

درُوس فقہ

کتاب



جلد دوازدہم

آیۃ اللہ العظمیٰ سید موسیٰ شبیری زنجانی رحمۃ اللہ علیہ



مکتبۃ اسلامیہ 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؛ ۱۲
 شابک: دوره: 6-01-978-622-5541-009: ج. ۱۲: 978-622-5541-009
 وضعیت فهرست نویسی: فیبا
 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: BP۱۸۹/۸
 رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۶
 شماره کتابشناسی ملی: ۹۳۶۱۱۱۳





آیۃ اللہ العظمیٰ سید موسیٰ شبیری زینکانی رحمۃ اللہ علیہ



کتاب نکاح

(جلد دوازدهم)

آیت الله العظمی سید موسی شبیری زنجانی رحمته الله



ناشر: انتشارات مرکز فقهی امام محمد باقر رحمته الله

نوبت چاپ: اول / ۱۴۰۲

شمارگان: ۵۰۰ نسخه

همه حقوق این اثر، برای مرکز فقهی امام محمد باقر رحمته الله محفوظ است.

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

تلفن: ۳۷۷۴۳۷۱۹-۳۷۷۴۳۸۶۹ (۰۲۵)

کد پستی: ۳۱۷۱۵۷۹۳۱۸

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

تماس با انتشارات: ۰۹۲۰۶۱۷۸۲۰۹

پیام رسان ای‌تا: @zanjanibooks

نماینده فروش (فروشگاه کتاب ما): ۳۷۸۴۲۴۴۲ (۰۲۵)



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

فهرست اجمالی

بخش پانزدهم: حکم تزویج نابالغ و مجنون توسط پدر یا جد

۱۳	حکم تزویج نابالغ توسط پدر یا جد
۱۳	معنای «خیار» و «عقد خیاری» نزد قداماء و متأخرین
۱۵	حکم تزویج صغیره توسط پدر یا جد
۵۰	حکم تزویج صغیر توسط پدر یا جد
۷۷	حکم تزویج مجنون توسط پدر یا جد
۷۷	محل نزاع
۷۷	ادلّه لزوم تزویج

بخش شانزدهم: بررسی کفایت عدم مفسده در صحت تزویج پدر و جد

۸۳	بررسی کفایت عدم مفسده در صحت تزویج پدر و جد
۸۳	بررسی ادله اشتراط عدم مفسده
۹۳	بررسی تصحیح تزویج دارای مفسده با اجازه
۱۰۵	بررسی ادله اشتراط وجود مصلحت
۱۰۸	بررسی جواز تزویج به غیر اصلح در فرض وجود اصلح

بخش هفدهم: تزویج دختر به کمتر از مهرالمثل یا تزویج پسر به بیشتر از آن

۱۱۷	تزویج دختر به کمتر از مهرالمثل یا تزویج پسر به بیشتر از آن
۱۱۷	بررسی مسئله در فرض مصلحت در تزویج
۱۱۸	بررسی مسئله در فرض عدم مصلحت در تزویج

بخش هجدهم: حکم ازدواج سفیه

- ۱۲۹ حکم ازدواج سفیه در امور مالی نسبت به تعیین زن و مهریه
توضیح مسئله
۱۲۹
۱۳۱ حکم ازدواج سفیه در خصوص امر ازدواج
تبیین عبارت عروه
۱۳۱
۱۳۲ دلیل اعتبار اذن ولی در نکاح «سفیه در ازدواج»

بخش نوزدهم: بررسی تقدیم عقد جدّ بر عقد پدر در فروض مختلف

- ۱۳۵ بررسی تقدیم عقد جدّ بر عقد پدر در فروض مختلف
فرض اول: تقارن دو عقد
۱۳۶
فرض دوم: مجهول التاريخ بودن هر دو عقد
۱۳۷
فرض سوم: معلوم التاريخ بودن عقد جدّ و مجهول التاريخ بودن عقد پدر
۱۵۱
فرض چهارم: معلوم التاريخ بودن عقد پدر و مجهول التاريخ بودن عقد جدّ
۱۵۶

بخش بیستم: بررسی حکم عقد در فرض تشاخ اولیاء

- ۱۶۳ بررسی حکم عقد در فرض تشاخ اولیاء
مطلب اول: تشاخ بین پدر و جدّ
۱۶۳
مطلب دوم: تشاخ بین جدّ ادنی و اعلی
۱۸۲

بخش بیست و یکم: تزویج مولی علیه به معیوب

- تزویج مولی علیه به معیوب
۱۸۷
الف. تفصیل بین موارد وجود مصلحت و موارد وجود مفسده
۱۸۸
ب. ثبوت خیار برای مولی علیه بعد از بلوغ و زوال جنون
۱۹۳
ج. بررسی خیار ولی و اسقاط آن توسط وی، قبل از بلوغ مولی علیه
۱۹۵

- ۱۹۷ د. بررسی ثبوت خیار در فرض جهل به عیوب
 ۲۰۰ ولایت مولا بر تزویج مملوک مملوک

بخش بیست و دوم: بررسی ولایت وصی بر تزویج

- ۲۰۳ تزویج مولی علیه توسط وصی
 ۲۰۳ تبیین متن عروه
 ۲۰۸ تنقیح محل بحث
 ۲۰۹ اقوال در مسئله
 ۲۱۳ بررسی ادله
 ۲۵۱ اشتراط فقدان پدر و جد در صحت تزویج وصی

بخش بیست و سوم: بررسی ولایت حاکم بر تزویج

- ۲۵۵ ولایت حاکم نسبت به تزویج شخص فاقد ولی
 ۲۵۵ تبیین دو نکته در کلام سید
 ۲۵۶ بررسی ادله مسئله
 ۲۷۲ نظر مختار: ثابت نبودن ولایت حاکم در غیر از موارد ضرورت
 ۲۷۳ بررسی فرق بین مجنونه و صغیره در مقام

بخش بیست و چهارم: احکام استحبابی در ازدواج دختر مستقل

- ۲۸۱ استحباب استیذان «دختر مستقل در امر ازدواج» از پدر و جد
 ۲۸۱ دلیل استحباب استیذان از پدر و جد
 ۲۸۳ استحباب توکیل برادر توسط دختر مستقل در فرض فقدان پدر و جد
 ۲۸۳ دلیل استحباب توکیل یا اجازه گرفتن از برادر
 ۲۸۴ دلیل استحباب اجازه گرفتن از بزرگترین برادر

بخش بیست و پنجم: دلالت سکوت باکره بر رضای او

۲۸۹	دلالت سکوت باکره بر رضای او
۲۹۲	فروض سکوت باکره
۲۹۲	بررسی اقوال در مسئله
۳۰۱	نظر مختار: اختصاص حجیت سکوت به فرض وجود قرینه اطمینانی بر رضا

بخش بیست و هشتم: بررسی شرایط اولیاء

۳۰۵	بررسی شرایط اولیاء
۳۰۷	بررسی شرط رشد
۳۰۹	بررسی شرط عدم مستی و اغماء
۳۱۱	بررسی ادله عدم ولایت کافر بر مسلمان
۳۳۴	بررسی ولایت کافر اصلی و مرتد بر کافر
۳۳۷	بررسی ولایت کافر بر کافر با وجود ولی مسلمان

بخش بیست و هفتم: توکیل در تزویج و احکام آن

۳۴۱	توکیل در تزویج و احکام آن
۳۴۳	ادله بطلان ازدواج

بخش بیست و هشتم: عقد نکاح فضولی

۳۵۳	عقد نکاح فضولی
۳۵۳	مقدمه
۳۵۴	مناقشاتی در عبارت عروه
۳۵۶	ادله بطلان نکاح فضولی
۳۸۰	ادله صحت نکاح فضولی

۴۰۸	استثنا از صحت نکاح فضولی
۴۰۹	جمع بین روایات نکاح فضولی: تخصیص روایات صحت
۴۱۱	نظر مختار در مورد عقد فضولی
۴۱۱	عدم اعتبار فوریت در اجازه
۴۱۳	اجازه عقد پس از رد آن
۴۱۵	حکم رد پس از اجازه
۴۱۵	معتبر نبودن لفظ یا فعل خاصی در اجازه
۴۱۶	اشتراط علم مُجیز به سلطنت خود بر اجازه و رد در صحت عقد
۴۲۰	بررسی کاشفیت اجازه مُجیز
۴۳۷	لزوم رضایت باطنی ابراز شده برای خروج عقد از فضولی بودن
۴۳۸	غیر مخل بودن کراهت قبل از اجازه
۴۴۰	عدم اشتراط قصد فضولیت در تصحیح عقد فضولی
۴۴۳	تزویج توسط فضولی با ذکر عنوان توکیل
۴۴۴	اجازه عقد فضولی با الغاء یا تغییر شرایط
۴۵۳	عقد توسط وکیل و ولی به عنوان فضولی در صورت نسیان و جهل
۴۵۶	انشاء عقد توسط اصیل به عنوان عقد فضولی
۴۵۸	احکام مترتب بر تزویج صغیرین
۴۶۱	ترتیب آثار زوجیت در فرض اجازه بدون حلف
۴۶۴	ترتیب آثار زوجیت، غیر از ارث به مجزء اجازه
۴۶۵	بررسی لزوم حلف برای ارث بردن در غیر از فرض تزویج صغیرین
۴۶۸	حکم عقود منافی با نکاح فضولی قبل از اجازه
۴۸۰	عدم ترتب احکام مصاهره در صورت رد عقد توسط «من له الإجازة»
۴۸۱	بطالان عقد فضولی در فرض انشای تزویج منافی توسط «من له الإجازة»
۴۸۵	کتابنامه جلد های ۱ تا ۱۲ کتاب نکاح
۵۳۷	فهرست تفصیلی

بخش پانزدهم

حکم تزویج نابالغ و مجنون توسط پدر یا جدّ

حکم تزویج نابالغ توسط پدر یا جد

مسألة ۴: «لا خيار للصغيرة اذا زوجها الأب أو الجد بعد بلوغها ورشدها بل هو لازم عليها وكذا الصغير على الأقوى والقول بخياره في الفسخ والامضاء ضعيف وكذا لا خيار للمجنون بعد إفاقته»^۱

در این مسئله، حکم تزویج صغیره و صغیر و همچنین مجنون، توسط پدر یا جد بررسی می شود.

مباحث این مسئله در ضمن چند بخش ارائه می شود:

۱. معنای «خيار» و «عقد خیاری» نزد متقدمین و متأخرین
۲. حکم تزویج صغیره توسط پدر یا جد
۳. حکم تزویج صغیر توسط پدر یا جد
۴. حکم تزویج مجنون توسط پدر یا جد

معنای «خيار» و «عقد خیاری» نزد قدماء و متأخرین

ابتدا لازم است توجه شود که اختلاف متقدمین و متأخرین در معنای اصطلاح «خيار» و «عقد خیاری» مورد غفلت واقع شده است.

«خيار» در زمان ما و قرون متمادی قبل از زمان حاضر، در جایی به کار می رود که شخص حق دارد عقد صحیح بالفعل را فسخ کند. مصداق «عقد خیاری» طبق این معنا، تنها عقد نافذی است که کسی حق فسخ آن را دارد.

اما معنای «خيار» نزد متقدمین اوسع از معنای فوق است؛ زیرا این اصطلاح در نزد آنها هم در موارد ثبوت حق فسخ و هم در موارد ثبوت حق رد و اجازه به کار می رود،^۲

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۵.

۲. برای نمونه، در موارد ذیل، خيار در حق رد و اجازه به کار رفته است:
المبسوط، ج ۴، ص ۱۲۶؛ النهاية (شیخ طوسی)، ص ۶۴۱؛ المذهب (ابن بزاج)، ج ۲، ص ۱۴۰؛ إصباح

همچنان که در روایات نیز برای بیان حق ردّ و امضای عقد فضولی استعمال شده است.^۱ بقای صحت عقد صحیح بالفعل، طبیعی است؛ یعنی اصل صحتش متوقف بر اعمال نظر صاحب اختیار نیست ولی او می تواند با فسخ آن را از بین ببرد و مانع از بقای آن شود؛ در مقابل، بطلان عقد فضولی امری طبیعی است؛ زیرا تنها صحت شأنی دارد و لذا اصل بطلان آن متوقف بر اعمال نظر صاحب اختیار نیست؛ ولی او مخیر است آن را با اجازه، صحیح بالفعل کند و یا بارّد، مانع صحت فعلی آن شود. با توجه به این معنا، «عقد خیاری» نزد قدما نیز دو مصداق دارد: عقد صحیح نافذی که شخص می تواند آن را فسخ کند؛ عقد فضولی که تنها صحت شأنی دارد و صحت فعلی آن منوط به اجازه اصیل است.

شیخ طوسی معنای وسیع تری برای اختیار قائل شده که بر اساس آن شاید گاهی مراد از اختیار این باشد که شخص اختیار دارد عقد صحیح بالفعل را ولو به وسیله اسبابی غیر از فسخ مانند طلاق به هم بزند؛ مثلاً شخص اختیار دارد که از زوجه اش به وسیله طلاق جدا شود تا بقاء زن او نباشد. ایشان اختیار در برخی از روایات را بر این معنا حمل نموده است؛ البته گمان می کنم ایشان نخواستند اختیار به این معنای وسیع را معنایی مطابق ظاهر بدانند؛ بلکه در تعارض روایات این معنا را قائل شده و در غیر تعارض، همان معنای رایج بین قدما را قائل است.^۲

الشیعة، ص ۳۷۱ و ص ۴۰۶؛ رک: شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۳۲ و ۲۳۵.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۱، ح ۴: عده من أصحابنا عن سهل بن زیاد و محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد و علي بن إبراهيم عن أبيه جميعاً عن ابن محبوب عن ابن رناب عن أبي عبيدة الحذاء قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوجهما وليتا لهما و هما غير مدرکین فقال: التکاح جائز و أنهما أدركا و إن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر إلا أن يكونا قد أدركا و رضا قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضي قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية و رضي بالتکاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أثره قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر قلت: فإن ماتت الجارية و لم تكن أدركت أيرثها الزوج المدرك قال: لا لأن لها الخيار إذا أدركت قلت: فإن كان أبوها الذي زوجها قبل أن تدرك قال: يجوز عليها تزويج الأب و يجوز على الغلام و المهر على الأب للجارية»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۹، ح ۱.

۲. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۳۸۲.

حکم تزویج صغیره توسط پدر یا جد

حال، حکم تزویج صغیره توسط پدر یا جد بررسی می شود. مرحوم سید فرموده است:

«لا خيار للصغيرة إذا زوجها الأب أو الجد بعد بلوغها ورشدها بل هو لازم عليها وكذا الصغير على الأقوى والقول بخياره في الفسخ والامضاء ضعيف وكذا لا خيار للمجنون بعد إفاقته.»^۱

تبیین محل نزاع و اقوال فقهاء در مسئله

محل بحث این است که آیا تزویج صغیره توسط پدر یا جد، عقدی لزومی است و او نمی تواند آن را بعد از بلوغ فسخ کند، یا اینکه عقد تنها صحت فعلی دارد و صغیره می تواند آن را بعد از بلوغ فسخ کند؟

ممکن است به حسب روایات، سوال به شکل دیگری نیز مطرح شود: آیا این تزویج، فضولی و متوقف بر اجازه صغیره بعد از بلوغ است، و یا مانند عقد اصیل متوقف بر چیز دیگری نیست؟

ادعای اجماع یا نفی خلاف بر لزوم تزویج صغیره توسط پدر یا جد در کلمات بسیاری از فقهاء وجود دارد^۲ و کسی نیز یافت نشد که تصریح به عدم لزوم این عقد و ثبوت خیار برای صغیره بعد از بلوغ نموده باشد؛^۳ البته صاحب مدارک^۴ مسئله

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۵، م ۴.

۲. برای نمونه:

غنیة النزوع، ج ۳۴۲: مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۱۹: الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۰۴: ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۷۸؛ ملاذ الأخیار ج ۱۲، ص ۲۸۵: أنوار الفقاهة، كتاب النكاح، ص ۱۷: كتاب النكاح (شیخ انصاری)، ص ۱۰۸.

ر.ک: تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۴.

۳. در بحث آئی (تزویج صغیر) استاد^{علیه السلام} فرموده است که: مشهور قوی فقها از زمان محقق حلی درباره صغیر قائل به لزوم تزویج ولی و عدم خیار صغیر بعد از بلوغ هستند. مستندات این مطلب در آنجا در باورقی آمده است و از ملاحظه مجموع آن عبارات روشن خواهد شد که گویا نزاع در الحاق صغیر به صغیره است و گویا عدم خیار صغیره بعد از بلوغ، امری اجماعی بوده است و آنچه محل کلام بوده، الحاق صغیر به صغیره است.

۴. نهاية المرام، ج ۱، ص ۶۶-۶۷.

را به صورت تردید مطرح نموده و صاحب حدائق 'فی الجملة تأملاتی کرده، هرچند متمایل به لزوم عقد و خیاری نبودن آن پس از بلوغ شده است. مرحوم آقای خوئی نیز در بعضی از فروض مسئله تردید داشته و احتیاط نموده است. ایشان در فرض عدم بلوغ طرفین در هنگام عقد، فرموده است: بنا بر احتیاط، در صورتی که دختر بعد از بلوغ راضی به عقد نشود، طلاق داده شود.^۱

ادله لزوم تزویج

آن چه مهم است، بررسی ادله اثبات لزوم در چنین تزویجی است که در ذیل بیان می شود.

دلیل اول: روایات نفی اختیار دختر با وجود پدر

دلیل اول، روایاتی است که در بحث استقلال پدر و نفی اعتبار اذن دختر بالغه، نقل شد، و مفادش این بود که دختر با وجود پدر امری ندارد. این روایات با اطلاق یا با اولویت، دلالت بر صحت و لزوم تزویج صغیره توسط پدر دارند. اگر موضوع آنها کلی «مرأة» باشد، با اطلاق، و اگر موضوعشان دختر بالغ باشد، با اولویت دلالت می کنند که صغیره با وجود پدر امری ندارد.^۲ یکی از این روایات، صحیحۀ عبدالله بن الصلت^۳ است که ذیلش چنین دلالتی دارد، گرچه با لحاظ اینکه صدر آن صریحاً در خصوص صغیره دلالت بر لزوم عقد پدر دارد، در ضمن ادله خاصه نقل خواهد شد.

۱. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۱۰.

۲. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۲۶؛ موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۲۶.

۳. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۳، «باب استیمار البکر و من یجب علیه استیمارها و من لا یجب علیه»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۶۷، «باب أنه لا ولاية لأحد من أخ و لا أب و لا غیرهما علی النّیب البالغ الزّشیده بل أمرها بیدها»؛ و ص ۲۷۲، «باب أن البکر البالغ الزّشیده التي ليس لها أب أمرها بیدها و لا ولاية لأحد علیها فی التزویج»؛ و ص ۲۷۵، «باب ثبوت الولاية للأب و الجدّ للأب خاصّة مع وجود الأب لا غیرهما علی البنت غیر البالغة الزّشیده و کذا الضّبی».

همچنین رک: مبحث استقلال پدر و نفی اعتبار اذن دختر.

۴. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۱، ح ۱۶؛ و عنه عن عبد الله بن الصّلت قال: «سألت أبا الحسن (ع) عن الجارية الصّغيرة یزوّجها أبوها أها إذا بلغت قال: لا و سألت عن البکر إذا بلغت مبلغ النّساء أها مع أبیها أمر فقال: ليس لها مع أبیها أمر ما لم تنّیب»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۶، ح ۳.

دلیل دوم: روایات صحت تزویج پدر

دلیل دوم، روایات فراوانی است که دلالت بر صحت تزویج صغیر یا صغیره از جانب پدر دارند^۱ به گونه‌ای که انسان از کثرتشان اطمینان به صدورشان پیدا می‌کند. برای استفاده لزوم از این روایات، دو وجه مطرح است:

وجه اول: اطلاق لفظی

وجه اول، تمسک به اطلاق لفظی این روایات است. مرحوم آقای خوئی در بحث تزویج پسر نابالغ برای اثبات لزوم تزویج او توسط پدر، روایاتی از جمله روایت حلبی^۲ را نقل نموده است که دلالت بر صحت تزویج صغیر توسط پدر دارد و سپس فرموده است: صحتی که موضوع برای خیار فسخ است، صحت مهمله و صحت فی الجملة است؛ ولی مقتضای اطلاق صحت در این روایات، این است که این عقد پابرجا و نافذ است، حتی اگر طفل بعد از بلوغ اقدام به فسخ آن نماید.^۳ با توجه به این بیان، شاید درباره تزویج صغیره نیز گفته شود: به مقتضای اطلاق صحت در روایات صحت تزویج صغیره، عقد حتی بعد از بلوغ نیز قابل فسخ نیست.

اشکال: عدم اطلاق لفظی در روایات

اما اثبات لزوم تزویج از این راه تمام نیست و واقعاً جای تعجب دارد که چگونه مرحوم آقای خوئی در بحث تزویج صغیر، از روایات صحت، اطلاقی را استظهار

۱. برای نمونه: وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۵، «باب ثبوت الولاية للأب و الجَد للأب خاصة مع وجود الأب لا غیرهما علی البنت غیر البالغة الرشيدة و کذا الضبی».

۲. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۱۰، ح ۵۶۶۵: وروی الحسن بن محبوب عن علي بن الحسن بن رباط عن ابن مسكان عن الحلبي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوج أبوه في صغره أ يجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين قال فقال: أما التزويج فصحيح و أما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم أنه كان قد طلق فإن أقر بذلك و أمضاه فهي واحدة بانه و هو خاطب من الخطاب و إن أنكر ذلك و أبي أن يمضيه فهي امرأته قلت: فإن ماتت أو مات فقال: يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقي ثم يحلف بالله ما دعاه إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالتكاح و يدفع إليه الميراث.» وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۲۰-۲۲۱، ح ۴.

۳. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۲۷.

نموده که به موجب آن عباراتی مانند «أما التزويج فصحيح» در روایت حلبی، علاوه بر اصل صحت عقد، بقاء و نفوذ آن بعد از بلوغ صغیر و اقدام او به فسخ را ثابت می‌کند؟

آیا ادله احکام ناظر به رافع خود نیز بوده، آن را نفی می‌کنند؟ مثلاً در باب طهارت، دلیلی که می‌گوید: جسم با ملاقات با بول نجس می‌شود، ناظر به این مطلب نیز هست که هیچ چیز نجاست آن را برنمی‌دارد؟

آیا ادله نفوذ بیع و حصول نقل و انتقال به وسیله آن، این نکته را نیز بیان می‌کنند که هیچ عاملی باعث خروج مال از ملک مشتری نمی‌شود؟

آیا در باب نکاح، ادله نفوذ عقد نکاح، متعرض این نکته نیز هستند که رافعی برای این عقد نیست؟

بدون شک این ادله تنها اصل تنجس، اصل حصول نقل و انتقال و اصل حصول علقه زوجیت را اثبات می‌کنند و ناظر به رافع این آثار نیستند. در مسئله مورد بحث نیز، ادله صحت تزویج ولی، تنها دلالت بر ثبوت اصل صحت و حصول علقه نکاح دارد و ناظر به نفوذ یا عدم نفوذ فسخ مولی علیه بعد از بلوغ نیست و نمی‌توان از حکم به صحت عقد در این روایات، لزوم آن را نتیجه گرفت.

وجه دوم: اطلاق مقامی

وجه دیگر، استناد به اطلاق مقامی این روایات است. اگر حکم به نجس شدن چیزی کرده باشند اما هیچ مطهری برای آن حتی در دلیل منفصلی ذکر نکرده باشند، در این صورت می‌توان نتیجه گرفت که مطهری برای آن وجود ندارد. در معاملات نیز اگر حکم به صحت معامله ای شود ولی هیچ مزیلی برای آن بیان

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۱۰، ۵۶۶۵: وروی الحسن بن محبوب عن علي بن الحسن بن رباط عن ابن مسكان عن الحلبي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين قال فقال: أما التزويج فصحيح و أما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم أنه كان قد طلق فإن أقر بذلك و أمضاه فهي واحدة بانه و هو خاطب من الخطاب و إن أنكر ذلك و أبى أن يعضيه فهي امرأته قلت: فإن ماتت أو مات فقال: يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقي ثم يحلف بالله ما مداعاه إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالنكاح و يدفع إليه الميراث.» وسائل الشيعه، ج ۲۶، ص ۲۲۰-۲۲۱، ح ۴.

نشود، می‌توان بقاء این معامله را نتیجه گرفت؛ زیرا بناء عقلاء بر این است که اگر معامله مزیلی داشته باشد، آن را بیان می‌کنند و اگر بیان نکردند، حکم به بقاء معامله می‌شود.

این نکته نیز باید مورد توجه قرار گیرد که در این وجه، استفاده لزوم از روایات صحت، به دلیل اطلاق لفظی نیست که به موجب آن اگر دلیل دیگری «مزیل» را اثبات کند، نوبت به بررسی تعارض این روایات برسد.

دلیل سوم: روایات خاصه

روایت اول: صحیحہ محمد بن اسماعیل بن بزيع

محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن محمد بن إسماعیل بن بزيع قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن الصبية يزوجه أبوها ثم يموت وهي صغيرة فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها أيجوز عليها التزويج أو الأمر إليها قال: يجوز عليها تزويج أبيها.»^۱

بررسی دلالت

این روایت که به طرق مختلف نقل شده است^۲ دلالت بر لزوم تزویج صغیره توسط پدر دارد.

۱. در برخی نسخ کافی (ر.ک: الکافی (دار الحديث)، ج ۱۰، ص ۷۵۸) و همچنین وسائل «يجوز» بدون همزه استفهام آمده است.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۴، ح ۹؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۵، ح ۱.

۳. البته مراد این نیست که در تمام طبقات اسناد این روایت افراد متعددی وجود دارد؛ زیرا راوی مباشر تنها محمد بن اسماعیل بن بزيع است و راوی از وی نیز تنها دو نفر هستند: احمد بن محمد بن عیسی و فضل بن شاذان.

عیون أخبار الرضا عليه السلام، ج ۲، ص ۱۸، ح ۴۴: حَدَّثَنَا الْحَاكِمُ أَبُو مُحَمَّدٍ جَعْفَرُ بْنُ نَعِيمٍ بْنُ شَاذَانَ قَالَ حَدَّثَنِي عَمِّي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ مُحَمَّدُ بْنُ شَاذَانَ قَالَ حَدَّثَنَا الْفَضْلُ بْنُ شَاذَانَ قَالَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَزِيعٍ عَنِ الرِّضَا عليه السلام قَالَ: «سَأَلْتُهُ عَنِ الْقَنُوتِ فِي الْفَجْرِ وَالْوُتْرِ فَقَالَ: قَبْلَ الرُّكُوعِ قَالَ: وَ سَأَلْتُهُ عَنْ شَرْبِ الْفَقَّاعِ فَكَرِهَهُ كَرَاهَةً شَدِيدَةً وَ سَأَلْتُهُ عَنِ الصَّلَاةِ فِي الثُّوبِ الْمَعْلَمِ فَكَرِهَهُ مَا فِيهِ الثَّمَانِيلُ وَ سَأَلْتُهُ عَنِ الصَّبِيَّةِ يَزْوِجُهَا أَبُوهَا ثُمَّ يَمُوتُ وَ هِيَ صَغِيرَةٌ ثُمَّ تَكْبُرُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا زَوْجُهَا أَيْجُوزُ عَلَيْهَا التَّزْوِيجُ أَوْ الْأَمْرُ إِلَيْهَا فَقَالَ: يَجُوزُ عَلَيْهَا تَزْوِيجُ أَبِيهَا.»

روایت دوم: صحیحہ علی بن یقطين

عنه عن الحسن بن علی بن یقطين عن أخيه الحسين عن علی بن یقطين قال:
«سألت أبا الحسن عليه السلام أتزوج الجارية و هي بنت ثلاث سنين أو
يزوج الغلام» و هو ابن ثلاث سنين و ما أدنى حد ذلك الذي يزوجان
فيه فإذا بلغت الجارية فلم ترض فما حالها قال: لا بأس بذلك إذا
رضى أبوها أو وليها.»^۲

بررسی دلالت

دو سؤال در این روایت پرسیده شده است:

سؤال اول: کمترین سن تزویج کودک چه سنی است؟

چون هدف متعارف از ازدواج، استمتاع است، گویا این امر سبب شده که این شبهه
برای سائل به وجود بیاید که شاید یکی از شرایط صحت نکاح، صلاحیت طرفین
برای استمتاع است و لذا سوال کرده آیا می توان برای پسر یا دختر سه ساله که
صلاحیت استمتاع ندارند، همسر انتخاب کرد؟ کمترین سن ازدواج چه سنی است؟

سؤال دوم: اگر دختر بچه ای را به عقد کسی در آورند و پس از بلوغ، راضی به عقد
نشود، تکلیف چیست؟

امام عليه السلام در پاسخ سؤال دوم فرموده اند: «اگر عقد با رضای پدر یا جد صورت گرفته
است، باأس و اشکالی در آن نیست»؛ یعنی «رضای ولی کافی است».

از این پاسخ، جواب سؤال اول روشن می شود؛ لذا صلاحیت استمتاع و رسیدن به
سنی خاص، از شرایط صحت نکاح نیست و رضای ولی کفایت می کند؛ بنابراین

کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۳۹۵، ح ۴۳۹۱: و سأل محمد بن إسماعیل بن بزيع الرضا عليه السلام
(کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۴۵۱: «و ما کان فيه عن محمد بن إسماعیل بن بزيع فقد رویته
عن محمد بن الحسن عليه السلام عن محمد بن الحسن الصفار، عن أحمد بن محمد بن عیسی، عن محمد
بن إسماعیل بن بزيع»).

تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۱، ح ۱۷: أحمد بن محمد بن عیسی عن محمد بن إسماعیل بن بزيع قال:
۱. استاد عليه السلام: در اینجا اختلاف نسخه وجود دارد و «أزوج الغلام» نیز وارد شده که البته تأثیری در بحث
ندارد؛ رک: الاستبصار، ج ۳، ص ۲۳۶، ح ۳.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۱-۳۸۲، ح ۱۸؛ وسائل الشیعة، ج ۴۰، ص ۲۷۷، ح ۷.

مستفاد از این روایت، صحت تزویج صغیره توسط ولی است؛ بلکه به نظر می‌رسد دلالت آن بر لزوم نیز تمام است؛ زیرا معنای «الابأس بذلک إذا رضی أبوها أو ولیها» نبودن مشکلی در این ازدواج است. مشکلی که در این گونه موارد به نظر می‌آید، این است که هدف عمده از ازدواج، استمتاع است و معمولاً دختر را که در صغر عقد می‌کنند، با این هدف است که از همان کودکی برای مرد باشد و او بتواند بعد از بلوغ از او استمتاع ببرد. مرد قبل از بلوغ زن، حق وقاع که عمده استمتاع است ندارد و بعد از بلوغ نیز اگر زن حق به هم زدن عقد را داشته باشد، این نگرانی وجود دارد که زن از این حق استفاده کند و در نتیجه هدف از تزویج که استمتاع است به هیچ وجه حاصل نشود، که در این صورت، اصل اقدام به چنین تزویجی زمین می‌ماند. در چنین فضایی، مستفاد از «مشکل نداشتن ازدواج» در جواب امام علیه السلام این است که جای نگرانی از این جهت وجود ندارد؛ زیرا دختر نمی‌تواند بعد از بلوغ عقد را به هم بزند و مانع تحقق هدف از تزویج شود. با این بیان، می‌توان از روایت، لزوم تزویج صغیره توسط پدر یا جد را استفاده کرد.

مطلب دیگر اینکه شاید ادعا شود این روایت دلالت بر صحت و لزوم تزویج صغیر توسط پدر یا جد نیز دارد؛ زیرا به قرینه اینکه راوی در ابتدا هم از ازدواج صغیره و هم صغیر سوال نموده، معلوم می‌شود که فرض عدم رضای صغیره در سوال دوم را تنها به عنوان مثال ذکر کرده و مراد او از سوال، فرض عدم رضای صغیر نیز بوده است؛ بنابراین جواب امام علیه السلام به صحت و لزوم تزویج صغیر توسط ولی نیز ناظر است. اما استظهار لزوم تزویج صغیر توسط ولی واضح نیست و روایت از این جهت مجمل است.

روایت سوم: صحیحۃ عبدالله بن صلت
وعنه عن عبد الله بن الصلت قال:

«سألت أبا الحسن علیه السلام عن الجارية الصغيرة يزوجه أبوها أ أم إذا بلغت قال: لا و سألت عن البكر إذا بلغت مبلغ التساء أ لها مع أبيها أم فقال ليس لها مع أبيها أمر ما لم تشيب.»^۱

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۱، ح ۱۶؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۶، ذیل ح ۳.

بررسی دلالت

با توجه به صدر روایت، تزویج صغیره صحیح و لازم است. در ذیل روایت، حکم به لزوم تزویج باکره بالغه توسط پدر شده است که از آن نیز با اولویت، لزوم تزویج صغیره استفاده می‌شود.

روایت چهارم: صحیحہ ابو عبیدہ حذّاء

عذّة من أصحابنا عن سهل بن زياد و محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد و علي بن إبراهيم عن أبيه جميعاً عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن أبي عبيدة الحذاء قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوجهما وليان لهما و هما غير مدركين فقال: التّكاح جائز و أيهما أدرك كان له الخيار و إن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر إلّا أن يكونا قد أدركا و رضيا قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضى قلت: فإن كان الرّجل الذي أدرك قبل الجارية و رضى بالتّكاح ثمّ مات قبل أن تدرك الجارية أثره قال: نعم يعزل ميراثها منه حتّى تدرك فتتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلّا رضاها بالتّزويج ثمّ يدفع إليها الميراث و نصف المهر قلت: فإن ماتت الجارية و لم تكن أدركت أيرثها الرّزوج المدرك قال: لا لأنّ لها الخيار إذا أدركت قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك قال: يجوز عليها تزويج الأب و يجوز على الغلام و المهر على الأب للجارية.»^۱

بررسی دلالت

سند این روایت تمام است و اشکالی متوجّه آن نیست؛ اما از جهت دلالت نیازمند

در وسائل و بسیاری از نسخ کافی (الکافی (دار الحديث)، ج ۱۰، ص ۷۵۷)، به جای تعبیر «تثیب»، «تکبر» آمده است؛ اما در تعدادی از نسخ دیگر کافی و همچنین در وافی (ج ۲۱، ص ۴۱۳، ح ۱) و استبصار (ج ۳، ص ۲۳۶، ح ۱) «تثیب» آمده است.

در تهذیب چاپ سنگی (چاپ قاعده طهران، ناسخ احمد تفرشی) نیز عبارت «تثیب» آمده است.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۱، ح ۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۹، ح ۱.

بررسی است.

در صدر روایت درباره تزویج صغیر و صغیره از جانب ولی سوال شده و امام علیه السلام در پاسخ فرموده: «عقد جایز است ولی آنها بعد از بلوغ خیار دارند»^۱. مطابق این حکم، در ادامه، فروعاتی در روایت ذکر شده است که قبل از پرداختن به آنها، باید معنای جواز عقد و خیار صغیر و صغیره بعد از بلوغ در این عبارت مشخص شود.

معنای «جواز» و «خیار» در روایت

دو معنا برای «جواز» و «خیار» متصور است:

معنای اول: «جواز» به معنای صحت فعلیه و «خیار» به معنای خیار فسخ و حق به هم زدن عقد صحیح بالفعل است.

معنای دوم: «جواز» به معنای صحت تأهلیه، به این معنا که عقد صلاحیت دارد با ملحق شدن اجازه، صحت فعلیه پیدا کند (عقد فضولی)، و مراد از «خیار» نیز این است که شخص می تواند عقد فضولی را اجازه بدهد تا عقد صحیح فعلی شود یا اجازه ندهد تا باطل گردد.

«جواز» و «خیار» در کلمات متأخرین در خصوص معنای اول، و در روایات در اعم از معنای اول و دوم استعمال می شود و در این روایت معنای دوم اراده شده است. در ادامه امام علیه السلام با عبارت «وإن ماتا قبل أن یدرکا فلا میراث بینهما ولا مهر» فرموده اند: «اگر قبل از ادراک بمیرند، میراث و مهری وجود ندارد»، در حالی که اگر عقد هر دو صحیح بالفعل می بود، از یکدیگر ارث می بردند.

در ادامه امام علیه السلام فرموده اند: «إلا أن یکونا قد أدركا ورضیا» که معنای آن این است که عقد بعد از ادراک و رضای به آن، صحیح فعلی می شود و از یکدیگر ارث می برند.

فروعات تزویج صغیر و صغیره از جانب ولی

بعد از حکم به فضولی بودن تزویج صغیر و صغیره توسط ولی، فروعاتی بر اساس آن ذکر شده است که برخی از آنها در بالا نقل شد.

فرع اول: اگر صغیر و صغیره قبل از بلوغ و رضای به عقد بمیرند، از یکدیگر ارث

۱. «سألت أبا جعفر علیه السلام عن غلام و جارية زوجهما ولتین لهما و هما غیر مدرکین فقال: التکاح جائز و أنهما أدركا کان له الخیار».

نمی‌برند و مهری نیز ثابت نمی‌شود.^۱

فرع دوم: در صورت رضای صغیر و صغیره به عقد، بعد از بلوغ، مهریه و توارث ثابت می‌شود.^۲

فرع سوم: هر کدام از صغیر و صغیره که زودتر بالغ شود و رضای به عقد داشته باشد، عقد از جانب او لازم خواهد بود.^۳

فرع چهارم: در فرضی که صغیر زودتر از صغیره بالغ و راضی به عقد شده ولی قبل از بالغ شدن صغیره، مرده است، صغیره از او ارث می‌برد؛ زیرا اگرچه عقد در ابتدا از جانب طرفین فضولی بوده است، اما بعد از بلوغ صغیر و رضای به آن، عقد از جانب او صحیح فعلی و لازم شده است و در صورتی که صغیره نیز بعد از بلوغ راضی به آن شود، عقد از جانب او نیز صحت فعلی و لزوم می‌یابد و در نتیجه ارث می‌برد و مهر ثابت می‌شود؛ البته باید قسم بخورد که واقعاً راضی به این عقد است و اگر مرد زنده بود، با او زندگی می‌کرد.^۴

وجه لزوم قسم خوردن زن این است که رضای او در این فرض، امارت عرفیه ندارد که واقعاً راضی به این عقد است و در صورت زنده بودن مرد، با او زندگی می‌کرد؛ بلکه در مظان این است که ابراز رضای او تنها برای ارث بردن باشد، از این رو شرع مقدس چنین قسمی را برای ثبوت ارث و مهر لازم دانسته است.

این نکته نیز شایان توجه است که طلاق زوجۀ غیر مدخوله مسلماً موجب نصف شدن مهر می‌شود؛ اما آیا وفات شوهرش نیز موجب تنصیف آن می‌شود؟ اقوال علماء^۵ و روایات^۶ در این مسئله مختلف است. در این روایت، حکم به

۱. «وإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر».

۲. «وإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا».

۳. «قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضي».

۴. «قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي بالزواج ثم مات قبل أن تدرك الجارية أترته قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر».

۵. ر.ک: مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۵۹.

۶. ر.ک: وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۲۶، «باب حکم ما لو مات الزوج أو الزوجة قبل الذخول هل يثبت

تصنیف شده است.^۱

فرع پنجم: اگر صغیره قبل از بلوغ بمیرد، صغیر ارث نمی‌برد، حتی اگر در زمان وفات او بالغ و راضی به عقد باشد؛ زیرا مشکل فضولی بودن عقد از جانب صغیر با رضای او بعد از بلوغ حل می‌شود؛ اما از جانب صغیره که قبل از بلوغ و صلاحیت اعمال خیار وفات کرده، رفع نشده است.^۲

بررسی دلالت روایت بر لزوم تزویج پدر

در ذیل روایت امام علیه السلام درباره تزویج صغیر و صغیره توسط پدر فرموده‌اند: «يجوز علیها تزویج الأب و يجوز علی الغلام» که به موجب آن، تزویج پدر لازم است و این دو بعد از بلوغ نمی‌توانند آن را فسخ کنند.

طبق این روایت، مهر بر عهده پدر است؛^۳ البته مسئله مهر در این فرض، تفصیلی دارد که در این روایت ذکر نشده است.^۴

در نظر بدوی، احساس می‌شود بین صدر و ذیل روایت از جهت دلالت بر لزوم یا عدم لزوم تزویج ولی تهافت وجود دارد؛ زیرا در صدر، عقد ولی، فضولی و در ذیل، عقد پدر لازم دانسته شده است.

اما تهافتی بین صدر و ذیل روایت وجود ندارد؛ زیرا در صدر، تعبیر «ولی» و در ذیل، خصوص «پدر» ذکر شده است و مقتضای جمع بین صدر و ذیل این است که مراد از «ولی»، ولی عرفی باشد. عمو، دایی و برادر بزرگ، ولی عرفی و معتقد به ثبوت یک نوع ولایتی برای خود هستند؛ چنین افرادی اگر صغیر و صغیره را به عقد

نصف المهر المستی أم کله.

۱. «قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية و رضي بالکاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أتره قال: نعم يعزل میراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزویج ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر».

۲. «قلت: فإن ماتت الجارية و لم تكن أدركت أيرثها الزوج المدرك قال: لا لأن لها الخيار إذا أدركت».

۳. «قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك قال: يجوز علیها تزویج الأب و يجوز علی الغلام و المهر علی الأب للجارية».

۴. ر.ک: وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۸۷، باب ۲۸: «باب أن من زوج ابنه الصغیر و ضمن المهر أو لم یکن للابن مال فالمهر علی الأب و إلا فعلى الابن».

کسی در بیاورند، عقد فضولی و متوقف بر رضای آنها بعد از بلوغ است و در برخی روایات نیز توصیه به رعایت نظر این افراد شده است؛ اما اگر تزویج از سوی پدر صورت بگیرد، لازم است و متوقف بر رضای آنها بعد از بلوغ نیست. صاحب حدائق نیز روایت را به این شکل معنا نموده است.^۱

در تبیین بیشتر مطلب می‌توان گفت: گاهی یک مفهوم مصادیق مختلفی دارد که برخی از آنها ویژگی و برجستگی خاصی دارند. در این گونه موارد اگر قضیه‌ای رخ داده باشد که مربوط به همان مصادیق ممتاز و بارز است، به طور متعارف، در مقام سوال از حکم آنها، مفهوم عام را به کار نمی‌برند بلکه خود همان مصادیق را ذکر می‌کنند. مثلاً مفهوم خویشاوند یک مفهوم عامی است که شامل پدر و مادر نیز می‌شود؛ حال اگر کسی درباره لزوم پیروی از دستور پدر و مادر سوال داشته باشد، نمی‌پرسد: «آیا پیروی از دستور خویشاوند واجب است؟» بلکه سؤال را بر روی پدر و مادر متمرکز می‌کند و می‌پرسد: «آیا باید از دستور پدر و مادر پیروی کرد؟». در این مثال اگر سؤال به شکل اول مطرح شود، خود شیوه طرح سؤال، قرینه عرفی است بر اینکه مراد از خویشاوند، غیر از پدر و مادر است و پاسخ‌دهنده نیز می‌تواند با اتکاء به این قرینه، حکم پدر و مادر را در پاسخ خود اصلاً در نظر نیاورد و تنها در صدد بیان حکم خویشاوندان دورتر از پدر و مادر باشد.^۲

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۹۳، ح ۵۱: علی بن إسماعیل المیثمی عن الحسن بن علی عن بعض أصحابنا عن الرضا علیه السلام قال: «الأخ الأكبر بمنزلة الأب».

العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۹: «مسألة: يستحب للمرأة المالكة أمرها أن تستأذن أباه أو جدّها وإن لم یكونا فتوکل أخاها وإن تعدّد اختارت الأكبر».

۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۱۰.

۳. توضیح بیشتر: روایات صادره از ائمه معصومین گاهی ابتدایی و گاهی در پاسخ سؤال سوال‌کنندگان است. در قسم نخست، اطلاق کلام امام علیه السلام نسبت به صورت‌های مختلف معمولاً واضح است. قسم دوم، گاهی سؤال به شکل پرسش از یک قضیه خاص مطرح است، در اینجا اطلاق کلام از ناحیه ترک استفسال است. در این صورت، اگر قضیه رخ داده شده دارای ویژگی خاصی بوده که با تناسب حکم و موضوع احتمال دخالت آن در حکم به نظر عرف طبیعی است، قهراً این ویژگی در سؤال سائل اخذ می‌شده است و عدم اخذ این ویژگی می‌تواند قرینه بر عدم اشتغال واقع بر آن خصوصیت باشد. در سؤال سوال‌کنندگان گاهی شکل سؤال به شکل عام است ولی منشأ طرح سؤال، قضیه خاصی است که رخ داده است. ظاهراً این صورت نیز شبیه صورت قبلی است که قیدی که احتمال دخالت آن

با توجه به این مقدمه، مراد از «ولی» در این روایت، سایر اولیاء غیر از پدر و جد است. ظاهر سؤال در جایی است که تمام حیثیت عقد کننده، ولی بودن باشد، نه ولی ممتازی که در مراتب بالای ولایت قرار دارد، به ویژه اگر مراد از ولی، ولی تکوینی یعنی «من یتولی امره» باشد، (نه کسی که شرعاً ولایت امور صغیر با وی است و کارها باید با اجازه او انجام گیرد).

برای روشن شدن بیشتر این مطلب، به کلمه «سرپرست» که ترجمه ولی است دقت کنید. از این کلمه، پدر و جد به ذهن نمی آید؛ بلکه عمو و برادر بزرگ به ذهن می آید. «ولی» در کلمات فقها نیز گاهی به معنای کسانی به کار رفته که ولایت شرعی ندارند. شیخ طوسی مسئله ای را در خلاف با این عبارت مطرح نموده است: «إذا زوجت نفسها بأقل من مهر مثلها، فالنكاح صحيح وليس للأولياء الاعتراض عليها»^۱ ایشان در ادامه در استدلال بر این حکم فرموده است: قبلاً بیان شد که غیر از پدر و جد شخص دیگری ولایت ندارد و با فقدان ولایت، حق اعتراضی نیز وجود ندارد.^۲

ایشان با اینکه ابتدا از تعبیر «اولیاء» استفاده نموده، ولی از استدلال ایشان معلوم می شود که «اولیاء» را علی وجه الإطلاق، در غیر آب و جد به کار برده و فرموده است: «وجه عدم ثبوت حق اعتراض برای اولیا این است که ولایت فقط برای پدر و جد است».

پس در این روایت که حضرت فرموده اند: عقد ولی، فضولی است و دختر و پسر خیار دارند، مراد از ولی، غیر از پدر و جد است و دلیل قطعی این مدعا آن است که

در حکم است در سؤال سائل درج می شود و عدم درج آن، می تواند قرینه بر عدم اختصاص سؤال باشد. استاد رحمته الله در بحث های حج در مسائل کفارات احرام اشاره فرموده است که کفاره متن همسر، اگر در پاسخ سؤال سائل بوده و اطلاق آن به نکتة ترک استفصال باشد، در موارد جماع یا تقبیل که ویژگی ممتازی دارد و فرد شاخصی از متن است، نمی توان آن را ثابت دانست؛ اما اگر امام علیه السلام مستقیماً بفرماید: «من مت امرأة كان عليه كذا»، روایت شامل تمام افراد متن حتی جماع و تقبیل می شود.

۱. الخلاف، ج ۴، ص ۲۷۷، م ۳۵؛ و م ۳۴ و ۳۶.

۲. الخلاف، ج ۴، ص ۲۷۷؛ «دلیلنا: ما قلناه في المسألة الأولى سواء.»؛ در مسئله ۳۴ فرموده: «دلیلنا: إجماع الفرق. ولأننا قد بينا أنه لا ولاية لأحد عليها غير الأب والجد، وإذا لم يكن لهم ولاية فلا اعتراض لهم عليها بالمهر».

سائل در صدر، درباره حکم تزویج ولی سوال کرده و امام آن را فضولی دانسته اند، با وجود این، در ذیل درباره خصوص تزویج پدر سوال کرده و امام فرموده: تزویج اولازم است؛ بنابراین ذیل روایت از ادله لزوم تزویج پدر است و شاید به کمک ادله دیگر، بتوان مراد از پدر را اعم از بی واسطه و با واسطه و شامل جد دانست و لزوم تزویج او را نیز استفاده کرد.

روایت پنجم: روایت دعائم الاسلام

عن علی علیه السلام أنه قال:

«تزویج الآباء جائز علی البنین والبنات إذا كانوا صغارا و ليس لهم

خيار إذا كبروا.»^۱

این روایت از نظر سندی قابل استناد نیست؛ اما مؤید صحیحه ابو عبیده است و دلالت بر لزوم تزویج صغیره و صغیر توسط پدر می کند.

دلیل چهارم (استصحاب بقاء عقد) و نقد آن

در هر حال، اگر ادله فوق ناتمام باشد اما اصل صحت این تزویج پذیرفته شود، استصحاب بقاء عقد تا بعد از بلوغ صغیرین اقتضا می کند که عقد لازم باشد.^۲ بسیاری از متأخرین استصحاب در شبهات حکمیه را جاری می دانند.^۳ مرحوم شهید ثانی ابتدا صحت عقد را با قواعد عامه ثابت نموده، و سپس برای اثبات لزوم آن به استصحاب تمسک کرده است.^۴

اثبات لزوم از این راه، تنها برای کسانی مقدور است که جریان استصحاب در شبهات حکمیه را قبول دارند؛ اما بنا بر تحقیق، این مبنا تمام نیست؛ بنابراین

۱. دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۸، ح ۸۱۱؛ مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۳۱۷، ح ۲.

۲. البته ادله اصالة لزوم در مقام، منحصر به استصحاب نیست؛ بلکه اطلاق مقامی «أوفوا بالعقود» که مبتنی بر سیره عقلاء است، برای اثبات لزوم نکاح در مقام کافی است. به عبارت دیگر سیره غیر مردوعه عقلاء در این مقام، کاشف از لزوم است.

۳. برای نمونه:

فوائد الأصول، ج ۳، ص ۵۱؛ كفاية الأصول (جواب آل البيت)، ص ۳۹۲؛ فوائد الأصول، ج ۴، ص ۳۱۹ - ۳۲۰؛ نهاية الأفكار، ج ۴، قسم ۱، ص ۲۲۰.

۴. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۱۸.

نمی‌توان از این راه، لزوم تزویج صغیرین را اثبات کرد. علاوه بر اینکه ادله نفی لزوم تزویج نیز باید بررسی شود؛ زیرا اگر ادله سابق ناتمام باشد، در صورتی نوبت به استصحاب می‌رسد که ناتمامی ادله نفی لزوم تزویج نیز ثابت شود.

ادله نفی لزوم تزویج

حال، ادله نفی لزوم تزویج بررسی می‌شود. مراد از این ادله، روایاتی است که -در فرض تمام بودن- اثبات می‌کند صغیره بعد از بلوغ، نسبت به عقد اختیار دارد، چه مستفاد از این ادله، ثبوت خیار فسخ باشد، چه حق رد و امضاء.

روایت اول: صحیحه محمد بن مسلم

أحمد بن محمد بن عیسی عن الحسن بن محبوب عن العلاء عن محمد بن مسلم قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبي يتزوج الصبية قال: إذا كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم جائز ولكن لهما الخيار إذا أدركا فإن رضيا بعد ذلك فإن المهر على الأب قلت له: فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره قال: لا»^۱

این روایت صحیحه است و دلالت بر ثبوت خیار فسخ برای صغیر و صغیره بعد از بلوغ دارد.

لزوم توجیه یا طرح صحیحه محمد بن مسلم

اما چنان‌که گذشت، پنج روایت که چهار روایت آن صحیحه است، دلالت بر لزوم تزویج پدر یا جد دارد و اکثریت قریب به اتفاق فقهاء طبق آنها فتوا داده‌اند^۲ و بعضی نیز که فتوا نداده‌اند، مخالفت صریح نکرده‌اند و تنها در حکم به لزوم، تردید کرده‌اند؛ لذا نمی‌توان به مفاد این صحیحه اخذ کرد و باید توجیه یا طرح شود. توجیهاتی برای این صحیحه وجود دارد که بررسی می‌شود.

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۲، ح ۱۹؛ وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۲۷۷-۲۷۸، ح ۸.

۲. ر.ک: ابتدای بحث تزویج صغیره.

توجیه اول: خیار به معنای ثبوت حق طلاق و امثال آن برای پسر و حق مطالبه آن برای دختر شیخ طوسی در مقام جمع ادله، دو توجیه برای این روایت ذکر کرده است. ایشان در توجیه اول، با اختیار معنای وسیعی برای لفظ «خیار» فرموده است: «معنای خیار صغیر این است که او اختیار دارد بعد از بلوغ، عقد را به وسیله طلاق و امثال آن به هم بزند»^۱ ایشان درباره ثبوت خیار برای دختر در این روایت نیز فرموده است: «معنای خیار صغیره این است که او نیز اختیار دارد که از پسر خواهش کند با طلاق و امثال آن عقد را به هم بزند.»^۲

توضیح مطلب: گویی این شبهه وجود داشته که برهم زدن تزویج پدر بعد از بلوغ، یک نوع توهین به او است و جایز نیست و بچه باید تا آخر به چنین عقدی پای بند باشد و به هیچ وجه حتی با طلاق آن را به هم نزند؛ از این رو گویا امام علیه السلام در رد این شبهه فرموده اند: «این مطلب درست نیست و موجب لزوم پای بندی پسر به این تزویج تا ابد نمی شود و او بعد از بلوغ اختیار دارد از طریق طلاق یا اعمال حق فسخ - در صورتی که چنین حقی داشته باشد- از دختر جدا شود، و همچنین الزامی وجود ندارد که دختر به صرف اینکه تزویج او از جانب پدر صورت گرفته است، تا ابد پای بند به این ازدواج باشد؛ بلکه برای او نیز چنین اختیاری وجود دارد که با درخواست طلاق یا اعمال حق فسخ از پسر - اگر چنین حقی دارد- این عقد را در معرض زوال قرار دهد.

عبارت شیخ طوسی در تهذیب و استبصار در ذیل روایت محمد بن مسلم چنین است:

«فلیس فی هذا الخبر ما ینافی ما قد مناه لأنّ قوله علیه السلام: لکن لهما الخیار إذا أدركا یجوز أن یکون أراد لهما ذلک بفسخ العقد إمّا بالطلاق من جهة الزوج و اختیاره أو مطالبه المرأة له بالطلاق و ما یجری مجری ذلک ممّا یفسخ العقد.»^۳

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۲.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۲.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۲.

«فلاینافی هذا الخبر الأخبار الأولى لأن قوله عليه السلام لكن لهما الخيار إذا أدركا يجوز أن يكون المراد به أن لهما ذلك بفسخ العقد إما بالطلاق من جهة الزوج و ما يجري مجراه أو مطالبة المرأة له بما يوجب الطلاق و يقتضى فسخه...»^۱

مراد از تعبیر «ما یجری مجرى ذلك» یا «ما یجری مجراه» در کلام شیخ، فسخ به جهت عیوب نیست بلکه مراد از آن مطلق فسخ است و معنای عبارت -همچنان که بیان شد- این است که پسر می تواند با طلاق یا اعمال حق فسخ -اگر چنین حقی دارد- از قید این تزویج رها شود و دختر نیز می تواند از او خواهرش کند که با طلاق یا اعمال فسخ -اگر چنین حقی دارد- از او جدا شود.

اشکال: عرفی نبودن اراده این معنا از خیار

معنای ایشان برای «خیار صغیر» خیلی عجیب نیست؛ اما معنایی که ایشان برای «خیار صغیره» ذکر کرده بسیار عجیب است و واضح است که عرف نمی پذیرد که از خیار چنین معنایی (درخواست فسخ یا طلاق) اراده شود.

توجیه دوم: اراده «جَدّ» از «أب»

توجیه دیگر شیخ طوسی این است که «أب» معنای وسیعی دارد و بر «جَدّ» نیز اطلاق می شود؛ از این رو در مقام جمع بین ادله می توان گفت: مراد از «أب» در این صحیح و روایت یزید الکناسی، جدّ است و فرض نیز جایی است که پدر وفات کرده، که در این فرض، جدّ فاقد ولایت است و اگر اقدام به تزویج نماید، عقد فضولی بوده و خیار به معنای حق ردّ و اجازه ثابت می شود.^۲

این نکته نیز باید مورد توجه قرار گیرد که بنا بر نظر شیخ طوسی^۳ و جماعتی^۴، شرط ولایت جدّ و صحت تزویج او، حیات پدر است و لذا جدّ در فرض وفات پدر

۱. الاستبصار ج ۳، ص ۲۳۷.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۴؛ الاستبصار ج ۳، ص ۲۳۹.

۳. الخلاف، ج ۴، ص ۲۶۵ م ۱۷.

۴. استاد رحمته الله در ذیل مسئله قبلی عروه به تفصیل، فقهایی را که فتوایشان مطابق فتوای شیخ طوسی است برشمرده است؛ رک: مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۱۷، م ۵۷.

ولایت ندارد و تزویج او باطل است، بر خلاف عامه که معتقداند شرط ثبوت ولایت برای جدّ، وفات پدر است.^۱

اشکال توجیه دوم

این توجیه از دو جهت قابل مناقشه است؛ زیرا:

اولاً، این توجیه بسیار غیر عرفی و مشتمل بر پذیرش دو خلاف ظاهر است؛ زیرا طبق این توجیه، لفظ «أب» به کار رفته اما «پدر» که فرد ظاهر آن است اراده نشده و در مقابل، «جدّ» فرد خفی آن، اراده شده و حکم به او اختصاص پیدا کرده است. استعمال لفظ «أب» به این شکل بسیار بعید و خلاف ظاهر است و حتی یک مورد نیز پیدا نشد که این لفظ به این شکل استعمال شده باشد. البته گاهی بر جدّ نیز أب اطلاق می‌شود، مانند اینکه ائمه اطهار علیهم‌السلام خود را پسر رسول خدا و ایشان را پدر خود معرفی کرده‌اند؛^۲ اما اطلاق «أب» بر جدّ غیر از استعمال «أب» در خصوص جدّ است.

ثانیاً، این توجیه مبتنی بر پذیرش مشروط بودن ولایت جدّ به وجود پدر است، در حالی که بنا بر تحقیق، این دیدگاه تمام نیست.

توجیه سوم: تقیید روایات لزوم تزویج به روایت محمد بن مسلم
توجیه سوم توجیهی از مرحوم آقای خویی است. ایشان برای رفع تعارض روایات لزوم با صحیحۀ محمد بن مسلم فرموده است: اطلاق روایات لزوم تزویج صغیر و صغیره توسط پدر، شامل دو فرض می‌شود: فرض نابالغ بودن هر دو طرف، و فرضی که تنها یک طرف نابالغ است؛ اما صحیحۀ محمد بن مسلم اختصاص به فرضی دارد که هر دو نابالغ هستند؛ از این رو این صحیحۀ را مقتید آن اطلاقات قرار داده و حکم به ثبوت خیار برای طرفین بعد از بلوغ در خصوص این فرض می‌کنیم؛ البته به شرط اینکه اجماعی بر خلاف این مطلب نباشد.^۳

۱. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۷؛ الاثم (شافعی)، ج ۵ ص ۲۱؛ المهذب فی فقه الإمام الشافعی، ج ۲، ص ۴۲۷؛ رک: الخلاف، ج ۴، ص ۲۶۵-۲۶۶، م ۱۷.

۲. الکافی، ج ۸، ص ۴۰۲: «وقد قال أبونا رسول الله صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم...

۳. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۲۶؛ و ص ۲۲۸-۲۲۹.

اشکال: عرفی نبودن تقیید در مقام

اما تقیید اطلاقات به وسیله این روایت بسیار مستبعد و غیر عرفی است. تناسبات حکم و موضوع در قوت و ضعف اطلاقات دخالت دارد. با توجه به این تناسبات، اطلاقات مذکور، بسیار قوی است به گونه‌ای که بسیار بعید از متفاهم عرفی است که بتوان آنها را به وسیله این روایت تقیید زد و گفت: تزویج صغیر توسط پدرش در فرض بالغ بودن طرف مقابل لازم است و تزویج صغیره از سوی پدرش نیز در فرض بالغ بودن طرف مقابل لازم است و هیچ کدام خیاری بعد از بلوغ ندارند؛ اما اگر پدر صغیره و پدر صغیر این دو را در یک عقد به ازدواج هم در آورند، با اینکه هر دو ولی بچه‌ها هستند اما این تزویج لروم ندارد و هر دو بعد از بلوغ می‌توانند آن را فسخ کنند، در حالی که عرف فرقی قائل نیست که طرف مقابل نیز نابالغ باشد یا بالغ. البته بعد این توجیه از توجیه شیخ طوسی کمتر است.

توجیه چهارم: ثبوت خیار در فرض تزویج کبیرین

شاید در جمع بین ادله گفته شود: معنای روایت این است که اگر پدرها، دختر و پسر خود را قبل از بلوغ تزویج کنند، عقد صحیح است (و به مقتضای جمع بین ادله لازم نیز هست)؛ اما اگر این تزویج بعد از بلوغ واقع شود، رضایتشان معتبر است. به عبارت دیگر حکم دو موضوع در حدیث بیان شده است:

۱. حکم تزویج پدر قبل از بلوغ که مورد سؤال محمد بن مسلم بوده است.
۲. حکم تزویج پدر بعد از بلوغ که ابتداءً از جانب امام علیه السلام و با عبارت «و لکن لهما الخيار إذا أدركا» بیان شده است؛ لذا این تعبیر روایت مربوط به تزویج کبیرین است.^۱

البته همچنان که طبق روایات، مهر در تزویج صغار بر عهده پدر است،^۲ در این فرض اخیر (تزویج کبیرین) نیز مهر بر عهده او قرار داده شده که وجهش آن است

۱. توضیح بیشتر: بنابراین مرجع ضمیر در «ادركا»، ذات صبی و صبیته است نه به وصف صباوت. به عبارت دیگر، اگر این عقد در حال ادراک این «اشخاص» خوانده شود، حکمی دیگر غیر از صورتی دارد که عقد در حال صغر آنها جاری شده باشد.

۲. ر.ک: الکافی، ج ۵، ص ۴۰، «باب تزویج الصبیان»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۸۷، «باب أن من زوج ابنة الصغیر و ضمن المهر أو لم یکن لاین مال فالمهر علی الأب و لأفعلی الابن».

که فرض روایت در جایی است که پسر داوطلب ازدواج نشده و پدر به شکل مستقل اقدام به تزویج او نموده است و به طور متعارف در چنین مواردی، نوعی تعهد عرفی وجود دارد که پدر، مهر و مخارج متعارف در عقد ازدواج را به عهده می‌گیرد.

بنا بر نظر کسانی که استقلال پدر در تزویج دختر بکر بالغ را نفی نموده و قائل به استقلال دختر یا تشریک شده‌اند^۱، این توجیه بسیار ساده و روشن است؛ زیرا اگر دختر، کبیره باشد، عقد فضولی است و دختر خیار به معنای حق رد و امضاء دارد. اما طبق نظر مختار، پدر ولایت پدر دارد و به تصریح روایت صحیح‌های، دختر حتی اگر کراحت داشته نمی‌تواند تزویج توسط پدر را به هم بزند.^۲ با توجه به این نظر، خیار برای دختر کبیره به چه معناست؟ ممکن است گفته شود: طبق برخی از روایات در مسئله استقلال پدر، نظر دختر باید جلب شود و در تعلیل آن نیز گفته شده: «فَإِنْ لَهَا فِي نَفْسِهَا نَصِيبًا»^۳ و «فَإِنْ لَهَا فِي نَفْسِهَا حَقًّا»^۴ که در جمع بین ادله، این حق و لزوم جلب نظر او حمل بر جنبه اخلاقی شد؛ یعنی پدر از نظر اخلاقی باید در تزویج دختر نظر او را لحاظ کند.^۵

جلب نظر پسر بالغ نیز لازم است، با این تفاوت که ثبوت حق برای او و لزوم جلب نظرش جنبه حقوقی دارد؛ بنابراین دختر و پسر در اصل لزوم جلب نظرشان،

۱. رک: مباحث سابق (بررسی ولایت بر باکره).

۲. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۳-۳۹۴، ح ۴: عَلِيُّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عَثْمَانَ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ «فِي الْجَارِيَةِ يَزْوِجُهَا أَبُوهَا بِغَيْرِ رِضَا مِنْهَا قَالَ: لَيْسَ لَهَا مَعَ أَبِيهَا أَمْرٌ إِذَا أَنْكَحَهَا جَارٌ نِكَاحَهُ وَإِنْ كَانَتْ كَارِهَةً قَالَ: وَسَلَّ عَنْ رَجُلٍ يَرِيدُ أَنْ يَزْوِجَ أخته قَالَ: يَوْمَئِذٍ فَانْ سَكَنَتْ فَهُوَ إِنْ قَرَّاهَا وَإِنْ أَبَتْ لَمْ يَزْوِجْهَا»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۵-۲۸۶، ح ۷.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۰، ح ۱۰: أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنْ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ صفوان قَالَ: «اسْتَشَارَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ مُوسَى بْنَ جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي تَزْوِيجِ ابْنَتِهِ لِابْنِ أَخِيهِ فَقَالَ: أَفْعَلْ وَبِكَوْنِ ذَلِكَ بِرِضَاهَا فَإِنْ لَهَا فِي نَفْسِهَا نَصِيبًا قَالَ: فَاسْتَشَارَ خَالِدُ بْنُ دَاوُدَ مُوسَى بْنَ جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي تَزْوِيجِ ابْنَتِهِ عَلِيٍّ بْنِ جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَقَالَ: أَفْعَلْ وَبِكَوْنِ ذَلِكَ بِرِضَاهَا فَإِنْ لَهَا فِي نَفْسِهَا حَقًّا»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۴، ح ۲.

۴. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۰، ح ۱۰: أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنْ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ صفوان قَالَ: «اسْتَشَارَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ مُوسَى بْنَ جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي تَزْوِيجِ ابْنَتِهِ لِابْنِ أَخِيهِ فَقَالَ: أَفْعَلْ وَبِكَوْنِ ذَلِكَ بِرِضَاهَا فَإِنْ لَهَا فِي نَفْسِهَا نَصِيبًا قَالَ: فَاسْتَشَارَ خَالِدُ بْنُ دَاوُدَ مُوسَى بْنَ جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي تَزْوِيجِ ابْنَتِهِ عَلِيٍّ بْنِ جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَقَالَ: أَفْعَلْ وَبِكَوْنِ ذَلِكَ بِرِضَاهَا فَإِنْ لَهَا فِي نَفْسِهَا حَقًّا»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۴، ح ۲.

۵. رک: مباحث ولایت پدر بر دختر بالغه رشیده.

مشترک هستند؛ اما لزوم نسبت به یکی اخلاقی و نسبت به دیگری حقوقی است. با توجه به جهت اشتراک و تفاوت حق دختر و پسر، می‌توان گفت: خیار در عبارت «لهما الخيار» در معنای جامع یعنی لزوم جلب نظرشان به کار رفته است؛ اما درباره پسر، لزوم وجوبی و درباره دختر، لزوم استحبابی است؛ لذا عبارت «لهما الخيار» را می‌توان به این شکل توجیه کرد و این نوع استعمال مشابهاتی در موارد دیگر نیز دارد.^۱

توجیه بالا نظیر توجیهی است که درباره مثلاً- «اغتسل للجمعة والجنابة» گفته شده است. غسل جمعه و جنابت در این عبارت، به هم عطف و با یک صیغه، مورد امر واقع شده، در حالی که یکی الزامی است و دیگری الزامی نیست. در توجیه این نوع موارد گفته شده: «صیغه امر در جامع، یعنی اصل مطلوبیت به کار رفته است».^۲

اشکال: بطلان توجیه فوق بنا بر دیدگاه ولایت پدر بر نکاح باکره

اما این توجیه با نظریه مختار (ولایت پدر) سازگار نیست؛ زیرا فرض این روایت با فرض آن روایتی که برای دختر حفظ و نصیبی قائل شده متفاوت است. فرض آن روایت در جایی است که تزویجی از جانب پدر صورت نگرفته؛ اما در فرض روایت

۱. می‌توان برای نمونه به کلام مرحوم شیخ انصاری درباره اخبار احتیاط اشاره کرد. ایشان چنین فرموده است:

فرائد الأصول، ج ۲، ص ۶۹-۷۰: «و ملخص الجواب عن تلك الأخبار: أنه لا ينبغي الشك في كون الأمر فيها للإرشاد، من قبيل أوامر الأطباء المقصود منها عدم الوقوع في المضار؛ إذ قد تبين فيها حكمة طلب التوقف، ولا يترتب على مخالفته عقاب غير ما يترتب على ارتكاب الشبهة أحيانا، من الهلاك المحتمل فيها.

فالمطلوب في تلك الأخبار ترك التعرض للهلاك المحتمل في ارتكاب الشبهة، فإن كان ذلك الهلاك المحتمل من قبيل العقاب الاخروي ... ففي هذه المقامات ونحوها يكون التوقف لازما عقلا و شرعا من باب الإرشاد، كأوامر الطبيب بترك المضار.

وإن كان الهلاك المحتمل مفسدة أخرى غير العقاب ... فيكون المقصود منه التخويف عن لحوق غير العقاب من المضار المحتملة، فاجتناب هذه الشبهة لا يصير واجبا شرعيا بمعنى ترتب العقاب على ارتكابه». و ص ۸۴.

۲. برای نمونه:

حاشیه المکاسب (سید یزدی)، ج ۱، ص ۶۶؛ موسوعة الإمام الخوئي، ج ۵، ص ۵۳.

محمد بن مسلم، تزویجی از جانب پدر قبلاً محقق شده و فرض این است که چنین تزویجی نیز طبق نظر مختار صحیح است. در این صورت، لزوم جلب نظر دختر و ترتیب اثر بر آن معنا ندارد؛ زیرا در صورت عدم رضای دختر، پدر نه می‌تواند عقد را از ابتدا باطل فرض کند چون حکم به صحت آن شده، و نه می‌تواند او را طلاق دهد چون امر طلاق به دست او نیست؛ بنابراین طبق مبنای استقلال پدر در تزویج بکر بالغ، نمی‌توان عبارت «و لکن لهما الخيار إذا أدركا» را ناظر به تزویج کبیرین و خیار دختر را نیز به معنای لزوم اخلاقی جلب و ترتیب اثر بر نظر او دانست.

توجیه پنجم: اختصاص خیار به فرض عدم رعایت مصلحت در تزویج صغیرین توجیه دیگر توجیهی است که در کلام علامه وجود دارد. ایشان در تذکره فرموده است: ثبوت خیار برای صغیر و صغیره بعد از بلوغ در برخی از روایات، حمل می‌شود بر فرضی که او را به تزویج غیر کفو یا معیوب در آورده‌اند.^۱

برای روشن شدن بیشتر توجیه علامه باید دانست: یکی از امور معمول و متعارف خصوصاً در زم‌انهای گذشته و در قبائل عرب، این بوده است که نسبت به صغیر یا صغیره، برای جهاتی مانند ایجاد محرمیت، تزویجی صورت می‌گیرد که برخلاف مصلحت آنها است، حتی آنها را به ازدواج افراد معیوب در می‌آوردند که محل بحث بوده، و در عروه نیز مطرح شده که اگر ولی برخلاف مصلحت مولی علیه او را به ازدواج ذوالعیب در آورد حکم آن چیست؟ سه نظر در این باره وجود دارد:

• نظر اول این است که تزویج، صحیح بالفعل و خیاری است. برخی مانند محقق حلی این نظر را پذیرفته‌اند.^۲

علامه در تذکره فرموده: مستحب است آنها را تزویج نکنند تا بالغ شوند^۳ و در صورتی که ولی برخلاف مصلحت صغار، اقدام به تزویج آنها به معیوب کند، چنین عقدی صحیح اما خیاری است؛^۴ همچنان که در جاهای دیگر

۱. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۷.

۲. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۲۲.

۳. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۷.

۴. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۶۰۷-۶۰۸.

برای دفع ضرر، حکم به ثبوت خیار می‌شود، در این فرض نیز حکم به ثبوت خیار بعد از بلوغ شده تا صغیر متحمل ضرر نشود.

- نظر دوم این است که تزویج فضولی است و تنها صحت تأهلی و شأنی دارد.^۱
- نظر سوم نیز این است که تزویج صحیح و لازم است.^۲

از میان این سه نظر، نظر سوم، قابل اعتنا نیست و ضعف آن در آینده مطرح خواهد شد؛^۳ لذا باید معنای روایت را با دو نظر دیگر تطبیق نمود. بنا بر صحیح و خیاری بودن چنین عقدی، مفاد صحیح‌ه محمد بن مسلم این است که در صورتی که تزویج صغیر و صغیره بر خلاف مصلحت آنها باشد، عقد، صحیح اما خیاری است و آنها می‌توانند بعد از بلوغ آن را فسخ کنند؛ ولی در صورت عدم فسخ، به موجب این روایت، مهر مطلقاً بر عهده پدر است که به مقتضای جمع بین روایات، مانند روایات مطلق دیگر باید حمل شود بر فرض متعارف که بچه تمکن مالی برای پرداخت مهر ندارد.^۴

بنابر فضولی بودن عقد، مراد از «جائز» در روایت^۵، صحت تأهلیه خواهد بود؛ یعنی عقد باطل محض نیست و شأنیست صحت را دارد و به وسیله اجازه صغیر و صغیره صحت فعلی خواهد یافت.

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۶۷-۴۶۸.

۲. استاد^۶ در بررسی مسئله بعدی عروه (مسئله ۱۰) فرموده است:

ظاهر کلام مرحوم شیخ طوسی در خلاف و مبسوط این است که نسبت به دختر قائل به صحت و لزوم است. ایشان در خلاف در مسئله ۴۹ می‌فرماید: «لأن أن یزوج بنته الصغیره بعد أو مجنون أو مجذوم أو أبرص أو خصی». (الخلاف، ج ۴، ص ۲۸۴)، و در مسئله ۵۰ نیز حکم وضعی را بیان کرده و می‌فرماید: «إذا زوجها من واحد من ذکرا صخ العقد». (الخلاف، ج ۴، ص ۲۸۵) و در کتاب مبسوط (ج ۴، ص ۱۸۷) پس از نقل اختلافات عاقله در مسئله می‌فرماید: «الأقوی عندی أنه صحیح غیر أن للابن الفسخ إذا بلغ». در اینجا حکم به صحت تزویج پسر به ذات عیب نموده و خیار فسخ را نیز برای پسر پس از بلوغ ثابت می‌داند؛ اما در مورد تزویج دختر به شخص معیوب ظاهراً مطلبی نفرموده است.

۳. ر.ک: مباحث تزویج به معیوب (مسئله ۱۰ از همین بخش).

۴. ر.ک: الکافی، ج ۵، ص ۴۰۰. «باب تزویج الضبیان»، ح ۲-۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۸۷. «باب أن من زوج ابنه الصغیر وضمن المهر أو لم یکن للابن مال فالمرء علی الأب ووالأفعلى الابن»، ح ۲، ۱، ۴ و ۵.

۵. «سألت أبا جعفر^۷ عن الضبی یتزوج الضبیة قال: إذا کان أبوهما اللذان زوجاهما فنعیم جائز....».

با این توجیه، بنا بر هر دو نظر، صحیحۀ محمد بن مسلم منافاتی با روایات لزوم تزویج صغیر و صغیره توسط پدر یا جد نخواهد داشت؛ زیرا آن روایات ناظر به فرضی است که تزویج طبق مصلحت این دو انجام گرفته است؛ ولی فرض صحیحۀ محمد بن مسلم جایی است که تزویج برخلاف مصلحت آنها و بنا بر جهاتی خاص انجام شده است.

البته شهید ثانی در مسالک این توجیه علامه را به همان توجیه شیخ طوسی بازگردانده و چنین فرموده است:

«و حمله العلامة علی ما إذا زوجهما الولی بغیر کفو، أو بذی عیب، و

نحو ذلک. و هو راجع الی تنزیل الشیخ فی قوله: "و ما یجری مجری

ذلک" و هو حمل بعید، لکنه خیر من اطلاق أحد الجانبین.»^۱

اما توجیه علامه با توجیه مرحوم شیخ طوسی فرق دارد؛ زیرا خیاری که برای صغیره بعد از بلوغ، در روایت ثابت شده، طبق توجیه مرحوم شیخ طوسی تنها به معنای مطالبۀ طلاق یا فسخ از پسر است؛^۲ اما طبق توجیه علامه، خود دختر حق اعمال خیار دارد و نیاز ندارد از شوهر درخواست کند که با طلاق یا اعمال حق فسخ، عقد را به هم بزند.

تقریب توجیه پنجم با لحاظ انقلاب نسبت

ممکن است برای اثبات تبرّعی نبودن این توجیه، از نظریۀ انقلاب نسبت کمک گرفته شود.

نظریۀ انقلاب نسبت در بحث تعادل و تراجیح مطرح شده و صورت‌های مختلفی دارد. در یکی از صور، نسبت بین دو دلیل تباین است؛ ولی دلیل سومی وجود دارد که نسبت به یکی از آنها اخصّ مطلق است؛ از این رو آن را تخصیص می‌زند و به دنبال آن، نسبت بین دو دلیل از تباین به عموم و خصوص مطلق تغییر می‌کند و در نتیجه می‌توان بین آنها به وسیلۀ حمل عامّ بر خاص جمع عرفی نمود. به عنوان مثال، بین «اکرم العلماء» و «لا تکرّم العلماء» تباین وجود دارد؛ اما «اکرم عدول العلماء» (بنابر

۱. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۱۱۹.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۲؛ الاستبصار، ج ۳، ص ۲۳۷.

مفهوم نداشتن آن^۱ اخَصّ مطلق از دلیل دوم است و آن را تخصیص می‌زند، که به موجب آن «لا تکرّم العلماء» به «لا تکرّم العلماء غیر العدول» تغییر می‌کند که اخَصّ مطلق از «اکرم العلماء» است و آن را تخصیص می‌زند.

از این رو می‌توان در تبیین توجیه علامه گفت: یک دلیل می‌گوید: «طرفین حقّ اختیار دارند»، دلیلی دیگر می‌گوید: «طرفین حقّ اختیار ندارند»، و به مقتضای ادلّه دیگر مانند «لا ضرر» قطعاً تزویجی که بر خلاف مصلحت صورت گرفته است لازم نیست؛ این ادله اخَصّ مطلق از دلیل لزوم است و آن را تخصیص زده، مفاد آن را مختص به فرضی می‌کند که تزویج صغیر و صغیره موافق مصلحت آنها است. به موجب این امر، نسبت بین دلیل لزوم و دلیل ثبوت اختیار، از تباین به عموم و خصوص مطلق منقلب می‌شود و دلیل لزوم، دلیل دیگر را تخصیص می‌زند و در نتیجه اگر تزویج صغیر و صغیره مطابق مصلحت آنها باشد، به مقتضای دلیل لزوم، لازم است و اگر خلاف مصلحت آنها صورت گرفته باشد، به مقتضای دلیل اختیار، خیار است.

مناقشه در تقریب فوق

اما این تقریب نیز قابل مناقشه است؛ زیرا بنا بر تحقیق، مستفاد از ادلّه لا ضرر این است که تزویجی که برخلاف مصلحت انجام شده، فضولی بوده و تنها صحت تأهلی دارد؛ از این رو مفاد لا ضرر، هم منافات با دلیل لزوم دارد و آن را مختصّ به فرض رعایت مصلحت می‌کند و هم منافات با صحیحۀ محمد بن مسلم دارد و آن را مختصّ به این فرض می‌کند و در نتیجه تعارض بین دو دلیل به وسیله انقلاب نسبت قابل رفع نیست.

نتیجه آن است که همچنان‌که در ابتدای بحث درباره مفاد این صحیحۀ بیان شد، مفاد آن قابل اخذ نیست و در نتیجه یا باید توجیه شود و یا در صورت عدم امکان توجیه، طرح شود.

۱. اگر «اکرم عدول العلماء» که خطاب سوم است، مفهوم بالجملة داشته باشد، این خطاب، می‌تواند شاهد جمع عرفی باشد؛ یعنی مستقیماً خطاب سوم، تعارض ابتدایی بین دو خطاب اول را رفع می‌کند و عرفاً نوبت به انقلاب نسبت نمی‌رسد.

روایت دوم: صحیحہ ابو عبیدہ حدّاء

شاید توهم شود که صحیحہ ابو عبیدہ حدّاء^۱ مانند صحیحہ محمد بن مسلم^۲ و معارض روایات لزوم تزویج صغیره از جانب پدر است؛ زیرا در صدر آن، تزویج صغیرین از جانب ولی، فضولی و متوقّف بر رضایتشان بعد از بلوغ دانسته شده است.

اشکال دلالی

لکن در ادله لزوم تزویج بیان شد که لفظ «ولی» در صدر شامل پدر و جدّ نمی شود؛ بنابراین دلالتی بر فضولی بودن و نفی لزوم تزویج صغیره و صغیر از جانب پدر یا جدّ ندارد.

روایت سوم: روایت یزید کناسی

أحمد بن محمد بن عیسی عن الحسن بن محبوب عن أبي أيوب الخزاز عن يزيد الكناسي قال:

«قلت لأبي جعفر عليه السلام: متى يجوز للأب أن يزوّج ابنته ولا يستأمرها قال: إذا جازت تسع سنين فإن زوّجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين.»

و هذه الزيادة وجدتها في كتاب المشيخة عن يزيد الكناسي:

«قلت: فإن زوّجها أبوها ولم تبلغ تسع سنين فبلغها ذلك فسكتت ولم تأب ذلك أيجوز عليها قال: ليس يجوز عليها رضا في نفسها ولا يجوز لها تأب ولا سخط في نفسها حتّى تستكمل تسع سنين وإذا بلغت تسع سنين جاز لها القول في نفسها بالرضا والتأبى و

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۱، ح ۴: عده من أصحابنا عن سهل بن زیاد و محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد و علي بن إبراهيم عن أبيه جميعا عن ابن محبوب عن ابن رناب عن أبي عبیده الحدّاء قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوّجهما وليّان لهما و هما غير مدرکین فقال: النکاح جائز و أنهما أدركا له الخيار...»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۹، ح ۱.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۲، ح ۱۹: أحمد بن محمد بن عیسی عن الحسن بن محبوب عن العلاء عن محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبي يتزوج الصبية قال: إذا كان أبواهما اللذان زوّجاهما فنعّم جائز و لكن لهما الخيار إذا أدركا فإن رضا بعد ذلك فإن المهر على الأب قلت له: فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره قال: لا.»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۷-۲۷۸، ح ۸.

جاز عليها بعد ذلك وإن لم تكن أدركت مدرک النساء قلت: أفيقام عليها الحدود وتؤخذ بها وهي في تلك الحال وإتاما لتسع سنين ولم تدرك مدرک النساء في الحيض قال: نعم إذا دخلت على زوجها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفع إليها مالها وأقيمت الحدود الثاثة عليها ولها قلت: فالغلام يجرى في ذلك مجرى الجارية فقال: يا أبا خالد إن الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان له الخيار إذا أدرك وبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته قبل ذلك قلت: فإن أدخلت عليه امرأته قبل أن يدرك فمكث معها ما شاء الله ثم أدرك بعد فكرها وتابها قال: إذا كان أبوه الذي زوجه ودخل بها ولد منها وأقام معها سنة فلا خيار له إذا أدرك ولا ينبغي له أن يرذ على أبيه ما صنع ولا يحل له ذلك قلت: له فإن زوجه أبوه ودخل بها وهو غير مدرک أتقام عليه الحدود وهو في تلك الحال قال: أما الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرجل فلاو لكن يجلد في الحدود كلها على قدر مبلغ سنه فيؤخذ بذلك ما بينه وبين خمس عشرة سنة فلا تبطل حدود الله في خلقه ولا تبطل حقوق المسلمين بينهم قلت له: جعلت فداك فإن طلقها في تلك الحال ولم يكن أدرك أيجوز طلاقه قال: إن كان مسها في الفرج فإن طلاقها جائز عليها وعليه وإن لم يمسه في الفرج ولم تلد منه فإنها تعزل عنه وتصير إلى أهلها فلا يراها ولا تقربه حتى يدرك فيسأل و يقال له: إنك كنت طلقت امرأتك فلانة فإن هو أقر بذلك وأجاز الطلاق كانت تطليقة بائنة وكان خاطبا من الخطاب.^١

بررسی سند

شيخ بعد از فقره اول فرموده: «هذه الزيادة وجدتها في كتاب المشيخة عن يزيد الكناسي»^٢ که مراد ایشان کتاب مشيخه حسن بن محبوب است؛ زیرا شيخ اين

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٨٢-٣٨٣، ح ٢٠؛ وسائل الشريعة، ج ٢٠، ص ٢٧٨-٢٧٩، ح ٩.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٨٣.

روایت را از کتاب احمد بن محمد بن عیسی گرفته است و احمد آن را از حسن بن محبوب نقل می‌کند و شیخ طوسی با مراجعه مستقیم به مشیخه حسن بن محبوب به قسمتی دیگر از حدیث دست یافته است.^۱

در این سند، یزید کناسی محلّ بحث است. از نظر عده‌ای مانند شهید ثانی^۲ و مرحوم آقای خویی، مجهول بوده و وثاقتش ثابت نشده است؛ از این رو روایت از نظر سندی در نظر ایشان ضعیف است.

کلام آقای خویی درباره یزید کناسی

مرحوم آقای خویی با بیان ضعف سند به دلیل عدم توثیق یزید کناسی، ابتدا وجهی برای توثیق یزید کناسی ذکر و سپس آن را رد کرده است. ایشان فرموده است: از یک سو، نجاشی، یزید ابو خالد القمّاط الکوفی را توثیق کرده است^۳ و از سوی دیگر، شیخ طوسی عنوان یزید الکناسی را در کتاب رجال ذکر کرده - و کناسه نیز یکی از محلات کوفه است - اما توثیقی برای او ذکر نکرده است^۴ و هیچ اسمی نیز از یزید ابو خالد القمّاط الکوفی نه در فهرست و نه در رجال نبرده است. انسان اگر این دو مطلب را کنار هم بگذارد، مطمئن می‌شود که این دو شخص یک نفراند؛ در نتیجه وثاقت یزید کناسی با شهادت نجاشی بر وثاقت ابو خالد القمّاط الکوفی اثبات می‌شود. اما اشکالی که باعث می‌شود از این مطلب رفع ید شود، آن است که برقی که مقدم بر شیخ است هر دو عنوان را جزء اصحاب ائمه علیهم السلام ذکر کرده و حکم

۱. تعبیر شیخ طوسی در فهرست نیز نشان می‌دهد که این کتاب مشیخه نزد ایشان موجود بوده است: فهرست الطوسی، ص ۱۲۲-۱۲۳: «و آخریناً بکتاب المثنیخة قراءة علیه أحمد بن عبدون عن علي بن محمد بن الزبير عن الحسين بن عبد الملك الأودي عن الحسن بن محبوب. و له كتاب المراح. أخبرنا به أحمد بن عبدون عن أبي طالب الأباري عن حميد بن زياد عن يونس بن علي العطار عن الحسن بن محبوب.»

در برخی موارد نیز تصریح به نقل از این کتاب کرده است:

تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۱۲۱، ح ۱۳؛ ج ۶، ص ۱۶۰، ح ۵.

۲. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۷۶.

۳. رجال النجاشی، ص ۴۵۲، رقم ۱۲۲۳.

۴. رجال الطوسی، ص ۱۴۹، رقم ۱۶۵۵-۷؛ و ص ۳۲۳، رقم ۴۸۳۳-۵۰.

به اتحاد نکرده است^۱ و این قرینه بر تعدّد است و در نتیجه نمی توان وثاقت یزید کناسی را به وسیله شهادت نجاشی بر وثاقت ابوخالد القمّاط الکوفی اثبات کرد.^۲

اشکالات کلام آقای خوئی

هر دو قسمت کلام آقای خوئی محلّ اشکال است. وجهی که ایشان برای اثبات اتحاد صاحبان دو عنوان ذکر کرده است، تمام نیست؛ زیرا:

اولاً، اگر عناوین مطرح شده در فهرست شیخ و فهرست نجاشی تقریباً یکسان بود، این امکان وجود داشت که نتیجه گرفته شود که این دو کتاب ناظر به مطالب یکدیگراند و بنابراین در موارد مشکوک مانند راوی مورد بحث، امکان ارجاع یکی به دیگری وجود داشت؛ ولی با مراجعه به این دو کتاب، معلوم می شود که عناوینشان بسیار متفاوت هستند. نجاشی صدها عنوان را ذکر کرده که در فهرست شیخ نیامده و شیخ نیز حدود دویست عنوان را متعرض شده که در فهرست نجاشی نیامده است؛ بنابراین استفاده اتحاد دو نفر با این وجه بسیار مشکل است.

ثانیاً، بسیار مستبعد است که شیخ می دانسته «یزید کناسی» ملقب به «قمّاط» است و کنیه اش نیز «ابوخالد» است ولی عمداً لقب و کنیه او را در هیچ جا نه در فهرست و نه در رجال ذکر نکرده باشد و نجاشی نیز می دانسته که «یزید ابوخالد قمّاط» اهل کناسه است و در اسانید، روایات متعدّد به عنوان یزید الکناسی ذکر شده^۳ ولی عمداً کلمه «کناسی» را نیاورده باشد. این امر موجب می شود که انسان اطمینان پیدا کند مرحوم شیخ و نجاشی، یا این دو نفر را متحد نمی دانسته اند و یا مراجعه ای به کتاب های یکدیگر نداشته اند و اطلاعاتی هم نسبت به اتحاد یا عدم اتحاد آنها نداشته اند.

کلام دوم ایشان در اثبات تعدّد صاحبان دو عنوان نیز تمام نیست؛ زیرا ذکر هر دو عنوان کاشف از این نیست که برقی احراز تعدّد کرده است. ذکر دو عنوان با عدم احراز اتحاد نیز سازگار است. این مطلب در کتب رجال و تراجم و امثال این ها

۱. کتاب الطبقات (برقی)، ص ۱۲؛ و ص ۳۲.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۲۵-۲۲۶.

۳. تنها در کافی ۱۶ روایت از او نقل شده است.

شایع است. به عنوان مثال، سید محسن جبل عاملی ترجمه‌ای برای میرزا ابراهیم زنجانی ریاضی و ترجمه دیگری برای میرزا ابراهیم زنجانی حکمی نوشته است، با اینکه این‌ها یک نفراند؛ اما این امر دلیل بر احراز تعدّد از سوی ایشان نیست؛ زیرا شاید ایشان مثلاً یک‌جا این عنوان را دیده و در جای دیگری، عنوان دیگر را دیده است و توجهی به اتحاد نداشته و احراز اتحاد نکرده است و در نتیجه هر دو عنوان را ذکر کرده است؛^۱ بنابراین مجرد ذکر دو عنوان از سوی برقی دلالتی بر احراز تعدّد از سوی ایشان ندارد. بلکه اگر برقی احراز اتحاد کرده باشد، نباید متعدّد ذکر می‌کرد.

اثبات اعتبار روایت یزید کناسی

بنا بر تحقیق، یزید کناسی ثقة و روایتش معتبر است؛ زیرا اگر روایتی را بزرگان در کتبی که برای عمل تهیه شده ذکر کنند و نقد نکنند، نشانه اعتماد آنها به روایت است. شیخ طوسی در تهذیب و استبصار اگر روایتی مخالف مختارش باشد، یا از نظر سند یا دلالت در آن خدشه می‌کند و یا آن را توجیه می‌کند. حال که ایشان بعد از نقل روایت مورد بحث، در این مسئله مهم و محلّ ابتلاء، هیچ کلامی درباره قابل استناد نبودن آن ذکر نمی‌کند بلکه تنها متعزّض دلالتش شده است،^۲ معلوم می‌شود این راوی، ثقة و روایت، معتبر و قابل اعتماد است.^۳

۱ در اعیان الشیعه، دو عنوان با ترجمه‌های بسیار مشابه ذکر شده که انسان تقریباً اطمینان به وحدت آنها پیدا می‌کند؛ یکی «میرزا ابراهیم بن ابی الفتح زنجانی» و دیگری «میرزا ابراهیم فلکی». (اعیان الشیعه، ج ۲، ص ۱۰۹؛ و ص ۲۵۵).

۲ تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۲-۳۸۴؛ الاستبصار، ج ۳، ص ۲۳۷-۲۳۹.

۳ استاد رحمته الله در برخی مباحث فرموده است: روایات یزید کناسی را صاحبان کتب معتبر حدیث، مانند کتب اربعه در کتب خود آورده‌اند. اجلائی مثل ابی ایوب خزّاز، حسن بن محبوب، جمیل بن صالح، علی بن رباب، هشام بن سالم، علی بن حکم، از یزید کناسی روایت کرده‌اند و اصلاً روایاتش را منحصرأ همین اجلاّ نقل کرده‌اند و بعضی از این روایات نیز روایات مفضلی است. رسم این بزرگان این طور نبوده است که از ضعاف نقل حدیث کنند، بر خلاف برقی و پدرش که به جهت نوع سلیقه‌ای که داشته‌اند، با اینکه خود ثقة بوده‌اند، از ضعاف هم اخذ حدیث کرده‌اند (کتاب نکاح، مباحث ولایت پدر و جدّ بر دختر باکره رشیده؛ کتاب بیع (تقریرات دروس خارج فقه آیت‌الله شبیری زنجانی)، مباحث معاملات صبی، بررسی علائم بلوغ).

این مطلب را هم می‌توان به کلام ایشان افزود که مرحوم شیخ طوسی در بحث ظهار به روایت یزید

بررسی کلام شیخ طوسی در دلالت روایت

شیخ طوسی به این روایت برای تفصیل بین صغیر و صغیره و اثبات خیار برای صغیر استدلال کرده است^۱ و عده‌ای از علماء مانند صاحب حدائق نیز فرموده‌اند: این روایت دلالت بر تفصیل بین صغیر و صغیره در ثبوت خیار دارد؛ اما این مطلب صحیح نیست و این روایت دلالت بر ثبوت خیار برای صغیره نیز دارد؛ زیرا راوی پرسیده است: «متی يجوز للأب أن يزوجه ابنته ولا يستأمرها» و امام علیه السلام در پاسخ، استیمار را قبل از بلوغ و تا رسیدن دختر به $\frac{1}{2}$ سال لازم دانسته‌اند؛ لذا صحت تزویج منوط به استیمار شده و بدون آن تزویج فضولی خواهد بود. معنای استیمار هم این نیست که قبل بلوغ از دختر نظرخواهی شود؛ بلکه با توجه به ادامه کلام حضرت، مراد این است که دختر بعد از بلوغ خیار دارد؛ لذا خیار در عبارت «فإن زوجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين» ظهور در حق رد و امضایی پیدا می‌کند که برای اصیل نسبت به عقد فضولی وجود دارد، اما اینکه راوی از حضرت پرسیده: آیا غلام مثل جاریه است یا نه؟ سؤالش درباره سن تکلیف غلام است، نه ثبوت اصل خیار برای او؛ زیرا ابتدا حضرت فرموده: احکام و حق اعمال خیار، در $\frac{1}{2}$ سالگی برای جاریه ثابت می‌شود و سپس راوی پرسیده: آیا غلام مثل جاریه است؟ حضرت فرموده: غلام باید به سن پانزده سالگی برسد، یا در صورت و یا عانه او مو بروید تا احکام و حق اعمال خیار برای او ثابت شود؛ بنابراین تفصیل در روایت تنها مربوط به زمان بلوغ و جریان احکام بر پسر و دختر است و ربطی به اصل ثبوت خیار ندارد.

کناسی اعتماد کرده است؛ زیرا پس از نقل عبارت مقنعه به این حدیث تمسک کرده (تهذیب الأحکام، ج ۸، ص ۱۶، ح ۲۶) و سپس روایت علی بن جعفر را آورده که مخالف روایت یزید کناسی است و سپس درباره این روایت دوم چنین فرموده است: «و هذا الخبر محمول على التقية لأنه مذهب قوم من المخالفين والصحیح الأول». (تهذیب الأحکام، ج ۸، ص ۱۷).

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۴.

۲. عده‌ای از فقهاء مانند علامه حلی قول به ثبوت خیار برای پسر را به عده‌ای از فقهاء مانند شیخ طوسی نسبت داده و فرموده‌اند: این بزرگان به این روایت استناد نموده‌اند. برای نمونه:

مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۳۷؛ التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۲۹؛ مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۷۶؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۰۹.

لزوم توجیه یا طرح روایت

این روایت نیز قابل اخذ نیست و باید توجیه یا طرح شود؛ زیرا علاوه بر دلیلی که برای لزوم توجیه یا طرح صحیحۀ محمد بن مسلم ذکر شد، این روایت همچنان که شهید ثانی فرموده، مبتلا به اضطراب و مخالف اصول است و به این دلیل نیز نمی‌توان به مفاد آن عمل کرد.

تبیین اضطراب و مخالفت روایت با اصول

یکی از اشکالات شهید ثانی به روایت یزید کناسی این است که این روایت مضطرب و مخالف با اصول است.^۱

با بررسی فقرات روایت، مشخص می‌شود که این اشکال شهید ثانی تمام است و این روایت قابل اخذ نیست. این روایت از جهات عدیده شذوذ دارد و تقریباً خلاف اتفاق فقهاء است. برخی از موارد شذوذ در ذیل بیان می‌شود.

مورد اول: تزویج دختر بالغ توسط پدر صحیح و نافذ است و دختر اختیار بر هم زدن آن را ندارد؛ اما اگر پدر، دختر نابالغش را تزویج کند، دختر پس از بلوغ می‌تواند عقد را به هم بزند (قلت لأبی جعفر علیه السلام): متى يجوز للأب أن يزوجه ابنته ولا يستأمرها قال: إذا جازت تسع سنين فإن زوجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين).

مورد دوم: طبق عبارت «أو يشعر في وجهه» رویدن موی صورت نیز یکی از علائم بلوغ است؛ اما این حکم، هم مخالف فتوای فقهاء است^۲ و هم روایت معارض دارد.^۳

۱. مسالك الأفيام، ج ۷، ص ۱۷۶.

۲. المبسوط، ج ۲، ص ۲۸۳؛ كشف الرموز ج ۱، ص ۵۵۲؛ الجامع للشرائع، ص ۱۵۳؛ شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۸۴؛ المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۴۰؛ إرشاد الأذهان، ج ۱، ص ۳۹۵؛ تحرير الأحكام، ج ۲، ص ۵۳۴-۵۳۵، م ۳۸۶؛ ج ۹، ص ۱۵۴؛ ج ۱۴، ص ۱۸۹؛ قواعد الأحكام، ج ۱، ص ۴۹۰؛ ج ۲، ص ۱۳۳؛ منتهی المطلب، ج ۱۴، ص ۲۰۲؛ جامع المقاصد، ج ۵، ص ۱۸۱؛ مسالك الأفيام، ج ۴، ص ۱۴۱؛ مجمع الفائدة والبرهان، ج ۹، ص ۱۹۲؛ مدارك الأحكام، ج ۶، ص ۱۵۸-۱۵۹؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۰، ص ۳۴۶؛ مصابيح الظلام، ج ۱، ص ۸۹.

۳. تهذيب الأحكام، ج ۶، ص ۱۷۳، ح ۱۷؛ أحمد بن أبي عبد الله عن أبيه عن أبي البختري عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال قال: «إن رسول الله صلی الله علیه و آله عرضهم يومئذ على العانات فمن وجده أنبت قتله و من

مورد سوم: ابتدا حکم به ثبوت خیار برای پسر شده است (فقال: یا أبا خالد إن الغلام إذا تزوجه أبوه ولم يدرک کان له الخيار إذا أدرك وبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر فی وجهه أو ینبت فی عانته قبل ذلك)؛ اما در ادامه در پاسخ سوال راوی که پرسیده: «اگر پسر بعد از بلوغ اظهار کراهت کند چه حکمی دارد؟» تفصیلی برای ثبوت خیار برای او بیان شده که هیچ فقیهی آن را نپذیرفته است (قلت: فإن أدخلت علیه امرأته قبل أن يدرک فمکث معها ما شاء الله ثم أدرك بعد فکرها و تأبأها قال: إذا کان أبوه الذی تزوجه و دخل بها و لذ منها و أقام معها سنة فلا خيار له إذا أدرك).

علاوه بر این سه مورد، قطعات بعدی روایت نیز مشتمل بر امور شاذ است؛ لذا این روایت را که از جهات مختلف فقهاء به آن عمل نکرده‌اند، باید توجیه یا طرح کرد. صاحب حدائق فرموده است: طبق برخی روایات^۱، ائمه علیهم السلام گاهی فتوایی که حتی موافق با فتاوی فقهای عامه نیست را القاء می‌کردند، تا فتوای شیعه یکسان نباشد و شیعیان شناسایی نشوند.^۲ شاید این روایت نیز از این باب باشد.

توجیه شیخ طوسی و نقد آن

شیخ طوسی با رد ثبوت خیار برای دختر، در ذیل این روایت فرموده است: «أب»

لم یجده أنبت الحق بالذرائع.؛ وسائل الشیعة، ج ۱، ص ۴۴، ح ۸.

استاد رحمته الله در مباحث بیع فرموده است: با توجه به اینکه موهای صورت به شکل متعارف بعد از موهای عانه می‌روید، عرف متعارف برای موهای صورت یک نوع تأخر دائمی از موهای عانه قائل است؛ لذا عرف، بین دلیلی که موهای عانه را علامت بلوغ قرار داده و دلیلی که روییدن موهای صورت را علامت بلوغ دانسته تعارض می‌بیند. البته ممکن است در ردّ معارضه گفته شود: از نظر عرف، روییدن موهای عانه به عنوان علامتی برای ثبوت بلوغ برای خود شخص، و روییدن موهای صورت به عنوان علامتی بر تحقق علامت قبلی یعنی روییدن موهای عانه و در راستای اثبات بلوغ شخص برای دیگران قرار داده شده است (کتاب بیع (تقریرات دروس خارج فقه آیت‌الله شبیری زنجانی)، بررسی عقد صبی).

۱. برای نمونه: علل الشرائع، ج ۲، ص ۳۹۵، ح ۱۵: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ قَالَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ الصَّفَّارُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ سَنَانٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ الْخَزَّازِ عَنْ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: «اختلف أصحابي لكم رحمة و قال: إذا کان ذلك جمعتکم علی أمر واحد و سنل عن اختلاف أصحابنا فقال عليه السلام: أنا فعلت ذلك بکم لو اجتمعتم علی أمر واحد لأخذ برباقکم».

۲. الحدائق الناضرة، ج ۱، ص ۵.

معنای وسیعی دارد و بر «جَدّ» نیز اطلاق می‌شود؛ از این رو در مقام جمع بین ادله می‌توان گفت: مراد از «أب» در صحیحہ محمد بن مسلم و روایت یزید کناسی، جدّ است، و فرض نیز جایی است که پدر وفات کرده است که در این فرض، جدّ ولایتی ندارد و در نتیجه تزویج او فضولی است و خیار ثابت است و مراد از خیار نیز حقّ رد یا امضایی است که برای اصیل نسبت به عقد فضولی وجود دارد.^۱

این توجیه و نقد آن در ضمن توجیهاتی که برای صحیحہ محمد بن مسلم بیان شده، مطرح شد.

روایت چهارم: صحیحہ حلبی

روی الحسن بن محبوب عن علی بن الحسن بن رباط عن ابن مسکان عن الحلبي قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين قال فقال: أمّا التزويج فصحيح و أمّا طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم أنّه كان قد طلق فإن أقرّ بذلك و أمضاه فهي واحدة بآئنه و هو خاطب من الخطاب و إن أنكر ذلك و أبى أن يمضيه فهي امرأته قلت: فإن ماتت أو مات فقال: يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقى ثمّ يحلّف بالله ما دعاه إلى أخذ الميراث إلّا الرضا بالتكاح و يدفع إليه الميراث.»^۲

بررسی دلالت

مورد بحث، ذیل حدیث است که اگر دختر یا پسر قبل از بلوغ فوت کند، آیا دیگری از او ارث می‌برد یا نه؟ حضرت در پاسخ فرموده‌اند: باید فرد زنده، بعد از بلوغ، قسم بخورد که به این ازدواج راضی بوده است تا ارث ببرد.

نکته قابل ملاحظه در روایت این است که اگر پدر ولایت بر دختر و پسر دارد و تزویج آنها صحیح بوده و به مقتضای ادله دیگر مانند صحیحہ ابو عبیدہ حدّاء و روایات نفی اختیار از دختر، علاوه بر صحیح بودن، لازم هم هست، چگونه در این

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۳-۳۸۴.

۲. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۱۰، ح ۵۶۶۵؛ وسائل الشیعه، ج ۲۶، ص ۲۲۰-۲۲۱، ح ۴.

روایت، به فضولی بودن عقد حکم شده و برای ارث بردن، باید هر کدام از دختر و پسر که بالغ می شود علاوه بر رضای به تزویج، قسم نیز بخورد که این رضایت تنها برای ارث بردن نیست؟

ممکن است در جمع بین این روایت و بین ادله متعدد لزوم تزویج دختر توسط پدر گفته شود؛ روایاتی که فرموده: «دختر حق ندارد با پدر مخالفت کند» مربوط به فرض زنده بودن شوهر است و زمینه این وجود دارد که دختر مخالفت کرده و راضی به عقد و معاشرت با او نشود؛ اما فرض روایت حلبی در جایی است که شوهر مرده است و تنها اثر مترتب بر بقای عقد، ارث بردن دختر از شوهر است که ابراز مخالف دختر در این فرض نادر است و زمینه توافق وجود دارد؛ اما توافق گاهی واقعی و گاهی تنها برای ارث بردن است؛ بنابراین شارع تنها در این فرض رضای دختر را معتبر دانسته است. در ذیل صحیحہ ابو عبیدہ حذاء، حکم به نفوذ تزویج صغیرین توسط پدر شده است که شامل فرض صحیحہ حلبی نیز می شود که شوهر قبل از بلوغ، وفات نموده و تنها مسئله ارث از او مطرح است؛ اما بر خلاف صحیحہ حلبی، در این صحیحہ رضای دختر و قسم مطرح نشده است.

برای جمع بین این دو دلیل شاید گفته شود: با توجه به اینکه عدم رضای دختر در این فرض نادر است - همچنان که در سطور بالا گذشت - به مقتضای صحیحہ ابو عبیدہ، بر خلاف تزویج ولی عرفی که تنها صحت تأهلی دارد، تزویج پدر صحت فعلی دارد و تمام احکام زوجیت برای آن بار می شود؛ اما در صورتی که شوهر وفات کند، شاید بتوان گفت: آثار زوجیت مثل محرمیت بار می شود و تنها ترتب ارث بر آن منوط به رضای واقعی دختر - با قطع نظر از ارث بردن و به دست آوردن مال - بعد از بلوغ است و با قسم ارث می برد.

ملخص این جمع این است که ادله عامه و ادله خاصه متعدد اقتضای صحت و لزوم تزویج دختر را دارد و در جمع بین ادله ممکن است صورتی که تنها اثر بقای تزویج پدر، ارث است، استثناء و رضای دختر بعد از بلوغ شرط شود.

نتیجه نهایی: لزوم تزویج

در نتیجه تزویج صغیره توسط پدر یا جد صحیح و لازم است و دختر بعد از بلوغ نمی تواند آن را به هم بزند.

حکم تزویج صغیر توسط پدر یا جد

حال نوبت به بررسی حکم تزویج صغیر توسط پدر یا جد می‌رسد. مرحوم سید فرموده است:

«لا خيار للصغيرة اذا زوجها الأب أو الجد بعد بلوغها ورشدها بل هو لازم عليها وكذا الصغير على الأقوى والقول بخياره في الفسخ والامضاء ضعيف وكذا لا خيار للمجنون بعد إفاقته.»^۱

تبیین محل نزاع و اقوال فقهاء در مسئله

محل نزاع بر اساس اقوال فقهاء و روایات، لزوم یا عدم لزوم تزویج صغیر توسط پدر یا جد است. البته مراد از عدم لزوم و ثبوت خیار در این بحث، اعم از صحت عقد و ثبوت خیار فسخ و یا فضولی بودن عقد و ثبوت خیار به معنای حق رد و امضاء است؛ اما مستفاد از کلمات صاحب حدائق این است که ایشان محل نزاع را منحصر به فضولی بودن یا نبودن تزویج دانسته است و در مقابل، مستفاد از کلمات مرحوم آقای حکیم در مستمسک این است که از نظر ایشان، محل نزاع تنها لزوم یا خیار بودن تزویج به معنای ثبوت خیار فسخ است. کلام صاحب حدائق در ضمن بررسی روایات خاصه دال بر لزوم تزویج و کلام مرحوم آقای حکیم در ذیل استدلال به «لا ضرر» بر خیار بودن تزویج صغیر نقل خواهد شد.

دو قول در مسئله وجود دارد:

قول اول: لزوم تزویج صغیر

قول اول این است که پسر هم مانند دختر عقدش لازم است و پس از بلوغ حق به هم زدن آن را ندارد. نظر مشهور همین قول است، هرچند مشهور بودن این قول بین قدماء ثابت نیست. از زمان محقق حلی به بعد، مشهور قوی فقهاء این قول را برگزیده‌اند.^۲

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۵، م ۴.

۲. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۲۰؛ المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۷۳؛ نکت النهایة، ج ۲، ص ۳۱۵؛ الجامع للشرائع، ص ۴۳۷-۴۳۸؛ إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۷؛ تبصرة المتعلمین، ص ۱۳۴؛ تحریر الأحکام، ج ۳.

قول دوم: عدم لزوم تزویج صغیر و ثبوت خیار بعد از بلوغ

قول دوم این است که تزویج صغیر توسط پدر یا جد لازم نیست و صغیر بعد از بلوغ خیار دارد؛ البته خیار در کلام برخی از قائلین این قول، به معنای خیار فسخ و در کلام برخی دیگر (مانند مرحوم سید مرتضی و ابن زهره)^۱ به معنای حق رد و امضایی است که اصیل نسبت به عقد فضولی دارد؛ اما در هر حال، این عده بر این مطلب توافق دارند که صغیر بعد از بلوغ لازم نیست به این تزویج پای بند باشد و می‌تواند آن را به هم بزند.

قائلین به این قول عبارت‌اند از مرحوم سید مرتضی در دو کتاب انتصار^۲ و ناصریات^۳، مرحوم شیخ طوسی در کتب نهاییه^۴، تهذیب^۵ و استبصار^۶، ابوصلاح در

ص ۴۳۳-۴۳۴ م. ۴۹۳۴؛ تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۶؛ و ص ۶۰۸؛ غایة المراد، ج ۳، ص ۵۲؛
المقتصر من شرح المختصر، ص ۲۲۸؛ غایة المرام، ج ۳، ص ۲۹؛ مسالك الألفهام، ج ۷، ص ۱۱۸؛ و ص ۱۱۹؛
کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۹۳؛ مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۲۶۸-۲۶۹؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۱۰؛
المناهل، ص ۵۳۱؛ مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۳۳؛ أنوار الفقاهة، کتاب النکاح، ص ۱۷؛ جواهر
الکلام، ج ۲۹، ص ۱۷۳-۱۷۴؛ کتاب النکاح (شیخ انصاری)، ص ۱۱۲-۱۱۳.
برخی از متأخرین بعد از محقق حلی نیز در مسئله مردداند:

کشف الرموز، ج ۲، ص ۱۱۲.

علامه حلی نیز بر خلاف سایر کتیش، در مختلف برای صبی خیار قائل شده است: مختلف الشیعة،
ج ۷، ص ۱۳۷ م. ۶۹.

رک: الکافی، ج ۵، ص ۳۹۳، «باب استیمار البکر و من یجب علیه استیمارها و من لا یجب علیه»؛
وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۶۷، «باب أنه لا ولاية لأحد من أخ و لا أب و لا غیرهما علی الثیب البالغ
الزشفة بل أمرها بیدها»؛ و ص ۲۷۲، «باب أن البکر البالغ الزشفة أتی لیس لها أب أمرها بیدها و لا
ولاية لأحد علیها فی التزویج»؛ و ص ۲۷۵، «باب ثبوت الولاية للأب و الجد للأب خاصة مع وجود الأب
لا غیرهما علی البنت غیر البالغة الزشفة و کذا الصبی».

۱. بررسی تفصیلی کلام مرحوم سید مرتضی و ابن زهره در بررسی کلام صاحب حدائق در بخش آتی (ادله
لزوم تزویج) خواهد آمد.

۲. الانتصار، ص ۲۸۶-۲۸۷.

۳. المسائل الناصریات، ص ۳۳۲.

۴. النهایة (شیخ طوسی)، ص ۴۶۷.

۵. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۴.

۶. الاستبصار، ج ۳، ص ۲۳۸-۲۳۹.

کافی،^۱ ابن بزّاج در مهذب،^۲ ابن حمزه در وسیله،^۳ ابن ادریس در سرائر،^۴ ابن زهره در غنیه،^۵ کیدری در اصباح،^۶

تبیین نحوه استفاده این قول از انتصار، ناصریات و غنیه در بررسی کلام محدث بحرانی خواهد آمد.

در مقام، تذکر چند مطلب لازم است:

۱. ابن فهد حلی در مهذب البارع فرموده است: «و الشيخ في النهاية أثبت الخيار للصبي بعد بلوغه ولم يذكر الصبيّة».^۷

اما مرحوم شیخ به صراحت خیار دختر را نفی نموده است.^۸

۲. مرحوم محقق در مختصر نافع فرموده است: اگر پدر یا جدّ، صغیره را عقد کنند، وی بعد از بلوغ خیاری ندارد؛ اما اگر صغیر را عقد کنند، دو قول وجود دارد.^۹

فاضل آبی در کشف الرموز درباره قائلین این دو قول، فرموده: هر دو قول از مرحوم شیخ است که در نهاییه حکم به ثبوت خیار برای صغیر کرده، ولی در تهذیب و استبصار آن را نفی نموده است.^{۱۰}

۱. الکافی فی الفقه، ص ۲۹۲.

۲. المهذب (ابن بزّاج)، ج ۲، ص ۱۹۷.

۳. الوسيلة، ص ۳۰۰: «وإذا عقد الأبوان على صبيهما كان عقد الصبي موقفاً على إجازته إذا بلغ دون الصبيّة فإذا بلغ الصبي ورضي به استقر وإن أبى أنفسخ».

به جای کلمه «صبيهما» در وسیله مطبوع، «صبيّتهما» آمده که ظاهراً مصحّف «صبيّهما» است؛ لذا در آدرس فوق اصلاح شد. البته در وسیله موجود در کتاب الجوامع الفقهية، چاپ سنگی (ناشر: محمد رحیم خوانساری)، ص ۷۵۹، «صبيّتهما» ثبت شده است.

۴. السرائر، ج ۲، ص ۵۶۸.

۵. غنية النزوع، ص ۳۴۲.

۶. اصباح الشيعة، ص ۴۰۶.

۷. المهذب البارع، ج ۳، ص ۲۱۷.

۸. النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۶۴.

۹. المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۷۳.

۱۰. کشف الرموز، ج ۲، ص ۱۱۱-۱۱۲.

اما کلام فاضل آبی صحیح نیست؛ زیرا مرحوم شیخ در تهذیب^۱ و استبصار^۲ در ذیل خبر یزید کناسی تصریح به ثبوت خیار برای صغیر نموده است. قبل از محقق، کسی یافت نشد که به صراحت خیار صغیر را نفی کرده باشد. عده‌ای حکم به ثبوت ولایت بر صغیر کرده‌اند که مستلزم صحت تزویجش توسط ولی است و اصل اولی هم اقتضا می‌کند که این عقد صحیح، لازم هم باشد و لذا با انضمام این دو امر، صحت و لزوم تزویج صغیر ثابت می‌شود. شاید محقق از این راه، استظهار نموده که این عده قائل به لزوم تزویج صغیر بوده‌اند؛ ولی برای بیان آن به همان حکم به ثبوت ولایت برای اولیا و مقتضای اصل اولی اکتفاء نموده است و علت تصریح به لزوم تزویج صغیره نیز وجود روایات متعددی بوده که درباره آن وارد شده است.

ادله لزوم تزویج

ابتدا ادله لزوم تزویج صغیر بررسی می‌شود.

دلیل اول: روایات صحت تزویج پدر

روایات فراوانی دلالت بر صحت تزویج صغیر یا صغیره از جانب پدر دارند^۳ به گونه‌ای که انسان از کثرتشان اطمینان به صدور آنها از معصوم علیه السلام پیدا می‌کند. دو وجه برای استفاده لزوم از این روایات مطرح است که در بررسی لزوم تزویج صغیره به تفصیل بررسی شد.

دلیل دوم: روایات خاصه

روایت اول: صحیح ابو عبیده حذاء

عده من أصحابنا عن سهل بن زیاد و محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد و

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۴.

۲. الاستبصار، ج ۳، ص ۲۳۸-۲۳۹.

۳. برای نمونه: وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۲۷۵، «باب ثبوت الولاية للأب و الجد للأب خاصة مع وجود الأب لا غیرهما علی البنات غیر البالغة الرشیده و کذا الصبی».

علی بن ابراهیم عن ابيه جميعا عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن ابي عبيدة
الحذاء قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوجهما وليان لهما و هما
غير مدرکین فقال: التکاح جائز و أيهما أدرك كان له الخيار و إن ماتا
قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا
قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر قال: يجوز ذلك عليه إن هو
رضى قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية و رضى بالتکاح
ثم مات قبل أن تدرك الجارية أثره قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى
تدرك فتحلل بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم
يدفع اليها الميراث و نصف المهر قلت: فإن ماتت الجارية و لم تكن
أدركت أ ميراثها الزوج المدرک قال: لا لأن لها الخيار إذا أدركت قلت:
فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك قال: يجوز عليها تزويج
الأب و يجوز على الغلام و المهر على الأب للجارية.^۱»

بررسی دلالت

در بحث تزویج صغیره توسط پدر یا جدّ، مفاد این روایت به تفصیل بررسی شد.
سند روایت تمام است و ذیل آن نیز از ادله لزوم تزویج پدر است و شاید به کمک
ادله دیگر، بتوان مراد از پدر را اعمّ از بی واسطه و با واسطه و شامل جدّ دانست و
لزوم تزویج او را نیز استفاده کرد.

برای اثبات لزوم تزویج صغیر، غیر از صاحب مدارک، فقیه دیگری یافت نشد که
به روایات استدلال کرده باشد. آنها طبق قواعد، حکم به لزوم کرده اند؛ اما صاحب
مدارک در نهایت المرام به این روایت استدلال کرده است.^۲

روایت دوم: روایت دعائم الاسلام

عن علی عليه السلام أنه قال:

«تزوج الآباء جائز علی البنین و البنات إذا كانوا صغارا و ليس لهم

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۱، ح ۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۹، ح ۱.

۲. نهاية المرام، ج ۱، ص ۶۶-۶۷.

خيار إذا كبروا»^۱

این روایت از نظر سندی قابل استناد نیست؛ اما مؤید صحیحۀ ابو عبیده است و دلالت بر لزوم تزویج صغیره و صغیر توسط پدر می‌کند.

بررسی کلام صاحب حدائق

چنان‌که در سطور سابق بیان شد، سابقین نسبت به تزویج صغیر توسط پدر یا جد به قواعد و عمومات تمسک کرده و فرموده‌اند: مقتضای قواعد و عمومات، صحت و لزوم چنین تزویجی است.^۲

صاحب حدائق بدون اینکه بگوید سابقین به چه قاعده‌ای استدلال کرده‌اند که ایشان قبول ندارد، اثبات لزوم از این راه را مصادره به مطلوب دانسته است. ایشان ابتدا روایت حلبی را نقل کرده که چنین است:

روی الحسن بن محبوب عن علی بن الحسن بن رباط عن ابن مسکان عن الحلبي قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوج أبوه في صغره أيجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين قال فقال: أما التزويج فصحيح وأما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم أنه كان قد طلق فإن أقر بذلك وأمضاه فهي واحدة بآئته و هو خاطب من الخطاب وإن أنكر ذلك وأبى أن يمضيه فهي امرأته قلت: فإن ماتت أو مات فقال: يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقي ثم يحلف بالله ما دعاه إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالتكاح ويدفع إليه الميراث»^۳

سپس فرموده است:

«و هو ظاهر في المراد ولم أقف على من استدلّ به من الأصحاب

۱. دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۸، ح ۸۱۱؛ مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۳۱۷، ح ۲.

۲. برای نمونه:

غایة المرام، ج ۳، ص ۲۹؛ مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۱۸؛ و ص ۱۷۵؛ مغتایح الشرائع، ج ۲، ص ۲۶۸.

۳. کتاب من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص ۳۱۰، ح ۵۶۶۵؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۲۰-۲۲۱، ح ۴.

بل ولا غيره من الأخبار؛^۱ و استدّلوا في هذا المقام، بأنّ عقد الولي عقد صدر من أهله في محلّه، فكان لازماً كسائر العقود الماليّة. ولا يخفى ما فيه من تطرّق الإيراد إليه، و توجه الاعتراض عليه، فإنّ الخصم يمنع ذلك في هذه الصورة، و هل هو إلّا أصل المدعى، فيكون مصادرة.^۲

نقد آقای حکیم بر استدلال صاحب حدائق به صحیحہ حلبی برای لزوم
مرحوم آقای حکیم فرموده است: صاحب حدائق برای نفی خیار به روایت حلبی استدلال کرده است؛ اما صحتی که در روایت برای تزویج ثابت شده مستلزم لزوم آن نیست؛ زیرا نه تنها صحت، با خیاری بودن عقد منافات ندارد؛ بلکه خیار فسخ در عقدی ثابت است که به طور صحیح واقع شده باشد. به عبارت دیگر، صحت عقد، موضوع برای خیار است؛ بنابراین از حکم به صحت عقد در روایت، نمی توان لزوم آن پس از بلوغ را استفاده نمود.^۳

اشکال آقای خوئی بر کلام آقای حکیم
مرحوم آقای خوئی پس از نقل چند روایت صحیح از جمله صحیحہ حلبی، بدون اینکه اسمی از مرحوم آقای حکیم ببرد، اشکال ایشان را ذکر کرده و در نقد آن فرموده است: صحتی که موضوع برای خیار فسخ است، صحت مهمله و صحت فی الجمله است؛ اما مقتضای اطلاق صحت در این روایات، آن است که عقد، پابرجا و نافذ است، حتی اگر طفل بعد از بلوغ اقدام به فسخ کند.^۴
اشکال این مطلب، مفضلاً در بحث استفاده لزوم تزویج صغیره از روایات صحت تزویج، بیان شد.

۱. استاد بزرگوار: مراد ایشان از «غیره من الاخبار» روایت محمد بن مسلم و روایت عبید بن زراره است که در ادامه کلامشان آمده است.

۲. رک: الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۰۵-۲۰۶.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۵۴.

۴. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۲۷.

نقد برداشت آقای حکیم از کلام صاحب حدائق

بعید است مبنای مرحوم آقای خوئی مورد پذیرش صاحب حدائق باشد، همچنانکه ممکن نیست عدم تنافی صحت عقد با ثبوت خیار بر صاحب حدائق مخفی مانده باشد؛ زیرا امری بسیار روشن و واضح است؛ بنابراین برداشت مرحوم آقای حکیم از کلام ایشان صحیح نیست. ایشان این بخش از مستمسک را با عجله نگاشته و اگر عبارت حدائق را تا آخر ملاحظه کرده بود، چنین اشکالی به حدائق نمی‌کرد.

از نظر صاحب حدائق مراد فقها از خیار در این بحث، اختیار امضا و ردی است که اصیل نسبت به عقد فضولی دارد و از این رو ایشان با تمسک به این روایات در صدد اثبات صحت فعلی تزویج صغیر و رد قول کسانی است که این تزویج را فضولی می‌دانند. البته از آنجایی که به عقیده ایشان، اصحاب یا معتقد به فضولی بودن این عقد و یا صحت فعلی و لزوم آن هستند و قول سومی وجود ندارد، با رد قول اول، قهراً و غیر مستقیم، قول به لزوم عقد ثابت می‌شود.

صاحب حدائق بعد از نقل روایت حلبی و ایراد اشکال مصادره به مطلوب به استدلال سابقین، برای اثبات مدعای خودش دو روایت دیگر نیز نقل نموده که در مورد توارث صغیر و صغیره وارد شده است؛ یکی روایت عبید بن زراره^۱ است که در کتاب حسین بن سعید آمده و دیگری صحیحۀ دیگر محمد بن مسلم^۲ است که در

۱. النوادر (اشعری)، ص ۱۳۵، ح ۳۵۰: النضر عن القاسم بن سلیمان عن عبید بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الصبي يتزوج الصبيّة هل يتوارثان فقال: إن كان أبوهما اللذان زوجاهما حين فنعم قلنا: فهل يجوز طلاق الأب قال: لا». وسائل الشيعة، ج ۲۶، ص ۲۲۰، ح ۳: وعن محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن ابن فضال عن القاسم بن عروة عن عبید بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الصبي يزوج الصبيّة هل يتوارثان قال: إن كان أبوهما هما اللذان زوجاهما فنعم قلنا: يجوز طلاق الأب قال لا».

صاحب حدائق این روایت را از بحار به نقل از کتاب حسین بن سعید که همان نوادر مطبوع است، نقل نموده است:

الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۰۶.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۸-۳۸۹، ح ۱: أحمد بن محمد بن عيسى عن محمد بن أبي عمير عن صفوان عن علاء عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «في الصبي يتزوج الصبيّة يتوارثان قال: إذا كان أبوهما اللذان زوجاهما فنعم قلت: فهل يجوز طلاق الأب قال: لا». وسائل الشيعة، ج ۲۰، ص ۲۹۲، ح ۱.

مورد توارث صبی و صبیته است؛ سپس فرموده است:

«والتقریر فیهما أنه ﷺ رتب التوارث الذی هو ثمرة النکاح الصحیح
- و لو کان التوارث قبل بلوغ کل منهما بأن ماتا صغیرین - علی
مجرد کون تزویجهما من الأبویین، و لو توقّف صخته علی الاختیار
بعد البلوغ كما یدعیه ذلک القائل لما حسن ذلک ولا صخ و هذا
بحمد الله سبحانه ظاهر للناظرین.»^۱

از این عبارت کاملاً معلوم می شود که استدلال ایشان به این روایات، برای اثبات اصل صحت است؛ زیرا فرموده است: «قائل به خیاری بودن عقد، ادعا می کند که صحت عقد، متوقف بر امضاء صبی پس از بلوغ است، در حالی که اطلاق این دو روایت اقتضا می کند که به مجرد عقد ابویین، زوجیت محقق شده باشد، به نحوی که حتی اگر قبل از بلوغ، زوج و زوجۀ صغیرین فوت کنند، از یکدیگر ارث می برند و توارث نیز در صورتی است که قبلاً زوجیت صحیح محقق شده باشد. از حکم به ثبوت توارث، معلوم می شود که به مجرد عقد ابویین، زوجیت صحیح محقق شده و متوقف بر امضاء بعد از بلوغ نیست و البته دلالت این دو روایت بر اثبات اصل صحت واضح و روشن است.»

بررسی کلام صاحب حدائق و اثبات وجود قول به حق فسخ برای صغیر

صاحب حدائق مورد نزاع در کلمات فقهاء را تنها صحت و عدم صحت به معنای فضولی بودن و نبودن تزویج قرار داده است. می توان موارد ذیل را مؤید ایشان دانست:

• انتصار:

«و ممّا انفردت به الامامیه أنّ لولاية الجدّ من قبل الأب علی الصغیره

رححانا علی ولاية الأب علیها... والحجة لنا فیہ اجماع الطائفة.»^۲

سید مرتضی تنها مسئله اولویت جدّ بر پدر در تزویج صغیره را مطرح کرده و اسمی از اولویت جدّ بر پدر در تزویج صغیر نبرده است، در حالی که مقتضای ادله اولویت جدّ بر پدر این نیست که نسبت به صغیره، جدّ اولویت بر پدر داشته

۱. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۰۶-۲۰۷.

۲. الانتصار، ص ۲۸۶-۲۸۷.

باشد اما نسبت به صغیر، چنین اولویتی نباشد؛ بنابراین از عدم ذکر اولویت جد در تزویج صغیر، معلوم می‌شود که ایشان اصل ولایت داشتن پدر و جد بر تزویج صغیر را قبول ندارد و به این جهت در مسئله اولویت جد، فقط اولویت در تزویج صغیره را مطرح کرده است؛ پس ایشان تزویج صغیر توسط پدر و جد را فضولی و نفوذ آن را متوقف بر امضاء صغیر بعد از بلوغ می‌داند.

• مسائل ناصریات:

«عندنا أنه يجوز أن ينكح الصغار الآباء و الاجداد من قبل الآباء
فإن عقد عليهنّ غير من ذكرنا كان العقد موقوفاً على رضاهنّ بعد
البلوغ.»^۱

سید مرتضی در این بحث نیز تنها ولایت پدر و جد بر صبیّه را مطرح کرده و اسمی از صغیر نبرده است؛ زیرا با اینکه در ابتدا تعبیری جامع را به کار برده (الصغار) که شامل پسر هم می‌شود، اما بلافاصله با تفریع بعدی (فإن عقد عليهنّ) معلوم می‌شود که مرادش از صغار تنها صغیره است.

• کافی:

«الولاية مختصة بأب المفقود عليها و جدّهاله في حياته.»^۲
مرحوم ابو الصلاح حلبی همه فروعاتی که بر این مسئله مترتب کرده، درباره ولایت بر دختر است و اصلاً درباره ولایت بر پسر سخنی به میان نیاورده است.^۳ و چون ولایت اب و جد را بر پسر منکر است، قهراً عقد آنها فضولی و متوقف بر امضاء پسر بعد از بلوغ است.

• وسیله:

«وإذا عقد الأبوان على صبيّتهما كان عقد الصبيّ موقوفاً على إجازته
إذا بلغ دون الصبية فإذا بلغ الصبي و رضى به استقرّ وإن أبى
انفسخ.»^۴

۱. المسائل الناصريات، ص ۳۳۲.

۲. الكافي في الفقه، ص ۲۹۲.

۳. رك: الكافي في الفقه، ص ۲۹۲-۲۹۳.

۴. الوسيلة، ص ۳۰۰.

مفاد صدر عبارت این است که عقد صغیر توسط پدر عقد فضولی و صحت فعلیه آن متوقف بر اجازه او بعد از بلوغ است و ذیل آن هم منافاتی با این ظهور ندارد؛ زیرا فسخ و انفساخ در کلمات قدما و روایات در جایی که صحت عقد تأهلیه باشد نیز استعمال می شود؛ بنابراین می توان ادعا کرد که این ذیل ظهوری ندارد که مراد ایشان از انفساخ، داشتن حق خیار در عقد صحیح بالفعل است.

• غنیه:

«و من شرطه أن يكون صادرا ممن له ولاية، و الولاية التي يجوز معها تزويج الصغيرة غير البالغ - سواء كانت بكرة أو قد ذهب بكارتها - بزواج أو غيره، و لا يكون لها بعد البلوغ خيار، بلا خلاف بين أصحابنا - و تزويج البكر البالغ من غير إذنها - على خلاف بينهم في ذلك - مختصة بأبيها و جدّها له في حياته، فإن لم يكن الأب حياً فلا ولاية للجدّ، و من يختاره الجدّ أولى ممن يختاره الأب، و ليس لأحدهما فسخ العقد الذي سبق الآخر إليه، وإن كان بغير إذن، و الأولى بالأب استئذان الجدّ، بدليل إجماع الطائفة.»^۱

ظاهر کالصریح کلام ابن زهره این است که ایشان قائل به فضولی بودن تزویج صغیر و ثبوت خیار به معنای حق رد و امضا برای او است؛ زیرا ولایت را فقط در دو فرض صغیره بودن مولی علیه و کبیره بکر بودن او پذیرفته است؛ پس تزویج صغیر، فضولی خواهد بود؛^۲ البته کسی این قول را به ابن زهره نسبت نداده است. با ملاحظه کلام شیخ طوسی در تهذیب^۳ و استبصار^۴ نیز ممکن است گفته شود

۱. غنیه النزوع، ص ۳۴۲.

۲. علت اینکه عبارت غنیه ظاهر کالصریح در مطلب است، این است که ابن زهره در مقام بیان همه شروط نکاح از جهت اولیاء عقد است و پس از این عبارت هم متعوض حکم ثبت و بکر (در فرض نداشتن پدر) شده است و مطلبی در ولایت بر صغیر بیان نکرده است. به عبارت دیگر، اگر فتوای ایشان درباره صغیر مانند فتوایش درباره صغیره بود، باید در همین موضع آن را بیان می کرد، در حالی که نه در اینجا و نه در جای دیگری از غنیه مطلبی در این باره بیان نکرده است.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۲، ح ۱۹.

۴. الاستبصار، ج ۳، ص ۲۳۷.

که گویا از نظر ایشان شبهه‌ای که در مسئله وجود دارد، تنها فضولی بودن تزویج و ثبوت خیار به معنای حق رد و امضا است؛ زیرا در توجیه روایات مثبت خیار، تنها خیار به این معنا را رد نموده است.

اما «خیار» در کلمات برخی از فقهاء مانند کیدری در اصباح^۱ و همچنین متأخرین حتی خود محقق حلی در برخی کتب از جمله نکت نهاییه^۲ به معنای ثبوت حق فسخ نسبت به عقد صحیح است.

به علاوه ظاهر روایت محمد بن مسلم نیز صحت تزویج و ثبوت خیار فسخ است:

أحمد بن محمد بن عیسی عن الحسن بن محبوب عن العلاء
عن محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبي يتزوج
الصبيّة قال: إذا كان أبوهاما اللذان زوجاهما فنعم جائز ولكن لهما
الخيار إذا أدركا فإن رضيا بعد ذلك فإنّ المهر على الأب قلت له:
فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره قال: لا»^۳

ظاهر صحیحۀ محمد بن مسلم صحت فعلی عقد ابوبن است و اینکه صاحب حدائق تعبیر «جائز» در این صحیحۀ را مانند «جائز» در صدر صحیحۀ ابو عبیده^۴

۱. اصباح الشيعة، ص ۴۰۶.

۲. نکت النهایه، ج ۲، ص ۳۱۵.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۲، ح ۱۹؛ وسائل الشيعة، ج ۲۰، ص ۲۷۷-۲۷۸، ح ۸.

۴. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۱، ح ۴: عده من أصحابنا عن سهل بن زیاد و محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد و علي بن إبراهيم عن أبيه جميعا عن ابن محبوب عن ابن رناب عن أبي عبيدة الحذاء قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوجهما وليّان لهما و هما غير مدرکین فقال: النکاح جائز و أتيهما أدرك كان له الخيار و إن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضي قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية و رضي بالنکاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أترثه قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر قلت: فإن ماتت الجارية و لم تكن أدركت أيرثها الزوج المدرك قال: لا لأن لها الخيار إذا أدركت قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجهما قبل أن تدرك قال: يجوز عليها تزويج الأب و يجوز على الغلام و المهر على الأب للجارية»؛ وسائل الشيعة، ج ۲۶، ص ۲۱۹، ح ۱.

معنا کرده^۱ که به معنای فضولی و صحت تأهلی است، صحیح نیست و چنین معنایی در این صحیح به بسیار بعید است.

این مقدار برای رد ادعای صاحب حدائق و اثبات عمومیت محل نزاع کافی است، اگرچه ممکن است گفته شود: می‌توان برای رد ادعای ایشان علاوه بر عبارات قبلی، به کلمات کسانی مانند شیخ طوسی در نهاییه^۲ ابن بزاج در مهذب^۳ و ابن ادریس در سرائر^۴ نیز استشهاد کرد؛ زیرا این سه فقیه، هم حکم به خیار و هم حکم به ثبوت ارث کرده‌اند و چنان‌که در سطور سابق بیان شد، صاحب حدائق ثبوت ارث را منافی فضولی بودن تزویج می‌داند^۵؛ لذا صاحب حدائق باید پذیرد این افراد با پذیرش ارث، قائل به صحت فعلی تزویج شده‌اند و مراد آنها از خیار، حق فسخ است نه فضولی بودن.

اما تمسک به عبارات این دسته اخیر تنها به عنوان دلیل جدلی در رد ادعای صاحب حدائق مفید است و ما بر خلاف صاحب حدائق معتقدیم ثبوت ارث منافاتی با فضولی بودن تزویج ندارد. تفصیل این مطلب در ذیل صحیح یزید کناسی خواهد آمد.

دلیل سوم (استصحاب بقاء عقد) و نقد آن

در هر حال، اگر ادله فوق ناتمام باشد اما اصل صحت این تزویج پذیرفته شود، استصحاب بقاء عقد تا بعد از بلوغ صغیرین اقتضا می‌کند که عقد لازم باشد. نقد استصحاب در بررسی ادله لزوم تزویج صغیره بیان شد و نیازی به تکرار آن نیست.

۱. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۰۸.

۲. النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۶۶؛ و ص ۴۶۷.

۳. المهذب (ابن بزاج)، ج ۲، ص ۱۹۷.

۴. السرائر، ج ۲، ص ۵۶۶؛ و ص ۵۶۸.

۵. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۰۶-۲۰۷.

ادله نفی لزوم تزویج

حال، ادله نفی لزوم تزویج بررسی می‌شود. مراد از این ادله، روایاتی است که - در فرض تمام بودن - اثبات می‌کند صغیر بعد از بلوغ، نسبت به عقد اختیار دارد، چه مستفاد از این ادله، ثبوت خیار فسخ باشد، چه حق رد و امضاء.

دلیل اول (لاضرر) و بررسی آن

یکی از ادله مطرح برای تفصیل بین دختر و پسر و اثبات خیار برای خصوص پسر، «لاضرر» است که در تبیین دلالت آن بر خیار گفته شده که: نفقه زن بر عهده شوهر است و در صورت تمکن مالی، مهر نیز بر عهده او است؛ اما در مقابل، او سلطه‌ای که اشخاص بالغ بر زن خود دارند، در زمان صغر ندارد و لذا در مقابل ضرری که متحمل شده، چیزی به دست نیاورده است، برخلاف اشخاص بالغ که عقد ازدواجشان ضرری نیست؛ زیرا در عوض نفقه و مهر، سلطه بر زن دارند، همچنین بر خلاف دختر که مهر و نفقه را به دست آورده و متحمل ضرری نشده است.^۱

مناقشه آقای حکیم در استدلال به قاعده لاضرر

مرحوم آقای حکیم فرموده است: اگر حتی واقعاً ضرری متوجه صغیر باشد، عقد فضولی است، نه اینکه صحیح غیر لازم باشد و محلّ کلام بین فقهاء، خیاری بودن تزویج به معنای حق فسخ است، نه فضولی بودن عقد.^۲

در تکمیل و تبیین کلام ایشان این مطلب را می‌افزاییم که گاهی تزویج صغیر از مواردی است که هیچ ضرری متوجه او نمی‌شود؛ مثلاً پدر تعهد می‌کند که نفقه و مهریه را بپردازد یا پسر نزدیک بلوغ است و پدر می‌بیند که دختر دارای صفات برجسته‌ای است که سزاوار است در تزویج پسرش با او پیش قدم شود تا با مرد دیگری ازدواج نکند. در چنین مواردی، ضرری متوجه پسر نیست؛ بنابراین لازمه تزویج پسر، متوجه شدن ضرر به پسر نیست، در نتیجه نمی‌توان با قاعده لاضرر

۱. المهذب البارع، ج ۳، ص ۲۱۷-۲۱۸؛ غایة المرام، ج ۳، ص ۲۹.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۵۵.

حکم به عدم لزوم در همه موارد کرد.

یک اشکال جزئی به کلام مرحوم آقای حکیم وارد است؛ زیرا ایشان محلّ نزاع را منحصر در لزوم یا ثبوت خیار فسخ دانسته که صحیح نیست؛ زیرا محلّ نزاع عمومیت دارد و شامل بحث از ثبوت خیار به معنای حق رد و امضا نیز می‌شود. چنان‌که در بررسی کلام صاحب حدائق بیان شد، عده‌ای از فقهاء مانند سید مرتضی و ابن زهره حکم به فضولی بودن تزویج صغیر و ثبوت خیار به معنای حق رد و امضا برای او بعد از بلوغ کرده‌اند.

صاحب حدائق نیز محلّ نزاع را منحصر به همین مطلب نموده است^۱ که البته در نقد کلام ایشان بیان شد که این مطلب صحیح نیست و محلّ نزاع شامل خیار به معنای حق فسخ نیز می‌شود.

در هر حال، می‌توان تفصیلی را که مرحوم آقای حکیم لازمه استدلال به لاضرر دانسته پذیرفت و چنین گفت: در فرض ضرر، تزویج لازم نیست و فضولی است؛ اما در فرض عدم ضرر - که در بسیاری از موارد این‌گونه است - عقد صحیح است و دلیلی بر فضولی یا خیار بودن آن نیست. البته اصل این بحث که آیا عقد در فرض ضرر، فضولی یا خیار است - که بنا بر تحقیق فضولی است - در مباحث آینده بررسی می‌شود.

دلیل دوم: روایات خاصه

دلیل دوم بر نفی لزوم تزویج صغیر، روایات خاصه است.

روایت اوّل: صحیحہ علی بن یقطين

عنه عن الحسن بن علی بن یقطين عن أخيه الحسين عن علی بن یقطين قال:
«سألت أبا الحسن عليه السلام أتزوج الجارية و هي بنت ثلاث سنين أو

۱. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۰۶-۲۰۷: «والتقرير فيهما أنه عليه السلام رتب التوارث الذي هو ثمرة النكاح الصحيح - ولو كان التوارث قبل بلوغ كل منهما بأن ماتا صغيرين - على مجزئ كون تزويجهما من الأبوين، ولو توقف صخته على الاختيار بعد البلوغ كما يدعيه ذلك القائل لما حسن ذلك ولا صخ و هذا بحمد الله سبحانه ظاهر للناظرين.»

مراد از ضمیر «فيهما» در ابتدای عبارت، روایات عبید بن زرارہ و محمد بن مسلم است که بیان‌ش در بررسی کلام صاحب حدائق گذشت.

یَزَوِّجُ الْغُلَامَ^۱ وَهُوَ ابْنُ ثَلَاثِ سَنِينَ وَمَا أَدْنَىٰ حَذَّ ذَٰلِكَ الَّذِي يَزَوِّجُ بَنِيهِ فَإِذَا بَلَغَتْ الْجَارِيَةُ فَلَمْ تَرْضَ فَمَا حَالُهَا قَالَ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا رَضِيَ أَبُوهَا أَوْ وَلِيُّهَا.^۲

بررسی دلالت

شاید ادعا شود این روایت دلالت بر عدم لزوم تزویج صغیر از جانب پدر یا جد دارد؛ زیرا اینکه راوی در ابتدا هم از ازدواج صغیره و هم صغیر سوال نموده، قرینه است که فرض عدم رضای صغیره در سوال دوم را تنها به عنوان مثال ذکر کرده و از سوال، فرض عدم رضای صغیر را نیز اراده نموده است و از اینکه امام علیه السلام تنها درباره دختر حکم به لزوم نموده معلوم می شود که تزویج پسر لازم نیست. اما این استظهار تمام نیست و روایت از جهت دلالت بر عدم لزوم، مجمل است، همچنانکه این اجمال از جهت دلالت بر لزوم نیز وجود دارد، که در بحث تزویج صغیره به تفصیل بیان شد.

روایت دوم: روایت ابان

مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَىٰ عَنْ مُوسَى بْنِ جَعْفَرِ الْبَغْدَادِيِّ عَنْ ظَرِيفِ بْنِ نَاصِحٍ عَنْ أَبَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ:

«إِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَهُ كَانَ ذَٰلِكَ إِلَىٰ ابْنِهِ وَإِذَا زَوَّجَ ابْنَتَهُ جَازَ ذَٰلِكَ.»^۳

سند روایت چنان که در مباحث سابق بیان شد معتبر است.^۴

بررسی دلالت

ممکن است گفته شود: به موجب این روایت، پسر نسبت به تزویج پدر، اختیار دارد؛ اما امر تزویج دختر به دست پدر است و دختر اختیاری ندارد؛ اطلاق آن نیز شامل پسر صغیر و کبیر می شود و در نتیجه، از این جهت که هر دو نسبت به

۱. در یک نسخه، «أَزَوِّجُ الْغُلَامَ» وارد شده است؛ ر.ک: الاستبصار ج ۳، ص ۲۳۶، ح ۳.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۱-۳۸۲، ح ۱۸؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۷، ح ۷.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۹۳، ح ۵۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۳، ح ۳.

۴. کتاب نکاح، مباحث ولایت بر دختر باکره رشیده، روایات استقلال ولت.

تزویج پدر اختیار دارند فرقی وجود ندارد؛ و تنها فرق بین تزویج صغیر و کبیر در این است که تزویج صغیر، صحت فعلی دارد و صغیر، خیار فسخ دارد؛ اما تزویج کبیر، فضولی است و پسر حق امضا و رد دارد.

اما این استدلال با مناقشه مواجه است؛ زیرا:

اولاً، ظاهر روایت این است که پسر به هنگام عقد، صاحب اختیار است، نه اینکه بعداً اختیار خواهد داشت، پس در همان زمان عقد، موافقت و مخالفت او مؤثر در صحت و بطلان عقد است؛ بنابراین روایت ناظر به کبیر است نه صغیر؛ زیرا کبیر است که صلاحیت موافقت و مخالفت در همان زمان عقد را دارد.

ثانیاً، نوعاً کبیر را تزویج می‌کنند و تزویج صغیر شایع و غالب نیست؛ در نتیجه ظهور روایت در اینکه پسر همان حین عقد اختیاردار است، اقوا از اطلاق روایت نسبت به صغیر است و لا اقل اگر این ظهور اقوا نباشد، کمتر از اطلاق مذکور نیست.

ثالثاً، بر فرض که روایت شامل صغیر نیز بشود، با ادله‌ای که لزوم تزویج صغیر و یا لزوم تزویج صغیر و صغیره را ثابت می‌کند، مقتد می‌شود و در نتیجه روایت مختص به تزویج کبیر خواهد بود.^۱

روایت سوم: روایت فضل بن عبد الملک

عنه عن محمد بن یحیی عن عبد الله بن محمد عن علی بن الحکم عن أبان عن الفضل بن عبد الملک قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوّج ابنه وهو صغیر قال: لا بأس قلت: يجوز طلاق الأب قال: لا قلت: علی من الصّدق قال: علی الأب إن كان ضمنه لهم وإن لم یکن ضمنه فهو علی الغلام إلّا أن لا یكون للغلام مال فهو ضامن له وإن لم یکن ضمن و قال: إذا زوّج الرجل ابنه فذلک إلی ابنه^۲ فإذا زوّج

۱. اشکال چهارمی نیز ممکن است مطرح شود؛ زیرا اینکه جامع به این نحو (جامع بین «حق امضاء و فسخ» و «حق اجازة و رد») عرفاً صحیح باشد، محل تأمل است.

۲. در اکثر نسخ کافی «الی ابیه» آمده است (الکافی (دار الحدیث)، ج ۱۰، ص ۷۷۱)؛ اما در تهذیب و وسائل، «الی ابنه» آمده است (تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۹، ح ۳۵؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۷، ح ۴).

الابنة جاز.^۱

بررسی دلالت

سند این روایت معتبر است^۲ و چون مفادش مشابه روایت سابق است، لذا اشکالات سابق نیز بر این روایت وارد است.

روایت چهارم: صحیحہ محمد بن مسلم

أحمد بن محمد بن عیسی عن الحسن بن محبوب عن العلاء عن محمد بن مسلم قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبي يتزوج الصبية قال: إذا كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم جائز ولكن لهما الخيار إذا أدركا فإن رضيا بعد ذلك فإن المهر على الأب قلت له: فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره قال: لا.»^۳

لزوم توجیه یا طرح صحیحہ محمد بن مسلم

در بحث تزویج صغیره توسط پدر یا جد، بیان شد که این روایت قابل التزام نیست و باید طرح یا توجیه شود. توجیهاتی نیز در همان بحث، برای این روایت بیان و به تفصیل بررسی شد.

روایت پنجم: روایت یزید الكناسی

أحمد بن محمد بن عیسی عن الحسن بن محبوب عن أبي أيوب الخزاز عن يزيد الكناسي قال:

«قلت لأبي جعفر عليه السلام: متى يجوز للأب أن يزوجه ابنته ولا يستأمرها

استاد علیه السلام در حاشیه جامع احادیث الشیعة (أبواب المهور والشروط، باب ۹، ح ۱) درباره مفاد روایت بنا بر هر دو نسخه فرموده است: «بناء على نسخة المتن [(إلى ابنته)]، لعل المراد أنه إذا زوج الأب ابنته بالولاية، له فسخه وإن لم يكن له الطلاق وأما إذا زوج ابنته فقد جاز النكاح وليس للأب فسخه وبناء على ما في الهامش [(إلى ابنته)]، يكون المراد أن الأب إذا زوج ابنته البالغ كما هو الغالب فالتزويج فضولي أو خياری وأمره راجع إلى الإبن بخلاف الابنة فإنه جاز التزويج ولزم.»

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۹، ح ۳۵؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۷، ح ۴.
۲. در مباحث ولایت بر دختر باکره رشیده، روایات استقلال ولین، سند این روایت بررسی شده است.
۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۲، ح ۱۹؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۷-۲۷۸، ح ۸.

قال: إذا جازت تسع سنين فإن زوجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين.»

وهذه الزيادة وجدتها في كتاب المشيخة عن يزيد الكناسي:

«قلت: فإن زوجها أبوها ولم تبلغ تسع سنين فبلغها ذلك فسكتت ولم تأب ذلك أيجوز عليها قال: ليس يجوز عليها رضا في نفسها ولا يجوز لها تأب ولا سخط في نفسها حتى تستكمل تسع سنين وإذا بلغت تسع سنين جاز لها القول في نفسها بالرضا والتأبى و جاز عليها بعد ذلك وإن لم تكن أدركت مدرك النساء قلت: أفيقام عليها الحدود وتؤخذ بها وهي في تلك الحال وإنما لها تسع سنين ولم تدرك مدرك النساء في الحيض قال: نعم إذا دخلت على زوجها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفع إليها مالها وأقيمت الحدود الثامنة عليها ولها قلت: فالغلام يجري في ذلك مجرى الجارية فقال: يا أبا خالد إن الغلام إذا تزوجه أبوه ولم يدرك كان له الخيار إذا أدرك وبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته قبل ذلك قلت: فإن أدخلت عليه امرأته قبل أن يدرك فمكث معها ما شاء الله ثم أدرك بعد فكرها وتأبها قال: إذا كان أبوه الذي تزوجه ودخل بها ولذ منها وأقام معها سنة فلا خيار له إذا أدرك ولا ينبغي له أن يرذ على أبيه ما صنع ولا يحل له ذلك قلت له فإن تزوجه أبوه ودخل بها وهو غير مدرك أقيم عليه الحدود وهو في تلك الحال قال: أنا الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرجل فلاو لكن يجلد في الحدود كلها على قدر مبلغ سنه فيؤخذ بذلك ما بينه وبين خمس عشرة سنة فلا تبطل حدود الله في خلقه ولا تبطل حقوق المسلمين بينهم قلت له: جعلت فداك فإن طلقها في تلك الحال ولم يكن أدرك أيجوز طلاقه قال: إن كان مسها في الفرج فإن طلقها جائز عليها وعليه وإن لم يمسه في الفرج ولم تلذ منه فأتها تعزل عنه وتصير إلى أهلها فلا يراها ولا تقربه حتى يدرك فيسأل و يقال له: إنك كنت طلقك امرأتك فلانة فإن هو أقر بذلك وأجاز

الطلاق كانت تطليقة بائنة و كان خاطبا من الخطاب.^۱

بررسی سند و دلالت

این روایت در بحث تزویج صغیره توسط پدر یا جد، نقل و سند و دلالت آن به تفصیل بررسی و بیان شد که سند روایت بنا بر تحقیق معتبر است و از نظر دلالت نیز شیخ طوسی به این روایت برای تفصیل بین صغیر و صغیره و اثبات خیار برای صغیر استدلال نموده است.^۲

بررسی مناقشات شهید ثانی

شهید ثانی قول به ثبوت خیار برای صغیر را به جماعتی از جمله شیخ طوسی نسبت داده، مستند ایشان را روایت یزید کناسی دانسته^۳ و در ادامه چند اشکال را مطرح نموده است:

اشکال اول و دوم: «ضعف سند» و «ابتلاء به اضطراب و مخالفت با اصول»
اشکال اول ایشان، مجهول بودن یزید کناسی و در نتیجه ضعف سندی روایت است، و اشکال دوم نیز ابتلاء روایت به اضطراب و مخالفت با اصول است.^۴

ناتمامی اشکال اول و تأیید اشکال دوم

این دو اشکال در ضمن مباحث تزویج صغیره بررسی شد و در آن مبحث بیان شد که اشکال اول وارد نیست و یزید کناسی بنا بر تحقیق، ثقه و سند روایت معتبر است؛ اما بیان شد که به دلیل شاذ بودن روایت از جهات متعدد، اشکال دوم وارد است.

اشکال سوم: وجود تناقض در کلام شیخ طوسی

اشکال سوم، اشکالی است که شهید ثانی از علامه^۵ اخذ کرده؛ اما اسمی از ایشان نبرده است. اشکال این است که تهافت و تناقضی در کلمات شیخ طوسی وجود

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۲-۳۸۳، ح ۲۰؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۸-۲۷۹، ح ۹.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۴.

۳. مسالك الأنفهام، ج ۷، ص ۱۷۶.

۴. مسالك الأنفهام، ج ۷، ص ۱۷۶.

۵. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۳۸.

دارد؛ زیرا با اینکه ایشان نسبت به تزویج صغیر توسط پدر، قائل به ثبوت خیار برای پسر در زمان بلوغ شده است، اما مستفاد از بیان دیگرشان، نفی خیار از پسر است؛ زیرا ایشان در نهاییه از یک سو در فرض تزویج صغیرین توسط ابوین، حکم به توارث صغیرین نموده و فرموده است:

اگر پدر دختر و پدر پسر، آنها را قبل از بلوغشان، به عقد هم در آورند، بین آنها توارث ثابت می‌شود. در صورت وفات پسر قبل از بلوغ، دختر از او ارث می‌برد و در صورت وفات دختر قبل از بلوغ، پسر از او ارث می‌برد.^۱

۱. این عبارت در کلام شهید ثانی نیست، اگرچه در نهاییه مرحوم شیخ و مختلف علامه که این اشکال را ذکر کرده وجود دارد.

النهاییه (شیخ طوسی)، ص ۴۶۶: «و متى عقد الأبوان علی ولديهما قبل أن يبلغا، ثم ماتا، فإنهما يتوارثان: تراث الجارية الضبي، والضبي الجارية.» مختلف الشيعة، ج ۷، ص ۱۳۸: «وقال الشيخ في (النهاییه): إذا عقد الأبوان علی ولديهما قبل أن يبلغا، ثم ماتا، فإنهما يتوارثان. تراث الجارية الضبي والصبي الجارية. و متى عقد عليهما غير أبويهما ثم مات واحد منهما، فإن كان الذي مات الجارية، فلا يرث الضبي، سواء بلغ أو لم يبلغ. لأن لها الاختيار عند البلوغ، وإن كان الذي مات الزوج قبل أن يبلغ، فلا ميراث لها أيضا، لأن له الخيار عند البلوغ.» و هذا التعليل من الشيخ يعطي أن من له الخيار عند البلوغ لو مات قبله فلا ميراث، وهو يدل علی نفی الخيار في صورة الأبوين.» مسالك الأتھام، ج ۷، ص ۱۷۶: «و للشيخ في النهاية كلام يعطي أنهما في هذا الفرض لا يتوارثان، لأنه قال: «و متى عقد عليهما غير أبويهما ثم مات واحد منهما، فإن كان الذي مات الجارية فلا يرث الضبي، سواء بلغ أم لم يبلغ، لأن لها الخيار عند البلوغ. وإن كان الذي مات الزوج قبل أن يبلغ فلا ميراث لها أيضا، لأن له الخيار عند البلوغ.» و هذا التعليل من الشيخ يقتضي أن من له الخيار عند البلوغ لو مات قبله فلا ميراث. وهو يدل علی نفی الخيار في صورة الأبوين، لإثباته الخيار فيه للزوج.»

به تصریح استاد^۲ در این بحث و در حاشیه ایشان بر عبارت مرحوم شهید ثانی در مسالك چاپ سنگی، شهید این اشکال را از مختلف اخذ نموده است، و با توجه به اینکه این مطلب در نهاییه و مختلف وجود دارد و تمامیت اشکال نیز متوقف بر نقل این مطلب است، ایشان در تکمیل و تبیین اشکال مرحوم شهید ثانی این مطلب را نیز اضافه کرده است.

البته مطلبی که استاد^۳ از مسالك نقل نموده، مقداری با مطلب موجود در مسالك در نرم افزار جامع فقه ۲ و مسالك چاپ سنگی مغایرت دارد؛ اما ایشان بخشی را که مغایرت دارد دارای خلل می‌داند. ابتدا کلام موجود در مسالك و حاشیه ایشان بر مسالك چاپ سنگی نقل می‌شود و سپس توضیحی درباره حاشیه ایشان ارائه خواهد شد.

عبارت مسالك (ج ۷، ص ۱۷۶): «و للشيخ في النهاية كلام يعطي أنهما في هذا الفرض لا يتوارثان، لأنه قال: «و متى عقد عليهما غير أبويهما ثم مات واحد منهما، فإن كان الذي مات الجارية فلا يرث الضبي،

و از سوی دیگر، ثبوت خیار برای متوقی را مانع از ارث بردن طرف مقابل دانسته است؛ زیرا فرموده است:

اگر کسی غیر از پدر دختر و پدر پسر، آنها را به عقد هم در آورد، و سپس یکی از آنها قبل از بلوغ بمیرد، دیگری از او ارث نمی برد؛ زیرا متوقی در زمان بلوغ خیار داشته، اما قبل از بلوغ، وفات کرده و نتوانسته اعمال خیار کند.^۱

سواء بلغ أم لم يبلغ، لأن لها الخيار عند البلوغ. وإن كان الذي مات الزوج قبل أن يبلغ فلا ميراث لها أيضا، لأن له الخيار عند البلوغ وهذا التعليل من الشيخ يقتضي أن من له الخيار عند البلوغ لو مات قبله فلا ميراث. وهو يدل على نفي الخيار في صورة الأبوين، لإثباته الخيار فيه للزوج.

استاد^۲ در ذیل لفظ «الخيار» در عبارت «نفي الخيار»، در مسالک چاپی نوشته است: «الصواب الميراث بدل «الخيار» و لو كان المرجع لضمير «هو» الميراث يكون الصواب «لا إثباته» و هو الظاهر فإن ما هنا «إلى الأبوين» مأخوذ من المختلف فراجع ۱۲۳/۷.

تذکر دو نکته درباره این حاشیه لازم است:

نکته اول: آدرسی که ایشان برای مختلف مرحوم علامه ذکر کرده، مطابق با چاپ جامعه مدزسین نیست.

نکته دوم: استاد^۳ دو احتمال درباره عبارت «و هو يدل على نفي الخيار في صورة الأبوين، لإثباته الخيار فيه للزوج» ذکر کرده است:

احتمال اول: «الخيار» در ابتدای عبارت اشتباه بوده و لفظ صحیح «الميراث» است. دلیل این مدعا آن است که اثبات خیار با نفی میراث ملازمه دارد، نه با نفی خیار. طبق این احتمال مرجع ضمیر «هو»، «التعليل» است.

احتمال دوم: «الخيار» در ابتدای عبارت، صحیح است، اما مرجع ضمیر «هو»، «الميراث» است و عبارت «لا إثباته» اشتباه بوده و صحیح «لا إثباته» است.

ایشان در ادامه فرموده است: ظاهر عبارت مسالک همین احتمال دوم است؛ زیرا عبارات شهید ثانی در مسالک تا لفظ «إلى الأبوين» از مختلف اخذ شده است.

مرحوم علامه در مختلف فرموده است: «قال الشيخ في النهاية: «إذا عقد الأبوان على ولديهما قبل أن يبلغا، ثم ماتا، فإنهما يتوارثان، ثرت الجارية الصبي والصبي الجارية ... و متى عقد عليهما غير أبويهما ثم مات واحد منهما، فإن كان الذي مات الجارية، فلا يرث الصبي، سواء بلغ أو لم يبلغ، لأن لها الاختيار عند البلوغ، وإن كان الذي مات الزوج قبل أن يبلغ، فلا ميراث لها أيضا، لأن له الخيار عند البلوغ.» و هذا التعليل من الشيخ يعطي أن من له الخيار عند البلوغ لو مات قبله فلا ميراث، وهو يدل على نفي الخيار في صورة الأبوين.» (مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۳۸).

این عبارات عین عباراتی است که در مسالک وجود دارد، با این تفاوت که مرحوم شهید ثانی عبارت «لا إثباته الخيار فيه للزوج» را بعد از «فی صورة الأبوين» اضافه کرده است.

۱. النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۶۶-۴۶۷.

مقتضای تعلیل این است که اگر کسی که هنگام بلوغ خیار دارد، قبل از بلوغ و توانایی بر اعمال آن بمیرد، دیگری از او ارث نمی برد؛ لذا ثبوت ارث در جایی است که متوفی، خیاری در هنگام بلوغ نداشته باشد؛ لذا حکم به توارث صغیرین به معنای نفی خیار از آنهاست.

پاسخ: عدم تناقض بالحاظ معنای خیار

اما در پاسخ می توان گفت: تعلیل شیخ طوسی برای نفی توارث در تزویج غیر ابوبین به تبع روایات^۱ از سوی ایشان ارائه شده و تهافت و تناقضی نیز در کلام ایشان به وجود نیاورده است؛ زیرا:

اولاً، اگر مراد از خیار در عبارت شیخ، خیار به معنای متأخرین باشد که تنها به معنای حق فسخ عقدی است که صحت فعلی دارد، ممکن است اشکال تناقض و تهافت به شیخ وارد شود؛ اما همان طور که در سابق نیز بیان شد، در اصطلاح قداماء به عقد فضولی موقوف بر اجازه اصیل هم عقد خیاری گفته می شده است. در عقد فضولی، اگر اصیل قبل از اجازه دادن از دنیا برود، قهراً عقد باطل می شود و توارث منتفی می شود. در مورد عقد غیر ولی، چون او اجنبی و فضولی است، باید خود دختر و پسر عقد را امضاء کنند؛ حال اگر غیر بالغ بودند و صلاحیت امضاء نداشتند و قبل از آن که صلاحیت امضاء پیدا کنند از دنیا رفتند و امضایی واقع نشد، در این فرض، شیخ تعلیل آورده که چون اعمال خیار نکرده و مرده است، وراثتی در بین نیست؛ اما در مواردی که عقد، صحیح خیاری است و فضولی نیست، عدم اعمال خیار مانع از وراثت نیست.

ثانیاً، حتی اگر خیار در کلام شیخ در هر دو فرض، به معنای خیار اصیل نسبت به عقد فضولی باشد، با وجود این، می توان قائل به فرق بین فرض تزویج صغیرین توسط ابوبین و فرض تزویجشان توسط غیر ابوبین شد و گفت: در فرض تزویج ابوبین،

۱. ر.ک: الکافی، ج ۷، ص ۱۳۱، «باب میراث الغلام و الجارية یزّوجان و هما غیر مدرکین»؛ کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۰۹، «باب میراث الضبیین یزّوجان ثمّ بموت أحدهما»؛ تهذیب الأحکام، ج ۹، ص ۳۸۲، «باب توارث الأرواح من الضبّیان»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۹، «باب حکم میراث الضغیرین إذا زوّجهما ولیّان أو غیرهما».

رضای صغیرین تنها در صورتی معتبر است که تا زمان بلوغ زنده باشند و تمکن از ردّ و یا امضای آن پیدا کنند؛ اما در فرض تزویج غیر ابوین، رضای آنها شرطیت مطلقه دارد و مقید به فرض رسیدن آنها به بلوغ و تمکن از رد یا امضای نیست و این فرق بین دو فرض، موجب فرق آنها در مسئله ارث نیز می شود.

توضیح مطلب: گاهی رضای «من له العقد» مانند شرطیت طهارت از حدث برای صحت نماز، شرطیت مطلقه و گاهی نیز مانند شرطیت طهارت از خبث، شرطیت عند التمكن دارد. به عنوان مثال، رضای زوج کبیر نسبت به عقد خود، شرطیت مطلقه و رضای پدر در عقد دختر رشیده، شرطیت عند التمكن دارد. در فرض ثبوت شرطیت مطلقه برای رضا، چنانچه «من له العقد»، عقد را اجازه نکند، علقه نکاح و به تبع آن توارثی ثابت نخواهد شد، حتی اگر این عدم اجازه به دلیل عدم تمکن از آن باشد؛ اما در فرض شرطیت عند التمكن، عدم اجازه به دلیل عدم تمکن از آن، مانع از صحت فعلی عقد و ثبوت توارث نیست.

با توجه به مطلب بالا، ممکن است در مقام نیز گفته شود: پسر غیر بالغی که پدر یا جد، او را تزویج کرده است، اگر به سن بلوغ برسد، صحت فعلی عقد موقوف بر اجازه او خواهد بود؛ اما اگر قبل از بلوغ بمیرد و تمکن از اجازه نیابد، همان رضای پدر یا جد کافی است؛ اما در فرضی که تزویج صغیرین از جانب غیر ولی شرعی صورت گرفته باشد، رضای دختر و پسر شرطیت مطلقه دارد و در نتیجه اگر این شرط محقق نشود، عقد از فضولی بودن خارج نمی شود و توارثی نیز ثابت نخواهد شد، حتی اگر محقق نشدن اجازه به دلیل وفات دختر یا پسر قبل از بلوغ و عدم تمکن آنها از ردّ یا اجازه باشد.

حاصل اینکه چه خیار به معنای خیار نزد متأخرین و چه به معنای خیار اصیل نسبت به عقد فضولی باشد، تناقضی در کلام شیخ نیست؛ زیرا توقف عقد بر رضای پسر فقط در صورتی است که زنده بماند، بالغ شود، و امکان استیذان از او باشد؛ اما اگر قبل از بلوغ بمیرد، معلوم می شود علقه نکاح حاصل شده و توارث ثابت است، همچنان که روایات نیز دلالت بر توارث در این فرض دارند^۱ و ابن

۱. ر.ک: الکافی، ج ۷، ص ۱۳۱، «باب میراث الغلام و الجارية یزوجان و هما غیر مدرکین»؛ کتاب من

ادریس نیز درباره آن فرموده: «هذا صحيح بغیر خلاف بین أصحابنا؛ بنابراین نفوذ و صحت چنین عقدی مراعی است؛ یعنی اثباتاً متوقف بر این است که معلوم شود صغیر تا زمان بلوغ زنده می ماند یا خیر، و چنانچه قبل از بلوغ بمیرد، کشف می شود که از اول علقه نکاح حاصل شده است. لذا اینکه در برخی از روایات مانند صحیح محمد بن مسلم،^۱ در فرض تزویج صغیرین توسط ولی، حکم به توارث آنها شده، لازمه اش این نیست که تزویج صغیر و صغیره توسط ولی، صحیح بالفعل است؛ پس ادعای صاحب حدائق که ثبوت توارث را منافی با فضولی بودن تزویج دانسته^۲ مطلب ناتمامی است.

البته شرایطی در ثبوت توارث مطرح است. در روایت عتاد بن کثیر چنین آمده است:

عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ وَمُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيْسَى عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ نَعِيمِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ عِتَادِ بْنِ كَثِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: «سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَ ابْنَاهُ مَدْرَكًا مِنْ يَتِيمَةٍ فِي حَجَرِهِ قَالَ: تَرْتَهُ إِنْ مَاتَ وَلَا يَرِثُهَا لِأَنَّ لَهَا الْخِيَارَ وَلَا خِيَارَ عَلَيْهَا.»^۳

با اینکه شرعاً پسر بالغ در امر ازدواج مستقل است، اما معمولاً اولیاء متصدی این امور هستند. طبق این روایت، پدری پسر بالغش را به عقد دختر نابالغی درآورده است؛ این دختر، یتیمه ای بوده که بر او ولایتی نداشته و تنها در دامن او بزرگ شده است، مثل کسی که دختر ندارد و دختری را نزد خود آورده، او را بزرگ نموده است؛

لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص ۳۵۹، «باب ميراث الضبيين يزوجان ثم يموت أحدهما»؛ تهذيب الأحكام، ج ۹، ص ۳۸۲، «باب توارث الأزواج من الضبيان»؛ وسائل الشيعه، ج ۲۶، ص ۲۱۹، «باب حكم ميراث الصغيرين إذا زوجهما وليان أو غيرهما».

۱. السرائر، ج ۲، ص ۵۶۶.

۲. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۳۸۸-۳۸۹، ح ۳۲: أحمد بن محمد بن عيسى عن محمد بن أبي عمير عن صفوان عن علاء عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «في الضبي يتزوج الضبيّة بتوارثان قال: إذا كان أبوهما اللذان زوجهما فنعم قلت: فهل يجوز طلاق الأب قال: لا» (وسائل الشيعه، ج ۲۵، ص ۲۹۲، ح ۱).

۳. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۵۶-۲۵۷.

۴. الكافي، ج ۷، ص ۱۳۲، ح ۲؛ وسائل الشيعه، ج ۲۶، ص ۲۱۹-۲۲۰، ح ۲.

بنابراین طبعاً این عقد از جهت دختر فضولی است و باید بعد از بلوغ اجازه بدهد. اگر دختر در کوچکی بمیرد و مالی داشته باشد، پسر ارث نمی‌برد؛ زیرا عقد از جانب دختر فضولی بوده است و قبل از بلوغ و تمکن از اجازه، مرده است؛ بنابراین اجازه به عنوان شرط صحت فعلی عقد و خروج آن از فضولی بودن، محقق نشده است و لذا پسر از او ارث نمی‌برد؛ اما اگر پسر بمیرد، دختر از او ارث می‌برد؛ زیرا عقد از جانب او تمام بوده است.

به مقتضای جمع بین ادله، روایت عباد بن کثیر به قرینه روایات دیگر مثل صحیحہ ابی عبیدہ^۱ و یزید کناسی^۲ مقید می‌شود به اینکه دختر باید بعد از بلوغ قسم بخورد که به طلب مال پسر، نکاح را نپذیرفته است، همچنان که روایات توارث مانند صحیحہ محمد بن مسلم^۳، به قرینه روایات دیگر مقید می‌شود به اینکه هر کدام از دختر و پسر که عقدشان فضولی بوده باید علاوه بر رضای به عقد بعد از بلوغ، قسم نیز بخورند تا از دیگری ارث ببرند.

