

بسم الله الرحمن الرحيم

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

بررسی سه دسته روایات باب نکاح فضولی

در این دلیل چهارم که به این روایات استدلال کردیم برای صحّت بیع فضولی، عنوانش روایات وارده‌ی در نکاح فضولی است. اگر بخواهیم یک تقسیمی در این روایات داشته باشیم بر سه قسم است؛ برخی مضمونش روایاتی بود که عبد بدون اذن مولا می‌رود تزویج می‌کند که ما گفتیم از این روایات خصوصاً این تعبیری که دارد «فإذا أجازة جاز» یک قاعده‌ی کلی را استفاده می‌کنیم که در هر معامله‌ی مالی اگر مالک اجازه داد بعد از معامله، معامله تمام است.

اما غیر از این طایفه‌ی روایات دو طایفه‌ی دیگر وجود دارد، یک طایفه روایاتی است که دلالت دارد بر اینکه احد الشریکین مملوک خودش را بدون اذن شریک دیگر تزویج به زنی می‌کند. مثل این روایت عبید بن زرارة عن أبي عبدالله (ع) فی عبد بین رجلین زوجه أحدهما و الآخر لا يعلم، در این روایت یک عبدی است که دو نفر بالاشتراك مالک او هستند، حالا احد المالکین می‌آید این عبد را تزویج به یک زنی می‌کند و الآخر لا يعلم، ثم إنه یعنی إن الآخر علم بعد ذلك، أ له ان یفرق بينهما، آیا شریک دیگر می‌تواند بین این دو تا جدایی بیندازد؟ قال للذی لم یعلم و لم یأذن أن یفرق بينهما، امام (ع) فرمود آن کسی که نمی‌داند و اجازه نمی‌دهد می‌تواند نکاح را بهم بزند و إن شاء ترکة علی نکاحه، اگر هم خواست اجازه کند و این نکاح باقی بماند، این روایتی است که قبلاً هم اشاره کرده بودیم. (وسائل الشیعه جلد 21 صفحه 116 کتاب النکاح ابواب نکاح العبد باب 25 حدیث اول)

روایت دیگر علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر (ع) قال سألته عن مملوكة بین رجلین زوجهما، یک مملوکه‌ای که مشترک بین دو نفر هست یکی از این دو نفر آمد او را تزویج کرد و الآخر غایب، دیگری غایب است. «هل یجوز النکاح» آیا نکاح جایز است؟ امام (ع) در جواب می‌فرماید «إذا کره الغایب لم یجز النکاح» اگر غایب کراهت داشته باشد، نکاح صحیح نیست، که این در وسائل الشیعه جلد 21 صفحه 190 باب 70 از همان کتاب النکاح حدیث اول است.

این روایت را که عمدتاً خواندیم برای اینکه این إذا کره الغایب لم یجز النکاح، این کره در اینجا به چه معناست؟ آیا مراد کراهت حین العقد است؟ یعنی مراد عدم رضایت یا کراهت حین العقد است که نتیجه بگیریم که اگر حین العقد مالک راضی نبوده باطل است و در نتیجه دلالت بر بطلان فضولی داشته باشد، یا اینکه نه! مراد کراهت بعد العقد است، یعنی بعد از اینکه اطلاع پیدا کرد بعد العقد اگر کراهت نسبت به این امر داشت و رد کرد آن موقع این معامله درست نیست.

این نکته را امام رضوان الله تعالی علیه هم دارند، چون در خود سؤال دارد و الآخر غایب، غایب یعنی لم یطلع علی ذلك، غایب یعنی حین العقد اصلاً نبوده و اطلاع نداشته، این إذا کره یعنی کره بعد التزویج، کره بعد التزویج یعنی ردّت، حالا ما قبلاً گفته

بودیم که کراهت اعم از رد است، قبلاً این مطلب را گفته بودیم که کراهت اعم از رد است ولی در این روایت کراهت یعنی رد، لذا کره الغایب یعنی إذا رد الغایب لم یجز النکاح، مفهومش این است که إذا لم یکره یصح النکاح، اگر رد نکرد و آن را امضا کرد نکاح صحیح است.

روایت قبلی داشت «وإن شاء ترکة علی نکاحه» یک بحثی بعداً داریم که در باب فضولی اگر آمد رد کرد تمام است، همین که رد نکرد یعنی اجازه؟ یا نه! خود اجازه نیاز به انشاء دارد؛ از این روایات استفاده می‌شود آنچه نیاز به انشاء دارد رد است اما اگر رد نکرد همین کفایت در اجازه می‌کند منتهی فعلاً بحث مجالش اینجا نیست بعداً که برسیم این را آنجا ان شاء الله ذکر خواهیم کرد.

