت آن یقینی خواهد بود. البته صحت تخییری عقدی که محتمل التقدّم نیست، قابل اثبات نیست. این نکته نیز توجه شود که اصل عدم تقارن، اصل عدم ازلی است و طبق مبنای استاد^۱ حجّت نیست. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۷. مسئله ۴۵ و ۴۶ به دلیل مبتلا به نبودن مسئله کنیز مطرح نشده است.

نفی ولدیت کرده است و آنها را ملحق به پدر ندانسته است و اگر ما بودیم و تنها این روایات، باید قائل می شدیم که ولد الزنا، احکام ولد را ندارد؛ پس در این مقام، حکم حرمت جمع بین دو خواهر، مترتب نمی شود. ایشان دو روایت را ذکر کرده و بعد با تعبیر «و نحوه غیره» فرموده: مانند آنها نیز وجود دارد.

روایت اول: روایت «الولد للفراش وللعاهر الحجر»

یکی از آن دو روایت، روایت نبوی معروف با چنین مفادی است: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»^۱

ایشان فرموده است که طبق ظاهر این روایت، از عاهر (زانی) واقعاً ولد نفی شده است: «فإنَّ الظاهر منه أنه وارد في مقام بيان الحكم الواقعي من نفى النسب عن العاهر واقعاً»^۲

روایت دوم: صحیحۃ حلبی

علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«أَيُّمَا رَجُلٍ وَقَعَ عَلَى وَلِيدَةٍ قَوْمٍ حَرَامًا ثُمَّ اشْتَرَاهَا ثُمَّ ادَّعَى وَلَدَهَا فَإِنَّهُ لَا يورث منه شيء فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله قَالَ الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ وَلَا يورث ولد الزَّنا إِلَّا رَجُلٌ يَدَّعِي ابْنَ وَلِيدَتِهِ وَأَيُّمَا رَجُلٍ أَقْرَ بَوْلَهُ ثُمَّ انْتَفَى مِنْهُ فَلَيْسَ ذَلِكَ لَهُ وَلَا كَرَامَةٌ يَلْحَقُ بِهِ وَلَدُهُ إِذَا كَانَ مِنْ أَمْرَأَتِهِ أَوْ وَلِيدَتِهِ»^۳

روایت دومی که مرحوم آقای حکیم، صریح در نفی نسب دانسته، صحیحۃ حلبی است. ایشان فرموده در این روایت، با فرض اینکه واقعاً «ولد الزنا» است، احکام از او منتفی شده است: «فإنَّ قوله «ولا يورث ولد الزنا» كالصریح في ولد الزنا الواقعي و نحوه غیره»^۴

۱. برای نمونه: الکافی، ج ۵، ص ۴۹۱، ح ۲؛ و ص ۴۹۲، ح ۳؛ و ج ۷، ص ۱۶۳، ح ۳ و ۴.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۵۹.

۳. الکافی، ج ۷، ص ۱۶۳، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۷۴، ذیل ح ۱.

۴. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۵۹.

می‌توان برای تعبیر «و نحوه غیره» روایت ذیل را ذکر کرد:

محمّد بن الحسن الصّفّار عن أحمد بن محمد بن محمد عن علي بن مهزيار عن محمد بن الحسن القميّ قال: كتب بعض أصحابنا على يدي إلى أبي جعفر عليه السلام: «جعلت فداك ما تقول في رجل فجر بامرأة فحملت ثم إنّه تزوّجها بعد الحمل فجاءت بولد وهو أشبه خلق الله به فكتب عليه السلام بخظه وخاتمه الولد لغية لا يورث.»^۱

مطلب دوم: ولد بودن حقیقی ولد الزنا به دلیل مذاق شرع و تبعیت احکام نکاح از عرف سپس ایشان فرموده است:

«و لكنّ المستفاد من بعض الروایات و من مذاق الشرع الأقدس: أنّ حرمة النكاح و الوطء تابعة للنسب العرفي، فلاحظ ما ورد في الاستنكار لأن يكون أولاد آدم قد تزوّجوا أخواتهم وأنّ تحريم النكاح من الأحكام الإنسانية لا من الأحكام الشرعية تعبدًا.»^۲

اشکال به کلام آقای حکیم

به نظر ما اشکالاتی بر کلام ایشان وارد است.

اشکال اول: دلالت «الولد للفراش...» بر حکم ظاهری

درباره روایت «الولد للفراش وللعاهر الحجر»، اجمالاً می‌توان گفت: مراد از جمله «للعاهر الحجر» ممکن است یکی از سه معنای ذیل باشد:

۱. عاهر باید سنگسار شود که طبق این معنا یک قسم از زنا که عبارت است از زناى محصن، منظور است.
۲. کنایه از این باشد که زانی هیچ چیزی به دست نمی‌آورد و سنگی که بی‌ارزش است باید به او داد.
۳. کنایه از این باشد که زانی باید مجازات و تنبیه شود؛ حال هر موردی

۱. تهذیب الأحکام، ج ۸، ص ۱۸۲-۱۸۳، ح ۶۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۷۴، ذیل ح ۲.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۵۹.

مجازات مخصوص خود را دارد که در بعضی موارد جلد، رجم و امثال آن است.^۱ این نکته نیز توجه شود که در عاهر، خصوص زانی مراد نیست؛ بلکه جنس عاهر، اعم از زانی و زانیه مراد است.

در هر حال، کلام مرحوم آقای حکیم درباره این روایت قابل مناقشه است؛ زیرا این روایت به نظر ما در مقام بیان حکم ظاهری است، نه در مقام حکم واقعی و قهراً مربوط به موارد شک می‌شود.

توضیح این مطلب این است که اگر روایت، تنها مشتمل بر «و للعاهر الحجر» بود، وجهی داشت که گفته شود شاید روایت در مقام بیان حکم واقعی است؛ ولی روایت، مشتمل بر دو فقره است؛ یک فقره اثباتی و یک فقره نفیی. در فقره اثباتی، برای «فراش»، ولد اثبات شده است و در فقره نفیی، از «عاهر»، نفی ولد شده است. این دو فقره، یا هر دو ناظر به بیان حکم واقعی هستند و یا هر دو ناظر به بیان حکم ظاهری‌اند و احتمال اینکه یکی حکم واقعی را بیان نماید و دیگری حکم ظاهری را متعرض شود، احتمالی غیرعرفی است.

فقره اول روایت، در مقام بیان حکم ظاهری است، نه حکم واقعی؛ بدین معنا که معنای «الولد للفراش» این نیست که حتی در مواردی که ما قطعاً می‌دانیم که بچه از زنا متولد شده، باز هم باید آن را به «فراش» ملحق کنیم و بگوییم در این مورد هم این ولد، مثل ولد حلال محسوب می‌شود و تمامی احکام ولد حلال را دارد (ارث می‌برد و...). این معنا قطعاً نمی‌تواند مراد باشد و کسی هم به آن قائل نیست؛ پس معنای «الولد للفراش» این است که در جایی که فراشی بوده است و زنایی هم محقق شده است و شک می‌کنیم که بچه به کدام یک ملحق است، طبق این روایت باید بچه را به فراش ملحق کنیم و احکام فراش را بر آن مترتب کنیم و این یعنی حکم ظاهری.

حال که فقره اول در مقام بیان حکم ظاهری و موارد شک است، فقره دوم نیز حکم ظاهری را بیان می‌کند و در نتیجه، از عاهر نیز ظاهراً ولد نفی می‌شود. به

۱. استاد رحمته در مباحث آتی (مباحث رضاع، نشر حرمت از لبن زنا؛ ایضاً: مباحث احکام اولاد، شرائط الحاق ولد به پدر) درباره سند و مفاد این روایت معروف، به طور مستوفی مطالبی را بیان کرده است.

عبارت دیگر، معنای «و للعاهر الحجر» این نیست که در مواردی که قطعاً می‌دانیم بچه متعلق به زانی است، بگوئیم متعلق به زانی نیست. این‌که گفته شود شاید فقره دوم، حکم واقعی است، خلاف فهم عرفی است؛ زیرا نمی‌توان گفت که در صدر روایت، شارع در موارد شک، بچه را مربوط به فراش دانسته و در عین حال، در فرض قطع به واقع، بچه را از عاهر نفی کند؛ پس این روایت نمی‌تواند دلیل بر نفی واقعی نسب در باب زنا باشد. حتی اگر روایت را مختص به فرض ادعای طرفین نسبت به اختصاص فرزند به خود بدانیم، باز هم حکم روایت، حکمی ظاهری است و مدّعی بودن، حکم روایت را حکم واقعی نمی‌کند و در هر حال، تفصیل مسئله مانند تعارض این حکم ظاهری با قاعده ید و اقرار، محلّ کلام نیست؛ بنابراین اگر حکمی دیگر بر حکم مستفاد از این روایت مقدّم باشد، منافات با ظاهری بودن این حکم نخواهد داشت.

اشکال دوم: اختصاص صحیحۃ حلبی به نفی ارث در زنا، نه نفی ولدیت کلام مرحوم آقای حکیم درباره روایت حلبی نیز ناتمام است؛ زیرا بر فرض که بپذیریم این روایت در مورد ولدالزنا واقعی است، یعنی در موردی است که می‌دانیم بچه قطعاً متعلق به زنا است، آنچه در این روایت از او نفی شده، «ارث» است، نه مطلق احکام متعلق به ولد، و البته این مطلب، یعنی ارث نبردن ولدالزنا، در جای خود امری ثابت و مسلم است و روایات متعددی هم بر آن دلالت می‌کند.^۱

پس در این روایت، حکم واقعی ارث از ولدالزنا نفی شده است. این‌که حضرت به کلام پیامبر ﷺ «الولد للفراش و للعاهر الحجر» نیز استشهاد کرده، صرفاً

۱. وقتی مراد از صدر روایت، این است که واقعیتی وجود دارد (والد واقعی) که در موارد شک نسبت به این واقعیت، حکم ظاهری خاصی جعل شده (والد ظاهری)، ظهورش در این است که در فرض علم به واقع، دیگر چنین حکم ظاهری جعل نشده و از این رو، در فرض علم به تولّد فرزند از زنا، معنا ندارد گفته شود: «و للعاهر الحجر». این مانند این است که گفته شود «کل شیء نظیف حتی تعلم أنّه قدر و إذا علمت أنّه قدر فهو نظیف أيضاً».

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۷۴، باب ۸ (باب أنّ ولد الزنا لا يرثه الزانی ولا الزانیة ولا من تقرب بهما ولا یرثهم بل میراثه لولده أو نحوهم و مع عدمهم للإمام و أنّ من ادّعی ابن جاریته و لم یعلم کذب قبل قوله و لزمه).

تشبیه یک حکم واقعی به یک حکم ظاهری است و برای تقریب به ذهن است؛ زیرا چنانکه گفتیم، روایت نبوی مربوط به صورت شک و بیان‌کننده حکم ظاهری است.

از مرحوم والد شنیدم که ایشان فرمود ما با مرحوم آقای خمینی فحصی کردیم و دلیلی بر نفی واقعی ولد از زانی پیدا نکردیم؛ تنها در مسئله ارث، طبق روایات، ولد الزنا ارث نمی‌برد.

اشکال سوم: ظهور صحیحۀ حلبی در بیان حکم ظاهری و فرض شک

اشکال دیگر بر کلام آقای حکیم درباره روایت حلبی، آن است که با دقت در صحیحۀ حلبی معلوم می‌شود در این روایت به طور قطع، فرض نشده که ولد، متعلق به زنا باشد؛ زیرا حضرت در صدر روایت فرموده: «أیما رجل وقع علی ولیده قوم حراماً ثم اشتراها فادعی ولدها»؛ یعنی تنها صرف ادعا است و دلالت بر مطابقت با واقع ندارد. در ذیل روایت هم حضرت فرموده: «إلا رجل یدعی ابن ولیده»؛ بنابراین فرض تداعی است و فرض علم نیست. معنای ذیل این است که وارث او زانی نیست؛ بلکه مالک اصلی است. از مجموع صدر و ذیل معلوم می‌شود که در این روایت نیز صورت مسئله، فرض شک است؛ یعنی بچه‌ای متولد شده است و دو نفر مدعی او شده‌اند؛ در این صورت حضرت فرموده‌اند بچه، متعلق به مالک اولی است؛ پس این هم یک حکم ظاهری خواهد بود و استشهاد حضرت به روایت نبوی (که آن هم حکم ظاهری است) بدین معنا است که مقام هم مصداقی برای همان حکم ظاهری است.

مصصح بودن احتمال تولّد از زنا برای تعبیر ولد الزنا در صحیحۀ حلبی

تنها مطلبی که در اینجا باقی می‌ماند این است که اگر مسئله، مربوط به فرض شک است، چرا حضرت صریحاً به «ولد الزنا» تعبیر کرده‌اند؟ پاسخ این است که با توجه به قرائنی که ذکر شد، مراد از ولد الزنا در اینجا یعنی ولدی که پس از زنا متولد شده است.^۱

۱. توضیح بیشتر: ممکن است مصصح اضافه ولد را به زنا، این بدانیم که احتمال دارد که این ولد ناشی از زنا باشد. البته قید «احتمال» در تفسیری که استاد رحمته الله ذکر کرده است نیز ملحوظ است و گرنه مجزّد

اشکال چهارم: تبعیت نکردن احکام نکاح از عرف و شواهد آن

کلام مرحوم آقای حکیم در مطلب دوم نیز که فرمود حرمت نکاح و وطی، از احکام انسانی است و تابع نسب عرفی است، صحیح نیست. در مسئله نکاح، حدّ و مرزی از ناحیه شارع تعیین شده و در مواردی شارع، احکام زوجیت و مسائل مربوط به آن را مترتب ندانسته است. مثلاً اگر فرض کنید عرف، زنی را زوجه حساب می‌کند، ولی شارع او را زوجه نمی‌داند (مثل زوجه پنجم) در این مورد احکام زوجیت مترتب نیست و نمی‌توان گفت مادر او نیز ام‌الزوجه و حرام ابد است؛ یا اگر شارع برای طلاق شرایطی را معتبر دانسته و بدون آن طلاقى رخ دهد، این زن هنوز شوهردار است و ازدواج با او باطل است، گرچه عرف این ازدواج را صحیح بداند. لذا شارع می‌تواند احکام خود را اعتبار کند و به عنوان مثال، از ولد الزنا به همین لحاظ نفی ولدیت کند.

در مورد جمع بین دو خواهر، اگر دو نفر عرفاً خواهر به شمار آیند ولی شارع خواهر بودن آنها را امضا نکرده باشد، بی شک جمع بین آن دو مانعی ندارد؛ پس چه طور می‌توان در مورد خواهر بودن از راه زنا، ملاک را حکم عرف دانست، نه حکم شرع؟! بنابراین، در موضوعاتی همچون اخوت، بنوت و زوجیت، میزان، شرع است، نه نظر عرفی که شرعاً امضا نشده است.

نظر مختار: حرمت جمع به دلیل اطلاق مقامی و نبود حقیقت شرعیه در «ولد»

اما شارع مقدس در باب «ولد» حقیقت شرعیه‌ای را نیاورده و اصطلاحی را جعل نکرده است. از نظر متفاهم عرفی نیز در مورد ولد الزنا، عناوین «ولد» و «ابن» و «بنت» و مانند آن صادق است و تنها شارع در مسئله ارث از ولد الزنا، ارث را نفی کرده است؛ بنابراین در مسئله ما، یعنی موردی که هر دو خواهر یا یکی از آنها متولد از زنا باشند، حکم حرمت جمع بین دو خواهر یا حرمت آمیزش با دو خواهر مترتب است.^۱

ولادت فرزند پس از زنا، در صورت قطع به عدم ارتباط آن با زنا، مصحح اطلاق فوق نیست و موضوع «ولد الزنا» را محقق نمی‌سازد.

۱. ابن استدلال استاد رحمته الله تمسک به اطلاق مقامی است؛ به این معنا که وقتی شارع، مفاهیمی مانند «أخت» را موضوع حکم شرعی قرار می‌دهد و تعریفی برای آن ارائه نمی‌دهد، در نظر عرف، چنین

حُرمت نکاح با خواهر مطلقه رجعی قبل از انقضای عده

مسأله ۴۸: «إذا تزوج بإحدى الاختين ثم طلقها طلاقاً رجعياً، لا يجوز له نكاح الأخرى إلا بعد خروج الأولى عن العدة؛ وأما إذا كان بائناً، بأن كان قبل الدخول أو ثالثاً أو كان الفراق بالفسخ لأحد العيوب^۱ أو بالخلع أو المبرأة، جاز له نكاح الأخرى؛ والظاهر عدم صحة رجوع الزوجة في البذل بعد تزويج اختها، كما سيأتي في باب الخلع إن شاء الله.»^۲

در این مسئله مرحوم سید ابتدا فرموده اگر کسی زن خود را طلاق رجعی داد، تا زمانی که زن در عده رجعی است، ازدواج با خواهر او جایز نیست. علت این مدعای ایشان آن است که مطلقه رجعی یا حقیقتاً زوجه است و یا در حکم زوجه است؛ پس چنانچه در عده مطلقه رجعی با خواهر او ازدواج نماید، جمع بین دو خواهر لازم می‌آید.

جواز تزویج با خواهر مطلقه بائن

مرحوم سید در ادامه مسئله، حکم ازدواج با خواهر زن در صورت جدایی از زن به واسطه طلاق بائن را مطرح کرده است. طلاق بائن در موارد متعددی است که مرحوم سید به چند قسم آن اشاره کرده است، مثل طلاق قبل از دخول، طلاق سوم و طلاق خلع و مبرارات. در این گونه موارد فرموده است که مرد می‌تواند بلافاصله بعد از طلاق، با خواهر مطلقه ازدواج نماید و جمع بین دو خواهر نیست. البته در طلاق قبل از دخول، عده وجود ندارد.

سپس ایشان درباره طلاق خلع به این نکته اشاره می‌کند که پس از آنکه زوجه، مهریه خود را به شوهر بذل کرد و طلاق گرفت و مرد با خواهر او ازدواج کرد، زن

متکلمی بر آنچه معهود است تکیه کرده است و فرض، آن است که در معهود در نزد عرف (نه نزد شرع) متولد از زنا نیز «أخت» محسوب می‌شود. البته اگر در جایی معهود شرعی وجود داشته باشد، بر معهود عرفی مقدم است. این نکته نیز اضافه شود که صرف نفی توارث در ولد الزنا، معهود شرعی نمی‌سازد و در نزد عرف، صلاحیت قرینیت برای نفی ولدیت ندارد.

۱. استاد رحمته ضمیمه شدن «أو كان الفراق بالانفصاخ» در اینجا مناسب است.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۷.

نمی‌تواند در بذل خود رجوع و با شوهر ازدواج کند. علت مدعای ایشان آن است که مستفاد از روایات، این است که رجوع زوجه در بذل، هنگامی جایز است که زوج، بدون واسطه بتواند در عقد رجوع نماید؛ یعنی بدون نیاز به طلاق خواهر مثلاً بتواند ازدواج مجدد نماید. گویا رجوع در بذل یک نحوه معاوضه‌ای است که زن در بذل خود رجوع می‌کند و مرد در عقد.

حکم ازدواج با خواهر همسر انقطاعی در عده

مسألة ۴۸: «... نعم، لو كان عنده إحدى الاختين بعقد الانقطاع وانقضت المدة، لا يجوز له على الأحوط نکاح اختها في عدتها وإن كانت بائمة؛ للنص الصحيح؛ و الظاهر أنه كذلك، إذا وهب مدتها وإن كان مورد النص انقضاء المدة.»^۱
یکی از فروع ازدواج با خواهر مطلقه بائن، ازدواج با خواهر زوجه انقطاعی در عده است. آیا قبل از انقضای عده همسر انقطاعی می‌توان با خواهر او ازدواج کرد یا خیر؟

مقتضای قواعد اولیه: صحت عقد به دلیل رجعی نبودن فراق

طبق قواعد اولیه، اشکالی در این ازدواج نیست؛ زیرا همسر انقطاعی پس از انقضای مدت، بائن به شمار می‌رود و بر اساس آنچه که گذشت، در موارد فراق به نحو بائن، ازدواج با خواهر زن اشکالی ندارد.

اشکال مرحوم سید در صحت عقد به دلیل صحیح بودن یونس

ولی مرحوم سید با تعبیر «النص الصحيح»، دلیل لزوم احتیاط خود را بیان کرده است. ایشان به لحاظ نص صحیح خاصی که بررسی آن خواهد آمد^۲، به احتیاط حکم کرده و تزویج با خواهر همسر انقطاعی قبل از اتمام عده را جایز ندانسته است.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۷.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۳۱، ح ۵: علي بن إبراهيم عن أبيه عن إسماعيل بن مزار عن يونس قال: «قرأت في كتاب رجل إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام جعلت فداك الرجل يتزوج المرأة متعة إلى أجل مستمى فينقض الأجل بينهما هل له أن ينكح اختها من قبل أن تنقض عدها فكتب لا يحل له أن يتزوجها حتى تنقض عدها»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۸۰، ح ۱.

نظر آقای حکیم: صحت عقد و اعراض اصحاب از صحیحه یونس

مرحوم آقای حکیم فرموده است اصحاب از این نص، اعراض کرده اند؛ از این رو، ایشان حکم چنین ازدواجی را به مقتضای قواعد اولیه جواز دانسته است.^۱

اثبات عدم اعراض اصحاب با بررسی اقوال

اما بعد از مراجعه به فتاوی اصحاب ملاحظه می شود که عده زیادی، بر طبق همین روایت، فتوا داده و قائل به تحریم شده اند.

قائلین به بطلان عقد

مرحوم صدوق در مقنع^۲ به تحریم فتوا داده است و در فقیه^۳ نیز تنها همین روایت را که دال بر بطلان است نقل کرده، بدون اینکه به عموماتی که ازدواج در عده در صورت فراق به نحو بائن را جایز دانسته، اشاره کند؛ پس معلوم می شود که فتوای صدوق در فقیه هم بطلان است.

شیخ طوسی نیز در تهذیب^۴ و نهاییه^۵ این روایت را نقل کرده است. ایشان در تهذیب فرموده: «فأما المتعة فقد روي فيها أنه إذا انقضی أجلها فلا يجوز العقد علی اختها إلا بعد انقضاء عدها»^۶ و سپس روایت را نقل کرده است؛ بنابراین ظاهراً فتوای شیخ طوسی در این دو کتاب، حرمت ازدواج است.

قطب الدین کیدری در إصباح^۷، یحیی بن سعید در جامع^۸، صاحب مدارک در

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۶۱.

۲. المقنع (شیخ صدوق)، ص ۳۴۰.

۳. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۶۳، ح ۴۶۰۳: روی القاسم بن محمد الجوهري عن علي بن أبي حمزة قال: «قرأت في كتاب رجل إلى أبي الحسن عليه السلام رجل تزوج بامرأة متعة إلى أجل مسمى فإذا انقضی الأجل بينهما هل یحل له أن يتزوج باختها فقال لا یحل له حتى تنقضي عدها».

۴. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۸۷، ح ۴۵.

۵. النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۵۵.

۶. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۸۷.

۷. إصباح الشیعة، ص ۳۹۹.

۸. الجامع للشرائع، ص ۴۲۹.

نهایة المرام^۱، مرحوم سبزواری در کفایه^۲، صاحب حدائق^۳ و فاضل نراقی در مستند^۴ نیز به تحریم حکم کرده‌اند.

اشتباه صاحب مدارک و علامه مجلسی در اسناد بطلان عقد به مقنعه نکته قابل ذکر در اینجا این است که صاحب مدارک در نهایة المرام^۵ به مقنعه شیخ مفید نسبت داده که او هم قول به تحریم را اختیار کرده است. مرحوم مجلسی در مرآة العقول^۶ نیز همین کلام صاحب مدارک را نقل کرده و رد نکرده است؛ اما در هیچ جای مقنعه، چنین مطلبی یافت نمی‌شود.

منشأ اشتباه: قلمداد کردن عبارت تهذیب (شرح مقنعه) به جای مقنعه به نظر ما این دو بزرگوار به اشتباه، کلام شیخ طوسی در تهذیب را کلام مقنعه دانسته‌اند و به شیخ مفید نسبت داده‌اند؛ زیرا تهذیب شیخ طوسی، شرح مقنعه مرحوم مفید است؛ ولی عبارات شیخ مفید در تهذیب، با تعبیر «قال الشيخ» مشخص شده و علاوه بر فتوای شیخ مفید، فتواهایی از خود شیخ طوسی هم ذکر شده است. شاهد این اشتباه این است که عبارت منقول از مقنعه مرحوم مفید در کلام صاحب مدارک، عین عبارت مرحوم شیخ در تهذیب است. بنابراین، مشهور از این روایت اعراض نکرده‌اند و بسیاری بر طبق روایت فتوا داده‌اند. مرحوم آقای خوئی نیز بحثی از اعراض مشهور نکرده و فرموده است روایت صحیح السند است و به آن عمل می‌کنیم.^۷

عدم فتوای برخی فقهاء به بطلان به دلیل اشکال دلالتی یا سندی، نه اعراض عده‌ای هم در مقابل، به این روایت عمل نکرده و به تحریم فتوا نداده‌اند؛ ولی نه

۱. نهایة المرام، ج ۱، ص ۱۸۰.

۲. کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۱۲۹.

۳. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۴۶۴.

۴. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۳۱۱.

۵. نهایة المرام، ج ۱، ص ۱۸۰.

۶. مرآة العقول، ج ۲۰، ص ۱۹۴.

۷. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۳۵۹.

از این جهت که سند و دلالت روایت را تمام دانسته‌اند و از آن اعراض کرده‌اند، بلکه یا از جهت سند در آن اشکال کرده‌اند، یا از جهت جمع دلالی. این مطلب در ادامه، در بررسی این روایت و وجوه جمع آن با ادله جواز نکاح، روشن خواهد شد.

بررسی مکاتبه دال بر لزوم صبر تا انقضاء عده متعه خواهر

نضی که در مقام، مستند حکم به لزوم صبر تا زمان عده خواهر است، مکاتبه امام علیه السلام است:

• نقل یونس:

علي بن ابراهيم عن أبيه عن إسماعيل بن مزار عن يونس قال: «قرأت في كتاب رجل إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام جعلت فداك الرجل يتزوج المرأة متعة إلى أجل مسمى فينقضي الأجل بينهما هل له أن ينكح اختها من قبل أن تنقضي عدتها فكتب لا يحل له أن يتزوجها حتى تنقضي عدتها»^۱

• نقل حسین بن سعید:

شیخ طوسی در تهذیب، همین نقل یونس را به نقل از حسین بن سعید نیز آورده است:

روى ذلك محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن إسماعيل بن مزار عن يونس قال قرأت في كتاب رجل إلى أبي الحسن عليه السلام و روى الحسين بن سعيد أيضا قال قرأت في كتاب رجل إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام: «جعلت فداك الرجل يتزوج المرأة متعة إلى أجل مسمى فينقضي الأجل بينهما هل له أن ينكح اختها قبل أن تنقضي عدتها فكتب عليه السلام لا يحل أن يتزوجها حتى تنقضي عدتها»^۲

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۳۱، ح ۵؛ وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۴۸۰، ح ۱.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۸۷، ح ۴۵؛ وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۴۸۰، ذیل ح ۱.

در نوادر حسین بن سعید نیز این روایت آمده است:

النوادر (اشعری)، ص ۱۲۵، ح ۳۱۸؛ و قرأت فی کتاب رجل إلى أبي الحسن العالم عليه السلام: «يتزوج المرأة

• نقل علی بن ابی حمزه بطنانی:

روی القاسم بن محمد الجوهري عن علي بن أبي حمزة قال: «قرأت في كتاب رجل إلى أبي الحسن عليه السلام رجل تزوج بامرأة متعة إلى أجل مستقى فإذا انقضى الأجل بينهما هل يحل له أن يتزوج باختها فقال لا يحل له حتى تنقضي عدتها»^۱

بررسی سندی

به سند این روایت از دو جهت اشکال شده است.

اشکال اول: عدم اثبات انتساب مکاتبه به امام علیه السلام

جهت اول: مرحوم شیخ طوسی در استبصار^۲ و علامه در مختلف الشیعه^۳ در سند روایت به جهت مکاتبه بودن اشکال کرده اند.

در توضیح این اشکال می توان چنین گفت: این حدیث را راویان از امام نشنیده اند؛ بلکه آن را در نامه ای که شخصی به حضرت نوشته و جوابش را گرفته دیده اند و چون آن شخص مجهول است و روشن نیست که راویان در حضور امام علیه السلام جواب را دیده اند یا خیر، نمی توان به صحت انتساب جواب به حضرت اعتماد کرد.

پاسخ: سهولت شناخت خط امام توسط راویان

اما این اشکال وارد نیست؛ زیرا خط امام علیه السلام از اموری نیست که اصحابش آن را نشاناسند. کسانی که با نسخ خطی سروکار دارند، به خوبی می دانند که خط بعضی از علمای سابق، به راحتی قابل شناختن است؛ مثلاً خط علامه مجلسی، خطی کاملاً شناخته شده است و هر نسخه خطی را می توان تشخیص داد که از ایشان است یا خیر. به طور کلی، شناخت خط افراد، امر بسیار آسانی است^۴ و مثلاً

متعة إلى أجل مستقى فينقضي الأجل بينهما هل له أن ينكح اختها من قبل أن تنقضي عدتها فكتب لا يحل له أن يتزوج حتى تنقضي عدتها».

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۶۳؛ ح ۴۶۰۳؛ وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۴۸۰، ذیل ح ۱.

۲. الاستبصار، ج ۳، ص ۱۷۰-۱۷۱، ح ۴.

۳. مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۲۴۸.

۴. توضیح بیشتر: یعنی اگر استنباطی هم در تشخیص خط در کار باشد، استنباط ساده ای است که

هر کس به راحتی خط پدر خود را می‌شناسد؛ بنابراین در خصوص خط امام که اصحاب، توجهی ویژه به آن داشته‌اند، می‌توان گفت که راویان حدیث مذکور با دیدن خط مبارک امام، به‌طور معمول به انتساب نامه به او اطمینان داشته‌اند.

اشکال دوم: ضعف سندی نقل صدوق به دلیل وجود بطائنی واقفی جهت دوم: مرحوم علامه روایت را به نقل از صدوق آورده و به آن اشکال کرده که سند ضعیف است.^۱ منشأ اشکال، وجود «علی بن ابی حمزه واقفی» در سند است.

پاسخ: نقل بطائنی قبل از وقف و صحت طریق حسین بن سعید اولاً، اصحاب از واقفیان - به‌خصوص از طبقه اول آنان، مانند علی بن ابی حمزه - فقط در ایام استقامت‌شان حدیث اخذ کرده‌اند و پس از انحراف، به‌طور کلی ارتباط‌شان را با آنان قطع نموده‌اند و چون ابن ابی حمزه، قبل از وقف، نقطه ضعفی نداشته، سند از ناحیه او اشکالی نخواهد داشت.

ثانیاً، این روایت، از طریق حسین بن سعید نیز نقل شده است، و اگر به لحاظ وجود اسماعیل بن مزار در طریق به یونس هم اشکال شود، طریق حسین بن سعید بی‌تردید صحیح است، گرچه به نظر ما روایت یونس نیز صحیح است.^۲

ادله جواز نکاح و بررسی آن

در مقابل این صحیح، ادله جواز ازدواج در این مسئله نیز باید بررسی شود.

دلیل اول: اطلاق «أَحَلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» در قرآن مستفاد از ادله این است که در ایام عده مطلقه رجعی که رجوع به او جایز است و او حقیقتاً یا حکماً زوجه محسوب می‌شود، گرفتن خواهرش، از باب جمع بین دو خواهر، حرام است؛ اما هر جا حق رجوع نداشت، این عنوان بر او منطبق نیست و

مانع از حجیت شهادت نمی‌شود؛ بنابراین اگر این‌گونه موارد را هم حدسی تلقی کنیم، حدس قریب به حجت است و همچون موارد حسی حجت است.

۱. مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۲۴۸.

۲. «اسماعیل بن مزار» به دلیل اکتار «ابراهیم بن هاشم» از وی در احکام الزامی، ثقه است.

مشمول ذیل آیه تحریم، یعنی «أَحْلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ»^۱ می شود.

دلیل دوم: صحیحہ ابوالصباح کنانی، حلبی و ابوبصیر (به نقل ابن رناب) دلیل دومی که ممکن است برای اثبات جواز نکاح قبل از انقضای عدّه متعه، تمسک شود، روایت ابوالصباح کنانی، حلبی و ابوبصیر است.

• محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن عیسی عن محمد بن إسماعیل بن بزيع عن محمد بن الفضیل عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت عن رجل اختلعت منه امرأته أیحلّ له أن یخطب اختها قبل أن تنقضی عدّتها؟ قال: إذا برئت عصمتها منه ولم یکن له رجعة، فقد حلّ له أن یخطب اختها ...»^۲

• علی بن ابراهیم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل طلق امرأة أو اختلعت أو برئت أله أن يتزوج باختها؟ قال فقال: إذا برئت عصمتها ولم یکن له علیها رجعة له أن یخطب اختها ...»^۳

• محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابن رناب عن أبي بصیر عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أیحلّ له أن یخطب اختها من قبل أن تنقضی عدّة المختلعة؟ قال نعم، قد برئت عصمتها منه و ليس له علیها رجعة.»^۴

وجه استدلال: اطلاق تعلیل «لم یکن له رجعة»

مستفاد از جواب امام عليه السلام در این روایات، در خصوص زنی که او را طلاق خلع داده اند، این است که هر زنی که حق رجوع به او نبود، گرفتن خواهرش در ایام عدّه جایز است («إذا برئت عصمتها منه ولم یکن له رجعة، فقد حلّ له أن یخطب

۱. النساء، ۲۴.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۳۱، ح ۶؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۸۱، ح ۱.

۳. الکافی، ج ۵، ص ۴۳۱، ح ۷؛ وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۲۷۰، ح ۲.

۴. الکافی، ج ۶، ص ۱۴۴، ح ۹؛ وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۲۷۰، ح ۱.

اختها» و اطلاق آن شامل متعه‌ای که مدتش منقضی شده ولی هنوز در ایام عده به سر می‌برد نیز می‌شود.

اشکالات دلیل دوم و پاسخ آن

اما دو اشکال ممکن است به این استدلال وارد شود.

اشکال اول: دلالت روایت بر جواز خواستگاری، نه عقد

اشکال اول این است که در روایت اول، سائل خود ابوالصباح است و در روایت دوم، حلبی سائل را مشخص نمی‌کند که خود او بوده یا دیگری و باید به ملاحظه تشابه الفاظ، این دو، یک روایت باشند؛^۱ با این تفاوت که در روایت اول، از خواستگاری سؤال شده و در روایت دوم، از ازدواج؛ ولی پاسخ در هر دو مربوط به خواستگاری است. روایت ابوبصیر هم مشابه ابوالصباح است.

در هر حال، اشکال استدلال به روایات مذکور این است که جواز خواستگاری، تلازمی با جواز تزویج که مورد کلام است ندارد. در روایت اول، سؤال و جواب هر دو در خصوص خواستگاری است و در روایت دوم، گرچه سؤال از ازدواج است، ولی پاسخ آن که تجویز خصوص خواستگاری است، اگر مشعر به بطلان ازدواج نباشد، ظهوری در جواز ازدواج ندارد؛ پس این دو روایت یا مجمل است یا مربوط به بحث نیست و ما در روایات، اطلاقی که دال بر جواز نکاح و منافی با مدلول روایت خاص باشد نداریم.

اشکال دوم: اختصاص روایت به طلاق خلع طبق نسخه اصح («بارت»)

اشکال دوم این است که این دو روایت، در خصوص طلاق خلع وارد شده و تعمیم آن به هر طلاق و جدایی که در آن حق رجوع نباشد وجهی ندارد.

ممکن است گفته شود در روایت حلبی، سؤال این‌گونه است: «فی رجل طلق

۱. توضیح بیشتر: یعنی ابوالصباح کنانی و حلبی، هر دو کلام واحدی از امام علیه السلام را نقل کرده‌اند. وحدت و تعدد روایت، گاه به اعتبار وحدت و تعدد راوی است؛ در اینجا روشن است که ما با دو روایت روبرو هستیم و برای حصول اطمینان یا قطع به صدور روایت، این اعتبار لحاظ می‌گردد؛ ولی گاه سخن از این است که این راویان آیا یک سخن امام را نقل کرده‌اند یا دو سخن امام را؟ در اینجا ظاهراً هر دو راوی یک سخن امام را نقل می‌کنند و اختلاف الفاظ در نقل، از باب نقل به معنا یا اشتباه راویان در ذکر خصوصیات روایت است.

امراً أو اختلعت أو بانت أله أن يتزوج باختها...؛ پس کلمه «بانت» شامل هر گونه جدایی از همدیگر ولو به انقضای مدت در متعه نیز می‌گردد.

پاسخ این است که در نسخه‌های فعلی کافی، گرچه «بانت» آمده، ولی شیخ طوسی، هم در استبصار^۱ و هم در نسخه بسیار معتبری از تهذیب^۲ که ما با نسخ متعدد و بسیار معتبر مقابله کرده‌ایم، به نقل از کلینی به جای «بانت»، «بارئت» نقل کرده و شیخ باید عادتاً نسخه بهتری از کافی در دست داشته باشد.

علاوه اینکه، در اینجا کلمه «بارئت» مناسب‌تر است؛ زیرا راوی از حکم انواع جدایی به وسیله طلاق سؤال کرده و چون طلاق مبارات یکی از آنها است، مناسب آن است که بعد از خلع، قسم دیگری از طلاق که مبارات است و تا حدودی مشابه خلع است ذکر شود، نه مطلق جدایی و بینونت؛ پس جدایی به انقضای مدت در متعه که طلاق محسوب نمی‌شود، اصلاً از موضوع سؤال خارج است و در نتیجه، روایت حلبی طبق نسخ صحیح، مطلق نخواهد بود.

پاسخ اشکال اول و دوم: عموم تعلیل و ارتکازی بودن آن

اما به نظر ما این دو اشکال وارد نیست؛ زیرا تعلیل‌ها را بر اساس مرتکبات ذهنی شنونده القاء می‌کنند و وقتی که جواز خواستگاری در روایت ابوبصیر به «قد برئت عصمتها منه و لیس له علیها رجعة» معلّل شود، چون شنونده در ارتکازش به ملاحظه آیه و روایات، نکاح دو خواهر را حرام می‌داند، نه خواستگاری از آنها را، پس جواز خطبه را مساوق با جواز نکاح تلقی می‌کند؛ یعنی چون مرد حق رجوع ندارد، عنوان جمع بین دو خواهر منطبق نیست و اگر این عنوان منطبق نبود، نه تنها خواستگاری، بلکه ازدواج با او هم جایز است و این تعلیل در غیر طلاق خلع هم ساری خواهد بود. خلاصه اینکه لحن این قیود، لحن تعلیل است و عموم تعلیل، شامل انقضای مدت در متعه ولو پیش از انقضای ایام عده نیز می‌گردد. روایاتی که خواستگاری را جایز شمرده نیز دلیل بر جواز ازدواج است؛ زیرا تعلیل در آنها منزل

۱. رک: الاستبصار، ج ۳، ص ۱۶۹، باب ۱۱۱ (باب أنه إذا طلق الرجل امرأته تطليقة بآئنة جاز له العقد علی أختها فی الحال)، ح ۱.

۲. رک: تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۸۶، ح ۴۲.

به امر مسلم در مرتکز ذهن افراد (یعنی حرمت خصوص ازدواج با دو خواهر) است.^۱

دلیل سوم: صحیحۀ زراره، ابوبصیر و ابواسامه

دلیل سوم برای اثبات جواز نکاح با خواهرزن قبل از انقضای عدۀ متعه، صحیحۀ زراره، ابوبصیر و ابواسامه است:

أحمد بن محمد عن المثني عن زرارة و عبد الكريم عن أبي بصير و
المفضل بن صالح عن أبي اسامة جميعا عن أبي عبد الله عليه السلام قال:
«المختلعة إذا اختلعت من زوجها و لم يكن له عليها رجعة حلّ له
أن يتزوج اختها في عدتها»^۲

وجه استدلال: تعلیل بودن قید «لم يكن له عليها رجعة»

در این روایت قید «لم يكن له عليها رجعة» احترازی نیست؛ زیرا اصلاً طلاق خلع بر دو قسم نیست که در یکی حق رجوع باشد و در دیگری چنین حقی برای مرد

۱. توضیح بیشتر: در نگاه نخست، این اشکال به ذهن می‌آید که استاد رحمته الله در بحث‌های سابق بیان فرموده که تعلیل، موضوع حکم را تعمیم می‌دهد، نه خود حکم را؛ مثلاً در مثال معروف «لا تشرب الخمر؛ لأنه مُسكر»، عموم تعلیل، حرمت شرب را از خمر به مطلق مُسكر سرایت می‌دهد و نمی‌تواند حرمت شرب را هم به حرمت مطلق استفاده‌ها تعمیم دهد. در بحث جاری نیز مفاد روایت چنین است: «لا يجوز خطبة المختلعة؛ لأنها رجعية»؛ مقتضای عموم تعلیل این است که ما کبرای کلی «لا يجوز خطبة كل رجعية» را از جمله فوق استفاده کنیم، ولی دیگر نمی‌توان خصوصیت خطبه را هم از حکم ملغاً ساخت. بنابراین اگر حکم معلّل، جواز تزویج باشد، با عموم تعلیل، جواز تزویج را در هر جدایی غیررجعی می‌توان نتیجه گرفت؛ ولی اگر حکم معلّل، جواز خطبه باشد، نه جواز تزویج، استفاده حکم تزویج از آن با مشکل مواجه می‌شود.

پاسخ این اشکال هم در کلمات گذشته استاد رحمته الله ذکر شده و در این بحث هم به آن اشاره شده است. محضّل پاسخ این است که استفاده تعمیم از تعلیل، به جهت کشف کبرای کلی مطوی است. دایره این کبرای مطوی را ارتکازات عقلایی یا شرعی که تعلیلات نوعاً به آنها ناظر است تعیین می‌کند؛ از این رو، در جمله «لا تشرب الخمر؛ لأنه مُسكر» اگر کبرای عقلایی، حرمت هر نوع استفاده از مُسكر باشد (خواه خوردن آن، خواه نوشیدن آن، خواه استفاده دیگر) می‌توان از نوشیدن (شرب) هم تعدی کرد. آنچه مانع از تعمیم می‌گردد، عدم ثبوت چنین ارتکاز عقلایی یا شرعی عام در این مثال است.

در بحث ما نیز چون تعلیلات، ناظر به ارتکازات است و ارتکاز در درجۀ نخست در مورد تزویج است و خطبه به عنوان مقدمۀ تزویج مطرح است، تعمیم حکم جواز نسبت به تزویج، بی‌اشکال است.

۲. النوادر (الشعری)، ص ۱۲۲، ح ۳۱۱.

نباشد تا این قید، احتراز از یک قسم آن باشد؛ پس آوردن این قید، برای بیان تعلیل حکم است. بدین جهت در غیر طلاق خلع نیز هر جا که حق رجوع نبود - مانند مقام - به دلیل عموم تعلیل، حکم را جاری می‌دانیم. نتیجه اینکه دلالت مطلقات بر جواز ازدواج با خواهر زوجه انقطاعی در زمان عده‌اش، تمام است.

وجوه جمع بین ادله جواز و صحیحه یونس

حال، وجه جمع بین روایات جواز نکاح و روایت خاص دال بر حرمت نکاح بیان می‌شود.

وجه اول: تقدیم ادله جواز به دلیل خلاف ارتکاز بودن استثناء شدن متعه

ما تا کنون تمام بودن مطلقات را اثبات کردیم و شاید گفته شود باید آنها را با لحاظ روایت یونس - که بر بطلان ازدواج با خواهر زوجه انقطاعی در ایام عده‌اش دلالت می‌کند - تخصیص زد و در خصوص متعه، قائل به بطلان شد.

ولی با این حال، به نظر ما می‌توان به مطلقات اخذ کرد و در این مورد نیز قائل به جواز شد؛ زیرا استثنایی شمردن متعه - به اینکه ازدواج با خواهر متمتع‌ای که حق رجوع به او ندارد، در زمان عده‌اش حرام، ولی ازدواج با خواهر زوجه دائمه مطلقه به طلاق بائن جایز باشد - امری غیرارتکازی است و اصولاً احکام شرع در مورد زوجه انقطاعی، آسان‌تر و موسع‌تر از زوجه دائم است؛ از این رو، در تعداد همسران دائم، محدودیت عدد وجود دارد؛ ولی در متعه چنین نیست؛ همچنین مدت عده همسر دائم، بیش از مدت عده همسر موقت است. با توجه به این مطلب، تشدید در مورد همسر موقت - به حرمت ازدواج - و نبود تشدید در مورد همسر دائم، خلاف ارتکاز است.^۱ رعایت عده به لحاظ رعایت احترام طرف مقابل است و این عرفی نیست

۱. گاهی در برخی امور، عقلاً با قطع نظر از قوانین مولا ارتکازاتی دارند، به گونه‌ای که پس از خطاب مولا نیز استیحاخ و انکار می‌کنند. در این صورت، اگر مراد مولا تخطئه این ذهنیت عقلاً است، چنانچه خطاب خویش را به نحوی که رافع آن ارتکاز باشد القا نکند، آن ارتکاز، قرینه بر توجیه و تأویل خطاب یا سبب اجمال آن خواهد شد. چنین ارتکازی ممکن است در طول سایر خطابات مولا نیز محقق شود؛ یعنی بندگان، با لحاظ سایر قوانین مولا، ارتکازی قوی در درونشان شکل بگیرد و همین سبب شود که حتی خطابات مطلق و عام مولا را با برخی خطابات مقید و خاص مولا تقبید و تخصیص زنند که در

که شارع که درباره ازدواج دائم این احترام را بیشتر لحاظ کرده، در این مقام، استثناء در متعه سختگیری کند. ملاحظه مجموع این قرائن، موجب قوت ظهور مطلقات نسبت به روایت مورد بحث می‌گردد.

به طور کلی، ما در باب تقیید اطلاق گفته‌ایم که دلیلی خاص نداریم که هر مقتیدی بر هر مطلقى مقدم است؛ بلکه این امر، از باب تقدیم اظهر بر ظاهر است و چنین نیست که در تمام موارد جاری باشد.

از آن طرف به مشهور نسبت داده شده که «لا یحل» در روایت یونس را بر کراهت حمل کرده‌اند.^۱ در مشابهاش نیز حمل به کراهت شده است.^۲ این امور در مجموع، سبب اظهریت مطلقات در اطلاق نسبت به ظهور دلیل خاص در تقیید می‌گردد؛ بنابراین ما با اخذ به مطلقات، قائل به جواز شده، لزوم صبر تا انقضای مدت عده را مطابق احتیاط استحبابی می‌دانیم.

وجه دوم: حمل صحیحۀ یونس بر تقیه به دلیل سری بودن متعه

مرحوم مجلسی اول، روایت یونس را به حسب دلالت، بر تقیه حمل کرده است؛^۳ به این معنا که حضرت دستورالعمل خاصی داده‌اند تا در عمل برای افراد، گرفتاری پیش نیاید؛ چون امر متعه در جوامع آن روز قاجاق بود و اگر مردی زنی را متعه می‌کرد و بعد بلافاصله بعد از جدا شدن - بدون منقضی شدن ایام عده - خواهرش را می‌گرفت، همه می‌فهمیدند که آن زن متعه وی بوده است؛ زیرا اطرافیان هر کس نوعاً مطلع هستند که این زن پس از سه بار طلاق از او جدا نشده و بین آنها اختلاف و صرف نظر کردن از مهریه و خلع یا مبارات در کار نبوده و در نتیجه، طلاق رجعی است و مرد نمی‌تواند خواهر او را پیش از انقضای عده بگیرد؛ بنابراین اگر ببینند با خواهرش در این مدت ازدواج کرده، در می‌یابند که وی زن اول را متعه کرده است.

مقام، چنین است. چنین رویکردی در استنباط احکام که مبتنی بر ملاحظه مجموع فقه است و به صورت صناعی و صلب به گزاره‌های دینی و روایات نمی‌نگرد، محتاج تسلط بر فقه و سایر گزاره‌های دینی است و قریحه‌ای لطیف و اشرافی عمیق و وسیع نسبت به کل فقه را می‌طلبد.

۱. مستند این مطلب یافت نشد.

۲. برای نمونه: تذکره الفقهاء، ج ۲، ص ۴۷۳.

۳. روضة المتقین، ج ۸، ص ۴۹۹.

از این رو، حضرت دستورالعملی داده‌اند که هر کس به آن عمل کند، برایش این گرفتاری پیش نخواهد آمد، نه اینکه در مقام بیان حکم واقعی مسئله باشند.

تأیید وجه دوم با ملاحظه امر به رعایت خفاء متعه در برخی اخبار

در تأیید این مطلب می‌توان گفت: در بعضی روایات^۱ دستور داده شده شیعیان متعه را مخفیانه انجام دهند، یا در برخی روایات آمده است که اگر مردی از شیعیان، چهار زن دائمه دارد، دیگر متعه نکند، مانند روایتی که امام علیه السلام فرموده است: «اجعلوهن من الأربع»^۲.

در واقع، مرحوم مجلسی اول، جهت صدور را تقیه ندانسته؛ بلکه ایشان جمع دلالی کرده است، به این نحو که اطلاق حرمت، به صورت خاص آن زمان که فاش شدن متعه برای افراد، غالباً^۳ مشکلی ایجاد می‌کرده، مقتید می‌شود وگرنه این مسئله ذاتاً اشکالی ندارد.

این کلام هم وجه خوبی است.

نظر مختار: جواز عقد خواهرزن در عده عقد موقت

نتیجه اینکه ازدواج با خواهرزن در ایام عده عقد موقت، در شرایط فعلی ذاتاً جایز است، هرچند احتیاط مستحب در ترک آن است.

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۲، باب ۵ (باب کراهة المتعة مع الغنى عنها واستلزامها الشنعة أو فساد النساء). برای نمونه: وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۲، ح ۵: «و عنهم عن سهل عن علي بن أسباط و محمد بن الحسين جميعاً عن الحكم بن مسكين عن عمار قال: قال أبو عبد الله عليه السلام لي و لسليمان بن خالد: «قد حُزمت عليكما المتعة من قبلي ما دمتما بالمدينة لأنكما تكثران الذخول علي و أخاف أن تؤخذا فيقال هؤلاء أصحاب جعفر».

۲. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۲۵۹، ح ۴۹: أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال قال أبو جعفر عليه السلام: «اجعلوهن من الأربع فقال له صفوان بن يحيى على الاحتياط قال نعم»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۰، ح ۹.

۳. توضیح بیشتر: کلمه «غالباً» در کلام استاد علیه السلام ناظر به دفع این اشکال است که گاه گفته می‌شود حمل روایات بر صورت ضرورت، صحیح نیست و پاسخ آن این است که در جایی که «ضرورت»، فرد نادر مطلق باشد، حمل مطلق بر آن، با اشکال حمل مطلق بر فرد نادر روبروست؛ ولی اگر ضرورت، فرد شایع و بلکه غالب باشد، حمل مطلق بر ضرورت، هیچ مشکلی ندارد.

حکم عقد خواهر متمتع بها در ایام عده با فرض بذل مدت متعه

مسألة ۴۸: «... و الظاهر أنه كذلك إذا وهب مدتها وإن كان مورد النص انقضاء المدة»^۱

نبود فرق عرفی بین بذل مدت متعه و انقضای آن

اگر در صورت انقضای مدت، قائل به لزوم احتیاط و بطلان ازدواج با خواهر زوجة موقت، در ایام عده شویم، عرف بین این صورت و جایی که مرد، مدت باقی مانده را ببخشد و از او جدا شود، فرقی نمی گذارد و حکم بطلان را در این مورد هم ساری می داند؛ از این رو، مرحوم سید در هر دو مورد احتیاط کرده؛ ولی ما در هر دو مورد به مطلقات تمسک می کنیم و قائل به جواز می شویم.

جواز ازدواج با خواهر مزنی بها در مدت استبراء

مسألة ۴۹: «إذا زنى یاحدى الاختین، جاز له نکاح الاخری فی مدة استبراء الاولى ...»^۲
اگر مردی با زنی زنا کرد و هنوز مدت استبراء آن زن نگذشته، می تواند با خواهرش ازدواج کند؛ زیرا نه شبهه جمع در نکاح دو خواهر در آن وجود دارد، و نه مدت استبراء مزنی بها جزء ایام عده مطلقه شمرده می شود تا ادله ای که از ازدواج با خواهر مطلقه در ایام عده اش منع کرده شامل آن شود.

حکم ازدواج با خواهر موطوءه به شبهه قبل از پایان عده

مسألة ۴۹: «... و کذا إذا وطئها، جاز له نکاح اختها فی عدتها؛ لأنها بائنة؛ نعم، الاحوط اعتبار الخروج عن العدة، خصوصاً فی صورة کون الشبهة من طرفه و الزنا من طرفها، من جهة الخبر الوارد فی تدلیس الاخت التي نامت فی فراش اختها بعد لبسها لباسها»^۳

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۷.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۷.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۷.

عده زنی که وطی به شبهه می‌شود، مانند عده بانه است؛ پس باید بر حسب قواعد، واطی بتواند خواهرش را در ایام عده بگیرد؛ ولی مرحوم سید فرموده که احتیاط استحبابی در این است که تا پایان عده صبر کند، خصوصاً اگر شبهه از ناحیه مرد باشد و از طرف زن زنا واقع شده باشد؛ چون در این مورد، روایتی وارد شده است. مرحوم آقای خوئی مراد مرحوم سید از روایت مذکور را خبر برید عجلی دانسته است و خود ایشان صحیحۀ زرارۀ را نیز افزوده است.^۱

ادله حرمت ازدواج (صحیحۀ برید عجلی و زرارۀ)

ادله حرمت ازدواج، دو روایت برید و زرارۀ است:

- محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن هشام بن سالم عن برید العجلی قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فزفها إليه اختها وكانت أكبر منها فأدخلت منزل زوجها ليلا فعمدت إلى ثياب امرأته فنزعتهما منها ولبستها ثم قعدت في حجلة اختها و نخت امرأته وأطفت المصباح واستحيت الجارية أن تتكلم فدخل الزوج الحجلة فواقعها وهو يظن أنها امرأته التي تزوجها فلما أصبح الرجل قامت إليه امرأته فقالت له أنا امرأتك فلانة التي تزوجت وإن اختي مكنت بي فأخذت ثيابي فلبستها وقعدت في الحجلة ونحتني فنظر الرجل في ذلك فوجد كما ذكرت فقال أرى أن لا مهر للتي دلست نفسها وأرى عليها الحد لما فعلت حد الزاني غير محصن ولا يقرب الزوج امرأته التي تزوج حتى تنقضي عدة التي دلست نفسها فإذا انقضت عدتها ضم إليها امرأته»^۲
- محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن الحسن بن محبوب عن ابن بکیر^۳ عن علی بن رثاب عن زرارۀ بن أعین قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج بالعراق امرأة ثم خرج إلى الشام فتزوج امرأة أخرى فإذا هي اخت

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۳۶۱.

۲. الکافي، ج ۵، ص ۴۰۹، ح ۱۹؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۲۲، ح ۱.

۳. استاد عليه السلام: در نقل تهذیب (ج ۷، ص ۲۸۵، ح ۴۰) که البته از کافی اخذ کرده است، به اشتباه، به جای «و»، «عن» به کار رفته است، در حالی که ابن بکیر، بی واسطه از زرارۀ نقل می‌کند.

امراً التي بالعراق قال يفرق بينه وبين التي تزوجها بالشام ولا يقرب المرأة حتى تنقضي عدة الشامية قلت فإن تزوج امرأة ثم تزوج أمها وهو لا يعلم أنها أمها قال قد وضع الله عنه جهالته بذلك ثم قال إذا علم أنها أمها فلا يقربها ولا يقرب الابنة حتى تنقضي عدة الأم منه فإذا انقضت عدة الأم حل له نكاح الابنة قلت فإن جاءت الأم بولد قال هو ولده ويكون ابنه وأخا امرأته.^۱

شمول روایت برید نسبت به وطی به شبهه طرفینی

اطلاق روایت زواره، شامل وطی به شبهه از ناحیه مرد و وطی به شبهه از دو طرف می‌شود؛ بلکه شاید اختصاص به شبهه طرفینی داشته باشد. در هر حال شمولش نسبت به شبهه طرفینی واضح‌تر از شبهه یک طرفی است.

علاوه اینکه برای اثبات حرمت در فرض شبهه طرفینی، می‌توان با الغاء خصوصیت عرفی، به خود روایت برید استناد کرد؛ زیرا لزوم پرهیز از وطی در زمان عده، به لحاظ احترام ماء مرد است که نطفه‌اش در رحم دو خواهر در یک زمان جاری نشود. بدیهی است که در مقام، عرف برای شبهه یک طرفی (منحصراً از سوی مرد) احتمال خصوصیت نمی‌دهد؛ از این رو، این احترام را در شبهه طرفینی هم لازم می‌داند؛ پس اگر دلالت روایت برید تمام باشد، خود این روایت برای اثبات حکم در شبهه طرفینی نیز کافی است.

وجه تأکید احتیاط در «وطی به شبهه بودن از طرف مرد» در عروه

در کلام مرحوم سید برای فرض شبهه از طرف مرد، خصوصیت لحاظ شده است: «خصوصاً في صورة كون الشبهة من طرفه و الزنا من طرفها».

در توجیه این خصوصیت، دو وجه ممکن است بیان شود.

وجه اول: انحصار دلیل حرمت در صحیحه برید

وجه اول وجهی از مرحوم آقای خوئی است. ایشان ذکر این خصوصیت را از این جهت دانسته که مرحوم سید گمان کرده دلیل مسئله، در روایت برید منحصر

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۳۱، ح ۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۷۸، باب ۲۶، ح ۱.

است؛ از این رو، به ایشان اشکال کرده که دلیل، منحصر به آن نبوده و روایت زراره نیز که مطلق است و مصداق ظاهر آن شبهه طرفینی است، یکی از ادله مسئله است؛ بنابراین چنانچه اصل حکم را بپذیریم، وجهی برای خصوصیت وجود ندارد.^۱

وجه دوم: تأمل در عمل به موثقات مثل روایت زراره به نقل ابن بکیر در تهذیبین اما ممکن است وجه خصوصیت در کلام مرحوم سید این باشد که در سند روایت زراره، به حسب نقل شیخ در تهذیب^۲ و استبصار^۳، بین حسن بن محبوب و علی بن رثاب، ابن بکیر واسطه شده است؛ پس روایت بر اساس نقل این دو کتاب، موثقه است. از آنجا که در عمل به موثقات، اشکال و جواب‌هایی مطرح است، گرچه عمل به موثقات هم پذیرفته شود، ولی همین امر می‌تواند سبب خصوصیتی برای مورد روایت برید گردد.

اشتباه نقل تهذیبین و منحصر نبودن طریق خبر زراره به نقل ابن بکیر
البته طبق نظر صحیح، همان‌طور که در کافی^۴ (منبع نقل تهذیبین) آمده، سند روایت زراره باید به این صورت باشد: «... عن الحسن بن محبوب عن ابن بکیر و علی بن رثاب جمیعاً عن زرارة بن أعین»؛ زیرا «حسن بن محبوب» همیشه بی‌واسطه از «علی بن رثاب» نقل می‌کند^۵ و نیز «ابن بکیر» راوی مستقیم از «زراره» است و نباید بین آنها واسطه بیاید و در خیلی موارد، «علی بن رثاب» بر «ابن بکیر» عطف شده است؛ بنابراین در سند این روایت به نقل شیخ، اشتباهی رخ داده است که ممکن است سهو قلمی از ایشان باشد یا ناشی از خطای نسخه‌ای باشد که در اختیار ایشان بوده است.

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۳۶۱.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۸۵، ح ۴۰.

۳. الاستبصار، ج ۳، ص ۱۶۹، ح ۱.

۴. الکافی، ج ۵، ص ۴۳۱، ح ۴.

۵. تنها در سند این روایت در تهذیب و استبصار به جای «و علی بن رثاب» چنین آمده است: «عن علی بن رثاب» و در حدود ۶۰۰ روایتی که در کافی و تهذیب، «حسن بن محبوب» و «علی بن رثاب» وجود دارد، هیچ‌جا جز این مورد، «حسن بن محبوب» با واسطه از «علی بن رثاب» حدیث نقل نکرده است.

ادله ردّ روایت برید و زراره

اما روایت برید و زراره به دلایلی رد شده است.

دلیل اول: اعراض مشهور از صحیحۀ برید و زراره

مرحوم آقای حکیم در این مسئله به روایت برید فتوا نداده است و وجه آن را عدم تعرّض اصحاب به مضمون روایت و اعراض از آن ذکر کرده است.^۱

اشکال صغروی: فتوای مشهور قدما و بسیاری از متأخرین به روایت برید در حالی که بر خلاف گفته ایشان، فقهای قبل از مرحوم علامه که متعرّض این مسئله شده‌اند، به جز ابن ادریس، همگی به مفاد این روایت فتوا داده‌اند. پس از علامه نیز قائلین به لزوم صبر تا انقضای عده، کمتر از قائلین به جواز نیستند. با توجه به این مطلب، نادرستی کلام مرحوم ابن فهد^۲ که قول به عدم لزوم صبر را به مشهور نسبت داده نیز روشن می‌شود.

از جمله فقهای متقدّم که به مضمون این روایت فتوا داده‌اند، مرحوم شیخ در نهاییه^۳، ابن براج در مهذب^۴، ابن حمزه در وسیله^۵، کیدری در إصباح^۶ و یحیی بن سعید در جامع^۷ هستند.

ظاهراً مرحوم صدوق در فقیه^۸ نیز همین فتوا را دارد؛ زیرا در این کتاب که کتاب فتوایی ایشان به‌شمار می‌رود، روایت را بدون بیان هیچ اشکالی نقل کرده

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۶۲.

۲. المهذب البارع، ج ۳، ص ۲۹۲-۲۹۳.

۳. النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۵۴.

۴. المهذب (ابن براج)، ج ۲، ص ۱۸۴-۱۸۵.

۵. الوسيلة، ص ۲۹۳.

در حدائق (ج ۲۳، ص ۵۱۸) به اشتباه، به جای ابن حمزه، ابن زهره نوشته شده که یا سهو قلم است یا اشتباه چاپی است: «و الذي صرح به الشيخ في النهاية هو بطلان عقد الثانية خاصة، فإن وطأ الثانية فزق بينهما، ولا يرجع في نكاح الأولى حتى تخرج التي وطأها من العدة، و به صرح ابن البراج وابن زهرة».

۶. إصباح الشيعة، ص ۳۹۹.

۷. الجامع للشرائع، ص ۴۲۹.

۸. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۱۸، ح ۴۴۵۸.

است. البته مرحوم صدوق، تنها روایت زراره را نقل کرده و روایت برید در این کتاب نیامده است.

از بین متقدمین، برخی به جواز حکم کرده‌اند. از آن جمله، مرحوم ابن‌ادریس است که این مورد را مصداق جمع بین دو خواهر ندانسته و به خاطر مبنایش - که به خبر واحد عمل نمی‌کند، مگر در مواردی که با اصول و قواعد کلی منطبق باشد - طبق عمومات جواز، فتوا داده است.^۱ مرحوم علامه نیز در قواعد^۲، تحریر^۳ و مختلف^۴ به جواز فتوا داده است. البته در مختلف روایت زراره را بر کراهت حمل کرده است. مرحوم نراقی نیز در مستند این روایت را بر کراهت حمل کرده؛ البته در آنجا به جای مختلف الشیعه، حکم به کراهت را به قواعد علامه نسبت داده است.^۵ ابن‌فهد در مهذب^۶، محقق کرکی در جامع المقاصد^۷ و فاضل هندی در کشف اللثام^۸ هم از کسانی هستند که به جواز فتوا داده‌اند.

از متأخرین نیز برخی قائل به جواز ازدواج نشده‌اند، مانند مرحوم صاحب مدارک^۹، شیخ حر^{۱۰} - که عنوان باب را حرمت مباشرت قبل از انقضاء عده قرار داده - و صاحب حدائق^{۱۱}. بعید نیست که مرحوم فیض نیز چنین باشد؛ زیرا در واف^{۱۲}

۱. السرائر، ج ۲، ص ۵۳۶.

۲. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۳۴-۳۵.

۳. تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۴۷۲.

۴. مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۷۲.

۵. مستند الشیعه، ج ۱۶، ص ۳۱۲.

۶. المهذب البارع، ج ۳، ص ۲۹۳.

۷. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۴۳.

۸. کشف اللثام، ج ۷، ص ۱۹۹.

۹. نهاية المرام، ج ۱، ص ۱۸۲.

۱۰. وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۴۷۸، باب ۲۶ (باب أن من تزوج امرأة ثم تزوج اختها فالعقد الثاني باطل ويجب مفارقة الثانية وتعذّر ويجتنب الأولى حتى تنقضي العدة إن كان دخل بالثانية وكذا من تزوج امرأة ثم تزوج أمها ويلحق به الولد مع الجهل).

۱۱. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۲۲-۵۲۳.

۱۲. الوافي، ج ۲۲، ص ۶۸۳.

با سکوت از کنار روایت گذشته است، با اینکه معمولاً در ذیل روایاتی که مطابق اصول نیست و اشکالاتی در آنها مطرح است بیانی دارد، مثلاً گاهی به کراهت یا تقیه حمل می‌کند.

بنابراین با توجه به اینکه قائلین به تحریم از نظر تعداد تقریباً به میزان مجوزین هستند، نسبت اعراض به اصحاب صحیح نیست.

دلیل دوم: تعارض روایت برید و زراره با روایات جمیل، محمد بن مسلم و حلبی ممکن است ادعا شود که روایت برید و زراره با روایات جمیل، محمد بن مسلم و حلبی متعارض اند و همین امر سبب شده که مرحوم سید به مفاد روایت برید فتوا ندهد. با قطع نظر از فتوا ندادن مرحوم سید به مضمون روایت برید، تعارضی بین آن و روایات مذکور وجود ندارد. برای روشن شدن بطلان تعارض ادعایی، لازم است سند و مفاد این روایات مورد بحث و نظر قرار گیرد.

روایت جمیل بن صالح

و روی الحسن بن محبوب عن جمیل بن صالح:

«أَنَّ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ فِي اخْتِيْنِ أَهْدِيْنَا لِأَخْوِيْنِ فَادْخَلْتَ امْرَأَةً هَذَا عَلَى هَذَا وَامْرَأَةً هَذَا عَلَى هَذَا قَالَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا الصَّدَاقُ بِالْغَشْيَانِ وَإِنْ كَانَ وَلِيْتُهُمَا تَعَمَّدَ ذَلِكَ أَغْرَمَ الصَّدَاقُ وَلَا يَقْرُبُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا امْرَأَتَهُ حَتَّى تَنْقُضِيَ الْعِدَّةَ فَإِذَا انْقَضَتْ الْعِدَّةُ صَارَتْ كُلُّ امْرَأَةٍ مِنْهُمَا إِلَى زَوْجِهَا الْأَوَّلِ بِالتَّكَاحِ الْأَوَّلِ ...»^۱

دو برادر با دو خواهر ازدواج کرده‌اند و هر یک از آنان با زن دیگری مباشرت کرده است. حضرت می‌فرماید: شوهرها در خلال عده باید از مباشرت با زوجه خود پرهیز نمایند؛ یعنی هر خواهر فقط باید برای وطی شبهه خودش عده نگه دارد. مقنع نیز این روایت را نقل کرده و به مفاد آن فتوا داده است.^۲

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۲۲، ح ۴۴۶۹.

۲. المقنع (شیخ صدوق)، ص ۳۱۵-۳۱۶.

صحیحہ محمد بن مسلم

روی العلاء عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«سألته عن رجلين نكحا امرأتين فاتي هذا بامرأة هذا وهذا بامرأة هذا قال تعتد هذه من هذا وهذه من هذا ثم ترجع كل واحدة إلى زوجها.»^۱

صحیحہ حلبی

عنه (الحسين بن سعيد) عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي قال:

«سألته عن رجلين نكحا امرأتين فاتي هذا بامرأة ذا واتي هذا بامرأة ذا قال تعتد هذه من هذا وهذه من هذا ثم يرجع كل واحدة منهن إلى زوجها و قال في رجل يتزوج المرأة فيقول لها أنا من بني فلان فلا يكون كذلك قال تفسخ النكاح أو قال ترد النكاح.»^۲

مضمون این روایت با روایت محمد بن مسلم یکی است؛ ولی ظاهراً روایت حلبی از امام صادق عليه السلام است. اگر این دو روایت از یک امام بود، ما احتمال قوی می‌دادیم که یک روایت است. در هر حال، اطلاق دو روایت شامل اُختین نیز می‌شود.

تقریب تعارض دو دسته از روایات

تقریب تعارض این سه روایت با روایات زرارہ و برید این است که گرچه ممکن است مدت دو عده، برابر نباشد و در نتیجه، پایان دو عده هم‌زمان نباشد، اما طبق این سه روایت، همین که هر یک از دو خواهر، عده و طی شبهه‌اش تمام شود، مباشرت شوهرش با او جایز خواهد شد، بدون اینکه لازم باشد شوهر تا پایان عده خواهر دیگر که با او مباشرت کرده صبر کند، در حالی که بر اساس روایات برید و زرارہ شوهر تنها پس از انقضای عده خواهری که با او مباشرت کرده می‌تواند با خواهرش ازدواج نماید؛ پس این دو دسته روایت، معارض یکدیگر بوده و قول به کراهت، نمی‌تواند وجه جمعی برای آنها باشد.

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۲۱، ح ۴۴۶۷؛ وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۵۱۳، ح ۱.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۳۲، ح ۳۵؛ وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۲۲۲، ح ۲.

اشکال به تعارض ادعایی

اما فرض تعارض بین این سه روایت با روایات ززاره و برید، وجهی ندارد.

اشکال اول: ارسال سندی روایت جمیل

اولاً، روایت جمیل بن صالح که موردش دو خواهر است از نظر سند مخدوش است؛ زیرا در کافی جمیل، روایت را به صورت مرسل نقل کرده است: «... عن الحسن بن محبوب عن جمیل بن صالح عن بعض أصحاب أبي عبد الله عليه السلام». نقل ابن محبوب به عنوان یکی از اصحاب اجماع نیز برای تصحیح سند، کافی نیست.

اشکال دوم: تغایر مورد روایات محمد بن مسلم و حلبی با روایت ززاره

ثانیاً، دو روایت محمد بن مسلم و حلبی، با اینکه سندشان معتبر است، ولی در مورد دو خواهر نیست، گرچه به اطلاق، شامل دو خواهر نیز می‌شود؛ اما با اطلاق نمی‌توان آنها را معارض روایات برید و ززاره دانست؛ علاوه اینکه موضوع این دو روایت، یکی معقوده و دیگری اجنبیه است و دست‌کم با موضوع روایت ززاره که هر دو معقوده هستند متفاوت است و بعید نیست شارع برای عقد باطلی که به تخیل صحت انجام گرفته، اثری قائل شده و بر اساس آن، رعایت عده را لازم بدانند. پس چنان‌که بیان شد، مرحوم ابن جنید قائل است اگر با دو معقوده دخول صورت گرفته باشد، زوج مختار است حتی دومی را اختیار کند و طبعاً عقد معقوده اول، محکوم به بطلان خواهد بود.

بنابراین از نظر حکم، ملازمه‌ای بین دو صورت نیست و هر دسته از روایات، متعارض یکی از دو صورت است؛ از این رو، روایات برید و ززاره بدون معارض بوده و

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۷، ح ۱۱: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد و علي بن إبراهيم عن أبيه جميعاً عن الحسن بن محبوب عن جمیل بن صالح عن بعض أصحاب أبي عبد الله عليه السلام: «في اختين اهديتا إلى أخوين في ليلة فادخلت امرأة هذا علي هذا و ادخلت امرأة هذا علي هذا قال لكل واحد منهما الصداق بالغشيان وإن كان وليهما تعمد ذلك اغرم الصداق ولا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضي العدة فإذا انقضت العدة صارت كل واحدة منهما إلى زوجها بالنكاح الأول قيل له فإن ماتا قبل انقضاء العدة قال فقال يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما و يرثانهما الرجلان قيل فإن مات الرجلان و هما في العدة قال ترثانهما و لهما نصف المهر المسمى و عليهما العدة بعد ما تفرغان من العدة الأولى تعتدان عدة المتوفى عنها زوجها».

تمسک به آنها در موارد خودشان بی مانع است و وجهی برای حمل آنها بر کراهت وجود ندارد.

نظر مختار: جواز عقد

اما با این حال، طبق نظر مختار، ازدواج در این مقام با لحاظ بیان ذیل، جایز است؛ زیرا همان طور که مرحوم آقای حکیم^۱ و آقای خونی^۲ فرموده اند، روایات برید و زواره از مسئله مورد بحث، بیگانه هستند؛ زیرا موضوع این دو روایت، وطی است، در حالی که موضوع مسئله مورد بحث، تزویج است.

البته در ذهنم است که برخی خواسته اند با استفاده از تسلّم بر یک کبرای کلی، حکم مسئله فعلی را از این دو روایت اخذ نمایند؛ بدین صورت که فقهاء در هر موردی که مباشرت با زوجه برای شوهر بقاء جایز نباشد، حرمت عقد وی را حدوثاً مسلّم می دانند؛ از این رو، می توان با استفاده از حکم حرمت مباشرت از این دو روایت، حکم حرمت تزویج را نیز نتیجه گیری کرد.

اما این استدلال نیز تمام نیست؛ زیرا اگر حرمت مباشرت، همیشگی باشد، عرفاً می توان به مفاد این کبرا ملتزم شد؛ ولی اگر حرمت، موقت باشد، مانند حرمت مباشرت مرد با زوجه اش در ایام حیض، کبرای مذکور بر آن صادق نخواهد بود. بنابراین با استفاده از این دو روایت نمی توان قائل به تحریم تزویج شد؛ اما با توجه به اینکه بسیاری از فقهاء به آن فتوا داده اند، احتیاط استحبابی مرحوم سید از نظر ما نیز مقبول است.

حکم جمع بین دو همسر فاطمی

مسألة ۵۰: «الأقوی جواز الجمع بین فاطمیتین علی کراهة؛ و ذهب جماعة من الأخباریة إلى الحرمة و البطلان بالنسبة إلى الثانية؛ و منهم من قال بالحرمة دون البطلان؛ فالأحوط الترك؛ و لو جمع بینهما، فالأحوط طلاق الثانية أو طلاق الاولى

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۶۲.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۳۶۱.

و تجدید العقد علی الثانية بعد خروج الاولى عن العدة، وإن كان الأظهر علی القول بالحرمة عدم البطلان؛ لأنها تکلیفیة، فلا تدلّ علی الفساد. ثمّ الظاهر عدم الفرق فی الحرمة أو الکراهة بین کون الجامع بینهما فاطمیاً أو لا؛ كما أنّ الظاهر، اختصاص الکراهة أو الحرمة بمن كانت فاطمیة من طرف الأبوين أو الأب، فلا تجري فی المنتسب إليها عليه السلام من طرف الأم؛ خصوصاً إذا كان انتسابها إليها یاحدى الجدّات العالیات؛ و کیف كان، فالأقوی عدم الحرمة، وإن كان النصّ الوارد فی المنع صحیحاً علی ما رواه الصدوق فی العلل بإسناده عن حمّاد قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام یقول: «لا یحلّ لأحد أن یجمع بین ثنتين من ولد فاطمة عليها السلام إنّ ذلك یبلغها فیشقّ علیها قلت یبلغها؟ قال عليه السلام إي والله» و ذلك لإعراض المشهور عنه، مع أنّ تعلیله ظاهر فی الکراهة؛ إذ لانسلم أنّ مطلق کون ذلك شاقاً علیها، إیذاء لها، حتّى یدخل فی قوله عليه السلام: «من أذاها فقد أذانی». ^۱

تنها دلیل این فرع، روایتی است که به دو سند وارد شده و در ذیل بررسی خواهد شد.

روایات مسئله در تهذیب و علل الشرائع

- علي بن الحسن عن سندي بن ربيع عن محمد بن أبي عمير عن رجل من أصحابنا قال سمعته یقول: «لا یحلّ لأحد أن یجمع بین ثنتين من ولد فاطمة عليها السلام إنّ ذلك یبلغها فیشقّ علیها قلت یبلغها؟ قال إي والله». ^۲
 - حدّثنا محمد بن علي ماجیلویه عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن أبيه عن ابن أبي عمير عن أبان بن عثمان عن حمّاد قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام یقول: «لا یحلّ لأحد أن یجمع بین الاثنتين من ولد فاطمة عليها السلام إنّ ذلك یبلغها فیشقّ علیها قال قلت یبلغها؟ قال إي والله». ^۳
- در این روایت آمده که جمع بین دو همسر فاطمی جایز نیست؛ زیرا این کار بر

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۷-۸۳۸.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۶۲، ح ۶۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۰۳، باب ۴۰ (باب حکم الجمع بین ثنتين من ولد فاطمة عليها السلام)، ح ۱.

۳. علل الشرائع، ج ۲، ص ۵۹۰، ح ۳۸؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۰۳، باب ۴۰ (باب حکم الجمع بین ثنتين من ولد فاطمة عليها السلام)، ذیل ح ۱.

حضرت زهرا علیها السلام عرضه می‌گردد و آن حضرت از این امر اذیت می‌شوند.
در این مسئله عروه چند جهت مورد بحث است.

الف. «لا یحل» حکمی تنزیهی است یا تحریمی؟

ب. در صورت دلالت «لا یحل» بر حرمت، آیا بر بطلان هم دلالت دارد یا خیر؟

ج. آیا این حکم، اختصاص به کسانی دارد که از طریق پدر به حضرت

زهرا علیها السلام منتسب‌اند یا شامل اولاد دختری ایشان نیز می‌شود؟

مرحوم سید در این مسئله، قول کراهت را اختیار کرده و فرموده است که هرچند روایت ناهیه صحیحه است، اما مشهور از آن اعراض کرده‌اند؛ علاوه اینکه از تعلیل روایت هم کراهت استفاده می‌شود.

البته دو دلیلی که ایشان مطرح کرده است در عرض هم نیستند، بلکه در طول هم هستند؛ یعنی اگر کسی ظهور روایت در کراهت را قبول کند، دیگر نمی‌تواند به اعراض مشهور تمسک کند. پس توجیه کلام سید این است که بگوییم روایت، ظاهر در کراهت است و اگر قبول کنیم که ظهور در حرمت دارد، به سبب اعراض مشهور از حجیت ساقط می‌شود.

اثبات نشدن کراهت جمع بین دو همسر فاطمی حتی با تسامح در ادله سنن

نزاع بر سر دلالت روایت بر حرمت یا کراهت، متوقف بر این است که سند روایت اشکالی نداشته باشد، وگرنه نه حرمت، قابل اثبات است و نه کراهت؛ چون در صورت پذیرش مبنای تسامح در ادله سنن، حداکثر استحباب ترک اثبات می‌شود و اثبات استحباب ترک، مستلزم اثبات کراهت به معنای وجود حرازاتی که مانع قبول خیلی از اعمال می‌شود نیست، و در صورت نپذیرفتن مبنای تسامح در ادله سنن، به طریق اولی کراهت ثابت نمی‌شود.

این روایت در تهذیب^۱ و علل^۲ به دو سند متفاوت نقل شده است که در اینجا به بررسی سند هر دو نقل پرداخته می‌شود.

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۶۲، ح ۶۳.

۲. علل الشرائع، ج ۲، ص ۵۹۰، ح ۳۸.

بررسی سند روایت در تهذیب

سند تهذیب: «علي بن الحسن عن السندی بن ربیع عن محمد بن ابي عمیر عن رجل من أصحابنا قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام ...»^۱

بررسی اعتبار سندی بن الربیع

مراد از «علی بن الحسن»، «علی بن الحسن بن فضال» است که ثقة و فطحی است؛ پس از جهت او مشکلی در سند نیست. از ناحیه ارسال روایت هم اشکالی وجود ندارد؛ چرا که مراسلات ابن ابي عمیر بنابر مختار، معتبر است و به وثاقت و امامی بودن مروی عنه او حکم می شود. بنابر این، فقط اعتبار سندی بن ربیع باید بررسی شود.

نظر نجاشی: روایت صفوان از کتاب سندی

درباره «سندی بن ربیع» هم نجاشی تعبیر می کند که کتاب او را صفوان و برخی دیگر روایت کرده اند و این صفوان به قرینه طریقی که نجاشی ذکر کرده^۲، «صفوان بن یحیی» است و چون صفوان بن یحیی هم جزء کسانی است که «لایروون و لا یرسالون إلا عمن یوثق به»^۳، بنا بر گفته نجاشی، وثاقت و امامی بودن سندی بن ربیع هم ثابت می شود.

اشکال: ممکن نبودن نقل صفوان از سندی و شواهد آن

برخلاف آنچه مشهور شده و افراد مبتدی تصور می کنند، نجاشی با اینکه کتابش بهترین کتاب رجالی موجود است، اشتباهات زیادی در مسائل رجالی دارد. یکی از اشتباهات ایشان همین ادعای نقل «صفوان» از «سندی بن ربیع» است؛ چرا که طبق شواهد زیر «صفوان» نمی تواند از «سندی بن ربیع» روایت کرده باشد.

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۶۲، ح ۶۳.

۲. رجال النجاشی، ص ۱۸۷: «محمد بن عبد الجبار و علی بن اسماعیل ابن عیسیٰ عن صفوان عن السندی بکتابه.»

۳. محمد بن عبد الجبار و «علی بن اسماعیل» دو راوی عمده صفوان بن یحیی هستند.

۳. العدة فی أصول الفقه، ج ۱، ص ۱۵۴.

شاهد اول: نقل روایت سندی از راویان با طبقه متأخر از صفوان

اولاً، سندی بن ربیع در طبقه‌ای نیست که صفوان بتواند از او روایت کند؛ بلکه سندی گاهی روایات خود را از کسانی اخذ کرده که یک یا دو طبقه از صفوان متأخرند^۱ و چنین کسی نمی‌تواند جزء مشایخ صفوان باشد.

شاهد دوم: معاصر بودن صفوان با ابن ابی عمیر (مروئ عنه سندی بن ربیع)

ثانیاً، صفوان با ابن ابی عمیر، معاصر است؛ بلکه اندکی هم تقدّم دارد؛ از این رو، بسیار بعید است که از سندی بن ربیع که در این روایت از ابن ابی عمیر روایت کرده، نقل روایت داشته باشد.

شاهد سوم: تقدّم صفوان بر بزنتی و نقل سندی از فرزند بزنتی

ثالثاً، صفوان، مقداری بر بزنتی تقدّم دارد^۲ و حتی از کسانی روایت می‌کند که در زمان حیات آنها هنوز بزنتی متولد نشده بود،^۳ در حالی که سندی بن ربیع، از پسر بزنتی نقل روایت دارد.^۴

بنابراین به اطمینان می‌توان گفت که صفوان نمی‌تواند از سندی روایت کرده باشد و آنچه نجاشی گفته اشتباه است و وثاقت سندی بن ربیع از این طریق احراز نمی‌شود.

نظر مختار: احراز نشدن وثاقت سندی بن ربیع

در واقع، کسی که کتاب «سندی» را روایت کرده، صقّار است، نه صفوان. نجاشی به اشتباه، طریق خود به کتب و روایات صفوان را جایگزین طریق خود به صقّار

۱. توضیح بیشتر: همچون «ابوعبدالله محمد بن خالد برقی» (تهذیب الأحکام، ج ۴، ص ۱۱۴، ح ۴؛ ج ۶، ص ۱۴۴، ح ۲) و «علی بن احمد بن محمد بن ابی نصر بزنتی»، پسر بزنتی معروف (تهذیب الأحکام، ج ۳، ص ۳۲۹، ح ۵۷؛ ج ۱۰، ص ۵۱، ح ۱۹۱).

۲. کتاب الغیبة (شیخ طوسی)، ص ۶۲.

۳. برای نمونه، صفوان از برید عجلی روایت نقل کرده (تهذیب الأحکام، ج ۵، ص ۳۲، ح ۲۴) و برید در سال ۱۵۰ قمری از دنیا رفته (رجال النجاشی، ص ۱۱۲)، در حالی که بزنتی در سال ۱۵۰ اصلاً متولد نشده بوده است؛ زیرا وفات بزنتی سال ۲۲۱ بوده (رجال النجاشی، ص ۷۵) و از سوی دیگر در زمان شهادت امام کاظم علیه السلام که سال ۱۸۳ بوده (الکافی، ج ۱، ص ۴۷۶) بر خلاف صفوان که در آن زمان جزء مشایخ بوده، بسیار کم سن بوده است (کتاب الغیبة (شیخ طوسی)، ص ۶۲).

۴. تهذیب الأحکام، ج ۳، ص ۳۲۹، ح ۵۷؛ ج ۱۰، ص ۵۱، ح ۱۹۱.

کرده است.^۱

نقل صفار از «سندی بن ربیع»، موارد دیگری نیز دارد؛ علاوه بر اینکه راویان دیگری که از «سندی بن ربیع» روایت کرده‌اند، مثل «علی بن حسن بن فضال»^۲ و «محمد بن احمد بن یحیی»^۳ با صفار هم طبقه هستند؛ پس صحیح همان است که مرحوم شیخ طوسی نوشته که کتاب «سندی» را صفار روایت کرده است.^۴

بنابراین چون دلیلی بر وثاقت مشایخ صفار نداریم، وثاقت «سندی بن ربیع» احراز نمی‌شود و روایت مذکور در این مسئله با این سند، قابل اعتماد نیست.

بررسی سند روایت در علل

سند دوم روایت ابن ابی عمیر، سند علل الشرائع است:

«محمّد بن علیّ ماجیلویه عن محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمّد عن أبیه عن ابن ابی عمیر عن أبان بن عثمان عن حمّاد

۱. توضیح بیشتر: یکی از روش‌هایی که در نزد قدما معمول بوده، تلفیق دو سند و ایجاد سند دیگر بوده است؛ مثلاً شیخ صدوق روایتی را که با نام «احمد بن محمد» آغاز می‌شده از کافی برگرفته و چون مراد از وی را احمد بن محمد بن عیسی دانسته، طریق خود را به احمد بن محمد بن عیسی، بر سر این سند قرار داده است. این گونه تلفیق سند که مبتنی بر نوعی تبدیل در اسناد بوده، در نزد شیخ کلینی، شیخ صدوق، ابوالعبّاس نجاشی، شیخ طوسی شایع بوده است. حال اگر در تعیین مراد از احمد بن محمد (در مثال فوق) اشتباه رخ دهد و مثلاً مراد از «احمد بن محمد» عاصمی باشد، یا اساساً احمد بن محمد، مصخّف «محمد بن احمد» باشد، قهراً دو سند غیر مرتبط به هم متصل شده‌اند. در بحث ما نمونه‌ای از این امر رخ داده است. ظاهراً نجاشی در جایی دیده است که صفوان از «سندی بن الربیع» کتاب او را روایت کرده که در واقع، صفوان، مصخّف صفار بوده است و نجاشی متوجه نشده و طریق عام خود را که تمام مرویات صفوان بن یحیی را شامل می‌گردد، بر سر این سند قرا داده است؛ از این رو، سند تلفیقی فوق پدید آمده است که کاملاً عجیب می‌نماید.

شناخت اسناد تلفیقی و روش تعویض اسناد، در بحث‌های رجالی اهمیت فوق العاده‌ای دارد که توضیح آن در اینجا نمی‌گنجد.

۲. برای نمونه: تهذیب الأحکام، ج ۴، ص ۲۱۸، ح ۱۱؛ ج ۷، ص ۳۲۳، ح ۴۰؛ و ص ۴۶۲، ح ۶۳؛ و ج ۹، ص ۲۰۹، ح ۴.

۳. برای نمونه: تهذیب الأحکام، ج ۲، ص ۱۷۷، ح ۱۲؛ ثواب الأعمال و عقاب الأعمال، ص ۱۸، «ثواب من تطهر ثم أوی إلى فراشه».

۴. فهرست الطوسی، ص ۲۲۹، رقم ۳۴۳.

قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام ...^۱

غیر از «ابان بن عثمان» و «محمد بن علی ماجیلویه» بقیه افراد موجود در سند، بی تردید از اجلای ثقات هستند.

توثیق «ابان بن عثمان» و بطلان ناووسی یا فطحی بودن وی

اما درباره «ابان بن عثمان» گفته شده که فطحی یا ناووسی^۲ است که نسبت صحیحی نیست و ایشان بدون تردید عدل امامی است.

اما وجه نسبت ناووسی دادن به او، ممکن است مربوط به مطلبی باشد که از فخر رازی^۳ نقل گردیده است. اصطلاح ناووسی گاهی در مورد کسی استعمال می شود که به بعضی اعتقادات درباره ولایت ائمه علیهم السلام مثل علم غیب امام یا فضیلت او معتقد باشد؛ اعتقادی که در زمان ائمه علیهم السلام نامتعارف و غلو به شمار می رفته است؛ چون خود فرقه ناووسیه که حضرت صادق علیه السلام را امام آخر و امام غایب و حیی می دانستند، به یک معنا غالی بوده اند و عقیده ای بیش از عقیده متعارف آن زمان نسبت به امام صادق علیه السلام داشته اند. پس ممکن است نسبت ناووسی دادن به ابان، به معنایی که از فخر رازی نقل شده باشد که در این صورت، نقطه ضعفی برای وی نیست و او همان اعتقاداتی را داشته که امامیه در این زمان دارند.^۴

۱. علل الشرائع، ج ۲، ص ۵۹۰، ح ۳۸.

۲. رجال الکشی، ص ۳۵۲، رقم ۶۶۰.

۳. اعتقادات فرق المسلمین و المشرکین، ص ۳۹.

البته در این کتاب فخر رازی، به جای تعبیر ناووسیه، تعبیر ناموسیه آمده که با اشتباه چایی با اشتباه مؤلف آن است. در پاورقی کتاب مذکور، چنین آمده است: «و فی الملل و النحل:» و «الناووسیه» نسبة إلى عجلان بن ناس؛ و قيل نسبة إلى قرية ناووسي.

۴. رجال الکشی، ص ۳۷۵، رقم ۷۰۵: «أجمعت العصابة علی تصحیح ما یصح من هؤلاء و تصدیقهم لما یقولون و أقرؤا لهم بالفقه من دون أولئك السنة الذين عذناهم و سنیناهم سنة نفر: جمیل بن دراج و عبد الله بن مسکان و عبد الله بن بکیر و حنّاد بن عیسی و حنّاد بن عثمان و أبان بن عثمان». ابان از اصحاب اجماع است و گرچه از اصحاب اجماع بودن، طبق نظر مختار استاد الله نظر مشهور را ثابت نمی کند، اما وثاقت خود شخص را ثابت می کند؛ علاوه اینکه ابان بن عثمان، مروی عنه صفوان (برای نمونه: تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۱۶۴، ح ۴۲)، ابن ابی عمیر (برای نمونه: تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۳۹۹، ح ۶۷) و بزنطی (برای نمونه: تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۲۲، ح ۵۵) است. اجلای دیگری نیز از او اکثراً روایت کرده اند، مانند فضالة بن اثوب (در تهذیب بیش از ۲۰۰ روایت از ابان، توسط فضاله نقل

بررسی وثاقت ماجیلویه

تنها شبهه‌ای که در سند این روایت باقی است از ناحیه «محمد بن علی ماجیلویه» است.

کلام آقای خوئی و بررسی آن

مرحوم آقای خوئی^۱ در وثاقت وی مناقشه کرده و با بیان دو مطلب، مجرد «استاد شیخ صدوق بودن» را برای اثبات وثاقت استاد کافی ندانسته است. در ذیل، این دو مطلب مطرح و بررسی می‌شود.

مطلب اول: احتمال اتکای شیخ صدوق به اصالة العدالة

مطلب اول ایشان این است که اتکای مرحوم صدوق به این شخص و اینکه او شیخ و استاد مرحوم صدوق بوده است، دلیل بر وثاقت وی نیست؛ زیرا قداما معتقد به اصالة العدالة بوده‌اند؛ یعنی در مورد افراد مشکوک، بنا را بر عدالت می‌گذاشته‌اند و شاید شیخ صدوق نیز این مبنا را داشته است.

اشکال: سخت‌گیری شیخ صدوق در نقل حدیث و عدم قبول اصالة العدالة در قداما

اما همان‌گونه که به‌طور مکرر بیان شده است، چنین نیست که قداما معتقد به اصالة العدالة بوده باشند؛ بلکه برخی از آنان مانند شیخ صدوق و استادش ابن‌ولید و امثال آنها، نه تنها اهل مسامحه نبوده‌اند، بلکه در اخذ احادیث سخت‌گیر بوده‌اند، به‌طوری که متن‌شناسی می‌کرده‌اند و نقل روایاتی که با اصول مذهب مخالف بوده است را جایز نمی‌دانسته‌اند. این عده در زمره کسانی نیستند که درباره آنها گفته شده: «یروى عن الضعفاء و اعتمد المراسیل»^۲.

شده که قسمت عمده آن در احکام الزامی است) که خود نیز از اصحاب اجماع است (رجال الکثنی، ص ۵۵۶) و توثیق صریح شده است (رجال النجاشی، ص ۳۱۰-۳۱۱). به علاوه در هیچ موردی شیخ طوسی در تهذیبین و همچنین شیخ صدوق در کتب خود وی را تضعیف نکرده‌اند. او به عنوان راوی از امام کاظم علیه السلام نیز شمرده شده (رجال النجاشی، ص ۱۳، رقم ۸؛ فهرست الطوسی، ص ۴۷، رقم ۶۲) و در معانی الاخبار نیز روایاتی توسط وی از امام کاظم علیه السلام نقل شده است (برای نمونه: معانی الاخبار، ص ۲۵۴، باب معنی قول النبی صلی الله علیه و آله الفرار من الطاعون کالفرار من الزحف، ح ۱) لذا معنا ندارد که جزء ناسیه به معنای کسانی که بر امام صادق علیه السلام توقف کرده‌اند، باشد.

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۳۶۲.

۲. رجال النجاشی، ص ۷۶، رقم ۱۸۲.

مطلب دوم: ناصبی بودن برخی اساتید شیخ صدوق
مطلب دوم ایشان که در تأیید مطلب اول آورده، این است که مرحوم صدوق حتی از نواصب روایت کرده و گاهی خودش تصریح کرده که ناصبی تر از او ندیده است؛ پس معلوم می شود که بنای وی مسامحه در احادیث بوده است.

اشکال: نقل حدیث از ناصبی به دلیل اعتبار نقل فضائل اهل بیت علیهم السلام توسط آنها اما این مطلب نیز ناتمام است؛ زیرا تمسک مرحوم صدوق به روایت کسی که انصب نواصب است، در جایی بوده که ضعف راوی، مُخَلّ به استدلال به روایت نبوده است؛ مثلاً اگر شخص ناصبی، فضیلتی را در مورد اهل بیت علیهم السلام نقل کند، اعتبار این نقل حتی بیشتر از اعتبار روایتی است که شخص بسیار عادل نقل می کند، نه از باب اعتبار ذاتی شخص ناصبی، بلکه از باب اینکه ناصبی، داعی بر نقل فضایل اهل بیت علیهم السلام ندارد؛ از این رو، اگر فضیلتی نقل کرد، اطمینان بسیار قوی بر صحت روایتش حاصل می شود؛ پس چنین نبوده که او احکام الهی را از نواصب اخذ کند.^۲

نظر مختار: وثاقت ماجیلویه

بنابر این در وثاقت محمد بن علی ماجیلویه جای تردید نیست؛ به ویژه اینکه وی از مشایخ عمده صدوق بوده است و جایگاهش نزد وی در رتبه سوم، بعد از پدر صدوق و ابن ولید قرار داشته است، به گونه ای که در طریق مرحوم صدوق به کتب

۱. معانی الأخبار، ص ۵۶، ح ۴؛ عیون أخبار الرضا علیه السلام، ج ۲، ص ۲۷۹، ح ۳.

۲. توضیح بیشتر: شیخ صدوق از ابونصر، احمد بن الحسین الضبی، حدیثی نقل کرده و به دنبال آن گفته: «و ما لقیته أنصب منه و بلغ من نصبه أنه کان یقول اللهم صل علی محمد فردا و یمتنع من الصلاة علی آله» (عیون أخبار الرضا علیه السلام، ج ۲، ص ۲۷۹، ح ۳). حدیث مذکور، درباره کرامتی از قبر حضرت امام رضا علیه السلام است. ایشان همچنین در علل الشرائع (ج ۱، ص ۱۳۴، ح ۱) و معانی الأخبار (ص ۵۶، ح ۴) روایتی در معانی اسماء خمسۀ طاهره علیهم السلام و وجه تسمیه ایشان از «ابونصر، احمد بن حسین بن احمد بن عبید نیسابوری مروانی» (که ظاهراً با الضبی متحد است) نقل کرده و گفته: «و ما لقیته احدا أنصب منه» و نیز در ذیل حدیثی از عیون أخبار الرضا علیه السلام (ج ۱، ص ۲۰۴) که در آن «علی بن محمد بن الجهم» واقع است و در فضائل اهل بیت علیهم السلام است، چنین آورده است: «هذا الحدیث غریب من طریق علی بن محمد الجهم مع نصبه و بغضه و عداوته لأهل البيت علیهم السلام».

و روایات بسیاری از راویان واقع است.^۱

نتیجه بررسی سندی: صحیح بودن روایت، طبق سند علل الشرائع با توجه به وثاقت و امامی بودن راویان سند علل الشرائع، این روایت طبق نقل شیخ صدوق، صحیح است.

بررسی تاریخی مسئله

با مراجعه به تاریخچه مسئله معلوم می شود که این مسئله در کتب سابقین اصلاً معنون نبوده و از قرن یازدهم توسط اخباریان مطرح شده و طی این قرن و قرن دوازدهم به طور جدی دنبال شده است.

قائلین به تحریم جمع بین دو همسر فاطمی و متوقفین

از کسانی که طرح این مسئله از او نقل گردیده و قائل به حرمت جمع بین دو همسر فاطمی شده، «شیخ جعفر بن کمال الدین بحرانی»^۲، از مشایخ سید نعمت الله جزایری^۳ و ظاهراً از مشایخ سید علی خان مدنی است^۴ که در سال ۱۰۱۴ قمری متولد شده و در سال ۱۰۸۸ یا ۱۰۹۱ وفات یافته است.^۵

شخص دیگری که صاحب حدائق قول به حرمت را به او نسبت داده، شیخ حر عاملی^۶ است که متولد ۱۰۳۳ و متوفای ۱۱۰۴ است.^۷ البته در این نسخه و سائل که در اختیار ماست، از عنوانی که شیخ حر اخذ کرده، استفاده می شود که ایشان نمی خواهد حکم به حرمت کند؛ چون عنوان باب را «باب حکم الجمع بین ثنتين

۱. برای نمونه، با مراجعه به مشیخه فقیه مشاهده می شود که ماجیلویه در بیش از ۵۰ طریق قرار دارد که این نشان از اعتماد مرحوم صدوق به وی است. البته این تعداد، در مورد پدر مرحوم صدوق، بیش از ۲۲۰ مورد و در مورد ابن ولید، بیش از ۱۰۰ مورد است.

۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۴۳.

۳. أعيان الشيعة، ج ۴، ص ۱۳۷.

۴. ریاض السالکین، ج ۱، ص ۴۹؛ سلافة العصر، ص ۴۴۷.

۵. أعيان الشيعة، ج ۴، ص ۱۳۶.

۶. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۴۳.

۷. هدیة العارفين، ج ۲، ص ۳۴؛ کشف الحجب والأستار، ص ۶۱، رقم ۲۸۸؛ روضات الجنات، ج ۷، ص ۹۷.

من ولد فاطمة عليها السلام «قرار داده، نه «حرمة الجمع بین الفاطمیتین» و روش ایشان این است که نظر مختارش را در عناوین اخذ می‌کند؛ پس شیخ حرّ قائل به جواز بوده و یا در حکم مسئله تردید داشته است. از این گذشته، سید عبدالله جزائری مفصلاً بحث کرده که شیخ حرّ در وسائل الشیعه به سبب اشکالی که در دلالت روایت داشته، کراهت را اختیار کرده است. صاحب حدائق به سید عبدالله جزائری اشکال کرده که در وسائل چنین چیزی نیست که قائل به کراهت شده باشد و شاید سهوی برای سید عبدالله جزائری واقع شده و مثلاً حاشیه‌ای را با متن وسائل اشتباه گرفته و یا اینکه نسخا اشتباه کرده‌اند و در نسخه‌ای که در دست سید عبدالله بوده، حاشیه را در متن داخل کرده‌اند؛ از این رو، صاحب حدائق قول به حرمت را به شیخ حرّ نسبت داده است.^۲

اما به نظر می‌رسد اشکال صاحب حدائق وارد نباشد؛ چون شیخ حرّ سه نوبت وسائل را نوشته^۳ و گاهی خودش بر وسائل حاشیه زده است؛ پس صاحب حدائق در صورتی می‌تواند ادعا کند که شیخ حرّ قائل به کراهت نشده که تمام این نسخه‌ها را دیده باشد؛ آن‌گاه می‌تواند بگوید که سید عبدالله اشتباه کرده است. در هر حال، نسبتی که صاحب حدائق به شیخ حرّ داده که ایشان قائل به حرمت است، ثابت نیست. یکی دیگر از اخباریان که متمایل به حرمت شده، یکی از اساتید شیخ سلیمان بحرانی است. شیخ سلیمان متولد ۱۰۷۵ و متوفای ۱۱۲۱ است^۴ که قهراً استاد وی در اواخر قرن یازدهم و معاصر شیخ حرّ بوده است؛ چون شیخ حرّ هم در طبقه مشایخ شیخ سلیمان بوده است. شیخ سلیمان می‌گوید برخی از مشایخ ما به حرمت میل پیدا کرده‌اند. خود شیخ سلیمان بحرانی در مسئله توقف کرده و قائل به احتیاط شده است.^۵ البته بعضی گفته‌اند عبارت شیخ سلیمان مختلف نقل شده^۶؛ ولی

۱. وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۵۰۳.

۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۴۶-۵۴۷.

۳. الذریعة إلى تصانیف الشیعه، ج ۴، ص ۳۵۴.

۴. أعیان الشیعه، ج ۷، ص ۳۰۲.

۵. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۴۴.

۶. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۴۴-۵۴۵.

ظاهراً ایشان توقف و احتیاط کرده است.

شیخ عبدالله صالح سماهیجی شاگرد شیخ سلیمان بحرانی و از افراد بسیار متعصب و سرسخت در اخباری‌گری بوده است.^۱ او هم در این مسئله توقف و احتیاط کرده است.^۲

یکی دیگر از اخباریان که مایل به حرمت شده، شخصی به نام «شیخ محمد جعفر بن محمد طاهر کرمانی اصفهانی خراسانی» و معروف به «کرباسی»^۳ است که ولادتش در سال ۱۰۸۰ و وفاتش در سال ۱۱۷۵ بوده و حاشیه‌ای هم بر کفایه مرحوم سبزواری دارد. وی صوفی ماب بوده و آرای شاذی دارد.^۴

یکی دیگر از اشخاصی که قائل به حرمت شده، سید عبدالله جزائری است که ولادتش ظاهراً در سال ۱۱۰۷ و وفاتش در سال ۱۱۷۳ بوده است.^۵

۱. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۴۵؛ روضات الجنات، ج ۴، ص ۲۴۷، رقم ۳۹۰.

۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۴۴-۵۴۵؛ كشف الحجب و الأستار، ص ۵۷۰، رقم ۳۲۰.

۳. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۴۴.

۴. تكملة أمل الأكل، ج ۵، ص ۳۱۴، رقم ۲۲۵۵؛ أعيان الشيعة، ج ۹، ص ۲۰۳؛ الذريعة إلى تصانيف الشيعة، ج ۳، ص ۳۰۹، رقم ۱۱۴۵؛ و ج ۲، ص ۲۸۱، رقم ۱۱۴۱.

۵. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۴۵.

محدث بحرانی خود در حاشیه حدائق، این شخص را معرفی کرده و چنین فرموده است: «هو الفاضل المحقق السيد عبد الله بن السيد نور الدين السيد نعمة الله الشوشترى الجزائري (قدس الله أسرارهم جميعاً) في أجوبة المسائل الجلبية».

طبقات أعلام الشيعة، ج ۹، ص ۴۵۶: «عبد الله الجزائري (۱۱۷۳-۱۱۵۴) هو ابن السيد نوالدين (م ۱۱۵۸) ابن نعمة الله الشوشترى الجزائري. عالم رياضي ذو فنون ولد ۷ شعبان ۱۱۱۴ و لعل الصحيح ۱۱۱۴؛ لأن المترجم له في تذكرته المؤلفة ۱۱۶۴ (ذ ۳ رقم ۹۰۰) ذكر أن عمره يزيد على الخمسين».

با توجه به اینکه عمر او در سال ۱۱۶۴ بیش از ۵۰ سال بوده، تاریخ تولّد وی ۱۱۰۴ نخواهد بود و بعید نیست که قبل از ۱۱۱۲ قمری که وفات جدّش بوده متولد شده باشد، به گونه‌ای که آثار ذکاوت را جدّش در او دیده و بخشی از کتب خود را به وی بخشیده است (طبقات أعلام الشيعة، ج ۹، ص ۴۵۶: «و يظهر من تحفة العالم (ص ۱۰۹) أن عبد الله ولد قبل وفاة جدّه نعمة الله (۱۱۰۵-۱۱۱۲) و لمّا تفرّس الجدّ الذكاء في الحفيد في حال الصبا، وهبه قسماً من كتبه»؛ بنابراین بعید نیست که سال تولّد او، بین سال ۱۱۰۷ تا ۱۱۰۹ بوده باشد؛ یعنی در سال وفات جدّش بین ۲ تا ۴ ساله بوده و در سال کتابت تذکره خود، یعنی سال ۱۱۶۴ قمری، بین ۵۴ تا ۵۶ ساله بوده است.

از دیگر قائلین به حرمت، خود صاحب حدائق است.^۱ وی علاوه بر بحث مفصل در حدائق، رساله‌ای هم در حرمت جمع بین دو همسر فاطمی نوشته که من آن را ندیدم و صاحب جواهر^۲ از آن رساله نقل می‌کند. صاحب حدائق - بنابر نقل جواهر - گفته: من این رساله را به یکی از معاصرین دادم و او هم نظر مرا قبول کرد؛ پس این شخص معاصر صاحب حدائق نیز که نمی‌دانیم کیست، جزء قائلین به حرمت است.

بنابراین این مسئله قبل از قرن یازدهم اصلاً معنون نبوده و توسط همین عده از اخباری‌ها شرح و بسط یافته است.

نسبت قول به حرمت به شیخ صدوق در حدائق

البته صاحب حدائق برای تثبیت مطلب، ادعا کرده که شیخ صدوق (متوفای ۳۸۱) هم قائل به حرمت است؛ چون روایت را در علل الشرائع نقل کرده و به آن اشکال نکرده، با اینکه دأب صدوق در تمام کتاب‌هایش این است که وقتی روایتی را نقل می‌کند، اگر بر خلاف فتوایش باشد، نقدش را همراهش ذکر می‌کند و هر جا که حاشیه‌نزد معنایش این است که بر طبق آن فتوا می‌دهد. بعد مواردی را از علل و عیون و فقیه ذکر کرده که در آنها صدوق بر روایات، تعلیق زده تا نشان دهد روش مرحوم صدوق این‌گونه بوده است.^۳

ادعای «جواز افتاء بر خلاف اجماع» در حدائق

ایشان این نکته را هم به‌طور مفصل مطرح کرده که اگر مسئله‌ای در دوره‌های قبل اجماعی باشد، اشکالی ندارد که فقهای طبقه بعد مخالفت کنند؛ چه رسد به مسائلی که در دوره‌های قبل مسکوت بوده و اصلاً مطرح نشده است.^۴ بنابر این حتی اگر مرحوم صدوق قائل به حرمت نباشد، مضر نخواهد بود و ما می‌توانیم صرفاً بر اساس روایت فتوا دهیم.

۱. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۵۹.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۹۲.

۳. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۴۷-۵۵۰.

۴. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۵۵-۵۵۶.

نقد کلام صاحب حدائق

اینکه صاحب حدائق به شیخ صدوق نسبت داده که قائل به حرمت است، نسبت صحیحی نیست.

اشکال اول: دلالت نداشتن سکوت صدوق بر قبول روایت حتی در عیون

اولاً، به لحاظ کبروی نمی‌توانیم بگوییم هر جا صدوق حاشیه نزده معنایش این است که بر طبق روایت فتوا می‌دهد. بین قبول روایت و ردّ روایت، یک حدّ وسطی وجود دارد که صاحب حدائق به آن توجه نکرده است. ما این مقدار را می‌توانیم قبول کنیم که اگر روایتی از نظر مرحوم صدوق، باطل و غیرقابل اسناد به معصوم باشد، ایشان حاشیه می‌زند؛ پس از حاشیه نزدن می‌توانیم بفهمیم که حکم به بطلان روایت نکرده است؛ اما اینکه حکم به صحت هم کرده و بر طبق آن فتوا می‌دهد، این قابل اثبات نیست. چه بسا مواردی که برای ایشان مشکوک بوده، نه اعتقاد به بطلان آنها داشته و نه اعتقاد به صحت آنها و در عین حال، آنها را نقل کرده است؛ مثلاً چه‌طور می‌توانیم بگوییم تمام عللی را که صدوق در علل ذکر کرده معتقد به صحت آنها بوده است؟

البته در عیون گاهی تعبیر کرده که این روایت را استادم ابن‌ولید رد نکرده و از این رو، من آن را نقل می‌کنم و صاحب حدائق از این مطلب نتیجه گرفته که صدوق در همه کتاب‌هایش مقتد بوده فقط روایاتی را که به آنها معتقد است نقل کند،^۱ در حالی که حتی اگر با توجه به عنوان کتاب عیون أخبار الرضا^۲، بپذیریم که این کتاب اختصاص به روایات صحیحه دارد، نمی‌توان مطلبی را که صدوق در مورد خصوص این کتاب گفته به کتاب‌های دیگرش سرایت داد.

به علاوه، آنچه از تعبیر مذکور استفاده می‌شود، این است که روایاتی را که ابن‌ولید رد کرده، نقل نمی‌کند؛ اما این استفاده نمی‌شود که هر آنچه او نقل کرده، مورد قبول استادش یا خودش بوده است و هیچ شکی در صحت آنها نداشته است.

۱. عیون أخبار الرضا^۳، ج ۲، ص ۲۱-۲۲، ذیل ح ۴۵.

۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۵۰.

۳. الصحاح، ج ۶، ص ۲۱۷۰؛ معجم مقاییس اللغة، ج ۴، ص ۲۰۳.

اشکال دوم: احتمال فهم کراهت در نزد شیخ صدوق

ثانیاً، به لحاظ صغروی می‌توان به صاحب حدائق اشکال کرد؛ یعنی بر فرض اینکه قبول کنیم کبرویاً هر چه صدوق نقل کرده و حاشیه نزنه قبول داشته است، از کجا بفهمیم که صدوق از خصوص این روایت حرمت فهمیده است؟ شاید ایشان هم همان‌طور که صاحب جواهر، مرحوم سید و دیگران فهمیده‌اند، از لحن روایت، کراهت استفاده کرده است و می‌توان گفت اصلاً در آن دوره‌ها از این تعبیر، حرمت استفاده نمی‌کرده‌اند؛ بنابراین حاشیه نزن، با قول به کراهت هم می‌سازد و نمی‌تواند قرینه باشد بر اینکه ایشان قائل به تحریم بوده است.

تحقیق در مسئله

حال با توجه به آنچه در مطالب فوق بیان شد، جهاتی که در ابتدای این فرع مطرح شد بررسی می‌شود.

الف. جواز تکلیفی و بررسی ادله آن

جهت اول، بررسی جواز تکلیفی جمع بین دو همسر فاطمی است. آیا روایت مذکور، دلالت بر حرمت دارد یا خیر؟ برای عدم دلالت روایت بر حرمت و جواز تکلیفی جمع بین دو همسر فاطمی، دلایل زیر مطرح است.

دلیل اول: ملازمه نداشتن مشقت «فیشق علیها» با اذیت شدن

مرحوم سید فرموده: در روایت، تعلیل آورده شده که «إِنَّ ذَلِكَ يَبْلُغُهَا فِشْقَ عَلَيْهَا»^۱ و مشقت داشتن غیر از ایذاء است؛ پس داخل در عموم «مَنْ آذَاهَا فَقَدْ آذَانِي»^۲ نمی‌شود و به این لحاظ، حرمت استفاده نمی‌گردد.^۳

مرحوم آقای حکیم^۴ هم فرموده است مشقت داشتن، چه بسا موجب طیب نفس و انبساط روحی شخص است؛ مثل شخصی که از میهمان با طیب نفس

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۶۲، ح ۶۳.

۲. برای نمونه: الأمالی (شیخ صدوق)، ص ۱۰۴، ح ۳؛ علل الشرائع، ج ۱، ص ۱۸۷، ح ۲.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۸.

۴. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۶۵.

پذیرایی می‌کند و در عین حال، در زحمت و مشقت می‌افتد، یا کسی که با وجود سختی و فشار جنگ، با شور و اشتیاق در جهاد شرکت می‌کند؛ پس تعبیر مشقت را نمی‌توان دال بر حرمت دانست.

به علاوه می‌توان این مطلب را نیز به کلام ایشان افزود که اگر در مقام ذکر علت برای یک حکم، علتی ذکر کنند که جامع بین حرمت و کراهت باشد، یعنی یک قسم تحریمی و یک قسم تنزیهی داشته باشد، این نشانه آن است که قسم مکروه مراد است؛ مثلاً اگر گفتند فلان کار را نکنید، چون کار خوبی نیست، از این تعبیر کراهت استفاده می‌شود، هرچند «خوب نبودن کار» اعم از حرمت و کراهت است؛ زیرا اگر قسم حرام، مورد نظر باشد باید تعلیلی آورده شود که اختصاص به قسم حرام داشته باشد. بنابراین روایت مذکور که در آن، تعلیل به مشقت شده و مشقت یک قسم حرام و یک قسم مکروه دارد، حمل بر حکم کراهتی یا کراهت شدید می‌شود.

اشکال: ملازمه مشقت و اذیت با لحاظ نبود هدف مهم‌تر

اما شواهدی که ایشان مطرح کرده قابل مناقشه است. درست است که خیلی از اوقات، انسان به جهت یک هدف مهم‌تر که انبساط روحی در پی دارد - مثلاً برای تحصیل ثواب - جسم خود را به تعب و زحمت می‌اندازد، اما این با مقام، فرق دارد؛ زیرا حضرت فاطمه علیها السلام به لحاظ روحی در مشقت می‌افتند و در مقابلش چیزی نیست که این ناراحتی را جبران نماید؛ پس مطلبی که آقای حکیم فرموده در اینجا اصلاً مصداق ندارد و نمی‌توان گفت حضرت از اینکه اولادشان دچار نزاع و مخاصمه شوند انبساط و لذت روحی پیدا می‌کنند؛ بنابراین این مشقت برای حضرت زهرا علیها السلام با اذیت شدن ایشان همراه است.

دلیل دوم: جواز ازدواج مجدد بدون قصد ایذاء

ممکن است کسی بگوید مشقت حتی اگر مشقت ایذائی باشد، نمی‌توان از روایت، حرمتش را استفاده کرد؛ چون مثلاً ایذاء مؤمن مسلماً حرام است و در عین حال اگر کسی زنی داشته باشد و بخواهد بدون قصد ایذاء، زن دیگری بگیرد، با اینکه زن اول اذیت می‌شود، هیچ‌کس نمی‌گوید این ازدواج دوم حرام است؛ پس دلیلی بر

حرمت این نوع ایذاء وجود ندارد.

اشکال: حرمت ایذاء حضرت صدیقه علیها السلام ولو بدون قصد

اما در مقام نکته خاصی وجود دارد که سبب می شود نتوان آن را با سایر موارد ایذاء قیاس کرد. بعید نیست با توجه به ادله ای که در مورد ایذاء حضرت فاطمه علیها السلام وارد شده بتوان گفت اموری که سبب ایذاء ایشان می شود حرام است، حتی اگر ایذاء دیگران در موارد مشابه حرام نباشد.

دلیل سوم: عدم ردع شارع از امر عام البلوی

همچنین بر فرض اینکه روایت دال بر حرمت باشد ما نمی توانیم قائل به حرمت شویم؛ چون با توجه به قاعده «لو كان لبان» یک مطلبی که محل ابتلاي عموم بوده و ازدواج با اولاد معصومین علیهم السلام رواج داشته و اشخاص افتخار می کرده اند که به خاندان پیامبر صلی الله علیه و آله منتسب شوند و تعدد زوجات هم که فی نفسه امر رایجی بوده، اگر جمع بین دو همسر فاطمی حرام بود، باید مورد بحث قرار می گرفت و روایات متعدد در مورد آن وارد می شد. با این همه، این مسئله، قرن ها مطرح نشده تا اینکه در قرن یازدهم عده ای آن را مطرح کرده اند و این باعث خدشه در روایت می شود، حتی اگر هیچ اشکال سندی و دلالتی نداشته باشد؛ یعنی هرچه روایت قوی تر، ضعف آن با وجود عدم التزام فقهاء به آن بیشتر (کَلَمَا اَزْدَاد قُوَّةً اَزْدَاد ضَعْفًا).

ب. صحت عقد حتی در فرض حرمت تکلیفی آن

با لحاظ جواز تکلیفی چنین ازدواجی، دلیلی برای بطلان آن وجود ندارد. اما حتی اگر حرمت تکلیفی آن را هم قبول کنیم، باز هم بطلان آن ثابت نخواهد شد. مرحوم سید هم در عروه فرموده: حتی اگر قائل به حرمت شویم، عقد دوم باطل نیست^۱ و حق با ایشان است.

وجه این مطلب، همان گونه که آقای خوئی^۲ فرموده، این است که اگر بنا بر

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۷.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۳۶۳.

بطلان عقد باشد، دیگر معنا ندارد که امام (ع) بفرماید جمع بین دو همسر فاطمی، حضرت فاطمه (ع) را به مشقت و ناراحتی می‌اندازد؛ چون فرض این است که عقد دوم اثری ندارد؛ پس مشکلی پیش نمی‌آید تا حضرت ناراحت شود؛ از این رو، نفس این تعبیر که حضرت به مشقت می‌افتد، کاشف از این است که هر دو عقد صحیح است و انواع مشکلات و نزاع‌هایی که ممکن است پیش بیاید، باعث ناراحتی حضرت می‌شود.

اختصاص فتوای بطلان به صاحب حدائق

ظاهراً غیر از صاحب حدائق هیچ‌کس قائل به بطلان عقد دوم نشده است. صاحب حدائق فرموده است: اگر جمع بین دو همسر فاطمی واقع شده باشد، سلیمان بن علی بحرانی، موسوم به محقق بحرانی فرموده بود یکی را طلاق بدهد و بعضی دیگر از اخباریان هم همین را گفته بودند.^۱ امر به طلاق یکی از وزن، معنایش این است که اینها جمع بین دو همسر فاطمی را تکلیفاً حرام می‌دانسته‌اند، ولی وضعاً هر دو عقد را صحیح می‌دانسته‌اند؛ اما خود صاحب حدائق فرموده: حق این است که این مسئله مثل مسئله جمع بین دو خواهر است؛ یعنی باید به بطلان عقد دوم حکم کنیم و نیاز به طلاق ندارد.^۲

ج. اختصاص «وُلد فاطمه (ع)» به متسبین از طرف پدر

جهت سوم مسئله این است که خواه قائل به کراهت شویم یا حرمت، مقصود از «ولد فاطمه (ع)» چیست؟

مرحوم سید فرموده: انتساب زن‌ها به حضرت فاطمه (ع) باید از طرف پدر یا پدر و مادر باشد، نه از طرف مادر تنها؛ زیرا بر قسم اخیر، فاطمی بودن صدق نمی‌کند، همان‌طور که در صدق عناوین دیگر مثل حسینی یا حسنی نیز پدر معیار است، نه مادر، مخصوصاً اگر صورتی باشد که یکی از جذاتِ باواسطهٔ انسان، فاطمی باشد.^۳

۱. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۴۴.

۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۵۵۸-۵۵۹.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۳۷.

ناتمامی ادعای صدق «ولد فاطمه علیها السلام» بر متسین از طرف مادر

مرحوم آقای حکیم^۱ و مرحوم آقای خوئی^۲ و همین طور صاحب جواهر^۳ اشکال کرده‌اند که در روایت، عنوان فاطمی اخذ نشده تا ما بگوییم بر کسی که از طرف مادر به حضرت منتسب می‌شود، فاطمی صدق نمی‌کند؛ بلکه تعبیر «ولد فاطمه علیها السلام» در روایت وارد شده و در صدق این تعبیر، فرقی نمی‌کند که انتساب از طریق اناث باشد یا ذکور؛ چون ولد فاطمه علیها السلام بر همه صدق می‌کند.

ولی این کلام قابل مناقشه است؛ زیرا اگر بنا باشد ولد فاطمه علیها السلام را عام بدانیم، باید اکثر موارد تعدّد ازواج را از مصادیق جمع بین دو فاطمی بدانیم و در نتیجه، همه را مکروه بدانیم؛ چون در محیط‌هایی مثل مکه و مدینه و سایر اماکن مذهبی، کمتر کسی پیدا می‌شود که در سلسله اجداد یا جدّات او که مثلاً با چهل واسطه به زمان حیات حضرت زهرا علیها السلام می‌رسند، یکی از اولاد حضرت نباشد؛ پس باید ملتزم شد همه این ازدواج‌ها مکروه است در حالی که چنین نیست.^۴ پس همین قرینه خارجی کفایت می‌کند که مراد از «ولد فاطمه علیها السلام» همان «فاطمی» باشد، هرچند ذاتاً ولد فاطمه علیها السلام اختصاص به منتسب به حضرت از طرف پدر نداشته باشد.

نتیجه بحث آن است که جمع بین دو همسر فاطمی مکروه است و بر فرض حرمت، اختصاص به منتسب به آن حضرت از طرف پدر دارد و بطلان عقد را هم به دنبال ندارد.

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۶۴.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۳۶۳.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۳۹۳.

۴. زیرا این مطلب مورد ابتلا (کراهت عمده ازدواج‌های محیط مکه و مدینه) بعید است که مخفی بماند.

شرائط صیغه و انشاء عقد نکاح

بخش هشتم

فصل ۱: اعتبار انشاء لفظی در تحقق نکاح

اعتبار انشاء لفظی در تحقق نکاح

«فصل في العقد وأحكامه»

مسألة ۱: «يشرط في النكاح الصيغة بمعنى الإيجاب و القبول اللفظيين فلا يكفي التراضي الباطني ولا الإيجاب و القبول الفعليين.»^۱

کفایت مجرد تراضی طرفین برای زوجیت، خلاف ضرورت فقه و قوانین عقلایی است و اختصاص به نکاح هم ندارد. سابقاً بیان شد شخصی که احتیاج به زن دارد یقیناً راضی است که زنی که واجد تمام شرایط است و مهرش هم اندک است، زن او باشد. حال اگر زن نیز به ازدواج با چنین مردی راضی باشد، آیا نفس همین تراضی، زوجیت را بین آنها منعقد می‌کند؟ جزء بدیهیات است که زوجیت حاصل نشده و این مطلبی است که احتیاج به بیان ندارد.

بنابراین حتی اگر زن و مرد علاوه بر قصد جدی ازدواج در تمامی امور توافق داشته باشند، تحقق نکاح مانند سایر عقود نیازمند انشاء است و صرف توافق بر شرایط و وجود قصد، کافی نخواهد بود.

در باره کفایت انشاء با فعل و رفتار در باب بیع، هرچند قدماء اختلاف دارند، اما بسیاری از متأخرین آن را کافی دانسته‌اند. حتی در تقریرات مرحوم حاج شیخ عبدالکریم حائری از برخی با تعبیر «بعض من عاصرناه» نقل شده که اگر طرفین به قصد زوجیت مجامعت کنند، زوجیت حاصل است.^۲ این تعبیر بیانگر آن است که در طبقه اساتید یا معاصرین ایشان کسی بوده که ایشان عصر او را درک کرده و آن شخص به این مطلب فتوا داده است. برای این مطلب نظائری مانند انشاء فسخ با فعل وجود دارد، مثلاً مولایی که کنیز خود را به هبه جایز یا عقد جایزی به دیگری تملیک کرده یا او را برای دیگری تحلیل یا تزویج کرده، اختیار فسخ دارد، حال اگر با

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۱.

۲. کتاب النکاح (حائری)، ص ۱۸۳.

آن کنیز جماع کند، فعل و قصد او از دو حال خارج نیست؛ یا قصد مباشرت و فعل حرام را دارد، یعنی با اینکه این کنیز، کنیز یا زن یا محله دیگری است می خواهد با او مباشرت کند که این زنا است، یا به قصد اینکه کنیز را از تحلیل، ملکیت یا زوجیت دیگری خارج کند با او مباشرت می کند؛ یعنی با این فعل، آن تحلیل و تزویج و تملیک را فسخ و باطل می کند.^۱ حال بحث در این است که آیا در باب عقد نکاح نیز می توان با فعل، عقد نکاح انجام داد؟

کلام شیخ انصاری در تفاوت نکاح و زنا و بررسی تقاریب آن

مرحوم شیخ انصاری در بحث اعتبار صیغه در نکاح می فرماید:

«اجمع علماء الاسلام - کما صرح به غیر واحد - علی اعتبار اصل الصیغة فی عقد النکاح و ان الفروج لا تباح بالإباحة و لا بالمعاطاة، و بذلک یمتاز النکاح عن السفاح، لأنّ فیہ التراضی أیضا غالباً.»^۲

تقریب اول: تفاوت نکاح و زنا در وجود لفظ در نکاح

ظاهر بدوی کلام شیخ این است که فارق نکاح از سفاح، فقط داشتن و نداشتن لفظ است. اگر وطی با لفظی همراه باشد نکاح، و الا سفاح است، و اگر در نکاح، لفظ معتبر نباشد، فرقی بین نکاح و سفاح نمی ماند؛ چون وطی که مقترن به لفظ نباشد همان سفاح است.

۱. برای نمونه: المبسوط، ج ۲، ص ۸۳؛ ر.ک: تحریر الأحکام (چاپ قدیم)، ج ۱، ص ۱۶۸.

توجه شود که جواز مباشرت با کنیز توسط مولا در فروضی که در متن مطرح شده شرایطی دارد، مانند اینکه چنانچه طرف مقابل با کنیز مباشرت داشته، مالک کنیز باید تا استبراء کنیز صبر کند و سپس با او مباشرت کند (ر.ک: وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۴۷، باب ۴۴، «باب أن من زوج أمته من عبده أو غیره حرم علیه أن یتأھا أو یری عورتھا أو تری عورته ما دام لها زوج»؛ و ص ۱۴۹، باب ۴۵، «باب کیفیة تفريق الرجل بین عبده وأمته إذا أراد وطأھا»؛ تحریر الأحکام (چاپ قدیم)، ج ۲، ص ۲۵؛ نهایة المرام، ج ۱، ص ۳۰۷-۳۰۹؛ جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۲۸۰-۲۸۳).

۲. کتاب النکاح (شیخ انصاری)، ص ۷۷.

اشکال: وجود لفظ در بسیاری از موارد زنا

ظاهر بدوی کلام شیخ اشکال روشنی دارد؛ زیرا چنین نیست که سفاح، وطی بدون لفظ باشد بلکه بسیاری از افراد که مرتکب فحشاء می‌شوند قرار قبلی و مقاوله لفظی دارند؛ یعنی با لفظ، تحلیل بضع می‌کنند و این موجب خروج فعل از سفاح و الحاق آن به نکاح نمی‌شود؛ لذا مجرد وجود لفظ قبل از وقاع، موجب صدق نکاح نخواهد بود.

پس اگر مراد شیخ انصاری این تقریب بوده باشد، واضح البطلان است و مقام شیخ اقتضاء می‌کند مرادش مطلب دیگری باشد؛ لذا مرحوم آقای حکیم که در تعبیرات بسیار مؤدب است، به دلیل واضح بودن اشکال کلام شیخ، بدون ذکر عبارت «و بذلک یمتاز النکاح عن السفاح»، فقط کلام شیخ را پاسخ داده است.

تقریب دوم: تفاوت نکاح و زنا در اعتبار انشاء لفظی زوجیت قبل از وقاع

اما تقریبی مناسب‌تر برای کلام مرحوم شیخ انصاری می‌توان بیان کرد و چنین گفت: مراد از «و بذلک یمتاز النکاح عن السفاح» این است که طبق ارتکاز متشرعه در نکاح، قبل از وقاع باید انشاء زوجیت با لفظ صورت گیرد، ولی اگر کسی با نفس وقاع بخواهد انشاء زوجیت کند، زنا خواهد بود.

اشکال: عدم اثبات «اعتبار انشاء لفظی» با نفی کفایت انشاء با وقاع

اما طبق این تقریب نیز کلام شیخ انصاری قابل مناقشه است؛ زیرا لازمه وجود ارتکاز متشرعه بر اینکه «وقاع باید بعد از انشاء عقد باشد و انشاء عقد با وقاع صحیح نیست» لزوم انشاء لفظی نیست، همان‌طور که در باب عقد بیع هر چند انشاء لازم است، ولی می‌تواند بیع، معاطاتی و انشاء، فعلی باشد؛ لذا مانعی نیست که زن را با تسلیم کردن - بدون عقد لفظی - به ازدواج دیگری در آورند؛ یعنی هنگامی که زن را به قصد تحقق زوجیت تسلیم کنند با این وسیله عقد نکاح انشاء شود، و برای اینکه مقدمه حرامی هم مرتکب نشوند مثلاً شوهر دستکش دست کند که قبل از تحقق زوجیت، به نامحرم دست نزنه باشد و وقتی انشاء زوجیت با تسلیم انجام شد، زن بر او حلال شود. چنین کاری با ارتکاز متشرعه غرابت آن چنانی

که شیخ فرموده ندارد. بنابراین برای خروج از سفاح لازم نیست فقط انشاء لفظی صورت گیرد. البته حرام بودن این اسباب با صحت و تأثیر آنها در تحقق علقه نکاح منافات ندارد.

مرحوم آقای حکیم و آقای خوئی نیز به شیخ انصاری اشکال کرده‌اند که کلامشان در ذیل بررسی می‌شود.

کلام آقای حکیم: تفاوت زنا و نکاح در مباشرت به عنوان زوجیت در نکاح
مرحوم آقای حکیم در بیان فارق بین نکاح - اعم از صحیح و فاسد - و زنا با لحاظ
اجماع بر اشتراط اصل صیغه چنین فرموده است:

«و لأجل هذا الإجماع افرق النکاح عن غیره من مضامین العقود،
فإنها یجوز إنشاؤها بالفعل، بخلافه. و أما الفارق بینة و بین السفاح
فلا یرتبط بذلك، إذ السفاح الوطء لا بعنوان الزوجية، و فی النکاح
الوطء بعنوان الزوجية، و إن لم یکن إنشاؤها باللفظ، كما فی نکاح
بعض أهل الشرائع الباطلة، فإنه نکاح و لیس بسفاح، و إن کان
[انشاءها] غیر لفظ»^۱

لذا فارق بین نکاح و سفاح، وجود و عدم وجود لفظ نیست، بلکه فارق این
است که مباشرت در نکاح به عنوان زوجیت است و مباشرتی که در سفاح صورت
می‌گیرد به عنوان زوجیت نیست.

این نکته در کلام ایشان باید توجه شود که مراد از «الوطء بعنوان الزوجية» در
عبارت ایشان این نیست که با وطی، انشاء زوجیت شود. در شرایع باطله هم سراغ
نداریم که به این روش انشاء زوجیت شود. البته ایشان فرموده است در برخی شرایع
باطله انشاء زوجیت که قبل از وقاع است، با افعال هم ممکن است و لازم نیست
حتماً با لفظ باشد؛ ولی مراد ایشان از افعال، وقاع نیست تا به ایشان اشکال شود که
در شرایع باطله هم با وقاع، انشاء زوجیت نمی‌شود.

کلام آقای خوئی: رابطه عموم و خصوص من وجه بین نکاح و سفاح از حیث وجود لفظ مرحوم آقای خوئی بر کلام مرحوم آقای حکیم این مطلب را افزوده است که در سفاح هم ممکن است لفظ در کار باشد؛ چون غالباً زنا با گفتگوهای مقدماتی همراه است، پس رابطه بین مورد نکاح و سفاح از جهت اشتغال بر لفظ، عموم و خصوص من وجه است.^۱

تأیید کلام آقای حکیم و اشکال بر کلام آقای خوئی

در کلام مرحوم آقای حکیم - بر خلاف کلام مرحوم آقای خوئی - این مطلب وجود نداشت که گاهی در سفاح لفظ وجود دارد، اما با توجه به تقریب دوم از کلام شیخ انصاری معلوم می شود این مطلب اضافی در کلام مرحوم آقای خوئی ناتمام است؛ زیرا مراد شیخ انصاری طبق آنچه در تقریب دوم بیان شد، فقط این است که در سفاح قبل از وقاع، انشاء زوجیت نیست، نه اینکه شیخ انصاری منکر وجود مجرد لفظ حتی لفظ دال بر اباحه بضع در سفاح باشد.

توضیح مطلب:

مراد شیخ انصاری از «اعتبار اصل الصیغه»^۲ در عقد نکاح، مطلق صیغه و لفظ نیست؛ زیرا:

- اولاً، قطعاً هر لفظی برای انشاء عقد نکاح کافی و صحیح نیست، مثلاً نمی توان با صیغه عقد بیع، عقد نکاح را انشاء کرد؛ بنابراین مراد، صیغه ای است که برای انشاء علقه زوجیت به کار می رود.
- ثانیاً، ادامه عبارت شیخ انصاری در اعتبار اصل صیغه، بیانگر مراد ایشان از صیغه است. ایشان فرموده است: «ان الفروج لا تباح بالاباحه ولا بالمعاطاة، وبذلك يمتاز النكاح عن السفاح»^۳ یعنی عقد نکاح به اباحه بضع یا معاطات محقق نمی شود. اباحه معمولاً با لفظ هایی مانند «أذنت» یا «اجازه دادم» صورت می گیرد؛ بنابراین مراد از صیغه ای که در نکاح شرط

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۲۹.

۲. کتاب النکاح (شیخ انصاری)، ص ۷۷.

۳. کتاب النکاح (شیخ انصاری)، ص ۷۷.

است، هر لفظی نیست که بر اباحه فرج دلالت کند که معمولاً در سفاح چنین لفظی وجود دارد (خواه اباحه مجانی یا در مقابل پول) بلکه مراد، خصوص صیغه عقد نکاح است که با آن انشاء زوجیت می شود و این صیغه در موارد سفاح وجود ندارد و اگر صیغه نکاح باطل هم باشد، باز مباشرتی که به حساب زوجیت انجام می گیرد سفاح نیست.^۱

لذا مرحوم شیخ منکر وجود مجزّد لفظ در سفاح نیست. اما اشکال مرحوم آقای حکیم وارد است؛ زیرا ایشان فرموده است از اینکه در سفاح، وقاع به عنوان زوجیت رخ نمی دهد نمی توان نتیجه گرفت که قبل از وقاع در نکاح باید انشاء در قالب لفظ باشد، بلکه ممکن است نکاح در قالب کتابت یا فعل دیگر باشد، که مطلب صحیحی است.

تقریب سوم: عدم کفایت اباحه بضع در تحقق نکاح

اما می توان کلام مرحوم شیخ را به نحوی تقریب کرد که اشکال مرحوم آقای حکیم نیز وارد نباشد. می توان گفت: «ذلک» در عبارت شیخ انصاری که فرمود: «ان الفروج لا تباح بالإباحة ولا بالمعاطاة، و بذلک یمتاز النکاح عن السفاح» به عدم کفایت اباحه بضع برمی گردد و مثلاً، «عدم اعتبار صیغه» نیست؛ لذا مراد مرحوم شیخ چنین خواهد شد:

«بضع مانند سایر املاک نیست که به صرف اباحه برای دیگران مباح شود؛ لذا اگر کسی به صرف اباحه بضع با دیگری مباشرت کند، سفاح خواهد بود.»

عدم ورود اشکال آقای حکیم بر تقریب سوم

در حقیقت شیخ فرموده است تحقق اباحه بضع باید با انشاء زوجیت باشد نه با انشاء اباحه؛ اما اینکه انشاء زوجیت به چه نحو باشد در مقام بیان آن نیست؛ لذا مناقشه مرحوم آقای حکیم هم وارد نخواهد بود؛ زیرا مرحوم شیخ فقط در صدد

۱. البته تنها در صورت جهل مرکّب یا غفلت نسبت به بطلان صیغه نکاح، وطی به عنوان زوجیت خواهد بود و وطی این شخص، وطی به شبهه خواهد بود.

بیان این نکته است که در تزویج، بضع با اباحه حلال نمی‌شود بلکه نیاز به انشاء تزویج است.^۱

ادله اعتبار لفظ در انشاء عقد نکاح

در هر حال، سه دلیل اجماع، روایات و استصحاب عدم زوجیت، برای اثبات اعتبار لفظ در عقد نکاح مطرح است که بررسی می‌شود.

دلیل اول: اجماع فریقین و ضرورت بین مسلمین

تسلّم و ضرورت بین مسلمین بر لزوم لفظ در انشاء عقد نکاح، مانع از کافی دانستن مطلق انشاء در عقد نکاح است. اجماع بر این مطلب به گونه‌ای است که در بین قدماء هیچ‌کس قائل به عقد نکاح معاطاتی نشده است و حتی قبل از شیخ انصاری بحث معاطات در نکاح مطرح نبوده است. عده‌ای از فقهاء^۲ تصریح کرده‌اند که در انشاء نکاح، صیغه لازم است و ظاهر آن صیغه لفظی است؛ اما همه - حتی کسانی که تصریح نکرده‌اند انشاء نکاح به صیغه نیاز دارد - مفروضاً عه گرفته‌اند که برای انشاء، لفظ لازم است و بحث‌ها همه در خصوصیات الفاظ است که مثلاً ماضی باید باشد یا خیر؟ تقدم ایجاب بر قبول لازم است یا نه؟ اما اعتبار لفظ برای انشاء،

۱. با لحاظ ظاهر عبارت شیخ انصاری، مشأً الیه «ذلک» در کلام مرحوم شیخ که در حقیقت وجه افتراق نکاح و سفاح است، این است که در نکاح شرعی اصل انشاء لفظی زوجیت معتبر است، ولی در سفاح چنین نیست، بلکه اباحه بضع یا معاطات صورت می‌گیرد بدون انشاء ماهیت زوجیت با لفظ. ظاهر کالتصریح عبارت شیخ انصاری آن است که ایشان به لحاظ اجماع علماء اسلام در صدد تمیز نکاح شرعی - نه نکاح عرفی - و سفاح است؛ لذا اشکال مرحوم آقای حکیم بر ایشان وارد نیست؛ زیرا اشکال آقای حکیم مبتنی بر این نکته بود که با قطع نظر از اجماع علماء مسلمین، در نکاح، انشاء زوجیت قبل از مباشرت لازم است و در نتیجه گفته شد این استدلال تنها نیاز به انشاء زوجیت را ثابت می‌کند اعم از اینکه با لفظ باشد یا نه، در حالی که شیخ انصاری با لحاظ اجماع مذکور در صدد تمیز نکاح شرعی و سفاح است.

۲. برای نمونه: تحریر الأحکام (چاپ قدیم)، ج ۲، ص ۴؛ الروضة البهیة (چاپ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۵۹؛ نهاية المرام، ج ۱، ص ۲۰؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۵۶؛ مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۸۴.

مورد اتفاق و تسلّم خاصّه و عامّه^۱ است و این مسئله از مسائل عامّ البلوی است که اگر خلاف این طریق، طریق دیگری بود به طور طبیعی ظاهر می شد.

با مراجعه به فتاوی فقهاء از ابن جنید و ابن ابی عقیل (اوائل قرن چهارم) و صدوق (قرن چهارم) و آنچه از فتوای قدماء وجود دارد، در می یابیم که هیچ اختلافی مطرح نشده که اختیاراً عقد با فعل یا کتابت جایز باشد و از اوّل جزء مسلمّات بین مسلمین بوده که در حال عادی لفظ معتبر است، و مثلاً به مجرد فرستادن چیزی به منزل زن (رضایت عملی) زوجّه او محسوب نمی شود، و اگر جز این بود نقل و آشکار می گشت.

دلیل دوم: روایات

دلیل دیگری که ممکن است برای اثبات اعتبار لفظ در انشاء نکاح مطرح شود روایات است.

روایت اوّل: روایت قصّه «حولاء عطارة»

مرحوم سید مرتضی در کتاب انتصار در مقام ردّ و معارضه با عامّه، جهت اثبات عدم اعتبار اشهاد در عقد نکاح به روایتی استدلال کرده که مرتبط با مقام است و مرحوم آقای خوئی مطرح نکرده است:

«و مما یمكن أن يعارض المخالف به ما رووه عن النبي ﷺ من قوله:

"إن النساء عندكم عوار أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن

بكلمة الله"، وليس هاهنا كلام يستباح به فرج المرأة غير قول المزوج:

قد تزوجت، وقول المتزوج: قد تزوجت، و ظاهر هذا الكلام يقتضى أن

الاستباحة حصلت بهذا الكلام بلا شرط زائد من شهادة ولا غيرها.^۲

تمسک به فقره «ما استحللتم من فروجهن بكلمة الله»

این روایت، روایت مفضّلی درباره «حولاء» است. حولاء زنی است که شوهرش از

۱. المجموع شرح المذهب، ج ۹، ص ۱۶۶-۱۶۷؛ المغنی (ابن قدامة)، ج ۷، ص ۷۹.

۲. الانتصار، ص ۲۸۲.

دست او راضی نبوده است؛ لذا خدمت حضرت رسول ﷺ می‌رسد و پیامبر ﷺ حقوق شوهر بر زن را به طور مفصل بیان می‌کنند. سپس او می‌پرسد که حقوق زن بر شوهر را نیز بیان فرمایید، که حضرت پاره‌ای از حقوق زن بر شوهر را نیز ذکر می‌کنند. در قسمتی از این روایت چنین آمده است که پیامبر ﷺ می‌فرمایند:

«أخبرني أخی جبرئیل ولم یزل یوصینی بالنساء حتی ظننت أن لا یحلّ لزوجها أن یقول لها أف یا محمد اتقوا الله ﷻ فی النساء فإنهنّ عوان بین أیدیکم أخذتموهن علی أمانات الله ﷻ ما استحللتم من فروجهنّ بکلمة الله و کتابه...»^۱

محل استدلال در این روایت، جمله «بکلمة الله» است که مرحوم سید مرتضی می‌فرماید: مراد از «کلمة الله» همان است که مزوج بگوید «زوجت» و متزوج نیز «تزوجت» بگوید.^۲

نظر سید مرتضی: اراده ایجاب و قبول از کلمة الله

مرحوم سید مرتضی ابتدا اشکالی را مطرح کرده و فرموده است: شاید مراد از «کلمة الله» عباراتی از آیات قرآن باشد که به طور کلی به ازدواج و استفاده بردن از همسران امر کرده است و بنابراین، این قسمت از روایت بر لزوم وجود لفظ در انشاء عقد نکاح دلالت ندارد.

سپس ایشان چنین پاسخ داده است: تعبیر در روایت این است که فروج نساء با این کلمات الهی برای شما حلال می‌شود و صرف وجود آیاتی از قبیل «وَأَنْکَحُوا الْأَیَّامَ مِنْکُمْ»^۳ موجب حلّیت فروج نساء برای مردان نمی‌شود؛ زیرا مسلم است که در عقد نکاح، ایجاب و قبول معتبر است و اگر وجود این آیات برای اباحه و حلّیت کافی بود، دیگر نیازی به شرط کردن اینکه در عقد نکاح، ایجاب و قبول معتبر است نیست. بنابراین معنای آیات آمره به نکاح این است که خداوند متعال برای بشر اجازه تحقق نکاح با اسباب خاصی همچون عقد و ایجاب و

۱. مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۲۵۲، ح ۲.

۲. الاقتصار، ص ۲۸۲.

۳. النور، ۳۲.

قبول را داده است.^۱

مناقشه سندی

اما این روایت از نظر سند اشکال دارد. در مستدرک، مرحوم میرزای نوری این روایت را از نسخه عتیقی نقل کرده، می‌گوید این نسخه ظاهراً از کتاب الخطب جلودی اخذ شده است.^۲

مناقشه دلالی: تفسیر کلمه الله در روایت معانی الاخبار به شروط خداوند بر حضرت آدم همچنین نمی‌توان قائل شد که مراد از «کلمه الله» همان الفاظ «زوجت» و «أنکحت» باشد؛ زیرا مرحوم صدوق در کتاب معانی الأخبار در ذیل باب «معنی قول النبی ﷺ اخذتموهن بأمانة الله و استحلتتم فروجهن بكلمات الله» روایت ذیل را در بیان مراد از «کلمات الله» نقل می‌کند:

أبی‌الله قال حَدَّثَنَا سَعْدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ
سُلَيْمَانَ بْنِ دَاوُدَ يَرْفَعُ الْحَدِيثَ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَخَذْتُمُوهُنَّ
بَأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَاتِ اللَّهِ فَأَمَّا الْأَمَانَةُ فَهِيَ الَّتِي
أَخَذَ اللَّهُ ﷻ عَلَى آدَمَ حِينَ زَوَّجَهُ حَوَاءَ وَأَمَّا الْكَلِمَاتُ فَهِيَ الْكَلِمَاتُ
الَّتِي شَرَطَ اللَّهُ ﷻ بِهَا عَلَى آدَمَ أَنْ يَعْبُدَهُ وَلَا يَشْرِكَ بِهِ شَيْئًا وَلَا يَزْنِيَ وَ
لَا يَتَّخِذَ مِنْ دُونِهِ وَلِيًّا.»^۳

طبق این روایت مراد از «کلمات الله» که موجب اباحه و حلّیت نساء برای شوهرانشان می‌شود، همان شرایطی است که خداوند بر حضرت آدم شرط فرموده است.^۴ در بعضی از روایات معتبره که از طریق شیعه رسیده نیز آمده است که تزویج به شرط الله کنیده یعنی تزویجی کنید که همراه با همین تعهدات باشد و

۱. الانتصار، ص ۲۸۲.

۲. مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۲۳۸، ح ۱۶۶۰۴.

۳. معانی الأخبار، ص ۲۱۲، ح ۱.

۴. رک: مرآة العقول، ج ۲۰، ص ۳۱۰-۳۱۱.

۵. روایت با این مفاد یافت نشد و فقط روایتی معتبر در کافی یافت شد که چنین است:

الکافی، ج ۵، ص ۳۶۸، بَابُ التَّزْوِيجِ بِغَيْرِ حُطْبَةٍ، ح ۲: عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ

این تعهدات را به دنبال داشته باشد. بنابراین روایت قصه حواله نمی تواند دلیل بر اعتبار لفظ در انشاء عقد نکاح باشد.^۱

روایت دوم: روایت برید عجلی

محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن أبي أيوب عن برید العجلی قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله تعالى: ﴿وَأَخَذَ مِنْكَ مِيثَاقَ غَلِيظًا﴾ قال الميثاق هي الكلمة التي عقد بها النكاح وأما قوله ﴿غَلِيظًا﴾ فهو ماء الرجل يفضيه إلى امرأته.»^۲

این روایت علاوه بر کافی در تفسیر عیاشی نیز آمده است؛ اما در تفسیر عیاشی مطبوع به جای «برید العجلی»، «یوسف العجلی» و در تفسیر عیاشی به نقل تفسیر برهان، «یونس العجلی» آمده است.^۳ لکن هر دو، تصحیف «برید العجلی» است؛ چون کتابت این ها به هم شبیه است. «برید» به «یونس» تصحیف شده، «یوسف» نیز شبیه «یونس» است. این مطلب نیز توجه شود که در کافی (تصحیح آقای غفاری)^۴ و پاورقی آن به جای «أخذن»، «أخذنا» آمده است.

وجه عدم استدلال به روایت توسط مرحوم نراقی بر خلاف آقای خوئی

مرحوم نراقی این روایت را در مستند^۵ به عنوان مؤید ذکر کرده، اما مرحوم آقای خوئی^۶

محمد الأشعري عن عبد الله بن ميمون القذاح عن أبي عبد الله عليه السلام «أن علي بن الحسين عليه السلام كان يتزوج وهو يتعرق عرقاً يأكل ما يزيد على أن يقول الحمد لله و صلى الله على محمد وآله و يستغفر الله تعالى و قد زوجناك على شرط الله ثم قال علي بن الحسين عليه السلام إذا حمد الله فقد خطب.»

۱. با اینکه سند روایت معانی الاخبار ضعیف است اما استفاده از روایت ضعیف برای ابداء احتمال درباره «کلمة الله» و «کلمات الله» اشکالی ندارد. حتی اگر این روایت نبود باز هم احتمالات دیگری غیر از تفسیر مرحوم سید مرتضی وجود داشت و استدلال وی مخدوش بود؛ ر.ک: مرآة العقول، ج ۲، ص ۳۱۰-۳۱۱.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۵۶۰، ح ۱۹؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۶۲، ح ۴.

۳. تفسیر العیاشی، ج ۱، ص ۲۲۹، ح ۶۸؛ تفسیر البرهان، ج ۲، ص ۴۹، ح ۲۲۳۳.

۴. گرچه در چاپ های سابق (مانند چاپ دوم) از چاپ اسلامی که تصحیح آقای غفاری است، چنین اشتباهی رخ داده؛ اما در چاپ های بعدی این اشکال برطرف شده است؛ الکافی، ج ۵، ص ۵۶۰، ح ۱۹.

۵. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۸۴.

۶. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۲۹.

به عنوان دلیل به آن استدلال کرده است. به نظر می‌رسد تعبیر تأیید که در مستند آمده تعبیر دقیق‌تری باشد.

وجه عدم دلالت این روایت شاید یکی از دو وجه ذیل باشد:

وجه اول: بیان فرد متعارف نه انحصار طریق زوجیت در انشاء لفظی

وجه اول این است که آیه شریفه فرد متعارف را بیان می‌کند و در هر عقدی مراحل جماع «قَدْ أَقْصَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ»^۱ یا انزال ماء مصداق نمی‌یابد.

روایت شریف هم که میثاق را به صیغه عقد و انشاء لفظی تفسیر کرده، شاید به فرد متعارف ناظر باشد؛ زیرا عقد به طور متعارف با لفظ انشاء می‌شود نه با فعل؛ لذا اگر زوج اخرس با اشاره نکاح را انشاء کند، نمی‌تواند مهر را پس بگیرد. بنابراین روایت تنها به فرد متعارف انشاء ناظر بوده و در مقام اختصاص طریق انشاء به لفظ نیست؛ لذا دلیل بر مطلوب محسوب نشده و تنها مؤید آن خواهد بود.

وجه دوم: اطلاق «کلمه» بر موجودات تکوینی

وجه دوم این است شاید اطلاق «کلمه» به لحاظ امر با کلمه «کُنْ» در خلق موجودات باشد: «إِذَا أَرَادَ شَيْئاً أَنْ يَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ»^۲ لذا مخلوقات، کلمه الهی هستند. خلاصه آنکه استعمال کلمه در معنای مخلوقات الهی استعمالی شایع است.^۳

۱. النساء، ۲۱.

۲. یس، ۸۲.

۳. برای نمونه:

الکافی، ج ۲، ص ۵۷۶: «... و عیسی کلمتک.»

الأمالی (شیخ صدوق)، ص ۴۷۸: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عَمْرِو بْنِ الْحَافِظِ بِمَدِينَةِ السَّلَامِ قَالَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْقَاسِمِ بْنِ زَكْرِيَّا أَبُو عَبْدِ اللَّهِ وَ الْحُسَيْنُ بْنُ عَلِيٍّ السَّكُونِيُّ قَالَا حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ السَّكُونِيُّ قَالَ حَدَّثَنَا صَالِحُ بْنُ أَبِي الْأَسْوَدِ عَنْ أَبِي الْمُطَهَّرِ الْمَذَارِيِّ عَنْ سَلَامِ الْجَعْفَرِيِّ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ الْبَاقِرِ عليه السلام عَنْ أَبِي بَرْزَةَ عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وآله قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ تعالى عَهْدَ إِلَيَّ فِي عَلِيٍّ عليه السلام عَهْدًا قُلْتُ يَا رَبِّ بَيْنَهُ لِي قَالَ اسْمِعْ قُلْتُ قَدْ سَمِعْتُ قَالَ إِنَّ عَلِيًّا رَايَةَ الْهُدَى وَ إِمَامَ أَوْلِيَائِي وَ نَوْرَ مَنْ أَطَاعَنِي وَ هُوَ الْكَلِمَةُ الَّتِي أَلَزَمْتُهَا الْمُتَّقِينَ مَنْ أَحْبَبَهُ أَحْبَبَنِي وَ مَنْ أَطَاعَهُ أَطَاعَنِي.»

المزار الكبير (ابن مشهدی)، ص ۲۱۹-۲۲۰: «اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَ آلِ مُحَمَّدٍ، وَ صَلِّ عَلَى أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَبْدِكَ الْمَرْضِيِّ، وَ أَمِينِكَ الْأَوْفَى، وَ عِرْوَتِكَ الْوُثْقَى، وَ يَدِكَ الْعَلِيَا، وَ جَنْبِكَ الْأَعْلَى، وَ كَلِمَتِكَ الْحَسَنَى.»

در روایات «الکلمات التامة» نیز بر امام علی (علیه السلام) اطلاق شده^۱ و در قرآن کریم هم به حضرت عیسی «کَلِمَةً»^۲ اطلاق شده است.

در مقام هم ممکن است مراد از کلمه، آن موجودی باشد که به وسیله آن موجود عقد صورت می‌گیرد چه لفظ باشد و چه غیر لفظ، نه خصوص کلمه لفظی؛ لذا استدلال به این روایت صحیح نیست و روایت، مؤید محسوب می‌شود.

وجه تفسیر غلیظاً در «مِثاقاً غلیظاً» به ماء الرجل

اما چرا در روایت «غلیظاً» به ماء الرجل تفسیر شده است؟ در حالی که غلیظ صفت میثاق است و در ظاهر، میثاق و ماء الرجل هیچ ارتباطی به یکدیگر ندارند. پاسخ آن است که ظاهراً مراد حضرت این است که آیه می‌خواهد بفرماید که شما چگونه مهر را می‌گیرید با آنکه تمام مراحل را گذرانده‌اید؛ یعنی هم عقد نکاح بسته شده و میثاق از شما گرفته شده و هم انتفاع خارجی برده شده و انزال صورت گرفته است و مرحله التذاذ سپری گردیده است؛ با این حال شما می‌خواهید مهر را از زن پس بگیرید که بسیار قبیح است، نظیر تعبیر «لا قول الآ بعمل» که

المزار (شهید اول)، ص ۱۰۵: «اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَ آلِ مُحَمَّدٍ وَ صَلِّ عَلَى عَبْدِكَ وَ أَمِينِكَ الْوَفِيِّ وَ عُرْوَتِكَ الْوُثْقَى وَ يَدِكَ الْعَلِيَا وَ كَلِمَتِكَ الْحَسَنَى».

المزار (شهید اول)، ص ۱۱۳: «اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَ آلِ مُحَمَّدٍ وَ أبلغ عَنَّا الْوَصِي الْخَلِيفَةَ وَ الذَّاعِي إِلَيْكَ وَ إِلَى دَارِ السَّلَامِ صَلِّ بِكَ الْأَكْبَرِ فِي الْإِسْلَامِ وَ فَارُوقِ بَيْنَ الْحَقِّ وَ الْبَاطِلِ وَ نوركَ الظَّاهِرِ وَ لِسَانِكَ الْفَاتِقِ بِأَمْرِكَ بِالْحَقِّ الْمُبِينِ وَ عُرْوَتِكَ الْوُثْقَى وَ كَلِمَتِكَ الْعَلِيَا».

غزر الأخبار و درر الآثار، ص ۱۵۶: عن إسحاق بن عمار، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «إِنَّ الْإِمَامَ يَسْمَعُ الصَّوْتِ فِي بَطْنِ أُمِّهِ، وَ إِذَا سَقَطَ عَلَى الْأَرْضِ كَتَبَ عَلَى عِضْدِهِ الْأَيْمَنِ «وَوَثَّمْتُ كَلِمَةً رَبِّكَ صِدْقًا وَ غَدَلًا»، فَإِذَا تَرَعَرَ نَصَبَ لَهُ عُمُودٌ مِنَ النُّورِ إِلَى السَّمَاءِ يَرَى بِهِ أَعْمَالَ عِبَادِ اللَّهِ، وَ إِنَّ عَلَيْنَا (عليه السلام) كَانَ كَلِمَةً مِنْ تِلْكَ الْكَلِمَاتِ النَّاقَاتِ».

۱. الاحتجاج، ج ۲، ص ۴۹۴: «اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى حَبَّتِكَ فِي أَرْضِكَ وَ خَلِيفَتِكَ فِي بِلَادِكَ وَ الذَّاعِي إِلَى سَبِيلِكَ وَ الْقَائِمَ بِسَطْكِ وَ النَّاتِرَ بِأَمْرِكَ وَلِيَّ الْمُؤْمِنِينَ وَ بَوَارِ الْكَافِرِينَ وَ مَجْلِي الظُّلْمَةِ وَ نَمِيرَ الْحَقِّ وَ النَّاطِعَ بِالْحِكْمَةِ وَ الضَّدَقَ وَ كَلِمَتِكَ الثَّاقَةَ فِي أَرْضِكَ الْمَرْتَقِبَ الْخَائِفَ وَ الْوَلِيَّ النَّاصِحَ سَفِينَةَ النِّجَاةِ».

المزار (شهید اول)، ص ۲۰۷: «اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَ آلِ مُحَمَّدٍ وَ أَظهر كَلِمَتِكَ الثَّاقَةَ وَ مَغْيَبِكَ فِي أَرْضِكَ الْخَائِفَ الْمَرْتَقِبَ».

۲. النساء، ۱۷۱: «... إِنَّمَا الْمَسِيحُ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ رَسُولُ اللَّهِ وَ كَلِمَتُهُ أَلْقَاهَا إِلَى مَرْيَمَ وَ رُوحٌ مِنْهُ ...».

در روایات^۱ آمده است؛ زیرا این قولی است که عمل نیز همراه آن بوده است؛ پس این میثاق رسمیت تام پیدا کرده است. بنابراین انزال به آن عقد، استحکام بیشتری می‌بخشد.

روایت سوم: روایات متعدد در باب متعه

از جمله روایات دیگری که به آن استدلال شده، روایات باب متعه است. مرحوم آقای خوئی^۲ به این روایات از جمله روایت ابان بن تغلب استدلال کرده است.

الف. روایت ابان بن تغلب

علی بن ابراهیم عن أبیه عن عمرو بن عثمان عن إبراهيم بن الفضل عن أبان بن تغلب و علی بن محمد عن سهل بن زیاد عن إسماعیل بن مهران و محمد بن أسلم عن إبراهيم بن الفضل عن أبان بن تغلب قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام كيف أقول لها إذا خلوت بها قال تقول أتزوجك متعة على كتاب الله و سنة نبيه صلى الله عليه وآله لا و ارثة و لا مورثة كذا و كذا يوما و إن شئت كذا و كذا سنة بكذا و كذا درهما و تسمی من الأجر ما تراضيتما عليه قليلا كان أم كثيرا فإذا قالت نعم فقد رضيت فهي امرأتك و أنت أولى الناس بها قلت فإني أستحيى أن أذكر شرط الأيام قال هو أضمرّ عليك قلت و كيف قال إنك إن لم تشتط كان تزويج مقام و لزمتك التفقة في العدة و كانت و ارثة و لم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق السنة ...»^۳

تقریب استدلال: اعتبار لفظ در عقد موقت و اولویت عقد دائم بر آن

مرحوم آقای خوئی فرموده است: وقتی از این روایات اعتبار لفظ در باب متعه و عقد انقطاعی استفاده شود، به طریق اولی باید گفت که در باب عقد دائم لفظ برای انشاء عقد معتبر است.^۴

۱. برای نمونه: الکافی، ج ۱، ص ۷۰، ح ۹.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۲۹.

۳. الکافی، ج ۵، ص ۴۵۵، ح ۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۴۳، ح ۱.

۴. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۲۹.

اشکال سندی: عدم توثیق ابراهیم بن الفضل

اما «ابراهیم بن الفضل» که در سند این روایت قرار گرفته، در کتب رجالی توثیق نشده است.^۱

اشکالات دلالی

علاوه بر این، اشکال دلالی نیز وارد است؛ زیرا:

اشکال اول: دلالت روایت بر اعتبار ابراز رضایت نه لفظ

اولاً، این روایت تنها بر اعتبار ابراز رضایت در انشاء عقد دلالت دارد و بر لزوم لفظی بودن میرز دلالت ندارد؛ بنابراین روایت دلالت دارد بر اینکه در باب انشاء عقد، ابراز رضایت، معتبر است.

بسیاری از خصوصیات ذکر شده در روایت -مانند ذکر «درهم» به عنوان مهریه،

۱. توضیح بیشتر: مرحوم آقای خویی از روایت فوق به عنوان صحیحۃ ابان بن تغلب تعبیر کرده که وجه آن معلوم نیست. بله، بر طبق مبنای مختار استاد^۲ ممکن است گفته شود با عنایت به روایت جعفر بن بشیر از ابراهیم بن الفضل می‌توان وثاقت وی را اثبات کرد (کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۲، ص ۲۶۵، ح ۲۳۸۸: و روی جعفر بن بشیر عن ابراهیم بن الفضل عن أبي عبد الله علیه السلام....)

ولی مرحوم آقای خویی وثاقت مشایخ جعفر بن بشیر را نپذیرفته است:

معجم رجال الحديث، ج ۱، ص ۶۸: «و منهم جعفر بن بشیر. و استدلووا علی وثاقه من روی عنهم بقول النجاشي في ترجمته روی عن الثقات ورووا عنه، فكل من روی عنه جعفر بن بشیر يحكم بوثاقته. و الجواب عن ذلك: أنه لا دلالة في الكلام على الحصر، وأن جعفر بن بشیر لم یرو عن غیر الثقات. و يؤكد ذلك قوله: «و رووا عنه» أهمل یحتمل أن جعفر بن بشیر لم یرو عنه غیر الثقات، و الضعفاء یروون عن كل أحد، و لا سیما عن الأكابر بل المعصومین أيضاً. و غاية ما هناك أن تكون رواية جعفر بن بشیر عن الثقات، و روايتهم عنه كثيرة. فقد روی الشيخ یاسناده الصحيح، عن محمد بن علي بن محبوب، عن محمد بن الحسين، عن جعفر بن بشیر، عن صالح بن الحكم و صالح بن الحكم ضعفه النجاشي.»

از سوی دیگر ایشان در معجم الرجال درباره این روایت اختلاف نسخه را نقل کرده و نسخه ابراهیم بن المفضل را ترجیح داده است:

معجم رجال الحديث، ج ۱، ص ۲۴۵، رقم ۲۳۶: «ابراهیم بن الفضل: ابراهیم بن المفضل روی عن أبي عبد الله علیه السلام، و روی عنه جعفر بن بشیر. الفقیه: الجزء ۲، باب ما جاء في السفر إلى الحج و غیره، الحديث ۷۶۵، کذا في نسخة، و في نسخة أخرى: الفضل، بدل الفضیل، و في ثالثة: المفضل، و لا یبعد صحته فإن ابراهیم بن الفضل لم یعلم وجوده، و ابراهیم بن الفضل، لم تعهد روايته عن المعصومین، كما لم تعهد رواية جعفر بن بشیر عنه، و ابراهیم بن المفضل من أصحاب الصادق علیه السلام.»

«یوم و سال» به عنوان مدت و کلمه «نعم» برای قبول - از باب مثال است و دخالتی در حقیقت و ماهیت عقد ندارد، خصوصاً که در قبول لازم نیست «نعم» گفته شود و «قبلت» کافی است. با توجه به این نکات، به احتمال قوی در جمله «اذا قالت نعم...»، لزوم قبول قولی به عنوان مثال و فرد متعارف است، و کتابت نیز در آن زمان به خصوص به وسیله بانوان بسیار نادر بوده است.

البته باید توجه شود که چنانکه در مباحث سابق بیان شد، در مشابه این موارد که راوی سؤال کرده و امام علیه السلام در مقام پاسخ هستند، تعبیر امام علیه السلام مفهوم دارد حتی اگر مفهوم لقب باشد؛ لذا در صورت نبود قرینه نمی توان برای تعبیری مثل «نعم» قائل به مفهوم نشد و از باب مثال آن را لحاظ کرد. وقتی از امام سؤال شود که چگونه بگویم و حضرت هم فرماید: «این گونه بگو»، ظهور عرفیش در مفهوم است، مگر سائل فرد عوامی باشد که توضیح دادن حالت های مختلف برای او بی وجه است، اما برای شخصیتی مثل ابان چنین نیست؛ زیرا او حتی در زمان امام باقر علیه السلام از بزرگان اصحاب بوده، لذا در زمان امام صادق علیه السلام قطعاً شخصیتی بوده است^۱ و اگر انحاء دیگری برای انشاء نکاح جایز بود، امام علیه السلام آن را بیان می فرمودند، لذا ظهور مفهومی شکل می گرفت، اما با لحاظ قرائن فوق، دیگر چنین ظهوری نخواهد بود.

اشکال دوم: عدم اولویت عقد دائم بر موقت به دلیل اعتبار شروط خاص در متعه ثانیاً، پذیرش اولویت نیز مشکل است؛ زیرا بعضی قیود و مقررات معتبر در متعه، در باب نکاح دائم معتبر نیست؛ مثلاً عقد دائم بدون تعیین مهر باطل نیست، اما در عقد موقت تعیین مهر شرط صحت عقد است، لذا نمی توان از عقد موقت به دائم تعدی کرد. در مباحث ولایت پدر در نکاح دختر باکره نیز - چنانکه خواهد آمد - از ولایت در عقد موقت نمی توان به طریق اولویت، به عقد دائم تعدی کرد.

اشکال سوم: وجود قرائن دال بر عدم اعتبار لفظ ثالثاً، قرائنی وجود دارد که روایت را ظاهر در خلاف مدعای مرحوم آقای خوئی کرده است.

۱. ابان حتی از امام سجاد علیه السلام نیز روایت نقل کرده و نزد هر سه امام همام (امام صادق و پدر و جد ایشان علیهم السلام) دارای منزلت بوده است: رجال النجاشی، ص ۱۰.

قرینه اول: تعبیر «فقد رضیت» به جای «و قد رضیت» (جمله حالیه)

قرینه اول این است که عبارت به صورت «و قد رضیت» نیست تا موهم این معنا باشد که زن در حالی که راضی است باید بله هم بگوید تا قرینه بر اعتبار لفظ باشد، بلکه عبارت به شکل «فقد رضیت» است و این بدان معناست که آن رضایتی که ملاک برای صحت ازدواج است، با این لفظ کشف شده و موضوع - اثباتاً و ثبوتاً - با آن محقق می‌گردد.

قرینه دوم: کنایه بودن تعبیر روایت از «اعتبار اظهار رضایت»

قرینه دوم این است که اگر عبارت روایت، «و قد رضیت» هم بود، اعتبار لفظ، استظهار نمی‌شد؛ زیرا عبارت «إذا قالت نعم» به حسب تفاهم عرفی کنایه است، مثل اینکه در عرف می‌گویند: فلانی هنوز بله نگفته، اگر بله بگوید کار تمام است؛ یعنی خصوصیتی برای «بله» نیست، بلکه با هر چیزی موافقتش را اظهار کند عرف حکم به کفایت کرده و به معنای بله می‌داند، حال چه بگوید «نعم» یا «قبلت» یا «أوافق ذلک» یا مثلاً پای ورقه را امضاء کند.^۱

ب. صحیحۃ ثعلبیه

علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن أبي نصر عن ثعلبة قال:

«تقول أتزوجک متعة علی کتاب الله و سنة نبیه ﷺ نکاحا غیر

سفاح و علی أن لا ترثینی ولا أرثک کذا و کذا یوما بکذا و کذا درهما

و علی أن علیک العدة.»^۲

تقریب استدلال: دلالت «تقول أتزوجک...» بر اعتبار لفظ

وجه استدلال این است که فقره «تقول...» که به صراحت در روایت آمده است، بر لزوم لفظ در عقد نکاح دلالت می‌کند.

۱. استاد ﷺ یکی از بزرگان اهل علم می‌گفت: وقتی خواستم ازدواج کنم پدرزم که از اهل علم خراسان بود موافقت کرد، ولی مادرزم موافقت نمی‌کرد. پدرزم گفت با مادرزم صحبت کنم شاید راضی شود. من هم صحبت کردم بعد مادرزم رفت و شیرینی آورد و جلوی من گذاشت و به این طریق رضایت خود را ابراز کرد.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۵۵، ح ۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۴۳، ح ۲.

اشکال دلالی

اما این استدلال ناتمام است؛ زیرا:

اشکال اول: احتمال نظارت روایت بر مقاولات قبل از عقد و شواهد آن

اولاً، بر اساس قرائن متعدد، روایت به احتمال قوی ناظر به مقاولات مقدماتی نکاح است؛ زیرا تمام آنچه در تحقق نکاح معتبر است - مثل قبول زوجه که بدون قبول او عقد محقق نمی‌گردد - در روایت نیامده است. از سوی دیگر، متعه بین عقلاً رایج نبوده و بنای عام عقلاً بر متعه استقرار نیافته است، بلکه شرع مقدس اسلام آن را تأسیس کرده است و چون بر خلاف نظر عامه هم بوده، رواج نداشته و زنا محسوب می‌شده است. لذا با لحاظ مجموع قرائن، قویاً محتمل است که آنچه در روایت ذکر شده از این جهت است که قبل از عقد به زن گفته شود این عقد، عقدی شرعی است و زنا نیست و تو نیز نباید قصد زنا داشته باشی و بدان که ارثی در کار نیست، ولی باید عده نگه داری.

صاحب وسائل^۱ نیز همین نکته را مطرح کرده است.

اشکال دوم: مثال بودن الفاظ مذکور در روایت

ثانیاً، با توجه به اینکه عقد ازدواج منحصر به صورت مذکور در روایت نیست، محتمل است صیغه یاد شده از باب مثال باشد، خصوصاً چون زنان در آن زمان معمولاً کتابت نمی‌دانستند و عملی هم که در آن زمان برای انشاء زوجیت رایج بوده باشد نبوده، ممکن است انشاءهای لفظی رایج و متعارف را به عنوان مثال روشن متذکر شده باشند، نه اینکه لفظ موضوعیتی داشته باشد، و طبعاً ظهور خاصی که بتوان به آن استدلال کرد نخواهد داشت.

به عبارت دیگر: وقتی مطلبی به عنوان مثال ذکر شود و موضوعیت خاصی نداشته باشد و دانسته نشود مثالی است که مُثَل آن پنج فرد دارد یا مثلاً بیست فرد، نمی‌توان به سلسله مراتب در آن اخذ کرده، آن را به سلسله مراتب توسعه داد. در روایت هم احتمالات مختلفی وجود دارد؛ زیرا شاید روایت مثال برای بیان این باشد

که با هر لفظی علی نحو الحقیقه می شود انشاء کرد، و شاید مثال باشد برای بیان اینکه اگر لفظی ولو با قرینه، عرفاً دال بر معنی باشد، عقد صحیح است، و شاید مثال باشد برای توضیح اینکه با هر شیئی که ولو با قرینه میرز است عقد صحیح است و فرقی بین لفظ، کتابت و یا فعل نیست. از این رو، مبتنی کردن صحت عقد تنها بر صورت یاد شده در روایت، نادرست خواهد بود.

کلام آقای خوئی: دلالت روایت بر لزوم صیغه بامشتقات «تزویج» و تعدی به مشتقات «نکاح» مرحوم آقای خوئی ضمن قبول استدلال به روایات در اثبات لزوم صیغه لفظی در عقد نکاح می فرماید: مقتضای روایات این است که تنها «تزویج» و مشتقات آن صحیح خواهد بود؛ اما با توجه به وجود اجماع بر عدم تفاوت بین ماده نکاح و زواج، از مورد روایت به ماده نکاح تعدی کرده و قائل به صحت عقد نکاح دائم با لفظ نکاح می شویم و تعدی به موارد دیگر مجاز نخواهد بود.^۱

اشکال: حجیت اقرب المجازات از حیث ظهور نه اقرب المجازات تکوینی از مطالب گفته شده در حمل جزئیات ذکر شده در روایت بر مثال و وجود احتمالات مختلف، ضعف کلام مرحوم آقای خوئی کاملاً مشخص می شود. این مطلب عیناً در باب عام و خاص نیز جاری خواهد بود. معروف است که در فرض تعدر حقیقت باید به اقرب مجازات اخذ کرد و هر چه مجاز به حقیقت نزدیکتر باشد مقدم است. اما همان طور که مرحوم آخوند نیز فرموده^۲ این مطلب نادرستی است و اقربیت به حسب ظهور را باید در نظر گرفت، نه اقربیت تکوینی و کمی خارجی را. مثلاً اگر گفتند: هزار نفر به ملاقات ما آمدند و سپس معلوم شد هزار نفر نبودند، معلوم می شود مراد، استغراق عرفی است و لذا نباید گفت حال که هزار نشد، ۹۹۹ و اگر این هم نشد، ۹۹۸ و همین طور به تدریج عدد به عدد پایین بیاییم، بلکه وقتی معنای آن، هزار عرفی نبود، ۹۹۹ با ۹۹۰ و بقیه مصادیق استغراق عرفی فرقی ندارد و هیچ کدام اولویت بر دیگری ندارد. در مقام نیز مطلب همین گونه است؛ یعنی وقتی موارد ذکر شده در حدیث از باب مثال باشد، قائل شدن

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۳۰.

۲. کفایة الأصول (جانب آل البيت)، ص ۳۹۱.

به سلسله مراتب، خلاف قاعده خواهد بود. پس این روایت هم شاهد بر اعتبار لفظ نیست.

ج. صحیح هاشم بن سالم

محمد بن یحیی عن عبدالله بن محمد عن ابن ابی عمیر عن هاشم بن سالم قال:

«قلت کیف یتزوج المتعة قال تقول یا أمة الله أتزوجک کذا وکذا یوما

بکذا وکذا درهما فإذا مضت تلك الأيام کان طلاقها فی شرطها ولا

عدة لها علیک.»^۱

تقریب استدلال این است که این حدیث کیفیت تزویج متعه را با «تقول...»

مشخص می‌کند.

ورود اشکال دلالتی روایت ثعلبه

اما دو مناقشه وارد بر روایت ثعلبه، بر این روایت نیز وارد است.

معنای فقره «لا عدة لها علیک»

اما مطلبی در فقره «لا عدة لها علیک» وجود دارد که البته بحث جاری وابسته به آن نیست.

دو احتمال در این فقره وجود دارد:

احتمال اول: عدم استحباب صبر مرد در فوت یا طلاق زن دائم در متعه

۱. در بعضی روایات^۲ آمده که مرد هم باید برای احترام زن پس از فوت زن یا طلاق، عده نگه دارد و این از آداب و سنن است. این حدیث می‌فرماید: در متعه چنین عده‌ای ولو به نحو استحباب به عهده مرد نیست.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۵۵، ح ۵؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۴۴، ح ۳.

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۲۱، ح ۵؛ و یاسناذه عن محمد بن أحمد بن یحیی عن أحمد بن الحسن عن عمرو بن سعید عن مصدق بن صدقة عن عمار قال: «سئل أبو عبد الله علیه السلام عن الرجل یتزوج له أربع نسوة فتموت إحداهن فهل یحل له أن یتزوج أخرى مکانها قال لا حتی تأتي علیها أربعة أشهر و عشر سنل فإن طلق واحدة هل یحل له أن یتزوج قال لا حتی تأتي علیها عدة المطلقة».