اشکال چهارم: معارضه روایت یزید کناسی با صحیحہ محمد بن مسلم
اشکال چهارمی که شهید ثانی مطرح کرده این است که مفاد روایت یزید کناسی، معارض روایت محمد بن مسلم است؛ زیرا روایت محمد بن مسلم بدون تفصیل بین صغیر و صغیره، برای هر دو خیار ثابت کرده است^۴ و روایت محمد بن مسلم صحیحہ است، اما روایت کناسی ضعیف است.^۵

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۱، ح ۴؛ وسائل الشیعه، ج ۲۶، ص ۲۱۹، ح ۱.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۲-۳۸۳، ح ۲۰؛ وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۲۷۸-۲۷۹، ح ۹.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۸-۳۸۹، ح ۳۲؛ أحمد بن محمد بن عیسی عن محمد بن ابی عمیر عن صفوان عن علاء عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر (علیه السلام) «في الضبی يتزوج الضبیة يتوارثان قال: إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم قلت: فهل يجوز طلاق الأب قال لا.» (وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۲۹۲، ح ۱).

۴. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۲، ح ۱۹؛ أحمد بن محمد بن عیسی عن الحسن بن محبوب عن العلاء عن محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن الضبی يتزوج الضبیة قال: إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم جائز ولكن لهما الخيار إذا أدركا فإن رضيا بعد ذلك فإن المهر على الأب قلت: له فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره قال لا.» (وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۲۷۷-۲۷۸، ح ۸).

۵. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۷۶-۱۷۷.

نقد اشکال چهارم: عدم امکان اخذ به صحیحۀ محمد بن مسلم
اشکال چهارم نیز تمام نیست؛ زیرا وقتی مفاد صحیحۀ محمد بن مسلم مخالف
اجماع و روایات کثیره است و در نتیجه آن را طرح یا توجیه کردیم، دیگر مانعی برای
صحیحۀ یزید کناسی وجود ندارد.

لزوم توجیه یا طرح روایت یزید کناسی
در هر حال صحیحۀ یزید کناسی قابل اخذ نیست و باید توجیه یا طرح شود؛ زیرا
علاوه بر دلیلی که برای لزوم توجیه یا طرح صحیحۀ محمد بن مسلم ذکر شد، این
روایت همچنان که شهید ثانی فرموده، مبتلا به اضطراب و مخالف اصول است و
به این دلیل نیز نمی‌توان به مفاد آن عمل کرد.

نتیجۀ نهایی: لزوم تزویج

در نتیجه، تزویج صغیر توسط پدر یا جدّ صحیح و لازم است و پسر بعد از بلوغ
نمی‌تواند آن را به هم بزند.

حکم تزویج مجنون توسط پدر یا جد

بحث دیگری که بعد از تزویج صغیرین توسط پدر یا جد در این مسئله عروه مطرح شده، حکم تزویج مجنون توسط پدر یا جد است که مرحوم سید چنین فرموده است:

«لا خيار للصغيرة اذا زوجها الأب أو الجد بعد بلوغها و رشدها بل هو لازم عليها و كذا الصغیر علی الأقوی و القول بخیاره فی الفسخ و الامضاء ضعيف و كذا لا خيار للمجنون بعد إفاقته.»^۱

محل نزاع

اصل ثبوت ولایت پدر و جد بر فرزند و نوه‌ای که مجنون است، در مباحث گذشته ثابت شد و فرقی نیز بین مجنون متصل به صغر و منفصل از آن در این حکم نیست؛^۲ اما بحث مطرح در این مسئله آن است که اگر پدر یا جد طبق مصلحت مجنون، او را به عقد کسی درآورد، آیا او می‌تواند بعد از افاقه آن را به هم بزند و یا اینکه مانند صغیر و صغیره، چنین حقی ندارد و این تزویج، لزومی است؟

ادله لزوم تزویج

در ذیل، ادله لزوم تزویج بیان و بررسی می‌شود.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۵، م ۴.

۲. رک: کتاب نکاح، ج ۱۱، ذیل مسئله یک عروه (العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۳).

دلیل اول: اجماع بر لزوم

ادّعا شده که لزوم تزویج مجنون و عدم خیار او بعد از افاقه، اجماعی است،^۱ گرچه قبل از شرایع، فقیهی پیدا نشد که تصریح به لزوم این عقد کرده باشد^۲ و تنها اصل ثبوت ولایت بر مجنون در کلمات ایشان مطرح شده، لکن استظهار قول به لزوم در چنین مسائلی، بعید نیست؛ زیرا چنانچه در مورد عقدی مانند عقد نکاح که به شکل متعارف نمی‌توان آن را به هم زد، بگویند: «عقد صحیح است» و متعزّض امکان یا عدم امکان به هم زدن آن نشوند، به طور متعارف و معمول، استظهار می‌شود که عقدی لازم است و نمی‌توان آن را به هم زد.

دلیل دوم: بناء عقلاء

حتی اگر اجماعی هم در کار نباشد، باز هم لزوم عقد طبق قاعده است؛ زیرا عقدی که شارع صحیح دانسته و مشابهاتش عقد لزومی است و فقط در برخی موارد جواز فسخ را اعلام کرده است، در غیر این موارد، جواز فسخ عقد صحیح محتاج دلیل است و عقلاء تا از سوی شارع تجویزی بر فسخ واصل نشده باشد، این عقد صحیح را لزومی می‌دانند.

البته اگر عدم وصول همراه با یقین به عدم بیان شارع باشد، این سکوت شارع اماره عقلایی بر لزوم عقد است و اگر احتمال بدهیم که شارع بیان کرده و واصل نشده، گرچه عدم وصول، اماره بر لزوم عقد نیست، اما حجت عقلایی بر لزوم عقد است؛ زیرا وقتی تنها در مواردی خاص، فسخ تجویز شده، در سایر موارد که چنین تجویزی واصل نشده، بنای عقلاء آن است که جواز فسخ را محتاج دلیل می‌دانند و شارع نیز از این بنای عملی عقلاء ردعی نکرده است.

دلیل سوم (استصحاب) و اشکال آن

شاید گفته شود: بعد از اثبات صحت تزویج، لزوم آن با استصحاب ثابت می‌شود؛

۱. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۴۴.

۲. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۲۱.

اما اثبات لزوم از این راه تنها برای کسانی ممکن است که جریان استصحاب در شبهات حکمیه را قبول دارند؛ اما بنا بر تحقیق، این مبنا تمام نیست؛ بنابراین نمی‌توان از این راه لزوم تزویج مجنون را اثبات کرد.

نتیجه نهایی: لزوم تزویج

نتیجه آن است که تزویج مجنون توسط پدر یا جد صحیح و لازم است و مجنون نمی‌تواند بعد از افاقه آن را به هم بزند.

بخش شانزدهم

بررسی کفایت عدم مفسده در صحت تزویج پدر و جد

بررسی کفایت عدم مفسده در صحت تزویج پدر و جد

مسألة ۵: «یشترط فی صحة تزویج الأب و الجد و نفوذه عدم المفسدة و ألا يكون العقد فضولیا كالأجنبي و یحتمل عدم الصحة بالإجازة أيضا بل الأحوط مراعاة المصلحة بل یشكل الصحة إذا كان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الآخر بحسب الشرف أو من أجل كثرة المهر أو قلته بالنسبة إلى الصغير فاختر الأب غیر الأصلح لتشهی نفسه»^۱

این مسئله درباره اشتراط «عدم مفسده» یا «وجود مصلحت» در صحت تزویج پدر یا جد است که مطالب آن در سه بخش ارائه می شود.

۱. اشتراط عدم مفسده در صحت تزویج پدر یا جد
۲. اشتراط مصلحت در صحت تزویج پدر یا جد
۳. حکم تزویج مولی علیه به غیر اصلح، توسط پدر یا جد

بررسی ادله اشتراط عدم مفسده

بخش اول مسئله این است که اگر تزویج مولی علیه توسط پدر یا جد، مشتمل بر مفسده باشد، آیا صحیح و لازم است یا فضولی است؟ و در صورتی که فضولی باشد، آیا با اجازه متأخر مولی علیه تصحیح می شود یا نه؟ بنابراین دو مطلب در این مسئله مطرح است که باید بررسی شود.

مرحوم سید صحت تزویج پدر یا جد را مشروط به عدم مفسده دانسته و فرموده است: «یشترط فی صحة تزویج الأب و الجد و نفوذه عدم المفسدة و ألا يكون العقد فضولیا كالأجنبي»^۲

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۶.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۶.

دلیل اول: اجماع

از تعابیر برخی فقهای گذشته مانند صاحب مفتاح الکرامه^۱ و شهید ثانی^۲ استفاده می شود که اجماع بر اشتراط عدم مفسده در صحت عقد ولی وجود دارد. اینکه علاوه بر عدم مفسده، وجود مصلحت نیز شرط است یا نه، بحث دیگری است که در ادامه مباحث مسئله بررسی می شود.

مرحوم شیخ انصاری در مکاسب اقوالی را از مجمعین و مدّعين اجماع نقل کرده^۳ و مرحوم آقای خوئی نیز ادّعی اجماع بر اشتراط عدم مفسده کرده است.^۴

اشکال: وجود اختلاف در مسئله

با مراجعه به اقوال علماء معلوم می شود چنین اجماعی وجود ندارد. صاحب جواهر در مسئله دیگری، نسبت به عقد ولی که مشتمل بر مفسده است، متمایل به بطلان شده و فرموده است: اگر حکم به فضولی بودن عقد، خلاف اجماع نباشد، طبق قاعده باید حکم نمود که چنین عقدی فضولی است و صحت فعلی آن متوقف بر اجازه است.^۵ از این عبارت استفاده می شود ایشان خوف داشته که اجماع باشد بر اینکه با وجود مفسده نیز عقد ولی صحت فعلی داشته باشد.

مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف این مسئله را مطرح نموده که اگر ولی، دختر غیر بالغ خود را به تزویج عبد یا کسی در بیاورد که دیوانه یا مجذوم یا ابرص یا خصی است، حکم آن چیست؟ ایشان ابتدا حکم به جواز تکلیفی

۱. مفتاح الکرامه، ج ۱۲، ص ۶۸۱.

۲. مستند مطلب یافت نشد؛ ر.ک: مسالك الأتھام، ج ۷، ص ۱۴۴.

۳. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۵۳۹-۵۴۰.

۴. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۲۹.

۵. مرحوم صاحب جواهر این مطلب را در مباحث میراث مطرح کرده است:

جواهر الکلام، ج ۳۹، ص ۲۰۲: «نعم لو زوّجها بغير الكفو بدون مهر المثل و نحو ذلك ممّا هو مفسده في الظاهر أمکن القول بعدم التوارث بهذا العقد الذي هو فضولي. لعدم نفوذ تصرف الولي و لو الإجمالي مع المفسدة في الظاهر، فيجري حينئذ فيه ما سمعته من الفضولي إلا أن يقوم دليل معتد به من إجماع أو غيره بصحة ذلك من الولي في خصوص النكاح مع جيره بأن لها الخيار في العقد بعد البلوغ على وجه يكون كخيار العيب، و حينئذ يتجه التوارث فيه أيضاً، لما عرفت».

تزویج^۱ و در مسئله بعد، حکم به صحت آن نموده است و متعزض این مطلب نشده است که آیا می شود چنین عقدی را به هم زد یا نمی شود.^۲

صاحب جواهر برای این کلام شیخ تقریبی ذکر نموده که نتیجه اش عدم خیار است. ایشان فرموده است: ولی حکم خود مولی علیه را دارد؛ بنابراین همچنان که اگر مولی علیه صلاحیت داشت و عالماً اقدام به این کار می کرد، خیار نداشت، ولی او نیز چنین حکمی دارد؛ زیرا جانشین او است و لذا اگر جایز باشد که ولی چنین عقدی را برای مولی علیه انجام دهد، مولی علیه نسبت به آن خیار ندارد.^۳ در مبسوط، مرحوم شیخ فرموده است: اقوا این است که عقد، صحیح است، اما شخص، خیار فسخ دارد.^۴ ظاهر تعبیر صحت، این است که صحت فعلیه مراد است، نه اینکه عقد فضولی است و تنها صحت شأنیه دارد.

محقق حلی در شرایع در این مسئله، به صحت و خیاری بودن عقد فتواداده است.^۵ علامه نیز در تذکره حکم به صحت کرده است، به جهت اینکه ولی، جانشین مولی علیه است و همان گونه که اشخاص واجد صلاحیت می توانند اقدام به چنین عقدی کنند، ولی شخص نیز می تواند عقد کند. ایشان به جهت لاضرر قائل به خیار مولی علیه شده است.^۶

۱. الخلاف، ج ۴، ص ۲۸۴-۲۸۵، م ۴۹.

۲. الخلاف، ج ۴، ص ۲۸۵، م ۵۰.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۱۲.

۴. المبسوط، ج ۴، ص ۱۸۶.

۵. شرایع الإسلام، ج ۲، ص ۲۲۲.

۶. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۶۰۸: «الوجه عندی صحة النکاح و ثبوت الخيار أما صحة النکاح فالأن الولي کالمولی علیه فی التصرفات مع کماله و لاریب أن الصغیر لو کانت بالغة کان لها أن تزوجت ممن له إحدى العیوب فکذا الولي أما ثبوت الخيار فلائه أمر یتعلق بالشهوة و لاحظ فیہ لغیرها و لأنها لو فعلت ذلك مع جهلها کان لها الخيار لو علمت.»

البته مرحوم علامه در عبارت خود «لاضرر» را مطرح نکرده؛ اما بعید نیست مراد علامه همان لاضرر باشد؛ یعنی تعبیر «لأنها لو فعلت ذلك مع جهلها کان لها الخيار لو علمت» اشاره به این دارد که چون جاهل بوده اقدام بر ضرر نکرده و حال که دانسته، می تواند برای رفع ضرر عقد را فسخ کند. لذا این تعبیر نظیر تعبیر فراوانی است که در برخی خیارات مثل خیار غبن مطرح شده است. تعبیر قبلی علامه (فلائه أمر یتعلق بالشهوة و لاحظ فیہ لغیرها) دلیلی دیگر بر مدعای ایشان است و معنایش این است که با اینکه این عقد توسط ولی صورت گرفته و گفته شد تزویج ولی به منزله تزویج خود مولی علیه است، اما این

ایشان در تحریر^۱ نیز مانند تذکره فتوا به خیار داده است؛ اما در قواعد عبارتی وجود دارد که دلالت آن نیاز به تأمل دارد.^۲

نتیجه بحث این است که ظاهر تعابیر این بزرگان این است که عقد را صحیح

به این معنا نیست که چون منزل علیه (مولی علیه) اگر خودش عالماً عقد بسته بود صحیح لزومی بود، تزویج ولی هم مانند آن صحیح لزومی باشد؛ بلکه چون مسئله شهوت مسئله‌ای مختص به خود دختر است و ولی از این جهت نصیبی ندارد، دختر می‌تواند درباره آن اظهار نظر کند؛ لذا عقد نکاح لزومی نخواهد بود.

۱. تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۴۳۵.

۲. عبارتی از قواعد وجود دارد که مانند عبارت تذکره و تحریر است و ظاهراً مراد استاد^۳ این عبارت قواعد نیست:

قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۱۵: «و لو زوجها الولي بالمجنون أو الخصمي صح، ولها الخيار عند البلوغ. و كذا لو زوج الطفل بذات عيب يوجب الفسخ»

عبارتی دیگر از قواعد علامه وجود دارد که به نظر می‌رسد آن مراد استاد^۴ است و ممکن است گفته شود دلالت آن با عبارات تذکره و تحریر متفاوت است و روشن نیست که آیا در فرض مفسده نیز عقد صحیح است یا نه. عبارت مذکور چنین است:

قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۶۷-۶۹: «الفصل الثاني في أحكام العيوب خيار الفسخ على الفور. فلو سكت صاحبه عالماً مختاراً بطل خياره... و هل يثبت للأولياء الخيار؟ الوجه ذلك مع مصلحة المولى عليه، زوجها أو زوجة. و لو اختار الإمضاء لم يسقط خيار المولى عليه بعد كماله في الفسخ»

این عبارت تنها عبارتی از قواعد است که استاد^۵ در بحث مسئله ۱۰ عروه از همین بخش در کنار عبارات تذکره و تحریر مطرح فرموده و ظاهراً مراد ایشان در مقام نیز همین عبارت باشد؛ زیرا ممکن است گفته شود: اگر مولی علیه با کسی ازدواج کرده که معیوب است، بقای چنین عقدی برای مولی علیه مفسده دارد. با وجود این، علامه فرموده: حتی اگر ولی نسبت به این عقد، حق فسخ داشته باشد، می‌تواند آن را ابقا نموده و فسخ نکند و اگر عقد را با وجود اینکه مشتمل بر مفسده است باقی بگذارد، باطل نمی‌شود؛ اما مولی علیه بعد از کمال می‌تواند آن را فسخ کند؛ بنابراین اگر ابقای چنین عقد مشتمل بر مفسده‌ای از نظر علامه جایز باشد، اقدام عالمانه و عامدانه ولی، به تزویجی که برای مولی علیه مفسده دارد نیز جایز است و در صورتی که اقدام به چنین تزویجی کند، عقد صحت بالفعل و مولی علیه بعد از کمال نسبت به آن خیار دارد.

اما روشن نیست که مراد از اینکه با وجود مصلحت، اولیاء، عقد را فسخ نکنند، این باشد که امضاء عقد، مفسده داشته باشد (نه اینکه فقط مصلحت نداشته باشد) مگر بگوئیم «عدم مصلحت» تعبیری عرفی از «وجود مفسده» است - چنانکه استاد^۶ در مسئله ۱۰ بر این باور است - اما در هر حال در قواعد علامه تعبیر «عدم مصلحت» یا «خلاف مصلحت» که عبارتی دیگر از «وجود مفسده» است نیامده است؛ لذا دلالت این عبارت قواعد، روشن نیست.

می‌دانند، نه فضولی، و مستفاد از کلام صاحب جواهر نیز این است که احتمال دارد که اجماع بر صحت عقد مشتمل بر مفسده، وجود داشته باشد؛ بنابراین ادعای اجماع بر اشتراط عدم مفسده در صحت تزویج پدر یا جد تمام نیست.

دلیل دوم (لاضرر) و بررسی آن

دلیل دوم بر اشتراط عدم مفسده، لاضرر است. مرحوم آقای حکیم^۱ و قبل از ایشان صاحب جواهر^۲ به «لاضرر» برای نفی صحت چنین تزویجی استدلال نموده‌اند. اشکالی که در ابتدا به نظر می‌رسد این است که در موارد دیگر، برای نفی لزوم عقد، به «لاضرر» تمسک می‌شود، نه برای نفی صحت فعلی عقد؛ مثلاً با تمسک به آن، حکم به ثبوت خیار غبن می‌شود،^۳ نه بطلان عقدی که مشتمل بر غبن است. علامه نیز در تذکره با استناد به این دلیل، لزوم را نفی و حکم به خیار نموده است؛^۴ بنابراین چگونه صاحب جواهر و مرحوم آقای حکیم از این دلیل، فضولی بودن عقد را استفاده نموده‌اند؟

این اشکال را می‌توان با فرق بین دو مورد جواب داد. فقهاء لاضرر را در مورد مسائل مالی، دلیل بر نفی لزوم می‌دانند، به جهت اینکه اصل عقد و مبادله ضرری نیست و تنها لزوم آن که شخص ملزم به پذیرش آن باشد ضرری است؛ لذا با لاضرر اثبات خیار می‌کنند؛ اما اصل عقد در برخی از موارد، ضرری است، مانند محل بحث که اصل عقد ازدواج، مفسده و ضرر دارد؛ زیرا برای این صغیر یا صغیره‌ای که تا زمان بلوغ نمی‌تواند عقد را اجازه یا رد کند، همین که زن یا شوهر، مثلاً دیوانه یا مجذوم باشد، دارای لطمه حیثیتی و مفسده است. لاضرر در چنین مواردی، اصل صحت را نفی می‌کند؛ لذا این اشکال به صاحب جواهر و مرحوم آقای حکیم وارد نیست.

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۵۶.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۱۳.

۳. برای نمونه: ریاض المسائل، ج ۸، ص ۲۸۱؛ المناهل، ص ۳۲۷؛ أنوار الفقهاء، کتاب الصلح، ص ۴.

۴. رک: تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۶۰۸.

دلیل سوم: روایت ابو حمزه ثمالی

مرحوم شیخ در مکاسب^۱ برای اثبات اشتراط عدم مفسده در صحت بیع ولی به روایتی تمسک نموده که در ضمن روایات جواز اخذ پدر از اموال پسر نقل شده است. در این روایت، امام علیه السلام فرموده‌اند: پدر بیشتر از نیاز بر ندارد و سپس به آیه «وَاللَّهُ لَا يَحِبُّ الْفُسَادَ»^۲ استدلال نموده‌اند.^۳ با توجه به عمومیت تعلیل، صحت تزویج ولی نیز منوط به عدم مفسده است.

بررسی دلیل سوم

مرحوم آقای حکیم استدلال به این روایت در مسئله نکاح را مناقشه کرده است؛ البته عبارت ایشان قدری ابهام دارد. اشکالات ایشان در ذیل بررسی می‌شود:

مطلب اول: عدم اختصاص روایت به پسر کبیر

اشکال اول ایشان این است که مورد روایت، پسر کبیر است اما بحث در این مسئله دربارهٔ صغار است.^۴

اما این اشکال تمام نیست؛ زیرا در کلام امام علیه السلام چنین قیدی وارد نشده است. هرچند مورد سؤال سائل، پسر کبیر بوده، ولی حضرت به طور کلی فرموده‌اند: «پدر می‌تواند به مقدار ضرورت از مال پسر بردارد» و سپس به آیه استدلال فرموده‌اند.

مطلب دوم: عدم اختصاص روایت به فرض تصرف ولی به نفع خود

اشکال دوم ایشان این است که در این روایت فرض شده که پدر می‌خواهد به نفع خودش در اموال فرزند تصرف کند؛ اما در مسئله مورد بحث، پدر می‌خواهد برای بچه عقد کند و اگر نفع یا ضرری در کار باشد، متوجه بچه خواهد بود و پدر هیچ

۱. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۵۳۸.

۲. البقرة، ۲۰۵.

۳. الکافی، ج ۵، ص ۱۳۵، ح ۳: سهل بن زیاد عن ابن محبوب عن أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر علیه السلام قال: «قال رسول الله صلی الله علیه و آله لرجل: أنت و مالك لأبيك ثم قال أبو جعفر علیه السلام: و ما أحب له أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه مما لا بد منه إن الله تعالى لا يحب الفساد.» وسائل الشیعة، ج ۱۷، ص ۲۶۳، ح ۲.

۴. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۵۶.

نفعی نمی‌برد؛ بنابراین نمی‌توان به این روایت استناد کرد.^۱

این اشکال نیز تمام نیست؛ زیرا همچنان که در استدلال به روایت بیان شد، تعلیل «إِنَّ اللَّهَ لَا يَحِبُّ الْفُسَادَ»^۲ عمومیت دارد. از روایت استفاده می‌شود که هر اقدام ولی - اعم از تصرف مالی یا عقد ازدواج و غیر آن - که سبب اضرار به بچه و مستلزم مفسده باشد، مبعوض شارع و ممنوع است.

مطلب سوم: مناقشه در اخذ به اطلاقات برای تصحیح عقد

اشکال سوم ایشان این است که بعد از عدم تمامیت استدلال به روایت، مقتضای اخذ به اطلاقات، صحت تزویج است.^۳

این کلام مرحوم آقای حکیم مبهم است. آیا مراد ایشان از حکم به صحت تزویج، این است که عقد مشتمل بر مفسده، صحیح است؟ یا اینکه مقتضای اطلاقات این است که عقدی که مشتمل بر مفسده نیست، صحیح است هر چند مشتمل بر مصلحت نباشد؛ به عبارت دیگر، صحت تزویج پدر یا جد متوقف بر مصلحت نیست؟

با توجه به اینکه ایشان ادعای اجماع بر بطلان عقد مشتمل بر مفسده نموده^۴ و حدیث لاضرر را نیز دلیل بر عدم صحت آن دانسته است،^۵ معلوم می‌شود که مراد ایشان نفی اشتراط عدم مفسده نیست؛ بلکه مراد ایشان نفی اشتراط مصلحت در تزویج ولی و اثبات صحت تزویجی است که نه مفسده و نه مصلحت دارد. بر این اساس، اشکال دیگری به کلام ایشان وارد است؛ زیرا روایت اصلاً ناظر به اعتبار مصلحت نیست تا ایشان در مقام جواب از آن برآید. مفاد آن همان اعتبار عدم مفسده است که موافق نظر ایشان است.

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۵۶.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۱۲۵، ح ۳: سهل بن زیاد عن ابن محبوب عن أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷺ لرجل: أنت و مالك لأبيك ثم قال أبو جعفر عليه السلام: و ما أحب له أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه مقالا بذه منه إن الله ﷻ لا يحب الفساد.» وسائل الشیعة، ج ۱۷، ص ۲۶۳، ح ۲.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۵۶.

۴. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۵۵.

۵. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۵۶.

نتیجه اینکه اشکالات مرحوم آقای حکیم تمام نیست و این روایت یکی از ادله نفی صحت تزویج در مسئله مورد بحث است.

دلیل چهارم: موثقه فضل بن عبد الملك

حمید بن زیاد عن الحسن بن محمد بن سماعة عن جعفر بن سماعة عن أبان عن الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«إِنَّ الْجَدَّ إِذَا زَوَّجَ ابْنَةَ ابْنِهِ وَكَانَ أَبُوهُ حَيًّا وَكَانَ الْجَدُّ مَرْضِيًّا جَاز قُلْنَا: فَإِنْ هَوَى أَبُو الْجَارِيَةِ هَوَى وَهَوَى الْجَدُّ هَوَى وَهُمَا سَوَاءٌ فِي الْعَدْلِ وَالرِّضَا قَالَ: أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ تَرْضَى بِقَوْلِ الْجَدِّ.»^۱

وجه استدلال در کلام آقای خوئی

مرحوم آقای خوئی در توضیح دلالت این روایت، فرموده است: به مقتضای تناسبات حکم و موضوع، مراد از مرضی بودن جدّ که شرط صحت عقد قرار داده شده، مرضی بودن در اموری است که به بچه مربوط می شود؛ بنابراین اگر عقد به ضرر بچه و دارای مفسده برای او باشد، طبق این روایت نافذ نخواهد بود.^۲

اشکالات دلیل چهارم

استدلال به این روایت از دو جهت قابل مناقشه است:

اشکال اول: اراده «عدالت» از تعبیر «مرضی»

اولاً، تعبیر «مرضی» در موارد دیگری که اطلاق می شود به معنای «عادل» است^۳ و

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۶، ح ۵؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۰، ح ۴.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۲۹.

۳. الکافی، ج ۷، ص ۴۳، ح ۲؛ حمید بن زیاد عن الحسن بن محمد بن سماعة عن بعض أصحابه عن أبان عن عثمان عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل مات وترك غلاماً مملوكاً فشهد بعض الورثة أنه حرّ فقال: إن كان الشاهد مرضياً جازت شهادته في نصيبه واستسعي فيما كان لغیره من الورثة»؛ کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۱۱۹، ح ۳۴۵۵؛ روی حریر عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: «سألته عن رجل ترك مملوكاً بین نفر فشهد أحدهم أن الميت أعتقه قال: إن كان الشاهد مرضياً لم یضمن و جازت شهادته في نصيبه واستسعي العبد فيما كان للورثة.»؛ تهذیب

در این روایت نیز تعبیر «و هما سواء فی العدل و الرضا» شاهد بر همین مدعاست؛ بنابراین مفاد روایت این است که عدالت معتبر است، که البته اشتراط عدالت در ولی مورد اختلاف است. فخرالمحققین^۱ و بعضی فقهاء دیگر^۲ حکم به اعتبار عدالت در ولی کرده‌اند و حضرت نیز در این روایت فرموده‌اند که جد باید عادل باشد؛ یعنی اگر فاسق باشد و جهات شرعی را مراعات نکنند، عقدش نافذ نیست؛ لذا اگر کسی بگوید: چنین عقدی که دارای مفسده است با عدالت منافات ندارد، متمسک به این روایت برای اشتراط عدم مفسده ناتمام خواهد بود. قید عدالت فقط تصرّفاتی را نفی می‌کند که خلاف جهات شرعی باشد. اینکه عقد جد در فرض ضرر، خلاف شرع و منافی با عدالت است، اول الکلام است.

الأحكام، ج ۶، ص ۲۸۶، ح ۱۹۵: محمد بن الحسن الصفار عن إبراهيم بن هاشم عن الحسين بن يزيد التوفلي عن إسماعيل بن أبي زياد الشكوني عن جعفر عن أبيه عليه السلام «أن شهادة الأخ لأخيه تجوز إذا كان مرضياً ومعه شاهد آخر».

۱. ابضاح الفوائد، ج ۲، ص ۶۲۷.

۲. طبق عبارت ابن حمزه در وسیله، شرط ولایت جد و وصی، نفع بودن است:

الوسيلة، ص ۲۷۹: «لا يجوز التصرف في مال اليتيم إلا لأحد ثلاثة أولها الولي وهو الجد ثم الوصي وهو الذي ينصبه أبوه ثم الحاكم إذا لم يكن له جد ولا وصي أو كانا غير ثقة».

و بعيد نیست به قرینه عبارت ایشان در وصایت که «عدالت» را یکی از شروط وصایت دانسته است، مراد از «نفع» در عبارت فوق، «عدالت» باشد:

الوسيلة، ص ۲۷۳: «وأما من يصح أن يوصي إليه من اجتمع فيه خمس صفات: الإسلام و كمال العقل و الحزبة الكاملة و العدالة و البلوغ...».

صاحب مفتاح الكرامة نیز قول به اشتراط عدالت را به ابن حمزه در وسیله نسبت داده است:

مفتاح الكرامة، ج ۱۶، ص ۸۱: «هذا وفي مجمع البرهان والكفاية أن أكثر العبارات خالية عن اشتراط العدالة في الأب والجد، والأصل يقتضي عدم الاشتراط. قلت: قد تردّد المصنف في ذلك في وصايا الكتاب، وفي «الوسيلة» اشتراطها فيه».

مرحوم علامه نیز در قواعد بعد از ذکر شرط «عدالت» برای وصی، درباره ولایت پدر فاسق چنین فرموده است: «العدالة، و في اعتبارها خلاف، الأقرب ذلك، و يشكل الأمر في الأب الفاسق». (قواعد الأحكام، ج ۲، ص ۵۶۴).

البته در ولایت در تزویج، علامه در تذکره فرموده که فسق مانع ولایت پدر نیست:

تذكرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۹۹.

اشکال دوم: اختصاص روایت به جدّ

ثانیاً، این روایت در خصوص جدّ، مرضی بودن را شرط کرده و خیلی روشن نیست که اگر قیدی برای جدّ معتبر شد، برای پدر نیز معتبر باشد. مرحوم شیخ انصاری درباره آیه «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»^۱ فرموده است: این آیه شامل جدّ می‌شود؛ ولی شامل پدر نمی‌شود؛ زیرا اگر بچه پدر داشته باشد، یتیم بر او صدق نمی‌کند، در نتیجه تصرف جدّ باید مصلحت داشته باشد تا «بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» صدق کند، اما این شرط در مورد پدر نیست.^۲

در مسئله مورد بحث نیز ممکن است گفته شود: این روایت در مورد خصوص جدّ شرطی را ذکر کرده است و نمی‌توان به وسیله آن، روایات فراوان مطلق را که در مورد پدر وارد شده تقيید زد.

دلیل پنجم: موثقه عبید بن زراره

محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن محمد عن ابن فضال عن ابن بکیر عن عبید بن زراره قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجهما من رجل ويريد جدّها أن يزوجهما من رجل آخر فقال: الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضاراً إن لم يكن الأب زوجهما قبله ويجوز عليها تزويج الأب والجدّ.»^۳

مرحوم آقای خوئی به این روایت نیز استدلال نموده و فرموده: «فإنّ التقييد بعدم كونه مضاراً، إنما يدلّ على عدم ثبوت الولاية للجدّ إذا كان في مقام الإضرار بها.»^۴

اشکالات دلیل پنجم

دو مناقشه به استدلال به روایت وارد است:

۱. الأنعام، ۱۵۲.

۲. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۵۴۱-۵۴۲.

۳. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۵، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۹، ح ۲.

۴. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۲۹.

اشکال اول: عدم دلالت روایت بر اشتراط عدم اضرار در غیر فرض تراحم از این روایت بیش از این استفاده نمی شود که در مقام تراحم با پدر، اگر جد مضار نباشد، اولویت دارد و آلا پدر مقدم است؛ اما اینکه اگر هیچ تراحمی در کار نباشد، باز هم شرط صحت عقد جد این است که مضار نباشد، چنین مطلبی از روایت استفاده نمی شود.

اشکال دوم: اختصاص روایت به جد اشکال دیگر استدلال به این روایت، همان مناقشه دومی است که به استدلال به روایت فضل بن عبد الملک بیان شد.

نتیجه نهایی: اشتراط عدم مفسده با توجه به تمامیت برخی از ادله فوق مانند روایت ابی حمزه ثمالی، می توان گفت: پدر و جد در فرض وجود مفسده، ولایت بر تزویج ندارند.

بررسی تصحیح تزویج دارای مفسده با اجازه

مرحوم سید بعد از حکم به فضولی بودن تزویج مشتمل بر مفسده فرموده است: این احتمال وجود دارد که بر خلاف معمول مصادیق فضولی، چنین تزویجی باطل محض باشد و با اجازه متأخر تصحیح نشود.^۱

این سوال مطرح می شود که چه فرقی بین این فرد از عقد فضولی و مصادیق دیگر آن وجود دارد که محتمل است که حتی با اجازه نیز تصحیح نشود؟
مرحوم آقای حکیم فرموده است: تصحیح نشدن عقد در مسئله مورد بحث با اجازه، منوط به این است که گفته شود: عقد فضولی در صورتی با اجازه متأخر تصحیح می شود که مجیز علاوه بر زمانی که اقدام به اجازه عقد می کند، در زمان انعقاد عقد نیز صلاحیت اجازه دادن را داشته باشد؛ در نتیجه در مسئله مورد بحث، با توجه به اینکه زوج یا زوجه در حال انعقاد عقد، صغیر یا مجنون بوده و

صلاحیت اجازه دادن را نداشته است، عقد با اجازه متأخر نیز تصحیح نمی‌شود. مرحوم آقای حکیم در ادامه در ردّ چنین مبنایی، فرموده است: اما اعتبار چنین شرطی خلاف اطلاق ادله است.^۱

کلام آقای خوئی: اختصاص روایات به فرض صلاحیت مجیز در زمان عقد

مرحوم آقای خوئی نیز در تبیین وجه احتمال در کلام مرحوم سید، همان کلام مرحوم آقای حکیم را بیان کرده؛^۲ ولی با توضیح بیشتری فرموده است: اگر تصحیح عقد فضولی با اجازه متأخر طبق قاعده نباشد بلکه به موجب نصوصی که در باب فضولی وارد شده، تعبداً حکم به تصحیح آن با اجازه شده باشد، در این صورت، در فرضی که مجیز در زمان اجرای عقد فضولی، صلاحیت اجازه دادن نداشته، عقد با اجازه متأخر او نیز تصحیح نمی‌شود، حتی اگر در زمان اجازه دادن صلاحیت پیدا کرده باشد؛ زیرا نصوصی که تعبداً حکم به تصحیح عقد فضولی با اجازه متأخر نموده‌اند، فرضشان در جایی است که مجیز در زمان اجرای عقد نیز صلاحیت اجازه دادن دارد و لذا در مسئله مورد بحث - طبق این مبنا - تزویج باطل محض است و با اجازه صغیرین بعد از بلوغ و یا مجنون بعد از افاقه نیز تصحیح نمی‌شود؛ زیرا فضولی است و مطابق قاعده عقد فضولی باطل است و جزء مواردی هم که در نصوص حکم به تصحیح آن با اجازه متأخر شده، نیست.

ایشان در ادامه در ردّ این مبنا فرموده است: بنا بر تحقیق، تصحیح عقد فضولی با اجازه متأخر مطابق قاعده است. بر اساس بناء عقلاء، اجازه اصیل در عقد فضولی حکم عقد اصیل را دارد؛ یعنی در اعتبار عقلاء، عقد صادر شده از فضولی،

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۵۶.

۲. البته چنان‌که مرحوم آقای حکیم و مرحوم آقای خوئی نیز فرموده‌اند، خود مرحوم سید در مسئله ششم عروه از همین بخش، فرق مقام با سایر موارد عقد فضولی را عدم صلاحیت مجیز در زمان عقد دانسته است و به همین دلیل در مقام نیز چنین احتمالی را مطرح کرده، گرچه به آن فتوا نداده است: العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۶، م ۶: «مسألة لو زوجها الولي بدون مهر المثل أو زوج الصغیر بأزید منه فإن كان هناك مصلحة تقتضي ذلك صخ العقد و المهر و لزوم و إلا ففي صحة العقد و بطلان المهر و الرجوع إلى مهر المثل أو بطلان العقد أيضا قولان أفواهما الثاني و المراد من البطلان عدم النفوذ بمعنى توقفه على إجازتها بعد البلوغ و يحتمل البطلان و لو مع الإجازة بناء على اعتبار وجود المجیز في الحال».

بعد از اجازه، به شخص مجیز نسبت داده می‌شود و از این زمان به بعد عقد او به حساب می‌آید؛ در نتیجه اگر شخص در حال اجازه، صلاحیت اجازه دادن داشته باشد، بالغ و عاقل و غیر محجور باشد، کافی است و می‌تواند عقد سابق را که در حال عدم کمال او جاری شده، تصحیح کند.^۱

اشکال: دلالت روایات بر خلاف نظر آقای خونی

کلام مرحوم آقای خونی درباره دلالت روایات قابل مناقشه است. در روایات معتبر متعددی که در ذیل خواهد آمد، حکم به تصحیح عقد فضولی با اجازه متأخر شده است، در حالی که مجیز در زمان اجرای عقد، صلاحیت اجازه دادن را نداشته است و بعداً چنین صلاحیتی پیدا کرده و عقد را اجازه داده است:

روایت اول: صحیحہ ابو عبیدہ حدّاء

عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَلَى بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعًا عَنْ ابْنِ مَجْشُومٍ عَنْ ابْنِ رِثَابٍ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ الْحَدَّاءِ قَالَ:

«سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام عَنْ غُلَامٍ وَ جَارِيَةٍ زَوَّجَهُمَا وَلِيَانُ لَهُمَا وَ هُمَا غَيْرُ مَدْرُكِينَ فَقَالَ: التَّكَاحُ جَائِزٌ وَ أَيُّهُمَا أَدْرَكَكَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ وَ إِنْ مَاتَا قَبْلَ أَنْ يَدْرِكَا فَلَا مِيرَاثَ بَيْنَهُمَا وَ لَا مَهْرَ إِلَّا أَنْ يَكُونَا قَدْ أَدْرَكَا وَ رَضِيَا قُلْتُ: فَإِنْ أَدْرَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ قَالَ: يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَيْهِ إِنْ هُوَ رَضِيَ قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ الَّذِي أَدْرَكَ قَبْلَ الْجَارِيَةِ وَ رَضِيَ بِالتَّكَاحِ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ تَدْرِكَ الْجَارِيَةُ أَثَرُهُ قَالَ: نَعَمْ يَعْزَلُ مِيرَاثُهَا مِنْهُ حَتَّى تَدْرِكَ فَتُحْلَفُ بِاللَّهِ مَا دَعَاها إِلَى أَخْذِ الْمِيرَاثِ إِلَّا رِضَاها بِالتَّزْوِيجِ ثُمَّ يَدْفَعُ إِلَيْهَا الْمِيرَاثَ وَ نِصْفَ الْمَهْرِ قُلْتُ: فَإِنْ مَاتَتِ الْجَارِيَةُ وَ لَمْ تَكُنْ أَدْرَكَتْ أَرِثُهَا الزَّوْجُ الْمَدْرُكُ قَالَ: لَا لِأَنَّ لَهَا الْخِيَارَ إِذَا أَدْرَكَتْ قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ أَبُوهَا هُوَ الَّذِي زَوَّجَهَا قَبْلَ أَنْ تَدْرِكَ قَالَ: يَجُوزُ عَلَيْهَا تَزْوِيجُ الْأَبِّ وَ يَجُوزُ عَلَى الْغُلَامِ وَ الْمَهْرُ عَلَى الْأَبِّ لِلْجَارِيَةِ.»^۲

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۳۰.

۲. الكافي، ج ۵، ص ۴۰۱، ح ۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۹، ح ۱.

بررسی دلالت

در صدر روایت، مسئله تزویج صغیرین توسط ولی مطرح شده، و در بحث تزویج صغیره توسط پدر یا جدّ به تفصیل بیان شد که مراد از آن کسی است که ولایت شرعی ندارد اما ولی عرفی است؛ یعنی متصدی امر صغیر یا صغیره است، مانند عمو یا برادری که متصدی امر آنها شده است.

با وجود اینکه فرض مسئله در جایی است که دختر و پسر در زمان اجرای عقد، غیر بالغ هستند و صلاحیت اجازه دادن ندارند، امام علیه السلام فرموده‌اند: چنین عقدی صحت تأهلی دارد و هر کدام از این دو بالغ شوند، نسبت به آن حق ردّ و اجازه خواهند داشت و در صورت اجازه عقد، علقه نکاح حاصل شده، ارث و مهریه بر آن مترتب می‌شود.

روایت دوم: روایت عباد بن کثیر

عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ ابْنِ مَجْبُوبٍ وَمُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عِيسَى عَنْ ابْنِ مَجْبُوبٍ عَنْ نَعِيمِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ عُبَادِ بْنِ كَثِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ:

«سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَ ابْنَاهُ مِنْ يَتِيمَةٍ فِي حَجَرِهِ قَالَ: تَرْتُهُ إِنْ

مَاتَ وَلَا يَرِثُهَا لِأَنَّ لَهَا الْخِيَارَ وَلَا خِيَارَ عَلَيْهَا.»^۱

مناقشه‌ای در سند روایت است؛ ولی در آن، حسن بن محبوب از اصحاب اجماع وجود دارد و مشهور حکم به صحت چنین روایاتی می‌کنند.

بررسی دلالت

شخصی پسر بالغ خودش را به یتیمه‌ای که در خانه‌اش بوده، تزویج کرده است. این تزویج فضولی است؛ زیرا اگرچه با توافق پسرش بوده و نسبت به پسر فضولی نیست^۲ اما نسبت به یتیمه که غیر بالغه است فضولی است. «ترتبه این مات» اگر پسر بمیرد

۱. الکافی، ج ۷، ص ۱۳۲، ح ۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۹-۲۲۰، ح ۲.

۲. توضیح بیشتر: هرچند در روایت به توافق پسر اشاره نشده است، لیکن از آنجا که از مسلمّات فقهی است که پدر بر پسر بالغش ولایت ندارد و از طرفی این روایت برای پسر حق امضاء قائل نشده است (لاخیار له علیها)، معلوم می‌شود که ازدواج با توافق او صورت گرفته است و به این جهت فضولی نیست.

این دختر از او ارث می‌برد؛ چون عقد از ناحیه پسر فضولی نیست؛ اما اگر دختر در حال صغر بمیرد، پسر ارث نمی‌برد، همچنان‌که اگر دختر بزرگ هم شود، تا زمانی که عقد را اجازه نکند، پسر از او ارث نمی‌برد؛ زیرا عقد نسبت به دختر فضولی است؛ «... لَأَنَّ لَهَا الْخِيَارَ»^۱ زیرا این زن اختیار داشته و زنده نمانده تا اعمال خیار کند «و لا خيار عليها» اما مرد نسبت به او خیار ندارد؛ زیرا عقد از ناحیه او فضولی نبوده بلکه تمام بوده است.

در این روایت نیز با وجود اینکه دختر به هنگام عقد صلاحیت امضاء نداشته است، اما برای او حق امضاء و فسخ در زمان بلوغ ثابت شده است.

روایت سوم: صحیح ابن بزیع

محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن محمد بن إسماعیل بن بزیع قال:
«سأله رجل عن رجل مات وترك أخوين و البنت و الابنة صغيرة
فعمد أحد الأخوين الوصى فزوج الابنة من ابنه ثم مات أبو الابن
المزوج فلما أن مات قال الآخر أخی لم یزوج ابنه فزوج الجارية
من ابنه فقيل للجارية: أی الزوجین أحب إليك الأول أو الآخر
قالت: الآخر ثم إن الأخ الثانی مات و للأخ الأول ابن أكبر من
الابن المزوج فقال للجارية: اختاری أيهما أحب إليك الزوج
الأول أو الزوج الآخر فقال: الزوایة فیها أنها للزوج الأخير و ذلك
أنها [تكون] قد كانت أدركت حين زوجه و ليس لها أن تنقض ما
عقدته بعد إدراكها.»^۲

بررسی دلالت

کسی می‌میرد و دو برادر و یک دختر دارد. یکی از این دو برادر که وصی میت نیز بوده، دختر صغیره میت را به ازدواج پسرش در می‌آورد. از ادامه روایت استفاده می‌شود که وصی چنین حقی نداشته که بتواند صغیره را تزویج نماید و تزویج او

۱. استاد رحمه: کلمه «خیار» به معنای خیاری که در قدام مطرح بوده و آن مفهومی که شامل خیار اصیل در عقد فضولی هم می‌شود، استعمال شده است.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۷، ح ۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۲، ح ۱.

فضولی بوده است.

«ثُمَّ مَاتَ أَبُو الْإِبْنِ الْمَرْجُوحُ (این وصی می میرد) فَلَمَّا أُنْ مَاتَ قَالَ
الْآخِرُ أَخِي لَمْ يَزَوِّجْ ابْنَهُ فَزَوَّجَ الْجَارِيَةَ مِنْ ابْنِهِ فَقِيلَ لِلْجَارِيَةِ: أَيْ
الزَّوْجَيْنِ أَحَبُّ إِلَيْكَ الْأَوَّلُ أَوِ الْآخِرُ قَالَتْ: الْآخِرُ.»

ظاهر این جمله این است که بدون موافقت قبلی دختر، برادر دوم به صورت
فضولی عقد جاری می کند و سپس از دختر می پرسند که کدام شوهر را دوست
داری؟ و او شوهر دوم را تعیین می کند.

از این روایت استفاده می شود که دختر اگر عقد دوم را اجازه نداده بود،
می توانست عقد اول را اجازه دهد با آنکه در زمان عقد اول، صلاحیت اجازه دادن
را نداشته است؛ ولی چون عقد دوم را در حال بلوغ اجازه داده است، موضوع برای
لحوق اجازه به عقد اول باقی نمانده است و تنها به این دلیل نمی تواند آن را اجازه
داده و به زوجیت شوهر اول در آید. بنابراین مهم تعلیل مذکور در روایت است که
حضرت نفرموده اند: چون عقد اول در حال صغر انجام شده و عقد دوم در حال
کبر، پس عقد دوم صحیح است؛ بلکه فرموده اند: چون عقد دوم را در حال کبر
اجازه داده است، عقد صحیح است و دیگر نمی تواند آن را فسخ کرده و عقد اول را
اجازه دهد؛ لذا مستفاد از عموم تعلیل این است که حکم تنها دائر مدار صلاحیت
وقت اجازه است؛ بنابراین در صورتی که مجیز در زمان اجازه دادن، صلاحیت این
کار را داشته باشد، عقد با اجازه او تصحیح می شود، حتی اگر در زمان عقد، فاقد
این صلاحیت باشد.

این نکته نیز شایان توجه است که برخی برای اثبات صحت بیع فضولی به
وسیله اجازه، به اولویت بیع نسبت به نکاح تمسک کرده اند^۱ که این اولویت مورد
مناقشه شیخ انصاری قرار گرفته است؛^۲ اما چه این استدلال یا اشکال شیخ تمام
باشد یا نباشد - که باید در جای خود بحث شود - عمومیت تعلیل در این روایت
دلالت دارد که هر عقد فضولی با اجازه، تصحیح و عقد خود مجیز می شود و به

۱. ریاض المسائل، ج ۸، ص ۲۲۳؛ مقایس الأنوار، ص ۱۲۱؛ جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۷۶-۲۷۷.

۲. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۳۵۶-۳۵۸.

موجب «اوفوا بالعقود»^۱ و «المؤمنون عند شروطهم»^۲ هر عقد صحیحی لازم است و شخص نمی تواند آن را به هم بزند مگر اینکه دلیل خاص بر آن وجود داشته باشد؛ بنابراین عقد فضولی بعد از اجازه، لازم نیز هست و مجیز نمی تواند آن را به هم بزند، مگر دلیل خاص بر آن دلالت کند.

روایت چهارم: صحیحہ دیگر ابن بزیع

عنه عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب التبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلا في سكرها ثم أفاقت فأنكرت ذلك ثم ظنت أنه يلزمها ففزعته منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها فقال: إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها فقال: نعم.»^۳

بررسی دلالت

روایت درباره سکران است. مستی مراتبی دارد و در بعضی از مراتب آن، شخص مسلوب العبارة نمی شود؛ به عبارت دیگر، مستی او به قدری نیست که متوجه هیچ چیزی نشود. مورد روایت مربوط به این مرتبه غیر شديده از مستی است و مفاد آن عبارت است از اینکه اگر زنی در حالت مستی خود را به عقد مردی در آورد و بعد از افاقه راضی به آن عقد شود، عقد صحیح و نافذ است، در حالی که اگر در حال مستی این عقد را اجازه می داد یا شخص دیگری او را عقد می کرد و او اجازه می داد،

۱. المائدة، ۱.

۲. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۳۷۱، ح ۶۶: عنه عن أيوب بن نوح عن صفوان بن يحيى عن منصور بزيع عن عبد صالح عليه السلام قال: «قلت: إن رجلا من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبى عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها فأعطاها ذلك ثم بدا له في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع قال: بنس ما صنع و ما كان بدرية ما يقع في قلبه بالليل والنهار قل له: فليف للمرأة بشرطها فإن رسول الله ﷺ قال: المؤمنون عند شروطهم.»

۳. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۳۹۲، ح ۴۷: وسائل الشيعة، ج ۲۰، ص ۲۹۴، ح ۱.

نه اجازه و نه عقد صحیح نبود؛ زیرا همچنان که بچه - بنا بر تحقیق - مسلوب العبارة نیست اما تا بزرگ نشود، صلاحیت اجازه دادن را ندارد، چنین مستی نیز مسلوب العبارة نیست اما قبل از افاقه، صلاحیت چنین کاری را ندارد؛ بنابراین این روایت نیز دلالت می‌کند که لازم نیست مجیز در زمان انعقاد عقد نیز صلاحیت اجازه دادن داشته باشد.

روایت پنجم: روایت حلبی

روی الحسن بن محبوب عن علی بن الحسن بن رباط عن ابن مسکان عن الحلبي قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين قال فقال: أما التزويج فصحيح و أما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم أنه كان قد طلق فإن أقر بذلك و أمضاه فهي واحدة بائنة و هو خاطب من الخطاب و إن أنكر ذلك و أبي أن يمضيه فهي امرأته قلت: فإن مات أو مات فقال: يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقي ثم يحلف بالله ما دعاه إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالتكاح و يدفع إليه الميراث»^۱

وجه استدلال به روایت

دو تفسیر برای عبارت «طلاق» در سوال و جواب محتمل است:

تفسیر اول اینکه ضمیر «طلاق» به پدر و نه به پسر برگردد. پدر ولایت دارد که پسر ده ساله اش را تزویج کند - چنان که از روایات دیگر نیز استفاده می‌شود^۲ - اما حق طلاق ندارد. بنا بر این تفسیر، می‌توان به روایت برای اثبات مطلوب استدلال کرد؛ زیرا به موجب آن، پسر بعد از بلوغ، حق اجازه طلاق را دارد، اگرچه در زمان ایقاع آن چنین صلاحیتی نداشته است.

شاید سوال شود که بنا بر این تفسیر، بحث درباره ولایت پدر در طلاق است؛ بنابراین ده ساله بودن پسر، چه مدخلیتی می‌تواند در ثبوت ولایت داشته باشد تا

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۱۰، ح ۵۶۶۵؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۲۰-۲۲۱، ح ۴.

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۸۰: «باب أنه یجوز أن یرزق الأب ولده الصغیر ولا یجوز أن یطلق عنه».

سائل در سوال از جواز طلاق پدر، تصریح به ده ساله بودن پسر کند؟

پاسخ این است که ولایت پدر بر پسر به جهت قصوری است که در او وجود دارد و لذا هر چه قدر سنّ پسر به بلوغ نزدیک تر شود، احتمال سلب ولایت از پدر قوی تر می شود؛ از این رو چون در مورد روایت، پسر خیلی کوچک نبوده و احتمال مستقل بودنش وجود داشته، سائل تصریح به سنّ او کرده است.

تفسیر دوم این است که ضمیر «طلاق» به پسر برگردد؛ یعنی اگر پدر پسر ده ساله اش را تزویج کند، عقد صحیح است و چنانچه پسر قبل از بلوغ رنش را طلاق دهد، نافذ نیست؛ ولی صحت شأنیه دارد و با اجازه او بعد از بلوغ، نافذ خواهد بود. بنا بر این تفسیر نیز، می توان به روایت استدلال کرد؛ زیرا مفاد آن بنا بر این تفسیر عبارت است از اینکه چنین طلاق حکم طلاق فضولی را دارد؛ یعنی از «من له الأمر» صادر نشده است ولی صحت شأنیه دارد و پسر می تواند بعد از بلوغ آن را اجازه دهد، اگرچه در زمان ایقاع طلاق صلاحیت اجازه دادن را نداشته است.

مناقشه در مفاد روایت

استدلال به این روایت بر نفی اشتراط صلاحیت مجیز در زمان اجرای عقد یا ایقاع فضولی مبتلا به دو مناقشه است:

مناقشه اول: اجماع بر بطلان ایقاع فضولی

مناقشه اول این است که شهید اول در غایة المراد ادعای اجماع کرده که ایقاع فضولی از اساس باطل است.^۱ با توجه به این ادعا، مورد روایت با امضاء متأخر نیز تصحیح نمی شود؛ ولی در روایت، حکم به تصحیح آن شده که خلاف اتفاق است و لذا باید کنار گذاشته شود.

پاسخ: عدم ثبوت اجماع

لکن ادعای چنین اتفاقی تنها از سوی شهید اول صورت گرفته و وجود چنین اجماعی از سوی دیگران نیز مورد اشکال واقع شده است؛^۲ در نتیجه، نمی توان

۱. غایة المراد، ج ۳، ص ۳۷.

۲. شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامه، ص ۱۶۷؛ حاشیة المكاسب (سید یزدی)، ج ۱، ص ۱۳۳؛

روایت را با این مناقشه کنار گذاشت.

مناقشه دوم: اجماع مرکب بر عدم صحت تأهلی طلاق صبی ده ساله

مناقشه دوم آن است که ظاهر کلمات فقهای که حکم به صحت طلاق صبی ده ساله نموده‌اند، این است که طلاق، صحت فعلی داشته و فضولی و متوقف بر اجازه نیست؛ زیرا هیچ تصریحی نکرده‌اند که صبی باید بعد از بلوغ، طلاق خودش را اجازه دهد. از این مطلب استظهار می‌شود که از نظر ایشان، طلاق صبی ده ساله فضولی نیست و صحت فعلی دارد. علاوه بر این، تعبیر «صحیح» را به کار برده‌اند که آن نیز ظهور در صحت فعلی دارد. با توجه به این نکته، ممکن است کسی در استدلال به این روایت، مناقشه دیگری کرده و بگوید: این روایت حکم به فضولی بودن طلاق صبی ده ساله کرده که خلاف اجماع است و قائلی ندارد.

در باب طلاق بحث مفصلی وجود دارد که آیا طلاق پسر غیر بالغ صحیح است یا نه؟ اکثر قدامت‌ها قائل به صحت و در بین متأخرین، مشهور بسیار قوی قائل به بطلان شده‌اند و در مجموع دو قول مشهور در مسئله وجود دارد که قول به بطلان شهر است. اکثر فقهاء قبل از محقق حلی طلاق صبی را تصحیح کرده‌اند، که خود به دو گروه تقسیم می‌شوند: عده‌ای مجرد عقل و تمییز را برای صحت کافی دانسته و عده‌ای دیگر حدی برای آن تعیین کرده و گفته‌اند: علاوه بر عقل و تمییز، باید ده سالش نیز کامل شده باشد.

ابن جنید،^۱ پدر مرحوم صدوق،^۲ و ظاهراً خود مرحوم صدوق، طلاق صبی را صحیح دانسته و حدی برای آن معین نکرده‌اند؛ البته کلام مرحوم صدوق صراحت در این مطلب ندارد؛ ولی در فقیه که کتاب فتوایی ایشان است، بابی راجع به طلاق صبی منعقد و روایتی را در آن ذکر کرده که دلالت می‌کند عقد صبی قبل از بلوغ، در

منیة الطالب، ج ۱، ص ۲۱۱؛ حاشیه کتاب المکاسب (محقق اصفهانی)، ج ۲، ص ۷۵.

ر.ک: مفتاح الکرامه، ج ۱۵، ص ۳۵۹-۳۶۰.

در هر حال، اجماع بر بطلان طلاق فضولی پس از اجازه لاحق محقق نیست؛ زیرا در عبارات عمده فقها خصوصاً قدامت‌ها، معنون نبوده است.

۱. مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۶۱.

۲. مختلف الشیعه، ج ۷، ص ۳۶۱.

صورتی که عقل داشته باشد و بتواند تشخیص دهد صحیح است.^۱ ایشان روایت معارض این روایت را که در کافی آمده ذکر نکرده است؛ بنابراین ظاهر کلامش این است که این طلاق را صحیح می‌داند.

بنا بر تحقیق، مرحوم کلینی نیز قائل به صحت طلاق صبی است؛ زیرا روایاتی را نقل نموده که جمع عرفی بین آنها اقتضا می‌کند که با رعایت شرایطی، حکم به صحت طلاق صبی شود. ایشان روایاتی را نقل کرده که بین صاحب عقل و تمییز و فاقد عقل و تمییز تفصیل داده^۲ و یا بین کسی که به ده سال رسیده و کسی که به این سن نرسیده تفصیل داده است.^۳ ایشان همچنین روایاتی را نقل کرده که مشتمل بر عبارت «لیس طلاق الصّبی بشیء» است.^۴ جمع عرفی متعارف بین روایات تفصیل و این روایت مطلق، این است که روایت مطلق بر تفصیل در آن روایات حمل شود. در بسیاری از موارد، سنّ بچه ده سال یا بیشتر است، اما نسبت

۱. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۵۰۴، «باب طلاق الغلام»، ح ۴۷۶۹: روی زرعة عن سماعة قال: «سألته عن طلاق الغلام ولم یحتلم و صدقته فقال: إذا طلق للسنّة و وضع الصدقة فی موضعها و حقّها فلا بأس و هو جائز».

۲. الکافی، ج ۶، ص ۱۲۴، «باب طلاق الصّبیان»:

ح ۱: عدّة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن خالد و علی بن إبراهیم عن أبيه جمیعاً عن عثمان بن عیسی عن سماعة قال: «سألته عن طلاق الغلام لم یحتلم و صدقته فقال: إذا طلق للسنّة و وضع الصدقة فی موضعها و حقّها فلا بأس و هو جائز».

ح ۳: حمید بن زیاد عن ابن سماعة عن عبد الله بن جبلة عن علی بن أبي حمزة عن أبي بصیر عن أبي عبد الله علیه السلام قال: «لا یجوز طلاق الصّبی و لا السكران».

ح ۴: عدّة من أصحابنا عن سهل بن زیاد عن محمد بن الحسین عن عدّة من أصحابه عن ابن بکیر عن أبي عبد الله علیه السلام قال: «[لا] یجوز طلاق الغلام إذا کان قد عقل و وصّيته و صدقته و إن لم یحتلم».

محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد و محمد بن الحسین جمیعاً عن ابن فضال عن ابن بکیر عن أبي عبد الله علیه السلام مثله.

۳. الکافی، ج ۶، ص ۱۲۴، «باب طلاق الصّبیان»، ح ۵: علی بن إبراهیم عن أبيه عن ابن أبي عمیر عن بعض رجاله عن أبي عبد الله علیه السلام قال: «[لا] یجوز طلاق الصّبی إذا بلغ عشر سنین».

۴. الکافی، ج ۶، ص ۱۲۴، «باب طلاق الصّبیان»، ح ۲: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن محمد بن إسماعیل عن محمد بن الفضیل عن أبي الصّباح الکنانی عن أبي عبد الله علیه السلام قال: «لیس طلاق الصّبی بشیء».

به چنین اموری درک و فهم ندارد، در این صورت، طلاق او صحیح نیست؛ اما اگر درک و فهم کافی دارد، طلاقش صحیح است. بعید نیست مرحوم کلینی نیز روایات را این گونه جمع کرده باشد.

شیخ طوسی در نهاییه^۱، تهذیب^۲، استبصار^۳، ابن بزّاج در مهذب^۴، ابن حمزه در وسیله^۵، و قطب الدین کیدری^۶ حکم به صحت طلاق پسر ده ساله کرده‌اند. در میان متأخرین نیز بعضی مثل صاحب کفایه^۷ و صاحب حدائق^۸ به حسب روایات، حکم به صحت کرده‌اند؛ اما شهرت بسیار قوی بر بطلان است و در مجموع قول به بطلان اشهر است.

نتیجه نهایی: کفایت اجازه لاحقه

در هر حال، نتیجه آن است که کلام مرحوم آقای خونی درباره دلالت روایات وارده درباره عقد فضولی، صحیح نیست؛ زیرا حتی اگر دلالت روایت حلبی بر نفی اشتراط صلاحیت مجیز در زمان اجرای عقد فضولی پذیرفته نشود، به موجب روایات دیگری که نقل شد^۹ روشن می‌شود که در تصحیح عقد فضولی با اجازه

۱. النهایة (شیخ طوسی)، ص ۵۱۸.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۸، ص ۷۵.

۳. الاستبصار، ج ۳، ص ۳۰۲-۳۰۳، «باب طلاق الضبی».

۴. المهذب (ابن بزّاج)، ج ۲، ص ۲۸۸.

۵. الوسيلة، ص ۳۲۳.

۶. إصباح الشیعة، ص ۴۵۳.

۷. کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۳۱۶.

۸. الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۱۵۲.

۹. استاد^ع ابن امر از روایات دیگری نیز استفاده می‌شود، از آن جمله: روی الحسن بن محبوب عن عبد العزیز العبدی عن عبید بن زرارة عن أبي عبد الله علیه السلام قال: «في الزجل يزوّج ابنه یتیمه في حجره و ابنه مدرك و الیتیمه غیر مدركة قال: نکاحه جائز علی ابنه فإن مات عزل میراثها منه حتی تدرك فإذا أدركت حلفت بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالنکاح ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر قال: فإن ماتت هي قبل أن تدرك و قبل أن يموت الزوج لم يرثها الزوج لأن لها الخيار علیه إذا أدركت و لا خيار له علیها.» (کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۰۹-۳۱۰، ح ۵۶۶۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۳۰، ح ۱۴).

متأخر، صلاحیت مجیز در زمان اجازه دادن کافی است و نیازی نیست که در زمان اجرای عقد نیز مجیز چنین صلاحیتی داشته باشد؛ لذا در صورتی که پدر یا جد اقدام به تزویجی کنند که مشتمل بر مفسده است، این تزویج صحت فعلی ندارد و فضولی است؛ اما با اجازه صغیر یا صغیره بعد از بلوغ و یا مجنون بعد از افاقه تصحیح می شود.

بررسی ادله اشتراط وجود مصلحت

مرحوم سید ابتدا فرمود: «از شرایط صحت عقد ولی و نفوذش این است که مفسده نداشته باشد»^۱ ایشان در ادامه فرموده است: «بل الأحوط مراعاة المصلحة»^۲ که ظاهرش احتیاط وجوبی است؛ زیرا فتوا به خلاف نداده است.

استدلال به آیه «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»

شاید برای اثبات اشتراط مصلحت در صحت تزویج پدر یا جد به آیه «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»^۳ استدلال شود.

توضیح وجه استدلال: خداوند متعال به موجب این آیه، مداخله و تصرف در اموال یتیم را جایز ندانسته، مگر اینکه وجود آن بر عدمش ترجیح داشته باشد؛ بنابراین اگر وجود تصرف با عدم آن مساوی بوده یا عدمش بر وجودش ترجیح داشته باشد، چنین تصرفی جایز نخواهد بود. آیه شریفه درباره یتیم است که تصرفات جد را شامل می شود، نه تصرفات پدر را؛ زیرا یتیم کسی است که پدر نداشته باشد؛^۴ اما طبق تسالم فقهاء، بین جد و پدر فرقی نیست و اگر ممنوعیتی برای جد وجود داشته باشد، برای پدر نیز وجود خواهد داشت؛ بنابراین پدر نیز تنها مجاز به تصرفاتی است که وجودش بر عدمش ترجیح دارد.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۶، م ۵.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۶.

۳. الأنعام، ۱۵۲؛ الإسراء، ۳۴.

۴. النهاية (ابن اثیر)، ج ۵، ص ۲۹۱؛ المحيط فی اللغة، ج ۹، ص ۴۷۹؛ الصحاح، ج ۵، ص ۲۰۶۴.

اگرچه ظاهر آیه شریفه درباره تصرف در اموال است، اما عرف، الغاء خصوصیت کرده، به مسئله نکاح نیز سرایت می دهد؛ لذا عرف بین تصرف در اموال موجود دختر و بین قرار دادن او در تحت سلطه دیگری، تفاوتی نمی گذارد و در نتیجه تنها در صورتی می توان او را تحت سلطه دیگری قرار داد که انجام این کار بر ترکش رجحان داشته باشد. اگر ادعا نشود که یک نوع اولویت عرفیه برای این فرض وجود دارد، حداقل این است که عرف این فرض را از فرض تصرف در اموال دختر، کمتر نمی داند. درباره پسر نیز متفاهم عرفی این است که بین تصرف بدون ترجیح در اموال موجود پسر و بین بدهکار کردنش بدون ترجیح، فرقی نیست؛ لذا اگر شرط تصرف در اموال موجود او این است که باید انجامش بر ترکش ترجیح داشته باشد، بدهکار کردن او نیز بدون رجحان صحیح نیست؛ بنابراین تزویج پسر نیز منوط به این است که رجحان داشته باشد؛ زیرا با اجرای عقد، ذمه اش به مهر مشغول می شود. خلاصه ممکن است کسی با این بیان، از آیه استفاده نماید که صحت تزویج پدر و جدّ مشروط به رعایت مصلحت و رجحان است.

مناقشه در استدلال به آیه

دو مناقشه به این استدلال وارد است:

مناقشه اول: اطلاق روایات ولایت پدر و جدّ

اولاً، روایات متعدّدی درباره ولایت بر نکاح وارد شده است که اطلاق آنها شامل فرضی که تزویج مصلحت ندارد نیز می شود^۱ و تنها تزویج مشتمل بر مفسده و ضرر را استثناء کرده است.^۲ این اطلاق، قوی تر از اطلاق آیه نسبت به تصرفات

۱. ر.ک: روایات صحت و لزوم تزویج صغیر و صغیره توسط پدر و جدّ از بخش سابق؛ روایات استقلال پدر در تزویج بالغه باکره رشیده از بخش سابق؛ الکافی، ج ۵، ص ۳۹۳، «باب استیمار البکر و من یجب علیه استیمارها و من لا یجب علیه»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۶۷، «باب أنّه لا ولایة لأحد من أخ و لأب و لا غیرهما علی النّیب البالغ الرّشیده بل أمرها بیدها»؛ و ص ۲۷۲، «باب أنّ البکر البالغ الرّشیده التي لیس لها أب أمرها بیدها و لا ولایة لأحد علیها فی التّزویج»؛ و ص ۲۷۵، «باب ثبوت الولایة للأب و الجدّ للأب خاصّة مع وجود الأب لا غیرهما علی البنّت غیر البالغة الرّشیده و کذا الصّبی».

۲. الکافی، ج ۵، ص ۱۳۵، ح ۳؛ سهل بن زیاد عن ابن محبوب عن أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام

جَدّ است؛ زیرا با وجود تعدّد روایات، هیچ‌گونه اشاره‌ای در آنها به لزوم رعایت مصلحت در تزویج مولی علیه نشده و تنها عدم مفسده و ضرر ذکر شده است. این امر موجب می‌شود که اطلاق این روایات نسبت به تزویجی که نه مفسده و نه رجحان دارد، بسیار قوی شود؛ اما در طرف مقابل، اطلاق آیه نسبت به جدّ قوی نیست؛ زیرا احتمال قوی وجود دارد که خطاب آیه متوجه جدّ نباشد. افرادی بچه‌هایی را که پدرانشان وفات کرده بودند، نگه می‌داشتند و هر گونه تصرفی در اموالشان می‌کردند که در برخی از آیات قرآن، نسبت به این تصرفات مطالبی بیان شده است.^۱ جدّ مصداق معمول و متعارف برای این آیات نیست؛ بنابراین اگر هم اطلاقی نسبت به جدّ داشته باشند، از باب شمول اطلاق نسبت به فرد خفی است که قوی نیست؛ بنابراین وجهی ندارد که به وسیله این آیه، اطلاق روایات ولایت بر نکاح تنقید شده، مختص به فرضی شود که تزویج علاوه بر نداشتن مفسده و ضرر، رجحان نیز داشته باشد.

مناقشه دوم: نفی اجماع و تسالم بر تساوی پدر و جدّ در ممنوعیت

ثانیاً، همچنان‌که مرحوم شیخ انصاری نیز فرموده است،^۲ این ادعا تمام نیست که اجماعاً اگر ممنوعیتی برای جدّ وجود داشته باشد، برای پدر نیز ثابت است؛ زیرا اجماعی وجود ندارد؛ بنابراین اگر هم به موجب این آیه، ولایت جدّ منوط به رعایت مصلحت باشد، دلیلی وجود ندارد که ولایت پدر نیز منوط به رعایت مصلحت است.

قال: «قال رسول الله ﷺ لرجل: أنت و مالك لأبيك ثم قال أبو جعفر عليه السلام: و ما أحب له أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه مما لا بد منه إن الله ﷻ لا يحب الفساد.» وسائل الشيعه، ج ۱۷، ص ۲۶۳، ح ۲.

۱. مانند: «في الدنيا والآخرة و يسألونك عن النّسائي فلن إصلاخ لهم خير و إن تحاططوهم فإخوانكم و الله يعلم المفسد من المصلح و لو شاء الله لأعنتكم إن الله عزيز حكيم» (البقرة، ۲۲۰)، «و اتوا النّسائي أموالهم و لا تتبدّلوا الخبيث بالطيب و لا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم إنّه كان خوياً كبيراً» (النساء، ۲)، «و ابتلوا النّسائي حتّى إذا بلغوا النّكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم و لا تأكلوها إسراراً و بذرا أن يكتبوا و من كان غنياً فليستغف و من كان فقيراً فليأكل بالمعروف فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم و كفّ بالله حسيباً» (النساء، ۶).

۲. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۵۴۱-۵۴۲.

نتیجه نهایی: عدم اشتراط مصلحت

نتیجه مطالب مذکور در این بحث، آن است که در صحت تزویج فرزند صغیر یا مجنون توسط پدر و جدّ، وجود مصلحت شرط نیست.^۱

بررسی جواز تزویج به غیر اصلح در فرض وجود اصلح

مسئله دیگر این است که اگر دو نفر صالح وجود دارند که یکی اصلح از دیگری است، آیا پدر یا جدّ می تواند تنها به دلیل میل نفسانی خود، اصلح را کنار گذاشته، مولی علیه را به تزویج فرد دیگر در بیاورد؟
مرحوم سید فرموده است:

«بل یشكل الصّحة إذا كان هناك خاطبان أحدهما أصْلَح من الآخر بحسب الشرف أو من أجل كثرة المهر أو قلّته بالنسبة إلى الصغیر فاختر الأب غیر الأصلح لتشهی نفسه»^۲

بررسی کلام آقای حکیم درباره عبارت عروه

مرحوم آقای حکیم در ذیل عبارت «أو من أجل كثرة المهر أو قلّته بالنسبة إلى الصغیر»، تزویج پسر در این مسئله را مثال نادرستی دانسته و چنین فرموده است: «لا یخلو هذا المثال من الإشکال. لأنّ الصغیر إذا زوّج بمهر کثیر کان ذلک التزویج ضررا علیه، لا خلاف الأصلح. بخلاف الصغیرة إذا زوّجت بالمهر القلیل، فإنّه خلاف الأصلح لا غیر»^۳

۱. البته این مطلب در فرضی است که پدر یا جدّ مواجه با دو گزینه یا بیشتر نباشند، به گونه ای که لا اقلّ یکی از گزینه ها مصلحت دارد و گزینه یا گزینه های دیگر تنها بدون مفسده باشند؛ زیرا در چنین فرضی -نظیر آنچه استاد^{قدس سره} در بحث بعدی (اعتبار اصلح) بیان خواهد کرد- مشکل است گفته شود که انتخاب گزینه ای که دارای مصلحت نیست و تنها بدون مفسده است نافذ است؛ لذا مراد استاد^{قدس سره} از آنچه در متن آمده، آن است که عقد پدر و جدّ پدری در فرضی که تنها گزینه یا گزینه های موجود خالی از مفسده باشند، نافذ است و عدم وجود مصلحت مانع از صحت چنین عقدی نیست.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۶.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۵۷.

مرحوم آقای حکیم مورد کلام را اعم از تزویج صغیر و صغیره به غیر اصلح قرار داده و به نظر می‌رسد تصوّر کرده که مراد از «کثرة المهر» در این مسئله، بیشتر بودن مهریه از مهر المثل است، همچنان‌که به نظر می‌رسد که ایشان در این مسئله، هر گونه مالی که به دختر به عنوان مهریه داده شود را غنیمت به حساب آورده است. این سه امر، سبب شده که به عبارت مرحوم سید اشکال کند و ذکر «کم یا زیاد بودن مهریه» به عنوان مثال برای ترک تزویج پسر به اصلح را صحیح نداند، بلکه مصداق مفسده و ضرر بدانند، اما ذکر آن برای ترک تزویج دختر به اصلح را صحیح بدانند. طبق اشکال ایشان، مثال مرحوم سید درباره تزویج پسر، مناسب برای مسئله قبل است که در آن بیان شد شرط صحت و نفوذ ولی، عدم مفسده و ضرر برای مولی علیه است.

کلام مرحوم آقای حکیم از جهات متعدّد قابل مناقشه است؛ زیرا:

اولاً، اگرچه تناسب اصل بحث اقتضا می‌کند که مسئله نسبت به دختر و پسر به شکل اعم مطرح شود، اما مرحوم سید تنها دختر را در نظر گرفته، و مثال‌ها را تنها نسبت به او ذکر کرده است؛ بنابراین تمام مثال‌ها از جمله مثال «کم و زیاد بودن مهریه» مربوط به دختر است؛ لذا اشکال مرحوم آقای حکیم به عبارت سید تمام نیست. توضیح مطلب: از تعبیر «هناک خاطبان» که در ابتدای کلام مرحوم سید آمده و به معنای این است که دو خواستگار وجود دارد، معلوم می‌شود که عبارات در مسئله تنها درباره دختر است و بر حسب اختلاف موارد، گاهی تزویج دختر به کسی که مهریه بیشتری می‌دهد رجحان بیشتری دارد و گاهی نیز تزویجش به کسی که مهریه کمتری می‌دهد رجحان بیشتری دارد، همچنان‌که در روایات نیز تأکید بر قلت مهریه شده است^۱ و شاید سعادت دختر در مهریه کم باشد.^۲

۱. ر.ک: وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۴۹، «باب استحباب قلّة المهر و کراهة کثرته».

۲. ممکن است گفته شود: مرحوم سید در مثال مهریه کثیر، اصلح برای صغیره را و در مثال مهریه قلیل، اصلح برای صغیر را بیان می‌کند؛ زیرا می‌فرماید: «أو قلته بالنسبة الى الصغیر».

اما پاسخ این است که اگر مراد مرحوم سید از صغیر، پسر بچه در مقابل صغیره باشد، عبارت بسیار ناراسا است و باید عبارتی را در تقدیر بگیریم و بگوییم ایشان می‌فرماید: «يشکل الصّحّة إذا کان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الآخر بحسب الشرف أو من أجل کثرة المهر أو کذا إذا کان هناك امرأتان».

البته گرچه الفاظ مرحوم سید به دلالت مطابقی تنها حکم تزویج دختر به غیر اصلح را بیان نموده است، اما حکم تزویج پسر به غیر اصلح نیز از آن استفاده می‌شود.

ثانیاً، گاهی «زیاد بودن مهریه» در تزویج پسر، به حدی است که از «مهر المثل» نیز بیشتر است که حکم این فرض، در مسئله بعد مطرح می‌شود؛ اما گاهی مهر المثل دارای مصادیق متعددی است که با وجود تفاوت در مقدار، همه، مصادیق مهر المثل هستند. مراد از «کم یا زیاد بودن مهریه» در مسئله مورد بحث، این فرض است نه فرض اول. آیا در چنین فرضی، با «لاضرر» می‌توان اثبات کرد که جایز نیست ولی، پسر را به ازدواج دختری در آورد که مهر المثل بیشتری مطالبه می‌کند در حالی که دختر دیگری وجود دارد که مهر المثل کمتری درخواست نموده است؟ آیا «لاضرر» در چنین فرضی نیز جریان دارد که این تزویج مصداق ضرر و داخل در مسئله قبل شود، نه مصداق ترک اصلح؟

در بیع غبنی اگر به استناد «لاضرر» اثبات خیار غبن شود، در فرضی که ثمن المثل مصادیق متعددی داشته باشد که برخی از آنها از برخی دیگر کمتر است، اگر مشتری مبيع را به ثمنی بخرد که مصداقی از ثمن المثل است که از مصادیق دیگر آن بیشتر است، نمی‌توان قائل به خیار غبن شد؛^۱ مثلاً در فرضی که قیمت خانه‌ای بیست میلیون تومان است، ولی پانصد هزار تومان کمتر یا بیشتر نیز مصداق ثمن المثل آن است، اگر کسی به این قیمت بخرد و سپس مطلع شود که می‌توانسته به ۱۹/۵ میلیون تومان نیز بخرد، خیار غبن ندارد؛ زیرا ثمن معامله (۲۰ میلیون) مصداق ثمن المثل است.

إحدهما أصلح من الآخر من أجل قلته (قلة المهر) بالنسبة الى الصغير و حال آنکه تعبیر «قلته» در عروه عطف بر «کثرة المهر» شده و «کثرة المهر» از متعلقات «إذا كان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الآخر» است؛ لذا معنای صغیر، جنس صغیر در مقابل کبیر است، هر چند «إذا كان هناك خاطبان» دلالت می‌کند که منظور صغیری است که به خواستگاری او می‌روند و آن خصوص صغیره است؛ یعنی مصداق خاصی از جنس نابالغ اراده شده است.

۱. تذکره الفقهاء، ج ۱۱، ص ۶۹، م ۲۵۳؛ مفتاح الکرامه، ج ۱۴، ص ۲۲۷؛ ریاض المسائل، ج ۸، ص ۳۰۳؛ مستند الشیعه، ج ۱۴، ص ۳۹۲.

لذا به نظر می‌رسد مرحوم آقای حکیم تصوّر کرده که مراد از «زیاد و کم بودن مهریه» در مسئله، زیاد و کم بودن آن نسبت به مهر المثل است، در حالی که روشن شد، چنین تصویری صحیح نیست.

ثالثاً، اگر پذیرفته شود که تزویج پسر به دختری که مصداق بالاتری از مهر المثل را مطالبه کرده، ضرر به او است، تزویج دختر به کسی که مصداق پایین‌تری از مهر المثل را می‌دهد نیز ضرر به دختر است، و از این جهت فرقی بین دختر و پسر نیست؛ زیرا اگر در قبال گرفتن مهریه، دختر تحت اختیار و سلطه شوهر نمی‌رفت، ممکن بود ادعا شود که ترک تزویج دختر با مهریه بیشتر، تنها مصداق ترک اصلح است؛ چرا که تنها غنیمتی به دست نیاورده و در مقابل چیزی از دست نداده است؛ اما با توجه به اینکه با ازدواج، دختر سلطه خود را از دست داده، تحت اختیار شوهر قرار می‌گیرد، تزویج دختر با مهر المثل کمتر مصداق ضرر است.

این مسئله شبیه این مثال است که اگر با وجود فروشنده خانه به ثمن المثل کمتر، خریدن آن به ثمن المثل بیشتر، مصداق ضرر باشد، فروختن آن نیز به ثمن المثل کمتر با وجود خریدار به ثمن المثل بیشتر، مصداق ضرر است و تفکیک بین این دو درست نیست. به هر صورت، این‌گونه نیست که زن تنها غنیمتی به دست بیاورد و چیزی از دست ندهد و مرد چیزی از دست بدهد و غنیمتی به دست نیاورد؛ بلکه هم مرد و هم زن در قبال از دست دادن چیزی، غنیمتی به دست می‌آورند؛ بنابراین اگر تزویج پسر به مهر المثل بیشتر مصداق ضرر باشد، تزویج دختر به مهر المثل کمتر نیز مصداق ضرر است و اگر تزویج پسر مصداق ضرر نباشد، تزویج دختر نیز مصداق ضرر نیست. گویا از نظر مرحوم آقای حکیم در این مسئله، پسر غنیمتی به دست نمی‌آورد، اما دختر در ازدواج، تنها غنیمت به دست می‌آورد و هرگونه مهری که به او می‌رسد غنیمت است.

درباره مهریه که فقهاء آن را مشمول خمس نمی‌دانند، در گذشته این‌گونه به نظر می‌رسید که باید قائل به تفصیل شد. متعارف مهریه‌ها که مطابق مهر المثل هستند، غنیمت به حساب نمی‌آیند؛ زیرا دختر آزادی خودش را از دست داده و

پولی را در مقابلش به دست آورده است؛ اما اگر مهریه بیش از ارزش زن باشد، مثلاً چند برابر مهر المثل او باشد، مازاد بر مهر المثل را می‌توان غنیمت به حساب آورد؛ اما به نظر می‌رسد که مرحوم آقای حکیم در این مسئله هر گونه مالی که به دختر به عنوان مهریه داده شود را غنیمت شمرده است.

نظر مختار: مناقشه در نفوذ تزویج به غیر اصلح در فرض وجود بالفعل اصلح

در هر حال، مرحوم آقای حکیم^۱ و مرحوم آقای خونی^۲ اشکال مرحوم سید به صحت تزویج مولی علیه به غیر اصلح را خلاف اطلاعات دانسته‌اند و به اطلاعات اخذ کرده‌اند. اما کلام این دو فقیه قابل مناقشه است. گاهی شرایط تزویج مولی علیه به اصلح، بالفعل مهتّا نیست، در این فرض لزومی ندارد که ولی به دنبال اصلح بگردد و مولی علیه را به اصلح تزویج نماید؛ اما در فرض مسئله، بالفعل دو نفر وجود دارند که یکی اصلح است و شرایط تزویج به او بالفعل مهتّا است؛ در چنین فرضی، اخذ به اطلاعات و حکم به صحت و نفوذ تزویج مولی علیه به غیر اصلح، تنها به دلیل میل نفسانی ولی، روشن نیست؛ زیرا:

اولاً، چنین تزویجی شبیه ضرر به مولی علیه است؛ زیرا مقتضی برای رسیدن منفعت به مولی علیه وجود دارد، اما ولی تنها به دلیل میل نفسانی مانع از آن شده است. شمول اطلاعات نسبت به چنین مواردی روشن نیست.

ثانیاً، مسئله ولایت پدر و جدّ، خصوصاً پدر، از تأسیسات شرع نیست؛ بلکه امری عقلایی و مطابق ارتکاز فطری است. بله نفی ولایت برادر و عمو شرعی است؛ اما ولایت داشتن پدر سابقه دار است و تمدّن بشری یک نحوه ولایت و سرپرستی برای پدر نسبت به فرزند قائل بوده است و در قوانین دنیا سرپرست باید جهاتی را رعایت کند. نوعاً چنین نیست که ولی حق داشته باشد تنها به دلیل میل نفسانی، غیر اصلح را انتخاب کند؛ لذا شمول اطلاعات نسبت به تزویج مولی علیه به غیر اصلح مشکل است.

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۵۷.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۳۱.

ثالثاً، در صحیحہ ابو حمزہ ثمالی در مسئلہ ولایت پدر، امام باقر علیه السلام درباره تصرفات پدر فرموده اند: «إِنَّ اللَّهَ ﷻ لَا يَحِبُّ الْفُسَادَ»؛^۱ بعید نیست که عنوان «فساد» علاوه بر انطباق بر موارد ضرر، شامل فرض مورد بحث نیز شود؛ زیرا زمینه ای برای به وجود آمدن اختلافات و مشکلات متعدّد است. ممکن است وقتی پسر یا دختر بزرگ و مطلق شود که با وجود اصلح، ولیّ تنها به دلیل میل نفسانی او را به تزویج غیر اصلح در آورده است، نزاع و دعوا به وجود بیاید.

در مجموع، ارتکازات و مناسبات حکم و موضوع و احتمال تطبیق عنوان فساد، سبب می شود که شمول اطلاقات نسبت به تزویج مورد بحث، روشن نباشد و لذا حکم به صحت آن، به تعبیر مرحوم سید، مشکل باشد.

اما تعبیر «أنت و مالک لأبيک»^۲ و امثال آن^۳ تنها جنبه اخلاقی دارد و در مقام بیان این نکته است که پسر نباید برای مالی که پدر از اموال او برداشته، او را تحت تعقیب و اموری مانند آن قرار دهد؛ چرا که وجود او و بالتبع اموالش از پدر است؛ بنابراین ادله ای که دلالت می کند که از نظر حقوقی، پدر نباید کاری کند که مصداق ضرر به بچه یا فساد و یا عناوینی شبیه آن است، مخالف با مفاد این روایات نیست.

بنابراین، در فرضی که دو نفر صالح وجود دارند که یکی اصلح است، صحت تزویج مولی علیه به غیر اصلح توسط پدر یا جد - همچنان که مرحوم سید فرموده است - مشکل است.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۱۳۵، ح ۳: سهل بن زیاد عن ابن محبوب عن أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷻ لأبيك أنت و مالك لأبيك ثم قال أبو جعفر عليه السلام: و ما أحبّ له أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه معاً لا بد منه إن الله ﷻ لا يحب الفساد»؛ وسائل الشیعة، ج ۱۷، ص ۲۶۳، ح ۲.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۱۳۵، ح ۳: سهل بن زیاد عن ابن محبوب عن أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷻ لأبيك أنت و مالك لأبيك ثم قال أبو جعفر عليه السلام: و ما أحبّ له أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه معاً لا بد منه إن الله ﷻ لا يحب الفساد»؛ وسائل الشیعة، ج ۱۷، ص ۲۶۳، ح ۲.

۳. ر.ک: الکافی، ج ۵، ص ۱۳۵، «باب الزجل يأخذ من مال ولده و الولد يأخذ من مال أبيه»؛ وسائل الشیعة، ج ۱۷، ص ۲۶۲، «باب حکم الأخذ من مال الولد و الأب».

تزویج دختر به کمتر از مهرالمثل یا تزویج پسر به بیشتر از آن

تزوید دختر به کمتر از مهر المثل یا تزوید پسر به بیشتر از آن

مسألة ۶: «لو تزوجها الولی بدون مهر المثل أو زوج الصغير بأزيد منه، فإن كان هناك مصلحة تقتضي ذلك صح العقد والمهر ولزم، و إلا ففی صحة العقد و بطلان المهر والرجوع إلى مهر المثل أو بطلان العقد أيضا قولان: أقواهما الثاني، والمراد من البطلان عدم النفوذ بمعنى توقفه على إجازتها بعد البلوغ و يحتمل البطلان و لو مع الإجازة بناء على اعتبار وجود المجيز فی الحال.»^۱

این مسئله درباره تزوید دختر توسط ولی به کمتر از مهر المثل و یا پسر به بیشتر از مهر المثل است، که مطالب آن در دو بخش ارائه می شود:

بخش اول: وجود مصلحت مولی علیه در تزوید

بخش دوم: عدم مصلحت مولی علیه در تزوید

بررسی مسئله در فرض مصلحت در تزوید

اگر شرایط به گونه ای باشد که تزوید دختر به کمتر از مهر المثل و یا پسر به بیشتر از آن، مقتضای مصلحتشان باشد، چنین عقدی که از جانب ولی واقع می شود و مهر، هر دو صحیح و لازم هستند و دختر و پسر نمی توانند آنها را به هم بزنند. به عنوان مثال، گاهی خواستگار دختر امتیازاتی دارد که مصلحت دختر در این است که پدر او را به ازدواجش در آورد، اگرچه مهریه ای که خواستگار حاضر به پرداختش شده، کمتر از مهر المثل است.

درباره پسر نیز، گاهی دختری وجود دارد که دارای امتیازات ویژه ای است به گونه ای که مصلحت پسر اقتضا می کند که پدر او را به عقد این دختر در آورد، اگرچه مهریه ای که مطالبه نموده بیشتر از مهر المثل است.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۶.

این مسئله شبیه جایی است که فرد به مقتضای مصلحت حاضر می شود خانه ای را به قیمت ارزان تر بفروشد و یا به قیمت گران تر بخرد؛ یعنی مصالح عارضی سبب این امر می شود.

بررسی مسئله در فرض عدم مصلحت در تزویج

اما اگر ولی، دختر را به کمتر از مهر المثل و یا پسر را به بیشتر از آن تزویج کند، بدون اینکه مصلحت مولی علیه چنین اقتضایی داشته باشد، صحت و لزوم عقد و مهر در این صورت مورد بحث است.

در صورت حکم به بطلان عقد، دو احتمال درباره آن وجود دارد:

احتمال اول این است که باطل محض باشد که با اجازه نیز تصحیح نشود، حال یا به این دلیل که صلاحیت مجیز در زمان عقد نیز لازم است و در مسئله مورد بحث، مولی علیه چنین صلاحیتی را نداشته است، یا به این دلیل که به طور کلی، فضولی در باب نکاح، باطل است، و یا به این دلیل که به طور کلی، هر فضولی چه در باب نکاح و چه در ابواب دیگر باطل است.

احتمال دوم این است که باطل محض نیست، بلکه تنها غیر نافذ و متوقف بر اجازه است که در صورت اجازه مولی علیه بعد از بلوغ تصحیح و نافذ می شود، هر چند در زمان عقد، صلاحیت اجازه دادن را نداشته است.

از میان دو احتمال فوق درباره بطلان، احتمال دوم که مرحوم سید به آن فتوا داده، صحیح است؛ به این معنا که در صورت حکم به بطلان مهر یا بطلان عقد و مهر هر دو، عقد و مهر باطل محض نیست؛ بلکه تنها غیر نافذ و متوقف بر اجازه مولی علیه بعد از بلوغ است که در صورتی که آن را رد کند باطل و کالعدم و در صورتی که اجازه دهد، تصحیح و نافذ می شود و اینکه مجیز در زمان عقد نیز باید صلاحیت اجازه دادن داشته باشد - چنان که در مسئله قبلی گذشت - مبنای تمامی نیست.

مطلب دیگر اینکه از تعبیر «قولان» در کلام مرحوم سید این گونه برداشت می شود که گویی اساساً در این مسئله، بحث درباره صحت و بطلان عقد است و اگر درباره مهر نیز بحثی باشد، موقوف یا باطل محض بودن آن مورد بحث است، اما اصل عدم نفوذش مورد مناقشه نیست.

از کلام مرحوم آقای حکیم نیز استفاده می‌شود که گویا از نظر ایشان، امر تنها دائر مدار این دو قول است و احتمال صحت و نفوذ عقد و مهر المستی - هر دو - احتمال شاذی است که اگر قائلی هم داشته باشد، شاذ است و قابل اعتنا نیست و از این رو، تردید در کلام محقق در شرائع را - که در ادامه ذکر می‌شود - ناظر به این دو قول دانسته است.^۱

مناقشه در نظر مرحوم سید درباره اقوال مسئله

اما کلام قدماء دقیقاً مقابل آن چیزی است که مرحوم سید در این مسئله بیان نموده است. شیخ در خلاف و مبسوط، مسئله تزویج دختر توسط پدر یا جدّ به کمتر از مهر المثل را مطرح نموده و مسلم گرفته که عقد و مهر المستی هر دو صحیح هستند و فضولی نیستند. تنها اختلافی هم که در این دو کتاب نقل شده، درباره نفوذ و عدم نفوذ مهر المستی و آن هم از جانب عامه است؛ گویی صحت خود عقد مسلم بین مسلمین است و تنها اختلاف درباره مهر المستی است. کلام شیخ طوسی در خلاف چنین است:

«إذا زوج الأب أو الجدّ من له إجبارها على النكاح، من البكر الصغيرة أو الكبيرة بمهر دون مهر المثل، ثبت المستی، ولا يجب مهر المثل. وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: يبطل المستی، ويجب مهر المثل. دليلنا: أنّ المستی لا خلاف أنّه واجب عليه. ومن أوجب مهر المثل فعليه الدلالة...»^۲

ایشان در مبسوط فرموده است:

«إذا زوج الأب أو الجدّ من له إجبارها على النكاح، و هي البكر الصغيرة أو الكبيرة، فإن كان بمهر مثلها أو أكثر لزم ما سمي لها بلا خلاف، وإن كان بدون مهر المثل سقط المستی ووجب لها مهر المثل عند بعضهم، وقال غيره: إذا كان دون مهر المثل ثبت

۱. مستمسك العروة الوثقى، ج ۱۴، ص ۴۵۷.

۲. الخلاف، ج ۴، ص ۳۹۲، ۳۷۴.

المسمی و لم يجب مهر المثل، و هو الذی یقتضیه مذهبنا.^۱
مراد از «لا خلاف»، عدم اختلاف در بین مسلمین است و «عند بعضهم» و «قال غیره» هم اشاره به اقوال عامه دارد.

کلام محقق در شرائع: «الثانیة إذا زوّجها الولی بدون مهر المثل هل لها أن تعترض فیه تردد و الأظهر أنّ لها الاعتراض».^۲

ایشان در این عبارت، ابتدا درباره ثبوت حق اعتراض برای دختر تردید نموده و سپس ثبوت آن را ترجیح داده است. تأملی که درباره این عبارت وجود دارد، این است که تردید ایشان درباره چیست؟ آیا ایشان اصل عقد را صحیح و لازم می‌داند و تنها تردید دارد که دختر نسبت به مهر المسمی حق اعتراض دارد؟ یا اینکه ثبوت حق اعتراض برای دختر نسبت به اصل عقد، نیز مورد تردید است؟

اگرچه کلام ایشان در این جهت صراحت ندارد، اما خالی از اشعار هم نیست که تنها از جهت لزوم مهر المسمی تردید وجود دارد؛ اما اصل عقد صحیح و نافذ است و دختر حق اعتراضی نسبت به آن ندارد، همچنان که ظاهراً در باب مهر تصریح به این مطلب نموده است.^۳

مرحوم علامه در قواعد فرموده است: «الخامس: أن یزوّج الولی بدون مهر مثلها فیصح العقد و فی صحّة المسمی قولان».^۴

ایشان صحت عقد را قطعی می‌داند؛ اما در صحت مهر المسمی می‌فرماید: «قولان»؛ لذا کلام علامه هم موید مدعای ما است.

در هر حال، قول به صحت و لزوم عقد و مهر المسمی، قول شاذی نیست؛ زیرا این قول در میان قدماء مطرح بوده است؛ بلکه از خلاف و مبسوط این گونه برداشت می‌شود که گویا ایشان این حکم را مسلم در میان شیعه می‌دانسته است. البته این قول اختصاصی به شیعه ندارد؛ زیرا چنان که از خلاف مرحوم شیخ نقل شد ابوحنیفه نیز همین نظر را داشته است.

۱. المبسوط، ج ۴، ص ۳۱۱.

۲. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۲۲.

۳. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۷۱.

۴. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۷۸.

در این مقام، ابتدا دلیل لزوم مهر المستی و عقد و سپس دلیل عدم لزوم بررسی می شود.

دلیل لزوم مهر المستی و اصل عقد

در میان وجوهی که در توجیه صحت و لزوم عقد و مهر المستی مطرح شده، وجه اولویتی که فخر المحققین در ایضاح ذکر نموده، نسبتاً بهتر از سایر وجوه است.^۱

استدلال به آیه «أَوْ يَغْفُوَ الَّذِي بِدِيهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»

مفاد کلام مرحوم فخر المحققین در ایضاح - با کمی تبیین بیشتر - این است که بنابر مفاد آیه «أَوْ يَغْفُوَ الَّذِي بِدِيهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»^۲ و تفسیری که در روایات از «الَّذِي بِدِيهِ

۱. از وجوه دیگر حکم به لزوم مهر و عقد، وجوهی است که در کلامی از مرحوم شیخ طوسی مطرح شده است: الخلاف، ج ۴، ص ۳۹۲-۳۹۳، م ۳۷: «إِذَا زَوَّجَ الْأَبُ أَوْ الْجَدُّ مِنْ لَهُ إِجْبَارُهَا عَلَى النِّكَاحِ، مِنَ الْبَكْرِ الصَّغِيرَةِ أَوْ الْكَبِيرَةِ بِمَهْرٍ دُونَ مَهْرِ الْمَثَلِ، ثَبَتَ الْمَسْتَى، وَلَا يَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ. وَ بِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَبْطُلُ الْمَسْتَى، وَ يَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ. دَلِيلُنَا: أَنَّ الْمَسْتَى لَا خِلَافَ أَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ. وَ مِنْ أَوْجِبَ مَهْرَ الْمَثَلِ فَعَلِيهِ الدَّلَالَةُ وَ أَيْضًا: قَوْلُهُ تَعَالَى: «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ قَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَرْيَضُ مَا قَرَضْتُمْ» وَ لَمْ يُفَضَّلْ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ دُونَ مَهْرِ الْمَثَلِ، أَوْ مِثْلُهُ، أَوْ فَوْقَهُ، فَوَجِبَ حَمْلُهُ عَلَى عَمُومِهِ. وَأَيْضًا: رَوَى ابْنُ عَمْرٍ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «أَذُوا الْعَلَانِقَ فَقِيلَ: وَ مَا الْعَلَانِقُ؟ قَالَ: مَا تَرَاذَى عَلَيْهِ الْأَهْلُونَ.» وَ هَذَا قَدْ تَرَاذَى الْأَهْلُونَ عَلَيْهِ، فَوَجِبَ أَنْ لَا يُوْذَوْا غَيْرَهُ.

و أَيْضًا فَقَدْ عَلِمْنَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ زَوَّجَ بَنَاتِهِ بِخَمْسِمَانَةٍ، وَ مَعْلُومٌ أَنَّ مَهْرَ مِثْلِ بِنْتِ النَّبِيِّ ﷺ لَا يَكُونُ هَذَا الْقَدْرُ، فَلَوْلَا أَنَّ الْوَلِيَّ إِذَا عَقَدَ عَلَى أَقَلِّ مِنْ مَهْرِ الْمَثَلِ صَخَّ، وَ لَزِمَ الْمَسْتَى لِمَا كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَفْعَلُهُ.» مرحوم فخر المحققین نیز خود وجوه دیگری را ذکر کرده است:

إيضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۷: «قَالَ ﷺ: "وَلَوْ زَوَّجَ الْوَلِيُّ بِدُونِ مَهْرِ الْمَثَلِ فَأَلْقَرَبَ أَنْ لَهَا الْاِعْتِرَاضُ." أَقُولُ: لِأَنَّهُ مَعَاوِضَةٌ وَإِضْرَارٌ (وَنَقَلَ) عَنْ بَعْضِ الْفُقَهَاءِ عَدَمَ الْاِعْتِرَاضِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مَعَاوِضَةٌ مُحْضَةٌ لِحُجُوزِ اخِلَافِ الْعَقْدِ عَنْ ذِكْرِ الْمَهْرِ (وَلَأَنَّ) الْمَقْصُودَ فِي النِّكَاحِ النِّسْلَ وَ كَفَّ النَّفْسَ عَنِ الشَّهْوَةِ وَ الْمَهْرُ تَابِعٌ (وَلَأَنَّهُ) لَهُ الْعَفْوُ عَنْهُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: «إِلَّا أَنْ يَغْفُوَ أَوْ يَغْفُوَ الَّذِي بِدِيهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» وَ الْأَقْوَى مَا هُوَ الْأَقْرَبُ عِنْدَ الْوَلِيِّ.» مرحوم صاحب جواهر نیز همین وجوه را مطرح کرده است:

جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۱۹۸: «أَمَّا عَدَمُهَا أَوْ مَعَ الْمَفْسَدَةِ فَهَلْ لَهَا أَنْ تَعْتَرِضَ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ يَنْشَأُ مِنْ إِطْلَاقِ النُّصُوصِ السَّابِقَةِ فِي الْأَبِّ وَ أَوْلَوِيَّتِهِ مِنَ الْعَفْوِ الْجَائِزِ لَهُ عَنِ الْمَهْرِ بَعْدَ ثَبُوتِهِ، وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ النِّكَاحِ النِّسْلَ وَ التَّحْصِينَ وَ نَحْوَهُمَا لَا الْمَهْرَ، فَيَكُونُ حِينَئِذٍ هُوَ نَفْسُهُ مَصْلُحَةٌ خَالِيَةٌ عَنِ الْمَفْسَدَةِ، وَ مِنْ إِنَاطَةِ تَصَرُّفِ الْوَلِيِّ بِالصَّحْلَةِ أَوْ عَدَمِ الْمَفْسَدَةِ، وَ لَا رَيْبَ فِي تَحَقُّقِ الْمَفْسَدَةِ فِي ذَلِكَ مَعَ فَرْضِ وَجُودِ الْكَفْوِ الْبَازِلِ لِمَهْرِ الْمَثَلِ.»

۲. البقرة، ۲۳۷: «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ قَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَرْيَضُ مَا قَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَغْفُوَ أَوْ

عُقْدَةُ النِّكَاحِ» شده، ولی می‌تواند مقداری از مهریه را در مورد طلاق غیر مدخوله ببخشد. روشن است که اگر ولی مجاز به رفع امر ثابتی باشد، به طریق اولی، مجاز است آن را دفع نموده، از ابتدا مولی علیه را به کمتر از مهر المثل تزویج کند.^۱

این وجه در کتاب‌های بعد از فخر المحققین مانند جامع المقاصد^۲ هم ذکر شده که شاید از ایضاح اخذ شده باشد؛ زیرا محقق کرکی در جامع المقاصد در بسیاری از موارد، مطالب را از این کتاب اخذ کرده است و فقهای بعدی نیز نوعاً در بسیاری از موارد، تابع محقق کرکی بوده و مطالب را از ایشان اخذ کرده‌اند. از جمله این فقهاء، شهید ثانی است که ایشان هم این وجه را ذکر کرده است.^۳

يَعْفُو الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ.

۱. ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۷: «قال (قدس الله سزه): "ولو زوج الولي بدون مهر المثل فالأقرب أن لها الاعتراض". أقول: لأنه معاوضة وإضرار (و نقل) عن بعض الفقهاء عدم الاعتراض لأنه ليس معاوضة محضة لجواز اخلاء العقد عن ذكر المهر (ولأن) المقصود في النكاح النسل وكف النفس عن الشهوة والمهر تابع (ولأنه) له العفو عنه لقوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَعْفُوا أَوْ تَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» والأقوى ما هو الأقرب عند والدي...»؛ ص ۲۱۰: «قال (قدس الله سزه): "الخامس أن يزوجه الولي (إلى قوله) قولان". أقول: هذا النوع الخامس من أسباب فساد المهر المسمى (فنقول) أما صحة العقد فلا أن المهر ليس بشرط في صحة النكاح لجواز اخلائه عنه وكل ما لا يتوقف ثبوته على ثبوته لا يؤثر عدمه في عدمه وفيه وجهان بأنيان في المسألة التي بعده وأما المسمى فقال الشيخ في الخلاف: يثبت لأنه يصح معه العفو بعقده على الأقل أولى (أما الأولى) فلقوله تعالى: «أَوْ تَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» (و أما الثانية) فلا أن إسقاط ما وجب فالإقتصار على بعض ما لم يجب أولى...».

ممکن است تصور شود که تمسک به اولویت طبق عبارت اخیر ایضاح، از سوی شیخ طوسی در خلاف مطرح شده و تنها در ایضاح نقل شده است؛ اما این تصور صحیحی نیست؛ زیرا چنین مطلبی در کتب شیخ طوسی وجود ندارد و خود فخر المحققین این توجیه را برای قائلین به صحت مهر المسمى مطرح کرده است، گرچه محتمل است از دیگران اخذ کرده باشد.

۲. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۴۸.

۳. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۵۵: «و وجه القول بالصحة مطلقاً وعدم الاعتراض: أن المفروض كون الزوج كفواً، والولي مأذون له في العقد شرعاً. والمهر غير شرط في صحة العقد، ويجوز زيادة ونقصان. و النكاح ليس معاوضة محضة، لأن البضع ليس مالا بالحقيقة، وليس الغرض الأصلي من النكاح المهر، بل التخصن والنسل. ولأن الولي يجوز له العفو عن بعض المهر بعد ثبوته، فإسقاطه ابتداء أولى. ومع تحقق الكفاءة لا يشترط في صحة العقد وجود المصلحة، بل انتفاء المفسدة، و هو موجود بالفرض...»؛ الروضة البهية (جانب مجمع الفكر)، ج ۳، ص ۱۷۴: «و قيل ليس لها مطلقاً لأن ما دون مهر المثل أولى من العفو و هو جائز للذي بيده عقدة النكاح وإذا لم يكن لها خيار في المهر ففي العقد أولى.»

نقد استدلال به آیه

در تبیین ادله عدم لزوم مهر المستی و اصل عقد، به تفصیل بیان خواهد شد که مستفاد از ادله متعدد این است که ولی نمی‌تواند دختر را به کمتر از مهر المثل و پسر را به بیشتر از آن تزویج کند و لذا مقتضای قاعده، عدم نفوذ چنین مهر المستایی است، و اگر شارع در مورد ازدواجی که زوجین از یکدیگر چندان بهره‌ای نبرده‌اند و ازدواجشان پیش از دخول^۱ منجر به طلاق گردیده، اجازه داده که ولی بخشی از مهریه را ببخشد، این حکم در مورد خاصی تشریع شده و نمی‌توان از آن مورد، به موارد دیگر - به خصوص فرض مورد بحث که مصداق ضرر و در معرض فساد بودن است - تعدی نمود.

ادله عدم لزوم مهر المستی و اصل عقد

حال ادله عدم لزوم مهر المستی و عدم لزوم عقد بررسی می‌شود. ابتدا ادله عدم لزوم مهر المستی و سپس دلیل عدم لزوم عقد بررسی می‌شود:

مطلب اول: ادله عدم لزوم مهر المستی

اگر ولی، پسر را به بیشتر از مهر المثل و یا دختر را به کمتر از آن تزویج کند، مقتضای قواعد این است که چنین عقدی نسبت به آن مهریه لازم نباشد؛ زیرا:

اولاً، ضرر به دختر و پسر است و از این جهت فرقی بین این دو نیست؛ زیرا دختر نیز با ازدواج، سلطه و استقلال خود را از دست می‌دهد و تحت اختیار مرد قرار می‌گیرد و لذا تزویج او به کمتر از مهر المثل ضرر به او به حساب می‌آید.

با توجه به صدق ضرر بر چنین تزویجی، «لاضرر» و همچنین روایت عبید بن زراره^۲

در چاپ مرحوم کلانتر (ج ۵، ص ۱۳۹) و چاپ حاشیه سلطان العلماء (ج ۲، ص ۷۶) به جای «لیس لها مطلقاً»، «لیس لها الخيار مطلقاً» آمده است.

۱. در آیه شریفه تنها در فرض عدم دخول به ولی اجازه عفو داده شده است: «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فِرْضٌ مِمَّا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيِّنَاتٌ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ» (البقرة، ۲۳۷).

۲. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۵، ح ۱: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن محمد عن ابن فضال عن ابن بکیر عن عبید بن زرارۃ قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجها من رجل و يريد جدها أن

و فضل بن عبدالملک^۱ - بنابر اینکه مانند آقای خوئی^۲ دلالت آن دو پذیرفته شود - لزوم عقد نسبت به مهر المسمی را نفی می‌کنند.

ثانیاً، مقتضای تعلیل در روایت ابو حمزه ثمالی که حضرت در آن نسبت به استفاده بیش از ضرورت از مال فرزند، فرموده: «إِنَّ اللَّهَ لَا يَحِبُّ الْفُسَادَ»^۳ این است که هر دخالتی در امور مالی مولی علیه که موجب فساد شود ممنوع است و معلوم است که چنین تزویجی کاملاً در معرض اختلاف، نارضایتی، و ایجاد دعوا و فساد است. بنابراین به مقتضای این ادله، چنین عقدی نسبت به مهر المسمی نافذ نیست.

کلام آقای حکیم و نقد آن

مرحوم آقای حکیم در ذیل عبارت «أو من أجل كثرة المهر أو قلته بالنسبة إلى الصغير» در مسئله قبل^۴، فرموده بود: تزویج دختر به مهریه کمتر تنها مصداق ترک اصلح است، نه مصداق ضرر؛ یعنی از نظر ایشان هر مالی که زن به عنوان مهریه دریافت می‌کند، غنیمت است؛ حال اگر به اندازه متعارف باشد، غنیمت متعارفی به دست آورده و اگر کمتر باشد، غنیمت کمتری به دست آورده؛ ولی در هر صورت ضرری نکرده و تنها نفع کمتری برده است، بر خلاف پسر که تزویجش به مهریه بیشتر در این فرض، مصداق ضرر است.^۵

یزوجها من رجل آخر فقال: الجّد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً إن لم يكن الأب زوجاً قبله ويجوز عليها تزويج الأب والجّد.؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۹، ح ۲.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۶، ح ۵: حمید بن زیاد عن الحسن بن محمد بن سماعة عن جعفر بن سماعة عن أبان عن الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن الجّد إذا زوج ابنة ابنه و كان أبوها حياً و كان الجّد مرضياً جاز قلنا: فإن هوي أبو الجارية هوى و هوى الجّد هوى و هما سواء في العدل و الرضا قال: أحب إلي أن ترضى بقول الجّد.؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۰، ح ۴.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۲۹.

۳. الکافی، ج ۵، ص ۱۳۵، ح ۳: سهل بن زیاد عن ابن محبوب عن أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷺ لرجل: أنت و مالك لأبيك ثم قال أبو جعفر عليه السلام: و ما أحب له أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه مآلاً يذم منه إن الله ﷻ لا يحب الفساد.؛ وسائل الشیعة، ج ۱۷، ص ۲۶۳، ح ۲.

۴. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۶۶، م ۵.

۵. مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۴، ص ۴۵۷.

با قطع نظر از اشکالاتی که به کلام ایشان وارد است و در مسئله قبل به تفصیل بیان شد، اگر تفکیک ایشان بین پسر و دختر در آن مسئله صحیح باشد، دیگر نمی‌توان در این مسئله، به استناد به «لاضرر» و امثال آن، حکم به عدم نفوذ تزویج دختر نسبت به مهر المسمی کرد، در حالی که ایشان بر خلاف بیان خودش در آن مسئله، در این مسئله به «لاضرر» تمسک کرده، و حکم به عدم نفوذ تزویج دختر نسبت به مهر المسمی کرده است^۱ که این یک نوع تناقضی است که در کلام ایشان در دو مسئله متصل به هم وجود دارد.^۲

مطلب دوم: دلیل عدم لزوم اصل عقد

مرحوم سید دو قول برای صحت و بطلان عقد ذکر نمود و خودش قول به بطلان را اختیار کرد.^۳ ایشان مراد خود از بطلان را فضولی بودن دانسته است.

وجهی که برای این قول ذکر شده، آن است که عرف، انشاء عقد ازدواج با مهریه مشخص را دو جعل مستقل از یکدیگر به حساب نمی‌آورد. به عبارت دیگر این گونه نیست که عرف چنین ازدواجی را به دو جعل منحل کند؛ یکی اصل ازدواج که قید و شرطی ندارد و دیگری قرار مهریه خاص؛ بلکه مجموع آن دو را یک جعل می‌داند؛ در نتیجه اگر مسلم شد که مهریه یعنی قید و شرط آن جعل واحد باطل است، قهراً دلیلی برای بقاء ذات مقید وجود نخواهد داشت و لذا اصل ازدواج نیز باطل می‌شود.^۴

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۵۷.

۲. می‌توان گفت که مرحوم آقای حکیم در فرضی به لا ضرر تمسک کرده که کمتر بودن مهر المسمی از مهر المثل عرفاً موجب حقارت و خواری زن شود. ایشان فرموده است: «فإن نقص المهر ربما يكون مهانة على الزوجة، وليس العفو كذلك. وأدلة نفي الضرر مقدمة على إطلاق أدلة الولاية» لذا منافاتی ندارد که مجرد کمتر بودن مهر از مهر المثل در نزد ایشان ضرری نباشد و از سوی دیگر در برخی موارد عرفاً موجب خواری زن شود و در نتیجه ضرری باشد.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۶، م ۶.

۴. کشف اللثام، ج ۷، ص ۱۰۱؛ أنوار الفقهاء، کتاب النکاح، ص ۳۰؛ مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۵۷-۴۵۸.

نظر مختار: «عدم لزوم مهر» و «انفساخ عقد در فرض فسخ مهر»

به نظر می‌رسد اصل این مطلب که انشاء عقد ازدواج با مهریه مشخص عرفاً دو جعل مستقل نیست و با بطلان مهر، عقد نیز باطل است، مطلب صحیحی است؛ اما بر خلاف مرحوم سید، نه عقد و نه مهر المسمّی باطل نیست؛ بلکه بنا بر تحقیق، فقط قرار مهر المسمّی لزوم ندارد و موّلی علیه می‌تواند آن را فسخ کند؛ ولی با توجه به اینکه اصل عقد و مهر المسمّی به جعل و احداث واحد است، با اعمال اختیار و به هم خوردن مهر المسمّی، عقد نیز از بین می‌رود.

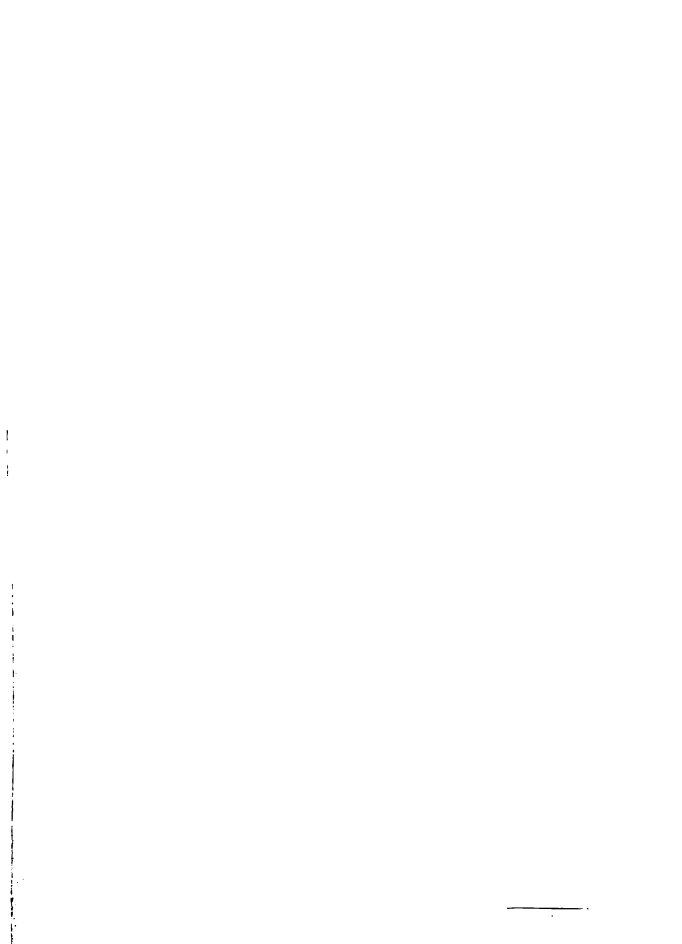
توضیح مطلب: همچنان‌که در برخی موارد، با تمسک به «لاضرر» در مواردی که اصل عقد، ضرری است حکم به بطلان عقد می‌شود اما در برخی موارد دیگر مانند بیع غبنی، با «لاضرر» تنها اختیار فسخ ثابت می‌شود - زیرا اصل عقد ضرری نیست بلکه تنها الزام به آن ضرری است - در مسئله مورد بحث نیز، اگر تزویج به کمتر از مهر المثل یا بیشتر از آن، به شکلی باشد که ثبوت این مهر المسمّی، موجب شود که اصل این زوجیت مصداق ضرر و فساد باشد، مثلاً موجب فتنه و درگیری شود، به موجب «لاضرر» و ادّله دیگری که بیان شد،^۱ اصل عقد باطل خواهد بود؛ اما اگر تنها الزام به مهر المسمّی، مصداق ضرر باشد - همچنان‌که در معمول موارد این گونه است - آن ادّله، صحّت فعلی عقد نسبت به مهر المسمّی را نفی نمی‌کند؛ بلکه تنها ثابت می‌کند که موّلی علیه نسبت به مهر المسمّی اختیار فسخ دارد، که البته با اعمال آن و به هم خوردن مهر المسمّی، اصل عقد نیز به هم می‌خورد؛ زیرا عقد و مهر عرفاً یک جعل هستند و منحلّ به دو جعل مستقل نمی‌شوند.

خلاصه اینکه بحث، عام است و مختص به فرضی که اصل ثبوت مهر المسمّی، مصداق ضرر و فساد باشد نیست؛ بلکه در معمول موارد، تنها الزام به مهر المسمّی اشکال دارد؛ لذا تنها اختیار فسخ نسبت به مهر المسمّی ثابت می‌شود؛ البته با اعمال اختیار در مهر، اصل عقد نیز فسخ می‌شود.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۱۳۵، ح ۳: سهل بن زیاد عن ابن محبوب عن أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷺ لرجل: أنت و مالك لأبيك ثم قال أبو جعفر عليه السلام: و ما أحبّ له أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه مقلّاباً منه إن الله ﷻ لا يحبّ الفساد.» وسائل الشیعة، ج ۱۷، ص ۲۶۳، ح ۲.

حکم ازدواج سفیه

بخش هجدهم



حکم ازدواج سفیه در امور مالی نسبت به تعیین زن و مهریه

مسألة ۷: «لا یصح نكاح السفیه المبذّر الأبّاذن الولی، و علیہ أن یعتن المهر و المرأة، و لو تزوّج بدون اذنه وقف علی اجازته، فإن رأى المصلحة و أجاز صح، و لا یحتاج إلى إعادة الصیغة؛ لانه لیس كالمجنون و الصبیّ مسلوب العبارة، و لذا یصح و كالتة عن الغير فی اجراء الصیغة و مباشرته لنفسه بعد إذن الولی.»^۱

توضیح مسئله

سفیه از نظر لغت به معنای کسی است که عقل صحیحی نداشته، در امور مالی و غیر مالی رشد ندارد و اشتباهاتش از حدّ متعارف بیشتر است ولی به حدّ جنون نمی‌رسد،^۲ و در اصطلاح فقهی به کسی که در خصوص امور مالی دارای رشد نباشد، اطلاق می‌شود؛ بنابراین معنای لغوی آن از معنای اصطلاحی وسیع‌تر است.

«مبذّر» در لغت به معنای کسی است که در تصرفات مالی، و لخرجی بی‌حساب می‌کند و اموال را هدر می‌دهد.^۳ در اینجا مراد از سفیه ظاهراً همان معنای شرعی آن است؛ لذا «مبذّر» قید توضیحی است. البته معنای لغوی آن مهجور نشده و محتمل است مراد از سفیه معنای لغوی آن باشد و «مبذّر» قید توضیحی نباشد. به هر حال، از این مسئله استفاده می‌شود که سفیه شرعی، در ازدواج استقلال نداشته و باید اجازه ولی همراه عقد وی باشد. البته مرحوم سید حکم خصوص کسی را که در امور مالی رشد دارد ولی در انتخاب همسر ناتوان است و رشد لازم را ندارد، در مسئله بعدی بررسی می‌کند، اما این مسئله مختص به سفیهی است که

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۶.

۲. کتاب العین، ج ۴، ص ۹؛ المحيط فی اللغة، ج ۳، ص ۴۱۶؛ الصحاح، ج ۶، ص ۲۲۳۴؛ مفردات ألفاظ القرآن، ص ۴۱۴؛ النهاية (ابن اثیر)، ج ۲، ص ۳۷۶.

۳. کتاب العین، ج ۸، ص ۱۸۲؛ المحيط فی اللغة، ج ۱۰، ص ۷۴؛ مفردات ألفاظ القرآن، ص ۱۱۳.

در امور مالی رشد لازم را ندارد.

در هر حال، ایشان می‌فرماید: ازدواج سفیه بدون اذن ولی در مورد تعیین زن و مقدار مهریه صحیح نیست و متوقف بر اجازه ولی است؛ پس اگر ولی اجازه دهد، نکاحش صحیح است و نیازی به اعاده صیغه ندارد؛ زیرا سفیه مانند مجنون یا صبی غیر ممیز یا مطلق صبی - بنابر نظر برخی علماء^۱ - نیست که مسلوب العبارة باشد و لذا اگر برای دیگری وکیل در اجراء صیغه شد یا برای خودش با اذن ولی عقد را اجرا کرد، آن عقد منعقد می‌شود.

حکم این مسئله واضح است و توضیح بیشتری نیاز ندارد.

۱. الخلاف، ج ۳، ص ۱۷۸، م ۲۹۴؛ مختلف الشیعة، ج ۵، ص ۵۸؛ الدروس الشرعیة، ج ۳، ص ۱۹۲.



حکم ازدواج سفیه در خصوص امر ازدواج

مسألة ۸: «إذا كان الشخص بالغاً رشيداً في المآليات لكن لا رشد له بالنسبة إلى أمر التزويج و خصوصياته من تعيين الزوجة و كيفة الإمهار و نحو ذلك فالظاهر كونه كالسفيه في المآليات في الحاجة إلى إذن الولي وإن لم أر من تعرض له.»^۱

تبیین عبارت عروه

دو مطلب درباره کلام مرحوم سید وجود دارد:

مطلب اول اینکه در نگاه بدوی به نظر می‌رسد که اگر «کيفة الإمهار» ذکر نمی‌شد، بهتر بود؛ زیرا این امر از امور مالی است که در مسئله قبل متعرض آن شده و کلمات سابقین هم آن را شامل می‌شود؛ ولی چنین اشکالی صحیح نیست و نباید تنها از دید اقتصادی به مهریه نگریست، چرا که گاهی مهریه اندک در دوام زندگی و رفاه آینده دختر مفیدتر است.^۲

مطلب دوم این است که مرحوم سید فرموده: کسی را ندیدم که متعرض این مسئله شده باشد، در حالی که صاحب جواهر در مسئله ازدواج باکره رشیده، متعرض حکم دختری شده است که فقط نسبت به تعیین زوج رشد ندارد. ایشان ازدواج او را مشروط به اذن ولی دانسته،^۳ با وجود اینکه ازدواج باکره رشیده از نظر ایشان،

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۶.

۲. توضیح بیشتر: از سوی دیگر، سفیه به معنای مصطلح کسی است که در نوع امور مالی، از رشد کافی برخوردار نیست؛ ولی کسی که تنها در یک جهت مالی خاص، مثلاً در مقدار مهریه، شایستگی ندارد، اصطلاحاً سفیه نیست و در مسئله پیشین مندرج است.

۳. صاحب جواهر در شرح صحیحہ فضلاء («المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولّی علیها ان تزويجها بغير ولي جائز»)، فرموده: است: «و الجمع بين السفيهة والمولّی علیها لعدم اندراج الأولی في الثانية اذا فرض عدم رشدها في خصوص النکاح و ما يشبهه لاسفها مالیا فإن السفيهة في المال خاصة لا دليل علی اعتبار اذن الولي في التزويج الذي هو تصرف غير مالي.» (جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۷۶-۱۷۷).

متوقف بر اجازه ولی نیست.^۱

در هر حال، فتوای مرحوم سید به متوقف بودن ازدواج چنین سفیهی (سفیه در خصوص ازدواج) بر اذن ولی صحیح است.

دلیل اعتبار اذن ولی در نکاح «سفیه در ازدواج»

«سفیهی» که در برخی از روایات، حکم به عدم نفوذ تصرفاتش شده تا اینکه سفاهت او بر طرف شود،^۲ شامل سفیه مورد بحث نیز می‌شود؛ زیرا مراد از آن سفیه در روایات ظاهراً همان معنای لغوی و عرفی است که مفهوم عامی دارد و مختص به سفاهت در امور مالی نیست؛ لذا می‌توان با تمسک به اطلاق آن، حکم کرد که ازدواج در این مسئله نیز متوقف بر اذن ولی است.

اگر بر فرض این استدلال پذیرفته نشود، می‌توان با الغاء خصوصیت از سفاهت در امور مالی، حکم آن را به سفاهت غیر مالی هم توسعه داد؛ زیرا وقتی شارع، تصرفات مالی سفیه در امور مالی را بدون اذن ولی صحیح ندانسته و جزئی‌ترین تصرف او را منوط به اذن ولی قرار داده، آیا ممکن است سفیه در امر ازدواج را مختار گذاشته، صحت ازدواج او را متوقف بر اذن ولی ندانسته باشد؟ با اینکه ازدواج و انتخاب همسر که انسان قصد زندگی طولانی مدت با او را دارد، به مراتب مهم‌تر از تصرفات مالی است و چنین سفیهی هم قادر به تشخیص همسر مناسب نیست؛ بنابراین بسیار عرفی است که از سفیه مالی، الغاء خصوصیت شده و حکم شود که ازدواج سفیه در ازدواج نیز در صورتی صحیح است که با اذن ولی باشد؛ بلکه این تفاهم عرفی، خود مؤید این مطلب است که «سفیه» در روایات به همان معنای عرفی و لغوی خود استعمال شده است.

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۷۴.

۲. الخصال، ج ۲، ص ۴۹۵، ح ۳: حَدَّثَنَا أَبِي عليه السلام قَالَ: حَدَّثَنَا سَعْدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيسَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ أَبِي نَصْرِ بْنِ زَنْطِیٍّ عَنْ أَبِي الْحُسَيْنِ الْخَادِمِ بِنَاغِ الْوَلُؤُ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: «سَأَلَهُ أَبِي وَأَنَا حَاضِرُ عَنِ الْبَيْتِمْ مَتَى يَجُوزُ أَمْرُهُ قَالَ: حَتَّى يَبْلُغَ أَشَدَّهُ قَالَ: وَ مَا أَشَدَّهُ قَالَ: الْإِحْتِمَالُ قَالَ: قُلْتُ: قَدْ يَكُونُ الْغُلَامُ ابْنَ ثَمَانٍ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ وَلَا يَحْتَلِمُ قَالَ: إِذَا بَلَغَ وَ كَتَبَ عَلَيْهِ الشَّيْءُ جَازَ أَمْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا.» وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۴۱۲، ح ۵.

بخش نوزدهم

بررسی تقدیم عقد بر عقد پد در فروش مختلف

بررسی تقدیم عقد جد بر عقد پدر در فروع مختلف

مسألة ۹: «کُلُّ مَنْ الْأَبَ وَالْجَدَّ مُسْتَقِلَّ فِي الْوَلَايَةِ فَلَا يُلْزَمُ الْأَشْتِرَاكُ وَلَا الْأَسْتِيزَانُ مِنَ الْآخِرِ فَأَيُّهُمَا سَبَقَ مَعَ مَرَاعَاةِ مَا يَجِبُ مَرَاعَاةَهُ لَمْ يَبْقَ مُحَلٌّ لِلْآخِرِ وَلَوْ زَوْجَ كُلِّ مِنْهُمَا مِنْ شَخْصٍ فَإِنْ عِلْمُ السَّابِقِ مِنْهُمَا فَهُوَ الْمَقْدَمُ وَلِغَا الْآخِرِ وَإِنْ عِلْمُ التَّقَارَنِ قَدَّمَ عَقْدَ الْجَدِّ وَكَذَا إِنْ جَهَلَ التَّارِيخَانَ وَآمَانَ عِلْمُ تَارِيخِ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ فَإِنْ كَانَ الْمَعْلُومُ تَارِيخَ عَقْدِ الْجَدِّ قَدَّمَ أَيْضًا وَإِنْ كَانَ الْمَعْلُومُ تَارِيخَ عَقْدِ الْأَبِ احْتَمَلَ تَقَدُّمَهُ لَكِنْ الْأَظْهَرُ تَقْدِيمُ عَقْدِ الْجَدِّ لِأَنَّ الْمُسْتَفَادَ مِنْ خَبَرِ عُبَيْدِ بْنِ زُرَّارَةَ أَوْلَوِيَّةُ الْجَدِّ مَا لَمْ يَكُنِ الْأَبُ زَوْجَهَا قَبْلَهُ فَشَرَطَ تَقْدِيمَ عَقْدِ الْأَبِ كَوْنَهُ سَابِقًا وَمَا لَمْ يَعْلَمْ ذَلِكَ يَكُونُ عَقْدُ الْجَدِّ أَوْلَى فَتَحْصُلُ أَنَّ الْإِذَازِمَ تَقْدِيمَ عَقْدِ الْجَدِّ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ إِلَّا فِي صُورَةٍ مَعْلُومِيَّةٍ سَبَقَ عَقْدَ الْأَبِ وَلَوْ تَشَاحَّ الْأَبُ وَالْجَدُّ فَاخْتَارَ كُلُّ مِنْهُمَا وَاحِدًا قَدَّمَ اخْتِيَارَ الْجَدِّ وَلَوْ بَادَرَ الْأَبُ فَعَقْدَ فَهَلْ يَكُونُ بَاطِلًا أَوْ يَصَحُّ وَجْهَانُ بَلْ قَوْلَانُ مِنْ كَوْنِهِ سَابِقًا فَيَجِبُ تَقْدِيمُهُ وَمِنْ أَنَّ لَازِمَ أَوْلَوِيَّةِ اخْتِيَارِ الْجَدِّ عَدَمَ صَحَّةِ خِلَافِهِ وَالْأَحْوِطُ مَرَاعَاةُ الْإِحْتِيَاطِ وَلَوْ تَشَاحَّ الْجَدُّ الْأَسْفَلُ وَالْأَعْلَى هَلْ يَجْرِي عَلَيْهِمَا حُكْمُ الْأَبِ وَالْجَدُّ أَوْ لَا وَجْهَانُ أَوْجْهَهُمَا الثَّانِي لِأَنَّهُمَا لَيْسَا أَبَا وَجَدًا بَلْ كِلَاهُمَا جَدٌّ فَلَا يَشْمَلُهُمَا مَا دَلَّ عَلَى تَقْدِيمِ الْجَدِّ عَلَى الْأَبِ»^۱

بر مبنای استقلال هر کدام از پدر و جد در ولایت، صور مختلفی برای تزویج مولی علیه از جانب پدر و جد متصور است؛ زیرا اگر جد و پدر هر کدام عقدی را مستقلًا منعقد کنند، گاهی این دو عقد، مقارن هم است و گاهی شک در تقدم و تأخر یا تقارن وجود دارد؛ لذا در ذیل، حکم فروع مختلف مسئله بررسی می شود:

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۷.

فرض اول: تقارن دو عقد

فرض اول این است که هر دو عقد مقارن با هم واقع شده باشد. مرحوم سید فرموده است: «وإن علم التقارن قدّم عقد الجّد».

روایات تقدیم عقد جدّ

اگر دلیلی بر تقدیم عقد جدّ وجود نداشته باشد، مقتضای قاعده اولیه بطلان هر دو عقد است؛ زیرا تقدیم یکی بر دیگری ترجیح بلا مرجح است؛ اما روایاتی وجود دارد که دلالت می‌کنند بر اینکه اگر پدر و جدّ، هر کدام شخص خاصی را در نظر داشته باشند، نظر جدّ مقدم است و پدر صلاحیت معارضه با او را ندارد و باید نظر جدّ را بپذیرد و دختر را به عقد همان مردی که مرضی جد است درآورند.^۱ از این روایات استفاده می‌شود که حتی اگر عقد پدر و جدّ واقع هم شود، در فرضی که مقارن هم بوده باشد، عقد جدّ مقدم است و دیگر ترجیح بلا مرجح نخواهد بود. برای نمونه، دو روایت در ذیل بیان می‌شود:

روایت اول: صحیح هاشم بن سالم و محمد بن حکیم

محمد بن یعقوب عن علی بن ابراهیم عن ابيه عن محمد بن إسماعيل عن الفضل بن شاذان عن ابن أبي عمير عن هشام بن سالم و محمد بن حكيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا زوج الأب والجّد كان التّزويج للأوّل فإن كانا في حال واحدة فالجّد أولى».^۲
در ذیل روایت، حضرت در فرض تقارن عقد پدر و جدّ، حکم به تقدم عقد جدّ نموده است. البته تبیین ذیل روایت به این شکل، چنانکه خواهد آمد^۳، مبتنی بر

۱. ر.ک: الکافی، ج ۵، ص ۳۹۵: «باب الرجل يريد أن يزوجه ابنته ويريد أبوه أن يزوجه رجلًا آخر»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۹، «باب ثبوت الولاية للجدّ للأب في حياة الأب خاصة على الصغيرة فإن زوجها صخ عقد السابق وإن اقترنا صخ عقد الجّد».

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۹۰. ح ۳۸: وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۹-۲۹۰، ح ۳ (در وسائل «کانا جميعا في حال واحدة» نقل شده است).

در کافی چاپ اسلامی (ج ۵، ص ۳۹۵، ح ۴) «کان جميعاً» آمده که اشتباه است و در نسخ متعدّدی از کافی «کانا جميعاً» آمده است (الکافی (دار الحديث)، ج ۱۰، ص ۷۶۱، باورقی ۱).

۳. ر.ک: بحث آتی (فرض تشاخ)، بررسی روایات.

استظهار معروف از روایت است؛ اما بنا بر تحقیق، ذیل روایت درباره خصوص فرض تقارن عقدین نیست، بلکه مربوط به فرضی است که هر کدام از پدر و جد کسی را در نظر گرفته و قصد تزویج مولی علیه به او را دارند. در این فرض، حضرت فرموده: «نظر و تمایل جد مقدم است» و لذا پدر حق ایقاع عقد بر خلاف تمایل جد را ندارد. تبیین بیشتر مفاد این روایت در بررسی فرض تشاخ بین پدر و جد خواهد آمد.

روایت دوم: صحیحہ محمد بن مسلم

أحمد بن محمد عن علی بن الحکم عن علاء بن رزین عن محمد بن مسلم عن أحدہما علیه السلام قال: «إذا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَةَ ابْنِهِ فَهُوَ جَائِزٌ عَلَى ابْنِهِ وَلَا بَنَةَ أَيْضًا أَنْ يَزَوَّجَهَا فَقُلْتُ: فَإِنْ هُوَ أَبُوهَا رَجُلًا وَجَدَّهَا رَجُلًا فَقَالَ: الْجَدُّ أَوَّلَى بِنِكَاحِهَا.»^۱
این روایت نیز در فرض تشاخ مطرح و به تفصیل بررسی خواهد شد.

فرض دوم: مجهول التاریخ بودن هر دو عقد

تا اینجا این فرض بررسی شد که علم به تقارن هر دو عقد داشته باشیم. اما اگر علم به تقارن و تقدّم و تأخّر این دو عقد نداشته باشیم، حکم مسئله چیست؟ آیا باز هم عقد جد مقدم است؟

مرحوم سید فرموده است: «وإن علم التقارن قدّم عقد الجدّ و کذا إن جهل التاریخان.»^۲ لذا ایشان حکم فرض تقارن (که بیان شد) و فرضی که هر دو عقد مجهول التاریخ باشد را یکسان دانسته است؛ اما توضیح نداده که تفاوتی بین حکم این دو فرض وجود دارد و آن اینکه در فرض علم به تقارن، بطلان عقد پدر و صحت عقد جد قطعی است؛ اما در فرض جهل به تاریخ هر دو، به حسب حکم ظاهری، عقد پدر باطل و عقد جد صحیح است، ولی صحت و بطلان واقعی دائر مدار تقدّم و تأخّر واقعی است.

در هر حال، از آنجا که ایشان پس از فرض تقارن، فرض شک در تقدّم و تأخّر عقد پدر نسبت به عقد جد را مطرح کرده، ما نیز ابتدا فرضی را بررسی می‌کنیم که تاریخ

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۵، ح ۲؛ وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۲۸۹، ح ۱.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۷.

هر دو عقد مجهول باشد که چند احتمال درباره حکم آن وجود دارد؛ اما قبل از ذکر احتمالات، توضیحی درباره فرض مورد بحث و فروض آتی لازم است. هم در این فرض و هم در فروض بعدی که تنها زمان یک عقد معلوم است، مورد کلام جایی است که احتمال صحت عقد پدر وجود داشته باشد؛ یعنی این احتمال وجود داشته باشد که عقد پدر زودتر از عقد جدّ واقع شده باشد؛ زیرا اگر عقد پدر مقارن با عقد جدّ یا متأخر از آن واقع شده باشد، عقد پدر باطل است. احتمال تقدّم زمانی عقد پدر بر عقد جدّ، سه فرض دارد: گاهی مسئله ثلاثی الاحتمال است؛ یعنی می‌دانیم که عقد پدر، یا مقدّم یا مقارن یا موخّر بوده است، و گاهی مسئله ثنائی الاحتمال است که در این صورت گاهی می‌دانیم که عقد پدر، یا مقدّم بوده یا موخّر، و گاهی می‌دانیم که عقد پدر یا مقدّم بوده یا مقارن.

اما اگر مسئله ثنائی الاحتمال، به این نحو باشد که بدانیم عقد پدر یا مقارن یا موخّر است، در این فرض، اگرچه زمان عقد پدر به تفصیل معلوم نیست، اما علم تفصیلی به بطلان عقد او وجود دارد؛ زیرا در هر دو فرض «تقارن عقد پدر با عقد جدّ» و همچنین فرض «تاخّر عقد پدر از عقد جدّ»، در هر حال عقد پدر، باطل است؛ لذا این فرض از ثنائی الاحتمال از محلّ بحث خارج است.

حال حکم مجهول التاریخ بودن هر دو عقد بررسی می‌شود. سه احتمال وجود دارد:

احتمال اوّل: تقدیم عقد پدر و بطلان عقد جدّ

احتمال دوم: تقدیم عقد جدّ و بطلان عقد پدر

احتمال سوم: ترتّب حکم معلوم بالاجمال

در ذیل، این سه احتمال بررسی می‌شود:

احتمال اوّل: تقدیم عقد پدر

احتمال اوّل این است که عقد پدر صحیح و عقد جدّ باطل باشد.

دلیل تقدیم عقد پدر: استصحاب

عقد پدر تنها در صورتی صحیح است که قبل یا مقارن با آن، عقدی از جدّ واقع نشده باشد. دلیلی که برای اثبات این امر ممکن است ارائه شود، استصحاب

است که تقریبات متعددی برای آن وجود دارد:

تقریب اول: استصحاب عدم وقوع عقد جدّ تا زمان وقوع عقد پدر

تقریب اول این است که استصحاب عدم وقوع عقد جدّ قبل یا مقارن با عقد پدر، ثابت می‌کند که مانعی برای صحت عقد پدر در این فرض وجود ندارد. توجه شود که نیازی نیست ثابت شود که عقد جدّ، متأخر از عقد پدر واقع شده است تا شبهه مثبت بودن استصحاب مطرح گردد؛ بلکه همین مقدار که تحقق عقد جدّ در زمانی که وصف مانعیت برای عقد پدر دارد نفی شود، صحت عقد پدر ثابت می‌شود.

بررسی اشکالات تقریب اول

دو اشکال به این استدلال ممکن است مطرح شود:

اشکال اول: مثبت بودن استصحاب

از کلمات مرحوم سید استفاده می‌شود که شرط صحت عقد پدر را تقدّم آن بر عقد جدّ می‌داند که امری وجودی است^۱ و لذا با استصحاب عدم تحقق عقد جدّ قبل از زمان وقوع عقد پدر یا همزمان با آن که امری است عدمی، نمی‌توان «تقدّم عقد پدر بر عقد جدّ» را که امری وجودی است اثبات و حکم به صحت آن نمود؛ زیرا این امر، لازمه عقلی مستصحاب است و با توجه به عدم صحت اصل مثبت، نمی‌توان لوازم عقلی مستصحاب را اثبات کرد.

در تبیین مبنای مرحوم سید که این مناقشه نیز مبتنی بر آن است، این نکته نیز باید مورد توجه قرار گیرد که ظاهراً ایشان تنها در فرض وقوع هر دو عقد، صحت عقد پدر را مشروط به تحقق وصف «تقدّم» می‌داند؛ اما در فرضی که تنها پدر عقد کرده، قائل به چنین شرطی نیست.

به عبارت دیگر، از نظر ایشان، مناط صحت عقد پدر در فرض وقوع عقد پدر و عقد جدّ، غیر از مناط صحت آن در فرضی است که تنها عقد پدر واقع شده است. در فرض اول، مناط صحت عقد پدر، تحقق امر وجودی «تقدّم» است و لذا

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۷.

با استصحاب عدم عقد جدّ قبل یا همزمان با عقد پدر، این وصف ثابت نمی شود مگر بنا بر اصل مثبت؛ اما در فرض دوم، مناط صحت عقد پدر، عدم تحقق عقد جدّ است و لذا صحت عقد پدر در این فرض، بی اشکال ثابت می شود و نیازی به احراز وصف «تقدّم» نیست.

پاسخ: عدم اشتراط وصف «تقدّم» در صحت عقد پدر
پاسخ اشکال این است که تقدّم عقد پدر بر جدّ، شرط صحت عقد او نیست. این پاسخ به دو بیان ممکن است طرح شود:

بیان اوّل و نقد آن

بیان اوّل این است که قطعاً وصف «تقدّم عقد پدر بر جدّ»، شرط صحت عقد پدر نیست؛ زیرا عقد پدر در صورتی متّصف به این وصف می شود که عقد جدّ نیز بعد از آن واقع شود؛ یعنی وقوع عقد جدّ به نحو شرط متأخّر، شرط اتصاف عقد پدر به وصف تقدّم است.

با توجه به این مطلب، اگر شرط صحت عقد پدر اتصاف آن به وصف تقدّم باشد، لازمه آن بطلان عقد پدر در فرضی است که تنها او عقد کرده و عقدی از جدّ واقع نشده است؛ ولی بی تردید عقد پدر در این فرض صحیح است، اگرچه متّصف به وصف وجودی تقدّم نیست. از این امر معلوم می شود که شرط صحت عقد پدر اتصاف آن به وصف تقدّم نیست و مراد روایاتی که این وصف را شرط کرده اند،^۱ معنای وجودی آن نیست؛ بلکه مراد همان معنای عدمی، یعنی عدم وجود عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر است. این روایات صحت عقد پدر را منوط به عدم مانع و مزاحم از جهت عقد جدّ می دانند؛ لذا با استصحاب عدم وقوع عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر، موضوع صحت عقد پدر منقّح می گردد و اشکال مثبت بودن به وجود نمی آید. اما این بیان تمام نیست؛ زیرا در تبیین کلام مرحوم سید به تفصیل بیان شد که

۱. مانند روایت عبید بن زرارہ: الکافی، ج ۵، ص ۳۹۵، ح ۱: محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن فضال عن ابن بکیر عن عبید بن زرارہ قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل ويريد جدّها أن يزوجه من رجل آخر فقال: الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضاًاً إن لم يكن الأب زوجه قبله ويجوز عليها تزويج الأب والجدّ.» وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۹، ح ۲.

ایشان در تمام فروع، شرط صحت عقد پدر را تقدّم آن بر عقد جدّ نمی‌داند؛ بلکه تنها ادعا نموده که مستفاد از روایت عبید بن زراره^۱ این است که در فرضی که هم عقد پدر و هم عقد جدّ واقع شده، شرط صحت عقد پدر تقدّم آن بر عقد جدّ است.

بیان دوم

بیان صحیح در تبیین پاسخ اشکال اول این است که به نظر عرف، بین فرضی که هم عقد پدر و هم عقد جدّ واقع شده اما متأخر از عقد پدر، و فرضی که تنها عقد پدر واقع شده است، فرقی در مناط صحت عقد پدر نیست. آیا در این دو فرض به دو مناط حکم به صحت می‌شود؛ یعنی در فرض اول به مناط اینکه هر دو عقد وجود پیدا کردند و عقد پدر متّصف به تقدّم شده، و در فرض دوم به مناط اینکه عقد جدّ اصلاً محقّق نشده عقد پدر صحیح است؟ عرف مناط هر دو را واحد می‌داند؛ یعنی تنها مانع از صحت عقد پدر را این می‌داند که عقد جدّ، مقارن یا متقدّم محقّق نشود، و تفکیک بین دو فرض به اینکه در یکی شرط صحت عقد پدر، وصف وجودی تقدّم و در دیگری، وصف عدمی عدم وقوع عقد جدّ باشد، بسیار مستبعد است.

اینکه در روایات، عقد پدر را در صورت تقدّم بر عقد جدّ صحیح دانسته است، برای اشاره به همین معنای عدمی است؛ لذا استصحاب عدم وقوع عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر، مستقیماً صحت عقد پدر را اثبات کرده و مثبت هم نیست.

مطلب فوق به این معناست که از نظر فهم عرف، چه بگویند: «عقد پدر در صورتی صحیح است که مقدّم بر عقد جدّ باشد» یا بگویند: «در صورتی که عقد جدّ، قبل یا مقارن عقد پدر واقع نشود، عقد پدر صحیح است»، در هر دو صورت مفاد دلیل یکی است؛ لذا به جای یکی، می‌توان از باب نقل به معنا تعبیر دیگر را قرار داد؛ بنابراین وصف وجودی «تقدّم عقد پدر» معتبر نیست تا مشکل مثبت بودن پیش آید. کسانی که مثبتات اصول را حجت نمی‌دانند، در بعضی موارد بالفطره احساس کرده‌اند که باید اصل را جاری کرد، هرچند از نظر علمی مثبت است؛ لذا با تعبیرات

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۵، ح ۱: محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن فضال عن ابن بکیر عن عبید بن زرارة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يريدها أن يزوجه من رجل و يريدها أن يزوجه من رجل آخر فقال: الجدة أولى بذلك ما لم يكن مضاراً إن لم يكن الأب زوجها قبله و يجوز عليها تزويج الأب و الجدة.» وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۹، ح ۲.

مختلفی به آن استثناء زده‌اند. مثلاً مرحوم شیخ فرموده است: اصل مثبت حجت نیست مگر در جایی که واسطه از نظر عرف خفاء داشته باشد^۱ و مرحوم آخوند نیز فرموده است که: در جایی که بین لازم و ملزوم واقعاً ملازمه است و تفکیک‌پذیر نیست، اگر عرف در احکام ظاهریه هم تلازم ببیند و آن را قابل تفکیک نداند، اصل مثبت حجت است.^۲ برای نمونه در مقام نیز می‌توان گفت که عرفاً بین حکم ظاهری فرض عدم تحقق عقد جدّ قبل و مقارن عقد پدر، و بین حکم ظاهری فرض تقدّم عقد پدر، ملازمه وجود دارد.

خلاصه این‌گونه اصول مثبتة تنها در محیط حوزوی حال حاضر و کمی قبل‌تر مطرح است و در محیط‌های حوزوی سابق و محیط‌های علمی غیر حوزوی مطرح نبوده و به آن توجه نشده است، چه رسد به عرف مردم؛ لذا نمی‌توان به عرف مردم چنین مطلبی را تحمیل کرد و چنین اصول مثبتة‌ای را بی اعتبار دانست. تقریباً چهل سال قبل (حدود سال ۱۳۴۰ هجری شمسی) در مسئله شک میان رکعت دوم و سوم که اگر پیش از سجده‌تین باشد، مبطل و اگر پس از آن باشد، از شک‌های صحیح است تأمل می‌کردم. با در نظر گرفتن اصل مثبت، فرق است بین اینکه گفته شود: «شک قبل از اكمال سجده‌تین صحیح نیست» و یا گفته شود: «شک بعد از اكمال سجده‌تین صحیح است». با توجه به این مطلب، در حال تأمل در روایات مربوط به بحث بودم که ملتفت شدم که عرف متعارف - که گاهی در روایات نقل به معنا می‌کند - هیچ‌گاه در ارتکازش تفاوتی بین این دو تعبیر نمی‌یابد؛ سپس به طور کلی متوجه شدم که عدم حجّیت اصول مثبتة هم در مواردی است که عرف و عوام مردم میان دو عنوان تفاوت ببینند؛ اما تفاوتی که تنها با قوّه علمی و در محیط‌های طلبگی با تکلف علمی به دست می‌آید، نمی‌تواند مانع از حجّیت اصول در آن موارد شود.

اشکال دوم: تعارض با استصحاب عدم وقوع عقد پدر قبل یا مقارن عقد جدّ
اشکال دوم بر استصحاب عدم وقوع عقد جدّ قبل یا مقارن با عقد پدر، این است که اگرچه این استصحاب، اصل مثبت نیست و به خودی خود، صحت عقد پدر را ثابت

۱. فرائد الأصول، ج ۳، ص ۲۴۴.

۲. کفایة الأصول (چاپ آل البیت)، ص ۴۱۵.

می‌کند، اما معارض است با استصحاب عدم وقوع عقد پدر قبل از عقد جدّ، که آن هم به خودی خود تمام است و صحت عقد جد را ثابت می‌کند؛ بنابراین نمی‌توان با تمسک به این استصحاب، صحت عقد پدر و بطلان عقد جد را ثابت نمود.

تقریب دوم: استصحاب عدم انصاف عقد جدّ به تقدم پدر یا تقارن با آن تقریب دوم این است که عقد جدّ قبل از وقوع آن، متّصف به تقدّم یا مقارنت با عقد پدر نبوده است، شک می‌کنیم که آیا با وقوع، متّصف به این اوصاف شده است یا نه، استصحاب به نحو عدم ازلی حکم می‌کند که متّصف نشده است و لذا مانعی از صحت عقد پدر وجود ندارد.

اشکالات تقریب دوم

اشکال مثبت بودن با توجه به پاسخی که در تقریب اول بیان شد در این تقریب نیز قابل پاسخ است؛ اما دو اشکال دیگر به این تقریب وارد است؛ زیرا:

اشکال اول: عرفی نبودن استصحاب عدم ازلی

اولاً، این استصحاب از نوع استصحاب عدم ازلی است که بزرگانی مانند مرحوم آخوند،^۱ مرحوم آقای خوئی^۲ و مرحوم آقای حکیم^۳ آن را پذیرفته‌اند؛ اما بنا بر تحقیق، چنین استصحابی صحیح نیست؛ زیرا قضایای سالبه به انتفاء موضوع عرفی نیستند. در نظر عرف، قضایای سالبه تنها با انتفاء محمول صدق می‌کند.

ظاهراً مرحوم سید هم این نوع استصحاب را قبول ندارد؛ زیرا ایشان در مسائل نظر به کسی که معلوم نیست مرد است یا زن^۴، به وجهی غیر از استصحاب تمسک کرده که از آن استفاده می‌شود ایشان استصحاب عدم ازلی را صحیح نمی‌داند.

اشکال دوم: تعارض با استصحاب عدم عقد پدر قبل از عقد جدّ به نحو لیس ناقصه ثانیاً، این استصحاب معارض است با استصحاب عدم وقوع عقد پدر قبل از عقد جدّ به نحو لیس ناقصه، که آن هم با قطع نظر از اشکال عدم ازلی بودن، فی نفسه

۱. کفایة الأصول (چاپ آل البیت)، ص ۲۲۳.

۲. محاضرات فی أصول الفقه، ج ۴، ص ۳۶۰.

۳. حقائق الأصول، ج ۱، ص ۵۰۴-۵۰۶.

۴. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۰۵-۸۰۷.

تمام است و صحت عقد جد را ثابت می‌کند؛ بنابراین نمی‌توان با تمسک به این استصحاب، صحت عقد پدر و بطلان عقد جد را ثابت نمود.

تقریب سوم: استصحاب عدم تحقق طبیعی عقد جد تا زمان عقد پدر تقریب سوم این است که همچنانکه در ابتدای بحث از دلیل استصحاب بیان شد، عقد سابق جد یا عقد مقارن جد، مانع صحت عقد پدر و موجب بطلان آن می‌شود؛ با استصحاب عدم وقوع چنین مانعی، مانع از سر راه عقد پدر رفع و حکم به صحت عقدش می‌شود.

فرق تقریب سوم با تقریب اول و دوم

فرق تقریب سوم با تقریب اول و دوم این است که در تقریب اول و دوم، نسبت به وجود خود عقدی که در خارج واقع شده است استصحاب عدم جاری می‌شود؛ اما در تقریب سوم، نسبت به طبیعت وجود عقد صادر شده از جد قبل یا مقارن عقد پدر استصحاب عدم جاری می‌شود؛ به عبارت دیگر، بر خلاف دو تقریب سابق، غرض از این استصحاب، مشخص کردن وضعیت عقدی که در خارج از جد واقع شده، نیست؛ بلکه غرض این است که طبیعت وجود عقد صادر شده از جد در زمان سابق یا مقارن با عقد پدر نفی شود.

اشکال تقریب سوم: تعارض با استصحاب عدم وقوع عقد پدر قبل از عقد جد اشکال مثبت بودن و همچنین اشکال معارضه با استصحاب عدم عقد پدر قبل از عقد جد به نحو لیس تا آنکه، نسبت به این تقریب مطرح می‌شود که در اینجا نیز، اشکال مثبت بودن تمام نیست؛ ولی اشکال معارضه وارد است و لذا نمی‌توان با تمسک به این استصحاب، صحت عقد پدر را ثابت کرد.

احتمال دوم: تقدیم عقد جد

احتمال دوم این است که عقد پدر باطل و عقد جد صحیح باشد. مرحوم سید این احتمال را برگزیده است.^۱

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۷.

بررسی ادله تقدیم عقد جدّ و بطلان عقد پدر

ادله ای برای حکم به صحت عقد جدّ متصور است که البته نظر مرحوم سید به همه آنها نیست.

دلیل اول (استصحاب) و بررسی تقاریب آن

دلیل اول، استصحاب است که چند تقریب برای آن وجود دارد.

تقریب اول: استصحاب عدم وقوع عقد پدر تا زمان وقوع عقد جدّ

تقریب اول این است که استصحاب عدم وقوع عقد پدر تا زمان وقوع عقد جدّ، ثابت می‌کند که مانعی برای صحت عقد جدّ در این فرض وجود ندارد.

اشکال: تعارض با استصحاب عدم عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر

صحت استدلال به این استصحاب منوط به این است که با استصحاب عدم عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر معارضه نکند. در بررسی استدلال به استصحاب برای اثبات احتمال اول، به تفصیل بیان شد که استصحاب معارض یعنی استصحاب عدم عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر، فی نفسه تمام است و مثبت نیست؛ لذا صحت عقد پدر را ثابت می‌کند که نتیجه آن وقوع تعارض بین این دو استصحاب است.

تقریب دوم: استصحاب عدم انصاف عقد پدر به تقدم بر عقد جدّ یا تقارن با آن

تقریب دوم این است که عقد پدر قبل از وقوع آن، متصف به وصف «تقدم بر عقد جدّ» نبوده است، شک می‌کنیم که آیا با وقوع، متصف به این وصف شده است یا نه، استصحاب به نحو عدم ازلی حکم می‌کند که متصف نشده است و لذا مانعی از صحت عقد جدّ وجود ندارد.^۱

۱. استاد^{علیه السلام}: استصحاب عدم ازلی به شکل دیگری نیز قابل تصویر است؛ زیرا می‌توان گفت: موضوع صحت عقد جدّ، عقدی است که «لم يتقدّمه عقد الأب» و این وصف عدمی با استصحاب قابل احراز است؛ چون عقد جدّ قبل از وجود، به صفت «عدم تقدم عقد أب بر آن» متصف بوده است (از باب سالبه به انتفاء موضوع)، بعد از وجود پیدا کردن عقد جدّ، نمی‌دانیم آیا صفت تقدم عقد أب، به همراه آن بوده یا خیر؟ با استصحاب حکم می‌کنیم که عقد جدّ، همچنان «لم يتقدّمه عقد الأب»؛ بنابراین عقد جدّ محکوم به صحت است.

استاد^{علیه السلام} به جهت وجود مناقشه در این استصحاب - به جز اشکالاتی که در متن بر استصحاب عدم

اشکالات تقریب دوم

این استصحاب نیز با دو اشکال مواجه است؛ زیرا:

اشکال اول: غیر عرفی بودن اصل عدم ازلی

اولاً، این استصحاب از نوع استصحاب عدم ازلی است که ناتمامی آن در بررسی احتمال اول (صحت عقد پدر) بیان شد.

اشکال دوم: تعارض آن با استصحاب عدم عقد جدّ قبل یا مقارن با عقد پدر (لیس ناقصه) ثانیاً، نظیر همان اشکال دومی که بر استصحاب عدم ازلی در احتمال اول بیان شد، در مقام نیز وجود دارد؛ زیرا استدلال به این استصحاب در صورتی تمام است که با استصحاب عدم عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر به نحو لیس ناقصه، به دلیل مثبت بودن آن، معارضه نکند؛ اما با قطع نظر از عدم ازلی بودن، اشکال مثبت بودن به این استصحاب نیز وارد نیست و این استصحاب هم فی نفسه تمام است و صحت عقد پدر را ثابت می‌کند که نتیجه آن وقوع تعارض بین دو استصحاب است.

تقریب سوم و اشکال آن

نظیر تقریب سومی که در بررسی احتمال اول مطرح شد، در مقام نیز قابل بیان است و نظیر همان اشکال مطرح شده در آنجا در مقام نیز وجود دارد که نیازی به بیان مجدد آن نیست.

دلیل دوم: قاعده مقتضی و مانع

دلیل دوم، تمسک به قاعده مقتضی و مانع است. عقلاء چنانچه مقتضی وجود امری را احراز کنند ولی احتمال وجود مانع دهند، حکم به ثبوت و وجود آن شیء می‌کنند تا زمانی که وجود مانع احراز شود. عرف از دلیل عام، استظهار مقتضی و از دلیل مخصص - متصل باشد یا منفصل - مانعیت را استظهار می‌کند. از روایت عبید بن زراره استفاده می‌شود که عقد جدّ به طور عام مقدّم است و تنها یک فرض استثناء است و آن جایی است که عقدی از پدر در زمان سابق، واقع شده

باشد؛^۱ یعنی عقد جد مقتضی صحت و عقدی که از پدر در زمان سابق واقع شده، مانع از صحت آن است.

در مقام، عقد جد مقتضی صحت است و پدر نیز عقدی کرده که احتمال دارد سابق بر عقد جد و مانع از صحت آن باشد؛ لذا طبق این قاعده، باید حکم به صحت عقد جد و بطلان عقد پدر شود.

ممکن است نظر سید در تقدیم عقد جد در این فرض به این دلیل باشد؛ زیرا ایشان معمولاً عمومات را مقتضی، و موارد استثناء از آن را مانع، و تمسک به قاعده مقتضی و مانع را صحیح می‌داند.

اشکالات دلیل دوم

اما استدلال به این دلیل قابل مناقشه است:

اشکال اول (کبری)

از نظر کبری، چنین اصل عقلانی عامی وجود ندارد که همه جا با شک در مانع، مطابق مقتضی حکم شود. در غیر باب تراحم ملاکات، وجود چنین اصلی محل مناقشه است.

اشکال دوم (صغری)

از نظر صغری، این ادعا تمام نیست که هر عام و خاصی از باب مقتضی و مانع‌اند. اثبات مقتضی و مانع در یک عام و خاص، نیازمند شواهد خارجی مانند تناسب حکم و موضوع است.

در فرض مورد بحث، این اشکال صغری وارد نیست؛ زیرا متفاهم عرفی از ادله به جهت تناسب حکم و موضوع این است که عقد جد، مقتضی صحت و عقد پدر در زمان سابق، مانع از آن است؛ اما اشکال صغری دیگری به این استدلال وارد است؛ زیرا به نظر می‌رسد که عقد پدر هم مقتضی صحت و عقد جد در زمان سابق

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۵، ح ۱: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن فضال عن ابن بکیر عن عبید بن زرارة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية یبرید أبوها أن یزوجها من رجل و یبرید جدّها أن یزوجها من رجل آخر فقال: الجّد أولى بذلک ما لم یکن مضاًراً إن لم یکن الأب زوجها قبله و یجوز علیها تزویج الأب و الجّد.» وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۹، ح ۲.

یا مقارن، مانع صحت آن است؛ به عبارت دیگر، مقتضی و مانع طرفینی است.

دلیل سوم: تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص

مرحوم سید تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص منفصل را صحیح می‌داند؛^۱ بر این اساس، در توجیه نظر ایشان در این فرض، می‌توان گفت: از روایت محمد بن مسلم^۲ و عبید بن زراره^۳ استفاده می‌شود که تمایل جدّ بر تمایل پدر مقدم است؛ یعنی عقد پدر تنها در صورتی صحیح است که تمایل جدّ برخلاف آن نباشد. اطلاق این دو دلیل اقتضا می‌کند که حتی تمایل مقارن و متأخر جدّ نیز مانع صحت عقد پدر شود. به عبارت دیگر، همچنان که تمایل سابق جدّ مانع از صحت تزویج پدر است، در صورتی هم که تمایل او مقارن و یا متأخر از تمایل و عقد پدر باشد، تمایل و نظر او مقدم می‌شود، حتی اگر پدر بدون اطلاع از نظر جدّ قبل از اقدام جدّ عقدی را منعقد کرده باشد.

در مقابل اطلاق این دو روایت، روایت دیگری از عبید بن زراره - با سندی دیگر - است که صورت سبقت عقد پدر را استثناء کرده است.^۴ در صورتی که پدر بدون قصد مخالفت با پدرش (جدّ)، قبل از او، مولی علیه را به عقد کسی در بیاورد، این عقد صحیح است، هر چند در واقع، نظر پدرش با کس دیگری بوده ولی او متوجه نشده است. این استثناء و صحت عقد پدر در این صورت اجماعی

۱. تکملة العروة الوثقی، ج ۱، ص ۲۰-۲۱.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۵، ح ۲: أحمد بن محمد عن علي بن الحكم عن علا بن رزين عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: «إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه ولابنه أيضا أن يزوجهما فقلت: فإن هوي أبوها رجلا وجدها رجلا فقال: الجّد أولى بنكاحها.» وسائل الشيعة، ج ۲۰، ص ۲۸۹، ح ۱.

۳. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۳۸۵، ح ۲۳: وعنه عن النضر بن سويد عن القاسم بن سليمان عن عبید بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه قال: ولابنه أيضا أن يزوجهما فإن هوي أبوها رجلا وجدها رجلا فالجّد أولى بنكاحها ولا تستأمر الجارية في ذلك إذا كانت بين أبويها فإذا كانت ثيبا فهي أولى بنفسها.» وسائل الشيعة، ج ۲۰، ص ۲۹۱، ح ۷.

۴. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۵، ح ۱: محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن ابن فضال عن ابن بكير عن عبید بن زراره قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجهما من رجل ويريد جدّها أن يزوجهما من رجل آخر فقال: الجّد أولى بذلك ما لم يكن مضارا إن لم يكن الأب زوجها قبله ويجوز عليها تزويج الأب والجّد.» وسائل الشيعة، ج ۲۰، ص ۲۸۹، ح ۲.

و قطعی است.^۱

در فرض مورد بحث که تقدّم و تأخّر عقد روشن نیست، شبهه مصداقیه این مخصّص است. در این فرض، به روایت اخیر عبید بن زراره نمی‌توان تمسّک کرد؛ زیرا مخصّص آن متصل است؛ اما دو روایت اوّل چنین مخصّصی ندارند و لذا می‌توان با تمسّک به عموم آنها، صحت عقد جدّ را ثابت کرد. به عبارت دیگر، عامّ مخصّص به استثناء متصل، نسبت به حکم فرد مشکوک، لا اقتضاء است؛ اما عامّ دیگر که چنین استثناء متصلی ندارد، اقتضا دارد که فرد مشکوک داخل در عموم آن شود؛ بنابراین می‌توان با تمسّک به آن، صحت عقد جدّ در این فرض را ثابت کرد.

نقد دلیل سوم

اما گمان می‌کنم روایاتی که به عنوان روایات عامّ مطرح شد، ناظر به خصوص فرضی است که جدّ، بالفعل تصمیمی گرفته و پدر هم از تصمیم او آگاه است و برخلاف نظر جدّ می‌خواهد اقدام به تزویج کند؛ اما فرضی که جدّ نسبت به ازدواج نوه خود فعلاً تمایل خاصی ندارد یا جدّ نظر خاصی دارد ولی پدر بدون اطلاع از تمایل او اقدام به تزویج کرده، خارج از منصرف الیه این روایات است. خلاصه اگر اصل مبنای تمسّک به عامّ در شبهه مصداقیه مخصّص نیز تمام باشد، فقط بر برخی از صورت‌های مسئله قابل تطبیق است.

احتمال سوم: ترتّب حکم معلوم بالاجمال

بنا بر تحقیق، باید در این فرض (مجهول التاریخ بودن هر دو عقد)، حکم معلوم بالاجمال مترتب شود؛ زیرا از مطالبی که در بررسی دو احتمال سابق بیان شد، روشن می‌شود که هیچ دلیلی برای لزوم تقدیم یکی از دو عقد نیست؛ ولی چون علم اجمالی وجود دارد که یکی صحیح و دیگری باطل است، باید حکم معلوم بالاجمال بار شود که در مسئله کسی که دو خواهر را عقد کرده ولی تقدّم و تأخّر آن معلوم نیست، به تفصیل درباره آن بحث شد.

۱. ر.ک: مباحث آتی (بررسی حکم عقد در فرض تشاخ اولیاء، مطلب اوّل، بررسی اقوال فقهاء).

بررسی کلام آقای گلپایگانی

مرحوم آقای بروجرودی،^۱ آقای خمینی،^۲ و آقای گلپایگانی هم فرموده‌اند که باید حکم معلوم بالاجمال در این فرض، بار شود. مرحوم آقای گلپایگانی در توضیح این حکم و متفرع بر این حکم فرموده است:

«فعلى المرأة الاحتياط بترك التمكن لهما وترك التزويج إلا بعد طلاقهما و كما يجب عليها الاحتياط كذلك يجب على الرجال الاحتياط بترك تزويجها حتى الرجلين المشتبهين.»^۳

کلام ایشان درباره احتیاط مردان محل مناقشه و درباره احتیاط زن ناقص است؛ زیرا اگرچه قبل از طلاق، مردان دیگر نمی‌توانند به موجب عقد جدید، این زن را زوجه خود به حساب آورند، اما این حکم به دلیل علم اجمالی و لزوم احتیاط نیست؛ بلکه به این دلیل است که علم تفصیلی دارند که این زن زوجه یکی از آن دو مرد است و لذا ازدواج با او ازدواج با ذات البعل و باطل است. البته علم تفصیلی ندارند که زوجه کدام یک از آن دو است؛ اما این امر مانع از علم تفصیلی آنها به بطلان عقد جدید نمی‌شود.

دو مردی هم که این زن به عقدشان درآمده، هر دو علم تفصیلی دارند که اگر با این زن عقد جدیدی منعقد کنند، این عقد باطل است؛ زیرا یا این زن در واقع زوجه او است و لذا عقد جدید، لغو و باطل است، یا این زن زوجه دیگری است و در نتیجه عقد او، مصداق ازدواج با ذات البعل و باطل است؛ لذا مطلب ایشان درباره احتیاط این دو مرد و مردان دیگر، مقتضای علم تفصیلی است و ربطی به علم اجمالی و لزوم احتیاط ندارد.

احتیاطی که در این جا مربوط به علم اجمالی است و در کلام مرحوم آقای گلپایگانی مطرح نشده، مربوط به دو مردی است که زن به عقدشان درآمده؛ به این معنا که هر دو باید هم احکام اجنبیه و هم احکام زوجیت را بار کنند؛ زیرا

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۲۸.

۲. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۲۸.

۳. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۲۸-۶۲۹.

علم اجمالی دارند که یا این زن، اجنبیه و زوجه دیگری است و لذا نظر به او و استمتاع از او حرام است، و یا زوجه او است و احکام زوجیت بر آن مترتب است؛ یعنی پرداخت مهریه و نفقه - بنا بر اینکه فقط نشوز مانع وجوب نفقه شود - بر او واجب است؛ و همچنین نمی تواند با خواهر او ازدواج کند و یا اگر علاوه بر این زن، سه زن دیگر دارد، نباید با زنی دیگر ازدواج کند. البته وجوب چنین احتیاطی، بنا بر این است که در وجوب احتیاط در اطراف معلوم بالاجمال، اتحاد نوع حکم معلوم بالاجمال شرط نباشد.^۱

کلام ایشان درباره احتیاط زن نیز ناقص است؛ زیرا تنها امتناع از تمکین برای مراعات احتیاط کفایت نمی کند؛ بلکه زن باید سعی کند ولو با گذشتن از مهریه، آنها را راضی کند که او را طلاق دهند؛ زیرا یقین دارد که در واقع زوجه یکی از این دو است و لذا تا وقتی او را طلاق ندهند، با اجتناب او از تمکین، حقوق یکی از آنها که در واقع شوهر او است زیر پا گذاشته می شود و این امر مبعوض شارع است.^۲

فرض سوم: معلوم التاریخ بودن عقد جدّ و مجهول التاریخ بودن عقد پدر

فرض سوم این است که عقد جدّ معلوم التاریخ و عقد پدر مجهول التاریخ است. در این فرض، عقد جدّ صحیح و عقد پدر باطل است، همچنان که مرحوم سید هم این حکم را پذیرفته است.^۳

دلیل تقدیم عقد جدّ: استصحاب عدم وقوع عقد پدر قبل از عقد جدّ

دلیل تقدیم عقد جدّ در این فرض این است که به موجب ادله، عقد جدّ صحیح است، مگر اینکه عقد پدر قبل از آن واقع شده باشد. استصحاب عدم وقوع عقد پدر قبل از عقد جدّ، ثابت می کند که عقد پدر قبل از عقد جدّ واقع نشده است و

۱. فرائد الأصول، ج ۱، ص ۹۴-۹۵.