پس این طایفه‌ی دوم هم این دو روایتی که خواندیم به خوبی از آن استفاده می‌شود که معامله‌ی فضولی مطلقاً درست است، نه در خصوص نکاح؛ امام رضوان الله تعالی علیه تعبیری دارند که می‌فرمایند عرف از این دو روایت، صحّت مطلق فضولی را می‌فهمد، چرا؟ می‌فرماید اگر در سؤال و جواب دقت کنیم محلّ اصلی سؤال و جواب تصرف در مال غیر من غیر اذن است، محل اصلی این است که بدون اذن مالک در آن مال تصرف شده، به خصوص نکاح در اینجا نظری نیست. این طایفه‌ی دوم.

اما آنچه بیشتر می‌خواهیم رویش دقت کنیم طایفه‌ی سوم است، آن هم روی فرعی که خیلی مورد بحث است.

طایفه سوم روایات تزویج صغیر و صغیره است، دو تا فرع مطرح است: یکی اینکه اگر اولیاء عرفی مثل عمو و دایی بیایند صغیر و صغیره را تزویج کنند این یک احکامی دارد که بعد روایاتش را می‌خوانیم. این از مصادیق فضولی است، اما اگر ولی آمد صغیر و صغیره را تزویج کرد مثل پدر، دو تا پدر اگر آمدند پسر صغیر و دختر صغیره را به عقد یکدیگر درآوردند مشهور می‌گویند که اینها بعد از اینکه بالغ شدند هیچ گونه اختیاری ندارند و حق بهم زدن ندارند.

امام در مسئله 5 تحریر الوسیله در کتاب النکاح در اولیاء عقد می‌فرماید «إذا وقع العقد من الأب أو الجد عن الصغیر أو الصغیره مع مراعات ما یجب مراعاته» یعنی مراعات مصلحت این بچه‌ها را کنند «لا خيار لهما بعد بلوغهما» بعد از اینکه این دو تا بزرگ شدند این عقد تمام است و حق بهم زدن ندارند بل هو لازم علیهما، این یک فرع.

فرع دوم این است که اگر این صغیر و صغیره را ولیّ عرفی اینها مثل (عمو، دایی و برادر) تزویج کرد هر دوی‌شان بعد از اینکه بالغ شدند می‌توانند نکاح را اجازه یا رد کنند!

یکی دو روایت هست هم در مورد ولی و هم پدر؛ روایت اولی صحیحی ابو عبیده حزاء است اینها را امام رضوان الله تعالی علیه متعرض شدند اما نه شیخ متعرض شده و نه مرحوم خوئی متعرض شده، اتفاقاً جای بحثش اینجا است که باید بالأخره مطرح شود. سؤال این است که اگر ولیّ شرعی آمده این تزویج را انجام داده، چرا فضولی نباشد؟ چون وقتی فقها می‌گویند بعد از بلوغ لا خيار لهما، به این معناست که این از اختیارات ولی بوده، کار ولی فضولی نبوده. آن موقع این دو تا صغیره بودند در آن زمان این دو تا رأی نداشتند پس در آن زمان نکاحی که واقع شده فضولی نبوده. بعد هم که بالغ می‌شوند دلیلی نداریم بر اینکه بگوئیم اینها بتوانند بهم بزنند.

این بحث خوبی است و یکی از چیزهایی است که از قدیم الایام در ذهنم به عنوان یک سؤال مطرح بود؛ این بچه‌ی یک ماهه یا یک ساله ای که پدرش می‌آید به ازدواج یک صغیره در می‌آورد، بعد از اینکه بالغ می‌شود چرا حق نداشته باشد؟ یا دختر دو سه ساله را اگر پدرش به ازدواج یک صغیر درآورد یا حتّی به ازدواج کبیر درآورد و بعداً این دختر بالغ شد، باز اختیار ندارد. از چیزهایی است که برای انسان سؤال است و پذیرش چنین حکمی برای جامعه و مردم آسان نیست مخصوصاً وقتی خود دختر