احتمال دوم: عدم لزوم رعایت عده در عقد مثل خواهر «زن موقت»

۲. مراد این است که به محض تمام شدن وقت متعه، ازدواج با مثل خواهر^۱ او جایز است و نیاز نیست مرد صبر کند تا عده زوجه موقت تمام شود؛ زیرا عده متعه، بائن است و مرد بعد از آن وظیفه و محذوری ندارد.

احتمال مناسب‌تر همین احتمال است؛ زیرا فرض فوت زن در زمان عقد موقت بسیار نادر است. البته روایتی^۲ بر خلاف این احتمال هم وارد شده است.

د. موثقه سماعه از ابی بصیر

محمد بن یحیی عن محمد بن الحسین و عده من أصحابنا عن أحمد بن محمد عن عثمان بن عیسی عن سماعة عن أبی بصیر قال:

«لا بد من أن تقول فی هذه الشروط أتزوجک متعة کذا و کذا یوما کذا و کذا درهما نکاحا غیر سفاح علی کتاب الله ﷻ و سته نبیه ﷺ و علی أن لا ترثینی و لا أرثک و علی أن تعتدی خمسة و أربعین یوما و

۱. مراد از «مثل خواهر» زن پنجم و همچنین برادرزاده و خواهرزاده زوجه بدون اذن زوجه است. کلام مرحوم فیض و علامه مجلسی در این باره چنین است:
الوافی، ج ۲۲، ص ۶۵۷: «و لا عدة لها علیک» أي لیس علیک أن تصبر إلى انقضاء عدتها إذا أردت أن تنکح أختها بعد حلول الأجل أو ابنة أختها أو ابنة أختها أو نحو ذلك من الأمور کما تكون تصبر فی عدة الدائم.

ملاذ الأخیار، ج ۱۲، ص ۶۵: «قوله ﷻ: «و لا عدة لها علیک» قال الولد العلامة (تغمده الله بالرحمة): بأن یرجع إليها أو تأخذ النفقة فیها، أو لا تزوج أختها أو الخامسة علی القول بكونها من الأربع. انتهى». مرآة العقول، ج ۲۰، ص ۲۳۸: «قوله ﷻ: «و لا عدة لها علیک» أي یحوز لك تزویج الأخت فی عدتها، و کذا الخامسة علی القول بكونها من الأربع».

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۳۱، ح ۵: علی بن ابراهیم عن أبیه عن إسماعیل بن مزار عن یونس قال: «قرأت فی کتاب رجل إلى أبی الحسن الرضا ﷺ جعلت فداک الرجل یتزوج المرأة متعة إلى أجل مسمى فینقضی الأجل بینهما هل له أن ینکح أختها من قبل أن تنقضی عدتها فکتب لا یحل له أن یتزوجها حتی تنقضی عدتها». (وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۸۰، ح ۱).

چنان‌که در مباحث جمع بین اختین بیان شد، استاد^۳ بر خلاف این روایت بر اساس مجموع روایات معتقد است که عده متعه حکم عده بائن را دارد و در ازدواج با خواهر متمتع بها صبر تا انقضاء عده متمتع بها لازم نیست؛ لذا وجود این روایت خللی به احتمال دوم که راجح است وارد نمی‌کند.

قال بعضهم حیضة.^۱

این روایت، موقوفه است؛ زیرا از امام نقل نشده است.

تعلق عبارت «قال بعضهم حیضة» به روات بعدی نه ابی بصیر

به نظر می‌رسد ذیل این نقل یعنی «قال بعضهم حیضة»، کلام سماعه یا روات بعدی است. سماعه یا روات بعدی می‌گویند: بعضی از علماء بر خلاف ابی بصیر به جای چهل و پنج روز یک حیض را قائل شده‌اند.

اما صاحب حدائق، مراد از «بعضهم» را بعض الأئمة علیهم‌السلام دانسته است^۲ و در نتیجه معنا چنین می‌شود که ابی بصیر می‌گوید: «فتوای من این است و بعضی از ائمه علیهم‌السلام چنین می‌گویند» که بر اساس این تفسیر، ابی بصیر در مقابل ائمه علیهم‌السلام نظر داده است و این بسیار مستبعد است.

ورود اشکال دلالی روایت ثعلبه

اما دو مناقشه وارد بر روایت ثعلبه، بر این روایت نیز وارد است. البته توجه شود که در برخی عبارات فقهاء و شاید روایات آمده است که دو شرط و التزام لازم است؛ یکی التزام در قالب مقاوله قبل از عقد تا زن‌ها بدانند متعه مانند زنا نیست و احکام و شرایطی نیز دارد، یکی هم التزام بعد از عقد.^۳

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۵۵، ح ۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۴۴، ح ۴.

۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۴، ص ۱۳۹: «و قوله فی آخر الخبر» وقال بعضهم «الظاهر أنه من كلام أبي بصير، و يحتمل أن يكون من بعض الرواة، و الضمير البارز الظاهر رجوعه إلى الأئمة علیهم‌السلام، و احتمال الرجوع إلى بعض الرواة الظاهر بعده».

با اینکه صاحب حدائق در بحث اجل متعه، قائل ذیل را ابو بصیر دانسته، اما در بحث عده متعه مطلب دیگری فرموده است:

الحدائق الناضرة، ج ۲۴، ص ۱۸۶: «أقول: قوله» وقال بعضهم «إما من كلام صاحب الکافی أو من أحد الرواة للخبر».

۳. در روایت یا فتوای ابی بصیر تصریح شده که باید این احکام و شرایط بیان شود (لابد من ان تقول فی هذه الشروط ...): لذا طبق این احتمال که مقاوله قبل از عقد، منظور است، چنین التزامی قبل از عقد لازم است. مرحوم شیخ طوسی در تهذیب بعد از نقل روایت ابی بصیر چنین فرموده است:

«و شروط التکاح تكون بعد العقد لأن ما يكون قبل العقد لا اعتبار به و إنما الاعتبار بما يحصل بعده فإن قبلت الشرط الذي وقع قبل العقد مضى العقد و الشرط و إلا فكان ما تقدم من الشروط باطلا و العقد غير

هـ. روایت احول

محمّد بن أحمد بن یحیی عن العباس بن معروف عن صفوان عن القاسم بن محمّد عن جبیر أبی سعید المكفوف عن الأحوّل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام قلت:

« ما أدنی ما یتزوّج به الرّجل المتعة قال کفّ من برّ یقول لها زوّجینی نفسك متعة علی کتاب الله و سّنة نبیه نکاحا غیر سفاح علی أن لا أرکب ولا ترثینی ولا أطلب ولدک إلى أجل مسمی فإن بدا لی زدتک وزدتنی. »^۱

صحیح. « تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۶۳ »

سپس ایشان برای اثبات مدعای خود به روایت بکیر بن اعین تمسک کرده است:

تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۶۳، ح ۶۴: محمّد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن أبیه عن محمّد بن عیسی عن سلیمان بن سالم عن بکیر بن اعین قال قال أبو عبد الله عليه السلام « إذا اشترطت علی المرأة شروط المتعة فرضیت بها و أوجبت علیها التزویج فاردد علیها شرطک الأول بعد النکاح فإن أجازته جاز و إن لم تجزه فلا يجوز علیها ما کان من الشروط قبل النکاح. » (الکافی، ج ۵، ص ۴۵۶، ح ۳).

در روایات دیگر نیز این مطلب مطرح شده است (ر.ک: الکافی، ج ۵، ص ۴۵۶، باب فی أنّه یحتاج أن یعید علیها الشرط بعد عقدة النکاح؛ جامع أحادیث الشیعة، ج ۲۱، ص ۴۴، باب ۱۲، باب أنّه لا یلزم الشرط السابق علی العقد الآن یعیده فی الإیجاب و یحصل القبول به).

شیخ طوسی در کتاب فتاوی خود یعنی نهایی فرموده است:

« و کلّ شرط یشرطه الرّجل علی امرأة، إنّما یشترط له تأثیر بعد ذکر العقد. فإن ذکر الشروط، و ذکر بعدها العقد، كانت الشروط التي قدّم ذکرها باطلة لا تأثیر لها. فإن کررها بعد العقد، ثبتت علی ما شرط. » (النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۹۳).

البته بسیاری از بزرگان مانند محقق حلی و علامه ابن کلام شیخ طوسی را قبول نکرده‌اند:

شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۵۰: « الثاني کل شرط یشترط فیهِ فلا بد أن یقرن بالإیجاب و القبول و لاحکم لما یذکر قبل العقد ما لم یستعد فیهِ و لا لما یذکر بعده و لا یشترط مع ذکره فی العقد إعادته بعده و من الأصحاب من شرط إعادته بعد العقد و هو بعید. »

علامه حلی بر همین اساس تفسیر دیگری از عبارت نهاییه ارائه داده است (مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۲۴۴): « فإنّ الشرط السابق کما لا یلزم، لتجزه عن العقد کذلک المتأخّر لا یلزم، لوقوعه بعد لزومه، فلا یلحق، و إنّما المراد ما تخلّل بین الإیجاب و القبول، لما رواه بکیر بن اعین عن الصادق عليه السلام، قال: " إذا اشترطت علی المرأة شروط المتعة فرضیت بها و أوجبت التزویج، فاردد علیها شرطک الأول بعد النکاح، فإن أجازته جاز، و إن لم تجزه فلا يجوز علیها ما کان من الشروط قبل النکاح. " فقله عليه السلام: " فإن أجازته " یشیر الی القبول المتأخّر عن الشروط المذكورة بعد الإیجاب. و سَمی الشیخ الإیجاب بالعقد، لأنّه أقوى و أسبق، فكان الحکم له غالباً. »

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۶۳، ح ۶۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۴۴، ح ۵.

در باب متعه، عزل حتی کراهت هم ندارد،^۱ لذا در این روایت فرموده است با زن قرار بگذار که توقع فرزند و عدم عزل نداشته باشد.

تقریب استدلال: ظهور «زَوْجینی نفسک» در انشاء قبول مقدم وجه استدلال این است که جمله «زَوْجینی نفسک» انشاء قبول مقدم است و چون امام علیه السلام فرموده اند: «يقول لها زَوْجینی نفسک» لذا لفظ در صیغه عقد، معتبر است.

اشکال دلالی: ورود اشکال دلالی روایت ثعلبه اما اینکه گفته شود «زَوْجینی نفسک» قبولی است که مقدم شده، خلاف ظاهر است؛ بلکه ظاهراً درخواست محض از زن و مقاولات مقدماتی است و اصلاً در مقام انشاء نیست. حتی اگر مقوله نبود و در مقام انشاء هم بود، به همان وجهی که در روایت ثعلبه و ابی بصیر بیان شد، باز بر خصوصیت لفظ دلالت نداشت.

و. روایت هشام بن سالم الجوالیقی

محمد بن الحسین عن موسى بن سعدان عن عبد الله بن القاسم عن هشام بن سالم الجوالیقی قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام فی حدیث قال:

«... قلت ما أقول لها قال تقول لها أتزوجك على كتاب الله و سنة نبيه و الله وليي و وليك كذا و كذا شهرا بكذا و كذا درهماً على أن الله لي عليك كفيلاً لتفین لي و لا أقسم لك و لا أطلب ولدك و لا عدة لك على فإذا مضى شرطك فلا تتزوجی حتی يمضی لك خمس و أربعون ليلة و إن حدث بك ولد فأعلميني.»^۲

ورود اشکال دلالی روایت ثعلبه

تقریب استدلال مانند چند روایت قبلی است و همان اشکال وارد بر روایت ثعلبه بر این روایت نیز وارد است.

۱. ر.ک: مباحث استاد علیه السلام درباره عزل، مسئله ۶ از ابتدای کتاب النکاح عروه.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۶۷، ح ۷۶؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۴۵، ح ۶.

نتیجه بررسی روایات: عدم دلالت روایات بر اعتبار لفظ در انشاء نکاح

با توجه به روایات فوق می‌توان گفت هیچ روایتی بر اعتبار لفظ در انشاء نکاح دلالت ندارد. البته روایات دیگری هم در جامع الاحادیث نقل شده که به دلیل واضح بودن پاسخ از آن‌ها، به همین مقدار اکتفا می‌شود؛ زیرا مسئله از نظر اجماع مسلمین روشن است^۲، دلیل عامی هم وجود ندارد که ثابت کند به هر نحوی انشاء زوجیت صحیح است. البته چنان‌که در ابتدای این مبحث بیان شد، در انشاء فسخ با فعل، دلیل وجود دارد، مثلاً مولایی که کنیز خود را برای دیگری تزویج کرده، اختیار فسخ دارد، حال اگر با آن کنیز به قصد زوجیت جماع کند، با این فعل، آن تزویج را فسخ و باطل می‌کند و کنیز را به زوجیت خود در می‌آورد.^۳

دلیل سوم: اصل عدم زوجیت

دلیل سوم بر بی‌اعتباری غیر لفظ در انشاء زوجیت، اصل عدم زوجیت است. چنانچه اطلاقی که دال بر صحت انشاء عقد با فعل یا کتابت باشد، وجود نداشته باشد، می‌توان برای بطلان در موارد انشاء عقد با فعل یا کتابت، به استصحاب عدم زوجیت و اصاله الفساد^۴، استناد نمود و نیازی به یافتن اجماع یا روایتی که دال بر منع باشد، نیست.

۱. رک: جامع احادیث الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۹-۴۳، باب ۱۱، «باب شروط المتعه من ذکر الأجل والمهر والعهده وارتفاع الميراث والإيجاب والقبول وغيرها وحکم ما لو ترک ذکر الأجل».

۲. البته استاد^{رحمته} در نظر اخیرشان اجماعی بودن این مسئله را واضح ندانسته‌اند.

۳. چنان‌که از مجموع کلام استاد^{رحمته} چه در این مباحث چه در مباحث آئی (نکاح اخیس) استفاده می‌شود، ایشان علاوه بر انکار صریح اطلاق لفظی حتی تمسک به اطلاق مقامی را برای اثبات بی‌اعتباری لفظ در انشاء زوجیت، صحیح نمی‌داند؛ زیرا آنچه در بین مسلمین متعارف بوده، انشاء لفظی بوده و در سایر ملل مختلف نیز تشریفات و روش‌های مختلفی برای انشاء نکاح وجود دارد؛ لذا امر معهودی در نزد عقلاء نیز وجود ندارد تا در مقام تقنین به آن اتکا شود. و حتی اگر چنین بود، به لحاظ اینکه در بین متشرعه متعارف به گونه دیگری است، اطلاق مقامی شکل نمی‌گرفت.

۴. پذیرفتن اصل عدم زوجیت در مقام که شبهه حکمیه است، با بنیای استاد^{رحمته} که استصحاب در شبهات حکمیه را جاری نمی‌داند منافاتی ندارد؛ زیرا این سنخ از استصحاب نظیر استصحاب عدم ملکیت اصلی عقلائی است، به این معنا که عقلاء تا زمانی که حجت بر حلیت فروج یا اموال یافت نشود، شخص را مجاز به تصرف نمی‌دانند.

فصل ۲: شرایط صیغه عقد نکاح

شرایط صیغه عقد نکاح

حال که اعتبار لفظ در انشاء عقد نکاح ثابت شد، شرایط الفاظ معتبر در انشاء عقد بررسی می‌شود.

بررسی کفایت ماده «متعّه» در عقد دائم

مسألة ۱: «... و أن يكون الإيجاب بلفظ النكاح أو التزويج على الاحوط، فلا يكفي بلفظ المتعة في النكاح الدائم و أن كان لا يبعد كفايته مع الاتيان بما يدل على ارادة الدوام ...»^۱

در وقوع عقد نکاح دائم با «أنکحت» و «زوّجت» اختلافی نیست. محل اختلاف صحت انشاء با لفظ «متعّه» است.

اقوال برخی فقهاء

صاحب شرایع^۲ و عده‌ای از فقهاء^۳ فرموده‌اند با لفظ «متعّه» هم می‌توان عقد دائم را انشاء کرد. مرحوم سید نیز قائل است که اگر قرینه دالّ بر دوام وجود داشته باشد، لفظ «متعّه» کافی است و الا کافی نیست.

بررسی اشکالات در کفایت «متعّه» برای انشاء نکاح دائم

اشکالاتی در کفایت «متعّه» در انشاء عقد دائم مطرح شده است.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۱.

۲. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۶.

۳. برای نمونه: کشف الرموز ج ۲، ص ۹۶؛ قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۹؛ اللّعة الدمشقیة، ص ۱۷۴.

اشکال اول: مجازی بودن استعمال متعه در عقد نکاح دائم

اشکال اول این است که کلمه «متعه» در لغت به معنای تمتع و منتفع شدن از هر چیزی است^۱ ولی معنای خاص آن در باب عقد نکاح، به عقد انقطاعی اختصاص دارد و اینکه بعضی متعه را به معنای اعم و جامع گرفته و قائل شده‌اند که با ذکر مدت و عدم ذکر آن، تخصص پیدا می‌کند^۲ صحیح نیست. از استعمالات روایات از جمله روایات سابق که در آن تعابیری مثل «اتزوجک متعه» آمده بود، معلوم می‌شود که متعه به معنای مطلق تمتع و بهره‌وری نیست، تا استعمال آن در انشاء عقد نکاح دائم با قرینه - مثلاً به شکل «امتعک دائماً» - صحیح باشد؛ بلکه «متعه» و مشتقات آن حقیقت شرعیه در عقد موقت پیدا کرده است. بنابراین اگر لفظ «متعه» را در عقد دائم به کار ببریم، مرتکب مجاز شده‌ایم و تجاوز در عقود لازم، ناصواب است.

پاسخ: کفایت استعمال مجازی همراه با قرینه در الفاظ صیغه

گرچه بعضی^۳ صغراً (مجازی بودن استعمال «متعه» برای عقد دائم) را منکر شده‌اند، اما صغرای قضیه مسلم بوده و فقط کبرای آن قابل مناقشه است؛ زیرا با اینکه باید در عقود لازم، لفظ دال بر معنا باشد، اما دلیلی بر اعتبار دلالت لفظی بدون قرینه و کافی نبودن استعمال مجازی و لزوم استفاده از الفاظ وضع شده برای ازدواج دائم وجود ندارد. صرف التزام بعضی از متأخرین^۴ بدان نیز دلیل اجماعی بودن آن نمی‌گردد؛ چون نمی‌توان گفت در زمان ائمه علیهم‌السلام استعمال مجازی الفاظ با قرینه، برای انشاء نقل و انتقال کافی نبوده است.

اشکال دوم: ظهور اخبار در انحصار الفاظ در مشتقات تزویج و نکاح

اشکال دوم اشکالی از مرحوم آقای خوئی است که فرموده طبق روایات، فقط لفظ

۱. برای نمونه: مفردات ألفاظ القرآن، ص ۷۵۷؛ المصباح المنیر، ج ۲، ص ۵۶۲؛ المحيط فی اللغة، ج ۱، ص ۴۵۰.

۲. برای نمونه: نهاية المرام، ج ۱، ص ۲۱؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۵۸.

۳. برای نمونه: نهاية المرام، ج ۱، ص ۲۱؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۵۸.

۴. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۰۵-۱۰۶؛ التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۷.

خاصّ «تزویج» میزان قرار داده شده و از این مورد روایات تنها به مواردی - مانند لفظ آنکحت - که دلیل قطعی بر کفایت آن وجود دارد تعدّی می‌شود، و تعدّی به الفاظی مثل «متّعت» که دلیلی بر کفایت آنها وجود ندارد، صحیح نیست.^۱

پاسخ اشکال دوم

در بررسی ادلّه اعتبار لفظ در انشاء عقد نکاح بیان شد که دلالت این روایات بر اعتبار لفظ در انشاء عقد، به دو دلیل تمام نیست:

پاسخ اول: احتمال نظارت اخبار به مقاولات قبل از عقد

اولاً معلوم نیست روایات در مقام بیان کیفیت صیغه نکاح باشند؛ زیرا ممکن است ناظر به الفاظ مقاوله قبل عقد باشند، با عنایت به اینکه لازم است مفاد صیغه و مضمون انشاء، روشن شود، این روایات تأکید می‌کنند که ماهیت نکاح موقت باید به زوجه تفهیم گردد. البته روایت ابان بن تغلب^۲ در مقام بیان مقاوله قبل عقد نیست، ولی از جهت سندی ضعیف است.^۳

پاسخ دوم: مثال بودن الفاظ مذکور در اخبار

ثانیاً، اگر روایات در مقام بیان صیغه نکاح هم باشد، ذکر الفاظ خاصه از باب مثال است و نمی‌توان بر خصوص الفاظ این روایات بسنده کرد.

اشکال سوم: لزوم صراحت در الفاظ عقود لازم

اشکال سوم این است که ممکن است گفته شود «متّعت» در عقد دائم صراحت ندارد، و الفاظ عقود لازم باید صریح باشند.

پاسخ اشکال سوم

اما اشکال سوم نیز قابل پاسخ است.

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۳۰.

۲. الکافي، ج ۵، ص ۴۵۵، ح ۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۴۳، ح ۱.

۳. با اینکه جعفر بن بشیر از ابراهیم بن الفضل نقل روایت کرده و طبق نظر مختار استاد^۴ جعفر بن بشیر تنها از تفه نقل روایت می‌کند، ولی تنها در یک سند این نقل دیده شده و لذا سند غریبی است و قابل اعتماد نیست (کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۲، ص ۲۶۵، ح ۲۳۸۸: «و روی جعفر بن بشیر عن ابراهیم بن الفضل عن أبي عبد الله علیه السلام»).

پاسخ صفروی: عدم ملازمه مجاز با غیر صریح بودن
اولاً، هر چند استعمال لفظ «متّعت» در عقد دائم مجاز است، ولی مجاز، ملازم با
غیر صریح بودن نیست. نسبت بین مجاز و غیر صریح، عموم و خصوص من وجه
است. ممکن است لفظی غیر صریح باشد و مجاز نباشد و از سوی دیگر ممکن
است لفظی مجاز باشد ولی در افاده مراد با عنایت به قرینه، صریح باشد.

پاسخ کبروی: عدم اعتبار صراحت الفاظ صیغه
ثانیاً، دلیلی بر اعتبار صراحت الفاظ در انشاء عقد لازم وجود ندارد، بلکه ظهور هم
کافی است^۱، همان طور که دلیلی بر اعتبار دلالت لفظی مبتنی بر وضع هم وجود
ندارد، بلکه دلالت متکی بر قرائن مقامی و مقالی نیز کافی است.

اشکال چهارم: اصالة الفساد به دلیل فقدان ادله لفظی
اشکال چهارم این است که اطلاقی که دلالت کند هر عقد نکاحی صحیح است،
وجود ندارد، دلیل خاصی نیز بر صحت عقد نکاح دائم با لفظ «متّعت» در روایت وارد
نشده است؛ بنابراین با توجه به مقتضای اصالة الفساد در باب معاملات (استصحاب
عدم ترتب اثر) حکم به عدم تحقق زوجیت دائم با لفظ «متّعت» می شود.

بررسی اشکال چهارم با بررسی ادله عامه و خاصه در کفایت «تمتعت»
دو مطلب در دلیل فوق مورد بررسی قرار می گیرد:

- مطلب اول: بررسی وجود ادله عامه صحت عقد نکاح.
 - مطلب دوم: بررسی وجود ادله خاصه صحت عقد نکاح با لفظ «متّعت».
- اگر ادله عامه یا خاصه، دال بر صحت نکاح دائم با لفظ «متّعت» باشد، نوبت
به اصل فساد نخواهد رسید.

مطلب اول: بررسی ادله عامه صحت نکاح
در بررسی مطلب اول، می توان دو دسته از اطلاعات را مطرح کرد.

۱. درباره مراد از صراحت و ظهور در الفاظ صیغه عقد، در مباحث آتی (اشتراف ماضویت) مطالبی را
استاد علیه السلام بیان خواهد کرد.

دسته اول (ادله صحت عقود) و انکار اطلاق لفظی آن

دسته اول، اطلاعات صحت عقود اعم از نکاح است که در مباحث سابق مورد بحث قرار گرفت و ناتمامی آنها ثابت گردید.^۱

دسته دوم (ادله امر به نکاح و انکاح) و انکار اطلاق لفظی آن

دسته دوم ادله ای است که به نکاح و انکاح امر می کنند، مانند ﴿وَأَنكحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمُ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾.^۲

این دسته از ادله تنها بر استحباب تزویج مجردها دلالت دارد و به چگونگی تحقق و شرایط نکاح ناظر نیست و با توجه به اعتباری بودن نکاح، شارع باید شرایط و اسباب تحقق آن را بیان کند.

توضیح مطلب: تعبیر «اکرم العلماء» مصداق اکرام را مشخص نمی کند، اما چون اکرام مفهوم عرفی دارد با مصداقی عرفی اکرام، امتثال محقق می گردد، برخلاف عقد نکاح که هریک از ملل، تشریفات خاصی در انعقاد عقد نکاح دارند؛ لذا تشریفات دین اسلام درباره آن را باید از دلیل خاص یا عام شرعی استفاده کرد، و عرف هم درباره آن راهگشا نیست. اگر روش خاصی در نزد عرف موجب انعقاد نکاح بود، از عدم ردع شارع کشف می شد که مقبول شارع نیز هست، ولی چون در نزد ملل مختلف، تشریفات خاصی برای این منظور وجود دارد، محتاج بیانی از سوی شارع هستیم. پس باید از شرع فهمیده شود که چه چیزی محقق علقه زوجیت شرعی است و از اوامر شرع به نکاح، چیزی در این باره استفاده نمی گردد؛ بنابراین اطلاقی درباره اسباب تحقق علقه زوجیت وجود ندارد.

فقدان اطلاق در مباحث بسیاری، مؤثر است. بزرگان بسیاری همچون محقق کرکی^۳، صاحب ریاض^۴ و مرحوم نراقی^۵ در مستند، با توجه به فقدان اطلاق و جریان

۱. برای نمونه، در مباحث نکاح با برادرزاده یا خواهرزاده زوج، ناتمامی اطلاق لفظی «اوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم» اثبات شد.

۲. النور، ۳۲.

۳. برای نمونه: جامع المقاصد، ج ۶، ص ۳۵۳؛ وج ۱۲، ص ۷۰.

۴. برای نمونه: ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۰.

۵. برای نمونه: مستند الشیعه، ج ۱۶، ص ۹۱.

اصل فساد در معاملات، در مواردی به این اصل تمسک کرده‌اند؛ لذا در مقام نیز ممکن است با توجه به این مبنا «متعت» را کافی ندانست.

اثبات اطلاق مقامی و منع از جریان اصالة الفساد

اما با وجود انکار اطلاق لفظی ادله صحت نکاح می‌توان گفت مانند بسیاری از مسائل مشابه، اطلاق مقامی غیر قابل انکار است.

تبیین اطلاق مقامی: بسیاری از آیات که به طور مطلق به نماز، روزه، حج و سایر عبادات امر کرده‌اند و آیاتی که درباره معاملات بیع و وصیت وارد شده‌اند، در مقام بیان تمام اجزاء و شرایط این عبادات و معاملات نیستند؛ لذا ادله‌ای که بیانگر شرایط یا اجزاء این اعمال هستند مقتید این آیات به شمار نمی‌روند. اما باید بدین نکته توجه کرد که اگر این اعمال اجزاء و شرایطی دارند، باید تا وقت عمل بیان شده باشند. درباره مسائل مورد ابتلا اگر چنین بیانی درباره اجزاء و شرایط صادر شده بود، یقیناً به ما نیز واصل می‌گردید؛ لذا واصل نشدن چنین بیانی کاشف از صادر نشدن آن است و در نتیجه معتبر نبودن جزء یا شرط مشکوک ثابت می‌شود.

بنابراین می‌توان گفت اگر گفته شود ازدواج کنید یا مثلاً بی همسر را همسر دهید، اگر در صیغه نکاح، لفظ خاص یا شرایط مخصوص معتبر بود، باید این شرایط تا وقت عمل بیان شده باشد. حال که روش خاصی در انشاء لفظی بین مسلمانان عملاً یا قولاً وجود ندارد، معلوم می‌شود که تشریفات خاصی لازم نیست و «متعت» نیز که با قرینه دلالتش تمام است برای انشاء زوجیت کافی است. البته اگر سیره عملی متعارف مسلمین، یا فتوای فقهای عامه معاصر ائمه علیهم‌السلام، بر شکل خاصی از صیغه باشد، یا در اشباه و نظایر این عقد همچون سایر معاملات شکل خاصی مرسوم باشد، مشکل است بتوان به اطلاق مقامی تمسک جست، ولی از آنجا که هیچ‌یک از این موانع وجود ندارد، تمسک به اطلاق مقامی صحیح است.

مطلب دوم: بررسی ادله خاصه صحت نکاح با لفظ «متعت»

اما در بررسی مطلب دوم یعنی ادله خاصه صحت عقد نکاح با لفظ «متعت» به دو دلیل می‌توان تمسک کرد:

دلیل اول: الغاء خصوصیت از الفاظ مذکور در روایات

دلیل اول، روایات خاصی است که در آن برای انشاء عقد نکاح، مشتقات «تزوج» ذکر شده است.^۱ متفاهم عرفی از آنها این است که این الفاظ خصوصیت نداشته و تنها طریق برای ابراز ایجاد ارتباط هستند و اگر همین مضمون با الفاظ مترادف آنها بیان شود، عقد نکاح واقع می‌شود. قهراً هر عرب یا فارس‌زبانی این معانی را با لغت خود بیان می‌کند و برای عرف ویژگی‌های زبانی خصوصیت ندارد و اگر شارع خصوصیتی را معتبر بداند، باید بدان تصریح کند وگرنه هر لفظ ظاهر یا صریح کفایت می‌کند، و اگر از این الفاظ واقع در روایات به مطلق هر مبرزی تعدی نکرده و فعل را هم کافی ندانیم، حداقل عرف، مطلق لفظ را کافی می‌داند. البته اگر الفاظ خاصی در انشاء زوجیت بین مردم معتبر بود، مانع از الغاء خصوصیت بود، در حالی که چنین نیست.

در نتیجه به نظر می‌رسد که هر لفظی از جمله لفظ «متعت» در عقد ازدواج دائم کافی است.

۱. ر.ک: وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۶۱، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، باب ۱، «باب اعتبار الضیفة و کیفیة الإيجاب و القبول و حکم الأخرس و الأعجم». برای نمونه:

وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۶۱، ح ۲: «قال: و لفا تزوج أبو جعفر محمّد بن عليّ الرضا عليه السلام ابنة المأمون خطب لنفسه فقال الحمد لله متعمّ التعم إلى أن قال و هذا أمير المؤمنین زوجني ابنته علی ما فرض الله ثم ذکر قدر المهر و قال زوجتني یا أمير المؤمنین قال بلی قال قبلت و رضیت.» و ص ۲۶۲، ح ۳: محمّد بن یعقوب عن محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمّد عن عليّ بن الحكم عن العلاء بن رزین عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت زوجني فقال من لهذه فقام رجل فقال أنا یا رسول الله قال ما تعطیها قال ما لي شيء إلى أن قال فقال أ تحسن شینا من القرآن قال نعم قال قد زوجتکها علی ما تحسن من القرآن فعلمها إياه.» و ح ۶: و عن عليّ بن محمّد عن إبراهيم بن إسحاق عن یوسف بن محمّد عن سويد بن سعيد عن عبد الرحمن بن أحمد عن محمّد بن إبراهيم بن أبي لیلی عن الهیثم بن جمیل عن زهير عن أبي إسحاق عن (عاصم بن ضمرة) عن أمير المؤمنین عليه السلام فی حدیث طویل «أنه قال لامرأة أ لك ولّی قالت نعم هؤلاء إخوتي فقال لهم أمري فيکم و فی اختکم جائز قالوا نعم فقال عليّ عليه السلام أشهد الله و أشهد من حضر من المسلمین أنني قد زوجت هذه الجارية من هذا الغلام بأربعمائة درهم و التقد من مالي.» و ص ۲۶۳، ح ۸: و عن عذّة من أصحابنا عن سهل بن زیاد عن جعفر بن محمّد الأشعريّ عن عبدالله بن میمون القدّاح عن أبي عبدالله عليه السلام «إن عليّ بن الحسين عليه السلام كان يتزوج و هو يتعزق عرقاً یا کل ما یزید علی أن یقول الحمد لله و صلّی الله علی محمّد و آله و نستغفر الله و قد زوجناک علی شرط الله...».

دلیل دوم: روایات انقلاب عقد موقت به دائم در صورت عدم ذکر مدت

دلیل دومی که به عنوان ادله خاصه در این مقام قابل مطرح شدن است، دلیلی است که مبتنی بر برخی روایات^۱ است که دلالت دارد در عقد موقت اگر مدت ذکر نشود، تبدیل به دائم می شود، و فتوای کثیری از فقهاء^۲ و شاید مشهور آنها مطابق با این روایات است. صاحب شرایع از این اخبار استفاده کرده که لفظ متعت صلاحیت ایجاد عقد دائم را دارد.^۳ وجه استدلال این است که اگر این لفظ برای انشاء عقد دائم صلاحیت نداشت، ممکن نبود عقد مذکور، منقلب به عقد دائم شود، بلکه باید رأساً باطل می شد؛ چون مفروض این است که فاقد شرط صحت - یعنی ذکر اجل - است.

بررسی اشکالات دلیل دوم

اشکالاتی بر دلیل دوم مطرح شده که یکی مربوط به مرحوم ابن ادریس و دیگری کلامی از مرحوم آقای خوئی است که بررسی خواهد شد.

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۴۷، باب ۲۰، «باب أن ترک ذکر الأجل فی عقد المتعة انعقد دائماً»
ح ۱: محمّد بن یعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن عبدالله بن بكير قال: قال أبو عبدالله عليه السلام في حديث «إن سمي الأجل فهو متعة وإن لم يسم الأجل فهو نكاح بات».
ح ۲: وبالإنسناد السابق عن أبان بن تغلب «في حديث صبيغة المتعة أنه قال لأبي عبدالله عليه السلام فإني أستحيي أن أذكر شرط الأيام قال هو أضرّ عليك قلت وكيف قال لأنك إن لم تشرط كان تزويج مقام ولزمتك التّفقة في العدة وكانت وارثاً ولم تقدر على أن تطلقها إلا بطلاق السنة».
ح ۳: وبإسناده عن محمّد بن أحمد بن يحيى عن محمّد بن الحسين عن موسى بن سعدان عن عبدالله بن القاسم عن هشام بن سالم قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام أتزوج المرأة متعة مرة مبهمه قال فقال ذاك أشدّ عليك تزويجها ولا يجوز لك أن تطلقها إلا على طهر و شاهدين قلت أصلحك الله فكيف أتزوجها قال أيا ما معدودة بشيء مستقى مقدار ما تراضيت به فإذا مضت أيامها كان طلاقها في شرطها ولا نفقة ولا عدة لها عليك...».

۲. الكافي في الفقه، ص ۲۹۸؛ النهاية (شيخ طوسي)، ص ۴۸۹؛ المهذب (ابن براج)، ج ۲، ص ۲۴۱؛ نزهة الناظر، ص ۸۹؛ شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۷؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۶۵؛ جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۱۳۹.

۳. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۷؛ أيضاً: الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۶۵؛ جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۱۳۹.

اشکال اول (ابن ادریس)

مرحوم ابن ادریس معتقد است که انقلاب عقد به عقد دائم در صورتی است که شخص با صیغه «أُنکحت» یا «زَوَّجت» و مانند آن عقد کرده باشد و اجل را ذکر نکرده باشد، اما اگر از صیغه‌های دیگری مثل «مَتَّعت» استفاده کرده باشد، این صیغه‌ها اصلاً صلاحیت برای انشاء عقد دائم ندارند و لذا ترک ذکر اجل، باعث انقلاب عقد به عقد دائم نمی‌گردد. ایشان فرموده شاهد این ادعا آن است که اگر کسی از صیغه «أُنکحت» یا «زَوَّجت» استفاده کرد ولی مهر را تعیین نکرد، عقدش بالاتفاق صحیح است، هرچند مهر المثل متعین می‌شود؛ اما کسی که به قصد عقد منقطع از صیغه متعت استفاده می‌کند ولی هیچ‌یک از مهر و اجل را ذکر نمی‌کند، عقدش بالاتفاق باطل است با اینکه اگر متعت با آنکحت مرادف بود، باید در این فرع اخیر قائل به انقلاب عقد به عقد دائم و لزوم مهر المثل می‌شدیم. لذا معلوم می‌شود که «مَتَّعت» اصلاً برای عقد دائم صلاحیت ندارد و انقلاب به عقد دائم، اختصاص به جایی دارد که با لفظ «أُنکحت» یا «زَوَّجت» عقد خوانده شده و اجل ذکر نشده باشد، اما اگر با صیغه «مَتَّعت» عقد خوانده و اجل را ذکر نکرده باشد، عقدش باطل است، هرچند مهر را ذکر کرده باشد.^۱

پاسخ اشکال اول

اما شاهی که ابن ادریس اقامه کرده، عدم صلاحیت لفظ متعت برای انشاء عقد دائم را نتیجه نمی‌دهد؛ چون ممکن است گفته شود هر سه لفظ «مَتَّعت» و «أُنکحت» و «زَوَّجت» برای عقد دائم صلاحیت دارند و تفاوت آنها تنها در این است که استعمال «أُنکحت» و «زَوَّجت» در عقد دائم، حقیقی است، در حالی که استعمال «مَتَّعت» مجازی و محتاج قرینه است. لذا می‌توان گفت شارع مقدس مسئله انقلاب عقد منقطع به عقد دائم را که امری بر خلاف قاعده است، در فرض استعمال «أُنکحت» و «زَوَّجت» که حقیقت در دوام هستند پذیرفته، اما در فرض استعمال «مَتَّعت» نپذیرفته است. آیا از این مطلب می‌توان نتیجه گرفت که اگر فرض انقلاب عقد منقطع به عقد دائم اصلاً مطرح نبوده یعنی قصد اولیه، انشاء

عقد دائم - نه موقت - با صیغه «متعت» به ضمیمه قرینه باشد، صیغه «متعت» صلاحیت برای انشاء عقد دائم را ندارد؟ ظاهراً چنین نیست و دلیلی بر صلاحیت نداشتن نیز وجود ندارد.

اشکال دوم: عدم اطلاق روایات

اما اشکال مرحوم آقای خونی^۱ با مقداری توضیح این است که این روایات اصلاً ناظر به این جهت نیست، بلکه صرفاً در مقام بیان این مطلب است که اگر صیغه عقد، صلاحیت ذاتی برای عقد دائم و عقد انقطاعی داشته باشد، عدم ذکر اجل موجب انقلاب عقد به عقد دائم می شود؛ یعنی عقد انقطاعی احتیاج به ذکر اجل دارد، اما عقد دائم احتیاج به ذکر قید دوام ندارد. مفاد روایت این نیست که سایر شرایط دوام الغاء شده باشند و به صرف اینکه اجل ذکر نشد بدون هیچ شرط دیگری، عقد دائم شود، بلکه سایر شرایط مفروع^۲ عنه است، نظیر اینکه گفته می شود: نماز جماعت، قصد جماعت می خواهد، و اگر قصد جماعت نکرد نماز فرادی می شود، هر چند قصد فرادی نکند. معنای این سخن آن نیست که نماز فرادی هیچ شرط دیگری ندارد؛ زیرا در مقام بیان سایر شرایط نیست.

مرحوم آقای خونی برای این مطلب شاهد می آورد که مثلاً اگر کسی چهار زن دائم دارد و بخواهد با زن دیگری عقد انقطاعی برقرار کند، اگر در این عقد انقطاعی اجل را ذکر نکند، نمی توان ملتزم شد که این عقد به عقد دائم مبدل می شود و در نتیجه این شخص پنج زن دائمی خواهد داشت. همچنین بنابر مشهور که ازدواج دائم با اهل کتاب صحیح نیست و فقط ازدواج انقطاعی با آنان صحیح است، اگر کسی با زن غیر مسلمان عقد انقطاعی کرد اما اجل را ذکر نکرد، نمی توان از روایات مورد بحث استفاده کرد که در اینجا هم عقد انقطاعی به عقد دائم مبدل می شود. همین طور بنابر رأی کسانی که اذن ولی دختر را در عقد دائم شرط می دانند اما در عقد انقطاعی شرط نمی دانند، اگر بدون اذن عقد انقطاعی کرد ولی اجل را ذکر نکرد، انقلاب عقد به عقد دائم قابل التزام نیست و آلا باید در همه این موارد و موارد مشابه، ملتزم به تخصیص شویم که این خلاف متفاهم عرفی است.

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۳۱.

لذا از این روایات فقط می‌توان استفاده کرد که در فرض صلاحیت عقد برای منقطع بودن و دائم بودن، عدم ذکر اجل مستلزم دوام است. در نتیجه، در صورت شک در صحت عقد دائم با لفظ «متعت»، استناد به این روایات صحیح نیست.^۱

پاسخ: ظهور روایت ابان بن تغلب در کفایت «متعت»

اشکال مرحوم آقای خوئی نسبت به همه روایات محل بحث^۲ تمام نیست؛ زیرا

۱. البته توجه شود که مرحوم آقای خوئی قبل از این اشکال به روایات انقلاب عقد موقت به دائم، اشکال دیگری را بر این روایات وارد کرده و فرموده است:

«نعم، في بعض الكلمات الاستدلال على جواز إنشاء النكاح الدائم به، بما ورد من انقلاب المنقطع دائما إذا لم يذكر فيه الأجل نسيانا. وفيه: أنه لم ترد ولا رواية واحدة تدل على انقلاب العقد المنقطع دائما في فرض النسيان، فإن الأخبار خالية عن ذلك بالمرة، وإنما ورد ذلك في بعض كلمات الأصحاب.» (موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳، ص ۱۳۱).

در برخی عبارات فقهاء مانند شهید ثانی در شرح لمعه (الروضة البهية (ج۱ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۵۹-۱۶۰: «و لحکم الأصحاب تبعاً للرواية بأنه لو تزوج متعة و نسي ذكر الأجل انقلب دائما» و صاحب ریاض در ریاض (ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۱: «و حکم جماعة تبعاً للرواية بأنه لو تزوج متعة و نسي ذكر الأجل انقلب دائما»، قید نسیان برای ذکر اجل به قائلین این قول نسبت داده شده است، اما چنانکه ملاحظه شد در کلمات محقق حلّی و کسانی که قائل به انقلاب عقد موقت به دائم شده‌اند، چنین قیدی وجود نداشت.

۲. روایات بحث انقلاب عقد موقت به دائم، در وسائل سه روایت است:

وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۴۷، باب ۲۰، «باب أن من ترك ذكر الأجل في عقد المتعة انعقد دائما»:

ح ۱: محمّد بن یعقوب عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن عبد الله بن بكير قال: قال أبو عبد الله عليه السلام في حديث «إن سمي الأجل فهو متعة وإن لم يسم الأجل فهو نكاح باث.»
ح ۲: و بالإسناد السابق عن أبان بن تغلب «في حديث صيغة المتعة أنه قال لأبي عبد الله عليه السلام فإني أستحيي أن أذكر شرط الأيام قال هو أضرّ عليك قلت وكيف قال لألك إن لم تشرط كان تزويج مقام و لزمتك التّفقة في العدة و كانت وارثا و لم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق الشّنة.»

ح ۳: و یاسناده عن محمّد بن أحمد بن يحيى عن محمّد بن الحسين عن موسى بن سعدان عن عبد الله بن القاسم عن هشام بن سالم قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام أتزوج المرأة متعة مئة مبهمة قال فقال ذاك أشدّ عليك ترثها و ترك و لا يجوز لك أن تطلقها إلا على طهر و شاهدين قلت أصلحك الله فكيف أتزوجها قال أتأما معدودة بشيء سمي مقدار ما تراضيت به فإذا مضت أتأماها كان طلاقها في شرطها و لا نفقة و لا عدة لها عليك....»

لذا اشکال مرحوم آقای خوئی فقط به روایت ازل وارد است، نه روایت دوم (ابان) و روایت سوم (هشام). البته روایت دیگری نیز که مرحوم مجلسی ازل در روضة المتقین نقل کرده مربوط به این باب است:

ظاهر روایت ابان بن تغلب^۱ همان مطلبی است که صاحب شرایع و دیگران فهمیده‌اند. در این روایت، ابان از حضرت سؤال می‌کند که در موقع عقد انقطاعی چه بگویم؟ حضرت می‌فرماید: به ضمیمه ذکر اجل و سایر شرایط بگو: «أتزوجک متعة». راوی می‌پرسد: من حیا می‌کنم که مدت را ذکر کنم. حضرت می‌فرماید: اگر مدت را ذکر نکنی به ضرر خودت تمام می‌شود؛ چون تمام احکام عقد دائم مترتب می‌شود. ظاهر این روایت آن است که در همان مفروض کلام که گفته «أتزوجک متعة» اگر اجل را ذکر نکرد عقد دائم خواهد شد، لذا صلاحیت این تعبیر (أتزوجک متعة) که مرادف لفظ «متعت» است برای عقد دائم استفاده می‌شود.

ضعف سند روایت ابان

اما ابراهیم بن فضل که در طریق واقع شده است، توثیق ندارد، لذا این روایت قابل استناد نیست.

نظر مختار: صلاحیت لفظ «متعت» برای انشاء عقد دائم

لذا طبق نظر مختار، با توجه به اطلاق مقامی و الغاء خصوصیت از الفاظ مذکور

الکافی، ج ۵، ص ۴۶۵، ح ۱: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن فضال عن ابن بکیر عن محمد بن مسلم قال «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول في الرجل يتزوج المرأة متعة إنيهما يتوارثان ما لم يشترطا وإلما الشرط بعد النكاح».

صاحب روضة المتقین در ادامه روایت چنین توضیحی را بیان کرده است: «أني إذا شرط الأجل قبل العقد ولم يذكر في العقد بصير العقد دائما و يتوارثان». (روضة المتقین، ج ۸، ص ۴۹۰). در هر حال، بحث مستوفی در این باره در ابواب متعة از مباحث استاد علیه السلام خواهد آمد.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۵۵، ح ۳: علی بن ابراهیم عن أبيه عن عمرو بن عثمان عن ابراهيم بن الفضل عن ابان بن تغلب و علی بن محمد عن سهل بن زياد عن إسماعيل بن مهران و محمد بن أسلم عن ابراهيم بن الفضل عن ابان بن تغلب قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام كيف أقول لها إذا خلوت بها قال تقول أتزوجك متعة على كتاب الله و سنة نبيه عليه السلام لا وارثة ولا موروثة كذا و كذا يوما وإن شئت كذا و كذا سنة بكذا و كذا درهما و تستفي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلا كان أم كثيرا فإذا قالت نعم فقد رضيت فهي امرأتك و أنت أولى الناس بها قلت فإني أستحي أن أذكر شرط الأيام قال هو أضرّ عليك قلت و كيف قال إنك إن لم تشترط كان تزويج مقام و لرمتك النفقة في العدة و كانت وارثة و لم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق السنة ...» (وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص ۴۳، ح ۱).

در روایات خاصه، و عدم ورود اشکالات مطرح شده، لفظ «متعّت» برای انشاء عقد نکاح دائم صلاحیت دارد.

بررسی اشتراط عربیت

مسألة ۱: «... و يشترط العربية مع التمكن منها و لو بالتوكيل على الاحوط. نعم مع عدم التمكن منها و لو بالتوكيل على الاحوط، يكفي غيرها من اللسنة اذا اتى بترجمة اللفظين من النكاح و التزويج.»^۱

توضیح عبارت علی الاحوط در عبارت عروه

در عبارت «علی الاحوط» در کلام مصتف دو احتمال وجود دارد:

- احتمال اول: مربوط به اصل اشتراط عربیت باشد.
- احتمال دوم: اصل اشتراط عربیت به نظر مرحوم سید مسلم باشد، و تردید در اشتراط عربیت برای کسی است که خود از عربی خواندن ناتوان است ولی می تواند دیگری را وکیل کند که عقد را به عربی بخواند، که در اینجا احتمال دارد که توکیل بر اجرای مباشری صیغه به غیر عربی، مقدم باشد، لذا احتیاط شده است.

به نظر می رسد احتمال دوم ارجح است؛ زیرا بنابر احتمال اول مناسب بود که قید «علی الاحوط» پس از «مع التمكن منها» ذکر می شد، نه به دنبال «و لو بالتوكيل». به هر حال عبارت خالی از ابهام نیست.

ادله اعتبار عربیت در صیغه نکاح

برای اعتبار عربیت در صیغه نکاح به ادله ای استناد شده است.

دلیل اول: اجماع مسلمین

دلیل اول، اجماع است.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۱.

علامه حلی در تذکره می‌گوید:

«لا ینعقد الّا بلفظ العربیة مع القدرة، فلو تلفظ باحد اللفظین بالفارسیة او غیرها من اللغات غیر العربیة، مع تمکنه و معرفته بالعربیة لم ینعقد عند علماءنا، و هو [احد] قولی الشافعی و احمد...»^۱
شیخ طوسی در مبسوط درباره عقد نکاح می‌گوید:

«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...»^۲

تعبیر شیخ طوسی (بلا خلاف) از تعبیر علامه حلی (عند علماءنا) قوی‌تر است؛ زیرا «بلا خلاف» در مبسوط تنها ناظر به فتوای امامیه نیست، بلکه عدم اختلاف در مسئله در میان تمام مسلمانان را می‌رساند.

شاید گفته شود که در اجماع شرط است که تمام فقهاء موافق آن باشند، بنابراین اگر برخی از فقهاء اصلاً متعرض مسئله نشده باشند، ادعای اجماع صحیح نیست، ولی ادعای «بلا خلاف» صحیح است، پس «بلا خلاف» از این جهت ضعیف‌تر از اجماع است.

اما می‌توان گفت: این مطلب در مسائل غیر اصلی می‌تواند مطرح باشد که ممکن است فقهاء توجه به مسئله نداشته باشند، ولی در مسائل اصلی، فقهاء قهراً فتوایی نسبت به مسئله - نفیاً یا اثباتاً - دارند، پس «بلا خلاف» در این‌گونه مسائل از این جهت در حکم اجماع است.
به هر حال فقهای بسیاری از ادعای اعتبار عربیت فتوا داده‌اند و برخی به اجماع در این مسئله تمسک جسته‌اند.

اشکال بر دلیل اول

کلام شیخ طوسی که اشتراط عربیت را برای قادر، «بلا خلاف» (بین مسلمین) عنوان کرده، صحیح نیست؛ زیرا:

۱. تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۲.

۲. المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۴.

اشکال اول: عدم اعتبار عربیت در نزد بعض عامه مانند ابوحنیفه

اولاً، این مسئله کاملاً در بین عامه اختلافی است. ابوحنیفه عربی بودن را در صیغه نکاح شرط ندانسته و کلمات شافعی نیز در اعتبار صیغه عربی، مختلف است و احمد حنبل، عربی بودن صیغه عقد نکاح را شرط دانسته است^۱ پس نفی خلاف مرحوم شیخ طوسی، تمام نیست.

اشکال دوم: معنون نبودن مسئله تا زمان شیخ طوسی و اختلاف بعد از ایشان

در میان امامیه نیز تا زمان محقق حلی غیر از شیخ طوسی در مبسوط و قطب الدین کیدری^۲ که در اوایل قرن هفتم فوت کرده^۳، کسی نیافته ایم که عربیت را معتبر بدانند. اولین فقیهی که مسئله اعتبار صیغه عربی را مطرح کرده، مرحوم شیخ طوسی است و فقهای متقدم به این مسئله نپرداخته اند و در بین فقهای متأخر از مرحوم شیخ طوسی نیز این مسئله مسلم نبوده است.

قبل از محقق حلی، ابن حمزه در وسیله^۴، و طبق نقل فاضل آبی در کشف الرموز^۵، صاحب کتاب الرائع - که ظاهراً مراد، قطب راوندی است^۶ نه ابن حمزه - عربیت را شرط نمی دانند. بله، پس از محقق، قول به اشتراط عربیت اشتها یافته و کسانی مانند مرحوم فیض کاشانی در کتاب مفاتیح الشرائع^۷ و شارح مفاتیح^۸

۱. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۲؛ المغنی (ابن قدامة)، ج ۷، ص ۷۹.

۲. إصباح الشیعة، ص ۲۰۹.

۳. برای نمونه: طبقات اعلام الشیعة، ج ۹، ص ۲۵۰.

۴. الوسيلة، ص ۲۹۱.

۵. کشف الرموز، ج ۲، ص ۹۷.

۶. کشف الرموز، ج ۱، ص ۴۰؛ الذریعة إلى تصانیف الشیعة، ج ۱۰، ص ۶۶، رقم ۸۳.

۷. مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۲۶۰.

۸. استاد رحمته الله: مرحوم نراقی در مستند الشیعة (ج ۱۶، ص ۹۴) فرموده است: «اخلاقاً للمحققین عن ابن حمزه فاستحب العربیة واختاره فی المفاتیح و شرحه»؛ همان طور که مرحوم شیخ آقا بزرگ نوشته، شرح مفاتیح علی الاطلاق، شرح مرحوم وحید بهبهانی است (الذریعة إلى تصانیف الشیعة، ج ۱۴، ص ۷۵). ولی پس از مراجعه به شرح ایشان، روشن شد که این کلام از ایشان نیست؛ بنابراین دو احتمال در کلام مرحوم محقق نراقی در مورد شارح مفاتیح داده می شود: احتمال اول: مراد، مرحوم شیر باشد که تمام مفاتیح را شرح داده است (الذریعة إلى تصانیف الشیعة، ج ۲۱، ص ۸۸). احتمال دوم: مراد، مرحوم

و مرحوم سبزواری در کتاب کفایة الأحکام^۱ و از علماء اعصار اخیر، برخی مانند مرحوم آقای نایینی^۲ و مرحوم آقای حکیم^۳ و مرحوم آقای خونی^۴، صیغه عربی را معتبر ندانسته‌اند.

البته صاحب مدارک^۵ و صاحب حدائق^۶ نیز تمایل به عدم اعتبار آن دارند؛ یعنی مقتضای ادله را عدم اعتبار صیغه عربی دانسته‌اند، ولی به دلیل احتراز از مخالفت با مشهور، به آن فتوا نداده‌اند، و مرحوم شهید ثانی هم در کتاب مسالک^۷، ادله دو طرف را نقل کرده ولی هیچ‌یک از دو قول را اختیار نکرده است؛ بنابراین اشتراط صیغه عربی، اجماعی نیست و باید مقتضای سایر ادله در مقام بررسی شود.

اجتهادی بودن ادعای اجماع سید مرتضی، شیخ طوسی و ابن زهره اصولاً ادعای اجماع توسط فقهایمانند مرحوم سید مرتضی و مرحوم شیخ طوسی و مرحوم ابن زهره در مسائلی که در کلمات فقهای متقدم عنوان نشده، موجب دست کشیدن از مقتضای ادله اولی نمی‌شود؛ زیرا این اجماع‌ها نتیجه مراجعه به فتاوی فقهاء و نقل حتی از فتاوی ایشان نیست، بلکه اجماع‌های مستنبط است که به جهت قواعد مسلم نزد فقهاء، فتوایی را به آنها نسبت داده‌اند، مانند اینکه فقهاء، حجیت خبر واحد را از قواعد مسلم دانسته‌اند پس در هر مسئله‌ای که خبر واحدی وجود داشته، ادعای اجماع کرده‌اند. به بیان دیگر ریشه ادعای اجماع این است که اگر فقیهی قاعده‌ای را قبول داشته باشد، شهادت اجمالی به تمام

ملاً محمّد هادی کاشانی باشد که نوّه برادر مرحوم فیض است (الذریعة إلى تصانیف الشیعة، ج ۱۴، ص ۸۰) و در محضر مرحوم فیض هم بوده و پس از مراجعه به آن معلوم شد که ملاً محمد هادی در شرح مفاتیح، عربی بودن صیغه را شرط نمی‌داند.

۱. کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۹۰.
۲. منیة الطالب، ج ۱، ص ۱۰۸.
۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۶۹.
۴. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۳۳.
۵. نهاية المرام، ج ۱، ص ۲۸.
۶. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۶۸.
۷. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۹۵.

مصادیق و فروع آن داده است (اعتقاد به کبریات، شهادت اجمالی به نتیجه است) گرچه مسئله محل بحث را اصلاً عنوان نکرده یا حتی فتوای بر خلاف آن داده باشد.

برخی شواهد اجتهادی بودن ادعای اجماع شیخ طوسی
مرحوم شهید ثانی - طبق نقل صاحب حدائق^۱ - در رساله ای^۲ هفتاد مسئله از مرحوم

۱. برای نمونه:

الحدائق الناضرة، ج ۴، ص ۹۸؛ و ج ۹، ص ۳۶۸.

۲. بخشی از این رساله در رسائل ایشان چاپ شده است:

رسائل الشهيد الثاني، ج ۲، ص ۸۴۷: «بسم الله الرحمن الرحيم هذه رسالة تشتمل على مسائل اذعى فيها الشيخ الإجماع مع أنه نفسه خالف في حكم ما ادعى الإجماع فيه ...»

الشهاب الثاقب (فيض کاشانی)، ص ۸۵-۸۹: «وقال زين المحققين في مقالة ألفها في مسائل اذعى فيها الشيخ الإجماع مع أنه نفسه خالف في حكم ما ادعى الإجماع فيه. وقال أفرادها للتنبيه على أن لا يغتر الفقيه بدعوى الإجماع فقد وقع في الخطأ والمجازفة كثيرا من كل واحد من الفقهاء سيما من الشيخ والمرضى^۳ قال فيما ادعى فيه الإجماع من كتاب النكاح دعواه في الخلاف الإجماع على أن الكتابية إذا أسلمت وانقضت عدتها قبل أن يسلم الزوج يفسخ النكاح بينهما وقال في النهاية و في كتاب الاخبار لا يفسخ النكاح بينهما ولكن لا يمكن من الدخول عليها ليلا كما في الرواية و منها ادعى فيه الإجماع على كراهية و طي الأمة إذا اشتراها حاملا و افترى في النهاية بالتحريم قبل مضي أربعة أشهر و عشرة أيام ...»

اما آنچه در شهاب ثاقب و آنچه در مجموعه رسائل شهید ثانی چاپ شده است ۳۶ مورد است. در باورقی مجموعه رسائل مطبوع چنین آمده است:

«اعلم أن الفيض الكاشاني^۴ أدرج هذه الرسالة بتمامها في كتابه «الشهاب الثاقب» ص ۸۵-۸۹، و قد طبع مغلوطا في بيروت. وكذلك الشيخ الحز العاملي^۵ أدرجها في كتابه «نزهة الإسماع في حكم الإجماع». و المحقق التستري (طاب ثراه) نقلها ملخصة في كتابه «كشف القناع» ص ۴۴۴-۴۴۶ و أطراها كثيرا. و ليس خافيا أن موارد مخالفة الشيخ (طيب الله ثراه و جعل الجنة منقلبه و منواه) لإجماعاته لا تنحصر فيما ذكره الشهيد^۶ في هذه الرسالة؛ فإنه قد تتبع إجماعات الشيخ في خمسة عشر كتابا من النكاح إلى الديات، و لم يتعرض لما تقدّمها من أبواب الفقه. و المحقق التستري ذكر أنها تزيد على سبعين مسألة و أضاف على ما ذكره الشهيد موارد أخرى. و كذلك الشيخ الأعظم الأنصاري (طاب منواه) ذكر في كتابه «المكاسب» ج ۳، ص ۳۷۰ في مبحث احتجاج المبطلين لعقد الفضولي بالإجماع: أن الشيخ ادعى الإجماع على بطلانه في الخلاف، مع أنه بنفسه ذهب في النهاية إلى الصحة.» البته ممکن است نسبت صاحب حدائق به شهید ثانی را چنین توجیه کنیم: در ۳۶ مورد این تناقض رخ داده که در نتیجه در بیش از ۷۰ مسئله از کتبی مانند خلاف، نهایی یا مبسوط این تناقض رخ داده است؛ یعنی هر فرع فقهی در کتبی مانند نهایی یا مبسوط یا خلاف مطرح شده که جمعا بیش از ۷۰ مورد

شیخ طوسی نقل کرده که مرحوم شیخ طوسی در آنها اذعای اجماع کرده ولی در مسئله‌ای دیگر بر خلاف آن فتوا داده است و کلام مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف نیز از همین جهت است که فرموده است: «دلیلنا: الاخبار المروية فی هذا المعنى من جهة الخاصة قد ذکرناها فی الكتاب الكبير و ليس فيها ما یخالفها تدل علی إجماعهم علی ذلك»^۱

دلیل دوم (عدم صدق عقد بر غیر عربی) و اشکال آن

دلیل دوم این است که به صیغه غیر عربی عقد صدق نمی‌کند. این دلیلی است که مرحوم آقای خوئی^۲ از محقق کرکی نقل کرده است. ما این مطلب را در جامع المقاصد نیافتیم، نه در باب بیع، نه در باب نکاح و کسی را هم ندیده‌ایم که چنین مطلبی را از محقق کرکی نقل کند و نمی‌دانیم که آقای خوئی آن را از کجا اخذ کرده است. خود این دلیل هم واضح البطلان است و نیاز به بحث ندارد و چنان‌که مرحوم آقای خوئی^۳ اشاره کرده، بر فرض صحت نباید بین قادر و عاجز در اشتراط عربیت فرق گذاشت؛ زیرا معنا ندارد که در مورد قادر، بر لفظ غیر عربی، عقد صدق نکند، ولی در مورد عاجز، بر غیر عربی عقد صدق کند.

دلیل سوم: انصراف عقود به عربی

دلیل سوم، انصراف عقود به عربیت است. صاحب جواهر می‌فرماید: چون پیامبر ﷺ و ائمه علیهم السلام و سائلین از ایشان همگی عرب بوده‌اند، احکامی که بر الفاظ بار شده، انصراف به الفاظ عربی پیدا می‌کند؛ چون زبان مخاطب و مخاطب و قرآن همگی عربی است.^۴

در توضیح این دلیل می‌افزاییم: برای تعمیم خطاب نسبت به عجم، به قاعده اشتراک تمسک می‌شود. در مورد قاعده اشتراک باید دید که مخاطبین از لفظ

خواهد بود.

۱. الخلاف، ج ۲، ص ۲۵۰.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۳۲.

۳. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۳۲.

۴. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۱.

حدیث یا آیه چه حکمی می‌فهمیده‌اند تا با قاعده اشتراک همان حکم برای ما هم ثابت شود، مثلاً رطل دارای اطلاعات مختلف بوده، همچون رطل مکی، رطل مدنی، رطل عراقی، و برای فهم روایاتی که در آن واژه رطل به کار رفته باید با توجه به سائل یا متکلم مراد از رطل را در نزد مخاطبین روشن ساخت، سپس حکم افراد دیگر همچون فارسی زبان‌ها را معین کرد. در این بحث هم گفته‌اند چون احکامی که در شرع روی الفاظ رفته در نزد مخاطبین منصرف به لفظ عربی است، بنابراین برای غیر عرب‌ها هم حکم همین گونه است.

اشکال دلیل سوم: ملاک بودن انصرافات تصدیقی نه تصویری

استدلال فوق، استدلال عجیبی است؛ زیرا انصرافات مزبور، انصراف تصویری غیر مستقر است. آنچه ملاک ظهور است انصراف تصدیقی است. برای توضیح این مطلب ذکر یک مثال مفید است. در زمان کودکی ما یک معمای مطرح بود که حل آن بسیار دشوار بود. این معما در زمان‌های کنونی که مطرح می‌گردد آن دشواری را ندارد. معما این بود که دو نفر در کوچه به دو نفر دیگر می‌رسند، یکی از آن‌ها از فرد مقابل خود می‌پرسد: همراه تو با تو چه نسبتی دارد؟ او می‌گوید: او پدر من است ولی من پسر او نیستم. فرد مقابل از او می‌پرسد: تو بگو که همراه تو با تو چه نسبتی دارد؟ او می‌گوید: او برادر من است، ولی من برادر او نیستم.

جواب این معما این بود که گروه اول پدر و دختر بوده و گروه دوم برادر و خواهر. در زمان کودکی ما چون زن‌ها کمتر در سطح جامعه ظاهر می‌شدند، در ذهن انسان از کلمه «دو نفر»، دو مرد تبادر می‌کرد. البته در همان زمان، من این معما را از برخی از دختر بچه‌ها پرسیدم به سرعت جواب دادند. وجه این امر آن است که برای دخترها این انصراف وجود ندارد، بلکه آنها از همان اول هم جنس‌هایشان به ذهنشان خطور می‌کند.

غرض از ذکر این مثال این بود که این‌گونه انصرافات که در این موارد مشاهده می‌گردد، انصرافات تصویری است که ذهن انسان ابتداء به محسوسات عادی خود متوجه می‌گردد. این انصراف منشأ اثر نیست، بلکه انصراف تصدیقی ملاک است؛ یعنی باید مراد از لفظ به گونه‌ای باشد که اگر متکلم را متوجه فرد خاصی نکنند، او بگوید مراد من این فرد نیست.

برای روشن شدن نادرستی ادعای انصراف می‌گوییم در شرع مقدّس احکام بسیاری بر روی الفاظ رفته، همچون دروغ، فحش، غیبت، سب، کفر. آیا این الفاظ تنها به دروغ عربی، فحش عربی و... انصراف دارد؟ سرّ قضیه در این است که هرچند عرب‌زبانان از دروغ - مثلاً - در نگاه تصویری بدوی الفاظ عربی به ذهنشان خطور می‌کند، ولی اگر از آن‌ها بپرسند آیا دروغ به فارسی هم اشکال دارد، بی‌تردید پاسخ می‌دهند که فرقی بین عربی و فارسی در کار نیست.^۱

بنابراین ادعای انصراف به لفظ عربی بلاوجه است.

دلیل چهارم: اصاله الفساد

دلیل دیگر بر اعتبار عربیت، نبودن اطلاق در مسئله و حکم به فساد عقد با توجه به اصاله الفساد است. این استدلال در کلام مرحوم محقق کرکی آمده است.^۲

کلام محقق کرکی و اشکال آقای خوئی

محقق کرکی در جامع المقاصد همچون مسائل مشابه، با توجه به انکار اطلاق در مسئله نکاح، بر لزوم اقتصار به قدر متیقّن تکیه کرده و فرموده است: ائمه صبیح عقود را با عربی می‌خوانده‌اند، لذا مسلم است که قادر بر عربی اگر عقد را به عربی بخواند مجزی است، ولی صحّت عقد با زبان غیر عربی مشکوک است. مقتضای اصاله الفساد (استصحاب عدم ترتب اثر) این است که در عقد غیر عربی احکام زوجیت را بار نکنیم.^۳

مرحوم آقای خوئی در پاسخ آورده که ما به اطلاقات تمسّک کرده، اشتراط عربیت را نفی می‌کنیم.^۴

این کلام از ایشان مایه شگفتی است. ایشان از روایات چنین استنباط کرده که

۱. توضیح بیشتر: انصراف الفاظ در نزد عرف بیشتر تابع تناسبات حکم و موضوع است. در مسئله انشاء عقود، به نظر عرفی آنچه مطرح است، افهام معنای مورد نظر در صیغه انشاء است با هر طریقی که باشد، و بیشتر از آن اعتبار ندارد.

۲. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۷۴.

۳. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۷۴.

۴. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۳۳.

در نکاح لفظ خاص معتبر است، حتی چنان‌که گذشت، تعدی از لفظ «زوجت» به لفظ «أنکحت» را مستند به اتفاق و قطع خارجی می‌داند و گرنه مقتضای جمود بر ظاهر روایات را این می‌داند که بر لفظ تزویج اقتصار شود، و با این استدلال لفظ «متعت» را در نکاح دائم کافی نمی‌داند، یعنی ایشان اطلاقات صحت معاملات و صحت نکاح را با توجه به ادله اعتبار لفظ خاص تخصیص خورده و مقید شده می‌داند، با این حال چگونه در مورد عدم اشتراط عربی بودن به همان اطلاقات اولیه استناد می‌کند؟!

ادله عدم اعتبار عربیت در صیغه نکاح

دو روایت نیز ممکن است بر عدم اعتبار عربی بودن صیغه تمسک شود.

دلیل اول: روایت ابوالبختری

عنه (محمد بن أحمد بن یحیی) عن أبي جعفر عن أبيه عن وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه عن علی عليه السلام قال: «كُلُّ طَلَّاقٍ بِكُلِّ لِسَانٍ فَهُوَ طَلَّاقٌ»^۱

بررسی سندی و ادله توثیق ابوالبختری

در سند این روایت، «ابوالبختری وهب بن وهب» قرار دارد که درباره‌اش گفته شده کذاب است.^۲ ولی دو تعبیر در مورد ابوالبختری وجود دارد که موجب اعتماد به کتاب وی می‌شود:

دلیل اول: روایت کتاب وی توسط جماعتی

تعبیر اول: مرحوم نجاشی در مورد ابوالبختری فرموده است: «له کتاب یرویه جماعة»^۳. ابوالبختری در محضر امام صادق عليه السلام بوده و کتابی از احادیث حضرت را نقل کرده که این کتاب را جماعتی از فقهاء نقل کرده‌اند. روش متعارف محدثین در نقل روایت از هر کتابی، اعتماد بر قرائن صدق (وثاقت راوی کتاب یا قرینه خارجی

۱. تهذیب الأحکام، ج ۸، ص ۳۸، ح ۳۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۴۳، ح ۱.

۲. رجال النجاشی، ص ۴۳۰، رقم ۱۱۵۵.

۳. رجال النجاشی، ص ۴۳۰، رقم ۱۱۵۵.

بر حجّیت مروّیات کتاب) است؛ بنابراین کثرت نقل کتاب ابوالبختری توسط جماعتی از فقهاء، نشانه اعتماد به این کتاب است.

دلیل دوم: شهادت ابن غضائری به اعتبار کل احادیث وی از امام صادق علیه السلام تعبیر دوم: مرحوم علامه حلی کلام ابن غضائری را در مورد ابوالبختری چنین نقل کرده است: «روی عن ابی عبد الله علیه السلام و کان کذاباً قاضیا عامیا الا انّ له احادیث عن جعفر بن محمد علیه السلام کلّها یوثق بها» البته در برخی نسخ، «لا یوثق بها» بیان شده که قابل توجیه است، ولی خلاف ظاهر است و با استدراک به «إلا» سازگار نیست.^۱

وجه استدلال: اولویت نکاح بر طلاق در عدم اعتبار عربیت وجه استدلال به این روایت آن است که اگر لفظ غیر عربی در انشاء طلاق صحیح باشد، در انشاء نکاح، به اولویت صحیح خواهد بود؛ زیرا طلاق شرایط سخت تری دارد مانند حضور دو شاهد عادل، و مطلوب شارع مقدّس نیز تا حدّ امکان، عدم وقوع طلاق است.

دلیل دوم: روایات «لکلّ قوم نکاح»

محمّد بن الحسن الصّقّار عن محمّد بن الحسین عن وهب بن حفص عن أبی بصیر قال سمعت أبا عبد الله علیه السلام يقول «نهی رسول الله صلی الله علیه و آله أن یقال للإماء یا بنت کذا و کذا و قال لکلّ قوم نکاح».^۲

بررسی سندی: اطمینان به صدور مفاد «لکلّ قوم نکاح»

روایات با مفاد «لکلّ قوم نکاح»، فراوان^۳ نقل شده است. ضرورت بین مسلمین و سیره متشرعه نیز همین است.

۱. خلاصه الأقوال، ص ۲۶۲، الفصل الرابع والعشرون فی الواو، رقم ۱.

۲. نظر اخیر استاد علیه السلام این است که عبارت فوق مجمل است.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۷۲، ح ۹۹؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۹۹، باب ۸۳، «باب تحریم قذف العبد و الإماء و إن کانوا مجوسا»، ح ۲.

۴. وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۹۹، باب ۸۳، «باب تحریم قذف العبد و الإماء و إن کانوا مجوسا؛ ایضا؛ وسائل الشیعة، ج ۱۵، ص ۸۰، ح ۲.

اشکال دلالتی: عدم نظارت روایت به شرائط اجرای صیغه

اما دلالت این روایت، محلّ تأمل است؛ زیرا مراد این نیست که هر قومی با زبان گفتاری خود می‌تواند نکاح را انشاء کند، بلکه مراد این است که هر قومی اگر مطابق آداب و مذهب خاص خود نکاح را انشاء کند، صحیح است و فرزندانشان زنارزاده نخواهند بود. به عنوان مثال اگر مسیحی‌ها بنا بر مذهب خود، انشاء نکاح کنند، احکام نکاح بر آن مترتب می‌شود و لازم نیست شرایط نکاح مسلمانان را رعایت کنند، یا عقد نکاح زن و شوهری که مسلمان شده‌اند به دین سابق، باقی است و نیاز به تجدید ندارد. بنابراین نمی‌توان به این روایات بر عدم اعتبار صیغه عربی نسبت به کسی که قادر بر انشاء عقد با لفظ عربی است، استدلال کرد.

نظر مختار: عدم اعتبار عربیت

البته به نظر ما عقد نکاح نیز مانند سایر عقود است و از آنجا که در سایر عقود، انشاء به صیغه عربی شرط نیست، در باب نکاح نیز شرط نخواهد بود. به عنوان مثال، شخص برای تملک عبد می‌تواند با هر زبانی صیغه خرید عبد را انشاء کند، یا با هر زبانی آن عبد را آزاد کند و از آنجا که در باب نکاح و طلاق نیز اعتبار صیغه عربی بیان نشده، به ذهن عرف متبادر می‌شود که می‌توان به روش سایر عقود، عمل کرد و با لفظ غیر عربی نکاح را انشاء نمود؛ زیرا از نظر عرف، صیغه عقد، طریقت دارد و عرف از عبارت «تقول أترؤجک...» در روایات استفاده می‌کند که خطاب روایت به عرب‌ها بوده و صیغه به لفظ عربی مطرح شده، ولی عربی بودن صیغه هیچ خصوصیتی ندارد و گرنه باید به اعتبار صیغه عربی تصریح می‌شد. شاید گفته شود: اعتبار لفظ و صیغه در باب نکاح، مطلب فوق را نقض می‌کند؛ زیرا اصل اعتبار لفظ در نکاح از باب طریقت نیست و نمی‌توان در نکاح قائل به صحت معاطات شد.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۵۵، ح ۳: علي بن إبراهيم عن أبيه عن عمرو بن عثمان عن إبراهيم بن الفضل عن أبان بن تغلب و علي بن محمد عن سهل بن زياد عن إسماعيل بن مهراون و محمد بن أسلم عن إبراهيم بن الفضل عن أبان بن تغلب قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام كيف أقول لها إذا خلوت بها قال تقول أترؤجك...».

اما پاسخ این است که چنان‌که گذشت^۱، مسئله اعتبار لفظ در عقد نکاح، مورد تسالم است و بر اعتبار صیغه نیز فراوان ادعای اجماع شده، بلکه اصلاً مسئله معاطات در باب نکاح مطرح نبوده، مگر اخیراً که برخی از فقهاء آن را مطرح کرده‌اند؛ بنابراین از اصل اعتبار صیغه نمی‌توان دست کشید. بله ممکن است دورانی برسد که ازدواج با الفاظ انشاء نشود، مثلاً با رفتاری - مثل نگاه کردن - تفهیم معانی و انشانات محقق شود، مانند قول شاعر (آقای رعدی):

من بر آنم که یکی روز رسد در گیتی
که پراکنده شود کاخ سخن را بنیان

ولی در هر حال انشاء نکاح به صیغه عربی شرط نیست. بلکه ممکن است کسی احتیاط کند و بگوید که هر کس علاوه بر انشاء عربی، به همان زبان متعارف نیز عقد را جاری کرده و به الفاظ عربی اکتفاء نکند؛ زیرا در متعارف محیط‌ها عقود و ایقاعات با الفاظ همان زبان جاری می‌گردد و ممکن است گفته شود ادله منصرف به همین متعارف است.^۲ در هر حال چنین احتیاطی لازم نیست و اشتراط عربیت نیز در صیغه نکاح بنابر احتیاط استحبابی است.

۱. ر.ک: ادله اعتبار لفظ در انشاء عقد نکاح، دلیل اول (اجماع فریقین و ضرورت بین مسلمین).

۲. استاد رحمته الله: مرحوم آقای والد از مرحوم آقای حجت نقل کردند که «ایشان با مرحوم آقای انگجی عقدی را در تبریز اجرا می‌کردند، مرحوم آقای انگجی که در طبقه مقدم بر مرحوم آقای حجت بوده، ایجاب را به عربی می‌خواند و آقای حجت قبول را می‌گوید، آقای انگجی ایجاب را به فارسی هم می‌خواند، آقای حجت سکوت می‌کند، آقای انگجی می‌پرسد: چرا سکوت کردید؟ ایشان می‌گوید: عقد به فارسی وجهی ندارد، اگر ملاک زبان معصومین علیهم السلام باشد، باید به عربی خواند که ما خواندیم، اگر ملاک زبان متعارف اهل عقد باشد باید به ترکی خواند، فارسی خواندن وجهی ندارد.» من به ذهنم می‌آمد که احتیاط کامل در امثال تبریز این است که هم به عربی، هم به فارسی، هم به ترکی خوانده شود؛ چون زبان رسمی کشور در سرتاسر آن حتی در محیط ترک‌زبان‌ها، فارسی است، و چون ازدواج هم امری رسمی است (که در دفتر ازدواج و طلاق هم به فارسی ثبت می‌گردد) لذا اجرای صیغه در آذربایجان به لفظ فارسی هم بی‌وجه نیست. به هر حال این مطالب همه احتیاطات استحبابی است و زبان به طور کلی شرط نیست.

اشترط ماضویت در صیغه نکاح و بررسی ادله آن

مسأله ۱: «... والأحوط اعتبار الماضوية وإن كان الأقوى عدمه فيكفي المستقبل و الجملة الخبرية كأن يقول أزوجك أو أنا مزوجك فلانة ...»^۱

ادله ای برای اشترط ماضویت در صیغه عقد ممکن است مطرح شود که چهار دلیل را مرحوم آقای حکیم - به تبع سابقین - در مستمسک^۲ بیان کرده و البته آنها را مردود دانسته است. البته این چهار دلیل - چنان که خواهد آمد - در حقیقت سه دلیل است. در شرائط، دلیل دوم و سوم از این سه دلیل مطرح شده است.^۳

دلیل اول: صراحت صیغه ماضی

دلیل اول این است که صیغه ماضی، صریح در انشاء است، بر خلاف صیغه امر و مضارع؛ زیرا صیغه امر گرچه انشاء است ولی انشاء طلب است نه انشاء علقه نکاح، و در صیغه مضارع نیز احتمال وعده بر عقد وجود دارد؛ یعنی شاید وعده بر تزویج در آینده باشد نه انشاء کنونی تزویج، به خلاف صیغه ماضی که چنین احتمالی در آن راه ندارد. مرحوم آقای حکیم، احتمال وعده بودن را به عنوان دلیلی در کنار اعتبار صراحت صیغه ذکر کرده^۴ در حالی که این دلیل، دلیلی مستقل از اعتبار صراحت صیغه نیست.

بررسی اشکالات دلیل اول

دو اشکال بر این دلیل وارد شده است.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۱.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۶۹.

۳. البته در المختصر النافع، مرحوم محقق حلی فقط به دلیل اول (اعتبار صراحت در صیغه) تمسک کرده است. لذا مجموع سه دلیل در کلمات محقق حلی مطرح شده است:
المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۶۹: «و هل يشترط وقوع تلك الألفاظ بلفظ الماضي؟ الأحوط نعم، لأنه صريح في الإنشاء».

۴. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۶۹.

اشکال اول: عدم صراحت صیغه ماضی

اشکال اول که در کلام صاحب مدارک مطرح شده این است که صراحت صیغه ماضی در انشاء، مطلب نادرستی است؛ زیرا صیغه ماضی نیز مانند صیغه مضارع برای اخبار وضع شده و استعمال آن در مقام انشاء، نیازمند قرینه است؛ بنابراین صیغه مضارع نیز می‌تواند با قرینه در مقام انشاء، استعمال شود.^۱

پاسخ: صراحت صیغه ماضی در مقام انشاء

بطلان صراحت صیغه ماضی در انشاء، روشن است؛ زیرا اصل وضع صیغه ماضی در اخبار است و اراده انشاء از آن، به قرینه نیاز دارد، ولی مراد کسانی که لفظ ماضی را صریح در انشاء دانسته‌اند، خصوص مقام معامله و عقد نکاح است. به عنوان مثال کسی که در مقام ازدواج یا خرید و فروش است اگر لفظ ماضی استعمال کند، احتمال قصد اخبار از گذشته، بسیار بعید بلکه بی معنا است؛ زیرا در مقام معامله کردن، اخبار از وقوع نکاح در زمان گذشته، کلام لغوی است؛ بنابراین قرار گرفتن شخص در مقام خرید و فروش یا عقد ازدواج، قرینه حالیه قطعیه‌ای بر خروج صیغه ماضی از اخباری بودن و صراحت آن در معنای انشاء است، بر خلاف استعمال صیغه مضارع که در آن، احتمال وعده بر معامله یا نکاح در زمان آینده وجود دارد و می‌تواند به منزله مقاوله و صحبت‌های پیش از عقد باشد که صراحت در انشاء ندارد؛ بنابراین مراد از صراحت لفظ ماضی، در خصوص مقام انشاء عقد است نه به طور مطلق و در هر مقامی.

اشکال دوم: عدم اشتراط لفظ صریح در صیغه

اشکال دوم این است که اصل این کبرا که در مقام انشاء عقد، باید از الفاظ صریح در انشاء استفاده کرد و اینکه لفظ ظاهر و غیر صریح در انشاء عقد کفایت نمی‌کند، ممنوع است و دلیلی بر آن وجود ندارد.

تأیید اشکال دوم

این اشکال کبروی وارد است؛ زیرا دلیلی بر لزوم انشاء عقود با الفاظ صریح وجود

ندارد، بلکه وجود لفظی که ظهور عرفی در انشاء عقد دارد، کافی است.

دلیل دوم: اخذ به قدر متیقن

دلیل دوم، تمسک به قدر متیقن است که در شرائع^۱ نیز مطرح شده است. تحقق نکاح به سبب قطعی نیاز دارد وگرنه استصحاب، مقتضی عدم تحقق نکاح است؛ بنابراین در محل بحث باید به قدر متیقن یعنی صیغه ماضی اخذ کرد تا یقین به ارتفاع حالت سابق - عدم تحقق نکاح - حاصل شود. در این دلیل فرض شده که اطلاقی در ادله وجود ندارد و نوبت به اخذ به قدر متیقن می‌رسد.

بررسی دلیل دوم با بررسی عمومات و اطلاقات صحت عقود

از دلیل اخذ به قدر متیقن، جواب داده‌اند که با وجود اطلاقات و عمومات، قدر متیقن اعتباری ندارد.^۲ مراد از اطلاقات و عمومات ممکن است آیه شریفه «وَأَنْكَحُوا الْأَيَّامِي مَنْكَحًا»^۳، آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۴، یا روایات «المؤمنون عند شروطهم»^۵ باشد.

عدم اطلاق آیه «وَأَنْكَحُوا الْأَيَّامِي مَنْكَحًا»

اما آیه شریفه «وَأَنْكَحُوا الْأَيَّامِي مَنْكَحًا» فقط در ترغیب به عقد نکاح مشروع ظهور دارد و در مقام بیان شرایط معتبر در عقد مشروع نیست تا مطلق باشد و ادله شرایط نکاح، آن را تخصیص زند.

۱. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۷.

۲. برای نمونه: جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۳۵؛ موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۳۴.

۳. النور، ۳۲.

۴. المائدة، ۱.

۵. برای نمونه: تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۷۱، ح ۶۶؛ علی بن الحسن عن أنبوت بن نوح عن صفوان بن يحيى عن منصور بزرج عن عبد صالح رضی الله عنه قال: «قلت إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبى عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها فأعطاهما ذلك ثم بدا له في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع قال بنس ما صنع و ما كان بدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار قل له فليف للمرأة بشرطها فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال المؤمنون عند شروطهم.» (وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص ۲۷۶، ح ۴).

توضیح مطلب: اگر اصلاً معلوم نباشد که آیا نکاح نامشروع وجود دارد یا نه، ممکن بود که از اطلاق این آیه شریفه استفاده کرد که نکاح شرطی ندارد، ولی وقتی می‌دانیم که برخی از نکاح‌ها باطل و برخی مشروع است، دیگر نمی‌توان چنین استفاده‌ای کرد. وقتی عرف با جمله «برای فرزندان خود همسر قرار دهید» مورد خطاب قرار گیرد، به ذهن عرف این معنا متبادر می‌شود که به واسطه عقد صحیح و مشروع، آنان را به ازدواج یکدیگر درآورید؛ پس آیه شریفه در مقام بیان ترغیب به مطلق نکاح (اعم از صحیح و فاسد) نیست تا با مخصص و مقتید، نکاح فاسد از آیه شریفه خارج شود.

عدم اطلاق «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و بیان احتمالات آیه
در آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۱ نیز احتمال دارد که الف و لام برای عهد باشد و مفاد آیه، لزوم وفاء به عقدی است که با خداوند متعال در عالم ذر بسته شده که مفاد آیه «أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ»^۲ است، و از آنجا که خداوند متعال در ذیل آیه یعنی «أَجَلْتُ لَكُمْ بَيْعَةَ الْأَنْعَامِ»^۳ حلال و حرام‌هایی را بیان فرموده، ارتباط صدر و ذیل آیه اقتضاء می‌کند که خصوص پیمان انسان با خداوند متعال یا اعم از پیمان انسان با حق تعالی و پیمان‌های مشروع انسان‌ها با یکدیگر مراد باشد، گرچه اعم بودن مراد، مورد تردید است. بنابراین اگر آیه شامل پیمان‌های بشری باشد، مفاد آیه، وجوب وفا به پیمان‌های مشروع است و آیه شریفه مشروعیت عقود مشکوک را ثابت نمی‌کند و اگر مراد از آیه فقط پیمان الهی باشد، ارتباطی به مقام ندارد و لذا با دلیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۴ نمی‌توان اطلاق را اثبات کرد. این نکته نیز توجه شود که اگر گفته شود: «مشروع را مشروع قرار دادم» ضرورت به شرط محمول است، اما الزام کردن به آنچه مشروع است ضرورت به شرط محمول نیست؛ زیرا مفادش این است که آنچه انجام آن واجب نیست، چنانچه عقدی درباره آن منعقد شود، واجب است وفا شود.

۱. المائدة، ۱.

۲. الأعراف، ۱۷۲.

۳. المائدة، ۱.

۴. المائدة، ۱.

معنای اول (مختار): اجتناب از بی قید شدن مشابه اباحه اموال

وجه اول که به نظر ما رسید و سپس دیدیم که مرحوم شهید ثانی در مسالک^۱ و برخی دیگر^۲ نیز مراد محقق حلی را همین معنا دانسته اند، این است که اشتمار به معنای مطلق و رها بودن است^۳؛ لذا مراد محقق حلی این است که نمی توان از قید ماضویت و سایر قیود مثل ماده مخصوص، تعدی کرد - نظیر آنچه سید علی محمد باب که به دلیل بی سواد بودن عبارات عربی را با اعراب غلط می خوانده و به معترضین پاسخ می داده: اعراب ها، ملک های محبوسی بودند که من آنها را آزاد کردم - لذا اگر ماضویت شرط نباشد، نکاح مانند اباحه مال، هیچ قید و شرطی نخواهد داشت و فقط انشاء رضایت به عقد در آن کافی خواهد بود و صیغه ماضی و سایر شروط هیچ کدام در آن معتبر نخواهد بود، در حالی که این امر قطعاً باطل است و قابل التزام نیست و عقد نکاح به دلیل اجماع و ضرورت، حدّ و مرز دارد.

مرحوم شهید ثانی ظاهراً عبارت کتاب شرائع را همین گونه معنا کرده؛ زیرا در مقام نقد عبارت شرائع فرموده است: در صیغه نکاح، ماضویت معتبر نیست و می توان قائل به توسعه شد، ولی فقط از جهت صیغه نکاح، توسعه داده شود، نه اینکه هیچ مرزی نداشته باشد.^۴

به عبارت دیگر می توان در هیئت الفاظ عقد نکاح توسعه قائل شد، ولی در ماده آن مثلاً ماده نکاح یا تزویج را معتبر دانست.