۲. نظیر این فرع در بحث حرمت جمع اختین مطرح شد؛ رک: مباحث جمع بین اختین، حکم موارد شک در سبق و لحوق عقد دو خواهر.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۷.

در نتیجه مانعی از صحت عقد جدّ نیست.

حکم به صحت عقد جدّ در این فرض با تمسک به استصحاب، مبتنی بر نظریه عدم جریان استصحاب در معلوم التاريخ است. بنا بر نظریه مختار که مشهور اصولیین نیز آن را پذیرفته‌اند،^۱ اگر دو امر در زمان گذشته واقع شده که تقدّم و تاخیر یکی بر دیگری مجهول است ولی تاریخ یکی معلوم است، استصحاب در معلوم التاريخ جاری نمی‌شود ولی در مجهول التاريخ جاری می‌شود.

به عبارت دیگر، اصل عدم وقوع مجهول التاريخ تا زمان وقوع معلوم التاريخ جاری است، اما اصل عدم وقوع معلوم التاريخ تا زمان وقوع مجهول التاريخ جاری نمی‌شود؛ بنابراین در فرض مورد بحث، استصحاب عدم وقوع عقد پدر قبل از عقد جدّ جاری و صحت عقد جدّ ثابت را می‌کند و معارضی هم ندارد؛ زیرا استصحاب عدم وقوع عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر به دلیل معلوم التاريخ بودن عقد جدّ جاری نمی‌شود.

بررسی اشکالات تمسک به استصحاب

ولی ممکن است در این استدلال مناقشه شود.

اشکال: تعارض با استصحاب عدم وقوع عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر

بر خلاف مشهور اصولیین، برخی همچون مرحوم آقای خونی^۲ قائل به جریان اصل استصحاب در معلوم التاريخ شده‌اند. ایشان در تبیین این مبنا، بیانی دارد که تطبیق آن بر فرض مورد بحث این است:

۱. برای نمونه: فرائد الأصول، ج ۳، ص ۲۴۹؛ و ج ۴، ص ۵۰۴؛ نهایه الأفكار ج ۴، قسم ۱، ص ۲۰۵؛ در الفوائد، ص ۵۶۳.

مرحوم شیخ انصاری در فرائد، جریان اصل نسبت به مجهول التاريخ و عدم جریان آن در معلوم التاريخ را به مشهور نسبت داده است و خودش نیز این قول را اختیار کرده است؛ البته توضیح داده که ظاهر کلام مشهور این است که آثار تأخر حادث را نیز با اصل یار کرده‌اند: فرائد الأصول، ج ۳، ص ۲۵۰؛ «ثم إنه يظهر من الأصحاب هنا قولان آخران: أحدهما: جريان هذا الأصل في طرف مجهول التاريخ وإثبات تأخره عن معلوم التاريخ بذلك. و هو ظاهر المشهور...».

۲. مصباح الأصول (چاپ مؤسسه احیاء آثار سید خونی)، ج ۲، ص ۲۲۹.

زمان معلوم التاريخ به تفصیل مشخص است؛ مثلاً معلوم است که عقد جدّ در پنج شنبه واقع شده است، نه در روزهای قبل یا بعد از آن، و لذا شکی از این جهت وجود ندارد تا اصل جاری شود؛ اما آن چه دارای اثر است، زمان واقعی تحقق و عدم تحقق عقد جدّ قبل یا مقارن زمان واقعی عقد پدر است. این امر مشکوک است؛ زیرا معلوم نیست که آیا قبل یا مقارن زمان واقعی عقد پدر، عقد جدّ واقع شده بود یا خیر؟ لذا از این جهت می‌توان استصحاب جاری نمود؛ مثلاً گفته شود که: عقد جدّ ده سال قبل از زمان واقعی عقد پدر، واقع نشده بود، شک داریم که آیا قبل یا مقارن زمان واقعی عقد پدر واقع شد یا نه، استصحاب حکم می‌کند که واقع نشده، که نتیجه آن صحت عقد پدر است.

نتیجه این مبنا در فرض مورد بحث، این است که صحت هیچ یک از دو عقد به وسیله اصل ثابت نمی‌شود. از یک طرف استصحاب عدم عقد پدر تا زمان عقد جدّ، صحت عقد جدّ را ثابت می‌کند و از طرف دیگر استصحاب عدم عقد جدّ قبل یا مقارن زمان واقعی عقد پدر، صحت عقد پدر را ثابت می‌کند؛ بنابراین تعارض و تساقط می‌کنند، و یا بنا بر قول مرحوم آخوند، اصل در موارد تعارض و امثال آن اقتضای جریان هم ندارد، نه اینکه داخل در عمومات حجّیت اصل است اما به دلیل تعارض ساقط می‌شود.^۱ به هر حال، یا به دلیل تعارض و یا به دلیل عدم جریان، صحت هیچ کدام از دو عقد به وسیله استصحاب ثابت نمی‌شود.

پاسخ: ناتمامی مبنای جریان اصل در معلوم التاريخ

ولی بنا بر تحقیق، این مبنا تمام نیست و نظر مشهور مبنی بر عدم جریان استصحاب در معلوم التاريخ صحیح است؛ زیرا هر چند با دقت‌های بسیار علمی می‌توان تحقق عقد معلوم التاريخ را در زمان عقد مجهول التاريخ مشکوک دانست و آن را نیز مصداقی برای «نقض یقین به شک»^۲ به حساب آورد، اما معیار در مصداق

۱. کفایة الأصول (چاپ آل البیت)، ص ۲۶۹.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۸، ح ۱۱: و بهذا الإسناد عن الحسين بن سعيد عن حماد عن حريز عن زرارة قال: «قلت له: الرجل ينام وهو 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 حركك إلى جنبه شيء ولم يعلم به قال: لا حتى يستيقن أنه قد نام حتى يجيء من ذلك أمر بين وإلا فإنه

بودن امثله، فهم عرف است و این گونه مثال ها هیچ گاه به ذهن متعارف اشخاص نمی آید و آن را مصداق ادله استصحاب نمی دانند و اصل را در معلوم التاریخ جاری نمی کند. به عنوان مثال، اگر بدانیم زید در تاریخ مشخصی فوت کرده ولی نمی دانیم عمرو (که بنا به فرض هر دو از یکدیگر ارث می برند) بعد از او زنده بوده است یا نه، بنا بر استصحاب حیات عمرو تا زمان فوت زید، او از زید ارث می برد، اگر مبنای آقای خوئی تمام باشد، باید استصحاب حیات زید (معلوم التاریخ) تا زمان واقعی فوت عمرو نیز جاری شود و هر دو اصل تساقط کنند، در حالی که فقهاء از جمله خود ایشان، قائل به ارث عمرو از زید هستند.

توضیح نقض فوق این است که رکن استصحاب تقدم متیقن بر مشکوک است، و اینکه متیقن یا مشکوک در زمان گذشته یا حال یا آینده بوده و یا یکی در گذشته و دیگری در حال یا در آینده باشد، در مسئله تغییری ایجاد نمی کند؛ بنابراین اگر من امروز به عدالت زید در فردا، یقین داشته و در عدالت زید در پس فردا شک داشته باشم، چنانچه عدالت زید در پس فردا، در حال حاضر منشأ اثری باشد، می توان با استصحاب، عدالت زید در پس فردا را همین الان ثابت کرده، اثر آن را بار کرد؛ خلاصه استصحاب در امور استقبالی هم جاری است، چنان که مرحوم آقای خوئی بارها به آن تصریح کرده است.^۱

حال در مثال ارث، هر چند فعلاً شاید عمرو زنده باشد، ولی بالاخره در یک زمانی، ولو در آینده وی با صفت مرگ همراه است. ما در اینجا هر چند نسبت به عناوین تفصیلی زمان همچون روزهای هفته یا روزهای ماه یا ساعت، نسبت به مرگ زید شک نداریم، ولی اگر حیات و مرگ وی را با زمان واقعی مرگ عمرو مقایسه کنیم، نمی دانیم در آن زمان وی زنده است یا مرده. حال ما مدت زمان طولانی قبل از زمان واقعی مرگ عمرو را در نظر می گیریم که حتماً زید در آن زمان زنده بوده، مثلاً ده سال قبل از زمان واقعی مرگ عمرو، زید قطعاً زنده بوده، با استصحاب حیات زید تا زمان واقعی مرگ عمرو، باید وارث بودن زید را نسبت به عمرو نتیجه گرفته

علی یقین من وضوه و لا ینقض الیقین أبداً بالشک و لکن ینقضه بیقین آخر: «وسائل الشیعة، ج ۱، ص ۲۴۵، ح ۱.

۱. مصباح الأصول (چاپ مؤسسه احیاء آثار سید خوئی)، ج ۲، ص ۱۰۶-۱۰۷.

و آن را با استصحاب حیات عمرو تا زمان مرگ زید که وارث بودن عمرو را نتیجه می‌دهد، معارض بدانیم، با اینکه کسی چنین مطلبی را نپذیرفته است. این نقض و نقض‌های مشابه دیگر نشان می‌دهد که استصحاب به مجهول‌التاریخ اختصاص دارد و در معلوم‌التاریخ جاری نیست.^۱

۱. اشکال دیگری نیز مطرح است و آن تعارض با استصحاب عدم وقوع عقد جد قبل یا مقارن عقد پدر، به نحو لیس‌تأمه است.

توضیح مطلب: در تبیین تقریبات دلیل استصحاب در فرض مجهولی‌التاریخ، بیان شد که یکی از تقریب‌های استصحاب عبارت است از نفی طبیعی صدور عقد جد قبل یا مقارن عقد پدر به نحو لیس‌تأمه. با توجه به این مطلب، در فرض مورد بحث نیز می‌توان با تمسک به این استصحاب، ثابت کرد که عقدی از جد قبل یا مقارن عقد پدر واقع نشده و لذا مانعی از صحت عقد پدر نیست. این استصحاب همچنان‌که در آن بحث گذشت، مثبت نیست؛ زیرا شرط صحت عقد پدر، انصاف به عنوان «تقدم» نیست؛ بنابراین برای اثبات صحت عقد پدر لازم نیست که با استصحاب، این وصف وجودی نیز اثبات شود تا اشکال مثبتیت پیش آید؛ بلکه عقد جد قبل یا مقارن زمان عقد پدر، مانع صحت عقد پدر است و این مانع با استصحاب عدم تحقق عقدی از جد قبل یا مقارن عقد پدر، برطرف می‌شود. با این بیان، بین این استصحاب و استصحاب عدم وقوع عقد پدر قبل از عقد جد، تعارض به وجود می‌آید و در نتیجه نمی‌توان با تمسک به استصحاب، صحت عقد جد را ثابت کرد.

شاید گفته شود: چون تاریخ عقد پدر معلوم است، اصل در معلوم‌التاریخ جاری نمی‌شود. اما پاسخ این است که ما نمی‌خواهیم وضعیت عقدی را که از پدر صادر شده مشخص کنیم تا اشکال شود که این عقد معلوم‌التاریخ است؛ بلکه فقط می‌خواهیم طبیعت وجود عقد صادر از پدر را در زمان سابق بر عقد جد نفی کنیم و چون می‌دانیم که در سال‌های قبل، عقد پدر وجود نداشته است، با استصحاب می‌گوییم تا زمان عقد جد نیز چنین عقدی وجود پیدا نکرده است. پس عقد جد، بلا مانع بوده است.

اما پاسخ این است که استصحاب عدم عقد جد، محکوم استصحاب عدم وقوع عقد پدر تا زمان عقد جد است و نمی‌تواند با آن معارضه کند؛ زیرا شک در وجود عقدی از جد در زمان قبل یا مقارن عقد پدر، مسبب از شک در زمان تحقق عقدی است که از جد در خارج محقق شده است که آیا مقدم یا مقارن بوده یا نه؟ و استصحاب عدم صدور عقدی از پدر قبل از عقد صادر شده از جد، حکم می‌کند که عقد جد صحیح باشد و اگر اصلی صحت عقد واقع شده از جد را اثبات کند، نوبت به استصحاب عدم تحقق کلی عقدی از جد قبل یا مقارن زمان عقد پدر، نمی‌رسد. نظیر این مطلب در مباحث احرام نیز مطرح شده است (ر.ک. ازدواج در احرام، شک در تقدم و تأخر عقد نسبت به احرام، بررسی حکم قسم اول (تزدید در تحقق عقد در احرام یا قبل آن)). حکومت استصحاب با مفاد «کان» ناقصه بر استصحاب مفاد «لیس» تأمه چنان‌که در آن مباحث بیان شد، کلامی از مرحوم حاج شیخ مرتضی حائری است. مفاد اصل حاکم آن است که عقد جد بدون مانع - با این انصاف - محقق شده است، به عبارتی موضوع صحت عقد، مرکب از تحقق عقد و عدم مانع است و جزء اول، بالوجدان و جزء دیگر

فرض چهارم: معلوم التاريخ بودن عقد پدر و مجهول التاريخ بودن عقد جد

فرض چهارم این است که عقد پدر معلوم التاريخ و عقد جد مجهول التاريخ باشد. احتمالاتی درباره حکم این فرض وجود دارد که بررسی می شود:

احتمال اول: تقدیم عقد پدر

مرحوم سید بعد از طرح این فرض ابتداء فرموده: احتمال دارد که در این فرض، حکم به صحت عقد پدر و بطلان عقد جد شود.^۱

دلیل تقدیم عقد پدر: استصحاب عدم عقد جد قبل یا مقارن عقد پدر

دلیل بر صحت عقد پدر در این فرض این است که استصحاب عدم وقوع عقد جد قبل یا مقارن عقد پدر، ثابت می کند که عقد جد قبل یا مقارن عقد پدر واقع نشده است و در نتیجه مانعی از صحت عقد پدر وجود ندارد.

مانند فرض سوم، حکم به صحت عقد پدر در این فرض با تمسک به استصحاب، مبتنی بر نظریه عدم جریان استصحاب در معلوم التاريخ است.

بررسی اشکالات تمسک به استصحاب

مناقشاتی به استدلال به استصحاب، مطرح است که بررسی می شود:

اشکال اول: مثبت بودن

مرحوم سید بعد از طرح احتمال تقدیم عقد پدر در این فرض، فرموده: اظهر این است که عقد جد در این فرض نیز مقدم است؛ زیرا مستفاد از روایت عبیده بن

با اصل عدم مانع (اصل عدم تحقق عقد پدر تا زمان عقد جد) احراز شده و نتیجه آن تحقق عقد بدون مانع خواهد بود؛ اما مفاد اصل دوم که اصل عدم تحقق عقد جد تا زمان عقد پدر است، این است که در زمانی که عقد پدر محقق نشده، عقد جد موجود نشد؛ اما اثبات نمی شود که عقد موجود جد، باطل است. البته این امر، ضرری به جریان استصحاب نمی زند؛ زیرا همین که عقد صحیحی محقق نشود، نفی زوجیت می شود و لازم نیست درباره عقد موجود قضاوت شود. حال می توان گفت: منشأ شک در تحقق عقد صحیح، عرفاً همان شک در کیفیت تحقق عقد موجود جد است که آیا مانعی در کار بوده یا نه؛ لذا با اجرای اصل اول که ناظر به عقد موجود است، نوبت به جریان اصل دوم که قضاوتی درباره عقد موجود ندارد، نخواهد رسید.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۷.

زراره^۱ این است که شرط صحت عقد پدر، تقدّم آن بر عقد جدّ است که امری وجودی است^۲ و لذا با استصحاب عدم تحقق عقد جدّ قبل از زمان وقوع عقد پدر یا همزمان با آن که امری است عدمی، نمی‌توان تقدّم عقد پدر بر عقد جدّ که امری وجودی است را اثبات و حکم به صحت آن نمود؛ زیرا این امر لازمه عقلی مستصحب است و با توجه به عدم صحت اصل مثبت، نمی‌توان لوازم عقلی مستصحب را اثبات کرد.

پاسخ: عدم اشتراط وصف «تقدّم» در صحت عقد پدر

در بررسی استدلال به استصحاب برای اثبات صحت عقد پدر در فرض مجهولی التاريخ، به تفصیل بیان شد که اشکال مثبتیت به استصحاب عدم وقوع عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر وارد نیست و در نتیجه این اصل به خودی خود جاری است و حکم به صحت عقد پدر می‌کند.

اشکال دوم: تعارض با استصحاب عدم وقوع عقد پدر قبل از جدّ

همچنان‌که در تقریب استدلال به استصحاب بیان شد، این استدلال مبتنی بر نظریه عدم جریان استصحاب در معلوم التاريخ است؛ ولی بنا بر نظریه کسانی که در معلوم التاريخ نیز اصل را جاری می‌دانند، این استدلال تمام نیست؛ زیرا از یک طرف استصحاب عدم عقد جدّ قبل یا مقارن زمان عقد پدر، صحت عقد پدر را ثابت می‌کند و از طرف دیگر استصحاب عدم عقد پدر قبل از زمان واقعی عقد جدّ، صحت عقد جدّ را ثابت می‌کند؛ بنابراین تعارض و تساقط می‌کنند، و یا بنا بر قول مرحوم آخوند، اصل در موارد تعارض و امثال آن اقتضای جریان هم ندارد، نه اینکه داخل در عمومات حجّیت اصل است اما به دلیل تعارض ساقط می‌شود.^۳

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۵، ح ۱: محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن فضال عن ابن بکیر عن عبید بن زرارۃ قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية یزید أبوها أن یزوجها من رجل و یرید جدّها أن یزوجها من رجل آخر فقال: الجّد أولى بذلك ما لم یکن مضاراً إن لم یکن الأب زوجها قبله و یجوز علیها تزویج الأب و الجّد.» وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۹، ح ۲.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۷.

۳. کفایة الأصول (چاپ آل البيت)، ص ۲۶۹.

به هر حال، یا به دلیل تعارض و یا به دلیل عدم جریان، صحت هیچ‌یک از دو عقد به وسیله استصحاب ثابت نمی‌شود.

پاسخ: عدم جریان استصحاب در معلوم التاريخ

در فرض سوم، نقد این مناقشه ذکر و به تفصیل بیان شد که بنا بر تحقیق، این مبنا تمام نیست و نظر مشهور مبنی بر عدم جریان استصحاب در معلوم التاريخ صحیح است و در نتیجه معارضی برای استصحاب عدم عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر وجود ندارد.

اشکال سوم: تعارض با استصحاب عدم وقوع عقد پدر قبل از عقد جدّ به نحو لیس تاّمه در تبیین تقریبات دلیل استصحاب در فرض مجهولی التاريخ، بیان شد که یکی از تقریب‌های استصحاب عبارت است از نفی طبیعی صدور عقد پدر قبل از عقد جدّ به نحو لیس تاّمه، با توجه به این مطلب، در فرض مورد بحث نیز می‌توان با تمسک به این استصحاب، ثابت کرد که عقدی از پدر قبل از عقد جدّ واقع نشده و لذا مانعی از صحت عقد جدّ نیست؛ در نتیجه بین این استصحاب و استصحاب عدم وقوع عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر، تعارض به وجود می‌آید و لذا نمی‌توان با تمسک به استصحاب، صحت عقد پدر را ثابت کرد.

پاسخ: حکومت استصحاب عدم عقد جدّ بر استصحاب عدم عقد پدر

این استصحاب محکوم استصحاب عدم وقوع عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر است و نمی‌تواند با آن معارضه کند؛ زیرا شک در وجود عقدی از پدر قبل از عقد جدّ، مسبب از شک در زمان تحقق عقدی است که از پدر در خارج محقق شده است که آیا متقدّم بوده یا نه، و استصحاب عدم وقوع عقد جدّ قبل یا مقارن عقد صادر شده از پدر، حکم می‌کند که عقد پدر صحیح باشد و اگر اصلی صحت عقد واقع شده از پدر را که معلوم التاريخ است، اثبات کند، نوبت به استصحاب عدم تحقق کلی عقدی از پدر قبل از زمان عقد جدّ، نمی‌رسد.^۱

۱. تبیین بیشتر این مطلب، در فرض سوم (معلوم التاريخ بودن عقد جدّ و مجهول التاريخ بودن عقد پدر) در پاورقی مربوط به «حکومت استصحاب عدم عقد پدر بر استصحاب عدم عقد جدّ» گذشت.

احتمال دوم: تقدیم عقد جدّ

همچنانکه در بیان اشکال اوّل به استصحاب بیان شد، مرحوم سید بعد از طرح احتمال تقدیم عقد پدر، این احتمال را رد و حکم به تقدیم عقد جدّ و بطلان عقد پدر نموده است.^۱ ایشان همچنانکه در مناقشه اوّل به استصحاب بیان شد، ادعا نموده که مستفاد از روایت عبیده بن زراره این است که شرط صحت عقد پدر، تقدّم آن بر عقد جدّ است.^۲ و استصحاب عدم عقد جدّ قبل یا مقارن با عقد پدر نمی‌تواند این امر وجودی را ثابت کند و لذا صحت عقد پدر از این طریق ثابت نمی‌شود.

ادله تقدیم عقد جدّ

این اشکال به کلام مرحوم سید مطرح می‌شود که یک صورت از صور تقدیم عقد جدّ بر عقد پدر، استثناء شده و آن اینکه عقد پدر متقدّم بر عقد جدّ باشد. حال این سوال مطرح می‌شود که چگونه می‌توان در فرض مورد بحث، حکم به تقدیم و صحت عقد جدّ نمود، در حالی که ممکن است از مصادیق مستثنی باشد؟ به عبارت دیگر، اگر اشکال مثبت بودن استصحاب عدم وقوع عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر تمام باشد، تنها ثابت می‌کند که استدلال به این استصحاب برای اثبات صحت عقد پدر صحیح نیست؛ اما ثابت نمی‌کند که عقد جدّ صحیح است؛ زیرا ممکن است در واقع بعد از عقد پدر واقع شده باشد که در این صورت باطل است. این نکته نیز شایان ذکر است که بنا بر نظریه مشهور اصولیین که مرحوم سید نیز آن را قبول دارد، استصحاب در معلوم التاریخ جاری نیست؛^۳ بنابراین با استصحاب

نظیر همان مطلب در مقام درباره «حکومت استصحاب عدم عقد جدّ بر استصحاب عدم عقد پدر» جاری است.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۷.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۷.

۳. برای نمونه:

فرائد الأصول، ج ۳، ص ۲۴۹-۲۵۰؛ تکملة العروة الوثقی، ج ۲، ص ۱۸۴؛ درر الفوائد، ص ۵۶۳؛ فوائد الأصول، ج ۴، ص ۵۰۴؛ نهاية الأفكار ج ۴، قسم ۱، ص ۲۰۵.

مرحوم شیخ انصاری در فرائد، جریان اصل نسبت به مجهول التاریخ و عدم جریان آن را در معلوم التاریخ به مشهور نسبت داده است و خودش نیز این قول را اختیار کرده و البته فرموده است که ظاهر

عدم عقد پدر قبل از عقد جدّ نمی‌توان ثابت کرد که عقد پدر قبل از عقد جدّ واقع نشده و مانعی از صحت عقد جدّ در این فرض وجود ندارد.

با پذیرش اشکال مثبت بودن استصحاب عدم عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر و نظریه عدم جریان اصل در معلوم التأریخ، ممکن است ادله‌ای برای حکم به صحت عقد جدّ و بطلان عقد پدر در این فرض مطرح شود که البته نظر مرحوم سید به همه آنها نیست. این ادله عبارت‌اند از تمسک به قاعده مقتضی و مانع، تمسک به عامّ در شبهه مصداقیه مخصّص، استصحاب عدم وقوع عقد پدر قبل از عقد جدّ به نحو لیس ناقصه، و استصحاب عدم عقد پدر قبل از عقد جدّ به نحو لیس تامه که در بحث از ادله تقدیم عقد جدّ در فرض مجهولی التأریخ، هر کدام از این ادله به تفصیل تبیین و مورد بررسی قرار گرفت.

نتیجه نهایی: صحت عقد پدر

با لحاظ استصحاب عدم وقوع عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر، ثابت شد که عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر واقع نشده است و در نتیجه مانعی از صحت عقد پدر وجود ندارد و تمام اشکالات وارد بر این استصحاب نیز پاسخ داده شد. عده‌ای مانند مرحوم آقای بروجردی نیز قائل به این قول شده‌اند.^۱

کلام مشهور این است که آثار تأخّر حادث را نیز با اجرای اصل بار کرده‌اند: فرائد الأصول، ج ۳، ص ۲۵۰: «ثم إنه يظهر من الأصحاب هنا قولان آخران: أحدهما: جريان هذا الأصل في طرف مجهول التأريخ و إثبات تأخره عن معلوم التأريخ بذلك. و هو ظاهر المشهور...».

۱. العروة الوثقى (المحشى)، ج ۵، ص ۶۲۹: العروة الوثقى و التعليقات عليها، ج ۱۵، ص ۴۹۲.

بررسی حکم عقد در فرض تشاّخ اولیاء



بررسی حکم عقد در فرض تشاخ اولیاء

مسألة ۹: «... و لو تشاخ الأب و الجد فاختر كل منهما واحدا قدم اختيار الجد و لو بادر الأب فعقد فهل يكون باطلاً أو يصح وجهان بل قولان من كونه سابقاً فيجب تقديمه و من أن لازم أولوية اختيار الجد عدم صحة خلافه و الأحوط مراعاة الاحتياط و لو تشاخ الجد الأسفل و الأعلى هل يجري عليهما حكم الأب و الجد أو لا وجهان أوجهما الثاني لأنهما ليسا أباً و جدّاً بل كلاهما جدّ فلا يشملهما ما دلّ على تقديم الجدّ على الأب.»^۱

مطلب اول: تشاخ بین پدر و جدّ

خلاصه آنچه تاکنون به اثبات رسید این بود که پدر و جدّ هر دو بر صغیر و صغیره ولایت دارند و در صورتی که هر دو در یک زمان اجرای عقد کنند، عقد جدّ مقدم می‌شود و در غیر این صورت هر کدام عقدش سابق بر دیگری بوده، همان عقد، صحیح و عقد دوم، باطل است. اما حال، مسئله محلّ بحث این است که هیچ‌کدام از پدر و جدّ هنوز عقدی نخوانده‌اند اما در مورد شخصی که قرار است مثلاً صغیره را به او تزویج نمایند با یکدیگر اختلاف دارند؛ پدر می‌خواهد دخترش را به زید تزویج کند، ولی جدّ قصد تزویج او به عمرو را دارد. در اینجا عقد کدام یک صحیح است؟

آنچه مسلم است این است که از نظر اخلاقی خوب است پدر تسلیم جدّ شود و اختیار او را بر مختار خودش مقدم بدارد، خصوصاً اگر منشأ اختلاف هواهای نفسانی و مانند آن باشد. کلام در حکم وضعی مسئله است. مرحوم سید احتیاط کرده است.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۷.

بررسی اقوال فقهاء در مسئله

حال اقوال مسئله در فرض تشاخ بیان خواهد شد.

قول اول: صحّت عقد پدر

قول اول، صحّت عقد پدر است.

مرحوم ابن زهره:

«... و من یختاره الجدّ أولى ممن یختاره الأب، و لیس لأحدهما فسخ العقد الذی سبق الآخر إلیه، وإن کان بغير إذنه، و الأولى بالأب استئذان الجدّ، بدلیل إجماع الطائفة.»^١

مرحوم ابن ادریس:

«و الجدّ له مزية فی هذه الحال، بأن یختار هو رجلا، و یختار أبوها رجلا، فالأولی أن یقدّم من اختاره الجدّ، فإن بادر الأب فی هذه الحال، و عقد علی من اختاره، فعقده ماض، فأتما إن عقدا معا لرجلین فی حالة واحدة، فإن العقد عقد الجدّ، و یبطل عقد الأب بغير خلاف فی ذلك أجمع.»^٢

مرحوم شهید ثانی:

«قد عرفت ممّا سبق أنّ الجدّ و الأب یشترکان فی الولاية عندنا، و لكن ولاية الجدّ عند الاجتماع أقوى من ولاية الأب. و القوّة تظهر من وجهین: أحدهما: أنّه إذا اختار الأب زوجا و اختار الجدّ غیره فمختار الجدّ أولى، فلا ینبغی للأب أن یعارضه فی ذلك و یقتصر علی ما یریده الجدّ. و الثانی: أنّه لو بادر کلّ منهما و عقد علی شخص غیر الآخر من غیر علم الآخر أو مع علمه، قدّم عقد السابق منهما، سواء کان هو الأب أم الجدّ، حتی لو کان السابق الأب و قد علم بأن الجدّ مخالف له و قصد سبقه بالعقد فقد ترک الأولى و صحّ عقده. و إن اتّفق العقدان فی وقت واحد، بأن اقترن قبولهما معا، قدّم عقد الجدّ،

١. غنية النزوع، ص ٣٤٢.

٢. السرائر، ج ٢، ص ٥٦١.

و فی هذه الصورة تظهر أولوية الجدّ.^۱

صاحب مدارک در نهاية المرام:

«قد عرفت أنّ الأب و الجدّ مشترکان فی الولاية علی الصغير و الصغيرة، فلو بادر کلّ منهما و عقد علی شخص غیر الآخر من غیر علم صاحبه، أو مع علمه، قدّم عقد السابق منهما، سواء کان هو الأب أو الجدّ حتی لو کان السابق الأب و علم أنّ الجدّ مخالف له و قصد سبقه بالعقد، فقد ترک الأولى و صخّ عقده. و إن اتفق العقدان فی وقت واحد، بأن اقترن قبولهما معا، قدّم عقد الجدّ.^۲»

عبارت صاحب مدارک مانند عبارت مسالک است؛ فقط در مسالک فرموده: ثمره اولویت جدّ، در فرض اقتران روشن می شود.

مرحوم سبزواری:

«و لو بادر کلّ منهما و عقد علی شخص غیر الآخر صخّ السابق، فإن قصد الأب سبقه علی الجدّ و سبق فقد ترک الأولى و اثم و صخّ عقده.^۳»

مرحوم سبزواری عقد را صحیح دانسته؛ ولی از نظر تکلیفی، حکم به وجوب تسلیم پدر در مقابل خواست جدّ نموده است.

مرحوم فیض:

«فلو تشاخا قدّم اختیاره (أی الجدّ) و کذا لو سبق عقده أو أوقعاها فی حالة واحدة أمّا لو سبق الأب صخّ عقده و إن ترک الأولى کله للنص.^۴»

مرحوم فاضل هندی:

«فإن عقدا جمیعا بعد التشاخ أو لابل مع جهل کلّ منهما باختیار الآخر، قدّم السابق اتفاقا کما فی السرائر و الغنية و ينصّ علیه الخبر

۱. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۱۶۹.

۲. نهاية المرام، ج ۱، ص ۶۷.

۳. اسناد الله عبارت مرحوم سبزواری را به شکلی که در متن آمده، فرائت کرده؛ اما در کفایه الاحکام موجود در نرم افزار جامع فقه ۲، عبارت «فقد ترک الأولى و اثم» با «أو» به صورت «فقد ترک الأولى أو اثم» ثبت شده است (کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۱۰۲).

۴. مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۲۶۷.

المتقدم وغيره، وان استحب للأب أن لا يتعدى مختار الجد كما يدل عليه الأولوية.^۱

مرحوم نراقی:

«و ليس مرادهم بتقديم اختياره سقوط ولاية الأب، للاتفاق على صحة عقده لو سبق على الجد و عقد فالمراد: إما وجوب تقديمه الجد، أو استحباب ذلك و الأخبار قاصرة عن إفادة الأول، فالظاهر هو الثاني، أى يستحب للأب ترك التشاخ و تفويض الأمر إلى الجد...»^۲

مرحوم شيخ حسن كاشف الغطاء:

«وإن اختلفا فى العقد و سبق أحدهما صحّ عقد السابق و بطل اللاحق سواء علم كل منهما بعقد الآخر أم لا و سواء نهى كل منهما الآخر أم لا و سواء تشاخ أم لا كل ذلك جريا على القواعد و للأخبار الخاصة نعم ينبغى عند التشاخ أن يقدم الأب عقد الجد فى ما أراد.»^۳

عدهاى نیز مانند ابن حمزه در وسیله،^۴ قطب الدین کیدری در اصباح،^۵ محقق حلى در نافع،^۶ و شهید اول در لمعه،^۷ فقط حکم به صحت عقد سابق و صحت عقد جد در فرض مقارنت نموده اند؛ اما در کلام ایشان ذکر نشده که آیا عقد پدر قبل از عقد جد، در فرض تشاخ نیز صحیح است، یا مختار جد در این فرض هم مقدم می شود؟ اما مقتضای اطلاق کلامشان این است که عقد پدر در صورت تقدم بر عقد جد، در فرض تشاخ نیز صحیح باشد.

۱. كشف اللثام، ج ۷، ص ۶۵-۶۶.

۲. مستند الشيعة، ج ۱۶، ص ۲۰۸.

۳. أنوار الفقهاء، كتاب النكاح، ص ۳۶.

۴. الوسيلة، ص ۳۰۰.

۵. إصباح الشيعة، ص ۴۰۵.

۶. المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۷۳.

۷. اللعة الدمشقية، ص ۱۷۶-۱۷۷.

قول دوم: بطلان عقد پدر

اما آیا قول به بطلان عقد پدر در فرض تشاح وجود دارد؟
مرحوم آقای حکیم فرموده است: ما کسی را پیدا نکردیم که قائل به بطلان عقد پدر در فرض تشاح شده باشد.^۱

اما مرحوم آقای خوئی فرموده است: تعبیری در جواهر هست که نشان می‌دهد قول نادری بر بطلان عقد پدر وجود دارد؛ زیرا صاحب جواهر پس از ذکر قول به صحت فرموده است: «و قد یقال ببطلان عقده حینثذ»^۲ خود مرحوم آقای خوئی نیز قائل به بطلان عقد پدر در فرض تشاح است.^۳

بنا بر تحقیق، عبارت «قد یقال» در جواهر دلالت بر وجود قائل ندارد؛ زیرا بر اساس فحوصی که در نوع این موارد انجام داده‌ایم، با مراجعه به کتبی که معمولاً صاحب جواهر به آنها مراجعه نموده و حتی کتبی که ایشان به آن رجوع نمی‌کند، مشاهده شد قولی که از آن به «قد یقال» تعبیر شده باشد وجود ندارد؛ بلکه مانند «یمكن أن یقال» است؛ بنابراین به نظر می‌رسد در مقام نیز این تعبیر در کلام ایشان به معنای «یمكن أن یقال» است و لذا کلام ایشان در این مسئله نمی‌تواند دلیل بر وجود قائل به بطلان باشد.

البته صاحب جواهر در این مسئله، نسبت به صحت یا بطلان عقد پدر، ابراز تردید نموده و دلیل تردید ایشان نیز این است که عده‌ای از اصحاب، قائل به صحت عقد پدر در این مسئله شده‌اند، گرچه ایشان همه این فتاوی را نقل نکرده؛ بلکه تنها کلام کاشف اللثام^۴ را نقل نموده و دچار تردید شده که آیا قول به بطلان، خلاف اجماع است یا نه؟^۵

در هر حال، ایشان از نظر حکم تکلیفی، اقدام پدر به تزویج مؤلی علیه در فرض تشاح را جائز ندانسته است. ایشان در نقد کلام شهید ثانی فرموده است:

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۶۶.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۰۹.

۳. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۲۹؛ موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۳۸.

۴. کشف اللثام، ج ۷، ص ۶۵-۶۶.

۵. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۱۰.

«نعم فی المسالك أنه لو سبق الأب و الحال هذه قاصدا سبق عقد الجدّ صَحَّ عقده وإن كان ترك الأولى، و ظاهره استحباب هذه الأولویة؛ بمعنی أنه ینبغی للأب مراعاة أبیه و طاعته فی ذلك، و هو كما ترى مناف لظاهر المتن و غیره، بل و النصوص، بل لعلّه مناف لما دلّ علی وجوب الطاعة الشامل لمثل الفرض، فلا یبعد كونه عاصیا...»^۲

به هر صورت، با توجه به فحوصی که انجام شد، عدّه ای قائل به بطلان عقد پدر در فرض تشاخ شده اند:
شیخ صدوق در هدایه:

«وإذا كانت بكرًا و كان لها أب و جدّ، فالجدّ أحقّ بتزويجها من الأب ما دام الأب حيًّا...»^۳

ظاهر «فالجدّ أحقّ بتزويجها من الأب» این است که این احقّ بودن وضعی است و لذا عقد پدر صحیح نیست. عبارت «ما دام الأب حیّا...» نیز اشاره به اختلافی است که بین فقهاء وجود داشته که آیا ولایت جدّ منوط به حیات پدر است یا بعد از وفات او نیز ادامه دارد؛^۴ مختار ایشان این است که جدّ بعد از وفات پدر ولایت ندارد.

برخی درباره «احقّ»، «اولی»، و امثال آن در چنین عباراتی، گفته اند: «افعل تفضیل» در این موارد، از معنای تفضیل منسلخ شده و لذا مانند «احقّ» به معنای «له حقّ» است.^۵ اما این مطلب درست نیست و این تعبیرات در جایی

۱. در جواهر الکلام موجود در نرم افزار جامع فقه، «ظاهر» در عبارت «ظاهره استحباب هذه الأولویة» بدون ضمیر «ه» ثبت شده است؛ اما در جواهر چاپ سنگی موجود در کتابخانه مرحوم حاج سید احمد زنجانی این عبارت به شکلی که در متن آمده، ثبت شده است.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۰۹.

۳. الهدایة (شیخ صدوق)، ص ۲۶۰.

۴. ر.ک: مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۱۷، مسألة ۵۷.

۵. الحدائق الناضرة، ج ۱۰، ص ۳۸۲؛ مستمسک العروة الوثقی، ج ۵، ص ۴۲۲؛ دراسات فی ولایة الفقیه (منتظری)، ج ۱، ص ۳۰۱-۳۰۲.

به کار می‌رود که هر دو طرف به خودی خود اقتضای حق داشتن را دارند ولی در مقام تراحم و ترجیح، یکی بر دیگری مقدم است و مانع می‌شود که حقی بالفعل برای طرف مقابل ثابت شود. در باب ارث نیز که «اولی» به کار رفته است، همه افراد اقتضای ارث بردن دارند؛ اما طبقه‌بندی شده‌اند به گونه‌ای که با بودن یک طبقه، طبقه دیگر ارث نمی‌برد.

در مواردی که یک طرف اساساً هیچ اقتضایی ندارد، این تعبیر استفاده نمی‌شود؛ مثلاً اگر پدر و شخصی اجنبی که هیچ ولایتی بر دختر ندارد، بخواهند همسری برای او انتخاب نمایند، قطعاً عقد پدر صحیح و عقد اجنبی باطل است و در چنین فرضی نمی‌گویند: پدر احق یا اولی بر اجنبی است. شیخ مفید در مقنعه:

«وإذا حضر أب و جد و اختار كل واحد منهما رجلاً للبت كان الاختيار للجد فإن سبق الأب فعقد لم يكن للجد في ذلك اعتراض»^۱

ظاهر صدر عبارت این است که اگر هر کدام از پدر و جد، شخصی را برای دختر در نظر گرفته‌اند، مختار جد مقدم است و لذا اگر پدر در این فرض، اقدام به تزویج مولی علیه کند، عقدش باطل است.

اگرچه ابتدا به نظر می‌رسد که مراد ایشان در ذیل، این است که اگر پدر بعد از انتخاب جد و قبل از تزویج توسط جد، اقدام به تزویج کند، عقدش صحیح است؛ اما برای اینکه بین صدر و ذیل تنافی نباشد باید گفت: مقصود ایشان این است که اگر پدر قبل از اینکه جد انتخاب و اختیاری کند و شخصی را در نظر بگیرد، کسی را اختیار کرد و عقد خواند، در این صورت عقد پدر صحیح است و جد نیز حق اعتراض به او ندارد؛ چرا که پدر حق ولایت داشت و استیذان از جد لازم نبود. با این بیان، مقصود از عبارت «فإن سبق الأب فعقد»، «سبق بر اختیار جد» است، نه «سبق بر عقد جد». شاهد بر این معنا آن است

۱. الأنفال، ۷۵؛ الأحزاب، ۶.

۲. المفنعة (شیخ مفید)، ص ۵۱۲.

که سَلَّار که شاگرد شیخ مفید و بسیار تابع او است، حکم به بطلان عقد پدر در فرض تشاخ کرده است.^۱

سید مرتضی در انتصار:

«وَمِمَّا انفردت به الإمامية: أَنَّ لولاية الجَدِّ من قبل الأب على الصغيرة رجحانا على ولاية الأب عليها، وإذا حضر أب وجد فاختار كل واحد منهما رجلا لنكاحها كان اختيار الجَدِّ المقدم على اختيار الأب، و إن سبق الأب إلى العقد لم يكن للجدِّ اعتراض عليه. وخالف باقي الفقهاء في ذلك. والحجة لنا فيه: إجماع الطائفة، ويمكن أن يكون الوجه في ذلك أَنَّ الجَدِّ قد كانت له ولاية على الأب لما كان صغيرا، ولم يكن للأب ولاية على الجَدِّ قط.»^۲

ظاهر «كان اختيار الجَدِّ المقدم على اختيار الأب» این است که این تقدّم، وضعی است؛ بنابراین در فرضی که پدر و جد هر کدام کسی را در نظر گرفته اند، مختار جدّ مقدّم است و اگر پدر در این فرض، اقدام به تزویج مولیٰ علیه به شخصی دیگر کند، عقدش باطل است.

مقصود از «وإن سبق الأب إلى العقد لم يكن للجدِّ اعتراض عليه» - به گونه ای که بین صدر و ذیل عبارت تنافی نباشد - این است که اگر پدر قبل از اینکه جدّ کسی را در نظر بگیرد، مولیٰ علیه را به عقد شخصی در آورد، عقد صحیح است و جدّ نیز حقّ اعتراض ندارد.

وجهی هم که در آخر عبارت ذکر شده (و يمكن أن يكون الوجه في ذلك ...)، تنها یک وجه استحسانی است؛ ولی در هر حال، تعبیر «ولاية» که در این وجه تکرار شده (كانت له ولاية ... لم يكن له ولاية)، حکم وضعی است نه تکلیفی. وقتی در سیاق چنین عبارتی که مربوط به حکم وضعی است، «تقدّم اختیار کسی بر اختیار شخص دیگر» ذکر می شود، ظهور در حکم وضعی خواهد داشت.

۱. المراسم، ص ۱۴۸.

۲. الانتصار، ص ۲۸۶ - ۲۸۷.

سلار در مراسم:

«فأما الصغار فיעقد لهنّ أباهنّ، ولا خيار لهنّ بعد البلوغ. وكذلك إن عقد لهنّ أجدادهنّ بشرط وجود الأب... إلا أنّ اختيار الجدّ مقدّم على اختيار الأب وعقده امضى.»^۱

«تقدّم اختیار جدّ» در این عبارت، ظهور در تقدّم وضعی دارد که نتیجه آن بطلان عقد پدر در فرض تشاع است. تعبیر «امضى» نیز مربوط به حکم وضعی است؛ چون «مُضى» (نافذ بودن) حکمی وضعی است. عقد جدّ از این جهت «امضى» است که علاوه بر فرض تقدّم، در فرض اقتران نیز، مقدّم بوده و حکم به صحت آن می‌شود، در حالی که عقد پدر تنها در فرضی که مقدّم بر عقد جدّ شود، ماضی و صحیح است.

شیخ طوسی در خلاف:

«إذا اجتمع الأب والجدّ كان الجدّ أولى وقال الشافعي: الأب أولى و به قال جميع الفقهاء دليلنا: اجماع الفرقه و اخبارهم.»^۲

در توضیح این عبارت ذکر دو نکته لازم است:

نکته اول: مراد از فرض «إذا اجتمع الأب والجدّ» این نیست که عقد جدّ و پدر در یک زمان واقع شده؛ بلکه مراد این است که هر دو قصد دارند دختر را به ازدواج کسی درآورند. این معنا در ضمن عبارات آینده، بیشتر واضح می‌شود.

نکته دوم: ظاهر این است که «اولی» در کلام مرحوم شیخ طوسی و کلام شافعی به یک معنا است. این گونه نیست که یکی مربوط به حکم تکلیفی (آداب و مستحبات) و دیگری مربوط به حکم وضعی باشد؛ بلکه در هر دو جا به معنای اولویت وضعی و احقّ بودن به کار رفته است، مانند «اولی» در بحث ارث که به معنای تقدّم برخی بر برخی دیگر است و با وجود طبقه اول - مثلاً - نوبت به طبقات دیگر نمی‌رسد.^۳ شافعی که پدر را «اولی» دانسته، بلا اشکال این معنا را

۱. المراسم، ص ۱۴۸.

۲. الخلاف، ج ۴، ص ۲۶۹.

۳. الأنفال، ۷۵؛ الأحزاب، ۶.

اراده کرده است، همچنان که از مراجعه به کتاب های او این امر روشن می شود؛ بنابراین ظاهر عبارت شیخ این است که عقد جدّ در فرض تشاّخ از نظر وضعی مقدّم بر عقد پدر است و لذا در صورتی که پدر در این فرض اقدام به تزویج مولی علیه کند، عقدش باطل است.

شیخ طوسی در مبسوط:

«إذا اجتمع الأب والجدّ فالجدّ أولى عندنا، وعند المخالف الأب أولى ولا ولاية لأحد غير هذين عندنا، وعندهم أنّ الأب أولى من الأخ وابن الأخ والعمة وابن العمة، والجدّ أولى من أب الجدّ، وعلى هذا أبداً، وعندنا أنّ الجدّ الأدنى أولى من جميع من ذكرناه عنهم لأنّه لا ولاية لواحد منهم، غير أنّ المرأة إذا أرادت أن تولی أمرها لواحد منهم كان الأقرب فالأقرب أولى على ترتیب میراثهم فكذلك من يدلی بسببین أولى ممّن يدلی بسبب بلا خلاف إلّا شاذّاً منهم فإنّه قال: الأخ من الأب والأُم مع الأخ للأب فی درجة.»^۱

در این متن نیز، مراد از «اولی» در عبارت «إذا اجتمع الأب والجدّ فالجدّ أولى عندنا» اولویت وضعی به معنای احقّ بودن است نظیر اولویت طبقات ارث؛ زیرا بعد از حکم به اولویت جدّ بر پدر، اولویت هایی را از مخالفین نقل نموده که همان اولویت در باب ارث است و در نهایت ایشان نظر خودش را درباره این اولویت ها بیان کرده است.

ابن بزّاج در مهذب:

«وإذا كان لها أب وجدّ، كان لكل واحد منهما العقد عليها، والجدّ أولى بالتقدّم فی ذلك، إذا حضرا جميعاً له، فإن عقداً علیها فی وقتین مختلفین، كان العقد الأوّل هو الثابت والمتأخّر باطلاً وإن عقداً علیها فی وقت واحد، كان الثابت عقد الجدّ دون عقد الأب، وإذا اختاره أبوها رجلاً واختار الجدّ غيره، كان الثابت ما اختاره الجدّ

۱. الأُم (شافعی)، ج ۵، ص ۲۳؛ مختصر المزنی، ص ۲۲۲؛ المغنی (ابن قدامة)، ج ۷، ص ۱۳؛ و ص ۱۴.

۲. المبسوط، ج ۴، ص ۱۷۶.

دون الذی اختاره الأب.^۱

دو نفر از فقهاء، تبعیت بسیار روشنی از قبل خودشان داشته‌اند؛ یکی ابن بزاج شاگرد شیخ است که معمولاً از ایشان تبعیت می‌کند، حتی عبارات‌های ایشان نیز شبیه عبارات‌های مبسوط، نهاییه و امثال آن است؛ دیگری، سلار شاگرد شیخ مفید است که از ایشان تبعیت می‌کند.

عبارت «و الجّدّ أولى بالتقدّم فی ذلک» در صدر عبارت مهذب، یک نحوه ظهوری در حکم وضعی دارد و از آنجا که تعبیر «الثابت»، در عبارت «کان العقد الأول هو الثابت و المتأخر باطلا» مقابل «باطلاً» و به معنای صحیح است، می‌توان گفت: ذیل عبارت یعنی «کان الثابت ما اختاره الجّدّ دون الذی اختاره الأب» به وضوح دلالت بر تقدّم وضعی عقد جدّ و بطلان عقد پدر می‌کند. علامه در تذکره:

«إذا اجتمع الأب و الجّدّ له کان الجّدّ أولى عند علمائنا لا بمعنی انتفاء ولاية الأب بل بمعنی أنّه إذا اختار الأب رجلاً و اختار الجّدّ غیره قدّم اختیار الجّدّ علی اختیار الأب و إذا عقد کلّ منهما علی رجل حکم بعقد السابق سواء کان الأب هو السابق بالعقد أو الجّدّ فإن اتفقا فی حال واحد قدّم عقد الجّدّ.»^۲

همچنان‌که کلمه «قدّم» در ذیل عبارت، بی‌اشکال به معنای تقدیم وضعی است، مراد از آن در صدر نیز تقدیم وضعی است. بسیار خلاف ظاهر است که «قدّم» در صدر، تکلیفی اما در ذیل وضعی باشد؛ بنابراین طبق عبارت «إذا اختار الأب رجلاً و اختار الجّدّ غیره قدّم اختیار الجّدّ علی اختیار الأب»، در فرضی که پدر و جدّ هر کدام بالفعل شخصی را در نظر گرفته‌اند، اختیار جدّ از نظر وضعی مقدّم است و در نتیجه عقد پدر در این فرض صحیح نیست، و مراد از عبارت بعدی (و إذا عقد ...) نیز این است که اگر قبل از اینکه اختیارها در مقابل یکدیگر قرار گیرد (قبل از تشایع)، یکی زودتر از دیگری شخصی را در

۱. المهذب (ابن بزاج)، ج ۲، ص ۱۹۵.

۲. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۹۴.

نظر گرفته و مولی علیه را به عقد او در آورد، عقدش صحیح است و دیگری نمی تواند اعتراض کند.

نکته دیگر این است که علامه با عبارت «لا بمعنی انتفاء ولایة الأب» می خواهد بگوید که مراد از اولویت جد، این نیست که مادر مقابل عامه که می گویند جد، بدون اذن پدر هیچ ولایت و حقی ندارد،^۱ قائل هستیم که پدر بدون اذن جد هیچ ولایت و حقی ندارد.

نتیجه بررسی اقوال: عدم وجود اجماع در مسئله

با توجه به این کلمات و کلمات زیاد دیگری که نقل نشد، معلوم می شود نه تنها اجماع بلکه شهرتی نیز در بین قداما بر قول به صحت عقد پدر در فرض تشاخ وجود ندارد؛ بنابراین اگر از روایات مطلبی بر خلاف این قول استظهار شود، مانعی برای عمل به آن وجود ندارد.

نکته دیگری که می توان گفت، این است که عقد پدر قبل از اختیار جد و عدم تشاخ، بلا اشکال و به اتفاق فقهاء صحیح است و بعد از اختیار جد و تشاخ، برخی قائل به بطلان عقد پدر هستند؛ اما فرض دیگر این است که جد کسی را در نظر گرفته، و شاید صحبت و قرار هم گذاشته ولی پدر مطلع نشده و اقدام به تزویج مولی علیه به کسی دیگر نموده است، آیا عقد پدر در این فرض هم که تشاخی واقع نشده، باطل است؟ برخی از فقهاء که در تنافی اختیار جد و پدر، قائل به تقدّم اختیار جد شده اند، کلماتشان مربوط به فرض تشاخ است؛ اما اطلاق کلمات بسیاری دیگر، این است که حتی در این فرض نیز تقدّم با اختیار جد است و در نتیجه عقد پدر صحیح نیست.^۲

۱. الأثم (شافعی)، ج ۵، ص ۲۳.

۲. برای نمونه ممکن است عبارات ذیل، مطلق محسوب شود:

الهدایة (شیخ صدوق)، ص ۲۶۰: «وإذا كانت بکراً وکان لها أب و جد، فالجد أحق بتزویجها من الأب ما دام الأب حیاً دام الأب حیاً...»؛ المقنعة (شیخ مفید)، ص ۵۱۲: «وإذا حضر أب و جد و اختار کل واحد منهما رجلاً للبتن کان الاختیار للجد فإن سبق الأب فَعقد لم یکن للجد فی ذلک اعتراض»؛ الانصاری، ص ۲۸۶-۲۸۷: «وَمِمَّا انفردت به الإمامیة: أَنَّ لولایة الجد من قبل الأب علی الصغیرة رجحاناً علی ولایة الأب علیها، و إذا حضر أب و جد فاختر کل واحد منهما رجلاً لِنکاحها کان اختیار الجد

بررسی روایات

حال که اجماعی در مسئله وجود ندارد، آن چه مهم است بررسی مفاد روایات مسئله است که آیا مفاد آنها تقدّم وضعی عقد جدّ است و یا تقدّم تکلیفی.

روایت اول: صحیحۀ محمد بن مسلم

أحمد بن محمد عن علي بن الحكم عن علاء بن رزين عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: «إذا زوّج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه ولابنه أيضاً أن يزوّجها فقلت: فإن هوى أبوها رجلاً وجدها رجلاً فقال: الجدّ أولى بنكاحها.»^۱

عدم اطلاق روایت نسبت به فرض عدم اطلاع پدر از تصمیم جدّ

طبق این روایت، پدر و جدّ هر دو در تزویج دختر استقلال دارند و چنانچه عقدی کردند، نافذ و صحیح است و اگر پدر به فردی تمایل داشت و جدّ به فرد دیگری، نظر جدّ مقدّم است.

مراد از کلمۀ جواز و اولویت هر دو به معنای حکم وضعی است؛ «فهو جائز علی ابنه» یعنی صحیح و نافذ است و «الجدّ أولى بنكاحها» یعنی جدّ ذاتاً تقدّم دارد، هر چند پدر هم حقّ تزویج دارد؛ اما اگر تزاحمی در بین باشد، جدّ مقدّم است و عقد او صحیح است؛ لذا این معنا (حکم وضعی) از روایت استفاده می شود، به خصوص که این روایات در محیطی صادر شده که فتاوی عامّه مطرح بوده و آنچه بین عامّه مطرح بوده، صحت عقد پدر و جدّ بوده، نه جواز تکلیفی آن.^۲

شاید ادعا شود جملۀ «الجدّ أولى بنكاحها» اطلاق دارد و حتی فرضی که جدّ شخصی را در نظر گرفته ولی پدر بدون اطلاع از آن، مولی علیه را به تزویج کسی

المقدم علی اختیار الأب، وإن سبق الأب إلى العقد لم یکن للجدّ اعتراض علیه. و خالف باقي الفقهاء فی ذلك.»: تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۹۴: «إذا اجتمع الأب و الجدّ له كان الجدّ أولى عند علمائنا لا بمعنی انتفاء ولاية الأب بل بمعنی أنّه إذا اختار الأب رجلاً واختار الجدّ غیره قدّم اختیار الجدّ علی اختیار الأب و اذا عقد کلّ منهما علی رجل حکم بعقد السابق سواء كان الأب هو السابق بالعقد أو الجدّ فإن اتفقا فی حال واحد قدّم عقد الجدّ».

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۵، ح ۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۹، ح ۱.

۲. الخلاف، ج ۴، ص ۲۶۹؛ المبسوط، ج ۴، ص ۱۷۶.

دیگری در آورده را شامل می‌شود، و در این مورد هم اگر پدر زودتر اقدام به تزویج کند، فایده‌ای ندارد و عقد او صحیح نیست؛ زیرا در مقام ثبوت، خواسته جد، امر دیگری بوده و تقدّم دارد و تقدّم عملی عقد پدر بی‌نتیجه است و موجب صحت عقدش نمی‌شود.

اما به نظر می‌رسد که چنین استظهاری از روایت صحیح نیست؛ زیرا تنها با جمود بر لفظ و دقت‌های عقلی می‌توان این فرض را مصداق روایت به حساب آورد؛ اما بنا بر تحقیق، مصادیقی که مردم عادی و بسیط متوجه آن نمی‌شوند، خارج از اطلاق است و در اینجا نیز عرف معمولی و بسیط، متوجه شمول روایت نسبت به این فرض نمی‌شود. وقتی سوال می‌شود: «پدر کسی را در نظر گرفته و جدّ فرد دیگری را، نظر کدام مقدم است؟» متفاهم عرفی از آن این است که ناظر به موارد متعارف است که پدر و جدّ، با هم تبادل نظر می‌کنند و از تصمیم یکدیگر اطلاع دارند. عرف معمولی و ساده، فرض عدم اطلاع پدر از اختیار جدّ را نمی‌فهمد. فرض عدم اطلاع پدر، فرضی است که نیاز به سوال دارد و نمی‌توان کلام امام علیه السلام را شامل این فرض دانست.

روایت دوم: صحیحۀ هشام بن سالم و محمد بن حکیم

محمد بن یعقوب عن علی بن إبراهیم عن أبيه عن محمد بن إسماعیل عن الفضل بن شاذان عن ابن أبي عمیر عن هشام بن سالم و محمد بن حکیم عن أبي عبد الله علیه السلام قال: «إذا زوّج الأب والجدّ كان التزويج للأول فإن كانا في حال واحدة فالجدّ أولى.»^۱

بررسی دلالت

دو احتمال درباره مفاد این روایت وجود دارد:

احتمال اول: اراده «تقارن عقدین» از عبارت «فإن كانا في حال واحدة»

در تبیین معنای روایت گفته شده: با توجه به صدر روایت، هر کدام از پدر و جدّ که زودتر مولی علیه را تزویج کند، عقدش صحیح است. اطلاق روایت فرض تشاخ را نیز شامل می‌شود و لذا اگر بعد از تشاخ، پدر قبل از جدّ و بر خلاف تمایل او،

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۹۰، ح ۳۸؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۹-۲۹۰، ح ۳، (در وسائل «کانا جميعا في حال واحدة» ثبت شده است).

مولی علیه را به تزویج کس دیگری در آورد، عقدش صحیح است. ذیل روایت نیز منافاتی با مفاد صدرش ندارد؛ زیرا مفاد آن تقدّم عقد جدّ در فرضی است که عقد پدر و جدّ هر دو در یک زمان واقع شده است. معمولاً فقهاء روایت را به این معنا دانسته‌اند.^۱

در تأیید این احتمال ممکن است گفته شود: نقل مرحوم صدوق در فقیه نیز به وضوح دلالت می‌کند که مراد از ذیل، فرض تقارن عقدین است؛ زیرا به جای عبارت «فإن كانا في حال واحدة»، «فإن كانا زوجا في حال واحدة» نقل شده است.^۲ احتمال دوم: اراده «فرض تشاخ» از عبارت «فإن كانا في حال واحدة»

اما معنایی که در احتمال فوق برای ذیل روایت ذکر شده، خلاف ظاهر است؛ زیرا علاوه بر اینکه فرض تقارن هر دو عقد - به گونه‌ای که هیچ تقدّم زمانی برای یکی از آنها نباشد و این تقارن نیز احراز شده باشد - فرض بسیار نادری است، ظاهر روایت این است که ضمیر در «كانا» در عبارت «فإن كانا في حال واحدة فالجدّ أولى» به خود پدر و جدّ بر می‌گردد، نه به عقد پدر و جدّ؛ یعنی اگر حالت پدر و جدّ یکسان نیست زیرا یکی زودتر از دیگری، مولی علیه را عقد نموده، در این فرض،

۱. اگر فقیهی با وجود متعزز شدن نسبت به این روایت، در فرض تشاخ به این روایت تمسک نکرده باشد بلکه در فرض تحقّق دو عقد مقارن از سوی جدّ و پدر به این روایت تمسک کرده باشد، می‌توان گفت که این فقیه، مورد روایت محلّ بحث را تنها مختص به فرض تحقّق دو عقد مقارن دانسته است؛ برای نمونه:

مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۶۹-۱۷۰؛ كفاية الأحكام، ج ۲، ص ۱۰۲؛ كشف اللثام، ج ۷، ص ۶۶؛ رياض المسائل، ج ۱۱، ص ۸۱؛ مستند الشيعة، ج ۱۶، ص ۲۰۶؛ جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۲۰۹؛ مستمسك العروة الوثقى، ج ۱۴، ص ۴۶۵؛ موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۳۷.

پس باید توجه داشت که مجزّد تمسک یک فقیه به این روایت در فرض تقارن دو عقد، دلیل بر این نیست که روایت محلّ بحث را طبق احتمال دوم (تشاخ) معنا نکرده است؛ زیرا شاید از روایت فرض تشاخ را فهمیده و از حکم تشاخ حکم فرض تقارن دو عقد را نیز استفاده کرده است؛ یعنی وقتی شارع در فرض عدم تحقّق عقد، نظر جدّ را مقدم دانسته، معنا ندارد در فرضی که جدّ علاوه بر اختیار شخص خاص اقدام به تزویج هم کرده باشد گفته شود عقد پدر مقدّم یا هم عرض عقد جدّ محسوب شود و روشن است که ترجیح عقد جدّ ترجیح بلا مرجّح نخواهد بود.

۲. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۳۹۵، ح ۴۳۹۳؛ وفي رواية هشام بن سالم ومحمد بن حكيم عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا زوج الأب والجدّ كان التزويج للكلّ فإن كانا زوجا في حال واحدة فالجدّ أولى».

عقد سابق صحیح است؛ اما اگر هر دو در یک حالت هستند، نه پدر و نه جدّ عقدی نخوانده‌اند، ولی هر دو تمایل به این کار دارند، در این فرض، مختار و تمایل جدّ مقدم است و او حقّ ايقاع عقد دارد. به عبارت دیگر، ذیل روایت درباره حکم عقدهای واقع شده نیست؛ بلکه درباره این است که در فرض تشاخ، از میان پدر و جدّ، کدام یک حقّ ايقاع عقد دارد.

اگرچه روایت بنا بر نقل مرحوم صدوق در فقیه، دلالت بر احتمال اول دارد، اما مهم این است که چنین نقلی ثابت نیست؛ زیرا فقیه کتاب فتوایی مرحوم صدوق است و ایشان گاهی برای رفع اجمال و ابهاماتی که در روایت است، با فهم خودش عبارت را تغییر می‌دهد و در اینجا نیز این احتمال وجود دارد که ایشان از ذیل روایت، فرض تقارن عقدین را فهمیده و عبارت را تغییر داده است.

این نکته نیز باید مورد توجه قرار گیرد که تقدّم عقد جدّ در فرض تقارن، بنا بر احتمال دوم نیز ثابت می‌شود. اگر در فرضی که هیچ‌کدام عقدی نکرده‌اند و هر دو تمایل دارند، تقدّم با جدّ است و مجرد اختیار و تمایلش مانع از صحت عقد پدر می‌شود، به طریق اولی در جایی که علاوه بر تمایل، جدّ اقدام به ايقاع عقد هم نموده، تقدّم و اولویت با جدّ است و عقد پدر صحیح نیست.

خلاصه آنکه این روایت نیز مانند روایت محمد بن مسلم، ظهور در تقدّم اختیار جدّ و بطلان عقد پدر در فرض تشاخ دارد، و حداقل این روایت، ظهوری در احتمال اول ندارد.

روایت سوم: روایت عبید بن زراره

عنه عن التضر بن سويد عن القاسم بن سليمان عن عبید بن زرارۃ عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه قال: ولابنه أيضاً أن يزوجه فإن هوى أبوها رجلاً وجدها رجلاً فالجدّ أولى بنكاحها ولا تستأمر الجارية في ذلك إذا كانت بين أبويها فإذا كانت ثيباً فهي أولى بنفسها.»^۱

بررسی سند

در سند این روایت قاسم بن سلیمان واقع شده که مهمل است؛^۲ اما از این جهت

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۵، ح ۱۵۴۷؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۱، ح ۷.

۲. یعنی متعرض توثیق یا تضعیف او نشده‌اند (رجال النجاشی، ص ۳۱۴، رقم ۸۵۸؛ فهرست الطوسی،

خللی به روایت وارد نمی‌شود؛ زیرا اگر شخص مهملی که جرحی درباره او وارد نشده، مورد عنایت بزرگان باشد، این امر علامت اعتماد آنها به او و وثاقتش است. عده‌ای از اجلّاء از قاسم بن سلیمان روایت نقل کرده‌اند و کتاب او را نیز نضر بن سوید که از اجلّاء ثقات است^۱، نقل نموده^۲ و جرحی نیز درباره او در کتاب‌های رجالی وجود ندارد. ثقات دیگر هم از او نقل روایت کرده‌اند.^۳

بررسی دلالت

با توجه به ابتدای روایت، علاوه بر جدّ، پدر نیز ذاتاً ولایت بر نکاح دختر دارد و می‌تواند کسی را در نظر گرفته، او را به تزویج او در آورد؛ اما ادامه روایت ظهور در این دارد که در فرض تشایع و تمایل جدّ به شخص دیگری، این ولایت وجود ندارد و لذا اگر بر خلاف تمایل جدّ، پدر اقدام به تزویج مولی علیه به کسی دیگری کند، عقدش باطل است.

روایت چهارم: روایت علی بن جعفر

عبد الله بن الحسن، عن جدّه علي بن جعفر، عن أخيه موسى ابن جعفر عليه السلام، قال: «وسألته عن رجل أتاها رجلان يخطبان ابنته، فهوى أن يزوّج أحدهما؟ وهوى أبوه الآخر، أيهما أحق أن ينكح؟ قال: "ألذى هوى الجدّ، لأنّها وأبوها للجدّ".»^۴

این روایت نیز دلالت دارد که انتخاب و اختیار جدّ، موجب تقدّم او بر پدر می‌شود و لذا اگر پدر پیش دستی کرده و بر خلاف تمایل جدّ، مولی علیه را به کسی دیگر تزویج کند، این عقد و سبقتش اعتباری ندارد.

ص ۳۷۲، رقم ۵۸۰؛ رجال الطوسی، ص ۲۷۳، رقم ۴۶).

۱. رجال النجاشی، ص ۴۲۷.

۲. رجال النجاشی، ص ۳۱۴.

در تهذیب بیش از ۴۰ روایت از قاسم به واسطه نضر بن سوید نقل شده است و اغلب آنها را مرحوم شیخ طوسی از کتاب حسین بن سعید نقل کرده است.

۳. حسین بن سعید (التهذیب، ج ۶، ص ۱۸۸، ح ۱۸؛ و ص ۲۵۴، ح ۶۵؛ و ج ۹، ص ۲۰۰، ح ۹)، حماد بن عیسی (التهذیب، ج ۶، ص ۲۴۶، ح ۲۵؛ و ج ۱۰، ص ۱۵۹، ح ۱۸) و یونس بن عبد الرحمن (التهذیب، ج ۹، ص ۳۰۸، ح ۲۴؛ و ص ۳۰۹، ح ۲۶) که همگی از اجلّاء هستند، از او نقل روایت کرده‌اند.

۴. قرب الإسناد، ص ۲۸۵، ح ۱۱۲۸؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۱، ح ۸.

روایت پنجم: موثقه عبيد بن زرارہ

محمّد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن ابن فضال عن ابن بكير عن عبيد بن زرارہ قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل ويريد جدّها أن يزوجه من رجل آخر فقال: الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضارّاً إن لم يكن الأب زوجها قبله و يجوز عليها تزويج الأب والجدّ.»^۱

بررسی دلالت

چند احتمال درباره عبارت «إن لم يكن الأب زوجها قبله» وجود دارد:

احتمال اول: تزويج مولی عليه قبل از تصميم جدّ

احتمال اول اين است که اگر هر دو اراده داشتند، جدّ اولی است، مگر اينکه قبل از آن يعنی قبل از قصد و اراده او و قبل از اينکه جدّ موردی را در نظر بگيرد، پدر تصميم خود را عملی نموده و عقدی کرده باشد که در اين صورت، عقد پدر نافذ است و جدّ نمی تواند آن را به هم بزند. به بیانی دیگر، در صورت اختلاف نظر، اراده جدّ در ايقاع عقد، مقدم است مگر اينکه قبل از تصميم و اراده جدّ، پدر عقد کرده باشد که در اين صورت عقد پدر صحيح است.

احتمال دوم: تزويج مولی عليه قبل از وقوع تشاخ

احتمال دوم اين است که با توجه به اينکه سائل از موردی سؤال می کند که پدر و جدّ اختلاف نظر دارند و بين آنها تشاخی صورت گرفته، لذا ممکن است منظور از «قبله» قبل التشاخ باشد و مراد حضرت اين است که چنانچه پدر قبل از تشاخ به تزويج دخترش اقدام نکرده باشد، «الجدّ أولى بنکاحها»؛ و چنانچه پدر قبل از تشاخ عقدی بسته باشد، آن عقد صحيح است، خواه زمانی عقد بسته باشد که هنوز جدّ موردی را در نظر نگرفته و یا جدّ تمايل به موردی داشته اما پدر از تمايل او بی اطلاع بوده است و اختلاف نظری رخ ننموده است.

احتمال سوم: تزويج مولی عليه قبل از عقد جدّ بعد از تشاخ

۱. الکافي، ج ۵، ص ۳۹۵، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۹، ح ۲.

احتمل سوم این است که مراد از «قبله» در عبارت «زَوَّجَهَا قَبْلَهُ» قبل از عقد جدّ باشد؛ یعنی در فرض تشاح، اگر پدر پیش دستی کرده و تزویج نماید، عقد او صحیح است و الا عقد جدّ مقدم است.

اما چون احتمالات روایت مختلف است، روایت مجمل است و نمی‌تواند با روایات سابق معارضه کند.

روایت ششم: روایت ابی العباس

عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحَصِينِ عَنْ أَبِي الْعَبَّاسِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: «إِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ فَأَبَى ذَلِكَ وَالِدُهُ فَإِنَّ زَوْجَ الْأَبِّ جَائِزٌ وَإِنْ كَرِهَ الْجَدُّ لَيْسَ هَذَا مِثْلَ الَّذِي يَفْعَلُهُ الْجَدُّ ثُمَّ يَرِيدُ الْأَبَّ أَنْ يَرِدَهُ»^۱.

بررسی دلالت

گویا برخی ادعا دارند که عبارت «يَفْعَلُهُ الْجَدُّ» ظاهر در «یرید فعله» است.^۲ طبق این معنا، مفاد روایت این است که مجرد تمایل و اختیار جدّ - حتی اگر تشاحی رخ نداده - مرجح است.

اما به نظر می‌رسد که این ادعا تمام نیست و روایت مجمل است؛ زیرا دو احتمال درباره آن وجود دارد:

احتمال اول: مختار و تمایل جدّ در فرض تشاح، مقدم بر پدر است و لذا عقد پدر در این فرض باطل است.

احتمال دوم: هر کدام از پدر و جدّ که زودتر عقدی را انجام دهد، عقدش مقدم است و دیگری حق رد آن را ندارد.

لذا روایت ظهوری در هیچ کدام از این دو احتمال ندارد و نمی‌توان با تمسک به آن، حکم به تقدّم تمایل جدّ و بطلان عقد پدر در فرض تشاح نمود.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۶، ح ۶؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۱، ح ۶.

۲. روضة المتقین، ج ۸، ص ۱۴۰؛ الوافی، ج ۲۱، ص ۴۳۸؛ رک: جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۱۰.

نتیجه نهایی

با توجه به آن چه بیان شد، در فرض تشاخ، مختار جدّ بر مختار پدر مقدّم است و عقد پدر در این فرض باطل است؛ اما اگر قبل از تشاخ، پدر فرزند را تزویج کند، عقد او نافذ است و جدّ نمی تواند با آن مخالفت کند.

این نکته نیز باید مورد توجه قرار گیرد که آیا دلیلی که جدّ را بر آب مقدّم داشته، اختصاص به جدّ بلاواسطه دارد یا خیر؟ فقهاء متذکر این مطلب نشده و آن را مورد بحث قرار نداده اند.

بنا بر تحقیق، جدّ اعلی نیز مقدّم بر پدر است؛ زیرا اگرچه فرد اظهر احکامی که به جدّ تعلق گرفته، جدّ بلاواسطه است، ولی جدّ اعلی هم از مصادیق جدّ است و لذا ظاهراً تقدّم بر پدر برای او نیز ثابت می شود.

مطلب دوم: تشاخ بین جدّ ادنی و اعلی

حال، آیا جدّ اعلی بر جدّ ادنی هم تقدّم دارد، یا تقدّمی ندارد و در عرض هم هستند؟

مرحوم سید فرموده است:

«ولو تشاخ الجدّ الأسفل والأعلى هل يجزى عليهما حكم الأب و

الجدّ أولاً وجهان أوجههما الثاني لأنهما ليسا أباً و جدّاً بل كلاهما

جدّ فلا يشملهما ما دلّ على تقديم الجدّ على الأب.»^۱

ظاهراً حق با مرحوم سید است و جدّ اعلی بر جدّ ادنی تقدّمی ندارد؛ چون

روایات تقدّم جدّ بر پدر، این مورد را شامل نمی شود و تعبیر «أنت و مالک لاییک»^۲

که در احادیث آمده نیز قابل تمسک نیست؛ زیرا مفاد آن در واقع یک مطلب

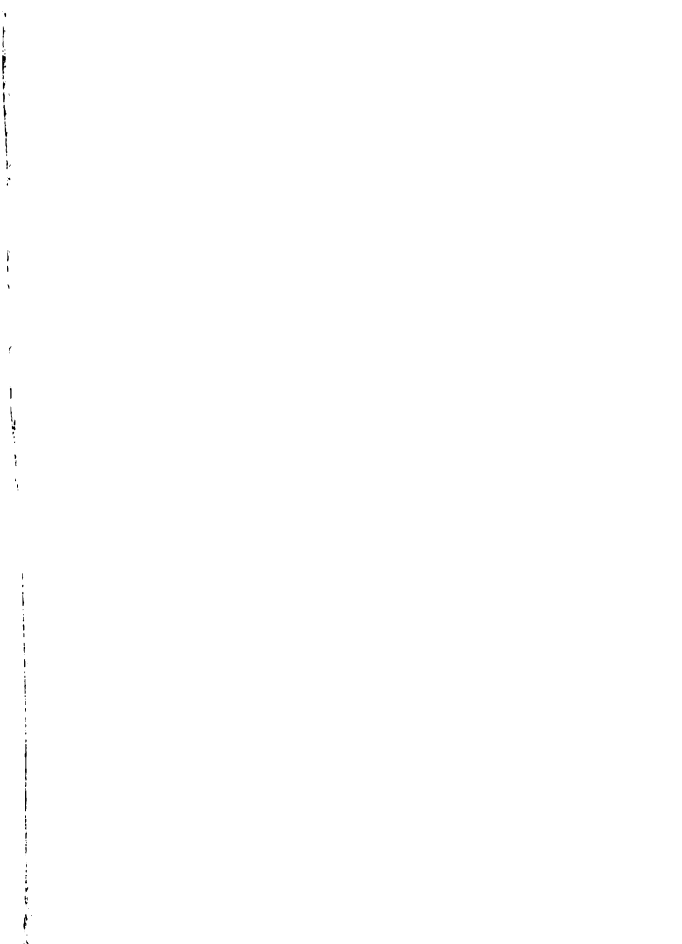
اخلاقی است و در بسیاری از موارد، حکم فقهی آن، چنین نیست و از نظر فقهی

۱. البرورة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۷.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۱۳۵، ح ۳: سهل بن زیاد عن ابن محبوب عن أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷺ لرجل: أنت و مالک لأبيک ثم قال أبو جعفر عليه السلام: و ما أحبّ له أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه مالا بدّ منه إن الله ﷻ لا يحبّ الفساد.» وسائل الشیعة، ج ۱۷، ص ۲۶۳، ح ۲.

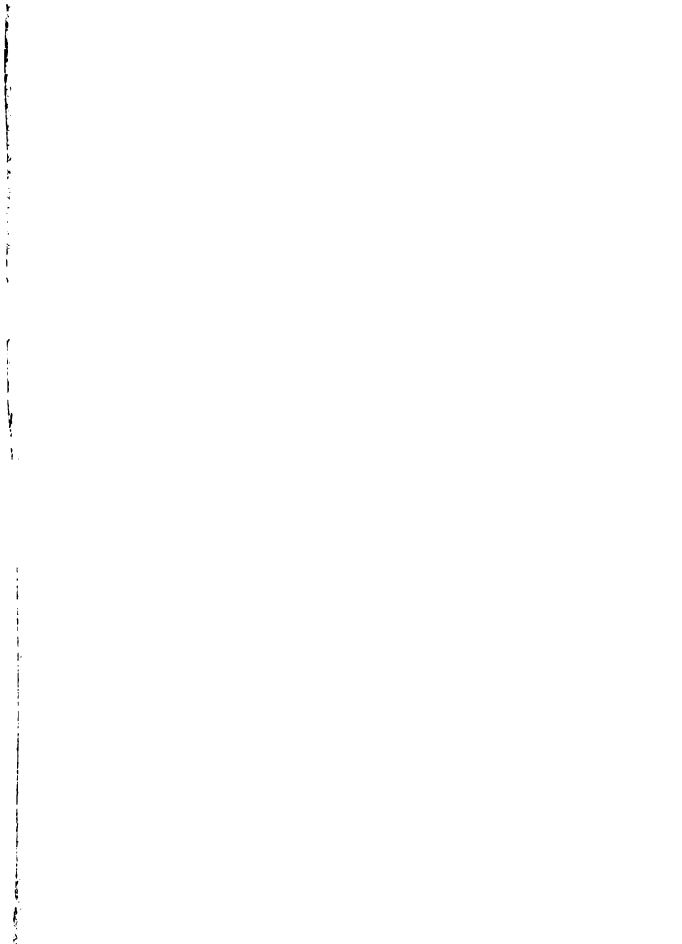
چنین تقدّمی وجود ندارد. مثلاً هر چند پدر بر دختر بالغ ولایت دارد و نظرش مقدّم بر نظر او است، اما بلاشکال بر پسر بالغ خود ولایت ندارد، با اینکه مورد این روایت پسر بالغی است که پدر او (جَدّ دختر این مرد) دختر این پسر را تزویج کرده است. از این امر مشخص می شود که تعبیر فوق به عنوان یک حکم فقهی حتی شامل مورد خود روایت نمی شود و تنها جنبه اخلاقی دارد و نمی تواند مستند حکم فقهی قرار گیرد؛ پس باید به روایاتی مراجعه نمود که در صدد بیان احکام فقهی هستند. در روایات فقهی تنها حکم به تقدّم جدّ بر پدر شده است و دلالت بر تقدّم جدّ اعلی بر ادنی ندارند.

خلاصه اینکه دلیلی بر تقدّم تصمیم جدّ اعلی بر جدّ اسفل وجود ندارد و چون هر دو در عرض هم ولایت دارند، هر کدام زودتر اقدام به تزویج نمود، عقدش نافذ است.



تَرْوِیجِ مَوْلٰی عَلَیْهِ نَهْ مَعْتُوب

بخش بیست و یکم



تزویج مولی علیه به معیوب

مسألة ۱۰: «لا يجوز للولي تزويج المولى عليه بمن به عيب؛ سواء كان من العيوب المجوزة للفسخ أو لا؛ لأنه خلاف المصلحة؛ نعم، لو كان هناك مصلحة لازمة المراعاة، جاز؛ وحينئذ لا خيار له، ولا للمولى عليه، إن لم يكن من العيوب المجوزة للفسخ؛ وإن كان منها، ففي ثبوت الخيار للمولى عليه بعد بلوغه أو إفاقته وعدمه -لأن المفروض إقدام الولي مع علمه به- وجهان؛ أوجههما الأول؛ لإطلاق أدلة تلك العيوب، وقصوره بمنزلة جهله، و علم الولي و لحاظه المصلحة لا يوجب سقوط الخيار للمولى عليه، و غاية ما تفيد المصلحة إنما هو صحة العقد، فتبقى أدلة الخيار بحالها؛ بل ربما يحتمل ثبوت الخيار للولي أيضا من باب استيفاء ما للمولى عليه من الحق؛ و هل له إسقاطه أم لا؟ مشكل، إلا أن يكون هناك مصلحة ملزمة لذلك.

و أما إذا كان الولي جاهلا بالعيب و لم يعلم به إلا بعد العقد، فإن كان من العيوب المجوزة للفسخ، فلا إشكال في ثبوت الخيار له و للمولى عليه إن لم يفسخ، و للمولى عليه فقط إذا لم يعلم به الولي، إلى أن بلغ أو أفاق؛ و إن كان من العيوب الآخر، فلا خيار للولي؛ و في ثبوته للمولى عليه و عدمه وجهان؛ أوجههما ذلك؛ لأنه يكشف عن عدم المصلحة في ذلك التزويج؛ بل يمكن أن يقال: إن العقد فضولي حينئذ، لأنه صحيح و له الخيار.»

مرحوم سيّد يزدي در مسئله تزويج مولى عليه به شخص معيوب، چند حکم اصلی و فرعى را بيان کرده که در ادامه، هر يك تبیین و بررسی خواهد شد.

الف. تفصیل بین موارد وجود مصلحت و موارد وجود مفسده

مسألة ۱۰: «لا يجوز للولي تزويج المولى عليه بمن به عيب؛ سواء كان من العيوب المجوزة للفسخ أو لا؛ لأنه خلاف المصلحة؛ نعم، لو كان هناك مصلحة لازمة المراعاة، جاز.»^۱

مرحوم سید فرموده تزویج مولى عليه به مطلق شخص دارای عیب - اعم از اینکه عیب از عیوب موجب فسخ باشد یا نباشد - جایز نیست؛ زیرا این کار بر خلاف مصلحت مولى عليه است؛ البته اگر جهتی الزام آور مانند دفع خطر جانی از مولى عليه یا فقدان موردی برای تزویج، در مقابل مفسده تزویج به معیوب قرار گیرد، به عنوان ثانوی و از باب ترجیح اهم بر مهم، از فعلیت حرمت تزویج با معیوب جلوگیری می‌کند.

مراد از «خلاف المصلحة» در کلام سید

مقصود ایشان از تعبیر «لأنه خلاف المصلحة» این است که چنین عقدی مفسده دارد؛ زیرا «خلاف المصلحة» به معنای نقیض مصلحت، یعنی عدم مصلحت، نیست؛ بلکه به معنای ضدّ مصلحت و مرادف با ضرر و مفسده است و با تعبیر «لیس فيه مصلحة» متفاوت است؛ پس مراد از عیب، مطلق نقص که در نوع افراد بشر وجود دارد نیست.

پیشینه بحث و بررسی اقوال فقها در مسئله

این مسئله در کلمات برخی از فقهای سابق بر مرحوم سید^۲ عنوان شده است. مرحوم شیخ طوسی در کتاب خلاف فرموده:

مسألة ۴۹: «للأب أن يزوّج بنته الصغیرة بعبد أو مجنون أو مجذوم أو

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۷.

۲. موارد ذیل را نیز علاوه بر آنچه در متن آمده می‌توان بیان کرد:

جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۴۳؛ مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۷۲؛ الروضة البهیة (جای مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۷۳؛ معالم الدین فی فقه آل یاسین، ج ۲، ص ۱۹؛ النخبة، ص ۲۱۹؛ كشف اللثام، ج ۷، ص ۹۷؛ مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۷۱.

أبرص أو خصي.^۱

مسألة ۵۰: «إذا زوّجها من واحد مّتن ذكرنا، صخ العقد.»^۲

در مسئله ۴۹ به جواز تکلیفی «تزویج دختر صغیر به معیوب» حکم کرده و در مسئله ۵۰، به صحت وضعی آن حکم کرده است؛ اما نسبت به ثبوت خیار فسخ بعد از بلوغ، سکوت کرده که به مقتضای اطلاق مقامی، این سکوت به معنای ثابت نبودن خیار فسخ، بعد از بلوغ است.

در کتاب مبسوط نیز چنین فرموده:

«للرجل أن يُزوّج بنته الصغیرة بعد؛ و من راعی الحرّیة فی الکفاءة، قال: لا یجوز؛ فأما الكبيرة إذا رضیت به، فلا خلاف أنّه یجوز؛ و كذلك له أن يُزوّجها بمجنون أو مجذوم أو أبرص أو خصي؛ و متی زوّجها من واحد من هؤلاء، صخ العقد ... و أما الکلام فی نکاح ولده الصغیر مّتن به هذه العلل کلّها، کالحکم فی البنت؛ فإن خالف فأنکحه واحدة منهم، فهل یصخ أم لا؟ علی قولین، علی ما مضی فی البنت: أقواهما عندی أنّه صحیح، غیر أنّ للابن الفسخ إذا بلغ؛ و كذلك القول فی البنت سواء.»^۳

ضمیر «ها» در عبارت «أقواهما عندی أنّه صحیح» به «تزویج صغیر به مجنون، مجذوم، أبرص و خصی» (و كذلك له أن يُزوّجها بمجنون أو مجذوم أو أبرص أو خصي) برمی گردد. ایشان بعد از نقل اختلاف بین عامه، قول به صحت را تقویت کرده است.

مرحوم محقق نیز در شرائع فرموده است:

«السادسة: إذا زوّجها الولي بالمجنون أو الخصي، صخ، ولها الخيار إذا بلغت؛ و کذا للزوج الطفل بمن بها أحد العیوب الموجبة للفسخ.»^۴

۱. الخلاف، ج ۴، ص ۲۸۴.

۲. الخلاف، ج ۴، ص ۲۸۵.

۳. المبسوط، ج ۴، ص ۱۸۷.

۴. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۲۲.

ایشان، هم «تزویج دختر صغیر به معیوب» را جایز و صحیح دانسته است و هم «تزویج پسر صغیر به معیوب» را، و در هر دو فرض، قائل به ثبوت خیار، بعد از بلوغ شده است.

این فتوای محقق، با فتوای شیخ در مبسوط از این جهت متفاوت است که مرحوم شیخ، مطلق عیب را موجب ثبوت خیار فسخ بعد از بلوغ دانسته است؛ زیرا جذام و برص را که از عیوب خاص موجب حق فسخ برای زن نیست، در زمره عیوب به شمار آورده است؛ ولی صاحب شرائع، حق خیار را مختص عیوبی دانسته که موجب فسخ عقد نکاح می‌شوند؛ البته خصی و مجنون که در عبارت ذکر شده‌اند، به قرینه ذیل که ملاک را عیوب موجب فسخ دانسته است، باید بر مثال حمل شوند.

مرحوم علامه در تذکره فرموده:

«قال أبو حنیفة إذا زوّجها الأب من غیر كفو، صحّ النکاح، ولا خیار لها بعد البلوغ؛ والوجه عندي صحّة النکاح و ثبوت الخیار؛ أمّا صحّة النکاح، فلأنّ الولي کالمولّى علیه فی التصرفات مع کماله، و لا ریب أنّ الصغیرة لو کانت بالغه، کان لها أن تزوّجت ممّن له إحدى العیوب، فکذا الولي؛ أمّا ثبوت الخیار، فلاّنه أمر یتعلّق بالشهوة ولا حظّ فيه لغيرها، ولأنّها لو فعلت ذلك مع جهلها، کان لها الخیار لو علمت ... و لو زوّج ابنه الصغیر بمن بها أحد العیوب المثبتة للخیار، فالأقوی، الصحّة و ثبوت الخیار له عند البلوغ؛ کما تقدّم فی البنّت.»^۲

علامه بعد از اینکه حکم صغیر و صغیره را بیان کرده، در آخر مسئله فرموده: حکم مجنون نیز مانند حکم صغیرین است.^۳ ایشان در تحریر نیز فرموده است: «لو زوّجها الولي بالمجنون أو الخصي، صحّ؛ لکن لها الفسخ؛ و کذا

۱. المبسوط، ج ۴، ص ۲۴۹.

۲. تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۶۰۸.

۳. تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۶۰۸.

لو زوّج الطفل بذات عیب موجب للفسخ.»^۱

در تلخیص المرام نیز فرموده است:

«و للمرأة الفسخ لو زوّجها الولي بدون مهر المثل، أو بالمجنون، أو بالخصي؛ ول للذكر لو زوّجه بمن بها أحد العيوب.»^۲

ایشان در اینجا «أحد العيوب» تعبیر کرده که روشن نیست آیا خصوص عیوب موجب فسخ را اراده کرده، همان طور که در دیگر کتاب هایش ذکر کرده، یا مطلق عیوب را اراده کرده است.

مرحوم علامه در قواعد نیز فرموده:

«و هل يثبت للأولياء الخيار؟ الوجه ذلك مع مصلحة المولى عليه، زوجا كان أو زوجة؛ و لو اختار الإمضاء، لم يسقط خيار المولى عليه بعد كماله في الفسخ.»^۳

ایشان این فروع را ذیل «أحكام العيوب» که مراد از آن، عیوب خاص است، ذکر کرده است.

مرحوم شهید اول در لمعه فرموده:

«الخامسة: لا يزوّج الولي ولا الوكيل إلا بمهر المثل، ولا بالمجنون و لا بالخصي؛ ولا يزوّج الطفل بذات العيب، فيتخير بعد الكمال.»^۴

در این عبارت شهید اول، دو احتمال وجود دارد و روشن نیست ایشان کدام را اراده کرده است:

• نخست اینکه «لا يزوّج» ناظر به فضولی بودن عقد و «فيتخير» ناظر به «خيار» در مصطلح برخی قدما باشد^۵ که به حقّ اصیل در امضا یا ردّ عقد فضولی اطلاق می شده است.

• دوم اینکه «لا يزوّج» ناظر به حکم تکلیفی و «فيتخير» ناظر به حکم

۱. تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۴۳۵.

۲. تلخیص المرام، ص ۱۹۶.

۳. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۱۵؛ وص ۶۹.

۴. اللمعة الدمشقیة، ص ۱۷۶.

۵. ر.ک: مباحث سابق، ذیل مسئله ۴ عروه.

وضعی باشد؛ یعنی پس از صحت عقد، خیار مصطلح در نزد متأخرین
- که خیار در عقد صحیح باشد - ثابت است.

مرحوم صاحب جواهر نیز فرموده:

«إذا زَوَّجَهَا الْوَلِيُّ بِالْمَجْنُونِ، أَوْ الْخَصِيِّ، أَوْ غَيْرِهِمَا مَتَّنَ فِيهِ أَحَدُ الْعَيُوبِ الْمَوْجِبَةِ لِلْفَسْخِ، صَحَّ؛ لِلأَصْلِ وَ قِيَامِ الْوَلِيِّ مَقَامَ الْمَوْلَى عَلَيْهِ الَّذِي يَجُوزُ لَهُ فِعْلُ ذَلِكَ، لَوْ كَانَ كَامِلًا؛ إِذِ الْعَيُوبُ الْمَذْكُورَةُ، لَا تَنَافِي الْكِفَاءَةِ الَّتِي يَمْتَنَعُ التَّزْوِيجُ مَعَ انْتِفَائِهَا مِنَ الْوَلِيِّ وَ غَيْرِهِ.»^۱

نظر مختار

با توجه به معنوی نبودن این مسئله در کلمات بسیاری از فقها، نمی‌توان گفت که مسئله، اجماعی و مورد تسالم است. عبارت شهید اول نیز مجمل است و در عباراتی هم که بیان شد، اختلافاتی مشاهده می‌شود؛ بنابراین باید طبق قواعد عمل کرد و مطابق فتوای مرحوم سید، به فضولی بودن چنین عقدی حکم کرد.

البته برخی^۲ مدعی هستند که ولی اختیارات وسیعی دارد؛ زیرا آیه شریفه^۳ و فتوای مسلم فقها^۴ بر این دلالت دارد که ولی می‌تواند در طلاق قبل از دخول، نصف مهری که زن مالک شده یا مقداری از آن را به زوج ببخشد؛ پس نسبت به چنین عقدهایی که خلاف مصلحت است، ولایت دارد و فضولی محسوب نمی‌شود.

ولی این ادعا صحیح نیست؛ زیرا از اینکه شارع در مورد خاصی بنابر مصالحی بر خلاف قواعد عمومی، اختیاری را برای ولی در نظر گرفته باشد، نمی‌توان حکم سایر موارد را فهمید و از این مورد خاص، به مواردی مانند «تزوید صغیر و صغیره به دیوانه و مجذوم» تعدی کرد؛ بلکه چون بر خلاف قاعده است، باید به مورد نص، بسنده شود.

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۱۲.

۲. رک: الدرر النجفیة، ج ۳، ص ۲۲۰.

۳. البقرة، ۲۳۷: «وَأَنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ وَهُوَ يَتَعَفَّى الَّذِي يَدِيهِ عَقْدَةُ الْيَكَّاحِ وَأَنْ تَغْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ».

۴. الخلاف، ج ۴، ص ۳۸۷؛ النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۶۸؛ إصباح الشیعة، ص ۴۲۶؛ تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۵۷۷؛ مسالك الأفهام، ج ۸، ص ۲۶۲؛ کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۲۳۷.

ب. ثبوت خیار برای مولیّ علیه بعد از بلوغ و زوال جنون

مسأله ۱۰: «... نعم، لو كان هناك مصلحة لازمة للمراعاة، جاز؛ و حينئذ لا خيار له و لا للمولّى عليه، إن لم يكن من العيوب المجوّزة للفسخ؛ وإن كان منها، ففي ثبوت الخيار للمولّى عليه بعد بلوغه أو إفاقة و عدمه - لأنّ المفروض إقدام الوليّ مع علمه به - وجهان؛ أوجههما الأوّل؛ لإطلاق أدلّة تلك العيوب، و قصوره بمنزلة جهله، و علم الوليّ و لحاظه المصلحة لا يوجب سقوط الخيار للمولّى عليه، و غاية ما تفيد المصلحة إنّما هو صحّة العقد، فتبقى أدلّة الخيار بحالها.»^۱

مرحوم سید پس از اینکه تزویج به معیوب در صورت وجود مصلحت لازم را جایز دانسته، فرموده است که اگر عیب، از عیوب موجب فسخ نکاح نباشد، برای هیچ‌کدام از ولیّ و مولیّ علیه، خیار فسخ ثابت نیست؛ اما اگر از عیوب موجب فسخ باشد، در ثبوت خیار فسخ برای مولیّ علیه پس از بلوغ یا خروج از حالت جنون، دو احتمال وجود دارد که ایشان احتمال دوم را اختیار کرده است.

احتمال اوّل: خیار ثابت نیست؛ زیرا ولیّ در اجرای عقد، جانشین مولیّ علیه است؛ از این رو، همان‌طور که اگر مولیّ علیه، در حال بلوغ و رشد، با علم به وجود عیب، با معیوب ازدواج کند، خیار فسخ ندارد، در فرضی نیز که ولیّ، او را با علم به وجود عیب، به معیوب تزویج کند، خیار ندارد. احتمال دوم: خیار ثابت است؛ زیرا آنچه مسلم است ثبوت خیار فسخ برای زوجین، به وسیله اطلاقات ادلّه خیار عیب است و علم مولیّ علیه به عیب در حال صغر، در حکم عدم است و اثری ندارد و دلیلی هم بر اثبات جانشینی ولیّ از مولیّ علیه در همه جهات، حتی جانشینی علم وی از علم مولیّ علیه در فرض بلوغ و رشد، وجود ندارد تا مانع از اطلاقات ادلّه خیار شود؛ پس به مقتضای ادلّه ولایت - در فرض وجود مصلحت یا عدم مفسده - تزویج مولیّ علیه به کسی که عیوب مجوّز فسخ دارد، صحیح است و به مقتضای ادلّه خیار، در عیوب موجب حقّ فسخ، برای زوجین، خیار فسخ ثابت است.

اشکال آقای حکیم به اطلاق ادله خیار

مرحوم آقای حکیم به کلام مرحوم سید اشکال کرده و فرموده همان طور که اگر ولی در صورت مصلحت، با علم به معیوب بودن مالی، آن را برای مولی علیه خریداری کند، علم ولی به منزله علم مولی علیه است و ادله خیار نسبت به مولی علیه شمول ندارد، در اینجا هم که فرض مصلحت شده است، علم ولی به منزله علم مولی علیه است و بعد از بلوغ، خیاری برای او ثابت نیست.^۱

پاسخ آقای خوئی به اشکال آقای حکیم

ولی مرحوم آقای خوئی، پاسخ صحیحی به اشکال ایشان داده^۲ که مفاد آن با تبیین بیشتر چنین است:

بین خیار در باب نکاح و خیار در سایر معاملات فرق است؛ زیرا منشأ خیار در معاملات دیگر، شرط ارتکازی تساوی مالیت بین عوضین و سلامت عوضین است که طرفین قرارداد، آن را متوقف بر جهل به غبن و عیب می دانند؛ گویا التزام به عقد، در فرضی است که غبن یا عیبی در کار نباشد؛ بنابراین چنانچه ولی، در این گونه معاملات، علم به غبن یا عیب داشته باشد، معامله خیاری نمی شود.

اما در باب نکاح، جعل خیار در صورت وجود یکی از عیوب موجب فسخ، به جعل شارع است؛ از این رو، در صورتی این حق، ساقط می شود که خود شارع آن را نفی کرده باشد. از ادله سقوط این حق خیار، استفاده می شود که تنها در صورتی که خود زوجین، علم به عیب داشته باشند و بر علم آنها نیز اثر بار شود، این حق ساقط است؛ ولی در موردی که علم آنها با جهل آنها یکسان باشد (بود و نبود آن تفاوتی ایجاد نکند) احکام عالم به عیب، بر آنها بار نمی شود. از طرفی، شرعاً هم دلیلی وجود ندارد که شارع، علم ولی را به منزله علم مولی علیه قرار داده باشد؛ از این رو، همان طور که مرحوم سید فرموده، در مقام، می توان برای اثبات خیار مولی علیه پس از بلوغ یا بعد از برطرف شدن جنون، به اطلاقات ثبوت خیار در تزویج شخص معیوب تمسک کرد.

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۶۸-۴۶۹.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۴۱.

ج. بررسی خیار ولّی و اسقاط آن توسط وی، قبل از بلوغ مولی علیه

مسأله ۱۰: «... بل ربما یحتمل ثبوت الخیار للولّیّ ایضاً من باب استیفاء مال للمولّی علیه من الحق؛ و هل له إسقاطه أم لا؟ مشکل، إلّا أن یكون هناك مصلحة ملزمة لذلك»^۱ مرحوم سید علاوه بر اینکه حق فسخ را برای مولی علیه ثابت دانسته، ثبوت آن را برای ولّی نیز بعید ندانسته است؛ زیرا این حق، از همان ابتدا برای مولی علیه ثابت شده و ولّی این اختیار را دارد که حقوق مولی علیه را استیفا کند، هرچند خود مولی علیه تا زمان بلوغ، چنین اختیاری ندارد، نظیر «حق رهانه» که از ابتدا به مولی علیه منتقل می شود و خود او تا هنگام بلوغ، نمی تواند اعمال کند و ولّی، اختیار اعمال آن را دارد.

ایشان در ادامه، بحث اسقاط حق فسخ توسط ولّی را نیز مطرح کرده است که آیا ولّی می تواند این حق را اسقاط کند به گونه ای که مولی علیه پس از بلوغ، اختیار فسخ نداشته باشد یا خیر؟

مرحوم سید اگرچه ثبوت حق اسقاط را در غیر از مواردی که مصلحتی الزام آور وجود دارد، دارای اشکال دانسته، اما جزماً از آن منع نکرده است و همین امر سبب شده تا شارحین عروه، بر این قسمت کلام مرحوم سید اشکال کنند که باید در فرض فقدان مصلحت الزام آور، صریحاً به عدم جواز اسقاط خیار فتوا می داد؛ زیرا اسقاط، تضييع حق مولی علیه را در پی دارد و تردید معنا ندارد.^۲ چند مطلب در این مقام لازم است بیان شود.

مطلب اول: بطلان تفصیل بین حق خیار و حق اسقاط

اولاً، به نظر می رسد که تفصیل بین حق اسقاط و حق اعمال خیار صحیح نیست؛ زیرا داشتن حق خیار، با نداشتن حق اسقاط، قابل جمع نیست. توضیح مطلب: قبل از کمال مولی علیه، یا ولّی را جانشین وی می دانیم - همان گونه که از کلام علامه حلی^۳ استفاده می شود - که در این صورت، چون

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۸.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۴۱-۲۴۲؛ مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۶۹.

۳. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۶۹.

مولی علیه در فرض کمال (بلوغ و عقل)، اختیار فسخ و اسقاط را دارد، ولی هم قبل از کمال وی، این اختیارات را دارد، و یا ولی را جانشین وی نمی‌دانیم که در این صورت، نه تنها حق اسقاط ندارد، بلکه حق فسخ هم ندارد؛ چراکه ثبوت حق فسخ هم مانند ثبوت حق اسقاط، تضييع حق مولی علیه را در پی دارد؛ یعنی همان‌طور که اگر ولی، حق فسخ را اسقاط کرده باشد، موضوع رد را برای مولی علیه‌ای که بعد از بلوغ و عقل، تمایل به ازدواج نداشته باشد تفویت کرده است، اگر ولی، عقد را فسخ کرده باشد نیز موضوع امضای مولی علیه را در فرضی که بعد از بلوغ و عقل، به ازدواج رغبت داشته باشد، تفویت کرده است.

مطلب دوم: ثابت نبودن حق اسقاط حتی در صورت وجود مصلحت الزام‌آور

ثانیاً، اینکه مرحوم سید و محققین عروه^۱ بر این باورند که اگر مصلحتی الزام‌آور اقتضا کند، ولی می‌تواند حق خیار را اسقاط کند، قابل مناقشه است؛ زیرا اگر مصلحت الزام‌آور به نحوی باشد که شارع، راضی به ترک اسقاط خیار نباشد، اسقاط خیار از قبیل امور حسبیه می‌شود که شارع، راضی به زمین ماندن آن نیست و از وظایف حاکم است که در این امور تصرف کند؛ بنابراین در اینجا هم بر حاکم لازم است که خیار را اسقاط کند و دلیلی هم وجود ندارد که این نوع تصرف برای ولی ثابت باشد.^۲

مطلب سوم: نظر مختار (عدم خیار و عدم حق اسقاط آن)

ثالثاً، حق این است که هیچ‌یک از این دو حق، برای ولی ثابت نیست؛ زیرا اصلاً دلیلی بر چنین ولایت عامی وجود ندارد. در روایات، وارد شده که پدر، حق تزویج فرزند خود را دارد -البته چنانچه در مباحث سابق^۳ گذشت، تنها در فرض عدم

۱. موسوعة الإهمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۴۲.

۲. البته ممکن است گفته شود در فرضی که شخصی ولی دارد، اگر مصلحت الزام‌آوری در کار باشد، همین ولی عرفاً نسبت به حاکم اولویت دارد، مگر اینکه گفته شود از آنجا که تشخیص مصلحت الزام‌آور، از شئون حاکم است و اگر قرار باشد ولایت برای حاکم نباشد و کار به دست ولی سپرده شود مفاسدی به بار خواهد آمد، ولایت برای حاکم خواهد بود، نه غیر او.

۳. ر.ک: ذیل مسئله ۵ از همین بخش عروه.

مفسده چنین حقی دارد- اما حق طلاق ندارد؛ بلکه حق طلاق، با خود پسر است که بعد از ده ساله شدن^۱ یا بعد از بلوغ^۲ می تواند انشاء طلاق کند؛ پس حق تزویج برای ولی، با حق طلاق ملازمه ندارد و همان گونه که حق طلاق، طبق نص برای پدر ثابت نیست، حق فسخ هم برای ولی ثابت نیست.

بنابراین حق این است که اگر ولی بر اساس مصلحت، مولی علیه را به «معیوب» تزویج کرد، باید صبر کرد تا خود مولی علیه، صلاحیت فسخ و امضا را پیدا کند و خودش رد یا قبول کند؛ پس قول به ثبوت این دو حق، برای ولی و همچنین قول به تفصیل بین خیار و حق اسقاط آن (ثبوت خیار و عدم حق اسقاط آن)، تمام نیست.

د. بررسی ثبوت خیار در فرض جهل به عیوب

مسألة ۱۰: «... و أما إذا كان الولي جاهلاً بالعيب ولم يعلم به إلا بعد العقد، فإن كان من العيوب المجوزة للفسخ، فلا إشكال في ثبوت الخيار له و للمولى عليه إن لم يفسخ، و للمولى عليه فقط إذا لم يعلم به الولي، إلى أن بلغ أو أفاق.»^۳

موضوع بحث تاکنون در فرض علم ولی به عیب بود؛ اما چنانچه ولی، با جهل به عیب، مولی علیه صغیر را به سبب وجود مصلحت یا عدم مفسده تزویج کند، آیا بعد از علم به عیب، حق خیار فسخ برای او ثابت است یا خیر؟

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۰، ح ۱: محمد بن یحیی عن عبد الله بن محمد عن علي بن الحكم عن أبان بن عثمان عن الفضل بن عبد الملك قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوجه ابنه و هو صغير؟ قال لا بأس؛ قلت يجوز طلاق الأب؟ قال لا.»

الکافی، ج ۷، ص ۱۳۲، ح ۳: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن فضال عن القاسم بن عروة عن ابن بکیر عن عیید بن زرارۃ عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الضبی يزوجه الضبیة هل يتوارثان؟ قال إذا كان أبوهما [هما] اللذان زواجهما فنع؛ قلت أيجوز طلاق الأب؟ قال لا.»

۲. تهذیب الأحکام، ج ۸، ص ۷۵، ح ۱۷۳: محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد و محمد بن الحسین جمیعاً عن ابن فضال عن ابن بکیر عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «يجوز طلاق الضبی إذا بلغ عشر سنين.»

۳. قرب الإسناد، ص ۱۰۴، ح ۳۵۲، و عنه، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام قال: «لا يجوز طلاق الغلام حتى یحتلم.»

۴. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۸.

عدم ثبوت خیار برای ولی در عیوب مجوز فسخ

مرحوم سید فرموده چنانچه عیب از عیوب مجوز فسخ باشد، بی اشکال بعد از اطلاع ولی از عیب، تا زمان بلوغ مولی علیه، برای او خیار فسخ ثابت است، همان گونه که مولی علیه بعد از بلوغ و علم، حق فسخ چنین عقدی را دارد؛ بنابراین اگر ولی تا زمان کمال مولی علیه اعمال خیار نکرد، خود مولی علیه بعد از بلوغ می تواند آن را اعمال کند؛ اما اگر ولی تا زمان کمال مولی علیه، از عیب آگاهی پیدا نکرد، تنها خود مولی علیه، حق خیار خواهد داشت.

اما ثبوت حق فسخ برای ولی که ایشان بدون هیچ اشکالی ثابت دانسته، محل تأمل است؛ زیرا همان طور که در بحث اخیر گذشت، ادله عیوب مجوز فسخ، خیار را فقط برای زوجین اثبات می کند و طبق روایات، حتی پدر، حق طلاق پسر صغیر خود را ندارد و روایات آن را برای خود پسر ثابت کرده که بعد از ده ساله شدن یا بعد از بلوغ می تواند انشاء طلاق کند. اگر ولی بتواند نکاح را فسخ کند، دیگر میجالی برای تصمیم مولی علیه باقی نخواهد ماند، در حالی که شاید او تصمیم بر ادامه زندگی بگیرد؛ پس دلیلی بر فرق بین علم و جهل ولی نسبت به عیوب مجوز فسخ از جهت ثبوت خیار وجود ندارد؛ بلکه در هر دو صورت، اختیار به دست خود مولی علیه است تا بعد از تحقق شرایط، عقد را امضا یا رد کند.

عدم ثبوت خیار برای ولی و مولی علیه در غیر عیوب مجوز فسخ

مسألة ۱۰: «... وإن كان من العيوب الآخر، فلا خيار للولي؛ وفي ثبوته للمولى عليه و عدمه وجهان؛ أوجههما ذلك؛ لأنه يكشف عن عدم المصلحة في ذلك التزويج؛ بل يمكن أن يقال: إن العقد فضولي حينئذ، لأنه صحيح وله الخيار.»^۱

این بیان مرحوم سید که فرموده ظهور عیب، کاشف از فقدان مصلحت است، خیلی مشوش است؛ چراکه مفروض کلام، جایی بود که تزویج به مصلحت مولی علیه است، گرچه زوج یا زوجه ای که برای او اختیار شده معیوب باشد؛ از این رو، در اینجا باید به این سؤال جواب داد که با فرض وجود مصلحت و ظهور

عیبی که مجوز فسخ نیست، آیا برای مولی علیه خیار ثابت است یا خیر؟ در هر حال، حق، عدم ثبوت خیار است؛ زیرا با فرض وجود مصلحت، عقد صحیحی واقع شده و دلیلی بر ثبوت خیار نسبت به عیوب غیر مجوز فسخ وجود ندارد. البته اگر این تزویج از ابتدا خلاف مصلحت باشد و ولی به آن جهل داشته باشد، این عقد، فضولی و موقوف بر اجازه اصیل است.



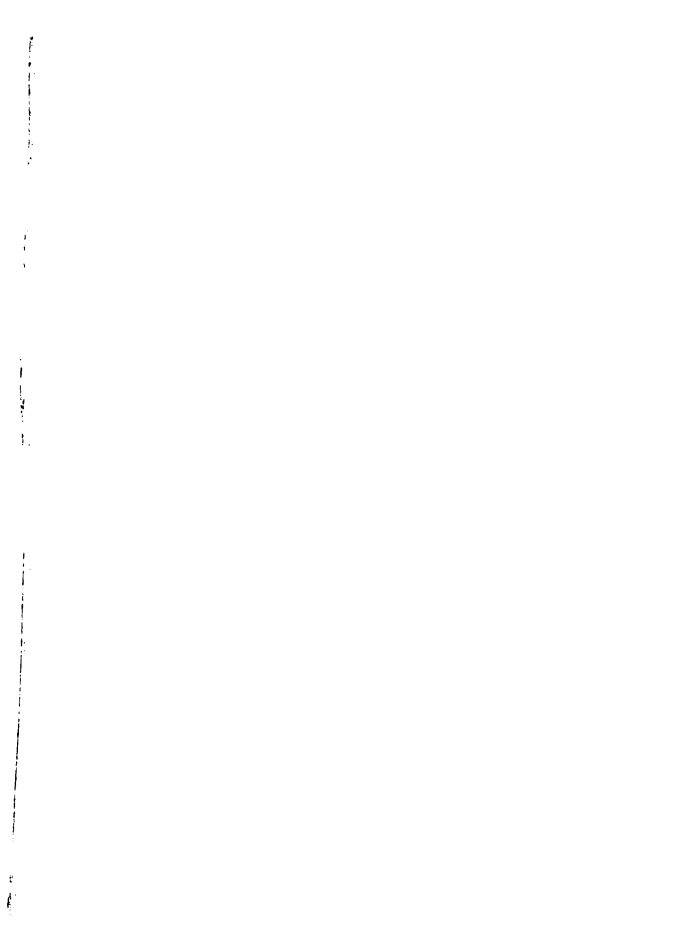
ولایت مولا بر تزویج مملوک مملوک

مسألة ۱۱: «مملوك المملوك كالمملوك في كون تزويجه بيد المولى.»^۱
این مسئله روشن است و بحثی ندارد.

۱. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۶۸.

بررسی ولایت وصی بر تزویج

بخش بیست و دوم



تزویج مولی علیه توسط وصی

مسألة ۱۲: «للوصي أن يزوّج المجنون المحتاج إلى الزواج، بل الصغير أيضاً؛ لكن بشرط نص الموصي، عليه؛ سواء عتّن الزوجة أو الزوج أو أطلق؛ ولا فرق بين أن يكون وصيًا من قبل الأب أو من قبل الجد؛ لكن بشرط عدم وجود الآخر؛ وإلا فالأمر إليه.»^۱ درباره ولایت وصی نسبت به تزویج مولی علیه، بین فقها اختلاف است که آیا تزویج مجنون، مجنونه، صغیر، صغیره و کبیره - بنابر ثبوت ولایت پدر و جد بر کبیره - توسط وصی، صحیح است یا خیر؟

مرحوم سید یزدی فرموده که وصی می تواند در صورت تنصیص وصیت کننده به نکاح، صغیر و مجنونی را که نیاز به ازدواج دارد تزویج کند؛ البته شاید مراد از مجنون و صغیر، جنس آنان باشد و مجنونه و صغیره را هم شامل شود.

تبیین متن عروه

قبل از بیان اقوال و ادله و بررسی آنها، توضیح سه نکته در کلام مرحوم سید ضروری است.

اراده «وجود مصلحت» از قید «المحتاج إلى الزواج»

قید «المحتاج إلى الزواج» ظاهراً اختصاص به تزویج مجنون ندارد و در تزویج صغیر نیز معتبر است و دو احتمال در معنای آن وجود دارد.

احتمال اول: تزویج برای آنان ضرورت داشته باشد؛ این معنا از «حاجت» در کلمات بسیاری از فقهای سابق استفاده شده است؛^۲ چراکه ابتدا قید

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۹.

۲. تذکره الفقهاء، ج ۴، ص ۳۱۴، م ۵۸۸؛ منتهی المطلب، ج ۱۴، ص ۱۵۴؛ نهاية الأحكام، ج ۱، ص ۳۸۱؛ و ج ۲، ص ۱۵۶؛ ذکری الشیعة، ج ۴، ص ۳۵۴؛ المهذب البارع، ج ۴، ص ۲۲۰ و ص ۲۲۷؛

«محتاج» را ذکر کرده‌اند و در ادامه، کلمه «ضرورت» را به کار برده‌اند که معلوم می‌شود احتیاج ضروری را اراده کرده‌اند.

احتمال دوم: تزویج آنان بی‌ثمر نباشد و مصلحتی بر آن مترتب باشد، گرچه به حد ضرورت نرسیده باشد؛ زیرا در تزویج پدر و جد، مفسده نداشتن کافی است؛^۱ اما در غیر این دو، کافی نیست و وجود مصلحت هم معتبر است؛ زیرا مستفاد از آیه شریفه «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»^۲ این است که تصرف در مال یتیم، مشروط به مصلحت است؛ یعنی باید تصرف بر عدمش ترجیح داشته باشد؛ پس در مسئله ازدواج که یک امر حیاتی و مهم‌تر از مال است، به طریق اولی، مصلحت شرط است. البته مجرای این استدلال، صغیر یتیم است؛ اما اعتبار مصلحت در تزویج مجنون بالغ، ادعا شده که مورد تسالم فقهاست.^۳

اگر مراد مرحوم سید احتمال اول باشد، مسئله از امور حسبه است که شارع به زمین ماندن آن راضی نیست؛ ولی این احتمال با این اشکال مواجه است که وصی که عدالت در او شرط نیست، چه خصوصیتی دارد که بتواند چنین ولایتی را که برای حاکم شرع و عدول مؤمنین - در فرض فقدان حاکم - ثابت است، دارا باشد؟ اما اگر مراد ایشان احتمال دوم باشد، مسئله از امور حسبه نیست تا اشکال شود حاکم و عدول مؤمنین بر او مقدم هستند؛ بلکه مراد این است که ازدواج باید وجودش مصلحت داشته باشد تا وصی بر آن ولایت داشته باشد؛ بنابراین «احتیاج» در عبارت عروه، احتیاجی خواهد بود که دارای مصلحت باشد گرچه ضروری نباشد. در ظاهر ادله‌ای که ایضاً را نافذ دانسته نیز «ضرورت» اعتبار نشده است، همان‌طور که در وکالت، چنین است.

مسالك الأفهام، ج ۸، ص ۴۹۰؛ جواهر الکلام، ج ۱۴، ص ۱۸۶؛ ر.ک: مفتاح الکرامه، ج ۲۲، ص ۴۲۱.

۱. ر.ک: مباحث سابق، ذیل مسئله ۴ عروه.

۲. الأنعام، ۱۵۲؛ الإسراء، ۳۴.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۹۱؛ ر.ک: مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۷۱-۴۷۲.

علت تعبیر «بل الصغیر ایضاً» در عروه

مرحوم سید پس از قبول ولایت وصی بر ترویج مجنون، دربارهٔ صغیر چنین تعبیر کرده است: «بل الصغیر ایضاً». گویا ایشان تردیدی نسبت به نابالغ داشته و این تردید دربارهٔ مجنون وجود نداشته است. روایات نفوذ ولایت وصی - چنانچه در ادامه خواهد آمد - اقتضا می‌کند که بین صغیر و مجنون از جهت ثبوت ولایت وصی بر آنان فرقی نباشد؛ اما منشأ این تردید، ظاهراً روایات نفی ولایت وصی نسبت به نابالغ است که پس از بررسی روایات نفوذ ولایت وصی بررسی خواهد شد. در هر حال، معلوم می‌شود که مرحوم سید این روایات را نپذیرفته و در نابالغ هم به ولایت وصی فتوا داده است.

بررسی قید «نص الموصی علیه»

مرحوم سید برای ترویج مجنون و صغیر توسط وصی، «نص موصی بر ترویج» را معتبر دانسته که مراد از آن، اعتبار ظهور وصیت در شمول نسبت به ترویج است، نه اینکه وصیت در شمولش نسبت به ترویج صریح باشد تا این مسئله استثنایی از ادله حجیت ظواهر باشد و گفته شود در اینجا ظهور کفایت نمی‌کند و صراحت لازم است؛ پس مانند سایر موارد که فقها ادعای وجود نص می‌کنند و مرادشان حجیت و کاشفیت است، چه به نحو قطع و چه به نحو ظن معتبر، در این مورد نیز مراد از وجود نص، وجود حجت و کاشف است، گرچه ظن معتبر باشد.

غرض مرحوم سید از ذکر این تعبیر، یکی از این دو احتمال می‌تواند باشد:

احتمال اول: این تعبیر در مقابل کلام برخی فقهای سابق است که اگر موصی معظم امور مولی علیه غیر از نکاح را به وصی واگذار کند، وی نسبت به ترویج مولی علیه ولایت دارد، گرچه در مورد خصوص ترویج به او وصیت نشده باشد. توضیح اینکه موصی، به سه صورت می‌تواند وصیت کند:

۱. گاهی وصیت می‌کند به کاری که ربطی به امر ترویج صغیر و مجنون ندارد، مانند وصیت به اینکه زید نماز وی را بخواند. در این صورت بحثی نیست که وصی، بر ترویج فرزند صغیر و مجنون موصی، ولایت ندارد؛ زیرا وصیت بر ترویج، محقق نشده است.

۲. گاهی موصی، به تزویج صغیر یا مجنون وصیت می‌کند که در این صورت وصی، ولایت بر تزویج دارد.

۳. گاهی هم به وصی، در امر نکاح وصیت نمی‌کند؛ بلکه بیشتر امور متولی علیه را به وصی واگذار می‌کند. در این صورت، این پرسش مطرح می‌شود که آیا روایاتی که در تفسیر «الَّذِي يَبْدُوهُ غَفْدَةُ النِّكَاحِ»^۱ وارد شده - که در بررسی روایات دال بر نفوذ ولایت وصی می‌آید - این مورد را شامل است یا خیر؛ به این معنا که با وجود اینکه متعلق وصیت، نکاح صغیره نیست، اما شارع، ما را متعبد کرده که متولی امر نکاح صغیره را نیز وصی بدانیم یا چنین تعبدی وجود ندارد؟

از کلام صاحب حدائق^۲ بلکه از کلمات سابقین، مثل صاحب مسالک^۳ و برخی دیگر^۴، استفاده می‌شود که روایات مذکور، فرض سوم را هم شامل است و وصی در این فرض، بر تزویج صغیر و مجنون ولایت دارد^۵؛ پس احتمال دارد که شرط «نص موصی بر تزویج»، در مقابل این نظریه باشد که اگر وصیت به معظم امور باشد، از آن، وصیت بر تزویج استفاده نمی‌شود؛ بلکه باید وصیت، مورد تزویج را شامل شود که طریق اثبات آن، قطع یا ظواهری است که در جاهای دیگر نیز حجت هستند؛ بنابراین بحث از این جهت ثبوتی است که در مقام ثبوت، آیا وصیت به معظم امور، برای تصحیح تزویج هم کفایت می‌کند یا خیر؟

البته صاحب حدائق، گرچه از «موصی الیه» و امثال آن چنین استظهار کرده که لزومی ندارد نکاح مورد وصیت باشد، ولی در جمع بین ادله، به آن فتوا نداده است.^۶ حق در مسئله این است که برای ثبوت ولایت در نکاح برای وصی، باید وصیت در شمولش نسبت به تزویج، ظهور داشته باشد؛ زیرا اگر مستند اثبات ولایت،

۱. البقرة، ۲۳۷.

۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۴۲.

۳. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۱۴۸-۱۴۹.

۴. مستندی در این باره یافت نشد.

۵. رک: ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۹۸-۹۹.

۶. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۴۳-۲۴۵.

روایات وارد در تفسیر آیه «الَّذِي يَدُوهُ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» باشد - که حق همین است - تناسب حکم و موضوع اقتضا می‌کند که موصی الیه، نسبت به تزویج نیز وصی باشد، تا مصداق «وَلِيَّ أَمْرَهَا» و «الرَّجُلُ يَوْصِي إِلَيْهِ» در روایات باشد. روایات مفتر، در دلیل پنجم از ادله ثبوت ولایت وصی بر نکاح، بررسی خواهد شد. و اگر مستند، حدیث محمد بن مسلم^۱ - که در مورد اتجار و مضاربه با مال یتیم وارد شده است - باشد، این روایت مشتمل بر تعلیلی است که می‌گوید: «لَا بَأْسَ بِهِ مِنْ أَجْلِ أَنَّ أَبَاهُ قَدْ أَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ وَهُوَ حَيٌّ». طبق این تعلیل، اگر پدر افعالی را که در اختیار اوست به وصی اذن ندهد، وصی نسبت به آن، ولایت ندارد. این روایت در دلیل سوم از ادله ثبوت ولایت وصی بر نکاح بررسی خواهد شد.

احتمال دوم: این تعبیر، ناظر به مقام اثبات است؛ یعنی نفوذ تزویج توسط وصی، مشروط به این است که از لفظ «موصی» بتوان حق تزویج توسط وصی را استظهار کرد.

اگر عبارت مرحوم سید ناظر به این احتمال باشد، باید به تعبیر به کاررفته در وصیت دقت کرد. اگر تعبیر این باشد که «من تو را وصی خود قرار دادم تا به امور من رسیدگی کنی» یا صرفاً بگوید: «من تو را وصی خود قرار دادم»، ظهوری در شمول وصیت نسبت به تزویج ایتام و مجانین و رسیدگی به امور مالی آنان ندارد، همچنان که محقق کرکی^۲ و صاحب مدارک^۳ این جمله را شامل امور متعارف روزمره

۱. الکافی، ج ۷، ص ۶۲، ح ۱۹: أحمد بن محمد عن علي بن الحسن عن الحسن بن علي بن يوسف عن مثنى بن الوليد عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الزوج فيما بينه وبينهم فقال لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي»؛ وسائل الشيعة، ج ۱۹، ص ۴۲۷، ح ۱ (در وسائل به جای «وَأَبَاهُ»، «وَأَبَاهُم» آمده است).

۲. الکافی، ج ۷، ص ۶۲، ح ۱۹: أحمد بن محمد عن علي بن الحسن عن الحسن بن علي بن يوسف عن مثنى بن الوليد عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الزوج فيما بينه وبينهم فقال لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي».

۳. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۹.

۴. نهاية المرام، ج ۱، ص ۸۰.

دانسته‌اند و فرموده‌اند ذهن به تزویج صغیر و صغیره منصرف نمی‌شود. اما اگر تعبیر، به این صورت باشد که «من تو را قِیم بر صغار قرار دادم»، ظهور عرفی اطلاق این تعبیر این است که شما قِیم اموال و تزویج آنان هستید.

تنقیح محل بحث

بحث ولایت وصی بر نکاح، از سه جنبه محلّ بحث است که یکی از آنها مربوط به مقام اثبات است و بحث از دو جنبه دیگر، ثبوتی است.

دو جنبه ثبوتی بحث این است که اولاً نفس وصیت، گرچه در غیر نکاح باشد، آیا برای تصحیح ولایت وصی بر نکاح کفایت می‌کند یا خیر؟ مثلاً موصی شخصی را برای رسیدگی به اموال صغار، وصی قرار داده است؛ آیا این وصایت، برای ثبوت ولایت بر ازدواج هم کفایت می‌کند؟ همان‌طور که در تبیین عبارت عروه گذشت، حق در مسئله این است که برای ثبوت ولایت برای وصی در نکاح، باید وصیت، در شمولش نسبت به تزویج، ظهور داشته باشد.

و ثانیاً، اگر موصی، به تزویج مولی علیه تصریح کرد، چه به خصوص تصریح کرده باشد، مثلاً گفته باشد: «اگر ازدواج دخترم در حالی که صغیره است یا در حالی که کبیره است - بنابر ثبوت ولایت پدر و جد نسبت به کبیره - مصلحت داشت او را تزویج کن» و چه به صورت ضمنی تصریح کرده باشد، مثلاً گفته باشد: «به تمام امور دختران من رسیدگی کن (اعم از امور مالی و غیر مالی)»، در این صورت آیا این وصیت نسبت به تزویج آنان نافذ است یا خیر؟

اما جنبه اثباتی این است که اگر به صورت مطلق وصیت کرد، مثلاً گفت: «من تو را وصی خود قرار دادم تا به امور من رسیدگی کنی»، آیا این اطلاق، مورد تزویج را هم می‌گیرد یا خیر؟

آنچه اکنون مورد بحث است، جنبه ثبوتی دوم است؛ یعنی اینکه اگر موصی، به تزویج مولی علیه صغیر تصریح کرده باشد، آیا تزویج وصی، صحیح و نافذ است یا خیر.

اقوال در مسئله

این مسئله بین فقها اختلافی است. برخی بطلان این تزویج و فضولی بودن آن را به مشهور نسبت داده‌اند^۱ و برخی به اشهر^۲. از آن جهت که هنگام تعارض بین روایات، برخی به شهرت تمسک می‌کنند، و همچنین بنابر قول به انسداد - که مختار ماست - شهرت ممکن است منشأ ظن و موجب ترجیح یک طرف شود، تحقق شهرت بررسی خواهد شد.

قول اول: عدم نفوذ عقد مطلقاً

با تتبعی که انجام شد، قائلین به عدم ولایت وصی بر تزویج، عبارت‌اند از:

۱. برخی از فقهای قبل از شیخ طوسی، بنابر نقل ایشان در خلاف^۳ که اشاره به قائل آن نکرده و با تتبعی هم که انجام شد، نام ایشان یافت نشد.
۲. شیخ طوسی در مبسوط^۴.
۳. محقق در شرائع^۵ و نافع^۶.
۴. علامه در شش کتاب خود: قواعد، تحریر، تذکره، تبصره، إرشاد و تلخیص المرام^۷.
۵. شهید اول در لمعه^۸.

۱. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۴۱.

۲. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۴۸؛ مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۲۶۶.

۳. این نسبت در خلاف مرحوم شیخ طوسی نیست (الخلاف، ج ۴، ص ۲۵۴)؛ بلکه مرحوم علامه در مختلف، پس از نقل کلام شیخ در خلاف، این نسبت را مطرح کرده و صاحب حدائق گمان کرده این نسبت در خلاف است.

مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۴۱: «و قال في الخلاف: إذا أوصى إلى غيره بأن يزوجه بنته الصغيرة، صحت الوصية، و كان له تزويجها، و يكون صحيحاً؛ سواء عين الزوج أو لا؛ وإن كانت كبيرة، لم تصح الوصية، و منع منه بعض الأصحاب».

الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۴۱: «و منع منه بعض الأصحاب: انتهى».

۴. المبسوط، ج ۴، ص ۵۹.

۵. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۲۱.

۶. المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۷۳.

۷. قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۱۲؛ تحریر الأحكام، ج ۳، ص ۴۳۴؛ تذكرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۹۲؛ تبصرة المتعلمين، ص ۱۳۴؛ إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۸؛ تلخیص المرام، ص ۱۹۶.

۸. اللمعة الدمشقية، ص ۱۷۵.

۶. فاضل سبزواری در کفایه^۱.
۷. فاضل اصفهانی در کشف اللثام^۲.
۸. سید علی طباطبایی در ریاض^۳.
۹. نراقی در مستند^۴.

قول دوم: نفوذ تزویج مطلقاً

کسانی که عقد وصی را نافذ و صحیح دانسته‌اند عبارت‌اند از:

۱. شیخ طوسی در خلاف^۵؛ البته مرحوم علامه^۶ و عده‌ای دیگر^۷ - به احتمال قوی به تبع علامه - این قول را به موضعی از مبسوط نسبت داده‌اند؛ ولی چنین چیزی در هیچ یک از کتاب‌های وصیت، نکاح و حجر مبسوط یافت نشد. برخی بدون تحقیق آدرس‌هایی داده‌اند، مثلاً با اینکه مرحوم شیخ در «مبسوط، ج ۴، ص ۵۹» نفی ولایت کرده است، ولی آن را هم برای نفی و هم برای اثبات آدرس داده‌اند.^۸ برخی «مبسوط، ج ۴، ص ۶۰» را برای ثبوت ولایت آدرس داده‌اند^۹ که اصلاً مربوط به بحث نیست^{۱۰}؛ ولی در این میان، برخی هم که مراجعه داشته‌اند، نوشته‌اند چیزی

-
۱. کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۹۷.
 ۲. کشف اللثام، ج ۷، ص ۶۱.
 ۳. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۹۷.
 ۴. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۳۸-۱۴۱.
 ۵. الخلاف، ج ۴، ص ۲۵۴، مسألة ۹.
 ۶. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۴۱، مسألة ۷۵.
 ۷. مانند: التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۳۲-۳۳؛ جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۹؛ نهاية المرام، ج ۱، ص ۷۹؛ ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۹۸.
 ۸. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۸، پاورقی ۵؛ و ص ۹۹، پاورقی ۳.
 ۹. التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۳۳، پاورقی ۱؛ ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۹۸، پاورقی ۴.
 ۱۰. ظاهراً عبارتی که در این آدرس موجب خطای محقق یا محققین شده این عبارت بوده است: «وَأَمَّا التَّزْوِيجُ، فَإِنَّ كَانَ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فَإِنَّهُ لَا يَزُوجُهُ، وَإِنْ احتَاجَ إِلَيْهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَّبِعُ النِّسَاءَ فَإِنَّهُ يَزُوجُهُ حَتَّى لَا يَزْنِيَ وَيَحْذَرُ؛ لِأَنَّ التَّزْوِيجَ أَسْهَلَ مِنَ الْحَذَرِ».
- اما با کمی تأمل در عبارت مبسوط معلوم می‌شود که بعید است شیخ طوسی در صفحه قبل، یعنی

یافت نشد.^۱

۲. یحیی بن سعید در جامع^۲؛ بنابر آنچه از ظاهر کلامش استفاده می‌شود، همان طور که کاشف اللثام^۳ نیز چنین استظهار کرده و این قول را به جامع نسبت داده است.

۳. علامه در مختلف^۴.

۴. شهید اول در غایة المراد^۵.

۵. فاضل مقداد در تنقیح^۶.

۶. محقق کرکی در جامع المقاصد^۷.

۷. شهید ثانی در سه کتاب خود: روضه^۸، مسالک^۹ و حاشیة الإرشاد^{۱۰}؛ البته عبارت

صفحه ۵۹، منکر ولایت وصی در مقام شود و بلافاصله در صفحه ۶۰، این ولایت را بپذیرد؛ بلکه با لحاظ جملات قبل از عبارت فوق، معلوم می‌شود که در فرض بالغ شدن صغیر همراه با سفاهتی کمتر از حد جنون و تنها در فرضی که خوف زنا وجود دارد، برای ممانعت از زنا چنین ولایتی هست. گویا به جهت امور حسبه چنین کاری برای وصی مشروع است. جملات قبلی عبارت فوق چنین است:

«إذا ثبت هذا، فإن بلغ هذا الصغیر نظرت؛ فإن بلغ رشیدا، فإنه يدفع إليه ماله و بطل ولاية الوصي؛ وإن بلغ غیر رشید، نظرت؛ فإن كان مجنوناً، فالحکم فيه کالحکم في الصبي سواء؛ وإن كان غیر مجنون غیر أنه كان سفیهاً، سواء كان غیر رشید في ماله أو غیر رشید في دينه، فإنه لا ینفک الحجر عنه بالبلوغ بلا خلاف، و يكون ولاية الوصي على ما كانت في جميع الأشياء؛ و يجب عليه الزكاة و يخرج عنه الوصي. وإن جنی جنایة فإن كانت الجنایة على مال، فإنه يخرج مفا في يديه، و يلزم في ماله، وإن كانت الجنایة على النفس، فإن كانت خطأ فالدية على عاقلته، و الکفارة في ماله؛ وإن كانت عمداً، فإنه يقاد به؛ لأنه مکلف؛ إلا أن يعفو على مال فإنه يجب في ماله. و أما التزويج...»

۱. مختلف الشيعة، ج ۷، ص ۱۴۱، پاورقی ۳.

۲. الجامع للشرائع، ص ۴۳۸.

۳. کشف اللثام، ج ۷، ص ۶۱.

۴. مختلف الشيعة، ج ۷، ص ۱۴۲.

۵. غایة المراد، ج ۳، ص ۴۹.

۶. التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۳۳.

۷. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۷-۹۹.

۸. الروضة البهیة (چاپ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۶۵.

۹. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۱۴۸-۱۴۹.

۱۰. حاشیة الإرشاد، ج ۳، ص ۴۹.

حاشیه الإرشاد مختصری متفاوت است.

۸. صاحب مدارک در نهاية المرام.^۱

۹. فیض در مفاتیح؛ البته ایشان پس از بیان اختلاف، حدیثی را که دلالت بر صحت دارد نقل کرده و در نقد آن چیزی نیفزوده است^۲ که بیانگر تمایل ایشان به صحت است.

۱۰. شیخ حرّ در وسائل^۳.

۱۱. مرحوم بحرانی در حدائق^۴.

۱۲. مرحوم کاشف الغطاء در أنوار الفقاهه^۵.

۱۳. مرحوم صاحب جواهر در جواهر الکلام^۶.

بنابراین، قول به عدم ولایت وصی بر تزویج، قولی مشهور در مقابل شاذ نیست و حتی با توجه به اینکه اکثریت، قائل به ثبوت ولایت شده‌اند، قول اوّل، اشهر در مقابل مشهور هم نیست؛ بلکه باید گفت یا هر دو قول مشهور هستند یا قول به ثبوت ولایت، اشهر است. شاید منشأ انتساب به شهرت این است که اکثر فقهای قبل از محقق، ولایت را در عباراتشان به پدر و جد، اختصاص داده‌اند و انتساب دهندگان، از این عبارات این‌گونه فهمیده‌اند که وصی ولایت ندارد، در حالی که عبارات آنان قطعاً ناظر به خروج وکیل پدر و جد نیست؛ بنابراین کلام ایشان ناظر به ولایت مباشری افراد است و خروج وصی از این عبارات فهمیده نمی‌شود.

۱. نهاية المرام، ج ۱، ص ۷۹-۸۰.

۲. مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۲۶۶.

۳. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۲، باب ۸ (باب أنه لا ولاية للوصي في عقد الصغيرة وأنه يستحب للمرأة أن توكل أباها الأكبر).

از ظاهر عنوان باب وسائل، عدم ولایت وصی فهمیده می‌شود. صاحب حدائق نیز به صاحب وسائل نسبت منع داده است (الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۴۴: «و من أجل هذه الرواية، اختار المحدث الحرّ العاملي في الوسائل، القول بالمنع»).

۴. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۴۰ و ۲۴۴.

۵. أنوار الفقاهة، کتاب النکاح، ص ۲۶.

۶. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۹۱.

قول سوم: نفوذ تزویج در فرض ضرورت

قول سوم این است که وصی در صورتی حق تزویج دارد که ازدواج به حد ضرورت رسیده باشد و گرنه چنین حقی ندارد.^۱

بررسی ادله

قائلین به ثبوت و عدم ثبوت ولایت وصی بر تزویج، علاوه بر استدلال به آیات و روایات، به برخی از وجوه اعتباری^۲ هم تمسک کرده‌اند که قابل اعتنا نیست؛ از این رو، در اینجا فقط استدلال به آیات و روایات بررسی می‌شود.

الف. ادله ثبوت ولایت وصی بر نکاح صِغار

قائلین به ثبوت ولایت وصی به دو آیه «وصیت» و «اصلاح امور یتامی» و چند روایت تمسک کرده‌اند که در ادامه نقد و بررسی آنها می‌آید.

دلیل اول: آیه وصیت

«كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ • فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ • فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوَسَّعًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ»^۳

عده بسیاری از مثبتین ولایت، به این آیه تمسک کرده‌اند و برخی از منکرین ولایت نیز که خواسته‌اند دلیل مثبتین را ذکر کنند، همین آیه را مطرح کرده‌اند.

مرحوم آقای خوئی در تقریب استدلال به آیه وصیت فرموده است:

«فإن صدرها وإن كان يقتضي نفوذ الوصية المالية خاصة بالنسبة إلى خصوص الوالدين والأقربين، إلا أن المستفاد من قوله تعالى:

۱. چنین قولی یافت نشد؛ البته در مورد صغیری که با حال فساد عقل مثل جنون به بلوغ می‌رسد، قید حاجت مطرح شده، در حالی که مراد استاد رحمته الله چنانکه روشن است، خصوص این فرض نیست.

۲. المبسوط، ج ۴، ص ۵۹؛ جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۸؛ الروضة البهية (چاپ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۶۶؛ نهاية المرام، ج ۱، ص ۷۹.

۳. البقرة، ۱۸۰ - ۱۸۲.

«فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا» نفوذها مطلقا و لزوم العمل بمقتضاها دائما باستثناء ما خرج، اعني ما كان فيها جنف أو اثم أو ضرر على الوارث على ما دلّت عليه النصوص، فإنه لا يجب العمل بها. و من هنا فتكون الآية المباركة، شاملة للوصيّة بالمجنون، فيجب العمل على وفق الوصيّة؛ لأنّ في مخالفتها تبديلا لها، فيكون «إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يَبْدُلُونَهُ».^۱

اشکال: اخص بودن دليل اول از مدعا

اما اين آيه به نفوذ وصيت در امور مالی اختصاص دارد؛ زیرا مراد از «خير» در فراز «إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ»، «مال» است. البته بعيد است که معنای حقیقی خیر، به نحو اشتراک لفظی، مال باشد؛ بلکه اهل لغت، از آن جهت که مصداق «خير» در اين آيه، مال است، چنین معنایی را برای آن ذکر کرده‌اند.^۲ در هر حال، روایات^۳ ذیل آيه نیز آن را مخصوص به وصيت مالی دانسته است. گرچه بر مولى عليه، گاهی «ترکه» اطلاق می‌شود، مانند صحیحۀ اسماعیل بن بزيع: قال: «سأله رجل عن رجل مات وترك أخوين والبنت والابنة صغيرة...»،^۴ اما «خير» اطلاق نمی‌شود؛ بلکه گاهی شتر است.

بنابراین آيه بيانگر اين است که شخص قبل از وفات، نسبت به اموال خودش برای والدین و نزدیکان، وصيت به معروف کند و کسی حق ندارد آن را تغییر دهد، در حالی که مدعا نفوذ وصيت در نکاح صغیر، صغیره، مجنون و مجنونه است، نه اموال خود موصی. همچنین مدعا، خصوص فرضی نیست که موصی له «اقریبین» باشند و وصيت به خیر برای اقریبین باشد؛ پس آيه، هم از جهت مورد و هم از جهت

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۴۳.

۲. موارد دیگر این استعمال چنین است: البقرة، ۲۱۵: «يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنفِقُونَ قُلْ مَا أَنْفَقْتُ مِنْ خَيْرٍ فَلِلَّهِ الدِّينِ وَالْأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَى وَالْمَساكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ»؛ و ۲۷۲: «وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَلَا تُنْفِسْكُمْ وَلَا تَنْفِقُوا إِلَّا أَنْبَاءَ وَجْهِ اللَّهِ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ يُؤْتِ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تَظْلَمُونَ»؛ التغابن، ۱۶: «وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَلَا تُنْفِسْكُمْ وَلَا تَنْفِقُوا إِلَّا أَنْبَاءَ وَجْهِ اللَّهِ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ يُؤْتِ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تَظْلَمُونَ».

۳. رک. تفسیر البرهان، ج ۱، ص ۳۷۹-۳۸۱.

۴. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۷، ح ۳.

موصی له، اخض از مدعا است و استدلال به آن صحیح نیست.

پاسخ: تمسک به اطلاق ذیل آیه

مرحوم آقای خوئی به این اشکال التفات داشته و چنین فرموده است:

«و توهم أن الآیة المبارکة و جمیع النصوص الواردة فی الاستدلال بها، مختصة بالوصیة المالیة، فلا دلیل علی نفوذ الوصیة فی نکاح المجنون أو المجنونة، مدفوع بأن صدر الآیة الکریمة وإن کان موردها الوصیة بالمال، إلا أنه غیر ضارّ بإطلاق الآیة المبارکة.»^۱

توضیح مطلب: ایشان فرموده که اگر برای اثبات مطلب، به صدر آیه تمسک شود، اشکال وارد است و ولایت بر نکاح را شامل نیست؛ ولی به عموم مفهوم ذیل آیه تمسک شده که فرموده: وصی نباید وصیت را تغییر دهد، مگر در موردی که خوف داشته باشد موصی در وصیت خود، از حق منحرف شده یا گناهی را مرتکب شده که وصیت موجب بروز نزاع بین ورثه شود؛ در این صورت وصی می تواند با انجام اصلاحاتی وصیت را به گونه ای تغییر دهد که نزاع رخ ندهد؛ بنابراین این آیه به منزله استثناء از نفوذ وصیت است؛ یعنی هر وصیتی نافذ است و وصی حق تغییر آن را ندارد، مگر در موارد خوف از انحراف و اضرار به ورثه. با این بیان، اطلاق «هر وصیتی نافذ است»، شامل وصیت در مورد تزویج نیز می شود و بر نفوذ وصیت نسبت به آن دلالت می کند.

مناقشه در پاسخ: قرینه بودن «فاء تفریع» بر نظارت ذیل بر صدر

با نگاه عرفی به این آیه، روشن است که ذیل، استثناء از مطلق وصیت نیست؛ بلکه با توجه به «فاء تفریع»، ناظر به صدر است؛ بنابراین از آن استفاده می شود که آنچه در صدر فرموده که تغییر وصیت به مال برای والدین و نزدیکان - که از آداب و سنت های مؤکد^۲ است - جایز نیست، در صورت انحراف موصی، جایز است. طبق این ذیل،

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۴۳.

۲. استاد رحمته الله: این تأکید از تعبیر «کتب» استفاده می شود. بر اساس برخی روایات، قبل از جعل قوانین و احکام ارث، بر مسلمانان واجب بوده که در هنگام وصیت، مقداری از اموال خود را برای والدین و خویشان خویش قرار دهند؛ پس از آنکه بر اساس احکام ارث، حقوقی برای آنان مقرر گردید، این آیه منسوخ گشت.

اطلاق نفوذ وصیت به اموال، تخصیص زده شده و منحصر به صورت عدم وجود انحراف دانسته شده است و اگر ظاهر در این معنا نباشد، ظهور در اعم از آن ندارد.

دلیل دوم: آیه اصلاح امور یتامی

﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾^۱

تقریب استدلال به آیه این است که انجام هر کاری به صلاح یتامی، نیکو و خیر است و اشکالی ندارد و فرض این است که وصی تشخیص داده است که ازدواج صغیر یا صغیره به صلاح آنان است؛ مثلاً اگر این فرصت از دست برود، فرصت مناسب دیگری یافت نمی‌شود؛ بنابراین اقدام وصی به تزویج آنان بی‌مانع است.^۲

پاسخ دلیل دوم

مرحوم آقای حکیم در تمسک به این آیه، دو پاسخ حلی و نقضی مطرح کرده است؛ البته ایشان «نقض» تعبیر نکرده، ولی شاید در این مقام باشد.

پاسخ نقضی: لزوم ثبوت حق تزویج یتامی برای همه

مرحوم آقای حکیم در پاسخ نقضی به دلالت آیه شریفه فرموده است: «مع أنها لو تمت، لم تختص بالوصي؛ بل تعم غيره من الأقارب والأجانب»^۳؛ یعنی اگر آیه شریفه، تزویج مصلحت‌دار را مشروع بدانند، فرقی بین وصی و غیر او در تزویج یتیم‌های صغیر نیست و باید ملتزم شد که تمام مردم، حق تزویج صغیر یتیم را دارند، در حالی که بی‌شک با ارتکاز عرفی چنین معنایی از آیه فهمیده نمی‌شود، نه اینکه عرف این معنا را از آیه می‌فهمد و با مخصصی، اجانب از عموم آیه خارج شده‌اند.

پاسخ حلی: ثابت نبودن مصداقیت تزویج وصی برای آیه

تعبیر ایشان نسبت به پاسخ حلی این است: «إلا أن يقال: الكلام في المقام في

علاوه بر این کلام استاد رحمته الله، از برخی روایات نیز می‌توان این تأکید را استفاده کرد؛ ر.ک: وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۲۶۲، باب ۴ (باب کراهة ترك الوصية).

۱. البقرة، ۲۲۰.

۲. ر.ک: مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۷۲.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۷۲-۴۷۳.

القدرة على هذا الإصلاح، والآية الشريفة ليست في مقام تشريع القدرة؛ بل في مقام الحث على المقدور؛^۱ آیه در مقام حث بر مقدور است و به این جهت که چه کسانی بر اصلاح قادرند، نظر ندارد و باید این جهت از جای دیگر اثبات شود. این پاسخ را می‌توان به تعبیر بهتر این‌گونه بیان کرد که آیه شریفه هرچند کاری را که به مصلحت یتامی است نیک شمرده، ولی صغرا و مصداق آن را تعیین نکرده؛ یعنی تزیوج وصی را به عنوان مصداقی از اصلاح ذکر نکرده تا از آن، صحت تزیوج وصی استفاده شود؛ پس اگر این عقد شرعاً صحیح باشد، مصداق اصلاح بوده و کار خیر به حساب می‌آید؛ اما اگر باطل باشد، قهراً مصداق عملی دارای مصلحت نیست.

البته اگر آیه شریفه از اول در خصوص تزیوج توسط اوصیاء می‌فرمود تزیوج صغار به دست اوصیاء، خیر است، از آن استفاده می‌شد که تزیوج صغار، مقدور و صحیح است؛ ولی آیه چنین نفرموده است؛ بلکه از آنجا که به جهت وعیدهای قرآنی، برای مسلمانان این توهّم به وجود آمده بود که تصرف در اموال یتیمان، حتی توسط کسانی مانند جد که ولایت آنها ثابت است نیز جایز نیست^۲، آیه در مقام ردّ

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۷۲-۴۷۳.

۲. توضیح بیشتر: در شأن نزول این آیه، روایات بسیاری وارد شده است:

از جمله در تفسیر قمی (ج ۱، ص ۷۲) آمده است: فَإِنَّهُ حَدَّثَنِي أَبِي عَنْ صفوان عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْكَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: «أَنَّهُ لَمَّا نَزَلَتْ ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَهُمْ لَا يَبْصُرُونَ سَوِيرًا﴾ أَخْرَجَ كُلُّ مَنْ كَانَ عِنْدَهُ يَتِيمٌ وَسَالُوا رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله فِي إِخْرَاجِهِمْ، فَأَنزَلَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ...﴾؛ وَقَالَ الضَّادُ عليه السلام: «لَا بَأْسَ أَنْ تَخْلُطَ طَعَامُكَ بِطَعَامِ الْيَتِيمِ؛ فَإِنَّ الصَّغِيرَ يَوْشَكَ أَنْ يَأْكُلَ الْكَبِيرَ مَعَهُ وَأَمَّا الْكِسْوَةُ وَغَيْرُهَا فَيَحْسَبُ عَلَى كُلِّ رَأْسٍ صَغِيرٍ وَكَبِيرٍ كَمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ».

در روایت سماعه نیز آمده است: عنه عن عثمان بن عيسى عن سماعة قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله صلى الله عليه وآله ﴿وَإِنْ تُعَالِظُوهُمْ فَاغْوَاكُمُ﴾، قال: يعني اليتامى إذا كان الزجل يلي الأيتام في حجره فليخرج من ماله على قدر ما يحتاج إليه على قدر ما يخرج لكل إنسان منهم فيخالطهم وياكلون جميعا ولا يبرز أن أروا الشيء ومنه: نقصه من أموالهم شيئا إنما هي النار» (تهذيب الأحكام، ج ۶، ص ۳۴۰، ح ۷۰).

این احتمال در مفاد آیه می‌رود که مراد از «اصلاح» در ابتدای آیه، کاری است که منفعت یتیم در آن است؛ یعنی در خرج کردن از اموال ایتام می‌توانید صرفه یتیم را در نظر بگیرید و از مال وی کمتر از سهم یک نفر بردارید، یا اصلاً از مال یتیم بر ندارید که این کار بهتر است؛ ولی اگر بخواهید سهم یتیم را همچون سهم دیگران قرار دهید مانعی ندارد.

این توهم برآمده است و اشاره‌ای به مسئله تزویج اوصیاء به عنوان مصداقی برای اصلاح ندارد؛ بنابراین نمی‌توان از آن استفاده کرد که تزویج صغار به دست اوصیاء، از مصادیق عملی دارای مصلحت است؛ بلکه تصرفات مالی اولیاء مانند بیع را اگر جنبه اصلاحی دارد از مصادیق آن دانسته است.

دلیل سوم: صحیح محمد بن مسلم

أحمد بن محمد عن علي بن الحسن عن الحسن بن علي بن يوسف عن مثنى بن الوليد عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام:

«أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الزبح فيما بينه وبينهم، فقال: لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي»^۱

بررسی سند

مقصود از «احمد بن محمد»، احمد بن محمد عاصمی است که از ثقات^۲ و مشایخ کلینی^۳ است. کلمه «عاصمی» در کافی نیست؛ ولی در فقیه که از کلینی نقل کرده با لقب عاصمی آمده است^۴؛ البته نیازی به ذکر کلمه «عاصمی» نیست؛ زیرا هر جا احمد بن محمد در اول اسناد کافی، مطلق و بدون قرینه ذکر شود، به صورت

۱. الکافی، ج ۷، ص ۶۲، ح ۱۹؛ وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۴۲۷، ح ۱ (در وسائل به جای «أباه»، «أباهم» آمده است).

توضیح بیشتر: در متن وسائل به جای یوسف، «یونس» ذکر شده («محمد بن یعقوب عن أحمد بن محمد عن علي بن الحسن عن الحسن بن علي بن يونس عن مثنى بن الوليد عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام»؛ ولی در مصادر حدیث (الکافی، ج ۷، ص ۶۲، ح ۱۹؛ تهذیب الأحکام، ج ۹، ص ۲۳۶، ح ۹۲۱؛ کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۲۲۷، ح ۵۵۳۸) «یوسف» ذکر شده که همین هم صحیح است. این راوی «الحسن بن علی بن یوسف» معروف به ابن یقاح است.

۲. رجال النجاشی، ص ۹۳، رقم ۲۳۲.

۳. در اسناد فراوانی، مرحوم کلینی به طور مستقیم، از احمد بن محمد، روایت نقل کرده است.

۴. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۲۲۷، ح ۵۵۳۸: «روی محمد بن یعقوب الكليني عليه السلام قال حدثني أحمد بن محمد العاصمي عن علي بن الحسن الميثمي عن الحسن بن علي بن يوسف عن مثنى بن الوليد عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام».

متعارف مقصود عاصمی است، خصوصاً اگر مروی عنه او «علی بن الحسن» باشد.^۱ درباره «احمد بن محمد» این احتمال هم داده می شود که مراد «ابن عقیده» باشد؛ ولی متعارف از آن، همان عاصمی است.

مراد از «علی بن الحسن»، ابن فضال است که در فقیه چاپ نجف و بعضی کتب دیگر^۲، «علی بن الحسن» نقل شده و بی شک غلط است و نسخه صحیح، همان علی بن الحسن است که در چاپ آقای غفاری^۳ از فقیه هم دیده می شود. البته وصف این راوی، در نسخه هایی از فقیه که مراجعه کردیم میثمی است؛ در چاپ آقای غفاری هم میثمی است؛ ولی در خود کافی و نقل تهذیب^۴ از کافی میثمی نیست. در هر صورت، میثمی غلط است و صحیح آن «تیمی» است. تیمی در موارد زیادی در اسانید کافی به میثمی تصحیف شده است^۵ که این هم یکی از این موارد است. عاصمی روایاتش را از «علی بن حسن بن فضال» نقل می کند. علی بن حسن بن فضال از موالی تیممالات است؛ از این رو، به او گاهی تیمی^۶ و گاهی تیملی^۷ گفته می شود؛ البته خود او مولا و آزاد شده نیست؛ بلکه اجداد وی آزاد شده بودند؛ اما به همه آنها مولا اطلاق می شود.^۸ علی بن حسن بن فضال، فطحی و موثق

۱. برای نمونه، ۲۰ سند در کافی وجود دارد که با تصریح به لقب عاصمی، وی از ابن فضال روایت کرده است.

۲. در سه مورد مرحوم کلینی در کافی با تعبیر «احمد بن محمد بن سعید» روایت نقل کرده است.

۳. مستند این مطلب، یافت نشد.

۴. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۲۲۷، ح ۵۵۳۸.

۵. تهذیب الأحکام، ج ۹، ص ۲۳۶، ح ۱۴.

۶. برای نمونه: الکافی، ج ۲، ص ۲۷۵، ح ۲۹؛ و ج ۳، ص ۵۰۵، ح ۱۸؛ و ج ۴، ص ۲۴۲، ح ۴؛ و ج ۶، ص ۳۸۱، ح ۷؛ و ج ۷، ص ۳۷۴، ح ۱.

۷. در ۳۰ مورد از اسناد کتاب کافی، او با این لقب ذکر شده است.

۸. در قریب به ۱۰ مورد از اسناد کتاب کافی، او با این لقب آمده است. در فهرست شیخ طوسی (ص ۱۲۳، رقم ۱۶۴) نیز با این لقب ذکر شده است («الحسن بن علی بن فضال التیملی بن ربیع بن بکر مولی تیم الله بن ثعلبه»).

۹. توضیح بیشتر: کلمه «مولی» در اطلاقات ائمه رجال، به معنای اعضای غیراصیل یک قبیله است که از طریق «ولاء» عضو آن قبیله شده اند. ولاء غالباً از طریق آزاد شدن صورت می گرفته و با آزاد شدن یک شخص توسط یک نفر، شخص آزاد شده و فرزندان و نوادگانی که پس از آزاد شدن به دنیا می آمده اند،

است.^۱

«حسن بن علی بن یوسف» هم ثقه است^۲ و درباره «مثنی بن ولید» و عده‌ای دیگر هم گفته‌اند: «لا بأس بهم».^۳ بنابراین، روایت موثق است.

تقریب استدلال

مورد روایت، وصیت به اتجار (مضاربه) است و نفوذ وصیت در این باره، ملازمه‌ای با نفوذ آن در نکاح ندارد؛ از این رو، مرحوم آقای خویی به ملازمه تمسک نکرده است؛ بلکه به تعلیل مذکور در روایت تمسک کرده و فرموده: «فإن مقتضى عموم التعلیل بقوله ﷺ: «أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي» نفوذ الوصية بكل ما كان للأب في حياته».^۴ فحوای تعبیر «أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي» این است که چون پدر در هنگام حیات، خودش حق این‌گونه تصرفات را در مال فرزندان داشت و اجازه همین اختیارات را به وصی داده، وصیت صحیح است؛ بنابراین از روایت استفاده می‌شود که وصیت پدر در محدوده آنچه هنگام حیات در انجامش اختیار دارد، نافذ است و وصی می‌تواند آن را انجام دهد. از جمله اموری که پدر حق انجام آن را دارد، تزویج اولاد است؛ پس اگر در مورد تزویج وصیت کند، حق تزویج برای وصی ثابت می‌شود.

همگی اعضای الحاقی قبیله آزاد کننده به شمار می‌آمده‌اند؛ پس در ارتباط ولاء، نیازی نیست که خود شخص، توسط اعضای قبیله دیگر آزاد شده باشد؛ از این رو، مثلاً «حسین بن سعید» و برادر وی «حسن»، در کتب رجال به «مولى علي بن الحسين ﷺ» توصیف شده‌اند (کتاب الطبقات (برقی)، ص ۵۶؛ رجال الطوسی، ص ۳۸۵، رقم ۶).

۱. رجال النجاشی، ص ۲۵۷، رقم ۶۷۶.

۲. رجال النجاشی، ص ۴۰، رقم ۸۲: «الحسن بن علي بن بَقَّاح؛ كوفي، ثقة، مشهور، صحيح الحديث». «حسن بن علی بن یوسف» همان «حسن بن بَقَّاح» است و با بررسی اسناد موجود، این مطلب قابل اثبات است؛ برای نمونه، در دو جای کافی «الحسن بن علی بن یوسف بن بَقَّاح» آمده است (الکافی، ج ۱، ص ۸۶، ح ۳؛ و ج ۵، ص ۳۲۵، ح ۷)؛ بنابراین ظاهراً «بَقَّاح» نام جد قریب پدر حسن بن علی است، نه جد قریب خود او.

۳. رجال الکشی، ص ۳۳۸، رقم ۶۲۳.

۴. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۴۴.

البته ایشان این نکته را متذکر نشده که تعلیل مذکور در روایت، مطلق است و تصرفاتی که مصلحت نداشته باشد را نیز شامل می‌شود و باید با دلیل خارجی تصرفات وصی را به «صورت مصلحت» مختص کرد. مراد از دلیل خارجی، همان ادله‌ای است که در تصرفات غیر پدر و جد، علاوه بر عدم مفسده، مصلحت را نیز معتبر دانسته است.^۱

اشکالات استدلال

تمسک به تعلیل مذکور در صحیحه، با دو اشکال روبرو است.

اشکال اول: اطلاق نداشتن تعلیل از جهت همه شرایط

اولاً، تعلیل مذکور نسبت به همه شرایط نفوذ وصیت اطلاق ندارد؛ بلکه می‌گوید اگر وصیت به مضاربه، همه شرایط صحت را داشته باشد و موصی در حال حیات، اذن داده باشد، وفات وی ضرری به نفوذ وصیت نمی‌زند؛ پس در وصیت به نکاح هم، اگر پدر اذن داده باشد، استفاده نمی‌شود که صحت وصیت به نکاح، هیچ شرط دیگری ندارد و به صرف وجود اذن نافذ است؛ بلکه باید صحت وصیت به نکاح، نخست ثابت باشد، تا گفته شود اذن موصی در حال حیات، برای استمرار آن کفایت می‌کند؛ بنابراین اگر کسی ادعا کند که وصیت به تزویج اولاد، نافذ نیست و در نفوذ وصیت، شرط است که به امور مالی و حضانت اولاد مرتبط باشد، این روایت را نمی‌توان دلیل نادرستی این ادعا دانست.

مواردی نقل شده است که فقها در اواخر عمر، دچار ضعف بنیه علمی شده و از مرتبه اجتهاد افتاده‌اند؛ مثلاً نقل شده که وحید بهبهانی در اواخر عمر، خود را معتمد نمی‌دانسته و می‌گفته سنّ من بالا رفته، قوای فکری‌ام تحلیل رفته و

۱. برای نمونه: الکافی، ج ۵، ص ۲۰۸، ح ۱: عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَبِي مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي زَنْبَابٍ قَالَ: «سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ بَيْنِي وَبَيْنَهُ قَرَابَةٌ مَاتَ وَتَرَكَ أَوْلَادًا صُغَارًا وَتَرَكَ مَمَالِكَ غُلَمَانًا وَجَوَارِيَ وَلَمْ يَوْصِ فَمَا تَرَى فِيمَنْ يَشْتَرِي مِنْهُمْ الْجَارِيَةَ يَتَّخِذُهَا أُمًّا وَلَدًا وَمَا تَرَى فِي بَيْعِهِمْ قَالَ فَقَالَ إِنْ كَانَ لَهُمْ وَلِيٌّ يَقُومُ بِأَمْرِهِمْ بَاعَ عَلَيْهِمْ وَنَظَرَ لَهُمْ وَكَانَ مَأْجُورًا فَيُهِمُّ قُلْتَ فَمَا تَرَى فِيمَنْ يَشْتَرِي مِنْهُمْ الْجَارِيَةَ فَيَتَّخِذُهَا أُمًّا وَلَدًا قَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ إِذَا بَاعَ عَلَيْهِمُ الْقِيمَ لَهُمُ النَّظَرُ لَهُمْ فِيمَا يَصْلَحُهُمْ فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا فِيمَا صَنَعَ الْقِيمَ لَهُمُ النَّظَرُ [لَهُمْ] فِيمَا يَصْلَحُهُمْ».

نمی‌توانم استنباط کنم؛ از این رو، از شاگرد خود، سید بحر العلوم، فتوا می‌پرسیده و می‌گفته شما فقط فتوا را بدون ذکر دلیل نقل کنید تا من در آن شبهه پیدا نکنم. مرحوم حاج آقا رضا همدانی هم با آن درجه بالای فقاقت، در اواخر عمر، رساله‌اش را جمع کرده بوده و می‌گفته دیگر حافظه‌ام را از دست داده‌ام و فکرم قوت سابق را ندارد؛ از این رو، احکام اجتهاد بر من بار نیست، مراجعه‌کنندگان را رد می‌کرده و می‌گفته آن که شما از او تقلید می‌کردید دیگر نیست. حال اگر مقلدین آنان، در صحت تقلیدشان نسبت به اعمال گذشته خود سؤال داشته باشند، اگر در جواب آنان گفته شود: «تقلیدتان صحیح بوده است؛ زیرا مرجع شما در زمان افتاء، مجتهد بوده است»، عرف از این تعلیل استفاده نمی‌کند که در تقلید، فقط شرط اجتهاد کافی است و شرایط دیگر همچون عدالت معتبر نیست؛ زیرا این جمله، تنها در این مقام است که بقاء اجتهاد مجتهد، شرط نیست و همین که در هنگام صدور فتوا مجتهد بوده کفایت می‌کند و به الغاء سائر شرایط، ناظر نیست.

در صحیحۀ محمد بن مسلم هم امام علیه السلام در مقام بیان این بوده‌اند که «بقاء حیات» برای نفوذ «وصیت به مضارب» شرط نیست، نه اینکه هیچ شرط دیگری در نفوذ آن معتبر نیست تا گفته شود اذن پدر، تمام ملاک نفوذ است و به صرف وجود آن، وصیت به نکاح هم نافذ است.

اشکال دوم: نادرستی تعدی از مورد تعلیل

بر فرض، اطلاق تعلیل هم پذیرفته شود، اما صرفاً در همان موردی که تعلیل ذکر شده، اطلاق دارد؛ مثلاً اگر گفته شود: «شرب الخمر لآنه مُسکر»، از آن استفاده می‌شود شرب هر مسکری حرام است، نه اینکه حتی مالیدن مسکر به پا هم حرام است؛ البته اگر در تعلیل گفته می‌شد: «لأن استعمال المُسکر حرام»، تعدی به مالیدن مسکر به پا جایز بود.

در صحیحۀ محمد بن مسلم هم تعدی از مورد تعلیل صحیح نیست و تعلیل صرفاً در مورد تصرفات مالی است. از حضرت سؤال شده اگر عامل مُضارب بعد از انعقاد مضاربه از دنیا برود، می‌توان در مال المضارب به برای یتامی است تصرف کرد؟ حضرت در جواز این تصرف، تعلیل آورده که پدرشان هنگام حیات، به این تصرف اذن داده است؛ پس، از آن، جواز تصرف در امور مالی که پدر اذن داده است

استفاده می‌شود و تعدی از آن به امور غیرمالی مانند نکاح فرزندان صحیح نیست. البته اگر تعلیل این‌گونه آورده می‌شد که پدرشان در آنچه اختیار داشته اذن داده است، این تعدی اشکال نداشت.

دلیل چهارم: روایت خالد بن بکیر الطویل

علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن عبد الرحمن بن الحجاج عن خالد بن بكير الطويل قال:

«دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال يا بني اقبض مال إخوتك الصغار فاعمل به وخذ نصف الزبح وأعطهم النصف وليس عليك ضمان فقد متني أم ولد لأبي بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليلى فقالت له إن هذا يأكل أموال ولدي قال فقضت عليه ما أمرني به أبي فقال ابن أبي ليلى إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه ثم أشهد علي بن أبي ليلى إن أنا حرّكته فأنا له ضامن فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام بعد فقضت عليه قضتي ثم قلت له ما ترى فقال أما قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع رده وأما فيما بينك وبين الله تعالى فليس عليك ضمان.»^۱

در این روایت نیز شخص در وقت مردن به فرزند بزرگ خود وصیت کرده که با اموال برادران صغیرش مضاربه کند و سود آن را بین خود و بقیه نصف کند. ابن ابی لیلا از علمای عاقه، آن را باطل دانسته و برادر بزرگ را ضامن دانسته است؛ ولی حضرت آن را جایز دانسته و فرموده ضامن نیست.

اشکال دلالی

مرحوم آقای خوئی بعد از استدلال به صحیحۀ محمد بن مسلم فرموده است که استدلال به روایت خالد، نظیر استدلال به صحیحۀ محمد بن مسلم است.^۲ ولی اگر دلالت صحیحۀ هم پذیرفته شود، تمسک به روایت خالد صحیح نیست؛ زیرا در این روایت، حضرت تعلیل و مناط عدم ضمان را ذکر نکرده‌اند تا

۱. الکافی، ج ۷، ص ۶۱-۶۲، ح ۱۶؛ وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۴۲۷-۴۲۸، ح ۲.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۴۴.

بتوان به اطلاق آن تمسک کرد و از مورد نفوذ وصیت در اموال، به نفوذ وصیت در نکاح، تعدی کرد.

دلیل پنجم: روایات مفتر آیه «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةُ النِّكَاحِ» مرحوم آقای خوئی پس از استدلال به صحیح محمد بن مسلم و روایت خالد فرموده است:

«و يؤيد ما ذكرناه، ما ورد في تفسير من «يَبْدُو عُقْدَةُ النِّكَاحِ» حيث اشتملت جملة منها على الوصي أيضا؛ فإن المراد به وبملاحظة مناسبة الحكم والموضوع، هو من أوصى إليه بالنكاح، دون من كان وصيًا في إدارة شؤونه العامة.»^۱

روایات مفتر آیه، دو دسته هستند؛ دسته اول، مصادیق آیه را بیان می‌کنند و دسته دوم، عنوان «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةُ النِّكَاحِ» را تبیین می‌کنند که هر یک جداگانه بررسی خواهد شد.

دسته اول: روایات بیان‌کننده مصادیق آیه «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةُ النِّكَاحِ» مرحوم آقای خوئی این روایات را مؤید دانسته است؛ ولی سند برخی از این روایات صحیح هستند که فراتر از مؤیدند و می‌توان به عنوان دلیل به آنها استدلال کرد. روایات این دسته عبارت‌اند از:

روایت اول: روایت ابوبصیر

أحمد بن محمد بن عيسى عن البرقي أو غيره عن صفوان عن عبد الله بن المغيرة عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةُ النِّكَاحِ»، قال: هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى فأني هؤلاء عفا، فقد جاز.»^۲

حضرت صادق عليه السلام در جواب ابوبصیر که از اولیای عقد سؤال کرده است، چند

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۴۴.

۲. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۳۹۳، ح ۴۹؛ وسائل الشيعة، ج ۲۰، ص ۲۸۳، ح ۴.

نفر را نام برده که از جمله آنان وصی است.

روایت دوم: صحیحۀ ابوبصیر و محمد بن مسلم

عنه عن علي بن رباب عن أبي بصير وعلاء بن رزین عن محمد بن مسلم كلاهما عن أبي جعفر عليه السلام، قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ»، فقال: هو الأب والأخ والموصى إليه والذي يجوز أمره في مال المرأة من قرابتها فيبيع لها ويشترى. قال: فأَيُّ هؤلاء عفا، فعفوه جائز في المهر إذا عفا عنه.»^۱

این روایت نیز مثل روایت قبلی است، جز اینکه در ذیلش، «عفو» به «مهر» مقید شده است.

روایت سوم: صحیحۀ حلبی

علي عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام:

«في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها، قال: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً وإن لم يكن فرض لها فليمتعها على نحو ما يمتع مثلها من النساء، قال: وقال في قول الله تعالى «أَوْ يَغْفُوا الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ» قال: هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه والرجل يجوز أمره في مال المرأة فيبيع لها ويشترى لها فإذا عفا، فقد جاز.»^۲

این روایت را جامع احادیث الشيعة نقل نکرده است.

روایت چهارم: صحیحۀ حلبی، ابوبصیر و سماعه

روى الحلبي وأبو بصير و سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام:

«في قول الله تعالى «وَأِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوا الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ»، قال: هو الأب أو الأخ أو الرجل يوصى إليه والذي يجوز أمره في مال

۱. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۴۸۴، ح ۱۵۴؛ وسائل الشيعة، ج ۲۰، ص ۲۸۳، ح ۵.

۲. الكافي، ج ۶، ص ۱۰۶، ح ۳؛ وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص ۳۱۶، ذیل ح ۱.

المرأة فيبتاع لها و يتجر فإذا عفا فقد جاز.^۱

این روایت که در فقیه نقل شده ظاهراً برگرفته از روایت حلبی، ابوبصیر و برخی روایات دیگر است که مرحوم صدوق آنها را با اختصار در سند به صورت یک روایت آورده است.

مرحوم کلینی این روایت را یک بار به واسطه «ابوعلی اشعری» از سه طریق به صفوان از ابن مسکان از ابوبصیر رسانده است و یک بار هم از دو طریق به سماعه رسانده که در نهایت ابوبصیر و سماعه آن را از امام صادق علیه السلام نقل کرده‌اند.^۲

روایت پنجم: روایت عیاشی از ابوبصیر

عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام:

«في قول الله تعالى ﴿أَوْ يَغُفُّوا لَذِي بَيْنَهُ عَقْدَةُ الْكِتَابِ﴾، قال: هو الأب و

الأخ و الزجل يوصى إليه و الذي يجوز أمره في مال بقيمته. قلت:

أرأيت إن قالت لا أجيز ما يصنع؟ قال: ليس ذلك؛ أ تجيز بيعه في

مالها و لا تجيز هذا؟^۳

حضرت در این روایت فرموده است همچنان که برادر، پدر، وصی و وکیل اجازه

۱. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۵۰۶-۵۰۷، ح ۴۷۷۸؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۱۶، ذیل ح ۱.

۲. الکافی، ج ۶، ص ۱۰۶، ح ۲.

سند روایت به این صورت است: «أبو علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار و أبو العباس محمد بن جعفر الرزاز عن أنوب بن نوح و حميد بن زياد عن ابن سماعه جميعا عن صفوان عن ابن مسكان عن أبي بصير و علي بن أبيه و عذة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن خالد عن عثمان بن عيسى عن سماعه جميعا عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله تعالى».

