

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

بیان چهارم برای استدلال به روایات نکاح فضولی

عرض کردیم به این روایات نکاح به وجوهی استدلال شده؛ یعنی بیان استدلال مختلف و متعدد است. مرحوم شیخ روی مسئله‌ی اولویت وارد شدند و بعد این اولویت را با یک روایت صحیح خراب می‌کنند و در نتیجه می‌فرمایند دیگر نمی‌شود به این روایات استدلال کرد برای صحّت بیع فضولی. اگر ما بتوانیم راه دیگری را اثبات کنیم و بیان دیگر، این روایات قابلیت استدلال دارد، آن دو بیان را که از امام عرض کردیم به نظر ما تمام است.

بیان چهارم این است که کسانی که می‌خواهند از راه این روایات استدلال کنند بیايند از راه اجماع مرکب وارد شوند، به چه بیان؟ به این بیان که مخالف با صحّت فضولی مرحوم شیخ طوسی از قدما، مرحوم فخر المحققین از متأخرین است، اینها حرفشان این است که اگر فضولی صحیح باشد هم در نکاح و هم در بیع صحیح است و اگر باطل باشد در هر دو باطل است، اینها قائل به فصل بین نکاح و بیع نیستند. ما از این روایات اگر استفاده کردیم صحّت فضولی را، به شیخ عرض می‌کنیم پس شما باید بیع فضولی را هم قبول کنید، به فخر المحققین عرض می‌کنیم شما باید بیع فضولی را هم قبول کنید. بحث اولویت یا بحث اینکه بگوئیم امام (ع) یک ملاک کلی در اینجا فرمودند نیست! می‌گوئیم همین مقدار این روایات تدلّ بر صحّت نکاح فضولی، می‌گوئیم ضمیمه می‌کنیم اجماع مرکب را. اجماع مرکب این است که اگر نکاح فضولی صحیح باشد بیع فضولی هم صحیح است، اگر صحیح نباشد بیع هم صحیح نیست. پس باید شیخ و فخر المحققین به خاطر این روایات بیع فضولی را هم بالاجماع المركب صحیح بدانند.

این وجه ولو صاحب غایة الآمال اشکالی نکرده ولی اشکالش خیلی روشن است، بالأخره این روایت‌ها در مرئی و منظر شیخ طوسی هم بوده، اینطور نیست که بگوئیم شیخ طوسی در کتاب النکاح فتوا به صحّت نکاح فضولی داده باشد بلکه این مورد یک مورد خاصی است، موردی است که اگر عیدی بدون اذن مولا نکاح کند.

اگر در ذهن شما بیاید که شما روایت شریکین را چکار می‌کنید که دو نفر شریک هستند نسبت به یک عبد، احد الشریکین این عبد را به طور کلی می‌فروشد، نسبت به سهم دیگری، این احد الشریکین عنوان اجنبی را دارد. باز ببینید درست است این روایات شریک هم تا یک اندازه‌ای مثل اجنبی است اما باز یک مقداری فرق دارد، چون بالأخره در شریکین یک احکامی هست اینجا، احد الشریکین می‌تواند حتّی سهم شریک دیگر را اگر بیع انجام بدهد حق شفعه دارد، یا احکام دیگری. خیلی نمی‌توانیم بگوئیم شریکین هم عنوان اجنبی عرفی را دارد، آنچه که در باب فضولی می‌باشد فضولی محض است و محلّ بحث جایی است که یک کسی کاملاً اجنبی است، اینجا احد الشریکین نصف عبد مال این بوده یعنی در نیمی از این عبد خودش ملکیت دارد،

آمده نیم دیگرش را یکجا فروخته، به حسب دقّی این اجنبی، اما عرف باز اینجا این احد الشریکین را اجنبی نمی‌داند. لذا این اجماع مرکّب نمی‌تواند دلیل باشد.

اولویت می‌شود بیان اول، آن دو بیان امام دوم و سوم، این اجماع مرکب هم بیان چهارم.

بیان پنجم برای استدلال به روایات نکاح فضولی

بیان پنجم این است که بین نکاح و تصرّفات مالیه یک فرق مهمی وجود دارد، حلیّت در باب فروج به مجرد رضایت محقق نمی‌شود، یعنی اگر بگویند همین که زن راضی شده خودش را در اختیار مرد قرار بدهد شرع نمی‌گوید هذا نکاح، این غیر از نکاح معاطاتی است؛ این را اشتباه نفرمائید.