۱. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۸۷: «أنا التحفظ عن الاستیمار فهو متحقق علی التقديرین لأننا نعتبر اللفظ الدالّ علی القصد الباطنی لا مطلق اللفظ و من اعتبر الألفاظ المنقولة عن النبی و الأئمة یجد الأمر أوسع مما قالوه و نستسمع بعضه»
در عبارت مسالک مطبوع به جای «الاشتمار» تعبیر «الاستیمار» آمده است. البته صحیح همان «الاشتمار» است.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۳۵.

۳. برای نمونه: کتاب العین، ج ۶، ص ۲۶۲؛ معجم مقاییس اللغة، ج ۳، ص ۲۱۲.

۴. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۸۷.

معنای دوم (مرحوم صیمری): اجتناب از عدم صراحت و ممانعت از تشابه با اباحه وجه دوم وجهی است که شیخ مفلح صیمری در غایة المرام^۱ مطرح کرده و مفادش - با توضیحی بیشتر - این است که اشتمار یعنی تعدّد و تکثر جهات و ذو وجوه بودن. گاهی فقط یک وجه به ذهن شخص می‌آید و گاهی ذهن شخص این طرف و آن طرف می‌رود، مثل دابه‌ای که آزادش کردند هر طرف می‌رود. اگر ما دست از پیکر ماضی برداریم صیغه دیگر صریح نیست. اشتراط ماضویت به این دلیل است که در عقد نکاح باید محلّ قطع و دلیل صریح بر اباحه وجود داشته باشد؛ یعنی لفظ صریح در انشاء موجود باشد و صیغه ماضی گرچه با قرینه مقامی همراه شود، اما صریح در انشاء است بر خلاف غیر صیغه ماضی که صراحت در انشاء ندارد و ممکن است با وعد یا غیر آن، مشتبّه شود؛ بنابراین معنای «تحفظاً من الاشتمار المشبه للإباحة» این است که باید انشاء عقد با صیغه ماضی باشد تا از تعدّد جهات در آن جلوگیری شود.

بر اساس این وجه، «المشبّه للإباحة» از باب تشبیه به معنای تلبیس خواهد بود؛ چون «شُبّه» به معنای «لَبَس» است؛ یعنی اگر غیر از لفظ ماضی استفاده شود، موجب تلبیس و اشتباه می‌شود که آیا شخص، قصد اباحه دارد، یا فقط وعده است، یا فقط قصد انشاء طلب دارد، لذا این جمله مساوق با صراحت صیغه ماضی است که به عنوان دلیل اوّل بیان شد و دلیل مستقّلی نیست.

خلاف ظاهر بودن معنای دوم

اما وجه دوم، خلاف ظاهر است؛ زیرا بر اساس آن، مناسب بود «المشبّه للزوجيّة» تعبیر شود؛ زیرا صیغه غیر ماضی، موجب اشتباه زوجیت است نه اباحه. به بیانی دیگر بسیار خلاف ظاهر است که برای صیغه غیر ماضی که طبق این وجه دوم، غیر صریح در زوجیت است، گفته شود: غیر صریح در اباحه است.

اشکال دلیل سوم: مانعیت سایر شروط صیغه از بی قید و بند شدن نکاح

اما از عدم اعتبار ماضی بودن صیغه، بی قید و بند شدنی که در باب اباحه مال به دیگران وجود دارد، لازم نمی آید؛ زیرا فقط اعتبار صیغه ماضی نفی می شود ولی لزوم عمل به سایر شرایط معتبر در انشاء عقد نکاح به قوت خود باقی است.

ادله نفی اعتبار ماضویت

اما ادله ای نیز برای نفی اعتبار ماضویت مطرح است.

دلیل اول: سیره عقلاء و مسلمین

دلیل اول، سیره عقلاء است. این گونه نیست که عقلاء در مقام انشاء عقد نکاح یا عقود دیگر، حتماً ملتزم باشند که به صیغه ماضی عقد را انشاء کنند؛ پس سیره عقلاء بر عدم اعتبار صیغه ماضی در انشاء عقد نکاح است. به علاوه مرحوم آقای بروجردی می فرمود اگر از سیره عامه ردعی نشود، دلیل بر امضاء آن خواهد بود؛ زیرا اگر مقبول شارع نیست باید آن را رد کند؛ لذا در مقام با توجه به اینکه در کتب عامه ماضویت شرط نشده است^۱ و طبعاً سیره مسلمین نیز بر ماضویت نبوده، و از سویی در روایات از آن رد نشده بلکه شاید گاهی قبول، به صیغه امر بوده است^۲ و حتی چنان که در سطور آتی خواهد آمد، در متعه انشاء عقد با لفظ مضارع تأیید شده است، لذا این دلیل بر بی اعتباری ماضویت در صیغه است. پس اگر کسی در استدلال به سیره عقلاء اشکال کند، سیره مسلمین برای نفی اعتبار صیغه ماضی کافی است.

۱. برای نمونه رک: المغنی (ابن قدامة)، ج ۷، ص ۷۹؛ المحلی بالآثار، ج ۹، ص ۴۷.

۲. رک: وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۴۲، ح ۱: محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن علی بن الحکم عن العلاء بن رزین عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر علیه السلام قال: «جاءت امرأة إلى النبي صلی الله علیه و آله فقالت زوجني فقال رسول الله صلی الله علیه و آله من لهذه فقال أنا يا رسول الله صلی الله علیه و آله زوجنيها فقال ما تعطيهما فقال ما لي شيء قال لا فأعادت فأعاد رسول الله صلی الله علیه و آله الكلام فلم يقم أحد غير الرجل ثم أعادت فقال رسول الله صلی الله علیه و آله في المرة الثالثة أتحسن من القرآن شيئا قال نعم قال قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه».

دلیل دوم: روایات باب متعه

مرحوم آقای خوئی به روایات باب متعه بر نفی اعتبار صیغه ماضی استدلال کرده و فرموده است:

«أن مقتضى النصوص الواردة في كيفية عقد المتعة و المتضمنة انشاءها بغير صيغة الماضي هو جواز انشاء العقد الدائم بغير صيغة الماضي و عدم انحصاره بها للوضح عدم الفرق بين العقد المنقطع و العقد الدائم.»^۱

اشکال: عدم امکان تعدی از متعه به عقد دائم

اما تمسک به روایات باب متعه فقط به عنوان مؤید مناسب است نه به عنوان دلیل؛ زیرا شارع مقدس در مورد عقد دائم، تضييق خاصی قرار داده که در باب متعه وجود ندارد، مانند اینکه طبق نظر مشهور، ازدواج دائم با اهل کتاب، حرام است ولی ازدواج موقت با آنان جایز است. بنابراین با توجه به اینکه شارع مقدس یک نحوه تضييقی در مورد عقد دائم قائل شده، از تسهیل شارع در عقد متعه، تسهیل در عقد دائم قابل استفاده نیست. شاید شارع مقدس در عقدی که یک عمر طرفین قصد زندگی دارند سخت‌گیری کرده باشد.

البته تمسک به روایات باب متعه برای تأیید سیره عقلا و مسلمین، اشکالی ندارد ولی به عنوان استدلال، تمام نیست. خود مرحوم آقای خوئی - چنان که گذشت - در بحث اعتبار انشاء لفظی در عقد نکاح فرموده بود که وقتی در متعه لفظ لازم است در عقد دائم به طریق اولی لفظ لازم است.^۲ این نشان می‌دهد که ایشان نیز در عقد دائم تضييقی قائل است که مدعی چنین اولییتی شده است.^۳

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۳۴.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۲۹.

۳. البته استاد رحمته الله در آن بحث به اولویت عقد دائم بر موقت اشکال کرد، ولی آن اشکال منافاتی با کلام استاد رحمته الله در این مقام ندارد؛ زیرا هر یک از عقد دائم و موقت نسبت به یکدیگر یک نحوه تضييقی دارند و همین مانع از تمسک به اولویت است، چه اولویت متعه نسبت به عقد دائم، و چه اولویت عقد دائم به متعه.

بررسی کفایت جمله اسمیه

مسألة ۱: «... و الأحوط اعتبار الماضوية وإن كان الأقوى عدمه فيكفي المستقبل و الجملة الخبرية كأن يقول أزوجك أو أنا مزوجك فلانة ...»^۱

اشکال مستمسک بر عبارت عروه: عدم تأمل در کفایت جمله اسمیه در صیغه

مرحوم آقای حکیم در ذیل جمله مرحوم سید یزدی که فرموده است: «اقوی کفایت جمله اسمیه خبریه در مقام انشاء است»، اظهار تعجب کرده و فرموده است: ظاهر استعمال لفظ «اقوی» در مواردی است که تأملات و اشکالاتی در مسئله مطرح است و هرگز در مسائل مورد اتفاق فقهاء مانند چهار رکعتی بودن نماز ظهر، از لفظ «اقوی» استفاده نمی‌شود، و از آنجا که در باب عتق و طلاق، اجماع بر صحت و کفایت استعمال جمله اسمیه مانند «أنت حرّ» و «أنت طالق» وجود دارد، وجه تأمل و تردید ایشان در کفایت جمله خبریه در محل بحث یعنی صیغه عقد نکاح، روشن نیست.^۲

پاسخ: اجماع بر کفایت جمله اسمیه در عتق و طلاق به دلیل روایات

ولی قیاس محل بحث به باب طلاق و عتق درست نیست؛ زیرا صحت استعمال جمله اسمیه خبریه در دو باب عتق و طلاق هم اجماعی است و هم روایات معتبری دال بر آن است. در این روایات، صیغه طلاق و عتق به صورت جمله اسمیه خبریه بیان شده است^۳ در حالی که در محل بحث - صیغه عقد نکاح -

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۱.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۷۰.

۳. برای نمونه:

الکافی، ج ۶، ص ۶۹، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۴۱، ح ۳: حمید بن زیاد عن الحسن بن محمد بن سماعة عن ابن رباط و علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير جميعا عن ابن أذينة عن محمد بن مسلم «أنه سأل أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لامرأته أنت علي حرام أو بائة أو بنة أو برينة أو خلیة قال هذا كله ليس بشيء إنما الطلاق أن يقول لها في قبل العدة بعد ما تطهر من حیضها قبل أن یجامعها أنت طالق أو اعتدي یريد بذلك الطلاق و يشهد علی ذلك رجلین عدلین».

حتی یک روایت در کفایت جمله خبریه، وارد نشده است؛ لذا تعبیر مرحوم سید تعجب آور نیست.

اولویت نکاح بر طلاق در کفایت جمله اسمیه به دلیل سخت‌گیری در طلاق

البته ممکن است گفته شود با توجه به سخت‌تر بودن شرایط طلاق نسبت به شرایط نکاح - مانند اینکه ایقاع فضولی صحت تأهلیه ندارد - اگر انشاء صیغه طلاق با جمله اسمیه خبریه صحیح باشد، به اولویت، انشاء صیغه نکاح با آن صحیح خواهد بود؛ اما در هر حال، چنان‌که بیان شد، تعبیر مرحوم سید تعجب آور نیست.

نظر مختار: کفایت جمله اسمیه در انشاء عقد

با توجه به مطالب فوق، به نظر ما ماضویت در صیغه نکاح معتبر نیست و با سایر صیغ مثل مضارع یا جمله اسمیه و مانند آن نیز جایز است.

الكافي، ج ۶، ص ۶۹، ح ۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۴۲، ح ۴؛ علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الطلاق أن يقول لها اعتدي أو يقول لها أنت طالق.»

کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۱، ص ۲۷، ح ۴۹؛ وسائل الشیعة، ج ۲۳، ص ۳۶۱، ح ۱ (مرسله صدوق): «ودخل أبو جعفر الباقر عليه السلام الخلاء فوجد لقمه خبز في القدر فأخذها وغسلها ودفعها إلى مملوك كان معه فقال تكون معك لأكلها إذا خرجت فلما خرج عليه السلام قال للمملوك أين اللقمة قال أكلتها يا ابن رسول الله فقال إنها ما استقرت في جوف أحد إلا وجبت له الجنة فذهب فأتت حزن فأنى أكره أن أستخدم رجلا من أهل الجنة.»

عیون اخبار الرضا عليه السلام، ج ۲، ص ۴۳، ح ۱۵۴؛ وسائل الشیعة، ج ۱، ص ۳۶۱، ح ۲؛ و بهذا الإسناد عن الحسين بن علي عليه السلام «أنه دخل المستراح فوجد لقمه ملقاة فدفعها إلى غلام له فقال يا غلام اذكرني بهذه اللقمة إذا خرجت فأكلها الغلام فلما خرج الحسين بن علي عليه السلام قال يا غلام أين اللقمة قال أكلتها يا مولاي قال أنت حزن لوجه الله تعالى قال له رجل أعتقته يا سيدي قال نعم سمعت جدي رسول الله صلى الله عليه وآله يقول من وجد لقمه ملقاة فمسح منها أو غسل ما عليها ثم أكلها لم تستقر في جوفه إلا أعتقه الله من النار.»

بررسی جواز تقدیم قبول بر ایجاب

مسأله ۱: «... کما أن الأحوط تقديم الإيجاب على القبول وإن كان الأقوى جواز العكس أيضا...»^۱

غیر از بحث جواز تقدیم قبول بر ایجاب، بحث دیگری نیز وجود دارد و آن اینکه آیا ایجاب باید از ناحیه زن باشد یا مرد نیز می‌تواند متصدی ایجاب شود و زن قبول کند؟ این بحث با بحث کنونی متفاوت است؛ زیرا بحث کنونی در اصل تقدیم قبول بر ایجاب است و ناظر به این مطلب نیست که قابل مرد باشد یا زن.

اقوال فقهاء (شهرت قوی بر جواز تقدیم)

با مراجعه به فتاوی فقها در می‌یابیم شهرت بسیار قوی^۲ وجود دارد که تقدیم قبول بر ایجاب جایز است. علاوه بر اینکه مرحوم شهید ثانی در مسالک^۳ جواز تقدیم قبول را قول اکثر اصحاب دانسته است. مرحوم فاضل مقداد در تنقیح^۴، صاحب مدارک در نهایه المرام^۵، مرحوم سبزواری در کفایه الأحکام^۶، صاحب

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۱.

۲. البته در جزئیات این مسئله اختلافاتی بین مشهور وجود دارد، اما در اصل اینکه تقدیم قبول جایز است شهرت قوی وجود دارد:

المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۴؛ الوسیلة، ص ۲۹۱؛ شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۷؛ المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۶۹؛ تحرير الأحکام، ج ۳، ص ۴۲۸؛ تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۳؛ تلخیص المرام، ص ۱۹۵؛ قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۱۰؛ مختلف الشیعة، ج ۵، ص ۵۲؛ اللمعة الدمشقیة، ص ۱۷۵؛ التنقیح الرابع، ج ۳، ص ۱۰؛ معالم الدین فی فقه آل یاسین، ج ۲، ص ۱۵؛ الذر المنضود (ابن طی)، ص ۱۸۹؛ الروضة البهیة (چاپ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۶۰-۱۶۱؛ مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۹۵؛ نهایه المرام، ج ۱، ص ۲۶-۲۷؛ روضة المتقین، ج ۸، ص ۴۸۹؛ کفایه الأحکام، ج ۲، ص ۹۰؛ مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۲۶۰؛ كشف اللثام، ج ۷، ص ۴۶-۴۷؛ الحقائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۶۶؛ ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۶؛ المناهل، ص ۵۲۰؛ مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۹۶؛ أنوار الفقاهة، ص ۴؛ جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۰؛ کتاب النکاح (شیخ انصاری)، ص ۸۴.

۳. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۹۴.

۴. التنقیح الرابع، ج ۳، ص ۱۰.

۵. نهایه المرام، ج ۱، ص ۲۶.

۶. کفایه الأحکام، ج ۲، ص ۹۰.

حدائق^۱ و صاحب ریاض^۲ نیز این قول را به مشهور نسبت داده‌اند. البته تعبیر به «مشهور» بالاتر از تعبیر به «اکثر الاصحاح» است. مرحوم فیض کاشانی نیز در مفاتیح الشرائع^۳ قول مخالف را شاذ دانسته و مرحوم ابن ادریس در سرائر با تعبیر «عندنا»، تقدیم را جایز دانسته است^۴ و علامه حلی نیز در تذکره^۵ مانند مرحوم ابن ادریس تعبیر کرده، ولی مرحوم شیخ طوسی در مبسوط^۶ در مسئله جواز تقدیم فرموده است که خلاقی نیست که مراد عدم اختلاف بین همه مسلمین است.

ادله جواز تقدیم و بررسی آن

حال ادله جواز تقدیم بررسی می‌شود.

دلیل اول (اطلاقات لفظی) و مناقشه در آن

دلیل اول، اطلاقات لفظی است که برخی از فقهاء برای جواز تقدیم قبول بر ایجاب به آن تمسک کرده‌اند، ولی چنان‌که گذشت^۷، این ادله لفظی در مقام بیان این مطلب نیست که چه اموری در عقد، جایز و چه اموری، حرام است؛ بنابراین نمی‌توان به آن‌ها تمسک کرد.

دلیل دوم: ذکر «أَتَزَوَّجُکَ» در روایات متعه به عنوان قبول متقدم

دلیل دوم، روایات باب متعه است. در این روایات، زوج صیغه «أَتَزَوَّجُکَ» را استعمال کرده است^۸ و فقهاء فرموده‌اند که صیغه «أَتَزَوَّجُکَ» از باب تفعل است و به معنای

۱. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۶۶.

۲. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۶.

۳. مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۲۶۰.

۴. السرائر، ج ۲، ص ۵۷۴.

۵. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۳.

۶. المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۴.

۷. در بررسی کفایت ماده «متعه» در عقد دائم، وجود اطلاقات لفظی بررسی شد.

۸. برای نمونه: الکافی، ج ۵، ص ۴۵۵، ح ۳؛ علی بن ابراهیم عن ابيه عن عمرو بن عثمان عن ابراهیم بن الفضل عن اَبان بن تغلب و علی بن محمد عن سهل بن زیاد عن اسماعیل بن مهران و محمد بن أسلم عن ابراهیم بن الفضل عن اَبان بن تغلب قال «قلت لأبي عبد الله عليه السلام كيف أقول لها إذا خلوت بها قال

قبول است و در عقد متعه تقدیم قبول بر ایجاب جایز است؛ پس در عقد دائم نیز جایز خواهد بود؛ زیرا از این جهت بین عقد منقطع و عقد دائم فرقی نیست.

نقد دلیل دوم با بررسی ایجاب یا قبول متقدّم بودن «أَتَزَوَّجُکَ»

اما این بحث مطرح است که صیغه «أَتَزَوَّجُکَ» و مانند آن قبول متقدّم است، یا انشاء ایجاب توسط زوج است؟ قبل از شهید ثانی نوعاً آن را قبول متقدّم دانسته اند^۱ و از مرحوم شهید ثانی به بعد، این صیغه را مصداق ایجاب دانسته اند نه مصداق تقدیم قبول بر ایجاب، و حتی در کلمات مرحوم شهید ثانی^۲ و مرحوم آقای حکیم^۳ نیز بیان شده که نزاع بین قائلین به جواز و عدم جواز تقدیم قبول بر ایجاب، لفظی است. در نتیجه اگر عقد نکاح با لفظ «تَزَوَّجْتُ» یا «نکحتُ» انشاء شود، برخی از فقهاء آن را قبول متقدّم بر ایجاب تلقی کرده اند ولی در حقیقت این الفاظ، صیغه ایجاب هستند؛ پس نزاع، لفظی است. قائلین هر دو قول این مطلب را پذیرفته اند که اگر قبول به لفظ «قبلت» باشد، تقدیم آن بر ایجاب جایز نیست و اگر به لفظ «تَزَوَّجْتُ» یا «نکحت» باشد، تقدیم آن جایز است؛ بنابراین مراد قائلین به عدم جواز تقدیم قبول بر ایجاب، تقدیم لفظ «قبلت» است و مراد قائلین به جواز تقدیم قبول، تقدیم لفظ «تَزَوَّجْتُ» و مانند آن است؛ پس نزاع در این مسئله، لفظی و صغروی خواهد بود.

کلام آقای خوئی: قبول متقدّم بودن «أَتَزَوَّجُکَ» به دلیل باب تفعل

مرحوم آقای خوئی فرموده است که صیغه «أَتَزَوَّجُکَ» از باب تفعل است و معنای هیئت تفعل، «قبول» است؛ بنابراین این صیغه، مصداقی از قبول متقدّم است، گرچه دیگران بر آن، ایجاب اطلاق کنند، بر خلاف «قبلت» که مآذ آن دلالت بر قبول

تقول أتزوجك... (وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۴۳، ح ۱).

البته چنان که در بررسی ادله اعتبار لفظ در انشاء عقد نکاح بیان شد، اسناد^۴ درباره روایات دیگری که در باب متعه وارد شده این احتمال را مطرح فرمود که مفاد این روایات ناظر به مقاولات قبل از عقد باشد و تنها روایت ابان را ناظر به صیغه عقد دانست.

۱. المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۴؛ الوسیلة، ص ۲۹۱؛ شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۷؛ المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۶۹؛ قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۱۰؛ الدر المنصود (ابن طی)، ص ۱۸۹.

۲. مسالك الأفتها، ج ۷، ص ۹۵.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۷۰.

می‌کند.^۱ پس «قبِلْتُ» معنای اسمی قبول است و «تَزَوَّجْتُ» معنای حرفی قبول است.

کلام آقای حکیم: ایجاب بودن «أَتَزَوَّجُكَ»

اما مرحوم آقای حکیم بر خلاف مرحوم آقای خوئی معتقد است که صیغه «أَتَزَوَّجُكَ» حقیقتاً ایجاب از ناحیه مرد است؛ زیرا دائماً معنای باب تفعل قبول مصطلح مورد بحث نیست که در برابر ایجاب شخص دیگر واقع می‌شود و قابل، رضایت خود را از انشاء و اعتبار شخص موجب ابراز می‌کند؛ پس صیغه «أَتَزَوَّجُكَ» که با آن علقه نکاح اعتبار و انشاء می‌شود، ایجاب است نه قبول مصطلح. ایشان می‌فرماید: مفهوم «قبول» بدون اینکه پیش از آن ایجابی صورت گرفته باشد بی معنا است. باید ابتدا از ناحیه طرف مقابل ایجابی صورت گرفته باشد تا مفهوم قبول عقدی معنا پیدا کند^۲ بنابراین، تقدیم قبول بر ایجاب صحیح نیست. اما جواز تقدیم «أَتَزَوَّجُكَ...» که در روایت ابان بن تغلب برای بیان کیفیت اجراء صیغه متعه آمده است، از باب تقدیم قبول نیست، بلکه از باب انشاء ایجاب توسط کسی است که وظیفه او قبول بوده است و ربطی به مسئله تقدیم قبول بر ایجاب ندارد.^۳

تأیید آقای حکیم به لحاظ قبول مصطلح نبودن «أَتَزَوَّجُكَ»

به نظر ما از یک جهت حق با مرحوم آقای حکیم است؛ زیرا صیغه «أَتَزَوَّجُكَ» قبول مصطلح نیست. توضیح مطلب این است که در حیا زت شیء مباح - مثلاً - مراد از بیان جمله «تَمَلَّكَتُ هَذَا الْمَالَ»، قبول مصطلح نیست؛ زیرا کسی انشاء ملکیت نکرده تا شخص حیا زت کننده با بیان «تَمَلَّكَتُ» آن ایجاب و انشاء ملکیت را قبول کند، گرچه صیغه «تَفَعَّلَ» بر قبول و مطاوعه دلالت می‌کند، بلکه مراد، اعلام رضایت باطنی نسبت به ملکیت آن مال است؛ ولی آنچه در ایجاب و قبول عقد به عنوان «قبول متقدم» محل بحث است، قبولی است که در مقابل ایجاب باشد یعنی شخص با قبول متقدم، موافقت خود را با اعتبار و انشاء شخص مقابل اعلام

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۳۵.

۲. استاد الله: مراد از قبول در اینجا قبولی است که هنگام پذیرش قرارداد و تمام کردن عقد اظهار می‌شود، نه قبولی که به معنای رضایت درونی شخص بوده و نظر به ایجاب ندارد.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۷۰.

می‌کند، مانند امضایی که برای تأیید مفاد یک قرارداد، انجام می‌گیرد نه اینکه قبول به معنای اعلام رضایت مرد نسبت به اصل ازدواج با این زن باشد؛ بنابراین صیغه «اتزواج» که در روایات باب متعه ذکر شده، قبول مصطلح در انشاء عقد نیست؛ زیرا هیچ‌گونه ایجابی در آن فرض نشده و حکم «تملک» در حیات شیء مباح را دارد یعنی صیغه ایجاب است.

مثلاً اگر کسی کنیزی را که حربی است و احترام ندارد با تملک به قصد اینکه ملک خودش قرار بدهد، تملک و حیات کند، مالک آن کنیز خواهد شد، با اینکه تملکی هم در کار نبوده است. حال اگر شخصی بخواهد زنی را با «تزوجت» به زوجیت خود درآورد، چنانچه شارع آن را امضاء کند - مانند اینکه «تملک» را نسبت به آن کنیز امضا کرده - اشکالی ندارد و خلاف مفهوم «تزوجت» نیست، لذا مقوم مفهوم «تزوجت» این نیست که حتماً شخص دیگری باید انشاء تزویج کرده باشد تا «تزوجت» قبول آن باشد.

البته چنان‌که در بیان نظر مختار خواهد آمد، «اتزواج» بر خلاف نظر آقای حکیم که ایجاب متقدم است، ایجاب متقدم هم نیست.

بررسی تقدم لفظ «قبلت» بر ایجاب

آنچه تاکنون گفتیم به «تزوجت» مربوط بود که مصداق صریح «قبول» نیست که اگر بر «زواج» یا «قبلت» مقدم شود در واقع ایجاب مقدم است نه قبول مقدم. حال مسئله تقدیم عبارت «قبلت» را بر ایجاب بررسی می‌کنیم.

لفظی نبودن نزاع در مورد تقدیم «قبلت» با لحاظ کلام صاحب مدارک

مرحوم صاحب مدارک بیانی دارد که با توجه به آن، نزاع در این باره فقط لفظی نخواهد بود بلکه اختلاف حکمی است. ایشان فرموده است: اگر لفظ قبول، بدون ذکر متعلق استعمال شود، شکی نیست که تقدیم آن بر ایجاب جایز نیست، ولی اگر متعلق قبول ذکر شود، مانند «قبلت التزویج المتأخر»، در جواز تقدیم قبول بر ایجاب اختلاف است، گرچه به نظر مرحوم صاحب مدارک جایز است.^۱

۱. چنین مطلبی در عبارات صاحب مدارک یافت نشد:

تبیین کلام مرحوم صاحب مدارک

اگر کسی در مقام انشاء، لفظ «قبلت» را بدون متعلق استعمال کند، متفاهم عرفی، اعلام رضایت نسبت به ایجاب مقدم است؛ بنابراین باید پس از ایجاب شخص مقابل، واقع شود و گویا این مطلب مورد اتفاق نظر باشد، ولی اگر لفظ «قبلت» را بر ایجاب متأخر شخص مقابل مبتنی کند و به این مطلب در کلام خود تصریح کند و یا با تکیه بر قرائن حالی و مقامی چنین کند، این دیگر مورد اتفاق نظر نیست و اصلاً مورد واقعی اختلاف همین مورد است. البته صحت آن بعید نیست، مانند جمله «یقین دارم که زید عادل است» که اطلاق آن مقتضی عدالت فعلی زید است و استعمال آن در مورد عدالت سابق یا مستقبل زید، صحیح نیست، ولی اگر همین قضیه را با متعلق یقین بیان کند مانند «یقین دارم که زید سال گذشته عادل بود یا سال آینده عادل خواهد بود» اشکالی ندارد.

نظر مختار

با توجه به مطالب فوق نظر مختار در ضمن دو مطلب بیان می شود:

مطلب اول: صحت کلام صاحب مدارک درباره «قبلت»

مطلب اول این است که تفصیل مرحوم صاحب مدارک صحیح است و تقدیم لفظ «قبلت» در فرض ذکر متعلق آن، مشکلی ندارد.

مطلب دوم: عدم اعتبار موجب و قابل در عقود

اما درباره الفاظ دیگر مانند «أتزوجک» یا «تزوجت» گرچه در تأیید کلام مرحوم آقای حکیم گفته شد که قبول مصطلح نیست، ولی اصطلاحاً ایجاب متقدم در مقابل قبول متأخر هم نیست.

توضیح مطلب:

در عقود (که قائم به دو طرف است) بر خلاف آنچه معمولاً در بیان فقهاء آمده

نهاية المرام، ج ۱، ص ۲۷: «و احتمال بعض الأصحاب اعتبار تقدیم الإيجاب لأن حقيقة القبول الرضا بالإيجاب فإذا وجد قبله لم يكن قبولا وضعفه ظاهر و حيث يتقدم يعتبر كونه بغير لفظ قبلت كزوجت و نکحت أو أتزوجک و نحو ذلك و هو حينئذ في معنى الإيجاب».

است، فقط توافق دو طرف التزام و انشاء لازم است تا امر اعتباری مورد نظر دو طرف، تحصیل شود، ولی دلیل محکمی بر اسیل بودن یک طرف و تابع بودن طرف دیگر وجود ندارد تا لازم باشد مفهوم موجب و قابل صدق کند؛ لذا اگر دو طرف در عقد بیع، جنسی را با جنسی دیگر مبادله کنند (تاخت زدن) و معلوم نباشد که کدام یک موجب و کدام یک قابل است، شکی نیست که این عقد عرفاً و شرعاً صحیح است. در عقد نکاح نیز اگر دو طرف بر زوجیت، توافق و صیغه عقد را به شکل واحدی انشاء کنند، بدون آنکه ایجاب و قبولی در بین باشد، ادله امضاء عقود شامل آن خواهد شد و همچنین اگر کسی ولایت یا وکالت مطلق مرد و زن را در اختیار داشته باشد، می تواند با یک صیغه، عقد را انشاء کند، ولی اگر در عقد نکاح اسیل بودن یک طرف (موجب) و تابع بودن دیگری (قابل) لازم باشد، طبیعتاً باید دو انشاء جداگانه انجام گیرد گرچه یک نفر متصدی انشاء عقد باشد؛ زیرا شیء واحد نمی تواند هم اصل و هم فرع باشد؛ بنابراین نه فقط ولی و وکیل بلکه مالک نیز اگر بخواهد آیه و عبد خود را به ازدواج یکدیگر درآورد، باید ایجاب و قبول داشته باشد؛ زیرا با یک لفظ نمی توان هم اصل بودن را و هم فرع بودن را نشان داد.

بنابراین اگر ابتداءً مرد «تَزَوَّجْتُ» و سپس زن «زَوَّجْتُ» بگوید، بر خلاف مرحوم آقای حکیم که مرد را موجب دانسته و بر خلاف مرحوم آقای خونی که مرد را قابل و زن را موجب دانسته، مختار ما این است که هر دو، موجب هستند، یا اگر اصطلاح موجب فقط در مقابل قابل استعمال می شود، هیچ یک موجب نیستند، بلکه هر دو اصل هستند، نه اینکه یکی اصل و دیگری تابع و فرع باشد.

جواز تصدی ایجاب توسط مرد

مسألة ۱: «... و کذا الاحوط ان يكون الايجاب من جانب الزوجة والقبول من جانب الزوج وان كان الاقوى جواز العكس ...»^۱

بررسی اقوال فقهاء در جواز تصدی ایجاب توسط مرد

در این مسئله حتی یک نفر هم یافت نشد که صدور ایجاب از ناحیه مرد و قبول از ناحیه زن را جایز بدانند و تمام مثال‌هایی که در تقدم قبول بر ایجاب مطرح شده، فرضی است که موجب، زن است. عبارت مرحوم نراقی صریح در این مطلب است. ایشان در مستند الشیعة^۲ فرموده است که ایجاب باید از ناحیه زن باشد و مرد حق انشاء ایجاب ندارد. عبارت مرحوم فاضل مقداد در تنقیح^۳ نیز کالصریح است؛ زیرا ایشان معتقد است فقط از جهت وجود دلیل خاص - به جهت حیاء زن از مبادرت به ازدواج - تأخیر ایجاب از قبول مجاز است. گویا ایشان مسلم دانسته که ایجاب باید از سوی زن باشد و فقط تأخیر ایجاب از قبول به جهت حیاء زن جایز است. همین مطلب مرحوم فاضل مقداد در عبارات برخی فقهای دیگر نیز مطرح شده^۴ و مشابه همین مطلب از عبارات برخی فقهای دیگر^۵ نیز استفاده می‌شود. در هر حال، این مسئله در بین قدماء کمتر مطرح شده است.

نتیجه مراجعه به فتاوی فقهاء و تأمل در آنها این است که هر آنچه را که زن انشاء کند، ایجاب است گرچه به لفظ «قبلت» باشد و هر آنچه را که مرد انشاء کند، قبول است گرچه به لفظ «نکحت» و مقدم باشد. برای نمونه، مرحوم علامه حلی در مختلف فرموده است: «و يجوز تقديم القبول بصيغة الماضي فيقول الرجل: تمتعت بك مده كذا بكذا و تقول المرأة: قبلت ...»^۶ و همچنین مرحوم شهید ثانی

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۱.

۲. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۹۸.

۳. التنقیح الرابع، ج ۳، ص ۱۰.

۴. برای نمونه: ایضاح الفوائد، ج ۱، ص ۴۱۳؛ جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۷۴؛ كشف اللثام، ج ۷، ص ۴۶.

۵. برای نمونه: المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۴.

۶. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۲۵۰.

در مسالک فرموده است: «إِنَّمَا الْكَلَامُ فِيْمَا وَقَعَ بِلَفْظِ تَزَوَّجْتَ أَوْ نَكَحْتَ...»^۱ و مرحوم صاحب مدارک^۲ نیز شبیه همین مطلب را فرموده که صیغه های «تَزَوَّجْتُ، نَكَحْتُ و أَتَزَوَّجُكَ» قبولِ متقدّم است؛ لذا تعبیر «نَكَحْتَ» در کلام شهید ثانی و صاحب مدارک که از سوی مرد صادر شده، قبول نامیده شده است.^۳

در این عبارات بر ایجاب، اطلاق قبول شده است؛ پس بر اساس این اصطلاح اصلاً ایجاب از ناحیه مرد قابل تصوّر نیست؛ زیرا هر آنچه را که مرد انشاء کند، قبول است چه مقدّم باشد و چه مؤخّر. منشأ این اصطلاح بین فقهای متقدم ممکن است این باشد که زن، صاحبِ متاع و بایع است، و مرد، خریدار است و متعارف، ایجاب از ناحیه بایع و قبول از ناحیه مشتری است و در احادیث نیز به این نکته اشاره شده که «إِنَّمَا يَشْتَرِيهَا بِأَعْلَى الثَّمَنِ»^۴، البتّه بحث فقهای متأخّر در این زمینه، مطابق با این اصطلاح نیست، بلکه بر اساس واقع بحث کرده اند که آیا مرد می تواند ایجاب را عهده دار شود و لو قدماء نام آن را قبول متقدم بگذارند؟ لذا در اصطلاح متأخرین، همین قبول متقدم در نزد قدماء که حقیقت آن ایجاب است، ایجاب نام دارد.

تا زمان مرحوم نراقی^۵، این مسئله مطرح نبوده که آیا مرد می تواند موجب باشد یا نه؛ چون اصطلاح سابقین تقریباً چنین بوده که آنچه مرد در صیغه عقد نکاح می گوید، «قبول» است و آنچه زن می گوید، «ایجاب» است. بنابراین در بحث باید حقیقت مطلب مدّ نظر قرار گیرد و مسئله چنین مطرح شود که اگر ایجاب عقد

یعنی علامه حلی با تعبیر «تقدیم القبول» فرموده است کار مرد قبول است با اینکه در مثال ایشان، زن در صیغه عقد از تعبیر «قبِلْتُ» استفاده کرده است.

۱. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۹۵.

۲. نهاية المرام، ج ۱، ص ۲۷.

۳. تعبیر «تَزَوَّجْتَ» یا «أَتَزَوَّجُكَ» معنای مطاوعه دارد، اما «نَكَحْتَ» معنای مطاوعه ندارد و با این حال در کلام شهید ثانی و صاحب مدارک قبول متقدم دانسته شده است.

۴. الکافی، ج ۵، ص ۳۶۵، ح ۱: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن أبي أيوب الخزاز عن محمد بن مسلم «قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة أينظر إليها قال نعم...».

۵. مستند الشيعة، ج ۱۶، ص ۹۸.

نکاح از ناحیه مرد و قبول از ناحیه زن انشاء شود، عقد چه حکمی خواهد داشت؟

کلام آقای گلپایگانی: لزوم ایجاب از سوی زن به دلیل حقیقت نکاح

مرحوم آقای گلپایگانی فرموده است: اقوی این است که زن، موجب باشد نه مرد، چه ایجاب، متقدم باشد چه متأخر؛ زیرا حقیقت نکاح به نظر عرف و شرع، اعتبار علقه‌ای است که تسلط و قیّم بودن مرد را به دنبال دارد و موجب، این سلطه را برای مرد اعتبار می‌کند؛ بنابراین باید این اعتبار از جانب زن انجام شود تا زن از روی اختیار، مرد را بر خود مسلط کند، ولی مرد از جانب زن اختیار ندارد تا او را تحت تسلط خویش قرار دهد و به بیان دیگر از فروع سلطنت زن بر نفس خود این است که می‌تواند قیمومیت خود را به غیر واگذار کند، ولی اگر مرد بخواهد چنین قیمومیتی را برای خود اعتبار کند، باید بر دیگران سلطنت داشته باشد و روشن است که قبل از ازدواج چنین سلطنتی برای مرد نیست تا مصحح انشاء نکاح مرد باشد.^۱

اشکال: عدم فرق بین ایجاب مرد و زن در تحقق نکاح

اما کلام ایشان قابل مناقشه است؛ زیرا به مجرد ایجاب زن، سلطنت مرد بر زن حاصل نمی‌شود، بلکه قبول ایجاب نیز لازم است؛ پس توافق مرد و زن است که برای مرد، قیمومیت به دنبال دارد و دیگر فرقی نمی‌کند که زن انشاء ایجاب کند و بگوید: «خود را زوجه تو یا تو را شوهر خود قرار دادم» و مرد قبول کند، یا مرد انشاء ایجاب کند و بگوید: «خود را زوج تو یا تو را زن خود قرار دادم» و زن بپذیرد. هر کدام از این دو فرض در حصول این امر اعتباری کافی است و در سایر عقود نیز همین‌طور است. در عقد بیع وقتی کتابی در معرض فروش قرار می‌گیرد، هم صاحب کتاب می‌تواند انشاء ایجاب کند که «این کتاب را به ده تومان فروختم» و خریدار قبول کند، و هم خریدار می‌تواند انشاء ایجاب کند که «این کتاب را به ده تومان خریدم» و صاحب کتاب قبول کند، و در محل بحث اگر مراد مرحوم آقای گلپایگانی این است که ایجاب توسط مرد اصلاً صحت تأهلی ندارد، این مطلب،

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۹۸.

صحیح نیست، و اگر مراد ایشان این است که ایجاب توسط مرد، صحت فعلی ندارد، جواب این است که صحت فعلی لازم نیست؛ زیرا ایجاب زن تا قبل از قبول مرد نیز صحت فعلی ندارد و از این جهت فرقی نیست که مرد علقه نکاح را انشاء کند و زن آن را بپذیرد یا بالعکس.

کلام آقای حکیم: کفایت ایجاب مرد یا زن به شرط ضمیمه شدن زن به مرد در صیغه اما مرحوم آقای حکیم^۱ مطلب دیگری فرموده و مدعی شده که مهم در صیغه نکاح این است که اثبات زوجیت برای مرد - نه زن - شود؛ یعنی زن به مرد ضمیمه شود نه بر عکس، چه این اثبات زوجیت برای مرد از سوی زن باشد چه از سوی خود مرد، چه متقدم چه متأخر؛ اما اگر اثبات زوجیت برای زن شود خالی از اشکال نیست؛ لذا اگر مرد به زن بگوید: «تزوجتک» و زن هم بگوید: «قبلت» صحیح است؛ زیرا زن به مرد ضمیمه شده است، ولی اگر مرد بگوید: «زوجتک نفسی» خالی از اشکال نیست؛ زیرا اثبات زوجیت برای زن شده و در نتیجه مرد تابع زن شده و به او ضمیمه شده است. خلاصه اینکه فرقی نمی‌کند متصدی ایجاب، مرد باشد یا زن، بلکه تنها رعایت نکته فوق، مهم است.

مفاد کلام ایشان با توضیحی بیشتر چنین است: در باب نکاح، زوجیت در مقابل فردیت است. معنای زوجیت در باب نکاح با زوجیت در باب عدد فرق دارد. زوجیت عددی قابل تنصیف است یعنی وقتی گفته می‌شود که عدد دو، زوج است، معنای آن این است که عدد یک به عدد یک ضمیمه شده و مجموع آن، وصف زوجیت پیدا کرده‌اند، بر خلاف زوجیت در باب نکاح که مرد مجرد به زن مجرد ضمیمه می‌شود و هر کدام به تنهایی، متصف به زوجیت می‌شوند، نه اینکه زوجیت، وصف مجموع دو نفر باشد، و هر یک از مرد و زن به انضمام دیگری، از تجرد خارج و زوج می‌شوند؛ بنابراین زوج بودن مرد یعنی زن به او منضم شده و مرد از تجرد بیرون آمده و زوجه بودن زن یعنی مرد به او منضم شده و زن از تجرد خارج شده است و با توجه به اینکه عرفاً و شرعاً برای مردان شرافتی بیش از زنان لحاظ

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۷۱.

شده - همان طور که آیه شریفه ﴿لِّلرِّجَالِ عَلَیْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾^۱ دلالت بر این مطلب دارد - و ضمیمه بر حسب متعارف، تابع است و منضم الیه، اشرف است، باید انشاء زوجیت به گونه‌ای باشد که زن ضمیمه و تابع مرد باشد. بنابراین مناسب است با صیغه نکاح، ضمیمه شدن زن به مرد و زوج شدن او انشاء شود. برای نمونه اگر ایجاب نکاح با «زوّجتک نفسی» باشد، باید زن آن را انشاء کند تا با ضمیمه کردن خود به مرد، وی را از مجرد بودن خارج سازد و ایجاب با این صیغه از سوی مرد، خلاف مذاق شرع و شرافت مرد است و صحت آن مشکوک است، ولی اگر صیغه نکاح، «تزوّجتک» باشد، مرد باید آن را انشاء کند تا به جهت منضم شدن زن به او، زوج شود، و معنای انشاء آن توسط زن این است که زن به جهت ضمیمه شدن مرد، زوجه قرار گرفت و این خلاف مذاق شرع است و صحت آن محلّ شبهه است. البته تفصیل مذکور فقط در مورد ماده «تزویج» و مشتقات آن است؛ بنابراین اگر صیغه نکاح با ماده‌ای مانند «أنکحتک» انشاء شود، چون معنای انضمام و تابعیت و متبوعیت در آن لحاظ نشده، هم مرد و هم زن هر دو می‌توانند ایجاب را انشاء کنند و هر دو استعمال، به نحو حقیقی و بدون تجوّز در آیات شریفه بیان شده است. آیه شریفه ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾^۲ ناظر به ایجاب از ناحیه مرد و آیه شریفه ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾^۳ ناظر به ایجاب از ناحیه زن است.

همچنین ایشان فرموده است^۴: شاید اشکال شود که اگر وصف زوجیت، به دلیل ضمیمه شدن زن به مرد است، اطلاق زوجه بر زن نباید صحیح باشد؛ چون مرد به زن ضمیمه نمی‌شود، در حالی که در کتاب و سنت و عرف بر زن، اطلاق زوجه شده است. اما پاسخ این است که اطلاق زوجه بر زن، اطلاق تبعی است؛ یعنی پس از آنکه مرد به دلیل ضمیمه شدن زن، از تجرّد بیرون آمد و زوج شد، به تبع آن، زن نیز از تجرّد بیرون می‌آید؛ بنابراین اطلاق زوجه بر زن منافاتی با شرافت مرد نخواهد داشت.

۱. البقرة، ۲۲۸.

۲. النساء، ۲۲.

۳. البقرة، ۲۳۰.

۴. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۷۱.

اشکالات کلام آقای حکیم

اما کلام ایشان با اشکالاتی مواجه است.

اشکال اول: بطلان لازمه کلام آقای حکیم (بطلان «زَوْجَتُ نَفْسِي إِيَّاكَ»)

اولاً، لازمه کلام ایشان آن است که اگر زن بگوید: «زَوْجَتُكَ نَفْسِي (تو را زوج خود قرار دادم)» عقد، صحیح باشد، ولی اگر بگوید: «زَوْجَتُ نَفْسِي إِيَّاكَ (خودم را زوج تو قرار دادم)» عقد، باطل باشد، یا اگر مرد «زَوْجَتُ نَفْسِي إِيَّاكَ» بگوید و برای خود جعل زوجیت کند، عقد، صحیح باشد، ولی اگر «زَوْجَتُكَ نَفْسِي» بگوید و برای زن جعل زوجیت کند عقد، باطل باشد، در حالی که بعید است که ایشان به این امر ملتزم باشد.^۱

اشکال دوم: عدم لحاظ «انضمام» در مفهوم زوجیت

ثانیاً، در زوجیت، مفهوم انضمام لحاظ نشده، بلکه زوجیت، صرف خروج از تجزّد است و عنوانی است که به طور مساوی به دو طرف نسبت داده می‌شود؛ یعنی چنین مفهومی ملاحظه نشده که این به دیگری منضم شده یا دیگری به او یا هر دو به یکدیگر؛ مثلاً وقتی دو آجر به هم چسبیده شوند، با یکدیگر زوج شده‌اند، در حالی که لحاظ نشده که آجر «الف» به آجر «ب» ضمیمه شده یا بالعکس. ایشان بدون اقامه دلیل، مسلم دانسته که در متصف شدن شخصی به عنوان «زوج» حتماً باید شخص دیگری به او ضمیمه شود، نه اینکه زوجه به او ضمیمه شود یا هر دو به هم ضمیمه شوند، در حالی که اصلاً مفهوم ضمیمه شدن در زوجیت لحاظ نشده است.

اشکال سوم: متبوع نبودن مرد با فرض لحاظ انضمام در مفهوم زوجیت

ثالثاً، اگر حتی در معنای زوجیت، مفهوم انضمام لحاظ شده باشد، لازمه آن اصیل

۱. توضیح بیشتر: «تزویج» از افعال دو مفعولی است و از عبارت مرحوم آقای حکیم که فرموده است: اگر زن موجب باشد و بگوید: «زَوْجَتُكَ نَفْسِي» صحیح است و اگر مرد با همین صیغه، ایجاب را انشاء کند عقد باطل است، استفاده می‌شود که ایشان مفعول به اول را زوج و مفعول به دوم را تابع زوج یعنی زن دانسته است، بنابراین اگر زن بگوید: «زَوْجَتُ نَفْسِي إِيَّاكَ» باید به این معنا باشد که خود را زوج مرد قرار داده است.

و متبوع بودن مرد و فرع و تابع بودن زن نیست. شاهد این مطلب آن است که اگر معنای ترکیب «زوج خود» در جمله «تو را زوج خود قرار دادم» این باشد که زوج، اصل و مضاف الیه آن یعنی «خود» فرع است، نباید اطلاق «لَكَ زَوْجٌ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكَ»^۱ در مورد زنان صحیح باشد؛ زیرا مستلزم اشرف بودن زنان و تابع بودن مردان است، در حالی که در قرآن و سنت، موارد متعددی است که از همسران پیامبر اکرم ﷺ به «أزواج النبی»^۲ تعبیر شده و در این استعمالات نه پیامبر اکرم ﷺ تابع فرض شده و نه عنایت و تجویزی وجود دارد، بلکه می‌توان گفت اصلاً در ترکیب اضافی، بالطبع مضاف الیه اعراف از مضاف است و مضاف یک نحوه تابعیتی نسبت به مضاف الیه دارد،^۳ مانند اینکه برادر مرحوم علامه مجلسی طبیعتاً به واسطه اعراف بودن مرحوم علامه مجلسی چنین معرفی می‌شود که فلانی، برادر مرحوم علامه مجلسی است. لذا بر خلاف نظر مرحوم آقای حکیم، وقتی زوج به شئی اضافه می‌شود، به لحاظ اصالت و اعراف بودن مضاف الیه آن است، همان‌طور که در اطلاق «أزواج النبی» اصالت و اشرف بودن در «النبی» است که مضاف الیه است، نه در أزواج.

اینکه ایشان اطلاق زوج بر زن را تبعی دانسته، صحیح نیست. وجداناً در اطلاق «زوج» بر مرد و زن هیچ تفاوتی نیست تا اطلاق «زوج» در مورد یکی از آن دو، اصلی و در مورد دیگری، تبعی باشد. در اطلاق «زوج» بر زن نیز هیچ‌گونه مجازیت و عنایتی احساس نمی‌شود؛ بنابراین صحت اطلاق زوج بر مرد و زن، شاهد قطعی است بر اینکه تابعیت و متبوعیت در مفهوم زوجیت، لحاظ نشده است و به بیان دیگر در مواردی که اطلاق مفهومی بر یک طرف، ملازم با اطلاق آن بر طرف دیگر باشد،

۱. النساء، ۱۲.

۲. مانند: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن علي بن الحكم عن العلاء بن رزین عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام «أنه قال لو لم يحرّم علی الناس أزواج النبی عليه السلام لقل قول الله عليه السلام ﴿وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا أَنْ تُنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَدًا﴾...» (الكافي، ج ۵، ص ۴۲۰، ح ۱).

۳. استاد عليه السلام؛ شخصی قصد داشت برای عالمی نزد شخصی توصیه‌ای کند و آن شخص، ابن عالم را نمی‌شناخت ولی با پدرزنش که او نیز از علماء بود و مقام علمی کمتری داشت، آشنا بود؛ بنابراین در توصیه نامه نوشت: «فلانی که داماد فلان آقا است، نزد شما می‌آید» سپس صراحتاً نوشت: اینکه گفتم «داماد فلان آقا» به علت این است که شما او را نمی‌شناسید و با پدرزنش آشنا هستید وگرنه صحیح‌تر این بود که بنویسم: «فلان آقا پدرزن این شخص است».

لحاظ اشرافیت و تبعیت در آن مفهوم، معقول نیست؛ زیرا لازمه آن، تابع بودن متبوع است که بطلان آن روشن است. در نتیجه با توجه به اینکه مفهوم زوجیت نسبت به مرد و زن مساوی است و تقدیمی برای مرد لحاظ نشده، ایجاب صیغه نکاح می تواند هم از ناحیه مرد و هم از ناحیه زن انشاء شود و فرقی ندارد که به صیغه «زواجتک نفسی» یا «زواجت نفسی ایاک» و یا «تزوجتک» باشد و هیچ کدام از این استعمالات در عرف، مستنکر نیست.

نظر مختار: جواز تصدی ایجاب توسط مرد

طبق نظر مختار بین الفاظ «زواجت، أنكحت و نکحت» عرفاً تفاوتی نیست؛ پس اگر مرد صیغه «تو را زن خود قرار دادم یا خودم را شوهر تو قرار دادم» یا زن صیغه «تو را شوهر خود قرار دادم» یا «خود را زن تو قرار دادم» را انشاء کند، در هر دو صورت، عقد صحیح است و تفصیل مذکور دلیل قابل ملاحظه ای ندارد، و با توجه به اینکه قوام عقد به دو طرف است، ملاک تشخیص موجب از قابل این است که متصدی اعتبار نکاح، موجب و کسی که آن اعتبار را می پذیرد، قابل است و زوج و زوجه هر دو می توانند هم موجب و هم قابل باشند.

کفایت انشاء عقد نکاح با صیغه امر

مسألة ۱: «... و الأقوی کفایة الاتیان بلفظ الامر کأن یقول زواجنی فلانة فقال زواجتکها وان کان الاحوط خلافه.»^۱

بحث این است که آیا می توان در انشاء عقد، به صیغه امر اکتفا کرد و آثار عقد را مترتب کرد با وجود اینکه ظاهراً قبولی نیز وجود ندارد؟

توضیح مطلب اینکه امر خداوند متعال در آیات قرآن مانند «إِنَّمَا أَمْرُهُ إِذَا أَرَادَ شَيْئًا أَنْ يَقُولَ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ»^۲ یا «إِذَا قَضَىٰ أَمْرًا فَإِنَّمَا يَقُولُ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ»^۳ همان

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۲.

۲. یس، ۸۲.

۳. البقرة، ۱۱۷.

خلق کردن اوست و نیاز به قبول ندارد. اما یکی از انواع امر که محل بحث است، این است که ترتب اثر بر آن متوقف بر ابراز موافقت و قبول از طرف دیگر است، همان طور که در فروش مال، به جای «بعت و اشتريت» گفته می شود: «این مال برای من باشد یا برای تو باشد» و دیگری نیز «بسیار خوب» می گوید، که امر رایجی در مقام انشاء است. مسئله تزویج نیز همین طور است؛ یعنی با جمله «تو زوج من باش» قصد انشاء شده، نه اینکه امر به سبب شده باشد.

مثالی که مرحوم سید یزدی مطرح کرده (زوجه فی فلانة)، مثال متعارف فقهاء در این مسئله است، ولی مثال رایج و مناسب تری نیز وجود دارد که فقهاء آن را عنوان نکرده اند و در عقود و معاملات از آن استفاده می کنند و آن مثال این است که مرد، صیغه «تو زن من باش» را انشاء کند و زن «بسیار خوب» بگوید، یا زن صیغه «تو شوهر من باش» را انشاء کند و مرد «بسیار خوب» بگوید.

اقوال فقهاء

کثیری از فقهاء و شاید اکثر فقهاء قائل به جواز انشاء عقد با صیغه امر هستند و اولین کسی از امامیه که فتوایش در این باره در دسترس است و به جواز فتوا داده، مرحوم شیخ طوسی است^۱ و قبل از مرحوم شیخ طوسی در بین عامه، ابوحنیفه^۲ نیز قائل به جواز شده است. برخی مانند شیخ طوسی به روایت سهل ساعدی تمسک کرده اند^۳ که بررسی آن خواهد آمد. در منابع امامیه نیز روایت محمد بن مسلم با همین مفاد وارد شده است.

۱. المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۴.

۲. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۳: «إذا قدم الإيجاب على القبول فقال زوجتك فقال الزوج تزوجت صخ العقد اجماعاً وكذا باقي العقود واما ان قدم القبول على الإيجاب فان كان في النكاح بان يقول للزوج زوجنيها فيقول الولي زوجتكها قال الشيخ رحمه الله في المبسوط ينقد اجماعاً و به قال الشافعي و مالك و ابو حنيفة لأنه قد حصل الإيجاب و القبول فصح العقد كما لو تقدم الإيجاب و لان سهل بن الساعدي روى...»

البته چنان که از عبارت تذکره روشن است مالک نیز همین نظر را داشته است.

۳. المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۴.

روایات دال بر جواز انشاء عقد به صیغه امر

حال هر دو روایت سهل ساعدی و محمد بن مسلم بررسی می شود.

روایت اول و دوم: روایت سهل ساعدی و صحیحۀ محمد بن مسلم

- و روی سهل الساعدي «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَاءَتْ إِلَيْهِ امْرَأَةٌ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي قَدْ وَهَبْتُ نَفْسِي لَكَ فَقَالَ ﷺ لَا إِرْبَةَ لِي فِي النِّسَاءِ فَقَالَتْ زَوَّجْنِي بِمَنْ شِئْتَ مِنْ أَصْحَابِكَ فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ زَوَّجْنِيهَا فَقَالَ ﷺ هَلْ مَعَكَ شَيْءٌ تَصَدَّقُهَا فَقَالَ وَاللَّهِ مَا مَعِيَ إِلَّا رِدَائِي هَذَا فَقَالَ ﷺ إِنْ أُعْطِيَتْهَا إِيَّاهُ تَبْقَى وَلَا رِءَاءَ لَكَ هَلْ مَعَكَ شَيْءٌ مِنَ الْقُرْآنِ فَقَالَ نَعَمْ سُورَةُ كَذَا وَكَذَا فَقَالَ ﷺ زَوَّجْتُهَا عَلَى مَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ.»^۱
- مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ رَزِينٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ﷺ قَالَ «جَاءَتْ امْرَأَةٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَتْ زَوَّجْنِي فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ لِهَذِهِ فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ أَنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ زَوَّجْنِيهَا فَقَالَ مَا تَعْطِيهَا فَقَالَ مَا لِي شَيْءٌ فَقَالَ لَا قَالَ فَأَعَادَتْ فَأَعَادَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْكَلَامَ فَلَمْ يَقُمْ أَحَدٌ غَيْرَ الرَّجُلِ ثُمَّ أَعَادَتْ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْمَرَّةِ الثَّلَاثَةِ أَتَحْسِنُ مِنَ الْقُرْآنِ شَيْئًا قَالَ نَعَمْ فَقَالَ قَدْ زَوَّجْتُكَهَا عَلَى مَا تَحْسِنُ مِنَ الْقُرْآنِ فَعَلِمَهَا إِيَّاهُ»^۲

بررسی سندی روایت سهل ساعدی: نقل مرسل در عوالی الثنالی

روایت سهل ساعدی را ابن ابی جمهور در عوالی الثنالی^۳ نقل کرده است و مرحوم

۱. عوالی اللکلی، ج ۲، ص ۲۶۳، ح ۸؛ مستدرک الوسائل، ج ۱۵، ص ۶۱، ح ۲؛ و ج ۱۴، ص ۳۱۳، ح ۴. این روایت در جای دیگری از عوالی نیز نقل شده که صاحب مستدرک ظاهراً آن را نقل نکرده است، ولی در هر حال مفاد آن با نقل اول یکی است:

عوالی اللکلی، ج ۳، ص ۳۱۲، ح ۱۴۴؛ و روی سهل بن سعد الساعدي «أَنَّ امْرَأَةً أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَتْ إِنِّي قَدْ وَهَبْتُ نَفْسِي لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ يَكُنْ لَكَ رَغْبَةٌ فَقَالَ ﷺ لَا رَغْبَةَ لِي فِي النِّسَاءِ فَقَامَتْ طَوِيلًا فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ زَوَّجْنِي إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكَ فِيهَا حَاجَةٌ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ هَلْ لَكَ شَيْءٌ تَصَدَّقُهَا إِيَّاهُ فَقَالَ مَا عِنْدِي إِلَّا إِرْزَارِي هَذَا فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ إِنْ أُعْطِيَتْهَا جِلْسَتْ وَلَا إِرْزَارَ لَكَ فَالْتَمَسَ شَيْئًا فَقَالَ مَا أَجَدُ شَيْئًا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ هَلْ مَعَكَ شَيْءٌ مِنَ الْقُرْآنِ قَالَ نَعَمْ سُورَةُ كَذَا وَ سُورَةُ كَذَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ زَوَّجْتُكَهَا عَلَى مَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ.»

۲. الکافی، ج ۵، ص ۳۸۰، ح ۵؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۴۲، ح ۱.

۳. عوالی اللکلی، ج ۲، ص ۲۶۳، ح ۸؛ ج ۳، ص ۳۱۲، ح ۱۴۴.

محدث نوری نیز در مستدرک^۱ این روایت را از کتاب عوالی نقل کرده ولی روایت مرسل است. در هر حال، مرحوم شیخ طوسی^۲ و برخی دیگر^۳ به پیروی از ایشان به آن تمسک کرده‌اند، و عامه^۴ و خاصه آن را نقل کرده‌اند. البته شهید ثانی فرموده است: عامه و خاصه روایت سهل ساعدی را به طریق صحیح نقل کرده‌اند.^۵ تعبیر

۱. مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۳۱۳، ح ۴؛ و ج ۱۵، ص ۶۱، ح ۲.

۲. المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۴.

۳. برای نمونه: شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۷؛ «و لو أتى بلفظ الأمر و قصد الإنشاء كقوله زوجها فقال زوجتك قبل يصح كما في خبر سهل الساعدي و هو حسن».

البته برخی فقط در بحث جواز تقدم قبول بر ایجاب به این روایت تمسک کرده‌اند.

غنية النزوع، ص ۳۲۱؛ «و أن يحصل الإيجاب و القبول، و أيهما سبق جاز، فلو قال: زوجنيها، قال الولي: زوجتكها، صح، و يحتاج على المخالف بما روه من حديث سهل بن سعد...»

اما در هر حال، استناد به این روایت نشان دهنده معتبر بودن آن در نزد مستدل است.

۴. برای نمونه:

سنن أبي داود (چاپ دار الكتاب العربي)، ج ۲، ص ۲۰۱، رقم ۲۱۱۳: حَدَّثَنِي الْقَعْنَبِيُّ عَنْ مَالِكٍ عَنْ أَبِي حَازِمٍ بْنِ دِينَارٍ عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ السَّاعِدِيِّ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ جَاءَهُ امْرَأَةٌ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي قَدْ وَهَبْتُ نَفْسِي لَكَ. فَقَامَتْ قِيَامًا طَوِيلًا فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ زَوْجْنِيهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكَ بِهَا حَاجَةٌ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ تَصَدَّقُهَا بِئَاةٍ. فَقَالَ مَا عِنْدِي إِلَّا إِزَارِي هَذَا. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِنَّكَ إِنْ أَطَعْتِيهَا إِزَارَكَ جِلْسَتْ وَلَا إِزَارَ لَكَ فَالْتَمَسَ شَيْئًا. قَالَ لَا أَجِدُ شَيْئًا. قَالَ فَالْتَمَسَ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ. فَالْتَمَسَ فَلَمْ يَجِدْ شَيْئًا فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَهَلْ مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ شَيْءٌ. قَالَ نَعَمْ سُورَةُ كَذَا وَسُورَةُ كَذَا. لَسُورَ سَمَاهَا. فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَدْ زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ».

ایضاً: ص ۲۰۲، رقم ۲۱۱۴: حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ حَفْصٍ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ حَدَّثَنِي أَبِي حَازِمٍ عَنْ أَبِي حَفْصٍ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ حَدَّثَنِي إِبْرَاهِيمُ بْنُ طَهْمَانَ عَنْ الْحِجَّاجِ بْنِ الْحِجَّاجِ الْبَاهِلِيِّ عَنْ عِيسَى عَنْ عَطَاءٍ بْنِ أَبِي رَبِيعٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ نَحْوَ هَذِهِ الْقِصَّةِ لَمْ يَذْكُرِ الْإِزَارَ وَالْخَاتَمَ فَقَالَ: «مَا تَحْفَظُ مِنَ الْقُرْآنِ. قَالَ سُورَةُ الْبَقَرَةِ أَوْ الَّتِي تَلِيهَا. قَالَ فَقَمِ فَعَلَمَهَا عَشْرِينَ آيَةً وَهِيَ امْرَأَتُكَ».

سنن الترمذی، ج ۳، ص ۲۷۴، رقم ۱۱۱۴: حَدَّثَنَا الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ الْخَلَّالُ، حَدَّثَنَا إِسْحَاقُ بْنُ عِيسَى وَ عَبْدِ اللَّهِ بْنُ نَافِعٍ الصَّانِعُ، قَالَا: أَخْبَرَنَا مَالِكُ بْنُ أَنَسٍ، عَنْ أَبِي حَازِمٍ بْنِ دِينَارٍ، عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ السَّاعِدِيِّ: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ جَاءَهُ امْرَأَةٌ، فَقَالَتْ: إِنِّي وَهَبْتُ نَفْسِي لَكَ، فَقَامَتْ طَوِيلًا، فَقَالَ رَجُلٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَوَزَّجْنِيهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ لَكَ بِهَا حَاجَةٌ، فَقَالَ: هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ تَصَدَّقُهَا؟، فَقَالَ: مَا عِنْدِي إِلَّا إِزَارِي هَذَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِزَارَكَ إِنْ أَطَعْتِيهَا جِلْسَتْ وَلَا إِزَارَ لَكَ، فَالْتَمَسَ شَيْئًا، قَالَ: مَا أَجِدُ، قَالَ: فَالْتَمَسَ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ، قَالَ: فَالْتَمَسَ فَلَمْ يَجِدْ شَيْئًا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: هَلْ مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ شَيْءٌ؟، قَالَ: نَعَمْ، سُورَةُ كَذَا، وَ سُورَةُ كَذَا؛ لَسُورَ سَمَاهَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ».

۵. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۸۹.

ایشان دربارهٔ عامه ممکن است به این معنا باشد که طریق روایت بر اساس مبانی عامه صحیح است، ولی روایاتی که به طُرُق خاصه در دسترس است، برخلاف نظر شهید ثانی، مرسل است و مرحوم صاحب مدارک، نوّه شهید ثانی که هم عصر با جدّ خود بوده نیز فرموده است چنین روایتی به طریق صحیح وجود ندارد. البته به همین مضمون صحیحهُ محمد بن مسلم وجود دارد.^۱

بررسی وجه استدلال

به روایت سهل ساعدی استدلال شده که هم قبول نکاح می‌تواند صیغهٔ امر باشد و هم تقدیم قبول بر ایجاب در نکاح جایز است؛ زیرا مفاد روایت این است که سهل ساعدی به پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله عرض کرد که این زن را به من تزویج کنید (زَوِّجْنِهَا) و حضرت با صیغهٔ «زَوِّجْتُکَ» عقد را انشاء کردند که «زَوِّجْتُکَ» ایجاب و «زَوِّجْنِهَا» که صیغهٔ امر است، قبول مقدم است.

احتمالات «وَهَبْتُ نَفْسِي لَكَ»

دربارهٔ «وهبت نفسي لك» دو احتمال وجود دارد.

احتمال اول: اختصاصات پیامبر صلی الله علیه و آله

احتمال اول این است که این تعبیر اشاره به اختصاصات پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله است که در قرآن نیز به آن اشاره شده است^۲؛ یعنی اگر زنی خود را به پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله بخشید و حضرت قبول کردند، آن زن، زوجهٔ ایشان شمرده می‌شود.

احتمال دوم: واگذار کردن خود به پیامبر برای تزویج به هر مردی

احتمال دوم این است که «وهبت نفسي لك» به این معنا باشد که «در اختیار شما هستم تا به هر شخصی که اراده کنید، تزویج نمایید» که در این صورت معنای آن با

۱. نهاية المرام، ج ۱، ص ۲۲.

۲. الأحزاب، ۵۰: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَعْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْنَ أَجُورَهُنَّ وَ مَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ وَ بَنَاتِ عَيْلِكَ وَ بَنَاتِ عَمَّاتِكَ وَ بَنَاتِ خَالَكَ وَ بَنَاتِ خَالَاتِكَ اللَّاتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ وَ امْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَنْتَحِبَ بِهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ وَ كَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَحِيمًا».

صحیحہ محمد بن مسلم (که ابتداءً زن گفت: شوهر برای من پیدا کنید) یکسان است و این معنا، وجه جمعی برای دو روایت خواهد بود.

مناقشات دلالتی و پاسخ‌های آن

در هر حال، مناقشاتی در این روایت مطرح شده که در ذیل بررسی می‌شود. برخی از فقهاء مانند مرحوم علامه حلی^۱ و پیرو ایشان، مرحوم فخر المحققین^۲ و مرحوم شهید اول^۳ در استدلال به این روایت مناقشه کرده‌اند.

شهید اول بدون اشکال سندی، دو مناقشه مطرح کرده که شهید ثانی به هر دو پاسخ داده، ولی خود شهید ثانی چند مناقشه در روایت سهل ساعدی مطرح کرده و به همه پاسخ داده است.

مناقشه اول: ولایت مطلقه نبی ﷺ در چنین عقدی

مناقشه اول، مناقشه شهید اول است.^۴ ایشان فرموده است با توجه به ولایت مطلقه پیامبر اکرم ﷺ که از آیه شریفه «الَّتِي أُولَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِ»^۵ استفاده می‌شود، احتمال می‌رود که حضرت این تزویج را از باب ولایت خود، انجام داده باشند؛ یعنی از مختصات حضرت است که اگر آن مرد، تقاضای ازدواج نیز نکرده بود، ایشان می‌توانستند آن دو را به عقد یکدیگر درآورند و «زَوْجَتُكَ» گفتن حضرت، برای حصول علقه نکاح کافی بود، بدون اینکه نیازی به قبول باشد؛ بنابراین از کفایت صیغه امر در مورد روایت، نمی‌توان استفاده کرد که صیغه امر به طور مطلق می‌تواند قبول مقدم باشد.

در تفسیر کلام شهید اول می‌توان گفت: اگر دختر یا پسر نابالغ از پدر تقاضا می‌کند که او را به ازدواج دیگری درآورد، این تقاضا هیچ نقشی در صحت عقد ندارد و پدر بر اساس ولایت بر فرزند خود، او را تزویج می‌کند و شارع مقدس هم تزویج

۱. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۰۷.

۲. إيضاح الفوائد، ج ۳، ص ۱۳.

۳. غایة المراد، ج ۳، ص ۱۶.

۴. غایة المراد، ج ۳، ص ۱۶.

۵. الأحزاب، ۶.

پدر را صحیح دانسته است؛ لذا نمی‌توان گفت تقاضای فرزند نابالغ، نقش ایجاب یا قبول را دارد. در این روایت نیز از مجرد اینکه زنی از پیامبر ﷺ درخواست شوهر کرده و حضرت هم او را - با توجه به ولایتی که داشتند - به ازدواج مردی درآورده، نمی‌توان استفاده کرد در جایی هم که چنین ولایتی وجود ندارد، مجرد درخواست ازدواج به منزله قبول یا ایجاب است.

پاسخ مناقشه اول

شهید ثانی این مناقشه را پاسخ داده است. در ذیل، پاسخ ایشان در قالب دو مطلب با توضیحی بیشتر بیان می‌شود.

مطلب اول: ثبوت ولایت پیامبر ﷺ بر اشخاص نه اسباب

ایشان فرموده است ثبوت ولایت مطلق و احکام اختصاصی برای پیامبر اکرم ﷺ دلالت ندارد که مورد روایت سهل ساعدی نیز از اختصاصات حضرت است؛ زیرا آیه شریفه «الَّتِي أُولَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ»^۱ بر ولایت حضرت بر اشخاص دلالت دارد نه ولایت ایشان بر اسباب.^۲

توضیح مطلب:

در مواردی که شخصی بر نکاح ولایت دارد مانند جد پدری نسبت به دو نوه نابالغ خود، بالإجماع معنای ولایت داشتن او این نیست که به هر نحوی بخواهد می‌تواند انشاء زوجیت کند، بلکه او نیز باید طبق ضوابط، ایجاب و قبول را بگوید. پیامبر اکرم ﷺ نیز ولایت دارند، البته ولایت ایشان مطلق است و مخصوص مورد خاصی نیست و آیه شریفه هم اصل ولایت را اثبات می‌کند، اما دلالت ندارد اگر در صیغه عقد، ایجاب و قبول معتبر باشد پیامبر ﷺ به لحاظ ولایتشان می‌توانند آن را نقض کنند، بلکه آیه دلالت دارد آنچه اختیارش به دست مولی علیه بود، پیامبر از باب ولایت می‌تواند انجام دهد. همان‌طور که اگر مولی علیه می‌خواست عقد نکاح را اجرا کند باید ایجاب و قبول بخواند، پیامبر اکرم ﷺ نیز اگر بخواهند عقد بخوانند

۱. الأحزاب، ۶.

۲. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۹۰.

باید ایجاب و قبول را اجرا کنند؛ لذا چون آیه شریفه ولایت بر اسباب را اثبات نمی‌کند، در این روایت، تقاضای مرد جانشین قبول شده است.

شاید گفته شود: پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله حق تشریع دارند و شاید به همین دلیل، در عقد نکاح به انشاء ایجاب اکتفا کرده‌اند؛ بنابراین از روایت نمی‌توان استفاده کرد که در مورد اشخاص دیگر نیز تقاضای مقدم، از قبول کفایت می‌کند.

اما می‌توان پاسخ داد: تشریع به معنای جعل قانون کلی در مورد تمام اشخاص ثابت است؛ یعنی بعد از تشریع نبی اکرم صلی الله علیه و آله دیگر این قانون جدید از اختصاصات پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نیست و دیگران هم می‌توانند در مقابل قبول به تقاضای مقدم اکتفا کنند و مرحوم شهید اول نیز به حق تشریع تمسک نکرده است، بلکه مسئله ولایت حضرت بر اشخاص را مطرح کرده و آن را از اختصاصات ایشان دانسته است.

مطلب دوم: عدم اختصاصی بودن مورد روایت برای پیامبر صلی الله علیه و آله

همچنین مرحوم شهید ثانی فرموده است که دلیلی وجود ندارد که مورد روایت سهل ساعدی را از احکام اختصاصی پیامبر صلی الله علیه و آله بدانیم.^۱

در توضیح و تفصیل این مطلب می‌توان گفت: در مقدمه غالب کتب فقهی قداماء، احکام اختصاصی حضرت بیان شده که حدود هفتاد خصوصیت است^۲ در

۱. مسالك الأفتاهم، ج ۷، ص ۹۰.

۲. دو مطلب در این باره باید توجه شود:

مطلب اول: مراد استاد رحمته الله از مقدمه کتب فقهی قداماء، مقدمه کتاب النکاح در کتب فقهی است، نه ابتدای -مثلاً- کتاب الطهارة؛ لذا ظاهراً مراد ایشان از غالبی بودن آن است که در غالب کتب فقهی که در کتاب النکاح نگاشته شده چنین است که در اوایل و مقدمات آن اختصاصات النبی صلی الله علیه و آله مطرح شده است.

مطلب دوم: مراد استاد رحمته الله این نیست که در همه این کتب، هفتاد خصوصیت ذکر شده، بلکه مجموع این خصوصیات حدود هفتاد مورد است (ر.ک: تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۶۵-۵۶۸) و البته همه این خصوصیات مربوط به احکام الله نیست بلکه برخی مربوط به کرامات حضرت است (برای نمونه: تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۴۱۸: «و کان ینام عینه و لا ینام قلبه، و یری من خلفه کمایی من قدامه»).

در موارد ذیل، فقها همگی در مقدمات و اوایل کتاب النکاح، متعرض اختصاصات النبی صلی الله علیه و آله شده‌اند: المبسوط، ج ۴، ص ۱۵۲: «و قد خص الله تعالی نبیه محمداً صلی الله علیه و آله بأشیاء میزه بها من خلقه و هی أربعة أضرب: واجب، و محظور، و مباح و کرامة».

حالی که انشاء نکاح با تقاضا و ایجاب را از احکام اختصاصی حضرت نشمرده‌اند. از سوی دیگر شیئی که مشکوک است که از احکام اختصاصی پیامبر اکرم ﷺ است، بر اساس قاعدهٔ اولیه از احکام اختصاصی حضرت نخواهد بود؛ زیرا فعل پیامبر اکرم ﷺ حجت است و آیه ﴿لَكَذِبِي رَسُولَ اللَّهِ أَشْوَهُ حَسَنَةً﴾، بر ثبوت قاعده اشتراک احکام بین پیامبر اکرم ﷺ و امت، دلالت می‌کند، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود و اگر جز این بود، افعال پیامبر حجت نبود؛ لذا در مقام با لحاظ این قاعده، می‌توان گفت چنین ولایتی که پیامبر اکرم ﷺ بتوانند بدون ایجاب و قبول انشاء نکاح کنند، وجود ندارد.

کلام آقای حکیم دربارهٔ پاسخ مناقشهٔ اول
اما مرحوم آقای حکیم، به کلام شهید ثانی اشکال کرده است.

مطلب اول: اجماعی نبودن لزوم ایجاب و قبول توسط ولی با لحاظ مخالفت شهید اول ایشان ابتدا فرموده است که مرحوم شهید ثانی در لزوم انشاء هر دو صیغهٔ ایجاب و قبول توسط ولی، ادعای اجماع کرده است، در حالی که این ادعا درست نیست؛ زیرا اعتبار ایجاب و قبول برای ولی، مورد اتفاق نیست و مرحوم شهید اول در روایت سهل ساعدی کلام حضرت یعنی «زوجهٔ کها» را جانشین ایجاب و قبول دانسته و

شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۵: «الثالث في خصائص النبي ﷺ وهي خمسة عشر خصلة... وذكر أشياء غير ذلك من خصائصه ﷺ وهذه أظهرها.»

قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۷، مقدمات نکاح بحث ششم: «خص رسول الله ﷺ بأشياء في النكاح وغيره، وهي: إيجاب السواك...»

تذكرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۶۵: «المقدمة الرابعة في خصائص رسول الله؟ ص؟ جرت عادة الفقهاء بذكر خصائص النبي ﷺ هنا في النكاح ثم سحوا البحث الى خصائصه في غيره.»

تحریر الأحكام، ج ۳، ص ۴۱۷، فصل دوم از مقدمات کتاب النکاح: «الفصل الثاني: في خصائص النبي ﷺ.» از عبارت تذکره استفاده می‌شود روش قدما برای این بوده که در کتاب النکاح، اختصاصات النبي ﷺ درباره مسائل نکاح بیان می‌شده و به مناسبت در همان بخش از کتاب النکاح سایر اختصاصات پیامبر ﷺ نیز که مربوط به احکام سایر ابواب است بیان می‌شده است، چنان‌که در موارد فوق، شیخ طوسی، محقق حلی و علامه حلی نیز چنین بوده‌اند.

۱. الأحزاب، ۲۱.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۷۴.

تعدد ایجاب و قبول را لازم ندانسته است.

مطلب دوم: کفایت ایجاب توسط مولای عبد و امه در تزویج این دو به یکدیگر سپس مرحوم آقای حکیم فرموده است: «برخی از فقهاء غیر از مرحوم شهید اول در مسئله تزویج عبد و امه فتوا داده‌اند که مجزّد گفتن «زوّجت یا أنکحت» از سوی مولا، برای تزویج عبد و امه خود به یکدیگر، کافی است و عقد صحیح خواهد بود و قول حقّ هم همین است و از این فتوای به صحت استفاده می‌شود که بر ولیّ، انشاء دو لفظ، لازم نیست. پس مسئله اعتبار ایجاب و قبول در عقد، اجماعی نیست؛ لذا ولیّ یا وکیل می‌تواند با اکتفا به صیغه واحد، از طرف زوجین، انشاء صیغه نکاح کند. مناسب بود مرحوم شهید نیز روایت سهل ساعدی را بر این مطلب حمل می‌کرد که انشاء ایجاب از سوی وکیل دو طرف عقد نکاح، عقد را از ذکر قبول بی‌نیاز می‌کند و فرقی نمی‌کند که وکیل، پیامبر اکرم ﷺ باشد یا غیر ایشان؛ پس مسئله مورد بحث از اختصاصات حضرت نیست و عدم احتیاج به قبول، بر اساس قاعده است.

مناقشه در مطلب اول و تأیید مطلب دوم کلام آقای حکیم

اما مطلب اول ایشان، به نظر می‌رسد تمام نباشد؛ زیرا مراد مرحوم شهید ثانی این است که غیر از مرحوم شهید اول کسی چنین مطلبی نگفته؛ پس مرحوم شهید اول خرق اجماع کرده است.

البته مطلب دوم ایشان، مطلب صحیحی است. مسئله کفایت ایجاب مولا از قبول در تزویج عبد و امه خود به یکدیگر، مسئله‌ای اختلافی است و در مسئله ۱۶ از ابواب عبید و اماء در عروه^۲ مطرح شده و صاحب عروه نیز کفایت ایجاب مولا را پذیرفته است. مرحوم صاحب جواهر^۳ و مرحوم محقق کرکی^۴ بر خلاف مرحوم شهید ثانی کفایت آن را نپذیرفته‌اند.

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۷۴.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۴۷، م ۱۶.

۳. جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۲۳۰.

۴. جامع المقاصد، ج ۱۳، ص ۸۹.

مناسب بود مرحوم آقای حکیم در مقام، این مطلب را نیز بیان می‌کرد که از جمله کسانی که ایجاب مولا را در مسئله تزویج عبد و أمه پذیرفته‌اند، خود مرحوم شهید ثانی است، همان‌طور که مرحوم آقای حکیم در همان مسئله ۱۶، این مطلب را بیان کرده است.^۱

عبارت مسالک چنین است:

«و يظهر من المختلف أنه عقد و مع ذلك لا يفتقر إلى القبول، لأنه بعد ردّ كلام ابن إدريس و احتجاجه عليه بالأخبار السابقة قال: "يقال: النكاح يفتقر إلى القبول، و لا يفتقر هذا إلى القبول، فلا يكون نكاحاً. لأننا نقول: القبول إنما يشترط في حق من يملك القبول، و العبد لا يملك القبول، لأنّ للمولى إجباره على النكاح، فله هنا" و يتحصّل من ذلك ثلاثة أقوال في المسألة: اشتراط وقوع النكاح المذكور بالإيجاب و القبول، و الاكتفاء بالإيجاب مع تسميته نكاحاً، و كونه إباحة يكفي فيه كلّ ما دلّ على الإذن. و الأوسط متّجه، لأنّ اعتبار قبول العبد ساقط، و إيجاب المولى دالّ على قبوله، و المعتبر من القبول الدلالة على رضاه، و هو متحقّق فيه بما يصدر عنه من اللفظ المفيد للنكاح."^۲

لذا شهید ثانی بعد از نقل کلام علامه در مختلف که دلالت بر کفایت ایجاب مولا در تزویج عبد و أمه می‌کند، نظری را پسندیده است.

طبق عبارت فوق از مسالک، وجه کفایت مجزّد ایجاب از قبول این است که در هر صیغه عقد علاوه بر لفظ، رضایت موجب و قابل، لازم است؛ بنابراین اگر مجری عقد، دو نفر باشند، دو لفظ، معتبر است، ولی اگر مجری عقد، یک نفر باشد و رضایت به عقد نیز داشته باشد، لفظ واحد، جانشین ایجاب و قبول می‌شود؛ لذا چنین نیست که در مقام، ولی باید دو لفظ ایجاب و قبول را بگوید تا صیغه عقد صحیح باشد و این مسئله اجماعی نیست و خود شهید ثانی در همان مسئله

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۴۴.

۲. مسالک الأفهام، ج ۸، ص ۶۹.

تزویج عبد و أمه به تبع علامه حلی ایجاب را کافی دانسته است.^۱

دلیل صاحب عروه بر کفایت صیغه واحده: اطلاق اخبار و اقتضای قواعد

مرحوم سید در آن مسئله فتوا به کفایت یک لفظ می دهد، و دو دلیل ذکر می کند.^۲ دلیل اول، اطلاق اخبار است و دلیل دوم این است که قواعد هم اقتضای کفایت می کنند؛ زیرا اگر مرد و زن خودشان بخواهند ازدواج کنند و ولایت دیگری در کار نباشد، رضایت هر یک جداگانه معتبر است؛ چون نه زوج اختیاردارِ زوجه است و نه زوجه اختیاردارِ زوج است؛ پس هر یک جداگانه باید به مضمون عقد توافق کنند؛ اما اگر کسی بر زوج و زوجه ولایت دارد یا وکالت از طرف آن ها دارد و یا آنکه اجراء کننده عقد، خودش اصیل است و از طرف دیگر هم وکالت دارد، اینجا ایجاب و قبول متعدّد معتبر نیست.

لذا مرحوم سید می فرماید بعید نیست که ما از این مسئله به همه موارد ولایت و وکالت تعدّی کنیم و بگوییم آن مسئله از باب تعبّد نیست بلکه طبق قاعده است.

اشکال بر تمسک مرحوم سید به اخبار

البته مرحوم سیّد یزدی به روایاتی تمسک کرده که دلالت آن ها قابل مناقشه است. در هر حال، مرحوم آقای حکیم^۳ نیز دلالت روایات را پذیرفته است و مانند مرحوم سید به سایر موارد تعدّی کرده است.

مرحوم آقای خوئی نیز دلالت روایات را پذیرفته، ولی فرموده است نمی توان به سایر موارد ولایت و وکالت، تعدّی کرد.^۴ در مقابل، مرحوم محقق کرکی^۵ و مرحوم صاحب جواهر^۶ در دلالت این روایات مناقشه کرده اند.

۱. این نکته توجه شود که شهید ثانی در آن مسئله کفایت ایجاب را طبق قاعده صحیح دانسته، نه اینکه تعبّد خاصی وجود داشته باشد؛ لذا در مقام نیز باید کفایت ایجاب را بپذیرد.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۴۷، م ۱۶.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۴۵ و ۳۴۶.

۴. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۹۹.

۵. جامع المقاصد، ج ۱۳، ص ۸۷-۸۹.

۶. جواهر الکلام، ج ۲۰، ص ۲۳۰.

کلام آقای حکیم: کفایت صیغه امر متقدم از قبول به دلیل تحقق توکیل

در هر حال، مرحوم آقای حکیم نیز مانند شهید ثانی روایت سهل ساعدی و صحیحہ محمد بن مسلم را مطابق قاعده دانسته و از اختصاصات پیامبر ﷺ نمی‌داند، ولی بیان ایشان با بیان مرحوم شهید ثانی متفاوت است؛ زیرا شهید ثانی امر متقدم را قبول متقدم دانسته ولی مرحوم آقای حکیم امر متقدم را توکیل دانسته است.

توضیح مطلب:

چنان‌که گذشت، مرحوم آقای حکیم نیز مانند مرحوم سید یزدی در ولی و وکیل دو طرف عقد، مانند تزویج عبد و أمه توسط مولا، قائل به کفایت مجرد ایجاب شده و آن را مطابق قاعده می‌داند. ایشان فرموده است در روایت سهل ساعدی و صحیحہ محمد بن مسلم، تقاضای مرد برای ازدواج با زن با جمله «یا رسول الله زوّجنیها»^۱ به منزله توکیل است؛ یعنی در واقع هم مرد و هم زن، پیامبر اکرم ﷺ را وکیل در ازدواج قرار دادند و بر اساس قاعده پس از انشاء ایجاب، دیگر قبول زوج یا حضرت که وکیل زوج بودند، لازم نیست. سپس در ادامه فرموده است: شاید مراد مرحوم سید یزدی از اقوی بودن کفایت مجرد صیغه امر، این باشد که امر به تزویج، برای توکیل مصداق سازی می‌کند؛ بنابراین بر اساس قاعده، نیازی به ذکر قبول نیست، نه اینکه مراد مرحوم سید یزدی و امثال ایشان این باشد که امر متقدم، مصداق برای قبول است؛ زیرا معقول نیست که امر به تزویج که طلب صدور انشاء از شخص دیگر است، مصداق برای انشاء قبول باشد. البته این توجیه در مورد عبارت برخی مانند مرحوم صاحب شرائع و مرحوم علامه حلی در کتاب قواعد صادق نیست؛ زیرا کلامشان صراحت دارد در اینکه امر متقدم، مصداق برای قبول مقدم است، نه اینکه توکیل باشد.^۲

البته این مطلب اخیر ایشان قابل مناقشه است؛ زیرا با ملاحظه عبارات فقهاء^۳

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۸۰، ح ۵؛ وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۲۴۲، ح ۱.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۷۴.

۳. المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۴؛ غنیة النزوع، ص ۳۴۱؛ إصباح الشیعه، ص ۴۰۹؛ مختلف الشیعه، ج ۷،

معلوم می‌شود که نوعاً - چه کسانی که امر متقدم را کافی دانسته‌اند و چه کسانی که کافی ندانسته‌اند - مرادشان از امر متقدم، انشاء قبول است نه توکیل در تزویج. مثلاً برخی در کلام شیخ طوسی که دال بر کفایت امر متقدم است، مناقشه کرده و گفته‌اند امر متقدم نمی‌تواند انشاء قبول باشد بلکه مجرد درخواست است؛ لذا چنین نیست که غالب فقهاء امر متقدم را توکیل دانسته و تنها برخی - مانند محقق حلی و علامه حلی - استثنائاً بر خلاف آن مشی کرده باشند.

اشکال آقای خوئی بر کلام آقای حکیم و پاسخ به آن
مرحوم آقای خوئی بر کلام مرحوم آقای حکیم اشکال کبروی و صغروی وارد کرده است.