قسمتی از سند که در کروشیه واقع شده، به اعتماد ذکر آن در سند قبل، از آغاز سند افتاده و سند به اصطلاح، معلق است. بازگشت این سند، به پنج سند زیر است:

الف. «أبو علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان عن ابن مسكان عن أبي بصير»

ب. «أبو العباس محمد بن جعفر الرزاز عن أنوب بن نوح عن صفوان عن ابن مسكان عن أبي بصير»

ج. «حميد بن زياد عن ابن سماعه عن صفوان عن ابن مسكان عن أبي بصير»

د. «علي بن أبيه عن عثمان بن عيسى عن سماعه»

ه. «عذة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن خالد عن عثمان بن عيسى عن سماعه».

۳. تفسیر العیاشی، ج ۱، ص ۱۲۵، ح ۴۰۸؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۱۶، ح ۳.

دارند در اموال دختر تصرف کنند بدون اینکه عقد، فضولی باشد، در امر نکاح نیز چنین ولایتی دارند.

روایت ششم: روایت عیاشی از سماعه
عن سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام:

«أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»، قال: هو الأب و الأخ و الزجل يوصى إليه و الذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها و يشتري فأَيُّ هؤلاء عفا فقد جاز. قلت: أ رأيت إن قالت: لا أجيزها ما يصنع؟ قال: ليس لها ذلك؛ أ تجيز بيعه في مالها و لا تجيز هذا؟^۱

مضمون این روایت مانند مضمون روایت اول عیاشی است.

اشکالات تمسک به روایات دسته اول
اما تمسک به روایات دسته اول قابل مناقشه است.

اشکال اول: مجمل بودن روایات

مرحوم نراقی روایات دسته اول را مجمل دانسته و در وجه آن فرموده است:

«لاشتمالها على الوكيل في المال، و لا شك أنه ليس «بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»، و تخصيصه بالوكيل في النكاح أيضا ليس بأولى من إرادة من له العفو مَن «بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»؛ بل هو الظاهر؛ مع أنها مشتملة على الأخ أيضا و لا بدّ له من ارتكاب تجوُّز أو تخصيص، فتصير الروایات مجملة.»^۲

ایشان فرموده است این روایات، مشتمل بر وکیل در مال و همچنین مشتمل بر برادر است که از اولیاء به شمار نمی روند و از آنجا که عنوان «الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» موضوع برای جواز عفو نصف مهریه قرار گرفته، ممکن است گفته شود مراد از عناوین مذکور در این روایات، کسانی است که حق عفو دارند، گرچه امر ازدواج به دست آنان نیست و شبیه کنایه است. ظاهر هم همین است و دست کم هیچ یک

۱. تفسیر العیاشی، ج ۱، ص ۱۲۶، ح ۴۱۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۱۶، ذیل ح ۳.

۲. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۴۱.



از این دو احتمال متعین نیست و این روایات مجمل می‌شوند.

رد اشکال اول

اما حمل «الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» بر کسانی که فقط حَقِّ عفو دارند و ولایت بر نکاح ندارند، خلاف ظاهر و غیر عرفی است؛ زیرا ظاهر عبارت این است که عناوین مذکور، بر نکاح ولایت دارند و ذکر «برادر» و «وکیل در اموال» هم منافاتی با این ظهور ندارد؛ چرا که اگرچه آنان از اولیای عقد نیستند، ولی به دلیل جمع بین روایات باید ذکر آنان را از باب ذکر مورد غالب دانست که در مثل برادر، متعارف این است که در تزویج خواهر اذن دارد و تزویجش با رضایت او همراه است و در مثل وکیل، متعارف این است که اختیاردار امور مالی روزمره، مثل خرید و فروش، اختیار همه امور، حتی نکاح صغار را نیز بر عهده دارد.

اشکال دوم: احتمال اراده ولایت اخلاقی

برخی فقها مانند کاشف اللثام^۱ «الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» را بر کسانی حمل کرده‌اند که از جهت اخلاقی موافقت با آنان لازم است، گرچه از جهت شرعی واجب نیست؛ از این رو، از این روایات استفاده نمی‌شود که وصی، ولایت شرعی دارد؛ بلکه اگر وصی یا برادر بزرگتر، کبیره باکره - بنا بر نظر مختار - یا صغیره را تزویج کنند مستحب است دختر - البته در صغیره پس از بلوغ - با آنان موافقت کند و عقد آنان را امضا کند.

رد اشکال دوم

احتمال مذکور در این اشکال، همچنان که مرحوم نراقی هم تصریح کرده^۲ خلاف ظاهر است؛ زیرا یکی از کسانی که در این روایات نام برده شده است، وکیل در

۱. مانند روایت اسحاق بن عمار (وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۱۷، ح ۵): عن إسحاق بن عمار قال: «سألت جعفر بن محمد عليه السلام عن قول الله: «إِلَّا أَنْ يَتَّعِفُوا»، قال: المرأة تعفو عن نصف الضدّاق، قلت: «أَوْ يَتَّعِفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»، قال: أبوها إذا عفا جاز له وأخوها إذا كان يقيم بها وهو القائم عليها فهو بمنزلة الأب يجوز له وإذا كان الأخ لا يهتم بها ولا يقوم عليها لم يجز عليها أمره».

و همچنین است روایات دال بر انحصار ولایت برای پدر که در شمار ادله مانعین می‌آید.

۲. کشف اللثام، ج ۷، ص ۶۲.

۳. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۴۱.

امور مالی است که التزام به استحباب موافقت دختر با او، به صرف اینکه وکیل در خرید و فروش است، خیلی بعید است.

اشکال سوم: حمل «وصیت» بر سفارش و «موصی الیه» بر موصی الیه زن
 اشکال دیگری که ممکن است در تمسک به این دسته از روایات وارد شود این است که استعمال کلمه «أوصی» در زمان کنونی، برای وصیت بعد از مرگ رایج شده و در بین فقها مصطلح شده است وگرنه در اصل لغت و اطلاقات قرآنی، این ماده به معنای مطلق سفارش است. خداوند در قرآن، وصیت را به خود نسبت داده و می‌فرماید: «يُوصِيكُمُ اللَّهُ»^۱. روشن است که درباره خداوند مرگ تصور ندارد؛ پس وصیت، به معنای سفارش بعد از مرگ نیست؛ بلکه به معنای عام «مطلق سفارش» است و در عرف کنونی هم کلمه توصیه همین معنا را افاده می‌کند.

در روایات مفسر آیه «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ»^۲، مراد از «الأخ»، طبق آنچه قبلاً بیان شد، برادر مآذون یا وکیل از طرف خواهر است و متعارف بوده که برادر از طرف خواهر مآذون بوده است. مراد از «الَّذِي يَجُوزُ أَمْرُهُ فِي مَالِ الْمَرْأَةِ» نیز ممکن است وکیل مطلق زن در همه امور او باشد - چه از اقرباء باشد چه نباشد - و ذکر خصوص مال در این فقره به این جهت است که به صورت متعارف، آنچه روزانه توسط این وکیل انجام می‌شود خرید و فروش است نه اینکه تنها در خرید و فروش مآذون است. پس ممکن است مراد از «الموصی الیه» و «الرجل یوصی الیه» هم کسی باشد که زن به او در امر تزویج خود سفارش کرده است، نه کسی که پدر یا جد، او را وصی قرار داده است؛ پس این روایات از وصی پدر و جد اجنبی است و استدلال به آنها برای ثبوت ولایت برای او صحیح نیست.

این تفسیر از روایت، طرح روایت محسوب نمی‌شود و اگر مشتمل بر خلاف ظاهر هم باشد، اندک و قابل التزام است.

شیخ طوسی نیز در نهایت^۳ تعبیری دارد که نشان می‌دهد ظاهراً همین معنا را از

۱. النساء، ۱۱.

۲. البقرة، ۲۳۷.

۳. النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۶۸.

این روایات فهمیده است؛ زیرا چنین تعبیر کرده است:

«وَالَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»، الأب، أو الجدّ مع وجود الأب الأدنى، أو الأخ إذا جعلت الاخت أمها إليه، أو من وكلته في أمها.»

ایشان همه عناوین مذکور در روایات، غیر از پدر را بر صورت توکیل حمل کرده است و از «الرجل یوصی إلیه» و «والَّذِي یجوز أمره في مال المرأة» به «من وكلته في أمها» تعبیر کرده است.

ردّ اشکال سوم

این اشکال هرچند در ابتدا، وجیه به نظر می‌رسد، ولی با مراجعه به لغت، آیات و روایات، روشن می‌شود که وارد نیست؛ زیرا کلمه «أوصی» گاه به صورت متعدّی بنفسه استعمال می‌شود که در این صورت به معنای «مطلق توصیه و سفارش» است و اختصاص به وصیت به معنای فقهی که مربوط به بعد از مردن است ندارد؛ ولی گاه با «إلی» متعدّی می‌شود که در این صورت، در لغت به معنای «وصی قراردادن» است. جوهری در صحاح نوشته: «أوصیت له بشيء وأوصیت إلیه، إذا جعلته وصیک.»^۱

در روایات هم هرگاه کلمه «أوصی» با «إلی» متعدّی شده است، به معنای «تعیین وصی» به کار رفته و به پس از مرگ موصی ارتباط دارد؛ مثلاً در روایات مربوط به سلسله اوصیای الهی، از این واژه بسیار استفاده شده است:

«أوصی آدم إلی شیث و هو هبة الله بن آدم وأوصی شیث إلی ابنه شبتان.»^۲

۱. الصحاح، ج ۶، ص ۲۵۲۵.

۲. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۱۷۴-۱۷۷، ح ۵۴۰۲: روی الحسن بن محبوب عن مقاتل بن سلیمان عن أبي عبد الله علیه السلام قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله: «أنا سید النبیین وصیّی سید الوصیّین و أوصیاءه سادة الأوصیاء إن آدم علیه السلام سأل الله صلی الله علیه و آله أن یجعل له وصیاً صالحاً فأوحى الله صلی الله علیه و آله إلیه إني أكرمت الأنبياء بالنبوة ثم اخترت من خلقي خلقاً و جعلت خيارهم الأوصیاء فأوحى الله تعالى ذكره إلیه یا آدم أوص إلى شیث فأوصی آدم إلى شیث و هو هبة الله بن آدم وأوصی شیث إلى ابنه شبتان و هو ابن نزلة الحوراء التي أنزلها الله صلی الله علیه و آله علی آدم من الجنة فزوجها ابنه شبتان وأوصی شبتان إلى محلث وأوصی محلث إلى محوق وأوصی محوق إلى غثمیشا وأوصی غثمیشا إلى أخنوخ و هو إدريس النبي»

«وَأَنَا أوصي إلى الحسن والحسين فاسمعوا لهما وأطيعوا»^١
 «الحسين بن عليّ أوصى إلى اخته زينب بنت عليّ في الظاهر»^٢
 «فلما مات عثمان أوصى إلى ابنه أبي جعفر محمد بن عثمان و
 أوصى أبو جعفر إلى أبي القاسم الحسين بن روح وأوصى أبو القاسم
 إلى أبي الحسن عليّ بن محمد السمریؑ»^٣

١. الخرائج والجرائح، ج ١، ص ١٨٣-١٨٤، ح ١٧؛ ومنها: ما روي عن أبي الجارود عن أبي جعفرؑ قال: «جمع أمير المؤمنينؑ بنيه وهم اثنا عشر ذكراً فقال لهم إنّ الله أحبّ أن يجعل في سنة من يعقوب إذ جمع بنيه وهم اثنا عشر ذكراً فقال لهم إني أوصي إلى يوسف فاسمعوا له وأطيعوا وأنا أوصي إلى الحسن والحسين فاسمعوا لهما وأطيعوا فقال له عبد الله ابنه أودن محمد بن عليّ يعني محمد بن الحنفية فقال له أجرة عليّ في حياتي كآني بك قد وجدت مذبحاً في فسطاطك لا يدري من قتلك فلما كان في زمان المختار أتاه فقال لست هناك فغضب فذهب إلى مصعب بن الزبير وهو بالصرة فقال ولني قتال أهل الكوفة فكان على مقدمة مصعب فالتقوا بحروراً فلما حجر الليل بينهم أصبحوا وقد وجدوه مذبحاً في فسطاطه لا يدري من قتله».

٢. كمال الدين، ج ٢، ص ٥٠٧: حدّثنا عليّ بن الحسين بن شاذويه المؤدّبؑ قال حدّثنا محمد بن عبد الله عن أبيه عبد الله بن جعفر الحميريّ، قال: حدّثني محمد بن جعفر، قال: حدّثني أحمد بن إبراهيم، قال: «دخلت على حكيمة بنت محمد بن عليّ الرضا اخت أبي الحسن صاحب العسكرؑ في سنة اثنتين وستين ومائتين فكلمتها من وراء حجاب وسألته عن دينها فسمّيت لي من تأتم بهم ثم قالت: والحجة بن الحسن بن عليّ فسّمته فقلت لها: جعلني الله فداك معاينة أو خبراً؟ فقالت: خبراً عن أبي محمدؑ كتب به إلى أمّه فقلت لها: فأين الولد؟ فقالت: مستور فقلت: إلى من تفرع الشيعة؟ فقالت لي: إلى الجدة أم أبي محمدؑ. فقلت لها: أفندي بمن وصيته إلى امرأة؟ فقالت: اقتداء بالحسين بن عليّؑ فإنّ الحسين بن عليّؑ أوصى إلى اخته زينب بنت عليّ في الظاهر فكان ما يخرج عن عليّ بن الحسينؑ من علم ينسب إلى زينب سترأ على عليّ بن الحسينؑ. ثم قالت: إنكم قوم أصحاب أخبار، أما رويتم أنّ التاسع من ولد الحسين بن عليّؑ يقسم ميراثه وهو في الحياة».

٣. كمال الدين، ج ٢، ص ٤٣٢-٤٣٣، ح ١٢: حدّثنا محمد بن إبراهيم بن إسحاقؑ، قال: حدّثنا الحسن بن عليّ بن زكريّا بمدينة السلام، قال: حدّثنا أبو عبد الله محمد بن خليلان، قال: حدّثني أبي عن أبيه عن جدّه عن غياث بن أسيد، قال: «ولد الخلف المهديّؑ يوم الجمعة وأمّه ريحانة ويقال لها نرجس ويقال صقيل ويقال سوسن إلّا أنّه قيل لسبب الحمل صقيل وكان مولده ليلة لثمان ليال خلون من شعبان سنة ست وخمسين ومائتين ووكيله عثمان بن سعيد فلما مات عثمان أوصى إلى ابنه أبي جعفر محمد بن عثمان وأوصى أبو جعفر إلى أبي القاسم الحسين بن روح وأوصى أبو القاسم إلى أبي الحسن عليّ بن محمد السمریّؑ قال: فلما حضرت السمریّ الوفاة سنل أن يوصي فقال: لله أمر هو بالغه بالغيبة الثامنة هي التي وقعت بعد مضي السمریّؑ».

در روایات مربوط به این بحث در «کتاب الوصایا» نیز «أوصی» با «إلی» متعدی شده است، مانند:

«... یعنی الموصی إلیه إن خاف جنفا من الموصی فیما أوصی به إلیه ممّا لا یرضی الله به من خلاف الحق فلا یم علی الموصی إلیه أن یمدله إلی الحق ...»^۱
و «امراة أوصت إلی رجل وأقرت له بدین ثمانية آلاف درهم ... وکل ما لها أقرت به للموصی إلیه وأشهدت علی وصیتها وأوصت أن یحج عنها من هذه الثرکة حجتین ...»^۲
و «قال فی الرجل یوصی إلیه إذا بعث بها من بلد إلیه فلیس له ردّها»^۳

همچنین هیچ موردی یافت نشد که در آن، این تعبیر به خداوند که نمی‌میرد نسبت داده شود؛ بنابراین، در روایات مورد بحث هم که عنوان «الرجل یوصی

۱. الکافی، ج ۷، ص ۲۱، ح ۲: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن الحسن بن محبوب عن أبي أيوب عن محمد بن سقفة قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله تبارك وتعالى ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأَنَّمَا إِنَّمَا عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾ قال نسختها الآية التي بعدها قوله عليه السلام ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾، قال يعني الموصی إلیه إن خاف جنفا من الموصی فیما أوصی به إلیه ممّا لا یرضی الله به من خلاف الحق فلا یم علی الموصی إلیه أن یمدله إلی الحق وإلی ما یرضی الله به من سبیل الخیر».

۲. تهذیب الأحکام، ج ۹، ص ۱۶۱-۱۶۲، ح ۱۰: محمد بن أحمد بن یحیی عن محمد بن عبد الجبار قال: «کتبت إلی العسکری عليه السلام امراة أوصت إلی رجل وأقرت له بدین ثمانية آلاف درهم وكذلك ما كان لها من متاع البيت من صوف وشعر وشبه وصفر ونحاس وکل ما لها أقرت به للموصی إلیه وأشهدت علی وصیتها وأوصت أن یحج عنها من هذه الثرکة حجتین و یعطی مولاه لها أربعمانه درهم و ماتت المرأة و ترکت زوجا فلم ندر کیف الخروج من هذا واشتبه علينا الأمر و ذکر الکاتب أن المرأة استشارته فسألته أن یکتب لها ما یصح لهذا الوصی فقال لا تصح ترکتک لهذا الوصی إلا یأقرک له بدین یحیط بترکتک بشهادة الشهود و تأمره بعد أن ینفذ ما توصیه به فکتبت له بالوصیة علی هذا و أقرت للوصی بهذا الذین فرأیك أدام الله عزک فی مسألة الفقهاء قبلک عن هذا و تعریفنا ذلك لنعمل به إن شاء الله فکتب عليه السلام بخطفه إن كان الذین صحیحا معروفا مفهوما فیخرج الذین من رأس المال إن شاء الله و إن لم یکن الذین حقّا أنفذ لها ما أوصت به من ثلثها کفی أو لم یکف».

۳. الکافی، ج ۷، ص ۶، ح ۴: علی بن إبراهیم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن القاسم بن الفضیل عن ربعی عن الفضیل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ...

إليه^۱ از مصادیق «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةُ النِّكَاحِ» دانسته شده، مراد، وصی مصطلح است.

اشکال چهارم: احتمال اراده «امام علیه السلام» یا «جد» از «وصی» اشکال دیگر این است که شاید مراد از وصی، امام علیه السلام باشد، همچنان که کاشف اللثام فرموده است^۲؛ یا مراد از آن، جد باشد، به این اعتبار که خداوند به امام علیه السلام و جد، سفارش کرده که به امور صغار رسیدگی کنند.^۳

رد اشکال چهارم
این احتمال، علاوه بر اینکه بسیار خلاف ظاهر و غیرعرفی است^۴ - همچنان که مرحوم نراقی هم آن را بعیدتر از احتمال قبل دانسته است^۵ - جوابش با توجه به رد اشکال سوم روشن شد.

دسته دوم: روایات تبیین کننده عنوان «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةُ النِّكَاحِ» روایات مفسر دیگری نیز وجود دارد که به جای آنکه مانند دسته اول، مصادیق «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةُ النِّكَاحِ» را بیان کند، خود عنوان را تبیین کرده است.

روایت اول: صحیحہ عبد الله بن سنان
الحسين بن سعيد عن التضر بن سويد عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةُ النِّكَاحِ» هو ولي أمرها.^۶

۱. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۳۹۳، ح ۴۹: أحمد بن محمد بن عيسى عن البرقي أو غيره عن صفوان عن عبد الله بن المغيرة عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةُ النِّكَاحِ» قال هو الأب والأخ والزجل يوصي إليه والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى فأي هؤلاء عفا فقد جازء.

۲. كشف اللثام، ج ۷، ص ۶۲.

۳. مستندى درباره سفارش خدای متعال به خصوص امام علیه السلام و جد یافت نشد؛ رک: بحار الأنوار، ج ۷۲، ص ۱، باب ۳۱ (العشرة مع اليتامى و أكل أموالهم و ثواب إيوائهم و الرحم عليهم و عقاب إبدائهم).

۴. توضیح بیشتر: خصوصاً در توجیه اخیر، مجزئ سفارش الهی به اجداد یا امام علیه السلام در حق صغار سبب نمی گردد که بدون هیچ قرینه ای «الزجل یوصی إليه» به امام یا جد، اختصاص داده شود.

۵. مستند الشيعة، ج ۱۶، ص ۱۴۱.

۶. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۳۹۲، ح ۴۶؛ وسائل الشيعة، ج ۲۰، ص ۲۸۲، ح ۲.

روایت دوم: روایت رفاعة

عن رفاعة قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن «الَّذِي يَبِيدُ عُقْدَةَ النِّكَاحِ» فقال: الولي الذي يأخذ بعضا ويترك بعضا وليس له أن يدع كله.^۱»

تقریب استدلال به روایات دسته دوم

مرحوم نراقی به روایت ابن سنان برای اثبات «ولایت وصی بر نکاح صغار» استدلال کرده است.^۲ استدلال به این دو روایت، بنا بر این است که از «الولي» و «ولي أمرها»، کسی اراده شده باشد که بر معمول کارهای دختر ولایت دارد. در این صورت، شارع، ولایت چنین شخصی را در نکاح، جایز دانسته است؛ پس اگر شخصی از طرف پدر یا جد، در معمول امور اطفال، وصی شده باشد، گرچه نکاح در وصیت لحاظ نشده است، ولی شارع او را وصی در نکاح نیز قرار داده است. طبق این بیان، حتی نیاز نیست که به صورت ضمنی تصریح شود که وصی، در امر نکاح اختیار دارد؛ بلکه وصی بودن در معمول امور، برای ولایت وصی در امر نکاح کافی است؛ بلکه طبق این بیان، حتی اگر بدانیم وصیت درباره نکاح نیست، شارع برای وصی چنین حقی قائل شده است.^۳

اشکالات استدلال به روایات دسته دوم

اما این استدلال قابل مناقشه است.

اشکال اول: خلاف ظاهر بودن اراده «ولایت در معمول امور» از «الولي» و «ولي أمرها» اولاً، به تناسب حکم و موضوع، مراد از «الولي» و «ولي أمرها» در تفسیر آیه شریفه، کسی است که در خصوص امر ازدواج و امور مربوط به آن ولایت دارد و ولایت داشتن وصی در امر تزویج، اول کلام است؛ پس با شک در اینکه وصی نسبت به نکاح ولایت دارد یا خیر، نمی توان به این دو روایت، برای اثبات ولایت وی تمسک کرد.

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۹۲، ح ۴۸؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۲، ح ۳.

۲. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۴۰.

۳. توضیح بیشتر: یعنی بنابر این احتمال، حق وصی، حق شرعی است، نه حق مالکی که از اعتبار و جعل موصی نشأت گرفته باشد تا اختصاص به جایی داشته باشد که ولایت در امر تزویج، مورد نظر موصی در وصیتش باشد.

شاید توهم شود که اگر مراد از این دو عبارت، ولی در نکاح باشد، لازم می‌آید که قضیه «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ» هو ولی امرها از قبیل ضرورت به شرط محمول باشد که در این صورت فایده‌ای بر تفسیر حضرت مترتب نیست؛ زیرا معنای جمله این می‌شود که عقد نکاح به دست کسی است که بر نکاح ولایت دارد، در حالی که این جمله لغو است.

ولی در ردّ توهم لغویت، ذکر این فایده کافی است که ممکن است این روایات در مقام دفع نظر عده‌ای از فقهای عاقله باشد که معتقدند مراد از «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ» شوهر است^۱ که اگر قبل از دخول، همسرش را طلاق دهد، علاوه بر لزوم پرداخت نصف مهری که زن به جهت عقد، استحقاق پیدا کرده، نیکوست نصف

۱. «ولی» در این آیه، طبق نظر برخی از عاقله، زوج و طبق نظر برخی دیگر، ولی دختر، مثل پدر دختر است؛ برای نمونه:

الذّر المنتور، ج ۱، ص ۲۹۲: «وأخرج ابن جرير وابن المنذر وابن أبي حاتم والبيهقي في سننه عن ابن عباس في قوله ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ ... أَوْ يَغْفُوا الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ﴾ و هو أبو الجارية البكر، جعل الله العفو إليه؛ ليس لها معه أمر إذا طلقت ما كانت في حجره ... وأخرج الطستي عن ابن عباس أن نافع بن الأزرق قال له أخبرني عن قول الله ﴿إِلَّا أَنْ يَغْفُوا أَوْ يَغْفُوا الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ﴾ قال إلا أن تدع المرأة نصف المهر الذي لها أو يعطيها زوجها النصف الباقي ... وأخرج ابن جرير وابن أبي حاتم والطبراني في الأوسط والبيهقي بسند حسن عن ابن عمرو عن النبي ﷺ قال ﴿الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ﴾، الزوج.

و أخرج وكيع وسفيان والفرابي وابن أبي شيبة وعبد بن حميد وابن جرير وابن أبي حاتم والدارقطني والبيهقي عن علي بن أبي طالب قال ﴿الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ﴾ الزوج.

و أخرج ابن أبي شيبة وعبد بن حميد وابن جرير وابن المنذر والبيهقي من طرق عن ابن عباس قال ﴿الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ﴾ الزوج.

و أخرج ابن أبي حاتم والبيهقي عن ابن عباس قال ﴿الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ﴾ أبوها أو أخوها أو من لا تنكح إلا بإذنه ... وأخرج ابن أبي شيبة عن سعيد بن جبیر ومجاهد والضحاك وشريح وابن المسيب والشعبي و نافع ومحمد بن كعب ﴿الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ﴾ الزوج.

و أخرج ابن أبي شيبة عن أبي بشر قال قال طائوس ومجاهد ﴿الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ﴾ هو الولي؛ و قال سعيد بن جبیر هو الزوج؛ فكلما في ذلك فما برحا حتى تابعا سعيدا.

در برخی تفاسیر قدیمی عاقله (قرن دوم تا چهارم) نیز، مراد از «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ»، زوج دانسته شده است؛ برای نمونه: تفسیر مقاتل بن سلیمان، ج ۱، ص ۲۰۰؛ معانی القرآن (فراء)، ج ۱، ص ۱۵۵؛ تفسیر غریب القرآن (ابن قتیبه)، ص ۸۲؛ تفسیر السمرقندی، ج ۱، ص ۱۵۶.

دیگر را به او ببخشد. طبری از جمله این افراد است.^۱ طبق این بیان، این روایات می‌گویند مراد از «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةُ النِّكَاحِ» زوج نیست؛ بلکه کسی است که امر نکاح به دست اوست؛ یعنی یا «خود زوجه» یا «وکیل او» و یا «ولین او»، از نصف مهریه یا مقداری از آن صرف نظر کنند و از زوج نگیرند.^۲

اشکال دوم: بعید بودن جعل ولایت نکاح برای وصی در اموال
ثانیاً، این ادعا که ولّی در غالب امور، بر تزویج هم ولایت دارد، بسیار بعید است؛ زیرا اگر پدر یا جد، در حال حیات، شخصی را در امور مالی صغار وکیل کنند، شارع بدون اذن آنان، به وکیل اجازه نمی‌دهد صغار را تزویج کند؛ پس چطور به وصی که پس از فوت پدر یا جد، متصدی غالب امور صغار شده، چنین اجازه‌ای بدهد؟^۳

تذکر این نکته لازم است که مجموع روایات فوق - چه دسته اول و چه دسته دوم - مربوط به دختر است، نه پسر؛ اما در صورت اثبات ولایت وصی بر نکاح دختر صغیر، ممکن است گفته شود با عدم قول به فصل، ولایتش بر نکاح پسر صغیر هم اثبات می‌شود.

ب. ادله عدم ولایت وصی بر نکاح صغار

در مقابل، روایاتی وجود دارد که ممکن است برای نفی ولایت وصی بر نکاح صغار، به آنها تمسک شود. این روایات در ذیل بررسی می‌شود.

۱. تفسیر الطبري، ج ۲، ص ۳۳۹.

۲. توضیح بیشتر: محض مطلب این است که حمل «ولّی امرها» بر «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةُ النِّكَاحِ» از نوع حمل شایع صنایعی نیست؛ بلکه این قضیه از قبیل تفسیر لفظی است که قهراً مشکل ضرورت به شرط محمول را ندارد؛ یعنی روایت مراد از عنوان فوق را بیان می‌کند و با مدلول مطابقی، به اتحاد معنویات این دو عنوان کاری ندارد.

۳. توضیح بیشتر: این نقض، درباره اطلاق استدلال به روایت است، نه اصل استدلال؛ چون محل کلام، هم شامل وصی در خصوص امر تزویج است که نقض فوق در این باره نمی‌آید، و هم در مورد وصی در متعارف امور به جز تزویج که نقض فوق درباره آن مطرح است. البته اصل اشکال حلّی استاد رحمته الله که ولایت شرعی وصی در امر تزویج، اول الکلام است، تمام موارد بحث را شامل می‌گردد.

دلیل اول: صحیحۀ ابن بزیع

دلیل اول، صحیحۀ ابن بزیع است:

محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن محمد بن إسماعیل بن بزیع قال: «سأله رجل عن رجل مات وترك أخوين والبنت والابنة صغيرة فعمد أحد الأخوين الوصي^۱ فزوّج الابنة من ابنه ثم مات أبو الابن المزوّج؛ فلما أن مات، قال الآخر أخی لم یزوّج ابنه^۲ فزوّج الجارية من ابنه فقیل للجارية أيّ الزّوجین أحبّ إليك؛ الأول أو الآخر؟ قالت الآخر. ثم إن الأخ الثاني مات ولأخ الأول ابن أكبر من الابن المزوّج؛ فقال للجارية، اختاری، أتیهما أحبّ إليك؛ الزّوج الأول أو الزّوج الآخر؟ فقال: الروایة فیها أنّها للزّوج الأخير وذلک أنّها [تكون] قد كانت أدركت حين زوّجها وليس لها أن تنقض ما عقدته بعد إدراكها.»^۳

بررسی سند

روایت گرچه مضمهره است، ولی شکی نیست که ضمیر «سأله» به امام علیه السلام بر می‌گردد؛ زیرا نه تنها مرسوم نیست، بلکه خلاف بلاغت است حدیثی با این طول و تفصیل، از فردی غیر از امام در کتب حدیثی نقل شود و از قائل آن سؤال نشود. اما اینکه در حدیث، تعبیر «قال: الروایة فیها أنّها...» به جای «قال: أنّها...» ذکر شده است، دلیل بر این نیست که مروی عنه، غیر امام است یا اینکه امام تقیه کرده است؛ بلکه در برخی از مسائل اختلافی بین عاقله که از مصدر حدیث سؤال می‌کردند، حضرت مناسب می‌دید به برای اشخاصی که با اهل تستن سر و کار دارند - مانند راوی همین حدیث، یعنی محمد بن اسماعیل که در دستگاه خلافت بوده^۴ - حدیث را از اجداد خود نقل کند.

۱. استاد علیه السلام: یعنی این برادری که وصی بوده است.

۲. استاد علیه السلام: زیرا دختر که صلاحیت اجازه دادن نداشته و برادر نیز ولی او نبوده است.

۳. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۷، ح ۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۲، ح ۱.

۴. رجال الکشی، ص ۵۶۴؛ رجال النجاشی، ص ۳۳۱.

تقریب استدلال

در این روایت، حضرت بعد از شنیدن سؤال سائل فرموده‌اند طبق حدیث، دختر، حق اختیار مجدد ندارد؛ چون عقد دوم را امضا کرده و حق به هم زدن آن را ندارد. از اینکه حضرت، عقد وصی را رد کرده‌اند و عقد دوم را به سبب اجازه دختر، صحیح دانسته‌اند، روشن می‌شود وصی، بر تزویج صغیره ولایت ندارد و مانند هر اجنبی دیگر، عقدش فضولی است.

اشکال استدلال

اما این بیان ناتمام است؛ زیرا برادر دوم، عقد برادر اول را فضولی فرض کرده است و امام علیه السلام آن را تخطئه نفرمودند و طبق همان، پاسخ فرمودند. اینکه چنین تزویجی فضولی باشد، با احتمالات متعددی سازگار است، مانند مشتمل نبودن عقد اول بر مصلحت، اختصاص وصیت به شؤونی غیر از نکاح، یا بطلان نفوذ وصیت به نکاح، و احتمال اخیر، متعین نیست. مرحوم آقای خوئی نیز در رد این استدلال فرموده است:

«أنها أجنبية عن محل الكلام؛ إذ لم يفرض فيها كون الوصي وصيًا في التزويج، فلا تعارض ما تقدم؛ لما عرفت من ورودها ولو بملاحظة مناسبة الحكم والموضوع في التزويج؛ بل لا بد من حملها على الوصي في غير النكاح كإدارة شؤونها العامة، كما هو الغالب في الوصية.»

در حقیقت، محتمل است علت کلام امام علیه السلام این بوده باشد که صرف وصایت، برای اثبات ولایت بر نکاح، کافی نیست؛ زیرا بسیاری از ثروتمندان برای خود وصی قرار می‌دهند، بدون قصد اینکه وصی، دختران آنان را شوهر دهد. در این روایت هم، وصی از آن جهت که عموی بزرگ دختر بوده و اختیاراتی در شؤون برادر داشته، دختر برادر را تزویج کرده، در حالی که وصی در امر نکاح نبوده است.

دلیل دوم: روایات ولایت انحصاری پدر

دلیل دوم بر نفی ولایت وصی، روایات دال بر ولایت انحصاری پدر است.

روایت اول: صحیحۀ ابو عبیدۀ حدّاء

عده من أصحابنا عن سهل بن زیاد و محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد و علي بن إبراهيم عن أبيه جميعاً عن الحسن بن محبوب عن علي بن رئاب عن أبي عبدة قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوّجهما وليّان لهما و هما غير مدرّكين، قال: فقال: التّكاح جائز و أتيهما أدرك، كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا، فلا ميراث بينهما و لا مهر إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا ... قلت: فإن ماتت الجارية و لم تكن أدركت أيرثها الرّوج المدرك؟ قال: لا؛ لأنّ لها الخيار إذا أدركت. قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تدرك؟ قال: يجوز عليها تزويج الأب و يجوز على الغلام؛ و المهر على الأب للجارية.»^۱

سائل در صدر روایت، از عقد اولیای عرفی - مانند عمو، دایی و برادر بزرگ - سؤال کرده و حضرت در پاسخ، عقد آنان را فضولی دانسته‌اند و در ذیل، به طور خاص، از عقد پدر سؤال کرده و حضرت در پاسخ، آن را نافذ دانسته‌اند؛ پس در مجموع می‌توان گفت صحیحۀ ولایت بر نکاح را از همه اولیای عرفی، حتی وصی نفی کرده و به طور خاص، برای پدر ثابت دانسته است. البته جد هم یا به کمک روایات دیگر^۲ به پدر ملحق می‌شود یا به قرینه آنها می‌گوییم که مراد از «الأب» در اینجا، اعم از پدر با واسطه و بی واسطه است.

روایت دوم: صحیحۀ اول محمد بن مسلم

أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن محبوب عن العلاء عن محمد بن مسلم قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصّبيّ يتزوّج الصّبيّة، قال: إذا كان أبواهما اللّذان زوّجاها، فنعم جائز، و لكن لهما الخيار إذا أدركا؛ فإن رضيا بعد ذلك، فإنّ المهر على الأب. قلت له فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره؟ قال: لا.»^۳

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۱، ح ۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۹، ح ۱.

۲. رک: وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۹، باب ۱۱ (ثبوت الولاية للجد للأب في حياة الأب خاصة على الصغيرة).

۳. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۳۸۲، ح ۱۹؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۷، ح ۸.

مفهوم این صحیحه دلالت می‌کند که تزویج غیر از «پدر» جایز نیست؛ بنابراین از آن، بطلان عقد وصی استفاده می‌شود. البته در این‌گونه احادیث، نیاز نیست قائل به مفهوم شرط بود؛ زیرا امام علیه السلام در مقام بیان جواب سائل هستند و در چنین مقامی کلام، مفهوم دارد.

روایت سوم: صحیحه دوم محمد بن مسلم

أحمد بن محمد بن عیسی عن محمد بن أبي عمير عن صفوان عن العلاء عن محمد بن مسلم قال عن أبي جعفر علیه السلام:

«في الضبي يتزوج الضببة يتوارثان؟ قال: إذا كان أبواهما اللذان زوّجاها فنعم. قلت فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: لا.»^۱

این صحیحه هم نفوذ تزویج صفار را منحصر در تزویج «پدر» کرده است؛ به این بیان که با مفهومش دلالت می‌کند که اگر کسی غیر از پدر، آنان را تزویج کند، از یکدیگر ارث نمی‌برند و عدم ارث، کاشف از بطلان عقد است.

هر کدام از این دو روایت، زیاده‌ای نسبت به دیگری دارد و ظاهراً در اصل، یک روایت بوده و هربار بخشی از آن نقل شده است. در کتاب حسین بن سعید نیز چنین نقل شده است:

صفوان عن العلاء عن محمد عن أحدهما علیه السلام قال: «قلت: الضبي يتزوج الضببة هل يتوارثان؟ قال: إن كان أبواهما زوّجاها، فنعم. قلت فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: لا.»^۲

مرحوم نراقی^۳ و صاحب ریاض^۴ علاوه بر استدلال به صحیحه ابن بزیع، به صحیحه اول و دوم محمد بن مسلم هم استدلال کرده‌اند؛ اما مرحوم سبزواری که قبل از این دو است، روایت محمد بن مسلم را تنها به عنوان مؤید مطرح کرده است.^۵

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۸-۳۸۹، ح ۳۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۲، ح ۱.

۲. النوادر (اشعری)، ص ۱۳۶، ح ۳۵۳؛ مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۳۱۸، ح ۶.

۳. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۳۹.

۴. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۹۷-۹۸.

۵. کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۹۷.

روایت چهارم: صحیحۀ عبید بن زرارہ

عن التضر عن القاسم بن سلیمان عن عبید بن زرارہ عن أبي عبد الله عليه السلام:
 «في الصبي يتزوج الصبّية هل يتوارثان؟ فقال: إن كان أبوهما اللذان
 زوّجاها حيّين، فنعم. قلنا: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: لا.^۱
 «قاسم بن سلیمان» طبق نظر مختار، معتبر است^۲ و از جهت دلالت نیز این
 صحیحہ مانند صحیحۀ قبل است.

روایت پنجم: صحیحۀ زرارہ بن اعین

أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن علي بن رثاب عن زرارہ بن أعين قال: سمعت
 أبا جعفر عليه السلام يقول: «لا ينقض النكاح إلا الأب.»^۳
 اگر عقدی صحت تأهلی داشته باشد، پدر می تواند آن را بر هم بزند، اما دیگران
 نمی توانند؛ پس معلوم می شود آنها ولایتی ندارند. در کفایہ مرحوم سبزواری، این
 روایت نیز به عنوان مؤید مطرح شده است.^۴

اشکالات دلیل دوم

اما این اخبار، همگی با اشکالاتی مواجه است.

اشکال اول: حمل «أب» بر مثال به قرینۀ ثبوت ولایت برای جدّ

مرحوم آقای حکیم^۵ و آقای خوئی^۶ به قرینۀ اینکه جدّ نیز بر نکاح صغیره ولایت دارد

۱. النوادر (اشعری)، ص ۱۳۵، ح ۳۵۰؛ مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۳۱۷، باب ۵، ح ۳.

۲. در مباحث سابق (تشاخ بین پدر و جد) وثاقت وی ثابت شد.

۳. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۲، ح ۸؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۲، ح ۱.

این روایت را محمد بن مسلم نیز نقل کرده است (تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۷۹، ح ۹: «و عنه عن أحمد بن الحسن عن أبيه عن علي بن الحسن بن رباط عن شعيب الحذاء عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام») و ظاهراً همه این روایت های محمد بن مسلم، یک روایت بوده که تقطیع شده و در هر حدیث، بخشی از آن آمده است.

۴. کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۹۷.

۵. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۷۶.

۶. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۴۵-۲۴۶.

و با این حال در این روایت ذکر نشده، ذکر «أب» در این گونه روایات را از باب مثال دانسته‌اند؛ البته مرحوم آقای خوئی در این ادعای خود، متعرض روایت ابو عبیده حدّاء نشده است.^۱ در هر حال، از ظاهر کلام مرحوم صاحب جواهر نیز که فرموده: «وَأَمَّا الْأَخْبَارُ الْمَزْبُورَةُ، فَهِيَ غَيْرُ مَسَاقَةِ لِبْيَانِ ذَلِكَ؛ بَلِ الْمُرَادُ مِنْهَا أَنَّ الْعَقْدَ إِنْ كَانَ مَقْنً لَهُ الْوَلَايَةُ، مَضَى، وَإِلَّا كَانَ فَضُولًا، كَمَا لَا يَخْفَى عَلَى مَنْ تَأَمَّلَهَا»^۲ این مطلب قابل استفاده است؛ پس منافات ندارد که وصی نیز مانند پدر بتواند صغیره را تزویج کند.

پاسخ اشکال اول

ولی این حمل، صحیح نیست؛ زیرا «أب» گاهی به معنای خاصّ خودش در مقابل جدّ، استعمال می‌شود و گاهی به معنای اعم از پدر با واسطه و بی‌واسطه؛ لذا یک نحوه اجمالی دارد؛ اما به قرینه روایات دالّ بر ثبوت ولایت برای جدّ، می‌توان گفت رفع اجمال می‌شود و مراد از آن را اعم از پدر بی‌واسطه و با واسطه می‌دانیم. آیا از این روایت چنین فهمیده نمی‌شود که برادر، عمو، دایی، مادر و خاله ولایت ندارند؟ آیا این روایت برای مخاطبان، مجمل است و باید مصادیق ولیّ را از جای دیگری بیابند؟ خصوصاً در روایت ابو عبیده که صاحب حدائق نقل نکرده، مراد از ولیّ در ابتدای روایت، ولیّ عرفی است و امام علیه السلام تزویج توسط آنها را فضولی دانسته است و بعد تزویج پدر را نافذ دانسته است.

اشکال دوم: منحصر نبودن ولایت پدر در مباشرت

اشکالی که به نظر ما بر این روایات وارد است این است که مراد از تصحیح عقد «أب» در این روایات، خصوص عقد مباشری «أب» نیست تا گفته شود مفاد آنها با صحت عقد کسی که از طرف پدر در تزویج صغیر و صغیره وکالت دارد، در تنافی است؛ زیرا چه پدر خودش دخترش را تزویج کند و چه به دیگری وکالت دهد که

۱. بر خلاف آقای حکیم که این روایت را در مقام، مطرح کرده است: مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۷۶: «و نحوه صحیح الحداء الدال علی أنه إذا زوج الصغیر غیر الأب توقف التوارث بعد موت أحدهما علی بلوغ الآخر وإجازته».

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۸۸-۱۸۹.

دخترش را تزویج کند، در هر دو صورت، عرف تزویج را به پدر مستند می‌داند. از طرفی، چون تزویج وصی با اذن پدر - ولو پس از فوتش - تسبیحاً به او مستند است و عقد وصی، عقد تسبیحی وصیت‌کننده محسوب می‌شود، این روایات با دلیل نفوذ ولایت وصی - اگر چنین دلیلی ثابت باشد - منافات ندارد.

اشکال سوم: عدم حجّیت عکس نقیض در قضایای عقلایی

پاسخ دیگری که به استدلال به صحیحۀ دوم محمد بن مسلم و صحیحۀ عبید بن زرارۀ می‌توان داد، این است که «نفی توارث زوجین از یکدیگر»، با «بطلان عقد» تلازمی ندارد؛ بلکه ممکن است عقد غیر از پدر، مانند جدّ و وصی صحیح باشد، ولی به مقتضای این دو صحیحۀ زوجین از یکدیگر ارث نبرند.

برای بررسی تلازم بین نفی توارث و بطلان عقد، باید حجّیت عکس نقیض در قضایا بررسی شود. اختلافی بین مرحوم شیخ^۱ و مرحوم آخوند^۲ مطرح است که آیا عکس نقیض قضایا جزء مدالیل عبارات است یا خیر؟ یعنی اگر گفته شود: «کلّ عالم یجب إکرامه»، آیا از آن فقط فهمیده می‌شود که «هر عالمی واجب الاحترام است» یا به این جهت هم ناظر است که «اگر کسی واجب الاحترام نبود، عالم هم نیست». مرحوم شیخ - بر خلاف مرحوم آخوند - معتقد است قضایا بر «عکس نقیض» خود نیز دلالت دارند. البته مرحوم شیخ و مرحوم آخوند در تمسک به أصالة العموم در مواردی که به منطوق قضایا - نه به عکس نقیض آنها - تمسک می‌شود، اتفاق دارند که عبارت‌اند از:

مورد اوّل: زید عالم است، ولی وجوب اکرام او مشکوک است؛ در این صورت به عموم «کلّ عالم یجب إکرامه» تمسک می‌شود.

مورد دوم: خطاب «لا تُکرّم زیداً» هم بعد از «أکرّم العلماء» وارد شده و دو نفر به نام زید وجود دارد که یکی عالم و دیگری غیر عالم است و معلوم نیست که «لا تُکرّم زیداً» به کدام یک از آن دو نفر ناظر است؛ در این مورد نیز برای حفظ عموم در «أکرّم العلماء» به أصالة العموم تمسک می‌شود و

۱. مطارج الأنظار، ج ۲، ص ۱۴۹.

۲. کفایة الأصول (جواب آل البيت)، ص ۲۲۵.

به وجوب احترام زید عالم، حکم می‌شود.

این دو مورد، جایی است که در اراده جدی از «کُلّ عالم» شک شود که آیا اراده جدی در مورد زید عالم، با اراده استعمالی (که عام هست) تطابق دارد یا خیر. لذا در مواردی که شک در مراد جدی است و مراد استعمالی روشن است، بناء عقلاء بر این است که مراد جدی را مطابق با مراد استعمالی می‌دانند؛ در نتیجه اصل عقلایی اقتضا می‌کند که در دوران بین تخصیص و تخصص یا دوران بین حقیقت و مجاز در فرض معلوم بودن کیفیت استعمال، به ترتیب گفته شود تخصیص و حقیقت است.

اما محلّ بحث در جایی است که اراده جدی مولا مشکوک نباشد، مانند جایی که مراد متکلم روشن است ولی حقیقی بودن یا مجازی بودن استعمال معلوم نیست، یا مانند اینکه دو خطاب «أكرم العلماء» و «لا تُكرم زیداً» وارد شده و یک زید هم بیشتر نداریم، ولی روشن نیست این زید عالم است و از عموم «کُلّ عالم» یجب إكرامه تخصیص خورده است، یا جاهل است و تخصصاً از عموم آن خارج است. در چنین موردی، بین مرحوم شیخ و مرحوم آخوند اختلاف است.

مرحوم شیخ، طبق مبنای دلالت قضایا بر عکس نقیض خود، حکم کرده که زید عالم نیست و سایر احکام جاهل را نیز بر او بار می‌کند؛ به این بیان که «کُلّ عالم یجب إكرامه» دلالت می‌کند بر اینکه «کُلّ من لم یجب إكرامه، فلیس بعالم» و فرض این است که زید اکرامش واجب نیست؛ پس «زید لیس بعالم».

در مقابل، نظر مرحوم آخوند با تبیینی بیشتر این است که گرچه به حسب منطق، اصل قضایا و عکس نقیض آنها، در صدق، متلازم هستند، ولی در قضایایی که مثل مسائل ریاضی قطعی و غیر قابل تخصیص هستند به جهت قطعی بودن غیر قابل تخصیص بودن آن، عکس نقیض آن نیز قطعی و غیر قابل تخصیص است و حجیت قطع هم ذاتی است، نه جعلی و عقلایی؛ از این رو، در علومی مانند ریاضیات، احکام عکس نقیض بار می‌شود. اما اگر در موردی عقد اثباتی قضیه، ظنی باشد، عکس نقیض آن هم ظنی می‌شود، و یا اگر مشکوک باشد، عکس نقیضش هم مشکوک خواهد بود. بین قضیه و عکس نقیض آن ملازمه وجود دارد؛ اما در حجّیت ملازمه ندارند؛ یعنی اگر دلیلی بر حجّیت ظنی قائم شد، ملازمه

ندارد عکس نقیض آن را نیز حجت کند؛ پس دلیلی بر حفظ اصالة العموم در این موارد وجود ندارد. البته اگر ظنّ حاصل شده اطمینانی باشد، اطمینان به عکس نقیض قضیه نیز وجود دارد و اطمینان حجت عقلایی است.

بنابراین، اگر مراد مولا مشکوک باشد، بنای عقلا بر جریان اصالة العموم است، مانند شک در شمول «اکرم العلماء» نسبت به زید عالم؛ اما اگر مراد، معلوم باشد و شک در کیفیت اراده باشد، چنین بنایی وجود ندارد، مانند موردی که خروج زید از عموم وجوب اکرام علما معلوم است، ولی نمی دانیم با تخصیص خارج است یا تخصّصاً.

تطبیق مبنای اصولی مذکور بر محلّ کلام

در مورد مسئله کنونی، یک قانون کلی وجود دارد که «زوجیت موجب توارث است» و عکس نقیض آن، این است که «هر جا توارث نباشد، زوجیت منتفی است». همچنین با توجه به صحیحۀ محمد بن مسلم و عبید بن زراره، در صورت تزویج وصی - بنابر اینکه عقد را منتسب به پدر ندانیم و بگوییم عقد غیر از پدر است - توارث بین طرفین ازدواج، منتفی است.

نتیجه، طبق مبنای مرحوم شیخ و آخوند با یکدیگر متفاوت است. بنابر مبنای مرحوم شیخ که این عکس نقیض را قبول دارد، در تزویج وصی، چون توارث بین زوجین منتفی است، زوجیت نیز منتفی است؛ اما طبق مبنای مرحوم آخوند که عکس نقیض را قبول ندارد، گرچه توارث بین زوجین منتفی است، ولی لازمه آن، نفی زوجیت نیست؛ یعنی ممکن است عدم توارث آنان، از باب تخصیص باشد، نه از باب انتفاء زوجیت.

بلکه شاید ظاهر روایت همین است که در صورت عقد غیر از پدر، زوجیت ثابت است، ولی توارث منتفی است؛ چون راوی، صحت عقد را مفروض فرض کرده و از این فرض سؤال کرده است که اگر صغیر و صغیره قبل از صلاحیت اعمال خیار از دنیا بروند، از یکدیگر ارث می‌برند یا خیر. حضرت نیز در جواب فرموده‌اند که فقط در صورت عقد پدر، توارث ثابت است. شاید وجه ثبوت توارث این است که در صورت تزویج توسط پدرها، برای زوجین، بعد از بلوغ، حقّ خیار ثابت نیست تا عقد را بر هم بزنند؛ ولی در صورت تزویج سایرین، گرچه عقد، صحیح است، اما زوجین هنگامی که بالغ شدند خیار دارند و می‌توانند عقد را بر هم بزنند.

این مطلب، با ثبوت توارث در برخی موارد که خیار ثابت است منافاتی ندارد؛ زیرا غیر از عموّمات - که در صورت صحت عقد، به توارث حکم می‌کنند - دلیل قطعی دیگری برای اثبات توارث در هر جا که خیار ثابت است وجود ندارد و عموّمات، قابل تخصیص است؛ پس شاید این دو صحیحه، مخصّص این عموّمات باشند. شاید هم استظهار شود در مواردی که فقها توارث را ثابت دانسته‌اند، عقد نسبت به زوجین خیاری است و می‌توانند وقتی بالغ شدند آن را بر هم بزنند؛ چرا که در عروه و حواشی آن، عنوان نشده است که اگر غیر پدر، اولیای دیگری مثل حاکم یا وصی، تزویج کنند، عقد قابل برهم زدن است یا خیر. شاید اگر حاکم یا وصی یا دیگر اولیاء، عقد کنند، چنانچه زوجین بعد از بلوغ، راضی نبودند، بتوانند عقد را بر هم بزنند.

نکته قابل توجه در اینجا این است که شاید بتوان از روایت هم، چنین برداشتی کرد؛ چون روایت، صحت عقد صبی و صبیّه را منحصر به صورت انجام عقد توسط پدر کرده است، اما تفصیل روایت مربوط به مسئله توارث است، نه صحت عقد. از سؤال سائل چنین برداشت می‌شود که راوی، صحت عقد را مفروض گرفته و در فرض صحت، از توارث سؤال کرده است، نه اینکه موضوع سؤال، مطلق عقدی باشد که انجام گرفته است، و گرنه مناسب بود که از صحت عقد پرسش می‌شد، نه از توارث.

شاید گفته شود: مورد احتیاج سائل، چه بسا صورت مرگ یکی از زوج و زوجه قبل از رسیدن به سن بلوغ بوده است. در این صورت، چون بلوغی در کار نیست، احکام زوجیت به جز توارث در کار نیست؛ از این رو، ممکن است سائل، صحت عقد را مفروض نگرفته باشد، بلکه در صحت و عدم صحت عقد هم تردید داشته باشد؛ ولی چون صحت عقد به عنوان مقدّمه توارث مطرح است، مستقیماً از غرض نهایی خود پرسش کرده و توارث را عنوان کرده است.

اما پاسخ این است که آثار عقد پسر نابالغ یا دختر نابالغی که قبل از بلوغ می‌میرد، منحصر به توارث نیست؛ بلکه به عنوان نمونه، محرمیت مادرزن از آثار ظاهری است که چه بسا عقد ازدواج در حال کودکی، به خاطر ترتیب چنین آثاری انجام می‌گیرد.

با توجه به اینکه موضوع سؤال، عقد مفروض الصّحّه است، دیگر نمی‌توان به این روایت برای بطلان عقد وصی تمسک کرد؛ زیرا روایت به شرایط صحت و عدم صحت عقد نظر ندارد؛ بلکه اگر دلیلی بر صحت عقد وصی در کار باشد، با ضمیمه کردن این دلیل به روایت فوق، نتیجه می‌گیریم که عقد وصی، در عین صحت، منشأ توارث نمی‌گردد.

ممکن است گفته شود: با تفسیری که شما از ادله صحت عقد وصی کردید و آن را همچون عقد وکیل، از مصادیق عقد پدر به حساب آوردید، عقد صحیح، مصداقی جز عقد پدر ندارد، و در این صورت نمی‌توان موضوع روایت فوق را عقد مفروض الصّحّه دانست؛ زیرا ظاهر پاسخ امام علیه السلام این است که عقد مفروض الصّحّه دو صورت دارد: گاه توسط پدر انجام می‌گیرد که با توارث همراه است، و گاه توسط پدر انجام نمی‌گیرد که توارثی در کار نیست.

پاسخ این است که اولاً، ادعا نشد که نسبت به تمام احکام و در تمام ادله، عقد وصی، مصداق عقد پدر لحاظ شده است؛ بنابراین ممکن است در این روایت، نسبت به مسئله توارث و عدم توارث، عقد وصی، قسیم عقد پدر به شمار آمده باشد. ثانیاً، می‌توان شرط «إذا كان أبوهاما اللذان زوجاهما» را تأکید مورد سؤال دانست، شبیه عبارت «در مفروض سؤال» که در پاسخ استفتائات، فراوان دیده می‌شود؛ بنابراین معنای جمله فوق چنین می‌شود که در فرض سؤال که عقد به سبب اجرای آن توسط پدر، صحیح بوده، توارث هم محقق است.

در هر حال، این برداشت از روایت - که در عقد مفروض الصّحّه، بین صورت انجام عقد توسط پدر و غیر پدر تفصیل می‌دهد و در صورت اول، توارث را اثبات و در صورت دوم، توارث را با مفهوم نفی می‌کند - تنها در حدّ یک اشعار است، نه ظهور؛ بنابراین اگر عقد وصی را نسبت به صغار صحیح بدانیم، به عموماً اثر

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۸-۳۸۹، ح ۳۲: أحمد بن محمد بن عیسی عن محمد بن أبي عمير عن صفوان عن علاء عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر علیه السلام: «في الصبي يتزوج الصبيّة بتوارثان، قال: إذا كان أبوهاما اللذان زوجاهما، نعم؛ قلت فهل يجوز طلاق الأب؟ قال لا».

۲. توضیح بیشتر: نکته قابل توجه در این بحث، آن است که محمد بن مسلم در روایت مورد بحث، از توارث بین صبی و صبیّه که به هم تزویج شده‌اند از امام باقر علیه السلام پرسیده است؛ اما در روایت مشابه

تمسک کرده، در هنگام مرگ یکی از زوجین قبل از بلوغ، ارث را هم ثابت می‌کنیم و برداشت فوق را مخصص عمومات ارث نمی‌دانیم.

دلیل سوم: روایات دال بر لزوم نظرخواهی از دختر در فرض تزویج توسط غیر پدر
دلیل سوم بر نفی ولایت وصی، روایات دال بر لزوم نظرخواهی از دختر در فرض تزویج توسط غیر پدر است.

روایت اول: صحیحۀ سوم محمد بن مسلم

أحمد بن محمد بن عیسی عن محمد بن أبي عمير عن صفوان عن علاء عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبايها ليس لها مع الأب أمر و قال: يستأمرها كل أحد ما عدا الأب.»^۱
 این صحیحہ دلالت دارد که وصی، بر نکاح ولایت ندارد و باید اجازه بگیرد.

روایت دوم: صحیحۀ منصور بن حازم

محمد بن علي بن محبوب عن العباس عن صفوان عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح إلا بأمرها.»^۲
 عموم این صحیحہ هم اقتضا می‌کند که ولایت بر نکاح صغیره، برای هیچ کس، حتی پدر و جد، ثابت نباشد. البته این دو به وسیله ادله، از این عموم خارج شده‌اند؛ اما وصی تحت آن باقی است.
 مرحوم نراقی به این دو صحیحہ برای اثبات نفی ولایت از وصی استدلال کرده

دیگری چنین سؤال کرده است:

أحمد بن محمد بن عیسی عن الحسن بن محبوب عن العلاء عن محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبي يتزوج الضبّة؛ قال: إذا كان أبواهما اللذان زواجهما، نعم جاز؛ ولكن لهما الخيار إذا أدركا، فإن رضيا بعد ذلك، فإن المهر على الأب؛ قلت له فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره؟ قال: لا» (تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۳۸۲، ح ۱۹).

در ادامه روایت، از نفوذ طلاق پدر نسبت به فرزند خردسال خود سؤال شده که در نقل روایت مورد بحث هم آمده است. اگر این روایت را با روایت مورد بحث یکی بدانیم یا آنها را قطعات یک حدیث بدانیم که در آن تقطیع رخ داده، شیوه بحث کاملاً تغییر می‌کند؛ اما هیچ یک از این دو ادعا قابل اثبات نیست.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۳، ح ۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۳، ح ۳.

۲. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۳۸۰، ح ۱۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۱، ح ۱۰.

است^۱؛ ولی مرحوم سبزواری آنها را در تأیید صحیحۀ ابن بزيع و ابو عبیدۀ حذاء آورده و درباره صحیحۀ منصور فرموده است که جد و پدر به دلیل خارجی از تحت عموم آن خارج هستند.^۲

روایت سوم: روایت دعائم الاسلام
عن رسول الله ﷺ: «أنه نهی أن تنكح المرأة حتی تستأمر».^۳

اشکالات دلیل سوم
دو اشکال به این دسته از روایات وارد است.

اشکال اول: اجنبی بودن موضوع روایات از صغار و مجانین
این دسته از روایات، در خصوص دختر بالغ رشید وارد شده است و ربطی به صغار و مجانین ندارد؛ زیرا ظاهر این روایات این است که دختر صلاحیت برای نظرخواهی را دارد، نه اینکه هنگام بلوغ یا بعد از افاقه، از او نظرخواهی کنند، در حالی که صغیره و مجنونه، برای نظرخواهی صلاحیت ندارند و موضوع نظرخواهی، تنها در فرضی تحقق پیدا می‌کند که جنون، زائل شده باشد و دختر به حد بلوغ رسیده باشد. اما اینکه پدر در صحیحۀ منصور استثنا شده است، از این جهت است که پدر - همچنان‌که ما معتقدیم - بر دختر کبیره باکره ولایت دارد.

اشکال دوم: انتساب عقد وصی به پدر بالتسبیب
حتی اگر اشکال اول را نپذیریم و صغیره و مجنونه را نیز مشمول این روایات بدانیم، اشکال وارد بر دسته سابق روایات (دلیل دوم) بر این دسته نیز وارد است؛ زیرا عرفاً تزویج وصی با اذن پدر - ولو پس از فوتش - تسبیباً به پدر مستند است و عقد وصی، عقد تسبیبی موصی محسوب می‌شود؛ پس ادله‌ای که پدر را از نظرخواهی از باکره استثنا کرده، منافاتی با ادله ولایت وصی ندارد.

۱. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۳۹.

۲. کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۹۷.

۳. دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۸؛ مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۳۱۹، باب ۸، ح ۱.

دلیل چهارم: صحیحۀ داود بن سرحان

دلیل سوم بر نفی ولایت وصی، صحیحۀ داود بن سرحان است:

عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِي نَصْرِ عَنْ دَاوُدَ بْنِ سَرْحَانَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام: «فِي رَجُلٍ يَرِيدُ أَنْ يَزُوجَ اخْتَهُ، قَالَ: يُؤَامِرُهَا فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِقْرَارُهَا وَإِنْ أَبَتْ لَمْ يَزُوجْهَا وَإِنْ قَالَتْ زَوْجَنِي فَلَنَا فَلْيَزُوجْهَا مِمَّنْ تَرْضَى وَالْيَتِيمَةَ فِي حَجَرِ الرَّجُلِ لَا يَزُوجْهَا إِلَّا بِرِضَاهَا.»^۱

روایت، معتبر است^۲ و از فراز «و الیتیمه فی حجر الرجل لا یزوجها إلا برضاها» استفاده می شود که کسی حق تزویج صغیرۀ یتیم را بدون اذن او ندارد؛ پس تزویج وصی بدون اذن او بی ثمر است.

دلیل پنجم: صحیحۀ ابن ابی یعفور

دلیل سوم بر نفی ولایت وصی، صحیحۀ ابن ابی یعفور است:

رَوَى الْعَلَاءُ عَنْ ابْنِ أَبِي يَعْفُورٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: «لَا تَنْكِحْ ذَوَاتِ الْأَبَاءِ مِنَ الْأَبْكَارِ إِلَّا بِإِذْنِ آبَائِهِنَّ.»^۳

بنابر این اذن وصی، بی نتیجه است.

اشکال دلیل چهارم و پنجم

اشکال دلیل چهارم و پنجم این است که با لحاظ ادلّه ولایت وصی، تزویج وصی، در حکم تزویج پدر است و این روایات، با آن ادلّه تنافی ندارد.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۳، ح ۳؛ وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۲۶۸، ذیل ح ۳.

۲. توضیح بیشتر: سهل بن زیاد، طبق مختار، ثقه است؛ به علاوه، این روایت در فقیه (ج ۳، ص ۳۹۷، ح ۴۳۹۶) وارد شده است و طریق مشیخۀ فقیه بی شک صحیح است (کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، المشیخه، ص ۴۶۸: «و ما کان فیہ عن داود بن سرحان فقد رویتہ عن أبي؛ و محمد بن الحسن عليه السلام عن سعد بن عبد الله، عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن أحمد بن محمد بن أبي نصر البرنظي؛ و عبد الرحمن بن أبي نجران، عن داود بن سرحان العطار الكوفي»).

۳. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۳۹۵، ح ۴۳۹۰؛ وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۲۷۷، ح ۵.

بنابراین روایات دسته اول از روایاتی که در تفسیر آیه شریفه «الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»^۱ وارد شده است و مشتمل بر «الرجل يوصى إليه» و «الموصى إليه» است، نفوذ ولایت وصی نسبت به تزویج را اثبات می‌کند و هیچ‌یک از ادله‌ای که به عنوان مانع به آن تمسک شده بود، بر عدم صحت تزویج صغار توسط وصی دلالت نداشت تا معارض محسوب شود. اما تناسب حکم و موضوع اقتضا می‌کند که صحت تزویج وصی، در خصوص مواردی باشد که به نکاح، وصیت شده است، نه اینکه تنها امور مالی و یا عمده امور صغار به وصی واگذار شده باشد.

مرحوم سید بعد از بیان اصل نفوذ تزویج وصی، فقدان پدر و جد را در آن معتبر دانسته است؛ بنابراین اگر وصی از جانب پدر باشد و جد زنده باشد و یا آنکه وصی از طرف جد باشد و پدر زنده باشد، حق تزویج ندارد.

این مطلب تقریباً بین بزرگان، اتفاقی است؛ اما چون مسئله از تقریعات محسوب می‌شود و از اصول مسائلی که از ابتدا به آن فتوا داده‌اند نیست، چنین اجماعی نمی‌تواند مستند فتوا قرار بگیرد، گرچه مانع از جرأت اشخاص در فتوا بر خلاف می‌شود.

مرحوم آقای خوئی برای اعتبار این شرط، به آیه شریفه «فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بِنَهْيِهِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ»^۱ استدلال کرده و در تقریب استدلال به آیه فرموده است: «فَإِنْ مَقْتَضَاهُ عَدَمَ نَفْذِ الْوَصِيَّةِ الَّتِي فِيهَا إِثْمٌ أَوْ جَنَفٌ؛ وَحَيْثُ إِنَّ فِي نَفْذِ هَذِهِ الْوَصِيَّةِ جَنَفًا عَلَى الْوَلِيِّ الْآخَرِ، فَلَا يَثْبِتُ.»^۲ قرار دادن وصی با وجود ولی دیگر، مصداق ظلم و جنف در حق اوست؛ از این رو، به مقتضای آیه شریفه که تنها به ظلم بر

٢. البقرة، ١٨٢.

٣. موسوعة الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص ٢٤٧.

مولی علیه ناظر نیست و شامل ظلم به ولی هم می شود، چنین وصیتی نافذ نیست. مراد مرحوم آقای خوئی از ظلم به ولی دیگر، یا ظلم شرعی است یا ظلم عرفی که در هر دو صورت استدلال تمام نیست؛ زیرا اگر مراد، ظلم شرعی باشد، شرعاً وقتی ظلم صدق می کند که شارع برای جد، حقّی قرار داده باشد و پدر با تعیین وصی، آن را پایمال کند، در حالی که شاید شارع با قرار دادن حقّ تعیین وصی برای پدر، حقّ جد را از همان ابتدا مضیق کرده؛ بنابراین، حقّی برای جد در فرض اقدام وصی ثابت نیست تا پایمال شود و عکس آن نیز چنین است؛ یعنی حقّی برای پدر در فرض اقدام وصی جد ثابت نیست.

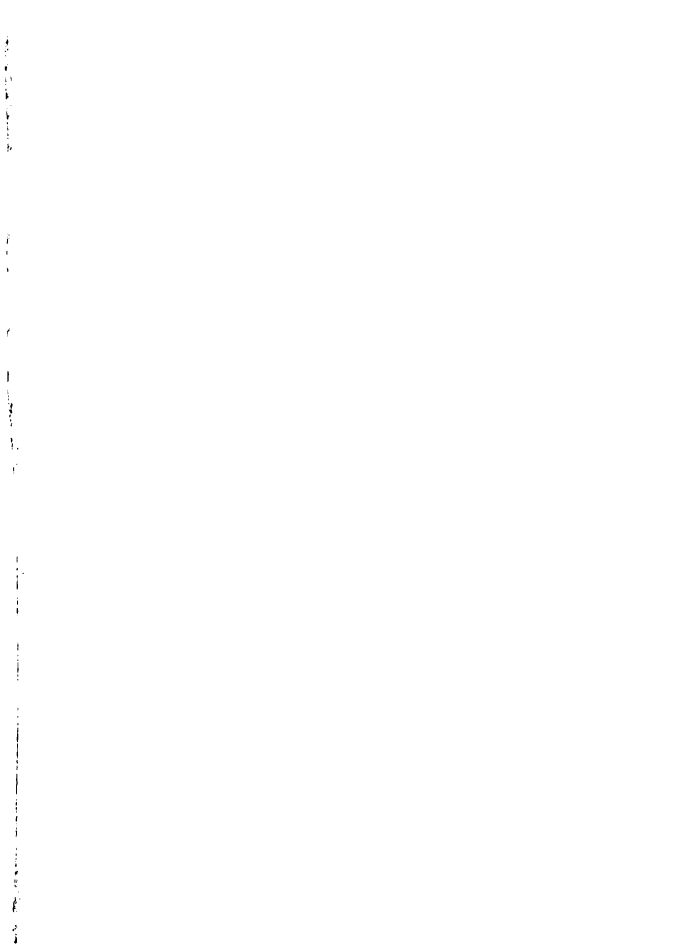
و اگر مراد ایشان ظلم عرفی باشد، گرچه در اینجا به جهت اینکه جد، اولویت عرفی دارد در نتیجه بی اعتنایی به او و تعیین وصی، ظلم عرفی محسوب می شود، ولی آیه شریفه ناظر به این گونه موارد نیست، همان طور که آیه در فرض وجود مادر، به موارد تعیین نامادری یا اجنبی به عنوان وصی ناظر نیست، با اینکه نامادری، هووی مادر محسوب می شود و چه بسا با مادر مخالف باشد.

بنابراین همان طور که مرحوم آقا ضیاء قائل است، چنین شرطی - نه در باب توکیل و نه در باب وصایت - معتبر نیست.^۱

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۳۲.

بررسی ولایت حاکم بر تزویج

بخش بیست و سوم



ولایت حاکم نسبت به تزویج شخص فاقد ولی

مسألة ۱۳: «للحاكم الشرعي تزويج من لا ولي له من الأب و الجدّ و الوصي، بشرط الحاجة إليه أو قضاء المصلحة اللازمة للمراعاة.»^۱

در مسئله ولایت حاکم نسبت به تزویج صغار و مجانینی که فاقد ولی هستند، بین فقها اختلاف است که آیا ولایت، مشروط به مصلحت یا ضرورت ثابت است، یا اینکه مطلقاً حتی در فرض ضرورت هم ثابت نیست؟ مرحوم سید معتقد است حاکم شرع حق دارد کسی را که فاقد ولی - اعم از پدر، جد و وصی - است، تزویج کند؛ اما به شرط نیاز به تزویج یا وجود مصلحتی که مراعاتش لازم است.

تبیین دو نکته در کلام سید

در توضیح عبارت مرحوم سید، تبیین دو نکته لازم است.

نکته اول: فرق بین حاجت و مصلحت ملزم

نکته اول این است که شاید در بیان فرق بین «حاجت» و «مصلحت لازم المراعات» گفته شود مراد از حاجت، حاجتی است که به حد لزوم نرسیده و مراد از «مصلحت لازم المراعات» حاجتی است که به حد لزوم رسیده است.

ولی این تفسیر، خلاف ذوق عرفی است. مفسنون این است که «حاجت» ناظر به مصالحی باشد که به خود طفل و مجنون مرتبط است و «مصلحت لازم المراعات» ناظر به مصالح خانوادگی و مانند آن باشد که - مثلاً - از نزاع جلوگیری می‌کند و ربطی به خود طفل ندارد؛ البته برای طفل نیز مفسده ندارد.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۹.

نکته دوم: شمول ولایت در کلام سید نسبت به مجانین

نکته دوم این است که ظاهر کلام مرحوم سید این است که در فرض نبودن سایر اولیاء، حاکم، هم بر صغار ولایت دارد و هم بر مجانین؛ ولی بحث از ولایت حاکم بر مجانین، بحث مستقلى دارد که ربطی به بحث کنونی ندارد. درباره مجانین، ولایت حاکم، از باب حاسبه، مورد تسالم فقها است و تقریباً فقهای سابق به نحو ارسال مسلم گفته‌اند حاکم حق دارد از باب حاسبه برای مجنون زن بگیرد و مجنونه را عقد کند و شاید بین فقها مسلم باشد که از این جهت، فرقی بین جنون متصل و منفصل نیست.^۱

اما نسبت به صغار، در کلمات بسیاری از فقها ادعای اتفاق شده که حاکم شرع بر او چنین ولایتی ندارد^۲ و با تتبع روشن می‌شود که در میان فتاوا، فتوای روشن و صریحی هم برخلاف وجود ندارد، گرچه عده‌ای مانند شهید ثانی^۳ در مسئله تردید کرده‌اند، یا مانند صاحب جواهر^۴ به ثبوت ولایت حاکم تمایل داشته، ولی به سبب وجود اجماع، جرأت نکرده‌اند به ثبوت ولایت، فتوا دهند؛ از این رو، بررسی اجماع، به عنوان یکی از ادله نفی ولایت حاکم، ضروری است، تا روشن شود مسئله ولایت نداشتن حاکم، اجماعی است که نتوان با آن مخالفت کرد یا خیر.

بررسی ادله مسئله

بحث ولایت حاکم بر صغیر و صغیره بحث مفصلی است که بیان کامل آن زمان زیادی را می‌طلبد؛ از این رو، در اینجا فقط چند روایت که در بحث تزویج صغیر و صغیره، برخی فقها مانند صاحب جواهر، مرحوم آقای حکیم و مرحوم آقای خویی در کلماتشان ذکر کرده‌اند، بررسی می‌شود.

۱. جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۰۳؛ مستمک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۷۸.

۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۳۷؛ مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۴۲.

۳. الروضة البهیة (جانب مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۶۵.

۴. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۸۸-۱۸۹.

ادله ثبوت ولایت حاکم بر تزویج صغار

دلایلی برای اثبات ولایت حاکم بر تزویج صغار مطرح است.

دلیل اول: روایت نبوی «السلطان ولی من لا ولی له»

مرحوم صاحب جواهر برای ثبوت ولایت حاکم بر تزویج صغیره، به روایت «السلطان ولی من لا ولی له» استدلال کرده است و در تقریب آن فرموده: «المراد به أنه قائم مقام الولی، حیث لا ولی غیره»^۱. به مقتضای این روایت، اگر کسی احتیاج به ولی داشته باشد - بدین معنا که تصرفات خودش ذاتاً صحیح نباشد - و فاقد پدر، جد و وصی - بنابر تحقیق - باشد، حاکم بر او ولایت دارد؛ پس از آن جهت که ولی، اختیار تزویج صغارا دارد، حاکم نیز در فرض فقدان اولیاء، این اختیار را دارد.

اشکال سندی: عامی بودن روایت

این روایت، همچنان که مرحوم صاحب حدائق^۲ و به تبع ایشان، مرحوم آقای خوئی^۳ فرموده‌اند، در مجامع حدیثی شیعه ذکر نشده و عامی است.

اشکال دلالی: اراده امام معصوم علیه السلام از «سلطان»

علاوه بر اشکال سندی، صاحب حدائق^۴ و مرحوم آقای خوئی^۵ و برخی دیگر^۶، از جهت دلالی هم به این روایت اشکال کرده‌اند که مراد از «سلطان»، امام معصوم علیه السلام است و به حاکم شرعی ربطی ندارد.

۱. السنن الکبری (بی‌هقی)، ج ۷، ص ۱۷۲، ح ۱۳۶۰۸: و أخبرنا أبو عبد الله الحافظ، ثنا أبو العباس محمد بن يعقوب، ثنا محمد بن إسحاق، ثنا الأسود بن عامر، أنبأ ابن المبارك، عن الحجاج، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة رضی الله عنها قالت: قال رسول الله صلی الله علیه و آله: «لا نکاح إلا بولي، والسلطان ولی من لا ولی له».

۲. جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۱۸۸.

۳. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۳۸-۲۳۹.

۴. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۴۶.

۵. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۳۸-۲۳۹.

۶. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۴۶.

۷. أنوار الفقهاء، كتاب النکاح، ص ۲۵.

پاسخ به اشکال دلالتی

اما تعبیر «سلطان» در روایات^۱ بر کسی اطلاق شده است که دارای ولایت و حکومت ظاهری باشد، چه عادل باشد و چه غیر عادل؛ از این رو، حتی موردی یافت نشد که این تعبیر، بر یکی از ائمه علیهم السلام از جهت ولایت باطنی ایشان به کار رفته باشد.

در سخنرانی مرحوم آقای خمینی درباره «السلطان ظلّ الله» از رادیو یا تلویزیون شنیدم که ایشان می فرمود اگر این جمله روایت باشد -ایشان تردید داشت که در روایت چنین آمده باشد- مراد از «سلطان» در آن، پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله است؛ زیرا ظلّ، تابع ذی ظلّ است و هر کجا ذی ظلّ باشد، ظلّ هم همان جا با آن است و این قهراً منطبق بر پیامبر صلی الله علیه و آله است.^۲

اما این کلام ایشان ناتمام است. این تعبیر در دو جا نقل شده است:

۱. در مجالس شیخ طوسی به طور مستند از حسین ذی الدمه (ذی الدمه پسر زید بن علی بن الحسین علیه السلام) است که امام صادق علیه السلام مرتبی و شوهر خاله او بوده است^۳، با این سند:

و عنه (أي عن الشيخ الطوسي)، قال: أخبرنا جماعة، عن أبي المفضل، قال: حدّثنا أبو عبد الله جعفر بن محمد بن جعفر العلوي الحسني، قال: حدّثنا علي بن الحسن بن علي بن عمر بن علي

۱. وسائل الشیعة، ج ۸، ص ۴۷۸، ح ۶؛ و بإسناده عن الضفّار عن الحسن بن علي بن أحمد بن هلال عن أبي سعيد الخراساني قال: «دخل رجلان على أبي الحسن الرضا علیه السلام بخراسان فسألاه عن التقصير فقال لأحدهما: وجب عليك التقصير لأنك قصدتني وقال للآخر: وجب عليك التمام لأنك قصدت السلطان.»
و ج ۱۷، ص ۲۱۳، ح ۱: محمد بن الحسن بإسناده عن الحسن بن محبوب عن أبي ولاد قال: «قلت لأبي عبد الله علیه السلام ما ترى في رجل يلي أعمال السلطان ليس له مكسب إلا من أعمالهم وأنا أمر به فأنزله عليه فيضيفني ويحسن إليّ و ربما أمر لي بالدرهم والكسوة وقد ضاق صدري من ذلك فقال لي: كل و خذ منه فلك المهنأ و عليه الوزر.»

و ص ۲۱۸، ح ۱۶: أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره عن أبيه عن أبي جعفر علیه السلام قال: «لا بأس بجوائز السلطان.»
رک: وسائل الشیعة، ج ۹، ص ۱۹۲، باب ۱۰ (باب حکم حصّة السلطان و الخراج هل فیهما زکاة و هل یحتسب من الزکاة أم لا)؛ و ص ۲۵۱، باب ۲۰ (باب أن ما يأخذه السلطان على وجه الزکاة يجوز احتسابه منها و ...)؛ و ج ۱۷، ص ۱۷۷، باب ۴۲ (باب تحریم معونة الظالمین و لو بمدة قلم و طلب ما في أيديهم من الظلم).

۲. صحیفة امام، ج ۶، ص ۳۳۸؛ و ج ۷، ص ۴۲۹.

۳. رجال النجاشی، ص ۵۲، رقم ۱۱۵؛ رک: معجم رجال الحديث، ج ۶، ص ۲۶۱، رقم ۳۴۱۴.

بن الحسین، قال: حَدَّثَنَا حُسَيْنُ بْنُ زَيْدِ بْنِ عَلِيٍّ، عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ عَلِيٍّ، عَنْ عَلِيٍّ عليه السلام، عَنْ النَّبِيِّ صلى الله عليه وآله، قَالَ: «الْسلطان ظلُّ الله في الأرض، يَأْوي إليه كلُّ مظلوم، فإن عدل كان له الأجر وعلى الرعيّة الشكر، وإن جار كان عليه الوزر وعلى الرعيّة الصبر حتّى يَأْتِيَهُمُ الأَمْر»^۱

این روایت را دیلمی در إرشاد القلوب^۲ نیز نقل کرده و در آن کلمه «عادل» را اضافه نموده است: «السلطان العادل، ظلُّ الله؛ البتة این زیاده با ذیل روایت که فرموده: «و من جار» سازگار نیست، مگر اینکه با تکلف گفته شود عادل یعنی کسی که ملکه عدالت را دارد، ولی گاهی احياناً ظلم و جور هم می‌کند؛ البتة این بسیار مستبعد است و از این رو، این زیاده به احتمال قوی، صحیح نیست و اعتباری ندارد. در عوالي اللئالی^۳ نیز بعد از «کلّ مظلوم» کلمه «من عباده» اضافه شده است. به هر حال، با توجه به متن روایت، معلوم می‌شود که «ظل الله» نمی‌تواند بر رسول الله صلى الله عليه وآله منطبق شود و مراد از آن، سلطانی است که حکومت ظاهری دارد.

۲. نظیر این روایت، روایت دیگری است که در مشکاة الأنوار نقل شده است:

عن عبد الله بن سنان قال: «كنا جماعة عند أبي عبد الله عليه السلام فذكروا السلطان، فسبّهم من كان في المجلس ودعا عليهم؛ فقال أبو عبد الله: لا تستبوا السلطان؛ فإنّ السلطان ظلُّ الله في الأرض؛ ولكن ادعوا الله يصلحهم؛ فإنّ صلاحهم لكم صلاح»^۴

در دوره‌های سابق، قیام جز با شکست مواجه نمی‌شد و موجب زوال تشیع و از بین رفتن مسلمانان می‌شد و به علاوه، موجب هرج و مرج می‌گردید و بدون حکومت نیز زندگی میسر نبود («لا بدّ للناس من أمير، برّ أو فاجر»^۵)، لذا ائمه عليهم السلام اصلاً اجازه قیام

۱. الأمالی (شیخ طوسی)، ص ۶۳۴، ح ۹.

۲. إرشاد القلوب، ج ۱، ص ۱۷۳.

۳. عوالي اللئالی، ج ۱، ص ۲۹۳، ح ۱۷۶.

۴. مشکاة الأنوار، ص ۳۱۷.

۵. نهج البلاغة، ص ۸۲؛ رجال الکشي، ص ۴۳۳.

نمی‌دادند. در هر قیامی باید ارتباط همیشگی بین قیام‌کنندگان وجود داشته باشد؛ اما در آن زمان، چنین امکانی فراهم نبوده که همه را با هم بتوان همزمان مرتبط کرد. از سوی دیگر، تقویت حکومت جور هم نباید باشد؛ پس شیعیان با حکومت جور هم نباید ارتباط می‌داشتند، مگر موارد استثنایی مثل علی بن یقطین^۱ در چنین فضایی این روایت، صادر شده و امام علیه السلام از فحش دادن به سلاطین هم نهی و به دعا امر کردند؛ زیرا قیام که ممکن نبود و اصلاح شدن حکام جور با دعا کردن، به نفع شیعه بود و ضرری نداشت.

توجه به این نکته لازم است که ائمه علیهم السلام با تعبیر «ظَلَّ الله»، نه حکام جور را مدح کرده‌اند و نه برای آنان ولایت ثابت کرده‌اند؛ بلکه «ظَلَّ الله» اشاره به این است که خداوند قدرت نامتناهی دارد و از آن جهت که مصلحت اجتماع اقتضا می‌کند که در مقابل مفسده بی‌حاکمی، حاکمی وجود داشته باشد، خداوند قدرت ضعیفی به نحو ظَلَّی برای حاکم قرار داده که تسلط داشته باشد و این غیر از مسئله ولایت حاکم بر تزویج است.

در هر حال، در کتب بعدی مانند کتب علامه، «سلطان» بر امام معصوم علیه السلام^۲ و مجتهد جامع‌الشرائط^۳ - به ملاحظه اینکه تشریعاً دارای حق تصرف است - نیز اطلاق شده است، گرچه تکویناً هیچ اختیاری نداشته باشند. حاصل کلام اینکه اگر این روایت از پیغمبر صلی الله علیه و آله صادر شده باشد، خود ایشان

۱. رجال الکشي، ص ۴۳۳، ح ۸۱۷: محمد بن إسماعيل: عن إسماعيل بن مزار، عن بعض أصحابنا: «أنه لما قدم أبو إبراهيم موسى بن جعفر عليه السلام العراق، قال علي بن يقطين: أما تری حالی و ما أنا فيه! فقال: يا علي إن الله تعالى أولياء مع أولياء الظلمة ليدفع بهم عن أوليائه، و أنت منهم يا علي.» و ح ۸۱۸: محمد بن مسعود، عن علي بن محمد، قال حدثني محمد بن أحمد، عن الشندي بن الزبيع، عن الحسن بن عبد الرحيم، قال: قال أبو الحسن عليه السلام لعلي بن يقطين: «أضمن لي خصلة أضمن لك ثلاثاً! فقال علي: جعلت فداك و ما الخصلة التي أضمنها لك و ما الثلاث اللواتي تضمنهن لي؟ قال، فقال أبو الحسن عليه السلام الثلاث اللواتي أضمنهن لك: أن لا يصيبك حر الحديد أبداً بقتل، و لا فاقة و لا سجن حبس، قال، فقال علي: و ما الخصلة التي أضمنها لك قال، فقال: تضمن أن لا يأتيك ولي أبداً إلا أكرمته، قال، فضمن علي الخصلة و ضمن له أبو الحسن الثلاث.»

۲. تذكرة الفقهاء، ج ۴، ص ۲۰، مسألة ۳۸۲: نهاية الأحكام، ج ۲، ص ۱۴.

۳. تذكرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۹۲.

مصادق این روایت هستند. همچنین حکامی که از طرف ایشان یا اولیای ایشان منصوب باشند نیز از مصادیق آن محسوب می‌شوند؛ زیرا سلطان مفهومش غیر از «مَلِک» است؛ «مَلِک» با «شاه» یکی است؛ ولی یک کشور ممکن است ده‌ها سلطان داشته باشد که هر کدام در منطقه مربوط به خود حکومت دارد؛ بنابراین، روایت مذکور، ائمه طاهرين علیهم‌السلام که ولایت ظاهری نداشتند و همچنین فقها به لحاظ مقام فقهائشان را شامل نمی‌شود؛ ولی به مقتضای این روایت - با قطع نظر از اشکال سندی - اگر امام یا فقیه‌ای به حکومت ظاهری دست یافت یا سلطانی مورد تأیید آنان واقع شد، ولی «من لا ولی له» خواهد بود، مانند فتح‌علی شاه که حکومت ظاهری داشت و از طرف مرحوم کاشف الغطاء - و لو به جهت مقابله با روس‌ها - مورد تأیید بود.^۱ گفته می‌شود که مرحوم کاشف الغطاء اجازه استفاده از سهم امام علیه‌السلام برای قشون و جنگ و امثال آن را نیز داده بوده است.^۲

دلیل دوم: روایت ابوبصیر در تفسیر «الَّذِي بَيِّدَهُ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»

دلیل دیگر بر ولایت حاکم، روایت ابو بصیر است:

أحمد بن محمد بن عيسى عن البرقي أو غيره عن صفوان عن عبد الله بن المغيرة عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن «الَّذِي بَيِّدَهُ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»؛ قال: هو الأب والأخ والزجل يوصى إليه والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشتري فأَيُّ هؤلاء عفا فقد جاز.»^۳

این روایت، یکی دیگر از ادله‌ای است که مرحوم صاحب جواهر برای اثبات ولایت حاکم بر تزویج صغیره به آن استدلال کرده است.^۴ حضرت در تفسیر «الَّذِي بَيِّدَهُ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»^۵، اسمی از حاکم به عنوان کسانی که از اولیاء محسوب می‌شوند، نبرده‌اند؛ از این رو، در ابتدای امر گمان می‌رود این روایت دلیل بر عکس مطلب

۱. کشف الغطاء، ج ۴، ص ۲۸۸-۲۸۹؛ و ص ۳۳۳-۳۳۴.

۲. مستند این مطلب اخیر یافت نشد.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۹۳، ح ۴۹.

۴. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۸۸-۱۸۹.

۵. البقرة، ۲۳۷.

باشد؛ ولی ظاهراً وجه استدلال ایشان این باشد که در این روایت، یکی از کسانی که به عنوان ولی عقد معرفی گردیده، کسی است که حق بیع و شراء در اموال دختر را دارد و بی شک، حاکم شرع، در فرض عدم وجود اولیای دیگر، چنین حقی را دارد؛ پس حاکم، بر تزویج نیز ولایت دارد.

اشکال دلالی به جهت ذکر وکیل از باب ذکر مورد غالب

وکیل در اموال، بی شک به مجرد وکالت در اموال از اولیای عقد محسوب نمی شود و به دلیل جمع بین روایات^۱ باید ذکر او را از باب ذکر مورد غالب دانست؛ زیرا متعارف این است که وکیل امور مالی روزمره، مثل خرید و فروش، اختیار همه امور، حتی نکاح صغار را نیز بر عهده دارد، مانند «برادر» که از اولیای عقد نیست، ولی چون متعارف این است که در تزویج خواهر اذن دارد و تزویجش با رضایت او همراه است، از باب ذکر مورد غالب، نامش ذکر شده است.

دلیل سوم: ثبوت ولایت حاکم از باب امور حسبیه

دلیل سوم بر ولایت حاکم در مقام، ادله حسبیه است.

بررسی کلام آقای حکیم

مرحوم آقای حکیم برای اثبات ولایت حاکم بر صغیر، به ادله حسبیه تمسک کرده و فرموده است:

«لأجل أنه لم يتضح الإجماع على العدم، يتعين البناء على الثبوت مع الضرورة والحاجة الشديدة، من باب ولاية الحسبة، التي مرجعها إلى العلم بأن الشارع المقدس يريد التصرف في الجملة؛ والقدر المتيقن منه، أن يكون من الحاكم أو يأذنه مع الإمكان»^۲

۱. مانند روایت اسحاق بن عمار: «سألت جعفر بن محمد علیه السلام عن قول الله: ﴿إِلَّا أَنْ يَقْفُونَ﴾؛ قال: المرأة تعفو عن نصف الصداق، قلت: ﴿أَوْ يَقْفُوا الَّذِي بِتِئِهِ عُقْدَةُ الْكَأَجِ﴾؛ قال: أبوها إذا عفا جاز له وأخوها إذا كان يقيم بها وهو القائم عليها فهو بمنزلة الأب يجوز له وإذا كان الأخ لا يهتم بها ولا يقوم عليها لم يجز عليها أمره» (وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۱۷، ح ۵)، وروایات دال بر انحصار ولایت برای پدر که در دلیل دوم از ادله عدم ولایت وصی بیان شد.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۷۷.

در حالی که ایشان به نقل از مرحوم صاحب جواهر یکی از ادله ثبوت ولایت حاکم را روایت نبوی «السلطان ولی من لا ولی له»^۱ ذکر کرده است^۲ و ظاهر کلام ایشان این است که آن را پذیرفته؛ زیرا نه به آن اشکال سندی کرده و نه دلالی؛ پس همچنان که صاحب جواهر روایت را مختص به فرض حسبه ندانسته^۳، وجهی برای تقیید ولایت حاکم در مقام به فرض حسبه و صورت ضرورت نیست و مرحوم آقای حکیم باید ولایت فقیه جامع الشرائط بر تزویج صغیر و مجنون را در صورت مصلحت - گرچه از امور حسبه نباشد - بپذیرد.

البته قدر متیقن از کسانی که در صورت مصلحت ولایت دارند، حاکم نیست؛ لذا مرحوم آقای خوئی بعد از اشکال سندی و دلالی در روایت «السلطان ولی من لا ولی له» در فرضی که وصی در معظم امور وجود دارد، حتی اگر از امور حسبه باشد، فرموده است ولایت حاکم، قدر متیقن نیست؛ بلکه باید احتیاط شود و رضایت وصی و حاکم، هر دو حاصل شود. ایشان فرموده است:

«إِنَّ تزویج الیتیم أو المجنون فی فرض وجود مصلحة ملزمة لهما، لما كان ممّا لا بدّ من وقوعه خارجاً، و كان لا بدّ من تصدّي شخص معین له، ثبتت الولاية للحاکم فی فرض عدم وجود الوصی؛ لكونه هو القدر المتیقّن ممّن له التصدّي للتزویج؛ وأما مع فرض وجود الوصی، فحيث لا يكون الحاکم هو القدر المتیقّن، فلا مجال للقول بثبوتها له؛ و علی هذا، فمقتضى الاحتیاط، هو الجمع بین رضا الحاکم و الوصی، فإنّ الأمر لا يعدوهما.»^۴

اگر مرحوم آقای حکیم در سند روایت مذکور مناقشه می‌کرد و یا آن را مختص به امام معصوم علیه السلام می‌دانست، می‌توانست بگوید که تزویج صغیره و مجنونه در فرض

۱. السنن الكبرى (بيهقي)، ج ۷، ص ۱۷۲، ح ۱۳۶۰۸: و أخبرنا أبو عبد الله الحافظ، ثنا أبو العباس محمد بن يعقوب، ثنا محمد بن إسحاق، ثنا الأسود بن عامر، أنبأ ابن المبارك، عن الحجاج، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «لا نكاح إلا بولي، والسلطان ولي من لا ولي له».

۲. مستمسك العروة الوثقى، ج ۱۴، ص ۴۷۶.

۳. جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۱۸۸.

۴. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۴۷.

ضرورت، از اموری است که شارع به ترک آن راضی نیست و قدر متیقن از کسانی که در این فرض ممکن است ولایت داشته باشند، حاکم است.

ادله نفی ولایت حاکم بر تزویج صغیره

در مقابل، دو دلیل نیز برای نفی ولایت حاکم بر تزویج صغار مطرح است.

دلیل اول: اجماع

دلیل اول این است که اجماعاً حاکم شرع بر صغار ولایت ندارد. در کلمات برخی ادعای چنین اجماعی شده است.^۱

اشکالات دلیل اول

اما این استدلال، به دلایل زیر، قابل مناقشه است.

اشکال اول: عدم اجماع بر نفی یا ثبوت ولایت حاکم در مقام

اولاً، اجماعی در مسئله - نه نفیاً نه اثباتاً - وجود ندارد؛ زیرا تا پیش از محقق حلی در شرائع^۲ و نافع^۳، غیر از مرحوم شیخ طوسی در مبسوط و قطب الدین کیدری در إصباح، کسی مسئله ولایت حاکم بر صغیره را اثباتاً و نفیاً، عنوان نکرده است، گرچه از محقق حلی به بعد، اکثر فقها در فرض مصلحت، حتی اگر به حد ضرورت نرسد، ولایت حاکم را پذیرفته‌اند.^۴

عدم ظهور کلام شیخ طوسی و کیدری در ولایت حاکم بر صغیره

ممکن است گفته شود در میان قدما، مرحوم شیخ طوسی و قطب الدین کیدری قائل به ثبوت ولایت حاکم بر صغار هستند. مرحوم شیخ طوسی فرموده است: «ولا ولاية للسلطان على امرأة عندنا، إلا إذا كانت غير رشيدة أو مولى عليها أو مغلوباً على

۱. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۳۷؛ مستند الشيعة، ج ۱۶، ص ۱۴۲.

۲. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۲۰.

۳. المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۷۲.

۴. برای نمونه: تحریر الأحكام (جاب قدیم)، ج ۲، ص ۶؛ قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۱۳؛ اللمعة الدمشقية، ص ۱۷۵؛ جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۱۰؛ كشف اللثام، ج ۷، ص ۷۰؛ مفتاح الكرامة، ج ۱۶، ص ۱۲۸.

عقلها و لایکون لها مناسب^۱. مقصود از «غیر رشیده»، سفیه و مقصود از «مغلوبا علی عقلها»، مجنون است؛ بنابراین ممکن است گفته شود مقصود از «مولی علیها» که قسم این دو است، باید غیر از سفیه و مجنون باشد و چون بر غیر از صغیره قابل تطبیق نیست، متعین در آن است.

عبارت مرحوم کیدری در إصباح نیز شبیه همین عبارت است. ایشان فرموده است: «الولاية للسلطان علی امرأة إلا إذا كانت غیر رشیده، أو مولی علیها أو مغلوبا علی عقلها»^۲؛ در نتیجه، انعقاد اجماع بر عدم ولایت حاکم، نمی تواند صحیح باشد. تفاوت عبارت إصباح با مبسوط، در این است که در عبارت مبسوط، تعبیر «عندنا» در صدر و همچنین تعبیر «ولایکون لها مناسب» در ذیل آمده است و این دو تعبیر در إصباح نیست.

ولی این برداشت، ناتمام است؛ زیرا مرحوم شیخ در همین کتاب مبسوط، در فرض فقدان پدر و جد برای صغیره، به نفی ولایت حاکم تصریح کرده و چنین فرموده است:

«وإن كانت عاقلة نظرت؛ فإن كان لها أب أو جد، أجبرها... وإن كان لها أخ أو ابن أخ أو عم أو ابن عم أو مولی نعمة، لم یکن له تزویجها صغیره بحال... الحاکم فی هذا كالأخ والعَم، سواء فی جمیع ما قلناه، إلا فی المجنونة الكبيرة، فإن له تزویجها و لیس للأخ والعَم ذلك»^۳.

البته با نفی ولایت حاکم بر صغیره، به طریق اولی ولایت بر صغیر نیز منتفی خواهد بود. پس حمل «مولی علیها» در کلام قبلی مرحوم شیخ طوسی بر صغیره، با این تصریح ایشان به ولایت نداشتن حاکم بر صغیره، در تناقض است و خیلی بعید است که در یک کتاب، چنین تناقض روشنی رخ دهد؛ از این رو، باید مراد مرحوم شیخ از «مولی علیها»، امر دیگری باشد که با تأمل در برخی عبارات دیگر مبسوط، روشن می شود.

۱. المبسوط، ج ۴، ص ۱۷۷.

۲. إصباح الشیعة، ص ۴۰۶.

۳. المبسوط، ج ۴، ص ۱۶۴-۱۶۵.

ظاهراً مراد ایشان، از تعبیر «مولی علیها»، شخص ضعیف العقل و به تعبیر امروزی، «ابله» است؛ چراکه ایشان در موضع دیگری از مبسوط، در مقام بیان شرایط «ولی» از دیدگاه عاقه فرموده است: «إذا كان الأقرب سفیها محجوراً علیه لسه، أو مجنوناً، فلا ولاية لهما، أو كان ضعیف العقل أو كان صغیراً أو مولی علیه لضعف عقله، فكل هؤلاء یسقط ولايتهم عندهم و ینقل إلى من هو أبعد»^۱ که بی شک منظور از «مولی علیه» در این عبارت، صغیر نیست؛ چون صغیر را پیش از آن صریحاً نام برده است. عبارات عاقه در مورد این واژه، بسیار مندمج است و نمی توان معنای واضحی برای آن یافت؛ ولی با توجه به تعبیر «لضعف عقله» می توان گفت که مراد، کسی است که به او ابله گفته می شود؛ یعنی کسی که نه عاقل است و نه دیوانه، بلکه برزخی میان این دو است. البته معمولاً فقها «ابله» را - مثلاً به اعتبار توسعه در معنای جنون - ملحق به مجنون می دانند و جداگانه ذکر نمی کنند؛ ولی شیخ طوسی در این عبارت، چنین شخصی را با عنوان مستقل «مولی علیه» ذکر کرده است. به علاوه، اگر فرض کنیم که منظور مرحوم شیخ از این تعبیر، اثبات ولایت حاکم بر صغیره باشد، انگیزه موجهی برای تغییر کلمه «صغیره» که معنای بسیار روشنی داشته و معمولاً در عبارات فقهی به کار می رود به کلمه «مولی علیها» وجود ندارد.

همین مطلب را درباره عبارت قطب الدین کیدری نیز می توان گفت؛ چون وی در موارد بسیاری تعابیرش را از مرحوم شیخ گرفته است، خصوصاً تعبیر مربوط به محلّ کلام را که تقریباً عین عبارت مبسوط است؛ پس نمی توان شیخ طوسی و قطب الدین کیدری را از کسانی شمرد که قائل به ولایت حاکم بر صغیره هستند. البته به نظر می رسد، فقهای قبل از محقق حلی - غیر از شیخ طوسی و کیدری - ولایتی را که برای پدر و جد قائل هستند، برای حاکم قائل نیستند؛ زیرا فقط ولایت پدر و جد را مطرح کرده و اسمی از حاکم نبرده اند^۲، گرچه این بدان معنا نیست که حتی در امور حسبیه، یعنی مواردی که در نزد شارع ضرورت دارد نیز ولایت حاکم را

۱. المبسوط، ج ۴، ص ۱۸۱.

۲. الکافی فی الفقه، ص ۲۹۲؛ غنیة النزوع، ص ۳۴۲؛ المذهب (ابن بزاج)، ج ۲، ص ۱۹۷؛ السرائر، ج ۲، ص ۵۶۰-۵۶۱؛ النهایة (شیخ طوسی)، ص ۴۶۸.

منکر هستند؛ بلکه از عدم ذکر ولایت حاکم در کنار پدر و جد، ممکن است فقط استفاده شود که معتقدند حاکم، مانند پدر و جد که در فرض مصلحت یا عدم مفسده - گرچه به حدّ ضرورت نرسد - بر صغار ولایت دارند، چنین ولایتی ندارد.

در هر حال، اجماعی در مقام وجود ندارد. تعبیر شهید ثانی در شرح لمعه^۱ و صاحب مدارک در نهاییه^۲ نیز درباره عدم ولایت حاکم، به ترتیب، «المشهور»^۳ و «المعروف من مذهب الأصحاب» است. در کلام مرحوم فیض در مفتاح^۴ نیز عدم ولایت حاکم، به «ظاهر اصحاب» نسبت داده شده است.

صاحب مدارک به تفصیل اصحاب بین مجنون و نابالغ اشکال کرده و فرموده باید ولایت حاکم را یا از هر دو نفی کرد یا برای هر دو ثابت دانست و در نهایت به ثبوت ولایت بر صغار تمایل پیدا کرده است.^۵ مرحوم فیض هم احتمال ثبوت ولایت حاکم بر صغار را قوی دانسته است.^۶ صاحب جواهر، ثبوت ولایت را مطابق

۱. الروضة البهتة (جواب مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۶۵.

۲. نهاية المرام، ج ۱، ص ۸۰.

۳. صاحب ریاض نیز این قول را به مشهور نسبت داده است:

ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۰۰.

۴. مفتاح الشرائع، ج ۲، ص ۲۶۶.

۵. نهاية المرام، ج ۱، ص ۸۱: «أما التفصيل، فلا وجه له؛ ولعلهم نظروا في ذلك إلى أنّ الصغير لا حاجة له إلى النكاح، بخلاف من بلغ فاسد العقل؛ وهو غير واضح؛ فإنّ الحاجة إلى الكبير وإن كانت أوضح، لكنها ليست منتفية في حق الصغير، خصوصاً الأثني. والمسألة محلّ إشكال، وللنظر فيها مجال.» قبل از ایشان شهید ثانی در مسالک به این تفصیل اشکال کرده و از مقایسه عبارت نهاية المرام و مسالک روشن می شود که صاحب مدارک از شهید ثانی تبعیت کرده است:

مسالك الأقيام، ج ۷، ص ۱۴۷-۱۴۸: «وقد ذكر المصنف وغيره أنّه لا ولاية للحاكم على الصغير مطلقاً. وعلّوه بأنّه لا حاجة له إلى النكاح، والأصل عدم ثبوت ولاية فيه. ولا يخلو من نظر إن لم يكن إجماعاً. وأما ثبوت ولاية على من بلغ غير رشيد أو تجدد فساد عقله فعلّوه بأنّه وليّه في المال فيكون وليّه في النكاح، لأنّه من جملة المصالح، ولصحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: «الَّذِي يَدِيهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» هو وليّ أمرها؛ وهذه العلة آتية في الصغير والأصالة المدعاة غير نافعة في مقابلة مثل ذلك؛ وعن النبي صلى الله عليه وآله: «السلطان ولي من لا ولي له»؛ نعم، المصلحة في الكبير أوضح؛ لكنها ليست منتفية في حق الصغير جملة، خصوصاً الأثني.»

۶. مفتاح الشرائع، ج ۲، ص ۲۶۶.

قواعد اولیه مستفاد از روایات دانسته است^۱، گرچه در نهایت فرموده: «فالعمدۃ حیثیذ الإجماع، إن تم.»^۲ صاحب أنوار الفقاهه^۳ و برخی دیگر^۴ نیز به ثبوت ولایت تمایل پیدا کرده‌اند؛ اما ظاهراً این فقها نیز مانند صاحب جواهر، به دلیل خوف از وجود اجماع، به آن فتوا نداده‌اند.^۵ نظر مرحوم سید هم ثبوت ولایت بود.^۶

کلام آقای حکیم: احتمال اجماع فقها بر ولایت حاکم

مرحوم آقای حکیم^۷ بیانی دارد که از آن استفاده می‌شود که نه تنها اجماعی بر عدم ولایت حاکم وجود ندارد، بلکه شاید بتوان گفت که اصحاب، ثبوت ولایت او را در صورت حاجت نابالغ به ازدواج مسلم دانسته‌اند؛ زیرا آنان برای نفی ولایت حاکم، به نیاز نداشتن نابالغ به ازدواج تعلیل کرده‌اند. از آنجا که «العلّة تخصّص و تعمّم»، از این تعلیل استفاده می‌شود که اگر نابالغ به ازدواج نیاز داشته باشد، حاکم بر تزویج او ولایت دارد؛ پس حکم اصحاب به ثبوت ولایت حاکم بر مجانین و عدم ثبوت آن بر نابالغ، ناشی از این است که غالباً اطفال، برخلاف مجانین، نیازی به ازدواج ندارند.

البته مرحوم صاحب جواهر، به این تعلیل، اشکال نقضی کرده و فرموده نیاز به ازدواج، منحصر در وطنی نیست تا در حق صغیر منتفی باشد و شاهدش این است که در ازدواج صغیر، پدر و جد، ولایت دارند.^۸

ولی شاهی که مرحوم صاحب جواهر برای ردّ تعلیل، ذکر کرده، ناتمام است؛ زیرا شاید گفته شود مناط، همان عدم حاجت است؛ اما ولایت پدر و جد با ولایت

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۸۸.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۸۹.

۳. أنوار الفقاهة، کتاب النکاح، ص ۲۵.

۴. کشف اللثام، ج ۷، ص ۷۰؛ کتاب النکاح (شیخ انصاری)، ص ۱۴۹.

۵. در حقیقت، تعبیر صاحب أنوار الفقاهه و صاحب جواهر و مانند آنها نشان می‌دهد که وجود چنین اجماعی در نزد آنها روشن نبوده است.

۶. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۹.

۷. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۷۷.

۸. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۸۸؛ و ص ۱۹۱.

دیگران متفاوت است. در ولایت آن دو، وجود مصلحت و حاجت شرط نیست؛ بلکه عدم مفسده کافی است؛ اما ولایت اولیای دیگر، مشروط به مصلحت و حاجت است و صرف عدم مفسده، کافی نیست؛ پس حاکم چون ولایتش مشروط به حاجت است، بر صغیر - که حاجت در او منتفی است - ولایت ندارد.

مناقشه در کلام آقای حکیم

در هر حال، نسبت دادن این تعلیل به اصحاب در کلام مرحوم آقای حکیم، به دلایل زیر قابل مناقشه است.

مناقشه اول: اختصاص «تعلیل» به محقق کرکی

اولاً، به نظر می‌رسد تنها مرحوم محقق کرکی این تعلیل را ذکر کرده^۱ و مراد فقهای بعد از وی، نظیر شهید ثانی که «عللوه»^۲ تعبیر کرده و برخی دیگر^۳ که این وجه را به فقها نسبت داده‌اند، فقط محقق کرکی است، نه عده‌ای از فقها؛ زیرا غیر از او فقیهی یافت نشد که چنین مطلبی را مطرح کرده باشد و کلام وی محلّ مراجعه شهید ثانی و امثال اوست.

مناقشه دوم: تنافی تعلیل با فتاوی اصحاب

ثانیاً، این تعلیل، با فتاوی اصحاب در برخی کتب^۴ - مانند مبسوط، تحریر و قواعد - و فتوای خود محقق کرکی^۵ در مورد مجنونۀ صغیره منافات دارد؛ زیرا آنان ولایت حاکم بر مجنونۀ صغیره را پذیرفته‌اند، در حالی که طبق تعلیل مذکور، از جهت نیاز نداشتن به ازدواج، فرقی بین صغیره مجنونۀ و غیرمجنونۀ نیست. البته در همین کتب، ولایت حاکم بر مجنون صغیر نفی شده است و حتی در مبسوط^۶

۱. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۷.

۲. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۴۶.

۳. كشف اللثام، ج ۷، ص ۷۰.

۴. المبسوط، ج ۴، ص ۱۶۵؛ تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۴۳۳؛ قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۱۳؛ كشف اللثام، ج ۷، ص ۷۰-۷۱.

۵. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۱۳.

۶. استاد^{علیه السلام} این مطلب را در درس مطرح کرده است؛ اما مستندی برای آن یافت نشد.

ادّعی نفی خلاف شده است؛ ولی نکته این فرق، همان طور که برخی مانند محقق ثانی فرموده‌اند، مصلحت دار نبودن ازدواج برای مجنون صغیر و وجود مصلحت، برای مجنونه صغیره است؛ زیرا با ازدواج، بر صغیر لازم است مهریه و نفقه پرداخت کند ولی صغیره، مستحق دریافت مهریه و نفقه می‌شود.^۱

اشکال دوم: عدم حجّیت اجماع در مقام

با قطع نظر از اینکه اجماعی در مقام وجود ندارد، اشکال دیگری نیز هست و آن اینکه مسئله تزویج صغیره، به ندرت اتفاق می‌افتاده و از مسائل اصلی گرفته شده از شارع نیست؛ بلکه از تفریعات پدید آمده در زم آنهای بعدی محسوب می‌شود^۲ و نمی‌توان آن را متصل به زمان معصوم علیه السلام دانست؛ بنابراین اعتباری ندارد.

دلیل دوم: روایات

دلیل دوم بر نفی ولایت حاکم، روایات است.

دسته اول: روایات مبین مصادیق «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ»

دسته اول این روایات، روایاتی است که مصادیق «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ» را تبیین می‌کند، مانند صحیحۀ ابوبصیر و محمد بن مسلم:

عنه (الحسن بن محبوب) عن علي بن رثاب عن أبي بصير وعلاء بن رزين عن محمد بن مسلم كلاهما عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ»، فقال: هو الأب والأخ والموصى إليه والذي يجوز أمره في مال المرأة من قرابتها فيبيع لها ويشتري؛ قال فأبى هؤلاء عفا، ففعوه جائز في المهر، إذا عفا عنه.»^۳

صحیحۀ فوق در تفسیر «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ»^۴، در مقام بیان افرادی است که

۱. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۱۳.

۲. گرچه در بین قدمای عامّه - از معاصرین انمه علیه السلام - ظاهراً وصیت به تزویج صغیره مطرح بوده (الخلاف، ج ۴، ص ۲۵۴، م ۹) اما فرع مورد بحث، مطرح نبوده است؛ ر.ک: الخلاف، ج ۴، ص ۲۶۴، م ۱۵ و ۱۷.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۸۴، ح ۱۵۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۳، ح ۵.

۴. البقرة، ۲۳۷.

«عقدة النکاح» در دست آنان است؛ اما در آن، اسمی از حاکم برده نشده است و حاکم از خویشاوندان دختر هم محسوب نمی‌شود تا داخل در «وَالَّذِي يَجُوزُ أَمْرُهُ فِي مَالِ الْمَرْأَةِ مِنْ قَرَابَتِهَا» باشد؛ پس این صحیح و روایات مشابه^۱، با مفهومشان ولایت بر تزویج صغیره را از حاکم نفی می‌کنند.

دسته دوم: روایات دال بر اختصاص ولایت تزویج صغار به پدر
دسته دوم، روایاتی^۲ است که در ادله نفی ولایت از وصی، ذکر شد که ولایت بر صغار را مختص پدر دانسته بود. مفهوم این روایات، نفی ولایت حاکم است.

بررسی اشکالات دلیل دوم
شاید به این دو دسته از روایات، دو اشکال وارد شود.

اشکال اول: صحیح نبودن مفهوم به نحو سلب کلی
اشکال اول این است که مفهوم انحصار ولایت در «پدر»، «وصی» و مانند آن، سلب ولایت از دیگران به نحو سالبه جزئی است، نه سالبه کلیه، مانند مفهوم در جمله شرطیه که به نحو سلب جزئی می‌دانیم و در مثل «إِنْ جَاءَكَ زَيْدٌ فَأَكْرَمْهُ» می‌گوییم مفهومش این نیست که اگر زید نیامد، به طور کلی اکرام او واجب نباشد؛ زیرا شاید در صورت نیامدن، کاری انجام دهد که به سبب آن، اکرامش واجب شود؛ پس استفاده نفی ولایت حاکم به کمک مفهوم، صحیح نیست و عمومات ولایت حاکم، بدون هیچ معارضی مقدم می‌شوند.

۱. برای نمونه: وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۱۵-۳۱۶، ح ۳-۱.

۲. مانند: تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۲، ح ۱۹: أحمد بن محمد بن عیسی عن الحسن بن محبوب عن العلاء عن محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الضبی يتزوج الضبیة: قال: إذا كان أبواهما اللذان زواجهما، فنعیم، جائز، ولكن لهما الخيار إذا أدركا؛ فإن رضيا بعد ذلك فإن المهر على الأب؛ قلت له: فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره؟ قال: لا؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۷، ح ۸.

و تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۸-۳۸۹، ح ۳۲: أحمد بن محمد بن عیسی عن الحسن بن محبوب عن العلاء عن محمد بن مسلم قال عن أبي جعفر عليه السلام: «في الضبی يتزوج الضبیة يتوارثان؟ قال: إذا كان أبواهما اللذان زواجهما، فنعیم؛ قلت فهل يجوز طلاق الأب؟ قال لا؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۲، ح ۱.

پاسخ: وجود قرینه بر اراده سلب کلی

ولی این اشکال در صورتی وارد است که قرینه خاصی بر وجود مفهوم به نحو سلب کلی نباشد، در حالی که در صحیحہ ابوبصیر و محمد بن مسلم، سائل از اولیای زن در عقدی که واقع شده و از کسانی که می‌توانند در امور او دخالت کنند، سؤال می‌کند و چنانچه پاسخ امام علیه السلام پس از نام بردن چند دسته، مفهومی نداشته باشد و درباره ولایت افراد دیگر ساکت باشد، در واقع به سؤال او به طور کامل پاسخ داده نشده است. در روایات دال بر انحصار ولایت صغیره در پدر هم سائل پرسیده چه کسانی تزویجشان صحیح است و حضرت فقط «پدر» را نام برده‌اند که این قرینه اقتضا می‌کند که مفهوم آن به نحو سالبه کلیه باشد، مانند اینکه از امام پرسیده شود: «ما الذی لاینجسه شیء؟» و ایشان در جواب بفرمایند: «الکثر»، که در اینجا چون حضرت در مقام پاسخ دادن به سؤال راوی و معلوم کردن موارد تنجس ماء و عدم تنجس آن است، تمسک به مفهوم «الکثر» صحیح است.

اشکال دوم: لزوم نفی ولایت بر تزویج از امام معصوم علیه السلام

اشکال دوم این است که روایات نافی ولایت غیر پدر، از امام معصوم علیه السلام هم ولایت را نفی می‌کند، در حالی که بی شک امام علیه السلام بر صغیره و مجنون ولایت دارد؛ پس عمومیت این دسته از روایات، قابل التزام نیست و عمومات ادله ولایت مقدم می‌شوند.

پاسخ: عدم نظارت روایات به ولایت ائمه علیهم السلام

اما ولایت امام علیه السلام به آن معنا که همیشه و در همه جا می‌توانند اعمال ولایت کنند، از محل کلام، خارج است و این روایات، همچنان که به ولایت الهی ناظر نیست، به ولایت ائمه علیهم السلام نیز ناظر نیست.

نظر مختار: ثابت نبودن ولایت حاکم در غیر از موارد ضرورت

با توجه به قصور ادله ثبوت ولایت حاکم بر صغیر و مجنون و تمام بودن ادله نفی ولایت، ولایتی برای حاکم نسبت به تزویج صغیر و مجنون ثابت نیست، حتی اگر مصلحت، مقتضی چنین تزویجی باشد. البته اگر این مصلحت به حد ضرورت برسد، از باب امور حسبه که قدر متیقن از ولایت حاکم بر آنان است، در فرض نبود

وصی در معظم امور، حاکم، اختیار تزویجشان را دارد؛ اما در فرض وجود وصی در معظم امور، باید احتیاط شود. مرحوم آقای خوئی نیز ولایت حاکم بر آنان را از همین باب پذیرفته و رضایت این وصی را نیز معتبر دانسته است.^۱

بر فرض تنزل و پذیرش دلالت ادله بر ولایت حاکم - همچنانکه از کلام مرحوم حکیم که در سند و دلالت روایت «السلطان ولی من لا ولی له» مناقشه نکرده، استفاده می‌شود - ممکن است بین این دسته از ادله و ادله نفی ولایت حاکم، به یکی از این دو صورت جمع شود:

صورت اول: ادله نفی ولایت را اخذ کرد و عمومات ادله ولایت را تخصیص زد؛ به این بیان که ادله ولایت به مواردی که معمولاً محل حاجت است، اختصاص دارند و اموری که به ندرت اتفاق می‌افتد، مانند نکاح صغیره و مجنونه‌ای که ولی ندارند را شامل نمی‌شوند.

صورت دوم: به عمومات ادله ولایت اخذ کرد و ادله نافی ولایت از غیر پدر را مختص به امثال برادر، عمو و دایی دانست.

و از آنجا که تقدیم هیچ یک از دو صورت، بر دیگری ترجیح ندارد، به اصل اولی (ولایت نداشتن بر دیگری) رجوع می‌شود؛ در نتیجه، در موارد غیر ضرورت، ولایتی بر صغیره و مجنونه فاقد ولی، برای حاکم، ثابت نمی‌شود.

بررسی فرق بین مجنونه و صغیره در مقام

مشهور فقها، در ثبوت ولایت حاکم بر تزویج، بین مجنونه و صغیره، تفصیل داده‌اند و در مجنونه آن را پذیرفته و در صغیره نپذیرفته‌اند، در حالی که صحت این تفصیل، محل تأمل است و برخی از فقها مانند صاحب مدارک، بر آن اشکال کرده‌اند که اگر مقتضای ادله ثبوت ولایت حاکم تمام باشد، این فرق وجهی ندارد.^۲

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۴۷.

۲. نهاية المرام، ج ۱، ص ۸۰-۸۱.

وجه فرق بین مجنون و صغیره: وجود روایات دال بر نفی ولایت حاکم بر تزویج صغیره ولی صاحب حدائق در دفاع از تفصیل مشهور، به صاحب مدارک اشکال کرده که نسبت به ولایت حاکم جز روایت «السلطان ولی من لا ولی له»^۱ که عامی است، اطلاعات و عموماتی وجود ندارد؛ از طرفی ادله‌ای وجود دارد که با مفهومش ولایت حاکم را در خصوص صغیره نفی کرده است. ایشان سه روایت نقل کرده که دو روایت، دو صحیح محمد بن مسلم^۲ است و یک روایت نیز صحیح عبید بن زراره^۳ است؛ پس پذیرش ولایت حاکم، نسبت به مجنون آسان تر است و فرق بین صغیره و مجنون صحیح است.^۴

البته تنها مفهوم روایاتی که مرحوم صاحب حدائق مطرح کرده جزء روایات مسئله نیست؛ بلکه به طور کلی - آن طور که از کتاب ریاض^۵ استفاده می‌شود -

۱. السنن الکبری (بیهقی)، ج ۷، ص ۱۷۲، ح ۱۳۶۰۸؛ و أخبرنا أبو عبد الله الحافظ، ثنا أبو العباس محمد بن يعقوب، ثنا محمد بن إسحاق، ثنا الأسود بن عامر، أنبأ ابن المبارك، عن الحجاج، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة رضی اللہ عنہا قالت: قال رسول الله صلی اللہ علیہ وسلم: «لا نکاح إلا بولي، والسلطان ولي من لا ولي له».

۲. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۲۸۲، ح ۱۹؛ أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن محبوب عن العلاء عن محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الضبي يتزوج الضبية، قال: إذا كان أبواهما اللذان زوجها، فنعيم، جائز؛ ولكن لهما الخيار إذا أدركا؛ فإن رضيا بعد ذلك، فإن المهر على الأب. قلت له: فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره؟ قال: لا».

و ص ۳۸۸، ح ۳۲؛ أحمد بن محمد بن عيسى عن محمد بن أبي عمير عن صفوان عن علاء عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «في الضبي يتزوج الضبية يتوارثان، قال: إذا كان أبواهما اللذان زوجها، فنعيم؛ قلت فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: لا».

۳. النوادر (اشعری)، ص ۱۳۵، ح ۲۵۰؛ عن النضر عن القاسم بن سليمان عن عبید بن زرارہ عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الضبي يتزوج الضبية هل يتوارثان؟ فقال: إن كان أبواهما اللذان زوجها حيين، فنعيم؛ قلنا: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: لا»؛ مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۳۱۷، باب ۵، ح ۳.

۴. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۳۸-۲۳۹.

۵. صاحب ریاض، دلیل عدم ولایت حاکم بر صغار را همان ادله عدم ولایت وصی دانسته و چنین فرموده است: «و کذا الحاکم، أي الإمام العادل، أو منصوبه خصوصا أو عموما - و منه: الفقيه الجامع لشرائط الفتوى - فلا يزوج الصغیرین مطلقا في المشهور، و البالغین فاسدي العقل مع وجود الجد و الأب إجماعا؛ لما تقدم من الأدلة؛ لإطلاق المنع في الوصي» (ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۰۰).

در مسئله ولایت وصی نیز دلیل نفی ولایت وصی بر صغار را چنین بیان کرده است:

«و لا يزوج الوصي للأب أو الجد صغيري الموصي مطلقا، على الأشهر كما في المسالك، و هو الأظهر؛

روایاتی^۱ که ولایت بر تزویج صغیره را منحصر در پدر دانسته‌اند، با مفهومشان بر عدم ولایت حاکم بر تزویج صغیره دلالت دارند.

اشکال اول به وجه فرق

اشکال اول به این وجه فرق آن است که چنان‌که در مسئله ولایت وصی بر تزویج صغیره گذشت، مرحوم صاحب جواهر^۲ و مرحوم آقای خونی^۳، در روایاتی که ولایت را منحصر در «پدر» کرده، پدر را از باب مثال و اظهر افراد «ولی» دانسته‌اند؛ در نتیجه، این روایات در مقام بیان نفی ولایت حاکم بر صغیره نیستند و اگر ادله ولایت حاکم بر مجنونه و صغیره تمام باشند، این روایات نمی‌توانند صغیره را از عموم آنها خارج کنند.

پاسخ اشکال

اما در یکی از این روایات، سؤال اصلی از صحت تزویج پسر بچه به دختر بچه است^۴

لأصا لتي عدم الولاية و عدم انتقالها مع انقطاعها بموت الموصي، و النصوص الحاصرة لها في الأب خاصة. و مفهوم الصحيحين في تزويج الصبي للصبيّة: «إن كان أبواهما اللذان زوّجاهما، فنعيم، جائز». (رياض المسائل، ج ۱۱، ص ۹۷-۹۸).

بنابراین، استفاده می‌شود یکی از ادله نفی ولایت حاکم - چنان‌که در ولایت وصی هم بیان شده - نصوص منحصرکننده ولایت در ولایت پدر است که این نصوص، غیر از مفاد صحیح محمد بن مسلم و عبید بن زراره است که صاحب ریاض با تعبیر «و مفهوم الصحيحين ...» در عبارت اخیر، به آن اشاره کرده است. ایشان این نصوص منحصرکننده را در ابتدای بحث اولیای عقد نکاح مطرح کرده و فرموده است:

«لا ولاية في النكاح لغير الأب، و الجذ للأب و إن علا، و الوصي، و المولى، و الحاكم إجماعاً متافهما عدا الأم و أبيها؛ للأصل، و النصوص الحاصرة لها في الأب خاصة، كالصحيح: «يستأمرها كل أحد ما عدا الأب» و نحوه الموقنان». (رياض المسائل، ج ۱۱، ص ۷۳).

بحث تفصیلی درباره مراد ایشان از «الموقنان» در بحث سابق (ولایت بر بالغه رشیده) از مباحث استاد^۵ بیان شد.

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۲، ح ۱؛ و ج ۲۶، ص ۲۱۹، ح ۱.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۸۸-۱۸۹.

۳. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۴۵-۲۴۶؛ رک: مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۷۶.

۴. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۲، ح ۱۹؛ أحمد بن محمد بن عیسی عن الحسن بن محبوب عن العلاء

و در برخی دیگر، با اینکه مسئله توارث در آنها مطرح شده است، ولی تردید سائل، در ولایت بر تزویج دختر بچه است^۱ و در هر حال، جواب حضرت درباره تزویج کسانی است که بر تزویج ولایت دارند؛ از این رو، اینکه ذکر «پدر» به عنوان مثال باشد و موضوع حکم، مطلق «ولی» باشد، با دو اشکال روبرو است:

اولاً، لازم می آید حضرت در پاسخ به این سؤال که چه کسانی ولایت دارند تا عقدشان صحیح باشد، فرموده باشند: «کسانی که ولایت دارند» و چون تالی، فاسد است و ضرورت به شرط محمول است، این برداشت که ذکر «پدر» به عنوان مثال است، صحیح نیست.

ثانیاً، لازم می آید گفته شود از این روایات، عدم ولایت برادر، عمو، دایی و مادر که از اولیای عرفی محسوب می شوند، فهمیده نمی شود و امام علیه السلام نخواسته اند پاسخ را بیان کنند و فقط به سائل فرموده اند خودت مصادیق ولی را پیدا کن؛ خصوصاً در صحیحۀ ابو عبیدۀ حدّاء که صاحب حدائق آن را در مقام نقل نکرده، بین پدر و اولیای دیگر تفریق شده و فقط عقد پدر صحیح دانسته شده است:

عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَمُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعًا عَنْ الْحَسَنِ بْنِ محبوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رِثَابٍ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ قَالَ: «سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام عَنْ

عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: «سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام عَنِ الضَّيْبِيِّ يَتَزَوَّجُ الضَّيْبِيَّةَ، قَالَ: إِذَا كَانَ أَبَوَاهُمَا اللَّذَانِ زَوْجَاهُمَا، فَنَعَمْ، جَائِزٌ؛ وَلَكِنْ لَهُمَا الْخِيَارُ إِذَا أَدْرَكَا؛ فَإِنْ رَضِيَ بَعْدَ ذَلِكَ، فَإِنَّ الْمَهْرَ عَلَى الْأَبِ؛ قُلْتُ: لَهُ فَهَلْ يَجُوزُ طَلَاقُ الْأَبِ عَلَى ابْنِهِ فِي صَفَرِهِ؟ قَالَ: لَا؛^۱ وَسَائِلُ الشَّيْعَةِ، ج ۲، ص ۲۷۷، ح ۸.

۱. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۳۸۸-۳۸۹، ح ۳۲: أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن محبوب عن العلاء عن محمد بن مسلم قال عن أبي جعفر عليه السلام: «في الضبي يتزوج الضبيّة يتوارثان؟ قال: إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما، فنعَمْ؛ قلت فهل يجوز طلاق الأب؟ قال لا؛^۱ وسائل الشيعة، ج ۲، ص ۲۹۲، ح ۱.

النوادر (اشعری)، ص ۱۳۵، ح ۳۵۰: عن النضر عن القاسم بن سليمان عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الضبي يتزوج الضبيّة هل يتوارثان؟ فقال: إن كان أبواهما اللذان زوجاهما حتيين، فنعَمْ؛ قلنا: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: لا؛^۱ مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۳۱۷، باب ۵، ح ۳.

شاهد قوی بر اینکه تردید سائل در ولایت بر نکاح بوده، این است که سائل در ادامه، پس از اینکه تردیدش نسبت به ولایت بر نکاح برطرف شده، سؤال کرده که آیا طلاق هم مانند تزویج است و امام علیه السلام نیز فرموده اند طلاق، مانند نکاح نیست و پدر، بر طلاق ولایت ندارد.

غلام و جاریه زوجهما ولیان لهما و هما غیر مدرکین؛ قال: فقال: التکاح جائز وأتيهما أدرك، كان له الخيار؛ فإن ماتا قبل أن يدركا، فلا ميراث بينهما ولا مهر إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا. ... قلت: فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت أيرثها الزوج المدرک؟ قال: لا؛ لأن لها الخيار إذا أدركت. قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك؟ قال: يجوز عليها تزويج الأب ويجوز على الغلام، والمهر على الأب للجارية.^۱

سؤال سائل در صدر این روایت، ناظر به حیثیت پدر بودن ولی نیست؛ از این رو، در ذیل، حکم خصوص تزویج پدر را می پرسد، نظیر آنکه وقتی درباره «خویشان» سؤال شود، به طور متعارف، تعبیر «خویشان» شامل پدر نمی شود، با اینکه او نیز از خویشان است. البته نفی ولایت در صدر، منافاتی با ثبوت ولایت برای وکیل یا وصی پدر ندارد؛ زیرا وکیل و وصی پدر، حیثیتی جز همان حیثیت پدر ندارند و ولایتشان از شؤون ولایت پدر است؛ اما توسعه کلمه «أب» در مطلق «ولی» به طوری که شامل «حاکم» گردد، صحیح نیست.

اشکال دوم به وجه فرق

همان گونه که صاحب حدائق با تمسک به مفهوم روایاتی که ولایت بر صغیره را منحصر در پدر دانسته اند، ولایت حاکم بر او را نفی کرد، می توان با تمسک به مفهوم برخی دیگر از روایات، مثل مفهوم صحیحۀ ابوبصیر و محمد بن مسلم^۲ در تفسیر «الَّذِي يَبْدُوهُ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»^۳، ولایت حاکم بر مجنونه را نیز نفی نمود؛ زیرا طبق مفهوم این دو صحیحۀ، غیر از افراد مذکور در این دو صحیحۀ، شخص دیگری

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۱، ح ۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۹، ح ۱.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۸۴، ح ۱۵۴؛ و عنه (الحسن بن محبوب) عن علي بن رناب عن أبي بصير و علاء بن رزين عن محمد بن مسلم كلاهما عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن «الَّذِي يَبْدُوهُ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»، فقال: هو الأب والأخ والموصى إليه والذي يجوز أمره في مال المرأة من قرابتها فبيع لها وبشترى؛ قال: فأني هؤلاء عفا، ففقهوا جائز في المهر إذا عفا عنه».

۳. البقرة، ۲۳۷.

ولایت ندارد و حاکم جزء آنان نیست. به عبارت دیگر، حضرت در مقام بیان افرادی که «عقدة النکاح» در دست آنهاست، می‌فرمایند:

«هو الأب والأخ والموصی إليه والذي يجوز أمره في مال المرأة من قرابتها فيبيع لها ويشترى قال فأَيُّ هؤلاء عفا فعفوه جائز في المهر إذا عفا عنه»^۱

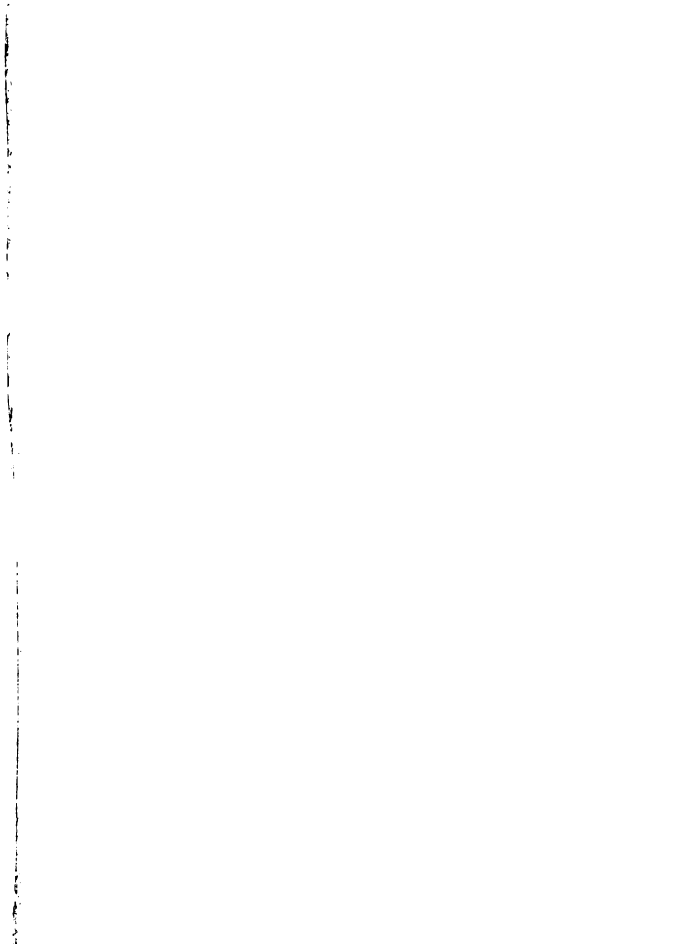
این روایت، کسی را ولی زن شمرده و امر وی را نسبت به او نافذ دانسته که از خویشاوندان زن باشد و بدیهی است که حاکم، از خویشاوندان محسوب نمی‌شود و چون اطلاقش شامل مجنونه نیز می‌شود، پس ولایت حاکم به دلیل این روایت از مجنونه نفی می‌گردد.

در نتیجه، حق با صاحب مدارک است که تفصیل بین مجنونه و صغیره را بدون وجه دانست و اشکال صاحب حدائق، به ایشان وارد نیست.

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۸۴، ح ۱۵۴.

بخش بیست و چهارم

احکام استجابی در ازدواج دختر مستقل



استحباب استیذان «دختر مستقل در امر ازدواج» از پدر و جد

مسألة ۱۴: «يستحب للمرأة المالكة أمرها، أن تستأذن أباهَا أو جدَهَا؛ وإن لم يكونا، فتوَكَّل أخَاهَا؛ وإن تعدَّد، اختارت الأكبر»^۱

زنی که در امر ازدواج، استقلال دارد و اختیاردار خویش است، مستحب است برای ازدواج، از پدر و جد خویش اجازه بگیرد.

زن مستقل در امر ازدواج، طبق نظر مختار - که عدم اعتبار رضایت باکره رشیده است - منحصر در «ثیب» است؛ ولی طبق عقیده مرحوم سید - که درباره «باکره رشیده» احتیاط کرده و اذن پدر و جد را شرط دانسته است^۲ - این حکم استحبابی احتمالاً «باکره رشیده» را نیز شامل است.

دلیل استحباب استیذان از پدر و جد

روایات متعددی درباره باکره رشیده وارد شده است که او را از عقد بدون اجازه گرفتن از پدر منع می‌کند و عقد او را باطل می‌داند.^۳ اگر کسی برخلاف مبنای مختار، به

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۹.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۳، م ۱.

۳. مانند: وسائل الشیعة، ج ۲، ص ۲۷۰، ح ۷: و عن الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن الحسن بن علي عن أبان بن عثمان عن أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الجارية البكر التي لها أب لا تزوج إلا بإذن أبيها» وقال إذا كانت مالكة لأمرها تزوجت متى شاءت.»

و ص ۲۷۱، ح ۱۱: و بإسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء ألهما مع أبيها أمر؟ فقال: ليس لها مع أبيها أمر ما لم تثيب.»

و ص ۲۷۲، ح ۱۴: و بإسناده عن أحمد بن محمد بن عيسى عن البرقي عن ابن فضال عن ابن بكير عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا بأس أن تزوج المرأة نفسها إذا كانت ثيبا بغير إذن أبيها إذا كان لا بأس بما صنعت.»

ظاهر این روایات اخذ نکند و ولایت را برای پدر ثابت نداند، ممکن است در مقام جمع بین ادله، از این ظهور دست بردارد و آنها را بر استحباب مؤکد حمل کند. روایاتی نیز وجود دارد که به اطلاقش هم شامل ثیب می شود و هم شامل باکره رشیده، و حمل آنها بر خصوص باکره رشیده وجهی ندارد، مانند روایت عبید بن زراره که ظاهرش عام است و از آن استفاده می شود که شخص، در مقابل جد پدری هم اختیار ندارد. گرچه این روایت، جنبه اخلاقی دارد و از آداب محسوب می شود، ولی این ادب، غیر از حفظ آدابی است که درباره مادر، عمو، برادر بزرگ و امثال آنان باید رعایت شود. حدود این ادبی که برای باکره رشیده و ثیب از این روایت به دست می آید، فراتر از ادبی است که از باب احترام برای مادر و دیگران ثابت است؛ مثلاً اگر دختری قصد ازدواج با کسی را داشته باشد که در آن صلاح است و پدر به آن راضی نیست، روایات ناهیه که استیذان پدر را مستحب دانسته است، این مورد را شامل است؛ ولی اگر مادر، عمو و امثال آنان راضی نباشند، ادله رعایت ادب و احترام به آنان، این موارد را شامل نیست تا ترک این ازدواج برای دختر استحباب داشته باشد؛ یا مثلاً اگر مادر یا عمو مطلع نباشند و دختر بداند در صورت اطلاع با ازدواجش مخالفت می کنند، اشکالی ندارد که بدون اطلاع آنها ازدواج کند، در حالی که اطلاع ندادن به پدر و ازدواج بدون رضایت او کراهت دارد، یا اطلاع دادن مستحب است.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۵، ح ۳: عده من أصحابنا عن سهل بن زیاد عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي المغراء عن عبید بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إني لذات يوم عند زیاد بن عبید الله الحارثي إذ جاء رجل يستعدي علي أبيه فقال أصلح الله الأمير إن أبي زوج ابنتي بغير إذني فقال زیاد لجلسائه الذين عنده ما تقولون فيما يقول هذا الرجل قالوا نكاحه باطل قال ثم أقبل علي فقال ما تقول يا أبا عبد الله فلما سألني أقبلت علي الذين أجابوه فقلت لهم أليس فيما تزوون أنتم عن رسول الله صلى الله عليه وآله أن رجلاً جاء يستعديه علي أبيه في مثل هذا فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله أنت و مالك لأبيك قالوا بلى فقلت لهم فكيف يكون هذا و هو و ماله لأبيه و لا يجوز نكاحه [عليه] قال فأخذ بقولهم و ترك قولي؛ و وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۰-۲۹۱، ح ۵.

استحباب توکیل برادر توسط دخترِ مستقل در فرض فقدان پدر و جد

مسألة ۱۴: «... وإن لم یكونا، فتوکل أخاها؛ وإن تعدّد، اختارت الأكبر.»^۱
طبق نظر مرحوم سید، زنی که در امر ازدواج استقلال دارد و اختیاردار خویش است، مستحب است در فرض فقدان پدر و جد، با نظر برادر خود موافقت کند.

دلیل استحباب توکیل یا اجازه گرفتن از برادر

برای استحباب توکیل برادر، ممکن است به روایات مفسر آیه شریفه «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ»^۲ تمسک شود. روایاتی که در تفسیر این آیه شریفه وارد شده است، برادر را از اولیای عقد شمرده^۳؛ ولی چون التزام به ظاهر این روایات که لزوم اجازه گرفتن از اوست، صحیح نیست، از این ظاهر، دست برداشته می شود و از آنها استحباب اجازه گرفتن، استفاده می شود.

بررسی روایات مفسر آیه «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ»

اما استدلال به این دسته از روایات، قابل تأمل است؛ زیرا دو احتمال نسبت به وجه ذکر «برادر» در آنها هست.

احتمال اول: برادر، وجود تنزیلی پدر و جد است؛ پس همان طور که موافقت با

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۹.

۲. البقرة، ۲۳۷.

۳. مانند صحیح ابوبصیر: عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ»؛ قال: هو الأب والأخ والزجل يوصى إليه والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشتري، فأبي هؤلاء عفا، فقد جاز» (وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۳، ح ۴)، و صحیح ابوبصیر و محمد بن مسلم: عن أبي جعفر عليه السلام «سألته عن «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ»؛ فقال: هو الأب والأخ والموصى إليه والذي يجوز أمره في مال المرأة من قرابتها فبيعه لها ويشتري؛ قال: فأبي هؤلاء عفا، فعهوه جائز في المهر إذا عفا عنه» (وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۳، ح ۵).

پدر و جد، لازم است، تنزیلاً موافقت با برادر و اجازه گرفتن از او هم لازم است، که به جهت جمع بین این روایات و روایاتی که ولی را منحصر در پدر و جد می‌داند، معنای موافقت تنزیلی با برادر، استحباب موافقت با او و اجازه گرفتن از اوست. احتمال دوم: برادرها به حسب متعارف، از طرف خواهرها برای تزویج اجازه دارند؛ از این رو، در این روایات، جزء اولیای عقد شمرده شده‌اند. در این صورت، ولی بودن آنان، ادعایی نیست؛ بلکه حقیقتاً از افرادی هستند که خواهرها به آنان اجازه داده‌اند و با آنچه آنان اختیار می‌کنند موافق هستند. بنابراین، چون مفاد این روایات، طبق احتمال دوم، از مسئله استحباب توکیل برادر اجنبی است، برای استدلال بر مطلوب، صلاحیت ندارند.

دلیل استحباب اجازه گرفتن از بزرگ‌ترین برادر

اما مدعی دیگری که مطرح است، استحباب اجازه گرفتن از بزرگ‌ترین برادر است. مرحوم سید در صورت تعدد برادرها، توکیل بزرگ‌ترین برادر را مستحب دانسته است. برای اثبات این مدعا ممکن است به مرسله حسن بن علی و روایت ولید بن عاصم الأسفاط تمسک شود.

بررسی مرسله «الأخ الأكبر بمنزلة الأب»

علي بن إسماعيل الميثمي عن الحسن بن علي عن بعض أصحابنا عن الرضا عليه السلام قال: «الأخ الأكبر بمنزلة الأب»^۱

می‌توان طبق تقریبی که برای روایات مفسر آیه «الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» بیان شد، به این مرسله هم بر استحباب اجازه گرفتن از بزرگ‌ترین برادر استدلال کرد؛ یعنی از تنزیل مذکور استفاده استحباب کرد. البته روایت، مرسله است لذا سندش ضعیف است.

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۹۳، ح ۵۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۳، ح ۶.

بررسی روایت ولید بیتاع اسفاط

روایت ولید بیتاع اسفاط نیز چنین است:

أبو علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار و محمد بن إسماعيل عن الفضل بن شاذان جميعا عن صفوان عن ابن مسكان عن ولید بیتاع الأسفاط قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا عنده عن جارية كان لها أخوان زوجها الأكبر بالكوفة و زوجها الأصغر بأرض أخرى، قال: الأول بها أولى إلا أن يكون الآخر قد دخل بها فإن دخل بها فهي امرأته و نكاحه جائز.»^۱

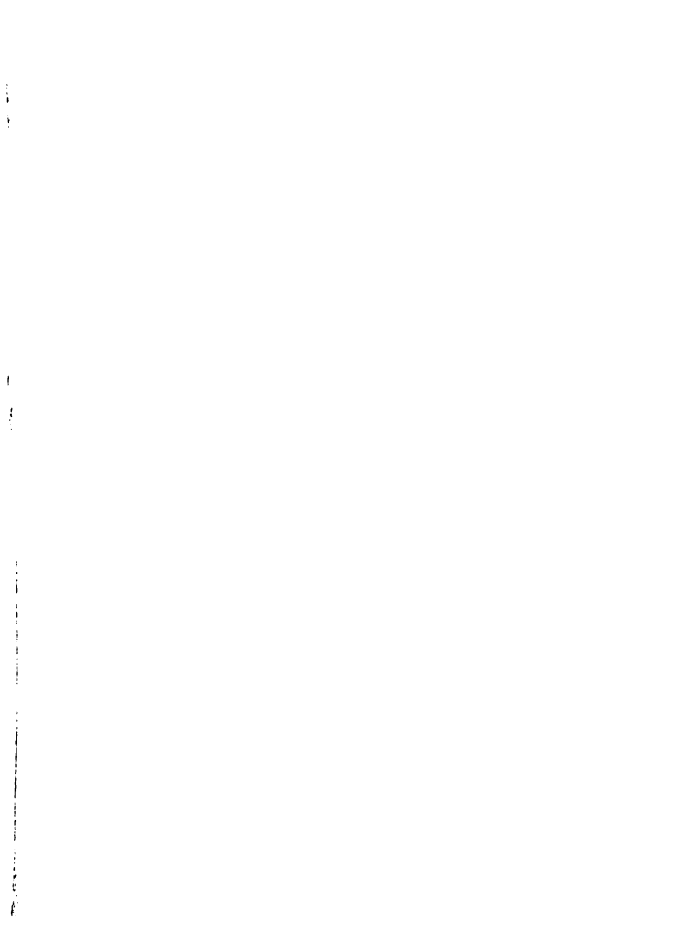
مرحوم آقای حکیم مقتضای این روایت را استحباب موافقت با بزرگ‌ترین برادر دانسته است؛ البته بنابر اینکه مراد از «الأول بها أولى»، اولویت عقد بزرگ‌ترین برادر باشد.^۲ در تبیین بیشتر مطلب فوق می‌توان گفت: مستفاد از این روایت، آن است که عقد هر دو برادر فضولی است و امضای یکی از آنها لازم است؛ ولی حضرت فرموده‌اند که بهتر است عقد برادر بزرگتر امضا شود، مگر اینکه زمینه امضای آن از بین رفته باشد و صلاحیت برای اجازه را نداشته باشد، مثل اینکه زوجی که برادر دوم اختیار کرده است به خواهر دخول کرده باشد، که در این صورت اجازه دخول از طرف خواهر، ابطال عقد اول و امضای عقد دوم است و عقد اول صلاحیت امضا را از دست می‌دهد. ولی این تفسیر از روایت صحیح نیست؛ زیرا مراد از «الأول»، برادر اول نیست تا گفته شود موافقت با برادر اول نسبت به برادر دوم بهتر است؛ بلکه مراد زوج اول است؛ زیرا در روایت، «الأول» در مقابل «الآخر» قرار گرفته است و مراد از «الآخر» به قرینه «قد دخل بها»، زوج دوم است.

بنابراین مراد روایت این است که اگر دو عقد فضولی در خارج اتفاق افتاده باشد، عقدی که زودتر واقع شده مقدم است، خواه آن را برادر بزرگ‌تر منعقد کرده باشد یا برادر کوچک‌تر.^۳

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۶، ح ۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۱، ح ۴.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۷۹.

۳. به علاوه، این روایت از نظر سند معتبر نیست؛ زیرا دلیلی بر وثاقت ولید وجود ندارد.



دلالت سکوت باکره بر رضای او

بخش بیست و پنجم

دلالت سکوت باکره بر رضای او

مسألة ۱۵: «ورد في الأخبار أن إذن البكر، سكوتها عند العرض عليها، وأفتى به العلماء؛ لكنّها محمولة على ما إذا ظهر رضاها و كان سكوتها لحياتها عن النطق بذلك.»

روایات متعدّدی مانند «إذنها صماتها» از شیعه و عاقله وارد شده است^۲ که دلالت دارد سکوت باکره رشیده هنگام نظرخواهی از او درباره ازدواج، اذن محسوب می شود. جامع المقاصد بر کفایت سکوت از اذن، ادعای اتفاق کرده است^۳؛ البته

۱. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۶۹.

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۴، ح ۱: محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: «قال أبو الحسن (ع) في المرأة البكر: إذنها صماتها والنتيب أمرها إليها»؛ و ص ۲۷۳، ح ۴؛ و ص ۲۶۸، ح ۳؛ و ص ۲۷۸، ح ۹. صحیح البخاری، ج ۱۰، ص ۳۵۲، ح ۶۲۲۹: حدّثنا أبو عاصم، عن ابن جریج، عن ابن أبي مليكة، عن ذکوان، عن عائشة (ع) قالت: قال رسول الله (ص) «البكر تستأذن؛ قلت: إن البكر تستحيي؛ قال: إذنها صماتها».

صحیح مسلم، ج ۲، ص ۱۰۳۷، ح ۶۶: حدّثنا سعيد بن منصور و قتيبة بن سعيد. قالوا: حدّثنا مالك. ح و حدّثنا یحیی بن یحیی (و اللفظ له) قال: قلت لمالك: حدّثك عبد الله بن الفضل عن نافع بن جبير، عن ابن عباس: أن النبي (ص) قال: «الأم أحق بنفسها من وليها. و البكر تستأذن في نفسها. و إذنها صماتها؟ قال: نعم»؛ و ح ۶۷ و ۶۸.

سنن أبي داود (چاپ دار الكتاب العربي)، ج ۲، ص ۸۹۷، ح ۲۹۸: حدّثنا أحمد بن یونس و عبد الله بن مسلمة قالوا: أخبرنا مالك، عن عبد الله بن الفضل، عن نافع بن جبير، عن ابن عباس، قال: قال رسول الله (ص): «الأم أحق بنفسها من وليها، و البكر تستأذن في نفسها، و إذنها صماتها» و هذا لفظ القعني. السنن الكبرى (نسائی)، ج ۳، ص ۲۸۰، ح ۵۳۷۱: أخبرنا قتيبة بن سعيد قال: حدّثنا مالك عن عبد الله بن الفضل عن نافع بن جبير بن مطعم عن ابن عباس: أن رسول الله (ص) قال: «الأم أحق بنفسها من وليها و البكر تستأذن في نفسها و إذنها صماتها»؛ و ح ۵۳۷۲.

همچنین: سنن الترمذی، ج ۳، ص ۲۷۰، ح ۱۱۰۸.

۳. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۲۰.

مرحوم ابن ادریس در این مسئله، مخالف است و این روایت و کلام مرحوم شیخ را که فرموده: «وإذا أراد الأخ، العقد على اخته البكر، استأمرها؛ فإن سكنت، كان ذلك رضا منها»^۱ چنین توجیه کرده است:

«المراد بذلك، أنها تكون قد وكلته في العقد. فإن قيل: إذا وكلته في العقد، فلا حاجة به إلى استيमारها؛ قلنا: بل يستحب أن يستأمرها عند العقد بعد ذلك ... وهذا معنى ما روي أن «إذنها صماتها»^۲.

طبق این توجیه، مراد از روایت این نیست که در اصل رضایت دختر، سکوت کافی باشد؛ بلکه مراد این است که اگر دختر، کسی را وکیل در تزویج کرد، مستحب است وکیل به توکیل دختر اکتفا نکند و از دختر اجازه مجدد بگیرد و اگر دختر در این مرحله سکوت کند، سکوت او علامت رضایتش است و به این استحباب عمل شده است.

البته توجیه فوق، ناتمام است؛ زیرا تقیید روایت و کلام شیخ به فرض توکیل دلیلی ندارد و استحباب اجازه گرفتن وکیل از موکل هنگام عقد نیز وجهی ندارد^۳؛ از این رو، توجیه فوق، مورد قبول شیخ طوسی هم نیست و صاحب حدائق نیز به آن اشکال کرده است^۴؛ ولی در هر حال، مرحوم ابن ادریس حدیث «إذنها صماتها» را پذیرفته و آن را بر همان توجیه فوق، حمل کرده است.

با تتبع در کلمات مرحوم علامه در مختلف، روشن می شود که ابن جنید^۵ و ابن ابی عقیل^۶ هم این روایت را پذیرفته اند و ظاهر ابتدایی^۷ کلام ابن جنید به نقل

۱. النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۶۷.

۲. السرائر، ج ۲، ص ۵۶۸-۵۶۹.

۳. توضیح بیشتر: بر فرض چنین استحبابی هم ثابت باشد، چه فرقی بین این امر استحبابی با اصل رضایت دختر است که در این امر استحبابی سکوت کفایت می کند، ولی در رضایت دختر، سکوت کافی نیست؟

۴. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۶۴.

۵. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۲۸.

۶. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۲۸.

۷. توضیح بیشتر: زیرا مرجع ضمیر در «استئذانها» به حسب ظاهر، مطلق بالغه است و ارجاع آن به خصوص بکر، به ویژه با عنایت به فاصله شدن «تیب» بین آن و ضمیر، بعید به نظر می آید.

از مختلف، این است که ابن جنید سکوت ثیب را هم امضا محسوب کرده است:

«قال ابن الجنید: ... فلانری إنکاح أحد من الأولیاء - أباکان أو غیره -

لبالغة بکر أو ثیب - نجوز اختیارها لنفسها - إلا من بعد إذنهما، وأن

تعترف عند استئذانها ما قاله النبي ﷺ في أن إذنهما هو سکوتها.»^۱

ولی به قرینه استشهاد و اشاره به روایت، مراد ایشان، کفایت سکوت در خصوص

باکره است. به علاوه، طبق آنچه بین فقها معروف است^۲، ابن جنید غالباً از فتاوی

عاقه متأثر است و فتاوی آنان مربوط به باکره است، نه ثیب.^۳

ابن براج در مهذب^۴ - و نیز در «الکامل» بنابر قول مختلف^۵ - علاوه بر سکوت،

خنده و گریه باکره را نیز رضایت دانسته است. مراد از گریه، گریه شوق است؛ اما مورد

فتاوی فقها نیست و مرحوم علامه در مختلف، نسبت به دلالت گریه بر رضایت اشکال

کرده^۶ و جامع المقاصد هم این اشکال را نقل کرده و ظاهرش این است که ایشان نیز

به آن فتوا نداده است^۷؛ اما درباره خنده فتوا داده و آن را به طریق اولویت، علامت

رضا دانسته است: «و لو ضحکت عند استئذانها، فهو إذن؛ لأنه أقوى من السکوت.»^۸

۱. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۲۸.

۲. برای نمونه: الأتوار اللوامع، ج ۱۰، قسم ۱، ص ۳۴؛ ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۲۵۱؛ کتاب الطهارة (شیخ انصاری)، ج ۵، ص ۱۰۶.

۳. برای نمونه: صحیح مسلم، ج ۲، ص ۱۰۳۷، ح ۶۶: حَدَّثَنَا سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ وَ قُتَيْبَةُ بْنُ سَعِيدٍ، قَالَ: حَدَّثَنَا مَالِكٌ، ح وَ حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ يَحْيَى (و اللَّفْظُ لَهُ) قَالَ: قُلْتُ لِمَالِكٍ: حَدَّثَكَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْفَضْلِ عَنْ نَافِعِ بْنِ جَبْرِ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا؛ وَ الْبَكْرُ تَسْتَأْذِنُ فِي نَفْسِهَا، وَ إِذْنُهَا صِمَاتُهَا؟ قَالَ: نَعَمْ.» وَ ح ۶۷ وَ ۶۸.

المَوْضُوعُ (مَالِكٌ)، ج ۳، ص ۷۴۹، ح ۴۹۵: مَالِكٌ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْفَضْلِ، عَنْ نَافِعِ بْنِ جَبْرِ ابْنِ مَطْعَمٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبَّاسٍ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا؛ وَ الْبَكْرُ تَسْتَأْذِنُ فِي نَفْسِهَا، وَ إِذْنُهَا صِمَاتُهَا.»

۴. المهذب (ابن براج)، ج ۲، ص ۱۹۴.

۵. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۲۸-۱۲۹.

۶. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۲۹.

۷. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۲۱.

۸. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۲۱.

فروض سکوت باکره

مرحوم صاحب جواهر برای سکوت باکره، شش فرض را ذکر کرده است:

۱. به قرائنی مقرون است که به طور قطع مفید رضا است؛ البته مراد، قطع عرفی است که شامل اطمینان هم می شود.
۲. به قرائنی مقرون است که به طور ظنی مفید رضا است.
۳. از هرگونه قرینه ای بر رضایت یا نارضایتی خالی است.
۴. به قرائنی مقرون است که به طور قطعی - اعم از اطمینان - مفید نارضایتی است.
۵. به قرائنی مقرون است که به طور ظنی مفید نارضایتی است.
۶. به قرائن متعارضی مقرون است که مانع از حصول ظن به یک طرف است.

بررسی اقوال در مسئله

در مسئله چهار قول مطرح است که طبق مختار، قول چهارم صحیح است و سه قول دیگر با اشکالاتی رویرو است که در ادامه، نقد آنها می آید.

قول اول: اخذ به موارد غیر مقترن با قرینه عدم رضایت

صاحب جواهر^۱ گویا مقتضای جمود بر ظاهر اطلاقات فتاوا^۲ و نصوص^۳ را این دانسته که جز در فرض چهارم (قطع به نارضایتی)، سکوت در بقیه فروض، علامت رضا است^۴؛ ولی قدر متیقن از این اطلاقات را که می توان به حجیت آنها ملتزم شد، مواردی دانسته که قرینه ای بر نارضایتی - حتی قرینه ظنی یا قرینه متعارض - وجود نداشته نباشد؛ از این رو، تنها در سه فرض اول، سکوت را علامت رضا دانسته است.^۵

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۰۴.

۲. رک: مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۲۷-۱۲۹، م ۶۲.

۳. مانند وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۳؛ ح ۴؛ و ص ۲۶۸، ح ۳؛ و ص ۲۷۸، ح ۹.

۴. استاد^۵: فرض چهارم به این دلیل علامت رضا نیست که در روایات، سکوت به اذن تنزیل شده، همچنانکه مرحوم آقای خونی هم فرموده است (موسوعة الإمام الخونی، ج ۳۳، ص ۲۵۰)، و معلوم است که اگر خود اذن هم مقرون به قرائن قطعیه بر عدم رضا باشد، کافی نیست.

۵. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۰۴.

قول دوم: اخذ به موارد مقرون به قرینه قطعی یا ظنی بر رضا

قول دوم، قول مرحوم آقای حکیم است. ایشان سکوت در دو فرض اول را برای حکم به صحت کافی دانسته و در چهار فرض دیگر کافی ندانسته و در وجه آن فرموده است:

«لَمَّا كَانَ السَّكُوتُ مِنَ الْأَمَارَاتِ الْعَرَفِيَّةِ، يَتَعَيَّنُ حَمْلُ الْحِجَّةِ عَلَى أَنْ تَكُونَ إِمْضَاءً لَمَّا عِنْدَ الْعَرَفِ؛ وَهِيَ تَخْتَصُّ بِالصَّوْرَتَيْنِ الْأُولَتَيْنِ، وَلَا تَشْمَلُ الثَّانِيَةَ. وَبِالْجُمْلَةِ: بَعْدَ أَنْ كَانَ احْتِمَالُ كَوْنِ السَّكُوتِ بِمَنْزِلَةِ الرِّضَا مَوْضِعًا لِلصَّحَّةِ وَاقِعًا، خِلَافَ الظَّاهِرِ جَدًّا، وَتَعَيَّنَ كَوْنُهُ مَوْضِعًا لِلْحَكْمِ الظَّاهِرِيِّ - أَعْنِي الْحِجَّةِ - يَدُورُ الْأَمْرُ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الْحِجَّةُ إِمْضَاءً لَمَّا عِنْدَ الْعَرَفِ وَأَنْ تَكُونَ تَأْسِيسًا فِي مُقَابِلِ مَا عِنْدَ الْعَرَفِ؛ وَ الْأَوَّلُ أَظْهَرُ؛ فَإِنَّهُ الْمُنْصَرَفُ مِنَ الْخُطَابِ، فَتَخْتَصُّ الْحِجَّةُ بِالصَّوْرَتَيْنِ الْأُولَتَيْنِ فَقَطْ.»^۱

پس به نظر ایشان، روایات با مضمون «إِذْنُهَا صِمَاتُهَا»^۲ به مواردی انصراف دارند که سکوت عرفاً علامت رضاست؛ یعنی فقط دو مورد اول، نه اینکه جنبه تأسیسی داشته باشند. ایشان کلام صاحب عروه را بر مختار خویش حمل کرده^۳ و در ادامه فرموده است: «فَإِنْ لَمْ يَتِمَّ ذَلِكَ، تَعَيَّنَ الْبِنَاءُ عَلَى مَا حَكَاهُ فِي الْجَوَاهِرِ وَاسْتَضْعَفَهُ، مِنْ كَوْنِ الْحِجَّةِ عَاقِمَةً لْجَمِيعِ الصُّوَرِ، عِدَا صُورَةِ الْعِلْمِ بِالْخِلَافِ، أَخْذًا بِالْإِطْلَاقِ اللَّفْظِيِّ؛ فَمَا فِي الْجَوَاهِرِ أَوْضَعُفَ الْوَجْه.»^۴

اشکال قول دوم: لزوم خروج اظهار افراد روایت

اما کلام ایشان قابل مناقشه است؛ زیرا بر فرض که مجرد سکوت عرفاً رضایت محسوب نشود و نیاز باشد قرائن قطعی یا ظنی به آن ضمیمه شود تا حکم اذن را

۱. مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۴، ص ۴۸۰-۴۸۱.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۴، ح ۸: محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: «قال أبو الحسن عليه السلام في المرأة البكر: إِنْهَا صِمَاتُهَا وَالتَّيَّبُ أَمْرُهَا إِلَيْهَا».

۳. مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۴، ص ۴۸۱.

۴. مستمسک العروة الوثقى، ج ۱۴، ص ۴۸۱.

پیدا کند، ولی این ادعا که منصرف روایت، همین دو صورت - سکوت مقرون به قرائن قطعی و ظنی - باشد و سکوت خالی از قرینه را شامل نشود، صحیح نیست؛ زیرا اگر شارع، با وجود اینکه عرف، سکوت را اماره نمی داند، خود سکوت را معتبر کرده باشد، اظهر افراد آن، همین فرض سکوت مجرّد از قرینه است و اخراج آن از تحت روایت، مستلزم اخراج اظهر افراد است؛ نظیر اینکه وقتی گفته می شود: «خبر واحد حجت است»، معنایش این است که خود خبر واحد، با قطع نظر از قرائن دیگر، حجت است و اظهر مصادیق آن، خبر واحدی است که قرائن خارجی به همراهش نباشد؛ پس اینکه در مقام، به «سکوت» قیود دیگر افزوده شود، خلاف ظاهر خواهد بود.

بنابراین باید مرحوم آقای حکیم نیز مختار صاحب جواهر را اختیار می کرد که هرچند عرف، سکوت را فقط در دو فرض اول، اماره رضایت می داند، ولی اطلاق تعبیر «إذنها صماتها» اقتضا می کند که علاوه بر آنها، سکوت در فرض سوم هم حجت باشد. به علاوه، صدر و ذیل کلام مرحوم آقای حکیم با یکدیگر متناقض است. ایشان در صدر فرموده: «السکوت من الأمارات العرفية» که ظاهرش اماریت نفس سکوت است با قطع نظر از قرائن موافق و مخالف؛ ولی در ذیل، هنگام تفریع بر صدر فرموده: «یتعین حمل الحجة علی أن تكون إمضاء لما عند العرف، و هي تختص بالصورتين الأولتين ... فتختص الحجة بالصورتين الأولتين فقط» که ظاهرش اماریت سکوت مقرون به قرینه قطعی یا ظنی است. نتیجه منطقی صدر کلام این است که روایت، علاوه بر امضای دو صورت مقرون به قرینه، امضای نفس سکوت هم محسوب شود و فرض سوم از فروض شش گانه صاحب جواهر صحیح باشد، نه اینکه فقط امضای فرض اول و دوم باشد؛ پس تفریع ایشان صحیح نیست.

قول سوم: اماریت سکوت بر رضا به جز صورت قطع به خلاف

قول سوم، نظر مرحوم آقای خوئی است. ایشان درباره اماریت سکوت باکره بر رضا چنین فرموده است:

«و الَّذي يظهر بالتأمل في هذه النصوص، أنّ السکوت إنّما هو منزّل منزلة الإذن الَّذي هو أمارّة و کاشف عن الرضا الباطني؛ و لذا عرف

خروج فرض الاطمئنان بعدم رضاها قلبا؛ و من هنا تكون حجة السكوت على حدّ حجة الإذن الصريح؛ و حيث إنه حجة ما لم يعلم عدم رضاها، يكون الأمر في السكوت كذلك أيضا، من غير فرق بين قيام الظنّ بالوفاق أو الخلاف و عدمه؛ فإنّ الأمارات، كاشفة كشفا نوعيا و حجة بقول مطلق، ما لم يحصل العلم بالخلاف، على ما هو محرز في محلّه.^{۲۱}

بررسی قول سوم با بررسی دلالت روایات مسئله

ولی در نقد این قول باید گفت کفایت سکوت از رضا در غیر از موارد قطع یا اطمینان، محتاج دلیل است و چنان که در بیان نظر مختار خواهد آمد، چنین دلیلی وجود ندارد. برای بیان نظر مختار، ابتدا باید روایات مسئله بررسی شود.

روایت اول: روایت ضحاک بن مزاحم

أخبرنا أبو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان رضی الله عنه، قال: حدّثنا أبو نصر محمد بن الحسين البصير الشهروردي، قال: حدّثنا الحسين بن محمد الأسدي، قال: حدّثنا أبو عبد الله جعفر بن عبد الله بن جعفر العلوي المحمدي، قال: حدّثنا يحيى بن هاشم الغساني، قال: حدّثنا محمد بن مروان، قال: حدّثني جويبر بن سعيد، عن الضحاک بن مزاحم، قال سمعت علي بن أبي طالب رضی الله عنه يقول:

«أتاني أبو بكر وعمر فقالا: لو أتيت رسول الله صلی الله علیه و آله فذكرت له فاطمة، قال: فأتيتها، فلما رأني رسول الله صلی الله علیه و آله ضحك، ثم قال: ما جاء بك يا أبا الحسن وما حاجتك قال: فذكرت له قرابتي و قدمي في الإسلام و نصرتي له و جهادي، فقال: يا علي، صدقت، فأنت أفضل ممّا تذكر. فقلت: يا رسول الله، فاطمة تزوجنيها فقال: يا علي، إنه قد ذكرها قبلك رجال، فذكرت ذلك لها، فرأيت الكراهة في وجهها، ولكن على رسلك حتّى أخرج إليك، فدخل عليها فقامت إليه، فأخذت

۱. مصباح الأصول (جواب مؤسسه احیاء آثار سید خونی)، ج ۱، ص ۲۱۰.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۵۰.

رداءه و نزع نعلیه، و أتنه بالوضوء، فوضأته بیدها و غسلت رجلیه، ثم قعدت، فقال لها: یا فاطمة. فقالت: لبيك، حاجتك، یا رسول الله قال: إن علي بن أبي طالب من قد عرفت قرابته و فضله و إسلامه، و آتی قد سألت ربی أن یزوجك خیر خلقه و أحبهم إلیه، و قد ذكر من أمرك شیئا فما ترین فسکت و لم تول وجهها و لم یر فیہ رسول الله ﷺ کراهه، فقام و هو یقول: الله أكبر، سکوتها إقرارها ... ۱

پیامبر ﷺ با اینکه حضرت زهرا (علیها السلام) در جواب خواستگارهای قبل از امیرالمؤمنین (علیه السلام) سکوت کرده بودند، از کراهت وجه ایشان، فهمیدند که جواب دخترشان منفی است و هنگام خواستگاری امیرالمؤمنین (علیه السلام)، از سکوت مجرد از کراهت وجه، جواب مثبت ایشان را استفاده کردند؛ پس این روایت، گرچه از جهت سندی ضعیف است، ولی مؤید عدم حجیت سکوتی است که همراه با قرینه برخلاف - گرچه ظنی - باشد؛ زیرا در خواستگاری های قبلی، اظهار کراهت در صورت نمایان شده بود و سکوت حجت نبود.

روایت دوم: روایت طبری

أخبرني أبو الحسين محمد بن هارون بن موسى، قال: حدّثني أبي، قال: حدّثنا أبو الحسين محمد بن أحمد بن محمد بن مخزوم المقرئ مولی بني هاشم قال: حدّثنا أبو سعيد عبيد بن كثير بن عبد الواحد العامري التمار بالكوفة، قال: حدّثنا يحيى بن الحسن بن الفرات، قال: حدّثنا عمرو بن أبي المقدام، عن سلمة بن كهيل، عن المسيب بن نجبة، قال:

«لما ورد سبي الفرس إلى المدينة ... فقال أمير المؤمنين (علیه السلام): إن رسول الله ﷺ كان إذا أتنه كريمة قوم لا ولي لها و قد خطبت، أمر أن يقال لها: أنت راضية بالبعل؟ فإن استحيت و سکت جعل إذنھا صماتها و أمر بتزويجھا، وإن قالت: لا، لم تکره علی ما لا تختارھ...» ۲

ظاهر روایت این است که اگر حیای دختر نبود، در صورت موافقت با خواستگاری

۱. الأمالي (شيخ طوسي)، ص ۳۹-۴۰، ح ۱۳.

۲. دلائل الإمامة، ص ۱۹۴-۱۹۵، ح ۱.

سکوت نمی‌کرد و با «بله» رضایت خود را ابراز می‌کرد؛ ولی چون حیا دارد سکوت می‌کند؛ از این رو، سکوتش مقرون به قرینه‌ای اطمینانی بر رضایت است و حضرت چنین سکوتی را اذن تلقی کرده، نه هر سکوتی را، گرچه ظنّ بر خلاف آن باشد.

روایت سوم: روایت دعائم الإسلام

عن علي عليه السلام أنّه قال: «لا ينكح أحدكم ابنته حتّى يستأمرها في نفسها فهي أعلم بنفسها؛ فإن سكتت أو بكت أو ضحكت، فقد أذنت، وإن أبت، لم يزوّجها»^۱
این روایت علاوه بر اینکه از نظر سند ضعیف است، از نظر دلالت هم مخالف عرف و ظاهر روایات دیگری است که در آنها فقط به ذکر سکوت اکتفا شده و خنده و گریه به عنوان علامت رضا ذکر نشده است. البته برخی از عامّه^۲ و همچنین ابن بزّاج^۳ موافق آن فتوا داده‌اند و عده‌ای ضحک را به عنوان اماره رضا ذکر کرده و به اولویت دلالت خنده بر رضایت تمسک کرده‌اند.^۴

ولی همان‌طور که صاحب کفایة الأحکام^۵ و صاحب حدائق^۶ در امارت گریه و خنده اشکال کرده‌اند، هیچ‌کدام موجب اطمینان نیستند؛ زیرا گریه همان‌طور که گاهی از باب شوق است، گاهی از باب تن دادن به سرنوشت و اجبار به پذیرش زندگی با شوهر است و خنده هم همان‌طور که گاهی ناشی از رضایت است، گاهی ناشی از استهزاء است؛ پس این روایت، قابل عمل نیست.

روایت چهارم: روایت یزید کناسی

أحمد بن محمد بن عیسی عن الحسن بن محبوب عن أبي أيوب الخزاز عن يزيد الكناسي قال:

«قلت لأبي جعفر عليه السلام ... قلت: فإن زوّجها أبوها ولم تبلغ تسع سنين

۱. دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۸، ح ۸۱۰.

۲. برای نمونه: المغنی (ابن قدامة)، ج ۷، ص ۴۵.

۳. المهذب (ابن بزّاج)، ج ۲، ص ۱۹۴.

۴. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۲۱؛ مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۶۶؛ نهاية المرام، ج ۱، ص ۸۵.

۵. کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۱۰۰.

۶. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۶۵.