نکاح معاطاتی با مسئله‌ی رضایت فرق دارد؛ این را چون دیدم خیلی‌ها اشتباه می‌کنند. آنچه در باب رضایت است زن راضی می‌شود خودش را در اختیار مرد قرار بدهد که این می‌شود رضایت، هیچ فقیهی، هیچ کسی نه از عامه و نه از خاصه نمی‌گوید به مجرد رضایت این حلال می‌شود، اگر این باشد اصلاً باید بگوئیم دیگر زنا محقق نمی‌شود الا زنای به عنف، به قهر و غلبه، اما نکاح معاطاتی به این معناست که زن خودش را به عنوان زوجه در اختیار مرد قرار بدهد و مرد هم به عنوان زوج فرض کنید از او استمتاع ببرد، یعنی اگر استمتاع به قصد زوجیت باشد، به قصد تزویج من الطرفین باشد این را می‌گویند نکاح معاطاتی و الا مجرد الرضا نکاح معاطاتی نیست، اگر مجرد الرضا نکاح معاطاتی بود باید بگوئیم تمام زناهایی که واقع می‌شود عنوان نکاح را دارد و مشروع است. حتی در معاطات بیعی هم انشاء فعلی است یعنی قصد معامله لازم است، این کسی که پول می‌دهد و جنس را تحویل می‌گیرد باید قصد معامله داشته باشد.

وجه پنجم و بیان پنجم این است که در نکاح به مجرد الرضا حلیّت فرج محقق نمی‌شود این مسلم، اما در اموال به مجرد الرضا حلیّت تصرف می‌آید. اگر شخص راضی باشد دیگری در مالش تصرّف کند حلیّت تصرف می‌آید، بیائیم اینطور بگوئیم در نکاحی که به مجرد الرضا حلیّت تصرف نمی‌آید و حتماً لفظ لازم است اگر این لفظ از فضولی صادر شد، روایات می‌گوید کافی است، پس در بیعی که تصرف مالی است اگر فضولی آمد با لفظ بیعی را واقع کرد قطعاً باید درست باشد، این یک نوع اولویت دیگری است. این بیان پنجم یک بیان دیگری برای اولویت است و یک نوع اولویت دیگری است.

حالا آن اشکالی که بعداً ما در مورد اولویت - که قبلاً هم گفتیم - اولاً اشکال این اولویت این است که ظنی است و ما نمی‌توانیم از این اولویت ظنیّه تنقیح مناط کنیم این یک اشکالش است و اشکال مهم‌تر آن، اینکه مرحوم شیخ آمده در روایات فرموده آن چیست؟ که ذکر می‌کنیم، این بیان پنجم.

در بیان ششم بیانی است که مرحوم شیخ جعفر کاشف الغطاء در شرح قواعدش دارد و ولدش شیخ حسن کاشف الغطاء هم از او تبعیت کرده، در کتاب انوار الفقاهه که مال حاج شیخ حسن است. صاحب جواهر هم از این پدر و پسر تبعیت کرده، حالا این بیان چیست؟ مرحوم کاشف الغطاء می‌گوید گاهی خود نکاح متضمن یک بیع است یعنی صداق و مهریه‌ی در نکاح را یک بیع قرار می‌دهند، آن وقت سؤالش این است که اگر یک کسی نکاح فضولی انجام داد و مهریه‌اش را بیع قرار داد، آیا اطلاق این روایات این نکاح را شامل می‌شود یا نه؟ قطعاً شامل می‌شود. حالا عبارت را بخوانیم: قد يتضمن الصداق بیعا، فتشمله حينئذ فضولی النکاح، نکاح فضولی شاملش می‌شود. و مع جوازه جعل البیع و الإجارة و نحوهما صداقاً أو داخله فیهِ و یعمّه الفضولی، در توضیح مطلب باید اینطور بگوئیم که اگر زن یک خانه‌ای دارد و می‌خواهد خانه‌اش را بفروشد، فضولی می‌آید به یک کسی می‌گوید زوجتک المرأة و جعلت صداقها ان تبیع أنت دارها، این زن را به ازدواج تو در می‌آورم صداقش این است که خانه‌ی او را بفروشی، فرض کنید زن قدرت بر فروش این خانه ندارد، صداق آنست که مالیت داشته باشد و این عمل خودش مالیت دارد، تو بروی این خانه را بفروشی، اینجا ادله‌ی نکاح فضولی این را می‌گیرد که این دارد این زن را به ازدواج این مرد در می‌آورد و

اگر بعداً زن آمد گفت من اجازه می‌کنم این صداق هم که در اینجا واقع شده، فرض کنید این مرد هم رفت این خانه را فروخت، اینجا ادله‌ی نکاح فضولی شاملش می‌شود.