اشکال کبروی: تفاوت مسئله تزویج مولا با مسئله تزویج ولی و وکیل
مرحوم آقای خوئی در ذیل همان مسئله ۱۶ از فصل نکاح عبید و اماء پس از پذیرش کلام مرحوم سید یزدی در کفایت ایجاب مولا در انشاء نکاح و عدم نیاز به قبول، فرموده است که مسئله تزویج مولا با مسئله تزویج ولی و وکیل فرق دارد و در مقام نیز به همان اشکال کبروی در مسئله ۱۶ اشاره می‌کند.^۱ ایشان در آن مسئله، در مقام بیان این فرق فرموده است:

«ففي المقام حيث لا يوجد هناك التزام ينضم إلى التزام آخر، باعتبار أن طرف العقد منحصر بالمولى خاصة إذ العبد و الأمة مملوكان لا أثر لرضاهما و عدمه، يكتفى بإنشائه و لا يعتبر في صحته قبوله أو قبول العبد.

و هذا بخلاف سائر المقامات كالبيع و الإجارة و ما شاكلهما، حيث لا يوجد مورد يخلو من الالتزامين، فإن لكل من الطرفين البائع و المشتري التزاما مستقلا عن التزام الآخر، غاية الأمر أنهما لا يقومان بأنفسهما بإبراز التزامهما، وإنما يقوم الوكيل عنهما بهذا الدور. فینشئ و به بیرز التزام موکله الأول البائع، ثم یقبل و به بیرز التزام موکله الثاني المشتري و لا یمكن له أن بیرز بإنشائه الأول كلا الاعتبارين و الالتزامين

ص ۱۰۷: التنقيح الرابع، ج ۳، ص ۸؛ غاية المرام، ج ۳، ص ۲۳.

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۳۹.

معا، لأنه من استعمال اللفظ في أكثر من معنى، وهو على تقدير القول بإمكانه مخالف للسيرة العرفية في مقام الاستعمال قطعاً، بل لا يبعد عنه من الأغلاط.^۱

لذا ایشان معتقد است که در مسئله تزویج ولی یا وکیل دو طرف عقد، در حقیقت، طرف عقد، نفس مولی علیه یا موکل است و در تحقق عقد به دو التزام نیاز است و به بیان دیگر وظیفه ولی یا وکیل انجام همان عملی است که مولی علیه یا موکل باید انجام دهند و جانشین آنها در آن عمل (ایجاب از سوی زن و قبول از سوی مرد) خواهد بود.

پاسخ: عدم اعتبار التزام اصلی و فرعی در مقام و کفایت توافق طرفین

مرحوم آقای خوئی بر خلاف مرحوم سید یزدی و مرحوم آقای حکیم کفایت ایجاب از قبول در مورد ولی و وکیل را انکار کرده، ولی نکته ای در کلام مرحوم آقای حکیم وجود دارد که موجب شده ایشان و مرحوم سید در مورد ولی و وکیل قائل به کفایت انشاء واحد شوند، ولی از آنجا که مرحوم آقای خوئی از این نکته بحثی نکرده و ظاهراً بطلان آن را روشن دانسته، به کلام مرحوم آقای حکیم اشکال کرده است. آن نکته اساسی این است که گرچه در تحقق عقد، التزام دو طرف به عقد، لازم است، ولی آیا باید یک التزام، اصل (ایجاب) و التزام دیگر (قبول)، در طول التزام اول و ناظر به آن باشد، یا همین که دو طرف به مفاد عقد، راضی باشند کفایت می کند؟ اگر ایجاب و قبول هر دو لازم باشد یعنی یکی اصل و دیگری فرع باشد، روشن است که ولی یا وکیل دو طرف عقد باید از سوی شخصی، انشاء ایجاب و از سوی دیگری انشاء قبول کند؛ زیرا همان طور که مرحوم آقای خوئی نیز فرموده است، در وکالت و امثال آن، وکیل، در امور لازم بر موکل جانشین موکل است و در اینجا فرض این است که مولی علیهما یا هر دو موکل برای تحقق عقد باید دو التزام اصلی (ایجاب) و فرعی (قبول) داشته باشند؛ بنابراین ولی یا وکیل دو طرف عقد نیز باید هم ایجاب و هم قبول را انشاء کند و مجرد ایجاب از قبول کفایت نمی کند. ولی اگر ایجاب و قبول در تحقق عقد لازم نباشد و مجرد توافق طرفین کافی باشد، ولی یا وکیل دو

طرف عقد می‌تواند به انشاء ایجاب مانند «زَوَّجْتُ زیداً هنداً» اکتفا کند و دیگر نیازی به قبول نیست. به این مبنا در کلمات برخی از فقهاء اشاره شده است. به عنوان مثال مرحوم شهید ثانی در مقام ردّ کسانی که به عدم جواز تقدیم قبول بر ایجاب قائل‌اند و استدلال کرده‌اند که قبول، رضایت بر ایجاب و فرع آن است بنابراین نمی‌تواند بر ایجاب مقدم شود، فرموده است: دلیلی بر اینکه قبول در باب عقود باید فرع و ناظر به ایجاب باشد، وجود ندارد.^۱

بنابراین بحث پیرامون این دو مبنا است، نه آن‌گونه که مرحوم آقای خوئی فرموده که جانشین شدن ولی و وکیل، مقتضی عدم کفایت مجرد ایجاب از قبول است؛ زیرا اگر مجرد وجود دو التزام، دلیل بر لزوم ذکر دو لفظ ایجاب و قبول باشد، در مواردی نیز که دو شریک، به شخصی وکالت فروش مال خود را می‌دهند، وکیل باید دو بار «بعث» بگوید؛ زیرا وکیل هر دو شریک است و هر یک از دو شریک، التزام مستقلاً دارند، در حالی که بدیهی است که دو بار «بعث» گفتن لازم نیست. در کلام مرحوم آقای حکیم نیز در ذیل مسئله ۱۶ از فصل نکاح عبید و إماء به این مطلب اشاره شده و ایشان در مقام جواب کسانی که قائل شده‌اند که ولی و وکیل دو طرف عقد از آنجا که جانشین مولی علیه و موکل هستند، باید هم ایجاب و هم قبول را انشاء کنند، فرموده است: اگر طرفین عقد شخصی را بر امر واحدی مانند ایجاد علقه نکاح، وکیل نکردند بلکه یک طرف او را برای انشاء ایجاب و دیگری او را برای انشاء قبول وکیل کرد، وکیل نمی‌تواند به صیغه واحد، نکاح را انشاء کند؛ زیرا خلاف مقتضای وکالت است؛ بنابراین باید از طرف شخصی، انشاء ایجاب و از طرف شخص دیگر انشاء قبول کند.^۲

در هر حال، اگر مرحوم آقای خوئی منکر کبرای استدلال مرحوم آقای حکیم باشد و بگوید که چون نکاح، عقد است و در عقد هم ایجاب و هم قبول لازم است، در مسئله مولا نیز باید تزویج عبد و أمه را با یک ایجاب مولا کافی نداند و فرقی بین وکالت و ولایت نیست.

۱. مسالك الأفهام، ج ۳، ص ۱۵۳-۱۵۴، و ج ۷، ص ۹۵.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۴۶.

یک اشکال دیگر نیز بر کلام مرحوم آقای خوئی وارد است. ایشان فرمود که در مورد ولی و وکیل، مجرد انشاء ایجاب کافی نیست و باید پس از ایجاب، قبول نیز ذکر شود وگرنه استعمال لفظ در اکثر از معنای واحد لازم می‌آید که چنین استعمالی خلاف سیره عقلاء است، بلکه بعید نیست که عرف آن را از اغلاط شمارد. اما باید توجه داشت استعمال لفظ در بیش از یک معنا همیشه قبیح نیست و گاهی جزء محسنات ادبی است نه اغلاط. مرحوم حاج محمد رضا مسجدشاهی بحث استعمال لفظ در بیش از یک معنا را مفصل بررسی کرده است.^۱ به علاوه اصلاً اشکال استعمال لفظ در بیش از یک معنا به مرحوم آقای حکیم وارد نیست؛ زیرا مرحوم آقای حکیم اصلاً از جهت کبرا معتقد است ایجاب و قبول در مقام لازم نیست بلکه یک ایجاب کفایت می‌کند؛ لذا وجهی ندارد اشکال شود که استعمال لفظ در بیش از یک معنا لازم می‌آید.

اشکال صغروی: عدم دلالت طلب بر توکیل

آقای خوئی اشکال صغروی نیز وارد کرده و فرموده است: معنای درخواست شخصی از دیگری، طلب عمل آن شخص است نه اینکه او را وکیل خود قرار دهد تا افعال مربوط به درخواست کننده را نیز انجام دهد. به عنوان مثال جمله «هبنی ما عندک» به این معنا است که «فلان مال خود را به من ببخش» ولی دیگر دلالت ندارد بر اینکه اگر تحقق هبه مشروط به قبول یا قبض باشد، او از جانب من بتواند قبول یا قبض نماید.^۲

پاسخ: ظهور طلب در مقام بر توکیل

اما اشکال صغروی نیز ناتمام است و قیاس مسئله مورد بحث با مسئله هبه، قیاس مع الفارق است؛ زیرا در مثال «هبنی ما عندک» یا «بعتی ما عندک» هبه یا بیع، فعل واهب و بایع است و کسی که صیغه امر را استعمال می‌کند، فعل مخصوص واهب و بایع را طلب می‌کند، بر خلاف مسئله محل بحث که بنا بر کفایت ابراز

۱. ایشان رساله‌ای درباره استعمال لفظ در بیش از یک معنا نگاشته که با وقایة الأذهان چاپ شده است: وقایة الأذهان، ص ۶۰۷، الجزء الرابع رسالة إمارة الغین عن استعمال العین فی معنیین.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۳.

رضایت دو طرف در ایجاد علقه نکاح، وقتی دو طرف از کسی تقاضا می‌کنند که آن‌ها را به ازدواج یکدیگر درآورد، به این معنا است که به او اختیار داده‌اند تا علقه‌ای را که تحت سلطه دو طرف عقد است ایجاد کند که آن شخص نیز با انشاء ایجاب به صیغه «زوجتکها» و امثال آن، علقه را ایجاد می‌کند و نیازی به «قبلت» گفتن نیز نیست.

نظر آقای خوئی درباره مفاد روایت سهل ساعدی و محمد بن مسلم

مرحوم آقای خوئی، امر متقدم را نه به عنوان توکیل در تزویج و نه به عنوان قبول متقدم کافی ندانسته، و نتیجه گرفته که مفاد صحیحۀ محمد بن مسلم را نه می‌توان دلیل بر آن دانست که امر متقدم، توکیل در تزویج است و نه می‌توان قبول متقدم دانست. سپس با وارد کردن برخی اشکالات بر این روایت - که در حقیقت از جمله اشکالات شهید ثانی بر روایات مسئله است^۱ - فرموده است که در مورد مفاد صحیحۀ دو توجیه وجود دارد^۲:

- توجیه اول: راوی یعنی امام باقر علیه السلام در مقام بیان تمام خصوصیات معتبر در عقد نکاح نبوده‌اند، بلکه جهت عمده در روایت بیان این مطلب است که اموری مانند تعلیم قرآن نیز می‌تواند به عنوان مهر زن قرار گیرد؛ بنابراین ممکن است پس از انشاء ایجاب نکاح توسط پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله آن مرد «قبلت» گفته ولی در روایت نقل نشده باشد.
- توجیه دوم: کفایت ایجاب پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله از قبول، از امور مختص به ایشان است به مقتضای ولایتی که بر مؤمنین دارند.

اشکال بر نظر آقای خوئی

توجیهات مرحوم آقای خوئی در حقیقت همان کلام مرحوم شهید اول است که مرحوم شهید ثانی به آنها پاسخ داده است.^۳

۱. البته اشکالات مطرح شده در کلام شهید ثانی را خود شهید ثانی پاسخ داده که همه آن‌ها بیان خواهد شد، اما مرحوم آقای خوئی آن مناقشات را وارد دانسته است.

۲. موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۳۹-۱۴۰.

۳. این دو توجیه مرحوم آقای خوئی به ترتیب مناقشه دوم و اول بر روایات مسئله (خبر سهل ساعدی و

مناقشه دوم: احتمال عدم نقل «قبلت» توسط امام علیه السلام

مناقشه دوم دلالتی در روایت سهل ساعدی نیز، مناقشه‌ای از شهید اول است.^۱ با اینکه شهید ثانی مناقشه اول را از شهید اول نقل کرده^۲، اما این مناقشه دوم را شهید ثانی از شهید اول نقل نکرده است.^۳ مفاد کلام شهید اول با توضیحی بیشتر این است که امام علیه السلام که ناقل این ماجرا از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله هستند، اگر در مقام نقل تمام خصوصیات باشند، با قطع نظر از مناقشه اول، می‌توان استدلال کرد که قبول متأخری وجود نداشته و تقاضای مقدم، قبول شمرده شده، ولی احراز این مطلب مشکل است؛ زیرا استشهد امام علیه السلام از این جهت بوده که لازم نیست مهر، عین خارجی باشد بلکه عملی مانند تعلیم قرآن هم می‌تواند مهر قرار گیرد و دیگر در مقام بیان سبب حصول زوجیت نبوده‌اند و شاید مرد بعد از بیان «زوجتک» توسط پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله، «قبلت» گفته باشد ولی امام علیه السلام در مقام نقل آن نبوده‌اند؛ پس روایت دلالت نمی‌کند بر اینکه تقاضای آن مرد، قبول مقدم است.

پاسخ‌های شهید ثانی به مناقشه دوم

به این مناقشه نیز اشکال شده است. البته صاحب مدارک گویا بعید دانسته که امام علیه السلام فقط در مقام بیان همه خصوصیات عقد نباشد، ولی دلیلی بر مدعای خود ارائه نکرده است.^۴ اما شهید ثانی به رد مناقشه دوم پرداخته و دو پاسخ بیان کرده است.

پاسخ اول: اصل عدم دخالت «قبلت» در سببیت نکاح

پاسخ اول این است که اگر چیزی را در سببیت امری دخیل دانستیم و شک کردیم آیا امور دیگری نیز دخیل است، اصل این است که امر دیگری معتبر نیست. در

صحيحه محمد بن مسلم) است. مناقشه دوم و پاسخ شهید ثانی به آن در سطور آتی خواهد آمد. البته نظر استاد رحمته الله نسبت به مجموع این مناقشات و پاسخ‌ها در بیان نظر مختار ایشان روشن خواهد شد.

۱. غایة المراد، ج ۳، ص ۱۶.

۲. مسالك الأتھام، ج ۷، ص ۹۰.

۳. مسالك الأتھام، ج ۷، ص ۹۰.

۴. نهاية المرام، ج ۱، ص ۲۴.

مقام نیز مرد متقاضی، همسر دار شده است و در این همسری، قطعاً کلام حضرت یعنی «زَوَجْتُکَها» دخیل در تحقق عقد نکاح بوده ولی مشکوک است که «قبلت» گفتن زوج نیز در تحقق نکاح، دخیل باشد. اصل، عدم دخالت لفظ دیگری مثل «قبلت» در سببیت نکاح است.^۱

پاسخ دوم: عدم ذکر «قبلت» متأخر در هیچ یک از طرق عامه و خاصه روایت پاسخ دوم این است که در هیچ یک از طرق روایت - چه طرق امامیه و چه طرق عامه - این مطلب ذکر نشده که مرد پس از ایجاب حضرت، «قبلت» گفته باشد؛ بنابراین عدم دخالت شیء دیگری در تحقق نکاح مظنون است. البته مرحوم شهید ثانی فرموده است که پاسخ اول کافی است و به پاسخ دوم نیازی نیست.^۲

مناقشه سوم: لزوم رعایت موالات، قرینه گفتن «قبلت» توسط مرد شهید ثانی سه مناقشه دیگر نیز مطرح کرده و به آن ها پاسخ داده است که یکی از این مناقشات، قابل توجه نیست^۳ و ما نیز بیان نمی کنیم؛ لذا فقط دو مناقشه ایشان مطرح می شود. مفاد مناقشه اول ایشان^۴ - با توضیحی بیشتر - چنین است: در عقد،

۱. مسالك الأتھام، ج ۷، ص ۹۰.

۲. مسالك الأتھام، ج ۷، ص ۹۰.

استاد علیه السلام در مقام نقد پاسخ های شهید ثانی نبوده ولی ظاهراً هیچ یک از دو پاسخ مرضی ایشان نیست؛ زیرا نه اطلاقی در ادله صحت نکاح وجود دارد تا در موارد شک در اعتبار شیء زائد به آن تمسک شود و نفی اعتبار و اشتراط شود، و نه مظنون بودن عدم اشتراط «قبلت» - با فرض وجود چنین ظنی - پس از ایجاب، حجت است. البته اگر مراد شهید ثانی از پاسخ اول، تمسک به اطلاق مقامی است نه اطلاق لفظی. ممکن است گفته شود استاد علیه السلام با آن موافق است که نظیرش در بررسی کفایت «متعت» در صیغه عقد بیان شد.

۳. مرحوم شهید ثانی جز دو مناقشه اول که در کلام شهید اول آمده است، سه مناقشه دیگر نیز مطرح کرده که مناقشه دوم از این سه مناقشه مناقشه ضعیفی است و مفاد آن این است که در روایت سهل ساعدی چنین مطلبی ذکر نشده که با الفاظ مذکور در روایت. زوجیت حاصل شده است.

مسالك الأتھام، ج ۷، ص ۹۱: «و أما القول بأن الاكتفاء بالقبول السابق يستلزم تخلل كلام طويل بين الإيجاب والقبول وأنه ليس في الخبر أنها صارت امراته باللفظ المذكور، وأن قبوله السابق لم يكن مطابقاً لما وقع في الإيجاب من تزويجه على ما معه من القرآن».

۴. مسالك الأتھام، ج ۷، ص ۹۱.

موالات بین ایجاب و قبول معتبر است، شبیه به اینکه کسی اگر سلام کند و جواب سلام او پس از چند دقیقه باشد، جواب سلام نخواهد بود. اگر در روایت تقاضای مرد (زوجه‌ها)، قبول مقدّم و «زوّجتک» ایجاب مؤخّر باشد، موالات از بین خواهد رفت؛ زیرا بعد از تقاضای مرد، درباره مهر بین آن مرد و پیامبر ﷺ سخنانی ردّ و بدل شد و این فاصله طولانی قرینه می‌شود که تقاضای مرد، قبول مقدّم نبوده و آن مرد پس از ایجاب حضرت، «قبلت» گفته است؛ بنابراین روایت دلالت ندارد بر اینکه تقاضای مرد، قبول مقدّم است.

پاسخ شهید ثانی به مناقشه سوم: معتبر نبودن موالات بین ایجاب و قبول اما ایشان این مناقشه را نیز پاسخ داده که مفاد آن با توضیح بیشتر چنین است: عقد نکاح مانند نماز نیست تا موالات بین اجزاء آن، معتبر باشد یا مانند سلام و جواب آن نیست تا توالی در آن معتبر باشد و دلیلی نیز بر اعتبار موالات بین ایجاب و قبول در عقد نکاح وجود ندارد. آنچه در عقد نکاح اعتبار دارد، این است که قبول، قبول ایجاب شمرده شود، مانند اینکه کسی نامه می‌نویسد و بعد از چند ماه جواب نامه داده می‌شود که واضح است اشکالی ندارد؛ لذا موالات در هر جا به حسب موردش متفاوت است. در مقام نیز، فاصله انداختن با متعلقات عقد نکاح، بین ایجاب و قبول مانعی ندارد، که این مطلب از داستان عقد امام جواد علیه السلام استفاده می‌شود، بلکه از کلام مرحوم علامه حلی در کتاب تذکره^۱ شاید بتوان استفاده کرد که فاصله به امور غیر مربوط به عقد نیز مضرّ نیست و معتبر در عقد نکاح، وقوع ایجاب و قبول در مجلس واحد است گرچه مجلسی طولانی باشد و مثلاً دو ساعت طول بکشد. پس مسئله فصل و عدم توالی از امور موجب خرق اجماع و خلاف ضوابط مسلم نیست.

مناقشه چهارم: لزوم تطابق بین ایجاب و قبول، قرینه گفتن قبول توسط مرد مناقشه دیگر شهید ثانی این است که در عقد، تطابق بین ایجاب و قبول معتبر است و در روایت اگر مرد صیغه «زوّجنی بتعلیم القرآن» را بیان می‌کرد و پیامبر

۱. مسالك الأتھام، ج ۷، ص ۹۱.

۲. تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۳.

اکرم علیه السلام می فرمودند: «زواجتک بما معک من القرآن» تطابق، حاصل بود، ولی آن مرد متوجه نبود که تعلیم قرآن هم می تواند مهر قرار گیرد و به همین دلیل عرضه داشت که «چیزی غیر از این [از قرآن ندارم]؛ پس برای رعایت تطابق بین ایجاب و قبول، باید آن مرد بعد از ایجاب حضرت، «قبلت» گفته باشد و در قبول متأخر، بیان خصوصیات ایجاب لازم نیست.^۱

پاسخ مناقشه چهارم: وکالت مطلق پیامبر در تعیین مهر

شاهد ثانی این مناقشه را نیز پاسخ داده^۲ که با تبیین بیشتر، مفاد آن چنین است: از تقاضای مرد استفاده می شود که به حضرت اذن مطلق داده بود و مهر قرار گرفتن تعلیم قرآن نیز یقیناً مورد اذن بوده است؛ زیرا تعلیم قرآن برای شخص، نمونه و هزینه ای ندارد، گرچه مرد تفصیلاً به این فرض که تعلیم قرآن مهر باشد، توجه نداشته باشد؛ زیرا ملاک اطلاق گیری این است که اگر از متکلم پرسش شود که آیا فلان مصداق مراد شما هست یا نه، پاسخ دهد: آری. لذا اگر مرد، کسی را اذن دهد و شخص مأذون با چنین مهریه اندکی مرد را به ازدواج زنی درآورد، آن مرد نمی گوید بر خلاف اذن من عمل شده است. البته این اذن و اظهار رضایت، از مهر سنگین و خارج از توان شخص، انصراف دارد؛ بنابراین اشکال عدم تطابق بین ایجاب و قبول، وارد نیست.

نظر مختار: کفایت صیغه امر متقدم از قبول

به هر حال، در این مسئله حق با مرحوم آقای حکیم است و همان طور که گذشت دلیلی بر اعتبار ایجاب و قبول در عقد به عنوان دو انشاء طولی وجود ندارد؛ بنابراین اگر هر دو طرف عقد، امر واحدی را انشاء کنند، عقد، محقق می شود و در مسئله مورد بحث، صیغه امر «زواجنی فلانة» به معنای وکالت است؛ یعنی «راضی هستم که تو از طرف من، علقه نکاح را ایجاد کنی» و از سویی، زن و مرد در باب نکاح می توانند هر دو به یک امر مشترک (نکاح یا همسری) ملتزم شوند و لازم نیست یکی

۱. مسالك الأنفهام، ج ۷، ص ۹۱.

۲. مسالك الأنفهام، ج ۷، ص ۹۱-۹۲.

زوج بودن و دیگری زوجه بودن را انشاء کند. پس شخص با این صیغه امر، رضایت خود را به انشاء نکاحی که از دیگری صادر می شود، ابراز می کند یعنی مخاطب را وکیل در اجرای نکاح قرار می دهد؛ لذا کسی که وکیل دو طرف عقد است یا زنی که از طرف شوهر وکالت برای عقد نکاح دارد، می تواند به صیغه واحد، انشاء نکاح کند، ولی اینکه در اصطلاح نام امر متقدم را قبول بگذارد مانند مرحوم شهید ثانی، یا آن را مصداق قبول ندانند بلکه وکالت در انشاء عقد شمارند مانند مرحوم آقای حکیم، مهم نیست و به نزاع لفظی شبیه است و هیچ کدام مشکلی ندارند.^۱

نکاح اخرس

مسألة ۲: «الأخرس يكفيه الإيجاب و القبول بالإشارة مع قصد الانشاء وإن تمكن من التوكيل على الأقوى».^۲
در نکاح اخرس این بحث مطرح است که آیا ایجاب و قبول با اشاره کافی است یا خیر؟

ادله کفایت اشاره اخرس

برای کفایت اشاره اخرس به ادله ای تمسک شده است:

دلیل اول: اجماع

دلیل اول، اجماع است.

مرحوم محقق کرکی فرموده است: «لا فرق بين كون العجز لخرس أصلي أو لعارض طارئ، و حينئذ فتكفي الإشارة كما تكفي في التكبير و الأذکار و سائر التصرفات القولية، و كأنه لا خلاف في ذلك».^۳

مرحوم فاضل اصفهانی نیز فرموده است: «و لو عجزا عن النطق لخرس أصلي أو

۱. در نتیجه طبق قاعده، امر متقدم کافی است و نیازی به استدلال به روایت سهل ساعدی و محمد بن مسلم نیست. البته این روایت، حداقل مؤید مدعا است.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۲.

۳. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۷۶.

طارئ أو أحدهما، أشار بما يدل على القصد... وهو مما قطع به الأصحاب.^۱

اشکال: عدم معنویت بودن مسئله در قدمات جز در برخی موارد

اما استدلال به اجماع ناتمام است؛ زیرا گرچه مرحوم محقق حلی در نافع^۲ و شرائع^۳ به کفایت اشاره فتوا داده و پس از ایشان فتوای مخالفی یافت نشد، ولی قبل از ایشان، غالب فقهای معروف مانند مرحوم کلینی، شیخ صدوق، شیخ مفید، سید مرتضی، ابو الصلاح حلبی، ابن بزاج و ابن ادریس حلی این مسئله را عنوان نکرده‌اند و حتی بعضی از تعبیر این فقهای بزرگ، مؤهم عدم کفایت اشاره است؛ زیرا اشتراط لفظ در عقد نکاح را مطرح کرده و آن را مقتید به صورت قدرت بر لفظ نکرده‌اند^۴ که به شرطیت لفظ حتی در مورد عاجز بر لفظ اشعار دارد.

از مرحوم ابن جنید نیز در این باره فتوایی نقل نشده، ولی در باب حج فتوایی در درس از او نقل شده که فرموده کسی که قادر به تلبیه صحیح نیست دیگری به نیابت از او تلبیه بگوید؛^۵ لذا بعید نیست در مقام نیز ایشان اشاره را کافی نداند.

مورد اول (شیخ طوسی در مبسوط) و اشکال آن

اولین فقیهی که قبل از مرحوم محقق حلی، این مسئله را مطرح کرده، مرحوم شیخ طوسی در کتاب مبسوط است که عبارت آن چنین است:

۱. كشف اللثام، ج ۷، ص ۴۷.

۲. المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۶۹.

۳. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۷.

۴. برای نمونه: السرائر، ج ۲، ص ۵۷۴.

۵. الدروس الشرعیة، ج ۱، ص ۳۴۷: «و الآخرس یعقد بها قلبه و یحرک لسانه و یشیر یأصبعه، و قال ابن الجنید: یلبی غیره عنه».

البته آنچه علامه حلی از ابن جنید نقل کرده تصریح به کفایت اشاره و جواز نیابت در اخرس است، نه لزوم نیابت، اما با لحاظ نقل شهید اول در درس نمی‌توان جواز اشاره را به ابن جنید نسبت داد.

مختلف الشیعة، ج ۴، ص ۵۶: «المشهور ان الآخرس یلبی بتحریک لسانه و إشارته بالإصبع، و به قال ابن الجنید فإنه قال: و الآخرس یجزئه تحریک لسانه مع عقده إیاهها بقلبه، ثم قال: و یلبی عن الصبی و الآخرس و عن المغمی علیه، و هذا الکلام یشعر بعدم وجوب التلبیة علیه، و أنه یجزئه النیابة».

«و یکفی فی الآخرس ان یقبل بالاشارة و الایماء»

اما ظهور مفهوم «ان یقبل»، عدم کفایت ایجاب اخرس با اشاره است و لذا بر خلاف نظر فقهای متأخر است.

شاید گفته شود: موضوع کلام مرحوم شیخ طوسی، اخرس یعنی مرد لال است؛ لذا مفهوم کلام ایشان این است که خرساء (زن لال) نمی تواند با اشاره، انشاء ایجاب کند و از آنجا که مرحوم شیخ طوسی ایجاب نکاح را منحصر در زن می داند، ایجاب اخرس با اشاره، سالبه به انتفاء موضوع خواهد بود؛ بنابراین این جمله مفهومی ندارد و نظیر «ان رزقت ولداً فاختنه» است.

اما پاسخ این است:

اولاً، اخرس، جنس است و به معنای مطلق لال - چه مرد و چه زن - است و این مطلب بارها بیان شده که در حدیث «المسلم من سلم المسلمون من لسانه و یده»^۱ مراد از «المسلم» مطلق مسلمان است، نه خصوص مرد مسلمان و در سایر ترکیب های مشابه نیز به همین صورت است.

ثانیاً، اگر اخرس به معنای مرد لال باشد، این سؤال مطرح است که اگر به عقیده مرحوم شیخ طوسی زن لال هم می تواند با اشاره انشاء ایجاب کند، چرا حکم آن بیان نشده است؟

شاید گفته شود: محتمل است که ذکر مرد خصوصیتی نداشته و از باب مثال باشد، مانند عنوان رجل در «سألت عن رجل صلی فلم یدرأ فی الثالثة هو أم فی الرابعة»^۲ که از باب مثال است و مراد، مطلق انسان است.

اما این ادعا صحیح نیست؛ زیرا قیاس مقام با عبارت «عن رجل صلی فلم یدرأ فی الثالثة هو أم فی الرابعة»، قیاس مع الفارق است؛ زیرا در آن مسئله، وصف شک، اختصاصی به مرد ندارد؛ بنابراین از «رجل» عرفاً الغاء خصوصیت می شود،

۱. المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۳.

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۲۷۸، ح ۱: «محمّد بن یعقوب عن أبي علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن الحسين بن علي عن أبي كهعمس عن سليمان بن خالد عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ...».

۳. الکافی، ج ۳، ص ۳۵۱، ح ۱؛ وسائل الشیعه، ج ۸، ص ۲۱۸، ح ۷.

ولی در مقام، هم باید از عنوان اخرس، الغاء خصوصیت کرد تا حکم خرساء روشن شود و هم باید قبول را از باب مثال دانست تا از این عبارت حکم ایجاب نیز استفاده شود که امر بعیدی است. البته اگر مرحوم شیخ طوسی جواز ایجاب با اشاره را ذکر می‌کردند، کفایت قبول با اشاره نیز به اولویت عرفی استفاده می‌شد؛ زیرا ایجاب، رکن اصیل عقد است و گویا قبول فرع و امضاء ایجاب شمرده می‌شود، ولی عکس این مطلب درست نیست.

بنابراین نمی‌توان قول به کفایت ایجاب زن با اشاره را به مرحوم شیخ طوسی نسبت داد.

سه مورد دیگر

برخی از فقهای متأخر از مرحوم شیخ طوسی این مسئله را عنوان کرده و به کفایت ایجاب و قبول با اشاره فتوا داده‌اند:

• مرحوم ابن حمزه: «الاشارة المؤذنة بالایجاب والقبول تقوم مقام اللفظ من الاخرس»^۱

• مرحوم ابن زهره (متوفای ۵۸۵ هجری قمری)^۲: «و من شرط ذلك ان يكون بلفظ النكاح او التزويج - او الاستمتاع في النكاح المؤجل عندنا - مع القدرة علي الكلام»^۳ از مفهوم عبارت غنیه استفاده می‌شود که برای شخص عاجز از نطق، غیر لفظ کافی خواهد بود و طبعاً اشاره کفایت می‌کند.

• مرحوم قطب الدین کیدری (متوفای اوایل قرن هفتم هجری قمری)^۴: «الاخرس يقبل النكاح بالایماء»^۵

لذا قبل از محقق حلی فقط این سه نفر یافت شد که فتوا به کفایت اشاره داده‌اند.

۱. الوسيلة، ص ۲۹۲.

۲. أعيان الشيعة، ج ۶، ص ۲۴۹.

۳. غنية النزوع، ص ۳۴۱.

۴. طبقات أعلام الشيعة، ج ۹، ص ۲۵۰.

۵. إصباح الشيعة، ص ۴۱۰.

البته مرحوم یحیی بن سعید که معاصر مرحوم محقق حلی است^۱ نیز چنین فتوا داده است: «الایماء للآخرس كالنطق من غیره»^۲

بنابراین نمی‌توان در مسئله، اجماعی متصل به زمان معصوم علیه السلام را اثبات کرد تا به آن استدلال شود.

دلیل دوم: ضرورت

دلیل دوم، ضرورت است.

بازگشت کلام علامه در تذکره به استدلال به ضرورت

مرحوم علامه حلی در تذکره فرموده است: «الآخرس ان كان له اشارة معلومة و اشار الي الايجاب و القبول صح نکاحه لانه معني لا يعرف الا من جهته فصیح باشارته کبیعه و طلاقه و لعانه و ان لم یکن له اشارة معلومة لم یصح منه کما لا یصح غیره من التصرفات القولية»^۳ این مطلب مانند بسیاری از مطالب دیگر کتاب تذکره برگرفته از کتاب مغنی ابن قدامه است.^۴

از سوی دیگر مرحوم فاضل اصفهانی در کشف اللثام^۵ و مرحوم صاحب ریاض^۶ برای کفایت اشاره، به ضرورت استناد کرده‌اند و ظاهراً کلام ایشان و کلام مرحوم علامه حلی به مطلب واحدی برمی‌گردد که با آنچه در ادامه خواهد آمد این مطلب روشن می‌شود.

۱. کتاب الرجال (ابن داوود حلی)، رقم ۱۶۶۰.

۲. الجامع للشرائع، ص ۴۳۷.

۳. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۲.

۴. المغنی (ابن قدامه)، ج ۷، ص ۷۹: «فصل: فأما الآخرس فإن فهمت إشارته صح نکاحه بها لأنه معنی لا یستفاد إلا من جهة واحدة فصیح باشارته کبیعه و طلاقه و لعانه و إن لم تفهم إشارته لم یصح منه کما لم یصح غیره من التصرفات القولية».

توضیح بیشتر: ظاهراً عبارت صحیح، «الآمن جهته» است، چنان‌که در کتاب شرح کبیر ابن قدامه (ج ۷، ص ۳۷۳) ذکر شده است.

۵. کشف اللثام، ج ۷، ص ۴۷.

۶. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۸.

تقریب استدلال به ضرورت با بیان دو مقدمه
برای تبیین این استدلال، باید مقدمات آن بیان شود.

مقدمه اول: عدم مشروعیت نیابت ولی اُخرس
مقدمه اول این است که عقد اُخرس مربوط به خود اوست و دلیلی بر مشروعیت نیابت ولی، وجود ندارد.

مقدمه دوم: جریان اصل عدم لزوم توکیل
اما مقدمه اول، کفایت اشاره اُخرس را اثبات نمی‌کند؛ زیرا این سؤال مطرح است که چه ضرورتی در انشاء اُخرس با اشاره وجود دارد در حالی که اُخرس می‌تواند شخص سالمی را وکیل خود قرار دهد تا عقد را با لفظ کامل انشاء کند؟ در پاسخ به این سؤال در ریاض^۱ علاوه بر استدلال به ضرورت، این مطلب نیز مطرح شده که اصل، عدم لزوم توکیل است و کاشف اللثام نیز پس از ذکر ادله کفایت اشاره از جمله ضرورت فرموده است: اگر اُخرس توکیل کند، احوط است^۲ که از آن استفاده می‌شود مقتضای ادله، عدم لزوم توکیل است.

نتیجه مقدمه اول و عدم لزوم توکیل که مقدمه دوم بود، این است که اشاره اُخرس کافی است.

احتمال تمسک مرحوم علامه به اعتبار لفظ در عقد توکیل
البته مرحوم علامه حلی در مورد عدم وجوب توکیل توضیحی نداده و ممکن است مستند ایشان دلیلی غیر از اصل عملی باشد؛ زیرا نظر مشهور فقهای متقدم، اعتبار لفظ در تمام عقود از جمله عقد توکیل است و از آنجا که لفظ برای اُخرس مقدور نیست، باید به اشاره اکتفاء کند و کسانی که به اصل تمسک کرده‌اند، ممکن است در باب عقود جایز مانند عقد وکالت، لفظ را شرط ندانند و اجرای وکالت با فعل را مانند معاطات، صحیح بدانند ولی قائل شوند که دلیلی بر لزوم وکالت وجود ندارد. ممکن است مرحوم علامه حلی وکالت را ذاتاً با انشاء فعلی محقق نداند و به همین

۱. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۸.

۲. کشف اللثام، ج ۷، ص ۴۷.

دلیل در مسئله نکاح اخرس به اشاره تنزل می شود.

اشکال دلیل دوم: بی وجه بودن دلیل ضرورت با وجود اصل عدم لزوم توکیل

در مورد استدلال به ضرورت، ابهامی وجود دارد و آن این است که مراد از اصل در عبارت «مع اصاله عدم لزوم التوکیل» چیست؟ زیرا معمولاً در معاملات (به معنای اعم) - بنا بر نظر مشهور که استصحاب در شبهات حکمیّه را جاری دانسته اند - اصل فساد (استصحاب عدم تحقق اثر عقد) حاکم است. البته باید بررسی شود که آیا اصلی در مقابل اصل فساد و مقدم بر آن وجود دارد یا خیر؟

محتملات اصل عدم لزوم توکیل

در باره اصل عدم لزوم توکیل دو احتمال وجود دارد.

احتمال اول: اطلاق لفظی اخبار نکاح

احتمال اول این است که مراد از اصل عدم لزوم توکیل، اطلاق لفظی باشد که اصلی لفظی است. مرحوم آقای حکیم در نفی اشتراط لفظ به اطلاقات نکاح تمسک کرده که بیان آن در دلیل سوم خواهد آمد.

اگر مراد از اصل در کلام مرحوم صاحب ریاض اصل لفظی اطلاق باشد، دلیل مستقّلی است و به ذکر دلیل ضرورت نیاز نیست.

احتمال دوم: اصل عقلانی صحت همه عقود اعم از فعلی و قولی

احتمال دوم این است که مراد از اصل عدم لزوم توکیل این باشد که اگر عقلاء عقود را (چه قولی و چه فعلی) صحیح و حکم به بطلان بعضی از عقود را نیازمند به ردع شارع بدانند، از آنجا که در مورد اخرس چنین ردعی از سوی شارع وجود ندارد، توکیل لازم نیست.

اگر مراد از اصل عدم لزوم توکیل، این احتمال باشد، باز هم به ذکر دلیل ضرورت نیازی نیست و اشاره اخرس کافی خواهد بود؛ بنابراین وجهی برای کلام صاحب ریاض و کاشف اللثام در افزودن دلیل ضرورت یافت نشد.^۱

۱. توضیح بیشتر: البته مبنای برخی از فقهای متأخر در تفسیر حدیث رفع و مانند آن این است که احکام وضعی نیز رفع شده است؛ بنابراین با اصل براءت می توان شرطیت لفظ را در غیر مورد متیقّن نفی

دلیل سوم: اطلاق لفظی ادله نکاح

دلیل سوم در مسئله، اطلاق ادله است که در بررسی دلیل دوم به آن اشاره شد. مرحوم آقای حکیم فرموده است: دلیل بر اصل اشتراط لفظ، اجماع است که دلیلی لثبی است و باید به قدر متیقن آن - صورت قدرت بر لفظ - اکتفاء شود؛ بنابراین مقتضای اطلاقات در شخص عاجز مانند اخرس، صحت نکاح با اشاره است و توکیل لازم نیست.^۱

مرحوم آقای خوئی در اشکال به ایشان فرموده است: لازمه این مطلب آن است که شخص مقطوع اللسان نیز مشمول اجماع نشود و طبق مقتضای اطلاقات، اشاره او نیز مانند اخرس کافی باشد در حالی که قابل التزام نیست.^۲

اشکال: عدم وجود اطلاق لفظی و مقامی در ادله نکاح

در هر حال، این دلیل نیز ناتمام است؛ زیرا ادله نکاح، چنان که بیان شد اطلاق یا عموم لفظی ندارند. البته شاید گفته شود که مانند آنچه در بررسی اشتراط عربی بودن صیغه بیان شد، می توان در مقام نیز به اطلاق مقامی تمسک کرد و اشاره را کافی دانست.

کرد و در مورد عاجز بر تکلم، صیغه غیر لفظی مانند اشاره را کافی دانست و از آنجا که اصل برائت در ناحیه سبب جریان پیدا کرده، بر استصحاب عدم تحقق اثر که در ناحیه مسبب جاری است، مقدم می شود؛ ولی معلوم نیست که مرحوم صاحب ریاض چنین تعمیمی را برای اصل برائت قائل شده باشد. در هر حال، استاد رحمته الله استفاده چنین تعمیمی از حدیث رفع را صحیح نمی داند، بلکه مفاد این حدیث را رفع مؤاخذه می داند.

صاحب ریاض معتقد است که حدیث رفع اثبات صحت نمی کند و فقط رفع مؤاخذه را ثابت می کند. ریاض المسائل، ج ۳، ص ۲۷۸-۲۷۹: «ثم إن إطلاق أكثر النصوص كالعبرة و ما ضاهها من عبارة الجماعة عدم الفرق في البطلان بين صور العمد و السهو و النسيان... و يعضده القاعدة: من استلزام فوات الشرط الذي هو استقبال القبلة فوات مشروطه. خلافا للمحكي عن المبسوط و المراسم و الوسيلة و الإصباح و غيرها، فقيده بالأولى، و هو خيرة جماعة من المتأخرين، و منهم الفاضل في المنتهى، قال: لقوله رحمته الله: «رفع عن أمي الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه». و هو كما ترى، فإن غايته رفع المؤاخذه لا الصحة».

۱. مستمسك العروة الوثقى، ج ۱۴، ص ۳۷۶.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۴۰-۱۴۱.

اما اطلاق مقامی نیز قابل استناد نیست؛ زیرا علت جریان اطلاق مقامی در بحث عربی بودن صیغه این بود که انشاء عقد در هر قومی با زبان و گویش همان قوم است؛ بنابراین اشتراط صیغه عربی به بیان و تذکر نیاز دارد که اگر بیان نشود، از اطلاق مقامی، صحت عقد نکاح با هر زبانی استفاده می شود. ولی چنین اطلاقی در مورد اخرس وجود ندارد زیرا فرد نادری است و اخرس معمولاً متصدی عقد نمی شود، بلکه نوعاً غیر اخرس نیز انشاء عقد را به دیگری واگذار می کند بنابراین سیره عقلاء یا متشرعه در این باره وجود ندارد؛ لذا در مسائل مورد ابتلاء می توان اتصال سیره به زمان معصوم علیه السلام را احراز کرد و از عدم وصول ردع، عدم ردع واقعی را نتیجه گرفت. (لو کان لبان) ولی در موارد نادر مانند نکاح اخرس، اثبات سیره عقلاء بر اکتفاء به اشاره در انشاء نکاح و اثبات عدم ردع شارع مشکل است و در حال حاضر نیز سیره بر این نیست که اخرس با اشاره، انشاء نکاح کند، بلکه به شخص دیگری - مانند روحانی محلّ - مراجعه می شود و او برای اخرس، عقد لفظی انشاء می کند؛ بنابراین نه اطلاق لفظی که مستند مرحوم آقای حکیم بود، وجود دارد و نه اطلاق مقامی.^۱

دلیل چهارم: روایت مسعدة بن صدقه

دلیل چهارم تمسک به روایت مسعدة است که مرحوم آقای خوئی مطرح کرده است. ایشان اطلاقات و عمومات صحت بیع را دالّ بر صحت مطلق بیع - اعم از بیع با صیغه و معاطات - دانسته^۲ ولی در خصوص نکاح و طلاق، معتقد است روایات خاصی بر اعتبار لفظ وجود دارد؛ بنابراین در موارد شک در اعتبار لفظ باید به اطلاق دلیل مخصّص (ادله اعتبار لفظ) استناد کرد نه به اطلاق دلیل مطلق یا عامّ اولی (عموم و اطلاق صحت معاملات) بنابراین کفایت اشاره اخرس نیاز

۱. البته ممکن است گفته شود که انشاء با هر مبرزی صحیح است - چه مبرز لفظی چه مبرز غیر لفظی - و این اطلاق نسبت به قادر ردع شده است و نسبت به عاجز از جمله اخرس به قوت خود باقی است؛ ولی پاسخ این است که عقلاء بعد از ردع بنانشان در این مسئله، اصل بناء را از سوی شارع مردود می دانند و چنین نیست که دو بناء داشته باشند که ردع یکی ارتباط با دیگری نداشته باشد و اعتبار بناء دوم از نظر شرع به قوت خود باقی باشد.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۰، ص ۱۰.

به دلیل خاص دارد و قواعد، مقتضی آن نیست. ایشان روایت مسعدة بن صدقة را دلیل خاص بر کفایت اشاره دانسته که در آن بین تکلیف اخرس و تکلیف عالم فصیح در نماز و تشهد و مشابهاً آن (ما أشبه ذلك) فرق گذاشته شده است:

عن هارون بن مسلم عن مسعدة بن صدقة قال: «سمعت جعفر بن محمد عليه السلام و سئل عما قد يجوز و عما قد لا يجوز من التنية ... و ذلك أنك قد ترى من المحرم من العجم لا يراد منه ما يراد من العالم الفصيح و كذلك الأخرس في القراءة في الصلاة و التشهد و ما أشبه ذلك فهذا بمنزلة العجم المحرم لا يراد منه ما يراد من العاقل المتكلم الفصيح و لو ذهب العالم المتكلم الفصيح حتى يدع ما قد علم أنه يلزمه أن يعمل به و ينبغى له أن يقوم به حتى يكون ذلك منه بالتبعية و الفارسية، لحيل بينه و بين ذلك بالأدب حتى يعود إلى ما قد علمه و عقله قال: و لو ذهب من لم يكن في مثل حال الأعجمي المحرم ففعل فعال الأعجمي و الأخرس على ما قد وصفنا، إذا لم يكن أحد فاعلا لشيء من الخير و لا يعرف الجاهل من العالم.»^۱

ایشان فرموده است: مراد از «ما أشبه ذلك» هر شیئی است که در آن لفظ، معتبر است که صیغه نکاح را نیز شامل می شود.^۲

بررسی سندی: اتحاد مسعدة بن صدقه و مسعدة بن زیاد و وثیق ابن زیاد توسط نجاشی در سند این روایت، هارون بن مسلم توثیق دارد^۳ ولی در سند روایت، مسعدة بن صدقة قرار دارد که توثیق صریحی ندارد. بحثی در علم رجال مطرح است که آیا عنوان مسعدة بن صدقة و مسعدة بن زیاد متحد است و یک فرد هستند یا در حقیقت دو فرد هستند؟ مرحوم نجاشی با عبارت «مسعدة بن زیاد الربعي ثقة عين»^۴

۱. قرب الإسناد، ص ۴۸-۴۹، ح ۱۵۸؛ وسائل الشیعة، ج ۶، ص ۱۵۰، ح ۲.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۴۱.

۳. رجال النجاشي، ص ۴۳۸، رقم ۱۱۸۰.

۴. رجال النجاشي، ص ۴۱۵، رقم ۱۱۰۹.

مسعدة بن زیاد را توثیق کرده است. به نظر می‌رسد این دو عنوان، متحد هستند و مرحوم آقای بروجردی نیز این دو عنوان را متحد دانسته و هر دو عنوان را تحت عنوان مسعدة بن صدقة بن زیاد می‌داند.^۱ این بحث در رساله مستقلی پس از نقل قرائن اتحاد و تعدّد این دو عنوان، مورد بررسی قرار گرفته و قرائن اتحاد به دلیل قوّت، مقدّم شده است و بعید نیست که این دو عنوان، متحد باشند^۲ بنابراین توثیق مسعدة بن زیاد توسط مرحوم نجاشی، موجب تصحیح روایاتی می‌شود که در سند آن، عنوان مسعدة بن صدقة وجود دارد.^۳

احتمالات معنای «محرم» در روایت و بررسی آن

اما درباره معنای کلمه «المحرم» که در سه قسمت از روایت با کلمات «عجم» یا «اعجمی» همراه شده (مانند عبارت «و ذلك أنك قد تری من المحرم من العجم لا يراد منه ما يراد من العالم الفصیح»)، سه احتمال مطرح است:

احتمال اول: اسم مفعول از باب تفعیل (تشبیه زبان رام نشده به حیوان رام نشده) احتمال اول، نظر محدث بحرانی است. ایشان در حدائق، این کلمه را اسم مفعول از باب تفعیل دانسته است. مفاد کلام ایشان با توضیحی بیشتر چنین است:

لغویون استعمالات کلمه «محرم» را این‌گونه بیان کرده‌اند: ابن اثیر در کتاب نهاییه چنین گفته است: «فأرسل إلى ناقة محزّمة، المحزّمة

۱. در کافی روایتی چنین آمده است:

الكافي، ج ۶، ص ۳۶۳، ح ۵: علي بن إبراهيم عن أبيه عن هارون بن مسلم عن مسعدة بن صدقة عن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الهندباء سيّد يقول».

مرحوم آقای بروجردی در تجرید الأسانید (ج ۱، ص ۲۴۲، رقم ۵۵) در تعلیق بر این سند چنین فرموده است: «الظاهر أن صوابه: مسعدة بن صدقة بن زياد، إذ مسعدة بن صدقة روی أخبار كثيرة عنه عليه السلام بدون توسط أحد، و زياد لم يتوسط إلا هنا، و عادتهم ذكر الواسطة النادرة بأوصاف دافعة لجهالته، و لم يوصف هنا بشيء و حينئذ يشهد هذا على وحدة مسعدة بن صدقة و مسعدة بن زياد في روایات هارون بن مسلم و أن الثاني نسبة إلى جذّه».

۲. مقالة «أحسن الفوائد في أحوال المساعده».

۳. توضیح بیشتر: البته بر فرض تعدّد عنوان، با کثرت روایات مسعدة بن صدقة به خصوص در کتاب‌هایی که بر اساس آن فتوا داده می‌شود مانند کافی و من لا یحضره الفقیه وثاقت او ثابت می‌شود.

هی الّتی لم ترکب ولم تذلل»، در کتاب صحاح آمده است: «جلد محرم ای لم تتم دباغته و سوط محرم: لم یلین بعد و ناقة محرمه: ای لم تتم ریاضتها بعد». با توجه به این استعمالات روشن می شود که در این روایت، «المحرم» بر کسی اطلاق شده که قدرت بر تکلم عربی فصیح ندارد و نمی تواند قرائت، دعا، عقود و مانند آن را به صورت عربی فصیح اداء کند به دلیل اینکه زبان او مانند چهارپایی که سرکشی می کند، نرمش ندارد و قادر بر نطق عربی نیست.^۱

اشکال: عدم انتصاف زبان به محرم در روایت

ولی چنین توضیحی برای واژه «المحرم» درست نیست؛ زیرا اگر این واژه به زبان نسبت داده می شد، صحیح بود که به اعتبار عدم علم به زبان عربی تعبیر شود: «زبانش رام نشده و سواری نمی دهد» ولی در این حدیث، «المحرم» وصف شخص قرار داده شده و هیچ علقه عرفی وجود ندارد که این واژه به اعتبار رام نبودن زبان، بر شخص اطلاق شود.

۱. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۶۹: «أقول: قال في النهاية الأثرية «فأرسل إلى ناقة محرمة» المحرمة هي التي لم ترکب ولم تذلل»

و في الصحاح: جلد محرم أي لم تتم دباغته. و سوط محرم: لم یلین بعد. و ناقة محرمة: أي لم تتم ریاضتها بعد، و قال: كل من لا یقدر علی الكلام أصلاً فهو معجم و مستعجم، و العجم الذي لا یفصح و لا یبین كلامه. انتهى.

منه یعلم اطلاق المحرم في هذا الخبر علی من لم یکنه التکلم بالعربية الفصحیة و الاثنان بالقراءة و الدعاء و العقود و نحوها علی الوجه العربي لشبهه بالدابة التي لم تذلل و نحوها مما ذکر لعدم لین لسانه و تذلیله بالنطق بالعربية.

توضیح بیشتر: این مطلب، برگرفته از توضیح مرحوم علامه مجلسی در کتاب بحار الأنوار (ج ۸۲، ص ۶۳) است که عبارات انعم لغت را درست همان طور که در کتاب حدائق بیان شده، نقل کرده است: «توضیح قال في النهاية فيه فأرسل إلى ناقة محرمة المحرمة هي التي لم ترکب و لم تذلل و في الصحاح جلد محرم لم تتم دباغته و سوط محرم لم یلین بعد و ناقة محرمة أي لم تتم ریاضتها بعد و قال كل من لا یقدر علی الكلام أصلاً فهو أعجم و مستعجم و الأعجم الذي لا یفصح و لا یبین كلامه انتهى و یمكن أي یقرأ العجم بالضم و بالتحريك.»

علامه مجلسی همچنین فرموده است: «فالمراد بالمحرم من العجم من لا یقدر علی صحیح القراءة و لم یصححها بعد، شبه بالدابة التي لم ترکب و لم تذلل» (بحار الأنوار، ج ۸۲، ص ۶۳).

احتمال دوم: اسم فاعل از باب افعال (مرید احرام)

احتمال دوم این است که «المحرم»، اسم فاعل از باب «افعال» است؛ لذا روایت به تفاوت تلبیه عاجز از عربی و تلبیه قادر بر عربی دلالت دارد؛ همان طور که در روایت سکونی بیان شد که: «تلبیه الأخرس وتشهده وقراءته القرآن فی الصلاة تحریک لسانه وإشارته بإصبعه».^۱

احتمال سوم (نظر مختار): اسم مفعول از باب تفعیل به معنای غیر آمیخته با اقوام عرب ولی احتمال قوی‌تر این است که «المحرم» اسم مفعول باب تفعیل باشد، با این توضیح که در کتاب «لسان العرب» تعبیر شده: «إعرابی محترم أى فصیح لم یخالط الحضر» که با توجه به آن، مراد از «المحترم من العجم»، غیر عرب زبانی است که با محیط عربی آمیخته نشده و توان تکلم به زبان عربی (یا لهجه عربی) را ندارد.^۲ این احتمال از احتمال دوم مناسب‌تر به نظر می‌آید.^۳

۱. استاد^{ره}: بر اساس این احتمال، «محرم» به معنای مرید احرام است نه مُحَرِّم بالفعل.

۲. الکافی، ج ۴، ص ۳۳۵: «علي بن إبراهيم عن أبيه عن التوفلي عن السكوني عن جعفر عن أبيه عليه السلام أن علينا صلوات الله عليه قال ...».

۳. توضیح بیشتر: با توجه به کاربردهای مختلف واژه «محرم» معنای آن می‌تواند دست نخورده، تازه‌کار، ناوارد و مفاهیمی مشابه آن باشد. علاوه بر تفسیرهایی که در متن در مورد ناقه محرمه، جلد محرم و سوط محرم از کتاب نه‌ایه ابن اثیر و کتاب صحاح نقل شد، در کتاب قاموس نیز در تفسیر واژه محرم بیان شده: «و المحرم، كمعظم، من الإبل الذلول الوسط الضعب التصرف حين تصرفه، والذي يلين في اليد من الأنف، والجديد من النياط ...» (القاموس المحيط، ج ۴، ص ۳۴) در لسان العرب نیز بیان شده: «سوط محرم: جديد لم يلين بعد» (لسان العرب، ج ۱۲، ص ۱۲۶) بنابراین در برخی از اشیاء که با پرورش و کار کردن آنها، نواقص آنها برطرف و تکمیل می‌شود، تعبیر «المحرم» استفاده می‌شود به این اعتبار که هنوز از مرتبه کمالی خود ممنوع هستند، چنان‌که در لسان العرب و مجمع البحرین به آن اشاره شده است؛ استاد^{ره} این احتمال را مطرح می‌فرمود که شاید وجه تسمیه ماه محرم نیز به اعتبار تازه بودن این ماه که اولین ماه سال است، باشد نه به جهت حرام بودن آن که اختصاص به ماه محرم ندارد.

۴. توضیح بیشتر: بنابر احتمال مُحَرِّم (باب افعال) مناسب بود که محرم عجم با محرم عالم فصیح مقایسه می‌شد، نه با عالم فصیح (بدون لفظ محرم) بنابراین ذکر محرم تنها در مورد عجم احتمال قرائت این کلمه را از باب افعال و به معنای مرید احرام بعید می‌سازد.

ابهام روایت نسبت به جواز نماز به زبان عجمی

بنابر این بر اساس روایت مسعدة بن صدقة، وظیفه عجم و عرب در قرائت نماز و تشهد مختلف است، ولی این بحث مطرح است که آیا عجم می‌تواند با زبان نبطی یا زبان فارسی، قرائت و تشهد بخواند یا مراد این است که می‌تواند عربی را به لهجه نبطی یا لهجه فارسی بخواند؟ روایت از این نظر، ابهام دارد و مراد از آن روشن نیست. البته احتمال دارد این نکته از روایت استفاده شود که اگر به شخص فارس زبان گفته شود: «این متن فارسی را بخوان»، حق ندارد آن را به لهجه عربی یا لهجه ترکی بخواند، ولی این امر برای عرب زبان یا ترک زبان جایز است، همان طور که اگر عرب فصیح متن عربی را مانند عجم‌ها بخواند جایز نیست.

اشکال دلیل چهارم: عدم ظهور «ما شبه ذلک» در صیغه عقود با بیان احتمالات آن
مرحوم آقای خوئی از روایت مسعدة بن صدقة استظهار کرده که مراد از «ما شبه ذلک» تمام اموری است که شرعاً لفظ در آن معتبر است^۱ ولی کلام ایشان ناتمام است؛ زیرا ممکن است مراد، امور دیگری باشد.

احتمال اول: موارد عدم کفایت الفاظ مترادف

احتمال اول این است که مراد، مواردی باشد که در آن، لفظ خاص، معتبر است و مترادف آن به زبان عربی یا زبان دیگر، کفایت نکند، مانند نماز و تشهد و قرائت که مرادف الفاظ عربی یا ترجمه آن، صحیح نیست؛ ولی در باب نکاح، کلمات مترادف صحیح است، مانند تعبیر «نعم» که در روایتی به جای ایجاب وارد شده بود.^۲

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۴۱.

۲. الکافي، ج ۵، ص ۴۵۵، ح ۳: علي بن إبراهيم عن أبيه عن عمرو بن عثمان عن إبراهيم بن الفضل عن أبيان بن تغلب و علي بن محمد عن سهل بن زياد عن إسماعيل بن مهران و محمد بن أسلم عن إبراهيم بن الفضل عن أبيان بن تغلب قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام كيف أقول لها إذا خلوت بها قال تقول أنزجك متعة على كتاب الله و سنة نبيه ﷺ لا وارثة و لا موروثة كذا و كذا يوما و إن شئت كذا و كذا سنة بكذا و كذا درهما و تسفي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلا كان أم كثيرا فإذا قالت نعم فقد رضيت فهي أمراتك و أنت أولى الناس بها ...» (وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص ۴۳، ح ۱).

احتمال دوم: موارد غیر قابل توکیل

احتمال دوم که ظاهر روایت هم همین است، آن است که مراد، مواردی باشد که ضرورت، دست برداشتن از تکلیف اولیه و تنزل به اشاره را اقتضا می‌کند که بر اساس این معنا نیز بین باب نکاح و باب نماز و تشهد فرق است؛ زیرا در نماز و تشهد، مباشرت شرط است و نیابت مشروع نیست، بنابراین باید در صورت عدم قدرت بر لفظ کامل، به لفظ ملحون یا لفظ با لهجه خاص یا به اشاره اکتفا شود، ولی در باب نکاح چنین ضرورتی وجود ندارد؛ زیرا شکمی نیست که شخص می‌تواند در باب نکاح حتی در حال اختیار نیز وکیل بگیرد.^۱

تفاوت احتمال اول و دوم در این است که طبق احتمال اول، اگر آوردن لفظ مرادف در نکاح، صحیح نباشد یا ممکن نباشد، مسئله جاری مصداق «ما اشبهه» خواهد بود؛ اما طبق احتمال دوم، حتی اگر آوردن لفظ مرادف در نکاح، صحیح یا ممکن نباشد، باز هم مصداق «ما اشبهه» محقق نخواهد شد؛ زیرا امکان توکیل وجود دارد.

تأیید بطلان استظهار آقای خوئی بالحاظ قید «فی الصلاة» برای «القرأة»

در تأیید بطلان استظهار مرحوم آقای خوئی می‌توان گفت چون در روایت چنین تعبیر شده است: «و كذلك الآخرس فی القرأة فی الصلاة و التشهد»، قید «فی الصلاة» مؤید این مطلب است که نمی‌توان در مطلق قرائت آخرس به اشاره اکتفاء کرد، به عنوان مثال قرائت قرآن آخرس با اشاره صحیح نخواهد بود، قرائت قرآن واجب نیست و متفاوت با قرائت نماز است. البته شاید قرائت در نماز مستحبی را ملحق به قرائت نماز واجب کنیم، ولی در هر حال، قرائت در غیر نماز را نمی‌توان ملحق کرد و از آنجا که در باب نکاح، صیغه لفظی مباشری، بدل عرضی (صیغه لفظی وکالتی) دارد، نمی‌توان از روایت، کفایت بدل طولی صیغه لفظی یعنی اشاره را

۱. البته اشکالی که ممکن است بر این احتمال وارد باشد این است که در این روایت قرائت نیز در کنار تشهد ذکر شده، در حالی که انجام قرائت از سوی خود شخص ضرورت ندارد و امکان اقتدا کردن وجود دارد و این نکته مبعد این احتمال خواهد بود که مراد از «ما اشبهه» مواردی باشد که انجام آن توسط خود شخص، ضروری باشد. به بیانی دیگر، همان‌طور که در نکاح توکیل مشروع است، در قرائت نماز نیز واگذاری قرائت به امام جماعت مشروع است؛ لذا احتمال اول از این جهت ارجح است.

استفاده کرد، بلکه می‌توان با عنایت به بحث اصولی ذیل، قائل شد که در صورت امکان توکیل، انشاء صیغه با اشاره جایز نیست.

بررسی جواز رجوع به بدل طولی با تمکّن از بدل عرضی

بحثی در اصول مطرح است که آیا با وجود بدل عرضی شیء، می‌توان به بدل طولی مراجعه کرد، یا اخذ بدل عرضی متعین می‌شود؟ به عنوان مثال انسان به طور طبیعی مختیر است که نماز را به صورت فردی یا جماعت بخواند، ولی آیا اخرس و افراد عاجز از قرائت صحیح، باید نماز را به جماعت بخوانند یا نماز فردای با اشاره یا قرائت ناقص و ملحون کافی است؟ فقهای متأخر نوعاً جماعت را لازم ندانسته و از باب احتیاط مستحب دانسته‌اند^۱ ولی برخی از فقهای متقدم، به لزوم جماعت حکم کرده‌اند.^۲

دلیل عدم جواز: قیاس مساوات

بر عدم جواز اکتفاء به بدل طولی در فرض وجود بدل عرضی می‌توان به قیاس مساوات به ضمیمه برهان خلف (قیاس استثنایی) استدلال کرد. قیاس مساوات در منطق و ریاضی مطرح است و می‌توان در قالب مثال ذیل آن را تبیین کرد:

$$۷+۳=۱۰ \text{ و } ۶+۴=۱۰ \text{ در نتیجه } ۶+۴=۷+۳؛ \text{ در این مثال با توجه به}$$

قانون «مساوی با مساوی شیء، مساوی شیء است» وقتی هر دو

عدد سمت چپ تساوی، با عدد ۱۰ مساوی هستند، خود با یکدیگر

مساوی خواهند بود و این قیاس در مسئله اخرس نیز جاری است:

قیاس مساوات در مورد عبادت اخرس: نماز جماعت، مساوی با نماز فردای با قرائت صحیح (از جهت کافی بودن از امتثال) است و نماز فردای با قرائت صحیح، بر نماز فردای با قرائت ناقص مقدم است، در نتیجه نماز جماعت بر نماز فردای با قرائت ناقص، مقدم است.

قیاس مساوات در مورد معامله و عقد اخرس: عقد مباشری لفظی مساوی

۱. برای نمونه رک: العروة الوثقی (المحشى)، ج ۲، ص ۵۱۳، م ۳۳.

۲. برای نمونه: تذکره الفقهاء، ج ۴، ص ۲۹۲: مختلف الشیعة، ج ۳، ص ۶۴: مدارک الأحکام، ج ۴.

ص ۳۵۰: کفایة الأحکام، ج ۱، ص ۹۳: معتمد الشیعة، ج ۳، ص ۲۷.

با عقد لفظی توکیلی و تسبیبی است (زیرا از نظر فقهی مسلم است که شخص قادر بر تکلم، لزومی ندارد مباشرتاً انشاء عقد نکاح کند بلکه می‌تواند برای انشاء عقد، وکیل بگیرد) و اگر عقد لفظی توکیلی مساوی با عقد با اشاره باشد، براساس قیاس مساوات، باید عقد با اشاره مساوی و در عرض عقد با لفظ مباشرتاً باشد که تالی باطل است و مقدم نیز باطل خواهد بود؛ در نتیجه عقد با اشاره، مساوی و عدل عقد مباشری لفظی نیست بلکه در طول آن است؛ پس شخص قادر بر تکلم نمی‌تواند با اشاره انشاء عقد کند و باید وکیل بگیرد.
با دو مقدمه می‌توان این استدلال را به بیانی دیگر توضیح داد:

مقدمه اول: یکسانی مصلحت دو امر هم عرض

مقدمه اول این است که وقتی دو امر در عرض یکدیگر قرار می‌گیرند، به این معنا است که از نظر مصالح، در عرض هم هستند.

مقدمه دوم: طولی بودن مصالح تکالیف طولی

مقدمه دوم این است که به استظهار عرفی، تکالیف طولی از نظر مصالح نیز در طول یکدیگر هستند. استظهار عرف از جمله «اگر می‌توانید یک ختم قرآن کنید و اگر نمی‌توانید پنج فقیر را اطعام کنید» این است که مصلحت ختم قرآن بیشتر است؛ لذا اگر می‌توان ختم قرآن کرد، دیگر نوبت به مصلحت ضعیف‌تر نمی‌رسد.

تطبیق مقدمات بر مقام: تقدّم توکیل بر اشاره

در محل بحث نیز از یک سو شارع فرموده است: «انشاء عقد، هم با صیغه لفظی و هم با توکیل جایز است» که معنای آن تساوی مصلحت انشاء لفظی مباشری و مصلحت انشاء لفظی توکیلی است، و از سوی دیگر فرموده است: «در فرض عجز از انشاء با لفظ می‌توان به اشاره اکتفاء کرد» که عرف از مجموع این دو خطاب شارع استفاده می‌کند که مصلحت اشاره از مصلحت انشاء لفظی کمتر است؛ بنابراین کسی که می‌تواند با توکیل، مصلحت انشاء لفظی مباشری را به دست آورد، نمی‌تواند به اشاره اکتفاء کند. پس اخرس در صورتی می‌تواند به اشاره اکتفاء کند که نتواند بر انشاء نکاح لفظی، وکیل بگیرد.

دلیل مذکور، دلیل عامی بر اثبات عدم جواز اختیار بدل طولی در فرض تمکن

از بدل عرضی است و اختصاص به مسئله مورد بحث ندارد.

مناقشه در تمسک به قیاس مساوات

اما این استدلال ناتمام است؛ زیرا:

مناقشه اول: بطلان قیاس مساوات در احکام وضعی

اولاً، تمسک به قیاس مساوات - بر فرض صحت - در مواردی ممکن است که اطراف قیاس، حکم تکلیفی باشند که تابع مصالح و مفاسد در متعلق هستند، ولی در مواردی که اطراف قیاس، حکم وضعی است مانند مسئله مورد بحث، تمسک به قیاس مساوات و ضمیمه نمودن برهان خلف صحیح نیست.

توضیح مطلب اینکه قول مشهور بین عدلّیه این است که احکام تکلیفی (اوامر و نواهی)، تابع مصالح و مفاسد در متعلق هستند؛ بنابراین وجوب و استحباب، یا تعیینی و تخییری بودن احکام، تابع نحوه وجود مصلحت در متعلق حکم است. در اوامر تعیینی الزامی، متعلق امر، به طور تعیینی دارای مصلحت ملزمه است و در اوامر تعیینی استجابی، مصلحت غیر ملزمه در متعلق وجود دارد. در اوامر تخییری، مصلحت در هر دو عدل واجب تخییری است و گاهی تفاوت بین مصلحت این دو عدل به قدری است که مراعات آن لازم نیست؛ یعنی در حکم مساوی اند ولی آن فردی که مصلحتش بیشتر است، افضل افراد واجب تخییری است.

بر خلاف احکام وضعی که تابع مصالح و مفاسد در نفس جعل هستند، مانند مسئله احیاء زمین موات که شارع فرموده: «من أحیا أرضاً میتةً فهي له» و نفس مالک بودن احیاء کننده، دارای مصلحت است؛ در محل بحث نیز مطلب همین است که اگر دو حکم طولی، از قبیل احکام تکلیفی باشند، ممکن است گفته شود مصلحت حکم دوم که در طول حکم اول قرار دارد، کمتر است و اگر حکم دوم طولی با حکم دیگری که در عرض حکم اول قرار دارد از نظر مصلحت مساوی باشند، نتیجه آن، هم رتبه بودن حکم دوم طولی با حکم اول از نظر مصلحت است که خلف فرض است.

ولی اگر دو حکم طولی، از قبیل احکام وضعی باشند، از آنجا که مصلحت در جعل خود این احکام است، مقتضای طولیت این دو حکم وضعی این نیست

که مصلحت یکی از دیگری کمتر است؛ زیرا مصلحتی در متعلق حکم وضعی وجود ندارد تا طولیت از نظر مصلحت لازم آید. مثلاً اگر معامله‌ای در موارد اضطرار صحیح باشد و در فرض اختیار باطل باشد، نمی‌توان نتیجه گرفت مصلحت قانون دوم بیش از مصلحت قانون اول است، یا مثلاً در قانون ارث که حکمی وضعی است چنین نیست که قانون ارث طبقه اول مصلحتی بیش از قانون ارث طبقه دوم داشته باشد. برای تبیین بیشتر این مطلب، مناسب است که مواردی عقلی، شرعی و عرفی بیان شود تا روشن گردد که در احکام وضعی - و به طور کلی در هر امر غیر تکلیفی که مربوط به ملاک در متعلق احکام نیست - ممکن است که موضوع شئی در طول موضوع شیء دیگر باشد ولی از نظر مصلحت و ملاک هم‌رتبه و در عرض هم باشند.

نمونه عقلی: قاعده‌ای معروف وجود دارد که «ما مع المتقدّم لا یلزم أن یكون متقدّمًا»، به عنوان مثال حسن و حسین هر دو فرزندان علی و در یک رتبه هستند، و محمّد که برادر علی و عموی حسن و حسین است، با علی در یک رتبه است، گرچه حسن و حسین نسبت به علی در رتبه متأخر هستند ولی نسبت به محمّد که هم‌رتبه پدر آنها است، تأخر رتبی ندارند.

نمونه شرعی: در باب ارث، برادر و جدّ میت، با هم ارث می‌برند و تقدّمی بر یکدیگر ندارند، ولی جدّ نسبت به فرزندان برادر میت که در طول برادر میت هستند، در یک رتبه است و با هم ارث می‌برند؛ پس جدّ، هم با برادر میت و هم با اولاد برادر میت، هم‌رتبه است، یا به عنوان مثال، برادر میت با جدّ ادنی و جدّ اعلی (پدر جدّ) هم‌رتبه است، در حالی که جدّ اعلی با وجود جدّ ادنی ارث نمی‌برد. همچنین زوج و زوجه میت با اولاد بلافصل و پدر و مادر بلافصل میت، هم عرض هستند، اما با این حال در صورت نبود این ورثه نسبی، با نوه‌های میت و اجداد و جدّات میت نیز هم عرض خواهند بود، همچنان‌که با طبقه دوم و سوم ارث نیز در صورت نبود طبقه مقدم - که اگر وجود داشتند زوجین هم عرض آنها بودند - هم عرض خواهند بود.

نمونه عرفی: برای معافیت از نظام وظیفه، به شخص می‌گویند: «یا رئیس مرکز مدیریت باید امضاء کند، یا کسی که اجازه اجتهاد داشته باشد» در اینجا با وجود

رئیس مرکز مدیریت نوبت به امضای معاون نمی‌رسد، ولی اگر رئیس نبود، امضای معاون با امضای مجتهدی که در رتبه امضاء رئیس بود، هم‌رتبه می‌شود و امضای معاون نیز معتبر خواهد بود.

در محل بحث نیز چنین است که سببیت لفظ و سببیت اشاره برای ایجاد علقه نکاح که از احکام وضعیه است و ملاک در نفس جعل سببیت است، مانند امور تکوینی غیر تکلیفی خواهد بود و مانعی ندارد که اشاره اخرس که در طول عقد لفظی مباحثی قرار دارد، در عرض توکیل - که هم‌رتبه عقد لفظی مباحثی است - قرار بگیرد؛ بنابراین خلف فرضی که ادعا شد، محقق نمی‌شود. به بیانی دیگر، دو موضوع گرچه ممکن است از نظر تحقق خارجی در طول هم باشند، ولی لازم نمی‌آید که مصلحت دو حکم وضعی هم عرض هم نباشند؛ بنابراین برای شخص قادر بر تکلم گرچه انشاء عقد نکاح با اشاره (متعلق حکم وضعی) مصلحت ندارد ولی لازمه آن این نیست که مصلحت جعل سببیت اشاره اخرس کمتر از مصلحت جعل سببیت صیغه لفظی شخص مختار باشد.

مناقشه دوم: عدم صحت قیاس مساوات در برخی احکام تکلیفی

ثانیاً، این قیاس مساوات در احکام تکلیفی نیز ناتمام است؛ زیرا در موردی که مولا به انجام عملی امر می‌کند و در فرض عدم قدرت بر آن، عملی دیگر (بدل طولی) را واجب می‌کند، متفاهم عرفی این است که مصلحت موجود در عمل دوم (بدل طولی) کمتر از مصلحت عمل اول است، بنابراین مکلف قادر بر انجام متعلق امر اول نمی‌تواند خود را عاجز کند تا مشمول حکم دوم شود و بدل طولی بر او واجب گردد، مانند اینکه «واجد الماء» نمی‌تواند اختیاراً آب را بریزد تا مشمول امر به تیمم شود؛ اما دلیل اینکه مصلحت بدل طولی کمتر از مصلحت متعلق امر اول است فقط مناسبات حکم و موضوع است، پس به صورت یک قاعده کلی و عمومی نمی‌توان این مطلب را پذیرفت؛ زیرا در موارد متعددی حتی عرف نیز مصلحت بدل طولی را کمتر از مصلحت عمل اول نمی‌داند. البته اینکه چرا شخص قادر نمی‌تواند خود را عاجز کند تا مشمول خطاب امر اضطراری (بدل طولی) قرار گیرد، به دلیل نکته‌ای است که در ادامه اشاره خواهد شد.

شاهدی از روایت سفیان ثوری در تساوی مصلحت بدل طولی با مبدل منه در روایت سفیان ثوری به این مطلب اشاره شده که بدل طولی می‌تواند مصلحتی مساوی با مصلحت عمل اول داشته باشد. متن روایت چنین است:

«قال أبو عبد الله عليه السلام لسفيان الثوري ما تقول في قول الله تعالى ﴿فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَ سَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتَ إِلَيْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ﴾ أى شىء يعنى بكاملة قال سبعة و ثلاثة قال و يختل ذا على ذى حجا إن سبعة و ثلاثة عشرة قال فأى شىء هو أصلحك الله قال انظر قال لا علم لى فأى شىء هو أصلحك الله قال الكامل كمالها كمال الأضحية سواء أتيت بها أو أتيت بالأضحية تمامها كمال الأضحية.»^۱

در باب حج، آیه قرآن به صراحت دلالت دارد که اگر کسی واجد هدی نبود، باید سه روز متوالی در حج و هفت روز دیگر را پس از مراجعه به اهل خود (بازگشت به وطن) روزه بگیرد که مجموعاً ده روز می‌شود؛ پس متعلق تکلیف اول، ذبح هدی است و بدل طولی آن در فرض عدم قدرت بر ذبح هدی، روزه است. در این روایت امام صادق عليه السلام از سفیان ثوری سؤال می‌کند که در آیه شریفه ﴿تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ﴾^۲ معنای «کامله» چیست؟ سفیان در جواب گفت: مراد این است که جمع بین سه روز روزه در حج و هفت روز پس از مراجعت، ده روز می‌شود که حضرت فرمودند: آیا بر هیچ انسان عاقلی این مطلب مخفی است که جمع بین عدد سه و هفت، ده می‌شود تا اینکه در مورد آن نیاز به وحی باشد؟ بنابراین مراد از «کامله» این است که ده روز روزه‌ای که به عنوان بدل هدی، معین شده مصلحتی کمتر از مصلحت اصل هدی ندارد و نسبت به آن ناقص نیست. اینکه چنین مصلحتی در بدل طولی وجود دارد که کمتر از مبدل منه نیست، امری است که به بیان حق تعالی و وحی نیازمند است.

۱. تهذیب الأحکام، ج ۵، ص ۴۰، ح ۴۹؛ وسائل الشیعة، ج ۱۴، ص ۱۸۱، ح ۹؛ موسی بن القاسم عن محمد عن زکریا المؤمن عن عبد الرحمن بن عتبة عن عبد الله بن سلیمان الصیرفی قال قال أبو عبد الله عليه السلام ...
۲. البقرة، ۱۹۶.

امکان زیادی مصلحت بدل طولی بر مبدل منه در امور همراه با خشوع

به طور کلی اگر شخص در اموری که جنبه تعظیم و احترام و خشوع دارد - مثل امور عبادی که بندگی و کرنش در آنها مطرح است - بدون اختیار و تعمد، موضوع حکم طولی قرار گیرد، قاعده کمتر بودن مصلحت حکم طولی نسبت به حکم اولی درباره او تمام نیست و حتی ممکن است مصلحت بدل بیشتر از مصلحت مُبدل باشد و تقریبی که به واسطه انجام بدل حاصل می شود، بیشتر از تقرّب انجام مُبدل باشد، خصوصاً با توجه به مشکلات و نامایماتی که معمولاً همراه اتیان بدل است، مانند اینکه در موارد عجز از ایستادن در نماز، مکلف به صورت نیم خیز تکلیف را انجام می دهد، یا نماز غرقی نسبت به نماز مختار که در نظر عرف، عمل این گونه اشخاص که خود را به زحمت می اندازند و به صورت نیم خیز یا در حال غرق شدن امر الهی را امثال می کنند، مطبوع تر و مقرب تر است یا دست کم محتمل است که مصلحت بدل و تقرّب آن نسبت به مُبدل، کمتر نباشد.^۱

دخیل بودن قدرت در ملاک احکام عبادی، دلیل عدم جواز اتیان بدل

به بیان دیگر گرچه ثبوتاً ممکن است قدرت نسبت به بعضی از احکام، در ملاک دخیل باشد ولی عقلاً با ملاحظه مناسبات حکم و موضوع، قدرت را در ملاک دخیل نمی بینند؛ لذا به نظر مختار، قدرت در تنجز و در صحت خطاب دخیل است، ولی در مورد امور عبادی که جنبه تعظیم و خضوع دارد، متفاهم عرفی این است که قدرت، در ملاک حکم دخیل است.

اما چرا مثلاً «واجد الماء» نباید از روی اختیار آب را بریزد و خود را مشمول دلیل تیمّم قرار دهد با اینکه وضوء و تیمّم هر دو امر عبادی هستند و مصلحت تیمّم در عرض مصلحت وضوء و یکسان با آن است؟ دلیلش آن است که بین کسی که از ابتداء عاجز است و قدرت بر اتیان متعلّق تکلیف اولی را ندارد و بین کسی که

۱. البته مراد استاد رحمته الله این نیست که مصلحت در متعلّق تکلیف همواره تقرب است؛ زیرا روشن است که در توضیحات چنین نیست و در همه تعبدیات به معنای اصطلاحی آن - در مقابل توضیلات - نیز دلیلی نداریم که مصلحت متعلّق حکم، تقرب باشد؛ اما در عبادیات به معنای خاص آن که نوعی تعظیم و خضوع در آن است بعید نیست مصلحت متعلّق حکم، همان تقرب به حق تعالی باشد. البته بحث از اینکه مراد از مصلحت در مباحث اصولیون دقیقاً چیست، مجال دیگری می طلبد.

از ابتداء قدرت بر اتیان متعلق تکلیف اولی را دارد ولی خود را عاجز می‌کند تا مشمول امر به بدل شود، تفاوت وجود دارد. در مورد اول به نظر عرف، قدرت، در ملاک دخیل است پس وظیفه شخص، اتیان بدل و متعلق امر ثانوی است و دلیلی نداریم که مصلحت موجود در آن کمتر از مصلحت مُبدل است، ولی در مورد دوم از آنجا که شرط صحت خطاب، قدرت مکلف از حین خطاب تا ظرف عمل است و برای لحظه‌ای این قدرت محقق شده، امر اولی به وضوء در حق او صحیح است و ملاک دارد؛ بنابراین اگر مکلف، خود را عاجز کند امر اول را عصیان و ملاک آن را ساقط کرده که جایز نیست، البته اگر آب را ریخت این بحث مطرح است که آیا ادله احکام عاجز شامل عجز اختیاری هم هست یا نه؟ ممکن است ما قائل شویم شامل می‌شود و لذا بگوییم در مثال فوق، وظیفه او تیمم است، ولی می‌توان گفت که مصلحت تیمم در حق او کمتر از مصلحت وضوء است.^۱ یا مثلاً فرضی که شخص از ابتدا قادر بر اتیان نماز در وقت بوده اما خود را نسبت به اینکه همه نماز را در وقت بخواند عاجز کند - حتی اگر بگوییم «من ادرك رکعة فقد ادرك الوقت»^۲ شامل چنين فردی است - با فرضی که تعجیز اختیاری نبوده فرق دارد، لذا اگر شخصی مثلاً بیهوش بوده و اواخر وقت شرعی به هوش آمده و فقط قادر بر اتیان یک رکعت در وقت است، بنا بر اینکه مکلف به نماز باشد، ممکن است مصلحت این نماز او کمتر از نماز در وقت نباشد، بر خلاف فرض اول که تعجیز

۱. ممکن است گفته شود عاصی بودن شخص در چنین فرضی با فوت مصلحت ملازمه ندارد؛ یعنی مصلحت موجود در متعلق حکم در فرض عجز - ولو عجز اختیاری - شاید کمتر از مصلحت موجود در متعلق حکم در فرض قدرت نباشد. اما این اشکال ناتمام است؛ زیرا اگر مصلحت این دو مساوی باشد، وجهی ندارد که مولا در فرضی که ابتدا قدرت وجود دارد به صورت تعیینی مثلاً حکم به وضو کند؛ زیرا اگر در فرض تعجیز اختیاری نیز، مصلحت تیمم به مقدار مصلحت وضو در فرض اختیار باشد، امر تعیینی به وضو وجهی نخواهد داشت و اگر گفته شود شاید امر تعیینی به وضو به جهت مصلحت ملزومه‌ای خارج از ذات متعلق حکم است، بر خلاف این مبنا خواهد بود که در احکام تکلیفی، مصلحت در متعلق حکم است و استاد رحمته الله بر اساس این مبنا می‌گوید که در احکام تکلیفی، مصلحت در متعلق حکم است مطالب خود را مطرح کرده است.

۲. وسائل الشیعة، ج ۴، ص ۲۱۸، ح ۴: «محَمَّدُ بْنُ مَكِّيٍّ الشَّهِيدُ فِي الذِّكْرِ قَالَ رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ أَدْرَكَ رُكْعَةً مِنَ الصَّلَاةِ فَقَدْ أَدْرَكَ الصَّلَاةَ».

اختیاری بود. در حقیقت لسان ادله احکام تعیین نمی‌کند که مصلحت متعلق حکم اختیاری بیش از مصلحت متعلق حکم اضطراری است. پس ممکن است مصلحت بدل و مبدل مساوی باشد بلکه در امور عبادی که جنبه تعظیم و کرنش دارد، ممکن است مصلحت متعلق امر ثانوی بیشتر و با فضیلت‌تر از مصلحت متعلق امر اولی باشد؛ بنابراین در محل بحث (با وجود اینکه جنبه عبادی ندارد) نمی‌توان گفت که اگر مصلحت اشاره با مصلحت توکیل یکسان باشد، لازم می‌آید که مصلحت اشاره با مصلحت عقد لفظی مباشری نیز یکسان باشد در حالی که عقد به اشاره در طول عقد لفظی مباشری و بدل آن است و مصلحت آن کمتر از عقد مباشری است و نمی‌تواند با آن در یک رتبه و هم عرض باشد.

مناقشه سوم: عدم جریان قیاس مساوات در تساوی عرفی

مناقشه سوم در استدلال به قیاس مساوات این است که قیاس مساوات در موردی جریان دارد که تساوی در اطراف قیاس، تساوی عقلی و دقی باشد؛ یعنی اگر «الف» و «ب» با یکدیگر و «ب» و «ج» نیز با یکدیگر به دقت عقلی مساوی باشند، تساوی «الف» و «ج» بدیهی خواهد بود؛ ولی اگر در قضیه مساوات، «الف» و «ب» تساوی غیر عقلی داشته باشند یعنی به نظر عرف مساوی باشند و همین‌طور «ب» و «ج» تساوی عرفی داشته باشند، ممکن است که «الف» با «ج» مساوی نباشد.

توضیح مطلب: در تساوی عرفی، عرف از روی تسامح، دو شیء را با هم مساوی می‌داند، البته مقدار مسامحه عرف مشخص است و این‌طور نیست که در هر مقدار و هر نوع تفاوتی، مسامحه کرده و به تساوی دو شیء حکم کند. برای مثال در نظر عرف، مصلحت ۲۰ درجه‌ای با مصلحت ۱۹ درجه‌ای یکسان است و مصلحت ۱۹ درجه‌ای با مصلحت ۱۸ درجه‌ای نیز مساوی است، ولی این دلیل نمی‌شود که بر اساس قیاس مساوات مصلحت ۲۰ درجه‌ای نیز با مصلحت ۱۸ درجه‌ای مساوی باشد؛ زیرا عرف مثلاً نسبت به یک درجه تفاوت، تسامح می‌کند، ولی نسبت به اختلاف دو درجه‌ای از نظر عرف مسامحه‌ای وجود ندارد و قائل به مساوات نمی‌شود.

در مقام نیز ممکن است بگوییم شاید تفاوت مصلحت اشاره و مباشرت لفظی

در فرض اختیار دو درجه و غیر قابل تسامح باشد و در نتیجه با قدرت بر مباشرت لفظی نمی‌توان اشاره کرد. از سوی دیگر شاید تفاوت مصلحت عقد توکیلی و مباشرت لفظی یک درجه یعنی قابل تسامح باشد؛ لذا می‌توان به جای مباشرت لفظی توکیل کرد؛ اما این بدان معنا نیست که بتوان در فرض عجز از مباشرت لفظی الزام به توکیل کرد؛ زیرا طبق احتمال فوق، تفاوت مصلحت عقد توکیلی و اشاره یک درجه و قابل تسامح است و چنین نیست که عقد توکیلی به صورت الزامی مقدم باشد.