فبلغها ذلك فسكتت ولم تأب ذلك أيجوز عليها؟ قال: ليس يجوز عليها رضا في نفسها ولا يجوز لها تأب ولا سخط في نفسها حتى تستكمل تسع سنين وإذا بلغت تسع سنين جاز لها القول في نفسها بالرضا والتأبى و جاز عليها بعد ذلك ...»^۱

روایت پنجم، ششم و هفتم: صحیحہ حلبی، داود بن سرحان و بزنطی علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن أبي عمير عن حماد بن عثمان عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام:

«... و سئل عن رجل يريد أن يزوجه اخته؛ قال يؤامرها، فإن سكتت، فهو إقرارها، وإن أبت، لم يزوجهها.»^۲

عده من أصحابنا عن سهل بن زياد عن أحمد بن محمد بن محمد بن أبي نصر عن داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام:

«في رجل يريد أن يزوجه اخته، قال يؤامرها، فإن سكتت، فهو إقرارها، وإن أبت، لم يزوجهها، وإن قالت زوجني فلانا، فليزوجهامتن ترضى؛ واليتيمة في حجر الرجل لا يزوجه إلا برضاها.»^۳

محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد بن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: «قال أبو الحسن عليه السلام في المرأة البكر، إذنها صماتها و الثيب أمرها إليها.»^۴

مظنون این است که نوعاً مقصود از ابوالحسن در روایات بزنطی، حضرت امام رضا علیه السلام باشد.^۵ صحیحہ بزنطی عمده دلیل این مسئله است و با تفصیلی که بین

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۸۲، ح ۲۰؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۸، ح ۹.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۳-۳۹۴، ح ۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۷۳، ح ۴.

۳. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۳، ح ۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۶۸، ح ۳.

۴. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۴، ح ۸.

۵. نجاشی و شیخ طوسی «بزنطی» را چنین معرفی کرده اند:

رجال النجاشی، ص ۷۵، رقم ۱۸۰: «أحمد بن محمد بن عمرو بن أبي نصر زيد، مولى السكون، أبو جعفر، المعروف بالبزنطي؛ كوفي، لقي الرضا و أبا جعفر عليه السلام؛ فهرست الطوسي، ص ۵۰، رقم ۶۳: «أحمد بن

بکر و ثیب داده، اطلاق دو صحیحۀ دیگر را به صورت باکره بودن زن، مقید می‌کند و ادعا شده که «سکوت» در این روایات، به منزله اذن کاشف از رضایت باطنی است.^۱

اشکال دلالتی روایات

دو اشکال عمومی به دلالت روایات مسئله بر کفایت سکوت از رضا وارد است.

اشکال اول: عرفی نبودن شمول روایات نسبت به موارد ظنّ بر خلاف

اولاً، عرف شمول «إذنها صماتها» و «فإن سکتت فهو إقرارها» را در موارد ظنّ به خلاف نمی‌پذیرد. مثلاً اگر سکوت باکره، همراه با درهم کشیدن روی باشد - بر فرض اینکه روترش کردن، امارۀ هفتاد درصدی بر نارضایتی است - عرف این روایات را بر آن تطبیق نمی‌دهد؛ بلکه در موارد تعارض امارات نیز که قرینه رضایت و کراهت در

محمّد بن اُبی نصر زید، مولى السكوني، أبو جعفر و قيل: أبو علي، المعروف باليزنطي، كوفي، ثقة، لقي الرضا عليه السلام.

از سویی وفات بزنطی در سال ۲۲۱ قمری بوده (رجال النجاشی، ص ۷۵) و با شهادت امام کاظم عليه السلام (۱۸۳ قمری) حدود ۴۰ سال فاصله داشته و ولادت او نیز بعد از ولادت امام رضا عليه السلام بوده است؛ زیرا در نقلی معتبر چنین آمده است:

حدّثنا أبي عليه السلام قال حدّثنا سعد بن عبد الله عن محمّد بن الحسين بن أبي الخطاب عن أحمد بن محمّد بن أبي نصر البزنطي قال: «تمتّيت في نفسي إذا دخلت على أبي الحسن الرضا عليه السلام أن أسأله كم أتى عليك من الشّئ فلما دخلت عليه وجلست بين يديه، جعل ينظر إليّ ويتفرّس في وجهي؛ ثم قال كم أتى لك؟ فقلت جعلت فداك كذا وكذا؛ قال فانا أكبر منك وقد أتى عليّ اثنتان وأربعون سنة؛ فقلت جعلت فداك، قد والله أردت أن أسألك عن هذا؛ فقال قد أخبرتكَ» (عيون أخبار الرضا عليه السلام، ج ۲، ص ۲۲۰، ح ۳۴).

از آنجا که ولادت امام رضا عليه السلام سال ۱۴۸ قمری بوده (الکافی، ج ۱، ص ۴۸۶) به نظر می‌رسد ولادت بزنطی، بعد از سال ۱۵۰ بوده و چون شهادت امام کاظم عليه السلام سال ۱۸۳ بوده است (الکافی، ج ۱، ص ۴۷۶) تا زمان حیات امام کاظم عليه السلام او یک جوان سی ساله بوده و طبعاً روایات وی از امام کاظم عليه السلام اندک خواهد بود، خصوصاً که از سال ۱۷۹ قمری امام کاظم عليه السلام تقریباً در حصر و حبس مستمر بوده‌اند (الکافی، ج ۱، ص ۴۷۶: «ولد أبو الحسن موسى عليه السلام بالأبواء ... و كان هارون حمله من المدينة لعشر ليال يقين من شوال سنة تسع و سبعين و مائة و قد قدم هارون المدينة متصرفه من عمرة شهر رمضان ثم شخص هارون إلى الحجّ و حمله معه ثم انصرف على طريق البصرة فحبسه عند عيسى بن جعفر ثم أشخصه إلى بغداد فحبسه عند السند بن شاهر فتوفي عليه السلام في حبسه و دفن ببغداد في مقبرة قریش»).

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۵۰.

کنار هم هستند - مثل خوشایندی نسبت به قیافه خواستگار همراه با ناخوشایندی از اخلاق او - معلوم نیست عرف، روایات را بر آن تطبیق دهد. به نظر می‌رسد در این گونه موارد، عرفاً نیاز به سؤال است؛ بنابراین، از آنجا که کفایت سکوت از رضا، بر خلاف اصل است، هر جا اطمینان به رضایت حاصل نشود، اکتفا به سکوت باکره صحیح نیست.

در تقویت این اشکال می‌توان با لحاظ کلام مرحوم حاج آقا رضا همدانی در بحث معیار بودن «استتار قرص» یا «ذهاب حمره» برای وقت نماز مغرب، چنین گفت که عقلاء قول، فعل و تقریر اشخاص را وقتی حجت می‌دانند که تمکن شخص از رد، معلوم باشد و یا اگر تمکن مشکوک است، دست‌کم تحقق مانع، معلوم نباشد، وگرنه اگر مجرد احتمال عدم تمکن، مانع باشد، همه امضاها و شهادت‌ها بی اعتبار خواهد بود؛ اما اگر مثلاً به سبب ترس از جو عمومی یا ترس از فرد خاصی تمکن از رد نباشد، سکوت، حجت بر رضایت باطنی نیست، حتی اگر ظن به رضایت هم باشد، مثل برخی عشایر که دختران آنها مجبور به اطاعت از پدر خود و یا جو عمومی هستند.

به همین دلیل، مرحوم حاج آقا رضا همدانی در مسئله مغرب فرموده است که وقتی عاقله قائل به اعتبار استتار قرص هستند، دیگر حتی اگر روایتی موافق عاقله نقل شود، حجت نیست.^۱

البته گاهی ترس و ضرورت موجب می‌شود که شخصی غیر متمکن از رد، از باب عنوان ثانوی - مانند دفع افسد به فاسد - به عقد، رضایت دهد که در این صورت شکی در ترتب آثار رضایت بر اذن او نیست و از محل بحث خارج است. محل بحث، جایی است که حتی رضایت به عنوان ثانوی هم معلوم نباشد.

اشکال دوم: عدم دلالت روایات بر حجیت تبعیدی سکوت

ثانیاً، چنان‌که به تفصیل در بیان قول مختار خواهد آمد، این روایات در محیطی صادر شده است که سکوت باکره، موجب اطمینان نوعی به رضایت بوده است. از چنین روایاتی بیش از تأیید نظر عرف استفاده نمی‌شود و روایاتی که در چنین

۱. مصباح الفقیه، ج ۹، ص ۱۵۴-۱۵۶.

محیطی صادر می‌شود ظهوری در تأسیسی بودن ندارد. در نتیجه، دلیلی نداریم که سکوت، حجت تعبدی شرعی باشد.

تنزیل سکوت به منزله رضایت در برخی روایات اهل تسنن

نکته ظریفی در روایات امامیه هست که در برخی روایات عامه وجود ندارد. در روایات امامیه سکوت به منزله اذن تلقی شده؛^۱ اما در بعضی از تعبیر عامه، سکوت به منزله رضایت تلقی شده است.^۲ فرق این دو تعبیر این است که اگر سکوت به منزله رضا باشد، حکم واقعی استفاده می‌شود؛ یعنی همان طور که رضا در واقع کافی است - با قید استکشاف یا بدون قید استکشاف - سکوت هم جانشین آن است، نظیر اینکه کسی به دیگری وکالت داده و بعد او را بدون اطلاع، عزل کرده است، که در این حالت، اگر وکیل عقدی کرده باشد، به منزله رضایت خود موکل است، هر چند موکل راضی نیست. اما در روایات امامیه، به جای رضا، «اذن» تعبیر شده و اذن، شرط واقعی نیست؛ بلکه اماره بر شرط (رضایت) است؛ از این رو، حجیتش دائمی نیست و متوقف بر حصول اطمینان است؛ پس معنای تنزیل سکوت بر اذن این است که هر جا اذن حجت است، سکوت هم همان حکم را دارد.

نظر مختار: اختصاص حجیت سکوت به فرض وجود قرینه اطمینانی بر رضا

ابن ادریس^۳ و مرحوم سید^۴ بر این عقیده‌اند که سکوت، به تنهایی کاشف از رضایت نیست و باید قرائنی به آن ضمیمه شود تا یقین یا اطمینان عرفی - که در نظر عرف حجت است - به رضایت حاصل شود. البته ابن ادریس، روایت «إذنها

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۴، ح ۸: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، قال: «قال أبو الحسن عليه السلام في المرأة: البكر إذنها صماتها، والثيب أمرها إليها».

۲. برای نمونه: صحيح البخاري، ج ۷، ص ۱۷، ح ۵۱۳۷: حَدَّثَنَا عمرو بن الزبيع بن طارق، قال: أخبرنا اللَّيْثُ، عن ابن أبي مليكة، عن أبي عمرو، مولى عائشة، عن عائشة، أنها قالت: «يا رسول الله، إن البكر تستحي؟ قال: رضاها صمتها».

۳. السرائر، ج ۲، ص ۵۶۸-۵۶۹.

۴. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۶۹.

صماتها» را بر صورتی حمل کرده که دختر باکره، به پدر یا برادر یا شخص دیگری وکالت در تزویج داده است و اگر زوجه برای ازدواج، وکیل بگیرد، مستحب است وکیل، موقع عقد از دختر اجازه بگیرد و روایت در چنین فرضی سکوت دختر را به منزله اذن دانسته است.^۱

بعید است مرحوم سید با توجیه ابن ادریس موافق باشد؛ زیرا حمل روایت بر چنین فرضی هیچ مدرکی ندارد و اصل حکم، یعنی استحباب اجازه گرفتن وکیل هم دلیلی ندارد.

گویا کلام مرحوم سید درباره روایات مسئله، به این مطلب صحیح ناظر است که در این نوع مسائل، باید اختلاف محیطها در نظر گرفته شود. در دوره کنونی، ارتباطات محرم و نامحرم زیاد شده است؛ از این رو، خجالتی بودن دخترها تا حدود زیادی کم شده؛ ولی در دوره‌های سابق دخترها به دلیل حیای زیاد، در صورت موافقت نمی‌توانستند رضایت خود را صریحاً اعلام کنند و در نتیجه، سکوت آنها موجب اطمینان نوعی به رضایت می‌شده است. این روایات، ناظر به چنین فضایی هستند^۲، نه اینکه یک حکم ابدی را بیان کرده باشند که در هر شرایطی سکوت دختر، معیار باشد.

بنابراین، با توجه به توجیه مذکور (حمل روایات بر قضیه خارجی) صحیح این است که روایات، بر صورت اول از فروض شش‌گانه صاحب جواهر که با مقتضای بنای عقلاء هم مطابق است - عقلاء اطمینان به رضایت را معیار می‌دانند - حمل شود. بر فرض انکار آن توجیه نیز، قول اول (قول صاحب جواهر) که حجیت سکوت باکره در سه فرض اول بود، بر اقوال دیگر مقدم است.

۱. السرائر، ج ۲، ص ۵۶۸-۵۶۹.

۲. این کلام استاد رحمته الله با مطلبی که ایشان در بررسی قول دوم بیان فرمود منافاتی ندارد. آن مطلب این بود که اظهر مصادیق روایات مسئله، سکوتی است که هیچ قرینه‌ای حتی قرائن متعارض همراه آن نیست. آنچه ایشان در بیان نظر مختار خود بیان فرموده این است که در آن زمان، مجرد سکوت بدون هیچ قرینه دیگری اطمینان نوعی ایجاد می‌کرد؛ بنابراین مراد ایشان از وجود یا عدم قرینه دیگر، قرائنی جز قرینه عافه حاکم بر آن زمان است که منشأ شده خود سکوت، اماره اطمینانی بر رضایت محسوب شود.

بررسی شرایط اولیاء

بخش یست و نشتم



بررسی شرایط اولیاء

مسألة ۱۶: «يشترط في ولاية الأولياء المذكورين، البلوغ والعقل والحزّة والإسلام، إذا كان المولى عليه مسلماً؛ فلا ولاية للصغير والصغيرة على مملوكهما من عبد أو أمة؛ بل الولاية حينئذٍ لوليّتهما؛ وكذا مع فساد عقلهما بجنون أو إغماء أو نحوه؛ وكذا لا ولاية للأب والجدّ مع جنونهما ونحوه؛ وإن جنّ أحدهما دون الآخر، فالولاية للآخر؛ وكذا لا ولاية للمملوك ولو مبعوضاً على ولده حرّاً كان أو عبداً؛ بل الولاية في الأول للحاكم، وفي الثاني لمولاه؛ وكذا لا ولاية للأب الكافر على ولده المسلم، فتكون للجدّ إذا كان مسلماً، وللحاكم إذا كان كافراً أيضاً؛ والأقوى ثبوت ولاية على ولده الكافر، ولا يصح تزويج الولي في حال إحرامه أو المولى عليه، سواء كان بمباشرة أو بالتوكيل؛ نعم، لا بأس بالتوكيل حال الإحرام، ليقع العقد بعد الإحلال.»^۱

مرحوم سید در ولایت اولیاء چهار شرط را معتبر دانسته است: بلوغ، عقل، حزّیت و اسلام. البته شرط چهارم، در صورت کفر مولى عليه، اختلافی است که آیا کافر می‌تواند بر آن ولایت داشته باشد یا خیر؛ مثلاً اگر پدر مولى عليه، کافر و جدّ او مسلمان باشد، آیا پدر کافر با وجود جدّ مسلمان می‌تواند بر او ولایت داشته باشد یا خیر.

مرحوم سید بعد از بیان شروط ولایت اولیاء، به ترتیب اموری را بر آنها مترتب کرده است که اولین آنها صلاحیت نداشتن صغار، برای تولی امور مربوط به مولى عليه است و از آنجا که پدر و جد بودن، برای صغار بی‌معناست، ولایت صغار را این‌گونه تصویر کرده که آنان دارای مملوک باشند و با اینکه شرط حزّیت، عقل و اسلام را دارا هستند، ولی چون شرط بلوغ را ندارند بر مملوک خود ولایت ندارند و ولایت، برای ولیّ آنان ثابت است.

برای صغیری که واجد همه شروط، غیر از بلوغ است، این مثال را نیز می‌توان

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۹.

تصویر کرد که صغیر حاکم باشد، مثل علامه حلی که گفته شده قبل از بلوغ، مجتهد جامع الشرائط عادل بوده است.^۱

سپس مرحوم سید بر شرط عقل سه امر را مترتب کرده و فرموده است:
«و کذا مع فساد عقلهما بجنون أو إغماء أو نحوه؛ و کذا لا ولاية للأب
و الجد مع جنونهما و نحوه؛ وإن جنَّ أحدهما دون الآخر، فالولاية
للآخر.»

مرجع ضمیر در کلمه «عقلهما» در حقیقت «مالک» و «مالکه» است که از سیاق
جمله قبل فهمیده می‌شود، مانند ضمیر «أبویه» در آیه شریفه ﴿وَلَا يُؤْيِه لِكُلِّ وَّاحِدٍ
مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ﴾^۲ که از سیاق کلام فهمیده می‌شود مرجعش، «میت» است.^۳
مراد از «نحوه» در عبارت اول، «سکر» و در عبارت دوم، «سکر» و «اغماء» است.
در صورت جنون پدر و جد، یا جنون یکی از آنان و فقدان دیگری، ولایت به کسی
که در طول آنان ولایت دارد می‌رسد، مانند وصی یا حاکم.

مرحوم سید در ادامه برای انتفای شرط حرّیت، پدری را تصویر کرده که به صورت
کامل یا مبعّض مملوک است و فرموده چنین پدری بر فرزند حرّ یا مملوکش ولایت
ندارد؛ بلکه بر فرزندی که حرّ است، حاکم ولایت دارد و بر فرزندی که مملوک است،
مولای فرزند ولایت دارد. مثال دیگر برای انتفای شرط حرّیت، جایی است که
مملوک، مالک عبد یا کنیزی باشد - بنابر صحت ملکیت عبد نسبت به اموالش -
که در این صورت، ولایت برای مولای مملوک اول ثابت است.

البته ثبوت ولایت برای حاکم نسبت به فرزند حرّ را باید به فرضی مقید کرد که
فرزند، جدّ حری نداشته که از دنیا رفته و وصی تعیین کرده باشد، وگرنه وصی جد،
بر حاکم مقدّم است.

مرحوم سید درباره انتفای شرط اسلام، به پدر و جدّی مثال زده است که هر
دو یا یکی از آنان کافر باشند و فرزند، مسلمان باشد. در صورت اول، ولایت را برای
حاکم ثابت دانسته است و در صورت دوم، برای کسی که شرط اسلام را داراست؛

۱. تکملة أمل الأمل، ج ۱، ص ۲۳۶.

۲. النساء، ۱۱.

۳. کنز العرفان، ج ۲، ص ۳۲۷.

البته اگر پدر یا یکی از اجداد، مسلمان بوده و در حال اسلام، وصی تعیین کرده و از دنیا رفته، وصی او، بر حاکم مقدم است.

اما اگر فرزند، کافر باشد، مرحوم سید ثبوت ولایت پدر کافر را بر او اقوا دانسته است، گرچه در عرض پدر، جد مسلمان وجود داشته باشد.

ادامه مسئله که درباره تزویج در حال احرام است، در بحث‌های باب «احرام» از کتاب الحج بیان شده است؛ از این رو در اینجا از آنها بحث نمی‌شود. همچنین از مباحث مملوک نیز به جهت مبتلا نبودن بحث نمی‌شود. آنچه در این مسئله مورد بررسی قرار می‌گیرد، «اعتبار رشد»، «مانعیت مستی و اغماء»، «ولایت کافر بر مسلمان»، «ولایت کافر بر کافر» و «ولایت کافر با وجود مسلمان» است.

بررسی شرط رشد

سفیه، گرچه مجنون نیست، ولی از آن جهت که رشید نیست، محل بحث است که آیا به مجنون ملحق می‌شود تا مطلقاً صلاحیت ولایت را نداشته باشد، یا تنها از تصرفات مالی منع می‌شود تا صلاحیت ولایت در امور مالی را نداشته باشد، و یا فقط از تصرف در امور مالی خودش منع شده است و می‌تواند مطلقاً ولایت داشته باشد؟ مرحوم سید، عقل را از جمله شرایط ولایت ولی بر شمرده؛ اما درباره اعتبار رشد مطلبی نفرموده که ظاهر آن این است که چنین شرطی معتبر نیست. فقهای سابق نیز معمولاً در این مسئله، اسمی از سفیه و حکم آن ذکر نکرده‌اند. تنها کسی که سفیه را مانند جنون، مانع ولایت دانسته، علامه در تذکره است^۱ که فرموده: «و أمّا

۱. علامه در قواعد (ج ۳، ص ۱۲) چنین فرموده است:

«المطلب الثاني: في مسقطات الولاية و هي أربعة: الرق، ...، النقص عن كمال الرشد، كالصبي و المجنون و المغمى عليه و السكران، و لو زال المانع عادت الولاية ...»

در عبارت فوق، تنها «کمال رشد» اعتبار شده، نه مجزّد رشد؛ در نتیجه، با وجود اینکه محقق کرکی در جامع المقاصد (ج ۱۲، ص ۱۰۶) که شرح قواعد است فرموده: «و السفه مانع؛ لانه سبب في ثبوت الولاية على السفیه، فوجب أن لا تكون له ولاية على غيره على الأقرب»، نمی‌توان او را در زمره کسانی دانست که مطلق سفیه را مانع از ولایت دانسته‌اند. در نتیجه علامه در قواعد و محقق کرکی مطلق سفیه را مانند جنون مانع ولایت ندانسته‌اند.

المحجور علیه للسفه، فالأقرب زوال ولايته؛ لأن الحجر عليه لنقصانه، فلا يحسن أن يفوض إليه أمر غيره^۱. کاشف اللثام نیز به صورت احتمال، آن را مطرح کرده و در اینکه آیا سفیه ولایت دارد یا نه، تردید کرده است.^۲

وجه اعتبار رشد در ولی، این است که از ادله^۳ استفاده می شود که سفیه شرعاً از تصرف در امور مالی خود ممنوع است؛ پس به اولویت عرفی، از تصرف در امور دیگران نیز ممنوع است.

اما اولویت مذکور، اگر هم صحیح باشد، اختصاص به تصرفات مالی دارد، در حالی که ولایت در امر ازدواج، ربطی به تصرفات مالی ندارد. سفیه به جهت اینکه رشد مالی ندارد، از تصرفات مالی ممنوع شده؛ اما شاید عقلش در تشخیص امور دیگری مثل ازدواج و تمییز همسر خوب و بد از یکدیگر و شناخت ویژگی های همسر صالح، کامل باشد؛ بنابراین دلیلی نداریم که به جهت خیره نبودن در امور مالی، از امور دیگری که به خوبی تشخیص می دهد منع شود. شاید فقهای که این مسئله را عنوان نکرده و از شرطیت رشد یا مانعیت سفیه اسمی نبرده اند، به لحاظ فقدان دلیل و منع اولویت بوده است. البته مسئله مهریه که از امور مالی محسوب می شود، مخصوصاً در عقد موقت که مهریه از ارکان مهم آن است، مشمول

۱. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۶۰۰.

۲. کشف اللثام، ج ۷، ص ۶۷.

۳. برای نمونه: تهذیب الأحکام، ج ۹، ص ۱۸۲، ح ۶: عنه عن محمد و أحمد ابني الحسن عن أبيهما عن أحمد بن عمر الحلبي عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله ﷻ (حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ)؛ قال: الاحتمال؛ قال: فقال: يحتلم في سِتٍّ عشرة و سبعة عشر ونحوها؛ فقال: إذا أنت عليه ثلاث عشرة سنة ونحوها؟ فقال: لا، إذا أنت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات و كتبت عليه السيئات و جاز أمره إلا أن يكون سفياً أو ضعيفاً؛ قال: و ما التفية؟ فقال: الذي يشتري الدرهم بأضعافه؛ قال: و ما الضعيف؟ قال: الأبله.»

و ص ۱۸۳، ح ۱۲: أحمد بن محمد بن عيسى عن محمد بن عيسى عن منصور عن هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «انقطاع يتم اليتيم الاحتمال و هو أشده و إن احتلم و لم يؤنس منه رشد و كان سفياً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله.»

و ص ۱۸۳-۱۸۴، ح ۱۴: عنه عن الحسن بن بنت إلياس عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا بلغ أشده ثلاث عشرة سنة و دخل في الأربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتلمين احتمل أو لم يحتلم كتبت عليه السيئات و كتبت له الحسنات و جاز له كل شيء إلا أن يكون سفياً أو ضعيفاً.»

جواز ولایت و صحت عقد نیست و چنانچه سفیه، مهری تعیین کرده باشد، معتبر نیست و به مهرالمثل رجوع می‌شود^۱ و یا کسی که در عرض یا در طول سفیه - در صورت فقدان ولی هم عرض - ولایت دارد، باید اجازه دهد.

بررسی شرط عدم مستی و اغماء

مطلب دیگر آن است که در تبیین کلام مرحوم سید گذشت که مراد از «نحوه» در عبارت «و کذا مع فساد عقلهما بجنون أو إغماء أو نحوه»، «سکر» است و در عبارت «و کذا لا ولاية للأب و الجد، مع جنونهما و نحوه»، «سکر» و «اغماء» است؛ ولی برخلاف نظر کسانی که آن را مطلق سکر (ضعیف یا قوی) دانسته‌اند و به اغماء، الحاق کرده‌اند، باید مراد، سکر شدیدی باشد که مست در آن حالت، شعور خود را از دست داده و مانند بیهوش، سود و زیان خویش را تشخیص نمی‌دهد، وگرنه بر نفی ولایت از مطلق مست، دلیلی وجود ندارد.

البته «فساد عقل» به دو شکل قابل تصور است: یکی اینکه مانند مستی، بی‌هوشی موقت و جنون ادواری زودگذر باشد، و دیگری اینکه همچون جنون‌های طولانی که فرد برای همیشه از نعمت عقل محروم است، باشد.

در نوع دوم ممکن است گفته شود در مواقعی که ضرورت ایجاب کند، ولی آنها می‌توانند طبق مصالحی که تشخیص می‌دهد، از جانب آنان اعمال ولایت کند. در حدیث رفع قلم نیز به مبنای مرحوم آقای خوئی^۲ اشکال شد^۳ که حدیث در مقام این نیست که در عالم تشریع، برای صبی و مجنون، هیچ حکمی جعل نشده و با آنان مانند چهارپایان برخورد شده است، بلکه فقط در مقام رفع مؤاخذه است؛

۱. ظاهراً استاد^{رحمه‌الله} در این مقام، تنها در صدد مطرح کردن احتمال می‌باشد، نه اینکه احتمال رجوع به مهرالمثل را وجیه بداند.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۹، ص ۱۲۳-۱۲۴.

۳. رک: مباحث شروط عاقد، شرط بلوغ، ذیل مسئله ۱۳ عروه (ج ۲، ص ۸۵۳، م ۱۳)، بررسی مناقشه دوم در اشکال اول شیخ انصاری.

بنابراین از این جهت مانعی نیست که صبی و مجنون، حق اعمال ولایت را نداشته باشند و در مواقع ضروری، اولیایی - مانند حاکم - اعمال ولایت کنند.

اما جواز اعمال ولایت توسط ولی، در مورد کسانی که فساد عقل آنان از نوع اول است، چندان روشن نیست؛ زیرا حتی اگر اجماع بر نفی ولایت مجنون وجود داشته باشد، دلیلی بر شمول آن نسبت به چنین موارد موقتی وجود ندارد^۱ و می‌توان آنان را مشابه شخص مُحرم یا خواب به حساب آورد که در عین حال که قادر به اعمال ولایت نیستند ولایت آنها باقی است. شخص مُحرم گرچه نمی‌تواند در برخی از امور اعمال ولایت نماید، ولی دیگران نیز حق اعمال ولایت از جانب او را ندارند، همچنان‌که شخص خواب، به واسطه مانع تکوینی، مثلاً قادر به اعمال ولایت در مورد دخترش نیست؛ اما چنانچه دیگران بدون اجازه او اقدام به عقد دخترش نمایند، آن عقد باطل است.

بر این اساس، ممکن است برای کسانی مثل مُغمی علیه و مجنون ادواری که زوال عقل آنان کوتاه‌مدت و زودگذر است قائل به یک نوع ولایت شبیه فرد خواب یا مُحرم شویم؛ و فرقی هم نمی‌کند که خود اینها ولی داشته باشند یا نداشته باشند؛ پس دیگران حق ندارند از سوی آنان اعمال ولایت کنند، بلکه باید تا افاقه آنها صبر کرده و با اجازه آنان اقدام نمایند.

۱. مرحوم محقق ثانی نیز بین طولانی و کوتاه بودن مدت جنون تفصیل داده است (جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۰۵): «و کذا المجنون إذا كان جنونه مطبقاً، لما قلناه في الصبي: بل هنا أولى؛ وإن كان منقطعاً، فولايته ثابتة؛ لأنه كالإغماء، ويحتمل سلب ولايته بذلك كالمطبق، وهو ظاهر عبارة الكتاب؛ والأول أقرب مع قصر زمانه. والإغماء إن كان مئادوم يوماً ويومين وأكثر، فنزل الولاية به حال الإغماء؛ لكن إذا زال عادت مع وجود مقتضيتها كالأثوة والجدودة؛ وإن قصر زمانها غالباً، فهي كالنوم لا تنزل بها الولاية. والسكر إن بلغ حدًا يزيل معه التمييز، فليس له أن يزوجه في هذه الحالة قطعاً، وإن بقي التمييز فقد قال المصنف في التذكرة: "الوجه أنه لا يزيل في الحال"، وكأنه نظر إلى أن ذلك مانع من البحث عن الغبطة وتحصيل المصلحة. والأمراض الشديدة، والأسقام المغلقة الشاغلة عن النظر، ومعرفة وجوه المصلحة كذلك، فنزل الولاية بها وينتقل إلى الأبعد».

بررسی ادله عدم ولایت کافر بر مسلمان

مطلب دیگر، مسئله ولایت کافر بر مسلمان است. برای اثبات عدم ولایت کافر بر مسلمان به ادله ای استدلال شده است که نقد و بررسی آنها در ذیل می آید.^۱

دلیل اول: آیه «الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ»

دلیل اول، آیه شریفه «الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ»^۲ است. مرحوم شیخ طوسی اولین کسی است که به آن استدلال کرده است^۳؛ با این توضیح که آیه با منطوق خود، ولایت بر صغار و مجانین مسلمانان را برای خود مسلمانان ثابت دانسته است و با مفهومش، ولایت کافر بر صغار و مجانین مسلمانان را نفی می کند. ایشان حتی در فرضی که مولی علیه کافر است، با استدلال به این آیه و همچنین آیه «وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ»^۴ فرموده است چنانچه هم «ولی کافر» و هم «ولی مسلمان» وجود داشته باشد، ولایت با کافر است.^۵

اشکال دلالی: اراده «وداد» و «تعاون» از ولایت مذکور در آیه

مرحوم صاحب حدائق در رد استدلال فرموده^۶ که ولایت در این آیه، به معنای یاری کردن و دوستی و کمک به یکدیگر استعمال شده است، نه به معنای

۱. شیخ انصاری در مکاسب و مرحوم آقای بجنوردی در القواعد الفقهیه در مسئله «مالکیت کافر بر برده و کنیز مسلمان»، استدالات و مباحثی را بیان کرده اند که گرچه مربوط به برده و کنیز است و به جهت مبتلا به نبودن، بنا نیست به آنها پرداخته شود، ولی برای مسئله مورد بحث مفید است.

۲. التوبة، ۷۱.

۳. البته شیخ طوسی ظاهراً مسئله ولایت کافر بر مسلمان را مطرح نکرده و از استدلال ایشان در بحث ولایت مسلمان بر کافر در کتاب مبسوط (ج ۴، ص ۱۸۰) و همچنین موارد متعددی که به قاعده نفی سبیل تمتک کرده (برای نمونه: الخلاف، ج ۳، ص ۱۸۸، م ۳۱۵؛ و ص ۱۹۰، م ۳۱۷؛ و ص ۴۵۴، م ۳۸؛ و ج ۵، ص ۱۴۶، م ۲) استفاده می شود که ایشان ولایت کافر بر مسلمان را قبول ندارد.

۴. الأنفال، ۷۲-۷۳.

۵. المبسوط، ج ۴، ص ۱۸۰.

۶. مرحوم صاحب حدائق پس از ذکر این آیه شریفه و آیه «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» و حدیث «الإسلام یعلو ولا یعلی علیه» به پاسخ آنها پرداخته است. البته به روایت پاسخ نداده که شاید دلیل آن، وضوح اشکال بر روایت باشد.

سرپرستی؛ بنابراین، نمی‌توان برای اثبات یا نفی ولایت در مقام به آن استدلال کرد.^۱ توضیح اینکه از زمان شیخ طوسی تا زمان صاحب حدائق، عده‌ای برای نفی ولایت کافر بر مسلمان و نیز نفی ولایت مسلمان بر کافر به این آیه استدلال کرده‌اند^۲ در حالی که این حمل، وجه روشنی ندارد و این آیه ناظر به ولایت به معنای «وداد و تعاون و یاری کردن» است، نه ولایت به معنای «سرپرستی»، مخصوصاً با ملاحظه آیات مشابه آن، مانند آیات سوره انفال که خداوند فرموده است:

﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَوْا وَنَصَرُوا أُولَئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يَهَاجَرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّىٰ يَهَاجَرُوا وَإِنْ اسْتَشْرَكُوا فِي الَّذِينَ فَعَلَيْكُمْ النَّصْرُ إِلَّا عَلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِبَعْضِهِمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ﴾.^۳

این آیات در مقام بیان این است که مؤمنین باید يد واحده باشند و نسبت به یکدیگر یاری و دوستی کنند، همان‌گونه که کفار نیز در بین خود دوستی می‌کنند و به یاری یکدیگر می‌شتابند، و در این مقام نیست که از بین مهاجرین و انصار، برخی بر صغار، مجانین یا قاصران ولایت دارند و کفار هم در بین خود بر قاصران و صغارشان ولایت دارند. این مطلب از آیات بعد نیز به روشنی به دست می‌آید. در آیه مورد بحث نیز که لسانش مثل همین آیات است، بیان مذکور جاری است؛ یعنی ولایت، به معنای دوستی و کمک‌کردن است.

این تعبیر شبیه تعبیری است که درباره آب حَمَام و نهر وارد شده است که: «إِنَّ ماء الحَمَام كماء النهر يطهر بعضه بعضاً»؛^۴ یعنی هر جزئی از آب نهر، به دیگری

۱. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۶۸.

۲. برای نمونه: تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۹۹؛ مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۶۶.

۳. الأنفال، ۷۲-۷۳.

۴. الکافی، ج ۳، ص ۱۴، ح ۱: بعض اصحابنا عن ابن جمهور عن محمد بن القاسم عن ابن ابي يعفور عن ابي عبد الله عليه السلام قال قال: «لا تغتسل من البشر التي تجتمع فيها غسالة الحمام: فإن فيها غسالة ولد الزنا وهو لا يطهر إلى سبعة آباء وفيها غسالة الناصب وهو شترهما؛ إن الله لم يخلق خلقاً شراً من الكلب وإن الناصب أهون على الله من الكلب؛ قلت: أخبرني عن ماء الحمام يغتسل منه الجنب والصبني

کمک می‌کند تا از آلودگی و انفعال حفظ شود و معتصم باقی بماند. آیه «الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» نیز در همین مقام است، نه اینکه برخی از مؤمنین را مجنون و صغیر و برخی دیگر را کبیر و عاقل فرض کرده و کبار را ولی صغار دانسته باشد؛ بنابراین آیات مذکور، ناظر به ولایت به معنای سرپرستی نیست و استدلال شیخ طوسی^۱ برای نفی ولایت مسلمان بر کافر به آیه نیز مخدوش است.^۲

دلیل دوم: آیه «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»

صاحب حدائق در میان آیاتی که برای نفی ولایت کافر بر مسلمان به آن استدلال شده، آیه شریفه «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»^۳ را ذکر کرده است.^۴ گویا استدلال‌کنندگان، ولایت را «سبیل» دانسته‌اند که به مقتضای آیه شریفه، این سبیل از طرف کفار بر مسلمانان نفی شده است.

بررسی اشکالات دلالی آیه

اما این استدلال با مناقشاتی مواجه است.

اشکال اول: اراده «حجت» از «سبیل»

صاحب حدائق مراد از «سبیل» در آیه شریفه را سبیل از جهت دلیل و اقامه حجت دانسته - همچنان که امام رضا علیه السلام در تفسیر آیه، این معنا را بیان کرده‌اند^۵ - و اراده

و اليهودي والتصراحي والمجوسي فقال: إن ماء الحمام كماء النهر يطهر بعضه بعضاً؛ ر.ک: وسائل الشیعة، ج ۱، ص ۱۵۰، ح ۷؛ البته صاحب وسائل روایت را تقطیع کرده است.

۱. المبسوط، ج ۴، ص ۱۸۰.

۲. شیخ طوسی در خلاف (ج ۶، ص ۳۷۱، مسألة ۱۲) بر خلاف مبسوط آیه را معنا کرده است: «إذا اعتق كافر مسلماً، ثبت له عليه الولاء؛ إلا أنه لا يرثه ما دام كافراً؛ فإن أسلم ورثه؛ و به قال جميع الفقهاء. و قال مالك: لا يثبت له عليه الولاء، و قال: لا يثبت لكافر على مسلم ولاء. دلیلتنا: قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق» و لم يفضل؛ و أنا قوله: «الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» لا يدل على أن الكافر لا يكون ولياً لمؤمن إلا من حيث دليل الخطاب، و ليس بصحيح عند الأكثر؛ على أن المراد به النصرة و الولاية الدينية، و ذلك لا يثبت هاهنا.

۳. النساء، ۱۴۱.

۴. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۶۷.

۵. عيون أخبار الرضا علیه السلام، ج ۲، ص ۲۳۳-۲۳۴، ح ۵: حَدَّثَنَا تَمِيمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ تَمِيمٍ الْقُرَشِيُّ قَالَ حَدَّثَنِي

نفی احکامی همچون ولایت و سرپرستی را توهم دانسته است.^۱

پاسخ اول: صحت اطلاق «حجّت» بر ملکیت

صاحب مفتاح الکرامه^۲ به اشکال صاحب حدائق جواب داده که مفاد آن با تبیینی بیشتر چنین است که حتی اگر «سبیل» به معنای «حجّت» تفسیر شود، استدلال به آن برای نفی مالکیت کافر بر مسلمان صحیح است؛ زیرا خداوند متعال بیع را سببی برای ملکیت قرار داده است و اگر کافر بتواند با استناد به آن بگوید: «من با بیع، این غلام را خریده‌ام؛ پس مالک آن هستم»، این حجّتی برای کافر است و آیه با نفی حجّت برای کافر همین ملکیت را نفی کرده است.

مناقشه در پاسخ: تکلف داشتن اطلاق «حجّت» بر ملکیت

مرحوم شیخ انصاری به مطلب صاحب مفتاح الکرامه توجه داشته و در ردّ آن فرموده است: «تعمیم الحجّة علی معنی يشمل الملكية... لا یخلو عن تکلف»^۳؛ چون روشن است که منظور خداوند از قرار ندادن حجّتی برای کفار علیه مسلمانان، اثبات حقانیت دین اسلام و اثبات این است که کفار دلیلی ندارند که موجب تضعیف مسلمانان شود، نه اینکه کفار در هیچ موردی، حتی احکام ملکیت، حجّتی بر

أبی عن أحمد بن علي الأنصاري عن أبي الضملي الهروي قال: «قلت للرضا عليه السلام: يا ابن رسول الله إن في سواد الكوفة قوما يزعمون أن النبي ﷺ لم يقع عليه الشهو في صلاته؛ فقال: كذبوا لعنهم الله إن الذي لا يسهو، هو الله الذي لا إله إلا هو. قال: قلت: يا ابن رسول الله وفيهم قوما يزعمون أن الحسين بن علي عليه السلام لم يقتل وأنه ألقي شبهه على حظلة بن أسعد الشامي وأنه رفع إلى السماء، كما رفع عيسى ابن مريم عليه السلام ويحتجون بهذه الآية (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا)؛ فقال: كذبوا - عليهم غضب الله و لعنته - و كفروا بتكذيبهم لنبي الله ﷺ في إخباره بأن الحسين بن علي عليه السلام سيقتل؛ والله لقد قتل الحسين عليه السلام و قتل من كان خيرا من الحسين، أمير المؤمنين و الحسن بن علي عليه السلام؛ و ما منا إلا مقتول؛ و إني و الله لمقتول بالسم باغتيال من يفتالنني أعرف ذلك بعهد معهود إلي من رسول الله ﷺ أخبره به جبرئيل عن رب العالمين ﷺ. و أما قول الله ﷻ: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا) فإنه يقول: لن يجعل الله للكافر على مؤمن حجة؛ و لقد أخبر الله ﷻ عن كفار قتلوا النبيين بغير الحق و مع قتلهم إناهم لن يجعل الله لهم على أنبيائه سبيلا من طريق الحجّة».

۱. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۶۸.

۲. مفتاح الکرامه، ج ۱۲، ص ۵۶۳.

۳. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۵۸۵.

مسلمانان ندارند و در نزاع با مسلمانان، شارع، احکام ملکیت را در حق آنها ابطال کرده است، و چنین امری، غیرعرفی است. برخی شواهد تاریخی نیز مؤید این معنا است، مثل اینکه در زمان امیرالمؤمنین علیه السلام هنگامی که خلخال از پای یک زن یهودی به ناحق در آورده شد، حضرت به شدت دگرگون شدند و عکس العمل نشان دادند؛ بنابراین، نمی توان ملکیت را از مصادیق موضوع حجت آوردن شمرد.

پاسخ دوم: اراده حجت به عنوان مصداقی از مصادیق سبیل
مرحوم آقای بجنوردی نیز در جواب به اشکال فرموده است:

«و لكن أنت خبير أنّ تفسير الإمام عليه السلام ببعض مصاديق ما هو المتفاهم العرفي من اللفظ، لا ينافي عموم المراد، ولا يقتضي الخروج عما هو ظاهر اللفظ؛ بل يكون الظهور باقيا على حجّته، فيؤخذ بظاهر اللفظ الذي هو عبارة عن نفي غلبة الكافر على المؤمن، سواء أكان بالحجة يوم القيامة، أو في الدنيا بالنسبة إلى عالم التشريع»^۱.

مناقشه در پاسخ: تکلف بودن اراده مذکور

مرحوم شیخ به این ادعا هم که «سبیل»، مصادیق متعددی از قبیل حجت، سبیل تکوینی، ملکیت و ... دارد و نفی یکی، ملازم با نفی سایر مصادیق نیست، توجه داشته و آن را نیز تکلف دانسته است^۲؛ زیرا بین حجت و -مثلاً- ملکیت از نظر عرف، جامعی به نظر نمی رسد تا «سبیل» بر آن اطلاق شده باشد و هر کدام از «حجت» و «ملکیت»، به صورت جداگانه، مصداقی برای سبیل محسوب شوند و بر فرض که جامع نیز قابل تصویر باشد، اراده آن، خلاف ظاهر روایت است؛ زیرا حضرت در مقام تفسیر آیه، سبیل را به حجت تفسیر کرده؛ در این صورت اگر گفته شود معنای آن، تنها حجت نیست، بلکه معنایی مشترک میان حجت و عنوانی دیگر است، خلاف ظاهر لازم می آید؛ پس حمل «سبیل» بر معنای جامعی بین حجت و ملکیت، تکلف است.

۱. الفارات (ابن هلال تغفی)، ج ۲، ص ۳۲۸.

۲. القواعد الفقهيّة (بجنوردی)، ج ۱، ص ۱۸۹.

۳. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۵۸۵.

اشکال دوم: غیر قابل تخصیص بودن لسان آیه نفی سبیل

مرحوم شیخ انصاری در مسئله «مالکیت کافر بر مسلمان» و مرحوم آقای بجنوردی در قاعده «نفی سبیل»، بحث کاملی درباره دلالت این آیه بیان کرده‌اند؛ ولی مرحوم شیخ به نکاتی اشاره کرده که مرحوم بجنوردی از آنها غفلت کرده است.

مرحوم شیخ در اشکال به دلالت آیه «نفی سبیل» بر «نفی ملکیت کافر نسبت به مسلمان» فرموده است: «و أمّا الآية فباب الخدشة فيها واسع، تارة من جهة دلالتها في نفسها و لو بقرينة سياقها الآبي عن التخصيص»؛ ایشان فرموده است مراد از سبیل، ملکیت نیست؛ زیرا از نظر عرفی، آیه اباء از تخصیص دارد.

توضیح مطلب این است که معنا ندارد گفته شود خداوند هرگز برای کفار نسبت به مؤمنین راهی قرار نداده و مراد از راه، ملکیت باشد، ولی مواردی را استثنا کند؛ مثلاً اگر کافری، برده کافرش مسلمان شود، هر چند حاکم، او را مجبور می‌کند که برده‌اش را به مسلمانی بفروشد، ولی اصل ملکیت او منفسخ نمی‌شود و مانند رضاع زن نسبت به فرزند دخترش نیست که عقد دختر با شوهرش منفسخ می‌شود.^۱ همچنین کافری که ورثه‌اش کافراند و قبل از فروش غلام مسلمانش، فوت کند، این غلام به ورثه منتقل می‌شود، گرچه باز هم حاکم ورثه را مجبور به فروش غلام به مسلمان می‌کند. حال که شارع در برخی موارد، مالکیت کافر بر مسلمان را پذیرفته، پس به ناچار باید از «سبیل»، معنایی غیر از ملکیت و امثال آن اراده شده باشد تا تخصیص آیه لازم نیاید؛ از این رو، مرحوم شیخ فرموده است دو احتمال درباره آیه مطرح است:^۲

اول: به قرینه «فَاللَّهُ يَخْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^۳ در فراز قبل، فراز «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ...» ناظر به روز قیامت است؛ یعنی در آن روز، غلبه حجت و منطق در محکمه عدل الهی با مؤمنین است و کفار بر آنها هیچ راهی ندارند تا

۱. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۵۸۴.

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۰۴، باب ۱۶ (باب أنه لا يجوز أن ينكح أبو المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولا في أولاد المرضعة ولادة).

۳. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۵۸۴-۵۸۶.

۴. النساء، ۱۴۱.

مؤمنین را مغلوب کنند.

دوم: به قرینه «فَإِنَّهُ يَقُولُ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِكَافِرٍ عَلَى مُؤْمِنٍ حِجَّةً» که حضرت رضا علیه السلام در تفسیر آیه «نَفْسٍ سَبِيلٍ» بیان کردند و با آن، استدلال غالبان به آیه، برای زنده بودن امام حسین علیه السلام را رد کردند، مراد از «سَبِيلٍ» در آیه شریفه، «حِجَّت» است، نه سلطهٔ تکوینی به معنای اینکه امام حسین علیه السلام مغلوب نمی شود. البته سند این روایت، ضعیف است و شاید مرحوم شیخ به همین جهت بر خلاف صاحب حدائق^۱، به ذکر این احتمال اکتفا نکرده و احتمال اول را نیز ذکر کرده است.^۲

دلیل سوم: آیه «وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَلَكِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَا يَعْلَمُونَ»

مرحوم آقای بجنوردی عمده دلیل بر نفی ولایت کافر بر مسلمان را آیه شریفه «وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَلَكِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَا يَعْلَمُونَ»^۳ دانسته است؛ چون ظاهر آیه که عزت را اختصاص به خدا، رسول و مؤمنین داده، با مالکیت و ولایت داشتن کافر بر مسلمان منافات دارد.^۴

اشکال دلالی

ولی این آیه در مقام بیان تشریع نیست تا به بحث ولایت کافر بر مسلمان ارتباط داشته باشد؛ بلکه در مقام بیان این واقعیت است که عزت و شرافت برای مؤمن است، هرچند در ظاهر فقیر باشد و در انظار مردم حقیر شمرده شود؛ زیرا قرب به خداوندی که اصل کمال است موجب شرافت و عزت است و دیگران به هر مقدار شرافت ظاهری داشته باشند، در مقابل مؤمنان که به خداوند، قرب دارند، ناچیز و

۱. الحقائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۶۸.

۲. تفاوت احتمال اول و دوم این است که در احتمال اول، غلبه حجت در محکمه الهی در قیامت مطرح شده است؛ به این معنا که در روز قیامت، نزد حاکم مطلق، یعنی خدای متعال، راهی برای اینکه کفار بتوانند مؤمنین را محکوم کنند وجود ندارد و خدای متعال به نفع مؤمنین حکم خواهد کرد؛ اما طبق احتمال دوم، غلبه در احتجاج در همین دنیا، بدون لحاظ حاکم بودن خدای متعال مطرح است.

۳. المنافقون، ۸.

۴. القواعد الفقهیة (بجنوردی)، ج ۱، ص ۱۹۲.

پست هستند.

این آیه، شبیه شعر صادق سرمد است که در منزلت «علم» گفته:

جاهل اگر چه یافت تقدّم، مؤخر است

عالم اگر چه زاد مؤخر، مقدّم است

شاعر در مقام بیان این است که علم تکویناً شرافت ذاتی دارد و موجب تقدّم صاحبش است، خواه مردم وظیفه‌شان را در برابر عالم بدانند و به آن عمل کنند یا ندانند و عمل نکنند.

دلیل چهارم: روایت «الإسلام یعلو ولا یعلی علیه»

یکی دیگر از ادله‌ای که برای نفی مالکیت کافر بر مسلمان به آن استدلال شده^۱ و در اینجا نیز قابل استدلال است، روایت «الإسلام یعلو ولا یعلی علیه»^۲ است که هم از طرق امامیه و هم از طرق عامه^۳ نقل شده است.

نقل اول: «الإسلام یعلو ولا یعلی علیه»

این روایت، طبق نقل «الإسلام یعلو ولا یعلی علیه»^۴ از زمان مرحوم شیخ طوسی مورد استدلال قرار گرفته است^۵ و صاحب حدائق نیز روایت را بعد از آیه «ولایت مؤمنین» و «نفی سبیل» نقل کرده^۶؛ ولی هنگام طرح اشکالات آیات، متعرض اشکال آن نشده و شاید به وضوح و اگذار کرده است.

تقریب استدلال به روایت، برای نفی ولایت کافر بر مسلمان این است که روایت، علوّ کفر بر اسلام را نفی کرده است و از آنجا که ثبوت ولایت کافر بر مسلمان، موجب علوّ کفر بر اسلام است، به مقتضای روایت، باید چنین ولایتی را منتفی دانست.

۱. المبسوط، ج ۲، ص ۱۳۰؛ وج ۳، ص ۴۳۴؛ وج ۷، ص ۷۱؛ رک: الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۶۷-۲۶۸.

۲. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۳۴، ح ۵۷۱۹؛ صحیح البخاری، ج ۲، ص ۹۳؛ سنن الدارقطنی، ج ۴، ص ۳۷۱، ح ۲۶۲۰؛ السنن الکبری (بی‌هقی)، ج ۶، ص ۳۳۸، ح ۱۲۱۵۵.

۳. برای نمونه: صحیح البخاری، ج ۲، ص ۹۳؛ السنن الکبری (بی‌هقی)، ج ۶، ص ۳۳۸، ح ۱۲۱۵۵.

۴. عوالمی اللکلی، ج ۱، ص ۲۲۶، ح ۱۱۸.

۵. المبسوط، ج ۲، ص ۱۳۰؛ وج ۳، ص ۴۳۴؛ وج ۷، ص ۷۱.

۶. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۶۷-۲۶۸.

اشکال دلالی نقل اول

اما روایت طبق این نقل، از مقام تشریع اجنبی است؛ چون مفهوم عرفی علو اسلام این است که قوانین اسلام و ادله‌ای که حقانیت اسلام را اثبات می‌کند از قوانین ادیان دیگر و ادله اثبات اعتقادشان قوی‌تر و بالاتر است و مغلوب آنها نمی‌شود.

نقل دوم: «الإسلام يعلو ولا يعلو عليه والكفار بمنزلة الموتى لا يحجبون ولا يرثون» مرحوم آقای بجنوردی به این روایت طبق نقل مرحوم صدوق که همراه با زیادی «و الکفار بمنزلة الموتى لا يحجبون ولا يرثون»^۱ است، استدلال کرده است.^۲ ظاهر روایت طبق این ذیل، آن است که حضرت در مقام تشریع احکام هستند، نه در مقام بیان قوی‌تر بودن ادله اسلام نسبت به سایر ادیان.

روایت نبودن اضافه نقل دوم

ولی در هیچ‌یک از منابع حدیثی شیعه و عامه، زیادی «و الکفار بمنزلة الموتى لا يحجبون ولا يرثون» یافت نمی‌شود و فقط مرحوم صدوق در فقیه آن را در باب «میراث اهل الملل» آورده است.^۳ که از ظاهر آن استفاده می‌شود این قسمت جزء روایت نیست و ایشان آن را به عنوان نتیجه بیان کرده است؛ زیرا عامه به استناد این روایت گفته‌اند که کافر و مسلمان، از یکدیگر ارث نمی‌برند و شیخ صدوق بر اساس روایاتی که از ائمه معصومین علیهم‌السلام وارد شده است با تعبیر «لا یتوارث اهل ملتین، و المسلم یرث الکافر، و الکافر لا یرث المسلم»^۴ فرموده که عامه معنای نبوی را اشتباه فهمیده‌اند و پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم توارث را که امری طرفینی است نفی کرده‌اند؛ پس برای نفی توارث، ارث نبردن یک طرف هم کفایت می‌کند و روایت با ارث‌بری مسلمان از کافر منافاتی ندارد. ایشان در ادامه در وجه این حکم فرموده است:

«وذلك أن أصل الحكم في أموال المشركين أنها في للمسلمين وأن المسلمين أحق بها من المشركين وأن الله ﷻ إنما حرم على الكفار

۱. کتاب من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص ۳۳۴، ح ۵۷۱۹.

۲. القواعد الفقهية (بجنوردی)، ج ۱، ص ۱۹۰.

۳. کتاب من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص ۳۳۴، ح ۵۷۱۹.

۴. کتاب من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص ۳۳۴.

الميراث عقوبة لهم بكفرهم كما حرم على القاتل عقوبة لقتله فأما المسلم فلا شيء جرم وعقوبة يحرم الميراث وكيف صار الإسلام يزيد شراً مع قول النبي ﷺ: «الإسلام يزيد ولا ينقص» ومع قوله ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار في الإسلام»، فالإسلام يزيد المسلم خيراً ولا يزيده شراً ومع قوله ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه».

و در ذیل روایت اخیر، به عنوان نتیجه گیری فرموده: «و الکفار بمنزلة الموتى لا يحبون ولا يرثون»؛ بنابراین، سیر منطقی بحث مرحوم صدوق هم روشن می کند که این قسمت، جزء روایت نیست.

مرحوم آقای غفاری نیز در تصحیح، به این نکته توجه داشته و در چاپ، کلام صدوق را از متن روایت جدا کرده است؛ علاوه بر اینکه این روایت نبوی در کتب عاقله هم بدون این زیادی نقل شده است.^۱

نقل سوم: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه نحن نرثهم ولا يرثونا»
مرحوم صاحب جواهر ظاهراً در مسئله نفی ولایت کافر بر مسلمان، یکی از ادله را روایت «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه» همراه با زیادی «نحن نرثهم ولا يرثونا»^۲ ذکر کرده و فرموده است:

«لو كان للموتى عليه الكافر وليتان أحدهما مسلم والآخر كافر، أتجه انتفاء ولاية الكافر حينئذ، تغليباً للإسلام الذي «يعلو ولا يعلى عليه» المعلن به إرث المسلم الكافر، دون العكس؛ بل المعلن به، اختصاص المسلم في الإرث، وإن كان له ورثة كفار غيره أقرب منه؛ خلافاً للمحكى عن الشيخ من اختصاص الكافر بالولاية، للآية؛ ولا ريب في ضعفه».^۳

ایشان از عموم تعلیل، نفی ولایت کافر بر مسلمان را استفاده کرده است.^۴

۱. برای نمونه: صحیح البخاری، ج ۲، ص ۹۳؛ السنن الکبری (بیهقی)، ج ۶، ص ۳۳۸، ح ۱۲۱۵۵.

۲. عوالي اللاکل، ج ۳، ص ۴۹۶، ح ۱۵.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۰۷.

۴. وجه ظهور، از عبارت «المعلن به إرث المسلم الكافر، دون العكس؛ بل المعلن به، اختصاص المسلم

اشکال سندی و دلالی نقل سوم

این روایت دارای اشکالات سندی و دلالی زیر است:

- اولاً، از کتاب عوالی اللئالی نقل شده و روایتی مرسل است.
- ثانیاً، احتمال دارد تلفیقی از دو حدیث باشد؛ زیرا هر دو قسمت آن، به صورت مستقل از پیامبر ﷺ نقل شده است. نقل مستقل بخش اول، در مطالب اخیر مطرح شد؛ بخش دوم نیز در بسیاری از کتب، از جمله در کتب امامیه آمده است.^۱
- ثالثاً، این حدیث، مربوط به ارث است و تعدی از آن به دیگر ابواب، صحیح نیست.

دلیل پنجم: روایات نفی ارث بردن کافر از مسلمان

برخی روایات دیگر در باب ارث وارد شده است که شاید توهم شود می‌توان به آنها بر نفی ولایت کافر از مسلمان استدلال کرد.

روایت اول: روایت عبدالله بن اعین

علي بن ابراهيم عن أبيه عن محمد بن عيسى عن يونس عن موسى بن بكر عن عبد الله بن أعين قال:

«قلت لأبي جعفر عليه السلام جعلت فداك، التصراني يموت وله ابن مسلم أيرثه؟ قال: فقال: نعم، إن الله ﷻ لم يزده بالإسلام إلا عزاً، فنحن نرثهم ولا يرثوناً.»^۲

فی الإِثْرُ» که به عنوان صفت برای «يعلو ولا يعلى عليه» ذکر کرده، استفاده می‌شود.

۱. الکافی، ج ۷، ص ۱۴۳، ح ۴: عنه عن موسى بن بكر عن عبد الله بن أعين قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام جعلت فداك! التصراني يموت وله ابن مسلم أيرثه؟ قال فقال نعم، إن الله ﷻ لم يزده بالإسلام إلا عزاً، فنحن نرثهم ولا يرثوناً.»

کتاب من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص ۳۳۵، ح ۵۷۲۳: و روی موسی بن بکر عن عبد الرحمن بن أعين عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يورث أهل ملتين: نحن نرثهم ولا يرثوناً؛ فإن الله ﷻ لم يزدنا بالإسلام إلا عزاً.» ر.ک: مسند الدارمي، ج ۴، ص ۱۹۵۲، ح ۳۰۳۳ و ۳۰۳۷.

۲. الکافی، ج ۷، ص ۱۴۳، ح ۴: وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۱۲، ح ۴.

روایت دوم: روایت عبدالرحمن بن اعین
الحسن بن محمد بن سماعة عن عبد الله بن جبلة عن ابن بكير عن عبد الرحمن
بن أعین قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوله لا يتوارث أهل ملّتين فقال: قال أبو
عبد الله عليه السلام: نزلهم ولا يرثوننا؛ إنّ الإسلام لم يزد في ميراثه إلّا شدّة»^۱.

روایت سوم: موثقة عبدالرحمن بن اعین
روی موسی بن بکر عن عبد الرحمن بن أعین عن أبي عبد الله عليه السلام قال:
«لا يتوارث أهل ملّتين؛ نحن نرثهم ولا يرثوننا؛ فإنّ الله تعالى لم يزدنا
بالإسلام إلّا عزًّا»^۲.

روایت چهارم: صحیحہ جمیل و هشام
علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن جميل و هشام عن أبي عبد الله عليه السلام:
«أنّه قال فيما روى الناس عن النبي صلى الله عليه وآله أنّه قال: لا يتوارث أهل
ملّتين؛ فقال نزلهم ولا يرثوننا؛ لأنّ الإسلام لم يزد في حقّه إلّا شدّة^۳
(لم يزد إلّا عزًّا في حقّه)^۴»

تقریب استدلال به روایات

تقریب استدلال به این روایات آن است که این روایات در ردّ فهم عامّه از حدیث
نبوی «لا يتوارث أهل ملّتين»^۵ وارد شده و برخلاف آیه شریفه «وَلِلّٰهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَ
لِلْمُؤْمِنِينَ»^۶ به تشریع احکام، نظر دارد؛ از این رو، از عموم تعلیل «لم يزد في حقّه إلّا شدّة»^۳
عزّا» استفاده می شود که در تمامی ابواب فقهی، اسلام موجب عزّت است که در

۱. تهذیب الأحکام، ج ۹، ص ۳۶۷، ح ۱۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۱۵، ح ۱۷.
۲. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۳۵، ح ۵۷۲۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۱۳، ح ۶.
۳. الکافی، ج ۷، ص ۱۴۲-۱۴۳، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۱۵، ح ۱۴.
۴. تهذیب الأحکام، ج ۹، ص ۳۶۵-۳۶۶، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۱۵، ذیل ح ۱۴.
۵. السنن الکبری (بیهقی)، ج ۶، ص ۳۶۳، ح ۱۲۲۴۹؛ سنن الترمذی، ج ۴، ص ۴۲۴، ح ۲۱۰۸.
۶. المنافقون، ۸.

نتیجه، در باب نکاح باید این عموم تعلیل را مخصّص عمومات ولایت پدر و جد دانست و گفت: عزّت فرزند مسلمان اقتضای کند که پدر و جدّ کافر، بروی ولایت نداشته باشند.

اشکال به دلالت روایات مذکور

اما تمسک به عموم تعلیل این روایات، در مسئله نفی ولایت کافر بر مسلمان صحیح نیست، که با تبیین معنای «عزّت» در این روایات، روشن می‌شود. دو احتمال در مراد از «عزّت» وجود دارد:

اول: قوّت، در مقابل ضعف؛ یعنی اسلام ارث را قوّت می‌دهد و محکم می‌کند؛ به این بیان که اسلام نه تنها حقّ کسی را کم نمی‌کند، بلکه زیاد هم می‌کند. قرینه اراده این معنا این است که در باب ارث، مسلمان هر چند از کافر دور باشد - مثلاً ضامن جریره باشد - ارث می‌برد؛ ولی شخص کافر، از مسلمان حتی اگر پدرش باشد، ارث نمی‌برد.^۱

دوم: افتخار و سربلندی^۲، در مقابل ذلّت؛ یعنی اسلام منشأ سربلندی است، نه ذلّت؛ به این بیان که اسلام، موجب کاهش بهره کسی نمی‌شود. قرینه بر این معنا این است که در باب ارث، کفر و قتل، موجب محرومیت از ارث و نوعی ذلّت برای کافر و قاتل می‌شوند؛ ولی اسلام، چنین محرومیتی را به همراه ندارد و مانع از ارث بردن مسلمان از کافر نمی‌شود.

هر معنایی از عزّت قصد شود، استدلال به روایت ناتمام است؛ زیرا عمومیت آن، نسبت به عقد سلبی قضیه تمام است؛ یعنی اسلام حقّ مسلمان را هیچ کجا کم نمی‌کند، نه در باب ارث و نه در ابواب دیگر؛ اما در طرف ایجاب، چنین عمومیتی

۱. برای نمونه: الصحاح، ج ۳، ص ۸۸۶: المحکم والمحیط الأعظم، ج ۱، ص ۷۲: مفردات ألفاظ القرآن، ص ۵۶۳.

۲. برای نمونه، رک: وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۴، باب ۵ (باب أن من مات وله وارث مسلم و وارث کافر کان الميراث خاصّة للمسلم خاصّة وإن کان المیت کافراً): شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۶: جواهر الکلام، ج ۳۹، ص ۱۶.

۳. برای نمونه: الصحاح، ج ۳، ص ۸۸۵: المحکم والمحیط الأعظم، ج ۱، ص ۷۲: مفردات ألفاظ القرآن، ص ۵۶۳: لسان العرب، ج ۵، ص ۳۷۴.

از تعلیل، قابل استفاده نیست که همه جا باید مسلمان بر غیرمسلمان امتیاز داشته باشد؛ البته در خصوص ارث، امتیاز ارث با روایت اثبات شده است.

توضیح مطلب: وقتی گفته شود: «حفظ قرآن، حفظی را از حافظ کم نمی‌کند، بلکه به او امتیازهایی مثل سفر حج یا عتبات نیز داده می‌شود»، این تعبیر نسبت به عقد سلبی قضیه عمومیت دارد؛ یعنی از این جمله می‌توان استفاده کرد که حفظ قرآن هیچ‌یک از امتیازاتی را که در موارد دیگر به او تعلق گرفته، از انسان سلب نمی‌کند؛ پس اگر عاملی وجود داشته باشد که موجب امتیاز او گردد، حفظ قرآن، مانع آن امتیاز نمی‌شود؛ ولی نسبت به عقد ایجابی قضیه عمومیت ندارد و تنها امتیاز فی الجمله را اثبات می‌کند؛ یعنی این طور نیست که در همه موارد برای حافظ قرآن امتیاز بیشتری در نظر گرفته شود؛ بلکه در برخی موارد این امتیاز را دارد. در مثال اسلام و کفر نیز، اگر مسلمان و کافر با سهم مساوی قرارداد شرکت یا مضاربه‌ای را منعقد کنند، مسلمان بودن موجب کم شدن سهم مسلمان نمی‌شود؛ اما این گونه نیست که موجب امتیازی برای او شود و در مال مشترک، مثلاً سهم بیشتری برای او در نظر گرفته شود.

بنابراین، در مسئله فعلی که به مقتضای عمومات ادله ولایت، برای پدر و جد نسبت به مولی علیه ولایت ثابت شده است، روایات مذکور به جهت عمومیتی که در جنبه سلبی دارند، دلالت می‌کنند که اگر پدر یا جد مسلمان باشند، اسلام مانع ولایت او نمی‌شود؛ چون مفاد این روایات این است که اسلام هیچ امتیازی را نفی نمی‌کند؛ اما دلالت ندارند که اسلام هر امتیازی را برای مسلمان ثابت می‌کند، تا گفته شود با نفی ولایت از کافر، باید برای مسلمان هر امتیازی در نظر گرفته شود؛ زیرا از جهت اثبات، چنین عمومیتی ندارند که در همه ابواب باید برای مسلمان امتیاز در نظر گرفته شود؛ پس در مورد فرزندی که مسلمان است، عمومات ولایت پدر و جد، اقتضا می‌کند که پدر و جد، گرچه کافر باشند، بر او ولایت داشته باشند.

دلیل ششم: مذاق شرع

یکی از ادله‌ای که ممکن است در این مسئله به آن تمسک شود مذاق شرع است، همان طور که مرحوم علامه در بحث شروط متعاقدين برای اثبات اعتبار اسلام در

جایی که مشتری کافر است و مبیع، مصحف یا بردهٔ مسلمان است، به آن تمسک کرده و فرموده است: «فیشرط إسلام المشتري؛ لأنَّ الرِّقَّ ذَلٌّ، فلا يجوز إثباته للكافر علی المسلم؛ كما لا ینکح الکافر المسلمة»؛ پس ایشان از مجموع روایات^۱ مذاق شرع را چنین استفاده کرده که شارع، دلیل شدن مسلمان نزد کافر را جایز ندانسته است؛ از این رو، در مقام تقنین، قانونی که موجب ذلت شود وضع نکرده؛ بنابراین کافر بر مسلمان ولایت ندارد؛ زیرا تحت ولایت قرار گرفتن نوعی ذلت است.

البته در ادامه تردید کرده و این احتمال را ذکر کرده که ملکیت مسلوب الانتفاع برای کافر صحیح باشد^۲؛ یعنی در حالی که کافر، مالک رقبه است، حق امر و نهی نداشته باشد؛ زیرا آن ذلتی که برای مملوک معمولی هست («عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ»)^۳ در حق این برده منتفی است و نتیجهٔ مالکیت کافر فقط این است که می‌تواند ملک را بفروشد و از این معامله سود ببرد.

اشکال دلیل ششم

بر فرض، از مذاق شریعت استفاده شود که شارع، راضی به دلیل شدن مسلمان توسط کافر نیست و حتی به ملکیت رقبه به نحو مسلوب المنفعه هم راضی نیست - چون حتی اختیار فروش رقبه هم نوعی ذلت است - ولی از این استدلال، بیش از نهی تکلیفی استفاده نمی‌شود؛ پس در مواردی که حکم وضعی، مقتضی داشته باشد و مصلحت آن موجود باشد، چنین نیست که شارع مقدس برای رفع ذلت از مسلمان، چنین قانونی را جعل نکرده باشد. برای تبیین این اشکال می‌توان به نمونه‌هایی در شرع اشاره کرد که فعلی مبعوض شارع است و سبب آن، حکمی وضعی است، ولی برای تحقق نیافتن آن، در حکم وضعی، تصرف نکرده است، مانند دخول جنب و حائض در مسجد الحرام که شارع مقدس برای محقق نشدن مبعوضش، حکم وضعی جنب شدن را برنداشته و نگفته شخصی که وارد مسجد الحرام می‌شود، جنب

۱. نهایة الإحکام، ج ۲، ص ۴۵۶.

۲. مثل روایاتی که نکاح کافر با زن مسلمان را جایز ندانسته است؛ ر.ک: وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۴۶، باب ۹؛ و ص ۵۶۳، باب ۱۴.

۳. نهایة الإحکام، ج ۲، ص ۴۵۶.

نیست، یا مانند تنجیس مسجد که شارع برای نجس نشدن مسجد، حکم وضعی تنجیس نجاسات را برنداشته است، یا مانند اجارهٔ مسلمان توسط کافر که ندیدم هیچ فقیهی این اجاره را باطل دانسته و قائل باشد شارع، حکم وضعی صحت را بر آن مترتب نکرده است؛ یعنی مصالح اقتضا کرده است که احکام وضعی جعل شود، ولی چون دخول جنب و تنجیس مسجد و اجارهٔ مسلمان توسط کافر، مبغوض است، با جعل حرمت تکلیفی، اجازهٔ تحقق مبغوض داده نشده است.

بنابراین، در مسئلهٔ مالکیت کافر نسبت به بردهٔ مسلمان نیز شاید گفته شود که هرچند شارع، ذلت مسلمان را نمی‌خواهد و از فروش بردهٔ مسلمان به کافر منع می‌کند، ولی چنانچه سبب ملکیت حاصل شود - چون مصالح اقتضا می‌کند که این اسباب، موجب ملکیت شوند - ملکیت را که حکمی وضعی است جعل کرده؛ مثلاً اگر کافری برده‌ای مسلمان داشته باشد و در بین ورثهٔ او مسلمان نباشد، با مردن او، ملکیت برده، به ورثهٔ کافرش می‌رسد؛ ولی چون این ملکیت، مبغوض شارع است، حاکم باید کافر را مجبور به فروش برده کند.

مرحوم شیخ هم با اینکه مبغوضیت مالکیت کافر نسبت به مسلمان را پذیرفته است، آن را با بطلان ملازم ندانسته و فرموده است:

«أنَّ عدم رضاه بالبقاء مجزئ تكلیف بعدم إبقائه و یاخراجه عن ملكه، و ليس معناه: عدم إمضاء الشارع بقاءه، حتَّى يكون العبد المسلم خارجاً بنفسه شرعاً عن ملك الكافر، فيكون عدم رضاه بالإدخال على هذا الوجه، فلا يدلُّ على عدم إمضاءه لدخوله في ملكه ليثبت بذلك الفساد.»^۱

دلیل هفتم: انصراف ادله

مرحوم آقای خوئی عمده دلیل در مقام را دو امر دانسته است: انصراف ادلهٔ ولایت و قاعدهٔ الزام. ایشان در ابتدا چنین فرموده است:

«فالعامة في الاستدلال أمران: الأول: انصراف الأدلة؛ فإنَّ المتفاهم

۱. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۵۸۳-۵۸۴.

العرفی منها، كون الولاية من جهة احترامهم وأداء حقوقهم، فلا تشمل الكافر الذي يجب عدم موادته والابتعاد عنه.^۱

اشکالات دلیل هفتم

کلام ایشان درباره انصراف، از دو جهت قابل مناقشه است.

جهت اول: بر اساس فهم عرفی و بنای عقلاء، ملاک ولی بودن این است که شخص، بهتر از دیگران امور و حقوق مولی علیه را محافظت کند؛ از این رو، ولایت برای پدر که قوی تر از مادر است، جعل شده و برای مادر، با وجود اینکه محترم است، جعل نشده است.

جهت دوم: بر فرض که جعل ولایت به مناط احترام اولیاء باشد، ولی احترام پدر، مقتید به مسلمان بودن او نیست؛ زیرا آیه شریفه «وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا وَاتَّبِعْ سَبِيلَ مَنْ أَنَابَ إِلَىٰ تُمَّ إِلَىٰ مَرْجِعِكُمْ فَأُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ»^۲، بر مدارا کردن و برخورد انسانی با پدر و مادر و رعایت احترام آنان حتی اگر مشرک باشند و یا فراتر از آن، حتی اگر فرزند خود را نیز به شرک وادار نمایند، تأکید دارد، هرچند به مقتضای همین آیه و برخی روایات مانند «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق»^۳ در مواردی که اطاعت از آنان منجر به معصیت خالق شود، اطاعتشان جایز نیست.

بنابراین، ادعای انصراف ادله ولایت، از ولایت کافر بر مسلمان، حتی بنابر فرض جعل ولایت به مناط احترام اولیاء، صحیح نیست.^۴

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳، ص ۲۵۳-۲۵۴.

۲. لقمان، ۱۵.

۳. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۸۱، ح ۵۸۳۲.

۴. گرچه مسلمان بودن اشخاص، سبب محترم بودن بیشتر آنها خواهد بود و ثبوتاً ممکن است شارع نسبت به فرضی که مولی علیه، مسلمان است، به جهت احترام اولیایی که مسلمان هستند، از غیرمسلمان سلب ولایت کرده باشد، اما این کافی نیست و دلیل اثباتی لازم است. در مقام، دست کم روشن نیست که چنین احترامی موجب انصراف ادله ولایت باشد و شاید مجزّد محترم بودن پدر، برای

دلیل هشتم: قاعده الزام

مرحوم آقای خوئی در تقریب دلالت قاعده الزام بر مدعا - به عنوان دومین دلیل عمده - فرموده است:

«الثانی: قاعده الإلزام؛ فإنَّ الکُفَّارَ وبحسب ما هو معلوم من الخارج، لا یلتزمون بجواز إنکاح الصغیر مطلقاً، كما لا یلتزمون بالولاية علی بناتهم الأبکار و توقّف نکاحهنّ علی إذنهم؛ و حینئذ فمقتضی هذه القاعدة، سقوط الولاية عنه، و الالتزام بصحّة نکاحها من غیر إذنه.»

اشکالات دلیل هشتم

استدلال به قاعده الزام برای نفی ولایت کافر از دو جهت اخصّ از مدعاست:

جهت اول: احراز اینکه جمیع ملّت‌ها در گوشه و کنار عالم، به ولایت بر نکاح صغار ملتزم نیستند چندان آسان نیست؛ بلکه تاریخ ایران باستان گواه روشنی است که مردم در گذشته برای اموری فراتر از تزویج، ولایت را ثابت می‌دانستند؛ مثل جریان به سلطنت گماردن شاپور در شکم مادر^۱، و یا انتخاب کودکان به عنوان نائب السلطنه^۲؛ پس تزویج صغار با وجود چنین جریاناتی، در برخی از ملّت‌ها دور از ذهن نیست.

جهت دوم: ایشان فقط مسئله تزویج صغار را مطرح کرده است، در حالی که مصادیق دیگری از جمله ولایت بر مجنون و مانند آن وجود دارد که متذکّر آن نشده و به طور قطع، عقلاء، امر او را حتی اگر کبیر باشد به عهده خودش واگذار نمی‌کنند و او را در کارهایش مستقل نمی‌دانند؛ بلکه کسی را متصدی امورش می‌دانند؛ پس چنین نیست که به طور مطلق در نزد کفار، ولایتی بر باکره بالغه نباشد؛ بلکه در مجنون و مانند آن، ولایت ثابت است.

نفوذ ولایت او کافی باشد، حتی اگر مسلمان نباشد؛ بنابراین ادعای انصراف ادله ولایت و دست‌کشیدن از اطلاعات آن، محتاج دلیل خواهد بود.

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۵۴.

۲. تاریخ الإسلام، ج ۳، ص ۷۵؛ تاریخ الطبری، ج ۲، ص ۵۵.

۳. مانند کامران میرزا، فرزند ناصرالدین شاه؛ برای نمونه، رک: تاریخ منتظم ناصری، ج ۳، ص ۱۸۱۴.

تحقیق در مسئله و بیان نظر مختار

مرحوم آقای بجنوردی در کتاب القواعد الفقهیة قاعده «الزام» را عنوان کرده و پیرامون جوانب مختلف آن و فروع مترتب بر آن، بحث کرده که یکی از آن فروع، بررسی وظیفه شیعه نسبت به نکاح یا طلاق است که عاقه بر اساس مذهبشان انشاء کرده‌اند. اگر طبق فتوای امامیه زنی شوهردار و در نزد عاقه بی شوهر است - مثلاً مردی از اهل تسنن، بنابر مذهبش طلاق داده که طبق موازین امامیه فاقد شرایط صحت است، یا بر خلاف مذهبش نکاحی کرده، مثلاً بدون حضور دو شاهد، عقد خوانده که طبق موازین امامیه واجد شرایط صحت است - از نظر روایات^۱ و فتاوا^۲ مسلم است که شیعه می‌تواند با چنین زنی ازدواج کند؛ اما آیا چنین زنی واقعاً شوهردار است و تنها شارع از باب قاعده الزام، به شیعه اجازه داده که آن را بی شوهر فرض کند، یا اینکه شارع، مذهب آنان را از باب «لکل قوم نکاح»^۳ تقریر کرده و واقعاً این زن، بی شوهر است؟ نتیجه احتمال دوم آن است که اگر زنی طبق مذهب عاقه - مثلاً به جهت بطلان طلاقش در نظر عاقه - شوهردار باشد، حتی اگر طبق مذهب امامیه، بی شوهر باشد، نمی‌توان او را بی شوهر دانست.

ایشان احتمال دوم را مخالف ضرورت مذهب امامیه دانسته و در وجه آن فرموده است: «حيث أنَّ الفقهاء كلهم متفقون على بطلان هذا الطلاق، ولم يقل أحد منهم

۱. برای نمونه: وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۷۳، ح ۳؛ یاسناده عن الحسن بن محمد بن سماعة عن جعفر بن سماعة و الحسن بن عديس جميعا عن عبد الرحمن البصري عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له امرأة طلقت على غير السنة، فقال تزوج هذه المرأة لا تترك بغير زوج».

و ح ۵: وعنه عن عبد الله بن جبلة عن غير واحد عن علي بن أبي حمزة: «أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن المطلقة على غير السنة أتزوجها الرجل؟ فقال ألزموهم من ذلك ما ألزموه أنفسهم و تزوجوهن، فلا بأس بذلك».

و ح ۶: عنه عن جعفر بن سماعة: «أنه سئل عن امرأة طلقت على غير السنة ألي أن أتزوجها؟ فقال نعم...».

۲. برای نمونه: مسالك الأفهام، ج ۹، ص ۹۶؛ مفاتيح الشرائع، ج ۲، ص ۳۱۶؛ رياض المسائل، ج ۱۲، ص ۲۳۳؛ جواهر الكلام، ج ۳۲، ص ۸۷-۸۹.

رک: النهاية (شیخ طوسی)، ص ۵۱۲؛ السرائر، ج ۲، ص ۶۸۵؛ شرائع الإسلام، ج ۳، ص ۹؛ تحریر الأحکام، ج ۴، ص ۶۱؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۵، ص ۲۴۴.

۳. برای نمونه: تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۷۲، ح ۹۹؛ محمد بن الحسن الصفار عن محمد بن الحسن عن وهب بن حفص عن أبي بصير قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أن يقال للإماء يا بنت كذا و كذا؛ و قال لکل قوم نکاح»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۹۹، ح ۲ (با اختلافی جزئی).

بصحتہ و لو بالعنوان الثانی، أي بعنوان أنه الطلاق الصادر عن المخالفين^۱ و روایاتی را هم به عنوان شاهد ذکر کرده است.^۲ در ادامه، بر مبنای احتمال اول، این فرع را مترتب کرده است:

«أن المخالف لو استبصر بعد أن طلق زوجته بالطلاق الفاقد لشرائط صحة الطلاق و لم يعقد عليها غيره ممن يجوز له العقد عليها، فله أن يرجع إلى زوجته المطلقة بدون الاحتياج إلى عقد جديد؛ لأنها زوجته و لم تبين منه، و لم تخرج عن زوجيتها؛ لما قلنا من أن الخروج بنفس العقد.»^۳

ولی با مراجعه به کلمات مرحوم شیخ طوسی و برخی دیگر از فقها روشن می شود که احتمال دوم، خلاف ضرورت مذهب نیست^۴ و مانعی از التزام به آن نیست. البته مرحوم آقای بجنوردی این مطالب را در مورد شیعه و عاقله ذکر کرده است؛ ولی بحث، اختصاصی به آنان ندارد و در باب شیعه و کافر نیز جریان دارد، همان طور که کافر حربی، زن و مالش محترم نیست و می توان مال او را تملک کرد و زنش را از حباله نکاح خارج کرد. در باب شیعه و کافر، از میان دو احتمالی که به آن اشاره شد، در باب نکاح و طلاق، احتمال دوم بر حسب روایاتی مانند «لکل قوم نکاح»^۵ صحیح است، گرچه در اختلاف بین شیعه و عاقله، مسئله، قابل تأمل است. با لحاظ احتمال دوم، مختار مرحوم سید (قبول ولایت کافر بر کافر) را باید به مواردی که کفار به ولایت پدر و جد معتقدند اختصاص داد.

۱. القواعد الفقهية (بجنوردی)، ج ۳، ص ۱۹۱.

۲. القواعد الفقهية (بجنوردی)، ج ۳، ص ۱۹۱.

۳. القواعد الفقهية (بجنوردی)، ج ۳، ص ۱۹۴.

۴. المذهب (ابن براج)، ج ۲، ص ۲۵۹؛ تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۶۴۸؛ و ص ۶۵۱؛ و ص ۶۵۲.

۵. برای نمونه: تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۷۲، ح ۹۹؛ محمد بن الحسن الصفار عن محمد بن الحسين عن وهب بن حفص عن أبي بصير قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «نهى رسول الله ﷺ أن يقال للإماء يا بنت كذا وكذا؛ و قال لكل قوم نکاح»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۹۹، ح ۲ (با اختلافی جزئی).

همچنین: الکافي، ج ۷، ص ۲۴۰، ح ۳؛ علي عن أبيه عن ابن أبي عمير عن أبي الحسن الحذاء قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فأسألني رجل ما فعل غريمك؟ قلت ذاك ابن الفاعلة؛ فنظر إلي أبو عبد الله عليه السلام نظرا شديدا؛ قال فقلت جعلت فداك! إنه مجوسي أمه اخته؛ فقال أ و ليس ذلك في دينهم نکاحا».

طبق احتمال اول (جریان قاعده الزام در نکاح) اگر کفاری باشند که طبق مذهب خودشان به ولایت بر باکره یا صغیره معتقد نباشند، ولی امامیه به چنین ولایتی معتقد باشند، در این صورت اگر کافر بر خلاف مذهبش اعمال ولایت کرد و دختر باکره یا صغیره را تزویج کرد، این دختر واقعاً شوهردار است؛ اما می‌توان آنها را به آنچه کفار اعتقاد دارند الزامشان کرد؛ به این بیان که دختر، بی‌شوهر در نظر گرفته می‌شود و ازدواج با وی مانعی ندارد؛ گویا شارع به امامیه اجازه داده با عقد جدید، نکاح دختر فسخ شود و از حباله نکاح درآورده شود.

اختصاص قاعده الزام به مورد عقیده جمهور

بحث اختلافی دیگر در قاعده الزام، این است که آیا قاعده به مواردی اختصاص دارد که اعتقاد جمهور عامه، مخالف مذهب امامیه است، یا حتی اگر فرقه‌ای از آنها هم مخالف باشند، این قاعده در حق آن فرقه جاری است.

مرحوم آقای بجنوردی، با اینکه این مطلب را جداگانه بحث نکرده، ولی از عباراتش استفاده می‌شود که جریان قاعده الزام را در تک‌تک عقاید فِرَق مختلف، مسلم دانسته است، در حالی که قاعده به مواردی اختصاص دارد که عقیده جمهور بر خلاف مذهب امامیه است؛ زیرا ظاهر تعابیری همچون «الزموهم بما ألزموا أنفسهم» در روایت علی بن ابی حمزه^۱ و ظاهر کلمه «الناس» در صحیحۀ عبدالله بن محرز:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل ترك ابنته و اخته لأبيه و أمه، فقال:

۱. تهذیب الأحکام، ج ۹، ص ۳۲۲، ح ۱۲: الحسن بن محمد بن سماعة عن عبد الله بن جبلة عن عده من أصحاب علي ولا أعلم سليمان إلا أنه أخبرني به و علي بن عبد الله عن سليمان أيضا عن علي بن أبي حمزة عن أبي الحسن عليه السلام أنه قال: «الزموهم بما ألزموا أنفسهم»؛ و ج ۸، ص ۵۸-۵۹، ح ۱۰۹: «عنه عن عبد الله بن جبلة قال حدثني غير واحد من أصحاب علي بن أبي حمزة عن علي بن أبي حمزة: «أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن المطلقة على غير السنة أيتزوجها الرجل فقال: الزموهم من ذلك ما ألزموه أنفسهم و تزوجوهن فلا بأس بذلك». قال الحسن: و سمعت جعفر بن سماعة: «و سنل عن امرأة طلقت على غير السنة ألي أن أتزوجها؟ فقال: نعم فقلت له: أليس تعلم أن علي بن حنظلة روى إياكم و المطلقات ثلاثا على غير السنة فأنهن ذوات أزواج فقال: يا بني رواية علي بن أبي حمزة أوسع على الناس قلت و أي شيء روى علي بن أبي حمزة قال: روى عن أبي الحسن عليه السلام أنه قال: الزموهم من ذلك ما ألزموه أنفسهم و تزوجوهن فإنه لا بأس بذلك».

المال كله لابنة وليس للاخت من الأب والام شيء، فقلت: فإنما قد احتجنا إلى هذا والميت رجل من هؤلاء الناس واخته مؤمنة عارفة، قال: فخذ النصف لها خذوا منهم كما يأخذون منكم في سنتهم و قضاياهم....^۱

و همچنین ضمیر در «خذوا منهم» در این صحیحه که به «الناس» برمی گردد، این است که ملاک، عقیده جمهور عاقله است، نه اینکه هر زمان مجتهدی در عامه نظری داد، به تعداد همه آنها بتوان قاعده الزام را جاری دانست.

دلیل نهم (مختار): اجماع

عمده دلیل بر نفی ولایت کافر بر مسلمان، اجماع است. در میان فقها کسی یافت نشد که قائل به ولایت کافر بر مسلمان باشد؛ و فرقی ندارد کافر، پدر باشد یا جد یا وصی، و نیز فرقی ندارد که مسلمان، معجون باشد یا نابالغ یا بالغه باکره (بنابر مختار که پدر و جد بر او ولایت دارند). این مسئله در بین فقها به طور فراوان عنوان نشده؛ ولی هر کس عنوان کرده، ولایت کافر بر مسلمان را نفی کرده است^۲ و عده زیادی هم یا ادعای اجماع کرده اند، مانند مرحوم علامه^۳، شهید ثانی در مسالک^۴،

۱. الکافی، ج ۷، ص ۱۰۰، ح ۲؛ تهذیب الأحکام، ج ۹، ص ۳۲۱-۳۲۲، ح ۹؛ علی بن الحسن بن فضال عن جعفر بن محمد بن حکیم عن جمیل بن دراج عن عبد الله بن محرز عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: رجل ترك ابنته واخته لأبيه وامه، قال: المال كله لابنته وليس للاخت من الأب والام شيء؛ فقلت: إنا قد احتجنا إلى هذا والزجل الميت من هؤلاء الناس واخته مؤمنة عارفة؛ قال: فخذ لها النصف خذوا منهم ما يأخذون منكم في سنتهم وقضائهم وأحكامهم»، قال: فذكرت ذلك لرواة فقال: إن علي ما جاء به ابن محرز لنورا خذهم بحقك في أحكامهم و سنتهم كما يأخذون منكم فيه».

۲. علاوه بر کسانی که استاد علیه السلام در متن به عنوان مدعیان اجماع یا شبیه اجماع مطرح کرده است که خود، جزء قائلین به انتفاء ولایت کافر بر مسلمان هستند، فقهای دیگری نیز ولایت کافر بر مسلمان را نفی کرده اند. برای نمونه:

شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۲۲؛ کنز الفوائد (عمیدی اعرجی)، ج ۲، ص ۳۱۱؛ إيضاح الفوائد، ج ۳، ص ۱۸؛ جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۰۷؛ كشف اللثام، ج ۷، ص ۶۸؛ جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۰۶.

۳. تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۹۹.

۴. مسالک الأتقياء، ج ۷، ص ۱۶۶.

کاشف اللثام^۱، صاحب حدائق^۲ و صاحب جواهر^۳، و یا ادعای نفی خلاف کرده‌اند که یک مرتبه از اجماع پایین‌تر است، مانند محقق کرکی که تعبیر به «لا خلاف عندنا» کرده است.^۴ مرحوم علامه هم در تذکره بعد از ادعای اجماع، با تعبیر «لا نعلم فيه خلافا»^۵، ادعای عدم علم به خلاف کرده که دو مرتبه از اجماع پایین‌تر است؛ ولی روشن است که مراد ایشان از عبارت مذکور، عقب‌نشینی از اجماع نیست؛ بلکه مراد، «عدم العلم بالخلاف عند المسلمين» است؛ زیرا تذکره ناظر به آرای همه مسلمانان است و در ادامه هم از ابن‌عبد البر که مؤلف کتاب الاستیعاب فی معرفة الأصحاب و از حقاظ معروف مغربی است^۶ نقل می‌کند که درباره ولایت نداشتن کافر بر مسلمان، چنین گفته است: «أجمع عامة من يحفظ عنه من أهل العلم علی هذا»^۷.

پس اجماع در مسئله تمام است و به نظر می‌رسد شرایط حجیت را داراست؛ زیرا این مسئله به طور مسلم از قدیم بین عامه^۸ و خاصه مطرح بوده و از اصول مسائل است؛ از این رو، اتصال آن به معصوم علیه السلام محرز است و تقریر معصوم برای اثبات اعتبار آن کافی است، گرچه مدرکی باشد و فقها به استناد ادله به آن فتوا داده باشند و ادله آنان مخدوش باشد. مشکلی که در حجیت بسیاری از اجماعات وجود دارد، احراز اتصال آنها به زمان معصوم است. تفریعات فقهی، برخلاف اصول مسائل، غالباً احراز نمی‌شود که در زمان امام علیه السلام مطرح بوده؛ بلکه این‌گونه فروع

۱. کشف اللثام، ج ۷، ص ۶۶-۶۸.

۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۶۷.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۰۶.

۴. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۰۷.

۵. تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۹۹.

۶. سیر أعلام النبلاء، ج ۱۸، ص ۱۵۳-۱۵۹، رقم ۸۵؛ بغية الملتمس (ضبطی)، ص ۴۹۰.

۷. تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۹۹.

۸. المغنی (ابن قدامة)، ج ۷، ص ۲۱.

چنان‌که از علامه حلی در تذکره نقل شد، بین عامه و خاصه اختلافی در این باره نیست (تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۹۹).

غالباً یا در قرون بعدی مطرح شده، یا اتصال آن به زمان معصوم علیه السلام محرز نیست. در هر حال، مسئله مورد بحث از تفریعات فقهی نیست و از اصول مسائل است لذا مشکل مزبور، در آن راه ندارد.

بررسی ولایت کافر اصلی و مرتد بر کافر

مسألة ۱۶: «... و الأقوی ثبوت ولایتہ [الأب الکافر] علی ولده الکافر»^۱

ظاهر کلام مرحوم سید این است که کافر حتی با وجود مسلمان، می‌تواند بر کافر ولایت داشته باشد، خواه مسلمان در عرض او باشد یا در طول او؛ ولی ظاهر عبارت محقق و علامه در دو کتاب ارشاد و تلخیص که نفس کفر را جزء موانع ولایت قرار داده‌اند - همان‌طور که جزء موانع ارث قرار داده‌اند^۲ - و در موئی علیه، بین مسلمان و کافر تفصیل نداده‌اند، این است که کافر بر کافر هم ولایت ندارد.^۳ البته علامه در تذکره، ولایت کافر بر کافر را پذیرفته^۴؛ ولی ولایت مرتد را مطلقاً نپذیرفته است، نه بر مسلمان و نه بر کافر اصلی و نه بر مرتد.^۵

وجه نفی ولایت از کافر اصلی: عبارت «و الکفار بمنزلة الموتی»

شاید مدرک محقق و علامه در نفی ولایت، از کافر اصلی، عبارت «و الکفار بمنزلة الموتی، لایحبسون و لایرثون» است، که مانند مرحوم آقای بجنوردی، گمان کرده‌اند ادامه حدیث «الإسلام یعلو ولا یعلی علیه»^۶ است.^۷

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۹.

۲. شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۵؛ إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۱۲۶؛ تبصرة المتعلمین، ص ۱۷۳.

۳. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۲۲؛ إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۹؛ تلخیص المرام، ص ۱۹۶.

۴. تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۹۹.

۵. تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۹۹.

۶. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۳۴.

۷. القواعد الفقهیة (بجنوردی)، ج ۱، ص ۱۹۰.

اشکال: روایت نبودن «و الکفار بمنزلة الموتی» و عدم اطلاق آن

ولی نه تنها این فراز، جزء حدیث نیست و عبارت مرحوم صدوق است، بلکه نسبت به مسئله ولایت هم اطلاق ندارد؛ چون شاید کفار را فقط در خصوص حاجب نبودن و ارث نبردن، به منزله مردگان دانسته؛ پس نمی‌توان گفت: چون میت نمی‌تواند ولی باشد، کافر هم نمی‌تواند ولی باشد.

شاید اعتنا نکردن علامه در تذکره به «و الکفار بمنزلة الموتی» و حکم به ثبوت ولایت کافر بر کافر، به همین علت است که التفات داشته این عبارت، از مرحوم صدوق است.

وجه نفی ولایت از مرتد: ترتب احکام میت بر مرتد

اما اینکه علامه در تذکره، ولایت مرتد را مطلقاً نفی کرده، شاید به این جهت است که احکام میت بر او بار می‌شود (قتل مرتد واجب است و باید زوجه او، عده وفات بگیرد و اموالش به ورثه منتقل شود) و کسی که در حکم میت است، ولایت ندارد.

اشکالات وجه فوق

این وجه هم از دو جهت محل تأمل است:

اول: این مطلب، اختصاص به مرتد فطری دارد، نه مطلق مرتد؛ زیرا وجوب قتل، تقسیم ترکه و نگه داشتن عده وفات، مربوط به مرتد فطری است؛ پس دلیل مذکور، اخص از مدعا است.

دوم: مرتد از جهت برخی احکام معین، به منزله میت است، نه از جهت همه احکام. بسیاری از فقها معتقدند که فقط اموال قبلی مرتد از ملکش خارج می‌شود؛ اما با کسب مجدد، می‌تواند مالک شود.

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۸، ص ۳۲۴، ح ۳: و بالإسناد عن ابن محبوب عن هشام بن سالم عن عمار الساباطی قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام، وجحد محمداً عليه السلام نبوته وكذبه، فإن دمه مباح لمن سمع ذلك منه، وامرأته بائنة منه (يوم ارتد)، ويقسم ماله على ورثته، وتعد امرأته عدة المتوفى عنها زوجها، وعلى الإمام أن يقتله ولا يستتبهه».

العروة الوثقى (المحشى)، ج ۱، ص ۲۷۲، م ۱.

۲. برای نمونه: العروة الوثقى (المحشى)، ج ۱، ص ۲۷۲، م ۱.

وجه ثبوت ولایت کافر بر کافر: آیه «وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِغُضُّهُمْ أَوْلِيَاءُ بَغْضٍ»

مرحوم شیخ طوسی با ضمیمه کردن دو آیه «الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَغْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَغْضٍ»^۱ و «الَّذِينَ كَفَرُوا بِغُضُّهُمْ أَوْلِيَاءُ بَغْضٍ»^۲ فرموده است: «ولیی الکافرة، لایکون إلّا کافرا؛ فإذا کان لها ولیان، أحدهما مسلم و الآخر کافر، کان الَّذی یتولّى تزویجها، الکافر، دون المسلم.»^۳ ایشان مستفاد از این دو آیه را لزوم سنخیت بین ولّی و مولّی علیه دانسته است؛ یعنی مؤمنین به دلیل سنخیت، فقط خودشان بر یکدیگر ولایت دارند و کفار نیز چون هم سنخ هستند، فقط خودشان بر یکدیگر ولایت دارند؛ از این رو، از مفهوم آیات، نتیجه گرفته چنانچه فرزند کافر مثلاً دارای پدر و جدّی باشد که یکی از آنان مسلمان و دیگری کافر است، ولایت بر او منحصر از آن کافر است و پدر یا جدّ مسلمان، بر او ولایتی ندارد (ولایت پدر یا جدّ مسلمان بر مولّی علیه کافر، در خارج دارای مصادیقی است، مثل اینکه فرزند آنها پس از بلوغ، کفر را اختیار کرده و دیوانه شده است).

قطب الدین کیدری نیز در اصباح با تمسک به آیه «وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِغُضُّهُمْ أَوْلِيَاءُ بَغْضٍ»^۴ به همین مطلب قائل شده است.^۵

البته مرحوم شیخ با تعبیر «فإن کان للمسلم جاریة کافرة، جاز له أن یرزقها»^۶، ولایت مسلمان بر کنیز کافر را استثناء کرده است. ائمه معصومین علیهم السلام نیز خادم کافر داشتند و با آنان مانند سایر مملوکیین، معامله می کردند؛ بنابراین مسلمان نیز می تواند بر کنیز کافر، ولایت داشته باشد.

مختار در مسئله ولایت کافر بر کافر

با توجه به اینکه تنها «عدم ولایت کافر بر مسلمان» اجماعی است، کفر، مانع از

۱. التوبة، ۷۱.

۲. الأنفال، ۷۳.

۳. المبسوط، ج ۴، ص ۱۸۰.

۴. الأنفال، ۷۳.

۵. اصباح الشیعة، ص ۴۰۹.

۶. المبسوط، ج ۴، ص ۱۸۰.

ولایت بر کافر نیست و فتوای مرحوم شیخ طوسی و مرحوم کیدری نیز ثبوت ولایت کافر بر کافر است.

بررسی ولایت کافر بر کافر با وجود ولیّ مسلمان

اگر مولیّ علیه کافر باشد و دارای دو ولیّ مسلمان و کافر باشد، در اینکه ولیّ چه کسی است دو قول در مسئله است.

مرحوم شیخ و کیدری، ولایت را منحصر در کافر دانستند؛ ولیّ عده‌ای معتقدند که ولایت، منحصر برای ولیّ مسلمان ثابت است؛^۱ البته این عده معمولاً به جدّ مسلمان و پدر کافر مثال زده‌اند و ولایت را مخصوص جدّ مسلمان دانسته‌اند؛ ولیّ ظاهراً حکم، مختص به جد نیست؛ بلکه اگر فقط پدر، مسلمان باشد، هنگام تزاحم، ولایت او مقدّم است.

البته در عبارات این عده، صورت انحصار ولیّ در کافر ذکر نشده که آیا ولایت برای کافر ثابت است یا خیر، گرچه محتمل است از این جهت باشد که امام زمان علیه السلام یا نواب ایشان وجود دارند و ولیّ محسوب می‌شوند و صورت انحصار اتفاق نمی‌افتد؛ اما روشن نیست که با قطع نظر از ولایت آن حضرت و نواب ایشان، باز هم منکر ولایت کافر بر کافر باشند.

علاّه بر دو قول «انحصار ولایت بر کافر، در مسلمان» و «انحصار ولایت بر کافر، در کافر» مرحوم صاحب جواهر این احتمال را هم ذکر کرده است که هر دو ولیّ، به صورت مشترک، ولایت داشته باشند،^۲ گرچه فرموده: «وإن کتالهم نعرف قاتلاً به».

نظر مختار: ثبوت ولایت کافر در عرض مسلمان

گرچه فقیهی یافت نشد که به صراحت، شراکت را پذیرفته باشد، ولیّ از ظاهر کلام برخی، ثبوت ولایت برای هر دو ولیّ، قابل استفاده است، مثل ظاهر اطلاق کلام

۱. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۶۷؛ جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۰۶؛ العروة الوثقی مع تعالیک الإمام الخمینی، ص ۱۰۱۳؛ وسیلة النجاة (با تعلیقات گلپایگانی)، ج ۳، ص ۱۶۲.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۰۷.

علامه در تحریر^۱ و تذکره^۲ که هم ولایت کافر بر کافره و هم ولایت مسلمان بر کافره را ثابت دانسته است.

ظاهر اطلاق کلام مرحوم سید^۳ نیز این است که هر دو ولایت دارند و شاید نظر بسیاری از محققین عروه نیز همین باشد؛ زیرا به کلام ایشان حاشیه نزده‌اند^۴. البته مرحوم آقای خمینی مطابق با نظر کسانی که قائل به انحصار ولایت برای مسلمان شده‌اند، در حاشیه به کلام مرحوم سید فرموده: «إذا لم یکن له جد مسلم؛ و إلا فلا یبعد ثبوت الولاية له، دون الأب الکافر»^۵؛ شاید ایشان و هر کس که ولایت بر کافره را منحصر در مسلمان دانسته، به تبعیت از صاحب جواهر^۶ از مسئله ارث - که کافر با وجود مسلمان ارث نمی‌برد - تعدی کرده و نفی ولایت کافر در عرض مسلمان را نتیجه گرفته باشد؛ ولی طبق تحقیق، این نظر تمام نیست؛ زیرا با توجه به اینکه مورد اجماع، نفی ولایت کافر بر مسلمان است، نه کافر، و دلیل شیخ، مبنی بر لزوم سنخیت بین ولی و مولی علیه نیز ناتمام بود، به مقتضای عمومات ادله ولایت که بین مسلمانان و کفار مشترک است، چنانچه مولی علیه کافر باشد و دارای دو ولی مسلمان و کافر باشد، ولایت دو ولی بر مولی علیه ثابت است.

۱. تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۴۳۶.

۲. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۹۹.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۹.

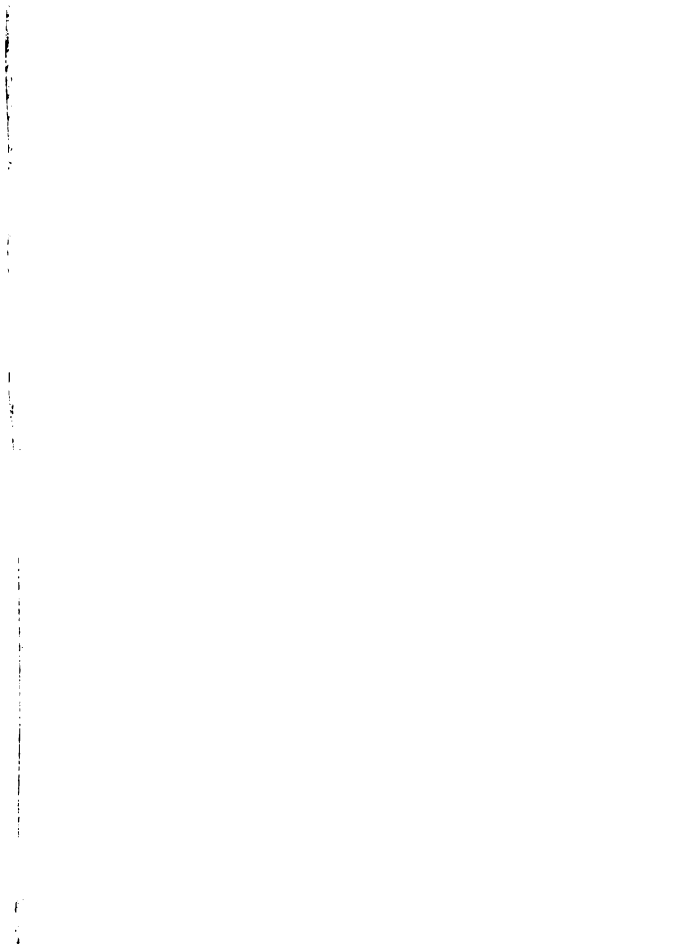
۴. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۳۳.

۵. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۳۳.

۶. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۰۷.

توکیل در تزویج و احکام آن

بخش بیست و هفتم



توكيل در تزويج و احكام آن

مسألة ۱۷: «يجب على الوكيل في التزويج، أن لا يتعدى عما عيّنه الموكل، من حيث الشخص و المهر و سائر الخصوصيات؛ و إلا كان فضولها موقوفا على الإجازة؛ و مع الإطلاق و عدم التعيين، يجب مراعاة مصلحة الموكل، من سائر الجهات، و مع التعدي، يصير فضولها؛ و لو وكلت المرأة رجلا في تزويجها، لا يجوز له أن يزوجه من نفسه؛ للانصراف عنه؛ نعم، لو كان التوكيل على وجه يشمل نفسه أيضا بالعموم أو الإطلاق، جاز، و مع التصريح، فأولى بالجواز؛ و لكن ربما يقال بعدم الجواز مع الإطلاق، و الجواز مع العموم؛ بل قد يقال بعدمه حتى مع التصريح بتزويجها من نفسه؛ لرواية عمار المحمولة على الكراهة أو غيرها من المحامل.»^۱

در عبارت فوق، عبارت «يجب مراعاة مصلحة الموكل، من سائر الجهات» نیازمند کمی تأمل است؛ زیرا ظاهر عبارت، لزوم رعایت مصلحت واقعی موکل توسط وکیل است و گویا توكيل به فرض صلاح واقعی انصراف دارد، در حالی که چنین انصرافی مشکوک است و شاید اقرب این است که وکیل باید همان خصوصيات را که در نظر موکل، مطلوب و دارای مصلحت است مراعات کند، گرچه در مقام ثبوت، موکل اشتباه کند؛ از این رو، اگر موکل کسی را بدون تعیین خصوصيات برای تزويج وکیل کند، مرادش این است که وکیل، طبق علم خودش زنی پیدا کند که خصوصيات مورد نظر او را دارا باشد، نه اینکه وکیل هرگونه خواست عمل کند. اگر این امر، اقرب نباشد، غیر آن هم اقرب نیست. به این نکته باید توجه شود که در مقام تطبیق، هرکس مطابق علم خودش عمل می‌کند؛ یعنی وکیل خصوصيات مورد نظر موکل را در نظر می‌گیرد؛ اما طبق علم و تشخیص خودش، بر موارد تطبیق می‌کند؛ اما این مقدار، باعث نمی‌گردد در مواردی که معلوم نیست تصرف، موافق نظر موکل است یا خیر، حق تصرف داشته باشد؛ بلکه باید از موکل، استعمال کند

۱- العروة الوثقى: ۸۶۹-۸۷۰.

یا رضایت او را جلب کند.

البته گاهی موکل به وکیل اختیار می‌دهد که طبق صلاح دید خودش عمل کند. در این صورت، معنای وکالت این است که تشخیص موکل معیار نیست؛ بلکه صلاح دید وکیل، معتبر است؛ اما این فرض، محتاج قرینه است. ظهور توکیل در این است که کاری را که خودم مباشرتاً با خصوصیات خاصی انجام می‌دادم، تو با همان خصوصیات برای من انجام بده.

مسألة ۱۷: «... و لو وكلت المرأة رجلا في تزويجها، لا يجوز له أن يزوجه من نفسه؛ للانصراف عنه؛ نعم، لو كان التوكيل على وجه يشمل نفسه أيضا بالعموم أو الإطلاق، جاز، و مع التصريح، فأولى بالجواز؛ و لكن ربما يقال بعدم الجواز مع الإطلاق، و الجواز مع العموم؛ بل قد يقال بعدمه حتى مع التصريح بتزويجها من نفسه؛ لرواية عمار المحمولة على الكراهة أو غيرها من المحامل.»^۱

اگر زنی برای تزویج، وکیل بگیرد، بین فقها اختلاف است که آیا وکیل می‌تواند عقد را برای خود بخواند یا خیر. بعضی مانند مرحوم سید معتقدند که تزویج باطل است، مگر آنکه مانعی از انعقاد عموم و اطلاق نسبت به وکیل نباشد؛ بعضی هم بین ظهور اطلاقی و ظهور به نحو عموم، فرق گذاشته‌اند و تزویج را تنها در فرض عموم جایز دانسته‌اند^۲ و بعضی هم گفته‌اند حتی اگر زن، تصریح کند که وکیل، او را به خودش تزویج کند، باز هم تزویج، جایز نیست.^۳

بنابراین، مسئله صُوری دارد؛ گاهی وکالت، ظهور اطلاقی در شمول نسبت به وکیل دارد؛ گاهی به نحو عموم ظهور دارد؛ گاهی تصریح به نحو تخییر است؛ به این صورت که می‌گوید: مرا به تزویج خود یا دیگران در بیار! و گاهی تصریح به نحو تعیین است؛ به این صورت که می‌گوید: مرا به خودت تزویج کن!

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۰.

۲. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۵۳.

۳. مانند مرحوم آقای خونی، صاحب وسائل و صاحب حدائق که در متن، فتوای آنان خواهد آمد.

ادله بطلان ازدواج

برای بطلان تزویج مذکور، به دو دلیل استدلال شده است؛ یکی «انصراف وکالت از تزویج وکیل به موکل» و دیگری «موقفه عمار»؛ البته دلیل انصراف، فقط به صورتی اختصاص دارد که مانعی از انصراف، وجود نداشته باشد.

دلیل اول: انصراف توکیل، از تزویج وکیل به خودش

مرحوم سید معتقد است که وکالت، از این مورد منصرف است، مگر آنکه قرائنی مانع از انصراف شود و عموم یا اطلاق، نسبت به وکیل زوج، منعقد شود.

اشکال: بدوی بودن انصراف

اما انصرافی که ادعا شد، بدوی است؛ زیرا اگر وکیل، شوهری پیدا کند که از نظر خصوصیات (شخصیت اجتماعی، خانوادگی، قیافه، استعداد و جهات دیگر) شبیه خودش باشد، بی شک به وکالت عمل کرده است؛ از این رو، اگر زن را به تزویج خودش هم درآورد، به وکالت عمل کرده و تزویج صحیح است و اینکه گفته شود وکالت، مشابه وکیل را شامل است، ولی از خود وکیل انصراف دارد، جمود بر لفظ است.

توضیح اینکه: گاهی لفظ، مضیق است؛ ولی مراد متکلم معلوم است که خصوصیتی را لحاظ نکرده است؛ مثلاً در جمله «برو از بازار گوشت بخر!»، معلوم است که «بازار» برای متکلم خصوصیتی ندارد و مخاطب می تواند از هر جا گوشت تهیه کند، و گاهی بر عکس است؛ یعنی لفظ قیدی ندارد؛ اما مراد معلوم است که مضیق است. معیار در هر دو مورد، مراد متکلم است.

در مقام هم چون نمی توان گفت تزویج به کسی که در خصوصیات، مشابه وکیل است نافذ است اما تزویج به خود وکیل، نافذ نیست، انصراف ذهن به غیر وکیل، یک انصراف بدوی است که نمی تواند معیار در احکام باشد، مانند انصراف «پول» در جمله «پولی به فقیر دهید!» که ذهن ابتدا به پولی که در جیب است انصراف پیدا می کند؛ اما این انصراف، از باب خطوط ذهنی و ظهور تصویری است، نه از باب ظهور تصدیقی و مراد استعمالی؛ زیرا اگر بپرسند «آیا خصوصیتی در پول موجود در

جیب هست؟» گفته می‌شود خیر.

شاید اشکال شود که اگر وکیل خصوصیتی نداشت، دختر تصریح می‌کرد که اگر خواستی به خودت تزویج کن یا دست‌کم لفظ عامی می‌آورد که او را نیز شامل شود؛ ولی این اشکال، تمام نیست؛ زیرا شاید دلیل آن، خجالت دختر از بیان آن است یا اینکه نمی‌داند وکیل، قصد ازدواج دارد، وگرنه فرقی در نظر او بین وکیل و غیر او نیست. البته اگر قرائنی بر تمایل نداشتن ازدواج با وکیل وجود داشته باشد، مثلاً وکیل در شأن زن نباشد، چنین تزویجی، فضولی است.

دلیل دوم: موثقه عمار ساباطی

اما روایت عمار نیز به عنوان دلیل بر بطلان تزویج وکیل به موکل مطرح است:

محمّد بن علی بن محبوب عن أحمد بن الحسن بن عمرو بن سعيد عن مصدّق بن صدقة عن عمار الساباطي قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها أيحلّ لها أن توكل رجلا يريد أن يتزوّجها تقول له قد وكلتك فاشهد علي تزويجي، قال: لا. قلت له: جعلت فداك وإن كانت أيماء؟ قال: وإن كانت أيماء. قلت: فإن وكلت غيره بتزويجها منه؟ قال: نعم.»^۱

در این روایت، کلمه «فاشهد» را به دو صورت «فاشهد» ثلاثی مجرد، و «فاشهد» ثلاثی مزید، می‌توان خواند. در کتب لغت گفته‌اند که اگر «شهد» با «علی» متعدی شود، به معنای «اداء شهادت»، یعنی شهادت دادن و گواهی دادن است؛ اما اگر متعدی بنفسه باشد، به معنای گواه شدن و تحمّل شهادت است^۲؛ به این معنا که

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۷۸، ح ۵.

۲. در کتب لغت، «شهد» با «علی» به معنای «تحمل شهادت» نیامده است و بدون «علی» نیز به معنای «مجرد حضور» آمده است:

جمهرة اللغة، ج ۲، ص ۶۵۳: «والمشهد: الموضع الذي يشاهد فيه القوم القوم، أي يحضر بعضهم بعضاً؛ الصحاح، ج ۲، ص ۴۹۴: «الشهادة: خبر قاطع. تقول منه: شهد الرجل على كذا، شهد عليه شهادة إذا أخبر به قطعاً، و شهد له بكذا شهادة، أي أدّى ما عنده من الشهادة ... والمشاهدة: المعاينة. و شهده شهدوا، أي حضرو، فهو شاهد. و قوم شهدوا، أي حضرو؛ مفردات ألفاظ القرآن، ص ۴۶۵: «يقال: شهدت كذا، أي: حضرته، و شهدت على كذا؛ قال: (شَهِدَ عَلَيْهِمْ سَمْعُهُمْ) (فضلت، ۲۰)»؛ و ص ۴۶۶: «الشهود و

«شَهِدَ»، یعنی در آن واقعه یا در آن محل حاضر شد و تحمّل شهادت کرد تا اگر بعداً اختلافی پیش آمد شهادت بدهد؛ اما آنچه از استعمالات به دست می‌آید خلاف این است؛ زیرا «شَهِدَ» به معنای مجزّد حاضر شدن است، مانند «فَلَانٌ شَهِدَ الْجَمْلَ»؛ یعنی در جنگ جمل حاضر بود، و مانند «فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ»^۱. «شَهِدَ» و «أَشْهَدَ»، به ترتیب به معنای «حاضر بود» و «حاضر کرد» است؛ اما اگر به معنای گواه شدن (تحمّل شهادت) یا گواهی دادن (اداء شهادت) باشد، هر دو با «علی» متعدّی می‌شود.

این روایت بین توکیل مردی که قصد ازدواج با موکّل را دارد و توکیل غیر او تفصیل داده، فرض نخست را جایز ندانسته و فرض دوم را جایز دانسته است؛ از این رو، بعضی، از این روایت استفاده کرده‌اند که حتی اگر زن در وکالت تصریح کند که وکیل، او را به خودش تزویج کند، چنین تزویجی از وکیل صحیح نیست.^۲

توجیهات موثقه عمار

عمل به این روایت، در میان گذشتگان هم مورد اختلاف بوده است^۳؛ برخی مثل

الشّهادة: الحضور مع المشاهدة، إمّا بالبصر، أو بالبصيرة، وقد يقال للحضور مفرداً: قال الله تعالى: ﴿غَالِئُهُ أَتَقْبَىٰ وَ الشَّهَادَةُ﴾ (السّجدة، ۶)، لَكِنَّ الشَّهَادَةَ بِالْحُضُورِ الْمَجْزُودِ أَوَّلَىٰ، وَ الشَّهَادَةُ مَعَ الْمَشَاهِدَةِ أَوَّلَىٰ. ۱. البقرة، ۱۸۵.

۲. استاد رحمته در مباحث مستثنیات نظر، استثناء چهارم (مقام شهادت)، بررسی روایات خاصه از ادله جواز نظر به اجنبیه در مقام تحمّل و ادای شهادت، این روایت را مطرح کرده است: الکافی، ج ۷، ص ۴۰۰، باب الزّجل یشهد علی المرأة ولا ینظر وجهها، ح ۱: محمّد بن یحیی عن محمّد بن أحمد عن محمّد بن عیسی عن أخیه جعفر بن عیسی بن یقطين عن أبي الحسن الأول علیه السلام قال: «لا بأس بالشّهادة علی إقرار المرأة و لیست بمسفرة إذا عرفت بعینها أو حضر من یعرفها فأما إن لا تعرف بعینها و لا یحضر من یعرفها فلا یجوز للشّهود أن یشهدوا علیها و علی إقرارها دون أن تسفر و ینظروا إلیها». اما ایشان برخلاف مقام، چنین فرموده است: اراده تحمّل شهادت از عبارت «لا بأس بالشّهادة علی إقرار المرأة» خلاف ظاهر است؛ زیرا به طور متعارف، کلمه «شهد» با «علی»، برای بیان ادای شهادت، و بدون «علی»، برای بیان تحمّل شهادت استعمال می‌شود، مانند: «شهد المجلس، شهده»؛ بنابراین اگر مراد، تحمّل شهادت بود، باید چنین تعبیر می‌شد: «شهد إقرار المرأة»؛ از این رو، مقتضای اخذ به ظاهر «علی» این است که عبارت «لا بأس بالشّهادة علی إقرار المرأة» به ادای شهادت معنا شود.

۳. غیر از آنچه در متن مطرح شده، می‌توان برای نمونه موارد ذیل را مطرح کرد: المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۷۳؛ کشف الرموز، ج ۲، ص ۱۱۸؛ ایضاح القوائد، ج ۳، ص ۲۶-۲۷؛ التنقیح

علامه برای عمل نکردن به روایت، به آن اشکال سندی کرده و سند آن را ضعیف دانسته‌اند، در حالی که روایت، موثق است و طبق مختار، روایات موثقه حجّت است و اشکال سندی وارد نیست.

برخی در معنای روایت، تصرف کرده و توجیهاتی را ذکر کرده‌اند که بررسی آنها در ذیل می‌آید.

توجیه اول (حمل بر کراهت) و مناقشه در آن

مرحوم شیخ در تهذیب، روایت را بر کراهت حمل کرده است؛ البته تعبیر ایشان این است: «إِنَّمَا ورد [هذا الخبر] مورد الاحتياط و على جهة الأفضل»^۱؛ یعنی افضل این است که زوج را وکیل نکنند. ایشان در وجه حمل مذکور فرموده است:

«ألا ترى أَنَّ السائل سأل فقال إنها تخاف أن يعلم بها أحد و كان الاحتياط لها أن توكل رجلاً آخر غير الذي يتزوجها و لو لم يجز لها أن تزوج نفسها من الرجل من غير ولي لم يجز لها أيضاً أن توكل أحداً على حال».

مرحوم شیخ جواز تزویج بدون اذن ولی در فرض توکیل غیرزوج را قرینه دانسته که منع حضرت در فرض توکیل زوج، به جهت اعتبار اذن ولی نیست؛ بلکه از باب احتیاط، افضل این است که خود زوج، وکیل در ازدواج نباشد. اما این توجیه با لحاظ آنچه در بیان نظر مختار خواهد آمد، قابل قبول نیست.

توجیه دوم: حمل بر تقیه

مرحوم آقای خوئی روایت را بر تقیه حمل کرده و در وجه آن فرموده است:

«إِنَّ الموثقة أجنبية عن محلّ الكلام بالمرّة؛ فإنّها غير ناظرة إلى توکیل الزوج في إجراء العقد، وإنّما هي ناظرة إلى اعتبار الإشهاد

الرائع، ج ۳، ص ۳۳؛ المهذب البارع، ج ۳، ص ۲۲۳؛ نهاية المرام، ج ۱، ص ۸۲؛ جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۴۷؛ مسالك الأنهار، ج ۷، ص ۱۵۳؛ الوافي، ج ۲۱، ص ۴۳۳؛ كشف اللثام، ج ۷، ص ۱۰۰؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۵۲؛ جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۱۹۶؛ غاية الأمل، ج ۳، ص ۴۸۰.

۱. مختلف الشيعة، ج ۷، ص ۱۴۳.

۲. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۳۷۸.

فی الزواج، و السؤال عن كفاية شهادة الزوج في المقام؛ فهو نظير ما ورد في القذف بالزنا من السؤال عن عد الزوج في جملة الشهود، و حيث إن هذا ممّا لا يقول به أحد متّاً، فلا بدّ من حملها على التقيّة؛ لذهاب العامّة إليه.^۱

مراد از «إنّ هذا ممّا لا يقول به أحد متّاً»، اعتبار اشهاد است؛ یعنی نزد امامیه، اشهاد، شرط صحت نکاح نیست.

اشکالات توجیه دوم

ولی این توجیه، خلاف ظاهر روایت است و حمل آن بر تقيّه وجهی ندارد.

اولاً، مورد روایت زنی است که قصد مخفی کردن ازدواج را دارد و با توجه به اینکه مخفی کردن ازدواج، با اشهاد - که در آن دو شاهد معتبر است - سازگار نیست، ظاهر روایت این است که تنها خود زوج شاهد باشد، تا هم نکاح مخفی بماند و هم اگر فاش شد، مرد بگوید وکیل در تزویج بوده و زنا رخ نداده است، نه اینکه مرد یکی از دو شاهد باشد و یک شاهد دیگر هم گرفته شود و سؤال سائل این باشد که آیا زوج می‌تواند یکی از شهود باشد یا خیر.

ثانیاً، با پذیرش اینکه روایت، ناظر به اعتبار اشهاد است و معنای جمله «فأشهد على تزويجي»، این باشد که زن به زوج می‌گوید: «تو شاهد بر تزویج من باش و یک نفر دیگر هم شاهد بگیر تا اشهاد دو نفر صدق کند» باز هم چنین نیست که حضرت از روی تقيّه، اصل لزوم دو شاهد را پذیرفته و فقط زوج را به عنوان یکی از این دو شاهد نپذیرفته‌اند؛ زیرا نباید بین فرض وکالت زوج و وکالت غیر او - که در هر دو فرض، طبق روایت، یکی از دو شاهد، زوج است - فرقی باشد، در حالی که طبق پاسخ حضرت، عقد در فرض اول اشکال دارد و در فرض دوم صحیح است؛ پس باید گفت حتی اگر روایت، ناظر به اعتبار اشهاد باشد، وجه خواسته زن این است که اگر وقوع این عقد، آشکار شود، مشکلی از ناحیه حکومت عامّه که اشهاد را برای تزویج شرط می‌داند، ایجاد نشود - البته از نظر شیعه هم اشهاد مستحب است - و دلیل جواب حضرت که فرموده اگر زوج شاهد باشد اشکال دارد، این

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۵۷.

است که اشهاد یک نفر، برای حکومت، معتبر نیست.

توجیه سوم: اختصاص بطلان به صورت موجب و قابل بودن زوج یا زوجه مرحوم شیخ در استبصار - که بعد از تهذیب نوشته شده است^۱ - بر خلاف تهذیب، ظاهر روایت را که نهی تحریمی است، حفظ کرده و فرموده است:

«إنما لم یجز ذلك، لأنّها وکلته بأن یرزّجها من نفسه؛ و ذلك لا یصحّ لأنّ الوکیل یقوم مقام موکله، فیحتاج إلى من یعقد علیه، ولا یصحّ أن یکون الإنسان عاقدا علی نفسه؛ لأنّ العقد یقتضی إيجاباً و قبولاً، و ذلك لا یصحّ بین الإنسان و بین نفسه؛ و لو أنّها رزّجت نفسها من غیر أن توکله، لکان ذلك جائزاً حسب ما تضمنته الأخبار الأولی؛ و لأجل ما قلناه، قال له السائل توکّل غیره بأن یرزّجها منه، فقال نعم؛ لأنّ ذلك یصحّ تقدیره فیه، و فی الأول لا یصحّ»^۲

اختیار توجیه سوم

مرحوم صاحب حدائق^۳ و بعضی دیگر^۴، از کلام شیخ طوسی در استبصار برداشت کرده‌اند که ایشان فرموده مفاد روایت، این است که شخص واحد نمی‌تواند موجب و قابل باشد؛ از این رو، به توجیه شیخ طوسی اشکال کرده‌اند که از روایت استفاده نمی‌شود در فرض اوّل - که زوج از طرف زن وکیل است - ایجاب و قبول با زوج است تا اتحاد موجب و قابل لازم آید؛ بلکه شاید زوج، ایجاب را به وکالت از طرف زن بخواند و قبول را به دیگری واگذار کند، درحالی که روایت از توکیل زوج مطلقاً منع کرده است. همچنین در فرض دوم - که غیرزوج از طرف زن وکیل است - از روایت استفاده نمی‌شود که ایجاب با وکیل و قبول با خود زوج است تا تعدّد آنها لازم آید؛ بلکه شاید وکیل، از مرد هم وکالت در قبول گرفته باشد و موجب و قابل باشد، در حالی که روایت، توکیل غیرزوج را مطلقاً جایز دانسته است.

۱. الاستبصار ج ۱، ص ۲-۳.

۲. الاستبصار ج ۳، ص ۲۳۴.

۳. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۵۳.

۴. مسالك الأتھام، ج ۷، ص ۱۵۳.

اما توجیه مرحوم شیخ، غیر از چیزی است که این عده از کلام وی برداشت کرده‌اند؛ زیرا مرحوم شیخ از روایت این استفاده را نکرده که شخص واحد نمی‌تواند موجب و قابل باشد تا اشکالات فوق بر وی وارد شود؛ بلکه فرموده مستفاد از روایت این است که اگر مردی وکیل زن شود، نمی‌تواند متوکی دو طرف عقد باشد؛ چون مورد روایت که حضرت فرموده جایز نیست، جایی است که زن به خاطر مخفی کردن ازدواج، زوج را وکیل کرده و خواسته خودش دو طرف عقد را بر عهده بگیرد. شاهدش این است که امام علیه السلام در فرضی که شخص سوم، عاقد باشد اشکال نکرده‌اند.

صاحب وسائل^۱، صاحب حدائق^۲ و مرحوم آقای حکیم^۳ بطلان وکالت زوج از طرف زوجه را مطابق ظاهر روایت دانسته و به آن فتوا داده‌اند. این عده معتقدند که زوج مطلقاً صلاحیت وکالت برای زوجه را ندارد و عقدش صحیح نیست، حتی اگر دیگری را وکیل یا وادار کند که عقد را بخواند، در حالی که مورد روایت جایی است که زوجه نمی‌خواهد غیر از زوج، شخص دیگری بر ازدواج آنان اطلاع پیدا کند تا ازدواجش فاش نشود و حضرت فقط همین مورد را منع کرده‌اند، نه اینکه مطلقاً توکیل زوج را حتی در فرضی که زوج، کسی را برای خواندن عقد وکیل کند، منع کرده باشند. در نتیجه، روایاتی^۴ که می‌گویند انسان ولایت دارد هر کسی را وکیل کند به عموم خود باقی است و توسط این روایت به غیر زوج تخصیص نمی‌خورد؛ بنابراین توجیه شیخ طوسی در استبصار، اقرب و مطابق ظاهر روایت است. ولی ممکن است بگوییم باید به مورد نص اکتفاء کرد و گفت: توکی طرفین عقد

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۷، باب ۱۰ (باب أنه لا يجوز أن يتوكل طرفي العقد).

۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۵۳.

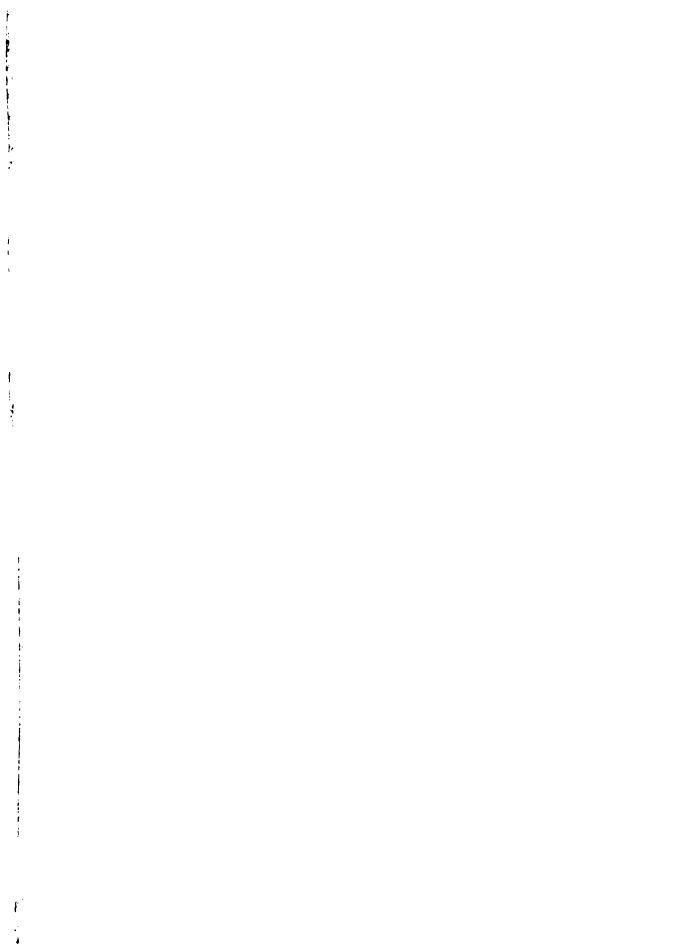
۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۸۷.

۴. وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۱۶۱، ح ۱: محمد بن علی بن الحسین یاسناده عن معاوية بن وهب و جابر بن یزید جمیعا عن أبي عبد الله علیه السلام أنه قال: «من وكل رجلا علی إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبدا حتی یعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها.» و ص ۱۶۲، ح ۱: محمد بن علی بن الحسین یاسناده عن محمد بن أبي عمير عن هشام بن سالم عن أبي عبد الله علیه السلام: «في رجل وكل آخر علی وكالة في أمر من الأمور وأشهد له بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر فقال أشهدوا أنني قد عزلت فلانا عن الوكالة فقال: إن كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكل فيه قبل العزل فإن الأمر واقع ماض علی ما أمضاه الوكيل كره الموكل أم رضي...».

نکاح توسط زوج جایز نیست؛ از این رو، تعدی از زوج به غیرزوج و از نکاح به دیگر عقود صحیح نیست؛ البته از زوج به زوجه به طریق اولی تعدی صحیح است؛ پس اگر اقوا نباشد، دست کم، احوط آن است که تولی طرفین عقد، از ناحیه زوج یا زوجه باطل است.

عقد نکاح فضولی

بخش بیست و هشتم



عقد نكاح فضولي

مسألة ۱۸: «الأقوى صحة النكاح الواقع فضولا مع الإجازة، سواء كان فضوليا من أحد الطرفين أو كليهما، كان المعقود له صغيرا أو كبيرا، حرا أو عبدا. والمراد بالفضولي العقد الصادر من غير الولي والوكيل، سواء كان قريبا كالأخ والعمة والخال وغيرهم أو أجنبيا، وكذا الصادر من العبد أو الأمة لنفسه بغير إذن الولي، ومنه العقد الصادر من الولي أو الوكيل على غير الوجه المأذون فيه من الله أو من الموكّل؛ كما إذا أوقع الولي العقد على خلاف المصلحة أو تعدّى الوكيل عما عيّنه الموكّل. ولا يعتبر في الإجازة الفورية، سواء كان التأخير من جهة الجهل بوقوع العقد أو مع العلم به وإرادة التروي أو عدمها أيضا. نعم، لا تصح الإجازة بعد الردّ كما لا يجوز الردّ بعد الإجازة فمعها يلزم العقد.»^۱

مقدمه

مسئله فضولي بحثي مهم است که هم به طور کلی و هم در خصوص نكاح، قابل بحث و بررسی است. عقد فضولي، عقد شخصی است که نسبت به عقد سلطنت ندارد؛ یا به جهت اینکه این عقد مربوط به او نیست و مربوط به دیگری است به طوری که عاقد، نه ولایتی بر او دارد و نه وکیل از طرف اوست، یا به جهت اینکه مربوط به اوست اما حق دیگری در کار است و اذن از صاحب حق لازم است؛ مثلاً عبد یا کنیزی بدون اذن مولا، دختر باکره -طبق نظر مختار- بدون اذن پدر یا جد پدری، سفیه بدون اذن ولّیتش، خود را به ازدواج دیگری درآورد، یا ازدواج با خواهرزاده یا برادرزاده زوجه بدون اذن زوجه صورت گیرد، با اینکه این موارد از عقود است که مربوط به عاقد است نه اینکه عقد برای دیگری باشد، اما همه، عقد فضولی هستند.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۰.

حال بحث در این است که آیا با اجازه لاحقۀ صاحب حق، این عقد قابل تصحیح است یا نه. این بحث از زمان ائمه علیهم السلام مطرح بوده و بین عاتمه مورد اختلاف است. برخی مانند ابو حنیفه^۱ آن را قابل تصحیح دانسته و برخی مانند شافعی^۲ آن را قابل تصحیح نمی دانند و برخی ظاهراً قائل به تفصیل هستند.^۳ در بین امامیه هم این مسئله مورد اختلاف است. از همان ابتدا که فقه تقریباً روشن تر مدوّن شده - یعنی از اوایل قرن چهارم - این مسئله مطرح بوده و مشهور بسیار قوی، عقد فضولی را یا به نحو مطلق صحیح دانسته اند یا در برخی موارد مسئله را عنوان کرده اند و ممکن است نظرشان مطلق موارد باشد ولی تصریح به اطلاق در بسیاری از عبارات فقهاء وجود ندارد. تفصیل اقوال در بررسی دلیل اول بطلان فضولی (اجماع) خواهد آمد.

مناقشاتی در عبارت عروه

قبل از بررسی ادله بطلان و صحت نکاح فضولی، تعریف صاحب عروه از عقد فضولی و جهاتی از عبارت عروه بررسی می شود. فضولی در اصطلاح فقهای متقدم، بر عاقد، اطلاق می شده است، یعنی عاقدی که در زمان عقد، سلطنت بر عقد ندارد و عمل او تجاوز از حدّ است. شیخ انصاری نیز اطلاق فضولی بر عقد را تعبیری مسامحی دانسته است^۴، ولی مرحوم سید، فضولی را وصف عقد دانسته و فرموده است: «المراد بالفضولی العقد الصادر من غیر الولی و الوکیل ...»^۱. مراد از کلمه «خلاف» در عبارت «اذا وقع العقد الولی علی خلاف المصلحه» نیز «ضدّ» است (ضدّ مصلحت یعنی مفسده) نه «نقیض» (نقیض مصلحت یعنی عدم مصلحت)، پس اگر عقد ولیّ مفسده داشته باشد، از مواردی است که در آن اذن ندارد و عقدش فضولی است.

۱. المجموع شرح المذهب، ج ۱۶، ص ۱۵۴.

۲. المغنی (ابن قدامة)، ج ۷، ص ۶۳.

۳. الخلاف، ج ۴، ص ۲۵۷-۲۶۰، م ۱۱.

۴. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۳۴۶.

در هر حال، تعریف مرحوم سید از سه جهت قابل تأمل است:

جهت اول: تعبیر «المراد بالفضولی العقد الصادر من غیر الولی و الوکیل...» مقداری قصور دارد و نیازمند برخی قیود است؛ زیرا طبق این تعریف، عقدی که بالغ عاقل رشید برای خود انجام می‌دهد، فضولی است؛ زیرا این عقد، نه از وکیل صادر شده است و نه از ولی، و روشن است که شخص، ولی خود نیست و عرفاً از این جهت که اختیار خود را دارد بر او، ولی اطلاق نمی‌شود، پس برای اخراج عقد بالغ عاقل رشید، باید عقد فضولی را این گونه تعریف کرد: «عقدی که از ولی و وکیل صادر نشود و عاقد آن، غیر معقودله باشد»، البته همان طور که مرحوم سید با تعبیر «سواء کان قریباً کالأخ و العَمّ و الخال و غیرهم»، تصریح کرده است، بین برادر، عمو، دایی - که عرف برای آنان ولایت قائل است - و اجنبی، فرقی نیست و هیچ یک از آنان ولایت شرعی ندارند و عقدشان بدون اذن شخص، فضولی است.

جهت دوم: در تعبیر «و کذا الصادر من العبد أو الأمة لنفسه بغیر اذن الولی»، عقد أمه یا عبد بدون اذن مولای او موارد فضولی دانسته شده که خالی از قصور نیست؛ زیرا اگر عبد قصد ازدواج با برادرزاده یا خواهرزاده زوجه‌اش را داشته باشد، حتی با اذن مولانیز عقد او از فضولی بودن خارج نمی‌شود، بلکه نیازمند اذن زوجه‌اش است.

جهت سوم: تعریف مرحوم سید جامع افراد نیست؛ زیرا فضولی را منحصر در سه موردی که بیان کرده، دانسته، در حالی که موارد زیر هم از موارد فضولی محسوب می‌شود: اگر شخصی خواهرزاده یا برادرزاده زن خود را برای خود عقد کند این عقد به جهت عدم صدور از ولی و وکیل، فضولی نیست؛ ولی از این جهت که اذن زوجه‌اش معتبر است - با اینکه زوجه، ولایت بر زوج ندارد - فضولی است. اگر مولای خود را به عقد کسی درآورد که قبلاً عمّه یا خاله آن أمه، زوجه آن شخص بوده، این عقد نیز فضولی است.

بنابراین برای دفع این اشکالات، فضولی را باید این گونه تعریف کرد: «فضولی عقد کسی است که در صحت آن، اذن یا اجازه دیگری معتبر باشد.» که در توضیح آن می‌توان گفت: مراد از فضولی، عقدی است که عاقد، سلطنتی بر انشای آن ندارد، بدین گونه که عقد یا مربوط به شخص دیگری است و عاقد نه بر آن شخص ولایت دارد و نه وکیل اوست، و یا مربوط به عاقد است، ولی حق شخص دیگری در

بین است که عاقد بدون رعایت آن، انشای عقد کرده است، مانند عقد نکاح عبد و أمه بدون اذن مولا یا باکره - بنا بر مختار که نکاح باکره، مشروط به اذن ولی است - بدون اذن پدر یا جد، یا سفیه (غیر رشید) بدون اذن ولی، یا عقد با خواهرزاده و برادرزاده بدون اذن خاله و عمه.

ادله بطلان نکاح فضولی

شیخ طوسی در کتاب خلاف^۱ دو دلیل و مرحوم فخرالمحققین در ایضاح^۲، چهار دلیل بر بطلان عقد فضولی بیان کرده که سه دلیل آن بر اساس قواعد و دلیل چهارم، مبتنی بر نصوص است. در ادامه، شش دلیل بررسی می شود.

دلیل اول (اجماع) و ناتمامی آن

صاحب ریاض به صورت ضمنی اجماع را به عنوان یکی از ادله بطلان عقد فضولی بر شمرده و آن را به خلاف شیخ طوسی نسبت داده و سپس در رد آن شهرت را بر خلاف آن دانسته و چنین فرموده است: «و دعوی الشیخ الإجماع علی الفساد فی الخلاف موهونة بمصیر معظم الأصحاب بل عداة کافة، سوی فخر الدین إلی المخالفة له فی المسألة»^۳

اما شیخ طوسی با وجود اینکه در بسیاری از موارد در کتاب خلاف، ادعای اجماع کرده^۴، ولی در بحث نکاح فضولی فقط به اصل و روایات تمسک نموده^۵ و نه تنها ادعای اجماع بر بطلان نکرده، بلکه فی الجمله (نکاح عبد بدون اذن مولا) بر صحت نکاح فضولی ادعای اجماع کرده است.^۶

۱. الخلاف، ج ۴، ص ۲۵۹.

۲. ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۷-۲۸.

۳. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۰۶.

۴. در بیش از ۸۰۰ مورد، شیخ طوسی در استدلال به مدعای خود این تعبیر را به کار برده است: «إجماع الفرقه وأخبارهم».

۵. الخلاف، ج ۴، ص ۲۵۹.

۶. الخلاف، ج ۴، ص ۲۶۰: «و قد روی أصحابنا: إن تزویج العبد خاصة یقف علی إجازة مولاه، و له فسخه».

البته محتمل است که در ریاض سقطی واقع شده باشد؛ زیرا شیخ طوسی در مبسوط در بعضی از فروع مسئله، مانند بحث اشتراط اذن حَرّه در ازدواج شوهرش با أمّه، اجازه لاحق حَرّه را مصتحح عقد ندانسته و بر بطلان آن ادعای اجماع کرده^۱ و ممکن است صاحب ریاض در مقام ردّ آن بوده که با سقط بخشی از عبارت، کلام وی به این صورت درآمده است.

اقوال فقهاء

در هر حال بر بطلان نکاح فضولی اجماعی وجود ندارد و چهار قول مطرح است:

۱. صحت نکاح فضولی مطلقاً؛ سید مرتضی نکاح فضولی را مطلقاً صحیح دانسته و در ناصریات بر آن ادعای اجماع نیز کرده است^۲ و بسیاری از فقهاء مانند مرحوم ابن عقیل^۳، ابن جنید^۴، شیخ صدوق^۵، شیخ مفید^۶، ابوالصلاح حلبی^۷، نیز قول به صحت عقد فضولی را در بعضی از فروع که معنون بوده، مطرح کرده‌اند، و گرچه در کلمات آنان به اطلاق تصریح نشده، ولی بعید نیست نظرشان صحت مطلق عقد فضولی باشد. برخی فقهای متأخر از این عده، مانند ابن براج^۸، ابن زهره^۹، ابن ادریس^{۱۰} و فقهای بعد از ابن ادریس هم فضولی را صحیح دانسته‌اند.^{۱۱}

و رَوَوْا أَنَّهُمْ عَلَيْهِ قَالُوا: إِنَّمَا عَصَى مَوْلَاةٍ وَلَمْ يَعْصِ اللَّهُ وَقَدْ ذَكَرْنَا الرِّوَايَاتِ بِذَلِكَ فِي الْكِتَابِ الْكَبِيرِ». سیاق کلام شیخ طوسی این است که گویا مخالفی در فرع فوق نیست.

۱. المبسوط، ج ۴، ص ۲۱۵.
۲. المسائل الناصریات، ص ۳۳۰، م ۱۵۴؛ و م ۱۵۵.
۳. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۱۹.
۴. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۱۹.
۵. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۴۶.
۶. المقنعة (شیخ مفید)، ص ۵۰۷؛ و ص ۵۱۱.
۷. الکافی فی الفقه، ص ۲۹۲.
۸. المهدّب (ابن براج)، ج ۲، ص ۱۹۴-۱۹۵.
۹. غنیة النزوع، ص ۳۴۴.
۱۰. السرائر، ج ۲، ص ۵۶۴-۵۶۵.
۱۱. مانند: إصباح الشیعة، ص ۴۱۱.

۲. بطلان نکاح فضولی مطلقاً: مرحوم فخرالمحققین این قول را اختیار کرده است.^۱
۳. صحت نکاح فضولی عبد و آمه و بطلان سایر موارد نکاح فضولی: شیخ طوسی در کتب خلاف^۲ و مبسوط^۳ این قول را اختیار کرده است؛ ایشان بر خلاف باب بیع که بین بیع و اشتراء تفصیل داده است^۴ - در بیع، آن را صحیح و در اشتراء، آن را باطل دانسته است - اصل اولی در نکاح فضولی را بطلان دانسته و در نکاح فضولی عبد یا آمه بدون اذن مولا، به صورت استثناء، حکم به صحت کرده است.^۵
۴. صحت نکاح فضولی در ۹ صورت: مرحوم ابن حمزه این قول را اختیار کرده است.^۶

دلیل دوم: انحصار عقد مؤثر در عقد اصیل یا ولی

دلیل دوم بر بطلان نکاح فضولی دلیلی از فخرالمحققین است. ایشان در کتاب ایضاح دلیل اول خود را برای اثبات بطلان نکاح فضولی چنین بیان کرده است: «و الذي افنى به بطلان عقد الفضولي لأن العقد سبب الإباحة فلا يصح صدوره من غير معقود عليه أو ولي.»^۷

عقد صحیح نکاح، سبب مباح شدن تمتعات است و در نکاح فضولی از آنجا که این اباحه حاصل نشده، معلوم می‌شود نکاح فضولی باطل است و منحصرأ عقد باید توسط معقود علیه یا ولی او باشد.

۱. ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۳۴۸.
۲. الخلاف، ج ۴، ص ۲۵۷-۲۶۰، م ۱۱؛ و ص ۲۶۶-۲۶۷، م ۱۸.
۳. المبسوط، ج ۴، ص ۱۶۳؛ و ص ۱۶۶.
۴. المبسوط، ج ۴، ص ۱۶۳.
۵. البته شیخ طوسی در خصوص عبد چنین استثنایی را مطرح کرده است: الخلاف، ج ۴، ص ۲۵۷-۲۶۰، م ۱۱.
۶. الوسيلة، ص ۳۰۰.
۷. ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۷؛ جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۵۲؛ مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۶۲؛ مستمسك العروة الوثقى، ج ۱۴، ص ۴۹۰.

بررسی اشکالات دلیل دوم

این دلیل نیز با اشکالاتی مواجه است.

اشکال اول: مصادره به مطلوب بودن دلیل مذکور

مرحوم آقای حکیم و شاید بسیاری از فقهاء، استدلال فوق را مصادره به مطلوب دانسته‌اند؛^۱ زیرا فخر المحققین بدون ذکر دلیل، سببیت عقد برای اباحه را ادعا کرده و از نفی لازم (اباحه) نفی ملزوم (صحت عقد) را نتیجه گرفته است.

پاسخ: فقدان دلیل بر جزء العلة بودن عقد فضولی برای اباحه

اما این کلام مصادره به مطلوب نیست؛ زیرا ایشان در حقیقت می‌گویند که مقتضای «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۲، علیّت تامّه عقد صادر از اصیل یا ولیّ برای وجوب وفای به عقد است که این به معنای سببیت عقد برای اباحه است، در حالی که عقد فضولی علیّت تامّه اباحه نیست و جزئی از علیّت تامّه بودن نیز باید به دلیل دیگری اثبات شود که در مقام، مفقود است، پس دلیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۳ برای تصحیح عقد فضولی کافی نیست و دلیل دیگری نیز بر تصحیح آن وجود ندارد. به عنوان مثال اگر گفته شود: «مردم از امروز که شنبه است باید روزه بگیرند»، این خطاب بر وجوب روزه تمام مردم در تمام روزها دلالت می‌کند، ولی اگر دلیلی آمد که زید نسبت به روز شنبه دستور روزه ندارد و زید را از دلیل اول خارج کرد، دیگر با استناد به دلیل اول نمی‌توان گفت که زید باید از روز یکشنبه روزه بگیرد. در محل بحث نیز آیه شریفه نمی‌تواند عقد فضولی را که از دلیل عام لزوم وفای به عقد خارج شده، تصحیح کند، ازاین‌رو با این تقریب، استدلال فخرالمحققین مصادره به مطلوب نیست.^۴

۱. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۵۲؛ مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۶۲؛ مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۹۰.

۲. المائدة، ۱.

۳. المائدة، ۱.

۴. از این پاسخ روشن شد که روح استدلال اول فخر المحققین، عدم دلیل بر صحت عقد فضولی و قصور ادله و عمومات است که دلیل اول شیخ طوسی در خلاف است، لذا اشکال مصادره به مطلوب بودن متوجه شیخ طوسی نیز خواهد بود و پاسخ مذکور در متن، پاسخ به آن است.

اشکال دوم: بطلان دلیل دوم در بعضی از اقسام عقد فضولی

اشکال دومی که ممکن است بر کلام فخر المحققین وارد شود این است که عقد فضولی اقسام مختلفی دارد و کلام فخر المحققین طبق توجیه مذکور، فقط در بعضی از اقسام و بنا بر برخی از مبانی اصولی، وارد است.

قسم اول از فضولی عبارت از این است که اجنبی، زنی را به عقد شخص دیگری درآورد و قسم دوم اینکه عاقد، برای خود عقد می‌کند، ولی حق فرد دیگری، مانند ولی یا مولا در بین است که بدون مراعات آن، عقد، فضولی به شمار می‌رود، مانند عقد عبد بدون اذن مولا، عقد دختر باکره و سفیه بدون اذن ولی یا عقد خواهرزاده یا برادرزاده زوجة بدون اذن او که خاله یا عمه است.

کلام مرحوم فخر المحققین را نمی‌توان در مورد قسم اول توجیه کرد؛ زیرا بر فرض که دلیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، عقد فضولی اجنبی پیش از حقوق اجازه را شامل نشود، ولی پس از حقوق اجازه اصیل، اشکالی در شمول آیه نیست؛ زیرا بقاء عقد به اصیل انتساب دارد و آیه، دال بر لزوم پابندی به عقد است و لازمه آن این است که دیگران (فضولی و اجنبی) باید با عقد اصیل، معامله صحت کنند؛ زیرا حکم صحت نسبت به افراد مختلف تبعیض بردار نیست و اگر عقدی شرعاً صحیح باشد، برای تمام افراد صحیح است. البته در مورد قسم دوم بر اساس بعضی از مبانی اصولی، می‌توان کلام مرحوم فخر المحققین و عدم امکان تمتک به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» را توجیه کرد و به بطلان این قسم از عقد فضولی حکم کرد. برای توضیح این مطلب از باب مقدمه باید مباحثی مطرح شود که فقها بعضی از آنها را در علم اصول و بعضی را در فقه به خصوص در مسئله خیار غبن مطرح کرده‌اند.

مطلب اول: بررسی زمان انعقاد ظهور اطلاق

در ظهورگیری از مطلقات این بحث مطرح است که اگر متکلم در مقام بیان باشد و قیدی نیابد، از چه زمانی ظهور در اطلاق شکل می‌گیرد؟ صاحب کفایه معتقد است متکلمی که در مقام بیان حدود مسئله است، اگر تا پیش از پایان مجلس خطاب، در کلام خود قیدی نیابد، اطلاق شکل می‌گیرد،

ولی شیخ انصاری شرط انعقاد ظهور در اطلاق را نیامدن قید تا رسیدن زمان عمل دانسته^۱ که حق در این مسئله با صاحب کفایه است، همان گونه که اگر از مجتهدی در مورد مسئله‌ای از مسائل حج، قبل از رسیدن موسم حج (قبل از رسیدن زمان عمل) استفتاء شود و مجتهد در مجلس خطاب و در پاسخ از سؤال، قیدی نیاورد استفاده می‌شود که پاسخ، مطلق است و قیدی ندارد.

البته اگر متکلم در زمان صدور خطاب، در مقام بیان تمام قیود نباشد، اطلاق لفظی منعقد نمی‌شود و برای تمسک به اطلاق مقامی نیز باید تا رسیدن زمان عمل صبر کرد تا اگر قیدی نیامد، اطلاق مقامی استفاده شود. اکثر اطلاقات قرآن کریم بلکه عمومات آن - با وجود اینکه دلالت عمومات بر عموم، طبق تحقیق، بالوضع است - از همین نوع است؛ زیرا این عمومات و مطلقات با مستثنیات فراوانی که در سنت است مواجه هستند و این نشان می‌دهد که خداوند متعال در مقام بیان تمام قیود و استثنائات نبوده است. مانند بسیاری از قوانینی که حکومت‌ها وضع می‌کنند و سپس تبصره می‌زنند؛ پس عمومات، در عموم ظهور ندارند تا از آنها استفاده شود که تمام افراد، مراد جدی متکلم هستند.

از فروع بحث فوق، این است که اگر خطاب مطلق صادر شود و قبل از رسیدن زمان عمل، عامی صادر شود که با خطاب مطلق معارض باشد، بنا بر مبنای شیخ انصاری، دلیل عام بر ادله اعتبار مطلق، ورود خواهد داشت؛ زیرا ایشان شرط انعقاد اطلاق را نیامدن قید تا زمان عمل دانسته است و با توجه به اینکه دلیل عام، قرینه بر عدم اطلاق است، اطلاقی شکل نمی‌گیرد و عام مقدم می‌شود، ولی بنا بر مبنای صاحب کفایه - که شکل‌گیری اطلاق را مشروط به عدم اتیان قید تا پایان مجلس خطاب دانسته است - عموم و اطلاق هر دو خطاب شکل گرفته و وجهی برای تقدیم عام بر مطلق وجود ندارد.

مطلب دوم: دوران بین تخصیص و تخصّص

مطلب دیگر آن است که اگر دو خطاب «اکرم العلماء» و «لا تکرّم زیداً» بیان شود و دو زید عالم و جاهل وجود داشته باشد و مشکوک باشد که زید عالم از دلیل عام

خارج شده تا تخصیص باشد یا زید جاهل، تا تخصص باشد، هم شیخ انصاری و هم صاحب کفایه قائل به تخصص شده و فرموده‌اند که باید اصاله العموم یعنی شمول «اکرم العلماء» نسبت به زید عالم حفظ شود؛ زیرا در مورد شک در مراد متکلم، اصل عقلانی تطابق بین اراده جدی و اراده استعمالی جاری است، همان‌گونه که اگر کسی لفظی را استعمال کند و مشکوک باشد که معنای حقیقی را اراده کرده یا معنای مجازی را، اصاله الحقیقه جاری می‌شود.

ولی گاهی مراد جدی متکلم معلوم، و کیفیت استعمال - حقیقت یا مجاز بودن - مشکوک است؛ یعنی مثلاً متکلم، لفظ «اسد» را به کار برده و معلوم است که مرادش مثلاً «حیوان مفترس» است اما معلوم نیست نحوه استعمال لفظ «اسد» چگونه است، آیا با قرینه به کار برده و این استعمال، استعمال مجازی است یا بدون قرینه به کار برده و این استعمال، استعمال حقیقی است؟ یا مثلاً دو خطاب «اکرم العلماء» و «لا تکرّم زیداً» بیان شده و روشن است که مراد جدی، شامل «زید بن حسن» نیست و اکرام او واجب نیست، ولی مشکوک است که «زید بن حسن»، عالم است تا خطاب دوم، مخصّص عام باشد و اصاله التطابق جاری نباشد یا جاهل است و تخصصاً از عام خارج است. در این صورت، بین شیخ انصاری و صاحب کفایه اختلاف است؛ شیخ انصاری در این مورد فرموده است:

«إذا علمنا أنّ زیداً مثلاً ممّن لا یجب إکرامه و شککنا فی أنّه عالم و خصّص فی هذا المورد أو لیس عالماً فلا تخصیص، و أصاله عدم التخصیص تقول: إنّه لیس بعالم.»^۱

در نتیجه اگر غیر عالم (جاهل) در جای دیگری حکمی داشت، بر زید نیز مترتب می‌شود.

ولی صاحب کفایه معتقد است که عکس نقیض در قضایای ریاضی و مطالب قطعی - که کلیت آن قابل تخصیص نیست - صحیح است، ولی در قضایای شرعی که اصل عموم بر اساس بنای عقلاً معتبر شده، این گونه نیست و با عکس نقیض آن نمی‌توان برای موارد دیگر نتیجه‌گیری کرد؛ پس باید به بنای عقلاً، یعنی اصاله

الحقیقه تمسک کرد که معلوم نیست در این مورد نیز محقق باشد. به بیان دیگر، عقلا هنگام شک در مراد چنین بنائی دارند، ولی در جایی که تکلیف - به عنوان مثال عدم وجوب اکرام زید - معلوم است (چه زید عالم باشد و چه جاهل) چنین بنائی از آنان معلوم نیست؛ پس اصل تطابق بین اراده جدی و استعمالی (اصالة الحقیقه و اصالة العموم) جاری نیست و باید قائل به تخصیص شد.^۱

به نظر می‌رسد در ظهورات و قضایای شرعی اگر در موردی اطمینان به عدم تخصیص حاصل شود، تمسک به عکس نقیض مانعی ندارد، چنان‌که علما گاهی در علم رجال به آن تمسک می‌کنند و از قبول شهادت راوی توسط امام علیه السلام، عدالت او را کشف کرده و آثار عدالت را در موارد دیگر بر او مترتب می‌کنند؛ البته در این گونه موارد، اطمینان حاصل می‌شود و حکم علم را دارد؛ زیرا در باب شهادت، اشخاصی استثناء نشده‌اند که در عین عدم عدالت، شهادت آنها در موردی قبول شده باشد و به بیان دیگر باید عموم ادله اعتبار عدالت در شهادت، حفظ شود؛ پس در موارد دیگر نیز به عدالت آن شخص حکم می‌شود؛ ولی اگر در موردی اطمینان حاصل نشد، نمی‌توان با تحفظ بر اصل عموم، حکم را در موارد دیگر نیز ثابت شده دانست؛ زیرا اعتبار اصل عموم، بناء عقلاء است و آنها در مقام (شک در کیفیت استعمال)، چنین بنائی ندارند که به عموم تمسک کنند. شاید مراد شیخ انصاری نیز موارد اطمینانی باشد.

مطلب سوم: بررسی تمسک به عام بعد از خروج فرد در زمان اول
مطلب دیگر آن است که اگر بعضی از افراد عامی مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» در زمان اول از عام خارج شود، بحث در این است که آیا در زمان دوم می‌توان به دلیل عام تمسک کرد و قائل شد که دلیلی بر خروج بیش از زمان اول وجود ندارد یا خیر؟ در مسئله خیار غبن بین محقق کرکی^۲ و فقهاء دیگر همین بحث مطرح شده و اختلاف است که آیا خیار غبن، فوری است و مغبون پس از علم به غبن، اگر راضی به معامله نباشد، باید فوراً اعمال خیار کند، یا می‌تواند صبر کند و پس از چند روز

۱. کفایة الأصول (چاپ آل البیت)، ص ۲۲۵-۲۲۶.

۲. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۳۸.

- اگر قبلاً معامله را امضاء نکرده - معامله را بر هم زند؟ منشأ اختلاف این است که آیا استصحاب بقاء خیار جاری است؛ یعنی در لحظه علم به غبن، معامله لازم نبود و اکنون نیز لازم نیست - البته اگر استصحاب در شبهات حکمیه جاری باشد - یا باید به دلیل اجتهادی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تمسک کرد که مقدم بر استصحاب است و نسبت به زمان دوم، به لزوم عقد و فوری بودن خیار غبن حکم کرد؟

شیخ انصاری^۱ فرموده که اگر در دلیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» زمان، مفرد باشد - یعنی هر زمانی یک موضوع مستقل نسبت به زمان دیگر است و آیه همان گونه که نسبت به عقود، مصادیق مختلف دارد، هر زمان مانند روز شنبه، یکشنبه و دیگر روزها نیز فردی از افراد عام شمرده می شود و وجوب وفای مستقلی دارد - و یکی از افراد زمان، از عام خارج شود، در مورد سایر زم آنها به عام تمسک می شود، همان گونه که اگر عقدی از آیه خارج شد، در عقود دیگر به این آیه تمسک می شود؛ ولی اگر زمان به عنوان یک واحد مستمر لحاظ شود، بدین معنا که همواره باید به عقد وفا کرد، در این صورت اگر استمرار از بین برود - چه قسمتی از آن و چه تمام آن - یک تخصیص شمرده می شود و نسبت به زم آنها دیگر نمی توان به آیه تمسک کرد، مانند کسی که در حال غرق شدن است و برای او تفاوتی ندارد که یک متر زیر آب باشد یا ده متر. در این صورت تمسک به عام صحیح نیست.

ولی صاحب کفایه^۲ در بحث خیار غبن فرموده است که این آیه به دلالت وضعی بر وجوب وفا به تمام عقود دلالت می کند و به اطلاق خود دلالت دارد بر اینکه مبدأ وجوب وفای این حکم استمراری، از ابتدای تحقق عقد است، ولی با توجه به اینکه به دلیل خارجی، زمان اول از مطلق خارج شد، مطلق به آن مقید می شود و نسبت به زم آنها مشکوک به اطلاق ازمای آیه تمسک، و به لزوم وفای به عقد حکم می شود؛ لذا در مقام که عقد فضولی است، طبق این مبنای ایشان باید یکی از دو تصرف ذیل، محقق شود:

- تصرف اول، رفع ید از عموم افرادی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و عدم شمول آن نسبت به عقد فضولی است؛ زیرا اراده جدی و استعمالی شارع در مورد آن،

۱. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۵، ص ۲۰۷.

۲. حاشیه المکاسب (آخوند)، ص ۱۹۷.

یکسان نیست و عقد فضولی تخصصاً خارج است، که در این صورت اطلاق زمانی نیز به قوت خود باقی است؛ زیرا مطلق در مورد عقد فضولی اصلاً موضوع نداشته تا با خروج عقد فضولی به اطلاق آن لطمه‌ای وارد شود. به بیان دیگر: در صورتی که وفای به عقد واجب باشد، با اطلاق، وجوب وفا برای تمام زم آنها ثابت می‌شود؛ ولی اگر اصلاً وفای به عقد واجب نباشد، دیگر موضوعی برای اصاله الاطلاق نسبت به سایر زم آنها وجود ندارد. طبق این تصرف، بر اطلاق ازمانی تحفظ شده است.

• تصرف دوم، حفظ عموم افرادی و شمول آن نسبت به عقد فضولی و رفع ید از اطلاق ازمانی است؛ زیرا مقتضای اطلاق ازمانی، لزوم از ابتدای عقد است با اینکه در عقد فضولی از ابتدا لزوم عقد محقق نشده است.^۱

صاحب کفایه در بحث عقد غبنی تصرف دوم را پذیرفته، ولی نه از باب تقدّم عام بر مطلق؛ زیرا ایشان در دوران امر بین رفع ید از عموم عام و اطلاق مطلق، هیچ‌یک را بر دیگری ترجیح نمی‌دهد و اگر ملاکی برای ترجیح نباشد، وضعی بودن دلالت عام را سبب ترجیح نمی‌داند. دلیل ایشان بر پذیرش تصرف دوم، این است که طبق مبنای ایشان - چنان‌که در مطلب سابق بیان شد - در فرضی که مراد، روشن است و کیفیت استعمال مشکوک است نمی‌توان قائل به تخصص شد و با تحفظ بر عموم، اصل را عدم تخصیص دانست. در مقام نیز چون اطلاق ازمانی - یا به تعبیر شیخ انصاری عموم ازمانی - یقیناً مراد جدی نبوده و تردید داریم که

۱. این بحث همان‌طور که در متن بیان شده، در عقد غبنی آمده است و استناد^۱ همان مطالب را در عقد فضولی تطبیق کرده است. گرچه عقد غبنی عقد صحیح بالفعل است ولی عقد فضولی چنین نیست، اما عقد غبنی و فضولی در این جهت مشترک هستند که از ابتدای عقد، لزوم وفا ندارند؛ لذا این بحث در عقد فضولی نیز قابل مطرح شدن است که پس از اجازه لاحق آیا عموم افرادی آیه شامل عقد فضولی می‌شود یا نه. در هر حال، در عقد غبنی نیز طبق تصرف اول، عموم افرادی آیه شریفه اصلاً شامل عقد غبنی نیست؛ زیرا عقدی متزلزل است و لزومی نیست، لذا موضوعی برای اطلاق ازمانی آیه وجود ندارد تا تقیید بخورد. ولی طبق تصرف دوم عموم افرادی شامل عقد غبنی است و اطلاق ازمانی تقیید خورده است؛ یعنی از ابتدای عقد لزوم وفا نیست بلکه بعد از زمان اول، عموم افرادی شامل عقد غبنی شده است و در نتیجه پس از زمان اول، عقد غبنی لزوم وفاء دارد و لذا با تأخیر در اعمال خیار، در زمان دوم دیگر حق خیاری وجود ندارد و به جهت شمول آیه شریفه، لزوم وفای به عقد، ثابت است.

از باب تخصّص است (موضوعی برای اطلاق ازمانی نیست) یا از باب تخصیص (اطلاق ازمانی تقیید شده است) دلیلی نداریم که اطلاق تقیید نخورده و از باب نداشتن موضوع یعنی از باب تخصّص است؛ لذا چون در مراد جدی نسبت به عموم افرادی شک داریم، به این عموم تمسّک می‌کنیم و در حقیقت در عقد غبنی و همچنین در محل بحث (عقد فضولی)، بین عامّ افرادی و مطلق ازمانی تعارضی نیست. البته اگر شیخ انصاری عموم ازمانی را مستفاد از اطلاق آیه وفای به عقود بداند، چون ایشان عموم را مقدّم بر اطلاق می‌داند نوبت به اطلاق ازمانی نمی‌رسد و طبق نظر ایشان نیز عموم افرادی جاری است؛ اما اگر ایشان عموم ازمانی را مستفاد از ادبای عموم در آیه وفای به عقود بداند - چنان‌که تعبیر ایشان نیز «عموم» است^۱ - نه از باب مقدمات حکمت و اطلاق آیه، با لحاظ اینکه ایشان در دوران بین تخصیص و تخصّص، قائل به تخصّص است، با تحفظ بر عموم ازمانی، دست از عموم افرادی برداشته و لذا قائل به فوریت خیار غبن می‌شود؛ زیرا پس از زمان اوّل از زمان مربوط به اعمال خیار غبن اگر شک کنیم که آیا حق خیار باقی است یا نه، عموم ازمانی آیه، شامل زمّ آنهای دوم، سوم و ... شده، و حق بر هم زدن عقد وجود نخواهد داشت. طبق این بیان، در قسم دوم عقد فضولی نیز که عاقد برای خود عقد می‌کند، بدون اینکه از صاحب حق (مانند ولیّ و مولا) اذن بگیرد، کلام فخر المحقّقین ناتمام خواهد بود.

البته در اینجا تقریب دیگری هم می‌توان برای تقدیم عامّ بر اطلاق ذکر کرد، به این بیان که تعارض بین عموم و اطلاق در جایی است که عموم و اطلاق در عرض هم باشند، در حالی که در اینجا اصالة الاطلاق در طول اصالة العموم است، و از نظر رتبه مقدّم است. تبیین بیشتر مطلب این است اگر دو دلیل متعارض در عرض هم باشند و هیچ‌یک بر دیگری ترجیح نداشته باشند مانند «اجتناب عن النجس» که نمی‌دانیم این کاسه نجس است یا آن کاسه دیگری که فردا وجود دارد، در این صورت هیچ‌یک بر دیگری ترجیح ندارد. ولی اگر یکی در طول دیگری، و در رتبه مقدّم و سبب برای دیگری باشد، با تقدیم دلیل سببی، دیگر موضوع برای دلیل

دیگر باقی نمی‌ماند. در مقام نیز اصاله الاطلاق در طول اصاله العموم است و بین عموم افرادی و اطلاق ازمائی، رابطه سببیت محقق است یعنی اگر «أَوْفُوا» همه عقود حتی عقد مغبون را شامل شود، بعد از آن، موضوع دلیل مطلق تحقق یافته و اصاله الاطلاق حکم می‌کند که از اول حصول عقد، وفای به عقد واجب باشد. بنای عقلا در این‌گونه موارد بر این است که دلیلی را که در رتبه متقدم است و موضوع ساز است، مقدم می‌دارند. البته اگر در جایی ظهور مستبب اقوا باشد یا نسبت به سبب نصوصیت داشته باشد، مطلب دیگری است.

از مرحوم حاج میرزا احمد کفائی شنیدم که ایشان از والدشان، مرحوم آخوند نقل می‌کرد که فرمود: در جلسه‌ای که میرزای شیرازی و آقای شیخ رازی - فقیه و مجتهد معروف عرب - حضور داشتند، یکی از شاگردان میرزا با شیخ رازی درباره تعارضی که ایشان بین دو دلیل قائل شده بود بحث می‌کرد و می‌گفت یکی سببی و مقدم است ولی مرحوم رازی نمی‌پذیرفته است. مرحوم میرزا متوجه می‌شود که شیخ رازی با مباحث و اصطلاحات مرحوم شیخ انصاری و سببی و مستببی بودن ادله آشنا نیست، لذا مرحوم میرزای شیرازی مداخله می‌کند و موارد متعددی را که در آنها فقهاء اصل سببی را بر مستببی مقدم داشته‌اند مطرح می‌کند، مانند اینکه شما با آب مستصحب الطهاره وضو می‌گیرید و از حدث سابق که حالت سابقه دارد رفع ید می‌کنید با اینکه ممکن بود استصحاب حدث سابق کرده و بین این دو استصحاب تعارض بیندازید، و نمونه‌هایی از این قبیل. لذا شیخ رازی متوجه می‌شود که خودش هم همین کار را می‌کرده و مسئله برای او روشن می‌شود، سپس خطاب به آن طلبه کرده و با اشاره به میرزا می‌گوید: تکلم کما یتکلم الفقهاء، سببی و مستببی چیست که می‌گویی؟

حاصل بحث اینکه طبق مبنای شیخ انصاری - عدم جواز تقدیم عام افرادی در دوران امر بین عموم افرادی و عموم ازمائی در موردی که زمان به نحو ظرفیت و استمرار اخذ شده - در فرضی که عاقد برای خود فضولتاً عقدی انشا کرده است، می‌توان استدلال مرحوم فخرالمحققین را توجیه کرد که دلیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل چنین عقدی نمی‌شود، و با توجه به اینکه عقد فضولی در همان ابتدا، سببیت برای اباحه ندارد، دلیلی بر تصحیح آن وجود ندارد و محکوم به بطلان است.

دلیل سوم: اصل فساد (اصل عدم ترتب اثر)

دلیل سوم تمسک به اصل فساد (اصل عدم ترتب اثر) است که در دلیل اول شیخ طوسی در خلاف، مطرح شده است؛ زیرا ایشان قائل است که عقد فضولی، مشمول عمومات نیست و دلیلی بر صحت آن وجود ندارد.^۱ تمسک به عمومات برای تصحیح عقد فضولی در دوره‌های متأخر رایج شده و در دوره‌های قبل از جمله مرحوم ابن ادریس به ادله دیگری غیر از عمومات تمسک کرده‌اند^۲، و این بدان معناست که در نظر متقدمین، عموماتی در مقام وجود ندارد تا صحت عقد فضولی را ثابت کند.

اشکال: جواز تمسک به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

ولی در ادله صحت نکاح فضولی خواهد آمد که تمسک به عمومات برای صحت عقد فضولی صحیح است؛ بنابراین برای اصل مقتضی فساد، مجالی باقی نمی‌ماند.