پس جایی که صداق یک بیعی باشد و خود نکاح که فضولی شد قطعاً بیعش هم فضولی است، اگر بیع فضولی در ضمن نکاح فضولی بر طبق ادله‌ی فضولی صحیح شد باید بیع فضولی مجرد و مستقل هم صحیح باشد نمی‌توانیم بگوئیم بیع فضولی اگر در ضمن نکاح فضولی بود ادله می‌آید او را تصحیح می‌کند اما اگر در ضمن نکاح فضولی نباشد ادله تصحیح نمی‌کند.

نقد مرحوم مامقانی به بیان مذکور

خود صاحب کتاب غایه الآمال

[1] اشکالی کرده و اشکالش هم وارد است؛ آن اشکال این است که این ادله‌ی صحّت نکاح فضولی اشاره دارد به نکاح من حیث هو نکاح، یعنی اصلاً در مقام این است که بگوید نکاح فضولی آیا صحیح است یا نه؟ اما دیگر اشاره‌ای به اینکه صداق چه می‌تواند باشد یا نمی‌تواند باشد، اشاره‌ای به این مطلب ندارد. به عبارت دیگر این ادله‌ی صحّت نکاح فضولی می‌گوید نکاح از حیث فضولی بودن اشکالی ندارد حالا آیا ما می‌توانیم از این ادله استفاده کنیم که چون نکاح فضولی است یک چیزی که حتّی مالیت هم ندارد صداق قرار بدهیم؟ نه. نظر ندارد به اینکه چه چیز صداق واقع شود و چه چیز واقع نشود! به عبارت دیگر ما باید خارجاً، اگر خارجاً گفتیم بیع فضولی باطل است به این معناست که بیع فضولی را نمی‌توانیم صداق قرار بدهیم، همان طوری که می‌گوئیم خوک مالیت ندارد، خون مثلاً مالیت ندارد، این را شما نمی‌توانید صداق قرار بدهید. یک کسی بگوید من ازدواج می‌کنم به شرط اینکه مهریه‌ی من یک خوک باشد! مالیت ندارد. اینجا هم نمی‌توانیم بگوئیم این ادله از این جهت شاملش می‌شود.

پس این ادله چون فقط از حیث فضولی بودن نکاح مسئله را بررسی می‌کند و نظر به این جهت دارد، اما نظر به این ندارد که کدام صداق درست و کدام درست نیست، لذا این ادله ما نحن فیه را شامل نمی‌شود، این بیان‌های مختلفی است که ما عمده‌اش را گفتیم. اجمالاً با قطع نظر از مسئله‌ی اولویت و غیر از این وجهی که صاحب جواهر این را پسندیده و خیلی هم از صاحب جواهر تعجب است که چطور این وجه را پسندیده، آن دو وجهی که امام رضوان الله علیه گفتند از همه‌ی اینها قوی‌تر است، یعنی هم از مسئله‌ی اجماع مرکب، هم از این بیان کاشف الغطاء، هم از اولویتی که از راه لفظ وارد شدیم، اولویت راه‌های دیگر را هم قبلاً عرض کردیم باطل است. پس به نظر ما استدلال به این روایات فقط روی همان دو بیانی که امام رضوان الله تعالی علیه فرمودند و بیان محکمی بود و ما هم توضیحش را دادیم و آن استفاده‌ای هم که در مورد دیگری لازم بود از این روایات کردیم.

مرحوم شیخ انصاری قدس سره اولویت را پسندیده، اما می‌فرماید فحوا و استدلال به فحوا حسن، إلا اینکه یک نصّی در مقام وجود دارد و موهن است، این نص صحیح‌ی علاء بن صبابه است در کتاب الوکالة ابواب احکام الوکالة حدیث دوم جلد 19 وسائل صفحه 163؛ من اجمالش را عرض می‌کنم و توضیحش را روز شنبه بیان می‌کنم؛ در میان علمای عامه اگر موکل وکیل را عزل کند، وکیل اطلاع بر عزل پیدا نکند و بیاورد یک نکاح یا بیعی را انجام بدهد، عامه آمدند بین بیع و نکاح فرق گذاشتند گفتند اگر این وکیل قبل از علم به عزل بیعی انجام بدهد صحیح است، اما اگر نکاحی انجام داد صحیح نیست، یک زنی به وکیلی گفته من به تو وکالت می‌دهم تو برو من را به ازدواج زید در بیاور، این وکیل هم انجام می‌دهد اما در این بین زن او را از وکالت عزل می‌کند اما خبر عزلش به گوش وکیل نمی‌رسد، اگر خبر عزل به گوش وکیل برسد می‌گویند هم در بیع و هم در نکاح باطل است، اما اگر خبر عزل نرسید در نکاح قائل به بطلان هستند عامه، اما اگر زنی به این وکیل گفت برو خانه‌ام را بفروش، بعد از وکالت عزلش کرد و به گوش وکیل نرسید و وکیل آمد بیعی را انجام داد اینجا می‌گویند این بیع صحیح است، این در روایت آمده.

تحلیلی هم که دارند این است، خود عامه می‌گویند چون بضع در نکاح عوض ندارد لذا فاسد است، در بیع مال عوض دارد، بالأخره درست است از وکالت عزلش کرده ولی مالی که فروخته عوضی به جایش آمده، می‌گویند در بیع چون عوض دارد صحیح و در نکاح عوض ندارد باطل است.

این نکته‌ای است که امام به ظرافتی که داشته‌اند، می‌فرمایند اصلاً نگوئیم در باب نکاح تملیک وجود دارد نگوئیم زن تملیک می‌کند، زن چه چیز را تملیک می‌کند؟

(سؤال و پاسخ استاد):

زوجیت این است که من مال تو هستم و تو هم مال من، اما نه تملیک! این مالی هم که تعبیر می‌کنیم تعبیر درستی نیست. علقه‌ی همان که قرآن تعبیر کرده که زن لباس مرد است و مرد هم لباس زن است، یا علقه‌ی مودّت، بیائیم اینها را تعبیر کنیم، پیمان ازدواج یعنی پیمان لباس یکدیگر بودن، مودّت بین یکدیگر، اینهاست، اینکه بگوئیم بضعش را تملیک کرد، اگر این است فرض کنید دختر یک ساله را که به ازدواج یک مرد 20 ساله در می‌آورند بگوئیم این هم بضعش را تملیک کرده، این که قابلیت ندارد، یا از آن طرف یک زن 90 ساله را بیاورد ازدواج کند با یک مرد 90 ساله، آن دیگر چیزی نیست که مسئله‌ای باشد.

شبهه‌ی اینکه در ذهن آمده که صداق عوض است، چون قبلش ما یک چیزی را مفروض می‌گیریم که زن تملیک می‌کند بضع را، اصلاً تملیک وجود ندارد و مجرد اینکه در عقد متعه می‌گویند مهریه شرطیت دارد به این معنا نیست که پس حتماً این هم عوض البضع است و لذا اگر مردی زنی را به ازدواج موقت خودش درآورد و هیچ استفاده‌ای از او نکرد، باید این پول را بدهد یا نه؟ باید این پول را بدهد. این استمتاع از آثار این عقد است، تازه این استمتاع جنسی هم یکی از انواع استمتاع است، خود همراه هم بودن و زندگی کردن با هم، اینکه اینها می‌خواهند ولدی از ایشان به وجود بیاید که در مسئله‌ی ولد باز مسئله‌ی استمتاع هم موضوعیت ندارد، خود استیلا که ما یک زمانی اینجا بحث کردیم و گفتیم به نظر ما استیلا از حقوق مرد است. علی‌ای حال صداق، عنوان عوض ندارد چون نه در ازدواج دائم و نه موقت، تملیکی در کار نیست.

(سؤال و پاسخ استاد): گاهی اوقات در روایات به جای صداق یک معنایی در خود لفظ صداق هم وجود دارد، یک احترامی است که قرار داده می‌شود مثل یک هدیه است، مثل اینکه شما می‌خواهید بروید زیارت یک کسی و هدیه‌ای برایش می‌برید، اینطور نیست که بگویند این زیارت طرفین به عوض این است، این عوض نیست. اصلاً از ماده‌ی صداق همین استفاده را می‌خواهند بکنند و بحث عوض و ... در کار نیست.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرين

[1] غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب؛ ج3، ص: 359

لكن بعد ذلك كله لا يخفى سقوط ما ذكره لأن أدلة صحة نكاح الفضولي واردة في مقام بيان حكم آخر ناظرة إلى جهة أخرى و هي كون النكاح صحيحاً من حيث هو من دون نظر إلى ان الصداق ما ذا فهل ترى ان الفضولي الذي جعل الصداق خمراً أو خنزيراً يصحّ لنا ان نصحح إصداقه بأن نقول ان إطلاق أدلة فضولي النكاح يفيد صحة الصداق و لزومه في العقد المذكور فتدبر ثم

مامقانی، محمد حسن بن الملا عبد الله، غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب، 3 جلد، مجمع الذخائر الإسلامية، قم - ایران، اول، 1316 هـ ق