مناقشه چهارم: احتمال کفایت اشاره به دلیل مصلحت تسهیل

مناقشه چهارم این است که حتی اگر پذیرفته شود مصلحت اشاره آخرس (بدل طولی) از مصلحت مباشرت لفظی یا عقد توکیلی کمتر است، ولی نمی‌توان به طور قطعی حکم کرد با تمکن از توکیل، نوبت به اشاره نمی‌رسد. وجه آن مطلبی است که علماء نظیر آن را در جمع بین حکم واقعی و ظاهری و شبهه ابن قبه در تعبد به ظن بیان کرده‌اند. در آنجا این اشکال مطرح شده که چرا در بسیاری از موارد با اینکه تمکن از تحصیل علم و استیفاء مصلحت وجود دارد، شارع مقدس تحصیل علم را واجب ندانسته و اخذ به اماره ظنی را که در معرض تقویت مصلحت نیز قرار دارد، حجت دانسته است؟ در پاسخ اشکال، فرموده‌اند: گرچه به خودی خود در موارد تمکن، تحصیل احکام و استیفاء ملاک آنها بهتر بلکه لازم است و در تعبد به ظن در این موارد، شبهه تقویت مصلحت وجود دارد، ولی گاهی در نفس ترخیص مصلحت ملزمه‌ای وجود دارد، یا در نفس الزام و وجوب عملی، مفسده‌ای وجود دارد که در مقایسه با مصلحت متعلق حکم، موجب عدم وجوب عمل می‌شود گرچه مصلحتی که در متعلق آن حکم وجود دارد، در حد الزام و وجوب باشد؛ لذا شارع از مصلحت ملزمه‌ای که در متعلق تکلیف است، صرف نظر کرده و حکم ترخیصی جعل می‌کند و این از ملاحظات هر مقتنی است که در هنگام جعل تکلیف، مصالح و مفاصد نفس تکلیف را ملاحظه کند. برای تقریب این مطلب

۱. رک: أجود التقریرات، ج ۲، ص ۶۶؛ تقریرات فی أصول الفقه (برجوردی)، ص ۶۶؛ دراسات فی علم الأصول (خونی)، ج ۳، ص ۱۱۱؛ مصباح الأصول (چاپ مؤسسه احیاء آثار سید خونی)، ج ۱، ص ۱۱۲.

که گاهی نفس ترخیص دارای مصلحت است یا نفس الزام موجب مفسده است، می‌توان شخص وسواسی را مثال زد که نمازهای واجب را به سختی می‌خواند ولی نمازهای مستحب را به راحتی انجام می‌دهد لذا شارع این شخص را الزام نکرده است، یا در نماز مسافر هم شاید چنین باشد که شخص تا در وطن است وجوب تعیینی نماز تمام مصلحت ملزمه دارد و حتی در مسافرت نیز چنین باشد ولی در مسافرت، الزام او به نماز تمام، مفسده داشته باشد.^۱ در تجویز عمل به ظنون نیز که مربوط به شبهه ابن قبه بود ممکن است شارع با لحاظ همین نکته بوده که تحصیل علم را لازم ندانسته است.

در اخرس نیز ممکن است الزام او به شرکت در نماز جماعت مفسده‌ای داشته باشد یا ترخیص او مصلحتی داشته باشد که با لحاظ آن، اخرس موظف به نماز جماعت نباشد.

در محل بحث نیز گرچه ممکن است مصلحت توکیل برای شخص اخرس بیش از مصلحت عقد با اشاره باشد، ولی شاید شارع مقدس به دلیل وجود مصلحتی در نفس ترخیص یا مفسده‌ای در لزوم توکیل، عقد با اشاره را کافی دانسته باشد.

دلیل پنجم: فحوای روایات باب طلاق

دلیل پنجم بر کفایت اشاره اخرس در فرض تمکن از توکیل، فحوای روایات باب طلاق است که عمده دلیل، همین دلیل است. فقهایمان مانند مرحوم صاحب مدارک^۲ و مرحوم کاشف اللثام^۳ فرموده‌اند که وقتی شارع مقدس در باب طلاق - با وجود حساسیت شارع در باب طلاق و قرار دادن شروط متعدّد از جمله شرط حضور دو شاهد عادل، و با وجود اینکه می‌خواهد حتی الامکان، طلاق واقع نشود - اشاره اخرس را کافی دانسته و الزام به توکیل نکرده است؛ پس به اولویت یا به دلیل

۱. البته توجه شود که گاهی ممکن است چنین باشد که نه تنها نفس الزام مفسده دارد، بلکه عمل کردن فرد مضطر به حکم شخص مختار نیز مفسده ملزمه دارد که در این صورت انجام حکم مختار نامشروع خواهد بود، نه اینکه فقط الزامی در کار نیست. به بیانی دیگر گاهی ترخیص، عزیمت است، چنان‌که در نماز مسافر نیز نظیر همین نکته وجود دارد.

۲. نهاية المرام، ج ۱، ص ۲۸.

۳. کشف اللثام، ج ۷، ص ۴۷.

استظهار عرفی^۱ استفاده می‌شود که در باب نکاح نیز اشارهٔ اخرس کافی است و به همین دلیل در روایات باب حج^۲ نیز به کفایت تلبیهٔ اخرس با اشاره حکم شده با وجود اینکه در مورد تلبیهٔ حج، نیابت نیز اجمالاً مشروع است.

مؤید دلیل فوق این است که در بین عامه^۳ نیز فتوا بر عدم کفایت اشارهٔ اخرس وجود ندارد؛ بنابراین رایج بودن مسئلهٔ کفایت اشارهٔ اخرس بین مسلمین و عدم وجود روایت مخالف، دلیل بر امضاء آن است.

به نظر می‌رسد فتوا به کفایت اشارهٔ اخرس که از زمان مرحوم محقق حلی (م ۶۷۶ ه. ق)^۴ از مسلمانات شده، مطلب صحیحی است. البته مسلم بودن کفایت اشارهٔ اخرس قبل از مرحوم محقق حلی روشن نیست و اینکه مرحوم شیخ طوسی در کتاب مبسوط^۵ فرموده است که قبول اخرس با اشاره کفایت می‌کند، قابل مناقشه است؛ زیرا کفایت اشارهٔ اخرس اختصاصی به قبول ندارد و ایجاب اخرس نیز با اشاره کافی است.

عدم لزوم تحریک زبان همراه با اشارهٔ اخرس

حال که کفایت اشارهٔ اخرس ثابت شد، در کلام مرحوم آقای خوئی این مسئله مطرح شده که آیا حرکت دادن زبان هم لازم است؟

دلیل آقای خوئی بر لزوم تحریک زبان: تعارف تحریک زبان اخرس

ایشان پس از قول به کفایت اشارهٔ اخرس فرموده است: اخرس علاوه بر اشاره، باید زبان خود را نیز تکان دهد و مجزء اشاره کافی نیست؛ زیرا متعارف در مورد افراد

۱. صاحب مدارک به اولویت تمسک نکرده، بلکه تنها فرموده است: «و الظاهر ان الحكم في الطلاق و النکاح واحد.» (نهایة المرام، ج ۱، ص ۲۸) یعنی فرقی بین نکاح و طلاق نیست. اما کاشف اللثام به اولویت تمسک کرده است: «لفحوی ما ورد في الطلاق» (کشف اللثام، ج ۷، ص ۴۷).

۲. الکافی، ج ۴، ص ۳۳۵: علی بن ابراهیم عن أبيه عن التوفلي عن الشكوني عن جعفر عن أبيه عليه السلام أن علينا عليه السلام قال «تلبية الأخرس وتشهده وقراءته القرآن في الصلاة تحريك لسانه وإشارته بإصبعه».

۳. تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۲: المغنی (ابن قدامة)، ج ۷، ص ۲۲.

۴. کتاب الرجال (ابن داوود حلی)، ص ۸۳، رقم ۳۰۰.

۵. المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۳.

اخرس این است که برای بیان مقاصد خود علاوه بر اینکه با دست یا انگشت یا غیر آن اشاره می‌کنند، زبانشان را نیز حرکت می‌دهند.^۱

اشکالات کلام آقای خوئی

اما کلام ایشان قابل مناقشه است؛ زیرا:

اشکال اول: عدم دلیل بر لزوم تحریک زبان اخرس

اولاً، هیچ‌یک از فقهای شیعه و سنی غیر از مرحوم آقای خوئی، تحریک زبان را نه در باب طلاق و نه در باب نکاح لازم ندانسته‌اند. البته در تلبیه حج و قرائت نماز در روایت^۲ اشاره شده که اخرس زبانش را تکان دهد، ولی در محل بحث دلیلی بر لزوم تحریک زبان توسط اخرس وجود ندارد.

اشکال دوم: عدم تعارف تحریک لسانی در اخرس

ثانیاً، اخرس برای بیان مقاصد از راه‌های متفاوتی استفاده می‌کند؛ گاهی با کتابت و گاهی با حرکت چشم یا سر و دست مقصود را بیان می‌کند. مقتضای کلام مرحوم آقای خوئی این است که مجرد حرکت زبان بدون تولید صدا متعارف است، در حالی که چنین کاری متعارف نیست، علاوه اینکه برای تفهیم مقصود، کتابت بسیار بهتر از تحریک لسان است.

اشکال سوم: دلالت اخبار طلاق اخرس بر عدم لزوم تحریک لسان

ثالثاً، از مجموع روایات باب طلاق استفاده می‌شود تحریک لسان لازم نیست:

• علي بن إبراهيم عن أبيه عن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة ثم يصمت فلا يتكلم قال يكون أخرس قلت نعم فيعلم منه بغض لامرأته وكرهته لها أيجوز أن يطلق عنه وليه قال لا ولكن يكتب ويشهد على ذلك قلت لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها فقال بالذي يعرف منه من فعالة مثل ما ذكرت من كراهته و

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۴۱.

۲. الكافي، ج ۴، ص ۳۳۵: علي بن إبراهيم عن أبيه عن الثؤفلي عن الشكوني عن جعفر عن أبيه عليه السلام أن علياً عليه السلام قال «تلبية الأخرس و تنهده و قراءته القرآن في الصلاة تحريك لسانه و إشارته بإصبعه».

بغضه لها.^۱

• علي بن إبراهيم عن أبيه عن صالح بن السندی عن جعفر بن بشير عن أبان بن عثمان قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن طلاق الخرساء قال يلق فناعها على رأسها ويجذبه.»^۲

به جای «الخرساء»، «الأخرس» نیز آمده است^۳ که همین صحیح است. در این روایت، امام علیه السلام فرموده‌اند که اخرس برای طلاق زنش، روسری او را بر سر زن می‌اندازد^۴ و آن روسری را می‌کشد؛ یعنی با این کار -مثلاً- می‌گوید برو پیش پدرت.

• علي بن إبراهيم عن أبيه عن التوفلي عن الشكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها فيضعها على رأسها ويعتزلها.»^۵ یعنی نحوه طلاق دادن اخرس به این است که مقنعه زن را به سرش بیندازد و از زن کناره‌گیری کند.

• علي بن أبيه عن إسماعيل بن مزار عن يونس «في رجل أخرس كتب في الأرض بطلاق امرأته قال إذا فعل ذلك في قبل الظهر بشهود وفهم عنه كما يفهم عن مثله و يريد الطلاق جاز طلاقه على السنة.»^۶ مفاد روایت یونس مانند روایت بزنی است.

در این روایات سخنی از تحریک زبان و امثال آن وجود ندارد. فقط در تلبیه حج و قرائت نماز علاوه بر اشاره، تحریک زبان لازم است خصوصاً در مورد قرائت نماز که شاید فقط مسئله تفهیم مقصود، ملاک نباشد بلکه مجرد تحریک زبان نیز موضوعیت داشته باشد که کاری شبیه به فرد قادر بر تکلم است که زبان‌ش حرکت

۱. الکافی، ج ۶، ص ۱۲۸، باب طلاق الاخرس، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۴۷، ذیل ح ۱.

۲. الکافی، ج ۶، ص ۱۲۸، باب طلاق الاخرس، ح ۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۴۷، ح ۲.

۳. الکافی (دار الحديث)، ج ۱۱، ص ۶۵۶، پاورقی ۸.

۴. مراد این است که روسری را به سر زن می‌پیچد و می‌بندد نه مجرد اینکه به سر او بیندازد.

۵. الکافی، ج ۶، ص ۱۲۸، باب طلاق الاخرس، ح ۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۴۸، ح ۳.

۶. الکافی، ج ۶، ص ۱۲۸، باب طلاق الاخرس، ح ۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۴۸، ح ۴.

دارد، البته با این تفاوت که در اخرس لفظی تولید نمی‌شود. این مسئله نظائری هم دارد مانند اینکه کسی نذر کرده پیاده به حج برود.^۱

تقدّم کتابت اخرس بر اشاره به دلیل صحیحۀ بزنطی

از روایات باب طلاق (عمده دلیل بر کفایت اشاره اخرس) استفاده می‌شود که اگر اخرس، قادر بر کتابت باشد و بتواند با آن مقصود خود را برساند، کتابت بر اشاره مقدّم است، که در روایت بزنطی چنان‌که گذشت، به صراحت، تقدّم کتابت بر اشاره بیان شده است؛ بنابراین به نظر می‌رسد در باب نکاح نیز تا زمانی که اخرس قادر بر کتابت است، نوبت به اشاره نمی‌رسد.

کافی نبودن کتابت قادر بر تکلم در عقد نکاح

مسألة ۳: «لا يكفي في الإيجاب والقبول الكتابة.»^۲

عدم کفایت کتابت در کلام مرحوم سید یزدی، بر حسب ظاهر، مطلق است و شامل قادر و غیر قادر بر تکلم می‌شود، ولی چنان‌که بیان شد، توکیل بر اخرس واجب نیست و مطمئناً دلالت کتابت اخرس بر انشاء نکاح اگر قوی‌تر از دلالت اشاره نباشد، کمتر از آن نیست، و به طور طبیعی، سیرۀ عقلاء بر تقدّم کتابت ثابت است و بر اساس روایات باب طلاق^۳ نیز کتابت بر اشاره مقدّم دانسته شده که

۱. در برخی روایات، امام علیه السلام برای کسی که نذر کرده تا پیاده و پابرهنه به حج برود، فرموده است وقتی خسته می‌شود سوار بر مرکب شود. گویا نزدیک‌ترین وجه به آنچه متعلق نذر است این است که فقط بخشی را که عاجز از عمل به نذر است سوار شود و باقی را طبق نذر طی کند نه اینکه همه مسیر را سواره باشد.

الکافی، ج ۷، ص ۴۵۸، ح ۱۹: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن رفاعة و حفص قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نذر أن يمضي إلى بيت الله حافيا قال فليمش فإذا تعب فليركب.» (وسائل الشيعة، ج ۱۱، ص ۸۸، ح ۱۰).

۲. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۵۲، م ۳.

۳. تهذيب الأحكام، ج ۸، ص ۷۴، ح ۱۶۶: أحمد بن محمد بن عيسى عن علي بن أحمد بن أشيم عن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال «سألت الرضا عليه السلام عن الزجل يكون عنده المرأة فيصمت فلا يتكلم قال أخرس قلت نعم قال فيعلم منه بغض لأمراته وكراهة لها قلت نعم أيجوز أن يطلق عنه وليه قال لا و

امضاء سیره عقلاء به شمار می‌رود؛ پس عدم کفایت کتابت، مختص به شخص قادر بر تکلم است و بدیهی است که کتابت نیز مانند صیغه لفظی ایجاب و قبول باید با توجه به قرائن و مقام، دال بر انشاء عقد باشد نه اینکه مجرد اخبار و حکایت از وقوع امری باشد یا انشایی بودن آن مشکوک باشد.

بررسی اعتبار تطابق بین ایجاب و قبول در الفاظ متعلقات عقد

مسألة ۴: «لا یجب التّطابق بین الإیجاب و القبول فی ألفاظ المتعلّقات فلو قال: (أنکحتک فلانة) فقال: (قبلت التزویج) أو بالعکس کفی و کذا لو قال: (علی المهر المعلوم) فقال الآخر: (علی الصّداق المعلوم) و هكذا فی سائر المتعلّقات.»^۱

مرحوم سید ابوالحسن اصفهانی^۲ و مرحوم آقای نائینی^۳ در این مسئله احتیاط کرده‌اند. شاید وجه این احتیاط آن باشد که آنچه مورد امضاء شارع قرار گرفته، صیغ متعارف و معمولی است و اگر الفاظ قبول با ایجاب تطابق نکنند، خارج از متعارف است و با شبهه عدم کفایت، حکم به فساد عقد می‌شود.

کفایت عدم استنکار عرفی

اما صحیح آن است که در عقد، استعمال الفاظی که بر مقصود متعاقدین دلالت کند و از نظر عرف، مستنکر نباشد (مورد اعتراض عرف قرار نگیرد) کافی است. آنچه ادعای اجماع بر آن شده^۴ و شاید هم چنین اتفاق نظری باشد، این است که اگر عرفاً

لکن یکتب و یشهد علی ذلك ...».

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۲، م ۴.

۲. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۹۹.

البته مرحوم آقای سید ابوالحسن اصفهانی در وسیله به کفایت فتوا داده است: وسیلة النجاة (با تعلیقات امام خمینی)، ص ۷۰۲.

۳. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۹۹.

۴. صریحاً ادعای اجماع بر باطل بودن صیغه با الفاظ مستنکر عرفی یافت نشد، ولی شاید بتوان از کلام علامه در تذکره چنین ادعای اجماعی را استفاده کرد؛ زیرا مرحوم علامه حلی در تذکره ادعای اجماع کرده که اگر در عقد اجاره از «بعت» استفاده شود صحیح نیست و بعید نیست که وجه حقیقی آن

مستنکر باشد صحیح نیست؛ لذا اگر مستنکر نباشد دلیلی بر بطلان آن نیست.

ایجاب قرار گرفتن «نعم» پس از استفهام از نکاح

مسألة ۵: «یکفی علی الأقوی فی الإیجاب لفظ (نعم) بعد الإستفهام كما إذا قال: (زوّجتني فلانة بكذا؟) فقال: (نعم) فقال الأول: (قبلت) لكنّ الأحوط عدم الإكتفاء.»^۱

نظر آقای حکیم و آقای خوئی: کافی نبودن «نعم» به دلیل مجاز مستنکر بودن آن

بسیاری از فقهای معروف متأخر که بر کتاب عروة الوثقی حاشیه زده‌اند، در این مسئله احتیاط کرده‌اند.^۲ مرحوم آقای حکیم در کتاب النکاح بر عروه اصلاً حاشیه ندارد تا بتوان نظر او را در این باره دانست، اما در مستمسک^۳ این عقد را باطل دانسته است. مرحوم آقای خوئی نیز این عقد را باطل دانسته است.^۴ وجه بطلان در نظر این دو فقیه این است که در جواب استفهام، خبر می‌آید و اگر «نعم» در جایگاه خبر قرار گیرد و اراده انشاء شود مجاز مستنکر است. صاحب ریاض^۵ و برخی دیگر از فقهاء^۶ نیز همین مطلب را قائل‌اند.

همین استنکار و استهجان عرفی باشد که صاحب جواهر نیز مطرح کرده است:

تذکرۃ الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۲۹۱: «فلو قال في الإیجاب بعثک منفعة هذه الدار شهراً بكذا لم یصح عندنا لما بینا من اختصاص لفظه بالبيع بالاعیان وللشافعية وجهان.»

جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۲۰۵: «و لعل شهرة عدم عقد العقود اللازمة بالمجازات محمولة علی المجازات المستنكرة في مثل ذلك کاستعمال النکاح في البيع و بالعکس، لا مطلقاً، كما لا یخفی علی من تصفح کلماتهم، و لعل من ذلك ما في المتن و غیره، بل عن التذکرۃ نسبتہ إلى علمائنا ما لو قال: بعثک هذه الدار و نوى الإجارة لم تصح و کذا لو قال: بعثک سکنها سنة لاختصاص لفظ البيع بنقل الاعیان علی وجه يستهجن استعماله في نقل المنافع مجازاً.»

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۲، م ۵.

۲. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۹۹-۶۰۰.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۷۷.

۴. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۴۲.

۵. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۶.

۶. برای نمونه: التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۱۰؛ غایة المرام، ج ۳، ص ۲۴.

نظر مختار: انشاء عرفی بودن «نعم» در جواب درخواست انشاء

ولی این گونه استعمالات، مستنکر نیست. همان گونه که گاهی استفهام از ماضی، سؤال از وقوع امری است، گاهی نیز در مقام درخواست و کنایه از طلب انشاء است. وقتی می پرسد آیا خودت را به ازدواج من درآوردی، کنایه از این است که خودت را به ازدواج من درآور. در این صورت اگر او در مقام انشاء بگوید «نعم»، جمله محذوف همانا انشاء تزویج است نه اخبار از آن، مثل اینکه در مقام طلب انشاء می پرسد «آیا بالاخره این کتاب را به من بخشیدی؟» که کنایه از این است که آیا آن را به من می بخشی، نه اینکه سؤال از وقوع بخشش در زمان گذشته بکند، و چون این گونه تعبیرات مستنکر نیست بلکه رایج و متعارف است، ایجاب با آن صحیح است. البته احوط استحبابی عدم اکتفا به آن است.

استعمال الفاظ ملحون در صیغه عقد

مسألة ۶: «إذا لحن فی الصیغة فإن کان مغیراً للمعنی لم یکف وإن لم یکن مغیراً فلا بأس به إذا کان فی المتعلقات وإن کان فی نفس اللفظین کأن یقول جوزتک بدل زوجتک فالأحوط عدم الاكتفاء به و کذا اللحن فی الأعراب»^۱

مرحوم آقای بروجردی فرموده است: مرحوم سید یزدی برای لفظی که مغیر معنا نیست مثال صحیحی بیان نکرده است؛ زیرا اگر کسی به جای «زوجتک»، «جوزتک» بگوید، معنا کاملاً تغییر می کند.^۲

بعد از ایشان نیز برخی فقهاء به تبعیت از ایشان همین اشکال را مطرح کرده اند.^۳ حق نیز با مرحوم آقای بروجردی است؛ زیرا «جوز» از باب تفعیل از «جاز المکان أی

البته باید توجه شود که برخی اصلاً به جهت اینکه الفاظ خاصی را در صیغه نکاح معتبر می دانند در این عقد اشکال کرده اند؛ برای نمونه: جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۷۳؛ کتاب النکاح (شیخ انصاری)، ص ۸۲. و برخی دیگر استعمال مجازی را در عقود لازمه منکراند و مقام را از مصادیق آن می دانند؛ برای نمونه: أنوار الفقاهة، ص ۵-۶.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۲، م ۶.

۲. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۰۰.

۳. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۰۰.

قطعه» (عبور کردن) است و معنای مستقّلی دارد و در محاورات عرفی نیز استعمال می‌شود، مانند اینکه وقتی شخصی، نابینایی را از محلی عبور دهد، می‌گوید: «جوّزه» یعنی او را عبور دادم، یا وقتی شخصی حیوانی را عبور دهد گفته می‌شود: «جوّز الدابة»^۱

مثال صحیح برای لفظی که مغیّر معنا نباشد این است که به جای «انکحتک» بگوید: «انکھتک» که باز هم بر مقصود دلالت می‌کند.

معیار بودن استنکار عرفی در بطلان صیغه با الفاظ ملحون

میزان صحت و بطلان در الفاظ ملحون همان مطلبی است که تقریباً جزء مسلّمات دانسته شده و مطابق با احتیاط است. آن مطلب این است که هرگاه عرف، استعمال لفظی را در عقد، مستنکر بداند گرچه مراد مستعمل روشن باشد، عقد صحیح نخواهد بود، و به نظر می‌رسد در چنین فرضی بین اینکه لفظ، مغیّر معنا باشد یا مغیّر نباشد، فرقی وجود ندارد. حال اگر دو طرف عقد که از قصد یکدیگر آگاهی دارند، الفاظ غیر متعارفی را با قرینه استعمال کنند و عرف آن را مستنکر نداند، وجهی بر بطلان عقد وجود ندارد، چه این الفاظ ملحون در نفس ایجاب قبول باشد و چه در متعلّقات آن، چه مغیّر معنا باشد چه مغیّر نباشد.

پس اگر عرب‌زبانی، با الفاظ عربی شکسته که امروزه در بین آنها متداول است، انشاء عقد کند یا ترک زبانی که در لهجه خود کاف را شبیه به «ج» تلفظ می‌کند، به جای «انکحت»، «انچحت» بگوید یا فارس زبان، «انکھت» بگوید عقد صحیح است؛ زیرا عرف این استعمالات را مستنکر نمی‌داند.

در تأیید این مطلب می‌توان روایت مسعده را مطرح کرد که طبق آن اگر عرب فصیح بخواهد مثل عجمی که با زبان عربی آشنایی لازم را ندارد، قرائت نماز خود را بخواند باید تعزیر شود.^۲ پس اگر عرب بخواهد با زبان عجمی انشاء عقد بکند،

۱. المحيط في اللغة، ج ۷، ص ۱۵۰.

۲. قرب الإسناد، ص ۴۸-۴۹، ح ۱۵۸؛ وسائل الشیعة، ج ۶، ص ۱۵۰، ح ۲: عن هارون بن مسلم عن مسعدة بن صدقة قال: «سمعت جعفر بن محمد عليه السلام و سئل عما قد يجوز و عما قد لا يجوز من النية ... و ذلك أنك قد ترى من المحرم من العجم لا يراء منه ما يراء من العالم الفصيح و كذلك الأخرس

صحیح نیست و همچنین اگر عجم نیز بخواهد با عربی شکسته انشاء عقد کند، صحیح نیست؛ زیرا عرفاً مستنکر است.^۱

اعتبار قصد انشاء در عقد به دلیل عدم تنفیذ عرف و شرع

مسألة ۷: «یشترط قصد الإنشاء فی إجراء الصیغة.»^۲

شکی نیست که قصد انشاء در عقد معتبر است؛ زیرا عنوان ازدواج بدون قصد ایجاد آن، محقق نمی‌شود، ولی این شرط، شرطی عرفی است نه عقلی، به این معنا که اگر مجری عقد، جمله‌ای را استعمال کند که اصلاً معنای آن را نمی‌داند تا چه رسد که قصد انشاء کند، چنانچه شارع مقدس یا عقلاء آن را صحیح بدانند، ثبوتاً اشکال عقلی به وجود نمی‌آید، همان‌طور که در جدایی بین زن و شوهر نیز در بعضی از موارد، عقد نکاح، بدون قصد انشاء و بدون صیغه لفظی منفسخ می‌شود و ثبوتاً اشکال عقلی لازم نمی‌آید. پس اشکال در مقام اثبات است که شارع مقدس و عقلاء در باب نکاح، زوجیت را بدون قصد انشاء تنفیذ نکرده‌اند.

شرط نبودن علم تفصیلی به معانی کلمات صیغه

مسألة ۸: «لا یشترط فی المجری للصیغة ان یکون عارفا بمعنی الصیغة تفصیلاً بان یکون ممیزاً للفاعل و المفعول بل یکفی علمه اجمالاً بانّ معنی هذه الصیغة انشاء النکاح و التزویج لکن الاحوط العلم التفصیلی.»^۳

فی القراءة فی الصلاة و التشهد و ما أشبه ذلك فهذا بمنزلة العجم المحرم لا یراد منه ما یراد من العاقل المتکلم الفصیح و لو ذهب العالم المتکلم الفصیح حتی یدع ما قد علم أنه یلزمه أن یعمل به و ینبغی له أن یقوم به حتی یکون ذلك منه بالتبیطیة و الفارسیة، لحیل بینہ و بین ذلك بالأدب حتی یعود إلى ما قد علمه و عقله قال: و لو ذهب من لم یکن فی مثل حال الأعجمی المحرم ففعل فعال الأعجمی و الآخرس علی ما قد وصفنا، إذا لم یکن أحد فاعلاً لشیء من الخیر و لا یعرف الجاهل من العالم.

۱. البته این بدان معنا نیست که اگر عجم در محیط عربی با زبان عربی شکسته صیغه عقد را بخواند اشکال دارد؛ زیرا در آن محیط چنین عقدی مستنکر نیست.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۲، م ۷.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۲، م ۸.

لازم نیست مُجری عقد معنای صیغه را و اینکه فعل و فاعل و مفعول کدام است، تفصیلاً بدانند. همین که اجمالاً بدانند که با این جمله می‌توان انشاء عقد نکاح کرد، کافی است.^۱ ولی طبق این مبنا که باید انشائات، متعارف باشد و الا ادله‌ای بر امضاء و تصحیح آن در کار نیست، عقد مذکور صحیح نیست؛ زیرا در روش متعارف، عرب زبان‌ها که معنای صیغه را می‌دانند، مُجری عقد خواهند بود و غیر عرب زبان‌ها نیز نوعاً اجرای صیغه را به افرادی واگذار می‌کنند که به معنای این‌گونه کلمات آشنا باشند؛ بنابراین انشاء صیغه عقد توسط کسی که معنای صیغه را نمی‌داند، خلاف روش متعارف است؛ لذا احتیاط مستحب این است که این افراد انشاء عقد را ترک کنند و به دیگری وکالت دهند.

اشترای مولات بین ایجاب و قبول در عقد

مسألة ۹: «یشترط الموالاة بین الإیجاب والقبول و تکفی العرفیة منها فلا یضر الفصل فی الجملة بحیث یصدق معه ان هذا قبول لذلك الإیجاب کما لا یضر الفصل بمتعلقات العقد من القيود والشروط و غیرها و ان کثرت»^۲

معیار مولات در متعلقات ایجاب و قبول: اتصال عرفی و عدم طولانی بودن فاصله

میزان در اعتبار مولات در متعلقات ایجاب و قبول با مولات بین ایجاب و قبول مختلف است؛ زیرا هر یک از ایجاب یا قبول به تنهایی کلام واحدی است و متکلم باید کلمات خود را پشت سر هم آورد وگرنه اگر موجب - به عنوان مثال - بخشی از کلمات ایجاب خود را امروز و بخشی دیگر را روز بعد بیان کند، عرفاً قیود مذکور در

۱. توضیح بیشتر: این کلام بر این اساس است که مراد مرحوم سید یزدی همان‌طور که از ذیل کلام ایشان استفاده می‌شود، کفایت آشنایی اجمالی مُجری عقد به مجموع ترکیب جمله باشد و اینکه اجمالاً بدانند این جمله برای تحقق ازدواج استعمال می‌شود گرچه معنای کلمات را به صورت جداگانه ندانند، ولی اگر مراد ایشان عدم لزوم آشنایی با اصطلاحات اهل ادب و تمیز فعل از فاعل باشد چنان‌که برخی این‌گونه برداشت کرده‌اند، مسلماً معتبر نیست و مناقشه‌ای که بیان شد نیز به این مطلب ناظر نیست.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۳، م ۹.

روز دوم، از متعلقات کلام روز اول به شمار نمی‌آید؛ پس میزان موالات در کلمات کلام واحد، اتصال عرفی است.

معیار موالات بین ایجاب و قبول: قبول همان ایجاب بودن در نظر عرف

ولی نمی‌توان این اتصال عرفی را میزان موالات بین ایجاب و قبولی قرار داد که دو کلام مستقل از دو طرف عقد هستند. البته موالات بین ایجاب و قبول باید به گونه‌ای باشد که عرفاً بگویند: «این کلام، قبول آن ایجاب است» که با توجه به موارد مختلف، فرق می‌کند. به عنوان مثال اگر موجب، ایجاب را به صورت کتبی برای قابل بفرستد (در مواردی مانند اخرس اگر کتابت وی جایز باشد یا در عقود دیگری که عقد لفظی در آن‌ها معتبر نیست) و پس از رسیدن نامه به دست قابل، آن ایجاب را قبول کند و اصطلاحاً پای قرارداد را امضاء کند یا قابل پس از ایجاب موجب، مدتی در مورد عقد و جوانب آن تأمل کند و بعد آن را قبول کند، عقد صحیح خواهد بود، گرچه اتصال زمانی رعایت نشده است؛ زیرا عرفاً موالات متناسب با این مورد، محقق است، یا مثلاً حضرت ابراهیم تمام مردم را به حج دعوت کرد، حاجی الان اگر لبیک بگوید، این جواب همان دعوت حضرت ابراهیم است.^۱ پس در مقام،

۱. برای نمونه:

علل الشرائع، ج ۲، ص ۴۱۶، ح ۱: حَدَّثَنَا أَبِي عليه السلام قَالَ حَدَّثَنَا الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنُ عَامِرٍ عَنْ عَمِّهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَامِرٍ عَنْ مُحَمَّدٍ بْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَلِيٍّ الْحَلَبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ «سَأَلْتُهُ لِمَ جَعَلْتَ التَّلْبِيَةَ فَقَالَ إِنَّ اللَّهَ تعالى أَوْحَى إِلَى إِبْرَاهِيمَ عليه السلام (وَأَوْزَنَ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُونَكَ رِجَالًا) فَنَادَى فَأَجِيبْ مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ يَلْتَوْنَ».

و ص ۴۱۹، ح ۱: أَبِي عليه السلام قَالَ حَدَّثَنَا سَعْدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنْ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ فَضَالٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ «لَمَّا أَمَرَ اللَّهُ تعالى إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ عليهما السلام بِنِيبَانِ الْبَيْتِ وَتَمَّ بِنَاوُهُ أَمَرَهُ أَنْ يَصْعَدَ رُكْنًا ثُمَّ يَنَادِي فِي النَّاسِ أَلَا هَلُمَّ الْحَجَّ هَلُمَّ الْحَجَّ فَلَوْ نَادَى هَلُمُّوا إِلَى الْحَجِّ لَمْ يَحْجِ إِلَّا مَنْ كَانَ يَوْمُنَا إِنْشِيَاً مَخْلُوفًا وَلَكِنَّهُ نَادَى هَلُمَّ الْحَجَّ فَلَبَّى النَّاسُ فِي أَصْلَابِ الرِّجَالِ لَبْيَكَ دَاعِيَ اللَّهِ لَبْيَكَ دَاعِيَ اللَّهِ فَمَنْ لَبَّى عَشْرًا حَجَّ عَشْرًا وَمَنْ لَبَّى خَمْسًا حَجَّ خَمْسًا وَمَنْ لَبَّى أَكْثَرَ فَبَعْدَ ذَلِكَ وَمَنْ لَبَّى وَاحِدًا حَجَّ وَاحِدًا وَمَنْ لَمْ يَلْبَدْ لَمْ يَحْجِ».

البته این روایت منافاتی با این مطلب ندارد که طبق برخی روایات، لبیک حاجی‌ها اجابت دعوت الهی است؛ زیرا ابراهیم عليه السلام نیز از سوی خدا چنین دعوتی کرده است.

فقط آن مقدار از موالات که عرف آن را مستنکر نداند باید رعایت شود، ولی اتصال زمانی به گونه‌ای که بین کلمات کلام واحد باید رعایت شود، بین ایجاب و قبول معتبر نیست.

بررسی انصراف ادله عقود به عقود متعارف

اما آیا می‌توان گفت که ادله صحت عقود به عقود متعارف منصرف است و در نتیجه گفته شود که حتی اگر در مقام، مقداری فاصله بین ایجاب و قبول، عرفاً مستنکر نباشد، در صورتی که غیر متعارف باشد دلیلی بر امضاء و تصحیح عقد نداریم و باطل است؟

نظر آقای حکیم و آقای خوئی: انصراف ادله عقود به عقود متعارف

مرحوم آقای خوئی در مسئله اشتراط تنجیز در عقود فرموده است: اطلاعات و عموماً ادله تنفیذ عقود به عقود متعارف انصراف دارد.^۱ مرحوم آقای حکیم^۲ نیز این مطلب را قائل شده و در مسئله بطلان عقد سکران و مانند آن به این مطلب تصریح کرده است.

اشکال: صحت عقد سفهی غیر متعارف در نظر آقای خوئی

اما مرحوم آقای خوئی در بحث از شرایط عوضین بر خلاف این مبنا مشی کرده و فرموده است: مالیت در عوضین شرط نیست و ملکیت آن در صحت عقد کافی است؛^۳ بنابراین اگر عقد بر شیء مملوکی واقع شود که مالیت ندارد مانند سوسک یا پوسته تخمه، صحیح خواهد بود. ایشان معتقد است که آنچه در روایات باطل

علل الشرائع، ج ۲، ص ۴۱۶، ح ۲: حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ رحمتهما الله قَالَ حَدَّثَنَا أَبُو الْحُسَيْنِ مُحَمَّدُ بْنُ جَعْفَرِ الْأَسَدِيِّ عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ الْأَدَمِيِّ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ عَثْمَانَ الدَّارِمِيِّ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ جَعْفَرٍ قَالَ «سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ رحمتهما الله عَنِ التَّلْبِيَةِ وَعَلَّيْهَا فَقَالَ إِنَّ النَّاسَ إِذَا أَحْرَمُوا نَادَاهُمْ اللَّهُ تَعَالَى ذَكَرَهُ فَقَالَ عَبَادِي وَإِمَانِي لِأَحْرَمْتُمْ عَلَى النَّارِ كَمَا أَحْرَمْتُمْ لِي فَيَقُولُونَ لَبَّيْكَ اللَّهُمَّ لَبَّيْكَ إِجَابَةً لِلَّهِ رحمتهما الله عَلَى نَدَائِهِ إِيَاهُمْ».

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۴۸.

۲. مستمسك العروة الوثقى، ج ۱۴، ص ۳۸۶.

۳. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۰، ص ۲۱۲.

شمرده شده، عقد سفیه است نه عقد سفیهانه؛ بنابراین اطلاقات و عمومات ادله تنفید عقود، شامل عقود سفیهانه نیز می‌شود.^۱ اما بدون شک فروش این اشیاء (سوسک و پوسته تخمه) متعارف نیست و با توجه به اینکه ایشان این ادله را از عقود غیر متعارف منصرف دانسته، باید این‌گونه عقود را نیز صحیح نداند.

نظر مختار: انصراف ادله از عقود مستنکر عرفی و شرعی، نه مطلق عقود غیر متعارف البته انصراف به معنایی که مختار ماست صحیح است. طبق نظر مختار، ادله عقود از عقودی که نزد عرف و شرع مستنکر است، منصرف است.

توضیح مطلب:

ادله تنفید عقد مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۲ یا «المؤمنون عند شروطهم»^۳ اصلاً اطلاق ندارد تا شامل هر عقد و قراردادی شود؛ زیرا این ادله، تأسیسی نیستند، بلکه تنها همان بناء عقلاء درباره شروط و عقود را امضاء کرده است. عقلاء، التزام به قرارداد خارج از ضوابط عرفی را لازم نمی‌دانند؛ یعنی خود قرارداد را مشروع نمی‌دانند. شرع مقدس هم همین بناء عقلاء را امضاء کرده و بر اساس همین بناء عقلاء عمل به شروط و عقود را لازم دانسته و لذا موارد خلاف شرع از اول از تحت ادله صحت عقود، خارج است. همان‌طور که موارد خلاف قوانین عرفی خارج از بناء عقلاء در عمل به عقود و شروط است، موارد خلاف شرع نیز خارج از مفاد ادله صحت عقود و شروط است.

حال اگر انشاء عقد، غیر متعارف باشد، اما خلاف ضوابط عرفی نباشد کافی است؛ زیرا نه خلاف قوانین عقلاء است نه خلاف قوانین شرع مقدس اسلام، همان‌طور که قرارداد فروش یک کیلو گندم به -مثلاً- بیست هزار تومان، متعارف نیست، ولی چون در نزد عرف و شرع مستنکر نیست، نافذ است.

۱. برای نمونه: مصباح الفقاهة، ج ۵، ص ۳۰۹.

۲. المائدة، ۱.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۷۱، ح ۶۶: عنه عن أنوب بن نوح عن صفوان بن یحیی عن منصور بزرع عن عبد صالح رضی الله عنه قال: «... فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ».

عدم اعتبار اتحاد مجلس ایجاب و قبول

مسألة ۱۰: «ذكر بعضهم أنه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول فلو كان القابل غائباً عن المجلس فقال الموجب: «زوّجت فلاناً فلانة» وبعد بلوغ الخبر إليه قال: «قبلت» لم يصح وفيه أنه لا دليل على اعتباره من حيث هو وعدم الصحة في الفرض المذكور أمّا هو من جهة الفصل الطويل او عدم صدق المعاقدة والمعاودة لعدم التخاطب والّا فلو فرض صدق المعاقدة وعدم الفصل مع تعدّد المجلس صحّ كما اذا خاطبه وهو في مكان آخر لكنّه يسمع صوته ويقول: «قبلت» بلا فصل مضّر فأنّه يصدق عليه المعاقدة.»^۱

نظر علامه حلی: اعتبار اتحاد مجلس ایجاب و قبول

مرحوم علامه حلی در کتاب تذکره فرموده است: یکی از شرایط عقد نکاح، اتحاد مجلس ایجاب و قبول است^۲ بنابراین اگر موجب، انشاء ایجاب کند و قابل در مجلس حاضر نباشد و پس از رسیدن خبر ایجاب قبول کند، عقد صحیح نخواهد بود.

اشکال مرحوم سید بر علامه: کفایت صدق معاودة و رعایت موالات

مرحوم سید یزدی به مرحوم علامه حلی به درستی اشکال کرده و فرموده است: اگر فاصله زیادی بین ایجاب و قبول نباشد و تخاطب نیز بین دو طرف عقد محقق باشد، تعدّد مجلس به صحت عقد ضرر نخواهد زد، مانند اینکه هر یک از دو طرف عقد در خانه خود نشسته باشند ولی به سبب نزدیک بودن دو خانه^۳، صدای یکدیگر را می شنوند (مخاطبه صادق است) و فاصله زیاد نیز بین ایجاب و قبول

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۳، م ۱۰.

۲. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۳.

۳. استاد یزدی: آنچه سابقاً ما در نجف دیده بودیم چنین بود که منازل نجف، داخل یک حصار کوچک بود که طول آن شاید حدود نیم کیلومتر و عرض این حصار کمی کمتر بود، کوچه ها بسیار تنگ بود و هر خانه ای که اتافی می ساخت قسمتی از کوچه را می گرفت، خانه روبرویی آن هم به همین ترتیب؛ لذا خانه ها به هم متصل می شدند، سپس کم کم بیرون حصار، خانه ساختند و الان بزرگ شده است.

نباشد، که این عقد صحیح است گرچه مجلس واحد وجود ندارد.^۱

اشترای تنجیز در عقد نکاح

مسألة ۱۱: «و یشرط فیہ التنجیز کما فی سایر العقود فلو علقه علی شرط او مجیء زمان بطل. نعم لو علقه علی امر محقق معلوم کأن یقول: «إن کان هذا یوم الجمعة زوجتک فلانة» مع علمه بأنه یوم الجمعة صح و اما مع عدم علمه فمشکل.»^۲

بحث از اعتبار تنجیز در سایر عقود چون بحث مفصلی است و باید نسبت به تک تک عقود جداگانه بحث شود، لذا در اینجا ما وارد آن نمی‌شویم. ولی اجمال مطلب این است که اصولاً اعتبار تنجیز در عقود مستند به دلیل لفظی قابل توجهی نیست بلکه عمده دلیل، ادعای اجماع است که اگر انسان به مصادر اصلی مراجعه کند، نوعاً چنین اجماعی نیز وجود ندارد.

علاوه اینکه طبق برخی مبانی، وصیت استثناء است. برای نمونه، مرحوم آقای گلپایگانی عقیده‌اش این بود که «وصیت» جزء عقود است^۳ و از سویی مسلم است که تعلیق «وصیت» بر غیر موت موصی نیز جایز است، مثلاً شخصی چنین وصیت کند: «اگر فلان شخص محتاج باشد فلان مقدار از اموال برای او باشد، یا به بعد از مرگم به او تملیک کنید»، و به همین جهت فقهاء دو نوع وصیت - وصیت مطلقه و معلقه - را مطرح کرده‌اند.^۴ البته ایشان در بحث جاری تعلیق‌ای نرده و

۱. استاد^{رحمته}: حدود بیست و چند سال پیش، یکی از دوستان که در حادثه تصادف، همسر و فرزندانش را از دست داده بود، نیمه شب اول ماه رمضان تماس تلفنی گرفت و وکالت داد تا خواهر آن زن متوفاً به عقدش درآورده شود که ایجاب و قبول به صورت تلفنی و با وجود دوری مسافت، خوانده شد.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۳، م ۱۱.

۳. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۵۳.

۴. شاهی بر مسلم بودن این مطلب در عبارات یافت نشد، بلکه برخی فقهاء تعلیق به غیر موت را در وصیت باطل می‌دانند.

ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۴۸۱: «قال ۞: "ولو قال العبد متی عتقت ثم مت فثلثی لفلان فالأقرب الجواز." أقول: وجه القرب انه تصرف وارد علی حال الوفاة و الحرية فلا یمنع العبودیة الا ان منه (و من) انه لیس له أهلیة الملك فیسلب أهلیة التصرفات المتفرعة علیه (ولانه) علق الوصیة علی شرط و الأصح عندی البطلان.»

جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۲۷۳-۲۷۴: «و کذا لانصح وصية المملوك بما في يده من الأغنياء و مطلقا بناء على أنه لا يملك أصلا حتى مع إجازة السيد لخروجها عن موضوع الوصية ضرورة كونها كقول مال زيد لعمر و بعد وفاتي، بل و لا من الفضولي الذي هو الوصية عن زيد بعد وفاته، لا وفاة غيره، بل و على غيره للحجر عليه الشامل لهذا التصرف قطعا، و لو بملاحظة ما دل من النصوص على جواز وصية المكاتب بمقدار ما أعتق منه.

نعم لو أجاز له مولاه صح بناء على ملكه، بل و کذا لو زال الرق و فرض بقاء ماله الموصى به على ملكه حتى مات، قد يحتمل البطالان كبيع المرهون ثم فك، بناء على عدم الصحة فيه، لكن قد عرفت البحث فيه في محله.

أما لو ارتفع الرق عنه بعد الإيضاء منه و قد ملك بعد عتقه مثلا ما تنفذ فيه وصيته، فوجهان: من إطلاق تنفيذ الوصية و كونه غير مسلوب العبارة فهو كالمعسر حال الوصية الموسر حال الموت، و إطلاق ما دل على نفوذ وصية المكاتب بقدر ما تحرر منه، و عدم ثبوت اشتراط صحة الوصية بعدم المانع من نفوذها غير الموت - و من وقوع الإيجاب عنه و هو رق، و إطلاق قوله لا وصية لمملوك و التعليق في المعنى في الوصية، بغير الموت - أفواهما الأول لما عرفت مع عدم ثبوت اعتبار الحرية حين إيجاده عبارة الوصية بل لعل الثابت خلافه، كما سمعته في إطلاق روايات المكاتب كما أن المعتبر في الوصية الملك حين الوفاة، لا حين الإيقاع، و الخبر المزبور مع عدم جمعه لشرائط الحجية ظاهر في غير الفرض، و عدم قدح معنى التعليق الذي هو كقوله إن كانت زوجتي فهي طالق، بل في القواعد و غيره لو قال العبد: متى اعتقدت ثم مت فأقرب الجواز. و لعله لأن قوله هذا الزيد بعد وفاتي إن مت حرا، بمنزلة قوله إن مت في سفري أو مرضي، بل لا يبعد صحة التعليق على الملك في الشخص أو المطلق و إن كان لا يخلو من نظر، سيما الأول، كالنظر في صحة الوصية بعين للغير ثم ملكها بعد ذلك هذا كله في الوصية التمليلية للشخص أو المطلق.؛ و ص ۲۷۹-۲۸۰: «نعم عن التذكرة احتمال صحة الوصية بملك الغير إذا قيده بتملكه و في القواعد و لو قال: إن ملكت مال فلان فقد أوصيت به الفقراء احتمال الصحة لأنه أولى من الوصية بالمعذور مع أنه لا يخلو من نظر أو منع يعرف مما قدمناه سابقا، و هو بطلان التعليق على غير الموت للوصية.»

گرچه در ایضاء، برخی تعليق را مبطل ندانسته اند:

تذكرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۰۹: «مسألة لو قال الموصى للموصى أوصيت إليك فإذا حضرتك الوفاة فوصي فلان أو فقد أوصيت اليه أو قال قد أوصيت إليك ان يبلغ ابني فلان أو يقدم من سفره فإذا بلغ أو قدم فهو الوصى أو قال أوصيت إليك الى سنة فإذا مضت فوصي فلان ذلك فإذا مات الوصى الأول كان الثاني وصيا للأب لا للوصى الأول لأنه وصى اليه بشرط و هو جائز ... و تحتمل الوصية التعليق كما تحتمل الجهالة و الاخطار و قال بعض الشافعية لا يجوز كما في تعليق الوكالة ...»

جواهر الکلام، ج ۲۸، ص ۴۰۰-۴۰۱: «قد عرفت سابقا ما يقتضي أن الأصل جواز نصب الصبي وصيا إذا علق ذلك على بلوغه رشيدا، ضرورة كونه للعمومات و أن الوصاية كالأمانة لا يقدر فيها التعليق و نحوه، و لذا جاز الوصية إلى المجنون الأوراري، و جاز الإيضاء إلى زيد فإن مات فإلى عمرو، و إلى ولده إن بلغ رشيدا، كما نص عليه في الدروس، و كذا في القواعد ...»

وصیت را استثنا نکرده است.^۱

بررسی برخی ابهامات در عبارت مرحوم سید

مرحوم سید فرموده است: «فلو علّقه علی شرط او مجبیء زمان بطل، نعم لو علّقه علی امر محقق معلوم، کأن یقول: «إن کان هذا یوم الجمعة زوجتک فلانة» مع علمه بأنه یوم الجمعة صحّ و اما مع عدم علمه فمشکل.»

درباره این عبارت، چندین سؤال مطرح است که پس از طرح آن‌ها به پاسخ هر یک می‌پردازیم:

سؤال اول این است که مرحوم سید ابتدا به طور منجز و مطلق حکم کرده که تعلیق نسبت به شرط یا زمان موجب بطلان عقد است و فرقی بین صورت علم و جهل نگذاشته، ولی در ادامه مسئله می‌فرماید که اگر معلق علیه نزد خود شخص معلوم باشد صحیح است و الاّ صحت عقد مشکل است. سؤال این است که مسئله از دو صورت علم و جهل عاقد خارج نیست که در ذیل عبارت، مرحوم سید حکم به بطلان هیچ‌یک از این دو صورت نکرده، بلکه در صورت علم، حکم به صحت کرده و در صورت جهل نیز اظهار تردید کرده است، پس چه صورتی وجود دارد که ایشان در صدر عبارت، یعنی «فلو علّقه علی شرط او مجبیء زمان بطل» حکم به بطلان عقد کرده است؟

سؤال دوم این است که چرا مرحوم سید در عبارت «نعم لو علّقه علی امر محقق

در هر حال، از عبارات برخی مانند شهید ثانی استفاده می‌شود که تعلیق در وصیت را موجب بطلان وصیت ندانسته‌اند:

تمهید القواعد الأصولیة، ص ۵۷۱: «الوصیة تقبل الشرط و التعليق علی الشرط:» الروضة البهیة (چاپ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۹۶: «و تصحّ الوصیة مطلقاً غیر مقیدة بزمان أو وصف مثل ما تقدّم» من قوله: «أوصیت» أو «افعلوا کذا بعد وفاتی» أو «لعلان بعد وفاتی» و «مقیدة، مثل «افعلوا» بعد وفاتی فی سنة کذا، أو فی سفر کذا، فیتخصّص بما خصّصه من السنة أو السفر ونحوهما، فلو مات فی غیرها أو غیره بطلت الوصیة: لاختصاصها بمحلّ القید فلا وصیة بدونه.»

رک: تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۴۰۶: الدروس الشرعیة، ج ۲، ص ۲۹۹.

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۰۱، م ۱۱.

معلوم ... فمشکل» مَقْسَم علم و جهل عاقد را امر محقق معلوم قرار داده با اینکه به حسب ظاهر اگر مَقْسَم، امر محقق معلوم است، تقسیم آن به صورت علم و جهل صحیح نیست؟

سؤال سوم این است که وجه تعبیر «مشکل» در صورت عدم علم عاقد چیست؟ برای پاسخ به این سؤالات، ابتدا جواب سؤال دوم بیان خواهد شد که با آن، پاسخ دو سؤال دیگر نیز روشن خواهد شد.

جواب سؤال دوم این است که مراد ایشان از امر محقق معلوم که آن را مَقْسَم قرار داده، معلوم برای غالب افراد است؛ یعنی عاقد، عقد را معلق بر امری کند که نوع مردم از تحقق آن آگاه هستند؛ مثلاً جمعه بودن امروز یا روز بودن اکنون را نوع مردم می‌دانند، حال اگر عاقد نیز از تحقق امر مذکور اطلاع داشته باشد، عقد او صحیح است؛ ولی اگر نوع مردم اطلاع دارند ولی خود عاقد علم ندارد، مثل اعمی در فرضی که نمی‌داند الان روز است، مرحوم سید نسبت به صحت عقد در این فرض، مردّد است. لذا مراد از معلوم در «محقق معلوم» معلوم در نزد غالب مردم است، نظیر اینکه به فردی در بحث گفته شود: «این مطلب معلوم است»؛ یعنی نوع مردم آن را می‌دانند نه اینکه مخاطب هم از آن آگاه است، یا مثلاً در بحث می‌گوییم: «در این مطلب شکی نیست»، این معنایش آن نیست که مخاطب هم شکی ندارد بلکه مراد این است که مردم در آن شکی ندارند.

با این توضیح، جواب سؤال اول نیز معلوم می‌شود. فرضی را که ایشان به طور مطلق در مورد آن حکم به بطلان عقد کرده، فرضی است که حصول معلق علیه برای نوع مردم معلوم نیست و لذا هیچ‌گونه تنافی با تفصیل در ذیل عبارت ایشان ندارد. در پاسخ سؤال سوم نیز می‌توان گفت: عده‌ای مثل مرحوم آقای سید ابوالحسن اصفهانی و مرحوم آقای بروجرودی فرموده‌اند در صورت اخیر یعنی جایی که حصول معلق علیه برای نوع مردم معلوم است ولی عاقد آن را نمی‌داند، بلا اشکال عقد باطل است و وجهی برای تعبیر به «مشکل» که مرحوم سید فرموده است وجود ندارد^۱، ولی به نظر ما این تردید بی‌وجه نیست.

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۰۱.

وجه تردید مرحوم سید در فرض جهل به تحقق معلق علیه
به نظر ما وجه تردید مرحوم سید در این مورد یکی از دو امر ذیل می تواند باشد:

وجه اول: تردید در شمول اجماع

چنان که در بررسی ادله اعتبار تنجیز خواهد آمد، عمده دلیل بر اعتبار تنجیز، ادعای اجماع است، وقتی به کلمات فقهاء مراجعه می شود ملاحظه می کنیم که در بسیاری از کلمات، این مفاد آمده است که اگر حصول معلق علیه معلوم باشد عقد، صحیح است و اگر مجهول و مشکوک باشد عقد، باطل است.

یکی از جهات تردید مرحوم سید در مورد فرضی که حصول معلق علیه نزد نوع مردم معلوم است ولی عاقد علم ندارد، این است که مراد مجمعین از علم و جهل خیلی روشن نیست که آیا معلوم و مجهول بودن نزد نوع مردم منظور است تا محل کلام در قسم معلوم داخل شود و عقد صحیح باشد، یا اینکه مراد، معلوم و مجهول در نظر شخص عاقد است تا محل کلام در قسم مجهول داخل شده و عقد باطل باشد؟

وجه دوم: تردید در بطلان تعلیق در شک قابل زوال با تروی

نکته دیگری که ممکن است منشأ تردید مرحوم سید باشد، این است که وقتی می گویند تعلیق بر مشکوک الحصول باطل است، آیا شامل آن قبیل شک هایی که می تواند با سؤال کردن از دیگران برطرف شود یا با اندک تأمل و فحوصی شک برطرف می گردد نیز می شود؟ نظیر همین مطلب در شک بین رکعات نماز هم مطرح است. مثلاً آیا در شک بین سه و چهار، به مجرد شک، احکام شک مترتب است یا باید کمی تروی کند و اگر شک، مستقر بود بنا را بر چهار بگذارد. خلاصه اینکه ممکن است به جهات فوق، حکم مسئله برای مرحوم سید خیلی روشن نبوده و لذا تعبیر به «مشکل» کرده است.

صور تعلیق عقد بر شرط از نظر نوع شرط

صور تعلیق عقد بر شرط از جهت نوع شرط عبارت است از دو صورت:

- صورت اول: شرط استقبالی
- صورت دوم: شرط حالّی

صورت اول (شرط استقبالی) و انواع آن

در صورت اول، شرط استقبالی گاهی مقارن است گاهی متأخر. معنای شرط مقارن این است که هم‌زمان با حصول شرط در آینده، زوجیت نیز محقق می‌شود.

معنای شرط متأخر این است که زوجیت از زمان عقد حاصل می‌شود اما به شرط حصول آن امر استقبالی در ظرف خودش.

شرط استقبالی از حیث دیگر دو قسم دارد:

- قسم اول مشکوک الحصول است، مانند اینکه شخص بگوید: «اگر مسافر من، سالم برگردد...».
- قسم دوم قطعی الحصول است، مانند اینکه بگوید: «اگر روز جمعه بیاید...».

صورت دوم: شرط حالی

اما شق دیگر مسئله این است که عقد، بر شرط حالی - نه استقبالی - معلق شده باشد.

حکم صور تعلیق در عروه: بطلان در شرط حالی مشکوک و تمام شروط استقبالی

از اطلاق عبارت عروه استفاده می‌شود که اگر عقد، بر شرطی که در آینده حاصل می‌شود معلق شود، باطل خواهد بود، چه آن شرط، مقارن یا متأخر و چه حصول آن در آینده قطعی یا مشکوک باشد.

اما در شرط حالی اگر آن امر حالی، محقق و معلوم باشد تعلیق مضر نیست، اما اگر مشکوک باشد، حکم به صحت عقد مشکل است. مثلاً در فرضی که شخص بخواهد در یکی از ساعات استحباب عقد نکاح، عقد را بخواند ولی نسبت به آن ساعت شک دارد، لذا می‌گوید: «اگر الآن فلان ساعت باشد تو را تزویج کردم» مرحوم سید می‌فرماید: صحت چنین عقدی محل اشکال است.

بررسی کلام شیخ انصاری

حال کلام شیخ انصاری تبیین و بررسی می‌شود.

صُور تعلیق در کلام شیخ انصاری

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید: گاهی حصولِ معلقِ علیه قطعی و گاهی مشکوک است و در هر یک از این دو قسم، معلقِ علیه، امر حالی یا امر استقبالی است و شرط استقبالی نیز گاهی به نحو شرطِ مقارن و گاهی به نحو شرطِ متأخر است، و به اعتباری دیگر گاهی معلقِ علیه در صحت عقد دخیل است و گاهی چنین نیست.^۱

برای مواردی که معلقِ علیه در صحت عقد دخیل است، می‌توان این نمونه‌ها را ذکر کرد: «اگر بی‌شوهر باشی، با تو ازدواج کردم» که در اینجا بی‌شوهر بودن زن، شرط صحت نکاح است، یا در باب بیع بگوید: «این کان هذالی فقد بعثک اياه» که ملکیت مبیع، شرط صحت بیع است و گاهی نیز معلقِ علیه در صحت عقد دخیل نیست، مانند اینکه شخص بگوید: «اگر الآن روز جمعه و فلان ساعت باشد، با تو ازدواج کردم».

لزوم تفکیک بین شرط صحت شرعی و صحت عقلایی در کلام مرحوم شیخ

البته در موردی که معلقِ علیه، شرط صحت عقد است لازم است تفکیکی صورت بگیرد که ذکر نشده است؛ چون این قسم خودش دو حالت دارد. گاهی معلقِ علیه، شرط صحت عقلایی است، یعنی تأسیس شارع نیست و عقلاء آن را شرط صحت

۱. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۱۶۶: «و تفصیل الکلام: أنَّ المعلق علیه إما أن يكون معلوم التحقق، وإما أن يكون محتمل التحقق وعلى الوجهين فإما أن يكون تحققه المعلوم أو المحتمل في الحال أو المستقبل وعلى التقادير فإما أن يكون الشرط مما يكون مصححا للعقد ككون الشيء ممّا يصحّ تملكه شرعا أو ممّا يصحّ إخراجه عن الملك كغير أم الولد وغير الموقوف ونحوه، وكون المشتري ممّن يصحّ تملكه شرعا، كان لا يكون عبدا، وممن يجوز العقد معه بأن يكون بالغا، وإما أن لا يكون كذلك».

البته مرحوم شیخ انصاری تقسیم دیگری را هم در ادامه ارائه کرده است:

«ثمّ التعليق، إما مصّحح به، وإما لازم من الکلام، كقوله: «ملّکتک هذا بهذا يوم الجمعة»، وقوله في القرض والهبة: «خذ هذا بعوضه»، أو «خذ هذا بعوض يوم الجمعة»، فإن التملك معلق على تحقّق الجمعة في الحال أو في الاستقبال، ولهذا احتمل العلامة في النهاية وولده في الإيضاح بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظنّ حياته؛ معلّلاً بأنّ العقد وإن كان منجزاً في الصورة إلاّ أنّه معلق، والتقدير: إن مات مورثي فقد بعثک.» (کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۱۶۶-۱۶۷).

دانسته‌اند، مانند بی‌شوهر بودن زن که نزد عقلاء، شرط صحت نکاح است یا ملکیت مبیع که نزد عقلاء شرط صحت بیع است، و گاهی معلق علیه، شرط صحت شرعی است، مانند در حال احرام نبودن یا در عده نبودن زن یا خواهرزن نبودن و امثال آن که شرط شرعی صحت نکاح است.

بررسی اجمالی برخی صور تعلیق در کلام شیخ انصاری

در هر حال، حکم صوری که شیخ انصاری مطرح کرده اجمالاً در ذیل بررسی می‌شود.^۱

الف. معلق علیه حالی قطعی

صورت اول این است که معلق علیه امر حالی و حصول آن قطعی باشد که صحت عقد در این صورت، ظاهراً مسلم است و اختلافی در آن نیست و فرقی نمی‌کند که معلق علیه، شرط صحت عقد باشد یا نباشد.^۲

ب. معلق علیه استقبالی (شرط مقارن)

صورت دوم این است که معلق علیه، امر یا زمان متأخری باشد که به نحو شرط مقارن است؛ یعنی در صورت تحقق معلق علیه، تحقق نکاح نیز در همان زمان متأخر است، مانند اینکه شخص بگوید: «اگر فلان حادثه در یک ماه آینده واقع شود، تو آن زمان زن من باش» گرچه وقوع حادثه قطعی باشد، یا بگوید: «یک ماه دیگر تو زن من باش» که در این صورت نیز از مجموع عبارات فقهاء - عامه و خاصه - استفاده می‌شود که مسلماً باطل است.^۳ این حکم به باب نکاح اختصاص ندارد

۱. از بیان استاد^{رحمته‌الله} استفاده می‌شود که ایشان گویا کلام شیخ انصاری را در این مقام تبیین می‌کند و در برخی موارد مطالبی را به آن افزوده است. همچنین تفاوت‌هایی بین کلام استاد^{رحمته‌الله} و کلام مرحوم شیخ وجود دارد که در ادامه اشاره خواهد شد.

۲. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۱۶۷.

۳. استاد^{رحمته‌الله} بین شرط مقارن و متأخر تفصیل داده، اما در کلام مرحوم شیخ انصاری چنین تفصیلی وجود ندارد، گرچه مثال مذکور در کلام شیخ انصاری، ظاهراً شرط مقارن است. در هر حال آنچه قابل توجه است این است که وقتی در شرط استقبالی معلوم الحصول ادعای اجماع بر بطلان شده، قطعاً شرط استقبالی مشکوک الحصول نیز اجمالاً باطل است.

کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۱۶۷-۱۶۸: «و ما كان معلوم الحصول في المستقبل و هو المعبر عنه بالصفة الظاهر أنه داخل في معقد اتفاقهم على عدم الجواز وإن كان تعليلهم للمنع

و در سایر عقود نیز مانند بیع، هبه و حتی عقود اذنی مانند وکالت، همین مطلب وجود دارد. به عنوان مثال اگر شخص در باب وکالت بگوید: «تو فردا وکیل من باش»، عقد وکالت باطل است ولی اگر وکالت فعلی را انشاء کند و متعلق وکالت، استقبالی باشد صحیح است،^۱ یا اگر در باب وقف بگوید: «این مال، یک ماه دیگر موقوفه باشد» صحیح نیست. البته در موارد خاصی مانند وصیت، تدبیر و مسابقه صحیح است که امری اعتباری را در زمان آینده، اعتبار کند، مانند اینکه بگوید: «بعد از فوت من، تو مالک فلان شیء هستی» یا به عید خود بگوید: «بعد از وفات من، آزاد هستی» یا بگوید: «هر کس در مسابقه برنده شود، مالک فلان شیء باشد»، ولی در بیع، نکاح و وکالت، بطلان عقد از مسلمات است. سیره نیز نه در نکاح نه در بیع چنین نیست که به این صورت انشاء عقد کنند. عامه در زمان اتمه نیز چنین عقدی را باطل می‌دانند.^۲

ج. معلق علیه استقبالی (شرط متأخر) مشکوک

صورت سوم این است که معلق علیه، امری استقبالی و حصول آن مشکوک باشد و به نحو شرط متأخر لحاظ شود یعنی حصول شرط در زمان متأخر، کاشف از این است که مُنشأ از ابتداء حاصل شده، مانند اینکه بگوید: «اگر حاجی‌ها برگردند، تو از همین الآن مالک این شیء باش» که از کلمات فقهاء، مسلم بودن بطلان این عقد نیز استفاده می‌شود.^۳

بأشراط الحزم لا یجری فیہ کما اعترف به الشہید فیما تقدّم عنہ، و نحوه الشہید الثانی فیما حکى عنہ، بل یظهر من عبارة المبسوط فی باب الوقف کونه ممّا لا خلاف فیہ بیننا، بل بین العامة؛ فإنه قال: إذا قال الواقف: «إذا جاء رأس الشهر فقد وقفت» لم یصح الوقف بلا خلاف؛ لأنه مثل البیع و الهبة، و عندنا مثل العتق أيضا، انتهى؛ فإنّ ذیلہ بدّل علی أنّ مماثلة الوقف للبیع و الهبة غیر مختص بالإمامیة، نعم مماثلته للعتق مختص بهم».

۱. درباره تفاوت حکم این دو نوع توکیل در بررسی ادله اعتبار تنجیز، دلیل اول، استاد الله به تفصیل مطالبی را بیان خواهد کرد.

۲. ر.ک: المبسوط، ج ۳، ص ۲۹۹؛ تذکرة الفقهاء، ج ۱۰، ص ۹-۱۰؛ و ج ۱۷، ص ۱۲؛ المجموع شرح المذهب، ج ۹، ص ۱۷۰. همچنین: تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۲۹۷، ۴۳۳ و ص ۵۸۳-۵۸۴.

۳. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۱۶۸.

د. معلق علیه استقبالی (شرط متأخر) قطعی

صورت چهارم این است که معلق علیه، امری استقبالی و حصول آن قطعی باشد و به نحو شرط متأخر لحاظ شود، مانند اینکه در فرضی که زن و مرد هر دو می دانند که فردا جمعه است، مرد بگوید: «اگر فردا روز جمعه باشد، تو از الآن زن من باش» که محل بحث و تردید واقع شده است.^۱ ظاهر عبارت مرحوم سید یزدی این است که تعلیق بر امر استقبالی مطلقاً موجب بطلان است.^۲ ولی مرحوم آقای خوئی^۳ این فرض را صحیح دانسته است.

هـ. معلق علیه (شرط صحت عقد) حالی مشکوک

صورت پنجم این است که معلق علیه امر حالی و حصول آن مشکوک و شرط صحت عقد باشد، مانند اینکه شخص بگوید: «اگر کان هذا لی فقد بعثت ایتاه».

بررسی کلام شیخ انصاری درباره «شرط حالی مشکوک» و «نظر شیخ طوسی»

مرحوم شیخ انصاری فرموده است که قدر متیقن از اجماع بر بطلان عقد، صورتی است که معلق علیه، مشکوک الحصول است. توجه شود که مشکوک الحصول دو صورت دارد: استقبالی و حالی. مثال قدوم حاج مربوط به شرط استقبالی است و همان طور که ایشان فرموده متیقن از معقد اجماع است. اما اگر حالی باشد - مانند «اگر الآن فلان ساعت از روز جمعه باشد تو را تزویج کردم» - اجماع مذکور تمام

۱. چنان که بیان شد مرحوم شیخ انصاری در معلق علیه استقبالی چه شرط مقارن و چه شرط متأخر باشد ادعای اجماع بر بطلان کرده است.

کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۱۶۷-۱۶۸: «و ما کان معلوم الحصول فی المستقبل هو المعتبر عنه بالصفة فالظاهر أنه داخل فی معقد اتفاقهم علی عدم الجواز و إن کان تعلیلهم للمنع باشرط الجزم لا یجری فیه کما اعترف به الشهد فیما تقدّم عنه، و نحوه الشهد الثانی فیما حکي عنه، بل ینظر من عبارة المبسوط فی باب الوقف کونه ممّلاً لا خلاف فیه بیننا، بل بین العامة؛ فإنه قال: إذا قال الواقف: «إذا جاء رأس الشهر فقد وقفته» لم یصح الوقف بلا خلاف؛ لأنه مثل البیع و الهبة، و عندنا مثل العتق أيضاً، انتهى؛ فإن ذیلہ یدلّ علی أنّ مماثلة الوقف للبیع و الهبة غیر مختص بالإمامية، نعم مماثلته للعق مختص بهم».

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۳، م ۱۱.

۳. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۴۶.

نیست. بر خلاف آنچه شیخ انصاری به شهید اول نسبت داده، از کلام شهید اول استفاده می‌شود که در شرط حالی مشکوک حتی اگر شرط صحت نباشد، عقد، صحیح است و فقط شهید اول به دلیل اجماع، در فرضی که شرط صحت نیست، از فتوای خود رفع ید کرده است؛ پس چنین نیست که شهید اول در شرط حالی بین شرط صحت و غیر آن تفصیل دهد.^۱

مرحوم شیخ انصاری در فرضی که معلق علیه، شرط صحت عقد است فرموده است: ظاهر کلمات فقهاء، بطلان عقد در این فرض است حتی اگر معلق علیه امر حالی باشد؛ زیرا فقهاء شرط صحت عقد را جزم شخص به وقوع منشأ دانسته‌اند که در اینجا مفقود است.

ایشان فقط مرحوم شیخ طوسی را مخالف در مسئله دانسته است:

«و ما كان منها مشكوك الحصول وليس صحة العقد معلقة عليه في الواقع كقدوم الحاج فهو المتيقن من معقد اتفاقهم و ما كان صحة العقد معلقة عليه كالامثلة المتقدمة فظاهر اطلاق كلامهم يشمل الآ ان الشيخ في المبسوط حكى في مسألة «إن كان لي فقد بعته» قولا من بعض الناس بالصحة وإن الشرط لا يضره مستدلاً بأنه لم يشترط الآ ما يقتضيه اطلاق العقد لأنه إنما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل اذا كان اذن له في الشراء فاذا اقتضاه الاطلاق لم يضر اظهاره و شرطه كما لو شرط في البيع تسليم الثمن او تسليم المثلن او ما اشبه ذلك انتهى و هذا الكلام وان حكاها عن بعض الناس الآ ان الظاهر ارتضائه له و حاصله: أنه كما لا يضر اشتراط بعض لوازم العقد المترتبة عليه، كذلك لا يضر تعليق العقد بما هو معلق عليه في الواقع، فتعليقه ببعض مقدماته كالإلزام ببعض غاياته، فكما لا يضر الإلزام بما يقتضي العقد التزامه، كذلك التعليق بما كان الإطلاق معلقاً عليه و مقتدا به ...»^۲

۱. القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۶۵-۶۶: القواعد و الفوائد، ج ۲، ص ۲۳۷.

۲. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۱۶۸-۱۶۹.

مرحوم شیخ انصاری همچنین فرموده است که در همین صورت اخیر (شرط حالی صحت عقد)، قول به صحت عقد از بعضی از کلمات مرحوم شهید اول - که البته ایشان نقل نکرده - نیز استفاده می‌شود.^۱ بررسی کلام شهید اول در بررسی اجماع خواهد آمد.

اما در مورد شرط‌هایی که صحت عقد بر آنها متوقف است، مرحوم شیخ انصاری تعبیر می‌کند «کالامثلة المتقدمة» و مثال‌هایی که ایشان قبلاً مطرح کرده مربوط به شرایط عقلایی صحت عقد است و مثالی برای شرط شرعی ذکر نکرده است. ایشان در مورد حکم این صورت (تعلیق بر شرط صحت) می‌فرماید: اطلاق کلام علما اقتضای بطلان عقد در این صورت را دارد؛ اما مرحوم شیخ طوسی از بعضی از عاقله نقل کرده که در مسئله «إن كان لي فقد بعته» قائل به صحت شده‌اند و استدلال آن بعضی را بیان کرده، بدون اینکه در آن مناقشه کند و این، ظاهر در قبول این قول نزد شیخ طوسی است.

دلیلی که مرحوم شیخ طوسی از آن بعض الناس نقل کرده این است^۲ که چنین شرطی بود و نبودش یکسان است؛ چون اطلاق عقد، همین را اقتضا می‌کند که مال خود را فروختم و اگر اثباتاً هم این شرط را اظهار نکند، ثبوتاً عقد به آن مشروط است؛ زیرا مسئله «إن كان لي فقد بعته» این است که کسی ادعا می‌کند مثلاً جاریه‌ای را برای شخص خریداری کرده و آن شخص می‌گوید من چنین وکالتی نداده‌ام، اما وکیل ادعایی اصرار می‌کند که این جاریه متعلق به شماست؛ در این حالت اگر آن شخص بگوید: «إن كان لي فقد بعته» یعنی چنانچه این جاریه مال من است به همان قیمت که خریده‌ای به تو می‌فروشم، و وکیل هم قبول کند، چه حکمی دارد؟ مستدل می‌خواهد بگوید حتی اگر تعلیقی در کار نباشد، اطلاق عقد، مفاد شرط را اقتضا می‌کند؛ زیرا این بیع، زمانی صحیح است که شراء قبلی صحیح باشد و این شخص به سبب آن شراء، مالک جاریه شده باشد؛ پس چه مانعی دارد که همان شرط ثبوتی را در مقام اثبات اظهار کند؟ همان‌طور که مانعی ندارد لوازم و آثار عقد

۱. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۱۶۹-۱۷۰.

۲. المبسوط، ج ۲، ص ۳۸۵.

را در خود عقد شرط کند، مثل اینکه بگوید: «من این را به تو می‌فروشم به شرط اینکه ثمن را به من تسلیم کنی».

البته صحیح آن است که شیخ طوسی علاوه بر قول به صحت، قول به بطلان را نیز از عامه نقل کرده و در مورد هیچ‌یک از دو قول، اظهار نظر نفرموده است.^۱ گویا شیخ انصاری از یک قسمت کلام ایشان غفلت نموده است. در هر حال، شیخ طوسی در بحث اقرار از کتاب المبسوط به صراحت، قائل به صحت تعلیق شده است.^۲

فتوای به صحت در چنین فرضی (تعلیق بر شرط صحت عقد)، به شیخ طوسی اختصاص ندارد. شهید ثانی^۳ و صاحب جواهر^۴ نیز به صحت تعلیق «بما یتوقف علیه صحة العقد» حکم کرده‌اند. در مباحث آتی خواهد آمد که مرحوم سید بر خلاف ظاهر اطلاق کلامشان در بحث جاری، در مباحث آینده تعلیق بر شروط صحت عقد را صحیح دانسته است.^۵

بررسی حکم تعلیق در عقد نکاح از نظر عقلی

مسئله تعلیق در عقود دو گونه بحث دارد؛ یک بحث از جنبه عقلی و یک بحث از جنبه نقلی و تبعی.

از جهت عقلی، باید دانست که تعلیق در سه مورد مطرح است:

- مورد اول: تعلیق انشاء
- مورد دوم: تعلیق منشاء
- مورد سوم: تعلیق متعلق منشاء.

تعلیق انشاء مسلماً باطل است. تعلیق متعلق منشاء، مسلماً صحیح است؛ لذا آنچه محل کلام است، بحث در تعلیق منشاء است که آیا صحیح است یا خیر؟

۱. المبسوط، ج ۲، ص ۳۸۵.

۲. المبسوط، ج ۳، ص ۲۲.

۳. مسالك الأفهام، ج ۵، ص ۲۷۶.

۴. جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۴۰۵.

۵. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۸.

مطلب اول: محال بودن تعلیق انشاء مانند تعلیق در علم داشتن

در باره بطلان تعلیق در انشاء، می توان گفت:

انشاء از مقوله فرض است. وقتی ما فرض می کنیم که رجل شجاع، اسد است، در اینجا در فرض ما هیچ گونه تعلیقی راه ندارد. نمی شود گفت که من در صورتی فرض کرده ام و در صورتی فرض نکرده ام. وقتی کسی ملکیت را انشاء می کند، نمی توان گفت که انشاء وی هنوز صورت نگرفته و به تحقق شرطی متوقف است. انشاء همچون علم و تصور است، وقتی شخصی به مطلب علم دارد و امری را تصور می کند، نمی توان گفت که علم و تصور وی فعلی نیست و تقدیری است، در یک صورت، علم وی وجود ندارد و در صورت دیگر علم وی وجود دارد. آری انسان می تواند خبر دهد که اگر زید آمد من انشاء خواهم کرد، ولی بحث در جمله انشایی است که با نفس تکلم، انشاء تحقق پیدا می کند.

مطلب دوم: امکان تعلیق منشأ مانند علم به قضیه شرطیه

اما تعلیق منشأ از نظر عقلی ممکن است و اشکالی ندارد.

به عنوان مقدمه با توجه به مفاد قضایای شرطیه، وقتی گفته می شود: «إن كانت الشمس طالعة فالنهار موجود»، وقتی انسان به مفاد این جمله علم پیدا می کند، این علم، فعلی است و تعلیق ندارد؛ ولی معلوم، معلق است، یعنی ما به وجود نهار بر فرض طلوع شمس علم داریم^۱ نه به وجود بالفعل نهار.

تحقق علم به معلوم معلق (قضیه شرطیه) در استصحاب کلی قسم ثانی

در باب استصحاب کلی قسم ثانی، تعبیری در کلمات قوم وجود دارد که علی تقدیر، علم به بقاء داریم و علی تقدیر، علم به ارتفاع؛ یعنی اگر کلی در ضمن فرد

۱. توضیح بیشتر: در قضایای شرطیه اختلافی به مناطقه و ادبای نسبت داده اند که آیا مفاد قضیه، حکم به ملازمه بین شرط و جزاء است یا حکم به جزاء بر فرض تحقق شرط؟ این اختلاف (صرف نظر از صحت نسبت) به کلام استاد^۲ ربطی ندارد؛ زیرا به هر حال در مورد قضایای شرطیه ما اگر جزاء را بر فرض شرط تصور کنیم، می بینیم که بدان یقین داریم. مفاد قضایای لفظی هر چه می خواهد باشد، باری علم به ملازمه یا علم به جزاء بر فرض شرط، با علم به جزاء فعلی تفاوت دارد و استاد^۳ در بحث بر این نکته تکیه دارد.

طویل موجود شده باشد، علم به بقاء کلی داریم، و اگر در ضمن فرد قصیر موجود شده باشد، علم به ارتفاع کلی داریم. در اینجا ممکن است گفته شود ما چون می‌دانیم یا کلی در ضمن فرد طویل موجود شده یا در ضمن فرد قصیر، قهراً اجمالاً می‌دانیم که یکی از دو جزء (علم به بقاء یا علم به ارتفاع) فعلی است، بنابراین موضوع استصحاب که شک است محقق نیست و نباید استصحاب جاری باشد.

اما در اینجا بین تعلیق علم و تعلیق معلوم خلط شده است. در جمله «اگر کلی در ضمن فرد طویل موجود باشد، من علم به بقاء کلی دارم»، اگر ما علم را در ناحیه جزء قرار دهیم یعنی علم را معلق بگیریم، این جمله نادرست است؛ زیرا بین وجود واقعی کلی در ضمن فرد طویل با علم من به بقاء ملازمه‌ای نیست، بلکه ملازمه بین علم من به وجود کلی در ضمن فرد طویل با علم من به بقاء است، بنابراین اگر بخواهیم با فرض اخذ علم در ناحیه جزء، جمله فوق را تصحیح کنیم باید علم را در ناحیه شرط هم اخذ کنیم. درباره جمله دوم هم باید بگوییم: «اگر من علم داشته باشم که کلی در ضمن فرد قصیر موجود است، علم به ارتفاع کلی دارم»، در اینجا هر دو جمله صادق است، ولی هیچ‌یک از دو شرط (علم به تحقق کلی در ضمن فرد طویل و علم به تحقق کلی در ضمن فرد قصیر) متحقق نیست، قهراً هیچ‌یک از دو جزء فعلی نیست، پس نمی‌توان گفت که اجمالاً می‌دانیم که یقین به بقاء یا یقین به ارتفاع وجود دارد.

آری، دو جمله مورد بحث را می‌توان به گونه دیگری تفسیر کرد که به اخذ علم در شرط نیازی نباشد و آن در جایی است که ما علم را در جزء دو جمله قرار نمی‌دهیم بلکه چنین می‌گوییم که من علم دارم که بر فرض تحقق کلی در ضمن فرد طویل، کلی باقی است، و نیز علم دارم که بر فرض تحقق کلی در ضمن فرد قصیر، کلی مرتفع است. در اینجا ما دو علم داریم که متعلق هر دو تعلیقی است. علم به قضیه تعلیقی تا با علم به تحقق معلق علیه همراه نباشد، علم به قضیه فعلیه را نتیجه نمی‌دهد. در قیاس‌های منطقی علم به قضیه شرطیه برای اثبات تحقق تالی کافی نیست، بلکه باید علم به تحقق مقدم هم ضمیمه شود. ما در مثال فوق نسبت به تحقق هیچ‌یک از دو شرط (تحقق کلی در ضمن فرد طویل، و تحقق کلی در ضمن فرد قصیر)، علم نداریم، قهراً علم به تحقق جزء نداریم و نمی‌توان گفت که یکی از

دو یقین (یقین به بقاء و یقین به ارتفاع) فی الجمله موجود است. پس تعلیق علم را نباید با تعلیق معلوم خلط کرد.

امکان تحقق منشأ در غیر ظرف انشاء

حال در بحث انشاء تعلیقی، تعلیق نفس انشاء و «فرض کردن» محال است؛ ولی «مفروض» می‌تواند امری معلق باشد و می‌توان ظرف «مفروض» را متأخر از ظرف «فرض کردن» قرار داد؛ مثلاً اگر رجل شجاع را اسد فرض کنیم، گاه زید در حال حاضر صفت شجاعت را داراست بنابراین «اسدیت زید در همین الان» را فرض می‌کنیم، ولی گاه زید اکنون فاقد این شرط است ولی در آینده واجد آن می‌گردد، ما در اینجا «اسدیت زید در آینده» را فرض می‌کنیم. در هر دو صورت فرض ما فعلی است ولی در یکی اسدیت بالفعل زید، مفروض است و در دیگری اسدیت آینده زید.

علم نیز همچون فرض است. علم می‌تواند به آینده تعلق بگیرد، مثلاً همه مسلمانان به معاد باور دارند که امری استقبالی است. به تعبیر برخی از علماء «معلوم بالعرض» می‌تواند امری استقبالی باشد.^۱ ما اکنون نمی‌خواهیم در مورد صحت و سقم این تعبیر بحث کنیم و درباره تعیین معلوم بالذات و معلوم بالعرض بحث کنیم^۲، اما در هر حال، امکان تغایر ظرف معلوم (یعنی شیء خارجی) و ظرف علم، بدیهی است.

در باب انشاء هم که از مقوله فرض است، هیچ مانعی ندارد که انشاء و فرض، فعلی باشد ولی ظرف منشأ و مفروض، آینده باشد.

در مبحث تعلیق منشأ، دو بحث مطرح است:

- بحث اول: آیا منشأ می‌تواند قضیه شرطیه باشد یا حتماً باید قضیه فعلیه باشد؟

۱. رک: حاشیه المکاسب (اصفهانی)، ج ۲، ص ۱۳۳.

۲. توضیح بیشتر: بحث از تعیین معلوم بالذات و معلوم بالعرض تا حدودی لفظی بوده و به کیفیت تفسیر کلمه «علم» وابسته است. اگر مراد از «علم»، حضور صورة الشیء عند النفس باشد، متعلق واقعی این وصف شیء خارجی است و صورت ذهنی اصلاً به این وصف متصف نمی‌شود. اگر مراد از علم، نفس کیف نفسانی باشد، این کیف به صورت ذهنی تعلق می‌گیرد و تعلق آن به خارج، بالعرض است.

• بحث دوم: آیا ظرف تحقق منشأ می‌تواند غیر از ظرف تحقق انشاء باشد؟^۱

ما در هر دو بحث می‌گوییم که مانعی ندارد که منشأ، قضیه شرطیه باشد و نیز اشکالی ندارد که منشأ متأخر از انشاء باشد، همچنان که علم به قضیه شرطیه و نیز علم به معلوم متأخر امکان دارد و خارجاً هم واقع شده است.

اثبات امکان عقلی تعلیق منشأ متأخر با وقوع آن در شرعیات (وصیت، جعاله، ...) هم در باب اوامر شرعی، تعلیق در منشأ و تأخر منشأ از انشاء واقع شده که همان واجبات مشروط (شرط آن در آینده محقق می‌شود) است و هم در باب عقود و ایقاعات چنین امری در شرع واقع شده است، مانند باب سبق و رمایه که در آن ملکیت شخص مقدّم، انشاء شده و ملکیت، مشروط به جلو افتادن است که در آینده محقق می‌شود، یا مانند باب تدبیر که حریت بعد از وفات اعتبار می‌شود، یا مانند باب وصیت که ملکیت پس از موت موصی، انشاء می‌شود، و یا مانند جمله «من ردّ عبدی فله کذا» در باب جعاله که در آن ملکیت جعل برای عامل، مشروط به تحقق شرط عمل، اعتبار شده است. در تمام این موارد، انشاء، فعلی است و تعلیقی وجود ندارد ولی منشأ، معلق و متأخر است^۲ بنابراین در تعلیق منشأ و تأخر آن از انشاء اشکال عقلی وجود ندارد و در خارج نیز واقع می‌شود (ادلّ دلیل علی امکان شیء وقوعه).

البته تعلیق متعلّق منشأ نیز جایز است، مانند اینکه زید روز آینده وکیل در

۱. توضیح بیشتر: این دو بحث از هم مستقل است. ممکن است منشأ قضیه شرطیه باشد ولی ظرف منشأ همان ظرف انشاء باشد، مثل این جمله که «اگر زید بیاید، تو از همین الان مطلقه هستی». از طرف دیگر ممکن است منشأ قضیه فعلیه باشد، ولی ظرف آن غیر از ظرف انشاء باشد، مثلاً شخص ملکیت فعلیه متأخر یا متقدّم را انشاء کند. در اجازه عقد فضولی، بنابر برخی از اقوال مالک با اجازه خود، ملکیت از حین عقد را انشاء می‌کند، در اجازه مالک، تعلیقی در کار نیست ولی ظرف منشأ غیر از ظرف انشاء است.

۲. توضیح بیشتر: گاهی منشأ، متعلقی دارد مانند شیء مملوک که متعلّق ملکیت است و آن متعلّق، تأخر زمانی دارد نه منشأ مانند باب اجاره که در آن مستاجر، منفعت یک ساله را در زمان حاضر مالک می‌شود. در اینجا منشأ یعنی ملکیت منفعت همچون انشاء فعلی است، ولی ظرف متعلّق منشأ (منفعت)، استقبالی است.

فروش خانه است، در حالی که وکالت امروز فرض شده و مورد وکالت (موکّل فيه) فروش خانه در روز آینده است؛ پس تعلیق متعلّق منشأ نظیر واجب معلق است که در آن وجوب فعلی و واجب استقبالی است.

نظر مرحوم شیخ انصاری: امکان تعلیق منشأ و تحقق وافر آن در شرع و عرف مرحوم شیخ در مورد تعلیق منشأ در مکاسب می فرماید: «لاریب فی آیه امر متصور واقع فی العرف و الشرع کثیرا فی الاوامر و المعاملات من العقود و الايقاعات.»^۱ نظیر همین مطلب در جواهر^۲ نیز آمده است.