بالغه باشد می‌گوئیم روی نظر کسانی که می‌گویند اذن پدر شرط است باز اگر پدر آمد دختر بالغه را به ازدواج یک کسی درآورد، آنجا همه‌ی فقها می‌گویند باز اذن دختر شرط است، می‌گویند این ولایت دارد اما ولایتش منافات با اشتراط اذن خود دختر ندارد. دختر بالغه است و پدر بدون اینکه به او بگوید او را به ازدواج دیگری درآورد، اینجا از یک جهت فضولی است اما اگر همین پدر دختر غیر بالغ را، صغیره را به تزویج دیگری در بیاورد می‌گویند فضولی نیست، وقتی فضولی نشد دیگر احکام فضولی بر آن بار نمی‌شود و عرض کردم تقریباً ادعای عدم خلاف شده. تنها کسی که دیدم یک مقداری اشکال می‌کند مرحوم آقای خوئی در حاشیه‌ی عروه است، ایشان اشکال می‌کند و می‌فرماید ولو در مسئله شهرت وجود دارد و ادعای عدم خلاف هم شده اما ایشان اشکال می‌کند.

گفتیم به مناسبت اینکه بحث به اینجا رسیده خوب است که این مسئله را منقح کنیم و وارد دلیل دیگر شویم.

گفتیم روایات فضولی سه طایفه است، دو طائفه را گفتیم و طایفه‌ی سوم روایات تزویج صغیرین است، روایت اول صحیح‌ی ابی عبیده‌ی حزاء جلد 26 و سائل کتاب الفرائض و الموارث صفحه 219 باب 11 حدیث 1؛ قال سألت ابا جعفر (از امام باقر (ع) سؤال کرده) عن غلامٍ و جاریةٍ زوّجهما ولیّان لهما، یک غلام و جاریه‌ای را دو تا ولیّشان به ازدواج هم درآوردند، بعد دارد و هما غیر مدرکین، این دو تا بالغ نیستند! حالا دو تا قرینه در این روایت وجود دارد که با آن دو قرینه می‌گوئیم مراد از ولیّان ولیّ عرفی‌اند، ما یک ولیّ شرعی داریم مثل پدر، جدّ من ناحیه الأب، اینها ولیّ شرعی‌اند، اما برادر، مخصوصاً برادر بزرگ، عمو، دایی، اینها ولیّ عرفی‌اند.

می‌گوید این دو ولیّ عرفی آمدند این تزویج را انجام دادند فقال (ع) النکاح جایز، نکاح صحیح است. ائیهما أدرك كان له الخيار، هر کدام بالغ شدند اختیار دارند و می‌توانند نکاح را امضاء یا رد کنند، فإن ماتا قبل أن يدركا، اگر هر دو قبل از اینکه بالغ بشوند بمیرند، فلا میراث بینهما، بین اینها میراثی وجود ندارد و لا مهر إلا أن يكون قد أدركا و رضيا، یعنی میراث و مهر متفرّع است بر اینکه هر دو بالغ بشوند و هر دو راضی بشوند، این یک سؤال و جواب.

سؤال دوم، قلت فإن أدرك أحدهما قبل الآخر، اگر یکی قبل از دیگری بالغ شود ادرك یعنی درک و شعور یعنی به مرحله‌ی بلوغ برسد. قال يجوز ذلك عليه إن هو رضی، اگر رضایت بدهد می‌تواند راضی بشود، يجوز ذلك یعنی این نکاح بر این مدرک اگر رضایت دارد.

سؤال سوم، قلت فإن كان الرجل الذی أدرك قبل الجارية و رضی النکاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية، اگر غلام بالغ شود، راضی شود، بعد بمیرد، اما هنوز آن صغیره بالغ نشده آیا از این غلامی که بالغ شده و به نکاح راضی شده و حالا مُرده، این جاریه ارث می‌برد؟ امام (ع) فرموده نعم، یعزل میراثها منه حتّی تدرك، میراث این دختر از این مرد را کنار می‌گذارند تا اینکه این دختر بالغ شود، و تحلف بالله بأنّه ما دعاها إلى أخذ الميراث، بگذارند بالغ شود قسم بخورد به اینکه إلا رضاها بالتزویج، دعوت نکرده این صغیره را به اخذ میراث مگر رضایت به تزویج.