دلیل چهارم: مقارن نبودن رضایت اصیل با عقد

فخرالمحققین در دلیل دوم خود فرموده است که نه تنها می‌توان گفت دلیلی بر صحت عقد فضولی نیست، بلکه حتی دلیل بر بطلان آن وجود دارد، بدین بیان که به اتفاق فقها، رضایت مالک از شروطی است که در صحت عقد، ضرورت دارد، از سوی دیگر شروط باید متأخر از مشروط نباشد، در حالی که در مقام، چنین نیست.^۳

اشکال: تقارن اجازه مالک با وجود استمراری عقد

اما پاسخ داده شده که عقد همچنان که در عالم اعتبار، جنبه حدوثی دارد، جنبه بقائی و استمراری نیز دارد و فسخ عقد نیز با لحاظ همین بقاء و استمرار عقد، اعتبار می‌شود و گرنه اگر عقد، بقاء شیء موجودی نباشد، از بین رفتن یا از بین

۱. الخلاف، ج ۴، ص ۲۵۹.

۲. السرائر، ج ۲، ص ۵۶۵.

سید مرتضی نیز چنین است (المسائل الناصرات، ص ۳۳۰).

۳. ابضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۸.

بردن آن معنا نخواهد داشت^۱، بنابراین اگر رضایت به عقدی که قبلاً حادث شده، ملحق شود، از شروط متأخر است؛ ولی اگر به عقدی که در عالم اعتبار باقی است ملحق شود، شرط مقارن خواهد بود.^۲

دلیل پنجم: اولویت بطلان نکاح فصولی نسبت به بیع فصولی

دلیل چهارم مرحوم فخرالمحققین در ایضاح دلیلی است که معمولاً ناقلین از کتاب ایضاح متوجه این مطلب نشده^۳ و این تقریب را به عنوان تقریب فخرالمحققین ذکر نکرده‌اند. در این دلیل گفته شده که از نظر عقل، تصرف در ملک غیر بدون اذن مالک، قبیح است؛ از این رو بیع فصولی قبیح و باطل است و با توجه به اینکه عقد نکاح نسبت به عقد بیع به مراتب از اهمیت بیشتری برخوردار است، نکاح فصولی نیز به اولویت قبیح و باطل خواهد بود.^۴

اشکالات دلیل پنجم

بر این دلیل چند اشکال وارد است.

اشکال اول: تصرف نبودن مطلق انشاء بدون قصد ترتیب اثر خارجی
اولاً، مطلق انشاء بدون قصد ترتیب اثر خارجی عرفاً تصرف نیست.

اشکال دوم: عدم تلازم بین قبیح تصرف در ملک غیر و بین قبیح انشای عقد بر آن
ثانیاً، بر فرض قبول کنیم که ترتیب اثر خارجی بر ملک غیر، بدون رضایت او عقلاً قبیح است^۵؛ اما برای قبیح نفس عقد و انشای آن با قطع نظر از ترتیب اثر خارجی،

۱. رک: أنوار الفقاهة، کتاب النکاح، ص ۳۲؛ جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۸۷.

۲. مراد این است که اگر عقد فقط مجرد حدوث یک قرارداد باشد، طبعاً رضایت لاحق، شرط مقارن برای عقد نیست بلکه شرط متأخر است؛ ولی اگر عقد، یک وجود مستمر باشد، هر زمانی که اجازه حاصل شود، شرط مقارن خواهد بود؛ زیرا در زمان اجازه، عقد هنوز باقی است و عقد در عالم اعتبار، یک وجود حدوثی محض نیست.

۳. برای نمونه: کشف اللثام، ج ۷، ص ۱۰۲؛ أنوار الفقاهة، کتاب النکاح، ص ۳۲؛ جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۰۳.

۴. ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۸.

۵. ظاهراً مراد استاد^{رحمه الله} این است که قبیح تصرف در مال غیر قبل از اجازه مالک روشن نیست و علتش این است که ممکن است گفته شود عقل تنها در فرضی حکم قطعی به قبیح تصرف می‌کند که حتی

دلیلی وجود ندارد و عقل هم، به قبح نفس انشاء و حرمت آن حکم نمی‌کند؛ لذا بسیاری از عقود در عین اینکه لغو و باطل هستند، قبیح و حرام نیستند.

اشکال سوم: عدم ارتباط فروض مذکور با محل بحث

ثالثاً، محل کلام، ترتیب اثر دادن به عقد فضولی بعد از حقوق اجازه مالک به عقد است، که عقلاً قبیح نیست. حتی اگر نفس انشاء عقد هم حرام باشد، ولی این عقد در عالم اعتبار باقی است و نقض نشده، و اگر مالک با اجازه لاحق به این عقد رضایت دهد و موافقت خود را ابراز کند، دلیلی بر قبح ترتیب اثر بر آن وجود ندارد و عقل، بقاء به قبح ترتیب اثر بر عقد و بطلان آن حکم نمی‌کند.

دلیل ششم: روایات بطلان عقد فضولی

دلیل دوم شیخ طوسی که فخرالمحققین آن را در ایضاح به عنوان دلیل سوم بیان کرده، روایاتی است که ظهور در بطلان عقد فضولی دارد. شیخ طوسی پنج روایت ذکر کرده و فخرالمحققین فقط یک روایت نقل کرده است. در ادامه این روایات و روایات دیگری که قابل استدلال هستند، بررسی می‌شود.

روایت اول: صحیحۀ عبد الله بن سنان

عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُوَيْدٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام، قَالَ:

«لَا يَجُوزُ لِلْعَبْدِ تَحْرِيرٌ وَلَا تَزْوِيجٌ وَلَا إِعْطَاءٌ مِنْ مَالِهِ إِلَّا بِإِذْنِ مُوَلَاهُ.»^۱

امام عليه السلام در این صحیح، اذن را شرط صحت نکاح دانسته‌اند.

روایت دوم: صحیحۀ فضل بن عبد الملك

عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِي نَصْرِ بْنِ زَيْدٍ عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحَصِينِ عَنْ أَبِي الْعَبَّاسِ قَالَ:

«سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنْ الْأَمَةِ تَتَزَوَّجُ بِغَيْرِ إِذْنِ أَهْلِهَا قَالَ يَحْرَمُ

بعد از تصرف نیز اجازه و رضایت مالک کسب نشود.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۷۷، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۱۳، ح ۱.

ذلك عليها وهو الزنا»^۱

در سند روایت، سهل بن زیاد وجود دارد که معتبر است و سایر راویان نیز مشکلی ندارند. از جهت دلالت نیز، در این روایت تزویج بدون اذن، حرام شمرده شده است.

دو نقل دیگر از همین روایت وجود دارد:

الف. أحمد بن محمد بن عیسی عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن داود بن الحصين عن أبي العباس البقباقي، قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يتزوج الأمة بغير إذن أهلها قال هو زنى؛ إن الله تعالى يقول: ﴿فَأَنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾»^۲

این روایت، همان روایت قبل است که ظاهراً به دلیل اختلاف مختصری که ناشی از نقل به معناست، در جامع احادیث الشيعة به عنوان روایتی دیگر نقل شده است.^۳ این روایت، صحیحه است و جای تعجب است که صاحب ریاض آن را به دلیل ضعف سند، رد کرده است^۴، و ظاهراً ایشان این نقل از روایت را ندیده، بلکه نقل سهل بن زیاد را دیده و به دلیل سهل بن زیاد، ضعیف دانسته است. در تفسیر عیاشی موجود - بر خلاف تهذیبین^۵ و فقیه^۶ - این روایت از بقباقی بدون ذکر راویان

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۷۹، «باب المملوكة تزوج بغير إذن موالیها»، ح ۱؛ وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص ۱۲۰، ذیل ح ۲.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۴۸، ح ۵۵؛ وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص ۱۲۰، ذیل ح ۲.

۳. جامع احادیث الشيعة، ج ۲۱، ص ۹۷، ح ۲.

۴. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۰۵.

صاحب ریاض در فرعی دیگر این روایت را موثق دانسته است: ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۰۹.

۵. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۴۸، ح ۵۵: «أحمد بن محمد بن عیسی عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن داود بن الحصين عن أبي العباس البقباقي ...»: الاستبصار، ج ۳، ص ۲۱۹، ح ۲: «أحمد بن محمد بن عیسی عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن داود بن الحصين عن أبي العباس البقباقي ...».

۶. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۵۱، ح ۴۵۶۰: روی داود بن الحصین عن أبي العباس البقباقي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يتزوج الرجل الأمة بغير علم أهلها قال هو زنى إن الله تعالى يقول ﴿فَأَنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ ...».

البته در مشیخه فقیه طریقی به داود بن الحصین بیان نشده و در طریق به فضل بن عبد الملک بقباقی

قبلی نقل شده است.^۱

ب. الحسین بن محمد عن معلى بن محمد عن بعض اصحابه عن ابان عن فضل بن عبد الملك قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تتزوج بغير إذن مواليها، قال: يحرم ذلك عليها وهو زنى.»^۲

ظاهراً این روایت نیز با دو روایت قبلی متحد است؛ ولی سند آن مُرسَل است، گرچه خود مُرسَل، یعنی معلى بن محمد معتبر است. البته واسطه بین معلى بن محمد و ابان همیشه حسن بن على و شاء است که ثقة است؛ از این رو اگر مطمئن شویم که مراد از «بعض اصحابه»، و شاء است اشکال سندی نیز رفع می شود.^۳ در هر صورت، حق این است که این سه روایت در واقع یک روایت هستند که به

نیز طریقی ذکر شده که در آن داود بن حصین وجود ندارد (کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، المشیخة، ص ۴۳۵: «و ما کان فیہ عن الفضل بن عبد الملك فقد رویته عن أبي عليه السلام عن سعد بن عبد الله، عن محمد بن الحسين بن أبي الخطاب، عن جعفر بن بشیر، عن حماد بن عثمان، عن الفضل بن عبد الملك المعروف بأبي العباس البقیاق الکوفی»).

۱. تفسیر العیاشی، ج ۱، ص ۲۳۴، ح ۹۱: «عن أبي العباس قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يتزوج الرجل الأمة بغير إذن أهلها...».

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۷۹، ح ۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۲۰، ح ۲.

۳. برای نمونه در تهذیب در حدود ۹۰ درصد روایاتی که معلى از ابان نقل روایت کرده، و شاء واسطه است و در باقی موارد با تعبیر «بعض اصحابه» یا «بعض اصحابنا» واسطه ذکر شده است و به احتمال قوی در روایات اندکی که واسطه ای وجود ندارد سقطی رخ داده است. اگر محرز شود که واسطه بین معلى و ابان، حسن بن على و شاء است او فردی ثقة است؛ زیرا هم از وجوه طائفه بوده در حالی که قدحی درباره او وارد نشده است (رجال النجاشی، ص ۳۹، رقم ۸۰: «الحسن بن علي بن زياد الوشاء بجلي كوفي ... و كان من وجوه هذه الطائفة»). به علاوه، احمد بن محمد بن عیسی از او اکتار روایت کرده و راوی کتاب اوست (رجال النجاشی، ص ۳۹، رقم ۸۰). معلى بن محمد نیز ثقة است؛ زیرا با اینکه درباره او نجاشی چنین گفته: «معلى بن محمد البصري أبو الحسن مضطرب الحديث والمذهب و كُتِبَ قَرِيبٌ» (رجال النجاشی، ص ۴۱۸، رقم ۱۱۱۷)، اما این تعبیر نشان می دهد در خود راوی ضعفی نیست، خصوصاً که کتب او «قرب» معرفی شده که نشان از مقبول بودن شخصیت اوست. حسین بن محمد بن عامر از مشایخ مرحوم کلینی بیش از ۶۰۰ روایت از معلى نقل کرده و در تهذیب نیز بیش از ۱۰۰ روایت چنین است که بسیاری از این روایات در احکام الزامی است.

جهت نقل به معنا اختلافاتی پیدا کرده‌اند.

روایت سوم: معتبره اول ابی بصیر

الحسین بن سعید عن القاسم بن محمد عن علي بن أبي حمزة عن أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الأمة، قال: لا يصلح نكاح الأمة إلا بإذن مولاها.»^۱

تمام این روایات اذن را شرط صحت دانسته‌اند که ظهور در عدم تأثیر اجازه دارد.

روایت چهارم: معتبره دوم ابی بصیر

محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسين بن سعيد عن القاسم بن محمد عن علي بن أبي حمزة عن أبي بصير قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الأمة، قال: يتزوج الحرة على الأمة ولا تتزوج الأمة على الحرة ونكاح الأمة على الحرة باطل ... ولا يصلح نكاح الأمة إلا بإذن موالیها.»^۲

مفاد این روایت مانند روایت بعدی (صحیح حلی) است.^۳

روایت پنجم: صحیح حلی

علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«تزوج الحرة على الأمة ولا تزوج الأمة على الحرة ومن تزوج أمة على حرة فنكاحه باطل.»^۴

در سند روایت، ابراهیم بن هاشم واقع شده که بنا بر تحقیق، ثقه است.

مقتضای جمع بین ادله^۵ این است که این روایت ناظر به موردی است که زوج

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۳۵، ح ۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۲۰، ح ۴.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۳۵۹، ح ۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۰۹، ح ۳.

۳. مراد از بطلان در این روایت و صحیح حلی این نیست که حتی با اذن حزه نیز نکاح، باطل است. این مطلب از روایات دیگر قابل استفاده است؛ رک: وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۱۱، ح ۲.

۴. الکافی، ج ۵، ص ۳۵۹، ح ۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۰۹، ح ۱.

۵. ادله مقابل، روایاتی است که برای صحت عقد فضولی عبد، تعلیل به «إنه لم یعص الله إنما عصی

از حرّه، اذن نگرفته که نوعاً نیز همین گونه است و بدون اذن، این تزویج ها انجام می شود، که در روایت، حکم به فساد نکاح شده است.

روایت ششم: صحیحهُ ولید بن صبیح

محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد و علی بن إبراهيم عن أبيه جميعاً عن ابن محبوب عن العباس بن الولید عن الولید بن صبیح عن أبي عبد الله عليه السلام:

«في رجل تزوّج امرأة حرّة، فوجدها أمة قد دلّست نفسها له، قال: إن كان الذي زوّجها إتياء من غير موالیها فالتکاح فاسد...»^۱

روایت درباره کنیزی است که تدلیس کرده و خود را به عنوان حرّه تزویج کرده است. امام عليه السلام در بیان حکم نکاح او، این تفصیل را داده که اگر غیر مولا، اّمه را تزویج کرده عقد، فاسد است؛ ولی اگر مولا انشای تزویج کرده، عقد صحیح است.

روایت هفتم: صحیحهُ حسن بن زیاد

الحسين بن سعيد عن صفوان بن يحيى عن عبد الله بن مسكان عن الحسن بن زياد، قال قال أبو عبد الله عليه السلام:

«تزوّج الحرّة على الأمة ولا تزوّج الأمة على الحرّة ولا التصرّاتیة ولا اليهودیة على المسلمة فمن فعل ذلك فنکاحه باطل...»^۲

این روایت هم صحیحه است.

روایت هشتم: روایت حذیفه بن منصور

البزوفري قال حدّثنا أحمد بن هوذة عن إبراهيم بن إسحاق التهاوندي عن عبد الله بن حمّاد عن حذیفه بن منصور، قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوّج أمة على حرّة لم يستأذنها،

سنیده «کرده اند، مانند: الکافی، ج ۵، ص ۴۷۸، ح ۲-۳؛ زیرا از تعلیل استفاده می شود که هر جا نهی شارع از انجام عقد و حکم او به بطلان به خاطر رعایت حقوق اشخاص دیگر باشد، اجازه بعد از عقد آنان در حکم اذن مقارن با عقد است.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۴-۴۰۵، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۸۵، ح ۱.
 ۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۴۴، ح ۴۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۱۰، ح ۵.

قال: يفرّق بينهما. قلت: عليه أدب؟ قال: نعم اثنا عشر سوطاً و نصف ثمن حدّ الزّاني وهو صاغر.^۱

اقتضای اطلاق این روایت هم این است که نکاح با اجازه، تصحیح نشود؛ البته سند آن ضعیف است.^۲

روایت نهم: روایت ابراهیم بن عبدالرحمن املی
محمّد بن علی بن الحسین فی الخصال عن الحسن بن حمزة العلوی عن محمّد بن یزید عن عبد الله بن أحمد عن سهل بن صالح عن ابراهیم بن عبد الرحمن عن موسی بن جعفر عن أبیه جعفر بن محمّد عليه السلام، قال:

«سئل أبي عليه السلام عما حرّم الله ﷻ من الفروج في القرآن و عما حرّم رسول الله ﷺ في سنّته؛ قال: ... و أما التي في السنّة ... تزويج الأمة على الحرّة ... و تزويج المرأة على عمّتها و تزويج الأمة من غير اذن مولاهما ...»^۳

امام عليه السلام موارد فروج محرم در سنت و کتاب را بیان فرموده‌اند که از جمله فروج محرم در سنت، تزويج امه بر حرّه، تزويج برادرزاده بر عمّه و تزويج امه بدون اذن مولاست که ظهور در عدم جواز دارد، و اطلاق آن، شامل حقوق اجازه نیز می‌شود. البته سند این روایت، ضعیف است.

روایت دهم: روایت جعفریات و دعائم
أخبرنا عبد الله أخبرنا محمّد حدّثني موسی قال حدّثنا أبي عن أبیه عن جدّه جعفر بن محمّد عن أبیه عن علي عليه السلام:

«في الرجل يتزوج الأمة على الحرّة، فقال: يفرّق بينه وبينها و يغرم لها الصّدق بما استحلّ به من فرجها فإن لم يدخل بها فلا شيء لها.»^۴

۱. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۳۴۴، ح ۴۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۱۱، ح ۲.
۲. درباره «أحمد بن مؤدّة» توثیقی وجود ندارد (فهرست الطوسی، ص ۵۴۷، رقم ۹۰۵؛ رجال الطوسی، ص ۴۰۹، رقم ۳۱) و همین برای ضعف سند روایت کافی است.
۳. الخصال، ج ۲، ص ۵۳۲، ح ۱۰؛ رک: وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۰۹، ح ۱.
۴. الأشعثیات، ص ۱۰۵، «باب تزويج الأمة على الحرّة»؛ رک: مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۴۱۹، ح ۱۷۱۵۸-۱.

مقتضای اطلاق «یفرق بینة و بینها»، بطلان نکاح حتی با اجازه است. همین تعبیر در دعائم الاسلام^۱ نیز آمده است و ظاهراً یک روایت است. صاحب دعائم کتاب بسیار مفصلی به نام ایضاح داشته است که نسخه‌اش در دست نیست؛ اما عکس مختصری از کتاب الصلاة آن که در خارج از ایران یافت شده، نزد ماست، و از آنجا معلوم می‌شود که مؤلف دعائم این کتاب را از مأخذ متعددی - که بسیاری از آنها از کتاب‌های ماست - از جمله کتاب جعفر که از آن به الکتب الجعفریه تعبیر می‌کند، جمع‌آوری کرده است.

نکاتی درباره روایات بطلان نکاح فضولی

چند نکته درباره روایات بطلان نکاح فضولی وجود دارد:

نکته اول: غیر از روایات مذکور، روایات ناهیه‌ای وجود دارد که دلیل بر فساد عقد فضولی نیست^۲؛ زیرا مجزّد نهی از یک معامله برای اثبات حکم وضعی و فساد معامله کافی نیست.

نکته دوم: روایات فراوانی که بیان شد و بر فساد دلالت می‌کنند، ناظر به موارد خاصّ و بعضی از اقسام عقد فضولی است، مانند روایتی که فروج حرام را نام برده بود و سه قسم از آن فضولی بود: تزویج الامّة علی الحرّة، تزویج المرأة علی عمّتها و تزویج الامّة من غیر اذن مولها.

نکته سوم: فروجی که تحریم آن به سنت ثابت شده (تزویج اّمه بر حرّة، تزویج برادرزاده و خواهرزاده بر عمه و خاله و تزویج اّمه بدون اذن مولا) به سبب ادله دیگر بر صورتی حمل می‌شود که اجازه لاحق در کار نباشد، پس اطلاق این روایات با ادله مذکور تقیید می‌خورد و نمی‌تواند مصحح بودن اجازه را نفی کند.

۱. دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۲۴۵، ح ۹۲۳؛ و عن علي بن ابي طالب أنه قال: «في الزجل يتزوج الأمّة علی الحرّة قال یفرق بینة و بینها و یغزم لها الضدّاق بما استحلّ من فرجها إن کان دخل بها و إن لم یدخل بها فلا شیء لها علیه».

۲. برای نمونه: وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۸۷، باب ۳۰ «باب عدم جواز تزویج بنت الأخ علی عمّتها و بنت الأخت علی خالّتها نسبا و رضاعاً إلا یاذهما فإن فعل بطل و یجوز العکس بغیر اذن»، ح ۲، ۱، ۵-۱۳؛ و ص ۵۱۱، باب ۲۷ «باب حکم من تزوّج حرّة علی اّمه و بالعکس»، ح ۴، ۳، ۶ و ۷.

نکته چهارم: شاید گفته شود کلمه «اذن» در روایاتی که صحت عقد را مشروط به «اذن» دانسته، شامل اجازه هم می‌شود؛ زیرا اذن از نظر لغت، اعم از اذن و اجازه است، گرچه در اصطلاح، بین آن دو فرق است؛ ولی حق این است که مفاد اذن، اظهار موافقت در ایجاد عمل است، نه اظهار موافقت بر امضای عمل موجودی که فعلاً ایجاد بر آن صادق نیست. به بیان دیگر: رضایت بر شیء موجود را با تعبیر «أَذِنَ فِيهِ» بیان نمی‌کنند و به رضایت به وجود یک شیء ثابت و قار که معنای اسم مصدری است، اذن اطلاق نمی‌شود؛ بلکه بر ایجاد آن به معنای مصدری، اذن اطلاق می‌شود. نکاح یک معنای مصدری به معنای ازدواج کردن و یک معنای اسم مصدری به معنای همسر دار بودن دارد؛ «إِذِنَ فِي النِّكَاحِ» برای ایجاد زوجیت استعمال می‌شود، و برای امضای معنای اسم مصدری و همسر دار بودن که شیء موجودی است، تعبیر «اجازه» اطلاق می‌شود («جاز» یعنی «نقد به» و اجازه یعنی نافذ قرار داد، تنفیذ کرد).^۱

به علاوه در بعضی از روایات، از تزویج بدون اذن، نهی شده و «تزویج» به معنای ایجاد علقه زوجیت است. «زَوْجَ بِلَا إِذْنٍ» یعنی صدور عقد همراه با اذن نبوده (همچنان که در روایت ولید بن صبیح «إِنْ كَانَ الْإِذْنُ زَوْجَهَا إِيَّاهُ مِنْ غَيْرِ مَوَالِيهَا»^۲ و صحیح

۱. نکته مذکور با مراجعه به موارد استعمال اذن و اجازه در روایات بیشتر روشن می‌شود:

الکافی، ج ۵، ص ۴۷۸، ح ۳: «عَلِيٌّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ عُمَرَ بْنِ أَذْيَنَةَ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: «سَأَلْتُهُ عَنْ مَمْلُوكٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنٍ سَيِّدِهِ فَقَالَ ذَلِكَ إِلَى سَيِّدِهِ إِنْ شَاءَ أَجَازَهُ وَ إِنْ شَاءَ فُزِقَ بَيْنَهُمَا قُلْتُ أَصْلَحَكَ اللَّهُ إِنْ الْحَكَمَ بِنِ عَتِيْبَةَ وَ إِبْرَاهِيمَ التَّخَعِي وَ أَصْحَابَهُمَا يَقُولُونَ إِنْ أَصْلَحَ النِّكَاحُ فَاسِدٌ وَ لَا تَحُلْ إِجَازَةَ السَّيِّدِ لَهُ فَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عليه السلام إِنَّهُ لَمْ يَعْصِ اللَّهُ إِمَّا عَصَى سَيِّدَهُ فَإِذَا أَجَازَهُ فَهُوَ لَهُ جَائِزٌ».

الکافی، ج ۵، ص ۲۱۱، ح ۱۲: «عَلِيٌّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حَمِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: «قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (صلوات الله عليه) فِي وَلِيدَةٍ بَاعَهَا ابْنُ سَيِّدِهَا وَ أَبُوهُ غَائِبٌ فَاسْتَوْلَدَهَا الَّذِي اشْتَرَاهَا فَوَلَدَتْ مِنْهُ غُلَامًا ثُمَّ جَاءَ سَيِّدُهَا الْأَوَّلُ فَخَاصِمَ سَيِّدُهَا الْآخَرَ فَقَالَ وَلِيدَتِي بَاعَهَا ابْنِي بِغَيْرِ إِذْنِي فَقَالَ الْحَكَمُ أَنْ يَأْخُذَ وَلِيدَتَهُ وَ ابْنُهَا فَنَاشَدَهُ الَّذِي اشْتَرَاهَا فَقَالَ لَهُ خُذْ ابْنَهُ الَّذِي بَاعَكَ الْوَلِيدَةُ حَتَّى يَبْقَدَ لَكَ الْبَيْعُ فَلَمَّا أَخَذَهُ قَالَ لَهُ أَبُوهُ أَرْسَلَ ابْنِي قَالَ لَا وَ اللَّهُ لَا أَرْسَلَ إِلَيْكَ ابْنَكَ حَتَّى تَرْسَلَ ابْنِي فَلَمَّا رَأَى ذَلِكَ سَيِّدُ الْوَلِيدَةِ أَجَازَ بَيْعَ ابْنِهِ».

دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۲۴۸، ح ۹۳۷: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله نَهَى أَنْ يَنْكَحَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَإِنْ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فَإِنْ شَاءَ سَيِّدُهُ أَجَازَ وَ إِنْ شَاءَ فُزِقَ»؛ مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۳۲۲، ح ۱۶۸۳۴-۱.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۴، ح ۱: «مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعًا

عبد الله بن سنان «لا يجوز للعبد تحرير ولا تزويج ولا إعطاء من ماله إلا بإذن مولاه»^۱ بیان شده) و در عقد فضولی ایجاد زوجیت بدون اذن است، گرچه بعداً اجازه داده شود؛ ولی اجازه، موجب نمی‌شود که ایجاد علقه زوجیت با اذن باشد؛ پس صحیح نیست بیان شود که اذن، مفهوم عامی دارد و ابراز رضایت لاحق را نیز شامل می‌شود.

بررسی روایات بطلان نکاح فضولی

روایات بطلان نکاح فضولی، گرچه همگی سنداً صحیح نبودند، ولی در بین آنها روایات صحیحه نیز وجود داشت؛ بنابراین باید برای اثبات صحت نکاح فضولی، از آنها پاسخ داد.

در جواب از روایات بطلان نکاح فضولی می‌توان گفت: عقد یک مفهوم سببی و یک مفهوم مستببی دارد. معنای سببی آن، قرار بستن و ایجاد علقه زوجیت است و معنای مستببی آن یعنی پیمان و قرار که امری ثابت است و می‌تواند در امتداد زمان باقی باشد؛ پس وقتی «من له السلطنة»، عقد فضولی را اجازه کند، این پیمان، عقد «من له السلطنة» می‌شود و عموماً می‌مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُود» به صحت آن حکم می‌کند. و اگر در دسته‌ای از روایات، عقد فضولی، باطل یا فاسد دانسته شده است، به معنای لغو محض بودن عقد فضولی نیست، همان‌طور که اگر دارویی فاسد شود، اینگونه نیست که در هیچ موردی قابل استفاده نباشد؛ بلکه مراد از فساد این است که اثر مقصود از آن عقد - حلیت استمتاع با ایجاب و قبول - یا اثر مقصود از دارو - درمان - بر عقد فضولی و داروی فاسد مترتب نیست و این مطلب با صحت تأهلی عقد فضولی که با اجازه تصحیح می‌شود، منافات ندارد. از این رو کسانی که عقد فضولی را باطل محض دانسته، بیان کرده‌اند که «إِنَّ أَصْلَ التَّكَاحِ فَاسِدٌ»^۲

عن ابن محبوب عن العباس بن الوليد عن الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلت نفسها له قال إن كان الذي تزوجها إتيه من غير موليها فالتكاح فاسد...» وسائل الشريعة، ج ۲۱، ص ۱۸۵، ح ۱.

۱. الكافي، ج ۵، ص ۴۷۷، ح ۱: عذة من أصحابنا عن أحمد بن محمد عن الحسين بن سعيد عن النضر بن سويد عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يجوز للعبد تحرير ولا تزويج...» وسائل الشريعة، ج ۲۰، ص ۲۹۶، ح ۱.

۲. الكافي، ج ۵، ص ۴۷۸، ح ۳: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن عمر بن أذينة عن زرارة

یعنی نکاح فاسد بر دو قسم است: قسم اول اینکه نکاح، از اصل فاسد است و با اجازه نیز تصحیح نمی‌شود و قسم دوم اینکه نکاح، فاسد فعلی است ولی منافات ندارد که با انضمام اجازه تصحیح شود، همچنانکه در صحیحہ معاویہ بن وهب^۱ بیان شده که مولا با عبد مکاتبی شرط کرده که کسی را برای خود تزویج نکند؛ ولی عبد با أمه‌ای که او را آزاد کرده، ازدواج نموده که امام علیه السلام فرمودند: «نکاح عبد، فاسد و مردود است»؛ ولی مراد، فساد از اصل نیست؛ زیرا در ادامه راوی می‌گوید: «مولا به نکاح عبد علم پیدا کرده ولی سکوت نموده و سخنی نگفته است» که امام علیه السلام فرمودند: «اگر مولا پس از علم به نکاح عبد سکوت کرده، به آن عقد، اقرار نموده است».^۲ در روایت دعائم الاسلام نیز در مورد همین عبد مکاتب، امام علیه السلام فرمودند: «نکاح عبد مکاتب، فاسد و مردود است مگر آزاد شود که در این صورت بر نکاح خود باقی می‌ماند».^۳ و اگر ظهور این روایات در بطلان اصل عقد فضولی باشد، ظهور آن در حدی نیست که بتواند با روایات دال بر صحت عقد فضولی مُجاز (همراه با اجازه لاحق) تعارض کند؛ زیرا اگر این دو دسته از روایات را به عرف عرضه کنند، عرف از روایات بطلان، بطلان فعلی استفاده می‌کند که با صحت عقد فضولی همراه با اجازه منافات ندارد.

عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجازة وإن شاء فرق بينهما قلت أصلحك الله إن الحكم بن عتيبة و إبراهيم التخعي و أصحابهما يقولون إن أصل النكاح فاسد و لا تحل إجازة السيد له فقال أبو جعفر عليه السلام إنه لم يعص الله إنما عصى سيده فإذا أجازة فهو له جائز»؛ وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص ۱۱۴، ح ۱.

۱. الکافي، ج ۵، ص ۴۷۸، ح ۶: عن معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «في رجل كاتب على نفسه و ماله و له أمة و قد شرط عليه أن لا يتزوج فأعتق الأمة و تزوجها فقال: لا يصلح له أن يحدث في ماله إلا الأكلة من الطعام و نكاحه فاسد مردود. قيل: فإن سيده علم بنكاحه و لم يقل شيئا، قال: إذا صمت حين يعلم بذلك فقد أقر. قيل: فإن المكاتب عتق أفتري أن يجتد نكاحه أو يمضي على النكاح الأول، قال: يمضي على نكاحه».

بیان این مطلب در روایات دال بر صحت نکاح فضولی خواهد آمد.

۲. الکافي، ج ۵، ص ۴۷۸، ح ۶؛ وسائل الشيعه، ج ۲۱، ص ۱۱۷، ح ۲.

۳. دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۳۱۲، ح ۱۱۷۶: و عن أبي جعفر عليه السلام «... فإن نكح فنكاحه فاسد مردود إلا أن يعتق فيمضي على نكاحه»؛ ر.ک: مستدرک الوسائل، ج ۱۵، ص ۱۵، ح ۱۷۳۹۵-۲.

ادله صحت نکاح فضولی

برای اثبات صحت نکاح فضولی به سه دلیل، اولویت، قواعد عامه و روایات استدلال شده است.

دلیل اول: اولویت باب نکاح نسبت به بیع

بیان دلیل اولویت این است که اگر طبق بعضی روایات، بیع فضولی صحیح باشد، به طریق اولویت، نکاح فضولی نیز صحیح خواهد بود. دلیل چنین اولویتی روایت ذیل است:

عنه عن الحسن بن موسى الخشاب عن علي بن حنّان عن علي بن عقبة عن موسى بن أكيل التميمي عن العلاء بن سيابة قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة وكّلت رجلاً بأن يزوجهما من رجل فقبل الوكالة وأشهدت له بذلك فذهب الوكيل فزوجها ثم إنّه أنكرت ذلك عن الوكيل وزعمت أنّها عزلته عن الوكالة فأقامت شاهدين أنّها عزلته قال فما يقول من قبلكم في ذلك قلت يقولون ينظر في ذلك فإن عزلته قبل أن يزوجه فالوكالة باطلة والتزويج باطل وإن عزلته وقد زوجها فالتزويج ثابت على ما زوج الوكيل على ما اتفق معها من الوكالة إذا لم يتعد شيئاً ممّا أمرته به واشترطت عليه في الوكالة قال فقال يعزلون الوكيل عن وكالتها ولا تعلمه بالعزل فقلت نعم يزعمون أنّها لو وكّلت رجلاً وأشهدت في الملاء قالت في الملاء شهدوا أنّي قد عزلته بطلت وكالته وإن لم يعلم العزل وينقضون جميع ما فعل الوكيل في التّكاح خاصّة وفي غيره لا يبطلون الوكالة إلّا أن يعلم الوكيل بالعزل ويقولون المال منه عوض لصاحبه والفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد فقال سبحانه الله ما أجور هذا الحكم وأفسده إن التّكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه وهو فرج ومنه يكون الولد إن عليّاً عليه السلام أتته امرأة مستعدية على أخيها فقالت يا أمير المؤمنين وكّلت أخي هذا بأن يزوجني رجلاً فأشهدت له ثم عزلته من ساعته تلك فذهب وزوجني ولي

بیّنة آنی قد عزلته قبل أن یزوّجني فأقامت البيّنة و قال الأخ يا أمير المؤمنين إنها وكلّتني و لم تعلمني بأنها قد عزلتني عن الوكالة حتّى زوّجتها كما أمرتني به فقال لها فما تقولين فقالت قد أعلمته يا أمير المؤمنين فقال لها لك بيّنة بذلك فقالت هؤلاء شهودي يشهدون بأنّي قد عزلته فقال أمير المؤمنين ﷺ كيف تشهدون قالوا نشهد أنّها قالت اشهدوا أنّي قد عزلت أخي فلانا عن الوكالة بتزويجي فلانا و أنّي مالكة لأمری من قبل أن یزوّجني فلانا فقال أشهدتكم على ذلك بعلم منه و محضر قالوا لا قال أفتشهدون أنّها أعلمته العزل كما أعلمته الوكالة قالوا لا قال أرى أنّ الوكالة ثابتة و التّكاح واقع أين الزّوج فجاء فقال خذ بيدها بارك الله لك فيها فقالت يا أمير المؤمنين أحلفه أنّي لم أعلمه العزل و أنّه لم يعلم بعزلي إتياء قبل التّكاح قال و تحلف قال نعم يا أمير المؤمنين فحلف و أثبت وكالته و أجاز التّكاح.^۱

زنی به شخصی وکالت داده که او را به ازدواج دیگری درآورد، اما وکیل را قبل از اینکه وی تزویجی انجام دهد عزل کرد و وکیل بدون اطلاع از عزل، تزویج را صورت داد. عاتمه گفته‌اند که چون عزل قبل از تزویج بوده، باطل است اما در غیر باب نکاح، شرط بطلان عمل، مطلع شدن از عزل قبل از عمل است. عاتمه در باب نکاح چون مسئله فروج است، مقتضای احتیاط را چنین دانسته‌اند که نکاح فضولی باطل باشد اما امام ﷺ با تعبیر «إنّ التّکاح أحرى و أحرى أن یحتاط فيه»، فرموده‌اند که مقتضای احتیاط این است که به طریق اولی نکاح، صحیح باشد؛ یعنی مقتضای اهمیت دادن بیشتر به نکاح و اینکه موجب تولّد اولاد است، آن است که چنین نکاحی صحیح باشد.

مرحوم شیخ انصاری در کتاب مکاسب این مطلب را مطرح کرده^۲ و در مقام بیان

۱. تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۲۱۴، ح ۵؛ وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۱۶۴، ذیل ح ۲.

۲. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۳۵۶. و قد أشار إلى هذه الفحوى في غاية المراد «۵»، واستدلّ بها في الرياض، بل قال: إنه لولاها أشكل الحكم من جهة الإجماعات المحكيّة على المنع

اینکه چرا مقتضای احتیاط، صحت این نکاح است چنین فرموده است:

«أن إبطال النكاح في مقام الإشكال والاشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحة واقعا، فتزوّج المرأة ويحصل الزنا بذات البعل، بخلاف إبقائه؛ فإنه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه إلا وطء المرأة الخالية عن المانع، وهذا أهون من وطء ذات البعل»^۱

ایشان مراد امام علیه السلام را احتیاط نسبی دانسته است؛ یعنی عامه در غیر باب نکاح چنانچه عزل واصل نشده باشد، معامله را نافذ می دانند؛ اما در باب نکاح دلیلی بر بطلان نکاح ندارند بلکه در نهایت به جهت اهمیت آن که مسئله فروج است، شک در صحت دارند. حال اگر در واقع این نکاح صحیح باشد، این زن، شوهردار خواهد بود و حکم به بطلان این تزویج، موجب زمینه سازی برای ازدواج بعدی زن شوهردار با مرد دیگر و نزدیکی با زن شوهردار خواهد بود، در حالی که اگر حکم به صحت نکاح شود، نزدیکی با زن بی شوهر رخ داده است و گرچه هر دو گزینه بر خلاف احتیاط است اما دومی بیشتر مطابق با احتیاط است.

سپس ایشان فرموده است: اگر صحت نکاح فضولی ثابت شود، نمی توان با اولویت، صحت بیع فضولی را ثابت کرد اما عکس آن صحیح است.

اشکالات دلیل اول

اما دلیل اول با دو اشکال مواجه است؛ زیرا:

اشکال اول: نظارت روایت به حکم قبل از فحص

اولاً، این روایت اصلاً اشتباه معنا شده است. فقهاء نیز این مطلب را دنبال نکردند.^۲ مفاد روایت این است که وقتی به جهت اهمیت باب نکاح، شک دارید که چنین نکاحی صحیح است یا نه، مقتضای شک، این نیست که قبل از فحص فتوا دهید بلکه باید از اهلش می پرسیدید؛ همین مسئله را از امیر المؤمنین علیه السلام پرسیده اند

۱. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۳۵۸.

۲. رک: روضة المثقین، ج ۶، ص ۲۰۸؛ مقابس الأنوار، ص ۱۲۶؛ حاشیه المکاسب (سید یزدی)، ج ۱، ص ۱۳۶؛ منیه الطالب، ج ۱، ص ۲۱۷؛ کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۱۵۷.

و حضرت صحیح دانسته‌اند، لذا شما نباید فتوا به بطلان می‌دادید. به عبارت دیگر، گرچه خصوصیت باب نکاح موجب می‌شود که از صحت عقد فضولی در سایر ابواب، صحت فضولی در باب نکاح استفاده نشود، ولی عدم استفاده صحت، ملازمه‌ای با فتوا به بطلان ندارد؛ بلکه چون حکم مسئله روشن نیست، باید فحص کرد و حکم آن را از اهلش پرسید.

بنابراین به نظر ما اینکه عاقه گفته‌اند - و عرف هم مساعد است - اهمیت هر چیزی بیشتر باشد، تشریفات آن هم بیشتر است، مطلب صحیحی است. تشریفات عقد نکاح، بیش از عقد بیع است، و بیع به مقدار نکاح که جنبه حیاتی دارد مهم نیست، لذا اگر بیع، در شرایطی صحیح بود نمی‌توان به نکاح تعدی کرد؛ اما عکس آن صحیح است؛ یعنی اگر عقد نکاح که این مقدار در آن سخت‌گیری شده، صحیح دانسته شود، به بیع هم می‌توان تعدی کرد. دیگران نیز مانند شهید اول، چنین ملازمه‌ای را قبول کرده‌اند^۱ در حالی که شیخ انصاری فرموده است به قرینه روایت فوق، از باب بیع می‌توان به نکاح تعدی کرد نه بر عکس، و بیان شد که برداشت ایشان از روایت ناتمام است.

اشکال دوم: عدم اولویت در فرض امکان احتیاط واقعی

اشکال دیگر این است که حتی اگر از اشکال اول قطع نظر شود و روایت، ناظر به احتیاط نسبی باشد، نتیجه‌گیری شیخ انصاری ناتمام است.

توضیح مطلب:

اگر در موردی از نظر ادله نتوانستیم صحت یا بطلان نکاح را تشخیص دهیم و حتماً هم قضاوت درباره صحت و بطلان نکاح، لازم و اجتناب ناپذیر باشد، می‌توان گفت که صحت نکاح، محذور کمتری دارد و به احتیاط نزدیک‌تر است. اما شیخ انصاری از این مطلب نتیجه گرفته که در مقام ثبوت و حکم واقعی، شرایط باب نکاح به طور کلی ساده‌تر از شرایط باب بیع است و لذا اگر در فرضی، مثلاً

۱. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۳۵۶: «ربما يستدل أيضا بفحوى صخة عقد النکاح ... و قد أشار إلى هذه الفحوى في غاية المراد، واستدل بها في الرياض، بل قال: إنه لولاهما أشكل الحكم من جهة الإجماعات المحكية على المنع»؛ ر.ک: غاية المراد، ج ۳، ص ۴۱: رياض المسائل، ج ۸، ص ۲۲۳.

بیع، صحیح بود، به طریق اولی نکاح نیز صحیح است، در حالی که این نتیجه ناتمام است؛ زیرا اگر در موارد مشکوک از جهت حکم ظاهری، در فرضی که احتیاط تأم ممکن نیست گفته شود: «صحت نکاح را بر بطلان آن مقدم بدان» چه ملازمه‌ای دارد که ثبوتاً در حکم واقعی گفته شود شرایط معتبر در نکاح نسبت به شرایط معتبر در بیع سهل‌تر است؟ ممکن است چنین نباشد و در خارج نیز آنچه وجود دارد عکس این مطلب است و بناء عقلاء هم مبتنی بر سخت‌گیری در امور مهم‌تر است. سخت‌گیری‌هایی که در شرایط نکاح شده است در بیع نیست؛ مثلاً در شرایط صیغه، عربیت در صیغه بیع، معتبر نیست، در حالی که مشهور فقها در صیغه نکاح معتبر می‌دانند.^۱ معامله معاطاتی را بسیاری از فقهاء در امور جزئی پذیرفته‌اند اما در امور اساسی که به استحکام نیاز دارد، اشکال کرده‌اند،^۲ لذا کسی نکاح معاطاتی را تجویز نکرده است.^۳

در شرایط متعاقدان نیز در نکاح سخت‌گیری شده است. عقد نکاح مُحَرِّم جائز نیست و باطل است، انسان در حال احرام باید در فکر زن و مانند آن نباشد اما در حال احرام، سایر معاملات مانند بیع و شراء جائز است.^۴ ازدواج دختر باکره بدون اذن پدر یا جد پدری باطل است با اینکه در باب بیع، دختر باکره حق بیع و شراء دارد. کسانی هم که دختر را در نکاح، مستقل می‌دانند اجازه گرفتن از پدر را مستحب مؤکد می‌دانند^۵ در حالی که این استحباب در باب بیع نیست. همچنین خرید عبد کافر هیچ اشکالی ندارد اما ازدواج با کافره - به جز کتابیه که محل بحث است - باطل است.

در عرف نیز نسبت به مسائل مهم‌تر سخت‌گیری بیشتری می‌شود. چنان‌که در مکاسب^۶

۱. المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۴.

۲. برای نمونه: روضة المتقین، ج ۱۱، ص ۱۰۹؛ العناوین، ج ۲، ص ۱۰۴.

۳. ر.ک: مباحث سابق کتاب نکاح، ادله اعتبار لفظ در انشاء عقد نکاح.

۴. الخلاف، ج ۲، ص ۳۱۵-۳۱۶.

۵. برای نمونه: شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۲۳؛ المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۷۴؛ مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۸۷؛ ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۲۱-۱۲۲.

۶. کتاب المكاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۸۸-۲۸۹.

نیز مطرح شده، اگر مردم بخواهند در اشیاء کم ارزش مثل چند تخم مرغ خرید و فروشی صورت گیرد به سنین پایین نیز اکتفا می کنند^۱ اما اگر بخواهند مثلاً خانه ای بفروشند، سنین پایین را کافی نمی دانند؛ زیرا عقل و درک بیشتری را برای چنین معامله ای لازم می دانند. آیا محتمل است که در مبادله یک سرزمین یا کشوری، شرایط سهل تری در مقایسه با مبادله چند تخم مرغ معتبر باشد؟ روشن است که این مطلب، متعارف و عقلانی نیست، و عقلاء در امور مهم تر، سخت گیری بیشتری می کنند. ازدواج دائم، مسئله یک عمر زندگی است و به نحوی حیات انسان به آن وابسته است؛ لذا عقلاء در آن سخت گیری بیشتری می کنند.

البته بعضی از شرایط در عقد بیع وجود دارد که در عقد نکاح نیست، مانند اشتراط قبض در بیع صرف و سلم^۲ ولی در عقد نکاح چنین شرطی نیست، اما این شرط زائد که در قسم خاصی از بیع معتبر است نه در همه اقسام بیع، دلیل بر اهمیت بیشتر عقد بیع نسبت به عقد نکاح نیست؛ پس دلیل اولویت برای اثبات صحت نکاح فضولی تمام نیست.

دلیل دوم: ادله عامه صحت عقود

دلیل دوم بر صحت نکاح فضولی عموماتی مانند آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۳ است. شک در صحت عقد فضولی به این مطلب برمی گردد که آیا انتساب عقد به اشخاص باید مباشرتاً باشد یا اگر انتساب به اجازه بود نیز کافی است؟ اطلاق آیه مذکور از عقد مباشری نفی خصوصیت می کند و عقد با اجازه را نیز صحیح می داند؛ لذا با این بیان، صحت تمتک به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» - بر اساس اینکه مراد، عهود و احکام الهی نباشد - و تمتک به «المؤمنون عند شروطهم»^۴ نیز روشن می شود، و از آنجا که

۱. رک: مفاتیح الشرائع، ج ۳، ص ۴۶؛ ینابیع الأحکام، ج ۲، ص ۶۸۴.

۲. المبسوط، ج ۲، ص ۱۲۱.

۳. المائدة، ۱.

۴. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۷۱، ح ۶۶: عن علي بن الحسن عن أيوب بن نوح عن صفوان بن يحيى عن منصور بن رزق عن عبد صالح رضي الله عنه قال: «قلت إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبى عليه إلا أن يجعل الله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها فأعطاه ذلك ثم بدا له

عقد فضولی بعد از اجازه مالک یا صاحب حق، عقدی است که در محل خود و از اهل خود صادر شده، پس مقتضای قاعده، صحت آن است. البته برخی از فقهاء اشکال کرده‌اند که این استدلال، مصادره به مطلوب و بی دلیل است؛^۱ زیرا همین «صدور از اهل» در فضولی، مورد بحث و نزاع است؛^۲ ولی همان گونه که مرحوم شیخ انصاری^۳ فرمود، این استدلال مبتنی بر مقدمه مطویه‌ای است که با ضمیمه آن، دیگر مصادره به مطلوب نخواهد بود و آن مقدمه این است که آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل هر عقد عرفی می‌شود و مفاد آن این است که هر شخصی - چه عاقد و چه غیر عاقد - باید به تمام قراردادهای خود پایبند باشد و آن را صحیح شمارد، مگر اینکه دلیل خاص، عقدی مانند عقد فضولی بدون اجازه مالک را از این عموم خارج کند که تخصیصاً باطل خواهد بود، ولی اگر دلیل خاص بر بطلان عقدی وجود نداشته باشد، به مقتضای عموم آیه، به صحت آن حکم می‌شود.

بررسی اشکالات دلیل دوم

اما در تمتک به این آیه شریفه ممکن است مناقشاتی وارد شود.

اشکال اول: عدم توجه خطاب وجوب وفای به عقد به غیر متعاقدين

اشکال اول این است که به اشخاصی که طبق عقدی، ملتزم به امری شده‌اند می‌توان گفت: «به عقد خود وفا کنید»، ولی به اشخاصی که طرف قرارداد و عقد نیستند و تعهدی نداده‌اند گفته نمی‌شود: «به عقد خود وفا کنید»؛ زیرا «وفا» در مورد عقدی که مربوط به تعهدات دیگری است بی معناست. لذا معنا ندارد که به مالک گفته شود: «به عقد دیگری (فضولی) وفا کن»، حتی اگر مالک رضایت

في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع قال بس ما صنع وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار قل له فليف للمرأة بشرطها فإن رسول الله ص قال المؤمنون عند شروطهم»؛ رك: وسائل الشريعة، ج ۲۱، ص ۲۷۶، ح ۴.

۱. غایة المراد، ج ۳، ص ۴۰.

۲. همچنانکه اشکال مصادره به مطلوب در مورد قول به بطلان عقد نیز مطرح شده که بعداً به آن پرداخته می‌شود؛ ولی با تقریبی که بیان شد می‌توان به آن پاسخ داد.

۳. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۳۵۰.

باطنی به عقد فضولی داشته است.

در این مورد اصلاً وفا صدق نمی‌کند؛ پس این آیه که خطاب به عاقدین است و به لزوم عمل آن دو به التزامشان حکم می‌کند، غیر عاقد را شامل نمی‌شود و نسبت به تکلیف غیر عاقد، ساکت است؛ بنابراین برای صحت و لزوم عقد فضولی - که اجنبی از متعاقدين است - نمی‌توان به این آیه تمسک کرد.

پاسخ به اشکال اول

اما این اشکال قابل پاسخ است؛ زیرا:

پاسخ اول

اولاً، عقد فضولی اقسام مختلفی دارد که در برخی از آنها، با اینکه عقد فضولی است، ولی عاقد خود اصیل است و خطاب متوجه اوست، مانند عقد عبد بدون اذن مولا، عقد دختر باکره و سفیه بدون اذن ولی یا عقد خواهرزاده یا برادرزاده زوجه، بدون اذن او که خاله یا عمه است، و در برخی از آنها نیز گرچه عاقد اجنبی است و بر فرض، دلیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عقد فضولی اجنبی پیش از حقوق اجازه را شامل نشود، ولی پس از حقوق اجازه اصیل، اشکالی در شمول آیه نیست؛ زیرا بقاء عقد به اصیل انتساب دارد و آیه، دال بر لزوم پایبندی به عقد است و لازمه آن این است که دیگران (فضولی و اجنبی) باید با عقد اصیل، معامله صحت کنند؛ زیرا حکم صحت نسبت به افراد مختلف تبعیض بردار نیست. تا قبل از اجازه، خطاب متوجه مالک نیست، ولی بعد از اجازه، عقد منتسب به او می‌شود و خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» او را شامل می‌شود.

پاسخ دوم

ثانیاً، در بعضی از آیات و روایات، بر عمل به التزام دیگران هم وفا اطلاق شده که برای نمونه به سه مورد اشاره می‌شود:

مورد اول: آیه «وَمَنْ أَوْفَىٰ بِمَا عَاهَدَ عَلَيْهِ اللَّهُ فَمِنْ أَجْرٍ أَعْظَمِ»؛ معاهد در این آیه، خداوند متعال است؛ ولی وفاکننده، مردم هستند.

مورد دوم: آیه ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِي أُوفِ بِعَهْدِكُمْ﴾؛ در ابتدا دو وجه در این آیه به نظر می‌رسد:

وجه اول: ترکیب اضافی «عَهْدِي» و «عَهْدِكُمْ»، اضافه به مفعول باشد؛ مانند ترکیب اضافی «عَهْدُ اللَّهِ» در آیه ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾^۱، لذا معنای آیه سوره بقره چنین است: «وفا کنید به عهدی که با خداوند بسته‌اید تا خداوند نیز به عهدی که با شما بسته، وفا کند».

وجه دوم: ترکیب اضافی «عَهْدِي» و «عَهْدِكُمْ»، از باب اضافه عهد به فاعل باشد که در نتیجه متعهد، شخصی است و وفاکننده، شخصی دیگر است؛ پس مفاد آیه این است: «به عهدی که من با شما بستم وفا کنید تا به عهدی که شما با من بستید وفا کنم».

به قرینه اینکه خداوند، خلف وعده نمی‌کند ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يُخْلِفُ الْمِيعَادَ﴾^۲ و برای عمل کردن به عهد خود شرطی ندارد، معنا ندارد که بفرماید: «شما به پیمانی که با من بسته‌اید وفا کنید تا من نیز به پیمانی که با شما بسته‌ام وفا کنم»، از این رو وجه دوم مراد است، یعنی اگر من به شما دستوری دادم، ترتیب اثر دهید و خواسته مرا انجام دهید و شما نیز اگر خواسته‌ای داشتید من ترتیب اثر می‌دهم و دعای شما را مستجاب می‌کنم؛ ولی شرط آن این است که تقوا داشته باشید.^۳

مورد سوم: روایت تفسیر قمی؛ این روایت چنین است:

وَأَخْبَرَنَا الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ عَامِرٍ عَنِ الْمُعَلَّى بْنِ مُحَمَّدٍ الْبَصْرِيِّ
عَنِ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ الثَّانِي عليه السلام: «فِي قَوْلِهِ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ

۱. البقرة، ۴۰.

۲. النحل، ۹۱.

۳. آل عمران، ۹.

۴. البته وعده‌های الهی گاهی - نه همیشه - ممکن است مشروط باشد مانند ﴿إِنْ تَنْصُرُوا اللَّهَ يَنْصُرْكُمْ﴾ (محمّد، ۷) که وعده نصرت الهی - نه عمل به وعده - مشروط به نصرت از سوی مؤمنین است؛ یعنی ممکن است موضوع برخی وعده‌های الهی مقتّد به انجام تعهدات از سوی طرف مقابل باشد. ولی چنین نیست تعبیر ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِي أُوفِ بِعَهْدِكُمْ﴾ که به طور مطلق وفای به وعده‌های الهی را مشروط به انجام تعهدات از سوی طرف مقابل کرده، قرینه بر آن باشد که موضوع و قید وعده‌های الهی - نه عمل به وعده - عمل به تعهدات از سوی طرف مقابل باشد.

أَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، قال: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عقد عليهم لعلي بالخلافة في عشرة مواطن ثم أنزل الله «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» التي عقدت عليكم لأمر المؤمنين ﷺ.^۱

تفسیر علی بن ابراهیم تقریباً ملقّ از بیست و سه تفسیر است که باید از روی اسناد تشخیص داد کدام سند علی بن ابراهیم است. روایت فوق از علی بن ابراهیم است نه غیر او^۲ و اشکالی در معلی بن محمد نیز وجود ندارد، گرچه در مورد او «یُعرف و يُنكر» تعبیر شده^۳؛ زیرا علاوه بر اینکه معلی بن محمد، شیخ اجازه است، تعبیر «یعرف و ينكر» به این معناست که بعضی از روایات او قابل قبول و بعضی دیگر، قابل قبول نیست و با توجه به اینکه مشایخ، همان روایات قابل قبول او را اخذ کرده‌اند قابل اعتماد است.

طبری^۴ و غیر ایشان «العقود» را به «ما عقد الله عليكم» تفسیر کرده‌اند. طبری معانی مختلفی برای آن نقل کرده و سپس می‌گوید: اقرب اقوال این است که «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» همان دستورات خداوند در مورد امور حلال و حرام و امثال آن است که باید به آن عمل کنید، همان گونه که سابقاً بیان شد جمله «أُجِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ»^۵ که پس از آن بیان شده با همین معنا سازگار است؛ طبق این معنا خداوند از مؤمنین، تعهد به عقود (الزامات) را خواسته، نه اینکه مؤمنین طرف تعهد و معاهده باشند؛ پس وفاکننده غیر از عاقد (الزام‌کننده) است.

جصاص^۶ نیز مراد از عقود را هم دستورات الهی و هم الزامات بشری به شرط مشروع بودن دانسته است؛ لذا او نیز مغایرت وفاکننده و عاقد را پذیرفته است؛ زیرا

۱. تفسیر القمی، ج ۱، ص ۱۶۰.

۲. به نظر می‌رسد این روایت از علی بن ابراهیم نیست؛ زیرا حسین بن محمد در طبقه علی بن ابراهیم است و هر دو از مشایخ مرحوم کلینی هستند و در هیچ‌یک از اسناد موجود، علی بن ابراهیم از وی نقل روایت نکرده است.

۳. الرجال لابن الغضائری، ص ۹۶.

۴. تفسیر الطبري، ج ۶، ص ۳۳.

۵. المائدة، ۱.

۶. أحكام القرآن (جصاص)، ج ۳، ص ۲۸۶.

یکی از مصادیق عقود را دستورات الهی دانسته است.
با توجه به آیات مورد استشهداد و روایت تفسیر قمی و کلمات مفتترین، اشکال صادق نبودن «وفا» بر «عمل به التزام دیگری» وارد نیست.

اشکال دوم: عدم جواز تمسک به آیه برای اثبات مشروعیت عقود
اشکال دوم این است که مفاد آیه شریفه، الزام به مشروع است و مشروعیت عقد فضولی از جای دیگری باید ثابت شود؛ لذا مفاد آیه مشروعیت بخشی به معاملات نیست.
توضیح اشکال فوق، متوقف بر بیان مقدّماتی است:

مقدمه اول: مفاد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «المؤمنون عند شروطهم» به حسب متعارف فهم عرفی یک امر تعبّدی مانند نماز، روزه و امثال آن نیست؛ بلکه امضای بنای عقلاء است؛ یعنی اگر کسی با دیگری قراردادی منعقد کند که دارای الزامات و شروطی است، عقلاء پایبندی به مفاد آن عقد را لازم می دانند و شارع نیز همین را امضاء کرده است، نه اینکه مطلب جدیدی را آورده باشد.

مقدمه دوم: با توجه به اینکه همه قراردادهای مشروع نیست، آیا مفاد آیه الزام به پایبندی نسبت به هر عقد و شرطی است و اموری که نزد عقلاء یا شارع ممنوع و باطل است تخصیص خورده، یا اینکه این امور، تخصّصاً از مفاد آیه خارج است؟ به نظر می رسد از ابتدا ذهن عموم مردم از این آیه معنای عامی برداشت نمی کند تا گفته شود این امور نامشروع با تخصیص خارج می شود، بلکه ارتکاز و متفاهم عرفی از این آیه، الزام به امور مشروع است. مفاد این آیه شریفه این نیست که هر کار غیر مشروعی را - مثلاً قتل نفس - قرار بگذارید تا مشروع شود بلکه از ابتدا در حیطه امور مشروع، امر به پایبندی می کند لذا مشرّع نیست. در حقیقت نمی توان گفت نفس عقد، مقتضی لزوم پایبندی است؛ زیرا این اقتضا در صورتی است که اکثر قریب به اتفاق عقود، مشروع باشد، در حالی که بسیاری از تصمیمات بشر، نامشروع است. هر قانون گذاری هر قانونی که آورده مصطلح عرف خود را اراده کرده است، مثلاً اگر «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» را قانون مسیحیت وضع کند، مرادش وفای به عقدی است که طبق قانون مسیحیت، عقد است، نه اینکه مرادش مشروعیت بخشی است به عقدهای مشکوک باشد، یا اگر دولتی بر اموال، مالیات وضع می کند، مرادش از اموال، چیزهایی است که خود آن دولت، مال اعتبار کرده است؛ بنابراین هر

قانون به عنوان کبر، موضوع خود را اثبات نمی‌کند، بلکه باید موضوع در مرحله سابق ثابت باشد. خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۱ هم به عنوان یک قانون، عقدی را که نزد عرف مشکوک است تصحیح نمی‌کند، بلکه عقدی را که از قبل، تصحیح شده، لازم الوفاء می‌داند، پس اموری که با قطع نظر از قرارداد، حرام است، مانند دزدی و زنا و یا باطل است، مانند بیع مال موقوفه، بیع مال غصبی و بیع عبد بدون اذن مولا، با این آیه تصحیح نمی‌شود. بنابراین در مواردی که صحت و فساد عقدی مشکوک است، مانند شک در صحت ربا بین فرزند و مادر، یا در مواردی که حلیت و حرمت عملی مشکوک است، مانند شک در حلیت یا حرمت سیگار کشیدن، نمی‌توان به دلیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تمسک کرد و با قرار گذاشتن نسبت به انجام آن عمل مشکوک الحکم، آن را مشروعیت بخشید. این بحث به تعهد دو طرفه - عقد - اختصاص ندارد، بلکه در عهده نیز که شامل تعهد یک طرفه می‌شود جاری است؛ یعنی تعهدات یک طرفه نیز فقط در صورت مشروع بودن، وفای به آن لازم است. مقدمه سوم: برای ارتباط بین آیه و ذیل آن یعنی فقره «أُجِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ»^۲ دو احتمال در الف و لام «العقود» وجود دارد:

احتمال اول: الف و لام، عهد باشد که در نتیجه مراد از «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عقدی است که انسان با خداوند در عالم ذر بسته که از شیطان پیروی نکند («أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ»)^۳ و حلال خداوند را حلال شمارد و از حرام خداوند پرهیز کند، که بنا بر این احتمال، «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ربطی به عقود مردم با یکدیگر ندارد و مراد از ذیل آیه - «أُجِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ» - چنین است که به قراردادهایی که با خدا بسته‌اید وفا کنید و بدانید بهائم بر شما حلال شده، بنابراین معنای آیه هیچ ارتباطی با معاملات ندارد.

احتمال دوم: الف و لام برای استغراق باشد؛ بنابراین گرچه آیات بعدی،

۱. المائدة، ۱.

۲. المائدة، ۱.

۳. یس، ۶۰.

مصادیق قراردادهای الهی است، ولی مصادیق قراردادهای الهی منحصر در این امور نبوده و تمام قراردادهای مشروع را شامل می‌شود و معنای آیه چنین است: «به قراردادهای خود - چه قراردادهایی که با خدا و چه قراردادهایی که با یکدیگر بسته‌اید - وفا کنید!» پس طبق این احتمال، گرچه آیه شریفه به باب معاملات مربوط است، ولی با توجه به اینکه عرف از آیه، مشروعیت قراردادهای نامشروع را استفاده نمی‌کند، موضوع آن، قراردادهای صحیح و مشروع خواهد بود. البته مفاد «المؤمنون عند شروطهم» فقط همین احتمال دوم است نه احتمال اول^۱.

نتیجه: مشروعیت عقد فضولی با آیه شریفه قابل اثبات نیست؛ لذا اجازه لاحقیه موجب صحت بالفعل عقد فضولی نخواهد شد. به عبارت دیگر کلام در لزوم عقد فضولی نیست تا گفته شود طبق آیه شریفه باید به این عقد پایبند بود، بلکه کلام در صحت آن است.

پاسخ

اما این اشکال قابل پاسخ است؛ زیرا در مواردی نمی‌توان به آیه تمسک کرد که مشروعیت ذاتی عقد مشکوک است ولی در مقام، فرض این است که عقد فضولی اشکال ذاتی ندارد. حال می‌توان گفت: پس از آنکه اصیل، عقد را اجازه داد، امکان اضافه و نسبت عقد به مجیز تحقق یافته، و عقد فضولی به مثابه عقد خود مجیز خواهد شد و همچنان که اگر این عقد را مجیز مباشراً یا توسط وکیلش منعقد می‌ساخت، متصف به صحت می‌شد، اینک نیز که دیگری انجام داده و به وسیله اجازه، امکان نسبت و اضافه عقد به مجیز فراهم گشته، عقد صحیح خواهد بود؛ لذا طبق آیه شریفه باید به مفاد عقد پایبند بود.

به بیان دیگر، هرچند آیه ناظر به اثبات مشروعیت تمام عقدها (خواه ذاتاً مشروع باشند یا نباشند) نیست، ولی از جهت اسباب تحقق آن امر اعتباری همچون ملکیت یا زوجیت که در عقود مطرح است، اطلاق دارد و با آن می‌توان نتیجه گرفت

۱. زیرا به جهت سیاق آیه شریفه و فقراتی مانند «أَجَلْتُ لَكُمْ تَهْنِئَةَ الْأَعْمَارِ» (المائدة، ۱) این احتمال وجود دارد که آیه ناظر به احکام شرعی از این قبیل باشد نه معاملات، بر خلاف «المؤمنون عند شروطهم» که چنین سیاقی ندارد.

که شروط خاصی در اسباب نیست، در نتیجه، شرط تحقق صیغه عقد توسط خود انسان یا وکیل یا مأذون انسان با آیه نفی شده و عقد فضولی پس از اجازه مالک تصحیح می‌گردد. بنابراین در فرضی که اسباب شرعی عقد مشکوک باشد، ولی اصل مشروعیت عقد معلوم است، مانند اینکه در اشتراط صیغه عربی شک داریم که آیا آن عقد باید با صیغه عربی انشا شود یا به غیر عربی هم صحیح است، می‌توان به اطلاق آیه تمتک کرد و قائل شد که هر عقدی که در محیط صدور آیات و روایات، عرفاً صحیح به شمار می‌آید کافی است و صیغه عربی در آن شرط نیست و وجهی برای انصراف دلیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» از این موارد وجود ندارد؛ زیرا آن ارتکازی که موجب انصراف آیه بود در این موارد وجود ندارد.^۱

در محل بحث نیز که متعلق عقد، امری مشروع است، آیه دلالت می‌کند که هر کسی باید به عقد مربوط به خود وفا کند، چه انتساب عقد به او مباشرتاً باشد و چه به سبب توکیل یا اذن یا اجازه باشد و دلیلی برای انصراف آیه به عقد مباشری وجود ندارد.

دلیل سوم: روایات صحت نکاح فضولی

دلیل سوم برای اثبات صحت نکاح فضولی، روایات است. فخر المحققین برای صحت نکاح فضولی فقط دو روایت، یکی از عامه و دیگری از خاصه، نقل کرده و روایت خاصه را نیز دارای ضعف سندی دانسته است.^۲ مرحوم شهید ثانی^۳ سه روایت از خاصه و چند روایت از عامه نقل کرده و صاحب حدائق^۴ گمان کرده ایشان دو روایت از خاصه نقل کرده است. صاحب حدائق^۵ نیز شش روایت از خاصه نقل کرده و ما نیز شانزده روایت^۶ برای صحت عقد فضولی یافتیم که در ادامه بررسی می‌شود.

۱. البته اگر در نظر عرف منشأ شک در مشروع بودن مفاد عقد، کیفیت جعل این پیمان یعنی سبب آن باشد، در اینجا نیز نمی‌توان به اطلاق آیه تمتک کرد و مشروعیت سبب را اثبات نمود.

۲. ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۸.

۳. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۵۹.

۴. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۶۰.

۵. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۵۷-۲۵۹.

۶. البته چند روایت دیگر از روایات مقام محسوب می‌شود که استاد^۷ نیز در برخی مباحث سابق

روایت اول: صحیحہ محمد بن اسماعیل بن بزیع

محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن محمد بن إسماعیل بن بزیع، قال:

«سأله رجل عن رجل مات وترك أخوين و البنت و الابنة صغيرة فعمد أحد الأخوين الوصي فزوج الابنة من ابنه ثم مات أبو الابن المزوج فلما أن مات قال الآخر أخي لم يزوج ابنه فزوج الجارية من ابنه فقيل للجارية أي الزوجين أحب إليك الاول أو الآخر قالت الآخر ثم إن الأخ الثاني مات ولأخ الاول ابن أكبر من الابن المزوج فقال للجارية اختاري أتيهما أحب إليك الزوج الاول أو الزوج الآخر فقال: الزوايه فيها أنها للزوج الأخير و ذلك أنها [تكون] قد كانت أدركت حين زوجهما و ليس لها أن تنقض ما عقدته بعد إدراكها.»^۱

این روایت، گرچه مضمره است، ولی چون روشن است که از غیر امام نقل نشده، صحیح است. معنا ندارد که حدیثی با این طول و تفصیل، از فرد مجهولی نقل شود و در کتب حدیثی که مربوط به احادیث ائمه علیهم السلام وارد گردد.

مانند مباحث تزویج صغیرین، و اولیاء عقد مطرح کرده است:

الکافی، ج ۵، ص ۴۰۱، ح ۲: أبو علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن إسماعيل بن سهل عن الحسن بن محمد الحضرمي عن الكاهلي عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «أنه سئل عن رجل زوجه أمه و هو غائب قال النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل و إن شاء ترك فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه» و مسائل الشيعة، ج ۲، ص ۲۸۰، ح ۳.

الکافی، ج ۵، ص ۳۹۴، ح ۷: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن مهزيار عن محمد بن الحسن الأشعري قال: «كتب بعض بني عتي إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام ما تقول في صبيّة زوجها عمها فلما كبرت أبت التزويج فكتب بخطفه لا نكره على ذلك و الأمر أمرها» و مسائل الشيعة، ج ۲، ص ۲۷۶، ح ۲.

تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۳۸۹، ح ۳۵: عنه عن محمد بن یحیی عن عبد الله بن محمد بن علي بن الحكم عن أبان عن الفضل بن عبد الملك قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوجه ابنه و هو صغير قال لا بأس قلت يجوز طلاق الأب قال لا قلت على من الصداق قال على الأب إن كان ضمنه لهم و إن لم يكن ضمنه فهو على الغلام إلا أن لا يكون للغلام مال فهو ضامن له و إن لم يكن ضمن و قال إذا زوج الرجل ابنه فذلك إلى ابنه فإذا زوج الابنة جاز» و مسائل الشيعة، ج ۲، ص ۲۹۳، ح ۳.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۷، ح ۳؛ و مسائل الشيعة، ج ۲، ص ۲۸۲، ح ۱.

بررسی دلالت

روایت درباره شخصی است که دو برادر و یک دختر صغیره دارد و یکی از دو برادر را وصی امور خود یا امور فرزندان خود قرار داده و وصی با وجود اینکه بر عقد دختر صغیره ولایتی نداشته و وصایت نیز شامل آن نبوده، او را فضولتاً به عقد پسر خود درآورده و سپس فوت کرده است و پس از فوت او، برادر دیگر ادعا می‌کند که به دلیل صغیره بودن دختر در زمان انشای عقد، این عقد واقع نشده و لذا صغیره را به عقد پسر خود درمی‌آورد و دختر در زمانی که صلاحیت برای اجازه را داشته - به قرینه ذیل روایت یعنی «قد کانت أدركت حين زواجه» - عقد دوم را اجازه می‌کند، و برادر دوم نیز فوت می‌شود و پسر بزرگ برادر اول - که همان ابتدا دختر صغیره به عقد برادر کوچک‌تر او درآمده بود - به دختر می‌گوید: «هر کدام از این دو زوج - زوج اول یا زوج اخیر - را که دوست داری، اختیار کن» که با این کلام خود قصد دارد عقد را برای برادر خود واقع کند و خدمتی به برادر خود کرده باشد. حضرت در جواب فرمودند طبق روایتی از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله دختر، متعلق به زوج اخیر است؛ زیرا زمانی که تزویج دوم را اجازه داد بالغ بود و نمی‌تواند عقد خود را نقض کند. در این روایت، عقد به مجیز نسبت داده شده و به صحت آن حکم شده است.

روایت دوم: صحیحۀ دوم محمد بن اسماعیل بن بزيع

عن الحسين بن سعيد عن محمد بن إسماعيل بن بزيع، قال:

«سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب التبييد فسكرت فزوجت نفسها رجلا في سكرها ثم أفاقت فأنكرت ذلك ثم ظنت أنه يلزمها ففزعته منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان الشكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال: إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها، قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال: نعم.»^۱

روایت درباره زنی است که مبتلا به شرب نبیذ بوده و در حالت مستی، خود را به تزویج مردی درآورده است. مستی، مراتب دارد و نبیذ از آن شراب‌هایی است

۱. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۰۹، ح ۴۴۳۰؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۴، ح ۱.

که سکر شدید نمی‌آورد و گرچه در مستی خفیف، این عقد به دلیل عدم رشد عقلی نافذ نیست، ولی صحت تأهلی دارد و با اجازه در حال افاقه و بهبودی قابل تصحیح است و مانند دیوانه محض یا بچه غیر ممیز نیست که عقدشان، در حکم معدوم باشد؛ بلکه مانند عقد بچه ممیز است که به نظر مختار، قابلیت تصحیح آن با اجازه وجود دارد. لذا در مورد روایت، این زن پس از افاقه، هرچند از کار خود پشیمان شده، ولی گمان می‌کرده که باید به عقد ملتزم باشد، و زوجه او باقی می‌ماند؛ راوی سؤال کرده که آیا این عقد در حال مستی صحیح است یا اینکه باطل است؟ حضرت فرمودند: اگر با زوج، باقی مانده باشد، به عقد رضایت داده است، راوی می‌پرسد حالا که تزویج صحیح است، آیا لزوم هم می‌آورد تا زن حق فسخ نداشته باشد؟ حضرت فرمودند: «بله، حق فسخ نیز ندارد»؛ لذا از روایت استفاده می‌شود که حتی اگر زن اشتباهاً گمان می‌کرده باید به عقد ملتزم باشد و همین منشأ رضایت وی شده باشد، برای صحت ازدواج کافی است. در غالب موارد ازدواج نیز، تخیل زوجین نسبت به آینده، منشأ رضایت می‌شود و ازدواج نیز صحیح است. این نوع اشتباهات با این اشتباه که زن مثلاً زید را به جای عمرو

۱. برای نمونه: تفسیر العیاشی، ج ۱، ص ۳۴۰، ح ۱۸۴: عن أبي الصباح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن التَّبِيدِ والخمر بمنزلة واحدة هما قال: لا لأن التَّبِيدَ ليس بمنزلة الخمر، إن الله حرم الخمر قليلاً وكثيراً كما حرم الميتة والدم ولحم الخنزير، وحرم النبي صلى الله عليه وآله من الأثرية المسكر، وما حرم رسول الله صلى الله عليه وآله فقد حرمه الله قلت: أ رأيت رسول الله صلى الله عليه وآله كيف كان يضرب في الخمر فقال: كان يضرب بالنعال ويزيد كلما أتى بالشارب، ثم لم يزل الناس يزيدون حتى وقف على ثمانين، أشار بذلك علي عليه السلام على عمره: الكافي، ج ۶، ص ۴۰۸، ح ۴: محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد بن علي بن الحكم عن معاوية بن وهب قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام إن رجلاً من بني عتيق وهو رجل من صلحاء مواليك أمرني أن أسألك عن التَّبِيدِ فأصافه لك فقال عليه السلام له أنا أصف لك قال رسول الله صلى الله عليه وآله كل مسكر حرام فما أسكر كثيره فقليله حرام قال قلت فقليل الحرام يحلّه كثير الماء فردّ عليه بكفه مرتين لا لا؛ و ص ۴۰۹، ح ۱۱: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: «استأذنت لبعض أصحابنا علي أبي عبد الله عليه السلام فسأله عن التَّبِيدِ فقال حلال فقال أصلحك الله إنما سألتك عن التَّبِيدِ الذي يجعل فيه العكر فيغلي حتى يسكر فقال أبو عبد الله عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله كل مسكر حرام فقال الرجل أصلحك الله فإن من عندنا بالعراق يقولون إن رسول الله صلى الله عليه وآله إنما عني بذلك القدح الذي يسكر فقال أبو عبد الله عليه السلام إن ما أسكر كثيره فقليله حرام فقال له الرجل فأكرهه بالماء فقال أبو عبد الله عليه السلام لا وما للماء أن يحلّل الحرام أتى الله صلى الله عليه وآله ولا تنسبه».

اشتباه بگیرد متفاوت است.

روایت سوم: صحیحہ اول معاویہ بن وهب

محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن علي بن الحكم عن معاویة بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال:

«في رجل كاتب على نفسه وماله وله أمة وقد شرط عليه أن لا يتزوج فأعتق الأمة وتزوجها، فقال: لا يصلح له أن يحدث في ماله إلا الأكلة من الطعام ونكاحه فاسد مردود. قيل: فإن سيّده علم بنكاحه ولم يقل شيئاً؟ قال: إذا صمت حين يعلم بذلك فقد أقر. قيل: فإن المكاتب عتق أفتري أن يجدد نكاحه أو يمضي على النكاح الأول؟ قال: يمضي على نكاحه.»^۱

مورد روایت، عبد مکاتبی است که مولا با او شرط کرده که با کسی ازدواج نکند و این عبد، مالک کنیزی بوده و او را آزاد کرده و با او ازدواج می‌کند. امام عليه السلام ابتداءً فرمودند که نكاح، «فاسد و مردود» است؛ ولی پس از اینکه راوی می‌گوید که مولا علم به نكاح او دارد و سکوت کرده، حضرت می‌فرمایند که اگر مولا از نكاح عبد مکاتب، آگاه باشد و سکوت کند و اعتراضی نکند، نكاح صحیح است و سکوت مولا، اجازه شمرده می‌شود. لذا از این روایت استفاده می‌شود که فساد عقد با موقوف بودن بر اجازه تنافی ندارد. در ذیل روایت نیز راوی سؤال می‌کند که آیا عبد مکاتب به دلیل اینکه در آن زمان عبد بوده و اختیاری نداشته پس از آزادی می‌تواند نكاح اول خود را باطل کند یا باید بر عقد خود باقی بماند؟ امام عليه السلام فرمودند: «عقد او صحیح واقع شده و لازم است.»

روایت چهارم: صحیحہ دوم معاویة بن وهب

محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن علي بن الحكم عن معاویة بن وهب، قال:

«جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال إني كنت مملوكاً لقوم وإني تزوجت امرأة حرة بغير إذن موالي ثم أعتقوني بعد ذلك، أفأجدد

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۷۸، ح ۶؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۱۳، ح ۳.

نکاحی إياها حين أعتقت؟ فقال له: أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم؟ فقال: نعم و سكتوا عني ولم يعيتروا عليّ فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم أثبت على نكاحك الاول..^۱ این روایت، صحیحه است و در کلمات فقها^۲ به آن استدلال شده است.

روایت پنجم: صحیحہ حسن بن زیاد طائی

روی أحمد بن محمد بن عيسى عن محمد بن عيسى عن أبان عن الحسن بن زیاد الطائي قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير إذن موالي ثم أعتقني الله بعد فأجدد النكاح؟ قال: فقال: أ علموا أنك تزوجت؟ قلت: نعم؛ قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً، قال: ذلك إقرار منهم، أنت على نكاحك..»^۳

این روایت ظاهراً همان صحیحہ دوم معاویه بن وهب (روایت قبل) است؛ لذا مراد از «رجل» در «جاء رجل» که در روایت قبل آمده، حسن بن زیاد طائی است که راوی این روایت است.

روایت ششم: صحیحہ ابی عبیده حذاء

عَدَّة من أصحابنا عن سهل بن زياد و محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد و علي بن إبراهيم عن أبيه جميعاً عن الحسن بن محبوب عن علي بن رئاب عن أبي عبيدة قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوّجهما وليّان لهما و هما غير مدرّكين ... قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية و رضي بالنكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أثره؟ قال: نعم؛ يعزل ميراثها منه حتّى تدرك و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۷۸، ح ۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۱۷، ح ۱.

۲. برای نمونه: نهاية المرام، ج ۱، ص ۲۶۲؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۲۵۸؛ ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۰۴؛ جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۰۲.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۴۳، ح ۳۷؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۱۸، ح ۳.

رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر. قلت: فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت أيرثها الزوج المدرك؟ قال: لا؛ لأن لها الخيار إذا أدركت. قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك؟ قال: يجوز عليها تزويج الأب ويجوز على الغلام والمهر على الأب للجارية.^١

روایت هفتم: صحیحہ حلبی

یاسنادہ عن الحسن بن محبوب عن علي بن الحسن بن رباط عن ابن مسكان عن الحلبي، قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: أما تزويجه فهو صحيح وأما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم أنه كان قد طلق فإن أقر بذلك وأمضاه فهي واحدة بآئنه وهو خاطب من الخطاب وإن أنكر ذلك وأبى أن يمضيه فهي امرأته. قلت: فإن ماتت أو مات؟ قال: يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقي ثم يحلف بالله ما دعاه إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالتكاح ويدفع إليه الميراث.»^٢

روایت هشتم: صحیحہ محمد بن قیس

علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي نجران عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«قضى أمير المؤمنين ص في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه غلاما ثم جاء سيدها الأول فخاصم سيدها الآخر فقال وليدتي باعها ابني بغير إذني فقال الحكم أن يأخذ وليدته وابنها فناشده الذي اشتراها فقال له خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينقد لك البيع فلما أخذه قال له أبوه

١. الكافي، ج ٥، ص ٤٠١، ح ٤؛ وسائل الشيعة، ج ٢٦، ص ٢١٩، ح ١.

٢. كتاب من لا يحضره الفقيه، ج ٤، ص ٣١٠، ح ٥٦٦٥؛ رك: وسائل الشيعة، ج ٢٦، ص ٢٢٠، ح ٤.

أرسل ابني قال لا والله لا أرسل إليك ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه.^۱

روایت نهم: روایت عباد بن كثير

عذة من أصحابنا عن سهل بن زياد عن ابن محبوب و محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد بن عيسى عن ابن محبوب عن نعيم بن إبراهيم عن عباد بن كثير عن أبي عبد الله عليه السلام، قال:

«سألته عن رجل زوّج ابنا له مدركا من يتيمة في حجره، قال: «ترثه إن مات ولا يرثها لأنّ لها الخيار ولا خيار عليها».^۲

چهار روایت فوق (صحیحه ابی عبیده، حلبی، محمد بن قیس و روایت عباد بن كثير) در بررسی کاشفه یا ناقله بودن اجازه لاحقہ بررسی خواهد شد.

روایت دهم و یازدهم: روایت زرارہ

علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن عمر بن أذينة عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام، قال:

«سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده، فقال: ذاك إلى سيّده إن شاء أجازة وإن شاء فزق بينهما».^۳

مرحوم علامہ چون ابراهیم بن هاشم را توثیق نکرده است^۴، از روایت به حسنه تعبیر کرده^۵؛ ولی به نظر مختار، روایت صحیحہ است.

روایت دیگری از زراره نقل شده که با روایت قبلی، متحد است و باید یک روایت به شمار آید، گرچه در جامع الاحادیث^۶ دو روایت شمرده شده است:

۱. الکافی، ج ۵، ص ۲۱۱، ح ۱۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۵۳، ذیل ح ۱.

۲. الکافی، ج ۷، ص ۱۳۲، ح ۲؛ رک: وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۹-۲۲۰، ح ۲.

۳. الکافی، ج ۵، ص ۴۷۸، ح ۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۱۴، ح ۱.

۴. خلاصة الأقوال، ص ۴.

۵. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۲۲.

علامہ در رجال (خلاصة الأقوال، ص ۴) چنین فرموده است: «لم أقف لأحد من أصحابنا على قول في القدر فيه ولا على تعديله بالتصميم والروایات عنه كثيرة والأرجح قبول قوله».

۶. جامع أحاديث الشيعة، ج ۲۱، ص ۹۳، ح ۳۲۲ و ۳۲۳.

أحمد بن محمد عن علي بن الحكم عن موسى بن بكر عن زرارۃ عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألت عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه، فقال: ذلك إلى مولاه إن شاء ففترق بينهما و إن شاء أجاز نكاحهما.»^۱

در سند این روایت، موسی بن بکر واقع شده که ثقة واقفی است^۲ و از این جهت روایت معتبره محسوب می شود. البته احتمال اینکه علی بن حکم این روایت را در دوران استقامت موسی بن بکر از او شنیده باشد منتفی است؛ زیرا علی بن حکم با حسین بن سعید و امثال او هم طبقه است؛ پس طبقه او بعد از وقف است و بعید است در زمان امام کاظم علیه السلام این روایت را شنیده باشد.^۳

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۷۸، ح ۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۱۵، ح ۲.

۲. تنها کسی که در منابع قدیمی او را واقعی معرفی کرده، شیخ طوسی در رجال است: رجال الطوسی، ص ۳۴۳، رقم ۹: «موسی بن بکر الواسطی اصله کوفی واقفی له کتاب روی عن أبي عبد الله.» او مروی عنه ابن ابی عمیر و صفوان، ابن ابی عمیر، بنظمی و جعفر بن بشیر است. صفوان و ابن ابی عمیر راوی کتاب او نیز هستند: فهرست الطوسی، ص ۴۵۲، رقم ۷۱۷: «موسی بن بکر له کتاب أخبرنا ابن أبي جید عن ابن الولید عن الصفار عن إبراهيم بن هاشم عن ابن أبي عمير عن موسى بن بكر. و رواه صفوان بن يحيى عن موسى بن بكر.»

در نقل نجاشی، جماعتی از جمله علی بن الحكم که از اجلاء است (فهرست الطوسی، ص ۲۶۳، رقم ۳۷۶)، کتاب او را نقل کرده اند که نشانه اعتماد به اوست: رجال النجاشی، ص ۴۰۷، رقم ۱۰۸۱: «موسی بن بکر الواسطی روی عن أبي عبد الله و أبي الحسن علیهما السلام و عن الرجال. له کتاب یرویہ جماعة أخبرنا علي بن أحمد عن محمد بن الحسن عن محمد بن الحسن عن أحمد بن محمد عن علي بن الحكم عنه.»

۳. راویان از علی بن الحكم کسانی مانند احمد بن محمد بن عیسی، احمد بن محمد بن خالد، سهل بن زیاد، محمد بن عیسی بن عبید و ابراهیم بن هاشم هستند. این افراد در زمره راویان از حسین بن سعید نیز هستند. اما به نظر می رسد با لحاظ قرآنی می توان ادعا کرد که علی بن الحكم کمی نسبت به حسین بن سعید متقدم است؛ زیرا علی بن الحكم از راویانی بدون واسطه نقل روایت کرده که حسین بن سعید با یک یا دو واسطه از آنها نقل کرده است، مانند حسین بن ابی العلاء، علی بن ابی حمزه، سیف بن عمیره و علاء بن رزین. به علاوه حسین بن سعید از علی بن الحكم نیز نقل روایت کرده است (تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۳۸، ح ۲۴-۲۵).

می توان گفت: علی بن الحكم دوران امامت امام کاظم علیه السلام را درک کرده است؛ زیرا او از بسیاری از راویانی نقل روایت کرده که همگی در زمره اصحاب امام صادق علیه السلام شمرده شده اند نه در زمره اصحاب امام کاظم علیه السلام و در اسناد روایات این عده نیز نشانی از این مطلب نیست و لا اقل تنها در اوایل امامت حضرت کاظم علیه السلام زنده بوده اند؛ برای نمونه: عبد الله بن سنان (الکافی، ج ۲، ص ۱۵۵، ح ۲۴؛ علل الشرائع،

روایت دوازدهم: روایت عبید بن زرارہ

روی الحسن بن محبوب عن عبد العزيز عن عبید بن زرارہ عن أبي عبد الله عليه السلام:

«في عبد بين رجلين زوجه أحدهما والآخر لم يعلم به ثم إنه علم به بعد أنه أن يفرق بينهما؟ قال: للذي لم يعلم ولم ياذن أن يفرق بينهما إذا علم وإن شاء تركه على نكاحه.»^۱

این روایت فقط برای تأیید مناسب است؛ زیرا در سند آن عبد العزیز عبدی قرار دارد که تضعیف شده است.^۲

ج ۱، ص ۴، باب ۶، ح ۱؛ ر.ک: تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۱۵۶، ح ۲، عبد الرحمن بن ابی عبد الله عليه السلام (کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۹۴، ح ۳۳۹۷)، عبد الرحمن بن محمد بن عبید الله العزیمی (برای نمونه: الکافی، ج ۲، ص ۵۹، ح ۱۰؛ تهذیب الأحکام، ج ۳، ص ۲۴۴، ح ۴۱؛ و ج ۷، ص ۷۸، ح ۵۰)، الحسین بن ابی العلاء الخفاف (روایات فراوان).

همچنین علی بن الحکم از علی بن ابی حمزه بی واسطه نقل روایت کرده و این مربوط به قبل از شروع دوران وقف است؛ زیرا -چنانکه استاد علیه السلام معتقد است- اصحاب لا اقل با سران واقعه مانند علی بن ابی حمزه تماس برقرار نمی کردند. استاد علیه السلام نیز خود به این نکته اخیر در مباحث حج اشاره کرده است.

۱. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۵۵، ح ۴۵۷۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۱۶، ح ۱.

۲. رجال النجاشی، ص ۲۴۴: «عبد العزیز العبدی، کوفی، روی عن أبي عبد الله عليه السلام، ضعیف».

به نظر می رسد همانطور که استاد علیه السلام در برخی مباحث (کتاب اجاره، حکم عقد صبی، روایت حمران؛ کتاب بیع، بررسی حد بلوغ، روایت حمران) بیان کرده عبد العزیز قابل توثیق است؛ زیرا کتاب او را حسن بن محبوب نقل کرده و علاوه بر این جماعتی کتاب وی را نقل کرده اند.

تبیین بیشتر مطلب بر اساس آن مباحث استاد علیه السلام چنین است:

نجاشی پس از تضعیف عبد العزیز عبدی می گوید: «له کتاب یرویه جماعة» ظاهر تعبیر این است که هر چند خودش ضعیف است، ولی کتابش مورد اعتماد بوده و لذا جماعتی آن را روایت کرده اند. اینکه گفته شود بر خلاف سنت معمول محدثین -که کتاب افراد مورد اعتماد را نقل می کردند- شاید در این مورد عده ای از افرادی روایت را نقل کرده باشند که همگی خلاف معمول بوده اند، یعنی عادتشان نقل بدون اعتماد بوده، بسیار مستبعد است. البته اعتماد به روایت افراد ضعیف غیر متعارف نیست؛ چون برخی از افراد در نقل شفاهی ضعیف اند، اما در نقل کتبی دقت دارند و لذا کتاب هایشان مورد اعتماد است، و شاید نجاشی به اعتبار نقل شفاهی او را تضعیف کرده باشد ولی کتاب هایش مورد اعتماد بوده است. البته مراد این نیست که تمام مکتوبات عبد العزیز عبدی مورد اعتماد است، بلکه غرض این است که این کتاب خاصی که جماعتی از او روایت کرده اند مورد اعتماد بوده است. همچنین محتمل است این غضائری که نجاشی متأثر از اوست وی را به جهت غلو و مشابهات آن تضعیف کرده باشد. به علاوه، از کسانی که کتاب عبد العزیز عبدی را نقل کرده ابن محبوب است که از فقهاء اصحاب

روایت سیزدهم: روایت محمد بن مسلم

أبو علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن إسماعيل بن سهل عن الحسن بن محمد الحضرمي عن الكاهلي عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «أنه سئل عن رجل زوجه أمه و هو غائب، قال: التكاك جائز إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك...»^۱ مراد از «جائز» در این روایت، صحت تأهلی است که با اجازه، قابل تصحیح است؛ البته این روایت نیز از جهت سندی معتبر نیست؛ زیرا در سند، اسماعیل بن سهل است که تضعیف شده است.^۲

اجماع است و این علامت اعتماد ابن محبوب به این کتاب است. البته مبنای مشهور متأخرین که معتقداند اگر سندی تا یکی از اصحاب اجماع صحیح بود، روایت تلقی به اعتبار می شود نادرست بوده، و هدف تصحیح سند از این طریق نیست، بلکه هدف تصحیح سند از طریق اعتماد شخصی مانند ابن محبوب است. اگر ایشان تنها یک روایت از عبدالعزیز عبدی نقل می کرد، نشانه اعتماد نبود؛ چون شاید به دلیل قرائن خاصه روایت را معتبر می دانسته است، همین گونه اگر روایت در رابطه با مستحبات بود، شاید به دلیل تسامح در اذله سنن بوده و نشانه اعتماد نبود؛ ولی نقل کامل یک کتاب نشانه آن است که عبدالعزیز عبدی شیخ ابن محبوب است و شخصی مانند ابن محبوب از فقهایی درجه اول عصر خود بوده و کتابش مورد اعتماد شیعه بوده است و شیوه معمول محدثین - به استثنای افراد شاذ - تنها نقل روایاتی بوده است که به آن عمل می کردند.

البته سؤالی که باید به آن پاسخ داده شود این است که با وجود اعتماد عده ای از فقهاء به کتاب عبدالعزیز عبدی، به چه دلیل نجاشی او را تضعیف کرده است؟ شاید پاسخش این باشد که تضعیف نجاشی ناظر به نقل های شفاهی عبدالعزیز عبدی است نه کتاب او؛ چون ضعیف به کسی گفته می شود که دارای ملکه احتراز از کذب نیست و فی الجمله نقل های دروغ هم دارد، نه کسی که در هر جمله ای که می گوید احتمال صدق و کذب داشته باشد. به عبارت دیگر، ضعیف کسی است که پایبند به راستگویی نباشد، در مقابلی کسی که تا ضرورت اهمی وجود نداشته باشد دروغ نمی گوید. این مطلب با اعتبار کتاب وی منافات ندارد؛ چون شاید کتاب را تحقیق کرده و تنها مطالب مورد وثوق را در آن جمع کرده باشد. همچنین محتمل است که - چنان که در مطالب فوق بیان شد - به جهت غلو تضعیف شده باشد؛ یعنی بعضی از روایات یک راوی درباره مباحثی مانند فضائل و امثال آن که خیلی احساسی بوده معتبر نباشد، ولی روایات فقهی او معتبر و مصدر عمل باشد.

بر فرض نتوان به این صورت بین تضعیف نجاشی و اعتماد فقهاء جمع کرد، در مقام تعارض، اعتماد شاگردان عبدالعزیز عبدی بر تضعیف نجاشی مقدم است؛ چون آنها بیشتر با او محشور بوده، شناخت بهتری داشتند، بر خلاف نجاشی که با او فاصله زمانی داشته است.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۱-۴۰۲، ح ۲؛ وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۲۸۰، ح ۳.

۲. رجال النجاشی، ص ۲۸.

روایت چهاردهم: روایت ولید یتاع الأسفاط

أبو علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار و محمد بن إسماعيل عن الفضل بن شاذان جميعا عن صفوان عن ابن مسكان عن ولید یتاع الأسفاط، قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا عنده عن جارية كان لها أخوان زوجها الأكبر بالكوفة وزوجها الأصغر بأرض أخرى، قال الأول بها أولى إلا أن يكون الآخر قد دخل بها فإن دخل بها فهي امرأته ونكاحه جائز.»^۱

بررسی سند

این روایت بر اساس نظر مشهور معتبر است؛ زیرا صفوان و ابن مسکان از اصحاب اجماع هستند؛ ولی به نظر مختار، سند روایت، مخدوش است؛ زیرا نظریه عام اصحاب اجماع که می‌گوید هر روایتی که سند آن تا اصحاب اجماع صحیح بود، صحیح است و نیاز به بررسی سندی ندارد، مورد قبول نیست. البته در خصوص برخی مانند مشایخ ثلاث (صفوان، ابن ابی عمیر و بزطی) به شهادت شیخ طوسی در عُدّه^۲، مشایخ بدون واسطه آنها ثقة‌اند، اما ولید یتاع اسفاط از مشایخ بدون واسطه آنها نیست، بنابراین نمی‌توان از این راه، توثیق ولید یتاع اسفاط را اثبات کرد.

بررسی دلالت

دو برادر به نحو فضولی خواهر خود را به دیگری تزویج کرده‌اند که امام علیه السلام فرمودند: «عقد برادری که به جهت زمان، مقدم است اولویت دارد، مگر اینکه زوج دیگر، دخول کرده باشد که در این صورت، زن همسر او محسوب می‌شود، گرچه عقدش متأخر بوده باشد». شاهد ارتباط این روایت به باب فضولی و اجنبی بودن آن از باب وکالت، این است که اگر این دو برادر، از طرف زن وکیل باشند، معنا ندارد که دخول نفر دوم، موجب تصحیح عقد شود؛ زیرا در باب وکالت، عقد وکیلی که زودتر انشاء عقد کرده، صحیح است و عقد وکیل دیگر باطل است، پس تزویج دو برادر، فضولی بوده و تمکین زن نسبت به دخول، امضای عملی عقد است و پس

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۶، ح ۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۸۱، ح ۴.

۲. العُدّة فی أصول الفقه، ج ۱، ص ۱۵۴.

از دخول دیگر نمی‌تواند عقد دیگر را گرچه مقدّم باشد، اجازه دهد؛ ولی اگر دخول نشده باشد، از نظر شرع، اخلاقاً اجازه عقد اوّل در اولویت است، نه اینکه عقد اوّل متعین باشد.

لذا از این روایت استفاده می‌شود که عقد فضولی با اجازه، قابل تصحیح است و کاشف از اجازه، گاهی دخول و گاهی امر دیگری است. مراد از «اوّل» در «الاول بها اولى» ممکن است برادر بزرگ‌تر باشد - که اوّل ذکر شده است - و ممکن است مراد از آن، کسی باشد که عقد او، اوّل واقع شده که در هر دو صورت، روایت دلالت می‌کند که عقد، قابل تصحیح است، ولی اخلاقاً اولویت دارد که زن، تزویج اوّل را اجازه کند.

روایت پانزدهم: روایت اوّل دعائم الاسلام

روینا عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عن آبائه ... و قال أبو محمد (صلوات الله عليه):

«المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا بإذن سيّده فإن تزوّج بغير إذن سيّده فإن شاء سيّده أجاز وإن شاء فزق.»^۱

این روایت گرچه از جهت سندی ضعیف است، ولی برای تأیید مناسب است. تعبیر «لا يجوز نكاحه ولا طلاقه إلا بإذن سيّده»، به معنای عدم نفوذ عقد بدون اذن مولا است؛ ولی در ذیل آن، حضرت فرموده که اگر مولا اجازه دهد، عقد تصحیح می‌شود؛ پس مراد از عدم جواز وضعی در صدر روایت، نفی صحّت فعلی است نه بطلان محض، و حمل «لا يجوز» بر عدم جواز و حرمت تکلیفی مجرد انشای صیغه بدون ترتیب آثار، خلاف مسلّمات فقهی است.

روایت شانزدهم: روایت دوم دعائم الاسلام

عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن المكاتب يشترط عليه أن لا يتزوّج إلا بإذن الذي كاتبه حتى يؤدّي مكاتبته، قال: يلزمه ذلك إذا اشترط عليه فإن نكح فنكاحه فاسد مردود إلا أن يعتق فيمضي على نكاحه.»^۲

۱. دعائم الاسلام، ج ۲، ص ۲۴۸، ح ۹۳۷.

۲. دعائم الاسلام، ج ۲، ص ۳۱۲، ح ۱۱۷۶.

این روایت دربارهٔ عید مکاتبی است که مولا با او شرط عدم ازدواج کرده، ولی عبد از این شرط تخلف کرده و ازدواج می‌کند، که امام علیه السلام فرمودند: «نکاح او فاسد و مردود است مگر اینکه آزاد شود و نکاح خود را تنفیذ کند»؛ از این روایت استفاده می‌شود که حتی فضولی نیز می‌تواند عقد خود را اجازه کند، البته در صورتی که صلاحیت امضا پیدا کند.

اشکال فخر المحققین به روایات صحت: عامی بودن روایات

مرحوم فخر المحققین فرموده است پدرم برای صحت نکاح فضولی به دو روایت احتجاج کرده، یکی از عاقله و دیگری از خاصه، سپس فخر المحققین هر دو را از نظر سند ضعیف دانسته^۱، لذا معتقد شده که این روایات نمی‌توانند با ادلهٔ بطلان معارضه کنند.

پاسخ اشکال فخر المحققین

اشکال ایشان قابل پاسخ است.

پاسخ نقضی: تمسک فخر به روایت عامی بر بطلان عقد فضولی

اولاً، مرحوم فخر المحققین سند روایت عامی را که علامه حلی برای اثبات صحت عقد فضولی به آن استدلال کرده ضعیف دانسته، در حالی که برای بطلان عقد فضولی به روایت عامی عایشه تمسک کرده که علامه حلی^۲ نیز آن را معتبر ندانسته است؛ پس اگر مبناً، اعتماد به روایات با سند ضعیف است، تفاوتی بین مقام اثبات بطلان عقد فضولی و مقام اثبات صحت آن وجود ندارد.

پاسخ حلی: بیان هفت روایت بر صحت عقد فضولی توسط علامه حلی

ثانیاً، علامه حلی هفت روایت بر صحت عقد فضولی نقل کرده است نه دو روایت^۳

۱. این روایت مانند مسئله «من باع شینا ثم ملکه» است که بعد از آن بحث شده و استدلال به آن رد می‌شود.

۲. إيضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۸.

۳. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۲۳.

۴. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۲۱.

و توجیه ناتمام بودن کتاب مختلف الشیعه در زمان نقل مرحوم فخرالمحققین از آن و اینکه علامه حلی بعداً پنج روایت به دو روایت اول ضمیمه و کتاب خود را تکمیل کرده نیز صحیح نیست؛ زیرا کتاب مختلف در سال (۷۰۸ ه. ق.)، یعنی هجده سال پیش از وفات علامه حلی تکمیل شده^۱، علاوه بر اینکه فقط قسمت‌های اولیّه کتاب ایضاح در زمان علامه حلی و بخش عمده‌ای از آن، مانند بخش نکاح، پس از زمان او نگارش شده که این نکته از برخی اشارات^۲ در ایضاح استفاده می‌شود. البته در توجیه نقل ناقص ایضاح این احتمال وجود دارد که در نظر ایشان ادله عقلیه‌ای که بر بطلان عقد فضولی بیان شده، قطعی بوده و در مقابل، روایات صحت که دلیل ظنی شمرده شده از قوت کافی برای رفع ید از ادله عقلی برخوردار نبوده است، بنابراین ایشان برای گریز از ورود به بحث‌های مشکل و پرهیز از بیانی که ممکن است بر بی‌اعتنایی نسبت به احادیث صحیح حمل شود، سایر احادیث مذکور در کلام علامه حلی را بیان نکرده است.

از هفت روایتی که علامه حلی نقل کرده، پنج روایت از طریق خاصه است که سه روایت از آنها معتبر است؛ ولی علامه حلی فقط یکی از این سه روایت را معتبر دانسته (صحیحۀ ابی عبیده حذاء)^۳ و از روایتی (روایت زرارۀ به نقل از عمر بن

۱. تاریخ فراغت از کتابت مختلف سال ۷۰۸ است:

مختلف الشیعه، ج ۹، ص ۴۸۰، پاورقی ۳: «و جاء في الطبعة الحجرية هكذا: فرغت من تسويد الجزء السابع من (مختلف الشيعة في أحكام الشريعة) و به تم الكتاب من تسويد في خامس عشر ذي القعدة من سنة ثمان و سبعمائه، و الحمد لله وحده، و صلى الله على سيد المرسلين محمد النبي و آله الطيبين الطاهرين. و كتب الفقير إلى الله حسن بن يوسف بن المطهر مصنف الكتاب»: الذريعة إلى تصانيف الشيعة، ج ۲۰، ص ۲۱۹: «و يوجد في المكتبة الرضوية بخراسان مجلدین من المختلف أيضاً بخط الشيخ وشاح بن محمد المذكور: أحدهما من أول كتاب الحج إلى آخر كتاب الديون، فرغ من كتابته ۷۲۴، و فراغ المصنف ۷۰۸، و ثانيهما من أول كتاب الوديعة إلى آخر كتاب النكاح، فرغ الشيخ وشاح من كتابتها ۷۲۷ یعنی بعد وفاه المصنف بسنة، و فرغ المصنف منه ۷۰۶».

۲. ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۰۷؛ و ص ۲۱۷؛ و ص ۲۱۸.

۳. الکافی، ج ۷، ص ۱۳۱-۱۳۲، ح ۱: عذّة من أصحابنا عن سهل بن زیاد و محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمّد و علي بن إبراهيم عن أبيه جميعاً عن الحسن بن محبوب عن علي بن زناد عن أبي عبیده قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوجهما و لتيان لهما و هما غير مدرکين قال فقال النکاح جائز و أتیهما أدرك كان له الخيار فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر إلا أن يكونا قد أدركا و

اذینه)^۱ که ابراهیم بن هاشم در آن است به «حسنه» و برای روایت دیگر (روایت زراره به نقل از موسی بن بکر)^۲، تعبیری به کار نبرده که حاکی از اعتبار آن باشد^۳؛ ولی هر دو روایت چنان که گذشت معتبر هستند.

استثنا از صحت نکاح فضولی

بر اساس صحیح دوم معاویه بن وهب، یک فرض از فروض نکاح فضولی، باطل است و با اجازه نیز تصحیح نمی شود. در این صحیح، شخصی از امام صادق علیه السلام سؤال کرده: «من مملوک عده ای بودم و بدون اجازه موالی خود با زنی ازدواج کردم و سپس آنها مرا آزاد کردند، آیا پس از آزادی باید عقد نکاح را تجدید کنم؟» امام علیه السلام از او استفصال کردند که آیا موالی تو زمانی که ازدواج کردی، از آن ازدواج اطلاع داشتند یا خیر؟ آن شخص پاسخ داد: «بله، آنها می دانستند و سکوت کردند»، حضرت فرمودند: «سکوت آنها، اقرار و اجازه نسبت به نکاح توست، بنابراین لازم نیست که تجدید عقد کنی»^۴ از استفصال امام علیه السلام استفاده می شود که اگر موالی، از عقد اطلاعی نداشتند، مجزّه اینکه شخص پس از آزادی مالک امر خود شده و راضی به عقد خود است، کفایت نمی کند و عقد او باطل است و باید تجدید عقد کند.

رضیا قلت فإن أدرك أحدهما قبل الآخر قال يجوز ذلك عليه إن هو رضي قلت فإن كان الزجل الذي أدرك قبل الجارية و رضي بالنكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أتره قال نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك و تحلف...؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۹، ح ۱.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۷۸، ح ۳: علی بن ابراهیم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن عمر بن أذينة عن زرارۃ عن أبي جعفر علیه السلام قال: «سألته عن مملوک تزوج بغیر إذن سيده، فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجازة وإن شاء فرق بينهما»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۱۴، ح ۱.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۷۸، ح ۲: أحمد بن محمد بن علي بن الحكم عن موسى بن بكر عن زرارۃ عن أبي جعفر علیه السلام قال: «سألته عن رجل تزوج عبده بغیر إذنه فدخل بها ثم أطلع على ذلك مولاه، فقال: ذلك إلى مولاه إن شاء فرق بينهما وإن شاء أجاز نكاحهما»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۱۵، ح ۲.

۳. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۲۱-۱۲۲.

۴. الکافی، ج ۵، ص ۴۷۸، ح ۴: محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد بن علي بن الحكم عن معاوية بن وهب قال: «جاء رجل إلى أبي عبد الله علیه السلام فقال إني كنت مملوكا لقوم...؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۱۷، ح ۱.

این مسئله تا اندازه‌ای شبیه به مسئله «من باع شیئاً ثم ملكه» است که فضولی مال دیگری را برای خود فروخته و بعد مالک آن شده است.

در مقابل این روایت، روایت دوم دعائم است که جزء روایات صحت عقد فضولی ذکر شد:

عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن المكاتب يشترط عليه أن لا يتزوج إلا بإذن الذي كاتبه حتى يؤدي مكاتبته، قال: يلزمه ذلك إذا اشترط عليه فإن نكح فنكاحه فاسد مردود إلا أن يعتق فيمضي على نكاحه.»^۱

از این روایت استفاده می‌شود که نکاح فضولی مملوک پس از آزاد شدن صحیح است، ولی سند روایت ضعیف است؛ از این رو نمی‌تواند با صحیحۀ معاویۀ بن وهب معارضه کند.

جمع بین روایات نکاح فضولی: تخصیص روایات صحت

در مقام جمع بین روایات صحت^۲ و روایات بطلان نکاح فضولی، با چند دسته از روایات بطلان روبرو هستیم:

• دسته اول از روایات بطلان، روایت جعفریات و حذیفۀ بن منصور است که نکاح فضولی را حتی در صورت اجازه باطل دانسته‌اند که به جهت ضعف سندی صلاحیت معارضه با روایات صحت را ندارند، علاوه بر

۱. دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۳۱۲، ح ۱۱۷۶.

۲. دو روایت ذیل را نیز می‌توان در زمرۀ روایات صحت عقد فضولی محسوب کرد:

الکافی، ج ۷، ص ۲۴۱، ح ۸: علي بن إبراهيم عن أبيه عن صالح بن سعيد عن بعض أصحابه عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل تزوج ذمّية على مسلمة و لم يستأمرها قال و يفرق بينهما قال فقلت فعليه أدب قال نعم اثنا عشر سوطاً و نصف ثمن حد الزاني و هو صاغر قلت فإن رضيت المرأة الحرة المسلمة بفعله بعد ما كان قال لا يضرب و لا يفرق بينهما يبقيان على النكاح الأول»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۸، ص ۱۵۱، ح ۱.

کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۲۶، ح ۴۴۷۸: روی الحسن بن محبوب عن هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجل تزوج ذمّية على مسلمة قال يفرق بينهما و يضرب ثمن الحد اثني عشر سوطاً و نصفاً فإن رضيت المسلمة ضرب ثمن الحد و لم يفرق بينهما قلت كيف يضرب التصف قال يؤخذ الشوط بالتصف فيضرب به»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۵۴۴، ح ۴.

اینکه از جهت دلالتی هم بعید نیست کلام امام علیه السلام که فرموده: «یفرق بینهما» به صورت متعارف منصرف باشد که عمه، خاله و حزه حاضر نیستند برادرزاده یا خواهرزاده و آمه هووی آنان شود.

• دسته دوم روایاتی است که از جهت موضوعی با روایات صحت متفاوت هستند، مانند روایاتی که نکاح برادرزاده یا خواهرزاده را بدون اذن عمه و خاله باطل می‌داند، یا روایاتی که عقد آمه بر حزه را بدون اذن حزه باطل می‌داند - که ظاهر آن، اعتبار مقارنت اذن با تزویج است - و با توجه به اینکه در مسئله، اجماع بر عدم قول به فصل وجود ندارد و بسیاری از فقهاء، تفصیل‌های مختلفی قائل شده‌اند - مانند مرحوم ابن حمزه که ۹ صورت را از بطلان نکاح فضولی استثناء کرده است^۱ - و با توجه به اینکه الغای خصوصیت عرفی از مورد آنها صحیح نیست و عرف در این موارد احتمال خصوصیت می‌دهد، می‌توان به این روایات عمل کرد و عقد فضولی را در مورد آنها باطل دانست، چنان‌که شیخ طوسی در مبسوط^۲، بر بطلان عقد آمه بر حزه ادعای اجماع کرده یا مرحوم ابن ادریس^۳ که بطلان را در این مورد از قطعیات دانسته است.

• دسته سوم از روایات بطلان، روایاتی است که در موضوع واحد با روایات صحت فضولی تعارض می‌کنند^۴ که در این موارد از باب جمع بین روایات، به صحت نکاح فضولی همراه با اجازه حکم می‌شود؛ زیرا امام علیه السلام در بعضی از روایات نکاح فضولی به عنوان تعلیل برای صحت فرموده‌اند: «إِنَّهُ لَمْ يَعْصِ اللَّهَ إِتْمَا عَصَى سَيِّدَهُ»^۵ که از عموم آن استفاده می‌شود که در

۱. الوسيلة، ص ۳۰۰.

۲. المبسوط، ج ۴، ص ۲۱۵.

۳. السرائر، ج ۲، ص ۵۴۵.

۴. روایاتی که درباره ازدواج کنیز بدون اذن مولا وارد شده چنین است.

۵. الکافی، ج ۵، ص ۴۷۸، ح ۳: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن عمر بن أذينة عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال ذاك إلی سيده...» وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۱۴، ح ۱.

هر موردی که شارع به دلیل رعایت حقوق دیگران، از انجام عقد، نهی و به بطلان آن حکم می‌کند، اگر پس از انجام عقد، آن اشخاص عقد را اجازه کنند و راضی شوند، عقد صحیح است، مانند اینکه عقد از ابتدا همراه با اذن بوده است.

البته این روایات به دلیل تعلیل عامی که در آنها وجود دارد با تمام روایات دال بر بطلان نکاح فضولی حتی با روایات خاصی مانند بطلان عقد اُمه بر حرّه یا بطلان عقد برادرزاده یا خواهرزاده بر عمّه و خاله نیز معارض است.

نظر مختار در مورد عقد فضولی

اصل اولی در باب فضولی، صحت است ولی در مورد صحیحۀ معاویۀ بن وهب - شخصی که مملوک قومی بود و بدون اذن موالی خود با زنی ازدواج کرد و سپس آزاد شد - این عقد، محکوم به بطلان است؛ بنابراین در سایر موارد اگر دلیل خاصی بر صحت نباشد یا ادله خاص با یکدیگر تعارض کنند، عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۱ و «المؤمنون عند شروطهم»^۲ و تعلیل «إنّهُ لم یعص الله إنّما عصی سیده»^۳ برای تصحیح آنها کفایت می‌کند.

عدم اعتبار فوریت در اجازه

مسألة ۱۸: «... ولا يعتبر في الإجازة الفورية سواء كان التأخير من جهة الجهل بوقوع العقد أو مع العلم به وإرادة الترتوي أو عدمها أيضا.»^۴

۱. المائدة، ۱.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۷۱، ح ۶۶؛ عن علي بن الحسن عن أيوب بن نوح عن صفوان بن يحيى عن منصور بن رزح عن عبد صالح رضي الله عنه قال: «قلت: إن رجلا من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها...»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۷۶، ح ۴.

۳. الکافی، ج ۵، ص ۴۷۸، ح ۳؛ علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن عمر بن أذينة عن زرارة عن أبي جعفر رضي الله عنه قال: «سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال ذاك إلى سيده...»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۱۱۴، ح ۱.

۴. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۷۰.

در مسئله اعتبار فوریت اجازه و عدم آن در عقد فضولی، گاهی صاحب اذن مانند عته، خاله، مولا و امثال آن به وقوع عقد علم ندارد، ولی پس از علم، عقد را اجازه می‌کند، یا به وقوع آن علم دارد و اجازه را به دلیل فکر کردن و تصمیم‌گیری یا به دلیل تأدیب عاقد فضولی و امثال آن به تأخیر می‌اندازد. در تمام این فرض -خصوصاً صورت اول (جهل به تحقق عقد)- اجازه گرچه بلافاصله پس از عقد فضولی نیست، اما عقد را تصحیح می‌کند؛ زیرا از قواعد عمومی و نصوص متعدّد استفاده می‌شود که تأخیر در اجازه، عقد را از اعتبار ساقط نمی‌کند؛ اما بر اساس قواعد، علت صحت عقد فضولی این است که عقد انجام شده گرچه از جانب اجنبی باشد، ولی تا زمانی که فسخ نشده، عقلاً آن را امری محقق و ثابت می‌دانند و به مجرد الحاق اجازه اصیل، عقد را به اصیل نسبت می‌دهند و روشن است که در مورد اجازه‌ای که با تأخیر به عقد فضولی ضمیمه می‌شود نیز همین اعتبار عقلایی وجود دارد.

بر اساس نصوص خاص نیز، در روایات، مواردی وجود دارد که با وجود فاصله زیاد بین عقد و اجازه، اجازه مؤثر دانسته شده است، مانند صحیحۀ محمد بن قیس که «پسری کنیز پدر خود را بدون اطلاع پدر و در غیاب او می‌فروشد و خریدار از آن کنیز صاحب اولاد می‌شود و پس از مدتی که پدر مطلع می‌شود، بین او و مشتری اختلاف مفصلی شکل می‌گیرد و در نهایت مالک، معامله پسر خود را اجازه می‌کند که امام علیه السلام این اجازه را نافذ و مصحح عقد دانسته‌اند»^۱ و مانند صحیحۀ ابی عبیده حذاء^۲ که «ولّی عرفی صغیر و صغیره - نه ولّی شرعی - آن دو را به ازدواج یکدیگر درآورده‌اند و حضرت فرموده‌اند که عقد تا زمان بلوغ هر یک از آنان، فضولی

۱. الکافی، ج ۵، ص ۲۱۱، ح ۱۲: علی بن ابراهیم عن ابيه عن ابن ابي نجران عن عاصم بن حمید عن محمد بن قیس عن ابي جعفر علیه السلام قال: «قضی امیر المؤمنین ص فی ولیده باعها ابن سیدها و ابوه غائب...» وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۰۳، ح ۱.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۱، ح ۴: عده من اصحابنا عن سهل بن زیاد و محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد و علی بن ابراهیم عن ابيه جمیعا عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن ابي عبیده الحذاء قال: «سألت ابا جعفر علیه السلام عن غلام و جارية زوجهما ولّیتا لهما و هما غیر مدرکین...» وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۹، ح ۱.

است و هر کدام بالغ شد و آن را اجازه کرد، از طرف او لازم می‌شود؛ بنابراین از اطلاق حکم به صحت نکاح و عدم تقید به فوریت اجازه در این روایات، عدم اعتبار فوریت استفاده می‌شود.

اجازة عقد پس از رد آن

مسألة ۱۸: «... نعم لاتصح الإجازة بعد الرد».

مرحوم سید مانند بسیاری از فقها^۱ اجازه پس از رد را صحیح و مفید ندانسته، ولی دلیل قابل ملاحظه‌ای برای آن در کلمات فقها ذکر نشده است، بلکه غالباً بر آن، ادعای اجماع شده^۲ که ادعای ناتمامی است؛ زیرا این فرع از فروع مشهوری نیست که در کتب فقهای متقدم مطرح شده باشد^۳، بلکه برخی از فقهای متأخر ادعای

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۰.

۲. المناهل، ص ۲۸۹؛ حاشیه المکاسب (سید یزدی)، ج ۱، ص ۱۷۵؛ حاشیه کتاب المکاسب (محقق اصفهانی)، ج ۲، ص ۱۹۴؛ هدایة الطالب إلی أسرار المکاسب، ج ۲، ص ۳۷۲-۳۷۳؛ رک: العناوین، ج ۲، ص ۱۷۷؛ مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۹۱؛ موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۶۱.

۳. شرح الشیخ جعفر علی قواعد العلامة، ص ۱۶۴؛ المناهل، ص ۲۸۹؛ العناوین، ج ۲، ص ۱۷۷.

۴. با توجه به فحص فراوانی که انجام شد، می‌توان گفت این مطلب در کتب سابقین اصلاً مطرح نشده و شاید بتوان گفت قدیمی‌ترین منبعی که در آن، مسبق به رد نبودن، شرط نفوذ اجازه دانسته شده، روضة المتقین و کفایة الاحکام است:

روضة المتقین، ج ۷، ص ۱۱۴: «لکن یشکل الاستدلال بهذا الخبر لأن الظاهر هنا فسخ السيد قبل الإجازة، بل الظاهر أن أمثال هذه حیل لإجراء الحكم الواقعي؛ کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۱۰۵: «العاشرة: إذا زوّج الأجنبي امرأة» و قالت: «أذنت» و أنکر الزوج إذنها فالقول قولها من غیر یمین بناء علی صحة الفضولي مع الإجازة، إلا أن یسبق منها ما يدل علی الکراهة».

این نکته نیز توجه شود که مراد از «رد» در برخی عبارات فقها ممکن است انشاء فسخ باشد (صورت دومی که در متن مطرح شده است) نه مجرد اظهار کراهت، همانطور که برخی تعبیر صریح در این مطلب است، مانند عبارت روضة المتقین.

حاشیه مجمع الفائدة و البرهان، ص ۸۳: «إن من قال بصحة الفضولي يقول بصحته بالإجازة إذا لم یردھا المالك و لم یفسخه؛ مستند الشیعة، ج ۱۴، ص ۲۷۶: «و فيه أولاً: أنها ظاهرة فی رد الأب بیع الابن أولاً و فسخه، و القائل بالفضولي يقول بصحته مع عدمه».

البته چنان‌که در متن نیز آمده است حتی در فرض انشاء فسخ نیز اجازه بعدی نافذ است.

اجماع کرده‌اند و دیگران به جهت مشاغل بسیار و فقدان فرصت، بدون مراجعه آن را مدرک مسئله قرار داده‌اند. مرحوم آقای خوئی نیز فرموده که قبل از مرحوم شهید اول کسی چنین مطلبی را بیان نکرده است؛ پس چنین اجماعی نمی‌تواند مدرک مسئله قرار گیرد.

مسئله ردّ عقد را می‌توان به دو صورت تصوّر کرد که در یک صورت از جهت عقلاء روشن‌تر است که ردّ، اثر اجازه را خنثی نمی‌کند:

صورت اول: شخص عملاً با عقد مخالف است و شرایط آن را قبول ندارد، ولی پس از صحبت با او یا خواهش از او عقد را می‌پذیرد؛ در این گونه موارد عرف و عقلاء مخالفت قبلی او را موجب ابطال و از بین رفتن صحت تأهلی عقد نمی‌دانند، بنابراین با توافق بعدی، عقد به او منتسب می‌شود و صحیح است، مانند جایی که شخص ابتداءً نمی‌خواهد عقد کند و مخالف است، ولی بعد از صحبت کردن و خواهش، راضی می‌شود و عقد را منعقد می‌کند.

معمولاً اشخاص در امثال این موارد، ابطال عقد را انشاء نمی‌کنند، بلکه فقط اظهار می‌کنند که به عقد واقع شده رضایت ندارند، و این، مانع صحت عقد نیست.^۱

صورت دوم: شخص قبل از اجازه، انشاء ابطال عقد کند، مثلاً بگوید: «من قرار شما را ابطال کردم»، ولی بعداً با عقد موافقت کند؛ در این صورت ممکن است کسی در حکم مسئله، تأمل کند. البته در این صورت نیز دلیلی وجود ندارد که با انشاء ابطال، صحت تأهلی عقد از بین رفته و دیگر قابلیت صحت فعلی را نداشته باشد. شاهد اینکه ردّ، مانع صحت تأهلی عقد نیست، صحیح محمد بن قیس است که مورد آن فرضی بود که کار به منازعه و محکمه قضایی کشیده شد، ولی پس از گذشتن

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۶۱.

۲. البته استاد رحمته الله در مباحث بیع چنین فرموده است: اگر در فرضی که زمان طولانی از ردّ سپری نشده، رضایت دهد عقلاء همین را برای نفوذ عقد کافی می‌دانند و شرع هم ردّی از آن نکرده است؛ اما اگر مثلاً چند سال سپری شده باشد چنین نیست.

مقدماتی صاحب حق راضی شد، و امام علیه السلام به نفوذ اجازه و صحت عقد حکم کردند. بنابراین اجازه حتی بعد از رد مؤثر است، خصوصاً در صورت اول که انشای ابطال عقد، نشده باشد.

البته در هر دو صورت، نفوذ اجازه مشروط به این است که طرف دیگر عقد (اصلی) قبل از اجازه، از عقد خود منصرف نشده باشد و هنوز به آن ملتزم باشد و حتی اگر این التزام به جهت استصحاب ثابت شود کافی است. مرحوم آقای خوئی^۱ نیز بر خلاف شیخ انصاری^۲، التزام طرف دیگر را شرط می‌داند. به این نکته هم باید توجه کرد که به سبب قبول پس از رد، معامله جدیدی - معامله معاطاتی - صورت نمی‌گیرد تا عقد مستأنف باشد؛ بلکه بنا بر تحقیق، تنفیذ عقد سابق و از باب کاشفیت است که توضیح آن خواهد آمد.

حکم رد پس از اجازه

مسألة ۱۸: «كما لا يجوز الرد بعد الإجازة فمعها يلزم العقد.»^۳

مرحوم سید در ادامه فرموده همان طور که اجازه بعد از رد فایده ندارد، رد پس از اجازه هم بی فایده است؛ زیرا با وجود اجازه، عقد لزوم پیدا می‌کند، همان گونه که در معامله لازم، عاقد حق رد ندارد مگر در موارد وجود خیار که از جمله موارد خاص و خارج از فرض مسئله است.

معتبر نبودن لفظ یا فعل خاصی در اجازه

مسألة ۱۹: «لا يشترط في الإجازة لفظ خاص؛ بل تقع بكل ما دلّ على إنشاء الرضا بذلك العقد؛ بل تقع بالفعل الدالّ عليه.»^۴

در اجازه، لفظ خاصی معتبر نیست، بلکه هر لفظ یا فعلی که بر انشای رضایت

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۶۳.

۲. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۳۵۴.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۰.

۴. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۰.

دلالت کند، کافی است؛ ولی مجرد رضایت باطنی، گرچه معلوم هم باشد کفایت نمی‌کند و باید رضایت انشا شود، بر خلاف مرحوم شیخ انصاری که مجرد رضایت را کافی دانسته است.^۱

اشترط علم مُجیز به سلطنت خود بر اجازه و ردّ در صحت عقد

مسألة ۲۰: «یشترط فی المجیز علمه بأن له أن لا یلتزم بذلك العقد فلو اعتقد لزوم العقد علیه فرضی به لم یکف فی الإجازة. نعم؛ لو اعتقد لزوم الإجازة علیه بعد العلم بعدم لزوم العقد فأجاز فإن کان علی وجه التقييد لم یکف وإن کان علی وجه الداعي یكون کافیاً.»^۲

توضیح مسئله: مرحوم سید علم مجیز را به اینکه اختیار عقد با اوست و عقد بدون اجازه او منعقد نمی‌شود، یکی از شرایط تأثیر اجازه دانسته است؛ پس اگر مجیز با اعتقاد به اینکه این عقد شرعاً لازم است و اجازه او دخالتی در آن ندارد - به عنوان مثال، شرع این زن را زوجه و این مرد را زوج دانسته و اجازه مجیز دخالتی ندارد - عقد را اجازه کند، چنین اجازه‌ای معتبر نیست. اما اگر معتقد باشد که اجازه او مؤثر است، ولی شرعاً موظف است اجازه دهد، اجازه او به دو صورت قابل تصوّر است:

صورت اول: اجازه او به صورت تقییدی باشد، یعنی انشاء اجازه، مقتید به وجوب تکلیفی اجازه، محقق شده باشد به گونه‌ای که اگر معتقد به وجوب تکلیفی نبود اجازه نمی‌داد؛ در این صورت، این اجازه صحیح نیست.

صورت دوم: اجازه او به صورت اول نباشد بلکه اعتقاد به لزوم اجازه، تنها ایجاد داعی کند - البته شاید معتقد به وجوب هم نباشد اجازه کند - بدون اینکه انشاء اجازه را به «وجوب تکلیفی اجازه» مقتید کند؛ در این صورت، این اجازه صحیح است، همان‌گونه که در معاملات اگر شخصی

۱. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۳۴۶.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۰.

به خیال اینکه معامله‌ای ضرری نیست و نفع دارد، معامله کند، سپس معلوم شود ضرری است یا سود ندارد، با توجه به اینکه تخلف در داعی شده، معامله صحیح است؛ زیرا در انشاء عقد بیع، این مطلب اخذ نشده که معامله به شرط عدم ضرر یا سود باشد. البته اگر در انشاء، این شرط را به صورت وحدت مطلوب اخذ کند، صحت معامله مشکل است.

بنابراین در محل بحث، اگر مجیز در انشای اجازه بگوید: «عقدی را اجازه می‌کنم که ملزم به اجازه دادن در آن هستم که اگر ملزم نبوم، اجازه نمی‌کردم»، عقد صحیح نیست؛ ولی اگر انشای عقد، مقتید نباشد و اعتقاد او داعی بر اجازه شود و عقد را مطلقاً امضا کند، این تخلف داعی است و اشکالی ندارد.

نقد کلام مرحوم سید

اما کلام ایشان قابل مناقشه است.

نقد اول: منقوض بودن صدر کلام ایشان

اولاً، تعبیر صحیح در شرط تأثیر اجازه - بنا بر صحت شرط مذکور - این است که رضایت باید مستند به «اعتقاد به عدم تأثیر اجازه» نباشد؛ به عبارت دیگر اعتقاد نادرست او نباید سبب صدور این اجازه شده باشد. البته مراد مرحوم سید نیز همین است، گرچه صدر عبارت ایشان قاصر است؛ زیرا صدر کلام مرحوم سید که علم مجیز را معتبر دانسته (یشترط فی المجیز علمه بأن له أن لا یلتزم بذلك العقد)، بطلان دو فرضی را اقتضا می‌کند که ایشان طبعاً به بطلان آنها ملتزم نیست:

- فرض اول (جهل به عقد یا ایقاع بودن قرار): معامله شرعاً متوقف بر اجازه شخص باشد، ولی او نمی‌داند این قرار از عقود است که بر قبول او متوقف باشد یا از ایقاعات است که قبول او دخالتی نداشته باشد ولی رضایت خود را ابراز می‌کند، مانند باب وصیت که برخی از فقهاء آن را از عقود شمرده‌اند، که اگر کسی با وجود اینکه نمی‌داند وصیت از عقود است، آن را قبول کند، این وصیت بر او لازم می‌شود گرچه او علم به تأثیر قبول خود نداشته است. طبق قاعده این عقد حتی بنا بر نظر مرحوم سید هم صحیح است، در حالی که مقتضای صدر کلام ایشان که علم

مجیز را معتبر دانسته، بطلان چنین عقدی است.

• فرض دوم (جهل به تأثیر اجازه در قرار): معامله شرعاً متوقف بر اجازه شخص باشد، ولی او نمی‌داند که اجازه‌اش در صحت عقد نقش دارد. در این فرض چنانچه این شخص به عقد میل داشته باشد و آن را اجازه کند، طبق کلام مرحوم سید، عقدش باطل است؛ زیرا این شخص نیز به دخالت اجازه‌اش علم ندارد، در حالی که این مطلب صحیح نیست و عقد او صحیح است؛ زیرا اجازه او مستند به اعتقاد نادرستش نیست و مطلقاً - اجازه بر او لازم باشد یا نباشد - به عقد رضایت دارد، مانند اینکه پدری دختر ثبیه خود را بدون اذن او عقد کند و دختر با وجود جهل به اعتبار رضایت خودش، به عقد مایل شود و رضایت دهد.

در هر صورت، ذیل عبارت عروه (فلو اعتقد لزوم العقد علیه فرضی به لم یکف فی الإجازة) این مشکل را ندارد.

نقد دوم: لزوم تفصیل بین صدور اجازه به نحو تقیید و داعی

ثانیاً، در تأثیر علم به حکم در فعلیت حکم، اشکال عقلی شده و گفته شده که مستلزم دور است؛ لذا در مقام نیز تأثیر علم به «صحت اجازه» در «صحت اجازه» همین اشکال مطرح خواهد بود؛ ولی این مطلب مورد بحث قرار گرفته و بنا بر نظر برخی، اشکال عقلی آن حل شده و از این جهت به مختار مرحوم سید اشکالی وارد نمی‌شود. ولی اشکال اصلی این است که اثباتاً دلیلی وجود ندارد که شرط صحت اجازه، علم به تأثیر آن یا عدم علم به آن باشد، بلکه به نظر می‌رسد که بین فرض اول در عبارت عروه - که مجیز اعتقاد به لزوم عقد دارد و اجازه می‌دهد - و فرض دوم - که مجیز خود را شرعاً موظف به اجازه می‌داند - فرقی نیست و همان تفصیل بین صدور اجازه به نحو تقیید و به نحو داعی که در فرض دوم مطرح است در فرض اول هم می‌آید، به این بیان که در فرض اول نیز اگر مجیز، انشای اجازه خود را به زعم باطلش (که اجازه او تأثیری در لزوم

عقد ندارد) مقید کند، اجازه او بی فایده است و عقد تصحیح نمی شود؛ ولی اگر انشای اجازه خود را به آن مقید نکند و اعتقادش، داعی بر صدور اجازه باشد، اجازه مؤثر است و موجب صحت عقد می شود، مثل اجازه مذکور در صحیح محمد بن اسماعیل بن بزيع^۱ که زن در حال مستی عقدی کرده و بعد از خروج از مستی به گمان اینکه عقد صحیح و لازم واقع شده، آن را اجازه کرده است، که امام علیه السلام اجازه او را مؤثر دانسته و به صحت عقد او حکم کرده اند؛ لذا این روایت ناظر به فرض تقیید - نه داعی - نیست.

البته در بعضی از فروض که طرف مقابل، قصد از بین بردن حقوق مجیز را دارد و مجیز اعتقادش مطابق واقع نیست، با اینکه اجازه را مقید به اعتقادش نکرده، ولی حکم به بطلان عقد می شود، مانند اینکه شخصی به قصد سرقت از صاحب خانه وارد منزل او شود و میزبان خبر از نیت او ندارد و به دلیل اطمینان به او، رضایت و اباحه تصرف را به عدم نیت سوء شخص مقید نکرده و فقط اعتقاد نادرست او ایجاد داعی کرده و اعلام رضایت کرده است. در این صورت عرف، تصرفات آن شخص را تعدی و ظلم می داند، مثلاً در صحیح ابی ولاد^۲، قاطرچی بعد از حکم باطل ابوحنیفه، ابی ولاد را در جل قرار داد، بدون اینکه حلیت را به حکم ابوحنیفه مقید کند که اگر حکم ابوحنیفه حق باشد تو را در جل قرار دادم، و امام علیه السلام با اینکه حلیت مقید نبود، به بطلان آن حکم کرد. بنابراین در هر موردی که تصرف شخص، تعدی در مال دیگران باشد، اجازه بی تأثیر است و عقد باطل است، گرچه از قبیل تخلف داعی باشد، برخلاف مواردی مثل عقد سکری که زوج قصد تضییع حقوق زن را ندارد، و چون اجازه سکری به نحو داعی صادر شده، عقدش صحیح است.^۳

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۹۲، ح ۴۷: عن الحسين بن سعيد عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب التبيد...» وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۴، ح ۱.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۲۹۰، ح ۶: عده من أصحابنا عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن أبي ولاد الحنات قال: «اكثریت بغلا إلى قصر ابن هبيرة ذاهبا...» وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۱۱۹، ح ۱.

۳. رک: مباحث وطی در دبر حائض، ذیل مسئله ۵ از احکام نزدیکی (العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۰۹)، نظر مختار در تحقق حنث قسم.

بررسی کاشفیت اجازه مجیز

مسألة ۲۱: «الإجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه فيجب ترتيب الآثار من حينه.»^۱ یکی از مسائل مهم در باب عقد فضولی که فقها تفصیل آن را بیشتر در کتاب بیع متعرض شده‌اند این است که آیا اجازه کاشف از صحت عقد است یا ناقل است؟ این مسئله به صورت مختصر از جهت مقتضای قواعد و سپس از جهت روایات بررسی خواهد شد.

اقوال فقها

در این مسئله چهار قول وجود دارد:

قول اول: کشف حقیقی

قول اول، کشف حقیقی است؛ یعنی اجازه در حقیقت کاشف از صحت عقد از زمان وقوع آن است و از همان زمان، آثار صحت عقد مترتب می‌شود؛ بنابراین اگر کسی بداند که اصیل حتماً اجازه خواهد داد، از ابتدای انشای عقد می‌تواند آثار صحت را بر عقد مترتب کند. این قول را مشهور^۲ و مرحوم سید اختیار کرده‌اند.

قول دوم: کشف انقلابی

قول دوم، کشف انقلابی است؛ یعنی عقد قبل از اجازه فاسد است و هیچ‌یک از آثار صحت بر آن مترتب نمی‌شود، ولی پس از اجازه اصیل، به حکم شارع به عقد صحیح تبدیل می‌شود و پس از اجازه می‌توان آثار صحت را از ابتدای تحقق عقد مترتب کرد. این قول را مرحوم آقای حکیم بعد از بحث مفصلی اختیار کرده است.^۳

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۱.

۲. برای نمونه: ایضاح الفوائد، ج ۱، ص ۴۱۹-۴۲۰؛ الدروس الشرعیة، ج ۳، ص ۱۹۲؛ التنقیح الرائع، ج ۲، ص ۲۶؛ مسالك الأقطام، ج ۳، ص ۱۵۸؛ مجمع الفائدة والبرهان، ج ۸، ص ۱۵۹؛ ریاض المسائل، ج ۸، ص ۲۲۷؛ رسائل الميرزا القمي، ج ۱، ص ۴۲؛ المناهل، ص ۲۸۹-۲۹۰؛ مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۸۰؛ أنوار الفقاهة، کتاب البیع، ص ۲۵؛ جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۸۹.

در مقابل مشهور برخی مثل صاحب مدارک مبنای نقل را برگزیده‌اند (نهایة المرام، ج ۱، ص ۲۷۱).

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۹۵.

قول سوم: کشف حکمی

قول سوم، کشف حکمی است؛ یعنی عقد پیش از اجازه، حقیقتاً فاسد است، ولی پس از آن، نازل منزله عقد صحیح می‌شود و به حکم شارع و تنزیلاً فقط آثار صحت بر آن مترتب می‌شود. به بیان دیگر پس از اجازه نیز عقد فاسد است، ولی حکم شارع آن را به منزله عقد صحیح قرار می‌دهد و می‌توان آثار صحت را بر آن مترتب کرد، مانند «الطواف بالبيت صلاة»^۱ که در حقیقت طواف، صلات نیست، ولی شارع طواف را در ترتب احکام، نازل منزله صلات قرار می‌دهد و می‌گوید: «حکم صلات را بر طواف نیز مترتب کن». این قول را برخی از فقها اختیار کرده‌اند^۲ و قول مختار نیز همین است.

قول چهارم: نقل

قول چهارم، نقل است؛ یعنی اجازه هیچ‌یک از اقسام کاشفیت را ندارد، بلکه عقد را از زمان اجازه، تصحیح می‌کند.

بررسی وجوه قول اول (کشف حقیقی)

مرحوم آقای حکیم فرموده است که قائلین به کشف حقیقی، چهار وجه را برای آن بیان کرده‌اند.^۳

وجه اول: تام بودن سببیت عقد برای ملکیت

وجه اول کشف حقیقی این است که عقد با لحاظ «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۴ سبب تام برای ملکیت است؛ پس عقد از ابتدا، صحیح واقع شده و آثار صحت باید بر آن مترتب شود و اجازه، کاشف از آن است. مرحوم شیخ انصاری در مکاسب^۵ و مرحوم آقای

۱. عوالي اللآلی، ج ۲، ص ۱۶۷، ح ۳.

۲. برای نمونه: کتاب المكاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۴۰۸-۴۰۹؛ مصباح الفقیه، ج ۱۴، ص ۶۵۱؛ و ص ۶۵۷؛ منیه الطالب، ج ۱، ص ۲۰۳؛ العروة الوثقی (المحسّنی)، ج ۵، ص ۶۳۵.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۹۴.

۴. المائدة، ۱.

۵. کتاب المكاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۳۹۹.

حکیم^۱ این وجه را به محقق کرکی^۲ نسبت داده‌اند.

وضوح بطلان وجه اول

ولی بطلان این وجه بر حسب ظاهرش کاملاً روشن است؛ زیرا همان‌طور که آقای حکیم در مستمسک فرموده این بیان با ادله اعتبار اجازه که قائل به این وجه به آن، معترف است، منافات دارد. چگونه می‌توان عقد بدون اجازه را سبب تام دانست و از طرفی آن را به لحوق اجازه مشروط کرد؟!^۳

ظاهراً نظر محقق کرکی^۴ این است که مقتضای عموماتی مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» این است که از جهت انشاء، همین عقدی که انشاء شده، کافی است و مراد از علت تأمه بودن عقد، علّیت تأمه بر حسب انشاء است. پس اگر از ادله دیگری اشتراط اذن یا اجازه استفاده شود، مجرد عقد کافی نیست و صورتی که نه اذن و نه اجازه وجود ندارد از تحت عمومات خارج است. در عقدی که اصیل تا پایان هم اجازه نمی‌دهد نمی‌توان قائل به صحت شد و بدیهی است که امثال محقق کرکی نیز به صحت چنین عقدی قائل نیستند.

بنابراین می‌توان کلام ایشان را به یکی از سه وجه بعدی از وجوه کشف حقیقی برگشت داد؛ یعنی خصوصیتی وجود دارد که در صورت اجازه می‌توان گفت عقد صحیح است، به این نحو که یا مراد این است که رضایت تقدیری کافی است یا وصف تعقب به اجازه کافی است یا اینکه اجازه به نحو شرط متأخر کافی است که تفصیل و تبیین هریک از این سه وجه در ذیل خواهد آمد. طبق هریک از این سه وجه، اگر در پی عقد فضولی اجازه آمده باشد، این عقد از تحت عمومات وفای به عقود خارج نیست، نه اینکه مراد ایشان آن باشد که مجرد عقد کافی است. البته وجه اول از این سه وجه بعید است مراد امثال محقق کرکی باشد.

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۹۴.

۲. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۷۴.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۹۵-۴۹۶.

۴. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۷۴.

وجه دوم: اعتبار رضایت اعم از فعلی و تقدیری

وجه دوم، مطلبی از مرحوم میرزای رشتی است. ایشان فرموده است: رضایت معتبر در صحت عقد، اعم از فعلی و تقدیری است^۱، یعنی اگر کسی در صورت التفات به عقد، به آن راضی باشد، همین رضایت تقدیری او، برای صحت عقد کفایت می‌کند و در عقد فضولی، اجازه اصیل از رضایت تقدیری او از ابتدای تحقق عقد کشف می‌کند؛ از این رو اگر کسی از زمان تحقق عقد بداند که اصیل اجازه خواهد داد، می‌تواند آثار صحت عقد را از همان زمان مترتب کند.

اشکال وجه دوم: کاشف نبودن اجازه از رضایت تقدیری

به کلام مرحوم میرزای رشتی یک اشکال مختصّ وارد است و یک اشکال مشترک بین وجوه کشف حقیقی. اشکال مختصّ، بحثی است صغروی که آیا اجازه لاحق، کاشف از رضایت در هنگام عقد است یا خیر؟ و اشکال مشترک بحثی است کبروی که آیا رضایت فعلی یا تقدیری برای صحت عقد کافی است یا باید اذن یا اجازه به عقد ملحق شود؟ در مقام، تنها اشکال صغروی مطرح می‌شود و اشکال کبروی پس از بررسی همه وجوه کشف بیان خواهد شد.

در اشکال صغروی می‌توان گفت: اجازه کاشفیتی از رضایت تقدیری در زمان تحقق عقد ندارد؛ زیرا نظرات اشخاص بر اساس تغییر شرایط، تغییر می‌کند، مثلاً ممکن است در صورت التفات شخص هنگام عقد، شرایط به گونه‌ای باشد که نسبت به تحقق عقد تردّد و حتی کراهت داشته باشد، ولی پس از مدّتی به سبب عواملی مثل تنزّل قیمت‌ها، امضای عقد به مصلحت او شود و آن را امضا کند. برای نمونه، اگر خانه‌ای را که پنجاه میلیون ارزش دارد، فضولی به چهل میلیون بفروشد، چنانچه همان وقت از او پرسند که آیا راضی هستی، ممکن است بگوید نه، ولی اگر مثلاً یک سال دیگر که این خانه به دلیلی تنزّل قیمت پیدا کند و ارزش آن - مثلاً - به ده میلیون برسد، همین شخص، اکنون دیگر راضی خواهد بود گرچه در یک سال قبل رضایت تقدیری نداشت. صحیحهُ محمد بن قیس^۲ نیز شاهد

۱. کتاب الإجارة (رشتی)، ص ۱۳۵.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۲۱۱، ح ۱۲: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي نجران عن عاصم بن حميد عن

این است که ملازمه‌ای بین اجازه و رضایت تقدیری نیست؛ زیرا مضمون روایت این است که شخصی کنیزی داشته و پسرش بدون اذن او این کنیز را به دیگری می‌فروشد و سپس مالک کنیز، اطلاع پیدا کرده و کراهت خود را نسبت به این بیع ابراز می‌کند و کار به مخاصمه کشیده می‌شود، ولی بعداً به این بیع راضی شده و آن را امضا می‌کند و بیع تصحیح می‌شود؛ پس مالک در زمان عقد هیچ‌گونه رضایتی - نه رضایت فعلی و نه رضایت تقدیری - نسبت به عقد نداشته، بلکه پس از اطلاع از بیع نسبت به آن کراهت داشته است.

وجه سوم: کفایت صفت متعقب بودن عقد به اجازه

وجه سوم این است که عقد مؤثر، عقدی است که یا مقارن با رضایت فعلی باشد یا مقارن با صفت «المتعقب بالإجازة»؛ از این رو اگر تمام شرایط دیگر صحت محقق باشد، با ملحق شدن اجازه، کشف می‌شود که عقد از ابتدای تحقق، صحیح واقع شده است.^۱

وجه چهارم: تأثیر اجازه به نحو شرط متأخر

صاحب جواهر فرموده که وصف تعقب به اجازه یا اجازه تقدیری شرط صحت عقد نیست؛ بلکه حصول اجازه به نحو شرط متأخر، شرط صحت است.^۲ در احکام شرعی، التزام به شرط متأخر مانعی ندارد؛ زیرا شرایط موضوع، گرچه باید همواره با موضوع مقارن باشد تا علل مؤثر باشند و بدون تحقق موضوع و شرایط آن، هیچ وقت معلول محقق نمی‌شود، ولی این مربوط به شرط فلسفی و مانند آن است و این اشکال عقلی به شرط شرعی وارد نیست؛ زیرا شروط شرعی، در حقیقت معترف موضوع حکم هستند و از باب تشابه، بر آنها شرط اطلاق شده است. در حقیقت آنچه علت تأتمه برای حکم به صحت است و باید مقارن باشد، اراده شارع است که با علم او به تعقب اجازه، هنگام صدور عقد، صحت این عقد را اراده

محمد بن قیس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضی أمير المؤمنين (صلوات الله عليه) في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب...؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۴۳، ح ۱.

۱- این وجه را صاحب فصول اختیار کرده است: الفصول الغروية، ص ۸۰.

۲- جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۸۹.

کرده است. بنابراین شرط که در اینجا همان علم و اراده شارع است، مقارن با عقد است و مقارن با عقد وجود دارد.

این وجوهی که ارائه شد، ثبوتی است که از جهت عقلی اشکال و مانعی در آنها وجود ندارد، ولی برای صحت و بطلان آنها نیاز به بحث از ادله اثباتی است که در ذیل خواهد آمد.

اشکال قول اول (کشف حقیقی): اشتراط انشاء اجازه در تصحیح عقد

بر اساس بنای عقلاء، رضایت تقدیری صاحب حق، یا تقارن صفت تعقب اجازه و علم الهی به تحقق اجازه، هیچ یک برای ترتب آثار صحت از ابتدای عقد کافی نیست؛ بلکه حتی عقلاء بدون تحقق انشاء، رضایت فعلی - نه رضایت لاحق - را هم در معاملات کافی نمی دانند. بنابراین بر اساس بنای عقلاء در باب معاملات، انشاء اجازه لازم است و رضایت تقدیری یا تقارن صفت تعقب اجازه و علم الهی به تحقق اجازه کافی نیست و اثبات صحت نیازمند دلیل شرعی است، گرچه سکوت یا تقریر در بعضی از موارد در حکم انشاء و امضاء است.

البته در تصرفات خارجی، مجرد رضایت فعلی کافی است. به عنوان مثال، کسی که قصد دارد در ملک زید اقامت داشته باشد و غذا بخورد، اگر بداند که زید راضی است، تصرفش اشکالی ندارد و مجرد علم به رضایت در تصرف کفایت می کند؛ ولی در باب معاملات اگر کسی بدون اذن و اطلاع زید خانه او را که ده میلیون تومان قیمت دارد، به بیش از آن بفروشد، با اینکه می داند اگر زید متوجه چنین معامله شیرینی شود قطعاً راضی می شود، سیره عقلا این رضایت را برای صحت معامله کافی ندانسته و انشاء اجازه را لازم می داند، حتی اگر زید ثبوتاً موافق چنین معامله ای باشد. همچنین در باب نکاح اگر کسی برای زید، زنی با کمالات و با مهر کم پیدا کند که زید قطعاً به آن راضی است، عقلاء مجرد این رضایت را برای تحقق زوجیت کافی نمی دانند و انشاء رضایت از زید را - گرچه با واسطه ای مثل وکیل - لازم می دانند.^۱

۱. البته چنان که استاد رحمته الله در مطالب مربوط به مهر از کتاب شرائع فرموده است، ممکن است گفته شود

استدلال به آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» برای اثبات کشف حقیقی

مرحوم آقای حکیم برای اثبات صحت به وسیله ادله شرعی، بحث ناقصی را مطرح کرده^۱ که شایسته بود با بیان نکته مرحوم شیخ انصاری^۲ درباره مفاد آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و بررسی آن، بحث را کامل می‌کرد.

آقای حکیم^۳ به صورت مجمل فرموده که باید عقد به مالک و «من له السلطنة» انتساب و اضافه پیدا کند، بدون اینکه دلیلی برای آن ذکر کند. مرحوم شیخ انصاری^۴ مدعی است که رضایت واقعی مالک اصلی به عقدی که دیگران برای او انجام داده‌اند، به دلیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» - نه بنای عقلاء - برای تصحیح عقد کافی است، گرچه مالک از آن عقد بی‌اطلاع باشد و عاقد هم به رضایت او علم نداشته باشد. ایشان در توضیح مفاد آیه فرموده که مراد از «عقود»، هر عقدی است که انشاء می‌شود و منحصر در عقد مالک نیست، ولی ادله‌ای وجود دارد که اگر شخصی بدون اذن یا اجازه یا رضایت مالک، قراردادی نسبت به مال او انجام داد، عقد صحیح نیست. به بیان دیگر، آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» به فرض عدم اذن و اجازه و رضایت، تقیید خورده؛ از این رو در مواردی که خروج از عموم آیه مشکوک است، مثل مواردی که رضایت مالک وجود دارد، ولی اذن یا اجازه همراه آن نیست، به عام تمسک می‌شود.

که انشاء نیز لازم نیست، بلکه مجرد انتساب عقد به مالک کافی است، مثلاً اگر به مالک گفته شود آیا شما راضی به فروش خانه هستید یا اینکه می‌داند اگر خبر از رضایت قلبی خود دهد کسی خانه او را خواهد فروخت، با این حال، خبر از رضایت قلبی خود دهد - نه اینکه انشاء رضایت کند - همین کافی است؛ یعنی انتساب به مالک معتبر است و لو به نحو این اخبار خاض باشد (کتاب نکاح، مباحث مهر صحیح، حکم مهر قرار دادن خمر و خنزیر توسط مسلمان (شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۶۸)؛ و لو عقد الذمیان علی خمر أو خنزیر صح لألھما یملکانه و لو أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض دفع القيمة لخروجه عن ملک المسلم سواء کان عیناً أو مضموناً)).

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۸۸.

۲. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۳۵۰.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۸۸.

۴. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۳۵۰.

اشکال استدلال به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

در نقد استدلال به آیه بر صحت عقد فضولی، گرچه بیان شد که اطلاق کلمه «وفا» بر عمل به التزام دیگری صحیح است، و متمسک به آن برای اثبات صحت تأهلی عقد فضولی را نیز پذیرفتیم، اما از این آیه مبنای کشف حقیقی قابل اثبات نیست. توضیح مطلب: هرچند آیه ناظر به اثبات مشروعیت تمام عقودها (خواه ذاتاً مشروع باشند یا نباشند) نیست، ولی از جهت اسباب تحقق آن امر اعتباری همچون ملکیت یا زوجیت که در عقود مطرح است، اطلاق دارد و با آن می‌توان نتیجه گرفت که شروط خاصی در اسباب نیست، در نتیجه، شرط نیست که صیغه عقد توسط خود انسان یا وکیل یا مأذون انسان تحقق یابد؛ لذا عقد فضولی پس از اجازه مالک تصحیح می‌گردد، اما به این معنا نیست که عقد از ابتدا و قبل از زمان اجازه نیز تصحیح می‌شود؛ زیرا عقلاء، اجازه لاحق را کاشف از صحت عقد از ابتدا نمی‌دانند و از آیه چنین برداشت نمی‌شود که در مقام بیان حکم تأسیسی و تعبدی است تا گفته شود شارع حتی اسبابی غیر از اسباب مقبول در نزد عقلاء را پذیرفته است، پس نمی‌توان برای تصحیح عقد فضولی به نحو کشف حقیقی، به آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» متمسک کرد.

اشکال قول دوم (کشف انقلابی): لزوم انقلاب الشیء عما وقع علیه

آقای حکیم بعد از اختیار کاشفیت انقلابی اجازه، اشکال عقلی «استحالة انقلاب الشیء عما وقع علیه العقد» را در اینجا تطبیق داده که محال است عقدی که از ابتدا به همراه اجازه و به صورت صحیح، انشاء نشده، پس از تحقق اجازه، تبدیل به عقد نافذ و صحیح شود، و در جواب از آن فرموده است:

«أن ذلك یختص بما إذا كان الأثر حقیقاً؛ أما إذا كان اعتباریاً - مثل

الملکیت، و الزوجیت، و نحوهما - فلا مانع من ذلك.»^۱

برخی شاگردان مرحوم آقای طباطبایی نیز همین مطلب را از ایشان نقل کردند

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۹۵.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۹۸.

که عدم تأثیر متأخر در متقدم و مانند آن، مربوط به امور حقیقی است و در امور اعتباری و احکام شرعی که از مقوله اعتبار است جریان ندارد.^۱ بر اساس این بیان، کلام صاحب کفایه در تعریف تعارض دو دلیل که از آن به مخالفت دوشیء بر وجه تناقض یا تضاد تعبیر کرده^۲، درست نیست؛ زیرا تناقض و تضاد مربوط به امور حقیقی است و احکام شرعی از امور اعتباری هستند.

ولی این ادعا ناتمام است؛ زیرا امور اعتباری گرچه مجرد فرض و اعتبار هستند، ولی با چند امر حقیقی ملازم هستند: امر اول، نفس اعتبار که عبارت از «فرض کردن» است، امر دوم، مبادی اعتبار، مانند علم به مصلحت و مفسده که منشأ اعتبار می شود، و امر سوم، آثار اعتبار، مانند ثواب و عقاب، و بهشت و جهنم که بر موافقت و مخالفت امر اعتباری مترتب می شود؛ بنابراین مخالفت دو امر اعتباری نیز در مسئله تناقض و امثال آن داخل است؛ زیرا لازمه تناقض نبودن این است که هم اعتبار شود و هم نشود، هم علم به صلاح باشد و هم نباشد، هم ثواب یا عقاب باشد و هم نباشد که این موارد تناقض در امور حقیقی است، پس احکام امور حقیقی بر امور اعتباری نیز مترتب می شود.

لذا کلام آقای حکیم (عدم جریان قاعده «الشیء لا ینقلب عما وقع علیه» در امور اعتباری) تمام نیست. به عنوان مثال، اگر امروز بیستم ماه باشد، نمی توان گفت که زید اول ماه، هم مالک شده و هم مالک نشده، با این بیان که در روز اول ماه که اجازه نبود، زید مالک نشده بود و اکنون که بیستم ماه است و «من له حق الإجازة» اجازه داده، او از اول ماه مالک شده است؛ زیرا در تناقض، هشت وحدت، شرط است که یکی از آنها وحدت زمان است و مراد از وحدت زمان، وحدت زمان حکم نیست، بلکه وحدت زمان محکوم به است؛ بنابراین در مثال مذکور اگر وجود عینی ملکیت و عدم آن فرض شود، یعنی از یک جهت، حکم شود که زید از اول ماه مالک بوده و از جهت دیگر حکم شود که مالک نبوده، تناقض است. البته اگر وجود عینی ملکیت در اول ماه و وجود علمی آن در زمان حاضر لحاظ شود، تناقض

۱. رک: حاشیة الکفایة (علامة طباطبائی)، ج ۱، ص ۱۰۷.

۲. کفایة الأصول (چاپ آل البیت)، ص ۴۳۷.

لازم نمی‌آید، یعنی زید از اول ماه مالک بوده، ولی اکنون روشن شده که زید، آن وقت مالک نبوده که کشف حکمی و امری معقول است.

کسی اشکال نکند که ملکیت وجود عینی ندارد؛ زیرا در اینجا دو امر است که نباید بین آنها خلط شود، اگر زید شجاع، اسد فرض شود، اسد مفروض، وجود خارجی ندارد و صحت سلب دارد، می‌توان گفت: «اسد موجود نیست»، ولی عنوان «مفروض الأسدیّه» از زید، صحت سلب ندارد؛ زیرا این عنوان، امری واقعی است که به فرضی که شده، قائم است. بنابراین متعلق فرض، صحت سلب دارد، ولی معلول فرض که یک عنوان انتزاعی است، صحت سلب ندارد و در محل بحث نیز همین مطلب جریان دارد که ملکیت اول ماه، شاید موجود شده باشد، ولی معلوم نباشد، که این کشف حکمی است و مانعی ندارد، ولی اینکه ملکیت زید هم وجود داشته باشد که صحت سلب ندارد، و هم وجود نداشته باشد، تناقض است و قابل جمع نیست.

دوران امر بین قول سوم (کشف حکمی) و قول چهارم (نقل)

بارد کشف حقیقی و انقلابی، امر دایر بین کشف حکمی و نقل خواهد بود. ابتدا روایات مربوط به این بحث بررسی می‌شود تا معلوم شود کشف حکمی مبنای صحیح است یا نقل.

روایات دال بر کاشفیت اجازه

از چهار روایت ذیل، روایت اول و دوم مربوط به نکاح فضولی، روایت سوم مربوط به طلاق فضولی و روایت چهارم مربوط به بیع فضولی است.

روایت اول: صحیحۃ ابی عبیدۃ حدّاء

عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعًا عَنْ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رِثَابٍ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ قَالَ:

«سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام عَنْ غُلَامٍ وَ جَارِيَةٍ زَوَّجَهُمَا وَلِيَّانِ لِهَمَّا وَ هُمَا غَيْرَ مُدْرِكِينَ ... قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ الَّذِي أَدْرَكَ قَبْلَ الْجَارِيَةِ وَ

رضی بالنکاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أثرته؟ قال: نعم؛ يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر. قلت: فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت أيرثها الزوج المدرك؟ قال: لا؛ لأن لها الخيار إذا أدركت. قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك؟ قال: يجوز عليها تزويج الأب ويجوز على الغلام والمهر على الأب للجارية.^۱

مورد این روایت صحیحه جایبی است که اولیای عرفی صغیرین - نه ولی شرعی مانند پدر و جد - آن دو را به یکدیگر تزویج کرده‌اند و صغیر پس از بلوغ، عقد را اجازه کرده، ولی قبل از بلوغ صغیره و صلاحیت وی برای اجازه، پسر از دنیا رفته است. امام علیه السلام در پاسخ این سؤال که آیا صغیره از زوج ارث می‌برد، فرموده‌اند: «بله، باید سهم ارث او جدا شود تا بالغ شود و قسم بخورد که به دلیل اخذ میراث، عقد نکاح را اجازه نمی‌کند که در این صورت پس از قسم خوردن و اجازه عقد، ارث می‌برد». از روایت استفاده می‌شود که اجازه، کاشف است و نمی‌توان آن را ناقل دانست تا از زمان اجازه، عقد، محقق شود؛ زیرا فرض این است که زوج در زمان اجازه از دنیا رفته است.

عدم دلالت روایت بر کشف حقیقی

دلالت این روایت برای اثبات کشف حقیقی از سوی برخی پذیرفته شده است^۲ و روایت عباد و حلبی که در ادامه آمده است اصلاً مطرح نشده است.^۳ تقریب دلالت روایت فوق بر کشف حقیقی چنین است:

در صحیحہ ابی عبیدہ عاقد فضولی که ولی عرفی صغیرین بوده - نه ولی

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۱، ح ۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۹، ح ۱.

۲. برای نمونه: کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۴۰۹-۴۱۰؛ حاشیه کتاب المکاسب (محقق همدانی)، ص ۲۱۸.

۳. البته مرحوم نراقی در مستند به روایت عباد و حلبی توجه داشته است، اما نه در بحث از کاشف یا ناقل بودن عقد فضولی (مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۸۰) بلکه در فرعی دیگر (مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۹۲).

شرعی - عقد نکاحی بین صغیرین انشا کرده و یکی از صغیرین پس از بلوغ، عقد را اجازه می‌کند و پس از اجازه فوت می‌شود و طرف دیگر عقد در زمان موت مُجیز، صغیر بوده، که در این صورت امام علیه السلام فرموده‌اند: سهم ارث صغیر - که در فرض روایت، زوجه است - کنار گذاشته شود (مانند آنچه فقها در مورد کنار گذاشتن سهم ارث حاملی که معلوم نیست زنده یا مرده به دنیا می‌آید فتوا داده‌اند)^۱، اگر پس از بلوغ، عقد را اجازه کند و قسم بخورد که به دلیل طمع در مال عقد را اجازه نکرده، بلکه حقیقتاً راضی به زوجیت بوده، ارث به او داده می‌شود. از روایت استفاده شده که حقیقتاً زوجیت از ابتداء حاصل می‌شود، گرچه در ظاهر متوقف بر تحقق اجازه است، نه اینکه زوجیت بعداً حاصل شود؛ زیرا پس از فوت یکی از دو طرف عقد، زوجیت بی‌معنا است و دلیل آن این است که امام علیه السلام فرموده‌اند: «سهم ارث را کنار بگذارند» که از آن استفاده می‌شود با توجه به اینکه مالکیت صغیره نسبت به ارث معلوم نیست باید سهمش کنار گذاشته شود؛ ولی این احتمال که در زمان موت صغیر، ترکۀ او ملک ورثه شود و پس از اجازه از ملک ورثه خارج شود و به صغیره (زوجه) برسد بسیار بعید و خلاف ظاهر روایت است، همان طور که احتمالات دیگر، مانند اینکه سهم مزبور از ملک میت خارج نشود یا مال بدون مالک باشد نیز چنین است. بنابراین از این روایت که دالّ بر مالک ارث بودن صغیره از زمان موت صغیر است، مبنای کشف حقیقی را استفاده کرده‌اند.

ولی مدلول این روایت با کشف حکمی نیز سازگار است؛ زیرا نهایتاً از این روایت استفاده می‌شود که نسبت به بعضی از احکام زوجیت، مانند ارث بردن، کشف حقیقی ثابت است؛ ولی اینکه تمام احکام زوجیت، مانند جواز نظر و حرمت سفر بدون اذن و امثال آن، در حقیقت از ابتدا برای زوجین ثابت شده قابل استفاده نیست؛ بنابراین می‌توان گفت که نسبت به بعضی از احکام، اثر کشف حقیقی ثابت است و نسبت به بعضی دیگر، اثر کشف حکمی، بدین معنا که اگر زوجیت از اول ثابت بود، هر اثری که نسبت به لاحق داشت، بعداً مترتب می‌شود، و زوجیتی که نسبت به آثار تبعض داشته باشد - بعضی از آثار زوجیت حقیقی بار شود و

۱. ر.ک: مسالک الأفهام، ج ۱۳، ص ۲۶۰؛ جواهر الکلام، ج ۳۹، ص ۷۲.

بعضی از آثار آن بار نشود- زوجیت حقیقی نیست بلکه زوجیت حکمی است که بعضی از احکام آن، بعداً مترتب می شود.

روایت دوم: روایت عباد بن کثیر

عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ وَ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عِيسَى عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ نَعِيمِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ عَبَادِ بْنِ كَثِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ:

«سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَ ابْنَاهُ مَدْرَكَا مِنْ يَتِيمَةٍ فِي حَجْرِهِ، قَالَ: تَرْتُهُ إِنْ مَاتَ وَلَا يَرِثُهَا لِأَنَّ لَهَا الْخِيَارَ وَلَا خِيَارَ عَلَيْهَا.»^۱

بررسی سند

این روایت به نظر مختار صحیح نیست. البته بنا بر نظر مشهور با توجه به اینکه در سند آن، حسن بن محبوب قرار دارد که از اصحاب اجماع است^۲، معتبر است.

بررسی دلالت

در این روایت بلوغ پسر فرض شده و از ناحیه او عقد، فضولی نیست ولی از ناحیه صغیره فضولی است؛ لذا اگر صغیره فوت شود و پسر زنده باشد، از او ارث نمی برد؛ ولی اگر پسر فوت شود و صغیره پس از بلوغ، عقد را اجازه کند، از پسر ارث می برد. از این روایت هم مانند دو روایت قبل استفاده می شود که شارع مقدس بین آن زوج و زوجه حکم زوجیت را در زمان حیات بار کرده، وگرنه تحقق زوجیت بعد از مرگ معنا ندارد.

مراد از «خیار» در این روایت و روایت اول، خیار مصطلح فقهی نیست، بلکه

۱. الکافی، ج ۷، ص ۱۳۲، ح ۲؛ رک: وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۹-۲۲۰، ح ۲.

۲. البته اینکه او از اصحاب اجماع باشد، روشن نیست (رجال الکثنی، ص ۵۵۶: «أجمع أصحابنا علی تصحیح ما یصح عن هؤلاء و تصدیقهم و أفروا لهم بالفقه و العلم: و هم ستة نفر آخر دون الستة نفر الذين ذکرناهم فی أصحاب أبي عبد الله عليه السلام منهم یونس بن عبد الرحمن و صفوان بن یحیی بیاع السابری و محمد بن أبي عمیر و عبد الله بن المغيرة و الحسن بن محبوب و أحمد بن محمد بن أبي نصر و قال بعضهم: مکان الحسن بن محبوب: الحسن بن علي بن فضال و فضالة بن أيوب و قال بعضهم: مکان ابن فضال: عثمان بن عیسی»).^۳

مقصود اجازه‌ای است که در باب فضولی معتبر است.

روایت سوم: صحیحہ حلبی

یاسنادہ عن الحسن بن محبوب عن علی بن الحسن بن رباط عن ابن مسکان عن الحلبي، قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام الغلام له عشر سنين فيزوجہ أبوه في صغره أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: أما تزويجه فهو صحيح وأما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم أنه كان قد طلق فإن أقر بذلك وأمضاه فهي واحدة بآئنة وهو خاطب من الخطاب وإن أنكر ذلك وأبى أن يمضيه فهي امرأته. قلت: فإن ماتت أو مات؟ قال: يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقي ثم يحلف بالله ما دعاه إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالتكاح ويدفع إليه الميراث.»^۱

این روایت، صحیحہ است و مفاد آن درباره پدری است که پسر ده ساله خود را تزویج کرده و سپس پسر یا خود پدر اقدام به طلاق کرده است که امام عليه السلام ازدواج را نافذ دانسته‌اند؛ ولی در مورد طلاق فرمودند که باید صبر کرد تا پسر بالغ شود، اگر پس از بلوغ طلاق را امضاء کند، از یکدیگر جدا می‌شوند و اگر طلاق را رد کند ازدواج به قوت خود باقی است. سائل پرسیده اگر قبل از اجازه طلاق، یکی از زوجین از دنیا برود وظیفه چیست؟ حضرت فرمودند که میراث دیگری متوقف بر این است که بعد از بلوغ، قسم یاد کند که به نکاح راضی بوده، یعنی علت اجازه نکردن طلاق از سوی پسر یا رد نکردن تزویج از سوی دختر، مسئله ارث نبوده است. در این روایت باید نکاح صغیره را به گونه‌ای حمل کرد که به اجازه دختر نیاز است، مثلاً نکاح به صلاحش نبوده یا غیر ولی شرعی او را تزویج کرده است.

این روایت از ادله صحت طلاق فضولی است و طبق تحقیق آنچه شهید اول^۲ فرموده که در باب ایقاعات، اجماع بر عدم صحت فضولی منعقد شده ظاهراً تمام

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۱۰، ح ۵۶۶۵؛ ر.ک: وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۲۰، ح ۴.

۲. غایة المراد، ج ۳، ص ۳۷.

نیست و ایقاعات فضولی نیز مانند عقود، قابل تصحیح و تنفیذ هستند.

روایت چهارم: صحیحہ محمد بن قیس

علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي نجران عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«قضى أمير المؤمنين -صلوات الله عليه- في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه غلاماً ثم جاء سيدها الأول فخاصم سيدها الآخر فقال وليدتي باعها ابني بغير إذني فقال الحكم أن يأخذ وليدته وابنها فناشده الذي اشتراها فقال له خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينقد لك البيع فلما أخذه قال له أبوه أرسل ابني قال لا والله لا أرسل إليك ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه.»^۱

این روایت در باب نکاح عبید و إماء ذکر شده و موضوعش مربوط به پسری است که بدون اجازه پدر، کنیز او را می فروشد و خریدار، از کنیز، صاحب فرزند می شود و پس از مدتی مالک اول از معامله، اطلاع پیدا می کند و به معامله پسر خود راضی نمی شود، که امام علیه السلام فرموده اند: امیرالمؤمنین علیه السلام در چنین موردی حکم کردند که مالک اول، کنیز خود و فرزند کنیز را از مالک دوم بگیرد. مالک دوم که باید قیمت فرزند را به مالک اول پرداخت کند^۲ از امیرالمؤمنین علیه السلام تقاضا می کند که راهی به او تعلیم دهد تا بدون پرداخت قیمت، فرزند خود را از مالک اول بگیرد -چون نمی خواسته پولی بپردازد- لذا حضرت فرمودند: «پسر مالک اول را گرو بگیر»؛ زیرا پسر مالک اول از مالک دوم (مشتري) بابت فروش کنیز ثمن را گرفته بود و لذا به مشتري مدیون بود؛ مشتري این گونه عمل کرد و مالک اول نیز برای رهایی پسر

۱. الکافي، ج ۵، ص ۲۱۱، ح ۱۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۰۳، ذیل ح ۱.

۲. الکافي، ج ۵، ص ۲۱۶، ح ۱۳؛ عده من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أبي عبد الله الفراء عن حريز عن زرارة قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام الرجل يشتري الجارية من الشوق فيولدها ثم يبيع رجل فيقيم البينة على أنها جاريته لم تبع ولم توهب قال فقال لي برّد إليه جاريته و يعوّضه ممّا انتفع قال كأنه معناه قيمة الولد».

خود، بیع او را اجازه کرد.