اشکال صاحب عروه: تنافی کلام شیخ انصاری با انکار واجب مشروط در اصول مرحوم سید اشکال کرده است که مرحوم شیخ انصاری که در باب واجب مشروط در اصول، تقیید نفس وجوب را نادرست می داند، چطور در اینجا تعلیق در منشأ را در باب اوامر تصویر کرده است؟^۳

پاسخ: انحصار انکار واجب مشروط در معانی حرفی در نظر مرحوم شیخ ولی این اشکال به مرحوم شیخ وارد نیست؛ زیرا مرحوم شیخ در جایی که انشاء وجوب با صیغه افعال و مانند آن که معانی حرفیه دارند صورت گرفته باشد، تقیید نفس وجوب را نادرست می داند، مثل «أَقِمْوْا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ»^۴، ولی اگر وجوب با اسم باشد و از ماده استفاده شده باشد نه هیأت، همچون «کَتَبَ عَلَیْکُمُ الصِّيَامُ»^۵، «فرض علیکم الحج»^۶، «نأمرکم بکذا»، در اینجا مرحوم شیخ هم جواز تعلیق را قبول

۱. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۱۷۰.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۵۳.

۳. حاشیه المکاسب (سید یزدی)، ج ۱، ص ۹۱.

۴. البقرة، ۴۳.

۵. البقرة، ۱۸۳.

۶. السنن الکبری (نسائی)، ج ۲، ص ۳۱۹، شماره ۳۵۹۸: أخبرنا محمد بن عبدالله بن المبارك ببغدادی مخرمی قال حدثنا أبو هشام واسمه المغيرة بن سلمة المخزومي ثقة بصري قال حدثنا الربيع بن مسلم قال حدثنا محمد بن زياد عن أبي هريرة قال «خطب رسول الله ﷺ فقال إن الله قد فرض عليكم الحج فقام...».

دارد،^۱ پس بین دو کلام شیخ تهافت نیست.^۲

بررسی اجمالی کلام آقای خوئی در حکم صُور تعلیق

بسیاری از فقهاء بطلان تعلیق را مستند به اجماع دانسته‌اند. در نزد مرحوم آقای خوئی تعلیق چند صورت دارد که در ذیل، کلام ایشان با توضیحی بیشتر بیان شده است. ایشان دو صورت اول را از مسلمات دانسته است.^۳

حکم صورت اول (تعلیق بر شرط صحت عقد): صحت

صورت اول، صورتی است که معلق علیه امری است که صَحِّ معلق (نکاح، طلاق یا امور اعتباری دیگر) بر آن متوقف است، مانند «إِنْ كَانَ هَذَا لِي فَقَدْ بَعْتُهُ إِيَّاهُ». در این صورت نیز تعلیق اشکالی ندارد، گرچه حصول معلق علیه قطعی نباشد. در این صورت فرقی نمی‌کند که معلق علیه، شرط عقلایی صحت معلق باشد مانند مثال قبل، یا شرط شرعی آن باشد مانند «إِنْ لَمْ تَكُونِي فِي الْإِحْرَامِ أَوْ فِي الْعِدَّةِ فَقَدْ زَوَّجْتُكَ».

۱. مطروح الأظفار، ج ۱، ص ۲۶۸-۲۷۳.

۲. توضیح بیشتر: البته مرحوم شیخ در باب اوامر علاوه بر اشکال اثباتی استحالة تقييد هیأت، در مورد واجب مشروط اشکالی ثبوتی هم کرده و فرموده است اراده که روح حکم است باید از همان وقت انشاء فعلی باشد و تعلیق در نفس اراده متصور نیست. این اشکال با بحث مرحوم شیخ در مکاسب منافات ندارد؛ زیرا تعلیق وجوب به عنوان یک امر اعتباری به عقیده مرحوم شیخ اشکال ندارد، ولی مرحوم شیخ این امر اعتباری را موضوع حکم عقل به لزوم امتثال نمی‌داند بلکه اراده مولا را تمام الموضوع می‌داند. بحث امکان تعلیق امر اعتباری بحثی است و بحث از اینکه موضوع حکم عقل به تنجیز و تعذیر و لزوم و عدم لزوم امتثال چیست، بحثی دیگر است. گفتنی است که مرحوم سید اشکال را چنین تقریب کرده که اگر ما انشاء ملکیت معلقه را تصویر کردیم، باید انشاء واجب مشروط را هم تصویر کنیم و تفکیک بین این دو وجهی ندارد. اشکال این تقریب آن است که ملازمه‌ای بین این دو مبحث نیست. اشکال ثبوتی مرحوم شیخ در خصوص طلب است و نظیر آن در مطلق احکام تکلیفیه جاری است، ولی این اشکال به احکام وضعیه همچون ملکیت سرایت نمی‌کند. اشکال اثباتی مرحوم شیخ در باب واجب مشروط، هرچند به احکام تکلیفیه اختصاص ندارد ولی تنها در جایی که انشاء با صیغه صورت گرفته است جاری است.

لذا استاد^۴ کلام مرحوم سید را با تقریب دقیق‌تری مطرح ساخته که بر عبارت «فی الاوامر» در کلام مرحوم شیخ در مکاسب تکیه شده است.

۳. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳، ص ۱۴۶-۱۴۷.

حکم صورت دوم (معلق حالی و معلق علیه قطعی): صحت

صورت دوم این است که معلق، امری حالی و فعلی باشد نه استقبالی، و از سوی دیگر، حصول معلق علیه قطعی باشد - چه در زمان حال (به نحو شرط مقارن) و چه در آینده (به نحو شرط متأخر) - مانند اینکه شخص بگوید: «اگر امروز سه شنبه باشد، تو زن من باش» در حالی که هر دو می دانند که امروز سه شنبه است، یا بگوید: «اگر فردا چهارشنبه باشد، تو از امروز زن من باش» که در اینجا تحقق روز چهارشنبه قطعی است و به نحو شرط متأخر لحاظ شده است. در این صورت شکی نیست که حکم تعلیق و عدم تعلیق یکسان است.

بطلان صورت اول و دوم نزد شیخ طوسی

ایشان معتقد است که محل بحث غیر از این دو صورت است؛ زیرا تعلیق در این دو صورت اشکالی ندارد و صحت آن مسلم است. اما این مسلم دانستن ایشان صحیح نیست؛ زیرا این دو صورت نیز محل خلاف است و مرحوم شیخ طوسی در موارد مختلف کتاب مبسوط^۱ در باب طلاق، بر بطلان تعلیق تأکید کرده و اطلاق کلام ایشان شامل صورتی است که حتی حصول معلق علیه قطعی باشد. در بحثی دیگر از کتاب مبسوط^۲ نیز، تصریح شده که تعلیق بر امری که صحت طلاق بر آن متوقف است، باطل است. ایشان فرموده است که اگر مرد در صیغه طلاق بگوید: «تو مطلقه هستی به طلاق سنت»، قید «طلاق سنت» حکم شرط را دارد و این تعلیق، مبطل است.

بنابراین باید بحث شود که آیا معقد اجماع و سایر ادله بطلان این دو صورت را شامل می شود یا خیر؟

حکم صورت سوم (معلق علیه استقبالی قطعی): بطلان

صورت سوم این است که حصول معلق علیه، قطعی است ولی معلق - منشأ - امری استقبالی به نحو شرط مقارن است، مانند «اگر چنین باشد (که قطعاً محقق

۱. المبسوط، ج ۵، ص ۵-۷، ۳۵ و ۴۳.

۲. المبسوط، ج ۵، ص ۵-۶.

است)، تو از فردا زن من باش».

حکم صورت چهارم (معلق علیه مشکوک): بطلان
صورت چهارم این است که حصول معلق علیه، مشکوک است ولی مُنشأ حالی است^۱ مانند اینکه بگوید: «اگر چنین باشد (تحقق آن مشکوک است)، تو از اکنون زن من باش».

مرحوم آقای خوئی مدعی شده فقط این دو صورت اخیر باطل است.^۲

ادله اعتبار تنجیز در عقود و بررسی آن

حال، ادله اعتبار تنجیز در عقود، در ذیل بررسی خواهد شد.

دلیل اول: انصراف ادله صحت عقود به عقود متعارف
مرحوم آقای خوئی یکی از ادله بطلان عقد معلق را انصراف ادله صحت عقود به عقود متعارف دانسته، بلکه مدعی شده دو صورت عقد معلق که ایشان مدعی

۱. استاد^۳: هر یک از معلق و معلق علیه می‌تواند حالی یا استقبالی باشد مانند ملکیت (معلق) که ممکن است از الآن باشد یا از چند روز دیگر اعتبار شود و در هر دو صورت معلق علیه می‌تواند حالی یا استقبالی باشد، مانند اینکه اگر امروز پنجشنبه باشد و یا فردا جمعه باشد، ملکیت این مال برای تو باشد.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۴۶-۱۴۷: «... و قد يكون على أمر متأخر معلوم الحصول في المستقبل، على نحو الواجب المشروط بالشروط المقارن، بحيث تكون الزوجية أو الملكية من حين حصول المعلق عليه. وهذا هو الذي قد ادعى في الكلمات التسالم على عدم صحته بعد استثناء الوصية والتدبير منه، حيث لا تحصل الملكية فيهما إلا متأخرا عن الإنشاء و بعد الموت.

هذا وقد يتوهم أن الإجازة المتأخرة، بأن يؤخر الإنسان فعلا داره من بعد شهر مثلا، من هذا القبيل. إلا أنه واضح الفساد. فإن الإجازة بالنسبة إلى المنافع الآتية إنما هي أنشئ شيء بالواجب المعلق، حيث إن التملك فيها إنما يكون من الآن، غاية الأمر أن متعلق الملكية والمملوك متأخر عن الإنشاء زمانا.

و قد يكون على أمر مشكوك الحصول، سواء أكان أمرا فعليا أم متأخرا. و قد حكم الأصحاب فيه بالبطلان أيضا، بلافق بين أن يكون التعليق من قبيل الشرط المتأخر أو الشرط المقارن.»

البته صورت دیگری نیز در کلام مرحوم آقای خوئی وجود دارد که باطل است ولی نه به لحاظ تعلیق بما هو هو. عبارت مرحوم آقای خوئی چنین است: «و قد يكون على أمر معلوم العدم، أو مشكوك العدم، مع كونه حين الإنشاء معدوما واقعا. وفيه لا ينبغي الشك في بطلانه، سواء اعتبرنا التنجيز أم لم نعتبره، لعدم تحقق المعلق عليه على الثاني.» (موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۴۶).

بطلان آن است، عرفاً مستنکر است.^۱

اشکال دلیل اول

اما کلام ایشان قابل مناقشه است؛ زیرا:

اشکال اول: عدم استنکار عرفی معلق علیه مشکوک

اولاً، مرحوم آقای خوئی در بحث صغروی به سیره متشرعه استدلال نکرده بلکه به سیره عقلاء و عرف عام تمسک کرده و تعلیق را به طور کلی در نزد عرف، مستنکر دانسته، ولی این مطلب صحیح نیست؛ زیرا اگر گفته شود: «اگر در امتحان قبول شدی، زن من باش»^۲ یا «اگر معتاد شدم، تو مطلقه باش» حتی اگر حصول معلق علیه مشکوک باشد، چنین تعلیقی را عرف مستنکر نمی داند.

اشکال دوم: شمول اطلاعات عقود به دلیل صحت عرفی عقد معلق

ثانیاً، باید مراد از استنکار عرف بررسی شود. اگر مراد، بطلان عرفی عقود معلق است، با فرض قبول چنین ادعایی، استدلال ایشان از جهت کبروی مقبول است؛ زیرا با فرض وجود سیره عقلایی بر بطلان عقد معلق، عمومات و اطلاعات صحت عقود نمی تواند رادع این سیره باشد - چنان که در محل خودش بحث شده است^۳ - بلکه باید دلیل خاص و نص بر ردع آن وجود داشته باشد؛ ولی قطعاً عرف، تعلیق را باطل نمی داند و برخی عقود نیز مانند وصیت، تدبیر، سبق و رمایه به عقیده فقهاء

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۴۸.

البته دلیل دیگر ایشان دلیلی است که صاحب جواهر مطرح کرده که در ادامه مطرح خواهد شد.

۲. استاد^۴: اسماعیل پاشا خدیو مصر به دختری که گویا از منسوبین او بوده، وعده می دهد که اگر از عهده امتحان معارف برآید، او را برای یکی از پسرهای خود عقد کند. از قضا دختر از عهده امتحان برمی آید، اسماعیل پاشا که در زمان امتحان او حاضر بود، از او پرسید: تا کجای قرآن را خوانده ای؟ گفت: تا آیه «و اذکری الکتاب اسماعیل انه کان صادق الوعد» اسماعیل پاشا ملتفت شد که با خواندن این آیه اشاره به وعده وی می کند و او نیز به وعده اش وفا نمود (الکلام یجز الکلام) (چاپ قدیم)، ج ۲، ص ۱۳۲؛ اگر جمله فوق به این شکل بود: «چنانچه از عهده امتحان برآیی، تو زن فلان پسر من باش» آیا عرفاً چنین تعلیقی مستنکر است؟ خیر، مستنکر نیست.

۳. برای نمونه: کفایة الأصول (چاپ آل البیت)، ص ۳۰۳-۳۰۴. ر.ک: مباحث اصولی استاد^۵ در بحث حجیت خبر واحد (تمسک به سیره برای اثبات حجیت خبر واحد، بررسی ادله ناهیه از عمل به غیر علم).

صحیح است.^۱ مرحوم سید مرتضی^۲ و مرحوم شیخ طوسی^۳ صحت عتق و طلاق معلق را در میان فقهای عامه، اتفاقی دانسته و فرموده‌اند که بطلان تعلیق از متفردات امامیه است. اگر از فتوای عامه هم صرف نظر شود، سیره عمومی عقلاء بر بطلان تعلیق وجود ندارد؛ بنابراین استنکار عرفی نهایت به این معنا است که عرف تعلیق و به طور کلی عقود غیر متعارف را تقبیح می‌کند، ولی این معنا از استنکار عرف، سبب انصراف اطلاعات و عمومات و در نتیجه بطلان عقد نمی‌شود و به همین دلیل مرحوم آقای خوئی^۴ در عقد سفهی مانند فروش یک پرگاه (که مالیت ندارد) به مبلغ گزاف که فقهاء نوعاً به بطلان آن حکم کرده‌اند، حکم به بطلان نکرده و فقط بیع سفیه را باطل دانسته است، در حالی که بیع سفیهانه متعارف نیست ولی عقلاء آن را باطل نمی‌دانند. شارع مقدس نیز عقود صحیح عقلایی را (چه متعارف باشد و چه غیر متعارف) صحیح دانسته است.

نتیجه آن است که اولاً، استنکار عرفی درباره تعلیق وجود ندارد و ثانیاً، این استنکار اگر به معنای تقبیح عقلی باشد اشکال کبروی مطرح خواهد شد که ادله صحت عقود از چنین عقدی که عرفاً باطل نیست و تنها مستقبح است انصراف ندارد.

دلیل دوم: دلالت ادله لفظی بر لزوم ترتب اثر شرعی بلافاصله بعد از عقد

دلیل دوم، دلیلی است که در کلام صاحب جواهر مطرح شده^۵ و مرحوم آقایی خوئی از وی تبعیت کرده است. مرحوم صاحب جواهر فرموده است: از ادله شرعی استفاده می‌شود که با ایجاب و قبول، اثر شرعی عقد بدون فاصله بر آن مترتب می‌شود و حالت منتظره‌ای ندارد؛ بنابراین فقط عقدی شرعاً صحیح است که منجز باشد، در حالی که در عقود تعلیقی، حالت منتظره وجود دارد و تا معلق علیه محقق نشود،

۱. وصیت عقد یا ابقاعی است که معلق بر موت موصی است. تدبیر نیز نوعی وصیت است و معلق بر موت موصی است. در سبق و رمایه نیز قرار دادن جعل، معلق بر سبقت و پیروزی است. فقهاء این عقود را صحیح و مشروع دانسته‌اند لذا تعلیق در این امور را مضر نمی‌دانند.

۲. الاقتصار، ص ۲۹۸ و ۳۷۰.

۳. الخلاف، ج ۴، ص ۴۷۶؛ وج ۶، ص ۳۷۴.

۴. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۰، ص ۲۱۳.

۵. جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۷۸.

اثر مترتب نمی‌شود و این خلاف ادله مزبور است. البته مرحوم صاحب جواهر به این ادله اشاره‌ای نکرده و فرموده که کدام آیه یا روایت چنین دلالتی دارد.

تأیید دلیل دوم در کلام آقای خوئی با ذکر خبر أبان بن تغلب

مرحوم آقای خوئی^۱ در تأیید مرحوم صاحب جواهر به روایاتی اشاره کرده که بعضی از آنها مربوط به باب نکاح نیست^۲ و فقط روایت أبان بن تغلب مربوط به باب نکاح است؛ لذا به بیان آن بسنده می‌شود.

علی بن ابراهیم عن أبیه عن عمرو بن عثمان عن ابراهیم بن الفضل عن أبان بن تغلب و علی بن محمد عن سهل بن زیاد عن إسماعیل بن مهران و محمد بن أسلم عن ابراهیم بن الفضل عن أبان بن تغلب قال: «قلت لأبی عبد الله عليه السلام کیف أقول لها إذا خلوت بها قال تقول أترزّجک متعة علی کتاب الله و سنة نبیه صلى الله عليه وآله لا و ارثة و لا مورثة کذا و کذا یوما و إن شئت کذا و کذا سنة بکذا و کذا درهما و تسمی من الأجر ما تراضیتما علیه قلیلا کان أم کثیرا فإذا قالت نعم فقد رضیت فهی امرأتک و أنت أولى الناس بها.»^۳

اشکال بر کلام آقای خوئی

اما کلام آقای خوئی قابل مناقشه است.

اشکال سندی روایت أبان بن تغلب

مرحوم آقای خوئی در مورد سند روایت أبان بن تغلب تعبیر به «صحیحه» کرده است^۴ در حالی که در سند آن «ابراهیم بن فضل» وجود دارد که در هیچ کتاب رجالی توثیق نشده و ایشان نیز در کتاب معجم رجال الحدیث کلامی در مورد وثاقت وی بیان نکرده^۵

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۴۸.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۴۹.

۳. الکافي، ج ۵، ص ۴۵۵، ح ۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۴۳، ح ۱.

۴. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۴۸.

۵. معجم رجال الحدیث، ج ۱، ص ۲۴۴، رقم ۲۳۳؛ و ص ۲۴۴-۲۴۵، رقم ۲۳۵.

و حتی بر اساس مبانی خاص مرحوم آقای خوئی مانند وثاقت مشایخ ابن قولویه یا مشایخ علی بن ابراهیم در تفسیر قمی نیز نمی‌توان وثاقت «ابراهیم بن فضل» را اثبات کرد؛ زیرا این راوی در کامل الزیارات و تفسیر قمی نیست.

اشکال دلالی روایت أبان بن تغلب

به علاوه اشکال دلالی نیز بر این روایت وارد است؛ زیرا:

اشکال اول: مثال بودن بسیاری از موارد مذکور در کلام امام علیه السلام

اولاً، در روایت قرآنی وجود دارد که دلالت آن بر مفهوم را از کار می‌اندازد و با توجه به اینکه مسئله، فروض متعدّدی دارد، ظاهراً روایت در مقام بیان تمام فروض نیست و حضرت عقد متعه را - که مسئله مستحدثه بوده و مسائلش روشن نبوده - از باب مثالی روشن برای فروض متعارف، مطرح فرموده‌اند، نه اینکه در مقام نفی سایر فروض باشند، مانند تعبیر به «درهم» در مورد اجرت یا تعبیر به «یوم، سنة» در مورد مدت که از باب مثال است و هیچ‌یک در عقد معتبر نیست، یا تعبیر «أتزوجک متعة» با اینکه طبق نظر فقهاء ماضی هم صحیح است. اشتراط «علی کتاب الله و سنة نبیه صلی الله علیه و آله لا واثرة و لا موروثه» نیز در عقد متعه لازم نیست. بیان فرد متعارف عقد (عقد تنجیزی) نیز از باب مثال است و با توجه به اینکه تعلیق در نکاح متعه، خلاف متعارف است و افراد نوعاً برای استمتاع فعلی به نکاح اقدام می‌کنند نه اینکه آن را بر امری معلق نمایند، نمی‌توان بطلان عقد معلق را از این روایت استفاده کرد.

اشکال دوم: نظارت سؤال راوی به قصد استمتاع فعلی

ثانیاً، نفس سؤال أبان بن تغلب این نکته را تقویت می‌کند که روایت ناظر به تمام فروض نیست؛ زیرا از حضرت سؤال کرد: «کیف أقول لها إذا خلوت بها» و مراد فرضی است که شخص قصد استمتاع فعلی دارد و با زن خلوت کرده و فقط قصد دارد عقد بخواند تا استمتاع جایز شود و حضرت نیز بر اساس سؤال راوی، پاسخ فرمودند؛ بنابراین روایت اصلاً ناظر به فرض تعلیق عقد نیست.

اشکال سوم: عدم دلالت «ذکر فرد متعارف» بر انحصار

ثالثاً، حتی اگر این قرائن هم در کار نبود و اصلاً امام علیه السلام ابتدائاً بدون سؤال راوی،

این مطالب را می‌فرمود باز هم روایت مفهوم نداشت؛ زیرا متعارف در عقد نکاح، عقد منجز است و ظهور روایت، بیش از این نیست که امام علیه السلام فرد متعارف را بیان فرموده‌اند؛ لذا دلالت بر انحصار نمی‌کند.

اگر یک فقیهی بخواهد موارد عقد صحیح متعه را بیان کند، مصادیق متعارف و غیر متعارف، همه را بیان می‌کند و اگر مواردی را نگوید، دلالت دارد که موارد غیر مذکور، صحیح نیست ولی در این روایت چنین نیست.

اشکال چهارم: عدم امکان تعدی از مورد روایت (متعه) به عقد دائم رابعاً، بر فرض پذیرش سند و دلالت روایت، نمی‌توان از مورد روایت که عقد متعه است به عقد دائم تعدی کرد؛ زیرا در عقد متعه خصوصیتاتی مانند تعیین مهر و قصد انقطاع معتبر است که در عقد دائم معتبر نیست؛ بنابراین دلیل مذکور اخص از مدعا است؛ یعنی اگر تعلیق در عقد متعه موجب بطلان عقد باشد، نمی‌توان نتیجه گرفت که در عقد دائم نیز موجب بطلان است. بنابراین نمی‌توان با ادله لفظی، اعتبار تنجیز را در عقد نکاح اثبات کرد.

دلیل سوم: اجماع
دلیل سوم بر اعتبار تنجیز، اجماع است.

کلام کاشف اللثام و بررسی آن
در کشف اللثام برای اثبات اعتبار تنجیز عقد نکاح دو مطلب مطرح شده است.

مطلب اول: اجماع بر اعتبار تنجیز در عقد
مطلب اول این است که اعتبار تنجیز، مورد اتفاق فقهاء است.^۱

مطلب دوم: لزوم صراحت در صیغه
و سپس مطلب دیگری فرموده که مفاد آن با تبیین بیشتر چنین است:
حتی در مواردی که حصول معلق علیه قطعی است و شخص نیز در حقیقت قصد تعلیق ندارد، چنین عقدی باطل است، مانند اینکه بگوید: «إن کان الیوم

۱. کشف اللثام، ج ۷، ص ۴۸.

یوم الجمعة فقد زوّجتک» در حالی که فقط قصد تأکید دارد نه تعلیق، یعنی قصد بیان قطعی بودن انشاء را دارد نه اینکه قصد تعلیق - ثبوت عند الثبوت و عدم عند العدم - کند؛ بنابراین «جمعه بودن» هیچ دخالتی در حکم ندارد و در حقیقت تعلیقی وجود ندارد. وجه بطلان تعلیق در عقد این است که فقهاء در صحت عقد، استعمال الفاظ صریح را شرط دانسته‌اند و تعبیر «إن کان الیوم یوم الجمعة» صریح در تأکید نیست، بلکه با تعلیق نیز سازگار است؛ زیرا محتمل است که مراد از این عبارت، تعلیق باشد و گوینده به جهاتی مثل میمنت روز جمعه در نزد او، واقعاً منشأ را معلق بر این کرده که امروز روز جمعه باشد، بنابراین عقد باطل است؛ در نتیجه علاوه بر اعتبار تنجیز در عقود، صراحت الفاظ انشاء در تنجیز نیز شرط است.

تأیید مطلب اول و ردّ مطلب دوم کشف اللثام در جواهر

مرحوم صاحب جواهر پیرو مرحوم کاشف اللثام بر اعتبار تنجیز ادعای اتفاق کرده و مطلبی بیش از ایشان ندارد.^۱ معمولاً ایشان به طور مستقیم به فتوای فقهاء مراجعه نمی‌کند. در اینجا نیز چنین است و تنها در مطلب دوم مرحوم کاشف اللثام مناقشه کرده و فرموده است که قطع به صحت عقد در فرض مزبور (إن کان الیوم یوم الجمعة فقد زوّجتک) وجود دارد.^۲

ولی مراد ایشان روشن نیست که اشکال صغروی کرده که این جمله، صریح در تأکید است و حکم الفاظ کنایی را ندارد، یا اشکال کبروی کرده که صراحت در لفظ معتبر نیست و با الفاظ کنایی نیز می‌توان عقد را انشاء کرد.

عدم تعرض مسئله قبل از یحیی بن سعید

در هر حال، نتیجه تتبع و مراجعه به فتوای فقهاء این است که در باب نکاح، قبل از مرحوم یحیی بن سعید حلی در کتاب «الجامع للشرائع»^۳ که حدود سال ۶۵۴ هجری قمری تألیف شده^۴ کسی یافت نشد که مسئله اعتبار تنجیز را مطرح کرده

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۲.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۳.

۳. الجامع للشرائع، ص ۴۳۶.

۴. استاد آقا: ایشان در بخشی از کتاب خود به حادثه آتش سوزی حرم نبوی در سال ۶۵۴ ق، که مشغول

و فتوای صریحی داده باشد. البته در باب طلاق و عتق از قدیم این مسئله عنوان شده است.

بعد از مرحوم یحیی بن سعید حلّی، مرحوم علامه حلّی در سه کتاب قواعد^۱، تحریر^۲ و تذکره^۳ این مسئله را مطرح کرده و مرحوم شهید اول نیز در کتاب قواعد بیانی دارد که بررسی آن خواهد آمد و پس از ایشان کسی متعرض این مسئله در باب نکاح نشده تا مرحوم محقق کرکی که در جامع المقاصد فرموده است: «قطعاً در عقد نکاح تنجیز معتبر است»^۴ ولی ادعای اجماع نکرده، و پس از ایشان تا زمان مرحوم کاشف اللثام فقیهی به اعتبار تنجیز در نکاح فتوا نداده است.

نظر مرحوم فیض: جواز تعلیق در متعه

احتمال دارد که مرحوم فیض کاشانی مخالف در مسئله باشد؛ زیرا در کتاب مفاتیح در باب نکاح متعه فرموده است: مقتضای اصل، عدم لزوم تحقق متعلق عقد در همان زمان متصل به عقد است.^۵ البته توضیح نداده است که مراد از اصل، چیست. شاید مرادش عمومات باشد.^۶ همچنین ایشان به روایتی که از جهاتی ضعف سندی دارد^۷ تمسک کرده است.

تألیف کتاب بوده، اشاره کرده است.

(الجامع للشرائع، ص ۴۸۱: «و فی هذه السنة، و هي سنة أربع و خمسين و ست مائة فی شهر رمضان احترق المنبر، و سقف المسجد، ثم عمل بدل المنبر»).

۱. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۱۰.

۲. تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۴۳۱.

۳. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۳.

۴. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۷۷.

۵. مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۲۶۱.

۶. مراد محقق کرکی نیز از اصل صحت در این مقام ظاهراً عمومات است:

جامع المقاصد، ج ۱۳، ص ۲۸: «أي: إن عین مبدأ الأجل تعین لا محالة، لوجوب الوفاء بالعقد، و لا فرق فی ذلك بین أن یعینه متصلاً بالعقد أو متاخراً عنه. أما الأول فظاهر. و أما الثاني، فلا نه لا مانع من تأخره، و الأصل الصحة فیتمسک به. و روی بکار ابن کرم قال: ...».

۷. مراد از این روایت که مرحوم فیض نیز آن را بیان نکرده روایت ضعیفی است که در کتب متقدم (برای نمونه: جامع المقاصد، ج ۱۳، ص ۲۸) مطرح شده است:

در حقیقت مرحوم فیض کاشانی حکم متعه را مانند باب اجاره دانسته است؛ زیرا در اجاره شخص می‌تواند ظرف تملیک را زمان آینده قرار دهد، مانند اینکه تحقق تملیک را پس از یک ماه قرار دهد، ولی اینکه تملیک، فعلی و انتفاع پس از یک ماه باشد، مسلماً جایز است. البته مرحوم فیض کاشانی در مورد اعتبار تنجیز در نکاح دائم اثباتاً و نفیاً مطلبی بیان نکرده، ولی از اینکه در نکاح متعه، فعلیت ترتب اثر را معتبر ندانسته، می‌توان قول به عدم اعتبار تنجیز را به ایشان نسبت داد. پس از مرحوم فیض کاشانی، چنان‌که گذشت، مرحوم کاشف اللثام و پیرو ایشان مرحوم صاحب جواهر ادعای اتفاق کرده‌اند و صاحب انوار الفقاهه^۱ و مرحوم شیخ انصاری^۲ نیز مطابق جواهر تنجیز را معتبر دانسته‌اند ولی استدلالی بیان نکرده‌اند.

نظر علامه حلی: اعتبار جزم در عقد و اجماع امامیه بر اعتبار تنجیز جز در قطعی الحصول مرحوم علامه حلی در کتاب تذکره فرموده است: عقد تعلیقی باطل است؛ زیرا در عقد، جزم معتبر است و تعلیق با جزم سازگار نیست^۳. ایشان مثال‌هایی مطرح کرده که در بسیاری از آنها معلّق علیه، شرط صحت عقد است و سپس فرموده است: حتی اگر معلّق علیه، امر حالی و حصول آن مشکوک و شرط صحت عقد باشد، عقد باطل است، گرچه در حقیقت، آن شرط موجود باشد. ایشان در ادامه فرموده است: «و بان أن الأمر كما قدم لم ينعقد شيء من هذه الصور عندنا»^۴ که از آن استفاده می‌شود مسئله را نزد امامیه، اجماعی دانسته است. ایشان فرموده است

الكافي، ج ۵، ص ۴۶۶، ح ۴: أحمد بن محمد عن بعض أصحابنا عن عمر بن عبد العزيز عن عيسى بن سليمان عن بكار بن كردم قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام الزجل يلقى المرأة فيقول لها زوجيني نفسك شهراً ولا يسقي الشهر بعينه ثم يمضي فيلقاها بعد سنين قال فقال له شهرة إن كان سماء وإن لم يكن سماء فلا سبيل له عليها.» (وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص ۷۲، باب ۳۵، «باب حكم من تزوج امرأة شهراً غير معين»، ح ۱).

در این روایت نه مراد از «بعض اصحابنا» روشن است و نه وثاقت عیسی بن سلیمان قابل اثبات است.

۱. أنوار الفقاهة، ص ۶.

۲. کتاب النکاح (شیخ انصاری)، ص ۸۶.

۳. تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۳.

۴. تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۴.

در بین عامه اختلاف است؛ زیرا ابوحنیفه تعلیق را مضرّ ندانسته است و شافعی دو قول دارد که اصحّ آن، بطلان عقد معلق است. اگر حصول معلق علیه قطعی باشد، ایشان از برخی از شافعیّه حکم به صحت را نقل کرده - دلیل آنها این است که شرطی که حصول آن قطعی است، در حقیقت تحقیق است نه تعلیق - و سپس فرموده است که حقّ، حکم به صحت است.^۱

اشکال: اجتهادی بودن ادعای اجماع علامه و مناشی آن

اما ادعای اجماع در کلام ایشان صحیح نیست و یک استنباط شخصی است؛ زیرا همان طور که بیان شد قبل از مرحوم یحیی بن سعید حلی که از مشایخ مرحوم علامه حلی بوده، هیچ فقیه‌ای این مسئله را عنوان نکرده و مراجعه به فقهای قبل از علامه که معمولاً مرحوم علامه حلی از آنها نقل می‌کند - جز مرحوم ابن جنید و برخی دیگر^۲ که کتاب‌هایشان در دسترس نیست - این مطلب را ثابت می‌کند. شاید ایشان از اعتبار تنجیز در باب - مثلاً - طلاق، این مطلب را استیناس کرده، یا از آنجا که در عقود، رضایت دو طرف معتبر است و رضایت نیز به نظر ایشان همان جزم است، استنباط کرده که فقهاء جزم را معتبر دانسته‌اند و اجماع را نتیجه گرفته است، نه اینکه به کلمات فقهاء مراجعه کرده باشد. البته این احتمال نیز

۱. توضیح بیشتر: مثال‌هایی که مرحوم علامه در تذکره برای تعلیق می‌زند و تمام آن‌ها را باطل می‌داند اقسام مختلفی است: ۱. شرط استقبالی قطعی: «إذا جاء رأس الشهر فقد زوجتك ابنتی» ۲. شرط استقبالی احتمالی: «ان قدم زيد فقد زوجتك ابنتی» ۳. شرط حالی محتمل که مقوم عقد نکاح است: «ان كان بنتا فقد زوجتكها» ۴. شرط احتمالی که شرط صحت عقد نکاح است: «ان كان بنتا و طلقها زوجها او مات عنها و انقضت عدتها فقد زوجتكها». بعد می‌فرماید: «لم ينعد شيء من هذه الصور عندنا و للشافعية وجهان» و بعد از بیان وجه صحت می‌فرماید: «و به قال ابو حنیفة و اصحهما عند الشافعية انه لا يصح كما قلناه لفساد الصیغة» سپس می‌نویسد: «لو بشر بنت فقال ان صدق الخبر فقد زوجتكها، قال بعض الشافعية: يصح، و لا يكون ذلك تعليقا بل هو تحقيق كما لو قال: ان كنت زوجتي فانت طالق، يكون تنجيذا للطلاق و يكون «إن» بمعنى «اذ»... و هذا إتما يصح اذا تیقن صدق المخبر فيما فرض و إلا فکلمة «إن» من المتردد فيما دخلت علیه تعلیق و اشتراط و هذا حق عندنا ایضا» (تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۳-۵۸۴). در نتیجه ایشان اگر شرط حالی از شرایط صحت عقد بوده و قطعی هم باشد، عقد را صحیح می‌داند؛ چون در واقع تعلیق نیست و تحقیق است.

۲. مانند ابن ابی عقیل و آراء مرحوم ابن بزاج در الکامل.

وجود دارد که بعضی از تعابیر مانند تعبیر روایت ابان بن تغلب: «فإذا قالت نعم فقد رضيت فهي امرأتك وأنت أولى الناس بها»، در کلمات قوم نیز وارد شده^۱ و موجب التزام به این مطلب شده که عقد باید به گونه‌ای باشد که بعد از انشاء ایجاب و قبول، اثر آن مترتب شود که بر عقد تعلیقی قابل تطبیق نیست و به این دلیل اعتبار تنجیز را به صورت مطلق به فقهاء نسبت داده است.

نظر شهید اول: صحت تعلیق بر امر فعلی معلوم الحصول مرحوم شهید اول در کتاب قواعد فرموده است:

«لا يجوز تعلیق انعقاد العقود علی شرط، سواء كان متربحاً قطعاً، معلوم الوقوع، و هو المعبر عنه بالصفة، أو غير معلوم الوقت، أو كان غير مقطوع الترقب، إذا لم يعلم المتعاقدان وجوده، مثل: إن كان وکيلي قد اشتراه فقد بعته بكذا، أو: إن كان أبي قد مات فقد زوجتک أمتي، أو: إن كانت موکلتني قد انقضت عدتها فقد زوجتکها، أو: إن كان أحد من نسائك الأربع مات فقد زوجتک ابنتي. أما لو علما الوجود، فإن العقد صحيح ولا شرط وإن كان بصورة التعليق، ولا نظر إلى كونهما ينكرانه، أو أحدهما، إذا كان معلوماً، كأنكار الموكل الإذن في شراء شيء معين، أو بضمن معين. ولو قال: بعته بمائة إن شئت، فهذا تعلیق بما هو من قضایاه، إذ لو لم يشأ لم يشتر. ووجه المنع: النظر إلى صورة التعليق.»^۲

ایشان فرموده است: تعلیق عقد بر شرط، جایز نیست و فرقی نمی‌کند شرطی باشد که حصول آن قطعی و وقت آن معلوم است (مانند «اگر فردا پنجشنبه باشد،

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۵۵، ح ۳: علي بن إبراهيم عن أبيه عن عمرو بن عثمان عن إبراهيم بن الفضل عن ابان بن تغلب و علي بن محمد عن سهل بن زياد عن إسماعيل بن مهران و محمد بن أسلم عن إبراهيم بن الفضل عن ابان بن تغلب «... فإذا قالت نعم فقد رضيت فهي امرأتك وأنت أولى الناس بها».

۲. ظاهراً مراد استاد^۳ این است که همان استدلال به روایت ابان که در عبارات برخی فقهاء مثل صاحب جواهر به آن اشاره شده - گرچه تصریح به آن نشده - محتمل است که در کتب سابقین بر علامه نیز مطرح بوده و منشأ ادعای اجماع علامه باشد.

۳. القواعد والفوائد، ج ۲، ص ۲۳۷، قاعدة ۲۳۸.

تو را تزویج کردم» یا حصول آن (مانند مرگ) قطعی است ولی وقت آن معلوم نیست (مانند «اگر مورث من وفات کرد، أمه خود را به تو تزویج کردم») یا اصلاً حصول آن شرط، قطعی نیست. البته ضابطه بطلان عقد در این موارد، تعلیق عقد بر امری است که وجود فعلی آن یقینی نیست. ایشان مثال‌هایی زده است؛ مثلاً اگر شخصی بگوید: «إِنْ كَانَ وَكِيلِي قَدْ اشْتَرَاهُ فَقَدْ بَعْتُكَ بِكَذَا» در حالی که نمی‌داند وکیل آن را خریده است، در این موارد - که عقد بر امری معلق شده که شرط صحت است و تحقق آن معلوم نیست - حکم به بطلان عقد می‌شود.

ولی اگر تحقق معلق علیه برای هر دو طرف عقد معلوم باشد عقد، صحیح است گرچه به صورت تعلیق باشد؛ زیرا در واقع تحقیق است نه تعلیق. به عنوان مثال اگر یک طرف عقد، منکر وکالت طرف دیگر در خرید شئی شود در حالی که در واقع می‌داند که آن شخص را وکیل خود قرار داده و به نحو تعلیق بگوید: «اگر تو را در خرید این جنس وکیل کرده باشم آن را به تو فروختم»، این عقد، صحیح است و تعلیق مضّر نیست. همچنین اگر دو طرف منکر هستند ولی معتقدند که در واقع وکالتی وجود داشته، تعلیق مضّر نخواهد بود و عقد صحیح است، مانند اینکه شخص بگوید: «اگر من تو را وکیل کرده‌ام و این ملک من است، آن را به تو فروختم»، و همچنین اگر عقد معلق شود بر امری که لازمه نفس عقد است و بدون آن، عقد حاصل نمی‌شود، چنین عقدی نیز صحیح است و این تعلیق مضّر نخواهد بود، مانند اینکه بگوید: «بعثک بمئة إِنْ شئت» و روشن است که رضایت مشتری از لوازم عقد است و بدون آن هیچ عقدی محقق نمی‌شود و ظاهراً وجه منع در این عقود، لحاظ صورت تعلیق است.

مرحوم شیخ طوسی در باب وکالت^۱ فرموده است: در موارد تعلیق عقد بر امری که حصول آن قطعی است بین عامه دو نظر وجود دارد:

- نظر اول: صورت تعلیق، معیار است؛ لذا عقد باطل است.
- نظر دوم: واقع امر، معیار است؛ لذا از آنجا که در حقیقت تعلیقی وجود ندارد، عقد، صحیح است.

مرحوم شهید اول، قول دوم یعنی صحت عقد را پذیرفته و احتمالاً با جمله «وجه المنع النظر الى صورة التعليق» به دلیل قول اول یعنی دلیل برخی از عامه اشاره کرده که صورت تعلیق را معیار بطلان عقد دانسته‌اند، گرچه در حقیقت تعلیقی وجود ندارد؛ بنابراین مرحوم شهید اول تعلیق بر امر فعلی را که حصول آن معلوم است، صحیح دانسته است و این مطلب از سایر عبارات‌های کتاب قواعد شهید اول نیز قابل استفاده است.^۱

ادله شیخ انصاری بر بطلان تعلیق در بیع و جریان آن در نکاح
مرحوم شیخ انصاری در کتاب مکاسب در بحث اشتراط تنجیز در بیع، دو دلیل بر اعتبار تنجیز و بطلان تعلیق بیان کرده و هر دو دلیل را پذیرفته است.^۲
این دو دلیل به بیع اختصاص ندارد و در باب نکاح نیز مطرح می‌شود.

دلیل اول: اجماع بر بطلان تعلیق در توکیل (عقد جایز) و اولویت در عقود لازمه
دلیل اول، اجماع فقهاء بر بطلان تعلیق و اشتراط تنجیز در وکالت است. وقتی چنین اجماعی در باب وکالت که از عقود جایز و اذنی است وجود دارد، به اولویت در مورد عقود لازم و معاوضی مانند بیع و امثال آن، بر اشتراط تنجیز اجماع وجود خواهد داشت.

دلیل دوم: ادعای اجماع بر اعتبار تنجیز در بیع و نکاح
دلیل دوم ایشان اجماع بر اعتبار تنجیز در عقود است.

اشکال دلیل اول شیخ انصاری
اما دلیل اول ایشان با دو اشکال مواجه است.

اشکال اول: اجماعی نبودن بطلان تعلیق در باب وکالت
اشکال اول این است که بر اشتراط تنجیز در وکالت اجماع وجود ندارد.
توضیح مطلب: در کلمات برخی از فقهای متأخر از مرحوم علامه حلی، ادعای

۱. القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۶۵-۶۶.

۲. کتاب مکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۱۶۳ و ۱۷۰.

اجماع شده است، مانند آنچه از کتاب شرح ارشاد مرحوم فخر المحققین - یا به تعبیر بسیاری از بزرگان^۱ حاشیه الارشاد که خطی است و من آن را ندیده‌ام و با واسطه از آن نقل می‌کنم - حکایت شده که فرموده است: تعلیق وکالت بر شرط، نزد فقهای امامیه صحیح نیست.^۲

فقیه بزرگی مانند مرحوم محقق کرکی نیز در کتاب جامع المقاصد فرموده است: تعلیق در وکالت نزد تمام علمای امامیه باطل است^۳ و مرحوم علامه حلی در تذکره^۴ و مرحوم شهید ثانی در مسالک^۵ نیز با تعبیر «عند علمائنا» تعلیق را نزد علمای امامیه باطل و تنجیز را شرط دانسته‌اند.

ولی حق این است که در باب وکالت، اجماع بر اشتراط تنجیز وجود ندارد؛ زیرا قبل از مرحوم محقق حلی، فقط در دو کتاب این مسئله مطرح شده و هیچ‌کدام اتفاق بر بطلان تعلیق یا اشتراط تنجیز را ادعا نکرده‌اند. یکی از آن دو کتاب، کتاب مبسوط^۶ و دیگری کتاب سرائر^۷ است. مرحوم ابن ادریس با اینکه در بسیاری از مطالب، تعابیر قاطعی دارد ولی در این مسئله ادعای اتفاق یا اجماع نکرده است. مرحوم شیخ طوسی نیز در کتاب مبسوط در مقام استدلال بر بطلان تعلیق در وکالت فرموده است: دلیلی بر صحت تعلیق در وکالت وجود ندارد و بر اساس اصل، باید به بطلان عقد معلق قائل شد. ظاهر کلام ایشان این است که اجماعی بر بطلان تعلیق وجود ندارد؛ زیرا اگر مسئله اجماعی بود، ایشان نباید می‌فرمود که دلیلی بر صحت تعلیق وجود ندارد، بلکه باید به لحاظ اجماع می‌فرمود که دلیل بر بطلان تعلیق وجود دارد؛ بنابراین میان فقهای متقدم قطعاً اجماعی وجود ندارد و در میان

۱. برای نمونه: مستند الشیعة، ج ۳، ص ۳۶۹؛ المناهل، ص ۶۴۹؛ جواهر الکلام، ج ۱۱، ص ۱۵۵؛ کتاب الزکاة (شیخ انصاری)، ص ۲۰؛ إفاضة القدير في أحكام العصور، ص ۹۱.

۲. مفتاح الکرامة، ج ۲۱، ص ۲۰.

۳. جامع المقاصد، ج ۸، ص ۱۸۰.

۴. تذکره الفقهاء، ج ۱۵، ص ۱۳، م ۶۴۸.

۵. مسالک الأفهام، ج ۵، ص ۲۳۹.

۶. المبسوط، ج ۲، ص ۳۹۹.

۷. السرائر، ج ۲، ص ۹۹.

فقه‌های متأخر نیز فقهایی مانند مرحوم فیض کاشانی در کتاب مفاتیح^۱ فرموده‌اند که مشهور در باب وکالت، بطلان تعلیق است. از این تعبیر، تأمل ایشان در مسئله استفاده می‌شود. محقق اردبیلی^۲ به عدم اشتراط تنجیز تمایل دارد. مرحوم سبزواری در کفایه فرموده است که منع تعلیق به دلیل روشنی مستند نیست و فرموده است: طبق نقل، مذهب اصحاب، بطلان تعلیق در وکالت است.^۳ این تعبیر ایشان که فرموده «طبق نقل، مذهب اصحاب بطلان است» نشان می‌دهد که تمایل به صحت دارد. صاحب حدائق نیز فرموده است: بعید نیست که تنجیز شرط نباشد.^۴ بنابراین در بین فقه‌های متأخر نیز اجماعی بر بطلان تعلیق وجود ندارد.

درباره ادعای اجماعی که مطرح شد این نکته قابل توجه است که موارد متعدّد وجود دارد که فقهی در یک مسئله ادعای اجماع کرده و فقه‌های دیگر به دلیل حسن ظنی که به وی دارند بدون اینکه خود تحصیل اجماع کرده باشند، ادعای اجماع کرده‌اند. بسیاری از ادعای اجماع‌ها به مرحوم محقق کرکی برمی‌گردد که ایشان نیز در بسیاری از موارد پیرو مرحوم فخر المحققین و مرحوم فخر المحققین نیز پیرو پدر خود، مرحوم علامه حلی است. این بزرگواران در بعضی از مسائلی که در کلمات اصحاب مطرح نبوده، ادعای اجماع کرده‌اند و سرّ آن این است که اتفاق اصحاب و فقه‌اء بر کبریات و قواعد کلی باعث شده که این کبریات را بر مواردی تطبیق دهند و از آن نتیجه بگیرند که فلان فرع فقهی، اجماعی است با وجود اینکه اجماع فقط در مورد کبری وجود داشته است. به عنوان مثال مرحوم ابن زهره در کتاب غنیه^۵ در حالی که در مسائلی تصریح به وجود مخالف کرده، ادعای اجماع کرده و فرموده است که مخالفت این افراد مضّر نیست؛ لذا اذعان و شهادت آن افراد مخالف بر کبریات و قواعد کلی را، شهادت اجمالی بر فروعات آن کبریات دانسته است گرچه این افراد به سبب اشتباه به صورت تفصیلی بر خلاف

۱. مفاتیح الشرائع، ج ۳، ص ۱۸۹.

۲. مجمع الفائدة و البرهان، ج ۹، ص ۵۳۳.

۳. کفایة الأحکام، ج ۱، ص ۶۷۱.

۴. الحدائق الناضرة، ج ۲۲، ص ۱۳.

۵. برای نمونه: غنیه النزوع، ص ۲۸۷ و ۳۷۵.

آن شهادت داده باشند، یا مرحوم شیخ طوسی در مسئله‌ای در کتاب خلاف فرموده است: در این مسئله روایاتی وجود دارد که معارض ندارند که این مطلب، دلالت بر اجماع فقهاء در مسئله مزبور دارد.^۱

این ادعای اجماع به دلیل مسلم بودن این کبری نزد فقهاء است که هرگاه در مسئله‌ای، روایات بدون معارض وجود داشته باشد، حکم مسئله همان مفاد روایات است. لذا در مسئله تعلیق وکالت، بر بطلان تعلیق اجماع وجود ندارد بلکه عمومات ادله و بناء عقلاء، مقتضی جواز تعلیق در وکالت است.

مرحوم آقای خوئی درباره تعلیق در عقود اذنی مانند توکیل فرموده است که تعلیق اشکال ندارد^۲ و با نسبت دادن صحت این تعلیق به مرحوم میرزای قمی فرموده است: «ولا نظراً فضلاً عن القطع قیام الإجماع علی بطلانه، بل قد صرح المحقق القمی رحمه الله فی جامع الشتات بصحة التوکیل المعلق فی طلاق زوجته».^۳

ایشان بیانی برای اجماعی نبودن مطرح نکرده است. ظاهراً ایشان گمان کرده چند مخالف در مسئله وجود دارد و در نتیجه در اجماعی بودن بطلان تعلیق در عقود اذنی اظهار تردید کرده است، در حالی که بیان شد بر عدم اجماع دلیل داریم.

اشکال دوم: منع اولویت عقود معاوضی به دلیل وجود اجماع تعبدی در بطلان وکالت استقبالی اشکال دوم این است که بر فرض وجود اجماع در باب وکالت، نمی‌توان در عقود معاوضی به اولویت، قائل به بطلان تعلیق شد؛ زیرا در باب وکالت قرینه‌ای وجود دارد که حکم به بطلان تعلیق را به باب وکالت مختص می‌کند که از آن نمی‌توان به سایر ابواب تعدی کرد و آن قرینه این است که فقهاء در دو قسم از وکالت که عرفاً هیچ تفاوتی با هم ندارند، به بطلان یکی از دو قسم حکم کرده‌اند و این مطلب، قرینه است بر اینکه حکم به بطلان، حکمی تعبدی و بر خلاف قواعد عامه و فقط مخصوص یک قسم از اقسام وکالت است؛ بنابراین نمی‌توان از آن به ابواب دیگر تعدی کرد.

۱. الخلاف، ج ۲، ص ۲۵۰.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۴۹.

۳. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۴۹.

توضیح مطلب:

خدای متعال نسبت به والدین فرموده است: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَمْرٌ﴾؛^۱ به لحاظ ارتکاز عقلاء، مساوی همین عمل نیز حرام خواهد بود؛ زیرا عرف برای گفتن «آف» خصوصیتی نمی‌بیند؛ زیرا در نظر عرف، شارع بر خلاف ارتکاز عقلاء اِعمال تعبد در این باره نکرده است. لذا اگر شارع برای مساوی «آف» حکم دیگری را بر خلاف ارتکاز عقلاء مترتب کرده باشد معلوم می‌شود تعبدی در کار است.

فقهاء در باب وکالت مسلم دانسته‌اند که وقتی شخصی، دیگری را برای انجام کاری در زمان آینده وکیل می‌کند (وکیل من در فروش خانه‌ام در ماه آینده باش) به گونه‌ای که انشاء وکالت و مُنشأ و معتبر، فعلی و فقط موکِّل فیهِ و متعلّق وکالت، استقبالی باشد؛ یعنی «همین الان وکیل من در فروش خانه‌ام در ماه آینده باش»، عقد وکالت، صحیح است ولی اگر مراد این باشد که «تو در ماه آینده وکیل من هستی که در همان ماه آینده خانه‌ام را بفروشی»، یعنی ظرف مُنشأ (وکالت) نیز زمان آینده باشد و فقط انشاء، فعلی باشد، این عقد وکالت، باطل است.^۲ بحث در این است که این دو قسم از وکالت چه تفاوت‌هایی دارند و چه ثمراتی بر این دو قسم مترتب است؟

نظر شهید ثانی و صاحب حدائق: یکسانی وکالت استقبالی و فعلی طبق قواعد اولیه

برخی مانند مرحوم شهید ثانی در کتاب مسالک^۳ و پیرو ایشان مرحوم صاحب حدائق^۴ فرموده‌اند که تفاوت محتوایی بین این دو قسم وجود ندارد و معنای جمله «تو وکیل من هستی که در ماه آینده خانه‌ام را بفروشی» این است که تا قبل از ماه آینده، مالک به فروش خانه خود راضی نیست و فرقی نمی‌کند که انشاء و مُنشأ، فعلی و متعلّق وکالت استقبالی باشد یعنی «تو اکنون وکیل من هستی که در ماه

۱. الإِسْرَاء، ۲۳.

۲. برای نمونه: شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۱۵۱؛ قواعد الأحکام، ج ۲، ص ۳۴۹-۳۵۰؛ غایة المرام، ج ۲، ص ۳۳۸؛ جامع المقاصد، ج ۸، ص ۱۸۰؛ رک: مفتاح الکرامه، ج ۲۱، ص ۲۴.

۳. مسالک الأفهام، ج ۵، ص ۲۴۰.

۴. الحدائق الناضرة، ج ۲۲، ص ۱۱.

آینده خانه‌ام را بفروشی» یا انشاء فعلی ولی مُنشأ (وکالت) و متعلق وکالت استقبالی باشد یعنی «در ماه آینده تو وکیل من هستی برای فروش خانه‌ام در همان ماه آینده». هر دو صورت، یکسان است و بعید نیست با وجود اینکه دو امر، معنای متفاوتی ندارند ولی از نظر قوانین شرعی و امور مترتب بر آن از جمله صحت و فساد، فرق داشته باشند و در محل بحث نیز با اینکه تفاوتی بین دو قسم وکالت نیست، ولی شرع بر اساس قانون خود بین آنها تفاوت گذاشته است.

تنظیم مقام به بطلان بیع غرری و صحت صلح غرری

در تبیین بیشتر این مطلب می‌توان این مثال را مطرح کرد که فقهاء در باب عقد بیع فرموده‌اند: «غرر موجب بطلان بیع است»؛ یعنی جهل در مقدار ثمن یا مثن، عقد را باطل می‌کند، ولی اگر این معاوضه در قالب صلح انجام شود، مبطل صلح نیست^۱ با اینکه روح بیع و صلح در این موارد با یکدیگر تفاوتی ندارد و معنای هر دو، تبدیل به عوض (مبادله مالی به مال دیگر با رضایت) است با این تفاوت که عقد صلح، به حمل اولی، صلح و سازش است و بیع به حمل شایع، صلح و سازش است، ولی با این وجود شارع مقدس میان آنها از جهت وجود غرر تفاوت قائل شده است.

تأیید نظر شهید ثانی با استشهد به «إِنَّمَا يَحْلِلُ الْكَلَامُ وَيَحْرَمُ الْكَلَامُ»

در مورد «إِنَّمَا يَحْلِلُ الْكَلَامُ وَيَحْرَمُ الْكَلَامُ»^۲ نیز مطلب همین است که گاهی یک لفظ خاص، موجب حلّیت قراردادی و لفظی دیگر موجب حرمت آن می‌شود. به عنوان مثال، مشهور فقهاء عربی بودن صیغه را در عقد نکاح شرط دانسته و فرموده‌اند اگر کسی با لفظ عربی، انشاء نکاح کند زوجیت محقق می‌شود و الا محقق نمی‌شود،

۱. برای نمونه:

شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۹۹؛ تذکره الفقهاء، ج ۱۶، ص ۱۷؛ رک: جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۲۱۵-۲۱۶.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۲۰۱، ح ۶: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن نجيع قال «قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يجيء فيقول اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا فقال أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك قلت بلى قال لا بأس به إنما يحلّل الكلام ويحرم الكلام.» (وسائل الشيعة، ج ۱۸، ص ۵۰، ح ۴).

با اینکه مفاد عقد فارسی با عربی یکسان است و هدف عاقد نیز یکی است. بنابراین حق با امثال مرحوم شهید ثانی است؛ یعنی گرچه به لحاظ معنا و محتوا بین این دو قسم از وکالت فرقی نیست، ولی اجماع بر بطلان آن قسمی است که هم ظرف تحقق وکالت و هم ظرف موکّل فيه آینده است؛ بنابراین اگر فقط موکّل فيه استقبالی باشد، اجماع بر بطلان وجود ندارد و بر اساس عمومات ادله، به صحت آن حکم می‌شود؛ پس حکم به بطلان در یک قسم، از باب تعبّد است و امکان تعدی به سایر ابواب وجود ندارد.

اشکال بر شهید ثانی با بیان وجوه فرق بین وکالت استقبالی و فعلی

مرحوم صاحب جواهر به شهید ثانی اشکال کرده و فرموده است بین این دو صورت عقد وکالت تفاوت وجود دارد و اختلاف این دو قسم از وکالت، لفظی نیست، بلکه هم از نظر معنا و هم از نظر احکام با یکدیگر متفاوت هستند. به همین دلیل، تفاوت بین این دو تعبّد محض نیست تا نتوان از وکالت به سایر معاملات تعدی کرد. فرق‌های ذیل را می‌توان مطرح و بررسی کرد:

فرق اول: امانی نبودن ید وکیل استقبالی قبل از فعلیت وکالت

فرق اول که در جواهر مطرح شده این است که اگر وکیل، اذعان مال مورد وکالت، تلف شده، در فرضی که وکالت، فعلی است و تعلیق در ناحیه موکّل فيه است، ادعای وکیل مسموع است؛ زیرا ید وکیل، ید امانی است و طبعاً ضامن نخواهد بود؛ ولی اگر وکالت نیز مانند موکّل فيه استقبالی باشد، و هنوز فعلی نشده باشد، ادعای تلف مال توسط وکیل، به اثبات نیاز دارد.^۱

مرحوم صاحب جواهر پس از ذکر این ثمره، تحت عنوان «و غیرها» به ثمرات دیگری اشاره کرده و گمان می‌رود مراد این باشد که گاهی ادعایی مطرح نشده بلکه معلوم است در دست وکیل، تلف شده که در صورت اول وکالت که ید، امانی بوده، ضامن نخواهد بود، ولی در صورت دوم که وکالت استقبالی بوده، مال نزد ید غیر امین تلف شده و شخص ضامن است.

۱. جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۳۵۲.

اشکال: ملاک بودن «در اختیار بودن مال» نه «فعلیت وکالت»

اما تفاوت مذکور، تمام نیست؛ زیرا فعلیت وکالت، ربطی به قبول دعوی تلف یا ضامن نبودن وکیل ندارد بلکه معیار در قبول ادعای تلف و ضامن نبودن این است که موکل مال خود را در اختیار وکیل قرار داده باشد گرچه فعلیت وکالت نیز وجود نداشته باشد، و به بیان دیگر حتی در فرضی که وکالت، فعلی است و تعلیق فقط در ناحیه موکل فیه است، اگر وکیل بدون اذن مال را بردارد و اتفاقاً تلف شود، ید وکیل، غیر امانی خواهد بود و ضامن است و در فرضی نیز که وکالت استقبالی است، اگر موکل مال خود را در اختیار وکیل قرار دهد، ید وکیل، امانی خواهد بود و هم ادعای تلف از وکیل مسموع است و هم در صورت تلف، ضامن نخواهد بود لذا این ثمره صحیح نیست. البته گاهی لازمه اینکه وکیل بتواند در آینده مورد وکالت را عمل کند این است که از الان مال در دستش باشد، و در نتیجه اذن موکل وجود دارد اما لازمه وکالت فعلی این نیست.

فرق دوم: عدم امکان عزل وکیل استقبالی قبل از موعد وکالت

فرق دومی که ممکن است گفته شود این است که بر فرض تحقق وکالت فعلی، امکان عزل توسط موکل وجود دارد ولی در صورتی که وکالت استقبالی و معلق باشد، عزل وکیل صحیح نیست؛ زیرا از قبیل «إسقاط ما لم یجب» است که فقط در موارد خاصی از جمله ضامن جریره یا رفع مسئولیت طبیب از عواقب طبابت و امثال آن، ضمان مذکور به دلیل اجماع، صحیح دانسته شده است.

اشکال: کفایت انصراف موکل در بطلان وکالت

اما این فرق نیز صحیح نیست؛ زیرا یکی از شرایط وکالت این است که گرچه ظرف تحقق وکالت، متأخر باشد نباید موکل از انشاء وکالت منصرف شود وگرنه وکالت باطل است، نظیر باب وصیت که وقتی موصی، شخصی را وصی خود قرار می دهد گرچه ظرف تحقق وصیت پس از موت موصی است ولی اگر موصی از انشاء وصیت صرف نظر کند آن وصیت، اعتباری نخواهد داشت؛ بنابراین در موردی هم که وکالت تعلیقی است، اگر موکل، وکیل را عزل کند وکالت باطل است؛ زیرا از وکالت منصرف شده و از این جهت با صورت وکالت فعلی فرقی ندارد.

فرق سوم: عدم وجوب تحصیل مقدمات وکالت و حرمت تصرف در فرض وکالت استقبالی طبق مبنای صاحب فصول

برخی در وجوب مقدمات بین واجب معلق و واجب مشروط فرق قائل شده‌اند. مرحوم صاحب فصول^۱ واجبات را از حیثی به واجب معلق و واجب مشروط تقسیم کرده و معتقد است که واجب معلق آن است که وجوب در آن فعلی ولی واجب استقبالی است، و واجب مشروط آن است که هم وجوب و هم واجب استقبالی باشد؛ بنابراین در واجب معلق اگر حصول واجب در زمان خاص، به مقدّماتی نیاز داشته باشد تحصیل مقدمات از ابتداء بر مکلف واجب است؛ زیرا وجوب، فعلی است بر خلاف واجب مشروط که تحصیل مقدمات تحقق واجب قبل از زمان واجب، لازم نیست. بنابراین بر اساس نظر مرحوم صاحب فصول ممکن است کسی در محل بحث نیز چنین فرقی قائل شود که اگر وکالت فعلی و موکّل فیه استقبالی باشد و حصول موکّل فیه به تحصیل مقدماتی محتاج باشد یا نیازمند تصرف در آن مال باشد، تهیة مقدمات لازم و تصرف در این مال جایز می‌شود؛ زیرا وکالت، فعلی است؛ ولی اگر وکالت نیز استقبالی باشد مانند واجب مشروط، نمی‌تواند در این مال تصرف کند یا تحصیل مقدمات لازم نیست.

اشکال: عدم تمامیت مبنای صاحب فصول با بررسی دو مطلب از شیخ انصاری اما این مبنا ناتمام است. برای روشن شدن مطلب باید واجب معلق و مشروط توضیح داده شود؛ آیا تنقید در لسان دلیل حکم الزامی، به اصل وجوب برمی‌گردد یا به نفس واجب؟ به بیان دیگر آیا اصل وجوب مُنشأ، معلق است یا وجوب، مطلق است و ماده واجب (متعلق وجوب) مقید یا معلق است؟

مرحوم شیخ انصاری فرموده است: تمام قیود، لُبّاً و در لوح واقع به ماده (متعلق وجوب) برمی‌گردد^۲ و به بیان دیگر مرحوم شیخ انصاری منکر واجب مشروط است. ایشان دو محذور عقلی برای تعلیق در وجوب مطرح کرده که در ضمن دو مطلب بررسی می‌شود.

۱. الفصول الغرویة، ص ۸۰.

۲. مطارح الأظفار، ج ۱، ص ۲۶۳.

مطلب اول: عدم امکان تقیید معانی حرفی مانند هیئت امر

مطلب اول این است که وجوب از هیئت امر فهمیده می شود و هیئت از معانی حرفی و جزئی است و جزئی قابل تعلیق و تقیید نیست.

توضیح مطلب: در اصول، این اختلاف نظر وجود دارد که مثلاً در «إن جاء زيد فاکرمه» آیا وجوب اکرام، معلق به معیء است، یا وجوب تعلیق ندارد و فعلی است، و فقط واجبش معلق است؟ البته چنان که بیان شد، علم همیشه فعلی است، و تعلیقی اگر باشد در علم نیست بلکه در معلوم است؛ یعنی گاهی معلوم، قضیه معلقه است، اما در وجوب این بحث مطرح است که آیا ممکن است وجوب معلق باشد؟

یک بحث این است که ظواهر انشاء، مقتضی چیست؟ شیخ انصاری قبول دارد که ظاهر بدوی انشاء، تعلیق وجوب است، نظیر «إذا طلعت الشمس فالنهار موجود»؛ ظاهر این عبارت آن است که تالی (وجود نهار) قبل از طلوع شمس، محقق نیست. در مثال وجوب اکرام نیز ظاهرش این است که وجوب اکرام معلق بر آمدن زید است. البته ممکن است به نحو شرط متأخر نیز تصویر بشود.

ولی شیخ انصاری با این حال می فرماید چون هیأت، معنای حرفی است و معنای حرفی قابل تعلیق نیست؛ لذا تعلیق مربوط به ماده (اکرام) خواهد بود و وجوب، فعلی است.

اشکال: امکان تقیید وجوب مستفاد از غیر هیئت

اما این دلیل اخص از مدعا است؛ زیرا دائماً وجوب، مفاد هیئت امر نیست بلکه گاهی از موادی مانند «کتب»، «وجب»، «فرض» و امثال آن استفاده می شود و البته مناقشات دیگری نیز در این دلیل شده که به آن پرداخته نمی شود.

مطلب دوم: رجوع تعلیق اراده به تعلیق مراد به دلیل محال بودن تحقق اراده معلق

مطلب دوم که در کلام شیخ انصاری مطرح شده این است که اصلاً اراده معلق وجود ندارد؛ زیرا ملاک حکم عقل به لزوم اتیان عمل، اراده مولا است و اراده یا موجود و یا معدوم است و تعلیق در آن معنا ندارد؛ یعنی اگر اراده، فعلی نباشد معدوم است و اگر اراده، فعلی باشد وجودش فعلی است و معلق نیست؛ پس هر گونه تعلیق و

تقییدی به مُراد برمی‌گردد و نتیجه این فعلیتِ اراده، لزوم تحصیل مقدمات وجودی آن واجب است.

اشکال آخوند: امکان واجب مشروط به دلیل احتمال مصلحت نداشتن طلب فعلی مرحوم آخوند کلام مرحوم شیخ انصاری را نپذیرفته و فرموده است: ارادهٔ مولا می‌تواند در حال حاضر فعلی نباشد؛ زیرا ممکن است عملی، محبوب مولا باشد و نسبت به آن شوق اکید داشته باشد ولی به دلیل مصلحت نداشتن طلبِ فعلی، مولا طلب خود را به صورت معلق انشاء کند؛ یعنی اراده و وجوب (مُنشأ) در آینده، فعلی شود، در حالی که اصل خطاب و انشاء وجوب در حال حاضر حاصل است؛ پس وجوب مشروط امکان دارد.^۱ در حقیقت شوق با اراده متفاوت است. گاهی شوقی که موجود است، انسان را به انجام مقدمات عمل وادار نمی‌کند. در بحث واجب مشروط نیز ممکن است مولا به انجام کاری شوق داشته باشد، اما ارادهٔ فعلی نسبت به آن نداشته باشد و عید را تحریک و بعث نکرده باشد.

کلام آقای داماد: ظهور عرفی «خطاب مقدم بر ظرف عمل» در «فعلیت اراده» مرحوم آقای داماد با استدلالی دیگر موافق مدّعی مرحوم شیخ انصاری است. ایشان می‌فرمود خطاب مقدم بر زمان عمل، کشف می‌کند که مولا می‌خواهد آن فعل در زمان خود، حتماً انجام گیرد و فوت نشود؛ زیرا بعضی از اعمال، مقدّماتی دارد که باید زودتر انجام شود یا احتمال دارد که مکلف در زمان عمل غافل و نائم باشد؛ بنابراین مولا برای فوت نشدن عمل در ظرف خود، به مکلف زودتر خطاب تکلیفی را متوجه می‌سازد تا علاوه بر نشان دادن شوق اکید خود به حصول عمل در خارج، این عمل را از عید طلب کند.^۲

به بیان دیگر وقتی مولا از عید، فعلی را طلب می‌کند، گاهی قدرت عید در خطاب اخذ شده، که در این صورت، سعه و ضیق و کیفیت قدرت شرعی به نحوه جعل بستگی دارد یعنی ممکن است فقط شخصی که قدرت در ظرف عمل دارد، مکلف باشد یا ممکن است قدرت یک لحظه مکلف از زمان خطاب تا زمان عمل

۱. کفایة الأصول (چاپ آل البیت)، ص ۹۶.

۲. ر.ک: المحاضرات (مباحث أصول الفقه)، ج ۱، ص ۲۲۹.

برای تکلیف کافی باشد؛ ولی اگر قدرت در خطاب اخذ نشده باشد، به عنوان مثال، مولا به صورت مطلق فرموده باشد که «شما فردا از فلان مهمان پذیرایی کنید» اگر پذیرایی مقدّماتی داشته باشد، باید فراهم شود؛ زیرا اگر این مقدّمات فراهم نشود، مکلف در وقت عمل، از پذیرایی عاجز خواهد شد و عذری در مقابل مولا ندارد و مولا می‌تواند احتجاج کند که زودتر از وقت پذیرایی خطاب کردم تا مقدّمات آن تهیّه شود؛ پس اراده مولا به ذی‌المقدّمه فعلی است و الزام به ذی‌المقدّمه ارتکازاً الزام به مقدّمات نیز هست. پس گرچه ظاهر خطاب این است که اصل وجوب، معلق است ولی مقدم کردن خطاب بر ظرف عمل کشف می‌کند که در لوح واقع اراده مولا نسبت به طلب ذی‌المقدّمه و مقدّمه فعلی است و متعلق طلب، معلق و مشروط است؛ بنابراین لُبّاً تمام واجبات مشروط به واجب معلق برمی‌گردند. البته اگر دلیلی مانند اجماع وجود داشته باشد که قدرت، قید شرعی است، دیگر وجوب، فعلی نیست و تحصیل این قدرت نیز لازم نیست.

اشکال: منحصر نبودن فایده تقدیم خطاب در اشتغال به مقدمات امتثال

ولی ممکن است گفته شود اگر فایده تقدیم خطاب بر زمان تحقّق شرط فقط این بود که عید مشغول تهیّه مقدمات عمل شود، اراده و خواست فعلی مولا نسبت به واجب، استفاده می‌شد؛ ولی ممکن است علّت تقدیم (حدّ اقل در بعضی از موارد) وجود مصلحتی مربوط به مولا باشد از جمله اینکه مولا با صدور خطاب می‌تواند قدرت مکلف بر انجام عمل را فراهم سازد، و به بیان روشن‌تر، فایده و علّت تقدیم خطاب دائماً به مکلف باز نمی‌گردد تا مکلف با وجود خطاب، به تحصیل مقدمات عمل مشغول شود، بلکه گاهی مولا مصلحت را در این لحاظ می‌کند که قبل از فرا رسیدن زمان واجب، تمام جهات تحقّق واجب را که مرتبط به او است از جمله اقدار مکلف بر اتیان عمل، توسط خطاب و تکلیف مکلف بر اتیان عمل، فراهم سازد، همان‌طور که در مولای عرفی نیز گاهی مولا در زمان حصول معلق علیه، به دلیل غفلت یا خواب یا امثال آن، تمکّن از خطاب و تکلیف ندارد. بنابراین به دلیل جهاتی که بیان شد (اقدار مکلف بر اتیان عمل) مولا خطاب را قبل از تحقّق معلق علیه، صادر می‌کند، گرچه اراده و طلب مولا نسبت به اتیان عمل، فعلی نیست. اصل این اشکال در کتاب کفایه الاصول در بحث واجب معلق و مشروط

اشاره شده است.^۱

تقویت اشکال با تنظیر به خطاب نابالغ نسبت به تکلیف بعد بلوغ
 اشکال فوق را می‌توان به عنوان یک اشکال نقضی نیز مطرح کرد به این بیان که خداوند اگر به صبی چنین خطاب کند: «اگر بالغ شدی، نماز بر تو واجب است»، بر صبی تحفظ بر قدرت بر نماز در زمان بلوغ لازم نیست بلکه هر وقت بالغ شد و قدرت داشت، نماز می‌خواند و اگر قدرت نداشت، تکلیف از او ساقط است و حتی قبل از بلوغ، تحصیل مقدمات نماز نیز مانند تهیة آب لازم نیست؛ بنابراین با خطاب به صبی، وجوب فعلی نشده است؛ زیرا اگر وجوب، فعلی شده بود، لازم بود مقدمات نماز را قبل از بلوغ تحصیل کند، در حالی که تحصیل مقدمات قبل از بلوغ واجب نیست؛ پس وجوب، مشروط به بلوغ است نه اینکه وجوب فعلی باشد و واجب، مشروط به بلوغ و معلق بر آن باشد - که مرحوم شیخ انصاری و مرحوم آقای داماد فرمودند - و علت تقدیم خطاب نیز منحصر در آنچه مرحوم آقای داماد فرموده‌اند، نیست.

اشکال بر نظر مرحوم آخوند: خلاف فرض بودن مشروط شدن وجوب‌های تعلیقی به قدرت شرعی اما در پاسخ به مرحوم آخوند می‌توان گفت: اگر علت تقدیم خطاب بر زمان حاجت، مصلحتِ مربوط به مولا باشد، خلف فرض پیش خواهد آمد.

توضیح مطلب:

شکی نیست که قدرت بر امتثال تکلیف، از شرایط صحت تکلیف است ولی گاهی قدرت، عقلی است به این معنا که مکلف از زمان صدور خطاب تا ظرف عمل، لحظه‌ای بر اتیان تکلیف قدرت داشته باشد و لازم نیست که در زمان عمل، قدرت بر تکلیف موجود باشد؛ بنابراین مکلف باید مقدمات واجب را قبل از ظرف امتثال واجب، تحصیل کند و یا اگر قبل از ظرف امتثال واجب، قدرت بر امتثال حاصل شد، آن را حفظ کند. اما گاهی قدرت اخذ شده در صحت تکلیف، قدرتی خاص و مقید به زمان و مکان مخصوصی است که شارع آن را مشخص می‌کند

که اصطلاحاً بر آن قدرت شرعی اطلاق می‌شود و به دلیل خاص نیاز دارد. اگر مولا امر کند که «ان جاء زيد فأكرمه» و بگوییم وجوب اکرام را بر دوشیء معلق کرده که آمدن زيد و قدرت بر اکرام زيد در ظرف آمدن او - نه زودتر - باشد یعنی قدرت خاصی را در تکلیف لحاظ کرده است، این خلف فرض است؛ زیرا فرض این است که معلق علیه تنها مجبیء زيد است و اعتبار قدرت خاص (قدرت شرعی) نیازمند دلیل است و در فرض عدم وجود دلیل، قدرت عقلی معتبر است. پس اگر وجه تقدیم خطاب بر زمان عمل، لزوم تحصیل مقدمات نباشد، باید در تمام موارد تعلیق واجب بر شئی، علاوه بر اعتبار تحقق آن شیء، قدرت در زمان عمل نیز اعتبار شده باشد که این خلاف فرض است.

با توجه به مطالب فوق، جواب از اشکال نقضی به مرحوم آقای داماد نیز روشن می‌شود؛ زیرا طبق روایت رفع قلم صبی تا زمانی که بالغ نشده، تکلیف و عقابی ندارد و قدرت معتبر در مورد او، قدرت بر تکلیف در زمان بلوغ است که قدرت شرعی است؛ یعنی دو شرط برای وجوب عمل لازم است یکی بلوغ و دیگری قادر بودن در زمان بلوغ؛ بنابراین از خطاب «ایها الصبی اذا بلغت وجب علیک الصوم والصلاة» نمی‌توان لزوم تحصیل مقدمات قبل از بلوغ را استفاده کرد، و نظیر استطاعت در وجوب حج خواهد بود که تحصیل آن لازم نیست و این با خطاب بالغین متفاوت است؛ زیرا در بالغین دیگر شرط بلوغ در کنار قدرت عقلی اعتبار نشده است، پس تنها قدرت عقلی لازم است و اگر عید، مقدمات را فراهم نکند و در نتیجه در ظرف عمل عاجز از اتیان ذی المقدمه شود، معذور نیست.

و این با کلام مرحوم آقای داماد منافاتی ندارد؛ زیرا قدرت در مواردی که ایشان ذکر کرده، قدرت عقلی است و به زمان خاصی مقید نیست.

نتیجه: تعبدی بودن بطلان وکالت استقبالی با فرض اجماعی بودن بطلان

با توجه به آنچه بیان شد، هیچ‌یک از فرق‌های سه‌گانه، فارق بین وکالت استقبالی

۱. الخصال، ج ۱، ص ۹۳: حَدَّثَنَا الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدٍ الشَّكُونِيُّ قَالَ حَدَّثَنَا الْحَضْرَمِيُّ قَالَ حَدَّثَنَا إِبْرَاهِيمُ بْنُ أَبِي مُعَاوِيَةَ قَالَ حَدَّثَنَا أَبِي عَنْ الْأَعْمَشِ عَنْ أَبِي ظَبْيَانَ قَالَ... أَنَّ الْقَلَمَ رَفَعَ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ الضَّبِّيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ (وسائل الشیعة، ج ۱، ص ۴۵، ح ۱۱).

و فعلی که موکل فيه آن استقبالی است نخواهد بود، و با فرض قبول وجود اجماع بر بطلان وکالت استقبالی نمی‌توان به وکالت فعلی - که موکل فيه آن استقبالی است - تعدی کرد، اگرچه بیان شد که اصلاً چنین اجماعی نیز محقق نیست.

یکسانی مفهومی شرط ضمن عقد و تعلیق در عقد نزد شهید ثانی در مسالک
 شهید ثانی در کتاب الوکالة از مسالک، مسئله «شرط ضمن عقد وکالت» را نیز مطرح کرده و می‌فرماید: این مسئله هرچند مانند مسئله «تعلیق» است، لکن شارع مقدس تعبداً تعلیق در وکالت را باطل و شرط ضمن عقد را صحیح دانسته است، هرچند شرط ضمن عقد همان فائده تعلیق را برساند.^۱

نقد کلام شهید ثانی: مغایرت شرط ضمن عقد (تعدد مطلوب) و تعلیق (وحدت مطلوب)
 اما قیاس ایشان صحیح نیست؛ زیرا شرط ضمن عقد، به نحو تعدد مطلوب است که یک مطلوب به عنوان مثال، وکیل بودن شخص و مطلوب دیگر انجام عمل وکالت به شکل خاص یا در زمان و مکان خاص است، در حالی که مسئله تعلیق به نحو وحدت مطلوب است یعنی اگر وکالت، معلق بر شرطی باشد که هنوز حاصل نشده، به این معنا است که هیچ مقدار از اراده موکل حاصل نشده است. در نتیجه مسئله تعلیق با مسئله شرط ضمن عقد، تفاوت ماهوی و مفهومی دارد، نه اینکه حقیقتاً یک نوع باشند و فقط احکام شرعی آنها تعبداً متفاوت باشد.

اشکال دلیل دوم شیخ انصاری: اجماعی نبودن بطلان تعلیق در همه صور
 اما درباره دلیل دوم شیخ انصاری - که فرمود عمده دلیل بر اعتبار تنجیز در عقود، اجماع است - می‌توان چنین گفت:

نتیجه تحقیق و بررسی کلمات فقهاء و ادله‌ای که بر اعتبار تنجیز در عقد نکاح ذکر شده، این است که عمده دلیل، اجماع است، ولی همان‌طور که بیان شد در رابطه با این مسئله، اجماعی بر مضر بودن مجرد تعلیق وجود ندارد و چنان‌که بیان شد بسیاری از ادعاهای اجماع بر اساس استنباط و قواعد و کبریات کلی است؛

زیرا مرحوم یحیی بن سعید حلّی اولین کسی است که در کتاب الجامع للشرائع^۱ در باب نکاح، بحث تعلیق را مطرح کرده است.

نظر مختار: انحصار بطلان تعلیق در دو صورت

با این وجود در دو صورت، سیره مسلمین بر بطلان تعلیق است و حتی عامه هم قائل به بطلان هستند^۲:

صورت اول: معلق علیه استقبالی

صورت اول، صورتی است که عقد نکاح بر امر استقبالی، معلق شود که تمام صور آن باطل است، مانند اینکه زن بگوید: «یک ماه پس از این تاریخ خود را به ازدواج تو درآوردم».

صورت دوم: معلق علیه حالی مشکوک جز در شروط مصحح عقد

صورت دوم، صورتی است که معلق علیه، امری حالی است و صحت عقد بر آن

۱. الجامع للشرائع، ص ۴۳۶.

۲. استاد^۳ در کتاب البیع، تعلیق بر امر استقبالی را مطلقاً و همچنین تعلیق بر امر حالی مشکوک را که شرط صحت عقد نیست، خلاف بناء عقلاء و موجب بطلان عقد دانسته است و ظاهراً در این باره بین نکاح و بیع فرقی نیست. اما همه آنچه استاد^۴ در این مقام به عامه نسبت داده احرار نشد و تنها مطالب ذیل را می توان درباره عامه مطرح کرد:

المبسوط، ج ۳، ص ۲۹۹: «إذا قال: إذا جاء رأس الشهر فقد وقت هذه الدار علی فلان لم یصح الوقف بلا خلاف لأنه مثل البیع والهبة، وعندنا مثل العتق أيضاً».

تذکره الفقهاء، ج ۱۰، ص ۹-۱۰: «الخامس: الحزم، فلو علق العقد علی شرط، لم یصح وإن کان الشرط المشینة، للجهل ببنوتها حالة العقد وبقائها مذته. و هو أحد قولی الشافعیة. و أظهر الوجهین لهم: الصخة، لأن هذه صفة یقتضیها إطلاق العقد، لأنه لو لم یشأ لم یشتر».

المجموع شرح المذهب، ج ۹، ص ۱۷۰: «(فرع) لو قال بعثک هذا بألف إن شئت فقال شئت لم یصح البیع بلا خلاف وصرح به المتوکلّی و غیره قالوا لأن لفظ المشینة لیس من ألفاظ التملیک وإن قال قبلت فوجهان حکاهما المتوکلّی و غیره (أحدهما) لا یصح لأن الصیغة صیغة تعلیق ولا مدخل له فی المعاوزات فصار کقوله بعثک إن دخلت الدار (وأصحهما) الصخة لأنه تصریح بمقتضى الحال فإن القبول إلى مشینة القابل وبهذا فارق سائر ألفاظ التعلیق والله تعالی أعلم».

تذکره الفقهاء، ج ۱۷، ص ۱۲: «تذنیب: یجب التنجیز فی العقد. فلا یجوز تعلیقه علی شرط أو صفة، مثل: إذا دخلت الدار، أو: إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتک بكذا [کما] لا یجوز تعلیق البیع ونحوه: لأن الأصل عصمة مال الغیر».

متوقف نیست، ولی برای هیچ کس نه نوع مردم و نه شخص عاقد معلوم نیست، مانند اینکه شخص بگوید: «اگر فلان مقدار پول در بانک داشته باشی، با تو ازدواج کردم». این دو مورد بر اساس سیره مسلمین قطعاً باطل است و در باقی صور، سیره مسلمین بر بطلان وجود ندارد و بر اساس قواعد و عموماً به صحت عقد حکم می‌کنیم که عبارتند از:

- صورت اول: معلق علیه، امر حالی معلوم نزد نوع مردم و خود عاقد است.
- صورت دوم: معلق علیه، امر حالی معلوم نزد عموم مردم است.
- صورت سوم: معلق علیه، امر حالی معلوم نزد عاقد است.
- صورت چهارم: معلق علیه، از اموری است که صحت عقد وابسته به

تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۲۹۷: «و من شرط العقد التنجيز و ان كانت مدة الانتفاع و التصرف متأخرة و هو اصح وجهي الشافعي كما لو قال اذا جاء راس الشهر فقد اجرتك مدة كذا و اما الاجارة الواردة على الذمه فتحمل التأجيل و التأخير عند الشافعية كما لو اسلم في شيء مؤجلا و ان أطلق كان حالاً»؛ و ص ۴۳۳: «مسألة يشترط في الوقف التنجيز فلو علقه على شرط أو صفة لم يصح مثل ان يقول اذا جاء زيد فقد وقتت داري او يقول اذا جاء راس الشهر وقتت عبدی كما لا يصح تعليق البيع و الهبة و هو قول اكثر الشافعية»؛ و ص ۵۸۳-۵۸۴: «مسألة عقد النكاح لا يقبل التعليق بل شرطه الجزم فلو علقه على وقت او وصف مثل اذا جاء راس الشهر او ان قدم زيد فقد زوجتك ابنتی فقال الزوج قبلت النكاح لم ينعقد و به قال الشافعي لان البيع و المعاوضات لا تقبل التعليقات فالنكاح مع اختصاصه بوجه الاحتياط اولى و لو اخبر بمولود فقال لغيره ان كان بنتا فقد زوجتكها او قال ان كان بنتا و طلقها زوجها او مات عنها و انقضت عدتها فقد زوجتكها او كانت تحته اربع نسوة فقال غيره ان مات واحدة منهم فقد زوجتك ابنتی او قال ان مات ابی و ورثت جاريته فقد زوجتكها و بان ان الامر كما قدم لم ينعقد شيء من هذه الصور عندنا و للشافعية وجهان مبنيان على انه اذا زوج امه ابیه او باعها على ظن انه حي فبان انه كان ميتا وقت العقد هل يصح فيه العقد فيه للشافعية قولان فان قلنا لا يصح العقد هناك مع انه أطلق فهنا مع التعليق اولى فان قلنا يصح عند الإطلاق ففي هذه الصور وجهان احدهما ان النكاح صحيح لان التصحيح و ان خرج على تقدير هذا التعليق فاذا صرح به فقد صرح بمقتضى العقد و به قال ابو حنيفة و اصحهما عند الشافعية انه لا يصح كما قلناه لفساد الصيغة و لو بشر ببنت فقال ان صدق الخبر فقد زوجتكها قال بعض الشافعية يصح و لا يكون ذلك تعليقا بل هو تحقيق كما لو قال ان كنت زوجتي فانت طالق يكون تنجيذاً للطلاق و يكون ان بمعنى اذ كما في قوله تعالى ﴿وَخَافُونَ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ و كذا لو اخبر من له اربع نسوة بموت إحداهن فقال لرجل ان صدق الخبر فقد نكحت ابنتك و قال ذلك الرجل زوجتكها يصح و هذا انما يصح اذا تبين صدق المخبر فيما فرض و الا فكلمة ان من المتردد فيما دخلت عليه تعليق و اشتراط و هذا حق عندنا أيضاً».

آن است - گرچه تحقق آن نزد همه حتی عاقد، مجهول باشد - مانند در عده نبودن یا بی شوهر بودن زن که در تمام این موارد تردید وجود دارد، ولی همان طور که گذشت قواعد، مقتضی صحت عقد است.

حکم عقد مخالف احتیاط لازم

مسألة ۱۲: «اذا اوقع العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته فان اراد البقاء فاللازم الاعادة على الوجه الصحيح و ان اراد الفراق فالاحوط الطلاق و ان كان يمكن التمسك باصالة عدم التأثير فى الزوجية و ان كان على وجه يخالف الاحتياط الاستحبابي فمع ارادة البقاء الاحوط الاستحبابي اعادته على الوجه المعلوم صحته و مع ارادة الفراق فاللازم الطلاق».

صوره گانه مسئله

بحث در این است که اگر عقدی واقع شده که با دلیل اجتهادی نمی توان صحت آن را اثبات کرد، از حیث اجرای اصل عملی ۹ صورت برای آن قابل تصویر است.

از نظر مقدار فحص از دلیل اجتهادی با سه صورت مواجه هستیم:

- صورت اول: یقیناً به اندازه کافی فحص کرده ایم و دلیل اجتهادی پیدا نکرده ایم.
- صورت دوم: یقیناً فحص ما ناقص بوده است.
- صورت سوم: فحص کرده ایم اما شک داریم که آیا فحص به اندازه کافی بوده یا نبوده است؟

از طرف دیگر، در مورد اجرای استصحاب در شبهات حکمیه سه احتمال وجود دارد:

- احتمال اول: استصحاب در شبهات حکمیه را جاری بدانیم همان طور که بسیاری به آن قائل هستند.
- احتمال دوم: استصحاب در شبهات حکمیه را جاری ندانیم، همان طور

که مرحوم آقای خوئی همین مبنا را دارد^۱ و ما هم با بیان دیگری همین را اختیار کردیم.

• احتمال سوم: هیچ یک از دو مبنا برای شخص ثابت نشود و در این مسئله اصولی به نتیجه نرسیده باشد.

از ضرب این سه احتمال در آن سه صورت، نه صورت حاصل می شود.