در عبارت بعضی از فقها، در فتوا، می‌گویند این دختر قسم بخورد که به طمع میراث نیست، حالا الآن این دختر بالغ شد، به او گفتند آن مرد تو قبلاً بالغ شده، رضایت به ازدواج داده، مُرده، اگر تو رضایت بدهی از او ارث می‌بری. در عبارت فقها این است که این زن قسم بخورد بر اینکه به طمع المیراث نیست. در روایت آمده تحلف بأنّه ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا، قسم بخورد که من راضی به تزویج، اینجا مرحوم آقای گلپایگانی قدس سره (صاحب این مدرسه مبارکه) این دقت را در حاشیه‌ی عروه کرده، ایشان می‌فرماید عبارت فقها این است تحلفُ به اینکه این رضایت برای طمع نیست بعد ایشان می‌گوید روایت عبارت از این است که تحلف به اینکه راضی به تزویج است و بین این دو تا فرق وجود دارد، ممکن است کسی طمع نداشته باشد اما راضی به تزویج با او هم نباشد، ممکن است یک کسی خیلی پولدار باشد و این ارث برایش صفر باشد اما راضی به تزویج نباشد، باید قسم

بخورد که من رضایت به تزویج دارم. ثم يدفع إليه الميراث و نصف المهر.

سؤال چهارم، قلت فإن ماتت الجارية و لم تكن أدركت، حالا اگر برعکس بود و دختر قبل از بلوغ بمیرد، آیا ارثها الزوج المدرك، حالا زوج که بالغ شد و رضایت داد ارث می‌برد؟ قال لا، اینجا دیگر زوج ارث نمی‌برد لأن لها الخيار إذا أدركت، چون آن جاریه وقتی بالغ شد خيار داشت و این هنوز بالغ نشده مُرد، فرض این است که صغیره قبل از بلوغ مُرد و صغیر بالغ شد و رضایت داد! می‌فرماید نه، اینجا دیگر از جاریه و صغیره ارث نمی‌برد.

سؤال پنجم، قلت فإن كان أبوها هو الذى زوجها قبل أن تدرك، حالا در همین جا اگر پدر جاریه او را تزویج کرده باشد این «فإن كان أبوها» قرینه می‌شود که ولیّان شامل أب نمی‌شود، ولیّان یعنی ولیّ عرفی، این فإن كان أبوها یعنی ولیّ شرعی که پدر باشد، پدر این جاریه را تزویج کرد و جاریه هم قبل از اینکه بالغ شود مُرد، امام علیه السلام فرمود يجوز علیها تزویج الأب و يجوز علی الغلام و المهر علی الأب للجارية، می‌فرماید تزویج أب بر این جاریه صحیح است، یعنی تزویجی که پدر انجام داده صحیح است و اگر پدر بر غلام هم تزویج کند صحیح است، اما در اینجا که آمده دختر غیربالغ را به ازدواج مردی درآورده مهر به عهده‌ی پدر است، این یک روایت.

روایت دوم عبّاد بن کثیر، این هم همان آدرس است حدیث دوم؛ عن أبی عبدالله علیه السلام قال سألتُه عن رجلٍ زوّج ابنً له مدرکاً من یتیمٍ فی حجره، یک مردی پسر خودش را تزویج کرد که بالغ است به یک یتیمه‌ای که آن یتیمه را هم خودش دارد بزرگ می‌کند قال علیه السلام ترثه إن مات اگر این پسر بمیرد این جاریه از او ارث می‌برد، و لا يرثها اما اگر جاریه که بالغ نشده مُرد، یتیمه قبل از بلوغ بمیرد این پسر که زوج او شده از او ارث نمی‌برد، لأن لها الخيار، چون این جاریه بعد که بالغ می‌شود خيار داشته، می‌تواند بعد از بلوغ این نکاح را امضاء یا رد کند. لأن لها الخيار و لا خيار علیها فقط خيار به نفع او است و بر ضرر او نیست.

این طرف قضیه بحثی نیست، یعنی در آنجایی که صغیر و صغیره را ولیّین عرفیّین به تزویج درآوردند، اینها بعد از اینکه بالغ شدند نسبت به نکاح می‌توانند امضاء یا رد کنند، منتهی بحث در این است که همین صغیر و صغیره را اگر پدرانیشان آوردند به ازدواج درآوردند اینجا چرا ما بگوئیم خيار در اینجا برای اینها وجود ندارد؟ البته فتوا همین است، تقریباً ادعای عدم خلاف شده، روایات زیادی هم بر این معنا داریم. در مقابل هم یکی دو روایت صحیحه دارد، در یک یک اینها تأملی بفرمایید.

و صلى الله على محمد و آله الطاهرين