البته نکته اینکه مالک دوم چرا باید قیمت فرزند متولد شده را بپردازد آن است که درباره فرزند متولد شده دو قول وجود دارد: یک قول این است که با توجه به مشتبّه بودن وطی مشتری با کنیز، فرزند متولد شده، حرّ است؛ پس مشتری این فرزند را در هنگام ولادت، باید مملوک فرض کند و قیمت گذاری کند و قیمت آن را به مالک اول بپردازد،^۱ و قول دیگر اینکه فرزند متولد شده مانند کنیز، ملک مالک اول است؛ پس مشتری وظیفه دارد که قیمت آن را بپردازد و او را آزاد کند.^۲

محل استشهاد به روایت این است که اگر اجازه مالک اول، ناقل باشد و از زمان اجازه، کنیز ملک مشتری شود، آن فرزند طبق قول اول، با لحاظ وطی به شبهه بودن وطی کنیز، حرّ است ولی قیمت آن را مشتری باید به مالک اول ادا کند و طبق قول دوم این فرزند، عبد است و در ملک مالک اول متولد شده و باز هم مشتری باید قیمت را ادا کند. لذا در هر حال، مشتری باید قیمت را ادا کند و مشکل باقی است؛ زیرا مشتری نمی خواهد بابت فرزند، مبلغی به مالک اول بپردازد. ولی اگر اجازه، کاشف باشد کشف می کند که آن فرزند در ملک مشتری متولد شده و مالک اول طلبی از او ندارد و مشکل حل می شود. پس این روایت با مبنای نقل سازگار نیست.

مراد از «قضى في وليدة»، قضاوت های امیرالمؤمنین (علیه السلام) است، همان طور که در کتاب کافی به اسم ایشان تصریح شده^۳ و ظاهراً این همان کتاب «القضايا» است که محمد بن قیس از امام باقر (علیه السلام) نقل کرده^۴ و روایات آن نیز به صورت متفرق در ابواب مختلف بیان شده است.^۵

۱. برای نمونه: حاشیه مجمع الفائدة و البرهان، ص ۸۳.

۲. برای نمونه: روضة المتقين، ج ۷، ص ۱۱۳.

۳. در فقیه (ج ۳، ص ۲۲۲، ح ۳۸۲۶) و جای دیگری از تهذیب نیز که از کافی نقل کرده این لفظ آمده است. در یک جای تهذیب (ج ۷، ص ۴۸۸، ح ۱۶۸) که با سندی دیگر این روایت نقل شده، بر خلاف کافی، لفظ «امیرالمؤمنین (علیه السلام)» ذکر نشده است.

۴. رجال النجاشی، ص ۳۲۳، رقم ۸۸۱.

۵. برای نمونه بیش از ۳۰ مورد از این روایات در کافی نقل شده است.

نظر مختار: کشف حکمی

از این چهار روایت - البته ممکن است روایات دیگری نیز در ابواب مختلف یافت شود - استفاده می‌شود که اجازه در باب فضولی کاشف است نه ناقل، و چون در بنای عقلاء کشف حقیقی نیست، کشف از نوع کشف حکمی است.^۱ البته فروع مختلفی در بحث فضولی وجود دارد و در مقام تنها به قدری که در عروه این فروع مطرح شده، این بحث دنبال می‌شود.

۱. استاد^۲ در برخی مباحث از جمله مباحث بیع فرموده است: به نظر می‌رسد اگر بپذیریم که عقلاً و نقلاً کشف حقیقی نادرست است، از جهت قواعد باید فقط نقل را بپذیریم و نمی‌توان طبق قواعد، کشف حکمی را قائل شد؛ زیرا این، مثل آن است که شخصی بیعی را انشاء کند و شارع بگوید من نقل و انتقال ملکیت از ابتدا را نمی‌پذیرم، نظیر آنچه در باب صرف و سلم وجود دارد که تا قبض و اقباض نشود انتقال ملکیت رخ نمی‌دهد، سپس گفته شود طبق قواعد تا جایی که ممکن است آثار ملکیت جاری شود و فقط خود ملکیت حکم به انتفائش شود. اینکه گفته شود طبق قواعد، قبل از حصول ملکیت آثار ملکیت جاری شود مطلب ناتمامی است و از عمومات قابل استفاده نیست؛ زیرا چنین نیست که دو التزام مستقل (التزام به اصل ملکیت و التزام به آثار ملکیت) رخ داده باشد تا با انتفاء اولی، التزام دوم باقی باشد. وقتی طبق قواعد، آثار جاری است که خود ملکیت نیز محقق شده باشد. در مقام نیز، اینکه مجبیر - مثلاً - ملکیت از ابتدای انشاء عقد را اجازه کرده ولی بگوئیم بر اساس مقتضای عمومات صحت عقود، ملکیت از ابتدا محقق نشده ولی آثارش طبق عمومات جاری است، دلیلی ندارد. حتی اگر در بحث فوری بودن خیار نیز قائل شویم که عمومات وفای به عقود، شامل زمان پس از اوایل عرفی اعمال خیار است، در مقام چنین انحلالی - تحقق آثار ملکیت و عدم تحقق ملکیت - عرفی نیست و از عمومات قابل استفاده نیست؛ بنابراین امر دائر بین نقل و کشف حقیقی است، نه بین نقل و کشف حکمی.

اما از نظر روایات، چنانچه بخواهیم قائل به کشف حقیقی شویم مخالف عقل و نقل نیست. اساساً کشف حکمی از امور مستحدثی است که در دوره‌های اخیر مطرح شده و در سابقین اصلاً مطرح نبوده و آنها کشف حقیقی را قائل بوده‌اند و محذور عقلی و شرعی نیز ندارد. در هر حال در خصوص مورد صحیح^۳ ابی عبیده حذاء قائل به کشف حقیقی هستیم و شیخ انصاری نیز دلالت این روایت بر کشف حقیقی را پذیرفته است.

لزوم رضایت باطنی ابراز شده برای خروج عقد از فضولی بودن

مسألة ۲۲: «الرضا الباطني التقديري لا يكفي في الخروج عن الفضولية فلو لم يكن ملتفتا حال العقد إلى أنه كان بحيث لو كان حاضرا و ملتفتا كان راضيا لا يلزم العقد عليه بدون الإجازة، بل لو كان حاضرا حال العقد و راضيا به إلا أنه لم يصدر منه قول و لا فعل يدل على رضاه فالظاهر أنه من الفضولي فله أن لا يجيز»^۱

مرحوم سید یزدی در صحت عقد، رضایت باطنی را کافی ندانسته، چه رضایت باطنی، تقدیری باشد - بدین معنا که اصیل نسبت به تحقق عقدی که فضولی برای او منعقد کرده التفاتی ندارد، ولی اگر حاضر و ملتفت باشد عقد را اجازه می‌کند - و چه فعلی باشد، بدین معنا که اصیل در زمان انشای فضولی، در جلسه، حاضر است و نسبت به آن رضایت دارد، ولی قول یا فعلی که بر رضایت دلالت کند از او صادر نشده است.

البته اگر در مواردی سکوت عرفاً علامت رضا باشد، مانند اینکه اصیل در مجلس حاضر و متوجه است و عواملی همچون ترس یا خجالت در بین نباشد که مانع از ابراز نارضایتی او شود، عقد صحیح است، مانند سکوت باکره که عرف - لااقل در زم آنهای سابق - آن را علامت رضا می‌داند.

بنابراین تمسک مرحوم شیخ انصاری به دلیل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۲ برای کفایت رضایت باطنی، حتی در فرضی که عاقد به رضایت باطنی اصیل جهل داشته^۳، تمام نیست. نکته: مراد از عدم لزوم در جمله «لا يلزم العقد عليه»، این نیست که عقد، صحیح است و تا اجازه ملحق نشده خیاری است، بلکه مراد این است که عقد فضولی قبل از اجازه تثبیت نمی‌شود. به بیان دیگر، در کلمات فقها در بسیاری از موارد، لزوم عقد به معنای صحت در مقابل فضولی است^۴؛ پس مراد از عدم لزوم این است که باید اصیل، عقد را اجازه کند تا صحیح شود و از فضولی بودن خارج شود.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۱.

۲. المائدة، ۱.

۳. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۳۴۷.

۴. الحدائق الناضرة، ج ۱۸، ص ۳۸۲؛ الأتوار اللوامع، ج ۱۱، ص ۲۶۲؛ مفتاح الکرامة، ج ۱۶، ص ۶۳۹؛ ریاض المسائل، ج ۸، ص ۲۲۱.

غیر مختل بودن کراهت قبل از اجازه

مسألة ۲۳: «إذا كان كارها حال العقد إلا أنه لم يصدر منه رد له فالظاهر صحته بالإجازة. نعم؛ لو استؤذن فنهى ولم يأذن و مع ذلك أوقع الفضولي العقد يشكّل صحته بالإجازة؛ لأنه بمنزلة الرد بعده و يحتمل صحته بدعوى الفرق بينه و بين الرد بعد العقد، فليس بأدون من عقد المكروه الذي نقول بصحته إذا لحقه الرضا وإن كان لا يخلو ذلك أيضا من إشكال.»^۱

مرحوم سید دو فرض در این مسئله بیان کرده است:

• فرض اول اینکه شخص در زمان انشای عقد فضولی، نسبت به عقد، کراهت داشته و قول یا فعلی که اماره بر ردّ باشد از او صادر نشده است؛ ظاهر این است که این عقد، صلاحیت تصحیح با اجازه را دارد و صحت شأنی آن با کراهت مالک از بین نمی‌رود، حتی اگر اصیل در طرف دیگر عقد و خود فضولی علم به کراهت او داشته باشند.

• اما فرض دوم این است که مالک، علاوه بر کراهت نسبت به عقد، شخص فضولی را نیز از انشای عقد نهی کند؛ در این فرض، سؤال این است که اگر پس از انشای عقد توسط فضولی، مالک اجازه دهد آیا این عقد، صحیح است یا خیر؟

مرحوم سید فرموده که مسئله، محلّ اشکال است؛ زیرا هم بطلان محتمل است؛ چون نهی قبل از عقد مانند ردّ پس از عقد است، و هم صحت محتمل است؛ چون نهی قبل از عقد با ردّ پس از عقد تفاوت دارد (زیرا نهی قبل از عقد، شبیه کراهت مکروه است که از روی اکراه عقد را انشاء کرده، ولی با این وجود، فقها حکم کرده‌اند که اگر پس از آن به عقد رضایت دهد، عقدش صحیح است و کراهت قبل از اجازه مانع از صحت تأهلی عقد نیست). در محل بحث نیز حتی اگر لازمه نهی، کراهت پس از عقد باشد، باز هم مانع از صحت تأهلی عقد نمی‌شود و با اجازه و رضایت پس از عقد، تصحیح می‌شود. البته مرحوم سید در انتهای مسئله فرموده

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۱.

که صحت عقد مکروه نیز محل اشکال است. وجه اشکال این است که شاید گفته شود در کراهت نیز اعمالی از مکروه سر می‌زند که دلالت بر نهی دارد.

تساوی حکم نهی قبل از عقد با حکم رد پس از عقد

به نظر می‌رسد اگر رد پس از عقد، موجب بطلان صحت تأهلی باشد - که البته مطلب ناتمامی است - نهی قبل از عقد نیز مانند رد پس از عقد موجب بطلان آن می‌شود و عقد، صلاحیت تصحیح با اجازه را ندارد؛ زیرا همان‌طور که وقتی عقدی توسط فضولی انشا می‌شود در عالم اعتبار باقی است و تا مالک آن را بعد از عقد رد نکرده باشد، قابل لحوق اجازه و تصحیح است، به همین گونه نهی قبل از عقد نیز اگر تا بعد از عقد از آن اعراض نشده باشد، در عالم اعتبار باقی است و دیگر قابل اجازه نیست. بین حدوث نهی بعد از عقد و حدوث نهی قبل از عقد بدون اینکه اعراضی تا بعد از عقد شده باشد عرفاً فرقی نیست و عرف اثر انشای نهی قبلی را باقی می‌داند.

قیاس محل بحث با عقد مکروه نیز تمام نیست؛ زیرا مکروه به خودی خود فقط باطناً مخالف عقد است، نه اینکه انشای رد عقد کرده است؛ بنابراین اجازه پس از عقد هیچ مانعی ندارد و عقد را تصحیح می‌کند، بر خلاف محل بحث که مالک پس از استیذان فضولی، انشای رد و نهی از عقد می‌کند که در این صورت، دیگر اجازه پس از عقد مؤثر نخواهد بود.

البته تمام این مطالب بر این اساس است که رد پس از عقد، صحت تأهلی عقد را از بین ببرد، همچنان‌که مرحوم سید و مشهور^۱ بر این عقیده‌اند؛ ولی دلیل بر این مدعا وجود ندارد و در نزد عقلاء، رد پس از عقد نیز در صورتی موجب بطلان عقد است که پس از آن رد، اجازه‌ای صادر نشود و گرنه عقد فضولی صحیح است.^۲

۱. برای نمونه: کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۴۲۶؛ حاشیه کتاب المکاسب (محقق همدانی)، ص ۲۵۵؛ حاشیه المکاسب (آخوند)، ص ۶۶؛ منیه الطالب، ج ۱، ص ۲۵۵؛ حاشیه المکاسب (ایروانی)، ج ۱، ص ۱۳۲.

۲. همان‌طور که برخی مانند مرحوم محمد حسین اصفهانی بر این نظراند (حاشیه کتاب المکاسب

عدم اشتراط قصد فضولیت در تصحیح عقد فضولی

مسألة ۲۴: «لا يشترط في الفضولي قصد الفضولية ولا الالتفات إلى ذلك فلو تخيل كونه ولياً أو وكيلًا وأوقع العقد فتبين خلافه يكون من الفضولي ويصح بالإجازة.»^۱ مرحوم سید فرموده که صحت عقد فضولی متوقف بر این نیست که عاقد خود را مستقل در عقد نداند و به عنوان فضولی عقد را انشا کند؛ بلکه اگر فضولی به گمان مُجاز بودن در انشای عقد، به این جهت که خود را - مثلاً - ولی یا وکیل می دانسته، عقدی را انشا کند، آن عقد، فضولی است و با اجازة مالک تصحیح می شود.

ادله عدم اشتراط

دو دلیل برای عدم اشتراط وجود دارد.

دلیل اول: انتساب عقد به اصیل بعد از اجازة

اولاً، طبق قاعده، اجازة مصحح عقد فضولی است؛ زیرا سبب صحت عقد فضولی، انتساب عرفی عقد به اصیل است که این انتساب با اجازة اصیل حاصل می شود و از آن جهت که قصد عاقد دخالتی در این انتساب ندارد، مقتضای قاعده، عدم اشتراط قصد فضولیت از فضولی است.

دلیل دوم: روایات

ثانیاً، سه روایت باب ارث که برای صحت عقد فضولی نقل شد - که دو روایت مربوط به تزویج بود و یکی مربوط به طلاق - موردش خصوص شخصی است که خود را ولی می دانسته نه فضولی و چنین تصوّر می کرده که اجازة دیگری لازم نیست.

الف. صحیحہ ابی عبیدہ حذاء

یکی از آن سه روایت، صحیحہ ابی عبیدہ حذاء^۲ بود که اولیای عرفی صغیرین

(محقق اصفهانی)، ج ۲، ص ۱۸۶).

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۱.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۱، ح ۴: عده من أصحابنا عن سهل بن زیاد و محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد و علي بن إبراهيم عن أبيه جميعاً عن ابن محبوب عن ابن رثاب عن أبي عبدة الحذاء قال:

-برادر، عمو، دایی یا مادر- آن دو را به یکدیگر تزویج کرده و امام علیه السلام چنین عقدی را با اجازه صحیح دانستند، در حالی که این اولیای عرفی خصوصاً در زم آنهای قدیم، خود را اختیاردار تأمّ صغیر و صغیره می دانستند و عقد را به این قصد که ولایت دارند و صحت عقدشان متوقّف بر اجازه دیگری نیست، اجرا می کردند. آنها نمی خواستند زنا رخ دهد بلکه معتقد بودند با همین عقد کار تمام است. از اینکه در نظر شرع، اولیای عرفی، ولایت ندارند و عقدشان فضولی است، اما با این حال حکم به صحت عقدشان شده است، روشن می شود که قصد فضولیت لازم نیست. البته این استفاده در صورتی است که گفته شود اولیا به عنوان اینکه ولی هستند عقد را خوانده اند، همان طور که ظاهر عبارت سائل که گفته: «ولیتان لهما» همین است؛ اما اگر ادعا شود که کلام سائل مطلق است و فرض قصد فضولیت را هم شامل است، می توان عدم اعتبار قصد فضولیت را از ترک استفصال امام علیه السلام استفاده کرد که بین قصد فضولیت و غیر از آن فرقی نگذاشته است.

ب. روایت عباد بن کثیر

روایت دوم، روایت عباد بن کثیر^۱ بود که شخصی دختر یتیمی را در خانه سرپرستی می کرده و پس از مدتی به عنوان اینکه ولیّ اوست او را تزویج کرده است. کسی که دختر یتیمی را در خانه خود بزرگ می کرده معمولاً خود را ولیّ و صاحب اختیار او می دانسته و عقد او را هم با همین قصد انجام می دهد؛ با این وجود حضرت فرموده که اگر دختر بعداً عقد را اجازه کند، عقد صحیح واقع می شود.

البته اگر هم بر فرض گفته شود تزویج سرپرست منحصر در این نیست که به عنوان ولیّ، دختر را تزویج کرده باشد، مانند روایت قبل از ترک استفصال امام علیه السلام می توان استفاده کرد که بین قصد فضولیت و استقلالیت فرقی نیست و عقد در هر دو صورت فضولی است.

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن غلام و جارية زوجهما ولیتان لهما و هما غیر مدرکي...» وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۹، ح ۱.

۱. الکافی، ج ۷، ص ۱۳۲، ح ۲؛ عده من أصحابنا عن سهل بن زیاد عن ابن محبوب و محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمّد بن عیسی عن ابن محبوب عن نعیم بن ابراهیم عن عباد بن کثیر عن ابي عبد الله علیه السلام قال: «سألته عن رجل زوج ابنا له مدرکا من یتیمه فی حجره...» وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۹، ح ۲.

ج. صحیحۃ حلبی

روایت سوم صحیحۃ حلبی^۱ است که طلاق دهنده - چه پدر باشد و چه پسر - گمان می کرده که طلاق او شرعی و تمام است، اما پس از مراجعه و سؤال از امام علیه السلام روشن شده که صحت طلاق متوقف بر امضای پسر پس از بلوغ است.

تمسک آقای حکیم به صحیحۃ محمد بن قیس و نقد آن

مرحوم آقای حکیم برای استدلال بر معتبر نبودن قصد فضولیت به صحیحۃ محمد بن قیس^۲ تمسک کرده و فرموده است: «و قد یقتضیه صحیح محمد بن قیس الوارد فی بیع ولد المالك جاریه ائیه بغیر اذنہ بناء علی ظهور کون البیع لإعتقاد کونه ولیاً علی البیع کأئیه»^۳؛ ولی روشن است که صحیحۃ چنین ظهوری ندارد؛ زیرا عرفاً فرزند نسبت به پدر ولایتی ندارد تا به عنوان ولایت، در اموال او اقدام به معامله کند، پس متعارف نیست فرزند به اعتقاد ولایت داشتن، اموال پدر را بفروشد تا نیازی باشد که امام علیه السلام تفصیل دهند. بنابراین نمی توان گفت ترک استفصال امام علیه السلام نشان می دهد که قصد فضولیت شرط نیست. البته مرحوم آقای حکیم در کلام فوق به ترک استفصال هم اشاره نکرده است.

نتیجه اینکه باید سه روایتی که به آن استناد شد به عنوان شاهد ذکر شود و صحیحۃ محمد بن قیس شاهد مناسبی نیست، همچنان که مرحوم آقای خوئی^۴ به صحیحۃ ابی عبیده - نه صحیحۃ محمد بن قیس - به عنوان شاهد اشاره کرده است.

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۱۰، ح ۵۶۶۵: و روی الحسن بن محبوب عن علی بن الحسن بن رباط عن ابن مسکان عن الحلبي، قال: «قلت لأبي عبد الله علیه السلام الغلام له عشر سنين فيزوجہ أبوه في صغره...»؛ رک: وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۲۰، ح ۴.

۲. الکافي، ج ۵، ص ۲۱۱، ح ۱۲: علی بن ابراهیم عن ائیه عن ابن ابي نجران عن عاصم بن حمید عن محمد بن قیس عن ابي جعفر علیه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين ص في وليدة باعها ابن سیدها و أبوه غائب...»؛ رک: وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۵۳، ح ۱.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۵۰۳.

۴. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۷۱.

تزویج توسط فضولی با ذکر عنوان توکیل

مسألة ۲۵: «لو قال في مقام إجراء الصيغة زوّجت موکلتی فلانة مثلا مع أنه لم یکن وکیلا عنها فهل یصحّ و یقبل الإجازة أم لا؟ الظاهر الصحة. نعم، لو لم یذكر لفظ فلانة ونحوه؛ کأن یقول زوّجت موکلتی و کان من قصده إمراة معینة مع عدم کونه وکیلا عنها یشکل صحته بالإجازة.»^۱

در این مسئله مرحوم سید این فرع را ذکر کرده که اگر غیر وکیل، با ذکر عنوان وکالت، زنی را به عقد خود درآورد، عقدش فضولی واقع می شود یا خیر؟

نظر صاحب عروه: تفصیل بین ذکر و عدم ذکر نام موکّل در صیغه عقد

ایشان برای این فرع، دو فرض تصویر کرده است:

- فرض اول اینکه فضولی نام زن را در صیغه عقد ذکر کند، مانند اینکه بگوید: «موکله خود زینب را به ازدواج درآوردم» که در این فرض عنوان کردن لفظ توکیل مبطل عقد نیست و عقد او به عنوان فضولی صحیح است.
- فرض دوم اینکه فضولی فقط آن زن را قصد کند و بدون ذکر نام زن در صیغه انشا، عنوان توکیل را ذکر کند، مانند اینکه بگوید: «موکله خود را به ازدواج درآوردم»، در حالی که در حقیقت وکیل او نیست. مرحوم سید در این فرض، تصحیح عقد، با اجازه را مشکل دانسته است.

نظر مختار: تفصیل بین مشیربودن عنوان توکیل و غیر آن

تفصیل مرحوم سید بین ذکر و عدم ذکر نام زن در صیغه، ناتمام است؛ زیرا فرض اول را می توان به گونه ای تصویر کرد که حتی با ذکر نام زن، عقد باطل باشد و فرض دوم را به گونه ای تصویر کرد که حتی بدون ذکر نام زن، عقد صحیح باشد؛ زیرا اگر عاقد، لفظ توکیل را فقط به عنوان لفظ مشیر ذکر کند و مقصود واقعی او زینب باشد یا مقصود او معلوم است - چه نام زینب را ذکر کند و چه ذکر نکند - عقد برای زینب واقع می شود و با اجازه نافذ می شود؛ زیرا عقد برای کسی واقع می شود

که مقصود واقعی عاقد است و عناوینی که غیر از اشاره به مقصود، نقش دیگری ندارند، مقصود عاقد را تغییر نمی‌دهند و تخلف در آنها مخل به عقد نیست. ولی اگر قصد عاقد از ذکر عنوان توکیل، تزویج خصوص کسی است که به او وکالت داده، ولی از روی اشتباه اسم زینب را برده یا گمان می‌کرده که کسی که به او وکالت داده، زینب است، در این صورت چه نام آن زن (زینب) را ببرد و چه نبرد، عقد برای زینب واقع نمی‌شود و نمی‌توان با اجازه آن را تصحیح کرد؛ زیرا عاقد، وکیل زینب نبوده و عاقد تنها قصد تزویج موکله خود را داشته است.

به بیان دیگر، مجرد منطبق شدن ظاهر کلام با یک معلوم خارجی، سبب نمی‌شود که آن معلوم خارجی مقصود متکلم شود؛ بلکه در عقود، تطابق مقصود با واقعیت خارجی لازم است و فرض این است که در اینجا این تطابق وجود ندارد؛ زیرا علم به مقصود نبودن زینب وجود دارد، همچنان که اگر کسی دو دختر داشته باشد و شخصی را وکیل کند که -مثلاً- فاطمه را تزویج کند و وکیل بر اساس وکالت، عقدی انشا کند و به اشتباه نام زینب را ببرد، چه عنوان توکیل را ذکر کرده باشد و چه ذکر نکرده باشد در هر دو صورت، عقد برای زینب واقع نشده و برای فاطمه که مورد وکالت بوده تحقق می‌یابد.

اجازة عقد فضولي بالغاء یا تغییر شرایط

مسألة ۲۶: «لو أوقع الفضولي العقد على مهر معين، هل يجوز إجازة العقد دون المهر أو بتعيين المهر على وجه آخر من حيث الجنس أو من حيث القلة والكثرة؟ فيه إشكال؛ بل الأظهر عدم الصحة في الصورة الثانية وهي ما إذا عيّن المهر على وجه آخر؛ كما أنه لا تصح الإجازة مع شرط لم يذكر في العقد أو مع الغاء ما ذكر فيه من الشرط.»^۱

در عروة چاپ جامعه مدترسین، در پاورقی مربوط به عبارت «بتعيين المهر» چنین آمده است: «كذا في الأصل أيضاً، والظاهر: تعيين»^۲؛ یعنی مصحح معتقد

۱. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۷۱.

۲. العروة الوثقى (المحشى)، ج ۵، ص ۶۳۸.

است که «باء» از «بتعیین المهر» باید حذف شود و «تعیین المهر» نگاشته شود. ولی این مطلب ناصواب است و صحیح آن با «باء» است که در نسخه اصلی نیز همین گونه است؛ زیرا بحث این است که آیا اگر مُجیز عقد را بدون مهر یا با تعیین مهری دیگر اجازه دهد اجازه‌اش صحیح است یا خیر، نه اینکه آیا تعیین مهری دیگر اجازه محسوب می‌شود یا خیر.

نظر صاحب عروه: بطلان اجازه با تغییر یا الغاء شرایط و تردید در فرض الغاء مهر
ظاهر عبارت مرحوم سید در مسئله مذکور این است که اگر مُجیز عقد را اجازه کند، ولی مهر را اجازه نکند، تصحیح عقد با این اجازه محلّ تردید است، و اگر عقد را با مهری از جنس دیگر یا با مهر کمتر یا بیشتر اجازه کند - برای نمونه فضولی مهر را پول قرار داده، ولی مجیز آن را به زمین تبدیل کند یا مقدار آن را نصف یا دو برابر کند -، ظاهراً عقد با این اجازه تصحیح نمی‌شود و همچنین اگر شرطی به عقد اضافه کند یا شرطی از آن الغا کند، امضای او مفید نیست و باید عقد جدیدی انشا کند.

اشکال بر صاحب عروه

کلام صاحب عروه با اشکالاتی مواجه است.

اشکال اول: عدم فرق بین اجازه با الغاء مهر و سایر صور

مرحوم آقای حکیم و مرحوم آقای خوئی به مرحوم سید اشکال کرده‌اند که بین صورت اول (امضای عقد ولی بدون مهر) و سایر صور مسئله فرقی نیست و در نتیجه اینکه مرحوم سید در بطلان صورت اول تردید کرده و بطلان سایر صور را قطعی دانسته وجهی ندارد.^۱

توضیح عدم فرق این است که تردید در صورت اول ناشی از آن است که هم احتمال بطلان وجود دارد و هم احتمال صحت، و این امر در صورت دوم نیز جاری است؛ زیرا اگر وجه بطلان عقد در صورت اول، تطابق نداشتن ایجاب و قبول باشد،

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۵۰۵؛ موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۷۳.

این عدم تطابق، به سبب تغییر شرایط عقد توسط مُجیز، در همه صور است و همان گونه که شرط که از ارکان عقد نیست، اگر ملغی شود، موجب عدم تطابق می‌گردد، عدم اجازه مهریه هم حتی در عقد دائم که از ارکان آن نیست باید مانند الغاء شرط موجب عدم تطابق گردد و حتی ممکن است گفته شود که در شرط به دلیل اینکه ماهیت آن التزام فی التزام است، می‌توان وجهی برای تصحیح عقد تصوّر کرد که در مهریه این وجه هم نیست.

از سوی دیگر اگر وجه صحت عقد در صورت اول این باشد که عقد مذکور منحلّ به دو قرار است، یکی بر اصل عقد و دیگری بر مهر، و عدم اجازه یکی، منحلّ به اجازه دیگری نیست، در سایر صور هم این انحلال و تفکیک بین عقد و مهر وجود دارد و باید حکم به صحت اصل عقد کرد؛ پس فرقی بین صورت اول و سایر صور نیست، مخصوصاً که صورت اول همان طور که آقای حکیم و آقای خونی هم اشاره دارند عین صورت اخیر است - که مجیز شرطی را حذف یا اضافه می‌کند - چون ذکر مهر، شبیه به شرط است که مجیز در صورت اول، آن را الغا کرده است.

پاسخ: احتمال عدم اراده الغاء مهر در صورت اول

هرگاه ظاهر عبارت فقیهی مانند مرحوم سید، بطلانش واضح باشد، قبل از اشکال به آن، شایسته است تا جایی که امکان دارد در تقریب و بیان وجهی برای آن کوشش شود. در اینجا هم که بطلان ظاهر عبارت مرحوم سید واضح است، باید گفت که ظاهراً مراد ایشان در فرض اول (اجازه عقد بدون مهر) این نیست که مُجیز بگوید: «من به عقد راضی هستم، ولی مهر را نمی‌پذیرم و عقد بدون مهر را اجازه می‌کنم» تا ماهیت آن مشابه با صورت اخیر (الغاء شرط) باشد؛ بلکه مراد ایشان را می‌توان یکی از دو احتمال ذیل دانست:

احتمال اول: مُجیز می‌گوید نسبت به اصل مهر کراهت ندارم، ولی این مهر خاص را نمی‌پذیرم لذا عقد بدون مهر را امضا می‌کند. طبق این احتمال، روشن است که در مقام الغای مهر و امضای عقد بدون مهر نیست و موضوعاً با فرض اخیر که الغای شرط است فرق دارد و نمی‌تواند مثال برای آن باشد، گرچه شاید دلیل هر دو واحد باشد و حکم هر دو یکسان باشد.

احتمال دوم: مُجیز فقط عقد را امضا کرده و نسبت به مهر سکوت کرده است. در این صورت، وجه تأمل ایشان وجود این شبهه است که اگر مُجیز عقد را اجازه کند و نسبت به مهر معین سکوت کند، آیا اجازه او ارتکازاً به اجازه همان عقد با مهر معین برمی‌گردد یا معنایش رضایت به عقد بدون رضایت به مهر است، و گرنه در صورت عدم وجود این شبهه، ایشان در این فرض نیز مانند فروض دیگر حکم به بطلان عقد می‌کرد. این احتمال دوم اقوا از احتمال اول است؛ زیرا وجهی برای صحت احتمال اول وجود ندارد تا منشأ تردید مرحوم سید باشد. پس اشکال عدم فرق بین صورت اول و صورت اخیر، به ایشان وارد نیست.

اشکال دوم: صحت قول به انحلال در مقام بالحاظ نظائر فقهی آن

اشکال عمده به کلام مرحوم سید این است که فقها در موارد جزئیت، مانند بیع شیئی که بایع، مالک نصف آن است یا در موارد شرط و مشروط، مانند بیع با شرط فاسد، به انحلال عقد قائل شده و فرموده‌اند که دو التزام وجود دارد؛ در مثال اول نسبت به نصف مبیع، عقد را صحیح و نسبت به نصف دیگر، فضولی دانسته‌اند، و البته مشتری جاهل نیز خیار فسخ دارد؛ و در مثال دوم، عقد را صحیح و شرط را فاسد دانسته و فساد شرط را به اصل عقد سرایت نداده‌اند؛ پس چرا در صورت سه‌گانه محل بحث (اجازه بدون مهر، اجازه با مهر دیگر، اجازه با الغاء یا افزودن شرط)، به انحلال عقد متمسک نکرده‌اند و بر وحدت التزام اصرار دارند، با اینکه در صورت اول و دوم، مهر هم مانند شرط، رکن نیست. این اشکال در کلام فقها صریحاً بیان نشده و مرحوم آقای حکیم به صورت مندمج مطرح کرده است.^۱

بررسی اشکال دوم

برای ارزیابی این اشکال باید بررسی کرد انحلال خطابات در چه مواردی و چگونه رخ می‌دهد. مرحوم آقای خمینی معتقد بود قوانینی که به شکل عام جعل می‌شود

۱. برای نمونه: کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۵۱۴؛ و ج ۶، ص ۹۰.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۵۰۵.

ناظر به افراد نیست و به تعداد افراد، انحلال پیدا نمی‌کند، و از جمله وجوهی که برای عدم انحلال خطابات بیان فرموده، این است که جمله خبری و انشائی از جهت انحلال با یکدیگر تفاوتی ندارند و اگر جمله انشائی انحلال پیدا کند باید جمله خبری نیز منحل شود، در حالی که در باب اخبار، انحلالی وجود ندارد؛ زیرا قول به انحلال در اخبار مستلزم این است که به عنوان مثال اگر کسی بگوید: «کل نار بارده» به تعداد آتش‌های موجود در دنیا دروغ گفته باشد، با اینکه وجداناً این کلام او فقط یک دروغ شمرده می‌شود؛ بنابراین در جمله انشائی نیز، مانند جمله خبری انحلالی وجود ندارد.^۱ پس اگر گفته شود: «همه باید به جبهه بروید»، این خطاب عام به تعداد افراد منحل نمی‌شود تا اشکال شود که برخی افراد عاجزند و خطاب به شخص عاجز صحیح نیست.

ولی مطلب فوق ناتمام است؛ زیرا مراد از انحلال، تعدّد حقیقی قضایا و تعدّد احکام مترتب بر آنها نیست؛ بلکه در باب اخبار یا انشاء، حقیقتاً یک خبر و انشاء بیشتر نیست؛ اما عرف، بعضی از قضایا را در حکم متعدّد می‌داند و بعضی از آنها را در حکم واحد. برای نمونه اگر دستوری صادر شود که مردم باید به جبهه بروند، عرف، این خطاب را نسبت به اشخاص غیر عاجز منحلّ می‌داند، و آن را در حکم اطاعات و امتثالات متعدّدی می‌بیند، گویا به هر یک از زید، بکر، عمرو و ... گفته: «برو»، و یا در جمله خبریه، عرف آن را به عدد افراد منحلّ نمی‌داند؛ از این رو اگر جمله‌ای دروغ باشد و بر فرض، دروغ را از معاصی صغیره بدانیم، جمله او تکرار معصیت صغیره محسوب نمی‌شود تا مرتکب کبیره شده باشد.

به همین جهت مرحوم آقای حکیم بعد از بیان اینکه فقها در موارد دیگر از قبیل باب شرط و مشروط و باب جزء و کل، به انحلال حکم کرده‌اند، فرموده است بین فرع مورد بحث و مواردی که فقها حکم به انحلال کرده‌اند، فرق است؛ زیرا مراد از انحلال این نیست که عقد حقیقتاً متعدّد می‌شود؛ بلکه عرف، احکام متعدّد را بر آن بار می‌کند و این در جایی است که ایجاب و قبول با یکدیگر متحد باشند و شارع مقدس، بخشی از آن را امضاء کرده است. به عنوان نمونه شخصی خانه‌ای

۱. تهذیب الأصول، ج ۱، ص ۴۳۷؛ أنوار الهدایة (امام خمینی)، ج ۲، ص ۲۱۵.

را می‌فروشد و معلوم می‌شود که نصف خانه را مالک بوده، در این صورت نصف خانه در مقابل نصف ثمن به خریدار منتقل می‌شود، که در اینجا این انحلال، مورد پذیرش عرف است، یا فروشنده دو چیز مستقل را به یک عقد می‌فروشد، مثلاً یک خانه، قالی و تابلویی را به عقد واحد می‌فروشد در حالی که فقط خانه را مالک است؛ در اینجا اگر خریدار قبول کند، معامله نسبت به خانه صحیح واقع می‌شود و نسبت به قالی و تابلو فصولی می‌شود و از نظر عرف هم این انحلال صحیح است. اما در جایی که ایجاب و قبول با یکدیگر متحد نباشند، عرف انحلال عقد را نمی‌پذیرد؛ برای نمونه اگر فروشنده، شیء ذات اجزائی، مانند خانه را به چهل میلیون بفروشد و مشتری بگوید: «نصف خانه را به بیست میلیون می‌خرم»، عرف در اینجا بر این عقد، حکم دو عقد را بار نمی‌کند که در یکی از آنها بر روی نصف خانه به قیمت بیست میلیون توافق شده و ایجاب و قبول متحد است و در دیگری توافقی صورت نگرفته است؛ بلکه آن را یک عقد می‌داند که ایجاب و قبول متحد نیستند و عقد باطل است.^۱

در حقیقت مسئله جاری نیز از قبیل جایی است که بین ایجاب و قبول اتحاد نیست؛ زیرا اجازه، حکم قبول را دارد که در اینجا متعلق آنها متفاوت است؛ یکی مشروط است و دیگری بدون شرط، پس بین ایجاب و قبول تطابق وجود ندارد و عقد باطل است.

ولی کلام ایشان ناتمام است؛ زیرا شرط و مشروط در استعمال غیر فقهاء، غیر از شرط و مشروط در اصطلاح فقهاست. بنا بر اصطلاح دیگران، مشروط بر شرط معلق است و تا شرط حاصل نشود مشروط تحقق پیدا نمی‌کند و عقدی که معلق بر شرط است باطل می‌شود؛ ولی بنا بر اصطلاح فقهاء که مرحوم سید در موارد متعددی در عروه استعمال کرده، شرط را التزام ضمن التزام دانسته است^۲؛ یعنی مشروط التزامی مستقل و بدون قید است گرچه التزامی دیگر در ضمن آن وجود دارد. التزام اولی که همان مشروط است، ظرف و زمینه برای یک التزام ثانوی است

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۵۰۶-۵۰۷.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۵۱۲؛ و ص ۷۴۸؛ و ص ۷۷۱.

که همان التزام شرطی است. البته در این اصطلاح، شرط وابسته به مشروط است؛ چون زمینه و ظرف مشروط، شرط است؛ اما خود مشروط وابسته به شرط نیست؛ چون معلق بر او نیست؛ مشابه وابستگی نماز عصر به نماز ظهر که صحت نماز عصر متوقف بر نماز ظهر و مشروط به تقدّم نماز ظهر است. بنابراین در مشروطات به اصطلاح فقهی که در حقیقت دو التزام هستند، شخص می‌تواند التزام مشروط را قبول، و التزام شرط را ردّ کند، در حالی که آقای حکیم، در بعضی موارد که التزام واحد است، مانند کسی که مالک نصف خانه است و تمام خانه را می‌فروشد و مالک نصف دیگر نیز عقد را اجازه نمی‌کند، یا کسی که دو شیء را به عقد واحد می‌فروشد، در حالی که یکی از آن دو را مالک است، حکم به انحلال کرده، با اینکه یک عقد و یک التزام بیشتر نیست؛ ولی در مورد عقد مشروط که در حقیقت دو التزام است، قائل به انحلال نشده است.

نظر مختار: صحت اجازه با الغاء یا تغییر شرط در فرض تعدّد التزام

می‌توان گفت: عرف در مرکباتی که مشتمل بر تعدّد مطلوب باشند، حکم به انحلال می‌کند و در مرکباتی که مطلوب در آنها واحد است، حکم به انحلال نمی‌کند و از آن جهت که شرط در اصطلاح فقهی همان التزام ضمن التزام است، و از باب تعدّد مطلوب است، از این رو عرف در این باب حکم به انحلال می‌کند، و فرقی هم نمی‌کند که این شرط به نفع مجیز باشد یا نباشد، همانطور که مرحوم سید نیز بین نافع بودن یا نافع نبودن شرط تفصیلی نداده است. باید توجه شود مواردی که عرفاً بر آن، شرط اطلاق می‌شود، همواره به صورت تعدّد مطلوب و تعدّد التزام نیست بلکه در بسیاری از موارد، وحدت مطلوب است؛^۱ البته تقریب دیگری ممکن

۱. البته استاد رحمته الله در مطالب مربوط به مهر از کتاب شرائع فرموده است از روایات استفاده می‌شود کراهت تعلیقی مضر نیست و رضایت فعلی کافی است، و لذا حتی با وجود وحدت مطلوب با فرض وجود رضایت فعلی به صحت معاملات حکم می‌شود. یکی از روایات شروط چنین است:

تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۶۶، ح ۴۵: الحسن بن سعید عن حمّاد بن عیسی عن شعیب بن یعقوب العرقوفی عن أبي بصیر قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الزجل يفوّض إليه صداق امرأته فنقص عن صداق نساها قال يلحق بمهر نساها».

در مورد این سؤال که زن اختیار تعیین مهریه را به مرد واگذار می‌کند و او کمتر از مهرالمثل را تعیین

می‌کند، در بعضی از روایات دیگر عقد و مهر هر دو صحیح شمرده شده ولی این روایت مهر را باطل دانسته و برای او حکم به مهر المثل می‌کند، اما عقد را باطل نمی‌خواند. راه جمع بین این روایات و برخی روایات دیگر که مهر را صحیح دانسته‌اند (تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۶۵، ح ۴۳) همان حملی است که مرحوم شیخ بیان کرده است: «و هذه الزوایة لا تنافی الأوّلة لألّهما محمولة علی أنّه إذا فوّض إلیه الضدّاق علی أن یجعلله مثل مهر نسانها فقصر عنه فأنّه یلحق به فأما إذا فوّض الأمر إلیه مطلقا کان الحکم علی ما تضمّنه الخبر الأوّل فی أنّ ما یحکم به فهو جائز».

در هر صورت از مجموع ادله استفاده می‌شود که رضایت بالفعل برای صحت معاملات کفایت می‌کند ولو اینکه کراهت تعلیقی در کار بوده باشد، و از جهت نبودن رضایت واقعی خللی به صحت عقد در مورد بحث - که اگر می‌دانست خمر و خنزیر نمی‌توانند مهر باشند، راضی به نکاح نمی‌شد - وارد نمی‌شود.

مشکلی که باقی می‌ماند این است که علاوه بر رضایت فعلی به انشاء هم نیاز است؛ یعنی در باب عقود و معاملات صرف رضایت فعلی کفایت نمی‌کند و نیاز به انشاء اذن هم هست، اگرچه در جواز تصرف و اموری که جنبه معاوضی ندارد رضایت کفایت می‌کند و به انشاء اذن نیازی نیست، اما در عقود و معاوضات حتی اگر بقیه به رضایت حتمی شخص هم باشد، کفایت نکرده و به انشاء اذن نیاز است؛ لذا اگر فضولی برای فردی بیع و یا عقد نکاحی را انجام دهد که قطعاً راضی خواهد بود، تا زمانی که او انشاء رضایت نکند کفایت نمی‌کند و عقد فضولی خواهد بود.

همانطور که در مثل «بعتک هذا بهذا» یک انشاء است، در نکاح هم «انکحتک بكذا» فقط یک انشاء است و به دو انشاء منحل نمی‌شود. این مطلب به باب شروط نقض نمی‌شود که طبق روایات، انحلال به دو انشاء در آنها استفاده می‌شود که یک انشاء آن که مربوط به شرط است فاسد بوده و انشاء دیگر آن که راجع به اصل عقد است به صحت خود باقی می‌ماند، مثل قضیه ضریس بن عبدالمملک که با دختر عموی خود ازدواج نموده و شرط می‌کند که نه در حیات او و نه پس از ممات او، ازدواج مجددی انجام ندهد و مرد هم متقابلاً شرط نموده که بعد از مردن او، با کسی ازدواج نکند و اگر تخلف از این شرط کردند، اموالشان صدقه باشد و عبیدشان حرّ باشد و امام صادق علیه السلام در جواب ضریس می‌فرماید: این شرط غیر لازم است و محذوری نیست که ازدواج دوباره‌ای انجام بدهی، و فساد شرط را به اصل عقد سرایت نداده‌اند (الکافی، ج ۵، ص ۴۰۳، ح ۶: محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن علي بن الحكم عن موسى بن بكر عن زرارة «أنّ ضریسا كانت تحته بنت حمران فجعل لها أن لا تزوّج علیها و أن لا یترى أبدا فی حیاتها و لا بعد موتها علی أن جعلت له هي أن لا تزوّج بعده و جعلاً علیهما من الهدی و الحی و البدن و کلّ مالهما فی المساکین إن لم یف کلّ واحد منهما لصاحبه ثمّ إنّه أتى أبا عبد الله علیه السلام فذكر ذلك له فقال إنّ لاینة حمران لحقاً و لن یحملنا ذلك علی أن لا نقول لك الحقّ اذهب و تزوّج و تسرّ فإنّ ذلك لیس بشيء و لیس عليك و لا علیها و لیس ذلك الذي صنعتما بشيء فجاء فتسرّى و ولد له بعد ذلك أولاد»).

در هر حال مسئله انحلال به دو انشاء در شروط فاسده که عرف آن را مطلب قابل تصوّر می‌داند، قول به عدم فساد مشروط با فساد شرط را حل می‌کند؛ اما در مورد بحث که فقط یک انشاء است و مثلاً چنین انشاء شده: «أنکحتک بكذا من الخمر» اگر بخواهیم قائل به صحت شویم، مشکل وحدت

است بیان شود که حتی در شرط مصطلح در نزد فقهاء نیز قائل شویم که در مقام اجازه مذکور، مصتح عقد نیست و عقد (مشروط) باطل است اما چون به نظر ما اشکالی در آن وجود دارد از بیان آن صرف نظر می‌کنیم.^۱

در هر حال، مهر با شرط مصطلح نزد فقهاء متفاوت است. در امضای عقد بدون مهر یا با تغییر مهر، عاقد وجداناً و فطرتاً دو التزام ندارد که یک التزام به مطلق ازدواج - چه با مهر و چه بدون مهر - و التزامی دیگر به ازدواج با فلان مقدار مهر باشد؛ زیرا غالباً زن حاضر نیست بدون مهر ازدواج کند لذا عرف به انحلال بین عقد و مهر حکم نمی‌کند و حتی اگر چنین انحلالی ثابت باشد، شارع عقدی را که

انشاء و انحلال باید حل شود.

در ادامه، استاد رحمته الله راه حل‌هایی را مطرح کرده و تنها راه حل صاحب جواهر را پسندیده است. خلاصه راه حل این است که مواردی که مورد انشاء با آنچه واقع می‌شود، کاملاً مباین باشد، فقدان انشاء موجب بطلان عقد است؛ اما در مثل مورد بحث که اصل ازدواج مورد رضایت فعلی است و شارع هم اصل عقد و انشاء را رد نکرده بلکه در خصوصیت آن اشکال نموده است، اصل عقد باطل نیست؛ زیرا فرض این است که مهر، مقوم نکاح نیست؛ برای تفصیل بیشتر، رک: کتاب نکاح، مباحث مهر صحیح، حکم مهر قرار دادن خمر و خنزیر توسط مسلمان (شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۶۸: «و لو عقد الذمیان علی خمر أو خنزیر صح لأثهما یملکانه و لو أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض دفع القیمه ل خروجه عن ملک المسلم سواء کان عیناً أو مضموناً»).

۱. ممکن است نظر استاد رحمته الله به مطلبی باشد که مرحوم آقای خوئی مطرح کرده است. طبق نظر آقای خوئی مراد از اینکه شرط به معنای «التزام فی التزام» است این نیست که دو التزام مستقل است و ارتباطی با یکدیگر ندارند و تنها باهم مقارن هستند؛ زیرا در این صورت شرط فقط وعده‌ای ابتدایی است و وفای به آن واجب نیست، و در صورت عدم پابندی به شرط، حق خیار حاصل نمی‌شود. طبق معنای لغوی شرط هم باید این ارتباط وجود داشته باشد، مثلاً به بند لباس که اجزاء مختلف لباس را به هم مرتبط می‌کند، «شریطه» گویند (المحیط فی اللغة، ج ۷، ص ۲۹۱: «و الشریطه: شبه خیوط تفتل من خوص»). نحوه ارتباط در شرط نیز به این گونه است که التزام به عقد، معلق بر تحقق شرط است که همان جعل خیار است. لذا در آن معامله فضولی که در ضمن آن شرطی درج شده اگر مجیز تنها اصل معامله را اجازه دهد یعنی معامله‌ای را که خیاری بود اجازه نکرده بلکه معامله لزومی را اجازه کرده و بدیهی است که معامله لزومی و خیاری دو حصه مختلف از معاملات است و مغایر یکدیگر هستند و حق با شیخ انصاری است که این عقد را باطل دانسته نه مرحوم آقای نایینی، و نباید این مسئله را با مسئله جزئیت قیاس کرد؛ زیرا در نظر عرف، مرکب به اجزانش منحل می‌شود (رک: مصباح الفقاهه، ج ۴، ص ۲۲۹-۲۴۱).

برای تفصیل مطلب به مباحث بیع فضولی از کتاب بیع استاد رحمته الله مراجعه شود.

با لحاظ انشاء عدم مهر منعقد شده امضا نکرده تا مجیز آن را اجازه کند. در نتیجه اجازه عقد بدون مهر یا با مهری دیگر موجب تصحیح عقد نمی شود، و حتی اگر مهری که در عقد فضولی قرار داده شده کمتر از مهر المثل نباشد و به نفع مجیز باشد - همانطور که عبارت عروه نیز مطلق است - باز هم این عقد با این نحوه اجازه تصحیح نمی شود.^۱

عقد توسط وکیل و ولی به عنوان فضولی در صورت نسیان و جهل

مسألة ۲۷: «إذا أوقع العقد بعنوان الفضولية فتبين كونه وكيلا فالظاهر صحته ولزومه إذا كان ناسيا لكونه وكيلا؛ بل وكذا إذا صدر التوكيل ممن له العقد ولكن لم يبلغه الخبر على إشكال فيه وأما لو أوقعه بعنوان الفضولية فتبين كونه وليا ففي لزومه بلا إجازة منه أو من المولى عليه إشكال».^۲

مرحوم سید در این مسئله سه فرض مطرح کرده است:

حکم فرض اول (نسیان وکالت): صحت عقد

فرض اول این است که وکیل وکالت را فراموش کرده و عقد را به عنوان فضولی - با اعتقاد به توقف صحت شرعی عقد بر اجازه - انشا کند. صحت این عقد نزد فقها مسلم است و مرحوم سید هم فرموده که حقیقت امر را باید لحاظ کرد که این شخص فضولی نیست و وکیل است و عقد وکیل، به اجازه نیاز ندارد.

حکم فرض دوم (عدم بلوغ خبر وکالت به فضولی)

فرض دوم این است که شخص، عقد را به عنوان فضولی انشا کند، در حالی که هنوز خبر وکیل شدن به او نرسیده تا وکالت را قبول کند و وکالتش، فعلی و شرعی شود. مرحوم سید فرموده که ظاهراً عقد، صحیح است، گرچه صحت آن خالی از اشکال نیست.

۱. برای بحث تفصیلی درباره این مسئله، ر.ک: کتاب نکاح، مباحث مهر صحیح، حکم مهر قرار دادن خمر و خنزیر توسط مسلمان (شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۶۸).

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۲.

بررسی توقّف «تحقّق اذن» بر «علم مأذون»

آقای حکیم عقد را در این فرض صحیح دانسته و فرموده که اذن از موکّل حاصل است؛^۱ زیرا گرچه وکالت به قبول نیاز دارد و بدون آن محقّق نمی‌شود، ولی لازمه انشای توکیل، انشاء اذن است و اذن از ایقاعات است و نیازمند به قبول نیست؛ پس با «أذنت» یا جمله‌ای که دالّ بر اذن باشد، مانند عقد توکیل، محقّق می‌شود. اما آقای خوئی عقد را صحیح ندانسته و در اشکال به آقای حکیم چنین فرموده است:

«إِنَّ الْإِذْنَ مَتَوَقَّفٌ عَلَى الْعِلْمِ بِهِ أَيْضًا، فَإِنَّهُ لَا يَصْدُقُ أَنَّ مِنْ لَهُ الْأَمْرُ قَدْ أَذِنَ لَهُ وَ أَنَّهُ مَأْذُونٌ فِي الْفِعْلِ بِمَجْزِدٍ إِنْشَاءُ الْإِذْنِ، مَا لَمْ يَصِلْ ذَلِكَ إِلَى الْمَبَاشَرِ فَيَعْلَمُ بِهِ فَإِنَّهُ لَيْسَ إِلَّا بِرَأَا لِلرَّضَا الْبَاطِنِيِّ»^۲

به نظر مختار این اشکال ناتمام است؛ زیرا اگر کسی بگوید همه در استفاده از فلان ملک من مأذون هستند، وجداناً عنوان «مأذون» بر همه حتی کسانی که علم به این جعل و انشاء ندارند، صادق است؛ پس در فرض دوم نیز عقد صحیح است. البته اگر در صحت عقد، استناد تسبیبی آن به اصیل یا مجیز معتبر باشد، به این معنا که انشای عقد، باید فعل تسبیبی اصیل یا مجیز باشد، هم در این فرض و هم در فرض اوّل، باید به بطلان عقد حکم کرد؛ زیرا در فرض اوّل که وکیل فراموش کرده از اصیل وکالت دارد، انشای عقدش منبعت از وکالتش نبوده تا عملش، فعل تسبیبی موکّل محسوب شود، و در فرض دوم نیز، اذن، واصل نبوده تا تسبیبی بودن عمل صادق باشد. ولی چنین استنادی در صحت عقد معتبر نیست و مجزّد وکیل یا مأذون بودن، کفایت می‌کند هرچند عقد، فعل تسبیبی موکّل شمرده نشود. طبق فتوای فقها نیز اگر اصیلی عقد فضولی را بدون اطلاع عاقد فضولی و طرف دیگر، اجازه کند، همه باید با این عقد، معامله صحت کنند و چنین نیست که چون عاقد فضولی یا طرف مقابل او علم به اجازه ندارند، مجیز نتواند عقد را صحیح بداند.^۳ اذن هم با اجازه از این جهت در نزد عرف تفاوتی ندارد؛ پس علم به اذن لازم

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۵۰۷.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۷۴.

۳. برای نمونه، رک: غایة المرام، ج ۲، ص ۱۴۷-۱۴۸؛ منیة الطالب، ج ۱، ص ۲۴۹-۲۵۰؛ مصباح

نیست. لذا اینکه آقای خوئی مدعی شده عدم اعتبار علم به اذن، به معنای کفایت رضایت باطنی است ناتمام است.

البته به این براج نسبت داده شده که علم لاقفل یک نفر به اذن اصیل معتبر است^۱ ولی این مطلب نیز ناتمام است.

حکم فرض سوم (جهل عاقد فضولی به ولایت خود)

فرض سوم این است که عاقد، ولی معقود علیه است، ولی به دلیل جهل به ولایت خود، عقد را به عنوان فضولی انشا می‌کند. مرحوم سید در صحت عقد بدون نیاز به اجازه مجدد خود ولی، تردید کرده است. در این فرض، دو صورت وجود دارد:

حکم صورت اول (جهل به حکم): صحت عقد

صورت اول این است که شخص نمی‌دانسته که نسبت به دختر بالغه باکره خود - که طبق نظر مختار پدر، ولی اوست - یا نسبت به دختر صغیره خود ولایت دارد و عقد را به عنوان فضولی انشا کرده است. ظاهراً عقد در این صورت صحیح است؛ زیرا عاقد در حقیقت ولی بوده و به عقد، رضایت داشته و شارع، صحت عقد ولی را مقتید به علم ولی به ولایت داشتن نکرده است.

بررسی صورت دوم (جهل به مصداق): بطلان عقد

صورت دوم این است که شخص می‌داند که نسبت به دختر دیگران ولایتی ندارد و - مثلاً - زینب را به گمان اینکه دختر دیگری است فضولتاً به عقد دیگری می‌آورد و سپس معلوم می‌شود که زینب دختر خود اوست و اگر می‌دانست که زینب دختر اوست، به عقد راضی نبود؛ زیرا طرف مقابل را مثلاً مناسب با شأن

الفقاهة، ج ۴، ص ۱۸۴.

۱. مختلف الشيعة، ج ۵، ص ۴۳۴-۴۳۵: «قال ابن البرزنج: إذا قال إنسان لعبيده: قد أذنت لك في التجارات... وإذا أذن السيد لعبيده في التجارة فباع واشترى وهو لا يعلم بإذن سيده ولا علم به أحد لم يكن مأذوناً له في التجارة ولا يجوز شيء مما فعله».

ظاهراً این مطلب در کتاب دیگر این براج به نام الکامل بوده - که در دسترس نیست - و علامه حلی از آن نقل کرده است؛ زیرا در المذهب که کتاب دیگر ایشان است و موجود است چنین مطلبی یافت نشد.

خود نمی دانست تا دختر خود را به ازدواج او درآورد. در این صورت با توجه به اینکه در حقیقت رضایت به عقد دختر خود ندارد، عقد صحیح نیست.

این صورت مانند فرضی است که شخص، شیی را به گمان اینکه ملک دیگری است از روی بی مبالائی یا به قصد اینکه بعداً از او اجازه بگیرد، می بخشد، در حالی که اگر آن شیء، ملک خودش بود به بخشش آن راضی نبود و پس از بخشش معلوم می شود ملک خودش بوده، که حکمش بطلان این بخشش است؛ زیرا صحت عقد متوقف بر رضایت «من له الأمر» است که این شخص، به آن رضایت نداشته، بر خلاف صورت اول که ولی به عنوان فضولی عقد را انشاء کرده و عقدش صحیح است؛ زیرا رضایت او همراه با عقد بوده، گرچه گمان می کرده که شرعاً رضایت شخص دیگری در صحت عقد دخیل است که بعداً عدم دخالت آن مشخص شده است.

انشاء عقد توسط اصیل به عنوان عقد فضولی

مسألة ۲۸: «إذا كان عالماً بأنه وكيل أو وليّ و مع ذلك أوقع العقد بعنوان الفضولية فهل يصحّ و يلزم أو يتوقّف على الإجازة أو لا يصحّ؛ وجوه أقواها عدم الصحة لأنه يرجع إلى اشتراط كون العقد الصادر من وليّه جائزاً فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد أن يكون الأمر بيده في الإبقاء و العدم و بعبارة أخرى أوقع العقد متزلزلاً»^۱

موضوع مسئله قبل این بود که شخصی اصیل، ولی یا وکیل بوده و اختیار انشای عقد را داشته ولی گمان می کرده اختیار ندارد و عقد را به عنوان فضولی انشاء کرده؛ ولی موضوع بحث جاری (مسئله ۲۸)، اصیل، ولی یا وکیلی است که به نفوذ عقد خود و عدم نیاز به اجازه دیگری علم دارد؛ ولی عقد را به عنوان فضولی انشاء می کند یعنی جنبه تشریع دارد. در این مسئله مرحوم سید یزدی فقط ولی یا وکیل را فرض کرده ولی بحث، به آنها اختصاص ندارد و در اصیل نیز جاری است و شاید مراد ایشان از «ولی» کسی باشد که از جانب خود، اختیار انجام عقد را دارد چه اصالتاً - عقد اصیل - و چه به دلیل عناوینی مانند ابوت که موجب ولایت است.

در هر حال، سه وجه در این مسئله مطرح است:

- وجه اول: عقد، صحیح و نافذ است و به اجازه نیز نیاز ندارد.
- وجه دوم: عقد، صحت شأنی و تأهلی دارد و با اجازه صاحب اجازه، صحیح فعلی خواهد شد.
- وجه سوم: عقد، باطل است و با اجازه نیز تصحیح نمی شود.

نظر صاحب عروه: بطلان عقد

مرحوم سید فرموده که اقوا، بطلان عقد است؛ زیرا بازگشتش به این امر است که عقد صادر شده از ولی یا وکیل، فضولی باشد و آنان اختیاردار عقد نباشند و چون در شرع چنین چیزی ثابت نیست، عقدشان باطل است. ایشان این تنظیم را نیز بیان می کنند که عقد مورد بحث در این مسئله، مانند این فرض است که شخص بالغ عاقل، عقدی را انشا کند به قصد اینکه ابقا و عدم آن در اختیار او باشد، یعنی عقد را متزلزل انشا کند که این عقد نیز باطل است.

مراد مرحوم سید از این عبارت، همان گونه که شارحین عروه^۱ هم اشاره کرده اند، روشن نیست؛ زیرا اگر بازگشت این عقد به تعلیق باشد، معنایش این است که ولی یا وکیل شرط کرده اند که عقد، مشروط به تزلزل و متوقف بر اجازه باشد، که بدون تردید چنین عقدی باطل است؛ زیرا گرچه در باب تعلیق، تفاصیلی مطرح شده، ولی بطلان تعلیق عقد بر امری که قطعاً محقق نمی شود و خود عاقد هم می داند، از مسلمات است؛ بنابراین اگر کسی که می داند عقدش به اجازه نیاز ندارد بگوید: «این عقد را انشا می کنم به شرط اینکه به اجازه نیاز داشته باشد»، بازگشت آن به عدم قصد عقد است.

نظر مختار: صحت عقد

ولی حق این است که چنین عقدی معلق نیست و صغرا بودن آن برای این کبرا، درست نیست؛ زیرا اولاً، لازمه عقد فضولی این نیست که فضولی بودن در انشاء لحاظ شود؛ زیرا متعارف فضولی ها، مانند غاصب ها، انشائشان با انشاء اصیل

۱. العروة الوثقی (المحتمی)، ج ۵، ص ۶۳۹-۶۴۰.

و صاحب اختیار یکی است، هر چند شارع مقدس، یکی را باطل می‌داند و یکی را مشروط به اجازه. البته اعتقاد قلبی و تشریعی برای شخص ایجاد شده است که حتی اگر در عبادیات - با قطع نظر از مناقشاتی که وجود دارد - موجب بطلان عبادت شود، دلیلی وجود ندارد که موجب بطلان عقد شود، ثانیاً، حتی اگر فضولی بودن در انشاء لحاظ شود، معنایش تعلیق نیست.^۱

همچنین نباید گمان شود که عقد مذکور به جهت فقدان قصد ولایت یا وکالت، باطل است؛ زیرا در صحت عقد ولی و وکیل، قصد این عناوین لازم نیست تا اشکال شود که قصد فضولیت با قصد این عناوین منافات دارد. بنابراین کسی که عقد را به یکی از این عناوین انشا نکرده اگر در حقیقت صاحب اختیار باشد، عقدش مشمول ادله صحت قرار می‌گیرد، گرچه قلباً قصد فضولیت داشته باشد.

احکام مترتب بر تزویج صغیرین

مسألة ۲۹: «إذا زَوَّجَ الصَّغِيرِينَ وَلَيْتَهُمَا فَقَدْ مَرَّ أَنَّ الْعَقْدَ لَزِمَ عَلَيْهِمَا وَلَا يَجُوزُ لِهَما بَعْدَ الْبُلُوغِ رَدُّهُ أَوْ فُسْخُهُ وَ عَلَى هَذَا إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْبُلُوغِ أَوْ بَعْدَهُ وَرَثَةُ الْآخَرِ وَأَمَّا إِذَا زَوَّجَهُمَا الْفُضُولِيَّانِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِمَا بَعْدَ الْبُلُوغِ أَوْ إِجَازَةٍ لِيَهُمَا قَبْلَهُ فَإِنْ بَلَغَا وَأُجِزَ اثْبَتَتِ الزَّوْجِيَّةُ وَ يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا أَحْكَامُهَا مِنْ حِينَ الْعَقْدِ لَمَّا مَرَّ مِنْ كَوْنِ الْإِجَازَةِ كَاشِفَةً وَ إِنْ رَدَّ أَوْ رَدَّ أَحَدُهُمَا أَوْ مَاتَ أَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْإِجَازَةِ كَشَفَ عَنْ عَدَمِ الصَّحَّةِ مِنْ حِينَ الصَّدُورِ وَ إِنْ بَلَغَ أَحَدُهُمَا وَأُجِزَ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ بُلُوغِ الْآخَرِ يَعْزَلُ مِيرَاثَ الْآخَرِ عَلَى تَقْدِيرِ الزَّوْجِيَّةِ فَإِنْ بَلَغَ وَأُجِزَ يَحْلِفُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ إِجَازَتَهُ لِلطَّمَعِ فِي الْإِثْرِ فَإِنْ حَلَفَ يَدْفَعُ إِلَيْهِ وَ إِنْ لَمْ يَجْزْ أَوْ أُجِزَ وَ لَمْ يَحْلِفْ لَمْ يَدْفَعْ بَلْ يَرُدُّ إِلَى الْوَرِثَةِ وَ كَذَلِكَ مَاتَ بَعْدَ الْإِجَازَةِ وَ قَبْلَ الْحَلْفِ؛ هَذَا إِذَا كَانَ مَتَّهِمَا بِأَنَّ إِجَازَتَهُ لِلرَّغْبَةِ فِي الْإِثْرِ وَ أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَتَّهِمَا بِذَلِكَ كَمَا إِذَا أُجِزَ قَبْلَ أَنْ يَعْلَمَ مَوْتَهُ أَوْ كَانَ الْمَهْرُ الْإِثْرَ عَلَيْهِ أَزِيدَ مِمَّا يَرِثُ أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ فَالظَّاهِرُ عَدَمُ الْحَاجَةِ إِلَى الْحَلْفِ.»^۲

۱. یعنی چنین نیست که متعلق انشاء را معلق بر فضولی بودن آن کرده باشد، به این معنا که اگر فضولی نباشد و احتیاج به اجازه نباشد متعلق انشاء محقق نشود.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۲.

لزومی بودن عقد ولی در تزویج صغیرین

در ذیل مسئله چهار از همین فصل (فصل اولیاء عقد) بیان شد که اگر پدر یا جد، صغیرین را به یکدیگر تزویج کند، عقد آنان صحیح و لازم است، نه اینکه فضولی یا متزلزل باشد تا صغیرین پس از بلوغ، حق ردّ یا فسخ عقد ولی را داشته باشند. البته چنان که در همان بخش بیان شد، لزوم عقد نسبت به صغیره اجماعی و نسبت به صغیر مشهور است که قول مختار نیز در آن مسئله، لزوم عقد بر صغیرین بود؛ از این رو اگر صغیر یا صغیره قبل از بلوغ یا پس از آن، بمیرند، دیگری از او ارث می برد.

حکم تزویج صغیرین توسط فضولی

اما اگر فضولی صغیرین را به یکدیگر تزویج کند، عقد بر اجازه آن دو پس از بلوغ یا اجازه ولی آن دو قبل از بلوغ متوقف است. اگر ولی، عقد را قبل از بلوغ اجازه نکند و صغیرین پس از بلوغ آن را اجازه کنند، احکام زوجیت، مانند مهر، نفقه، ارث و احکام مصاهره - بنا بر تفصیلی که خواهد آمد - از زمان تحقق عقد نه از زمان اجازه مرتب می شود. طبق نظر مرحوم سید، اجازه، کاشف حقیقی از صحت عقد از زمان انشای عقد است و طبق نظر مختار، به کشف حکمی کاشف است. در همین صورت که ولی قبل از بلوغ، عقد را اجازه نکرده، اگر صغیرین یا یکی از آن دو، عقد فضولی را ردّ کنند یا هر دو یا یکی از آن دو، قبل از اجازه فوت شوند، کشف می شود که عقد از ابتدا صحیح نبوده است، چنان که از صحیحۃ ابی عبیده حدّاء^۱

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۱، ح ۴: عذّة من أصحابنا عن سهل بن زیاد و محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمّد و علی بن إبراهیم عن أبيه جميعا عن ابن محبوب عن ابن رناب عن أبي عبیدة الحدّاء، قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوّجهما ولّیان لهما و هما غیر مدرکین، فقال: التّکاح جائز و أتیهما أدرك کان له الخيار و إن ماتا قبل أن يدركا فلا میراث بینهما و لا مهر إلا أن یكونا قد أدركا و رضا قلت فإن أدرك أحدهما قبل الآخر قال یجوز ذلك علیه إن هو رضي قلت فإن کان الرجل الذی أدرك قبل الجارية و رضي بالتّکاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أتره قال نعم یعزل میراثها منه حتی تدرك و تحلف بالله ما دعاهما إلى أخذ المیراث إلا رضاها بالتزویج ثم بدفع إليها المیراث و نصف المهر قلت فإن ماتت الجارية و لم تکن أدركت أیرثها الزوج المدرك قال لا لأنّ لها الخيار إذا أدركت قلت فإن کان أبوها هو الذی زوّجها قبل أن تدرك قال یجوز علیها تزویج الأب و یجوز علی الغلام و المهر علی الأب للمجارية» وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۲۱۹، ح ۱.

استفاده می‌شود.

شاید ادعا شود همان‌طور که بعد از فوت صغیر، ولی شرعی، بر اموال وی ولایت دارد، بر عقد او هم ولایت دارد و می‌تواند عقد او را نسبت به قبل از فوت اجازه کند تا احکام زوجیت، از زمان تحقق عقد مترتب شود، یا حتی نسبت به بعد از بلوغ ادعا شود که ولی شرعی، گرچه در حال حیات مولی علیه، حق ردّ و اجازه را ندارد، ولی بعد از فوت وی، در اجازه، جانشین او می‌شود و عقد را نسبت به حال حیات، اجازه می‌کند.

ولی این ادعا باطل است؛ زیرا در ادله ولایت بر اشخاص، عموم، اطلاق یا دلیل خاصی وجود ندارد که برای ولی چنین حقی قرار داده باشد، به علاوه ممکن است گفته شود صحیحہ ابی عبیدہ حدّاء، مطلقاً بر بطلان نکاح صغیرین به موت یکی از آن دو قبل از اجازه حکم می‌کند، خواه صغیرین ولی شرعی داشته باشند که پس از موت یکی از صغیرین عقد را امضا کند، خواه نداشته باشند.^۱

لزوم حلف برای ترتب ارث در برخی فروض

حال اگر یکی از صغیرین بالغ شود و عقد را اجازه کند و قبل از بلوغ دیگری فوت شود، طبق روایت ابی عبیدہ با توجه به اینکه اجازه‌اش پس از بلوغ بوده، اجازه او صحیح است و سهم ارث دیگری که در حال حیات است، کنار گذاشته می‌شود تا بالغ شود و صلاحیت اجازه پیدا کند. اگر پس از بلوغ، عقد را اجازه کند سهم ارث را مالک می‌شود، ولی مشروط به اینکه رضایت او به تزویج، برای گرفتن سهم ارث نباشد؛ ازاین‌رو باید قسم بخورد که به دلیل طمع در ارث عقد را اجازه نداده است؛ بنابراین اگر قسم بخورد که اجازه او به دلیل طمع در ارث نیست، از دیگری ارث می‌برد؛ ولی اگر اجازه نکند یا اجازه کند و قسم نخورد، ارث نمی‌برد و سهم او به سایر ورثه برگردانده می‌شود و همچنین اگر پس از اجازه و قبل از حلف، فوت شود، ارث نخواهد برد.

البته لزوم حلف در موردی است که ارث برنده متهم است که به دلیل رغبت و

۱. البته به نظر می‌رسد روایت مذکور اصلاً در فرضی است که ولی شرعی وجود ندارد؛ زیرا امام علیه السلام در صدر روایت نیز در فرض حیات صغیرین یا یکی از آنها ولایت ولی شرعی بر اجازه عقد را مطرح نکرده‌اند.

طمع در ارث، عقد را اجازه کرده است، ولی اگر این اتهام منتفی باشد، مانند اینکه از فوت دیگری اطلاع نداشته و عقد را اجازه کرده یا عقد به ضرر اوست و آن را اجازه می‌کند، حلف لازم نیست؛ مثلاً اگر زوجه فوت شود و سهم ارثی که از او به مرد می‌رسد کمتر از مهری است که مرد باید به ورثه زن پرداخت کند، دیگر مرد متهم نخواهد بود.

تَرْتَبِ آثار زوجیت در فرض اجازه بدون حلف

مسألة ۳۰: «یترتب علی تقدیر الإجازة والحلف جمیع الآثار المرتبة علی الزوجية من المهر و حرمة الأم و البنات و حرمتها إن كانت هی الباقية علی الأب و الإبن و نحو ذلك؛ بل الظاهر ترتب هذه الآثار بمجرّد الإجازة من غیر حاجة إلی الحلف فلو أجاز و لم یحلف مع کونه متهما لا یرث و لکن یرتب سائر الأحکام»^۱

اشکالاتی بر عبارت عروه

آنچه در این فرع مهم است بررسی حکم مسئله در فرض اجازه بدون حلف است؛ یعنی فرضی که زوج یا زوجه پس از کمال، عقد را اجازه کند و از دنیا برود ولی دیگری که هنوز نابالغ است پس از بلوغ - در حالی که در معرض اتهام است - بدون حلف، عقد را اجازه کند. قبل از بررسی این فرع، برخی اشکالات عبارتی در این مسئله وجود دارد که در ذیل بررسی خواهد شد.

اشکال اول: عدم امکان تصوّر دختر برای صغیره

مرحوم آقای خوئی دو اشکال به مرحوم سید وارد کرده که در یک اشکال با شیخ محمد حسین کاشف الغطاء مشترک است و بررسی آن خواهد آمد. اما اشکال اضافی که ایشان مطرح کرده این است که مورد کلام، صغیره است و صغیره نمی‌تواند دختر داشته باشد تا بحث حرمت آن دختر نسبت به شوهر مادر مطرح شود.^۲

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۳-۸۷۴.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۷۸.

پاسخ اشکال اول

از این اشکال، می‌توان پاسخ داد؛ زیرا فرض مسئله این است که زوجه در زمان عقد، صغیره بوده، نه در زمان فوت؛ از این رو شاید پس از بلوغ، شخصی با او وطی به شبهه یا حتی زنا کرده و او دختردار شده است؛ پس دختردار بودن زوجه قابل تصور است و در ترتب همه احکام حرمت مصاهرت بر ولد شبهه و زنا، اشکالی نیست. مرحوم آقای خوئی نیز در زمانی می‌فرمود همه آثار ولد، بر ولد الزنا مترتب است، مگر اثر بردن ولد زنا از زانی^۱ و به علاوه شیر ناشی از زنا نیز موجب نشر حرمت نمی‌شود.^۲ مرحوم والد نیز می‌فرمود با مرحوم آقای خمینی، همه روایات را فحص کردیم و به روایتی که بر نفی ولد بودن ولد الزنا دلالت داشته باشد دست نیافتیم. به علاوه اگر این اشکال مرحوم آقای خوئی (عدم امکان دختردار بودن زوجه صغیره) وارد باشد، ایشان باید به فرض دیگر مرحوم سید که فرموده: «اگر متوقی، زوج باشد، زوجه بر پدر و پسر زوج حرام است» نیز چنین اشکال می‌کرد که با وجود صغیر بودن زوج، تصور پسر داشتن او ممکن نیست تا زوجه بر پسر او حرام باشد.

اشکال دوم: توقف «حرمت بنت الزوجه» بر «دخول» و عدم تصور دخول در صغیره ولی اشکال مشترک مرحوم کاشف الغطاء^۳ و مرحوم آقای خوئی^۴ بر مرحوم سید این است که دختر زوجه، زمانی بر زوج حرام است که زوج، به زوجه دخول کرده باشد، در حالی که بنا بر فرض، زوجه قبل از بلوغ زوج، فوت شده و دخول زوج صغیر قابل تصور نیست تا دختر زوجه بر او حرام شود. البته مرحوم کاشف الغطاء در همین جا فرموده که این اشکال به مسئله ۳۲ هم وارد است، ولی با بررسی آن مسئله روشن خواهد شد که آن مسئله ارتباطی با این مطلب ندارد.

پاسخ اشکال دوم

این اشکال با دو پاسخ مواجه است.

۱. رک: موسوعة الإمام الخوئی، ج ۹، ص ۳۰۶.

۲. رک: أحكام الرضاع (خوئی)، ص ۷۵.

۳. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۴۱.

۴. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۷۸.

پاسخ اول: امکان دخول صغیر مراهق قبل از بلوغ

اولاً، صغیر مراهق قبل از بالغ شدن و رسیدن به حد تکلیف قدرت بر دخول دارد و این گونه نیست که حتماً باید به حد بلوغ برسد تا قدرت بر دخول پیدا کند؛ پس دخول به صغیره در زمان حیات آن دو، قابل تصور است.^۱

پاسخ دوم: منحصر نبودن «حرمت دختر زوجه به زوج» بر دخول

ثانیاً، حرمت دختر زوجه از نظر فقهی بر دو قسم است:

قسم اول: حرمت ابدی ربیبه که مشروط به دخول به زوجه است.

قسم دوم: حرمت جمع بین مادر و ربیبه که مشروط به دخول به مادر نیست.

فرض مرحوم سید مطابق با قسم دوم است؛ زیرا بنا بر مختار ایشان، حرمت ربیبه بر صغیر، از آثار مدخوله بودن است، نه زوجیت، در حالی که مرحوم سید در اینجا، حرمت نکاح با دختر را از آثار زوجیت دانسته است.

توضیح مطلب: اگر ولی شرعی دختر زوجه - که تصویر دختر داشتن زوجه صغیره در پاسخ اشکال اول تبیین شد - قبل از اجازه صغیر نسبت به عقد زوجه، دختر زوجه را به عقد صغیر درآورد و ولی شرعی صغیر نیز این عقد را قبول کند و صغیر پس از بلوغ، عقد سابق را اجازه کند، این اجازه کشف می‌کند که از ابتدا مادر این دختر (معقوده دوم) در حباله زوجیت صغیر بوده و ازدواج با دختر او - به دلیل جمع بین مادر و دختر - حرام و باطل است؛ زیرا طبق مبنای مشهور کسی که با زنی ازدواج کرده چنانچه قبل از دخول با دختر او ازدواج کند، عقد دوم به دلیل حرمت جمع بین مادر و دختر باطل است، گرچه مرحوم آقای خونی در این مسئله مخالف مشهور است؛ زیرا ایشان عقد مادر را بقاءً باطل دانسته و در وجه آن فرموده که آیه شریفه، بنت مادر مدخوله را حرام دانسته و معتقد است در فرضی که مادر، مدخوله نباشد، ازدواج با دخترش صحیح است که با تحقق عقد دختر، عنوان

۱. به علاوه طبق این مبنا که در ترتب حرمت ابدی ربیبه دخول اختیاری معتبر نیست - همانطور که مرحوم آقای خونی نیز اختیاری بودن دخول را معتبر نمی‌داند (العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۵۴۳؛ موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۲۷۷) - می‌توان گفت در صغیر غیر مراهق نیز فرض دخول ممکن است. البته طبق نظر مختار استاد^۲ این مبنا ناتمام است؛ برای اطلاعات بیشتر در این باره، رک: کتاب نکاح، مباحث محرمات ابدی و جمعی، مسئله ۴ (العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۲۹، م ۴).

مادرزن بر مادر او صدق می‌کند و به بطلان عقد او حکم می‌شود.^۱ البته طبق نظر مختار، حق با مشهور است، لذا عقد دوم (عقد دختر) طبق مبنای کشف، باطل است و بنا بر ناقله بودن اجازه، اجازه عقد فضولی نافذ نیست؛ زیرا به معنای ازدواج با مادرزن است.

ترتیب آثار زوجیت، غیر از ارث به مجرد اجازه

مسألة ۳۰: «... بل الظاهر ترتب هذه الآثار بمجرد الإجازة من غير حاجة إلى الحلف فلو أجاز ولم يحلف مع كونه متهما لا يرث ولكن يرتب سائر الأحكام»^۲
مرحوم سید بنا بر مبنای کشف، در صورت اجازه و حلف، همه آثار را که ذکر شد بر عقد فضولی صغیرین مترتب دانسته و فرموده به مجرد اجازه، همه این آثار غیر از ارث مترتب می‌شود، گرچه مجیزی که در حال حیات است متهم باشد که به جهت ارث، عقد را اجازه کرده است.

طبق قاعده اگر مجیز به زوجیت راضی باشد، عقدش صحیح است، هر چند غرض مالی منشأ رضایت او به ازدواج باشد؛ از این رو، عقدهای متعددی را شاهدیم که غرضی جز دست‌یابی به ارث یا مهر، برای آن تصوّر نمی‌شود، مانند ازدواج با شخصی که اموال فراوانی دارد و چند روزی بیشتر زنده نیست. اگر این منشأ در حال حیات طرف مقابل باشد، بدون احتیاج به حلف، به مجرد اجازه عقد صحیح است؛ اما اگر بعد از فوت او باشد، روایت، رضایتی را که ناشی از طمع به ارث باشد، کافی ندانسته و دستور داده که مجیز باید غیر از اجازه، قسم هم بخورد، و از آن جهت که این مسئله درباره ارث تعبدی است، به همان اکتفا می‌شود و در احکام دیگر، اجازه را کافی می‌دانیم. البته درباره مهر هم بحثی مطرح است که در محل خود باید دید از روایت، چه استظهار می‌شود.

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۲، ص ۱۹-۲۰.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۳.

بررسی لزوم حلف برای ارث بردن در غیر از فرض تزویج صغیرین

مسألة ۳۱: «الأقوى جريان الحكم المذكور في المجنونين بل الظاهر التعدي إلى سائر الصور كما إذا كان أحد الطرفين الولي و الطرف الآخر الفضولي أو كان أحد الطرفين المجنون و الطرف الآخر الصغير أو كانا بالغين كاملين أو أحدهما بالغاً و الآخر صغيراً أو مجنوناً أو نحو ذلك ففي جميع الصور إذا مات من لزم العقد بالنسبة إليه لعدم الحاجة إلى الإجازة أو لإجازته بعد بلوغه أو رشده و بقي الآخر، فإنه يعزل حصّة الباقي من الميراث إلى أن يردّ أو يجيز؛ بل الظاهر عدم الحاجة إلى الحلف في ثبوت الميراث في غير الصغیرین من سائر الصور لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغیرین و لكن الأحوط الإحلاف في الجميع بالنسبة إلى الإرث؛ بل بالنسبة إلى سائر الأحكام أيضاً.^۱»

برای عقد فضولی بین زوج و زوجة، چهل صورت متصور است که فقط صورتی که زوج و زوجة صغیر باشند و عقد از دو طرف فضولی باشد، مورد صحیحه ابو عبیده حذّاء است و با توجه به اینکه مفاد این صحیحه بر خلاف قواعد است، باید بررسی شود که آیا صور دیگر به این صورت ملحق می شود یا خیر.

توضیح اینکه در یک تقسیم بندی، زوج و زوجة منحصر در یکی از این ده صورت هستند: ۱. صغیرین ۲. مجنونین ۳. سفیهین ۴. کبیرین کاملین ۵. صغیر و مجنون ۶. صغیر و سفیه ۷. صغیر و کبیر کامل ۸. مجنون و سفیه ۹. مجنون و کبیر کامل ۱۰. سفیه و کبیر کامل. در تقسیم دیگری متوقفاً گاهی زوج است و گاهی زوجة که از ضرب این دو صورت در آن ده صورت، بیست صورت حاصل می شود؛ و در تقسیم دیگری، گاهی عقد از دو طرف فضولی است و گاهی از یک طرف فضولی است که از ضرب این دو صورت در بیست صورت قبل، در مجموع چهل صورت به دست می آید. از این چهل صورت، فقط یک صورت، مورد صحیحه ابی عبیده حذّاء است که صغیر و صغیره فضولتاً به یکدیگر تزویج شده اند و زوج پس از بلوغ، عقد را اجازه می کند و فوت می شود، که حضرت فرمودند: «برای ارث بردن از زوج متوقفاً لازم است که دیگری بالغ شود و عقد را اجازه کند و قسم بخورد که اجازه او به طمع

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۴.

در مال نیست».

مرحوم سید از سی و نه صورت باقی مانده، سه صورت را به مورد صحیحیه ملحق کرده؛ از این رو در فروض چهل گانه، فقط در چهار فرض، حلف را لازم دانسته است؛ یعنی عقد صغیرین، چه متوقفاً زوج باشد و چه زوجه، چه عقدی باشد که از دو طرف فضولی باشد و چه از یک طرف فضولی باشد.^۱ شخص حئی در این چهار فرض، برای ارث بردن باید قسم بخورد؛ ولی مرحوم سید در سایر صور - سی و شش صورت دیگر - حلف را لازم ندانسته است.

کلام آقای خوئی: لزوم حلف در تمام صور چهل گانه

مرحوم آقای خوئی معتقد است در همه صور، حلف لازم است و به مرحوم سید چنین اشکال کرده است:

«ما أفاده الله لا يتم بعد التعدي عن وفاة الزوج وبقاء الزوجة، إلى فرض وفاة الزوجة وبقاء الزوج. فإن الملاك المصتحح له، أعني الاحتياط في المال بالنسبة إلى الوارث، بعينه موجود في جميع هذه الصور.»^۲

در تبیین عبارت فوق می توان گفت: لزوم حلف در صحیحیه، به تناسب حکم و موضوع، به جهت احتیاط در اموال متوفی نسبت به ورثه اوست و به همین دلیل مرحوم سید از فرضی که زوج متوقفاًست به فرضی که زوجه متوقفاًست، تعدی کرده است. در فرضی که زوج یا زوجه از دنیا رفته است، شخص حئی به جهت اینکه متوقفاً دیگر نیست تا فایده ای برای او داشته باشد، نوعاً به غرض مالی به ازدواج رضایت دارد، بر خلاف زمان حیات که در موارد فراوانی علاقه طرفینی ایجاد شده و به ازدواج اقدام می شود. از آنجا که این ملاک در همه فروض چهل گانه موجود

۱. چهار صورت عبارت اند از: ۱. متوقفاً زوج باشد و از طرف زوجه، فضولی باشد؛ ۲. متوقفاً زوجه باشد و از طرف زوج، فضولی باشد؛ ۳. متوقفاً زوجه باشد و از هر دو طرف فضولی باشد؛ ۴. متوقفاً زوج باشد و از هر دو طرف فضولی باشد.

ولی اینکه از طرف زوج فضولی باشد و متوقفاً نیز زوج باشد یا اینکه زوجه چنین باشد، از صور مسئله خارج است.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۷۹.

است، وجهی ندارد که مرحوم سید فقط در فرض صغیرین حلف را لازم بدانند.

اشکال: عدم انحصار روایات در صحیحه ابی عیبه حذّاء

به نظر می‌رسد که اشکال مرحوم آقای خوئی وارد نباشد؛ چون دلیل مسئله، منحصر در صحیحه ابو عبیده نیست تا گفته شود که مرحوم سید از زوج متوقاً به زوجه متوقاً تعدی کرده است؛ بلکه صحیحه حلبی هم که فرضش موت هر یک از زوجین است، از ادله لزوم حلف است؛ لذا از این جهت به تعدی نیازی نیست. البته صحیحه حلبی از بعضی جهات با مورد بحث، تفاوت دارد که باید مرحوم سید از آن جهات، الغای خصوصیت کرده باشد. صحیحه حلبی چنین است: روی الحسن بن محبوب عن علی بن الحسن بن رباط عن ابن مسکان عن الحلبي قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أ يجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين قال فقال أما التزويج فصحيح و أما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم أنه كان قد طلق فإن أقر بذلك و أمضاه فهي واحدة بائة و هو خاطب من الخطاب و إن أنكر ذلك و أبى أن يمضيه فهي امرأته قلت فإن ماتت أو مات فقال يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقي ثم يحلف بالله ما دعاه إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالتكاح و يدفع إليه الميراث.»^۱

مورد بحث، عقد فضولی بین صغیرین است که یکی از آنها بعد از اجازه عقد، از دنیا رفته و دیگری در حال حیات است، در حالی که مورد سؤال در صحیحه حلبی، صغیرینی است که پدران آنها، عقد را خوانده‌اند و پدر صغیر یا خود صغیر، صغیره را طلاق داده است؛ حضرت این طلاق را فضولی دانسته و در صورت موت یکی از آنها فرموده‌اند: «فإن ماتت أو مات فقال يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقي ثم يحلف بالله ما دعاه إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالتكاح و يدفع إليه الميراث»؛ عرف از این تفاوت جزئی - تفاوت از جهت نکاح و طلاق، و یک طرفی یا دو طرفی

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۱۰، ح ۵۶۶۵؛ وسائل الشیعه، ج ۲۶، ص ۲۲۰، ح ۴.

بودن فضولی - الغای خصوصیت می‌کند و در مسئله رضایت به ازدواج هم می‌گوید رضایت نباید به غرض ارث بردن باشد، خواه متوقفاً زوج باشد یا زوجه. اما تعدی به صور دیگر متوقف بر این برداشت است که صغیرین، خصوصیتی ندارند و حکم مذکور در صحیح حلی، هر زوج یا زوجه‌ای را که عقدشان فضولی است و یکی عقد را امضا کرده و فوت شده و دیگری زنده است، شامل شود، در حالی که ما به چنین الغاء خصوصیتی اطمینان نداریم و تنها در همان چهار فرضی که مرحوم سید فرموده و مختص به صغیرین است می‌توان حلف را لازم دانست.

حکم عقود منافی با نکاح فضولی قبل از اجازه

مسألة ۳۲: «إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين من حيث كونه أصيلاً أو مجيزاً و الطرف الآخر فضولياً و لم يتحقق إجازة و لارّة فهل يثبت على الطرف اللازم تحريم المصاهرات فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح أم المرأة و بنتها و أختها و الخامسة و إذا كانت زوجة يحرم عليها التزويج بغيره. و بعبارة أخرى هل يجري عليه آثار الزوجية و إن لم تجر على الطرف الآخر أولاً؟ قولان أقواهما الثاني إلّا مع فرض العلم بحصول الإجازة بعد ذلك الكاشفة عن تحققها من حين العقد. نعم الأحوط الأول لكونه في معرض ذلك بمجيء الإجازة. نعم إذا تزوّج الأم أو البنت مثلاً ثم حصلت الإجازة كشفت عن بطلان ذلك.»^۱

بررسی اقوال و احتمالات مسئله

در مسئله پنج احتمال مطرح است:

احتمال اول: بطلان عقود منافی در فرض تحقق اجازه در آینده

مرحوم سید فرموده که در غیر صورت علم به حصول اجازه، اقوا عدم ترتب آثار زوجیت است؛ زیرا ایشان اجازه را کاشف حقیقی دانسته و بنابراین در صورت علم به تعقب اجازه، عقد از زمان تحقق، صحت واقعی دارد و ترتب آثار مخالف با

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۴.

زوجیت، تکلیفاً بر او حرام و وضعاً باطل است؛ ولی اگر شک در تعقب اجازه داشته باشد، مقتضای استصحاب عدم تحقق اجازه، جواز عقود منافی است، هرچند به جهت احتمال حصول اجازه، مستحب است احتیاط کند و آثار زوجیت را مترتب کند. ممکن است گفته شود در باب فروج، مقتضای اصل، وجوب احتیاط است؛ اما پاسخ این است که حتی اگر در باب فروج، اصل احتیاط جاری باشد، در مقابل اصل برائت است نه در مقابل استصحاب؛ یعنی اگر استصحاب، اقتضاء زوجیت یا عدم زوجیت می‌کرد و احتیاط بر خلاف آن بود رعایت این احتیاط لازم نیست؛ به همین جهت اگر شک کنیم که زنی طلاق داده شده یا نه، زوجیت استصحاب می‌شود و احتیاط لازم نیست.

پس اگر خواهر معقوده را به عقد خود درآورد، بر اساس حکم ظاهری عقد او صحیح است؛ ولی اگر بعداً «من له الاجازة» عقد اول را اجازه کند، عقد اول صحیح و عقد دوم باطل می‌شود؛ زیرا در حقیقت، عقد اول متعقب به اجازه بوده، گرچه استصحاب، به عدم تحقق اجازه حکم کند.

البته عبارت «إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين» در کلام مرحوم سید را می‌توان به دو گونه معنا کرد:

معنای اول: صحت عقد از یک طرف، حالت منتظره ندارد و اگر هم اجازه‌ای نیاز بوده، اجازه صادر شده است.

معنای دوم: وجوب تکلیفی وفای به عقد از جانب غیر فضولی، مفروض گرفته شود و از این جهت بحث شود که آیا وجوب وفای به عقد فضولی، مستلزم این است که اصیل وضعاً نتواند آثار منافی با عقد اول را مترتب کند یا خیر؟ یعنی اگر عقدی مخالف با عقد اول را انشا کند، عقد دوم باطل است یا خیر؟

ظاهراً مراد مرحوم سید معنای اول است؛ زیرا ایشان در اینجا وجوب تکلیفی وفا را مفروض نگرفته تا درباره حکم وضعی آن بحث کند.

مراد از «آثار الزوجية» در عبارت «و بعبارة أخرى هل يجري عليه آثار الزوجية» مراد از «آثار الزوجية» در عبارت «و بعبارة أخرى هل يجري عليه آثار الزوجية»، خصوص آثاری است که بر ضرر غیر فضولی است، نه مطلق آثار حتی جواز نگاه

او به مادر، خواهر و دختر معقوده؛ زیرا اولاً، مرحوم سید با تعبیر «قولان»، ترتب این آثار را از موارد اختلافی بین فقها دانسته، در حالی که خیال نمی‌کنم هیچ فقیهی به جواز این نگاه‌ها فتوا داده باشد تا مسئله اختلافی قلمداد شود؛ و ثانیاً، این مطلب از کلمه «علیه» در عبارت مذکور قابل استفاده است؛ چراکه مرجع ضمیر در آن، شخص اصیل و غیر فضولی است، نه مضمون عقد، و «علی»، معنای ضرر را افاده می‌کند؛ پس بحث در این است که آیا به مجرد عقد فضولی، آثار تحریمی که به ضرر اصیل است - مانند حرمت عقد مادر، خواهر یا دختر معقوده، عقد همسر پنجم، اگر اصیل زوج باشد، و یا مانند خروج زن از منزل بدون اذن شوهر یا ازدواج، اگر اصیل زوجه باشد - مترتب می‌شود یا خیر؟

اشکالات احتمال اول

اما این احتمال با اشکالاتی مواجه است.

اشکال اول: بطلان مبنای کشف حقیقی

اشکال اول اشکال مبنایی است؛ زیرا چنان‌که در بررسی مبنای کشف و نقل بیان شد، مبنای کشف حقیقی قابل اثبات نیست و از سویی عمومات نیز قادر به اثبات لزوم از طرف اصیل نیست.

اشکال دوم: عدم بقاء موضوع اجازه در مقام

اشکال دوم، اشکالی از سوی مرحوم آقای خوئی است. ایشان مدعی است که بنا بر همه مبنای در اجازه، حتی بنا بر کشف حقیقی، احکام زوجیت وقتی مترتب می‌شود که اصیل تا زمان اجازه، به عقدی که منعقد کرده ملتزم باشد؛ اما اگر قبل از آن، با قول یا عمل، انصرافش را ابراز کند، هیچ فقیهی، حتی از قائلین به کشف حقیقی، با آمدن اجازه، به صحت عقد حکم نکرده است؛ زیرا برای اجازه لاحق موضوعی باقی نمی‌ماند تا متصف به صحت شود؛ از این رو در اینجا که اصیل عقود منافی با عقد اول انجام داده، در عمل، انصراف خود از عقد اول را ابراز کرده است؛ پس عقد اول، صحیح واقع نمی‌شود تا عقود دیگر با آن منافی باشند و حکم

۱. مراد ایشان از ضرر این است که تعبیر فوق مختص به مواردی است که مسئولیت زاو موجب تضییع است.

به بطلان آنها شود.^۱

پاسخ: وجود قائلین به بقای موضوع اجازه پس از انشای عقد منافی، اما اینکه آقای خوئی فرمود در مقام، هیچ فقیهی، حتی از قائلین به کشف حقیقی، با آمدن اجازه، به صحت عقد حکم نکرده است، کلام ناتمامی است؛ زیرا با مراجعه به کلام فقها روشن می‌شود که قبل از مرحوم سید نیز اجازه را حتی در این فرض، مؤثر دانسته‌اند. فتوای محقق کرکی مطابق همین فتوای مرحوم سید است و صریحاً حکم کرده اگر پس از عقود منافی، اجازه محقق شود، کشف از بطلان عقود منافی می‌کند؛^۲ از کلام علامه^۳ و سید عمید الدین - خواهرزاده علامه و مؤلف کنز الفوائد - که کلام علامه را نقل کرده و اشکال نکرده^۴ و نیز عبارت کشف اللثام که فرموده: «فإن كان زوجاً حرم علیه الخامسة والأخت بلا إشكال»^۵ همین مطلب استفاده می‌شود؛ چون در عبارات این بزرگان، به حرمت عقود منافی با عقد ازدواج اول حکم شده است، در حالی که هیچ دلیلی بر حرمت تکلیفی انشای عقدهای مصاهره‌ای، مانند عقد بر مادرزن یا خواهرزن وجود ندارد؛ پس مرادشان از حرمت، حرمت وضعی به معنای بطلان و لغویت عقد است؛ از این رو مقتضای فتوای مرحوم سید و مشهور^۶ که کشف حقیقی است، این است که با تحقق اجازه لاحق، عقد منافی از سوی اصیل بی اعتبار باشد.^۷ البته فرض مسئله، عدم نزدیکی در عقد دوم است.

در حقیقت علامه و سید عمید الدین و خصوصاً کاشف اللثام که با تعبیر «بلا اشکال»،

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۸۲؛ و ص ۲۸۳.

۲. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۶۰.

۳. قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۱۶.

۴. کنز الفوائد (عمیدی اعرجی)، ج ۲، ص ۳۲۴.

۵. کشف اللثام، ج ۷، ص ۱۰۷.

۶. برای اطلاع از فقهایی که کشف حقیقی را قائل شده‌اند به اقوال مسئله، پاورقی مربوط به قول اول (کشف حقیقی) رجوع کنید (ذیل مسئله ۲۱).

۷. در این حکم فرقی نمی‌کند که وجه کشف حقیقی، کدام وجه از وجوهی باشد که پیش‌تر در وجوه کشف حقیقی در ذیل مسئله ۲۱ بیان شد.

حرمت مصاهره را ثابت دانسته، معتقد هستند که عقد بر مادر، دختر و امثال آنان - مانند عقد در حال احرام که باطل و لغو است - کالعدم است و در نتیجه عقد باطل، مانع از تأثیر اجازه لاحق نیست.

احتمال دوم: صحت عقد منافی در فرض تقدیم عقد مادر
احتمال دوم مبتنی بر نظری از مرحوم آقای خوئی است. ایشان معتقد است حتی اگر کشف حقیقی را بپذیریم گرچه عقد خواهر و مادر زنی که معقوده به عقد فضولی است، با اجازه عقد فضولی، بطلانش کشف خواهد شد، ولی این مطلب درباره عقد دختر این معقوده صادق نیست؛ یعنی پس از اجازه عقد معقوده که مادر این دختر است کشف می شود عقد مادر قبل از عقد دختر بوده ولی بر خلاف مشهور که معتقدند عقد دختر بعد از عقد مادر باطل است، طبق نظر ایشان، عقد این دختر اگر قبل از دخول و طلاق مادر رخ دهد، موجب صدق مادر زن بر معقوده می شود و از زمان عقد دختر، عقد مادر وی منفسخ می شود. این مبنای مرحوم آقای خوئی در مباحث حرمت ابدی ربیبه بررسی و مناقشه شد.^۱

احتمال سوم: بطلان عقود منافی مطلقاً
احتمال سوم این است که عقود منافی با عقود فضولی مطلقاً - چه «من له الإجازة» اجازه کند و چه اظهار کراهت کند - باطل است. این قول مختار علامه است.^۲
ایشان در فصل اولیاء نکاح از کتاب قواعد، فرموده است:

«ولو تولى الفضولي أحد طرفي العقد، ثبت في حق المباشرة تحریم المصاهرة فإن كان زوجاً حرم عليه الخامسة والأخت والأم والبنات إلا إذا فسخت على إشكال في الأم.»^۳

۱. مرحوم آقای خوئی این بحث را در جای خود که ازدواج با ربیبه است مطرح نکرده، بلکه در دو جای دیگر، یکی مبحث «جواز نگاه مرد خواهران ازدواج (مسئله ۲۶ از ابتدای کتاب نکاح عروه)، و دیگری مبحث حاضر یعنی «نکاح فضولی» از فصل اولیاء عقد (مسئله ۳۳) مطرح کرده است: موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳، ص ۱۹؛ وج ۳۳، ص ۲۸۳ - ۲۸۴.

۲. قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۱۶.

۳. قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۱۶.

علامه فرموده است اگر «من له الإجازة» فسخ^۱ کند، عقود منافی با عقد فضولی ممنوع نخواهد بود؛ ولی ایشان در خصوص رفع حرمت ازدواج با مادر این زن شبهه دارد.

بررسی اشکال آقای حکیم بر کاشف اللثام

مرحوم کاشف اللثام پس از عبارت «الخامسة والأخت»، بر کلام علامه به نحو مزجی چنین حاشیه زده است: «بلاشکال لصدق الجمع بین الأختین و نکاح أربع بالنسبة إليه، ولا یجدي التزلزل».^۲ یعنی مجرد متزلزل بودن عقد سبب نمی شود که از حرمت نکاح با خامسه و خواهر معقوده رفع ید شود.

مرحوم آقای حکیم به کلام کاشف اللثام چنین اشکال کرده است: خود علامه در بحث محرمات مصاهره، اظهار تردید کرده و این احتمال را هم مطرح کرده که ترتب آثار زوجیت متوقف بر لزوم دو طرف عقد است؛ لذا اینکه کاشف اللثام مطلب سابق علامه را بی اشکال دانسته، صحیح نیست.^۳

عبارت قواعد در مبحث محرمات مصاهره چنین است:

«أما العقد المجرد عن الوطء فإنه يحترم أم الزوجة وإن علت تحريما مؤثدا على الأصح. وهل يشترط لزومه مطلقا، أو من طرفه أو عدمه مطلقا؟ نظر. فلو عقد عليه الفضولي عن الزوجة الصغيرة ففي تحريم الأم قبل الإجازة أو بعد فسخها مع البلوغ نظر».^۴

اما اشکال ایشان به کاشف اللثام اگر صحیح باشد به علامه هم وارد است؛ زیرا ایشان در فصل اولیا، به صورت قطعی عقد با خواهر، مادر و دختر معقوده فضولی

۱. قوام فسخ به انشاء است؛ بنابراین صرف اظهار کراهت، فسخ نیست.

۲. کشف اللثام، ج ۷، ص ۱۰۷.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۵۱۶.

۴. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۳۰.

در کشف اللثام (ج ۷، ص ۱۷۷-۱۷۸) نیز چنین آمده است: «فلو عقد عليه الفضولي عن الزوجة الصغيرة أو الكبيرة ففي تحريم الأم قبل الإجازة منها أو بعد فسخها له مع البلوغ أي في التحريم في صورتين نظر من تحقق العقد و لزومه من الزوج و كون الفسخ مزیلا له بعد النبوت، و من عدم اللزوم منها و كشف الفسخ عن الفساد. و يقوى التحريم قبل الإجازة لزوم الجمع بين الأم و البنات، و لعل التخصيص بالصغيرة لبعد أمد الانتظار إلى الإجازة و عدم صلاحيتها الآن لها و للفسخ».

را بر اصيل حرام دانسته^۱ ولی در فصل مصاهره، در حرمت مصاهرات بر طرف غير فضولى تردید کرده است.

البته با تأمل در کلمات علامه و کاشف اللثام، می‌توان چنین پاسخ داد: در فصل اولیاء نکاح از کتاب قواعد، دو عنوان برای حرمت وجود دارد: یک عنوان عنوان حرمت جمعی - جمع بین مادر و دختر، دو خواهر، همسر پنجم - و عنوان دیگر عنوان حرمت ابدی - ازدواج با أم الزوجه - که علامه حلی با تعبیر «علی اشکال فی الأم» به حرمت ابدی اشاره کرده، یعنی پس از فسخ مُجیز، یا - مثلاً - مرگ مجیز قبل از اجازه کردن، غیر فضولی که عقدش باطل شده، می‌تواند با همسر پنجم یا با دختر و خواهر معقوده ازدواج کند؛ ولی نسبت به مادر معقوده، شبهه حرمت ابد وجود دارد؛ زیرا - همانطور که فخر المحققین بیان کرده^۲ - اگر فسخ، نقض عهد از زمان فسخ باشد و عقد تا زمان فسخ، امری متحقق و موجود باشد، قطعاً حرمت ابدی محقق شده و وجهی برای از بین بردن آن وجود ندارد؛ زیرا حرمت ابدی بر بقای عقد متوقف نیست و به مجرد تحقق عقد، حرمت ابدی نیز محقق می‌شود گرچه معقوده فوت شود؛ پس نمی‌توان با مادر او ازدواج کرد؛ ولی با توجه به اینکه مشکل حرمت ابدی در ازدواج با دختر، خواهر معقوده و همسر پنجم وجود ندارد، بعد از فسخ و رفع زمینه حرمت جمعی، عقد آنها بدون تردید اشکالی نخواهد داشت.

ولی در بحث مصاهره که حرمت مصاهره با تردید بیان شده است، ظاهراً کلام علامه ناظر به جهت حرمت جمعی نیست؛ بلکه فقط متعرض حرمت ابدی است و به همین جهت فقط عقد با مادر را مطرح کرده و چنین فرموده است: «فلو عقد علیه الفضولي عن الزوجة الصغیرة ففي تحریم الأم قبل الإجازة أو بعد فسخها مع البلوغ نظر»^۳ یعنی تردید در اینکه آیا ترتب این احکام متوقف بر لزوم طرفینی عقد

۱. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۱۶.

۲. ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۳۰.

کاشف اللثام نیز همین مطلب را در شرح خود آورده است:

کنف اللثام، ج ۷، ص ۱۰۷.

۳. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۳۰.

است یا خیر، در فرض حرمت ابدی است.

پس منافات ندارد که از نظر حرمت جمعی نسبت به جمع بین زن معقوده و خواهر، در فرض فسخ، حکم مسئله بدون اشکال باشد، ولی از نظر حرمت ابدی نسبت به مادر معقوده، مردّد باشد.

توجه شود که این پاسخ بنا بر این است که از تعبیر «إلا إذا فسخت علی إشکال فی الأم» در کلام علامه، حکم بعد از فسخ عقد فضولی اراده شده باشد.

احتمال چهارم: صحّت وضعی عقود منافی و حرمت تکلیفی آنها

احتمال چهارم این است که بنا بر قول به لزوم عقد از جانب اصیل، تصرّفات منافی با عقد فضولی وضعاً صحیح ولی تکلیفاً حرام است؛ زیرا مقتضای آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» این است که اصیل نباید تصرّف منافی، مانند عقد بر مادر یا خواهر یا دختر زن معقوده را انجام دهد. این قول، مختار مرحوم آقای گلپایگانی - بنا بر قول به لزوم عقد از جانب اصیل - است.^۱

بطلان این قول در ضمن بررسی دلالت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بر بطلان عقود منافی با عقد فضولی خواهد آمد.

احتمال پنجم (مختار): جواز و صحّت عقود منافی مطلقاً

احتمال پنجم آن است که انشاء عقود منافی با عقد فضولی جائز است و تصرّفات تکلیفی و وضعی شخص، صحیح است و اجازه عقد فضولی پس از این تصرّفات مؤثر نیست. این قول که مختار مرحوم آقای خوئی است^۲ قول صحیح است.

بررسی ادله بطلان عقود منافی با عقد فضولی

برای بطلان عقود منافی که غیر فضولی منعقد می‌کند و با عقد فضولی در تنافی است، وجوهی ذکر شده که هیچ‌کدام معتبر و محکم نیست و در ذیل بررسی می‌شود.

۱. المائدة، ۱.

۲. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۴۳.

۳. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۸۲.

دلیل اول: تملیک التزام

مرحوم آقای نائینی در وجه بطلان عقود منافی با عقد فضولی از طرف اصیل فرموده که اصیل، التزام خود به عقد را به طرف دیگر تملیک کرده و دیگر رابطه و نسبتی با متعلق عقد ندارد.^۱

اشکال: عدم دلیل بر صدور انشای تملیک التزام از اصیل

تملیک التزام که آقای نائینی مدعی شده، مانند بسیاری از مطالب ایشان، دلیل روشنی ندارد و قابل فهم نیست. در هر صورت مراد ایشان از «تملیک التزام» یا این است که در مثل نکاح، اصیل دو انشا کرده؛ انشای نکاح و انشای التزام به نکاح؛ و در مثل بیع هم، اصیل «تبدیل مال به عوض» و «التزام به تبدیل مذکور» را انشا کرده که انشای اول جزء عقود است و نیاز به موافقت طرف دیگر دارد ولی انشای التزام، جزء ایقاعات است که به موافقت و حتی اطلاع طرف مقابل هم نیاز ندارد، یا مراد این است که اصیل فقط نکاح را انشا کرده، اما شرع مقدس، به صورت قهری می‌گوید: «من له الإجازة» هرچند از عقد فضولی بی اطلاع هم باشد، اما او مالک التزام اصیل به نکاح یا بیع است.

اگر ایشان، صورت اول را اراده کرده باشد خلاف واقع و وجدان است؛ زیرا آنچه در واقع شاهد آن هستیم یک تملیک بیشتر نیست و بدون قبول معتبر طرف مقابل، این التزام - که طبق تقریب فوق، از منظر ایشان ایقاع بود - حاصل نشده است. اگر صورت دوم را هم اراده کرده باشد، مالکیت «من له الإجازة» نسبت به التزام اصیل، نیازمند دلیل نقلی یا عقلی است که در اینجا مفقود است و نفس ذکر ادعا برای اثبات آن، کافی نیست. البته ایشان این ادعا را درباره عقدی که واقع شده مطرح کرده ولی در مورد عقدی که اصیل، ایجاب را انشاء کرده و طرف مقابل هنوز آن را قبول نکرده، فرموده که اصیل موجب می‌تواند عقد را بر هم بزند، خواه طرف دیگر عقد، فضولی باشد یا اصیل. اختلافی هم در این مطلب اخیر نیست؛ لذا مختار ایشان در مقام، با مبنای ایشان که فرموده به طور کلی موجب، قبل از قبول قابل می‌تواند از ایجاب خود برگردد، منافاتی ندارد.

۱. منية الطالب، ج ۱، ص ۲۴۷-۲۴۸.

دلیل دوم: تمتک به آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»

مرحوم شیخ انصاری فرموده است که قوام عقد، به ایجاب و قبول طرفین است؛ پس حتی در باب فضولی که یک یا دو طرف عقد، فضولی هستند یا در باب غصب که یک یا دو طرف، غاصب هستند، وجداناً قرارداد تحقق پیدا می‌کند، خواه شارع آن را نافذ بداند یا نداند. البته تا زمانی که «من له الاجازه» عقد را اجازه نکند، بین او و طرف دیگر عقد قراردادی منعقد نمی‌شود.

بنابراین در محل بحث، بین فضولی و اصیل قراردادی منعقد شده است که به اقتضای «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۱، باید به قرارشان پایبند باشند^۲، حتی فضولی هم بنا بر احتمالی که در عبارت سابق علامه در قواعد بیان شد^۳، حق ابطال این عقد را ندارد؛ پس اصیل به جهت التزامش به نکاح، باید به احکام نکاح با معقوده ملتزم باشد و با دختر، مادر یا خواهر معقوده ازدواج نکند.

اشکالات دلیل دوم

بر این استدلال، سه اشکال قابل طرح است.

اشکال اول: مجازی بودن اطلاق عقد بر قرارداد فضولی

اشکال اول اشکالی از سوی آقای خوئی است. ایشان عقد فضولی را حقیقتاً عقد ندانسته و بدون ذکر هیچ دلیلی بر استدلال شیخ انصاری چنین اشکال کرده است:

«أن موضوع الأمر بالوفاء والحکم باللزم إنما هو العقد، وهو علی ما تقدّم غیر مئة عبارة عن ربط التزام بالتزام آخر، كما هو الحال فی عقد الحبل وشدّه بآخر. و من هنا فمع عدم التزام الطرف الآخر لا یصدق العقد، ولا یكون موضوع الأمر بالوفاء و اللّزوم، الذي هو بمعنی عدم قابلیته للنقض والانحلال، متحقّقاً وعلیه فیکون حاله حال رفع اليد عن الإیجاب قبل القبول، بل یكون هو من مصاديقه،

۱. المائدة، ۱.

۲. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۴۱۴.

۳. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۳۰.

فإن قبول الفضولي لا يعتبر التزاما كي ينضم إلى التزام الأصل، فإنه لا يلتزم بشيء وإنما ينشئ أمرا يتعلق بالغير.^۱

پاسخ: تحقق التزام انشائی از جانب فضولی

ولی این اشکال تمام نیست؛ زیرا اگرچه نافذ نبودن عقد فضولی قابل انکار نیست، ولی این را هم نمی‌توان انکار کرد که فضولی و اصیل هر دو انشای عقد کرده‌اند و این دو انشا، دو التزامی است که به یکدیگر ربط داده شده است.

اشکال دوم: توقف استدلال به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بر مشروعیت عقد فضولی

مفاد آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، همان گونه که سابقاً بیان شد الزام به عقود مشروع است، نه اینکه مشروعیت عقدی را اثبات کند؛ بنابراین در اینجا که بحث از صحت چنین عقدی و ترتب برخی از آثار زوجیت بر طرف اصیل است، در رتبه قبل باید به دلیل دیگری مشروعیت عقد مذکور ثابت شود تا بتوان برای اثبات لزوم وفا، به این آیه تمسک کرد.

اشکال سوم: عدم دلالت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بر بطلان عقد منافی

مرحوم آقای گلپایگانی در حاشیه به این کلام مرحوم سید که فرمود: «نعم الأحوط الأول [جریان آثار الزوجية على الأصل]، لكونه في معرض ذلك بمجيء الإجازة»^۲، دو مطلب فرموده که مطلب دوم می‌تواند اشکالی به دلالت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بر بطلان عقود منافی با عقد فضولی باشد.

ایشان در مطلب اول خود با مرحوم سید مخالفت کرده و فرموده است: «معرضيته لذلك موقف على بقاء الموضوع ولا مانع من القول بانتفائه بتزويج الأثم فلا تؤثر الإجازة بعده»^۳ که البته بر اساس مبنای مختارشان (کشف حکمی) تمام و متین است؛ زیرا در کشف حکمی در حقیقت کشفی رخ نداده؛ لذا حتی اگر شخص قطع داشته باشد که بعداً اجازه محقق می‌شود، مانعی ندارد که تزویج دوم

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۲۸۰.

۲. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۷۴.

۳. العروة الوثقى (المحشى)، ج ۵، ص ۶۴۳.

را انشا کند. اما ایشان در مطلب دوم خود، یک مرحله تنزیل کرده و فرموده است: «نعم على القول بلزوم العقد على الأصيل يحرم ذلك عليه تكلیفاً ولكن لو تزوج صخ و تكفي الإجازة»؛ البته «تلغی» صحیح است نه «تكفی». طبق این مطلب، از حرمت تکلیفی مستفاد از آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نسبت به ازدواج با مادر، خواهر و دختر معقوده، نمی‌توان بطلان آنها را اثبات کرد.

پاسخ: تلازم بین قول به لزوم عقد از ناحیه اصیل و قول به بطلان عقود منافی کلام آقای گلپایگانی در فراز دوم، بر خلاف کلمات قوم است؛ زیرا تمام کسانی که عقد را از ناحیه اصیل لازم دانسته‌اند، به بطلان عقود منافی قائل‌اند، و درباره آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۱، آنان که این آیه را ارشاد به صحت دانسته‌اند، لازمه آن را بطلان عقود منافی دانسته‌اند و مانند شیخ انصاری که مدلول آیه را حکم تکلیفی دانسته، صحت وضعی را نیز از آیه استفاده کرده است که لازمه آن، بطلان عقود منافی است؛ پس بطلان عقد منافی یا به دلالت مطابقی و یا به دلالت التزامی از آیه، قابل استفاده است.

اشکال چهارم: دلالت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بر حکم واقعی
اشکال دیگر بر تمتک به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» این است که اگر مفاد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» اثبات حکم ظاهری بود، هرچند اشکالی نداشت عقد را نسبت به اصیل صحیح فرض کرد و احکام صحت را بار کرد و نسبت به «من له الإجازة»، عقد را باطل فرض کرد و احکام بطلان را جاری کرد^۲، اما لازمه آن در مقام این است که اصیل اگر زوج باشد، نه تنها نمی‌تواند مادر، خواهر و دختر معقوده را بگیرد، بلکه باید همه آثار، از جمله جواز نگاه به مادرزن را بر آن مترتب کند، و اگر اصیل زوجه باشد، نباید بتواند بدون اجازة طرف دیگر، از خانه بیرون رود، در حالی که چنین مطلبی

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۴۳.

۲. المائدة، ۱.

۳. یعنی وقتی مفاد آیه شریفه، حکم واقعی باشد، دیگر معنا ندارد گفته شود اصیل می‌تواند احکام را - از جمله جواز نگاه به مادر معقوده و مانند آن - بار کند ولی طرف مقابل که از جانب او عقد فضولی منعقد شده احکام مترتب بر صحت عقد مانند جواز نظر برایش ثابت نباشد.

در عقد فضولی خلاف وجدان و غیر قابل التزام است؛ و از طرفی مفاد آیه اثبات حکم واقعی فی الجملة نیست، تا مراد این باشد که اصیل حق ندارد کاری کند که صحت تأهلیه عقد را از بین ببرد و اجازه دیگری را بی اثر کند، لذا این مطلب به هیچ وجه از آیه قابل استفاده نیست.

بنابراین حق آن است که مفاد آیه، اثبات حکم واقعی است؛ یعنی بر حسب انشای عقدی که صورت گرفته، طرفین باید همه احکام عقد را بار کنند و در نتیجه باید به دلیلی غیر از آیه تمسک شود، که در مقام، مفقود است.

عدم ترتب احکام مصاهره در صورت ردّ عقد توسط «من له الاجازه»

مسألة ۳۳: «إذا ردّ المعقود أو المعقودة فضولا العقد و لم يجره، لا يترتب عليه شيء من أحكام المصاهرة، سواء أجاز الطرف الآخر أو كان أصيلاً أم لا، لعدم حصول الزوجية بهذا العقد الغير المجاز، و تبين كونه كأن لم يكن و ربما يستشكل في خصوص نكاح أم المعقود عليها و هو في غير محله بعد أن لم يتحقق نكاح، و مجرد العقد لا يوجب شيئاً مع أنه لا فرق بينه و بين نكاح البنت و كون الحرمة في الأول غير مشروطة بالدخول بخلاف الثاني لا ينفع في الفرق»^۱.

در مسئله قبلی، بحث از ترتب احکام مصاهره در فرض عدم حصول اجازه و ردّ بود که در آن اختلاف شده بود؛ ولی در مسئله جدید، بحث از ترتب احکام مصاهره در فرض حصول ردّ است که به اتفاق فقها، احکام مذکور مترتب نمی شود و مرحوم سید هم فرموده که اگر طرف فضولی - مرد باشد یا زن - عقد را ردّ کند، کشف می شود که عقد کالعدم است.

اشکال صاحب عروه بر علامه و پاسخ آن

البته - همان طور که گذشت - علامه در قواعد درباره حرمت عقد مادر دختری که «من له الإجازة» عقد آن دختر را ردّ کرده، با تعبیر «علی إشکال فی الأم» تأملی کرده است.^۲

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۵.

۲. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۱۶.

مرحوم سیّد فرموده است این تأمل و اشکال بی وجه است؛ زیرا مجرد عقدی که کالعدم است، موجب حرمت نمی شود و در اینجا مفروض این است که به سبب عقد فضولی، علقه زوجیت محقق نشده و دخولی هم محقق نشده است. ایشان به مرحوم علامه این اشکال نقضی را هم کرده که اگر مجرد عقد دختر، موجب حرمت تزویج مادر او شود، باید مجرد عقد فضولی نسبت به مادر نیز موجب حرمت تزویج دختر او شود و این فارق بین این دو تزویج که حرمت تزویج مادر مشروط به دخول به دختر نیست و حرمت تزویج دختر، مشروط به دخول به مادر است، تمام نیست؛ پس یا باید در هر دو مسئله قائل به حلّیت نکاح شد یا باید در هر دو، اشکال کرد. بر اساس بیانی که در مسئله قبلی (مسئله ۳۲) گذشت این اشکال به علامه حلی وارد نیست و فارق در مسئله همان مطلبی است که در کلام فخرالمحققین در توضیح کلام علامه آمده است؛ یعنی - همانطور که مرحوم فخرالمحققین بیان کرده^۱ - اگر فسخ، نقض عهد از زمان فسخ باشد و عقد تا زمان فسخ، امری متحقق و موجود باشد، قطعاً حرمت ابدی محقق شده و وجهی برای از بین بردن آن وجود ندارد؛ زیرا حرمت ابدی متوقف بر بقای عقد نیست و به مجرد تحقق عقد، حرمت ابدی نیز محقق می شود گرچه معقوده فوت شود؛ پس نمی توان با مادر او ازدواج کرد؛ ولی با توجه به اینکه مشکل حرمت ابدی در ازدواج با دختر، خواهر معقوده و همسر پنجم وجود ندارد، بعد از فسخ و رفع زمینه حرمت جمعی، عقد آنها بدون تردید اشکالی نخواهد داشت.

بطلان عقد فضولی در فرض انشای تزویج منافی توسط «من له الإجازة»

مسألة ۳۴: «إذا زوجت امرأة فضولا من رجل ولم تعلم بالعقد فنزّجت من آخر ثم علمت بذلك العقد ليس لها أن تجيز؛ لفوات محلّ الإجازة وكذا إذا زوج رجل فضولا بإمرأة وقبل أن يطلع على ذلك تزوّج أمها أو بنتها أو أختها ثم علم ودعوى أنّ الإجازة حيث إنّها كاشفة إذا حصلت تكشف عن بطلان العقد الثاني، كما ترى.»^۲

۱. ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۳۰.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۵.

عدم تنافی کشف حقیقی با عدم نفوذ اجازه در مقام

در اینجا این شبهه مطرح است که مرحوم سید که قائل به کشف حقیقی است، چگونه در مقام، قائل به تصحیح عقد اول با اجازه و بطلان تزویج منافی نشده است، در حالی که در مسئله قبل (مسئله ۳۲) فرموده است که اگر یک طرف عقد، اصیل و طرف دیگر، فضولی باشد و اصیل، تصرفات منافی انجام داده باشد و سپس «من له الإجازة» عقد فضولی را اجازه کند، تصرفات منافی باطل است؛^۱ فارق بین این دو مسئله چیست که در مسئله سابق، تصرف منافی باطل است، ولی در محل بحث، تصرف محکوم به صحت است؟

پاسخ از این شبهه متوقف بر توضیح مبنایی است که مرحوم آقای حکیم^۲ در مباحث فقهی خود اختیار کرده است و در مباحث سابق نیز این نظر را پذیرفتیم.^۳ هرگاه دو دلیل به گونه‌ای باشند که تحقق و فعلیت موضوع برای یک دلیل، مانع از فعلیت موضوع دلیل دیگر شود، در این موارد با موضوع دلیل اول که اسبق است به بطلان موضوع دوم و عدم تحقق عنوان آن، حکم می‌شود. البته بعضی از مثال‌ها برای عرف بسیار روشن است و برخی دیگر به آن روشنی نیست، ولی عرف، مساعد آن است. برای مثال اگر کسی ابتدا نذر کند عباى خود را به زید دهد و سپس نذر کند آن را به دیگری دهد، نذر دوم باطل است و از موضوع وفای به نذر خارج است؛ زیرا یکی از شرایط صحت نذر، رجحان متعلق آن است که در مقام، چون باید عبا را به زید دهد، دادن عبا به عمرو رجحان ندارد لذا نذر دوم موضوع ندارد، پس دلیل صحت نذر نسبت به زید بر دلیل صحت نذر نسبت به دیگری ورود پیدا می‌کند. همچنین اگر شارع - بر فرض - به صحت نذر دوم حکم کند، موضوع نذر اول - به همان بیانی که گذشت - از بین می‌رود؛ زیرا ملاک رجحان و عدم رجحان متعلق نذر، ظرف عمل است، نه زمان تحقق نذر؛ مثلاً اگر شخصی نذر کند که ده روز روزه بگیرد و روز دهم مصادف با عید فطر یا عید قربان باشد، در اینجا نذر منعقد

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۵.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۶، ص ۱۹۷؛ وج ۱۰، ص ۱۱۹.

۳. برای نمونه، رک: کتاب نکاح، حق نزدیکی برای زوجه، بررسی حکم ترک مباشرت بیش از چهار ماه به جهت سفر واجب، ذیل مسئله ۷ عروه (العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۰).

نمی‌شود؛ زیرا روزه در ظرف عمل، مرجوح است گرچه در زمان نذر، روزه مرجوح نبوده ولی فرض این است که نذر او به روزه امروز تعلق نگرفته، بلکه به روزه ده روز دیگر تعلق گرفته است. بنابراین عرف صحت نذر اول را به نحو شرط متأخر مشروط نمی‌داند به اینکه نذر دیگری بر خلاف آن محقق نشود؛ البته اگر نص خاصی بر خلاف قاعده مذکور قائم شود، از این قاعده عدول خواهد شد.

مثال مذکور، مربوط به موردی بود که هر دو مصداق، مصداق یک عام یا مطلق باشند؛ ولی در موردی نیز که چنین نباشد، حکم مسئله از همین قرار است، مانند اینکه زن بی‌شوهری نذر کند که در زمان حیات، تمام روزه‌های جمعه را روزه بگیرد؛ ولی پس از ازدواج، شوهرش در روز جمعه از او تمکین می‌خواهد، آیا این زن باید به مقتضای نذر خود عمل کند یا از شوهر خود تمکین کند؟ و به بیان دیگر آیا باید با استناد به دلیل «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق»^۱ قائل شد که نذر او صحیح است و اطاعت از شوهر جایز نیست، یا باید متعلق نذر او را مرجوح دانست و قائل شد که نذر او به صورت مداوم منعقد نمی‌شود؟ ظاهراً با توجه به اینکه ابتداء موضوع نذر به فعلیت رسیده، محلی برای حق زوج باقی نمی‌ماند؛ البته اگر زن پس از ازدواج چنین نذری کند، حق زوج زودتر به فعلیت رسیده و محلی برای فعلیت موضوع نذر باقی نخواهد ماند و از باب ورود خواهد بود.

در مواردی نیز شبیه به باب ورود است، مانند اینکه به نظر عرف، موضوع دلیل دیگر، به حکم عقل از بین برود نه به حکم شرع که با فعلیت موضوع اسبق، زمینه برای موضوع دیگر، باقی نمی‌ماند. به عنوان مثال در باب معاملات اگر عقدی را سابقاً اجازه کرده و اکنون بخواهد آن عقد را رد کند، به نظر عرف با توجه به اینکه اجازه در سابق واقع شده محکوم به صحت است و رد باطل است، نه اینکه اجازه مشروط باشد به اینکه ردی پس از آن نیاید تا گفته شود با تحقق رد، اجازه سابق باطل است. در محل بحث نیز اگر زن با مرد دیگری ازدواج کند، ازدواج او رد عملی نکاح فضولی شمرده می‌شود و با این رد، زمینه‌ای برای اجازه بعدی نسبت به عقد فضولی سابق باقی نمی‌ماند و صحیح نیست که گفته شود صحت این عقد به

۱ عیون أخبار الرضا علیه السلام، ج ۲، ص ۱۲۴، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۵۵، ح ۱۰.

نحو شرط متأخر بر عدم صدور اجازه نسبت به عقد سابق متوقف است. در این موارد عرف حکم می‌کند که اجازه لاحق باطل و رد سابق صحیح است. بنابراین، در مقام، از رد و اجازه توسط «من له الاجازة» هر کدام سابق باشد همان مقدم خواهد بود.

اما اینکه مرحوم سید در مسئله ۳۲، الحاق اجازه را کاشف از بطلان تزویج منافی با عقد فضولی دانست، با آنکه تزویج منافی توسط اصیل قبل از اجازه مجیز بوده است، از این جهت است که تزویج منافی، مسبوق به عقد دیگری از جانب شخص اصیل است و عقد اول بنا بر مسلک کشف حقیقی با تحقق اجازه، زمینه‌ای برای موضوع تزویج منافی باقی نگذاشته است؛ یعنی آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عقد متقدم را شامل شده و موضوع عقد دوم از بین رفته و از عموم آیه خارج شده است.

کتابنامه جلد‌های ۱ تا ۱۲ کتاب نکاح

۱. القرآن الكريم.
۲. إثبات الوصية للإمام علي بن أبي طالب (عليه السلام)؛ [منسوب به] علي بن حسين مسعودي؛ چاپ قدیم: (۱ جلدی) مؤتسسه انصاریان، قم، ۱۴۲۶ ق.
۳. إثبات الهداة بالنصوص والمعجزات؛ محمد بن حسن حرّ عاملی؛ (۵ جلدی) مؤتسسه مطبوعاتی اعلمی، بیروت، ۱۴۲۵ ق.
۴. الاجتهاد والتقليد؛ سیدروح الله موسوی (امام خمینی)؛ (۱ جلدی) مؤتسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ۱۴۱۸ ق.
۵. الاجتهاد والتقليد؛ ضیاء الدین عراقی؛ تقریر میرزا هاشم آملی، (۱ جلدی) دفتر نشر نوید اسلام، قم، ۱۳۸۸ ش.
۶. أجوبة المسائل المهماتية؛ حسن بن يوسف حلّی (علّامه حلّی)؛ (۱ جلدی) چاپخانه خیتام، قم، ۱۴۰۱ ق.
۷. أجوبة مسائل و رسائل في مختلف فنون المعرفة؛ محمد بن منصور ابن ادريس حلّی؛ تحقیق سید محمد مهدی موسوی خراسان، (۱ جلدی) انتشارات دلیل ما، قم، ۱۴۲۹ ق.
۸. أجود التقريرات؛ محمد حسین نایینی (محقق نایینی)؛ تقریر سید ابوالقاسم خویی، (۲ جلدی) چاپخانه عرفان، قم، ۱۳۵۲ ش.
۹. الاحتجاج على أهل اللجاج؛ احمد بن علی طبرسی؛ تحقیق سید محمد باقر موسوی خراسان، (۲ جلدی) نشر مرتضی، مشهد، ۱۴۰۳ ق.
۱۰. أحكام الرضاع في فقه الشيعة؛ سید ابوالقاسم خویی؛ تقریر محمد تقی ایروانی و محمد مهدی موسوی خلخالی، (۱ جلدی) انتشارات منیر، قم، ۱۴۱۷ ق.
۱۱. أحكام الصلاة؛ فتح الله نمازی (شیخ الشریعہ اصفهانی)؛ تقریر محمد حسین سبحانی تبریزی، (۱ جلدی) کتابخانه امام امیرالمؤمنین (علیه السلام)، قم، ۱۴۰۴ ق.
۱۲. أحكام القرآن؛ احمد بن علی جصاص؛ تحقیق محمد صادق قمحاری، (۵ جلدی) دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۵ ق.

۱۳. أحكام القرآن؛ علی بن محمد طبری (عمادالدین کیهاراسی)؛ (۴ جلدی) دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۲۲ ق.

۱۴. أحكام القرآن؛ محمد بن عبدالله معافری (ابوبکر بن عربی)؛ تحقیق علی محمد بجاوی، (۴ جلدی) دار الجیل، بیروت، ۱۴۰۸ ق.

۱۵. أحكام النساء؛ محمد بن محمد بن نعمان (شیخ مفید)؛ چاپ شده در جلد نهم «مستنفات الشیخ المفید»، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ۱۴۱۳ ق.

۱۶. أخبار القضاة؛ محمد بن خلف ضبّی (وکیع)؛ تحقیق سعید محمد لخام، (۳ جلدی) عالم الکتب، بیروت، ۱۴۲۲ ق.

۱۷. الاختصاص؛ [منسوب به] محمد بن محمد بن نعمان (شیخ مفید)؛ تحقیق علی اکبر غفّاری و سید محمود محرمی زرنندی، (۱ جلدی) دار المفید، بیروت، ۱۴۱۴ ق.

۱۸. اختیار الرجال (مع تعلیقات المیرداماد)؛ محمد بن عمر کشی؛ تلخیص شیخ طوسی، همراه با تعلیقات میرداماد، تحقیق سیدمهدی رجائی، (۲ جلدی) مؤسسه آل البيت علیه السلام، قم، [بی تا].

۱۹. اختیار الرجال؛ محمد بن عمر کشی؛ تلخیص شیخ طوسی، تصحیح حسن مصطفوی، (۱ جلدی) مؤسسه نشر دانشگاه مشهد، مشهد، ۱۳۴۸ ش.

۲۰. إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان؛ حسن بن یوسف حلی (علامه حلی)؛ تحقیق فارس حسن، (۲ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۰ ق.

۲۱. إرشاد الأریب إلى معرفة الأذیب؛ یاقوت بن عبدالله حموی؛ تحقیق احسان عباس، (۷ جلدی) دار الغرب الإسلامی، بیروت، ۱۹۹۳ م.

۲۲. إرشاد القلوب إلى الصواب؛ حسن بن علی دلمی؛ (۲ جلدی) انتشارات شریف رضی، قم، ۱۴۱۲ ق.

۲۳. الإرشاد في معرفة حجج الله على العباد؛ محمد بن محمد بن نعمان (شیخ مفید)؛ تحقیق مؤسسه آل البيت علیه السلام، (۲ جلدی) کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ۱۴۱۳ ق.

۲۴. أساس البلاغة؛ محمود بن عمر زمخشری؛ (۱ جلدی) دار صادر، بیروت، ۱۹۷۹ م.

۲۵. أسباب نزول القرآن؛ علی بن احمد واحدی؛ تحقیق کمال بسیونی زغلول، (۱ جلدی) دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۹ ق.

۲۶. الاستبصار فيما اختلف من الأخبار؛ محمد بن حسن طوسی؛ تحقیق سید حسن موسوی خراسان، (۴ جلدی) انتشارات اسلامیه، تهران، ۱۳۹۰ ق.

۲۷. الاستصحاب؛ سیدروح‌الله موسوی (امام خمینی)؛ (۱ جلدی) مؤتسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ۱۳۸۱ ش.
۲۸. استقصاء الاعتبار في شرح الاستبصار؛ محمد بن حسن عاملی (نوه شهید ثانی)؛ (۷ جلدی) مؤتسسه آل البيت علیهم السلام، قم، ۱۴۱۹ ق.
۲۹. الاستيعاب في معرفة الأصحاب؛ يوسف بن عبدالله ابن عبدالبزّ؛ تحقيق على محمد بجاوی، (۴ جلدی) دار الجیل، بیروت، ۱۴۱۲ ق.
۳۰. أسد الغابة في معرفة الصحابة؛ علی بن محمد ابن اثیر جزری؛ (۶ جلدی) دار الفکر، بیروت، ۱۴۰۹ ق.
۳۱. إسداء الرغاب بكشف الحجاب عن وجه السنة و الكتاب بإثبات وجوب التستر على النساء والاحتجاب؛ سید محمد باقر لکهنوی؛ چاپ سنگی؛ (۱ جلدی) چاپخانه مرتضویه، نجف، ۱۳۴۷ ق.
۳۲. أسرار العریة؛ عبدالرحمن بن محمد ابن انباری (ابوالبرکات انباری)؛ تحقیق برکات یوسف هبود، (۱ جلدی) انتشارات دار الأرقم، بیروت، [بی تا].
۳۳. إشارة السبق إلى معرفة الحق؛ علی بن حسن حلبی (ابن ابی‌المجد)؛ تحقیق ابراهیم بهادری، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۴ ق.
۳۴. الإنصاف في عامة فرائض أهل الإسلام؛ محمد بن محمد بن نعمان (شیخ مفید)؛ چاپ شده در جلد نهم «مستفیات الشیخ المفید»، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ۱۴۱۳ ق.
۳۵. أشعار الشعراء السّنة الجاهلیّین؛ یوسف بن سلیمان اعلم شنتمری؛ تحقیق ابراهیم شمس‌الدین، (۱ جلدی) دار الکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۲۲ ق.
۳۶. الأشعیات؛ محمد بن محمد بن اشعث کوفی؛ چاپ شده ضمن «قرب الإسناد» (۱ جلدی) کتابخانه جدید نینوا، تهران، [بی تا].
۳۷. الإصابة في تمييز الصحابة؛ احمد بن علی ابن حجر عسقلانی؛ تحقیق عادل احمد عبدالموجود و علی محمد معوض، (۸ جلدی) دار الکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۵ ق.
۳۸. إصباح الشيعة بمصباح الشريعة؛ محمد بن حسین کیدری؛ تحقیق ابراهیم بهادری، (۱ جلدی) مؤتسسه امام صادق علیه السلام، قم، ۱۴۱۶ ق.
۳۹. الأصفی في تفسیر القرآن؛ محمد محسن فیض کاشانی؛ تحقیق محمدرضا نعمتی و محمد حسین درایتی، (۲ جلدی) مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه

- قم، قم، ۱۴۱۸ ق.
۴۰. الأصول الستة عشر: تحقيق ضياء الدين محمودی و دیگران، (۱ جلدی) مؤسسه علمی فرهنگی دار الحديث، قم، ۱۴۲۳ ق.
۴۱. أصول الفقه؛ محمدرضا مظفر؛ چاپ پنجم: (۲ جلدی) مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۱۳۷۵ ش.
۴۲. أصول الفقه؛ محمدعلی اراکی؛ (۲ جلدی) مؤسسه در راه حق، قم، ۱۳۷۵ ش.
۴۳. أطیب البیان فی تفسیر القرآن؛ سید عبدالحسین طیب؛ چاپ دوم: (۱۴ جلدی) انتشارات اسلام، تهران، ۱۳۷۸ ش.
۴۴. اعتقادات فرق المسلمین و المشرکین؛ محمد بن عمر رازی (فخر رازی)؛ تحقیق محمد زینهم محمد عزب سکاکنی، (۱ جلدی) مکتبه مدبولی، قاهره، ۱۴۱۳ ق.
۴۵. إعراب القرآن؛ احمد بن محمد ابن نحاس؛ تحقیق عبد المنعم خليل ابراهيم، (۵ جلدی) دار الكتب العلمیة، بیروت، ۱۴۲۱ ق.
۴۶. إعلام الوری بأعلام الهدی؛ فضل بن حسن طبرسی (امین الاسلام طبرسی)؛ (۲ جلدی) مؤسسه آل البيت علیه السلام، قم، ۱۴۱۷ ق.
۴۷. الإعلام بوفیات الأعلام؛ محمد بن احمد ذهبی؛ تحقیق مصطفى بن علی عوض و ربیع ابوبکر عبد الباقي، (۲ جلدی) مؤسسه الكتب الثقافیه، بیروت، ۱۴۱۳ ق.
۴۸. أعيان الشيعة؛ سید محسن امین عاملی؛ تحقیق سید حسن امین، (۱۲ جلدی) دار التعارف للمطبوعات، بیروت، ۱۴۰۳ ق.
۴۹. الأغاني؛ علی بن حسین اصفهانی (ابوالفرج اصفهانی)؛ (۲۵ جلدی) دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۴۱۵ ق.
۵۰. الاقباط بمن رمي من الرواة بالاختلاف؛ ابراهيم بن محمد حلبی (سبط ابن عجمی)؛ تحقیق علاءالدین علی رضا، (۱ جلدی) دار الحديث، قاهره، ۱۹۸۸ م.
۵۱. إفاضة القدير في أحكام العصور؛ فتح الله نمازی (شیخ الشریعة اصفهانی)؛ تصحیح یحیی ابوطالبی عراقی، چاپ شده ضمن «قاعدة لا ضرر» (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۰ ق.
۵۲. الإقصاد في فقه اللغة؛ حسین یوسف موسی و عبد الفتاح صعيدی؛ چاپ چهارم: (۲ جلدی) مکتب الإعلام الإسلامی، قم، [بی تا].
۵۳. الإقبال بالأعمال الحسنة فيما يعمل مرة في السنة؛ سید علی بن موسی ابن طاووس حلّی؛ تحقیق جواد قیومی اصفهانی، (۳ جلدی) مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی

حوزة علمیه قم، قم، ۱۳۷۶ ش.

۵۴. الاقتصاد الهادي إلى طريق الرشاد؛ محمد بن حسن طوسی؛ (۱ جلدی) انتشارات کتابخانه «جامع چهل ستون»، تهران، ۱۳۷۵ ق.

۵۵. الأقطاب الفقهيّة على مذهب الإماميّة؛ محمد ابن ابی جمهور احسايي؛ تحقيق محمد حسون، (۱ جلدی) انتشارات کتابخانه آيت الله مرعشي نجفی، قم، ۱۴۱۰ ق.

۵۶. الإكمال في رفع الأرتياب عن المؤتلف والمختلف في الأسماء والكنى والأنساب؛ على بن هبة الله ابن ماکولا؛ تحقيق عبدالرحمن بن يحيى معلّمي، (۷ جلدی) دار إحياء التراث العربي، بيروت، [بی تا].

۵۷. الأمّ؛ محمد بن ادريس شافعي؛ (۸ جلدی) دار المعرفة، بيروت، ۱۴۱۰ ق.

۵۸. الأمالي؛ اسماعيل بن قاسم قالی؛ چاپ دوم؛ تحقيق محمد عبد الجواد اصمعی، (۲ جلدی) دار الكتب المصريّة، قاهره، ۱۳۴۴ ق.

۵۹. الأمالي؛ محمد بن حسن طوسی؛ تحقيق مؤتسسه بعثت، (۱ جلدی) دار الثقافة، قم، ۱۴۱۴ ق.

۶۰. الأمالي؛ محمد بن علی ابن بابويه (شيخ صدوق)؛ چاپ ششم؛ (۱ جلدی) انتشارات کتابچی، تهران، ۱۳۷۶ ش.

۶۱. الأمالي؛ محمد بن محمد بن نعمان (شيخ مفيد)؛ تحقيق حسين استادولي و علی اکبر غفاری، (۱ جلدی) کنگره جهانی هزاره شيخ مفيد، قم، ۱۴۱۳ ق.

۶۲. الإمامة والتبصرة من الحيرة؛ علی بن حسين ابن بابويه (پدر شيخ صدوق)؛ تحقيق سيّد محمد باقر موحد ابطلحي، (۱ جلدی) مدرسه امام مهدي (عج)، قم، ۱۴۰۴ ق.

۶۳. الإمامة والسياسة (تاريخ الخلفاء)؛ عبدالله بن مسلم دينوري (ابن قتيبه)؛ تحقيق علی شيري، (۲ جلدی) نشر دار الأضواء، بيروت، ۱۴۱۰ ق.

۶۴. أمثال العرب؛ مفضل بن محمد ضبي؛ تحقيق قصي حسين، (۱ جلدی) دار و مكتبة الهلال، بيروت، ۲۰۰۳ م.

۶۵. أمل الأمل في علماء جبل عامل؛ محمد بن حسن حرّ عاملی؛ تحقيق سيّد احمد حسيني اشكوري، (۲ جلدی) مكتبة اندلس، بغداد، [بی تا].

۶۶. الانتصار في انفرادات الإماميّة؛ علی بن حسين علم الهدی (سيّد مرتضى)؛ (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرّسين حوزة علمیه قم، قم، ۱۴۲۲ ق.

۶۷. أنساب الأشراف؛ احمد بن يحيى بلاذري؛ تحقيق سهيل زكّار و رياض زركلي، (۱۳ جلدی) دار الفكر، بيروت، ۱۴۱۷ ق.

٦٨. الأنساب: عبد الكريم بن محمد سمعاني؛ تحقيق عبدالرحمن بن يحيى معلّمي، (١٣ جلدی) مجلس دائرة المعارف عثمانی، حیدرآباد دکن، ١٣٨٢ ق.
٦٩. أنوار التنزيل وأسرار التأويل؛ عبدالله بن عمر بیضاوی؛ تحقيق محمد عبدالرحمن مرعشلی، (٥ جلدی) دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤١٨ ق.
٧٠. أنوار الفقاهة؛ حسن بن جعفر كاشف الغطاء؛ (٢٤ جلدی) مؤتسسه كاشف الغطاء، نجف، ١٤٢٢ ق.
٧١. الآثار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع؛ حسين بن محمد آل عصفور بحراني؛ تحقيق محسن آل عصفور، (٦ جلدی) مجمع البحوث العلمیة، قم، [بی تا].
٧٢. أنوار الهداية في التعليقة على الكفاية؛ سيدروح الله موسوی (امام خمینی)؛ چاپ دوم: (٢ جلدی) مؤتسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ١٤١٥ ق.
٧٣. أنيس المجتهدين؛ محمدمهدی نراقی؛ تحقيق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، (٢ جلدی) مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ١٣٨٨ ش.
٧٤. أوائل المقالات في المذاهب والمختارات؛ محمد بن محمد بن نعمان (شیخ مفید)؛ چاپ شده در جلد چهارم «مصنّفات الشیخ المفید»، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ١٤١٣ ق.
٧٥. الأوائل؛ حسن بن عبدالله عسکری (ابوهلال عسکری)؛ تحقيق محمد سید وکیل، (١ جلدی) دار البشیر، طنطا، ١٤٠٨ ق.
٧٦. إيجاز البيان عن معاني القرآن؛ محمود بن ابی الحسن نیشابوری؛ تحقيق حنیف بن حسن قاسمی، (٢ جلدی) دار الغرب الإسلامی، بيروت، ١٤١٥ ق.
٧٧. إيضاح الفوائد في شرح إشکالات القواعد؛ محمد بن حسن حلّی (فخرالمحققین)؛ تصحيح سید حسین موسوی کرمانی و دیگران، (٤ جلدی) مؤتسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ١٣٨٧ ق.
٧٨. إيضاح ترددات الشرائع؛ جعفر بن زهدری حلّی؛ چاپ دوم: تحقيق سید مهدی رجائی، (٢ جلدی) انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ١٤٢٨ ق.
٧٩. بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار عليهم السلام؛ محمدباقر مجلسی (علّامه مجلسی)؛ چاپ دوم: (١١١ جلدی) دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٣ ق.
٨٠. بحر الفوائد في شرح الفرائد؛ محمدحسن آشتیانی؛ تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، (٨ جلدی) مؤتسسه تاریخ عربی، بيروت، ١٤٢٩ ق.
٨١. البحر المحيط في التفسير؛ يوسف بن محمد غرناطی (ابوحیان اندلسی)؛ تحقيق

- صدقی محمد جمیل، (۱۱ جلدی) دار الفکر، بیروت، ۱۴۲۰ ق.
۸۲. بحوث في الأصول؛ محمدحسین غروی اصفهانی (محقق اصفهانی)؛ چاپ دوم: (۳ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۹ ق.
۸۳. بداية الحكمة؛ سید محمدحسین طباطبائی؛ (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، [بی تا].
۸۴. بداية الهداية؛ محمد بن حسن حرّ عاملی؛ (۲ جلدی) مؤتسسه آل البيت ﷺ، قم [بی تا].
۸۵. البداية و النهاية؛ اسماعیل بن عمر دمشقی (ابن کثیر)؛ تحقیق خلیل شحاده، (۱۵ جلدی) دار الفکر، بیروت، ۱۴۰۷ ق.
۸۶. بدائع الأفكار؛ ضیاء الدین عراقی؛ تقریر میرزا هاشم آملی، (۱ جلدی) چاپخانه علمیه، نجف، ۱۳۷۰ ق.
۸۷. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع؛ علاء الدین بن مسعود کاشانی؛ چاپ دوم: (۷ جلدی) دار الکتاب العلمیه، بیروت، ۱۴۰۶ ق.
۸۸. البدر الزاهر في حكم صلاة الجمعة و المسافر؛ سیدحسین بروجرودی؛ چاپ سوم: تقریر حسین علی منتظری، (۱ جلدی) دفتر آیت الله منتظری، قم، ۱۴۱۶ ق.
۸۹. البرهان في تفسير القرآن؛ سیدهاشم بحرانی؛ (۵ جلدی) مؤتسسه بعثت، قم، ۱۴۱۶ ق.
۹۰. بصائر الدرجات في فضائل آل محمد ﷺ؛ محمد بن حسن صفّار قمی؛ چاپ دوم: تحقیق میرزا محسن کوجه باغی تبریزی، (۱ جلدی) انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۴ ق.
۹۱. بغية الملتبس في تاريخ رجال أهل الأندلس؛ احمد بن يحيى ضبّي (ابن عميره ضبّي)؛ (۱ جلدی) دار الکاتب العربي، قاهره، ۱۹۶۷ م.
۹۲. بلابل القلائل؛ محمود بن محمد حسنی (ابوالمکارم واعظ)؛ تحقیق محمدحسین صفّاخواه، (۴ جلدی) انتشارات احیاء کتاب، تهران، ۱۳۷۶ ش.
۹۳. بلاغات النساء؛ احمد بن ابی طاهر طیفور خراسانی (ابن طیفور)؛ (۱ جلدی) انتشارات شریف رضی، قم، [بی تا].
۹۴. البهجة المرضیة في شرح الألفیة؛ عبدالرحمن بن ابی بکر سیوطی؛ چاپ نوزدهم: تحقیق مصطفی حسینی دشتی، (۱ جلدی) انتشارات اسماعیلیان، قم، [بی تا].
۹۵. البيان في مذهب الإمام الشافعي؛ يحيى بن ابی الخیر عمرانی؛ تحقیق قاسم محمد نوری، (۱۳ جلدی) دار المنهاج، جدّه، ۱۴۲۱ ق.
۹۶. البيان و التبيين؛ عمرو بن بحر کنانی (جاحظ)؛ تحقیق علی بوملحم، (۳ جلدی) دار و

- مكتبة الهلال، بيروت، ٢٠٠٢ م.
٩٧. البيان، محمد ابن مكي عاملی (شهيد اول)؛ تحقيق محمد حنون، (١ جلدی) بنياد فرهنگي امام مهدي (عج)، قم، ١٤١٢ ق.
٩٨. البيان في مذهب الإمام الشافعي؛ يحيى بن ابى الخير عمراني؛ تحقيق قاسم محمد نوري، (١٣ جلدی) دار المنهاج، بيروت، ١٤٢١ ق.
٩٩. تاج العروس من جواهر القاموس؛ سيد محمد مرتضى زبيدي؛ تحقيق على شيري، (٢٠ جلدی) دار الفكر، بيروت، ١٤١٤ ق.
١٠٠. تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام؛ محمد بن احمد ذهبي؛ تحقيق بشار عوَّاد معروف، (١٥ جلدی) دار الغرب الإسلامي، بيروت، ٢٠٠٣ م.
١٠١. تاريخ الأمم والملوك؛ محمد بن جرير بن يزيد طبري؛ چاپ دوم؛ تحقيق محمد ابوالفضل ابراهيم، (١١ جلدی) دار التراث، بيروت، ١٣٨٧ ق.
١٠٢. تاريخ الخلفاء؛ عبدالرحمن بن ابى بكر سيوطي؛ تحقيق حمدي دمرداش، (١ جلدی) نشر مكتبة نزار مصطفى الباز، رياض، ١٤٢٥ ق.
١٠٣. تاريخ الصحابة الذين روي عنهم الأخبار؛ محمد بن حبان بستي؛ تحقيق بوران ضناوي، (١ جلدی) دار الكتب العلمیة، بيروت، ١٤٠٨ ق.
١٠٤. تاريخ الطبري = تاريخ الأمم والملوك.
١٠٥. تاريخ العلماء النحويين من البصريين والكوفيين وغيرهم؛ مفضل بن محمد تنوخي (ابوالمحسن تنوخي)؛ چاپ دوم؛ تحقيق عبدالفتاح محمد حلو، (١ جلدی) مؤسسه انتشاراتي و تبليغاتي هجر، قاهره، ١٤١٢ ق.
١٠٦. التاريخ الكبير؛ محمد بن اسماعيل بخاري؛ تحقيق محمد عبدالمعيد خان، (٨ جلدی) مجلس دائرة المعارف عثمانی، حيدرآباد دکن، [بی تا].
١٠٧. تاريخ المدينة المنورة؛ عمر بن شبة نميري؛ تحقيق فھيم محمد شلتوت، (٤ جلدی) دار الفكر، قم، ١٤١٠ ق.
١٠٨. تاريخ أهل البيت عليه السلام نقلًا عن الأئمة عليه السلام؛ منسوب به محمد بن احمد كاتب بغدادی (ابن ابی الثلج)؛ تحقيق سيد محمد رضا حسيني جلالی، (١ جلدی) مؤسسه آل البيت عليه السلام، قم، ١٤١٠ ق.
١٠٩. تاريخ بغداد = تاريخ مدينة السلام.
١١٠. تاريخ جرجان؛ حمزة بن يوسف سهمي؛ چاپ چهارم؛ (١ جلدی) عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٧ ق.

۱۱۱. تاریخ مختصر الدول؛ گریگوریوس بن هارون ملطی (ابن عبری)؛ چاپ سوم؛ تحقیق آنتوان صالحانی یسوعی، (۱ جلدی) دارالشرق، بیروت، ۱۹۹۲ م.
۱۱۲. تاریخ مدینه السلام؛ احمد بن علی خطیب بغدادی؛ تحقیق مصطفی عبدالقادر عطا، (۲۴ جلدی) دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۷ ق.
۱۱۳. تاریخ مدینه دمشق؛ علی بن حسن ابن عساکر؛ تحقیق علی شیر، (۸۰ جلدی) دار الفکر، بیروت، ۱۴۱۵ ق.
۱۱۴. تاریخ منتظم ناصری؛ محمد حسن اعتماد السلطنه؛ تصحیح محمد اسماعیل رضوانی، (۳ جلدی) انتشارات دنیای کتاب، تهران، ۱۳۶۳ ش.
۱۱۵. تأویل الآیات الظاهرة في فضائل العترة الطاهرة علیهم السلام؛ سید علی حسینی استرآبادی؛ تحقیق حسین استادولی، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۹ ق.
۱۱۶. تبصرة المتعلّمين في أحكام الدين؛ حسن بن یوسف حلّی (عَلّامه حلّی)؛ تحقیق محمّدهادی یوسفی غروی، (۱ جلدی) مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ۱۴۱۱ ق.
۱۱۷. البصيرة؛ علی بن محمد ربیع (ابوالحسن لخمی)؛ تحقیق احمد عبدالکریم نجیب، (۱۴ جلدی) وزارت اوقاف و امور اسلامی دولت قطر، دوحه، ۱۴۳۲ ق.
۱۱۸. تبصیر المنتبه بتحریر المشتبه؛ احمد بن علی ابن حجر عسقلانی؛ تحقیق محمّد علی نجّار و علی محمّد بجاوی، (۴ جلدی) المكتبة العلمیة، بیروت، [بی تا].
۱۱۹. تبیان الصلاة؛ سید حسین بروجردي؛ تقریر علی صافی گلپایگانی، (۸ جلدی) انتشارات گنج عرفان، قم، ۱۴۳۰ ق.
۱۲۰. التبیان في تفسیر القرآن؛ محمّد بن حسن طوسی؛ تحقیق احمد حبیب قصیر عاملی، (۱۰ جلدی) دار احیاء التراث العربی، بیروت، [بی تا].
۱۲۱. التبیان في إعراب القرآن؛ عبدالله بن حسین نحوی (ابوالبقاء عکبری)؛ (۱ جلدی) بیت الأفكار الدولیة، ریاض، ۱۴۱۹ ق.
۱۲۲. تجرید أسانید الكافي و تنقیحها؛ سید حسین بروجردي؛ گردآوری مهدی صادقی، (۲ جلدی) [بی نا]، [بی جا]، ۱۴۰۹ ق.
۱۲۳. تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة؛ حسن بن یوسف حلّی (عَلّامه حلّی)؛ تحقیق ابراهیم بهادری، (۶ جلدی) مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، ۱۴۲۰ ق.
۱۲۴. تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة؛ حسن بن یوسف حلّی (عَلّامه حلّی)؛

- چاپ قدیم: (۲ جلدی) مؤتسه آل البيت عليه السلام، مشهد، [بی تا].
۱۲۵. التحرير الطاوسي لكتاب الاختيار من كتاب أبي عمرو الكشي؛ حسن بن زين الدين عاملی (ابن شهيد ثاني)؛ تحقيق سيد محمد حسن ترحيني، (۱ جلدی) مؤتسه مطبوعاتی اعلمی، بيروت، ۱۴۰۸ ق.
۱۲۶. تحرير القواعد المنطقية في شرح الرسالة الشمسية؛ محمد بن محمد رازی (قطب الدين رازی)؛ چاپ دوم: تصحيح محسن بيدارفر، (۱ جلدی) انتشارات بيدار، قم، ۱۴۲۶ ق.
۱۲۷. تحرير الوسيلة؛ سيد روح الله موسوی (امام خميني)؛ (۲ جلدی) مؤتسه انتشارات دار العلم، قم، [بی تا].
۱۲۸. تحف العقول عن آل الرسول عليه السلام؛ حسن بن علی ابن شعبه خزانی؛ چاپ دوم: تحقيق علي اكبر غفاري، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۴ ق.
۱۲۹. تحفة الأديب في نحاة مغني اللبيب؛ عبدالرحمن بن ابی بكر سيوطي؛ چاپ دوم: تحقيق حسن ملخ و سهی نعبه، (۲ جلدی) عالم الكتب الحديث - جدارا للكتاب العربي، اربد - عمان، [بی تا].
۱۳۰. تحفة الطالب بمعرفة من ينتسب إلى عبد الله و أبي طالب؛ سيد محمد بن حسين حسيني سمرقندی؛ تحقيق شريف انس کتبی حسني، (۱ جلدی) دار المجتبى، مدینه، ۱۴۱۸ ق.
۱۳۱. التدوين في ذكر أهل العلم بقروين؛ عبدالکريم بن محمد رافعی قزوینی؛ تحقيق عزيز الله عطاردی، (۴ جلدی) دار الكتب العلمية، بيروت، ۱۴۰۸ ق.
۱۳۲. تذكرة الفقهاء؛ حسن بن يوسف حلّی (علّامه حلّی)؛ (۱۷ جلدی) مؤتسه آل البيت عليه السلام، قم، ۱۴۱۴ ق.
۱۳۳. تذكرة الفقهاء؛ حسن بن يوسف حلّی (علّامه حلّی)؛ چاپ قدیم: (۱ جلدی) مؤتسه آل البيت عليه السلام، قم، افست از نسخه ۱۳۸۸ ق.
۱۳۴. التذكرة بمعرفة رجال الكتب العشرة؛ محمد بن علی علوی حسینی؛ تحقيق رفعت فوزی عبدالمطلب، (۴ جلدی) مكتبة الخانجي، قاهره، ۱۴۱۸ ق.
۱۳۵. تسلية المجالس وزينة المجالس؛ سيد محمد موسوی کرکی؛ تحقيق فارس حسون کريم، (۲ جلدی) مؤتسه معارف اسلامي، قم، ۱۴۱۸ ق.
۱۳۶. تسهيل المسالك إلى المدارك؛ حبيب الله شريف كاشاني؛ (۱ جلدی) چاپخانه علمیه، قم، ۱۴۰۴ ق.
۱۳۷. التصريح بمضمون التوضيح؛ خالد بن عبدالله جرجاوی (خالد ازهری وقاد)؛ تحقيق

- محمّد باسل عیون السود، (۲ جلدی) دار الکتب العلمیّة، بیروت، ۱۴۲۱ ق.
۱۳۸. تعلیقات البیهانی علی منهج المقال؛ محمّد باقر وحید بیهانی؛ تصویر نسخه خطی: دارای رقم ۳۳۵۷ در (۱ جلدی) کتابخانه مجلس شورای اسلامی، تهران.
۱۳۹. التعلیقات علی شرح اللّعة الدمشقیّة؛ محمّد بن حسین خوانساری (آقا جمال خوانساری)؛ (۱ جلدی) انتشارات مدرسه رضویه، قم، [بی تا].
۱۴۰. تعلیقة استدلالیّة علی المعروة الوثقی؛ ضیاء الدین عراقی؛ چاپ دوم: (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۵ ق.
۱۴۱. التعلیقة علی المکاسب؛ حبیب الله رشتی؛ چاپ شده ضمن «غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب»، مجمع ذخائر اسلامی، قم، افست از نسخه ۱۳۱۶ ق.
۱۴۲. التعلیقة علی المکاسب؛ سید عبدالحسین لاری؛ (۲ جلدی) مؤسسه معارف اسلامی، قم، ۱۴۱۸ ق.
۱۴۳. التعلیقة علی کفایة الأصول؛ علی قوچانی؛ تحقیق محمّد رضا دانیالی، (۲ جلدی) چاپخانه ستاره، قم، ۱۴۳۰ ق.
۱۴۴. تعلیقة علی معالم الأصول؛ سید علی موسوی قزوینی؛ تحقیق سید علی علوی قزوینی، (۷ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۷ ق.
۱۴۵. التفریع فی فقه الإمام مالک بن أنس؛ عبیدالله بن حسین مالکی (ابن جالب)؛ تحقیق سید کسروی حسن، (۲ جلدی) دار الکتب العلمیّة، بیروت، ۱۴۲۸ ق.
۱۴۶. تفسیر الأصفی = الأصفی فی تفسیر القرآن.
۱۴۷. تفسیر البرهان = البرهان فی تفسیر القرآن.
۱۴۸. تفسیر البیضاوی = أنوار التنزیل و أسرار التأویل.
۱۴۹. تفسیر الثعلبی = الكشف و البیان عن تفسیر القرآن.
۱۵۰. تفسیر الجلالین؛ محمّد بن احمد محلی و عبد الرحمن بن ابی بکر سیوطی؛ (۱ جلدی) مؤسسه مطبوعاتی نور، بیروت، ۱۴۱۶ ق.
۱۵۱. تفسیر السمرقندی؛ نصر بن محمّد سمرقندی؛ تحقیق عمر عمروی، (۳ جلدی) دار الفکر، بیروت، ۱۴۱۶ ق.
۱۵۲. تفسیر الصافی؛ محمّد محسن فیض کاشانی؛ چاپ دوم: تحقیق حسین اعلمی، (۵ جلدی) انتشارات کتاب فروشی صدر، تهران، ۱۴۱۵ ق.
۱۵۳. تفسیر الطبری = جامع البیان فی تفسیر القرآن.
۱۵۴. تفسیر العیاشی؛ محمّد بن مسعود عیاشی؛ تحقیق سید هاشم رسولی محلاتی،

- (۲ جلدی) چاپخانه علمیه، تهران، ۱۳۸۰ ق.
۱۵۵. تفسیر القرآن الحکیم؛ محمدرشید رضا؛ (۱۲ جلدی) دار المعرفة، بیروت، ۱۴۱۴ ق.
۱۵۶. تفسیر القرآن العظیم؛ اسماعیل بن عمر دمشقی (ابن کثیر)؛ تحقیق محمدحسین شمس الدین، (۹ جلدی) دار الکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۹ ق.
۱۵۷. تفسیر القرآن العظیم؛ عبدالرحمن بن محمد رازی (ابن ابی حاتم)؛ چاپ سوم؛ تحقیق اسعد محمد طیب، (۱۳ جلدی) نشر مکتبه نزار مصطفی الباز، ریاض، ۱۴۱۹ ق.
۱۵۸. تفسیر القرآن الکریم؛ سیدعبدالله شبر؛ چاپ دوم؛ (۱ جلدی) انتشارات هجرت، قم، ۱۴۱۰ ق.
۱۵۹. تفسیر القمی؛ [منسوب به] علی بن ابراهیم قمی؛ چاپ سوم؛ تحقیق سیدطیب موسوی جزائری، (۲ جلدی) دار الکتب، قم، ۱۴۰۴ ق.
۱۶۰. التفسیر الکبیر (مفاتیح الغیب)؛ محمد بن عمر رازی (فخر رازی)؛ چاپ سوم؛ (۳۲ جلدی) دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۲۰ ق.
۱۶۱. تفسیر الکشاف = الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل و عیون الأقابیل فی وجوه التأویل.
۱۶۲. تفسیر المراحی؛ احمد مصطفی مراغی؛ (۳۰ جلدی) دار الفکر، بیروت، [بی تا].
۱۶۳. تفسیر المنار = تفسیر القرآن الحکیم.
۱۶۴. التفسیر المنسوب إلى الإمام العسكري علیه السلام؛ (۱ جلدی) مدرسه امام مهدی (عج)، قم، ۱۴۰۹ ق.
۱۶۵. تفسیر النسفی = مدارک التنزیل و حقائق التأویل.
۱۶۶. تفسیر جوامع الجامع؛ فضل بن حسن طبرسی (امین الإسلام طبرسی)؛ تصحیح ابوالقاسم گرجی، (۴ جلدی) انتشارات دانشگاه تهران و انتشارات مرکز مدیریت حوزه علمیه قم، تهران، ۱۳۷۷ ش.
۱۶۷. تفسیر روح البیان؛ اسماعیل حقّی بروسی؛ (۱۰ جلدی) دار الفکر، بیروت، [بی تا].
۱۶۸. تفسیر روض الجنان = روض الجنان و روح الجنان فی تفسیر القرآن.
۱۶۹. تفسیر غریب القرآن؛ عبدالله بن مسلم دینوری (ابن قتیبه)؛ تحقیق ابراهیم محمد رمضان، (۱ جلدی) دار و مکتبه الهلال، بیروت، ۱۴۱۱ ق.
۱۷۰. تفسیر فرات الکوفی؛ فرات بن ابراهیم کوفی؛ تحقیق محمد کاظم، (۱ جلدی) مؤتسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ۱۴۱۰ ق.
۱۷۱. تفسیر کنز الدقائق = کنز الدقائق و بحر الغرائب.
۱۷۲. تفسیر مقاتل بن سلیمان؛ مقاتل بن سلیمان ازدی بلخی؛ تحقیق عبدالله محمود

- شحاته، (۵ جلدی) دار إحياء التراث العربي، بیروت، ۱۴۲۳ ق.
۱۷۳. تفسیر نور الثقلین؛ عبد علی بن جمعه حویزی؛ چاپ چهارم: تحقیق سید هاشم رسولی محلاتی، (۵ جلدی) مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۵ ق.
۱۷۴. التفسیر المنیر فی العقیدة و الشریعة و المنہج؛ وهبه زحیلی؛ چاپ دوم: (۳۲ جلدی) دار الفکر المعاصر-دار الفکر، بیروت-دمشق، ۱۴۱۱ ق.
۱۷۵. تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة؛ محمد بن حسن حرّ عاملی؛ (۳۰ جلدی) مؤسسه آل البيت ع، قم، ۱۴۰۹ ق.
۱۷۶. تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة؛ محمد بن حسن حرّ عاملی؛ تحقیق عبدالرحیم ربّانی شیرازی و محمد رازی، (۲۰ جلدی) انتشارات اسلامیّه، تهران، [بی تا].
۱۷۷. تقریر بحث السید البروجردی؛ سید حسین بروجردی؛ تقریر علی پناه اشتهاودی، (۲ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۶ ق.
۱۷۸. تقریرات آیه الله المجدّد الشیرازی؛ محمد حسن شیرازی (میرزای شیرازی)؛ تقریر علی روزدری، (۴ جلدی) مؤسسه آل البيت ع، قم، ۱۴۰۹ ق.
۱۷۹. تقریرات فی أصول الفقه؛ سید حسین بروجردی؛ تقریر علی پناه اشتهاودی، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۷ ق.
۱۸۰. التقييد لمعرفة رواة السنن و المسانيد؛ محمد بن عبدالغنی بغدادی (معین الدین ابن نقطه)؛ تحقیق کمال یوسف حوت، (۱ جلدی) دار الکتب العلمیّة، بیروت، ۱۴۰۸ ق.
۱۸۱. تکملة العروة الوثقى؛ سید محمد کاظم طباطبایی یزدی؛ تحقیق سید محمد حسین طباطبایی، (۲ جلدی) انتشارات کتاب فروشی داوری، قم، ۱۴۱۴ ق.
۱۸۲. تکملة أمل الأمل؛ سید حسن صدر؛ تحقیق حسین علی محفوظ و دیگران، (۶ جلدی) دار المؤرخ العربي، بیروت، ۱۴۲۹ ق.
۱۸۳. تکمیل مشارق الشمس فی شرح الدروس؛ محمد بن حسین خوانساری (رضی الدین خوانساری)؛ چاپ شده ضمن «مشارق الشمس فی شرح الدروس» (۴ جلدی) مؤسسه آل البيت ع، قم، افست از نسخه ۱۳۱۱ ق.
۱۸۴. تلخیص الخلاف و خلاصة الاختلاف؛ مفلح بن حسن صیمری؛ تحقیق سید مهدی رجایی، (۳ جلدی) انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۸ ق.
۱۸۵. تلخیص المرام فی معرفة الأحکام؛ حسن بن یوسف حلّی (علامه حلّی)؛ تحقیق هادی قبیسی، (۱ جلدی) مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۱ ق.

۱۸۶. التلخیص فی معرفة أسماء الأشیاء؛ حسن بن عبدالله عسکری (ابوهلال عسکری)؛ چاپ دوم: تحقیق عزة حسن، (۱ جلدی) دار طلاس للدراسات والترجمة والنشر، دمشق، ۱۹۹۶ م.
۱۸۷. التمجیس؛ محمّد بن همام اسکافی؛ (۱ جلدی) مدرسه امام مهدی (عج)، قم، ۱۴۰۴ ق.
۱۸۸. تمهید القواعد الأصولیة والعریة لتفريع قواعد الأحکام الشرعیة؛ زین الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)؛ تحقیق عباس تبریزیان و دیگران، (۱ جلدی) مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۶ ق.
۱۸۹. تمهید القواعد بشرح تسهیل الفوائد؛ محمّد بن یوسف حلبی (ناظر الجیش)؛ تحقیق علی محمّد فاخر و دیگران، (۱۱ جلدی) انتشارات دار السلام، قاهره، ۱۴۲۸ ق.
۱۹۰. تنقیح الأصول؛ سیدروح الله موسوی (امام خمینی)؛ تقریر حسین تقوی اشتهااردی، (۴ جلدی) مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ۱۴۱۸ ق.
۱۹۱. التنقیح الرائع لمختصر الشرائع؛ مقداد بن عبدالله سیوری (فاضل مقداد)؛ تحقیق سیدعبد اللطیف حسینی کوه کمري، (۴ جلدی) انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۴ ق.
۱۹۲. تنقیح المقال فی علم الرجال؛ عبدالله مامقانی؛ تحقیق محبی الدین مامقانی و محمّد رضا مامقانی، (۳۶ جلدی) مؤسسه آل البيت علیه السلام، قم، ۱۴۳۱ ق.
۱۹۳. التوحید؛ محمّد بن علی ابن بابویه (شیخ صدوق)؛ تحقیق سیدهاشم حسینی تهرانی، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۳۹۸ ق.
۱۹۴. توضیح الأسناد المشکلة فی الكتب الأربعة؛ سید محمّد جواد شبیری زنجانی؛ (۲ جلدی) مؤسسه علمی فرهنگی دار الحديث، قم، ۱۴۲۹ ق.
۱۹۵. تهذیب الأحکام فی شرح المقنعة؛ محمّد بن حسن طوسی؛ چاپ چهارم؛ تحقیق سید حسن موسوی خراسان، (۱۰ جلدی) انتشارات اسلامیه، تهران، ۱۴۰۷ ق.
۱۹۶. تهذیب الأصول؛ سیدروح الله موسوی (امام خمینی)؛ تقریر جعفر سبحانی، (۳ جلدی) مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ۱۴۲۳ ق.
۱۹۷. تهذیب التهذیب؛ احمد بن علی ابن حجر عسقلانی؛ (۱۲ جلدی) دار صادر، بیروت، ۱۳۲۵ ق.
۱۹۸. تهذیب الکمال فی أسماء الرجال؛ یوسف بن عبدالرحمن مزّی؛ تحقیق بشّار عوّاد معروف، (۳۵ جلدی) مؤسسه الرسالة، بیروت، ۱۴۰۰ ق.
۱۹۹. تهذیب اللغة؛ محمّد بن احمد ازهری؛ (۱۵ جلدی) دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۳۸۴ ق.

۲۰۰. التهذيب في فقه الإمام الشافعي؛ حسين بن مسعود بغوي؛ تحقيق عادل احمد عبدالموجود و على محمد معوض، (۸ جلدی) دار الكتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۸ ق.
۲۰۱. الثقات؛ محمد بن حبان بستی؛ (۹ جلدی) مجلس دائرة المعارف عثمانی، حیدرآباد دکن، ۱۳۹۳ ق.
۲۰۲. ثواب الأعمال و عقاب الأعمال؛ محمد بن علی ابن بابویه (شیخ صدوق)؛ چاپ دوم: (۱ جلدی) انتشارات شریف رضی، قم، ۱۴۰۶ ق.
۲۰۳. جامع الأخبار؛ محمد بن محمد شعیری؛ (۱ جلدی) نشر چاپخانه حیدریه، نجف، [بی تا].
۲۰۴. جامع البیان فی تفسیر القرآن؛ محمد بن جریر بن یزید طبری؛ (۳۰ جلدی) دار المعرفة، بیروت، ۱۴۱۲ ق.
۲۰۵. جامع الخلاف و الوفاق بین الإمامیة و بین أئمة الحجاز و العراق؛ علی بن محمد قمی سبزواری؛ تحقیق حسین حسنی بیرجندی، (۱ جلدی) مؤسسه انتشاراتی زمینه سازان ظهور امام عصر عجل الله تعالی فرجه، قم، ۱۴۲۱ ق.
۲۰۶. جامع الرواة (رافع الاشتباهات)؛ محمد بن علی اردبیلی؛ (۲ جلدی) نشر دار الأضواء، بیروت، ۱۴۰۳ ق.
۲۰۷. جامع الشتات (السؤال و الجواب)؛ ابوالقاسم گیلانی قمی (میرزای قمی)؛ تحقیق مرتضی رضوی، (۱۰ جلدی) مؤسسه کیهان، تهران، ۱۴۱۳ ق.
۲۰۸. جامع الشتات؛ محمد اسماعیل خواجویی؛ تحقیق سید مهدی رجایی، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۸ ق.
۲۰۹. جامع المدارک فی شرح المختصر النافع؛ سید احمد خوانساری؛ چاپ دوم: تصحیح علی اکبر غفاری، (۷ جلدی) مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۵ ق.
۲۱۰. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلی الله علیه و آله و سنته و آیامه؛ محمد بن اسماعیل بخاری؛ تحقیق محمد زهیر بن ناصر الناصر، (۹ جلدی) دار طوق النجاة، بیروت، ۱۴۲۲ ق.
۲۱۱. جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ علی بن حسین کرکی (محقق ثانی)؛ چاپ دوم: (۱۳ جلدی) مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، ۱۴۱۴ ق.
۲۱۲. جامع المقدمات؛ چاپ چهارم: تحقیق جلیل جراثیمی، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، [بی تا].
۲۱۳. جامع أحادیث الشيعة؛ سید حسین بروجردی؛ گردآوری اسماعیل معزی ملایری، (۲۶ جلدی) گردآورنده کتاب، قم، ۱۳۹۹-۱۴۱۵ ق.

۲۱۴. الجامع لأحكام القرآن و المبین لما تضمنه من السنة و آی الفرقان: محمد بن احمد قرطبی؛ (۲۰ جلدی) انتشارات ناصر خسرو، تهران، ۱۳۶۴ ش.
۲۱۵. الجامع للشرائع: یحیی بن سعید حلّی؛ (۱ جلدی) انتشارات مؤسسه سید الشهداء، قم، ۱۴۰۵ ق.
۲۱۶. الجامع لمسائل المدوّنة: محمد بن عبدالله تمیمی (ابن یونس صفلی)؛ (۲۴ جلدی) معهد البحوث العلمیة و إحياء التراث الإسلامی بجامعة أمّ القرى، مکه، ۱۴۳۴ ق.
۲۱۷. جمان السلك في الإعراض عن الملك: علی ایروانی غروی؛ چاپ شده ضمن «حاشیة المکاسب» (۲ جلدی) مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ۱۴۰۶ ق.
۲۱۸. جمل العلم و العمل؛ علی بن حسین علم الهدی (سید مرتضی)؛ تحقیق سید احمد حسینی، (۱ جلدی) چاپخانه آداب، نجف، ۱۳۸۷ ق.
۲۱۹. الجمل في النحو؛ خلیل بن احمد فراہیدی؛ تحقیق فخرالدین قباوه، (۱ جلدی) انتشارات استقلال، تهران، [بی تا].
۲۲۰. الجمل و العقود في العبادات؛ محمد بن حسن طوسی؛ تحقیق محمد واعظ زاده خراسانی، (۱ جلدی) مؤسسه نشر دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ۱۳۸۷ ق.
۲۲۱. جمهرة اللغة؛ محمد بن حسن بن دُرَید؛ (۴ جلدی) دار صادر، بیروت، [بی تا].
۲۲۲. جمهرة اللغة؛ محمد بن حسن بن دُرَید؛ تحقیق رمزی منیر بعلبکی، (۳ جلدی) دار العلم للملایین، بیروت، [بی تا].
۲۲۳. جمهرة النسب؛ هشام بن محمد کلبی؛ تحقیق ناجی حسن، (۱ جلدی) عالم الکتب، بیروت، ۱۴۰۷ ق.
۲۲۴. جمهرة أنساب العرب؛ علی بن احمد ابن حزم اندلسی؛ (۱ جلدی) دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۸ ق.
۲۲۵. جوابات أهل الموصل في العدد و الرؤية؛ محمد بن محمد بن نعمان (شیخ مفید)؛ تحقیق مهدی نجف، چاپ شده در جلد نهم «مستفیات الشیخ المفید»، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ۱۴۱۳ ق.
۲۲۶. جواهر الأصول؛ سید روح الله موسوی (امام خمینی)؛ تقریر سید محمد حسن مرتضوی لنگرودی، (۴ جلدی) مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ۱۳۷۶ ش.
۲۲۷. جواهر الفقه؛ قاضی عبدالعزیز ابن بزّاج؛ تحقیق ابراهیم بهادری، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۱ ق.

۲۲۸. جواهر الکلام في ثوبه الجديد؛ محمد حسن نجفی؛ (۲۰ جلدی) مؤتسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، ۱۴۲۱ ق.
۲۲۹. جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام؛ محمد حسن نجفی؛ چاپ سنگی؛ چاپخانه حاج احمد مؤید العلماء، [بی جا]، ۱۳۲۵ ق.
۲۳۰. جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام؛ محمد حسن نجفی؛ چاپ هفتم؛ تحقیق عباس قوچانی و علی آخوندی، (۴۳ جلدی) دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۴ ق.
۲۳۱. الجوهر النضید في شرح کتاب التجرید؛ حسن بن یوسف حلی (علامه حلی)؛ (۱ جلدی) انتشارات بیدار، قم، ۱۳۶۳ ش.
۲۳۲. الجوهرة في نظم التبصرة؛ حسن بن علی بن داوود حلی؛ تحقیق حسین درگاهی، چاپ شده ضمن «تبصرة المتعلمين في أحكام الدين»، (۱ جلدی) مؤتسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ۱۴۱۱ ق.
۲۳۳. حاشية الإرشاد؛ زين الدين بن علی عاملی (شهید ثانی)؛ تحقیق رضا مختاری، چاپ شده ضمن «غاية المراد في شرح نكت الإرشاد» (۴ جلدی) مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۴ ق.
۲۳۴. حاشية الكفایة؛ سید محمد حسین طباطبایی؛ (۲ جلدی) بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی، قم، [بی تا].
۲۳۵. حاشية المختصر النافع؛ زين الدين بن علی عاملی (شهید ثانی)؛ (۱ جلدی) مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۲ ق.
۲۳۶. حاشية المكاسب؛ سید محمد کاظم طباطبایی یزدی؛ چاپ دوم؛ (۲ جلدی) مؤتسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۱۴۲۱ ق.
۲۳۷. حاشية المكاسب؛ علی ایروانی غروی؛ (۲ جلدی) مؤتسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ۱۴۰۶ ق.
۲۳۸. حاشية المكاسب؛ محمد کاظم آخوند خراسانی؛ تحقیق سید مهدی شمس الدین، (۱ جلدی) مؤتسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ۱۴۰۶ ق.
۲۳۹. حاشية الوافي؛ محمد باقر وحید بهبهانی؛ (۱ جلدی) مؤتسسه علامه مجدد وحید بهبهانی، قم، ۱۴۲۶ ق.
۲۴۰. الحاشية على الروضة البهیة؛ احمد بن محمد مهدی نراقی؛ تحقیق رضا استادی و محسن احمدی، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۵ ق.

۲۴۱. الحاشية على تهذيب المنطق؛ عبدالله بن حسين يزدي؛ (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسين حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۲ ق.
۲۴۲. الحاشية على كفاية الأصول؛ سيد حسين بروجردي؛ تقرير بهاء الدين حجتی، (۲ جلدی) مؤسسه انصاریان، قم، ۱۴۱۲ ق.
۲۴۳. الحاشية على مدارك الأحكام؛ محمد باقر وحید بهبهانی؛ تحقیق مؤسسه آل البيت عليه السلام شعبه مشهد، (۳ جلدی) مؤسسه آل البيت عليه السلام، قم، ۱۴۱۹ ق.
۲۴۴. حاشية على درر الفوائد؛ محمود آشتیانی؛ (۱ جلدی) مؤلف كتاب، قم، [بی تا].
۲۴۵. حاشية فرائد الأصول (الفوائد الرضوية على الفرائد المرتضوية)؛ رضا همدانی؛ تحقیق محمدرضا انصاری قمی، (۱ جلدی) محقق كتاب، قم، ۱۴۲۱ ق.
۲۴۶. حاشية فرائد الأصول؛ سيد محمد كاظم طباطبائي يزدي؛ تقرير محمد ابراهيم يزدي نجفی، (۳ جلدی) انتشارات دار الهدی، قم، ۱۴۲۶ ق.
۲۴۷. حاشية كتاب المكاسب؛ رضا همدانی؛ تحقیق محمدرضا انصاری قمی، (۱ جلدی) محقق كتاب، قم، ۱۴۲۰ ق.
۲۴۸. حاشية كتاب المكاسب؛ محمد حسين غروي اصفهانی (محقق اصفهانی)؛ تحقیق عباس محمد آل سیاب قطیفی، (۵ جلدی) انوار الهدی، قم، ۱۴۱۸ ق.
۲۴۹. حاشية مجمع الفائدة والبرهان؛ محمد باقر وحید بهبهانی؛ (۱ جلدی) مؤسسه علامه مجتهد وحید بهبهانی، قم، ۱۴۱۷ ق.
۲۵۰. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي؛ علي بن محمد ماوردي؛ (۱۹ جلدی) دار الكتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۹ ق.
۲۵۱. الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة عليه السلام؛ يوسف بن احمد بحرانی؛ تحقیق محمّد تقی ایروانی و سيد عبد الرزاق مقرّم، (۲۵ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسين حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۵ ق.
۲۵۲. الحدائق الندية في شرح الفوائد الصمدية؛ سيد علي خان مدني؛ تحقیق سيد ابوالفضل سجادی، (۱ جلدی) انتشارات ذوی القربی، قم، [بی تا].
۲۵۳. حقائق الأصول؛ سيد محسن طباطبائي حكيم؛ چاپ پنجم؛ (۲ جلدی) انتشارات كتاب فروشی بصیرتی، قم، ۱۴۰۸ ق.
۲۵۴. الحکمة المتعالیة فی الأسفار العقلیة؛ محمد بن ابراهيم قوام شیرازی (صدر المتألهين)؛ (۹ جلدی) انتشارات مصطفوی، قم، ۱۳۶۸ ش.
۲۵۵. حلیة الأولیاء و طبقات الأصفياء؛ احمد بن عبدالله اصفهانی (ابونعیم اصفهانی)؛

(۱۱ جلدی) دار أم القرى، قاهره، [بى تا].

۲۵۶. الحور العين و تنبيه السامعين؛ نشوان بن سعيد حميرى؛ تحقيق كمال مصطفى، (۱ جلدی) مكتبة الخانجي، قاهره، ۱۹۴۸ م.

۲۵۷. الخرائج و الجرائح؛ سعيد بن عبدالله راوندی (قطب الدين راوندی)؛ تحقيق سيد محمد باقر موحد ابطحي، (۳ جلدی) مؤتسسه امام مهدي (عج)، قم، ۱۴۰۹ ق.

۲۵۸. خزانه الأدب و لب لباب لسان العرب؛ عبد القادر بن عمر بغدادی؛ تحقيق محمد نبيل طريفي، (۱۳ جلدی) دار الكتب العلمیة، بيروت، ۱۴۱۸ ق.

۲۵۹. الخصال؛ محمد بن علی ابن بابويه (شيخ صدوق)؛ تصحيح علی اكبر غفاری، (۲ جلدی) دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرّسين حوزه علمیه قم، قم، ۱۳۶۲ ش.

۲۶۰. خلاصة الإيجاز في المتعة؛ محمد بن محمد بن نعمان (شيخ مفيد)؛ تحقيق علی اكبر زماني نژاد، (۱ جلدی) كنگره جهانی هزاره شيخ مفيد، قم، ۱۴۱۳ ق.

۲۶۱. خلاصة الأقوال في معرفة الرجال؛ حسن بن يوسف حلي (علامة حلي)؛ چاپ دوم؛ تصحيح سيد محمد صادق بحر العلوم، (۱ جلدی) نشر چاپخانه حيدريه، نجف، ۱۳۸۱ ق.

۲۶۲. الخلاف؛ محمد بن حسن طوسي؛ تحقيق مجتبی عراقی و علی خراسانی و ديگران، (۶ جلدی) دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرّسين حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۷ ق.

۲۶۳. الدر الثمين في أسماء المصنفين؛ علی بن انجب بغدادی (ابن ساعي)؛ تحقيق احمد شوقي بنبين و محمد سعيد حنشي، (۱ جلدی) دار الغرب الإسلامي، تونس، ۱۴۳۰ ق.

۲۶۴. الدرّ المنشور في التفسير بالمأثور؛ عبد الرحمن بن ابی بكر سيوطی؛ (۶ جلدی) انتشارات كتابخانه آيت الله مرعشي نجفی، قم، ۱۴۰۴ ق.

۲۶۵. الدرّ المنضود في معرفة صيغ الثبات و الإيقاعات و العقود؛ علی بن علی ابن طي فقعي؛ تحقيق محمد بركت، (۱ جلدی) انتشارات مدرّسه علمیه امام عصر (عج) شيراز، شيراز، ۱۴۱۸ ق.

۲۶۶. الدرّ النظيم في مناقب الأئمة الهاميم ﷺ؛ يوسف بن حاتم شامي؛ چاپ دوم؛ (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرّسين حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۳۱ ق.

۲۶۷. در آسمان معرفت؛ حسن حسن زاده آملی؛ گردآوری محمد بديعی، (۱ جلدی) انتشارات تشيع، قم، ۱۳۷۵ ش.

۲۶۸. دراسات في علم الأصول؛ سيد ابوالقاسم خويي؛ تقرير سيد علي هاشمي شاهرودي، (۴ جلدی) مؤتسسه دائرة المعارف فقه اسلامي بر مذهب اهل بيت ﷺ، قم، ۱۴۱۹ ق.

۲۶۹. دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية؛ حسين علي منتظري؛ چاپ دوم؛

- (۴ جلدی) نشر تفکّر، قم، ۱۴۰۹ ق.
۲۷۰. درج الدرر في تفسير الآتي والسور؛ عبدالقاهر جرجانی؛ تحقیق ولید بن احمد بن صالح حسین و ایاد عبداللطیف قیسی، (۴ جلدی) مجلّه حکمت، منچستر، ۱۴۲۹ ق.
۲۷۱. الدرجات الرفیعة في طبقات الإمامیة من الشيعة؛ سید علی خان مدنی؛ چاپ دوم: (۱ جلدی) مؤتسسه وفاء، بیروت، ۱۹۸۳ م.
۲۷۲. درر الفوائد في الحاشیة علی الفرائد؛ محمّد کاظم آخوند خراسانی؛ تصحیح سید مهدی شمس الدین، (۱ جلدی) مؤتسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ۱۴۱۰ ق.
۲۷۳. درر الفوائد؛ عبدالکریم حائری یزدی؛ چاپ ششم؛ تحقیق محمّد مؤمن قمی، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۸ ق.
۲۷۴. الدرر النجفیة من الملتقطات الیوسفیة؛ یوسف بن احمد بحرانی؛ (۴ جلدی) دار المصطفی لإحياء التراث، بیروت، ۱۴۲۳ ق.
۲۷۵. الدروس الشرعیة في فقه الإمامیة؛ محمّد ابن مکی عاملی (شهید اول)؛ چاپ دوم؛ تحقیق علی دباغ و دیگران، (۳ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۷ ق.
۲۷۶. دروس خارج اصول (تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی)؛ موجود در مرکز فقهی امام محمّد باقر علیه السلام، قم، ۱۴۰۱ ش.
۲۷۷. دروس خارج خمس (تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی)؛ منتشرشده در نرم افزار مجموعه آثار آیت الله العظمی شبیری زنجانی، (۳ جلدی) مرکز فقهی امام محمّد باقر علیه السلام، قم، ۱۳۹۸ ش.
۲۷۸. دروس خارج صوم (تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی)؛ منتشرشده در نرم افزار مجموعه آثار آیت الله العظمی شبیری زنجانی، (۵ جلدی) مرکز فقهی امام محمّد باقر علیه السلام، قم، ۱۳۹۸ ش.
۲۷۹. دروس رجالی آیت الله شبیری زنجانی؛ موجود در مرکز فقهی امام محمّد باقر علیه السلام، قم، ۱۴۰۰ ش.
۲۸۰. دستور الأعقاب؛ مهدی نواب طهرانی؛ تصحیح سید علی آل داوود، (۱ جلدی) نشر تاریخ ایران، تهران، ۱۳۷۶ ش.
۲۸۱. دعائم الإسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضايا و الأحكام؛ نعمان بن محمّد مغربی؛ چاپ دوم؛ تحقیق آصف فیضی، (۲ جلدی) مؤتسسه آل البيت علیهم السلام، قم، ۱۳۸۵ ق.

۲۸۲. دلائل الإمامة؛ محمد بن جریر بن رستم طبری صغیر؛ (۱ جلدی) مؤتسسه بعثت، قم، ۱۴۱۳ ق.
۲۸۳. دیوان الضعفاء و المتروکین؛ محمد بن احمد ذهبی؛ چاپ دوم؛ تحقیق حماد بن محمد انصاری، (۱ جلدی) مکتبه النهضة الحديثه، مکه، ۱۳۸۷ ق.
۲۸۴. دیوان کمپانی؛ محمد حسین غروی اصفهانی (محقق اصفهانی)؛ چاپ نهم؛ تصحیح عباس احمدی، (۱ جلدی) دار الکتب الإسلامیة، تهران، ۱۳۹۷ ش.
۲۸۵. دیوان هاتف اصفهانی؛ سیداحمد حسینی (هاتف اصفهانی)؛ چاپ دوم؛ تصحیح حسن وحید دستگردی، (۱ جلدی) مؤتسسه انتشارات نگاه، تهران، ۱۳۷۵ ش.
۲۸۶. ذخیره المعاد في شرح الإرشاد؛ محمدباقر سبزواری (محقق سبزواری)؛ (۲ جلدی) مؤتسسه آل البيت علیه السلام، قم، افست از نسخه ۱۲۴۷ ق.
۲۸۷. الذخيرة؛ علی بن حسین علم الهدی (سید مرتضی)؛ تحقیق سیداحمد حسینی، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۱ ق.
۲۸۸. الذریعة إلى أصول الشريعة؛ علی بن حسین علم الهدی (سید مرتضی)؛ تصحیح ابوالقاسم گرجی، (۲ جلدی) انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۶ ش.
۲۸۹. الذریعة إلى تصانیف الشيعة؛ محمدمحسن آقابزرگ تهرانی؛ چاپ سوم؛ (۲۶ جلدی) نشر دارالأضواء، بیروت، ۱۴۰۳ ق.
۲۹۰. ذکرى الشيعة في أحكام الشريعة؛ محمد ابن مکى عاملی (شهید اول)؛ (۴ جلدی) مؤتسسه آل البيت علیه السلام، قم، ۱۴۱۹ ق.
۲۹۱. ربيع الأبرار و نصوص الأخبار؛ محمود بن عمر زمخشری؛ تحقیق عبدالامير مهنا، (۵ جلدی) مؤتسسه مطبوعاتی اعلمی، بیروت، ۱۴۱۲ ق.
۲۹۲. رجال السيد بحر العلوم (المعروف بالفوائد الرجائية)؛ سیدمحمد مهدی طباطبایی بحرالعلوم؛ تحقیق سیدحسین بحرالعلوم و سیدمحمدصادق بحرالعلوم، (۴ جلدی) انتشارات مکتبه الصادق علیه السلام، تهران، ۱۳۶۳ ش.
۲۹۳. رجال الطوسي؛ محمد بن حسن طوسی؛ چاپ سوم؛ تحقیق جواد قتیومی اصفهانی، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۷ ق.
۲۹۴. رجال العلامة الحلي = خلاصة الأقوال في معرفة الرجال.
۲۹۵. رجال الکشي = اختيار الرجال.
۲۹۶. رجال النجاشي = فهرست أسماء مصنفی الشيعة.
۲۹۷. الرجال لابن الفضائري؛ احمد بن حسين ابن غضائري؛ تحقیق سیدمحمد رضا

- حسینی جلالی، (۱ جلدی) مؤتسسه علمی فرهنگی دار الحديث، قم، ۱۴۲۲ ق.
۲۹۸. رساله في التحريم من جهة المصاهرة؛ مرتضى انصاری؛ چاپ شده ضمن چاپ قدیم «کتاب المکاسب» (۱ جلدی) انتشارات دار الذخائر، قم، ۱۴۱۱ ق.
۲۹۹. رساله في الرضاع؛ مرتضى انصاری؛ چاپ شده ضمن چاپ قدیم «کتاب المکاسب» (۱ جلدی) انتشارات دار الذخائر، قم، ۱۴۱۱ ق.
۳۰۰. رساله في قاعدة نفی الضر؛ موسی نجفی خوانساری؛ چاپ شده ضمن «منیة الطالب في حاشية المکاسب» (۱ جلدی) انتشارات کتابخانه محمدیه، تهران، ۱۳۷۳ ق.
۳۰۱. رساله في منجزات المریض؛ سید محمد کاظم طباطبایی یزدی؛ چاپ دوم؛ چاپ شده ضمن «حاشية المکاسب» (۱ جلدی) مؤتسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۱۴۲۱ ق.
۳۰۲. رساله توضیح المسائل؛ سید موسی شبیری زنجانی؛ چاپ سی و یکم؛ (۱ جلدی) انتشارات مرکز فقهی امام محمد باقر علیه السلام، قم، ۱۴۰۰ ش.
۳۰۳. الرسائل التسع؛ جعفر بن حسن حلّی (محقق حلّی)؛ تحقیق رضا استادی، (۱ جلدی) انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۱۳ ق.
۳۰۴. رسائل الشریف المرتضی؛ علی بن حسین علم الهدی (سید مرتضی)؛ تحقیق سید مهدی رجائی، (۴ جلدی) دار القرآن الکریم مدرسه آیت الله گلپایگانی، قم، ۱۴۰۵ ق.
۳۰۵. رسائل الشہید الثاني؛ زین الدین بن علی عاملی (شہید ثانی)؛ تحقیق رضا مختاری و حسین شفیعی، (۲ جلدی) مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۱ ق.
۳۰۶. الرسائل العشر؛ احمد بن محمد بن محمد حلّی (ابن فهد حلّی)؛ تحقیق سید مهدی رجائی، (۱ جلدی) انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۹ ق.
۳۰۷. الرسائل العشر؛ محمد بن حسن طوسی؛ چاپ دوم؛ (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۴ ق.
۳۰۸. الرسائل الفشارکیّة؛ سید محمد فشارکی؛ (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۳ ق.
۳۰۹. الرسائل الفقهيّة؛ محمد باقر وحید بهبهانی؛ (۱ جلدی) مؤتسسه علامه مجتّد وحید بهبهانی، قم، ۱۴۱۹ ق.
۳۱۰. الرسائل الفقهيّة؛ محمد اسماعیل خواجویی؛ تحقیق سید مهدی رجائی، (۲ جلدی) دار الکتاب الإسلامي، قم، ۱۴۱۱ ق.
۳۱۱. رسائل المحقّق الکرکي؛ علی بن حسین کرکی (محقق ثانی)؛ تحقیق محمد حسن،

- (۳ جلدی) انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی، قم، ۱۴۰۹ و ۱۴۱۲ ق.
۳۱۲. رسائل الميرزا القمي؛ ابوالقاسم گیلانی قمی (میرزای قمی)؛ تحقیق عباس تبریزیان، (۲ جلدی) مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۷ ق.
۳۱۳. رسائل فقهي؛ سید محمد باقر موسوی شفتی؛ چاپ شده در دفتر اول «میراث حوزه اصفهان»، (۱ جلدی) مؤسسه فرهنگی مطالعاتی الزهراء (س)، اصفهان، ۱۴۱۶ ق.
۳۱۴. رسائل فقهية؛ مرتضی انصاری؛ (۱ جلدی) کنگره شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۴ ق.
۳۱۵. روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني؛ سید محمود آلوسی؛ تحقیق علی عبدالباری عطیه، (۱۶ جلدی) دار الکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۵ ق.
۳۱۶. روض الأخيار المنتخب من ربيع الأبرار؛ محمد بن قاسم امامی؛ تحقیق محمود فاخوری، (۱ جلدی) دار القلم العربي، حلب، ۱۴۲۳ ق.
۳۱۷. روض الجنان في شرح إرشاد الأذهان؛ زين الدين بن علي عاملی (شهید ثانی)؛ تحقیق محمد باقری و دیگران، (۲ جلدی) مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۲ ق.
۳۱۸. روض الجنان و روح الجنان في تفسير القرآن؛ حسين بن علي خزاعي (ابوالفتح رازی)؛ تحقیق محمد جعفر یاحقی و محمد مهدی ناصح، (۲۰ جلدی) بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی، مشهد، ۱۴۰۸ ق.
۳۱۹. روضات الجنات في أحوال العلماء والسادات؛ سید محمد باقر خوانساری؛ (۸ جلدی) مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۱۳۹۰ ق.
۳۲۰. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية؛ زين الدين بن علي عاملی (شهید ثانی)؛ (۵ جلدی) مجمع الفكر الإسلامي، قم، ۱۳۹۰ ش.
۳۲۱. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية؛ زين الدين بن علي عاملی (شهید ثانی)؛ با حواشی سید حسین بن محمد آملی (سلطان العلماء)، (۲ جلدی) مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۲ ق.
۳۲۲. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية؛ زين الدين بن علي عاملی (شهید ثانی)؛ تحقیق سید محمد کلانتر، (۱۰ جلدی) انتشارات کتاب فروشی داوری، قم، ۱۴۱۰ ق.
۳۲۳. روضة المتقين في شرح من لا يحضره الفقيه؛ محمد تقی مجلسی (مجلسی اول)؛ چاپ دوم؛ تحقیق سید حسین موسوی کرمانی و علی پناه اشتهااردی، (۱۴ جلدی) بنیاد فرهنگ اسلامی حاج محمد حسین کوشان پور، قم، ۱۴۰۶ ق.
۳۲۴. رياض السالكين في شرح صحيفة سيد العابدين؛ سید علی خان مدنی؛ تحقیق

سید محسن حسینی امینی و دیگران، (۷ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۹ ق.

۳۲۵. ریاض العلماء و حیاض الفضلاء؛ عبدالله افندی اصفهانی؛ تحقیق سید احمد حسینی اشکوری، (۷ جلدی) مؤتسسه تاریخ عربی، بیروت، ۱۴۳۱ ق.

۳۲۶. ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل؛ سید علی طباطبایی؛ (۱۴ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۲ ق.

۳۲۷. ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل؛ سید علی طباطبایی؛ تحقیق محمد بهره مند و دیگران، (۱۶ جلدی) مؤتسسه آل البيت علیه السلام، قم، ۱۴۱۸ ق.

۳۲۸. ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل؛ سید علی طباطبایی؛ چاپ قدیم؛ (۲ جلدی) مؤتسسه آل البيت علیه السلام، قم، [بی تا].

۳۲۹. زاد المسیر فی علم التفسیر؛ عبدالرحمن بن علی ابن جوزی (ابوالفرج ابن جوزی)؛ تحقیق عبدالرزاق مهدی، (۴ جلدی) دار الکتاب العربی، بیروت، ۱۴۲۲ ق.

۳۳۰. زیادة الأصول؛ محمد بن حسین عاملی (شیخ بهائی)؛ تحقیق فارس حسون کریم، (۱ جلدی) نشر مرصاد، قم، ۱۴۲۳ ق.

۳۳۱. زیادة الأقوال فی خلاصة الرجال؛ سید حسین ابرز حلی؛ تحقیق سید مجتبی صفوی، (۱ جلدی) مؤتسسه علمی فرهنگی دار الحديث، قم، ۱۴۲۸ ق.

۳۳۲. زیادة البیان فی أحكام القرآن؛ احمد بن محمد اردبیلی (محقق اردبیلی)؛ تحقیق محمد باقر بهبودی، (۱ جلدی) مؤتسسه جعفریه، تهران، [بی تا].

۳۳۳. الزهد؛ حسین بن سعید اهوازی؛ چاپ دوم؛ تحقیق غلامرضا عرفانیان یزدی، (۱ جلدی) چاپخانه علمیه، قم، ۱۴۰۲ ق.

۳۳۴. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ محمد بن منصور ابن ادریس حلی؛ چاپ دوم؛ تحقیق محمد حسین اشعری و دیگران، (۳ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۰ ق.

۳۳۵. سلافة العصر فی محاسن الشعراء بکُل مصر؛ سید علی خان مدنی؛ چاپ دوم؛ (۱ جلدی) انتشارات مرتضوی، تهران، ۱۳۸۳ ش.

۳۳۶. سنن ابن ماجه؛ محمد بن یزید قزوینی (ابن ماجه)؛ تحقیق محمد فؤاد عبدالباقي، (۲ جلدی) دار الفکر، بیروت، [بی تا].

۳۳۷. سنن الترمذی (الجامع الصحیح)؛ محمد بن عیسی ترمذی؛ تحقیق و شرح احمد محمد شاکر، (۶ جلدی) دار الحديث، قاهره، ۱۴۱۹ ق.

۳۳۸. سنن الدارقطني؛ علی بن عمر دارقطنی؛ تحقیق سیدعبدالله هاشم یمانی، (۴ جلدی) دارالمعرفة، بیروت، ۱۳۸۶ ق.
۳۳۹. السنن الكبرى؛ احمد بن حسين بيهقي؛ چاپ سوم؛ تحقیق محمد عبدالقادر عطا، (۱۱ جلدی) دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۲۴ ق.
۳۴۰. السنن الكبرى؛ احمد بن شعيب نسائي؛ تحقیق عبدالغفار سليمان بنداری و سید کسروی حسن، (۷ جلدی) دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۱ ق.
۳۴۱. سنن أبي داود؛ سليمان بن اشعث سجستاني (ابوداود)؛ (۴ جلدی) دار الکتب العربی، بیروت، [بی تا].
۳۴۲. سؤال و جواب؛ سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی؛ تحقیق سیدمصطفی محقق داماد و دیگران، (۱ جلدی) مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۴۱۵ ق.
۳۴۳. سیر السلف الصالحین؛ اسماعیل بن محمد اصفهانی؛ تحقیق کرم بن حلمی بن فرحات بن احمد، (۱ جلدی) دار الایة للنشر و التوزیع، ریاض، [بی تا].
۳۴۴. سیر اعلام النبلاء؛ محمد بن احمد ذهبی؛ چاپ سوم؛ تحقیق شعيب الأرناؤوط و دیگران، (۲۵ جلدی) مؤتسسه الرساله، بیروت، ۱۴۰۵ ق.
۳۴۵. السيرة النبوية؛ عبدالملک بن هشام حمیری؛ تحقیق مصطفی سقا و دیگران، (۲ جلدی) دار المعرفة، بیروت، [بی تا].
۳۴۶. الشجرة المباركة في أنساب الطالبيّة؛ محمد بن عمر رازی (فخر رازی)؛ چاپ دوم؛ تحقیق سیدمهدی رجایی، (۱ جلدی) انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۱۹ ق.
۳۴۷. شذرات الذهب في أخبار من ذهب؛ عبدالحی بن احمد عکری دمشقی (ابن عماد حنبلی)؛ تحقیق محمود ارناؤوط و عبدالقادر ارناؤوط، (۱۱ جلدی) دار ابن کثیر، دمشق-بیروت، ۱۴۰۶ ق.
۳۴۸. شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام؛ جعفر بن حسن حلی (محقق حلی)؛ چاپ دوم؛ تحقیق عبدالحسین محمد علی بقال، (۴ جلدی) مؤتسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۸ ق.
۳۴۹. شرح الأخبار في فضائل الأئمة الأطهار عليهم السلام؛ نعمان بن محمد مغربی؛ تحقیق محمد حسینی جلالی، (۳ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۹ ق.
۳۵۰. شرح الرضي على الكافية؛ محمد بن حسن استرآبادی (رضی الدین استرآبادی)؛

- تحقیق یوسف حسن عمر، (۴ جلدی) مؤتسسه انتشاراتی صادقی، تهران، ۱۳۸۴ ش.
۳۵۱. شرح الشيخ جعفر علی قواعد العلامة ابن المطهر؛ جعفر بن خضر کاشف الغطاء؛ (۱ جلدی) انتشارات ذخائر، [بی جا]، ۱۴۲۰ ق.
۳۵۲. الشرح الصغير في شرح المختصر النافع؛ سید علی طباطبایی؛ تحقیق سید مهدی رجایی، (۳ جلدی) انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۹ ق.
۳۵۳. الشرح الكبير علی متن المقنع؛ عبدالرحمن بن محمد ابن قدامة؛ (۱۲ جلدی) انتشارات دار الكتاب العربي، بیروت، [بی تا].
۳۵۴. شرح المشكل من شعر الممتطي؛ علی بن اسماعیل ابن سیده؛ (۱ جلدی) موجود در نرم افزار المكتبة الشاملة، [بی نا]، [بی جا]، [بی تا].
۳۵۵. شرح جبل الزجاجي؛ علی بن مؤمن اشبیلی (ابن عصفور)؛ تحقیق فؤاد شقار، (۳ جلدی) دار الكتب العلمیة، بیروت، [بی تا].
۳۵۶. شرح شافية ابن الحاجب؛ محمد بن حسن استرآبادی (رضی الدین استرآبادی)؛ تحقیق محمد نور حسن و دیگران، (۴ جلدی) دار الكتب العلمیة، بیروت، [بی تا].
۳۵۷. شرح کتاب سیبویه؛ حسن بن عبدالله سیرافی؛ تحقیق احمد حسن مهدلی و علی سید علی، (۵ جلدی) دار الكتب العلمیة، بیروت، [بی تا].
۳۵۸. شرح نهج البلاغة؛ عبدالحمید بن هبة الله ابن ابی الحديد؛ تحقیق محمد ابوالفضل ابراهیم، (۲۰ جلدی) انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۴ ق.
۳۵۹. شرف نامه؛ الیاس بن یوسف نظامی گنجه ای؛ چاپ نهم؛ تصحیح و حواشی حسن وحید دستگردی، به کوشش سعید حمیدیان، (۱ جلدی) نشر قطره، تهران، ۱۳۹۹ ش.
۳۶۰. الشعر والشعراء؛ عبدالله بن مسلم دینوری (ابن قتیبه)؛ تحقیق احمد محمد شاکر، (۲ جلدی) دار الحديث، قاهره، ۱۴۲۳ ق.
۳۶۱. شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکولم؛ نشوان بن سعید حمیری؛ تحقیق حسین بن عبدالله عمری و دیگران، (۱۲ جلدی) دار الفكر، دمشق، ۱۴۲۰ ق.
۳۶۲. شواهد التنزیل لقواعد التفضیل؛ عبیدالله بن عبدالله حسانانی (ابن حداء)؛ چاپ دوم؛ تحقیق محمدباقر محمودی، (۳ جلدی) مؤتسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ۱۴۱۱ ق.
۳۶۳. الشهاب الثاقب؛ محمد محسن فیض کاشانی؛ چاپ دوم؛ تحقیق جمال الدین رؤف، (۱ جلدی) مؤتسسه مطبوعاتی اعلمی، بیروت، ۱۴۰۱ ق.
۳۶۴. صبح الأعشى في کتابة الإنشا؛ احمد بن علی قلقشنندی؛ تحقیق محمد حسین

- شمس‌الدین، (۱۵ جلدی) دار الکتب العلمیة، بیروت، [بی تا].
۳۶۵. الصحاح (تاج اللغة و صحاح العربیة): اسماعیل بن حماد جوهري؛ چاپ سوم؛ تحقیق احمد عبدالغفور عطار، (۶ جلدی) دار العلم للملایین، بیروت، ۱۴۰۴ ق.
۳۶۶. صحیح البخاری = الجامع المسند الصحیح المختصر من أمور رسول الله ﷺ و سننه و آیامه.
۳۶۷. صحیح مسلم؛ مسلم بن حجاج قشیری؛ تحقیق محمد فؤاد عبدالباقي، (۵ جلدی) دار احیاء التراث العربی، بیروت، [بی تا].
۳۶۸. صحیفه امام؛ سیدروح الله موسوی (امام خمینی)؛ چاپ پنجم؛ (۲۱ جلدی) مؤتسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ۱۳۸۹ ش.
۳۶۹. صحیفه الإمام الرضا علیه السلام؛ تحقیق محمد مهدی نجف، (۱ جلدی) کنگره جهانی امام رضا علیه السلام، مشهد، ۱۴۰۶ ق.
۳۷۰. صراط النجاة في أجوبة الاستفتاءات (المحشی)؛ سید ابوالقاسم خویی؛ با حواشی میرزا جواد تبریزی، گردآوری موسی مفیدالدین عاصی عاملی، (۳ جلدی) مکتب نشر منتخب، قم، ۱۴۱۶ ق.
۳۷۱. صلاة المسافر؛ محمد حسین غروی اصفهانی (محقق اصفهانی)؛ چاپ دوم؛ چاپ شده ضمن «بحوث في الفقه» (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۹ ق.
۳۷۲. ضوابط الأصول؛ محمد شریف مازندرانی (شریف العلماء)؛ چاپ سنگی؛ تقریر سید ابراهیم موسوی قزوینی، (۱ جلدی) [بی تا]، قم، ۱۳۷۱ ق.
۳۷۳. ضوابط الرضاع؛ سید محمد باقر استرآبادی (میرداماد)؛ تحقیق سید مجتبی میردامادی، (۲ جلدی) مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی ﷺ، قم، ۱۳۹۳ ش.
۳۷۴. طبقات الحنابلة؛ محمد بن ابی یعلی حنبلی (ابن فراء)؛ تحقیق محمد حامد فقی، (۲ جلدی) دار المعرفة، بیروت، [بی تا].
۳۷۵. طبقات الصوفیة؛ محمد بن حسین نیشابوری (ابو عبدالرحمن محمد سلمی)؛ تحقیق مصطفی عبدالقادر عطا، (۱ جلدی) دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۹ ق.
۳۷۶. الطبقات الكبرى؛ محمد بن سعد بغدادی؛ تحقیق محمد عبدالقادر عطا، (۸ جلدی) دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۰ ق.
۳۷۷. طبقات أعلام الشيعة؛ محمد محسن آقا بزرگ تهرانی؛ تصحیح علی نقی منزوی، (۱۷ جلدی) دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۳۰ ق.
۳۷۸. الطراز الأول و الكنز لما عليه من لغة العرب المعول؛ سید علی خان مدنی؛ (۸ جلدی)

مؤتسسه آل البيت عليه السلام، مشهد، ۱۳۸۴ ش.

۳۷۹. الطيوريات: احمد بن محمد سلفی؛ تحقيق دسمان يحيى معالى و عباس صخر حسن، (۴ جلدی) مكتبة أضواء السلف، رياض، ۱۴۲۵ ق.

۳۸۰. العدة في أصول الفقه: محمد بن حسن طوسي؛ با حاشیه خليل بن غازي قزوینی، تحقيق محمدمهدی نجف، (۲ جلدی) مؤتسسه آل البيت عليه السلام، قم، ۱۴۰۳ ق.

۳۸۱. العدة في أصول الفقه: محمد بن حسن طوسي؛ تحقيق محمدرضا انصاری قمی، (۲ جلدی) [بی نا]، قم، ۱۴۱۷ ق.

۳۸۲. العدد القوية لدفع المخاوف اليومية: علی بن یوسف حلّی (رضی اللہ عنہ)؛ تحقيق سيدمهدی رجایی، (۱ جلدی) انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۸ ق.

۳۸۳. العروة الوثقى مع التعليقات: سید محمدکاظم طباطبایی یزدی؛ (۲ جلدی) انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب عليه السلام، قم، ۱۴۲۸ ق.

۳۸۴. العروة الوثقى مع تعليقات عدة من الفقهاء العظام: سید محمدکاظم طباطبایی یزدی؛ تحقيق احمد محسنی سبزواری، (۶ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسين حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۹ ق.

۳۸۵. العروة الوثقى و التعليقات عليها: سید محمدکاظم طباطبایی یزدی؛ (۱۵ جلدی) مؤتسسه جهانی سبطين عليه السلام، قم، ۱۳۸۸-۱۳۹۵ ش.

۳۸۶. العروة الوثقى: سید محمدکاظم طباطبایی یزدی؛ چاپ دوم: (۲ جلدی) مؤتسسه مطبوعاتی اعلمی، بیروت، ۱۴۰۹ ق.

۳۸۷. العروة الوثقى (المحشى) = العروة الوثقى مع تعليقات عدة من الفقهاء العظام.

۳۸۸. العزیز شرح الوجیز (الشرح الكبير): عبدالكريم بن محمد رافعی قزوینی؛ تحقيق علی محمد معوض و عادل احمد عبدالموجود، (۱۳ جلدی) دار الكتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۷ ق.

۳۸۹. العسل المصفى من تهذيب زين الفتى في شرح سورة هل أتى: احمد بن محمد عاصمی؛ تحقيق محمداقرا محمودی، (۲ جلدی) مجمع احیای فرهنگ اسلامی، قم، ۱۴۱۸ ق.

۳۹۰. علل الشرائع: محمد بن علی ابن بابویه (شیخ صدوق)؛ (۲ جلدی) انتشارات داورى، قم، افست از نسخه ۱۳۸۶ ق.

۳۹۱. عمدة الأصول: سید محسن خرازی؛ تصحيح سید علی رضا جعفری، (۶ جلدی) مؤتسسه در راه حق، قم، ۱۴۲۲ ق.

۳۹۲. عمدة الطالب في نسب آل أبي طالب عليه السلام؛ احمد بن علی حسینی (ابن عنبه)؛ (۱ جلدی) مؤتسسه انصاریان، قم، ۱۴۱۷ ق.

۳۹۳. عمدة عیون صحاح الأخبار فی مناقب إمام الأبرار أمير المؤمنين علي بن أبي طالب وصي المختار صلّى الله عليه و علی الأئمة من ذرّيته الأطهار؛ يحيى بن حسن اسدي حلی (ابن بطریق)؛ تحقیق مالک محمودی و ابراهیم بهادری، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیّه قم، قم، ۱۴۰۷ ق.
۳۹۴. العناوین؛ سید میر عبد الفتاح مراغی؛ تحقیق رحمت الله رحمتی، (۲ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیّه قم، قم، ۱۴۱۷ ق.
۳۹۵. عناية الأصول في شرح كفاية الأصول؛ سید مرتضی فیروزآبادی؛ چاپ چهارم؛ (۶ جلدی) انتشارات فیروزآبادی، قم، ۱۴۰۰ ق.
۳۹۶. عوالي اللالكی العزیزة فی الأحادیث الدیّنة؛ محمد ابن ابی جمهور احسائی؛ تحقیق مجتبی عراقی، (۴ جلدی) انتشارات سید الشهداء علیّه السلام، قم، ۱۴۰۵ ق.
۳۹۷. عوائد الأیام من مهتات أدلة الأحكام؛ احمد بن محمد مهدی نراقی؛ (۱ جلدی) مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیّه قم، قم، ۱۴۱۷ ق.
۳۹۸. العویص؛ محمد بن محمد بن نعمان (شیخ مفید)؛ تحقیق محسن احمدی، چاپ شده در جلد ششم «مستفادات الشیخ المفید»، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ۱۴۱۳ ق.
۳۹۹. عیون أخبار الرضا علیّه السلام؛ محمد بن علی ابن بابویه (شیخ صدوق)؛ تحقیق سید مهدی حسینی لاجوردی، (۲ جلدی) نشر جهان، تهران، ۱۳۷۸ ق.
۴۰۰. الغارات؛ ابراهیم بن محمد ثقفی (ابن هلال)؛ چاپ قدیم؛ تحقیق سید عبد الزهراء حسینی، (۲ جلدی) دار الکتب الإسلامی، قم، ۱۴۱۰ ق.
۴۰۱. غایة الأمال فی شرح کتاب المکاسب؛ محمد حسن مامقانی؛ (۳ جلدی) مجمع ذخائر اسلامی، قم، افست از نسخه ۱۳۱۶ ق.
۴۰۲. غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد؛ محمد ابن مکی عاملی (شهید اول)؛ تحقیق رضا مختاری، (۴ جلدی) مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیّه قم، قم، ۱۴۱۴ ق.
۴۰۳. غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام؛ مفلح بن حسن صیمری؛ تحقیق جعفر کوثرانی عاملی، (۴ جلدی) دار الهادی، بیروت، ۱۴۲۰ ق.
۴۰۴. غرائب القرآن و رغائب الفرقان؛ حسن بن محمد قمی (نظام الدین نیشابوری)؛ تحقیق زکریّا عمیرات، (۶ جلدی) دار الکتب العلمیّة، بیروت، ۱۴۱۶ ق.
۴۰۵. غرر الأخبار و درر الآثار فی مناقب أبی الأئمة الأطهار علیهم السلام؛ حسن بن علی دیلمی؛ تحقیق اسماعیل ضیغم، (۱ جلدی) انتشارات دلیل ما، قم، ۱۴۲۷ ق.

۴۰۶. غرر الحکم و درر الکلم؛ عبدالواحد بن محمد آمدی تمیمی؛ چاپ دوم؛ تحقیق سید مهدی رجائی، (۱ جلدی) دار الکتاب الإسلامی، قم، ۱۴۱۰ ق.
۴۰۷. غرر الفوائد و درر القلائد؛ علی بن حسین علم الهدی (سید مرتضی)؛ تحقیق محمد ابوالفضل ابراهیم، (۲ جلدی) دار الفکر العربی، قاهره، ۱۹۹۸ م.
۴۰۸. غنائم الاثام فی مسائل الحلال و الحرام؛ ابوالقاسم گیلانی قمی (میرزای قمی)؛ (۶ جلدی) مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۷ ق.
۴۰۹. غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع؛ سید حمزة بن علی بن زهره حلبی؛ تحقیق ابراهیم بهادری، (۱ جلدی) مؤتسسه امام صادق علیه السلام، قم، ۱۴۱۷ ق.
۴۱۰. الفائق فی غریب الحدیث؛ محمود بن عمر زمخشری؛ تحقیق ابراهیم شمس الدین، (۴ جلدی) دار الکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۷ ق.
۴۱۱. فتح الباری بشرح صحیح البخاری؛ احمد بن علی ابن حجر عسقلانی؛ تحقیق عبدالعزیز ابن باز و دیگران، (۱۳ جلدی) المكتبة السلفية، قاهره، [بی تا].
۴۱۲. الفخري فی أنساب الطالبین؛ اسماعیل بن حسین مروزی؛ تحقیق سید مهدی رجایی، (۱ جلدی) انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، [بی تا].
۴۱۳. فرائد الأصول؛ مرتضی انصاری؛ چاپ نهم؛ (۴ جلدی) مجمع الفکر الإسلامی، قم، ۱۴۲۸ ق.
۴۱۴. فرق الشیعة؛ حسن بن موسی نوبختی؛ چاپ دوم؛ تصحیح سید هبة الدین حسینی شهرستانی، (۱ جلدی) انتشارات دار الأضواء، بیروت، ۱۴۰۴ ق.
۴۱۵. الفرق بین الفرق و بیان الفرقة الناجية منهم؛ عبدالقاهر بن طاهر بغدادی؛ (۱ جلدی) دار الجیل-دار الآفاق الجدیدة، بیروت، ۱۴۰۸ ق.
۴۱۶. فرهنگ ابجدی الفبایی عربی-فارسی (ترجمه کامل المنجد الأبجدی)؛ فؤاد افرام بستانی؛ چاپ دوم؛ ترجمه رضا مهیار، (۱ جلدی) انتشارات اسلامی، تهران، ۱۳۷۵ ش.
۴۱۷. الفصول الغرویة فی الأصول الفقہیة؛ محمد حسین بن محمد رحیم اصفهانی حائری؛ (۱ جلدی) دار احیاء العلوم الإسلامیة، قم، ۱۴۰۴ ق.
۴۱۸. فضائل الأشهر الثلاثة؛ محمد بن علی ابن بابویه (شیخ صدوق)؛ تحقیق غلامرضا عرفانیان یزدی، (۱ جلدی) انتشارات کتاب فروشی داوری، قم، ۱۳۹۶ ق.
۴۱۹. فضائل الشیعة؛ محمد بن علی ابن بابویه (شیخ صدوق)؛ (۱ جلدی) انتشارات اعلمی، تهران، [بی تا].
۴۲۰. فقه الرضا علیه السلام = الفقه المنسوب إلى الإمام الرضا علیه السلام.

۴۲۱. فقه القرآن؛ سعید بن عبدالله راوندی (قطب الدین راوندی)؛ چاپ دوم: تحقیق سید احمد حسینی، (۲ جلدی) انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۵ ق.
۴۲۲. الفقه المنسوب إلى الإمام الرضا عليه السلام؛ (۱ جلدی) مؤتسسه آل البيت عليه السلام، مشهد، ۱۴۰۶ ق.
۴۲۳. فلاح السائل ونجاح المسائل في عمل يوم و ليلة؛ سید علی بن موسی ابن طاووس حلّی؛ (۱ جلدی) مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۶ ق.
۴۲۴. فوائد الأصول؛ محمد حسین نایینی (محقق نایینی)؛ تقرير محمد علی کاظمی خراسانی، (۴ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۳۷۶ ش.
۴۲۵. الفوائد المدتیة و بذيله الشواهد المکیة؛ محمد امین استرآبادی و سید نورالدین موسوی عاملی؛ چاپ دوم: تحقیق رحمت الله رحمتی اراکی، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۶ ق.
۴۲۶. فهرست الطوسی = فهرست کتب الشيعة و أصولهم و أسماء المصنفين و أصحاب الأصول.
۴۲۷. فهرست أسماء مصتفي الشيعة؛ احمد بن علی نجاشی؛ چاپ ششم: تحقیق سید موسی شبیری زنجانی، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۷ ق.
۴۲۸. فهرست کتب الشيعة و أصولهم و أسماء المصنفين و أصحاب الأصول؛ محمد بن حسن طوسی؛ تحقیق سید عبدالعزیز طباطبایی، (۱ جلدی) کتابخانه محقق طباطبایی، قم، ۱۴۲۰ ق.
۴۲۹. الفهرست؛ محمد بن اسحاق ابن ندیم؛ (۱ جلدی) دار المعرفة، بیروت، [بی تا].
۴۳۰. قاموس الرجال؛ محمد تقی شوشتری؛ چاپ دوم: (۱۲ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۰ ق.
۴۳۱. القاموس المحيط؛ محمد بن یعقوب فیروزآبادی؛ (۴ جلدی) دار الکتب العلمیة، بیروت، [بی تا].
۴۳۲. قرب الإسناد؛ عبدالله بن جعفر حمیری؛ (۱ جلدی) مؤتسسه آل البيت عليه السلام، قم، ۱۴۱۳ ق.
۴۳۳. قرب الإسناد؛ عبدالله بن جعفر حمیری؛ چاپ قدیم: کتابخانه جدید نینوا، تهران، [بی تا].
۴۳۴. فلأند الدرر في بيان آیات الأحكام بالأثر؛ احمد جزائری؛ (۳ جلدی) نشر فقهات، قم، ۱۳۹۱ ش.
۴۳۵. قواعد الأحكام في مصالح الأئمة؛ عبدالعزیز بن عبدالسلام سلمی (سلطان العلماء

دمشقی؛ تحقیق طه عبدالرزوف سعد، (۲ جلدی) مكتبة الکلیات الأزهرية، قاهره، ۱۴۱۴ ق.
 ۴۳۶. قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام؛ حسن بن يوسف حلی (علامة حلی)؛
 (۳ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۳ ق.
 ۴۳۷. القواعد الفقهية؛ سید حسن بجنوردی؛ تحقیق مهدی مهریزی و محمدحسین درابئی،
 (۷ جلدی) نشر الهادی، قم، ۱۴۱۹ ق.

۴۳۸. القواعد و الفوائد؛ محمد ابن مکّی عاملی (شهید اول)؛ تحقیق سید عبدالهادی
 حکیم، (۲ جلدی) انتشارات کتاب فروشی مفید، قم، افست از نسخه ۱۴۰۰ ق.
 ۴۳۹. قوانین الأصول = القوانين المحكمة في الأصول.

۴۴۰. القوانين المحكمة في الأصول؛ ابوالقاسم گیلانی قمی (میرزای قمی)؛ تحقیق رضا
 حسین صبح، (۴ جلدی) إحياء الكتب الإسلامية، قم، ۱۴۳۰ ق.

۴۴۱. کاشفة الحال عن أحوال الاستدلال؛ محمد ابن ابی جمهور احسایی؛ تحقیق احمد
 کنانی، (۱ جلدی) مؤتسسه تحقیقاتی و انتشاراتی ام القرى، قم، ۱۴۱۶ ق.

۴۴۲. الکافي في الفقه؛ تقی بن نجم حلبی (ابوالصلاح حلبی)؛ تحقیق رضا استادی،
 (۱ جلدی) انتشارات کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام، اصفهان، ۱۴۰۳ ق.

۴۴۳. الکافي؛ محمد بن یعقوب کلینی؛ (۱۶ جلدی) مؤتسسه علمی فرهنگی دار الحديث،
 قم، ۱۴۲۹ ق.

۴۴۴. الکافي؛ محمد بن یعقوب کلینی؛ چاپ چهارم؛ تحقیق علی اکبر غفاری، (۸ جلدی)
 انتشارات اسلامیة، تهران، ۱۴۰۷ ق.

۴۴۵. کامل الزیارات؛ جعفر بن محمد ابن قولویه؛ تحقیق عبدالحسین امینی، (۱ جلدی)
 چاپخانه مرتضویه، نجف، ۱۳۵۶ ق.

۴۴۶. الكامل في ضعفاء الرجال؛ عبدالله بن عدی جرجانی؛ تحقیق عادل احمد عبدالموجود
 و علی محمد معوض، (۹ جلدی) دار الكتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۸ ق.

۴۴۷. کتاب اجاره (تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی)؛ منتشرشده در نرم افزار مجموعه آثار
 آیت الله العظمی شبیری زنجانی، (۱ جلدی) مرکز فقهی امام محمد باقر علیه السلام، قم، ۱۳۹۸ ش.

۴۴۸. کتاب الإجارة؛ حبیب الله رشتی؛ (۱ جلدی) [بی نا]، [بی جا]، ۱۳۱۰ ق.

۴۴۹. کتاب الأصول؛ محمد بن حسن شیبانی؛ تحقیق محمد بوینوکالن، (۱۲ جلدی) دار
 ابن حزم، بیروت، ۱۴۳۳ ق.

۴۵۰. کتاب البیع؛ سیدروح الله موسوی (امام خمینی)؛ (۵ جلدی) مؤتسسه تنظیم و نشر آثار
 امام خمینی، تهران، [بی تا].

۴۵۱. کتاب البیع؛ سید محمد حجت کوه‌کمری؛ چاپ دوم؛ تقریر ابوطالب تجلیل تبریزی، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیّه قم، قم، ۱۴۰۹ ق.
۴۵۲. کتاب التعارض؛ سید محمد کاظم طباطبایی یزدی؛ تحقیق حلمی عبدالرئوف السنان، (۱ جلدی) مؤسسه انتشارات مدین، قم، ۱۴۲۶ ق.
۴۵۳. کتاب الحج؛ سید محمد رضا موسوی گلپایگانی؛ تقریر احمد صابری همدانی، (۲ جلدی) دار القرآن الکریم مدرسه آیت الله گلپایگانی، قم، ۱۴۰۳ ق.
۴۵۴. کتاب الحيوان؛ عمرو بن بحر کنانی (جاحظ)؛ چاپ دوم؛ تحقیق محمد باسل عیون السود، (۷ جلدی) دار الکتب العلمیّه، بیروت، ۱۴۲۴ ق.
۴۵۵. کتاب الخلل في الصلاة؛ سید روح الله موسوی (امام خمینی)؛ (۱ جلدی) چاپخانه مهر، قم، [بی تا].
۴۵۶. کتاب الرجال؛ حسن بن علی بن داوود حلّی؛ تصحیح سید کاظم موسوی میاموی، (۱ جلدی) انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۴۲ ش.
۴۵۷. کتاب الزکاة؛ محمد حسن آشتیانی؛ تحقیق سید علی غضنفری و علی اکبر زمانی نژاد، (۲ جلدی) کنگره بزرگداشت علامه آشتیانی، انتشارات زهیر، قم، ۱۴۲۶ ق.
۴۵۸. کتاب الزکاة؛ مرتضی انصاری؛ (۱ جلدی) کنگره شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ ق.
۴۵۹. کتاب الصلاة؛ سید محمد محقق داماد؛ چاپ دوم؛ تقریر محمد مؤمن و عبدالله جوادی آملی، (۴ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیّه قم، قم، ۱۴۱۶ ق.
۴۶۰. کتاب الصلاة؛ عبدالکریم حائری یزدی؛ (۱ جلدی) مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیّه قم، قم، ۱۴۰۴ ق.
۴۶۱. کتاب الصلاة؛ محمد حسین نایینی (محقق نایینی)؛ تقریر محمد علی کاظمی خراسانی، (۲ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیّه قم، قم، ۱۴۱۱ ق.
۴۶۲. کتاب الصوم؛ مرتضی انصاری؛ (۱ جلدی) کنگره شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۳ ق.
۴۶۳. کتاب الطبقات؛ [منسوب به] احمد بن محمد برقی؛ تصحیح سید کاظم موسوی میاموی، چاپ شده ضمن «کتاب الرجال (ابن داوود حلّی)» (۱ جلدی) انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۴۲ ش.
۴۶۴. کتاب الطهارة؛ مرتضی انصاری؛ (۵ جلدی) کنگره شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ ق.
۴۶۵. کتاب العین؛ خلیل بن احمد فراهیدی؛ چاپ دوم؛ تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم

- سامری، (۸ جلدی) انتشارات هجرت، قم، ۱۴۱۰ ق.
۴۶۶. کتاب الغیبة؛ محمد بن ابراهیم نعمانی؛ تحقیق علی اکبر غفاری، (۱ جلدی) کتاب فروشی صدوق، تهران، ۱۳۹۷ ق.
۴۶۷. کتاب الغیبة؛ محمد بن حسن طوسی؛ تحقیق عبادالله سرشار تهرانی و علی احمد ناصح نهاوندی، (۱ جلدی) مؤتسسه معارف اسلامی، قم، ۱۴۱۱ ق.
۴۶۸. کتاب الماء (لغت نامه جامع پزشکی)؛ عبدالله بن محمد ازدی (ابن ذهبی)؛ تحقیق هادی حسن حمودی، (۳ جلدی) مؤتسسه مطالعات تاریخ پزشکی دانشگاه علوم پزشکی ایران، تهران، ۱۳۸۷ ش.
۴۶۹. کتاب المکاسب؛ مرتضی انصاری؛ (۶ جلدی) مجمع الفكر الإسلامی، قم، ۱۴۱۵ ق.
۴۷۰. کتاب النکاح؛ عبدالکریم حائری یزدی؛ تقریر محمود آشتیانی، (۱ جلدی) چاپخانه خراسان، مشهد، [بی تا].
۴۷۱. کتاب النکاح؛ محمد علی اراکی؛ (۱ جلدی) انتشارات نورنگار، قم، ۱۴۱۹ ق.
۴۷۲. کتاب النکاح؛ مرتضی انصاری؛ (۱ جلدی) کنگره شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ ق.
۴۷۳. کتاب بیع (تقریرات دروس خارج فقه آیت الله شبیری زنجانی)؛ موجود در مرکز فقهی امام محمد باقر علیه السلام، قم، ۱۴۰۱ ش.
۴۷۴. کتاب حج (تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی)؛ منتشر شده در نرم افزار مجموعه آثار آیت الله العظمی شبیری زنجانی، (۲۱ جلدی) مرکز فقهی امام محمد باقر علیه السلام، قم، ۱۳۹۸ ش.
۴۷۵. کتاب من لا یحضره الفقیه؛ محمد بن علی ابن بابویه (شیخ صدوق)؛ چاپ دوم؛ تصحیح علی اکبر غفاری، (۴ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۳ ق.
۴۷۶. کتاب نکاح (تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی)؛ (۲۵ جلدی) مؤتسسه پژوهشی رای پرداز، قم، ۱۴۱۹ ق.
۴۷۷. الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل و عیون الأقاویل فی وجوه التأویل؛ محمود بن عمر زمخشری؛ چاپ سوم؛ تصحیح مصطفی حسین احمد، (۴ جلدی) دار الکتاب العربی، بیروت، ۱۴۰۷ ق.
۴۷۸. کشف اللباس عن موجز أبي العباس؛ مفلح بن حسن صیمری؛ تحقیق محمد باقری و محمد حنون، (۱ جلدی) مؤتسسه صاحب الامر علیه السلام، قم، ۱۴۱۷ ق.
۴۷۹. کشف الأسرار فی شرح الاستبصار؛ سید نعمت الله جزایری؛ تحقیق سید طیب موسوی

- جزایری، (۳ جلدی) مؤتسسه دار الکتاب، قم، ۱۴۰۸ ق.
۴۸۰. کشف الأسرار و عده الأبرار؛ احمد بن محمد ميبدي (رشيد الدين ميبدي)؛ چاپ پنجم؛ تحقيق على اصغر حکمت، (۱۰ جلدی) انتشارات اميرکبير، تهران، ۱۳۷۱ ش.
۴۸۱. کشف الحجب و الأستار عن أحوال الكتب و الأسفار؛ سيداعجازحسين کنتوري؛ چاپ دوم؛ (۱ جلدی) انتشارات کتابخانه آيت الله مرعشي نجفی، قم، ۱۴۰۹ ق.
۴۸۲. کشف الرموز في شرح المختصر النافع؛ حسن بن ابی طالب يوسفی (فاضل أبي)؛ چاپ سوم؛ تحقيق على پناه اشتهاړدى و حسين يزدى، (۲ جلدی) دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرّسين حوزه علميه قم، قم، ۱۴۱۷ ق.
۴۸۳. کشف الغطاء عن مبهمات الشريعة الغراء؛ جعفر بن خضر کاشف الغطاء؛ (۴ جلدی) مرکز چاپ و نشر دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم، قم، ۱۴۲۲ ق.
۴۸۴. کشف الغمة في معرفة الأنمة ﷺ؛ على بن عيسى اربلى؛ تحقيق سيد هاشم رسولی محلاتی، (۲ جلدی) انتشارات بنی هاشمی، تبریز، ۱۳۸۱ ق.
۴۸۵. کشف القناع عن وجوه حجّية الإجماع؛ اسد الله کاظمی تستری؛ (۱ جلدی) نشر احمد شیرازی، تهران، [بی تا].
۴۸۶. کشف اللثام عن قواعد الأحكام؛ محمد بن حسن اصفهانی حائری (فاضل هندی)؛ (۱۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرّسين حوزه علميه قم، قم، ۱۴۱۶ ق.
۴۸۷. الکشف و البيان عن تفسير القرآن؛ احمد بن محمد ثعلبی؛ تحقيق ابی محمد بن عاشور و نظير ساعدي، (۱۰ جلدی) دار إحياء التراث العربي، بيروت، ۱۴۲۲ ق.
۴۸۸. كفاية الأثر في النص على الأنمة الاثني عشر ﷺ؛ على بن محمد خزّاز قمی؛ تحقيق سيد عبداللطيف حسینی کوه کمری، (۱ جلدی) انتشارات بيدار، قم، ۱۴۰۱ ق.
۴۸۹. كفاية الأحكام؛ محمدباقر سبزواری (محقق سبزواری)؛ (۲ جلدی) دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرّسين حوزه علميه قم، قم، ۱۴۲۳ ق.
۴۹۰. كفاية الأصول؛ محمدکاظم آخوند خراسانی؛ (۱ جلدی) مؤتسسه آل البيت ﷺ، قم، ۱۴۰۹ ق.
۴۹۱. كفاية الأصول؛ محمدکاظم آخوند خراسانی؛ تحقيق سامی خفاجی، (۵ جلدی) انتشارات لقمان، قم، ۱۴۱۳ ق.
۴۹۲. كفاية الأصول؛ محمدکاظم آخوند خراسانی؛ چاپ ششم؛ تحقيق عباس على زارعی سبزواری، (۳ جلدی) دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرّسين حوزه علميه قم، قم، ۱۴۳۰ ق.

۴۹۳. الکلام بحر الکلام؛ سید احمد حسینی زنجانی؛ (۲ جلدی) چاپخانه قم، قم، ۱۳۷۰ و ۱۳۷۴ ق.

۴۹۴. کمال الدین و تمام النعمة؛ محمد بن علی ابن بابویه (شیخ صدوق)؛ چاپ دوم؛ تصحیح علی اکبر غفاری، (۲ جلدی) انتشارات اسلامی، تهران، ۱۳۹۵ ق.

۴۹۵. کنز الدقائق و بحر الغرائب؛ محمد مشهدی؛ تحقیق حسین درگاهای، (۱۴ جلدی) مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ۱۳۶۸ ش.

۴۹۶. کنز العرفان في فقه القرآن؛ مقداً بن عبدالله سیوری (فاضل مقداد)؛ (۲ جلدی) انتشارات مرتضوی، قم، ۱۴۲۵ ق.

۴۹۷. کنز الفوائد في حلّ مشکلات القواعد؛ سید عبدالمقطلب بن محمد ارجی حلی (عمیدی)؛ تحقیق محیی الدین واعظی و دیگران، (۳ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۶ ق.

۴۹۸. کنی الشعراء و من غلبت کتبه علی اسمه؛ محمد بن حبیب بغدادی؛ تحقیق سید کسروی حسن، چاپ شده ضمن «أسماء المغتالین من الأشراف في الجاهلیة و الإسلام» (۱ جلدی) دار الکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۲۲ ق.

۴۹۹. لباب التأویل في معانی التنزیل؛ علی بن محمد شیحی (علاء الدین خازن)؛ تصحیح عبد السلام محمد علی شاهین، (۴ جلدی) دار الکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۵ ق.

۵۰۰. اللباب في تهذیب الأنساب؛ علی بن محمد ابن اثیر جزیری؛ چاپ سوم؛ (۳ جلدی) دار صادر، بیروت، ۱۴۱۴ ق.

۵۰۱. لسان العرب؛ محمد بن مکرم ابن منظور؛ چاپ سوم؛ تحقیق احمد فارس صاحب الجوانب، (۱۵ جلدی) دار الفکر و دار صادر، بیروت، ۱۴۱۴ ق.

۵۰۲. لسان المیزان؛ احمد بن علی ابن حجر عسقلانی؛ تحقیق عبد الفتاح ابوعقده، (۱۰ جلدی) دار البشائر الإسلامیه، بیروت، ۲۰۰۲ م.

۵۰۳. لغت نامه دهخدا؛ علی اکبر دهخدا؛ چاپ دوم از دوره جدید؛ (۱۶ جلدی) انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۷ ش.

۵۰۴. اللّمة الدمشقیة في فقه الإمامیة؛ محمد ابن مکی عاملی (شهید اول)؛ تحقیق محمد تقی مروارید و علی اصغر مروارید، (۱ جلدی) دار التراث و الدار الإسلامیه، بیروت، ۱۴۱۰ ق.

۵۰۵. لوامع الأسرار في شرح مطالع الأنوار؛ محمد بن محمد رازی (قطب الدین رازی)؛ چاپ قدیم؛ (۱ جلدی) انتشارات کتبی نجفی، قم، [بی تا].

۵۰۶. لوامع صاحبقرانی؛ محمّد تقی مجلسی (مجلسی اول)؛ چاپ دوم؛ (۸ جلدی) مؤتسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۱۴۱۴ ق.
۵۰۷. اللهوف علی قتلی الطفوف؛ سیّد علی بن موسی ابن طاووس حلّی؛ همراه با ترجمه فارسی به دست سیّد احمد فهری زنجانی با عنوان «آهی سوزان بر مزار شهیدان» (۱ جلدی) انتشارات جهان، تهران، ۱۳۴۸ ش.
۵۰۸. مبای الوصول إلى علم الأصول؛ حسن بن یوسف حلّی (علامه حلّی)؛ (۱ جلدی) چاپخانه علمیه، قم، ۱۴۰۴ ق.
۵۰۹. مبانی الأحکام فی أصول شراعی الإسلام؛ مرتضی حائری یزدی؛ تحقیق محمّد حسین امرالّهی یزدی، (۳ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۴ ق.
۵۱۰. المبسوط فی فقه الإمامیه؛ محمّد بن حسن طوسی؛ چاپ سوم؛ تحقیق سیّد محمّد تقی کشفی، (۸ جلدی) انتشارات مرتضوی، تهران، ۱۳۸۷ ق.
۵۱۱. المبسوط؛ محمّد بن احمد سرخسی؛ (۳۱ جلدی) دار المعرفه، بیروت، ۱۴۱۴ ق.
۵۱۲. مبلغ النظر فی حکم قاصد الأربعة من مسائل السفر؛ سیّد محمّد مهدی طباطبایی بحر العلوم؛ چاپ شده در «مفتاح الکرامه»، ج ۱۰، ص ۳۴۵-۴۳۵، مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۳ ق.
۵۱۳. متشابه القرآن و مختلفه؛ محمّد بن علی بن شهر آشوب مازندرانی؛ تحقیق حسن مصطفوی، (۲ جلدی) انتشارات بیدار، قم، ۱۳۶۹ ق.
۵۱۴. المتعه؛ محمّد بن محمّد بن نعمان (شیخ مفید)؛ چاپ شده در جلد ششم «مستفیات الشیخ المفید»، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ۱۴۱۳ ق.
۵۱۵. مثنوی معنوی؛ محمّد بن محمّد بلخی (مولوی)؛ تحقیق رینولد الین نیکلسون، انتشارات هرمس، تهران، ۱۳۸۲ ش.
۵۱۶. المعجازات النبویه؛ محمّد بن حسین علم الهدی (سیّد رضی)؛ تصحیح مهدی هوشمند، (۱ جلدی) مؤتسسه علمی فرهنگی دار الحدیث، قم، ۱۴۲۲ ق.
۵۱۷. المجدي فی أنساب الطالبین؛ علی بن محمّد علوی؛ تحقیق احمد مهدوی دامغانی، (۱ جلدی) انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۲۲ ق.
۵۱۸. المجروحین من المحدثین و الضعفاء و المتروکین؛ محمّد بن حبّان بسّی؛ تحقیق محمود ابراهیم زاید، (۳ جلدی) دار الوعی، حلب، ۱۳۹۶ ق.
۵۱۹. مجمع الآداب فی معجم الألقاب؛ عبدالرزاق بن احمد شیبانی (ابن فوطی)؛ تحقیق

محمد کاظم، (۵ جلدی) مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ۱۴۱۶ ق.

۵۲۰. مجمع البحرين؛ فخرالدین طریحی؛ چاپ سوم؛ تحقیق سید احمد حسینی، (۶ جلدی) انتشارات مرتضوی، تهران، ۱۴۱۶ ق.

۵۲۱. مجمع البیان فی تفسیر القرآن؛ فضل بن حسن طبرسی (امین الإسلام طبرسی)؛ چاپ سوم؛ (۱۰ جلدی) انتشارات ناصر خسرو، تهران، ۱۳۷۲ ش.

۵۲۲. مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان؛ احمد بن محمد اردبیلی (محقق اردبیلی)؛ تحقیق مجتبی عراقی و علی پناه اشتهااردی و حسین یزدی اصفهانی، (۱۴ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۳ ق.

۵۲۳. مجمع الفصحاء؛ رضاقلی هدایت؛ چاپ دوم؛ تصحیح مظاهر مصفا، (۲ جلدی) انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۸۲ ش.

۵۲۴. مجمل اللغة؛ احمد بن فارس قزوینی رازی؛ چاپ دوم؛ تحقیق زهیر عبدالمحسن سلطان، مؤسسه الرسالة، بیروت، ۱۴۰۶ ق.

۵۲۵. المجموع شرح المهدّب (مع تكملة السبكي و المطبعي)؛ یحیی بن شرف نووی؛ (۲۰ جلدی) دار الفکر، بیروت، [بی تا].

۵۲۶. مجموعه فتاوی ابن الجنید؛ محمد بن احمد اسکافی (ابن جنید اسکافی)؛ گردآوری و تحقیق علی پناه اشتهااردی، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۶ ق.

۵۲۷. مجموعه آثار شهید مطهری؛ مرتضی مطهری؛ چاپ هشتم؛ (۳۰ جلدی) انتشارات صدرا، قم، ۱۳۷۲ ش.

۵۲۸. المحاسن والأضداد؛ عمرو بن بحر کنانی (جاحظ)؛ تحقیق علی بوملحم، (۱ جلدی) دار و مكتبة الهلال، بیروت ۲۰۰۲ م.

۵۲۹. المحاسن؛ احمد بن محمد برقی؛ چاپ دوم؛ تصحیح میرجلال الدین حسینی محدث، (۲ جلدی) انتشارات اسلامی، قم، ۱۳۷۱ ق.

۵۳۰. المحاضرات (مباحث أصول الفقه)؛ سید محمد محقق داماد؛ تقریر سید جلال الدین طاهری اصفهانی، (۳ جلدی) انتشارات مبارک، اصفهان، ۱۳۸۲ ش.

۵۳۱. محاضرات فی أصول الفقه؛ سید ابوالقاسم خویی؛ تقریر محمد اسحاق فیاض، (۴ جلدی) مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی (ره)، قم، ۱۴۲۲ ق.

۵۳۲. محاضرات فی فقه الإمامیة (صلاة المسافر و قاعدتي الصحة و الید)؛ سید محمد هادی

حسینی میلانی؛ تحقیق سیدفاضل حسینی میلانی، (۱ جلدی) مؤسسه نشر دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ۱۳۹۵ ق.

۵۳۳. محاضرات في فقه الإمامية (کتاب الخمس)؛ سید محمدهادی حسینی میلانی؛ تحقیق سیدفاضل حسینی میلانی، (۱ جلدی) مؤسسه نشر دانشگاه فردوسی مشهد، مشهد، ۱۳۹۵ ق.

۵۳۴. محجة العلماء؛ محمدهادی تهرانی؛ چاپ سنگی؛ تصحیح عبدالحسین خوشنویس اصفهانی، (۲ جلدی) [بی نا]، تهران، ۱۳۲۰ ق.

۵۳۵. المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز؛ عبدالحق بن غالب محاربی (ابن عطیة اندلسی)؛ تحقیق عبدالسلام عبدالشافی محمد، (۶ جلدی) دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۲۲ ق.

۵۳۶. المحصول في علم الأصول؛ محمد بن عمر رازی (فخر رازی)؛ چاپ سوم؛ تحقیق طه جابر فیاض علوانی، (۶ جلدی) مؤسسه الرسالة، بیروت، ۱۴۱۸ ق.

۵۳۷. المحکم و المحيط الأعظم؛ علی بن اسماعیل ابن سیده؛ تحقیق عبدالحمید هنداوی، (۱۱ جلدی) دار الکتب العلمیة، بیروت، [بی تا].

۵۳۸. المحلی بالاثار؛ علی بن احمد ابن حزم اندلسی؛ تحقیق عبدالغفار سلیمان بنداری، (۱۲ جلدی) دار الفکر، بیروت، [بی تا].

۵۳۹. المحيط البرهاني في الفقه النعماني؛ محمود بن احمد ابن مازة بخاری؛ تحقیق عبدالکریم سامی جندی، (۹ جلدی) دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۲۴ ق.

۵۴۰. المحيط في اللغة؛ اسماعیل ابن عباد (صاحب بن عباد)؛ تحقیق محمدحسن آل یاسین، (۱۱ جلدی) عالم الکتب، بیروت، ۱۴۱۴ ق.

۵۴۱. مختصر البصائر؛ حسن بن سلیمان حلی؛ (مختصر «بصائر الدرجات سعد بن عبدالله اشعری قمی»)؛ تحقیق مشتاق مظفر، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۱ ق.

۵۴۲. المختصر الفقهي؛ محمد بن محمد تونسلی (ابن عرفه)؛ تحقیق حافظ عبدالرحمن محمد خیر، (۱۰ جلدی) مسجد و مرکز فاروق عمر بن خطاب، دبی، ۱۴۳۵ ق.

۵۴۳. مختصر المزني في فروع الشافعية؛ اسماعیل بن یحیی مزنی؛ تحقیق محمد عبدالقادر شاهین، (۱ جلدی) دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۹ ق.

۵۴۴. المختصر النافع في فقه الإمامية؛ جعفر بن حسن حلی (محقق حلی)؛ چاپ ششم؛ تحقیق محمد باقری و دیگران، (۱ جلدی) مؤسسه مطبوعات دینی، قم، ۱۴۱۸ ق.

۵۴۵. المختلطین؛ خليل بن کیکلدى دمشقى (ابوسعید علانى)؛ تحقيق رفعت فوزى عبدالمطلب و على عبدالباسط مزید، (۱ جلدی) مکتبه خانجی، قاهره، ۱۴۱۷ ق.
۵۴۶. مختلف الشیعة في أحكام الشریعة؛ حسن بن یوسف حلی (علامه حلی)؛ چاپ دوم؛ تحقیق سید محسن امینی و دیگران، (۹ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۳ ق.
۵۴۷. مدارک الأحکام في شرح شرائع الإسلام؛ سید محمد بن علی موسوی عاملی؛ (۸ جلدی) مؤسسه آل البيت علیه السلام، بیروت، ۱۴۱۱ ق.
۵۴۸. مدارک التنزیل و حقائق التأویل؛ عبدالله بن احمد نسفی؛ تحقیق مروان محمد الشعار، (۴ جلدی) دار الفنائس، بیروت، ۱۴۱۶ ق.
۵۴۹. مدخل «تفسیر علی بن ابراهیم قمی»؛ سید محمد جواد شبیری زنجانی؛ چاپ شده در «دانشنامه جهان اسلام»، ج ۷، ص ۷۰۰-۷۰۳، بنیاد دایرة المعارف اسلامی، تهران، ۱۳۸۲ ش.
۵۵۰. المدرّس الأفضّل فیما یرمز و یشار إليه فی المطوّل؛ محمد علی مدرّس افغانی؛ (۷ جلدی) دار الکتاب، قم، ۱۳۶۲ ش.
۵۵۱. المدوّنة الکبری؛ مالک بن انس اصبحی؛ (۴ جلدی) دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۵ ق.
۵۵۲. المراجعات؛ سید عبدالحسین شرف الدین عاملی؛ چاپ دوم؛ تحقیق حسین راضی، (۱ جلدی) مجمع جهانی اهل بیت علیه السلام، قم، ۱۴۲۶ ق.
۵۵۳. المراسم العلویة و الأحکام النبویة؛ حمزة بن عبد العزیز سلار دیلمی؛ تحقیق محمود بستانی، (۱ جلدی) انتشارات حرمین، قم، ۱۴۰۴ ق.
۵۵۴. مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول علیه السلام؛ محمد باقر مجلسی (علامه مجلسی)؛ چاپ دوم؛ تحقیق سید هاشم رسولی محلاتی، (۲۶ جلدی) انتشارات اسلامیة، تهران، ۱۴۰۴ ق.
۵۵۵. المزار الکبیر؛ محمد بن جعفر مشهدی حائری؛ تحقیق جواد قتیومی اصفهانی، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۹ ق.
۵۵۶. المزار؛ محمد بن مکی عاملی (شهید اول)؛ (۱ جلدی) مدرسه امام مهدی (عج)، قم، ۱۴۱۰ ق.
۵۵۷. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ زين الدين بن علي عاملی (شهید ثانی)؛ (۱۵ جلدی) مؤسسه معارف اسلامی، قم، ۱۴۱۳ ق.
۵۵۸. مسالك الأفهام إلى آیات الأحکام؛ جواد بن سعد کاظمی (فاضل جواد)؛ (۴ جلدی) انتشارات مرتضوی، تهران، ۱۳۸۹ ق.

۵۵۹. المسائل السروية؛ محمد بن محمد بن نعمان (شيخ مفيد)؛ تحقيق صائب عبد الحميد، (۱ جلدی) کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ۱۴۱۳ ق.
۵۶۰. المسائل الصاغائية؛ محمد بن محمد بن نعمان (شيخ مفيد)؛ چاپ شده در جلد سوم «مستفادات الشيخ المفيد»، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ۱۴۱۳ ق.
۵۶۱. المسائل الطوسية؛ محمد بن محمد بن نعمان (شيخ مفيد)؛ چاپ شده در جلد سوم «مستفادات الشيخ المفيد»، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، ۱۴۱۳ ق.
۵۶۲. المسائل الناصرية؛ علی بن حسین علم الهدی (سید مرتضی)؛ تحقيق مركز مطالعات و تحقیقات علمی مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی، (۱ جلدی) سازمان فرهنگ و ارتباطات اسلامی، تهران، ۱۴۱۷ ق.
۵۶۳. مسائل علي بن جعفر و مستدرکاتها؛ علی بن جعفر عریضی؛ (۱ جلدی) مؤسسه آل البيت علیه السلام، قم، ۱۴۰۹ ق.
۵۶۴. مسائل و رسائل في حل غوامض المسائل؛ احمد بن محمد مهدی نراقی؛ گردآوری محمد میمه ای جوشقانی، (۲ جلدی) کنگره بزرگداشت نراقی، قم، ۱۴۲۲ ق.
۵۶۵. مستدرکات أعيان الشيعة؛ سید حسن امین؛ (۷ جلدی) دار التعارف للمطبوعات، بیروت، ۱۴۰۸ ق.
۵۶۶. مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل؛ حسین نوری (محدث نوری)؛ (۳۰ جلدی) مؤسسه آل البيت علیه السلام، قم، ۱۴۰۸ ق.
۵۶۷. المستدرک علی الصحیحین؛ محمد بن عبدالله نیشابوری (حاکم نیشابوری)؛ تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، (۴ جلدی) دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۱ ق.
۵۶۸. المسترشد في إمامة أمير المؤمنين علي بن أبي طالب علیه السلام؛ محمد بن جریر بن رستم طبری کبیر؛ تحقيق احمد محمودی، (۱ جلدی) بنیاد فرهنگ اسلامی حاج محمد حسین کوشان پور، قم، ۱۴۱۵ ق.
۵۶۹. المستصفي من علم الأصول؛ محمد بن محمد غزالی (ابوحامد غزالی)؛ تحقيق محمد عبدالسلام عبدالشافی، (۱ جلدی) دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۱۳ ق.
۵۷۰. مستمسک العروة الوثقی؛ سید محسن طباطبائی حکیم؛ (۱۴ جلدی) مؤسسه دار التفسیر، قم، افست از نسخه ۱۳۸۸ ق.
۵۷۱. مستند الشيعة في أحكام الشريعة؛ احمد بن محمد مهدی نراقی؛ (۱۹ جلدی) مؤسسه آل البيت علیه السلام، قم، ۱۴۱۵ ق.
۵۷۲. مسند الإمام أحمد بن حنبل؛ احمد بن حنبل شیبانی؛ تحقيق شعيب الأرنؤوط و

- دیگران، (۵۰ جلدی) مؤتسسه الرساله، بیروت، ۱۴۲۱ ق.
۵۷۳. مسند الدارمی؛ عبدالله بن عبدالرحمن دارمی؛ تحقیق حسین سلیم اسد، (۴ جلدی) دارالمغنی، ریاض، ۱۴۲۱ ق.
۵۷۴. المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ = صحيح مسلم.
۵۷۵. مشاهیر علماء الأمصار و أعلام فقهاء الأقطار؛ محمّد بن حنّان بستی؛ تحقیق مرزوق علی ابراهیم، (۱ جلدی) دار الوفاء، منصوره، ۱۴۱۱ ق.
۵۷۶. مشرق الشمسين و إكسیر السعادتین (مع تعليقات الخواجهنّی)؛ محمّد بن حسین عاملی (شیخ بهائی)؛ چاپ دوم: تحقیق سیّد مهدی رجایی، (۱ جلدی) بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی، مشهد، ۱۴۱۴ ق.
۵۷۷. مشکاة الأنوار في غرر الأخبار؛ علی بن حسن طبرسی؛ چاپ دوم: (۱ جلدی) انتشارات حیدریّه، نجف، ۱۳۸۵ ق.
۵۷۸. مصابيح الظلام في شرح مفاتيح الشرائع؛ محمّد باقر وحید بهبهانی؛ (۱۱ جلدی) مؤتسسه علامه مجتّد وحید بهبهانی، قم، ۱۴۲۴ ق.
۵۷۹. مصباح الأصول (مباحث الألفاظ)؛ سیّد ابوالقاسم خویی؛ تقریر سیّد محمّد سرور واعظ حسینی بهسودی، تحقیق جواد قیومی اصفهانی، (۲ جلدی) انتشارات داورى، قم، ۱۴۲۲ ق.
۵۸۰. مصباح الأصول؛ سیّد ابوالقاسم خویی؛ تقریر سیّد محمّد سرور واعظ حسینی بهسودی، (۲ جلدی) مؤتسسه إحياء آثار الإمام الخوئيّ (ره)، قم، ۱۴۲۲ ق.
۵۸۱. مصباح الشريعة و مفتاح الحقيقة؛ منسوب به امام جعفر صادق علیّه السلام؛ (۱ جلدی) مؤتسسه مطبوعاتی اعلمی، بیروت، ۱۴۰۰ ق.
۵۸۲. مصباح الفقاهة؛ سیّد ابوالقاسم خویی؛ تقریر محمّد علی توحیدی تبریزی، (۷ جلدی) انتشارات داورى، قم، ۱۳۷۷ ش.
۵۸۳. مصباح الفقيه؛ رضا همدانی؛ تحقیق محمّد باقری و دیگران، (۱۶ جلدی) مؤتسسه جعفریّه و دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۶ ق.
۵۸۴. مصباح المتهجد؛ محمّد بن حسن طوسی؛ تحقیق علی اصغر مروارید و ابوذر بیدار، (۲ جلدی) مؤتسسه فقه شیعہ، بیروت، ۱۴۱۱ ق.
۵۸۵. المصباح المنیر في غریب الشرح الكبير للرافعي؛ احمد بن محمّد قیومی؛ چاپ دوم: انتشارات هجرت، قم، [بی تا].

۵۸۶. مصباح الوسائل في مطالب الرسائل؛ سيد محمد بن عبد الكريم موسوی تبریزی؛ (۱ جلدی) چاپخانه علمیه، تبریز، ۱۳۴۳ ق.
۵۸۷. المصنّف؛ عبدالرزاق بن همام صنعانی؛ چاپ دوم: تحقیق حبیب رحمان اعظمی، (۱۱ جلدی) انتشارات مجلس علمی، گجرات، ۱۴۰۳ ق.
۵۸۸. المصنّف؛ عبدالله بن محمد عبسی (ابن ابی شیبہ)؛ تحقیق کمال یوسف حوت، (۷ جلدی) مکتبه الرشد، ریاض، ۱۴۰۹ ق.
۵۸۹. مطروح الأنظار؛ مرتضی انصاری؛ چاپ دوم: تقریر ابوالقاسم کلانتری، (۴ جلدی) مجمع الفكر الإسلامي، قم، ۱۳۸۳ ش.
۵۹۰. المطول؛ مسعود بن عمر تفتازانی؛ چاپ چهارم: (۱ جلدی) انتشارات کتاب فروشی داورى، قم، [بی تا].
۵۹۱. معارج الأصول؛ جعفر بن حسن حلّی (محقّق حلّی)؛ تحقیق سید محمد حسین رضوی کشمیری، (۱ جلدی) مؤسسه امام علی علیه السلام، لندن، ۱۴۲۳ ق.
۵۹۲. معالم الدين في فقه آل ياسين؛ محمد بن شجاع قطان حلّی؛ تحقیق ابراهیم بهادری، (۲ جلدی) مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، ۱۴۲۴ ق.
۵۹۳. معالم الدين و ملاذ المجتهدين (قسم الأصول)؛ حسن بن زین الدین عاملی (پسر شهید ثانی)؛ تصحیح علی محمدی، (۱ جلدی) انتشارات قدس، قم، ۱۳۷۶ ش.
۵۹۴. معالم الدين و ملاذ المجتهدين (قسم الأصول)؛ حسن بن زین الدین عاملی (پسر شهید ثانی)؛ چاپ نهم: (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، [بی تا].
۵۹۵. معالم الدين و ملاذ المجتهدين (قسم الفقه)؛ حسن بن زین الدین عاملی (پسر شهید ثانی)؛ تصحیح سید منذر حکیم، (۲ جلدی) انتشارات مؤسسه فقه، قم، ۱۴۱۸ ق.
۵۹۶. معاني الأخبار؛ محمد بن علی ابن بابویه (شیخ صدوق)؛ (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۳ ق.
۵۹۷. معاني القرآن وإعراجه؛ ابراهیم بن محمد زجاج؛ تحقیق عبدالجلیل عبده شلبی، (۵ جلدی) عالم الكتب، بیروت، ۱۴۰۸ ق.
۵۹۸. معاني القرآن؛ احمد بن محمد ابن نحاس؛ تحقیق محمد علی صابونی، (۶ جلدی) دانشگاه امّ القرى، مکه، ۱۴۰۹ ق.
۵۹۹. معاني القرآن؛ یحیی بن زیاد دلمی (فراء)؛ چاپ دوم: تحقیق محمد علی نجار و احمد یوسف نجاتی، (۳ جلدی) الهيئة المصرية العامة للكتاب، قاهره، ۱۹۸۰ م.

۶۰۰. المعتمد في شرح المختصر؛ جعفر بن حسن حلي (محقق حلي)؛ تحقيق محمد علي حيدري و ديگران، (۲ جلدی) انتشارات مؤسسه سيّد الشهداء عليه السلام، قم، ۱۴۰۷ ق.
۶۰۱. معتمد الشيعة في أحكام الشريعة؛ محمد محسن فيض كاشاني؛ تحقيق مسيح توحيدى، (۳ جلدی) مدرسه عالي شهيد مطهرى، تهران، ۱۴۲۹ ق.
۶۰۲. المعتمد في شرح المناسك؛ سيّد ابوالقاسم خويى؛ تقرير سيّد رضا موسوى خلخالى، (۳ جلدی) انتشارات مدرسه دار العلم، قم، ۱۴۱۰ ق.
۶۰۳. معجز أحمد (شرح ديوان المتنبي)؛ احمد بن عبدالله تنوخى (ابوالعلاء معرى)؛ (۱ جلدی) موجود در نرم افزار المكتبة الشاملة، [بى نا]، [بى جا]، [بى تا].
۶۰۴. معجم الأدباء = إرشاد الأريب إلى معرفة الأديب.
۶۰۵. معجم البلدان؛ ياقوت بن عبدالله حموى؛ چاپ دوم؛ (۷ جلدی) دار صادر، بيروت، ۱۹۹۵ م.
۶۰۶. معجم الصحابة؛ عبدالباقى بن قانع بغدادى؛ تحقيق خليل ابراهيم قوتلى، (۱۵ جلدی) دار الفكر، بيروت، ۱۴۲۴ ق.
۶۰۷. معجم أعلام الشيعة؛ سيّد عبدالعزيز طباطبايى؛ (۱ جلدی) مؤسسه آل البيت عليه السلام، قم، ۱۴۱۷ ق.
۶۰۸. معجم رجال الحديث و تفصيل طبقات الرواة؛ سيّد ابوالقاسم خويى؛ (۲۴ جلدی) [بى نا]، [بى جا]، ۱۳۷۲ ش.
۶۰۹. معجم مقاييس اللغة؛ احمد بن فارس قزوینى رازى؛ تحقيق عبدالسلام محمد هارون، (۶ جلدی) مركز چاپ و نشر دفتر تبليغات اسلامى حوزه علميه قم، قم، ۱۴۰۴ ق.
۶۱۰. معرفة السنن والآثار؛ احمد بن حسين بيهقى؛ تحقيق عبدالمعطى امين قلعبجى، (۱۵ جلدی) دار الأقصی، كراچى، ۱۴۱۲ ق.
۶۱۱. معرفة الصحابة؛ احمد بن عبدالله اصفهاني (ابونعيم اصفهاني)؛ تحقيق مسعد عبدالحميد سعدنى و محمد حسن محمد حسن اسماعيل، (۵ جلدی) دار الكتب العلميه، بيروت، ۱۴۲۲ ق.
۶۱۲. المعرفة و التاريخ؛ يعقوب بن سفيان فسوى؛ چاپ دوم؛ تحقيق اكرم ضياء عمري، (۳ جلدی) مؤسسه الرساله، بيروت، ۱۴۰۱ ق.
۶۱۳. المغرب في ترتيب المعرب؛ ناصرالدين مطرزي؛ تحقيق عبدالحميد مختار و محمود فاخوري، (۲ جلدی) مكتبة أسامة بن زيد، حلب، [بى تا].
۶۱۴. مغني اللبيب عن كتب الأعاريب؛ عبدالله بن يوسف ابن هشام انصارى؛ چاپ چهارم؛ تحقيق محمد محيى الدين عبدالحميد، (۲ جلدی) انتشارات كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى، قم، [بى تا].

۶۱۵. المغنی؛ عبدالله بن احمد ابن قدامة؛ (۱۰ جلدی) مكتبة القاهرة، قاهره، ۱۳۸۸ ق.
۶۱۶. مفاتیح الشرائع؛ محمّد محسن فیض کاشانی؛ (۳ جلدی) انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، [بی تا].
۶۱۷. مفتاح السعادة ومصباح السيادة؛ احمد بن مصطفى طاش کبری زاده؛ (۳ جلدی) دار الكتب العلمیة، بیروت، ۱۴۲۲ ق.
۶۱۸. مفتاح الکرامة في شرح قواعد العلامة؛ سیّد محمد جواد حسینی عاملی؛ تحقیق محمّد باقر خالصی، (۲۳ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۹ ق.
۶۱۹. مفتاح الکرامة في شرح قواعد العلامة؛ سیّد محمد جواد حسینی عاملی؛ چاپ قدیم؛ (۱۱ جلدی) دار احیاء التراث العربی، بیروت، [بی تا].
۶۲۰. مفردات ألفاظ القرآن؛ حسین بن محمّد راغب اصفهانی؛ تحقیق صفوان عدنان داوودی، (۱ جلدی) دار العلم، بیروت، ۱۴۱۲ ق.
۶۲۱. مفید العلوم ومید الهموم؛ محمّد بن عباس خوارزمی؛ تحقیق عبدالله بن ابراهیم انصاری، (۱ جلدی) المكتبة العصرية، بیروت، ۱۴۱۸ ق.
۶۲۲. مقابس الأنوار ونفائس الأسرار في أحكام النبي المختار و عترته الأطهار ﷺ؛ اسدالله کاظمی تستری؛ (۱ جلدی) مؤتسسه آل البيت ﷺ، قم، افست از نسخه قدیمی.
۶۲۳. مقاتل الطالبيين؛ علی بن حسین اصفهانی (ابوالفرج اصفهانی)؛ چاپ سوم؛ تحقیق سیّد احمد صقر، (۱ جلدی) مؤتسسه مطبوعاتی اعلمی، بیروت، ۱۴۱۹ ق.
۶۲۴. المقاصد العلیة في شرح الرسالة الألفیة؛ زین الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)؛ (۱ جلدی) مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۰ ق.
۶۲۵. مقالات الإسلامیین و اختلاف المصلّین؛ علی بن اسماعیل اشعری؛ چاپ سوم؛ تصحیح هلموت ریتز، (۱ جلدی) انتشارات فرانز شتاينر، ویسبادن، ۱۴۰۰ ق.
۶۲۶. مقالات الأصول؛ ضیاء الدین عراقی؛ (۲ جلدی) مجمع الفكر الإسلامی، قم، ۱۴۲۰ ق.
۶۲۷. مقالة «التعليقات الحسينية على الحواشي الحسينية (القسم الأول)»؛ سیّد محمّد جواد شبیری زنجانی؛ چاپ شده در «دوفصلنامه کتاب شیعه»، ش ۱۷ و ۱۸، ص ۳۹-۶۵، انتشارات مؤتسسه کتاب شناسی شیعه، قم، بهار تا زمستان ۱۳۹۷ ش.
۶۲۸. مقالة «أحسن الفوائد في أحوال المساعدين»؛ سیّد محمّد جواد شبیری زنجانی؛ چاپ شده در فصلنامه «تراثنا»، ش ۵۳-۵۴، ص ۱۸۰-۲۴۰، مؤتسسه آل البيت ﷺ، قم، ۱۴۱۹ ق.
۶۲۹. مقالة «نوادير احمد بن محمد بن عيسى يا كتاب حسين بن سعيد؟»؛ سیّد محمّد جواد

شبییری زنجانى؛ چاپ شده در دو ماهنامه «آینه پژوهش»، ش ۴۶، ص ۲۳-۲۶، دفتر تبلیغات اسلامى حوزه علمیه قم، قم، مهر و آبان ۱۳۷۶ ش.

۶۳۰. مقياس الهداية في علم الدراية؛ عبدالله مامقانى؛ تحقيق محمدرضا مامقانى، (۲ جلدی) انتشارات دليل ما، قم، ۱۴۲۸ ق.

۶۳۱. المختصر من شرح المختصر؛ احمد بن محمد حلى (ابن فهد حلى)؛ تحقيق سيدمهدى رجائى، (۱ جلدی) بنياد پژوهش هاى اسلامى آستان قدس رضوى، مشهد، ۱۴۱۰ ق.

۶۳۲. مقدّمه الأدب؛ محمود بن عمر زمخشرى؛ (۱ جلدی) مؤسسه مطالعات اسلامى دانشگاه تهران-دانشگاه مگگيل، تهران، ۱۳۸۶ ش.

۶۳۳. المقنع؛ محمد بن على ابن بابويه (شيخ صدوق)؛ (۱ جلدی) مؤسسه امام هادى عليه السلام، قم، ۱۴۱۵ ق.

۶۳۴. المقنعة؛ محمد بن محمد بن نعمان (شيخ مفيد)؛ (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرّسين حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۱۰ ق.

۶۳۵. مكارم الأخلاق؛ حسن بن فضل طبرسى؛ چاپ چهارم؛ (۱ جلدی) انتشارات شريف رضى، قم، ۱۴۱۲ ق.

۶۳۶. المكاسب المحرّمة؛ سيدروح الله موسى (امام خمينى)؛ (۲ جلدی) مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى، تهران، ۱۴۱۵ ق.

۶۳۷. ملاذ الأخيار في فهم تهذيب الأخبار؛ محمدباقر مجلسى (علّامه مجلسى)؛ تحقيق سيدمهدى رجاى، (۱۶ جلدی) انتشارات كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى، قم، ۱۴۰۶ ق.

۶۳۸. الملل و النحل؛ عبدالقاهر بن طاهر بغدادى؛ چاپ سوم؛ تحقيق بير نصرى، (۱ جلدی) دار المشرق، بيروت ۱۹۹۲ م.

۶۳۹. الملل و النحل؛ محمد بن عبدالكريم شهرستانى؛ تحقيق امير على مهنا و على حسن فاعور، (۲ جلدی) انتشارات دار المعرفة، بيروت، [بى تا].

۶۴۰. مناظرات شيخ الشريعة الإصفهاني مع السيد محمود شكري الأكويسي؛ فتح الله نمازى و سيد محمود شكري آلوسى؛ (۱ جلدی) مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم، ۱۳۹۷ ش.

۶۴۱. مناقب آل أبي طالب عليه السلام؛ محمد بن على بن شهر آشوب مازندراني؛ (۴ جلدی) انتشارات علّامه، قم، ۱۳۷۹ ق.

۶۴۲. المناهل؛ سيد محمد طباطبايى (سيد مجاهد)؛ (۱ جلدی) مؤسسه آل البيت عليه السلام، قم، افست از نسخه قديمى.

۶۴۳. منتخب من سياق تاريخ نيسابور؛ ابراهيم بن محمد صريفينى؛ تلخيصى از كتاب

«السياق لتاریخ نیسابور» نگاشته عبدالغافر بن اسماعیل فارسی، تحقیق محمداکاظم محمودی، (۱ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۳۶۲ ش.

۶۴۴. متقی الأصول؛ سید محمد حسینی روحانی؛ تقریر سید عبدالصاحب حکیم، (۷ جلدی) انتشارات دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی، قم، ۱۴۱۳ ق.

۶۴۵. متقی الجمان فی الأحادیث الصحاح و الحسن؛ حسن بن زین الدین عاملی (پسر شهید ثانی)؛ تصحیح علی اکبر غفاری، (۳ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۳۶۲ ش.

۶۴۶. منتهی الأصول؛ سید حسن بجنوردی؛ (۲ جلدی) مؤسسه عروج، تهران، ۱۴۲۱ ق.

۶۴۷. منتهی المطلب فی تحقیق المذهب؛ حسن بن یوسف حلی (علامه حلی)؛ (۱۵ جلدی) بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی، مشهد، ۱۴۱۲ ق.

۶۴۸. منتهی المقال فی أحوال الرجال؛ محمد بن اسماعیل مازندرانی (ابوعلی حائری)؛ (۷ جلدی) مؤسسه آل البيت علیه السلام، قم، ۱۴۱۶ ق.

۶۴۹. منهج الأصول لاستنباط أحكام آل الرسول علیه السلام؛ ضیاء الدین عراقی؛ تقریر محمدابراهیم کرباسی، (۵ جلدی) دار البلاغة، بیروت، ۱۴۱۱ ق.

۶۵۰. منهج الصالحین؛ سید ابوالقاسم خویی؛ چاپ بیست و هشتم؛ (۲ جلدی) نشر مدینه العلم، قم، ۱۴۱۰ ق.

۶۵۱. منهج الکرامة فی معرفة الإمامة؛ حسن بن یوسف حلی (علامه حلی)؛ (۱ جلدی) انتشارات مؤسسه عاشورا، مشهد، ۱۳۷۹ ش.

۶۵۲. منهج المقال فی تحقیق أحوال الرجال؛ محمد بن علی استرآبادی؛ (۷ جلدی) مؤسسه آل البيت علیه السلام، قم، ۱۴۲۲ ق.

۶۵۳. منية الطالب فی حاشية المكاسب؛ محمد حسین نایینی (محقق نایینی)؛ تقریر موسی نجفی خوانساری، (۲ جلدی) کتاب فروشی محمّدیّه، تهران، افست از نسخه ۱۳۵۸ ق.

۶۵۴. مورد الأنام فی شرح شرائع الإسلام؛ مهدی بن علی کاشف الغطاء؛ (۴ جلدی) مؤسسه کاشف الغطاء، نجف، [بی تا].

۶۵۵. موسوعة الإمام الخوئي؛ سید ابوالقاسم خویی؛ تقریر علی غروی و مرتضی بروجردی و دیگران، (۵۰ جلدی) مؤسسه احیاء آثار امام خویی، قم، ۱۴۱۸ ق.

۶۵۶. الموضوعات من الأحادیث المرفوعات؛ عبدالرحمن بن علی ابن جوزی (ابوالفرج ابن جوزی)؛ تحقیق عبدالرحمن محمد عثمان، (۳ جلدی) المكتبة السلفية، مدینه، ۱۹۶۶ م.

۶۵۷. الموطأ؛ مالک بن انس اصبحی؛ تحقیق محمد فؤاد عبدالباقي، (۱ جلدی) دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۶ ق.
۶۵۸. المهدب البارع في شرح المختصر النافع؛ احمد بن محمد حلی (ابن فهد حلی)؛ تحقیق مجتبی عراقی، (۵ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۷ ق.
۶۵۹. المهدب في فقه الإمام الشافعي؛ ابراهیم بن علی فیروزآبادی (ابواسحاق شیرازی)؛ تحقیق زکریّا عمیرات، (۳ جلدی) دار الکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۱۶ ق.
۶۶۰. المهدب؛ قاضی عبدالعزیز ابن بزّاج؛ (۲ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۶ ق.
۶۶۱. میزان الاعتدال في نقد الرجال؛ محمد بن احمد ذهبی؛ تحقیق علی محمد بجاوی، (۴ جلدی) دار المعرفة، بیروت، ۱۳۸۲ ق.
۶۶۲. المیزان في تفسير القرآن؛ سید محمد حسین طباطبائی؛ چاپ دوم؛ (۲۰ جلدی) مؤسسه مطبوعاتی اعلمی، بیروت، ۱۳۹۰ ق.
۶۶۳. نتائج الأفكار في الأصول؛ سید محمود حسینی شاهرودی؛ تقریر سید محمد جعفر جزائری مروج، (۶ جلدی) انتشارات آل مرتضی علیّه السلام، قم، ۱۳۸۵ ش.
۶۶۴. النجعة في شرح اللمعة؛ محمد تقی شوشتری؛ (۱۱ جلدی) کتاب فروشی صدوق، تهران، ۱۴۰۶ ق.
۶۶۵. النجم الناقب علی کافیة ابن الحاجب؛ صلاح بن علی بن محمد؛ تحقیق حسن نبغه محمد جمعه، (۲ جلدی) مؤسسه فرهنگي زید بن علی، صنعاء، [بی تا].
۶۶۶. نجم ثاقب در احوال امام غایب (علیه السلام)؛ حسین نوری (محدث نوری)؛ چاپ دهم؛ تحقیق صادق برزگر، (۲ جلدی) انتشارات مسجد مقدس جمکران، قم، ۱۳۸۴ ش.
۶۶۷. النحو الوافي؛ عباس حسن؛ چاپ دوم؛ (۴ جلدی) انتشارات ناصر خسرو، تهران، ۱۳۶۷ ش.
۶۶۸. النخبة في الحكمة العملية و الأحكام الشرعية؛ محمد محسن فیض کاشانی؛ تحقیق مهدی انصاری قمی، (۱ جلدی) مرکز چاپ و نشر سازمان تبلیغات اسلامی، تهران، ۱۴۱۸ ق.
۶۶۹. نزهة الناظر في الجمع بين الأشباه والنظائر؛ یحیی بن سعید حلی؛ (۱ جلدی) انتشارات رضی، قم، ۱۳۹۴ ق.
۶۷۰. نسب قریش؛ مصعب بن عبدالله زبیری؛ چاپ چهارم؛ تحقیق اواریسست لوی پروونسال، (۱ جلدی) دار المعارف، قاهره، ۱۹۹۹ م.

۶۷۱. نسب معدّ و اليمن الكبير؛ هشام بن محمد کلبی؛ تحقیق ناجی حسن، (۲ جلدی) عالم الكتب، بیروت، ۱۴۲۵ ق.
۶۷۲. نضد القواعد الفقهيّة على مذهب الإماميّة؛ مقداد بن عبدالله سيوري (فاضل مقداد)؛ تحقيق سيّد عبداللطيف حسيني كوه كمرى، (۱ جلدی) انتشارات كتابخانه آيت الله مرعشي نجفی، قم، ۱۴۰۳ ق.
۶۷۳. نقد الرجال؛ سيّد مصطفی تفرشي؛ (۵ جلدی) مؤتسسه آل البيت عليه السلام، قم، ۱۳۷۷ ش.
۶۷۴. نكت النهاية؛ جعفر بن حسن حليّ (محقّق حليّ)؛ تحقيق على مؤمن قمی و ديگران، چاپ شده ضمن «النهاية و نكتها» (۳ جلدی) دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرّسين حوزه علميّة قم، قم، ۱۴۱۲ ق.
۶۷۵. النكت في تفسير كتاب سيويه و تبين الخفي من لفظه و شرح آياته و غريبه؛ يوسف بن سليمان اعلم شنتمری؛ تحقيق يحيى مراد، (۱ جلدی) دار الكتب العلميّة، بيروت، ۱۴۲۵ ق.
۶۷۶. النوادر؛ [منسوب به] احمد بن محمد اشعري؛ (۱ جلدی) مدرسه امام مهدي (عج)، قم، ۱۴۰۸ ق.
۶۷۷. نهاية الأحكام في معرفة الأحكام؛ حسن بن يوسف حليّ (علامه حليّ)؛ (۲ جلدی) مؤتسسه آل البيت عليه السلام، قم، ۱۴۱۹ ق.
۶۷۸. نهاية الأصول؛ سيّد حسين بروجردی؛ تقرير حسين على منتظري، نشر تفكر، تهران، ۱۴۱۵ ق.
۶۷۹. نهاية الأفكار؛ ضياء الدين عراقی؛ چاپ سوم: تقرير محمدتقي بروجردی نجفی، (۴ جلدی) دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرّسين حوزه علميّة قم، قم، ۱۴۱۷ ق.
۶۸۰. نهاية التقرير في مباحث الصلاة؛ سيّد حسين بروجردی؛ چاپ سوم: تقرير محمد فاضل لنكراني، (۳ جلدی) مركز فقهی ائمّه اطهار عليه السلام، قم، ۱۴۲۰ ق.
۶۸۱. نهاية الدراية في شرح الكفاية؛ محمد حسين غروي اصفهاني (محقّق اصفهاني)؛ چاپ دوم: (۵ جلدی) مؤتسسه آل البيت عليه السلام، بيروت، ۱۴۲۸ ق.
۶۸۲. نهاية الدراية في شرح الكفاية؛ محمد حسين غروي اصفهاني (محقّق اصفهاني)؛ چاپ قديم: تحقيق مهدي احدى اميركلاني، (۳ جلدی) انتشارات سيّد الشهداء عليه السلام، قم، ۱۳۷۴ ش.
۶۸۳. نهاية المرام في شرح مختصر شرائع الإسلام؛ سيّد محمد بن علي موسوي عاملي؛ (۲ جلدی) دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرّسين حوزه علميّة قم، قم، ۱۴۱۱ ق.

۶۸۴. **نهاية المطلب في داية المذهب**؛ عبدالملك بن عبدالله جويني؛ تحقيق عبدالعظيم محمود ديب، (۲۰ جلدی) نشر دار المنهاج، جدّه، ۱۴۲۸ ق.

۶۸۵. **نهاية الوصول إلى علم الأصول**؛ حسن بن يوسف حلي (علّامه حلي)؛ تحقيق ابراهيم بهادري، (۵ جلدی) مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم، ۱۴۲۵ ق.

۶۸۶. **النهاية في غريب الحديث والأثر**؛ مبارك بن محمد ابن اثير جزري؛ چاپ چهارم: (۵ جلدی) مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۱۳۶۷ ش.

۶۸۷. **النهاية في معجز الفقه والفتاوى**؛ محمد بن حسن طوسی؛ چاپ دوم: (۱ جلدی) دار الكتاب العربي، بيروت، ۱۴۰۰ ق.

۶۸۸. **نهج البلاغة**؛ محمد بن حسين علم الهدی (سيد رضی)؛ تصحيح صبحی صالح، (۱ جلدی) انتشارات هجرت، قم، ۱۴۱۴ ق.

۶۸۹. **نهج البيان عن كشف معاني القرآن**؛ محمد بن حسن شيباني؛ تحقيق حسين درگاهی، (۵ جلدی) بنياد دايرة المعارف اسلامي، تهران، ۱۴۱۳ ق.

۶۹۰. **نهج الحق وكشف الصدق**؛ حسن بن يوسف حلي (علّامه حلي)؛ تصحيح عين الله حسني ارموي، (۱ جلدی) دار الكتاب اللبناني، بيروت، ۱۹۸۲ م.

۶۹۱. **نهج الفقاهة**؛ سيد محسن طباطبائي حكيم؛ (۱ جلدی) انتشارات ۲۲ بهمن، قم، [بی تا].

۶۹۲. **الوافية في أصول الفقه**؛ عبدالله تونی (فاضل تونی)؛ چاپ دوم: تحقيق سيد محمد حسين رضوي کشميري، (۱ جلدی) مجمع الفكر الإسلامي، قم، ۱۴۱۵ ق.

۶۹۳. **الوافي بالوفيات**؛ خليل بن ابيك صفدي؛ چاپ دوم: تحقيق هلموت ريترو ديگران، (۲۲ جلدی) انتشارات فرانز شتاينر، بيروت، ۱۴۰۱ ق.

۶۹۴. **الوافي**؛ محمد محسن فيض كاشاني؛ تحقيق ضياء الدين حسيني اصفهاني، (۲۶ جلدی) انتشارات كتابخانه عمومي امام امير المؤمنين علي عليه السلام، اصفهان، ۱۴۰۶ ق.

۶۹۵. **الوجيزة في الرجال**؛ محمد باقر مجلسي (علّامه مجلسي)؛ تحقيق محمد كاظم رحمان ستايش، برای همایش بزرگداشت علّامه مجلسي، (۱ جلدی) مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامي، تهران، ۱۴۲۰ ق.

۶۹۶. **وسائل الشيعة = تفصيل وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة**.

۶۹۷. **الوسيط في تفسير القرآن المجيد**؛ علي بن احمد واحدي؛ تحقيق عادل احمد عبدالموجود و علي محمد معوض و ديگران، (۴ جلدی) دار الكتب العلميّة، بيروت، ۱۴۱۵ ق.

۶۹۸. **وسيلة النجاة (مع تعليقات الإمام الخميني)**؛ سيد ابوالحسن اصفهاني؛ (۱ جلدی) مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني، قم، ۱۴۲۲ ق.

۶۹۹. وسیلة النجاة (مع تعالیک الگلپایگانی)؛ سید ابوالحسن اصفهانی؛ (۳ جلدی) چاپخانه مهر، قم، ۱۳۹۳ ق.
۷۰۰. الوسيلة إلى نيل الفضيلة؛ محمد بن علی بن حمزة طوسی؛ تحقیق محمد حسون، (۱ جلدی) انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۸ ق.
۷۰۱. وفيات الأعيان و أنباء أبناء الزمان؛ احمد بن محمد ابن خلکان؛ تحقیق احسان عباس، (۸ جلدی) دار الفكر، بیروت، [بی تا].
۷۰۲. وقایة الأذهان و الألباب و لباب أصول السنة و الكتاب؛ محمدرضا نجفی اصفهانی؛ (۱ جلدی) مؤسسه آل البيت علیه السلام، قم، ۱۴۱۳ ق.
۷۰۳. وقعة صفین؛ نصر بن مزاحم منقری؛ چاپ دوم؛ تحقیق عبدالسلام محمد هارون، (۱ جلدی) انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۴ ق.
۷۰۴. هداية الأمة إلى أحكام الأئمة علیهم السلام؛ محمد بن حسن حرّ عاملی؛ (۸ جلدی) بنیاد پژوهش های اسلامی آستان قدس رضوی، مشهد، ۱۴۱۴ ق.
۷۰۵. هداية الطالب إلى أسرار المكاسب؛ میرزا فتح شهیدی؛ (۳ جلدی) چاپخانه اطلاعات، تبریز، ۱۳۷۵ ق.
۷۰۶. هداية العباد؛ سید محمدرضا موسوی گلپایگانی؛ تحقیق علی کورانی و علی ثابتي و علی نیری، (۲ جلدی) انتشارات دار القرآن الکریم، قم، ۱۴۱۳ ق.
۷۰۷. الهداية الكبرى؛ حسين بن حمدان خصیصی؛ (۱ جلدی) انتشارات بلاغ، بیروت، ۱۴۱۹ ق.
۷۰۸. هداية المسترشدين في شرح أصول معالم الدين؛ محمدتقی بن محمد رحیم اصفهانی حائری؛ چاپ دوم؛ (۳ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۹ ق.
۷۰۹. الهداية إلى بلوغ النهاية؛ مکی بن ابی طالب حمّوش قیسی؛ تحقیق شاهد بوشیخی، (۱۳ جلدی) جامعة الشارقة، شارجه، ۱۴۲۹ ق.
۷۱۰. الهداية في الأصول والفروع؛ محمد بن علی ابن بابویه (شیخ صدوق)؛ (۴ جلدی) مؤسسه امام هادی علیه السلام، قم، ۱۴۱۸ ق.
۷۱۱. هدیه العارفين أسماء المؤلفين و آثار المصنفين؛ اسماعیل پاشا بغدادی؛ تصحیح محمدمهدی خراسان، (۲ جلدی) دار إحياء التراث العربي، بیروت، ۱۹۵۱ م.
۷۱۲. الهدی إلى الفرق بين الرجال و النساء؛ سید احمد حسینی زنجانى؛ (۱ جلدی) انتشارات مرکز فقهی امام محمد باقر علیه السلام، قم، ۱۴۴۰ ق.
۷۱۳. همع الهوامع في شرح جمع الجوامع؛ عبدالرحمن بن ابی بکر سیوطی؛ تحقیق احمد

عزّو عنایت و علی محمد مصطفی، (۳ جلدی) دار احیاء التراث العربی، بیروت، [بی تا].
 ۷۱۴. یتیمۃ الدهر فی محاسن أهل العصر: عبد الملك بن محمد ثعالبی: گردآوری ابراهیم
 شمس الدین، تحقیق مفید محمد قمیحه، (۶ جلدی) دار الکتب العلمیة، بیروت، ۱۴۲۰ ق.
 ۷۱۵. ینایع الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام؛ سید علی موسوی قزوینی: تحقیق سید علی
 علوی قزوینی، (۲ جلدی) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه
 قم، قم، ۱۴۲۴ ق.

کتابنامه این مجموعه را در صفحه اینترنتی زیر نیز می‌توانید مشاهده کنید:



فهرست تفصیلی

فهرست اجمالی

۵

بخش پانزدهم

حکم تزویج نابالغ و مجنون توسط پدر یا جد

۱۳	حکم تزویج نابالغ توسط پدر یا جد
۱۳	معنای «خیار» و «عقد خیاری» نزد قدماء و متأخرین
۱۵	حکم تزویج صغیره توسط پدر یا جد
۱۵	تبیین محل نزاع و اقوال فقهاء در مسئله
۱۶	ادله لزوم تزویج
۱۶	دلیل اول: روایات نفی اختیار دختر با وجود پدر
۱۷	دلیل دوم: روایات صحت تزویج پدر
۱۷	وجه اول: اطلاق لفظی
۱۷	اشکال: عدم اطلاق لفظی در روایات
۱۸	وجه دوم: اطلاق مقامی
۱۹	دلیل سوم: روایات خاصه
۱۹	روایت اول: صحیحہ محمد بن اسماعیل بن بزيع
۱۹	بررسی دلالت

- ۲۰ روایت دوم: صحیحۀ علی بن یقطین
- ۲۰ بررسی دلالت
- ۲۱ روایت سوم: صحیحۀ عبد الله بن صلت
- ۲۲ بررسی دلالت
- ۲۲ روایت چهارم: صحیحۀ ابو عبیده حدّاء
- ۲۲ بررسی دلالت
- ۲۳ معنای «جواز» و «خیار» در روایت
- ۲۳ فروعات تزویج صغیر و صغیره از جانب ولی
- ۲۵ بررسی دلالت روایت بر لزوم تزویج پدر
- ۲۸ روایت پنجم: روایت دعائم الاسلام
- ۲۸ دلیل چهارم (استصحاب بقاء عقد) و نقد آن
- ۲۹ ادله نفی لزوم تزویج
- ۲۹ روایت اول: صحیحۀ محمد بن مسلم
- ۲۹ لزوم توجیه یا طرح صحیحۀ محمد بن مسلم
- توجیه اول: خیار به معنای ثبوت حق طلاق و امثال آن برای پسر و حق مطالبۀ آن برای دختر
- ۳۰ اشکال: عرفی نبودن اراده این معنا از خیار
- ۳۱ توجیه دوم: اراده «جدّ» از «أب»
- ۳۲ اشکال توجیه دوم
- ۳۲ توجیه سوم: تقیید روایات لزوم تزویج به روایت محمد بن مسلم
- ۳۳ اشکال: عرفی نبودن تقیید در مقام
- ۳۳ توجیه چهارم: ثبوت خیار در فرض تزویج کبیرین
- ۳۵ اشکال: بطلان توجیه فوق بنا بر دیدگاه ولایت پدر بر نکاح باکره
- ۳۶ توجیه پنجم: اختصاص خیار به فرض عدم رعایت مصلحت در تزویج صغیرین
- ۳۸ تقریب توجیه پنجم بالحاظ انقلاب نسبت
- ۳۹ مناقشه در تقریب فوق
- ۴۰ روایت دوم: صحیحۀ ابو عبیده حدّاء

- ۴۰ اشکال دلالتی
- ۴۰ روایت سوم: روایت یزید کناسی
- ۴۱ بررسی سند
- ۴۲ کلام آقای خونی درباره یزید کناسی
- ۴۳ اشکالات کلام آقای خونی
- ۴۴ اثبات اعتبار روایت یزید کناسی
- ۴۵ بررسی کلام شیخ طوسی در دلالت روایت
- ۴۶ لزوم توجیه یا طرح روایت
- ۴۶ تبیین اضطراب و مخالفت روایت با اصول
- ۴۷ توجیه شیخ طوسی و نقد آن
- ۴۸ روایت چهارم: صحیحہ حلبی
- ۴۸ بررسی دلالت
- ۴۹ نتیجه نهایی: لزوم تزویج
- ۵۰ حکم تزویج صغیر توسط پدر یا جد
- ۵۰ تبیین محل نزاع و اقوال فقهاء در مسئله
- ۵۰ قول اول: لزوم تزویج صغیر
- ۵۱ قول دوم: عدم لزوم تزویج صغیر و ثبوت خیار بعد از بلوغ
- ۵۳ ادله لزوم تزویج
- ۵۳ دلیل اول: روایات صحت تزویج پدر
- ۵۳ دلیل دوم: روایات خاصه
- ۵۳ روایت اول: صحیحہ ابو عبیدہ حداء
- ۵۴ بررسی دلالت
- ۵۴ روایت دوم: روایت دعائم الاسلام
- ۵۵ بررسی کلام صاحب حدائق
- ۵۶ نقد آقای حکیم بر استدلال صاحب حدائق به صحیحہ حلبی برای لزوم

- ۵۶ اشکال آقای خونی بر کلام آقای حکیم
- ۵۷ نقد برداشت آقای حکیم از کلام صاحب حدائق
- ۵۸ بررسی کلام صاحب حدائق و اثبات وجود قول به حق فسخ برای صغیر
- ۶۲ دلیل سوم (استصحاب بقاء عقد) و نقد آن
- ۶۳ ادله نفی لزوم تزویج
- ۶۳ دلیل اول (لا ضرر) و بررسی آن
- ۶۳ مناقشه آقای حکیم در استدلال به قاعده لا ضرر
- ۶۴ دلیل دوم: روایات خاصه
- ۶۴ روایت اول: صحیحۀ علی بن یقطین
- ۶۵ بررسی دلالت
- ۶۵ روایت دوم: روایت ابان
- ۶۵ بررسی دلالت
- ۶۶ روایت سوم: روایت فضل بن عبد الملک
- ۶۷ بررسی دلالت
- ۶۷ روایت چهارم: صحیحۀ محمد بن مسلم
- ۶۷ لزوم توجیه یا طرح صحیحۀ محمد بن مسلم
- ۶۷ روایت پنجم: روایت یزید الكناسی
- ۶۹ بررسی سند و دلالت
- ۶۹ بررسی مناقشات شهید ثانی
- ۶۹ اشکال اول و دوم: «ضعف سند» و «ابتلاء به اضطراب و مخالفت با اصول»
- ۶۹ ناتمامی اشکال اول و تأیید اشکال دوم
- ۶۹ اشکال سوم: وجود تناقض در کلام شیخ طوسی
- ۷۲ پاسخ: عدم تناقض بالحاظ معنای خیار
- ۷۵ اشکال چهارم: معارضه روایت یزید کناسی با صحیحۀ محمد بن مسلم
- ۷۶ نقد اشکال چهارم: عدم امکان اخذ به صحیحۀ محمد بن مسلم
- ۷۶ لزوم توجیه یا طرح روایت یزید کناسی
- ۷۶ نتیجه نهایی: لزوم تزویج

۷۷	حکم تزویج مجنون توسط پدر یا جدّ
۷۷	محلّ نزاع
۷۷	ادلّه لزوم تزویج
۷۸	دلیل اوّل: اجماع بر لزوم
۷۸	دلیل دوم: بناء عقلاء
۷۸	دلیل سوم (استصحاب) و اشکال آن
۷۹	نتیجه نهایی: لزوم تزویج

بخش شانزدهم

بررسی کفایت عدم مفسده در صحت تزویج پدر و جدّ

۸۳	بررسی کفایت عدم مفسده در صحت تزویج پدر و جدّ
۸۳	بررسی ادلّه اشتراط عدم مفسده
۸۴	دلیل اوّل: اجماع
۸۴	اشکال: وجود اختلاف در مسئله
۸۷	دلیل دوم (لاضرر) و بررسی آن
۸۸	دلیل سوم: روایت ابو حمزه ثمالی
۸۸	بررسی دلیل سوم
۸۸	مطلب اوّل: عدم اختصاص روایت به پسر کبیر
۸۸	مطلب دوم: عدم اختصاص روایت به فرض تصرف ولیّ به نفع خود
۸۹	مطلب سوم: مناقشه در اخذ به اطلاقات برای تصحیح عقد

- ۹۰ دلیل چهارم: موثقه فضل بن عبد الملك
- ۹۰ وجه استدلال در کلام آقای خوئی
- ۹۰ اشکالات دلیل چهارم
- ۹۰ اشکال اول: اراده «عدالت» از تعبیر «مرضی»
- ۹۲ اشکال دوم: اختصاص روایت به جد
- ۹۲ دلیل پنجم: موثقه عبید بن زرارہ
- ۹۲ اشکالات دلیل پنجم
- ۹۳ اشکال اول: عدم دلالت روایت بر اشتراط عدم اضرار در غیر فرض تراحم
- ۹۳ اشکال دوم: اختصاص روایت به جد
- ۹۳ نتیجه نهایی: اشتراط عدم مفسده
- ۹۳ بررسی تصحیح تزویج دارای مفسده با اجازه
- ۹۴ کلام آقای خوئی: اختصاص روایات به فرض صلاحیت مجیز در زمان عقد
- ۹۵ اشکال: دلالت روایات بر خلاف نظر آقای خوئی
- ۹۵ روایت اول: صحیحہ ابو عبیدہ حدّاء
- ۹۶ بررسی دلالت
- ۹۶ روایت دوم: روایت عباد بن کثیر
- ۹۶ بررسی دلالت
- ۹۷ روایت سوم: صحیحہ ابن بزیع
- ۹۷ بررسی دلالت
- ۹۹ روایت چهارم: صحیحہ دیگر ابن بزیع
- ۹۹ بررسی دلالت
- ۱۰۰ روایت پنجم: روایت حلبی
- ۱۰۰ وجه استدلال به روایت

- ۱۰۱ مناقشه در مفاد روایت
- ۱۰۱ مناقشه اول: اجماع بر بطلان ایقاع فضولی
- ۱۰۱ پاسخ: عدم ثبوت اجماع
- ۱۰۲ مناقشه دوم: اجماع مرکب بر عدم صحت تأهلی طلاق صبی ده ساله
- ۱۰۴ نتیجه نهایی: کفایت اجازه لاحقه
- ۱۰۵ بررسی ادله اشتراط وجود مصلحت
- ۱۰۵ استدلال به آیه «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»
- ۱۰۶ مناقشه در استدلال به آیه
- ۱۰۶ مناقشه اول: اطلاق روایات ولایت پدر و جد
- ۱۰۷ مناقشه دوم: نفی اجماع و تسالم بر تساوی پدر و جد در ممنوعیت
- ۱۰۸ نتیجه نهایی: عدم اشتراط مصلحت
- ۱۰۸ بررسی جواز تزویج به غیر اصلح در فرض وجود اصلح
- ۱۰۸ بررسی کلام آقای حکیم درباره عبارت عروه
- ۱۱۲ نظر مختار: مناقشه در نفوذ تزویج به غیر اصلح در فرض وجود بالفعل اصلح

بخش هفدهم

تزویج دختر به کمتر از مهرالمثل یا تزویج پسر به بیشتر از آن

- ۱۱۷ تزویج دختر به کمتر از مهرالمثل یا تزویج پسر به بیشتر از آن
- ۱۱۷ بررسی مسئله در فرض مصلحت در تزویج
- ۱۱۸ بررسی مسئله در فرض عدم مصلحت در تزویج

- ۱۱۹ مناقشه در نظر مرحوم سید درباره اقوال مسئله
- ۱۲۱ دلیل لزوم مهر المستی و اصل عقد
- ۱۲۱ استدلال به آیه «أَوْ يَغْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»
- ۱۲۳ نقد استدلال به آیه
- ۱۲۳ ادله عدم لزوم مهر المستی و اصل عقد
- ۱۲۳ مطلب اول: ادله عدم لزوم مهر المستی
- ۱۲۴ کلام آقای حکیم و نقد آن
- ۱۲۵ مطلب دوم: دلیل عدم لزوم اصل عقد
- ۱۲۶ نظر مختار: «عدم لزوم مهر» و «انفساخ عقد در فرض فسخ مهر»

بخش هجدهم

حکم ازدواج سفیه

- ۱۲۹ حکم ازدواج سفیه در امور مالی نسبت به تعیین زن و مهریه
- ۱۲۹ توضیح مسئله
- ۱۳۱ حکم ازدواج سفیه در خصوص امر ازدواج
- ۱۳۱ تبیین عبارت عروه
- ۱۳۲ دلیل اعتبار اذن ولی در نکاح «سفیه در ازدواج»

بخش نوزدهم

بررسی تقدیم عقد جدّ بر عقد پدر در فروض مختلف

- ۱۳۵ بررسی تقدیم عقد جدّ بر عقد پدر در فروض مختلف
- ۱۳۶ فرض اوّل: تقارن دو عقد
- ۱۳۶ روایات تقدیم عقد جدّ
- ۱۳۶ روایت اوّل: صحیحہ هشام بن سالم و محمد بن حکیم
- ۱۳۷ روایت دوم: صحیحہ محمد بن مسلم
- ۱۳۷ فرض دوم: مجهول التاريخ بودن هر دو عقد
- ۱۳۸ احتمال اوّل: تقدیم عقد پدر
- ۱۳۸ دلیل تقدیم عقد پدر: استصحاب
- ۱۳۹ تقریب اوّل: استصحاب عدم وقوع عقد جدّ تا زمان وقوع عقد پدر
- ۱۳۹ بررسی اشکالات تقریب اوّل
- ۱۳۹ اشکال اوّل: مثبت بودن استصحاب
- ۱۴۰ پاسخ: عدم اشتراط وصف «تقدّم» در صحت عقد پدر
- ۱۴۰ بیان اوّل و نقد آن
- ۱۴۱ بیان دوم
- ۱۴۲ اشکال دوم: تعارض با استصحاب عدم وقوع عقد پدر قبل یا مقارن عقد جدّ
- ۱۴۳ تقریب دوم: استصحاب عدم انصاف عقد جدّ به تقدم پدر یا تقارن با آن
- ۱۴۳ اشکالات تقریب دوم
- ۱۴۳ اشکال اوّل: عرفی نبودن استصحاب عدم ازلی
- ۱۴۳ اشکال دوم: تعارض با استصحاب عدم عقد پدر قبل از عقد جدّ به نحویس ناقصه
- ۱۴۴ تقریب سوم: استصحاب عدم تحقق طبعی عقد جدّ تا زمان عقد پدر
- ۱۴۴ فرق تقریب سوم با تقریب اوّل و دوم
- ۱۴۴ اشکال تقریب سوم: تعارض با استصحاب عدم وقوع عقد پدر قبل از عقد جدّ

- ۱۴۴ احتمال دوم: تقدیم عقد جدّ
- ۱۴۵ بررسی ادله تقدیم عقد جدّ و بطلان عقد پدر
- ۱۴۵ دلیل اول (استصحاب) و بررسی تقاریب آن
- ۱۴۵ تقریب اول: استصحاب عدم وقوع عقد پدر تا زمان وقوع عقد جدّ
- ۱۴۵ اشکال: تعارض با استصحاب عدم عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر
- ۱۴۵ تقریب دوم: استصحاب عدم اتصاف عقد پدر به تقدم بر عقد جدّ یا تقارن با آن
- ۱۴۶ اشکالات تقریب دوم
- ۱۴۶ اشکال اول: غیر عرفی بودن اصل عدم ازلی
- اشکال دوم: تعارض آن با استصحاب عدم عقد جدّ قبل یا مقارن با عقد پدر
- ۱۴۶ (لیس ناقصه)
- ۱۴۶ تقریب سوم و اشکال آن
- ۱۴۶ دلیل دوم: قاعده مقتضی و مانع
- ۱۴۷ اشکالات دلیل دوم
- ۱۴۷ اشکال اول (کبروی)
- ۱۴۷ اشکال دوم (صغروی)
- ۱۴۸ دلیل سوم: تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص
- ۱۴۹ نقد دلیل سوم
- ۱۴۹ احتمال سوم: ترتب حکم معلوم بالاجمال
- ۱۵۰ بررسی کلام آقای گلپایگانی
- ۱۵۱ فرض سوم: معلوم التاريخ بودن عقد جدّ و مجهول التاريخ بودن عقد پدر
- ۱۵۱ دلیل تقدیم عقد جدّ: استصحاب عدم وقوع عقد پدر قبل از عقد جدّ
- ۱۵۲ بررسی اشکالات تمسک به استصحاب
- ۱۵۲ اشکال: تعارض با استصحاب عدم وقوع عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر
- ۱۵۳ پاسخ: ناتمامی مبنای جریان اصل در معلوم التاريخ
- ۱۵۶ فرض چهارم: معلوم التاريخ بودن عقد پدر و مجهول التاريخ بودن عقد جدّ

- ۱۵۶ احتمال اول: تقدیم عقد پدر
- ۱۵۶ دلیل تقدیم عقد پدر: استصحاب عدم عقد جدّ قبل یا مقارن عقد پدر
- ۱۵۶ بررسی اشکالات تمتّک به استصحاب
- ۱۵۶ اشکال اول: مثبت بودن
- ۱۵۷ پاسخ: عدم اشتراط وصف «تقدّم» در صحت عقد پدر
- ۱۵۷ اشکال دوم: تعارض با استصحاب عدم وقوع عقد پدر قبل از جدّ
- ۱۵۸ پاسخ: عدم جریان استصحاب در معلوم التاريخ
- اشکال سوم: تعارض با استصحاب عدم وقوع عقد پدر قبل از عقد جدّ به نحو
- ۱۵۸ لیس ناقه
- ۱۵۸ پاسخ: حکومت استصحاب عدم عقد جدّ بر استصحاب عدم عقد پدر
- ۱۵۹ احتمال دوم: تقدیم عقد جدّ
- ۱۵۹ ادله تقدیم عقد جدّ
- ۱۶۰ نتیجه نهایی: صحت عقد پدر

بخش بیستم

بررسی حکم عقد در فرض تشاّخ اولیاء

- ۱۶۳ بررسی حکم عقد در فرض تشاّخ اولیاء
- ۱۶۳ مطلب اول: تشاّخ بین پدر و جدّ
- ۱۶۴ بررسی اقوال فقهاء در مسئله
- ۱۶۴ قول اول: صحت عقد پدر
- ۱۶۷ قول دوم: بطلان عقد پدر

- ۱۷۴ نتیجه بررسی اقوال: عدم وجود اجماع در مسئله
- ۱۷۵ بررسی روایات
- ۱۷۵ روایت اول: صحیح محمد بن مسلم
- ۱۷۵ عدم اطلاق روایت نسبت به فرض عدم اطلاع پدراز تصمیم جد
- ۱۷۶ روایت دوم: صحیح هشام بن سالم و محمد بن حکیم
- ۱۷۶ بررسی دلالت
- ۱۷۸ روایت سوم: روایت عبید بن زراره
- ۱۷۸ بررسی سند
- ۱۷۹ بررسی دلالت
- ۱۷۹ روایت چهارم: روایت علی بن جعفر
- ۱۸۰ روایت پنجم: موثق عبید بن زراره
- ۱۸۰ بررسی دلالت
- ۱۸۱ روایت ششم: روایت ابی العباس
- ۱۸۱ بررسی دلالت
- ۱۸۲ نتیجه نهایی
- ۱۸۲ مطلب دوم: تشاخ بین جد ادنی و اعلی

بخش بیست و یکم

تزویج مولی علیه به معیوب

- ۱۸۷ تزویج مولی علیه به معیوب
- ۱۸۸ الف. تفصیل بین موارد وجود مصلحت و موارد وجود مفسده
- ۱۸۸ مراد از «خلاف المصلحة» در کلام سید

- ۱۸۸ پیشینه بحث و بررسی اقوال فقها در مسئله
- ۱۹۲ نظر مختار
- ۱۹۳ ب. ثبوت خیار برای مولی علیه بعد از بلوغ و زوال جنون
- ۱۹۴ اشکال آقای حکیم به اطلاق ادله خیار
- ۱۹۴ پاسخ آقای خوئی به اشکال آقای حکیم
- ۱۹۵ ج. بررسی خیار ولی و اسقاط آن توسط وی، قبل از بلوغ مولی علیه
- ۱۹۵ مطلب اول: بطلان تفصیل بین حق خیار و حق اسقاط
- ۱۹۶ مطلب دوم: ثابت نبودن حق اسقاط حتی در صورت وجود مصلحت الزام آور
- ۱۹۶ مطلب سوم: نظر مختار (عدم خیار و عدم حق اسقاط آن)
- ۱۹۷ د. بررسی ثبوت خیار در فرض جهل به عیوب
- ۱۹۸ عدم ثبوت خیار برای ولی در عیوب مجوز فسخ
- ۱۹۸ عدم ثبوت خیار برای ولی و مولی علیه در غیر عیوب مجوز فسخ
- ۲۰۰ ولایت مولا بر تزویج مملوک مملوک

بخش بیست و دوم

بررسی ولایت وصی بر تزویج

- ۲۰۳ تزویج مولی علیه توسط وصی
- ۲۰۳ تبیین متن عروه
- ۲۰۳ اراده «وجود مصلحت» از قید «المحتاج إلى الزواج»

- ۲۰۵ علت تعبیر «بل الصغیر ایضا» در عروه
- ۲۰۵ بررسی فید «نص الموصی علیه»
- ۲۰۸ تنقیح محل بحث
- ۲۰۹ اقوال در مسئله
- ۲۰۹ قول اول: عدم نفوذ عقد مطلقاً
- ۲۱۰ قول دوم: نفوذ تزویج مطلقاً
- ۲۱۳ قول سوم: نفوذ تزویج در فرض ضرورت
- ۲۱۳ بررسی ادله
- ۲۱۳ الف. ادله ثبوت ولایت وصی بر نکاح صغار
- ۲۱۳ دلیل اول: آیه وصیت
- ۲۱۴ اشکال: اخص بودن دلیل اول از مدعا
- ۲۱۵ پاسخ: تمسک به اطلاق ذیل آیه
- ۲۱۵ مناقشه در پاسخ: قرینه بودن «فاء تفریع» بر نظارت ذیل بر صدر
- ۲۱۶ دلیل دوم: آیه اصلاح امور یتامی
- ۲۱۶ پاسخ دلیل دوم
- ۲۱۶ پاسخ نقضی: لزوم ثبوت حق تزویج یتامی برای همه
- ۲۱۶ پاسخ حلی: ثابت نبودن مصداقیت تزویج وصی برای آیه
- ۲۱۸ دلیل سوم: صحیحہ محمد بن مسلم
- ۲۱۸ بررسی سند
- ۲۲۰ تقریب استدلال
- ۲۲۱ اشکالات استدلال
- ۲۲۱ اشکال اول: اطلاق نداشتن تعلیل از جهت همه شرایط
- ۲۲۲ اشکال دوم: نادرستی تعدی از مورد تعلیل

- ۲۲۳ دلیل چهارم: روایت خالد بن بکیر الطویل
- ۲۲۳ اشکال دلای
- ۲۲۴ دلیل پنجم: روایات مفسر آیه «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةُ النِّكَاحِ»
- ۲۲۴ دسته اول: روایات بیان کننده مصادیق آیه «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةُ النِّكَاحِ»
- ۲۲۴ روایت اول: روایت ابوبصیر
- ۲۲۵ روایت دوم: صحیحۀ ابوبصیر و محمد بن مسلم
- ۲۲۵ روایت سوم: صحیحۀ حلبی
- ۲۲۵ روایت چهارم: صحیحۀ حلبی، ابوبصیر و سماعه
- ۲۲۶ روایت پنجم: روایت عیاشی از ابوبصیر
- ۲۲۷ روایت ششم: روایت عیاشی از سماعه
- ۲۲۷ اشکالات تمسک به روایات دسته اول
- ۲۲۷ اشکال اول: مجمل بودن روایات
- ۲۲۸ رد اشکال اول
- ۲۲۸ اشکال دوم: احتمال اراده ولایت اخلاقی
- ۲۲۸ رد اشکال دوم
- ۲۲۹ اشکال سوم: حمل «وصیت» بر سفارش و «موصی الیه» بر موصی الیه زن
- ۲۳۰ رد اشکال سوم
- ۲۳۳ اشکال چهارم: احتمال اراده «امام علیه السلام» یا «جد» از «وصی»
- ۲۳۳ رد اشکال چهارم
- ۲۳۳ دسته دوم: روایات تبیین کننده عنوان «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةُ النِّكَاحِ»
- ۲۳۳ روایت اول: صحیحۀ عبدالله بن سنان
- ۲۳۴ روایت دوم: روایت رفاعه
- ۲۳۴ تقریب استدلال به روایات دسته دوم
- ۲۳۴ اشکالات استدلال به روایات دسته دوم
- اشکال اول: خلاف ظاهر بودن اراده «ولایت در معمول امور» از «الولی» و «ولی أمرها»
- ۲۳۴
- ۲۳۶ اشکال دوم: بعید بودن جعل ولایت نکاح برای وصی در اموال

- ۲۳۶ ب. ادله عدم ولایت وصی بر نکاح صغار
- ۲۳۷ دلیل اول: صحیحہ ابن بزیع
- ۲۳۷ بررسی سند
- ۲۳۸ تقریب استدلال
- ۲۳۸ اشکال استدلال
- ۲۳۸ دلیل دوم: روایات ولایت انحصاری پدر
- ۲۳۹ روایت اول: صحیحہ ابو عبیدہ حدّاء
- ۲۳۹ روایت دوم: صحیحہ اول محمد بن مسلم
- ۲۴۰ روایت سوم: صحیحہ دوم محمد بن مسلم
- ۲۴۱ روایت چهارم: صحیحہ عبید بن زرارہ
- ۲۴۱ روایت پنجم: صحیحہ زرّارہ بن اعین
- ۲۴۱ اشکالات دلیل دوم
- ۲۴۱ اشکال اول: حمل «أب» بر مثال به قرینه ثبوت ولایت برای جدّ
- ۲۴۲ پاسخ اشکال اول
- ۲۴۲ اشکال دوم: منحصر نبودن ولایت پدر در مباشرت
- ۲۴۳ اشکال سوم: عدم حجّیت عکس نقیض در قضایای عقلایی
- ۲۴۵ تطبیق مبنای اصولی مذکور بر محلّ کلام
- ۲۴۸ دلیل سوم: روایات دالّ بر لزوم نظرخواهی از دختر در فرض تزویج توسط غیر پدر
- ۲۴۸ روایت اول: صحیحہ سوم محمد بن مسلم
- ۲۴۸ روایت دوم: صحیحہ منصور بن حازم
- ۲۴۹ روایت سوم: روایت دعائم الاسلام
- ۲۴۹ اشکالات دلیل سوم
- ۲۴۹ اشکال اول: اجنبی بودن موضوع روایات از صغار و مجانین
- ۲۴۹ اشکال دوم: انتساب عقد وصی به پدر بالتسبیب
- ۲۵۰ دلیل چهارم: صحیحہ داود بن سرحان
- ۲۵۰ دلیل پنجم: صحیحہ ابن ابی یعفور

- ۲۵۰ اشکال دلیل چهارم و پنجم
- ۲۵۱ نتیجه‌گیری: ولایت وصی در فرض وصیت به تزویج
- ۲۵۱ اشتراط فقدان پدر و جد در صحت تزویج وصی
- ۲۵۱ عدم دلالت «فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوَصَّ جَنْفًا أَوْ إِمْنًا» بر اشتراط

بخش بیست و سوم

بررسی ولایت حاکم بر تزویج

- ۲۵۵ ولایت حاکم نسبت به تزویج شخص فاقد ولی
- ۲۵۵ تبیین دو نکته در کلام سید
- ۲۵۵ نکته اول: فرق بین حاجت و مصلحت مُلْزِم
- ۲۵۶ نکته دوم: شمول ولایت در کلام سید نسبت به مجانین
- ۲۵۶ بررسی ادله مسئله
- ۲۵۷ ادله ثبوت ولایت حاکم بر تزویج صغار
- ۲۵۷ دلیل اول: روایت نبوی «السلطان ولی من لا ولی له»
- ۲۵۷ اشکال سندی: عامی بودن روایت
- ۲۵۷ اشکال دلالتی: اراده امام معصوم علیه السلام از «سلطان»
- ۲۵۸ پاسخ به اشکال دلالتی
- ۲۶۱ دلیل دوم: روایت ابوبصیر در تفسیر «الَّذِي يَبْدُو عُقْدَةَ النِّكَاحِ»
- ۲۶۲ اشکال دلالتی به جهت ذکر وکیل از باب ذکر مورد غالب
- ۲۶۲ دلیل سوم: ثبوت ولایت حاکم از باب امور حسبیه
- ۲۶۲ بررسی کلام آقای حکیم

- ۲۶۴ ادله نفی ولایت حاکم بر تزویج صغیره
- ۲۶۴ دلیل اول: اجماع
- ۲۶۴ اشکالات دلیل اول
- ۲۶۴ اشکال اول: عدم اجماع بر نفی یا ثبوت ولایت حاکم در مقام
- ۲۶۴ عدم ظهور کلام شیخ طوسی و کیدری در ولایت حاکم بر صغیره
- ۲۶۸ کلام آقای حکیم: احتمال اجماع فقها بر ولایت حاکم
- ۲۶۹ مناقشه در کلام آقای حکیم
- ۲۶۹ مناقشه اول: اختصاص «تعلیل» به محقق کرکی
- ۲۶۹ مناقشه دوم: تنافی تعلیل با فتاوی اصحاب
- ۲۷۰ اشکال دوم: عدم حجیت اجماع در مقام
- ۲۷۰ دلیل دوم: روایات
- ۲۷۰ دسته اول: روایات مبین مصادیق «الَّذِي يَبْدُوهُ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»
- ۲۷۱ دسته دوم: روایات دال بر اختصاص ولایت تزویج صغار به پدر
- ۲۷۱ بررسی اشکالات دلیل دوم
- ۲۷۱ اشکال اول: صحیح نبودن مفهوم به نحو سلب کلی
- ۲۷۲ پاسخ: وجود قرینه بر اراده سلب کلی
- ۲۷۲ اشکال دوم: لزوم نفی ولایت بر تزویج از امام معصوم علیه السلام
- ۲۷۲ پاسخ: عدم نظارت روایات به ولایت ائمه علیهم السلام
- ۲۷۲ نظر مختار: ثابت نبودن ولایت حاکم در غیر از موارد ضرورت
- ۲۷۳ بررسی فرق بین مجنونه و صغیره در مقام
- ۲۷۴ وجه فرق بین مجنونه و صغیره: وجود روایات دال بر نفی ولایت حاکم بر تزویج صغیره
- ۲۷۵ اشکال اول به وجه فرق
- ۲۷۵ پاسخ اشکال
- ۲۷۷ اشکال دوم به وجه فرق

بخش بیست و چهارم

احکام استحبابی در ازدواج دختر مستقل

- ۲۸۱ استحباب استیذان «دختر مستقل در امر ازدواج» از پدر و جد
- ۲۸۱ دلیل استحباب استیذان از پدر و جد
- ۲۸۳ استحباب توکیل برادر توسط دختر مستقل در فرض فقدان پدر و جد
- ۲۸۳ دلیل استحباب توکیل یا اجازه گرفتن از برادر
- ۲۸۳ بررسی روایات مفسر آیه «الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ»
- ۲۸۴ دلیل استحباب اجازه گرفتن از بزرگ‌ترین برادر
- ۲۸۴ بررسی مرسله «الأخ الأكبر بمنزلة الأب»
- ۲۸۵ بررسی روایت ولید یتباع اسقاط

بخش بیست و پنجم

دلالت سکوت باکره بر رضای او

- ۲۸۹ دلالت سکوت باکره بر رضای او
- ۲۹۲ فروض سکوت باکره
- ۲۹۲ بررسی اقوال در مسئله
- ۲۹۲ قول اول: اخذ به موارد غیر مقررین باقرینه عدم رضایت
- ۲۹۳ قول دوم: اخذ به موارد مقرون به قرینه قطعی یا ظنی بر رضا

- ۲۹۳ اشکال قول دوم: لزوم خروج اظهر افراد روایت
- ۲۹۴ قول سوم: امارت سکوت بر رضا به جز صورت قطع به خلاف
- ۲۹۵ بررسی قول سوم با بررسی دلالت روایات مسئله
- ۲۹۵ روایت اول: روایت ضحاک بن مزاحم
- ۲۹۶ روایت دوم: روایت طبری
- ۲۹۷ روایت سوم: روایت دعائم الإسلام
- ۲۹۷ روایت چهارم: روایت یزید کناسی
- ۲۹۸ روایت پنجم، ششم و هفتم: صحیحہ حلبی، داود بن سرحان و بزئطی
- ۲۹۹ اشکال دلالی روایات
- ۲۹۹ اشکال اول: عرفی نبودن شمول روایات نسبت به موارد ظنّ بر خلاف
- ۳۰۰ اشکال دوم: عدم دلالت روایات بر حجیت تعبدی سکوت
- ۳۰۱ تنزیل سکوت به منزله رضایت در برخی روایات اهل تسنن
- ۳۰۱ نظر مختار: اختصاص حجیت سکوت به فرض وجود قرینه اطمینانی بر رضا

بخش بیست و ششم

بررسی شرایط اولیاء

- ۳۰۵ بررسی شرایط اولیاء
- ۳۰۷ بررسی شرط رشد
- ۳۰۹ بررسی شرط عدم مستی و اغماء
- ۳۱۱ بررسی ادله عدم ولایت کافر بر مسلمان

- دلیل اول: آیه «الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ»
 ۳۱۱ اشکال دلالتی: اراده «وداد» و «تعاون» از ولایت مذکور در آیه
- دلیل دوم: آیه «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»
 ۳۱۳ بررسی اشکالات دلالتی آیه
- اشکال اول: اراده «حجت» از «سبیل»
 ۳۱۳ پاسخ اول: صحت اطلاق «حجت» بر ملکیت
- مناقشه در پاسخ: تکلف داشتن اطلاق «حجت» بر ملکیت
 ۳۱۴ پاسخ دوم: اراده حجت به عنوان مصداقی از مصادیق سبیل
- مناقشه در پاسخ: تکلف بودن اراده مذکور
 ۳۱۵ اشکال دوم: غیرقابل تخصیص بودن لسان آیه نفی سبیل
- دلیل سوم: آیه «وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَلَكِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَا يَعْلَمُونَ»
 ۳۱۶ اشکال دلالتی
- دلیل چهارم: روایت «الإسلام يعلمو ولا يعلمی علیه»
 ۳۱۸ نقل اول: «الإسلام يعلمو ولا يعلمی علیه»
- اشکال دلالتی نقل اول
 ۳۱۹ نقل دوم: «الإسلام يعلمو ولا يعلمی علیه و الکفار بمنزلة الموتی لا یحبیبون ولا یرثون»
- روایت نبودن اضافه نقل دوم
 ۳۱۹ نقل سوم: «الإسلام يعلمو ولا يعلمی علیه نحن نرثهم ولا یرثوننا»
- اشکال سندی و دلالتی نقل سوم
 ۳۲۱ دلیل پنجم: روایات نفی ارث بردن کافر از مسلمان
- روایت اول: روایت عبدالله بن اعین
 ۳۲۱ روایت دوم: روایت عبدالرحمن بن اعین
- روایت سوم: موثق عبدالرحمن بن اعین
 ۳۲۲ روایت چهارم: صحیحہ جمیل و هشام

- ۳۲۲ تقریب استدلال به روایات
- ۳۲۳ اشکال به دلالت روایات مذکور
- ۳۲۴ دلیل ششم: مذاق شرع
- ۳۲۵ اشکال دلیل ششم
- ۳۲۶ دلیل هفتم: انصراف ادله
- ۳۲۷ اشکالات دلیل هفتم
- ۳۲۸ دلیل هشتم: قاعده الزام
- ۳۲۸ اشکالات دلیل هشتم
- ۳۲۹ تحقیق در مسئله و بیان نظر مختار
- ۳۳۱ اختصاص قاعده الزام به مورد عقیده جمهور
- ۳۳۲ دلیل نهم (مختار): اجماع
- ۳۳۴ بررسی ولایت کافر اصلی و مرتد بر کافر
- ۳۳۴ وجه نفی ولایت از کافر اصلی: عبارت «و الکفار بمنزلة الموتی»
- ۳۳۵ اشکال: روایت نبودن «و الکفار بمنزلة الموتی» و عدم اطلاق آن
- ۳۳۵ وجه نفی ولایت از مرتد: ترتب احکام میت بر مرتد
- ۳۳۵ اشکالات وجه فوق
- ۳۳۶ وجه ثبوت ولایت کافر بر کافر: آیه «وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ»
- ۳۳۶ مختار در مسئله ولایت کافر بر کافر
- ۳۳۷ بررسی ولایت کافر بر کافر با وجود ولی مسلمان
- ۳۳۷ نظر مختار: ثبوت ولایت کافر در عرض مسلمان

بخش بیست و هفتم

توکیل در تزویج و احکام آن

۳۴۱	توکیل در تزویج و احکام آن
۳۴۳	ادله بطلان ازدواج
۳۴۳	دلیل اول: انصراف توکیل، از تزویج وکیل به خودش
۳۴۳	اشکال: بدوی بودن انصراف
۳۴۴	دلیل دوم: موثقه عمار ساباطی
۳۴۵	توجیهات موثقه عمار
۳۴۶	توجیه اول (حمل بر کراهت) و مناقشه در آن
۳۴۶	توجیه دوم: حمل بر تقیه
۳۴۷	اشکالات توجیه دوم
۳۴۸	توجیه سوم: اختصاص بطلان به صورت موجب و قابل بودن زوج یا زوجه
۳۴۸	اختیار توجیه سوم

بخش بیست و هشتم

عقد نکاح فضولی

۳۵۳	عقد نکاح فضولی
۳۵۳	مقدمه
۳۵۴	مناقشاتی در عبارت عروه
۳۵۶	ادله بطلان نکاح فضولی

- دلیل اول (اجماع) و ناتمامی آن ۳۵۶
- اقوال فقهاء ۳۵۷
- دلیل دوم: انحصار عقد مؤثر در عقد اصیل یا ولی ۳۵۸
- بررسی اشکالات دلیل دوم ۳۵۹
- اشکال اول: مصادره به مطلوب بودن دلیل مذکور ۳۵۹
- پاسخ: فقدان دلیل بر جزء العلة بودن عقد فضولی برای اباحه ۳۵۹
- اشکال دوم: بطلان دلیل دوم در بعضی از اقسام عقد فضولی ۳۶۰
- مطلب اول: بررسی زمان انعقاد ظهور اطلاقی ۳۶۰
- مطلب دوم: دوران بین تخصیص و تخصّص ۳۶۱
- مطلب سوم: بررسی تمسّک به عامّ بعد از خروج فرد در زمان اول ۳۶۳
- دلیل سوّم: اصل فساد (اصل عدم ترتّب اثر) ۳۶۸
- اشکال: جواز تمسّک به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ۳۶۸
- دلیل چهارم: مقارن نبودن رضایت اصیل با عقد ۳۶۸
- اشکال: تقارن اجازه مالک با وجود استمراری عقد ۳۶۸
- دلیل پنجم: اولویّت بطلان نکاح فضولی نسبت به بیع فضولی ۳۶۹
- اشکالات دلیل پنجم ۳۶۹
- اشکال اول: تصرّف نبودن مطلق انشاء بدون قصد ترتیب اثر خارجی ۳۶۹
- اشکال دوم: عدم تلازم بین قبح تصرّف در ملک غیر و بین قبح انشای عقد بر آن ۳۶۹
- اشکال سوم: عدم ارتباط فروض مذکور با محل بحث ۳۷۰
- دلیل ششم: روایات بطلان عقد فضولی ۳۷۰
- روایت اول: صحیحہ عبد الله بن سنان ۳۷۰
- روایت دوم: صحیحہ فضل بن عبد الملك ۳۷۰
- روایت سوم: معتبره اول ابی بصیر ۳۷۳

- روایت چهارم: معتبره دوم ابی بصیر ۳۷۳
- روایت پنجم: صحیحہ حلبی ۳۷۳
- روایت ششم: صحیحہ ولید بن صبیح ۳۷۴
- روایت هفتم: صحیحہ حسن بن زیاد ۳۷۴
- روایت هشتم: روایت حذیفه بن منصور ۳۷۴
- روایت نهم: روایت ابراهیم بن عبدالرحمن آملی ۳۷۵
- روایت دهم: روایت جعفریات و دعائم ۳۷۵
- نکاتی درباره روایات بطلان نکاح فضولی ۳۷۶
- بررسی روایات بطلان نکاح فضولی ۳۷۸
- ادله صحت نکاح فضولی ۳۸۰
- دلیل اول: اولویت باب نکاح نسبت به بیع ۳۸۰
- اشکالات دلیل اول ۳۸۲
- اشکال اول: نظارت روایت به حکم قبل از فحص ۳۸۲
- اشکال دوم: عدم اولویت در فرض امکان احتیاط واقعی ۳۸۳
- دلیل دوم: ادله عامه صحت عقود ۳۸۵
- بررسی اشکالات دلیل دوم ۳۸۶
- اشکال اول: عدم توجه خطاب وجوب وفای به عقد به غیر متعاقدين ۳۸۶
- پاسخ به اشکال اول ۳۸۷
- پاسخ اول ۳۸۷
- پاسخ دوم ۳۸۷
- اشکال دوم: عدم جواز تمسک به آیه برای اثبات مشروعیت عقود ۳۹۰
- پاسخ ۳۹۲
- دلیل سوم: روایات صحت نکاح فضولی ۳۹۳

- روایت اول: صحیحہ محمد بن اسماعیل بن بزيع ۳۹۴
- بررسی دلالت ۳۹۵
- روایت دوم: صحیحہ دوم محمد بن اسماعیل بن بزيع ۳۹۵
- روایت سوم: صحیحہ اول معاویہ بن وهب ۳۹۷
- روایت چهارم: صحیحہ دوم معاویہ بن وهب ۳۹۷
- روایت پنجم: صحیحہ حسن بن زیاد طائی ۳۹۸
- روایت ششم: صحیحہ ابی عبیدہ حدّاء ۳۹۸
- روایت هفتم: صحیحہ حلبی ۳۹۹
- روایت هشتم: صحیحہ محمد بن قیس ۳۹۹
- روایت نهم: روایت عباد بن کثیر ۴۰۰
- روایت دهم و یازدهم: روایت زراره ۴۰۰
- روایت دوازدهم: روایت عبید بن زراره ۴۰۲
- روایت سیزدهم: روایت محمد بن مسلم ۴۰۳
- روایت چهاردهم: روایت ولید بن عاص الأسفاط ۴۰۴
- بررسی سند ۴۰۴
- بررسی دلالت ۴۰۴
- روایت پانزدهم: روایت اول دعائم الاسلام ۴۰۵
- روایت شانزدهم: روایت دوم دعائم الإسلام ۴۰۵
- اشکال فخر المحققین به روایات صحت: عامی بودن روایات ۴۰۶
- پاسخ اشکال فخر المحققین ۴۰۶
- پاسخ نقضی: تمتک فخر به روایت عامی بر بطلان عقد فضولی ۴۰۶
- پاسخ حلی: بیان هفت روایت بر صحت عقد فضولی توسط علامه حلی ۴۰۶
- استثنا از صحت نکاح فضولی ۴۰۸
- جمع بین روایات نکاح فضولی: تخصیص روایات صحت ۴۰۹

- ۴۱۱ نظر مختار در مورد عقد فضولی
- ۴۱۱ عدم اعتبار فوریت در اجازه
- ۴۱۳ اجازه عقد پس از رد آن
- ۴۱۵ حکم رد پس از اجازه
- ۴۱۵ معتبر نبودن لفظ یا فعل خاصی در اجازه
- ۴۱۶ اشتراط علم مُجیز به سلطنت خود بر اجازه و رد در صحت عقد
- ۴۱۷ نقد کلام مرحوم سید
- ۴۱۷ نقد اول: منقوض بودن صدر کلام ایشان
- ۴۱۸ نقد دوم: لزوم تفصیل بین صدور اجازه به نحو تقيید و داعی
- ۴۲۰ بررسی کاشفیت اجازه مُجیز
- ۴۲۰ اقوال فقها
- ۴۲۰ قول اول: کشف حقیقی
- ۴۲۰ قول دوم: کشف انقلابی
- ۴۲۱ قول سوم: کشف حکمی
- ۴۲۱ قول چهارم: نقل
- ۴۲۱ بررسی وجوه قول اول (کشف حقیقی)
- ۴۲۱ وجه اول: تام بودن سببیت عقد برای ملکیت
- ۴۲۲ وضوح بطلان وجه اول
- ۴۲۳ وجه دوم: اعتبار رضایت اعم از فعلی و تقدیری
- ۴۲۳ اشکال وجه دوم: کاشف نبودن اجازه از رضایت تقدیری
- ۴۲۴ وجه سوم: کفایت صفت متعقب بودن عقد به اجازه
- ۴۲۴ وجه چهارم: تأثیر اجازه به نحو شرط متأخر

- ۴۲۵ اشکال قول اول (کشف حقیقی): اشتراط انشاء اجازه در تصحیح عقد
- ۴۲۶ استدلال به آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» برای اثبات کشف حقیقی
- ۴۲۷ اشکال استدلال به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»
- ۴۲۷ اشکال قول دوم (کشف انقلابی): لزوم انقلاب الشیء عما وقع علیه
- ۴۲۹ دوران امر بین قول سوم (کشف حکمی) و قول چهارم (نقل)
- ۴۲۹ روایات دالّ بر کاشفیت اجازه
- ۴۲۹ روایت اول: صحیحہ ابی عبیدہ حدّاء
- ۴۳۰ عدم دلالت روایت بر کشف حقیقی
- ۴۳۲ روایت دوم: روایت عتّاد بن کثیر
- ۴۳۲ بررسی سند
- ۴۳۲ بررسی دلالت
- ۴۳۳ روایت سوم: صحیحہ حلبی
- ۴۳۴ روایت چهارم: صحیحہ محمد بن قیس
- ۴۳۶ نظر مختار: کشف حکمی
- ۴۳۷ لزوم رضایت باطنی ابراز شده برای خروج عقد از فضولی بودن
- ۴۳۸ غیر مختل بودن کراهت قبل از اجازه
- ۴۳۹ تساوی حکم نهی قبل از عقد با حکم رد پس از عقد
- ۴۴۰ عدم اشتراط قصد فضولیت در تصحیح عقد فضولی
- ۴۴۰ ادله عدم اشتراط
- ۴۴۰ دلیل اول: انتساب عقد به اصیل بعد از اجازه
- ۴۴۰ دلیل دوم: روایات
- ۴۴۰ الف. صحیحہ ابی عبیدہ حدّاء
- ۴۴۱ ب. روایت عتّاد بن کثیر

- ۴۴۲ ج. صحیحہ حلبی
- ۴۴۲ تمسک آقای حکیم به صحیحہ محمد بن قیس و نقد آن
- ۴۴۳ تزویج توسط فضولی با ذکر عنوان توکیل
- ۴۴۳ نظر صاحب عروه: تفصیل بین ذکر و عدم ذکر نام موکل در صیغہ عقد
- ۴۴۳ نظر مختار: تفصیل بین مشیر بودن عنوان توکیل و غیر آن
- ۴۴۴ اجازه عقد فضولی با الغاء یا تغییر شرایط
- ۴۴۵ نظر صاحب عروه: بطلان اجازه با تغییر یا الغاء شرایط و تردید در فرض الغاء مهر
- ۴۴۵ اشکال بر صاحب عروه
- ۴۴۵ اشکال اول: عدم فرق بین اجازه با الغاء مهر و سایر صور
- ۴۴۶ پاسخ: احتمال عدم اراده الغاء مهر در صورت اول
- ۴۴۷ اشکال دوم: صحت قول به انحلال در مقام بالحاظ نظائر فقهی آن
- ۴۴۷ بررسی اشکال دوم
- ۴۵۰ نظر مختار: صحت اجازه با الغاء یا تغییر شرط در فرض تعدد التزام
- ۴۵۳ عقد توسط وکیل و ولی به عنوان فضولی در صورت نسیان و جهل
- ۴۵۳ حکم فرض اول (نسیان وکالت): صحت عقد
- ۴۵۳ حکم فرض دوم (عدم بلوغ خیر وکالت به فضولی)
- ۴۵۴ بررسی توقف «تحقق اذن» بر «علم مأذون»
- ۴۵۵ حکم فرض سوم (جهل عاقد فضولی به ولایت خود)
- ۴۵۵ حکم صورت اول (جهل به حکم): صحت عقد
- ۴۵۵ بررسی صورت دوم (جهل به مصداق): بطلان عقد
- ۴۵۶ انشاء عقد توسط اصیل به عنوان عقد فضولی

- ۴۵۷ نظر صاحب عروه: بطلان عقد
- ۴۵۷ نظر مختار: صحت عقد
- ۴۵۸ احکام مترتب بر تزویج صغیرین
- ۴۵۹ لزومی بودن عقد ولی در تزویج صغیرین
- ۴۵۹ حکم تزویج صغیرین توسط فضولی
- ۴۶۰ لزوم حلف برای ترتب ارث در برخی فروض
- ۴۶۱ ترتب آثار زوجیت در فرض اجازه بدون حلف
- ۴۶۱ اشکالاتی بر عبارت عروه
- ۴۶۱ اشکال اول: عدم امکان تصوّر دختر برای صغیره
- ۴۶۲ پاسخ اشکال اول
- ۴۶۲ اشکال دوم: توقّف «حرمت بنت الزوجه» بر «دخول» و عدم تصوّر دخول در صغیره
- ۴۶۲ پاسخ اشکال دوم
- ۴۶۳ پاسخ اول: امکان دخول صغیر مراهق قبل از بلوغ
- ۴۶۳ پاسخ دوم: منحصر نبودن «حرمت دختر زوجه به زوج» بر دخول
- ۴۶۴ ترتب آثار زوجیت، غیر از ارث به مجرد اجازه
- ۴۶۵ بررسی لزوم حلف برای ارث بردن در غیر از فرض تزویج صغیرین
- ۴۶۶ کلام آقای خوئی: لزوم حلف در تمام صور چهل گانه
- ۴۶۷ اشکال: عدم انحصار روایات در صحیحۀ ابی عبیدۀ حدّاء
- ۴۶۸ حکم عقود منافی با نکاح فضولی قبل از اجازه
- ۴۶۸ بررسی اقوال و احتمالات مسئله
- ۴۶۸ احتمال اول: بطلان عقود منافی در فرض تحقق اجازه در آینده

- مراد از «آثار الزوجية» در عبارت «و بعبارة أخرى هل يجري عليه آثار الزوجية» ۴۶۹
- اشکالات احتمال اول ۴۷۰
- اشکال اول: بطلان مبنای کشف حقیقی ۴۷۰
- اشکال دوم: عدم بقاء موضوع اجازه در مقام ۴۷۰
- پاسخ: وجود قائلین به بقای موضوع اجازه پس از انشای عقد منافی ۴۷۱
- احتمال دوم: صحت عقد منافی در فرض تقدیم عقد مادر ۴۷۲
- احتمال سوم: بطلان عقود منافی مطلقاً ۴۷۲
- بررسی اشکال آقای حکیم بر کاشف اللثام ۴۷۳
- احتمال چهارم: صحت وضعی عقود منافی و حرمت تکلیفی آنها ۴۷۵
- احتمال پنجم (مختار): جواز و صحت عقود منافی مطلقاً ۴۷۵
- بررسی ادله بطلان عقود منافی با عقد فضولی ۴۷۵
- دلیل اول: تملیک التزام ۴۷۶
- اشکال: عدم دلیل بر صدور انشای تملیک التزام از اصیل ۴۷۶
- دلیل دوم: تمسک به آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» ۴۷۷
- اشکالات دلیل دوم ۴۷۷
- اشکال اول: مجازی بودن اطلاق عقد بر قرارداد فضولی ۴۷۷
- پاسخ: تحقق التزام انشائی از جانب فضولی ۴۷۸
- اشکال دوم: توقف استدلال به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بر مشروعیت عقد فضولی ۴۷۸
- اشکال سوم: عدم دلالت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بر بطلان عقد منافی ۴۷۸
- پاسخ: تلازم بین قول به لزوم عقد از ناحیه اصیل و قول به بطلان عقود منافی ۴۷۹
- اشکال چهارم: دلالت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بر حکم واقعی ۴۷۹
- عدم ترتب احکام مصاهره در صورت ردّ عقد توسط «من له الاجازه» ۴۸۰
- اشکال صاحب عروه بر علامه و پاسخ آن ۴۸۰

- ۴۸۱ بطلان عقد فضولی در فرض انشای تزویج منافی توسط «من له الإجازة»
- ۴۸۲ عدم تنافی کشف حقیقی با عدم نفوذ اجازه در مقام
- ۴۸۵ کتابنامه جلد‌های ۱ تا ۱۲ کتاب نکاح