بررسی صور مسئله

دو صورت از این صور نه گانه از موضوع بحث صاحب عروه خارج اند:

یک صورت این است که فحص کامل انجام شده باشد و مبنا این باشد که استصحاب در شبهات حکمیه جاری است. در این صورت واضح است که چون بعد از فحص، دلیل اجتهادی بر صحت عقد پیدا نشده، به استصحاب تمسک می کنیم و به بطلان عقد حکم می کنیم؛ یعنی خود شخص نمی تواند احکام زوجیت را برای خودش بار کند و می تواند با دیگری ازدواج کند و نیازی به احتیاط نیست و بدون اشکال می تواند عقد کند، و چون در این صورت باید فتوا به بطلان عقد داده شود، بنابراین از موضوع مسئله که احتیاط واجب است خارج است.

صورت دیگر این است که فحص کامل کرده باشد و از طرفی استصحاب در شبهات حکمیه را جاری نداند. در این صورت نیز موضوع احتیاط واجب منتفی است؛ چون بعد از عدم جریان استصحاب، نوبت به لزوم احتیاط در اطراف علم اجمالی می رسد که از سنخ فتوا است، همان طور که مثلاً در مورد شک بین وجوب ظهر یا جمعه، به وجوب احتیاط فتوا می دهند و فتوا به وجوب احتیاط غیر از احتیاط واجب است که موضوع مسئله جاری است.

بدین لحاظ، حکم صورت مذکور این است که شخص باید احتیاطاً هم احکام زوجه و هم احکام اجنبیه را مراعات کند؛ یعنی برای تمتع بردن باید عقد جدید کند (حکم اجنبیه) و برای ترک وظایف زوجیت (مثلاً ترک نفقه) و نیز برای حلیت زن برای زوج های دیگر باید طلاق بدهد (حکم زوجه).

۱. مصباح الأصول (چاپ مؤسسه احیاء آثار سید خوئی)، ج ۲، ص ۴۲.

با خارج شدن این دو صورت از محل کلام، هفت صورت باقی می ماند. اکنون نوبت آن است که تفصیل مرحوم سید را بررسی کنیم.

ایشان می فرماید: اگر بر خلاف احتیاط واجب عقدی را اجرا کردند - مثلاً اگر اشتراط عربیت را از باب احتیاط واجب دانستیم و این دو نفر با صیغه غیر عربی عقد کردند - چنانچه بخواهند احکام زوجیت را بار کنند و تمتع ببرند، باید بر طبق احتیاط واجب مجدداً عقد بخوانند، و چنانچه بخواهند مفارقت کنند، احوط این است که مرد طلاق بدهد، هر چند ممکن است گفته شود که می توان استصحاب عدم تأثیر عقد را اجرا کرد.

به نظر می رسد از هفت صورت محل بحث، تفصیل مرحوم سید در چهار صورت راه نداشته باشد؛ یعنی به طور مطلق باید از باب علم اجمالی احتیاط شود، چه بخواهد تمتع ببرد و چه بخواهد مفارقت کند. این چهار صورت عبارتند از:

سه صورتی که در آنها یقیناً فحص کامل انجام نشده - چه استصحاب در شبهات حکمیه را جاری بدانیم چه جاری ندانیم و چه شک در جریان داشته باشیم - که واضح است با عدم فحص کامل، موضوع استصحاب یقیناً منتفی است؛ چون شرط جریان استصحاب، فحص کامل است (فرقی هم ندارد که در جریان استصحاب در شبهات حکمیه چه مبنایی را قائل باشیم)، و صورت چهارم نیز این است که شک در کامل بودن فحص دارد، اما استصحاب را در شبهات حکمیه جاری نداند. در این چهار صورت با توجه به عدم جریان استصحاب، مقتضای علم اجمالی فتوا به لزوم احتیاط است و تفصیل بین اینکه خودش بخواهد تمتع ببرد یا دیگران جا ندارد.

فقط سه صورت باقی می ماند که تفصیل مرحوم سید در آنها قابل تصحیح خواهد بود:

یک صورت این است که فحص کامل صورت گرفته و دلیل اجتهادی به دست نیامده و از طرفی شک داریم در آن مسئله اصولی که آیا استصحاب در شبهات حکمیه جاری است یا نه؟ یعنی در حقیقت شک داریم که آیا اینجا مجرای استصحاب است یا نه؟

صورت دوم و سوم نیز این است که شک داریم فحص کامل صورت گرفته یا نه،

با این فرض که استصحاب را در شبهات حکمیه جاری بدانیم و یا با این فرض که در این مسئله اصولی شک داشته باشیم و ندانیم آیا استصحاب در شبهات حکمیه جاری است یا نه؟

این دو صورت هم محتمل است که مجرای استصحاب باشند؛ چون بر فرض کامل بودن فحص و بر فرض جریان استصحاب در شبهات حکمیه، موضوع استصحاب محقق خواهد بود. اما مفروض این است که در خود این دو فرض یا یکی از آن‌ها شک داریم؛ لذا نوبت به اصل احتیاط می‌رسد.

اما اینکه تفصیل مرحوم سید چگونه در این سه صورت توجیه می‌شود، بیانش این است که اگر شخص بخواهد احکام زوجیت را بار کند، به طور قطع به تجدید عقد احتیاج دارد؛ چون این سه صورت به لحاظ مقام ثبوت یا مجرای استصحاب عدم زوجیت‌اند و یا مجرای احتیاط و در هر حال، عقد جدید لازم است. اما اگر شخص بخواهد مفارقت کند تا این زن برای دیگران حلیت پیدا کند، مسئله دو احتمالی می‌شود؛ چون ثبوتاً اگر مجرای استصحاب عدم زوجیت باشد، استمتاع دیگران بی‌اشکال است و نیازی هم به طلاق نیست و اگر ثبوتاً مجرای احتیاط باشد، لازم است طلاق داده شود. به همین دلیل، مرحوم سید در فرض اول به طور بئی می‌فرماید: عقد را اعاده کند و در فرض دوم می‌فرماید: احوط این است که طلاق بدهد؛ چون احتمال استصحاب نیز ثبوتاً وجود دارد. البته این احتیاط در جایی است که زن حاضر نباشد از حقوق خودش رفع ید کند؛ لذا نگاه داشتن زن بدون طلاق و بدون ازدواج مجدد با او با آیه «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاکٌ بِمَعْرِوفٍ أَوْ تَسْرِیحٌ بِإِحْسَانٍ»^۱ منافات خواهد داشت.^۲

توجیه تفصیل مرحوم سید

طبق آنچه تاکنون بیان شد، تفصیل مرحوم سید در سه صورت از هفت صورت محل کلام صحیح است و در چهار صورت دیگر تمام نیست؛ چون در آن چهار صورت مطلقاً باید حکم به احتیاط شود، اما می‌توان توجیهی برای کلام ایشان ذکر کرد که

۱. البقرة، ۲۲۹.

۲. رک: مباحث حرمت جمع بین اختین، لزوم اجبار مرد بر طلاق، ذیل مسئله ۴۳.

طبق آن، عبارت مرحوم سید فقط ناظر به یک صورت از هفت صورت است و با سایر صور کاری ندارد. آن یک صورت نیز صورتی است که شک داریم فحص کامل صورت گرفته یا نه و ضمناً استصحاب در شبهات حکمیه را هم جاری می‌دانیم. به نظر می‌رسد مرحوم سید نمی‌خواهد به طور کلی بفرماید هر فقیهی که دریکی از مسائل عقد نکاح احتیاط واجب کند نتیجه‌اش چنین تفصیلی خواهد بود، بلکه فقط ناظر به احتیاطات واجب خودش در کتاب عروه است؛ یعنی جاهایی که فتوا نداده و «الأحوط» یا «مشکل» و مشابهاتش را تعبیر کرده می‌خواهد حکم این‌ها را بیان کند.

بر این اساس باید شش صورت از هفت صورت مذکور را کنار بگذاریم؛ چون از یک طرف می‌دانیم که ایشان فقیه پرکاری بوده و بسیار فحص و تتبع می‌کرده است. طبعاً آن سه صورتی که فرض کردیم که شخص یقین دارد فحص کامل نکرده محتمل نخواهد بود و احتیاطات مرحوم سید را نمی‌توان از این سه صورت دانست. از طرف دیگر، از فتاوای ایشان در مواضع مختلف عروه معلوم می‌شود که استصحاب را در شبهات حکمیه جاری می‌داند. پس آن صورت چهارم نیز که در فحص کامل شک داریم و استصحاب را در شبهات حکمیه جاری نمی‌دانیم، از موضوع بحث عروه خارج می‌شود.

همچنین صورت پنجم که در آن شک داریم در فحص کامل و ضمناً شک داریم در مسئله اصولی که آیا استصحاب در شبهات حکمیه جاری است یا نه، این صورت نیز کنار می‌رود.

صورت ششم هم این بود که یقین داریم فحص کامل انجام شده، ولی در مسئله اصولی شک داریم که با بیان سابق این صورت نیز کنار خواهد رفت. با کنار رفتن این شش صورت، یک صورت باقی می‌ماند که همان صورتی است که در فحص کامل و جریان استصحاب در شبهات حکمیه شک وجود دارد، و لذا وجه تفصیل ایشان نیز مشخص شد؛ زیرا اینکه ایشان تفصیل داده و فرموده که اگر مرد بخواهد تمتع ببرد، باید حتماً عقد کند، به این دلیل است که یا مجرای

استصحاب است یا مجرای احتیاط که در هر دو حال، باید عقد کند، و اینکه فرموده اگر دیگران بخواهند متمتع شوند بنا بر احتیاط باید طلاقش دهد، به این دلیل است که محتمل است مجرای استصحاب باشد («و ان كان يمكن التمسك باصالة عدم التأثير في الزوجية») و در نتیجه دیگران هم بتوانند با این زن بدون طلاق مرد ازدواج کنند، ولی چون مطمئن به جریان استصحاب نیست، لذا احتیاط کرده است.

تبیین «و ان كان يمكن التمسك باصالة عدم التأثير...» با وجود احتیاط وجوبی
لذا معنای عبارت «و ان كان يمكن التمسك...» این نیست که مرحوم سید می خواهد طبق استصحاب عدم تأثیر عقد، فتوا بدهد، بلکه صرفاً می خواهد احتمال جریان استصحاب را بدهد؛ یعنی در فرضی که در کامل بودن فحص شک داریم، ایشان در جریان استصحاب مردّد است؛ لذا تعبیر «الاحوط الطلاق»، احتیاط واجب است نه مستحب، نظیر بسیاری از موارد که مثلاً گفته می شود: «يمكن ان يقال... ولكن لا يترك الاحتياط».

اما منشأ تردید ایشان در جریان استصحاب شاید این است که چون دلیل اشتراط فحص در اجرای اصل را اجماع می داند و قدر متیقّن آن جایی است که قطع داریم فحص کامل انجام نشده، لذا شامل موارد مشکوک نمی شود یا معقد اجماع از چنین مواردی انصراف دارد.

همچنین شاید منشأ تردید این است که قاعده مقتضی و مانع را بر مقام تطبیق کرده است. طبق مبنای ایشان عمومات مقتضی و مخصصات مانع هستند و قاعده مقتضی و مانع را جاری می داند. در مقام نیز عمومات استصحاب، مقتضی صحت استصحاب هستند و مورد عدم فحص به جهت داشتن مانعی از این قانون استثناء شده و مانع فقط در فرض قطع به عدم فحص کامل، ثابت است و در فرض شک در فحص کامل، مانع محرز نیست؛ پس می توان بر طبق مقتضی، به جریان استصحاب حکم کرد.

مرحوم آقای حکیم^۱ و مرحوم آقای خوئی^۲ اشکال کرده اند که «و ان كان يمكن

۱. مستمسك العروة الوثقى، ج ۱۴، ص ۳۸۳.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۵۰.

التمسک....» با احتیاط وجوبی نمی‌سازد. با توجه به مطلب فوق روشن شد که این اشکال وارد نیست؛ زیرا اگر مراد از «یمكن» در عبارت مؤلف این است که ایشان به جریان اصل در محل کلام معتقد است، اشکال این بزرگان به آن صحیح بود، ولی به نظر می‌رسد که مراد از «یمكن» این است که برای جریان استصحاب در مسئله وجهی وجود دارد، هرچند این وجه مورد فتوای مؤلف نیست.

در عبارت‌های فقهی بسیار دیده می‌شود که مؤلف برای یک احتمال مسئله، وجهی ذکر کند هرچند آن را نپذیرد. کلمه «یمكن» هم می‌تواند به این معنا باشد، چنان‌که در مسئله آینده در مورد عقد سگری مؤلف به صحت عقد با اجازه سگری پس از هشیار شدن با توجه به صحیح ابن بزیع چنین فتوا می‌دهد: «لا بأس بالعمل بها» ولی در ادامه به جهت امکان حمل روایت بر معنایی که با بطلان عقد سازگار باشد احتیاط استحبابی کرده است (و ان كان الاحوط خلافه لا مكان حملها علی...)^۱. در این عبارت هم مراد از «امكان» حمل کردن، امکانی نیست که مورد فتوای مؤلف باشد، بلکه تنها وجهی غیر مرضی است که برای احتیاط استحبابی کردن بدان استناد کرده است.

توضیح ذیل مسئله

«... و ان كان علی وجه یخالف الاحتیاط الاستحبابی فمع ارادة البقاء الأحوط الاستحبابی اعادته علی الوجه المعلوم صحته و مع ارادة الفراق فاللازم الطلاق.»^۲ ذیل مسئله هم به عقد مخالف با احتیاط استحبابی می‌پردازد. مثلاً مرحوم سید تقدّم قبول بر ایجاب را جایز می‌داند، اما احتیاط مستحب تقدیم ایجاب است. حال فرض کنید برخلاف احتیاط استحبابی، قبول بر ایجاب مقدم شود، در این صورت اگر مرد می‌خواهد احکام زوجیت را بار کند احتیاط استحبابی این است که عقد با تقدیم ایجاب منعقد شود و اگر دیگران بخواهند از این زن متمتع شوند، باید مرد او را طلاق دهد.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۴، م ۱۳.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۳، م ۱۲.

فهرست تفصیلی

۵	فهرست اجمالی
۹	فصل ۱۳: حرمت جمع بین اختین^۱
۱۱	حرمت جمع دو خواهر و بررسی احکام آن
۱۱	توجیه عبارت «أو مختلفین»
۱۳	وجه اول: توجیه آقای بروجردی
۱۴	وجه دوم: ارتباط «أو مختلفین» با «دواماً أو متعة»
۱۴	اشکال وجه دوم
۱۵	حکم وطی «خواهر مملوکه» زوجہ
۱۶	حکم ازدواج با خواهر «مملوکه وطی شده»
۱۶	بطلان عقد دوم در جمع بین دو خواهر
۱۷	ادلّه بطلان عقد دوم
۱۷	دلیل اول: اجماع

۱. این فصل، مربوط به بخش هفتم (مباحث حرمت ابدی و حرمت جمعی) است.

- ۱۹ دلیل دوم: آیه شریفه «وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ»
- ۱۹ بررسی مراد از «جمع بین دو خواهر»
- ۱۹ احتمالات سه گانه: عقد، تمتع جنسی و جامع هر دو
- ۲۰ بطلان احتمال سوم (جامع عقد و تمتع) به دلیل نبود جامع عرفی
- ۲۰ مؤیدات احتمال اول (عقد)
- ۲۰ مؤید اول: استعمال اکثر موارد ماده «نکاح» در عقد
- ۲۰ مؤید دوم: قرینه آیه قبل «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ» و بعد «أَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ»
- ۲۰ ردّ قرینیت «أَجَلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ»
- ۲۱ ردّ قرینیت «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ»
- ۲۱ مؤید احتمال دوم (تمتع جنسی): قرینیت «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ»
- ۲۲ نظر مختار: اراده حرمت تمتع در آیه
- ۲۲ تقریب مختار در تمسک به دلیل دوم: ملازمه عرفی بین حرمت تمتعات و بطلان عقد
- ۲۳ اثبات نشدن بطلان عقد خواهرزن با فرض عدم تمتع از زوجه
- ۲۳ دلیل سوم: روایت مسعده بن زیاد
- ۲۴ اشکال اول: بطلان تعدی از مورد روایت (کنیز)
- ۲۴ اشکال دوم: اثبات نشدن بطلان عقد خواهرزن با فرض حرمت تمتع
- ۲۴ دلیل چهارم و پنجم: دو صحیحۀ زراهِ
- ۲۵ بررسی سندی
- ۲۵ توثیق «موسی بن بکر» واقفی با روایت صفوان و اجلاء از او
- ۲۵ نظر آقای خوئی: توثیق موسی بن بکر با شهادت صفوان به اعتبار کتاب او
- ۲۶ اشکال بر برداشت آقای خوئی
- ۲۶ بررسی تعارض دو صحیحۀ زراهِ با صحیحۀ ابوبکر حضرمی
- ۲۷ جمع اول: حمل صحیحۀ ابوبکر بر «آمیزش با کنیز مملوک»، نه عقد
- ۲۷ مبعّدات جمع اول
- ۲۷ مُبَعَّد اول: استعمال دائمی یا غالبی نکاح در عقد
- ۲۷ مُبَعَّد دوم: خلاف ظاهر بودن اراده کنیز از «امراه»
- ۲۸ مُبَعَّد سوم: ظهور «یخلی سبیل الاخری» در طلاق و امثال آن، نه ترک آمیزش

- ۲۸ جمع دوم: حمل صحیحۀ حضرمی بر عقد خواهر دوم پس از طلاق خواهر اول
- ۲۸ تأیید جمع دوم
- ۲۸ بطلان متعۀ خواهرزن
- ۲۸ دلیل بطلان: اجماع و صحیحۀ بزنی
- ۳۰ تعارض صحیحۀ بزنی با روایت منصور صیقل
- ۳۰ توثیق نشدن منصور صیقل و مخالفت روایت او با اجماع
- ۳۰ حمل روایت صیقل بر جواز متعۀ دو خواهر، در دو زمان
- ۳۱ توقّف تمتعات از خواهر اول بر انقضای عدۀ خواهر موطوئه به شبهه
- ۳۱ فتوای مشهور به کراهت تمتع قبل از انقضای عدۀ
- ۳۳ دلیل وجوب صبر تا انقضای عدۀ: دو صحیحۀ زراره
- ۳۳ کلام آقای خوئی: اشکال صغروی و کبروی بر اعراض اصحاب از دو صحیحۀ زراره
- ۳۳ مبقات حرمت وطی
- ۳۳ الف. اقوانیودن وطی به شبهه از ازدواج واقعی
- ۳۴ ب. اختلاف روایات در مقدار انتظار
- ۳۵ نظر مختار: کراهت
- ۳۵ حکم موارد شک در سبق و لحوق عقد دو خواهر
- ۳۵ نظر مشهور و مختار: صحت عقد معلوم التاریخ
- ۳۶ بطلان هر دو عقد در مجهولی التاریخ طبق مبنای مشهور و غیر مشهور
- ۳۶ تذکراتی درباره کلام سید
- ۳۶ الف. مناسب تر بودن تعبیر «مطلق استمتاع» به جای «وطی»

- ۳۶ ب. شرطیت «انقضای عده» در «طلاق رجعی» نه «مطلق طلاق»
- ۳۶ ج. بیان نشدن دو راه دیگر استمتاع
- ۳۷ راه اول: طلاق خواهر معنون به «معقوده اول»
- ۳۷ راه دوم: طلاق خواهر غیرمطلوب و عقد خواهر دیگر
- ۳۸ لزوم اجبار مرد بر طلاق، در صورت وجوب اجتناب از خواهرها و ادله آن
- ۳۹ دلیل اول لزوم طلاق: لاضرر
- ۴۰ اشکالات دلیل اول و بررسی آن
- ۴۰ اشکال اول: جاری نشدن لاضرر طبق مبنای آخوند
- ۴۰ پاسخ اشکال با بررسی مطالب آخوند درباره مفاد لاضرر
- ۴۱ مطلب اول: دلالت «لاضرر» بر نفی حکم به لسان نفی موضوع
- ۴۱ تأیید مطلب اول
- ۴۲ مطلب دوم: عدم شمول «لاضرر» نسبت به وجوب عقلی احتیاط
- ۴۲ اشکالات مطلب دوم
- ۴۲ اشکال اول: شرعی بودن لزوم احتیاط
- ۴۴ اشکال دوم: شمول لاضرر نسبت به احکام عقلی اقتضایی
- ۴۵ شباهت مقام به مسئله تنزیل امارات به منزله قطع
- ۴۶ نکته اول: امتناع جمع بین دو لحاظ آلی (قطع طریقی) و استقلالی (قطع موضوعی)
- ۴۶ نکته دوم: امکان تنزیل امارات به منزله قطع بدون دو لحاظ
- ۴۷ مطلب سوم: جواز مخالفت قطعی طبق مبنای شیخ انصاری
- ۴۷ اشکال: ممنوعیت مخالفت قطعی در صورت نفی احتیاط
- ۴۷ اشکال دوم: ضرری و حرجی نبودن نفس زوجیت بر خلاف غبن معامله
- ۴۸ مناقشه در اشکال دوم
- ۴۸ مناقشه اول: ضرری نبودن نفس معامله غبنی
- ۴۹ مناقشه دوم: جاری نشدن لاضرر در احکام تحریمی و تبیین فرق آن با احکام وجوبی
- ۴۹ فرق اول: حرجی بودن ترک عمده محرمات
- ۵۰ فرق دوم: ظهور دلیل لاضرر در رفع جعل افعال وجودی نه عدمی (تروک)
- ۵۰ مناقشه سوم: عدم دلیل بر اولویت تخصیص احکام زوجیت

- ۵۱ نظر مختار: قصور لاضرر و لاجرح در اثبات وجوب طلاق به چند وجه
- ۵۱ وجه اول: منحصر نبودن رفع ضرر در وجوب طلاق
- ۵۱ وجه دوم: متضرر نشدن خواهرها
- ۵۲ مقدمه اول: عدم تنجز علم اجمالی در فرض تردد تکلیف بین دو شخص
- ۵۲ مقدمه دوم: جاری نشدن اصالة الصحة به دلیل ترخیص در مخالفت قطعی
- ۵۲ مقدمه سوم: جریان استصحاب عدم زوجیت در هر خواهر بدون معارض
- ۵۳ مقدمه چهارم: بی اثر بودن اصل «عدم زوجیت یک خواهر» برای خواهر دیگر
- ۵۴ نتیجه: متضرر نشدن خواهرها با جریان اصل بلا معارض عدم زوجیت
- ۵۴ وجه سوم: ضرری بودن لزوم طلاق و مهر برای مرد
- ۵۴ دلیل دوم لزوم طلاق: آیه «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِنْ سَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ...» و بررسی آن
- ۵۵ کلام آقای حکیم
- ۵۵ دلالت «تَسْرِیحٍ بِإِحْسَانٍ» بر صبر تا آخر عده، نه طلاق
- ۵۶ تفسیر «تسریح» در برخی اخبار به طلاق سوم، برخلاف ظاهر قرآن
- ۵۶ اشکال به کلام آقای حکیم
- ۵۶ اشکال اول: قرینیت روایات معتبر بر دلالت «تسریح» بر طلاق
- ۵۷ اشکال دوم: وجود روایات فراوان در تفسیر «تَسْرِیحٍ بِإِحْسَانٍ» به طلاق
- ۵۷ روایت اول: روایت نبوی عاقی
- ۵۸ روایت دوم: صحیحہ ابویصیر
- ۵۸ وجود تحویل در سند
- ۵۸ صحت سند روایت
- ۵۹ خطای نقل تهذیب از کافی
- ۵۹ مصحف بودن «التطليقة الثانية» به جای «التطليقة الثالثة»
- ۶۰ روایت سوم: موثقة ابن فضال
- ۶۱ روایت چهارم: روایت سماعه
- ۶۱ روایت پنجم: روایت ابوالقاسم فارسی
- ۶۱ روایت ششم: معتبره عمر بن حنظله
- ۶۲ اشاره به کلمات مفسران در تفسیر آیه مورد بحث

- ۶۳ وابستگی مفاد تسریح به مفعول (ذات البعل، معتده، ...)
- ۶۵ کلام آقای خوئی و بررسی آن
- ۶۵ مطلب اول: بی ارتباطی آیه با وجوب طلاق، با لحاظ ظهور «امساک» در ازدواج جدید
- ۶۵ دلیل اول: تفریع «فَإِمْسَاكٌ» بر «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ»
- ۶۵ دلیل دوم: ظهور «امساک» در ازدواج جدید در آیات مشابه
- ۶۷ اشکالات مطلب اول و بررسی آن
- ۶۷ اشکال اول: عرفی نبودن تعبیر «امساک» برای تجدید عقد
- پاسخ: صحت تعبیر «امساک» برای تجدید عقد با لحاظ حرمت اخراج قبل از انقضای
- ۶۷ عده
- ۶۸ اشکال دوم: منافات اعتبار رضایت زن در عقد مجدد با تأخیر مرد در امساک و تسریح
- ۶۸ پاسخ: لزوم رضایت زن برای تحقق «امساک به معروف»
- ۶۸ اشکال سوم: بطلان حمل امساک بر تجدید عقد با لحاظ تعلق آن به زن شوهردار
- ۶۹ اشکال چهارم: عرفی نبودن عطف با «أو» طبق معنای مختار آقای خوئی
- ۷۰ مطلب دوم: اختصاص «معروف» به خصوص نفقه به قرینه روایات شوهر مفقود
- ۷۰ روایت اول: صحیحہ حلبی
- ۷۱ روایت دوم: صحیحہ ابوالصباح کنانی
- ۷۱ اشکال به مطلب دوم: عدم امکان تعدی از مورد روایات حلبی و ابوالصباح
- ۷۲ اشکال مشترک بر آقای حکیم و آقای خوئی: حرمت اضرار در هر حال
- اشکال مشترک بر شمول «فَإِمْسَاكٌ بِمَقْرُوفٍ...» و «لاضرر» نسبت به مقام: عدم تضییع
- ۷۳ خواهرها
- ۷۳ نظر مختار در دلالت آیه شریفه: عدم شمول آیه نسبت به مقام
- ۷۴ دلیل سوم لزوم طلاق: مذاق شرع
- ۷۴ اختصاص دلیل سوم به فرض «معرضیت وطی به شبهه» هر دو خواهر یا یکی از آنها
- ۷۵ دلیل چهارم لزوم طلاق: روایت عمر بن حنظله
- ۷۶ اشکال دلیل چهارم و بررسی آن

- ۷۶ اشکال اول: احتمال دخالت «معرضیت و طی به شبهه» در «وجوب طلاق»
- ۷۷ پاسخ: ظهور تمسک امام علیه السلام به «فَإِمْسَاكَ بِمَقْرُوفٍ...» در وجوب طلاق در همه فروض
- ۷۷ اشکال دوم: عدم نفی قرعه در روایت عمر بن حنظله
- ۷۸ دلیل پنجم لزوم طلاق: لزوم رعایت حق مضاجعت و مباشرت
- ۷۸ اشکال دلیل پنجم: رعایت حقوق زوجه با جریان قاعده قرعه
- ۷۹ تمسک به قاعده قرعه در تعیین زوجه
- ۸۰ کلام آقای خمینی در قاعده قرعه
- ۸۰ مطلب اول: ذکر احادیث عام و خاص قرعه
- ۸۱ مطلب دوم: تخصیص مستهجن عموماً قرعه بر اساس نظر مشهور
- ۸۱ بنای عقلاً: اختصاص قرعه به موارد تراحم حقوق
- ۸۲ امضای بنای عقلاً در قرعه توسط شارع
- ۸۳ شاهد اول: روایات
- ۸۳ شاهد دوم: عبارات فقهاء
- ۸۳ مطلب سوم: اصل عملی عقلایی بودن قرعه، نه کاشف واقع
- ۸۴ نقل مباحثه طیار با زراره توسط جمیل
- ۸۵ خطای طیار و زراره به دلیل فهم کاشفیت از قرعه
- ۸۵ اشکال به کلام آقای خمینی
- ۸۵ اشکال اول: رجوع عقلاً به قرعه در تراحم حقوق به شرط نبود راه حل دیگر
- ۸۷ اشکال دوم: ظهور اخبار مشتمل بر تفویض الی الله در قرعه کاشف، نه عقلایی
- ۸۸ اشکال سوم: اختصاص سؤال طیار به احتمال دروغ هر دو طرف دعوا
- ۸۸ اشکال چهارم: اراده معصوم از «امام» در اخبار قرعه، نه والی رفع خصومت
- ۸۹ اشکال پنجم: عدم مخالفت ارتکاز ذهنی فقهاء با سیره عقلاء
- ۹۰ سرایت اجمال مفهومی مخصص منفصل به عام در اقل و اکثر

- ۹۱ تمسک برخی اعلام به قرعه برای تعیین زوجۀ واقعی
- ۹۲ نظر مختار در تمسک به قرعه در مقام
- ۹۲ مطلب اول: دلالت ادله عامۀ قرعه بر کاشف بودن قرعه
- ۹۲ مطلب دوم: عدم اعتبار قرعه در شبهات حکمیه و بسیاری از شبهات موضوعیه
- ۹۳ مطلب سوم: امضای بنای عقلا در «کُل مجهول ففیه القرعه»
- ۹۳ مطلب چهارم: جریان قرعه در مقام
- ۹۴ بررسی اختیار حاکم در فسخ نکاح دو خواهر
- ۹۴ حکم نفقه و مهریه خواهرها
- ۹۴ اتحاد حکم نفقه و مهریه
- ۹۵ بررسی احتمالات مسئله مهریه در فرض عدم دخول
- ۹۵ احتمال اول (وجوب مهریه خواهرها به دلیل علم اجمالی) و نقد آن
- ۹۵ احتمال دوم: جواز مخالفت قطعیه
- ۹۵ تقریب اول: تمسک به لاضرر
- ۹۶ اشکالات تقریب اول
- ۹۶ اشکال اول: عدم دلالت لاضرر بر جواز مخالفت قطعیه
- ۹۶ اشکال دوم: عدم جریان لاضرر در مقام
- ۹۶ تقریب دوم: عدم تنجیز علم اجمالی طبق مبنای مرحوم داماد
- ۹۷ اشکال تقریب دوم و پاسخ آن
- ۹۷ احتمال سوم (قرعه) و نقد آن
- ۹۷ تقریب اول و اشکال آن
- ۹۸ تقریب دوم
- ۹۸ نقل کلام جامع المقاصد: ناتمامی قرعه به دلیل وجوب احتیاط تاّم در نکاح
- ۹۸ اشکال: جاری نبودن احتیاط در موارد ضرر با استشهاد به روایات غنم موطونه

- اشکال تقریب دوم ۹۹
- جریان احتیاط در موارد ضرر به دلیل اخبار ۹۹
- ادله بطلان استشهاد به روایت گوسفند و طی شده ۹۹
- دلیل اول: احتمال «لازم نبودن احتیاط در گوسفند و طی شده» به دلیل غیر محصوره بودن شبهه ۹۹
- اشکال: عدم نیاز به قرعه در فرض شبهه غیر محصوره ۹۹
- دلیل دوم: تراحم حق حیات گوسفند و لزوم احراق آن ۱۰۰
- تقریب سوم: عدم لزوم احتیاط در موارد تراحم حقوق بالحاظ «الاضرر» ۱۰۰
- بررسی تقریب سوم ۱۰۲
- تبیین اشکال تقریب سوم ۱۰۲
- مقدمه اول: عدم دلالت لاضرر بر جواز اضرار احتمالی به دیگری برای دفع ضرر قطعی به خود ۱۰۲
- مقدمه دوم: مبنای مختار در جمع بین حکم واقعی و ظاهری ۱۰۳
- مقدمه سوم: اثبات تنجیز علم اجمالی با روایات و الغاء خصوصیت ۱۰۳
- نتیجه: جاری نشدن قرعه به دلیل منجزیت علم اجمالی ۱۰۴
- پاسخ به اشکال تقریب سوم: عدم امکان الغاء خصوصیت عرفی از روایات احتیاط ۱۰۴
- نقد پاسخ: وجوب احتیاط به سبب ادله دیگر ۱۰۵
- اشکال مشترک بر تقاریب سه گانه: احتمال راه حل های دیگر غیر قرعه ۱۰۵
- نتیجه نهایی: ناتمامی تقاریب سه گانه در اعتبار قرعه ۱۰۶
- احتمال چهارم (نظر مختار): قاعده عدل و انصاف ۱۰۶
- کلام آقای حکیم در رد قاعده عدل و انصاف ۱۰۷
- مطلب اول: احتمال تخییر به جای تنصیف در عدل و انصاف عقلی ۱۰۷
- مطلب دوم: جاری نبودن عدل و انصاف مستفاد از اخبار در همه فروع فقهی ۱۰۸
- توضیح کلام آقای حکیم ۱۱۰
- مناقشه در کلام آقای حکیم ۱۱۱
- فرق بین مسئله تخییر استمراری با تردید در مالک ۱۱۱
- منافات نداشتن قاعده عدل و انصاف با حکم تعبدی در غرق و مهدوم علیه ۱۱۳

- نتیجه نهایی: وجوب ربع مهر و نصف نفقه برای هر یک از دو خواهر ۱۱۳
- بررسی حکم مسئله در فرض دخول ۱۱۳
- برخی صور علم اجمالی در مسئله ۱۱۴
- بررسی حکم مسئله در فرض عقد جدید با یکی از خواهرها پس از طلاق دیگری ۱۱۵
- الف. حکم مهریه معقوده به عقد جدید: برائت از مقدار زائد مشکوک در اقل و اکثر ۱۱۵
- ب. حکم مهریه مطلقه غیرمدخوله ۱۱۶
- بقای تنجز علم اجمالی با تبدیل به علم تفصیلی ۱۱۷
- تمسک مرحوم داماد به اطلاق روایات در اثبات بقای تنجز ۱۱۷
- اقتران عقد دو خواهر ۱۱۸
- بیان صور مسئله ۱۱۸
- صورت اول (تزویج دو خواهر با عقد واحد) و بررسی ادله تخییر مرد ۱۱۹
- دلیل اول تخییر: روایت جمیل ۱۱۹
- بررسی سندی ۱۱۹
- طرق مختلف روایت ۱۱۹
- اقوال برخی فقهاء در سند روایت ۱۲۰
- کلام آقای خوئی: اثبات اعتبار روایت به لحاظ اشتباه ابراهیم بن هاشم ۱۲۰
- اشکال به کلام آقای خوئی ۱۲۱
- اشکال اول: سهو قلم در ذکر «یعقوب بن شعیب» به جای «یعقوب بن یزید» ۱۲۱
- اشکال دوم: نبود «ابراهیم بن هاشم» در سند تهذیب ۱۲۲
- اشکال سوم: همراهی اجلاء با ابراهیم در طریق اجازه عاقه، نه سماع از ابن ابی عمیر ۱۲۲
- استبعاد دو سهو از روایان (ارسال به جای اسناد و «أحدهما» به جای ابی عبدالله) ۱۲۳
- منشأ اختلاف سندی نقل فقیه با کافی و تهذیب: اختلاف فهم مرجع ضمائر ۱۲۳
- نتیجه: اعتبار روایت فقیه به مجرد احتمال تغایر روایت فقیه با کافی و تهذیب ۱۲۵
- بررسی اقوال در دلالت روایت جمیل ۱۲۵
- قول اول: تخییر مرد با عقد جدید ۱۲۵

- ۱۲۶ کلام صاحب مدارک: عدم وضوح روایت و احتمال اراده عقد جدید
- ۱۲۶ کلام صاحب جواهر: استشهد به روایت ابوبکر حضرمی برای اثبات قول اول
- ۱۲۶ خلاف ظاهر بودن حمل بر عقد جدید در روایت جمیل و حضرمی
- ۱۲۷ قول دوم: تخییر مرد بدون عقد جدید
- ۱۲۷ فتوای بسیاری از قداما به تخییر
- ۱۲۸ توجیه ثبوتی تخییر مرد
- ۱۲۸ وجه اول: زوجیت احدهما لا بعینه قبل از انتخاب شوهر
- ۱۲۸ اشکال ثبوتی: معقول نبودن مکلف بودن احدهما لا بعینه
- ۱۲۸ وجه دوم تخییر: تحقق زوجیت با انتخاب شوهر
- ۱۲۸ اشکال اثباتی: صراحت نداشتن تخییر در تخییری واسطه (تخییر بدون عقد جدید)
- ۱۲۹ مؤیدات قول دوم (تخییر بدون عقد)
- ۱۲۹ مؤید اول: روایت عقبه درباره اسلام مجوسی دارای هفت زن
- ۱۳۰ مؤید دوم: ذیل روایت جمیل در فقیه (عقد پنج زن) و فتوای اصحاب به آن
- ۱۳۰ دلیل دوم تخییر: ملازمه بین تخییر در جمع پنج زن به عقد واحد و تخییر در مقام
- ۱۳۱ اشکال به دلیل دوم تخییر: عدم ملازمه دو مسئله با ذکر شواهدی از فتاوی فقهاء
- وجه تفکیک بین دو مسئله: تعارض نداشتن اخبار در مسئله جمع پنج زن، به خلاف
- ۱۳۲ مقام
- ۱۳۳ روایت عنبسه بن مصعب و تعارض آن با روایت جمیل
- ۱۳۴ اشتباه جامع الأحادیث: نقل عبارت شیخ به عنوان بخشی از روایت عنبسه
- ۱۳۴ صحت سندی روایت عنبسه
- ۱۳۵ دلالت روایت عنبسه بر صحت نکاح منکوحه ابتدا ذکر شده
- ۱۳۵ جمع بین روایت عنبسه و جمیل
- ۱۳۵ کلام شیخ طوسی: حمل نفی تخییر بر «عقد واحد با دو لفظ»
- احتمال اراده «تقدم انشاء عقد خواهر اول» از تعبیر «لفظتین» در کلام شیخ طوسی
- ۱۳۶
- ۱۳۷ اشکال توجیه فوق: عدم تحقق زوجیت به مجرد ایجاب
- ۱۳۷ پاسخ اول: تحقق زوجیت با ایجاب در فرض تقدیم قبول
- ۱۳۷ پاسخ دوم: شرط متأخر بودن «قبول» نه جزء العله بودن

- ۱۳۸ نظر مختار: تخبیر مرد در فرض هم‌زمانی انشاء زوجیت دو خواهر
- ۱۳۹ صورت دوم (تزویج دو خواهر با دو عقد) و بررسی حکم آن
- ۱۳۹ بطلان تعدی از مورد روایت جمیل به جمع بین دو خواهر با دو عقد
- ۱۳۹ کلام آقای خوئی: بطلان عقد وکیل به دلیل ضیق دایرة توکیل
- ۱۴۰ اشکال به کلام آقای خوئی
- ۱۴۰ اشکال اول (صغروی): عدم ارائه دلیل برای بطلان شرعی عقد وکیل
- ۱۴۱ اشکال دوم (کبری): نظارت عقد توکیل به وکالت عرفی
- ۱۴۱ تقریبی در تصحیح عقد موکّل
- ۱۴۱ مقدمه اول: خلاف قاعده بودن صحت عقد «أحدهما لا بعینه»
- ۱۴۱ مقدمه دوم: احتمالات چهارگانه صحت و بطلان عقد موکّل و وکیل
- ۱۴۲ مقدمه سوم: بطلان قطعی عقد وکیل و شمولیت اطلاعات نسبت به عقد موکّل
- ۱۴۲ اشکال تقریب فوق: نبود اطمینان نوعی به شمول اطلاعات نسبت به عقد موکّل
- ۱۴۲ نظر مختار: بطلان دو عقد
- ۱۴۳ حکم شک در تقدّم و تأخّر و تقارن عقد دو خواهر
- ۱۴۳ ملازمه نداشتن حکم اقتران عقد خواهرها و اقتران عقد یک زن برای دو مرد
- ۱۴۵ صوّر شک در اقتران عقد هند و زینب
- ۱۴۵ صورت اول (ثنائی الاحتمال): احتمال تقارن و تقدّم عقد هند
- ۱۴۵ صورت دوم (ثلاثی الاحتمال): احتمال تقارن، تقدّم و تأخّر عقد هند
- ۱۴۶ ظهور کلام مرحوم سید در بطلان هر دو عقد حتی عقد معلوم التاریخ
- ۱۴۷ ظهور کلام مرحوم سید در بطلان هر دو عقد حتی در فرض دو احتمالی
- ۱۴۸ بررسی حکم صور مسئله، طبق مبنای بطلان عقد مقارن خواهرها
- ۱۴۸ حکم صورت اول (دو احتمالی): صحت عقد محتمل التقدّم

- دلیل اول: اصاله الصّحّه و معتبر نبودن احتمال التفات در مقام ۱۴۸
- دلیل دوم: استصحاب عدم هم زمانی ۱۴۹
- اشکال: عدم جریان استصحاب در معلوم التاریخ طبق مبنای مرحوم سید و آقای حکیم ۱۴۹
- توجیه استصحاب با اصل عدم ازلی ۱۵۰
- اشکال مبنایی: غیرعرفی بودن اصل عدم ازلی ۱۵۰
- حکم صورت دوم: صحت عقد مجهول التاریخ با فرض معلوم التاریخ بودن دیگری ۱۵۱
- تعارض اصاله الصّحّه در دو عقد و جریان استصحاب در مجهول التاریخ ۱۵۱
- عدم تفصیل صاحب عروه بین معلوم التاریخ و مجهول التاریخ در مقام ۱۵۱
- اشکال: کفایت استصحاب در مجهول التاریخ برای اثبات صحت عقد معلوم التاریخ ۱۵۱
- پاسخ اول: جاری نشدن استصحاب در احکام عقلی مثل بطلان دو عقد متقارن ۱۵۲
- اشکال پاسخ اول ۱۵۳
- اشکال اول: شرعی بودن بطلان عقد دو خواهر ۱۵۳
- اشکال دوم: کفایت شرعی بودن منزل با فرض عقلی بودن منزل علیه (بطلان عقد دو خواهر) ۱۵۳
- اشکال سوم: امکان حکم شارع به حکم عقلی غیر بدیهی اولیه ۱۵۴
- اشکال چهارم: یکسانی فرض ثنائی الاحتمال و ثلاثی الاحتمال در عقلی بودن بطلان ۱۵۴
- پاسخ: عقلی نبودن بطلان در فرض ثنائی الاحتمال ۱۵۴
- پاسخ دوم: تعارض اصاله الصّحّه با استصحاب عدم عقد صحیح ۱۵۵
- اشکال پاسخ دوم ۱۵۵
- اشکال اول: تقدّم اصاله الصّحّه (در موارد جریان آن) بر استصحاب ۱۵۵
- اشکال دوم: تقدّم اصل دارای مفاد «کان ناقصه» بر اصل دارای مفاد «لیس تامّه» ۱۵۵
- بررسی حکم صور مسئله، طبق مبنای تخییر در عقد مقارن خواهرها ۱۵۶
- حکم صورت اول (دو احتمالی) ۱۵۷
- حکم صورت دوم (سه احتمالی): صحت عقد معلوم التاریخ ۱۵۸
- حرمت جمع بین دو خواهر در فرض تولد از زنا ۱۵۸

کلام آقای حکیم

۱۵۸

۱۵۸

مطلب اول: دلالت برخی روایات بر نفی نسب در زنا

۱۵۹

روایت اول: روایت «الولد للفراس وللعاهر الحجر»

۱۵۹

روایت دوم: صحیحہ حلبی

مطلب دوم: ولد بودن حقیقی ولد الزنا به دلیل مذاق شرع و تبعیت احکام نکاح از عرف

۱۶۰

اشکال به کلام آقای حکیم

۱۶۰

اشکال اول: دلالت «الولد للفراس...» بر حکم ظاهری

۱۶۲

اشکال دوم: اختصاص صحیحہ حلبی به نفی ارث در زنا، نه نفی ولدیت

۱۶۳

اشکال سوم: ظهور صحیحہ حلبی در بیان حکم ظاهری و فرض شک

۱۶۳

مصتَح بودن احتمال تولّد از زنا برای تعبیر ولد الزنا در صحیحہ حلبی

۱۶۴

اشکال چهارم: تبعیت نکردن احکام نکاح از عرف و شواهد آن

۱۶۴

نظر مختار: حرمت جمع به دلیل اطلاق مقامی و نبود حقیقت شرعی در «ولد»

۱۶۵

حرمت نکاح با خواهر مطلقه رجعی قبل از انقضای عده

۱۶۵

جواز تزویج با خواهر مطلقه بائن

۱۶۶

حکم ازدواج با خواهر همسر انقطاعی در عده

۱۶۶

مقتضای قواعد اولیه: صحت عقد به دلیل رجعی نبودن فراق

۱۶۶

اشکال مرحوم سید در صحت عقد به دلیل صحیحہ یونس

۱۶۷

نظر آقای حکیم: صحت عقد و اعراض اصحاب از صحیحہ یونس

۱۶۷

اثبات عدم اعراض اصحاب با بررسی اقوال

۱۶۷

قائلین به بطلان عقد

۱۶۸

اشتباه صاحب مدارک و علامه مجلسی در اسناد بطلان عقد به مقنعه

- ۱۶۸ منشأ اشتباه: قلمداد کردن عبارت تهذیب (شرح مقنعه) به جای مقنعه
- ۱۶۸ عدم فتوای برخی فقهاء به بطلان به دلیل اشکال دلالتی یا سندی، نه اعراض
- ۱۶۹ بررسی مکاتبه دال بر لزوم صبر تا انقضاء عده متعه خواهر
- ۱۷۰ بررسی سندی
- ۱۷۰ اشکال اول: عدم اثبات انتساب مکاتبه به امام علیه السلام
- ۱۷۰ پاسخ: سهولت شناخت خط امام توسط راویان
- ۱۷۱ اشکال دوم: ضعف سندی نقل صدوق به دلیل وجود بطائنی واقعی
- ۱۷۱ پاسخ: نقل بطائنی قبل از وقف و صحت طریق حسین بن سعید
- ۱۷۱ ادله جواز نکاح و بررسی آن
- ۱۷۱ دلیل اول: اطلاق «أَحَلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ» در قرآن
- ۱۷۲ دلیل دوم: صحیحه ابوالصباح کنانی، حلبی و ابوبصیر (به نقل ابن رثاب)
- ۱۷۲ وجه استدلال: اطلاق تعلیل «لم یکن له رجعة»
- ۱۷۳ اشکالات دلیل دوم و پاسخ آن
- ۱۷۳ اشکال اول: دلالت روایت بر جواز خواستگاری، نه عقد
- ۱۷۳ اشکال دوم: اختصاص روایت به طلاق خلع طبق نسخه اصح «بازنت»
- ۱۷۴ پاسخ اشکال اول و دوم: عموم تعلیل و ارتکازی بودن آن
- ۱۷۵ دلیل سوم: صحیحه زراره، ابوبصیر و ابواسامه
- ۱۷۵ وجه استدلال: تعلیل بودن قید «لم یکن له علیها رجعة»
- ۱۷۶ وجوه جمع بین ادله جواز و صحیحه یونس
- ۱۷۶ وجه اول: تقدیم ادله جواز به دلیل خلاف ارتکاز بودن استثناء شدن متعه
- ۱۷۷ وجه دوم: حمل صحیحه یونس بر تقیه به دلیل سری بودن متعه
- ۱۷۸ تأیید وجه دوم با ملاحظه امر به رعایت خفاء متعه در برخی اخبار
- ۱۷۸ نظر مختار: جواز عقد خواهر زن در عده عقد موقت

- ۱۷۹ حکم عقد خواهر متمتع بها در ایام عده با فرض بذل مدت متعه
- ۱۷۹ نبود فرق عرفی بین بذل مدت متعه و انقضای آن
- ۱۷۹ جواز ازدواج با خواهر مزنی بها در مدت استبراء
- ۱۷۹ حکم ازدواج با خواهر موطونه به شبهه قبل از پایان عده
- ۱۸۰ ادله حرمت ازدواج (صحیحه برید عجلی و زراره)
- ۱۸۱ شمول روایت برید نسبت به وطی به شبهه طرفینی
- ۱۸۱ وجه تأکید احتیاط در «وطی به شبهه بودن از طرف مرد» در عروه
- ۱۸۱ وجه اول: انحصار دلیل حرمت در صحیحه برید
- ۱۸۲ وجه دوم: تأقل در عمل به موثقات مثل روایت زراره به نقل ابن بکیر در تهذیبین
- ۱۸۲ اشتباه نقل تهذیبین و منحصر نبودن طریق خبر زراره به نقل ابن بکیر
- ۱۸۳ ادله رد روایت برید و زراره
- ۱۸۳ دلیل اول: اعراض مشهور از صحیحه برید و زراره
- ۱۸۳ اشکال صغروی: فتوای مشهور قدما و بسیاری از متأخرین به روایت برید
- ۱۸۵ دلیل دوم: تعارض روایت برید و زراره با روایات جمیل، محمد بن مسلم و حلبی
- ۱۸۵ روایت جمیل بن صالح
- ۱۸۶ صحیحه محمد بن مسلم
- ۱۸۶ صحیحه حلبی
- ۱۸۶ تقریب تعارض دو دسته از روایات
- ۱۸۷ اشکال به تعارض ادعایی
- ۱۸۷ اشکال اول: ارسال سندی روایت جمیل
- ۱۸۷ اشکال دوم: تغایر مورد روایات محمد بن مسلم و حلبی با روایت زراره
- ۱۸۸ نظر مختار: جواز عقد

- ۱۸۸ حکم جمع بین دو همسر فاطمی
- ۱۸۹ روایات مسئله در تهذیب و علل الشرائع
- ۱۹۰ اثبات نشدن کراهت جمع بین دو همسر فاطمی حتی با تسامح در ادله سنن
- ۱۹۱ بررسی سند روایت در تهذیب
- ۱۹۱ بررسی اعتبار سندی بن الربیع
- ۱۹۱ نظر نجاشی: روایت صفوان از کتاب سندی
- ۱۹۱ اشکال: ممکن نبودن نقل صفوان از سندی و شواهد آن
- ۱۹۲ شاهد اول: نقل روایت سندی از راویان با طبقه متأخر از صفوان
- ۱۹۲ شاهد دوم: معاصر بودن صفوان با ابن ابی عمیر (مروئ عنه سندی بن ربیع)
- ۱۹۲ شاهد سوم: تقدم صفوان بر بزطی و نقل سندی از فرزند بزطی
- ۱۹۲ نظر مختار: احراز نشدن وثاقت سندی بن ربیع
- ۱۹۳ بررسی سند روایت در علل
- ۱۹۴ توثیق «ابان بن عثمان» و بطلان ناووسی یا فطحی بودن وی
- ۱۹۵ بررسی وثاقت ماجیلویه
- ۱۹۵ کلام آقای خوئی و بررسی آن
- ۱۹۵ مطلب اول: احتمال انکای شیخ صدوق به اصالة العدالة
- ۱۹۵ اشکال: سخت گیری شیخ صدوق در نقل حدیث و عدم قبول اصالة العدالة در قدمای
- ۱۹۶ مطلب دوم: ناصبی بودن برخی اساتید شیخ صدوق
- ۱۹۶ اشکال: نقل حدیث از ناصبی به دلیل اعتبار نقل فضائل اهل بیت علیهم السلام توسط آنها
- ۱۹۶ نظر مختار: وثاقت ماجیلویه
- ۱۹۷ نتیجه بررسی سندی: صحیحیه بودن روایت، طبق سند علل الشرائع
- ۱۹۷ بررسی تاریخی مسئله
- ۱۹۷ قائلین به تحریم جمع بین دو همسر فاطمی و متوقفین
- ۲۰۰ نسبت قول به حرمت به شیخ صدوق در حدائق
- ۲۰۰ ادعای «جواز افتاء بر خلاف اجماع» در حدائق

- ۲۰۱ نقد کلام صاحب حدائق
- ۲۰۱ اشکال اول: دلالت نداشتن سکوت صدوق بر قبول روایت حتی در عیون
- ۲۰۲ اشکال دوم: احتمال فهم کراهت در نزد شیخ صدوق
- ۲۰۲ تحقیق در مسئله
- ۲۰۲ الف. جواز تکلیفی و بررسی ادله آن
- ۲۰۲ دلیل اول: ملازمه نداشتن مشقت «فیشق علیها» با اذیت شدن
- ۲۰۳ اشکال: ملازمه مشقت و اذیت بالحاظ نبود هدف مهم تر
- ۲۰۳ دلیل دوم: جواز ازدواج مجدد بدون قصد ایذاء
- ۲۰۴ اشکال: حرمت ایذاء حضرت صدیقه علیها السلام ولو بدون قصد
- ۲۰۴ دلیل سوم: عدم ردع شارع از امر عام البلوی
- ۲۰۴ ب. صحت عقد حتی در فرض حرمت تکلیفی آن
- ۲۰۵ اختصاص فتوای بطلان به صاحب حدائق
- ۲۰۵ ج. اختصاص «وُلد فاطمه علیها السلام» به منتسبین از طرف پدر
- ۲۰۶ ناتمامی ادعای صدق «وُلد فاطمه علیها السلام» بر منتسبین از طرف مادر

بخش هشتم

شرائط صیغه و انشاء عقد نکاح

- ۲۰۹ فصل ۱: اعتبار انشاء لفظی در تحقق نکاح
- ۲۱۲ کلام شیخ انصاری در تفاوت نکاح و زنا و بررسی تفاریب آن
- ۲۱۲ تقریب اول: تفاوت نکاح و زنا در وجود لفظ در نکاح

- اشکال: وجود لفظ در بسیاری از موارد زنا ۲۱۳
- تقریب دوم: تفاوت نکاح و زنا در اعتبار انشاء لفظی زوجیت قبل از وقاع ۲۱۳
- اشکال: عدم اثبات «اعتبار انشاء لفظی» با نفی کفایت انشاء با وقاع ۲۱۳
- کلام آقای حکیم: تفاوت زنا و نکاح در مباشرت به عنوان زوجیت در نکاح ۲۱۴
- کلام آقای خوئی: رابطه عموم و خصوص من وجه بین نکاح و سفاح از حیث وجود لفظ ۲۱۵
- تأیید کلام آقای حکیم و اشکال بر کلام آقای خوئی ۲۱۵
- تقریب سوم: عدم کفایت اباحه بضع در تحقق نکاح ۲۱۶
- عدم ورود اشکال آقای حکیم بر تقریب سوم ۲۱۶
- ادله اعتبار لفظ در انشاء عقد نکاح ۲۱۷
- دلیل اول: اجماع فریقین و ضرورت بین مسلمین ۲۱۷
- دلیل دوم: روایات ۲۱۸
- روایت اول: روایت قصه «حولاء عطارة» ۲۱۸
- تمسک به فقره «ما استحللتم من فروجهن بکلمة الله» ۲۱۸
- نظر سید مرتضی: اراده ایجاب و قبول از کلمه الله ۲۱۹
- مناقشه سندی ۲۲۰
- مناقشه دلالتی: تفسیر کلمه الله در روایت معانی الاخبار به شروط خداوند بر حضرت آدم ۲۲۰
- روایت دوم: روایت برید عجلی ۲۲۱
- وجه عدم استدلال به روایت توسط مرحوم نراقی بر خلاف آقای خوئی ۲۲۱
- وجه اول: بیان فرد متعارف نه انحصار طریق زوجیت در انشاء لفظی ۲۲۲
- وجه دوم: اطلاق «کلمه» بر موجودات تکوینی ۲۲۲
- وجه تفسیر غلیظاً در «میثاقاً غلیظاً» به ماء الرجل ۲۲۳
- روایت سوم: روایات متعدد در باب متعه ۲۲۴
- الف. روایت ابان بن تغلب ۲۲۴

- ۲۲۵ تقریب استدلال: اعتبار لفظ در عقد موقت و اولویت عقد دائم بر آن
- ۲۲۵ اشکال سندی: عدم توثیق ابراهیم بن الفضل
- ۲۲۵ اشکالات دلالی
- ۲۲۶ اشکال اول: دلالت روایت بر اعتبار ابراز رضایت نه لفظ
- ۲۲۶ اشکال دوم: عدم اولویت عقد دائم بر موقت به دلیل اعتبار شروط خاص در متعه
- ۲۲۷ اشکال سوم: وجود قرائن دال بر عدم اعتبار لفظ
- ۲۲۷ قرینه اول: تعبیر «فقد رضیت» به جای «وقد رضیت» (جمله حالیه)
- ۲۲۷ قرینه دوم: کنایه بودن تعبیر روایت از «اعتبار اظهار رضایت»
- ۲۲۷ ب. صحیحہ ثعلبه
- ۲۲۸ تقریب استدلال: دلالت «تقول أنزجک...» بر اعتبار لفظ
- ۲۲۸ اشکال دلالی
- ۲۲۸ اشکال اول: احتمال نظارت روایت بر مقاولات قبل از عقد و شواهد آن
- ۲۲۸ اشکال دوم: مثال بودن الفاظ مذکور در روایت
- کلام آقای خوئی: دلالت روایت بر لزوم صیغه با مشتقات «تزویج» و تعدی به مشتقات
- ۲۲۹ «نکاح»
- ۲۲۹ اشکال: حجیت اقرب المجازات از حیث ظهور نه اقرب المجازات تکوینی
- ۲۳۰ ج. صحیحہ هشام بن سالم
- ۲۳۰ ورود اشکال دلالی روایت ثعلبه
- ۲۳۰ معنای فقره «لا عده لها علیک»
- ۲۳۱ احتمال اول: عدم استحباب صبر مرد در فوت یا طلاق زن دائم در متعه
- ۲۳۱ احتمال دوم: عدم لزوم رعایت عده در عقد مثل خواهر «زن موقت»
- ۲۳۲ د. موقوفه سماعه از ابی بصیر
- ۲۳۲ تعلقی عبارت «قال بعضهم حیضة» به روات بعدی نه ابی بصیر
- ۲۳۲ ورود اشکال دلالی روایت ثعلبه
- ۲۳۴ هـ. روایت احوّل
- ۲۳۴ تقریب استدلال: ظهور «زّوجینی نفسک» در انشاء قبول مقدّم
- ۲۳۴ اشکال دلالی: ورود اشکال دلالی روایت ثعلبه
- ۲۳۴ و. روایت هشام بن سالم الجوالیقی

- ۲۳۵ ورود اشکال دلالتی روایت ثعلبه
- ۲۳۵ نتیجه بررسی روایات: عدم دلالت روایات بر اعتبار لفظ در انشاء نکاح
- ۲۳۶ دلیل سوم: اصل عدم زوجیت

فصل ۲: شرایط صیغه عقد نکاح

- ۲۳۷
- ۲۳۹ بررسی کفایت ماده «متعّه» در عقد دائم
- ۲۳۹ اقوال برخی فقهاء
- ۲۳۹ بررسی اشکالات در کفایت «مَتَّعَتْ» برای انشاء نکاح دائم
- ۲۴۰ اشکال اول: مجازی بودن استعمال متعه در عقد نکاح دائم
- ۲۴۰ پاسخ: کفایت استعمال مجازی همراه با قرینه در الفاظ صیغه
- ۲۴۰ اشکال دوم: ظهور اخبار در انحصار الفاظ در مشتقات تزویج و نکاح
- ۲۴۱ پاسخ اشکال دوم
- ۲۴۱ پاسخ اول: احتمال نظارت اخبار به مقاولات قبل از عقد
- ۲۴۱ پاسخ دوم: مثال بودن الفاظ مذکور در اخبار
- ۲۴۱ اشکال سوم: لزوم صراحت در الفاظ عقود لازم
- ۲۴۱ پاسخ اشکال سوم
- ۲۴۲ پاسخ صغروی: عدم ملازمه مجاز با غیر صریح بودن
- ۲۴۲ پاسخ کبروی: عدم اعتبار صراحت الفاظ صیغه
- ۲۴۲ اشکال چهارم: اصالة الفساد به دلیل فقدان ادله لفظی
- ۲۴۲ بررسی اشکال چهارم با بررسی ادله عامه و خاصه در کفایت «مَتَّعَتْ»
- ۲۴۲ مطلب اول: بررسی ادله عامه صحت نکاح
- ۲۴۳ دسته اول (ادله صحت عقود) و انکار اطلاق لفظی آن
- ۲۴۳ دسته دوم (ادله امر به نکاح و انکاح) و انکار اطلاق لفظی آن

- اثبات اطلاق مقامی و منع از جریان اصالة الفساد
 ۲۴۴ مطلب دوم: بررسی ادله خاصه صحت نکاح بالفظ «متعت»
 ۲۴۵ دلیل اول: الغاء خصوصیت از الفاظ مذکور در روایات
 ۲۴۶ دلیل دوم: روایات انقلاب عقد موقت به دائم در صورت عدم ذکر مدت
 ۲۴۶ بررسی اشکالات دلیل دوم
 ۲۴۷ اشکال اول (ابن ادریس)
 ۲۴۷ پاسخ اشکال اول
 ۲۴۸ اشکال دوم: عدم اطلاق روایات
 ۲۴۹ پاسخ: ظهور روایت ابان بن تغلب در کفایت «متعت»
 ۲۵۰ ضعف سند روایت ابان
 ۲۵۰ نظر مختار: صلاحیت لفظ «متعت» برای انشاء عقد دائم
 ۲۵۱ بررسی اشتراط عربیت
 ۲۵۱ توضیح عبارت علی الاحوط در عبارت عروه
 ۲۵۱ ادله اعتبار عربیت در صیغه نکاح
 ۲۵۱ دلیل اول: اجماع مسلمین
 ۲۵۲ اشکال بر دلیل اول
 ۲۵۳ اشکال اول: عدم اعتبار عربیت در نزد بعض عاقله مانند ابوحنیفه
 ۲۵۳ اشکال دوم: معنوی نبودن مسئله تا زمان شیخ طوسی و اختلاف بعد از ایشان
 ۲۵۴ اجتهادی بودن ادعای اجماع سید مرتضی، شیخ طوسی و ابن زهره
 ۲۵۵ برخی شواهد اجتهادی بودن ادعای اجماع شیخ طوسی
 ۲۵۶ دلیل دوم (عدم صدق عقد بر غیر عربی) و اشکال آن
 ۲۵۶ دلیل سوم: انصراف عقود به عربی
 ۲۵۷ اشکال دلیل سوم: ملاک بودن انصرافات تصدیقی نه تصویری
 ۲۵۸ دلیل چهارم: اصالة الفساد
 ۲۵۸ کلام محقق کرکی و اشکال آقای خوئی

- ۲۵۹ ادله عدم اعتبار عربیت در صیغه نکاح
- ۲۵۹ دلیل اول: روایت ابوالبختری
- ۲۵۹ بررسی سندی و ادله توثیق ابوالبختری
- ۲۵۹ دلیل اول: روایت کتاب وی توسط جماعتی
- ۲۶۰ دلیل دوم: شهادت ابن غضائری به اعتبار کل احادیث وی از امام صادق (ع)
- ۲۶۰ وجه استدلال: اولویت نکاح بر طلاق در عدم اعتبار عربیت
- ۲۶۰ دلیل دوم: روایات «لکل قوم نکاح»
- ۲۶۰ بررسی سندی: اطمینان به صدور مفاد «لکل قوم نکاح»
- ۲۶۱ اشکال دلالی: عدم نظارت روایت به شرائط اجرای صیغه
- ۲۶۱ نظر مختار: عدم اعتبار عربیت
- ۲۶۳ اشتراط ماضویت در صیغه نکاح و بررسی ادله آن
- ۲۶۳ دلیل اول: صراحت صیغه ماضی
- ۲۶۳ بررسی اشکالات دلیل اول
- ۲۶۴ اشکال اول: عدم صراحت صیغه ماضی
- ۲۶۴ پاسخ: صراحت صیغه ماضی در مقام انشاء
- ۲۶۴ اشکال دوم: عدم اشتراط لفظ صریح در صیغه
- ۲۶۴ تأیید اشکال دوم
- ۲۶۵ دلیل دوم: اخذ به قدر متیقن
- ۲۶۵ بررسی دلیل دوم با بررسی عمومات و اطلاعات صحت عقود
- ۲۶۵ عدم اطلاق آیه «وَأَنْكُحُوا الْأَيَّامَ مِنْكُمْ»
- ۲۶۶ عدم اطلاق «أوفوا بالعقود» و بیان احتمالات آیه
- ۲۶۷ عدم اطلاق «المؤمنون عند شروطهم»

- ۲۶۷ دلیل سوم: اجتناب از بی قید و بند شدن ازدواج (تحفظاً من الاشتمار)
- ۲۶۷ بررسی معنای عبارت شرائع (تحفظاً من الاشتمار المشبه للإباحه)
- ۲۶۸ معنای اول (مختار): اجتناب از بی قید شدن مشابه اباحه اموال
- ۲۶۹ معنای دوم (مرحوم صیمری): اجتناب از عدم صراحت و ممانعت از تشابه با اباحه
- ۲۶۹ خلاف ظاهر بودن معنای دوم
- ۲۷۰ اشکال دلیل سوم: مانعیت سایر شروط صیغه از بی قید و بند شدن نکاح
- ۲۷۰ ادله نفی اعتبار ماضویت
- ۲۷۰ دلیل اول: سیره عقلاء و مسلمین
- ۲۷۱ دلیل دوم: روایات باب متعه
- ۲۷۱ اشکال: عدم امکان تعدی از متعه به عقد دائم
- ۲۷۲ بررسی کفایت جمله اسمیه
- ۲۷۲ اشکال مستسک بر عبارت عروه: عدم تأمل در کفایت جمله اسمیه در صیغه
- ۲۷۲ پاسخ: اجماع بر کفایت جمله اسمیه در عتق و طلاق به دلیل روایات
- ۲۷۳ اولویت نکاح بر طلاق در کفایت جمله اسمیه به دلیل سخت گیری در طلاق
- ۲۷۳ نظر مختار: کفایت جمله اسمیه در انشاء عقد
- ۲۷۴ بررسی جواز تقدیم قبول بر ایجاب
- ۲۷۴ اقوال فقهاء (شهرت قوی بر جواز تقدیم)
- ۲۷۵ ادله جواز تقدیم و بررسی آن
- ۲۷۵ دلیل اول (اطلاقات لفظی) و مناقشه در آن
- ۲۷۵ دلیل دوم: ذکر «أترّجک» در روایات متعه به عنوان قبول متقدم
- ۲۷۶ نقد دلیل دوم با بررسی ایجاب یا قبول متقدم بودن «أترّجک»
- ۲۷۶ کلام آقای خوئی: قبول متقدم بودن «أترّجک» به دلیل باب تفعل

- ۲۷۷ کلام آقای حکیم: ایجاب بودن «أَنْزَوْجَكَ»
- ۲۷۷ تأیید آقای حکیم به لحاظ قبول مصطلح نبودن «أَنْزَوْجَكَ»
- ۲۷۸ بررسی تقدم لفظ «قبلت» بر ایجاب
- ۲۷۸ لفظی نبودن نزاع در مورد تقدیم «قبلت» با لحاظ کلام صاحب مدارک
- ۲۷۹ تبیین کلام مرحوم صاحب مدارک
- ۲۷۹ نظر مختار
- ۲۷۹ مطلب اول: صحت کلام صاحب مدارک درباره «قبلت»
- ۲۷۹ مطلب دوم: عدم اعتبار موجب و قابل در عقود
- ۲۸۱ جواز تصدّی ایجاب توسط مرد
- ۲۸۱ بررسی اقوال فقهاء در جواز تصدّی ایجاب توسط مرد
- ۲۸۳ کلام آقای گلپایگانی: لزوم ایجاب از سوی زن به دلیل حقیقت نکاح
- ۲۸۳ اشکال: عدم فرق بین ایجاب مرد و زن در تحقق نکاح
- ۲۸۴ کلام آقای حکیم: کفایت ایجاب مرد یا زن به شرط ضمیمه شدن زن به مرد در صیغه
- ۲۸۶ اشکالات کلام آقای حکیم
- ۲۸۶ اشکال اول: بطلان لازمه کلام آقای حکیم (بطلان «زَوْجْتُ نَفْسِي إِيَّاكَ»)
- ۲۸۶ اشکال دوم: عدم لحاظ «انضمام» در مفهوم زوجیت
- ۲۸۶ اشکال سوم: متبوع نبودن مرد با فرض لحاظ انضمام در مفهوم زوجیت
- ۲۸۸ نظر مختار: جواز تصدّی ایجاب توسط مرد
- ۲۸۸ کفایت انشاء عقد نکاح با صیغه امر
- ۲۸۹ اقوال فقهاء
- ۲۹۰ روایات دالّ بر جواز انشاء عقد به صیغه امر

- روایت اول و دوم: روایت سهل ساعدی و صحیحہ محمد بن مسلم ۲۹۰
- بررسی سندی روایت سهل ساعدی: نقل مرسل در عوالی اللثالی ۲۹۰
- بررسی وجه استدلال ۲۹۲
- احتمالات «وَهَبْتُ نَفْسِي لَكَ» ۲۹۲
- احتمال اول: اختصاصات پیامبر ﷺ ۲۹۲
- احتمال دوم: واگذار کردن خود به پیامبر برای تزویج به هر مردی ۲۹۲
- مناقشات دلالی و پاسخ های آن ۲۹۳
- مناقشه اول: ولایت مطلقه نبی ﷺ در چنین عقدی ۲۹۳
- پاسخ مناقشه اول ۲۹۴
- مطلب اول: ثبوت ولایت پیامبر ﷺ بر اشخاص نه اسباب ۲۹۴
- مطلب دوم: عدم اختصاصی بودن مورد روایت برای پیامبر ﷺ ۲۹۵
- کلام آقای حکیم درباره پاسخ مناقشه اول ۲۹۶
- مطلب اول: اجماعی نبودن لزوم ایجاب و قبول توسط ولی با لحاظ مخالفت شهید اول ۲۹۶
- مطلب دوم: کفایت ایجاب توسط مولای عبد و امه در تزویج این دو به یکدیگر ۲۹۷
- مناقشه در مطلب اول و تأیید مطلب دوم کلام آقای حکیم ۲۹۷
- دلیل صاحب عروه بر کفایت صیغه واحده: اطلاق اخبار و اقتضای قواعد ۲۹۹
- اشکال بر تمسک مرحوم سید به اخبار ۲۹۹
- کلام آقای حکیم: کفایت صیغه امر متقدم از قبول به دلیل تحقق توکیل ۳۰۰
- اشکال آقای خوئی بر کلام آقای حکیم و پاسخ به آن ۳۰۱
- اشکال کبروی: تفاوت مسئله تزویج مولا با مسئله تزویج ولی و وکیل ۳۰۱
- پاسخ: عدم اعتبار التزام اصلی و فرعی در مقام و کفایت توافق طرفین ۳۰۲
- اشکال صغروی: عدم دلالت طلب بر توکیل ۳۰۴
- پاسخ: ظهور طلب در مقام بر توکیل ۳۰۴
- نظر آقای خوئی درباره مفاد روایت سهل ساعدی و محمد بن مسلم ۳۰۵
- اشکال بر نظر آقای خوئی ۳۰۵
- مناقشه دوم: احتمال عدم نقل «قبلت» توسط امام ﷺ ۳۰۶
- پاسخ های شهید ثانی به مناقشه دوم ۳۰۶

- ۳۰۶ پاسخ اول: اصل عدم دخالت «قبلت» در سببیت نکاح
 ۳۰۷ پاسخ دوم: عدم ذکر «قبلت» متأخر در هیچ یک از طرق عامه و خاصه روایت
 ۳۰۷ مناقشه سوم: لزوم رعایت موالات، قرینه گفتن «قبلت» توسط مرد
 ۳۰۸ پاسخ شهید ثانی به مناقشه سوم: معتبر نبودن موالات بین ایجاب و قبول
 ۳۰۸ مناقشه چهارم: لزوم تطابق بین ایجاب و قبول، قرینه گفتن قبول توسط مرد
 ۳۰۹ پاسخ مناقشه چهارم: وکالت مطلق پیامبر در تعیین مهر
 ۳۰۹ نظر مختار: کفایت صیغه امر متقدم از قبول

نکاح اخرس

- ۳۱۰ ادله کفایت اشاره اخرس
 ۳۱۰ دلیل اول: اجماع
 ۳۱۱ اشکال: عدم معنویت بودن مسئله در قدامت جز در برخی موارد
 ۳۱۱ مورد اول (شیخ طوسی در مبسوط) و اشکال آن
 ۳۱۳ سه مورد دیگر
 ۳۱۴ دلیل دوم: ضرورت
 ۳۱۴ بازگشت کلام علامه در تذکره به استدلال به ضرورت
 ۳۱۵ تقریب استدلال به ضرورت با بیان دو مقدمه
 ۳۱۵ مقدمه اول: عدم مشروعیت نیابت ولی اخرس
 ۳۱۵ مقدمه دوم: جریان اصل عدم لزوم توکیل
 ۳۱۵ احتمال تمسک مرحوم علامه به اعتبار لفظ در عقد توکیل
 ۳۱۶ اشکال دلیل دوم: بی وجه بودن دلیل ضرورت با وجود اصل عدم لزوم توکیل
 ۳۱۶ محتملات اصل عدم لزوم توکیل
 ۳۱۶ احتمال اول: اطلاق لفظی اخبار نکاح
 ۳۱۶ احتمال دوم: اصل عقلانی صحت همه عقود اعم از فعلی و قولی
 ۳۱۷ دلیل سوم: اطلاق لفظی ادله نکاح
 ۳۱۷ اشکال: عدم وجود اطلاق لفظی و مقامی در ادله نکاح

- دلیل چهارم: روایت مسعدة بن صدقه ۳۱۸
- بررسی سندی: اتحاد مسعدة بن صدقه و مسعدة بن زیاد و توثیق ابن زیاد توسط نجاشی ۳۱۹
- احتمالات معنای «محرم» در روایت و بررسی آن ۳۲۰
- احتمال اول: اسم مفعول از باب تفعیل (تشبیه زبان رام نشده به حیوان رام نشده) ۳۲۰
- اشکال: عدم اتصاف زبان به محرم در روایت ۳۲۱
- احتمال دوم: اسم فاعل از باب افعال (مرید احرام) ۳۲۲
- احتمال سوم (نظر مختار): اسم مفعول از باب تفعیل به معنای غیر آمیخته با اقوام عرب ۳۲۲
- ابهام روایت نسبت به جواز نماز به زبان عجمی ۳۲۳
- اشکال دلیل چهارم: عدم ظهور «ما ا شبه ذلک» در صیغه عقود با بیان احتمالات آن ۳۲۳
- احتمال اول: موارد عدم کفایت الفاظ مترادف ۳۲۳
- احتمال دوم: موارد غیر قابل توکیل ۳۲۴
- تأیید بطلان استظهار آقای خوئی بالحافظ قید «فی الصلاة» برای «القراءة» ۳۲۴
- بررسی جواز رجوع به بدل طولی با تمکن از بدل عرضی ۳۲۵
- دلیل عدم جواز: قیاس مساوات ۳۲۵
- مقدمه اول: یکسانی مصلحت دو امر هم عرض ۳۲۶
- مقدمه دوم: طولی بودن مصالح تکالیف طولی ۳۲۶
- تطبیق مقدمات بر مقام: تقدم توکیل بر اشاره ۳۲۶
- مناقشه در تمسک به قیاس مساوات ۳۲۷
- مناقشه اول: بطلان قیاس مساوات در احکام وضعی ۳۲۷
- مناقشه دوم: عدم صحت قیاس مساوات در برخی احکام تکلیفی ۳۲۹
- شاهدی از روایت سفیان ثوری در تساوی مصلحت بدل طولی با مبدل منه ۳۳۰
- امکان زیادی مصلحت بدل طولی بر مبدل منه در امور همراه با خشوع ۳۳۱
- دخیل بودن قدرت در ملاک احکام عبادی، دلیل عدم جواز اتیان بدل ۳۳۱
- مناقشه سوم: عدم جریان قیاس مساوات در تساوی عرفی ۳۳۳
- مناقشه چهارم: احتمال کفایت اشاره به دلیل مصلحت تسهیل ۳۳۴
- دلیل پنجم: فحوای روایات باب طلاق ۳۳۵
- عدم لزوم تحریک زبان همراه با اشاره اخرس ۳۳۶

- ۳۳۶ دلیل آقای خوئی بر لزوم تحریک زبان: تعارف تحریک زبان اخرس
- ۳۳۷ اشکالات کلام آقای خوئی
- ۳۳۷ اشکال اول: عدم دلیل بر لزوم تحریک زبان اخرس
- ۳۳۷ اشکال دوم: عدم تعارف تحریک لسانی در اخرس
- ۳۳۷ اشکال سوم: دلالت اخبار طلاق اخرس بر عدم لزوم تحریک لسان
- ۳۳۹ تقدّم کتابت اخرس بر اشاره به دلیل صحیحۀ برنظی
- ۳۳۹ کافی نبودن کتابت قادر بر تکلم در عقد نکاح
- ۳۴۰ بررسی اعتبار تطابق بین ایجاب و قبول در الفاظ متعلقات عقد
- ۳۴۰ کفایت عدم استنکار عرفی
- ۳۴۱ ایجاب قرار گرفتن «نعم» پس از استفهام از نکاح
- ۳۴۱ نظر آقای حکیم و آقای خوئی: کافی نبودن «نعم» به دلیل مجاز مستنکر بودن آن
- ۳۴۲ نظر مختار: انشاء عرفی بودن «نعم» در جواب درخواست انشاء
- ۳۴۲ استعمال الفاظ ملحون در صیغۀ عقد
- ۳۴۳ معیار بودن استنکار عرفی در بطلان صیغه با الفاظ ملحون
- ۳۴۴ اعتبار قصد انشاء در عقد به دلیل عدم تنفیذ عرف و شرع
- ۳۴۴ شرط نبودن علم تفصیلی به معانی کلمات صیغه
- ۳۴۵ اشتراط موالات بین ایجاب و قبول در عقد
- ۳۴۵ معیار موالات در متعلقات ایجاب و قبول: اتصال عرفی و عدم طولانی بودن فاصله
- ۳۴۶ معیار موالات بین ایجاب و قبول: قبول همان ایجاب بودن در نظر عرف

- ۳۴۷ بررسی انصراف ادله عقود به عقود متعارف
- ۳۴۷ نظر آقای حکیم و آقای خوئی: انصراف ادله عقود به عقود متعارف
- ۳۴۷ اشکال: صحت عقد سفهی غیر متعارف در نظر آقای خوئی
- ۳۴۸ نظر مختار: انصراف ادله از عقود مستنکر عرفی و شرعی، نه مطلق عقود غیر متعارف
- ۳۴۹ عدم اعتبار اتحاد مجلس ايجاب و قبول
- ۳۴۹ نظر علامه حلی: اعتبار اتحاد مجلس ايجاب و قبول
- ۳۴۹ اشکال مرحوم سید بر علامه: کفایت صدق معاهده و رعایت موالات
- ۳۵۰ اشتراط تنجیز در عقد نکاح
- ۳۵۲ بررسی برخی ابهامات در عبارت مرحوم سید
- ۳۵۴ وجه تردید مرحوم سید در فرض جهل به تحقق معلق علیه
- ۳۵۴ وجه اول: تردید در شمول اجماع
- ۳۵۴ وجه دوم: تردید در بطلان تعلیق در شک قابل زوال با تروی
- ۳۵۴ صور تعلیق عقد بر شرط از نظر نوع شرط
- ۳۵۵ صورت اول (شرط استقبالی) و انواع آن
- ۳۵۵ صورت دوم: شرط حالی
- ۳۵۵ حکم صور تعلیق در عروه: بطلان در شرط حالی مشکوک و تمام شروط استقبالی
- ۳۵۵ بررسی کلام شیخ انصاری
- ۳۵۶ صور تعلیق در کلام شیخ انصاری
- ۳۵۶ لزوم تفکیک بین شرط صحت شرعی و صحت عقلایی در کلام مرحوم شیخ
- ۳۵۷ بررسی اجمالی برخی صور تعلیق در کلام شیخ انصاری
- ۳۵۷ الف. معلق علیه حالی قطعی
- ۳۵۷ ب. معلق علیه استقبالی (شرط مقارن)

- ج. معلق علیه استقبالی (شرط متأخر) مشکوک ۳۵۸
- د. معلق علیه استقبالی (شرط متأخر) قطعی ۳۵۹
- هـ. معلق علیه (شرط صحت عقد) حالی مشکوک ۳۵۹
- بررسی کلام شیخ انصاری درباره «شرط حالی مشکوک» و «نظر شیخ طوسی» ۳۵۹
- بررسی حکم تعلیق در عقد نکاح از نظر عقلی ۳۶۲
- مطلب اول: محال بودن تعلیق انشاء مانند تعلیق در علم داشتن ۳۶۳
- مطلب دوم: امکان تعلیق منشأ مانند علم به قضیه شرطیه ۳۶۳
- تحقق علم به معلوم معلق (قضیه شرطیه) در استصحاب کلی قسم ثانی ۳۶۳
- امکان تحقق منشأ در غیر ظرف انشاء ۳۶۵
- اثبات امکان عقلی تعلیق منشأ متأخر با وقوع آن در شرعیات (وصیت، جعاله، ...) ۳۶۶
- نظر مرحوم شیخ انصاری: امکان تعلیق منشأ و تحقق وافر آن در شرع و عرف ۳۶۷
- اشکال صاحب عروه: تنافی کلام شیخ انصاری با انکار واجب مشروط در اصول ۳۶۷
- پاسخ: انحصار انکار واجب مشروط در معانی حرفی در نظر مرحوم شیخ ۳۶۷
- بررسی اجمالی کلام آقای خوئی در حکم صور تعلیق ۳۶۸
- حکم صورت اول (تعلیق بر شرط صحت عقد): صحت ۳۶۸
- حکم صورت دوم (معلق حالی و معلق علیه قطعی): صحت ۳۶۹
- بطلان صورت اول و دوم نزد شیخ طوسی ۳۶۹
- حکم صورت سوم (معلق علیه استقبالی قطعی): بطلان ۳۶۹
- حکم صورت چهارم (معلق علیه مشکوک): بطلان ۳۷۰
- ادله اعتبار تنجیز در عقود و بررسی آن ۳۷۰
- دلیل اول: انصراف ادله صحت عقود به عقود متعارف ۳۷۰
- اشکال دلیل اول ۳۷۱
- اشکال اول: عدم استنکار عرفی معلق علیه مشکوک ۳۷۱
- اشکال دوم: شمول اطلاعات عقود به دلیل صحت عرفی عقد معلق ۳۷۱

- دلیل دوم: دلالت ادله لفظی بر لزوم ترتب اثر شرعی بلافاصله بعد از عقد ۳۷۲
- تأیید دلیل دوم در کلام آقای خونی با ذکر خبر أبان بن تغلب ۳۷۳
- اشکال بر کلام آقای خونی ۳۷۳
- اشکال سندی روایت أبان بن تغلب ۳۷۳
- اشکال دلالی روایت أبان بن تغلب ۳۷۴
- اشکال اول: مثال بودن بسیاری از موارد مذکور در کلام امام علی (ع) ۳۷۴
- اشکال دوم: نظارت سؤال راوی به قصد استمتاع فعلی ۳۷۴
- اشکال سوم: عدم دلالت «ذکر فرد متعارف» بر انحصار ۳۷۴
- اشکال چهارم: عدم امکان تعدی از مورد روایت (متععه) به عقد دائم ۳۷۵
- دلیل سوم: اجماع ۳۷۵
- کلام کاشف اللثام و بررسی آن ۳۷۵
- مطلب اول: اجماع بر اعتبار تنجیز در عقد ۳۷۵
- مطلب دوم: لزوم صراحت در صیغه ۳۷۵
- تأیید مطلب اول و ردّ مطلب دوم کشف اللثام در جواهر ۳۷۶
- عدم تعرض مسئله قبل از یحیی بن سعید ۳۷۶
- نظر مرحوم فیض: جواز تعلیق در متعه ۳۷۷
- نظر علامه حلی: اعتبار جزم در عقد و اجماع امامیه بر اعتبار تنجیز جز در قطعی الحصول ۳۷۸
- اشکال: اجتهادی بودن ادعای اجماع علامه و مناشئ آن ۳۷۹
- نظر شهید اول: صحت تعلیق بر امر فعلی معلوم الحصول ۳۸۰
- ادله شیخ انصاری بر بطلان تعلیق در بیع و جریان آن در نکاح ۳۸۲
- دلیل اول: اجماع بر بطلان تعلیق در توکیل (عقد جایز) و اولویت در عقود لازمه ۳۸۲
- دلیل دوم: ادعای اجماع بر اعتبار تنجیز در بیع و نکاح ۳۸۲
- اشکال دلیل اول شیخ انصاری ۳۸۲
- اشکال اول: اجماعی نبودن بطلان تعلیق در باب وکالت ۳۸۲
- اشکال دوم: منع اولویت عقود معاوضی به دلیل وجود اجماع تبعیدی در بطلان وکالت ۳۸۵
- استقبالی ۳۸۵
- نظر شهید ثانی و صاحب حدائق: یکسانی وکالت استقبالی و فعلی طبق قواعد اولیه ۳۸۶

- ۳۸۷ تنظیر مقام به بطلان بیع غرری و صحت صلح غرری
- ۳۸۷ تأیید نظر شهید ثانی با استشهاد به «إنما یحلل الکلام و یحزم الکلام»
- ۳۸۸ اشکال بر شهید ثانی با بیان وجوه فرق بین وکالت استقبالی و فعلی
- ۳۸۸ فرق اول: امانی نبودن ید وکیل استقبالی قبل از فعلیت وکالت
- ۳۸۹ اشکال: ملاک بودن «در اختیار بودن مال» نه «فعلیت وکالت»
- ۳۸۹ فرق دوم: عدم امکان عزل وکیل استقبالی قبل از موعده وکالت
- ۳۸۹ اشکال: کفایت انصراف موکل در بطلان وکالت
- فرق سوم: عدم وجوب تحصیل مقدمات وکالت و حرمت تصرف در فرض وکالت استقبالی
- ۳۹۰ طبق مبنای صاحب فصول
- ۳۹۰ اشکال: عدم تعامیت مبنای صاحب فصول با بررسی دو مطلب از شیخ انصاری
- ۳۹۱ مطلب اول: عدم امکان تقیید معانی حرفی مانند هیئت امر
- ۳۹۱ اشکال: امکان تقیید وجوب مستفاد از غیر هیئت
- ۳۹۱ مطلب دوم: رجوع تعلیق اراده به تعلیق مراد به دلیل محال بودن تحقق اراده معلق
- ۳۹۲ اشکال آخوند: امکان واجب مشروط به دلیل احتمال مصلحت نداشتن طلب فعلی
- ۳۹۲ کلام آقای داماد: ظهور عرفی «خطاب مقدم بر ظرف عمل» در «فعلیت اراده»
- ۳۹۳ اشکال: منحصر نبودن فایده تقدیم خطاب در اشتغال به مقدمات امتثال
- ۳۹۴ تقویت اشکال با تنظیر به خطاب نابالغ نسبت به تکلیف بعد بلوغ
- ۳۹۴ اشکال بر نظر مرحوم آخوند: خلاف فرض بودن مشروط شدن وجوب های تعلیقی به قدرت شرعی
- ۳۹۵ نتیجه: تعبدی بودن بطلان وکالت استقبالی با فرض اجماعی بودن بطلان
- ۳۹۶ یکسانی مفهومی شرط ضمن عقد و تعلیق در عقد نزد شهید ثانی در مسالک
- نقد کلام شهید ثانی: مغایرت شرط ضمن عقد (تعدد مطلوب) و تعلیق (وحدت مطلوب)
- ۳۹۶ اشکال دلیل دوم شیخ انصاری: اجماعی نبودن بطلان تعلیق در همه صور
- ۳۹۷ نظر مختار: انحصار بطلان تعلیق در دو صورت
- ۳۹۷ صورت اول: معلق علیه استقبالی
- ۳۹۷ صورت دوم: معلق علیه حالی مشکوک جز در شروط مصحح عقد
- ۳۹۹ حکم عقد مخالف احتیاط لازم

- ۳۹۹ صورت‌گانه مسئله
- ۴۰۰ بررسی صور مسئله
- ۴۰۲ توجیه تفصیل مرحوم سید
- ۴۰۴ تبیین «وإن كان يمكن التمسك باصالة عدم التأثير...» با وجود احتیاط وجوبی
- ۴۰۵ توضیح ذیل مسئله

کتابنامه این مجموعه را علاوه بر مجلد دوازدهم، در صفحه اینترنتی زیر نیز می‌توانید مشاهده کنید:

