



## تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسّی طباطبائی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۵-۱۳۹۴

جلسه شصت و هفتم؛ دوشنبه ۱۳۹۵/۱/۱۶

**بررسی رکن دوم: (اولویت بیع فضولی به صحت بعد از حقوق اجازة نسبت به نکاح)**

**مناقشه‌ی شیخ رحمته در اولویت مذکور**

مرحوم شیخ رحمته ابتدا می‌فرمایند این اولویت، حسن است، اما در ادامه با استناد به نصّی که در ردّ حکم عامه در مسأله‌ی «تزوید و کیل معزول در صورت جهل به عزل» وارد شده، در این اولویت مناقشه می‌کنند. [ما ابتدا روایت را ذکر کرده و سپس مناقشه‌ی شیخ رحمته را بیان می‌کنیم] روایت چنین است:

**— روایت العلاء بن سیابة:**

وَ [مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ] بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ سَيَابَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام عَنِ امْرَأَةٍ

۱. کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۳۵۶:

[المناقشة في الاستدلال المذكور]

و قد أشار إلى هذه الفحوى في غاية المراد، و استدللّ بها في الرياض، بل قال: إنّه لولاها أشكل الحكم من جهة الإجماعات المحكيّة على المنع. و هو حسن، إلّا أنّها ربما توهن بالنصّ الوارد في الردّ على العامّة الفارقين بين تزويد الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه، بالصحة في الثاني؛ لأنّ المال له عوض، و البطلان في الأوّل؛ لأنّ البضع ليس له عوض، حيث قال الإمام عليه السلام في مقام ردّهم و اشتباههم في وجه الفرق «سبحان الله! ما أجور هذا الحكم و أفسده؛ فإنّ النكاح أولى و أجدر أن يحتاط فيه؛ لأنّه الفرج، و منه يكون الولد .. الخبر».

و حاصله: أن مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع؛ من حيث الاحتياط المتأكد في النكاح دون غيره، فدّلّ على أنّ صحّة البيع تستلزم صحّة النكاح بطريق أولى، خلافاً للعامّة حيث عكسوا و حكموا بصحة البيع دون النكاح، فمقتضى حكم الإمام عليه السلام: أن صحّة المعاملة المالية الواقعة في كلّ مقام؛ تستلزم صحّة النكاح الواقع بطريق أولى، و حينئذٍ فلا يجوز التعدّي من صحّة النكاح في مسألة الفضولي إلى صحّة البيع؛ لأنّ الحكم في الفرع لا يستلزم الحكم في الأصل في باب الأولوية، و إلّا لم يتحقّق الأولوية، كما لا يخفى.

فالاستدلال بصحة النكاح على صحّة البيع مطابق لحكم العامّة من كون النكاح أولى بالبطلان؛ من جهة أنّ البضع غير قابل للتدارك بالعوض.

وَكَلَّتْ رَجُلًا بَأْنَ يُرَوِّجَهَا مِنْ رَجُلٍ فَقَبِلَ الْوَكَالََةَ فَأَشْهَدَتْ لَهُ بِذَلِكَ فَذَهَبَ الْوَكِيلُ فَرَوَّجَهَا ثُمَّ إِنَّهَا  
 أَنْكَرَتْ ذَلِكَ الْوَكِيلَ وَزَعَمَتْ أَنَّهَا عَزَلَتْهُ عَنِ الْوَكَالََةِ فَأَقَامَتْ شَاهِدَيْنِ أَنَّهَا عَزَلَتْهُ فَقَالَ: مَا يَقُولُ مَنْ  
 قَبْلَكُمْ فِي ذَلِكَ؟ قَالَ قُلْتُ: يَقُولُونَ يُنْظَرُ فِي ذَلِكَ فَإِنْ كَانَتْ عَزَلَتْهُ قَبْلَ أَنْ يُرَوِّجَ فَالْوَكَالََةُ بَاطِلَةٌ وَ  
 التَّرْوِيجُ بَاطِلٌ وَإِنْ عَزَلَتْهُ وَقَدْ رَوَّجَهَا فَالتَّرْوِيجُ ثَابِتٌ عَلَى مَا زَوَّجَ الْوَكِيلُ وَعَلَى مَا اتَّفَقَ مَعَهَا مِنْ  
 الْوَكَالََةِ إِذَا لَمْ يَتَعَدَّ شَيْئًا مِمَّا أَمَرَتْ بِهِ وَاشْتَرَطَتْ عَلَيْهِ فِي الْوَكَالََةِ قَالَ ثُمَّ قَالَ: يَعْزِلُونَ الْوَكِيلَ عَنِ  
 وَكَالَتِهَا وَلَمْ تُعَلِّمَهُ بِالْعَزْلِ؟! قُلْتُ: نَعَمْ يَزْعُمُونَ أَنَّهَا لَوْ وَكَلَّتْ رَجُلًا وَأَشْهَدَتْ فِي الْمَلَأِ وَقَالَتْ فِي  
 الْخَلَاءِ اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ عَزَلْتُهُ أَبْطَلْتُ وَكَالْتَهُ بَلَا أَنْ يَعْلَمَ فِي الْعَزْلِ وَيَنْقُضُونَ جَمِيعَ مَا فَعَلَ الْوَكِيلُ فِي  
 النِّكَاحِ خَاصَّةً وَفِي غَيْرِهِ لَا يُبْطَلُونَ الْوَكَالََةَ إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ الْوَكِيلُ بِالْعَزْلِ وَيَقُولُونَ الْمَالُ مِنْهُ عِوَضٌ  
 لِصَاحِبِهِ وَالْفَرَجُ لَيْسَ مِنْهُ عِوَضٌ إِذَا وَقَعَ مِنْهُ وَلَدٌ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: سُبْحَانَ اللَّهِ مَا أَجْوَرَ هَذَا الْحُكْمَ وَ  
 أَفْسَدَهُ إِنَّ النِّكَاحَ أُخْرَى وَ أُخْرَى أَنْ يُحْتَاطَ فِيهِ وَهُوَ فَرَجٌ وَمِنْهُ يَكُونُ الْوَلَدُ ...

وَرَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْخَشَّابِ عَنِ عَلِيٍّ

بْنِ حَسَّانَ عَنِ عَلِيٍّ بْنِ عَقْبَةَ عَنْ مُوسَى بْنِ أَكْبِيلِ النَّمِيرِيِّ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ سَيَّابَةَ نَحْوَهُ.<sup>٢</sup>

٢. وسائل الشيعه، ج ١٩، كتاب الوكالة، باب ٢، ح ٢، ص ١٦٣ و من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص ٨٤.

و [مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ] بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ سَيَّابَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ امْرَأَةٍ وَكَلَّتْ رَجُلًا بَأْنَ يُرَوِّجَهَا مِنْ رَجُلٍ فَقَبِلَ الْوَكَالََةَ  
 ... فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: سُبْحَانَ اللَّهِ مَا أَجْوَرَ هَذَا الْحُكْمَ وَأَفْسَدَهُ إِنَّ النِّكَاحَ أُخْرَى وَ أُخْرَى أَنْ يُحْتَاطَ فِيهِ وَهُوَ فَرَجٌ وَمِنْهُ يَكُونُ الْوَلَدُ إِنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ أَتَتْهُ امْرَأَةٌ  
 تَسْتَعْدِيهِ عَلَى أُخْيَيْهَا فَقَالَتْ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنِّي وَكَلْتُ أُخِي هَذَا بَأْنَ يُرَوِّجَنِي رَجُلًا وَأَشْهَدْتُ لَهُ ثُمَّ عَزَلْتُهُ مِنْ سَاعَتِهِ تِلْكَ فَذَهَبَ فَرَوَّجَنِي وَ لِي بَيْتَةٌ  
 أَنِّي قَدْ عَزَلْتُهُ قَبْلَ أَنْ يُرَوِّجَنِي فَأَقَامَتِ الْبَيْتَةَ فَقَالَ الْأَخُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّهَا وَكَلَّتْنِي وَلَمْ تُعَلِّمْنِي أَنَّهَا عَزَلْتَنِي عَنِ الْوَكَالََةِ حَتَّى زَوَّجْتَهَا كَمَا أَمَرْتَنِي  
 فَقَالَ لَهَا: مَا تَقُولِينَ؟ قَالَتْ: قَدْ أَعْلَمْتُهُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ - فَقَالَ لَهَا: أَلَكِ بَيْتَةٌ بِذَلِكَ؟ فَقَالَتْ: هُوَلَاءِ شُهُودِي يَشْهَدُونَ قَالَ لَهُمْ: مَا تَقُولُونَ؟ فَقَالُوا: نَشْهَدُ  
 أَنَّهَا قَالَتْ اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ عَزَلْتُ أُخِي فَلَمَّا عَنِ الْوَكَالََةِ بِتَرْوِيجِي فَلَمَّا وَأَنِّي مَالِكَةٌ لِمَرِي قَبْلَ أَنْ يُرَوِّجَنِي فَقَالَ: أَشْهَدْتُكُمْ عَلَى ذَلِكَ بَعْلِمٍ مِنْهُ وَ  
 مَحْضَرٍ؟ فَقَالُوا: لَا فَقَالَ: تَشْهَدُونَ أَنَّهَا أَعْلَمْتَهُ بِالْعَزْلِ كَمَا أَعْلَمْتَهُ الْوَكَالََةَ؟ قَالُوا: لَا قَالَ: أَرَى الْوَكَالََةَ ثَابِتَةً وَ النِّكَاحَ وَقِيعًا أَيْنَ الزَّوْجُ فَجَاءَ فَقَالَ خُذْ بِيَدِهَا  
 بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِيهَا فَقَالَتْ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَحْلِفْهُ أَنِّي لَمْ أَعْلِمَهُ الْعَزْلَ وَ لَمْ يَعْلَمْ بَعْرَلِي إِيَّاهُ قَبْلَ النِّكَاحِ قَالَ: وَ تَحْلِفُ؟ قَالَ: نَعَمْ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ -  
 فَحَلَفَ فَأَثْبَتَ وَكَالْتَهُ وَ أَجَازَ النِّكَاحَ.

همانا زنی آمد خدمت امیرالمؤمنین عَلَيْهِ السَّلَامُ و از برادرش شکایت کرد و گفت: یا امیرالمؤمنین عَلَيْهِ السَّلَامُ! من این برادرم را وکیل کردم که مرا به ازدواج  
 مردی دریابورد و بر آن شاهد گرفتم، سپس او را در همان ساعت عزل کردم و رفت و مرا به ازدواج درآورد، و بینه دارم که قبل از این که من را به  
 تزویج دریابورد، او را عزل کرده‌ام و بینه را اقامه کرد. برادر آن زن گفت: ای امیرالمؤمنین عَلَيْهِ السَّلَامُ، خواهرم مرا وکیل کرد و علم پیدا نکردم که مرا از  
 وکالت عزل کرده تا این که او را همان طور که گفته بود تزویج کردم. حضرت از زن پرسیدند: چه می‌گویید؟ گفت: به تحقیق من او را آگاه به عزل  
 کردم. حضرت فرمودند: آیا بینه‌ای بر آن داری؟ زن گفت: این‌ها شهود من هستند و شاهد بودند. حضرت به شهود گفتند: چه می‌گویید؟ شهود  
 گفتند: شهادت می‌دهیم که زن گفت: شاهد باشید که من برادرم فلانی را از وکالت در ازدواج با فلانی عزل کردم و من مالک امر خودم هستم قبل

علاء بن سیابۀ می گوید از امام صادق علیه السلام سؤال کردم درباره‌ی زنی که مردی را وکیل کرده بود که او را به ازدواج مرد دیگری در بیاورد، آن مرد هم وکالت را قبول کرده بود و زن شاهد بر آن هم گرفته بود. پس وکیل رفت و زن را به تزویج آن مرد درآورد، سپس زن انکار کرد که این مرد وکیل اوست و گمان کرد که او را از وکالت عزل کرده است، و دو شاهد اقامه کرد که او را عزل کرده است. حضرت فرمودند: کسانی که طرف شما هستند (یعنی علماء عامه) در این باره چه می گویند؟ خدمت حضرت عرض کردم: می گویند در این مورد نگاه می شود اگر زن وکیل را عزل کرده بود قبل از این که او را به تزویج درآورده باشد، وکالت باطل و در نتیجه نکاح هم باطل است، و اگر وکیل را عزل کرده بود در حالی که او را به تزویج درآورده باشد، پس تزویج ثابت است بر آن کسی که وکیل تزویج کرده بر آن چه که وکیل و آن زن در عقد وکالت اتفاق کرده اند، در صورتی که وکیل نسبت به آن چه که زن بدان امر کرده و در وکالت شرط کرده است تعدی نکرده باشد. حضرت فرمودند: وکیل را از وکالت عزل می کنند در حالی که آگاه به عزل نمی شود؟! عرض کردم: بله گمان می کنند اگر زن، مردی را که وکیل کرده و آشکارا بر آن شاهد گرفته، در خلوت بگوید شاهد باشید که من او را از وکالت عزل کردم، وکالت باطل می شود بدون این که وکیل علم به عزل پیدا کند. و نقض می کنند جمیع آن چه که وکیل در نکاح خاصه انجام داده بود، ولی در غیر نکاح، وکالت را باطل نمی دانند مگر در صورتی که وکیل علم به عزل پیدا کند. و چنین می گویند که مال، در مقابلش عوضی برای صاحبش است ولی فرج، عوضی در مقابل آن نیست وقتی از آن ولدی پدیدار شود. حضرت فرمودند: سبحان الله! چقدر این حکم جائزانه و فاسد است! همانا نکاح احری و اجدر در این است که در آن احتیاط شود، و نکاح فرج است و از آن ولد می باشد ...

مرحوم صدوق رحمته الله این روایت را با سند خود از علاء بن سیابۀ نقل می کند که سند ایشان در آخر من لا یحضره الفقیه چنین است<sup>۳</sup>:

از این که مرا تزویج کند. حضرت فرمودند: شما را در حضور برادرش شاهد گرفت به آن چه که گفت؟ گفتند: نه. حضرت فرمودند: شهادت می دهید که برادرش را عالم به عزل کرد چنان که عالم به وکالت کرده بود؟ گفتند: نه. حضرت فرمودند: وکالت را ثابت و نکاح را واقع می دانم. سپس حضرت پرسیدند: زوج کجاست؟ زوج آمد سپس حضرت فرمودند: دست زن را بگیر و مبارکت باشد. آن زن گفت: ای امیرالمؤمنین برادرم را قسم بده که او را آگاه به عزل نکردم و قبل از نکاح، علم به عزل پیدا نکرده است. حضرت به برادر فرمودند: قسم می خوری؟ گفت: بله یا امیرالمؤمنین. پس قسم خورد، پس حضرت وکالتش را تثبیت کرد و نکاحش را اجازه فرمود.

۳. بارها عرض کرده ایم که مرحوم صدوق رحمته الله در من لا یحضره الفقیه، ابتدای به روایتی کرده که آن ها را درک نکرده است، اما این به معنای مرسله بودن روایات نیست، بلکه همان طور که خود ایشان در مقدمه فرمودند، اسانید را برای جلوگیری از تکرار و حجیم شدن کتاب، حذف کرده و در آخر کتاب ذکر کرده اند:

✓ من لا یحضره الفقیه، ج ۱، ص ۲:

... فَأَجَبْتُهُ أَدَامَ اللَّهُ تَوْفِيقَهُ إِلَيَّ ذَلِكَ لِأَنِّي وَجَدْتُهُ أَهْلًا لَهُ وَصَنَّفْتُ لَهُ هَذَا الْكِتَابَ بِحَذْفِ الْأَسَانِيدِ لِئَلَّا تَكْثُرَ طُرُقُهُ وَإِنْ كَثُرَتْ فَوَائِدُهُ وَلَمْ أَقْصِدْ فِيهِ قَصْدَ الْمُصَنِّفِينَ فِي إِبْرَادِ جَمِيعِ مَا رَوَاهُ بَلْ قَصَدْتُ إِلَى إِبْرَادِ مَا أَفْتِي بِهِ وَأَحْكُمُ بِحُجَّتِهِ وَأَعْتَقِدُ فِيهِ أَنَّهُ حُجَّةٌ فِيمَا بَيْنِي وَبَيْنَ رَبِّي تَقَدَّسَ ذِكْرُهُ وَتَعَالَتْ قُدْرَتُهُ.

«و ما كان فيه عن العلاء بن سیابة فقد رویته عن أبي - رضی الله عنه - عن سعد ابن عبد الله،

عن أحمد بن محمد بن عیسی، عن الحسن بن علی الوشاء، عن أبان بن عثمان عن العلاء بن سیابة»

مرحوم صدوق رحمته الله این روایت را از پدر خود علی بن بابویه قمی نقل می کند که جلیل القدر است. ایشان از سعد بن عبدالله از احمد بن محمد بن عیسی نقل می کند که هر دو جلیل القدر هستند. الحسن بن علی الوشاء هم ثقة است و ابان بن عثمان هم که از اصحاب اجماع و ثقة است، بنابراین سند صدوق به العلاء بن سیابة تمام است، اما متأسفانه خود علاء بن سیابة توثیق ندارد. بله طبق مبنای کسانی که قائلند هر کسی که اصحاب اجماع از او نقل کنند ثقة است، می توان توثیق علاء بن سیابة را به دست آورد، اما ما این مبنا را قبول نداریم. بنابراین روایت از لحاظ سند به خاطر العلاء بن سیابة ناتمام است.

### وجه استدلال شیخ رحمته الله به روایت

مرحوم شیخ رحمته الله به این قسمت از روایت که حضرت فرمودند: «مَا أَجُورَ هَذَا الْحُكْمَ وَ أَفْسَدَهُ إِنَّ النِّكَاحَ أُخْرَى وَ أُخْرَى أَنْ يُحْتَاطَ فِيهِ وَ هُوَ فَرْجٌ وَ مِنْهُ يَكُونُ الْوَلَدُ» استناد کرده و در اولویت مذکور مناقشه می کند. به این بیان که:

از این عبارت که حضرت فرمودند: «همانا نکاح اُخری و اُجدر به احتیاط است» معلوم می شود که حضرت نکاح را فرع و بیع را اصل قرار دادند؛ یعنی فرمودند اگر بیع صحیح باشد، عقد نکاح به طریق اولی صحیح است، در حالی که ما برای اثبات رکن دوم استدلال، دنبال عکس مطلب هستیم و می خواهیم بگوییم اگر نکاح صحیح باشد، به طریق اولی بیع صحیح است. بنابراین چون حضرت نکاح را فرع قرار دادند، در باب اولویت نمی توان گفت حکمی که بر فرع مترتب است، لزوماً بر اصل یعنی بیع هم مترتب است. پس اگر روایتی دال بر صحت نکاح فضولی با اجازه ی لاحق بود، نمی توان از آن استفاده کرد بیع فضولی هم با حقوق اجازه صحیح می شود. نظیر این که اگر دلیلی بگوید اُف گفتن به پدر حرام است، از آن استفاده می شود که ضرب پدر به طریق اولی حرام است، اما اگر دلیل بگوید ضرب پدر حرام است، از آن استفاده نمی شود که تأفیف هم حرام است.

### بررسی مناقشه ی شیخ رحمته الله

عرض می کنیم ما هم در مورد اصل این اولویت بحث داریم و هم در مورد این روایت. در مورد اصل اولویت می گوییم:

حقیقت آن است که با صرف نظر از این روایت، ما اولویت مذکور را نمی‌دانیم؛ یعنی نمی‌دانیم در صورتی که نکاح فضولی با اجازه صحیح باشد، باید بیع فضولی اولی به صحت باشد یا حتی مساوی با آن باشد؛ چراکه ملاکات احکام دست ما نیست. و اگر بگویید چون عرف نکاح را اهم می‌داند - زیرا یا اصل نکاح اهم است و یا این که چون نکاح تملیک بضع است، تملیک بضع اهم از تملیک مال است - پس باید بیع اولی به صحت باشد، عرض می‌کنیم:

**اولاً:** تملیک بضع در نکاح، به معنای تملیک در بیع نیست. **ثانیاً:** ممکن است تملیک بضع احکامی داشته باشد که تملیک مال نداشته باشد و این احتمال قائم است. و به طور کلی چون شارع اهتمام ویژه‌ای به نکاح و تحقق آسان آن داشته، اسباب تحقق آن را تسهیل و اسباب ازاله‌ی آن را تشدید کرده است؛ مثلاً در طلاق شروطی را بیان کرده و آن را تشدید کرده است از جمله «لزوم لفظ خاص، حضور عدلین، وقوع در طهر غیر مواقعه» اما در نکاح نه لفظ خاصی به آن معنا شرط است، نه حضور عدلین، نه طهر غیر مواقعه، و حتی اگر مهر را هم ذکر نکنند موجب بطلان نیست، غرر به آن معنا در نکاح راه ندارد، و حتی شارع مقدس نکاح ملل دیگر را هم امضاء فرموده است «لکل قوم نکاح»<sup>۴</sup> برخلاف سایر عقود معاملات که چنین تعبیری در مورد آن‌ها وارد نشده است. بنابراین معلوم می‌شود علی‌رغم اهمیتی که شارع برای نکاح قائل است، چه بسا به خاطر این نکاتی که ذکر کردیم، تسهیلی در اسباب تحقق آن قائل شده باشد تا این که زنا محقق

۴. شارع مقدس فرموده است «لکل قوم نکاح». در روایتی آمده کافری عبور می‌کرد و یکی از مسلمین به او نسبت زنا داد، وقتی حضرت فرمودند چرا این طور می‌گویی؟ گفت: آقا این مجوسی است. حضرت به او فرمودند: هر قومی نکاحی دارند و این طور نگو.

✓ وسائل الشیعه، ج ۲۱، کتاب النکاح، أبواب نکاح العیبه، باب ۸۳، ح ۱، ص ۱۹۹ و الکافی، ج ۵، ص ۵۷۴:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ قَالَ: قَدَفَ رَجُلًا مَجُوسِيًّا عِنْدَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فَقَالَ: مَهْ فَقَالَ الرَّجُلُ إِنَّهُ يَنْكُحُ أُمَّهُ وَأُخْتَهُ فَقَالَ: ذَلِكَ عِنْدَهُمْ نِكَاحٌ فِي دِينِهِمْ.

مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ مِثْلَهُ.

✓ همان، ح ۲ و تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۴۷۲:

وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّقَّارِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ وَهْبِ بْنِ حَفْصِ بْنِ أَبِي بَصِيرٍ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام يَقُولُ: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وآله وسلم أَنْ يُقَالَ لِلْمَاءِ: يَا بِنْتُ كَذَا وَ كَذَا فَإِنَّ لِكُلِّ قَوْمٍ نِكَاحًا.

✓ همان، ج ۲۸، کتاب الحدود و التعزیرات، أبواب حد القذف، باب ۱، ح ۳، ص ۱۷۳ و الکافی، ج ۷، ص ۲۴۰:

وَ عَنْهُ [مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ] عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ] عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْحَدَّاءِ قَالَ: كُنْتُ عِنْدَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام فَسَأَلْتِي رَجُلًا مَا فَعَلَ غَرِيمُكَ؟ قُلْتُ: ذَاكَ ابْنُ الْفَاعِلَةِ فَظَنَرَ إِلَيَّ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام نَظْرًا شَدِيدًا قَالَ فَقُلْتُ جَعَلْتُ فِدَاكَ إِنَّهُ مَجُوسِيٌّ أُمَّهُ أُخْتُهُ فَقَالَ: أَوْ لَيْسَ ذَلِكَ فِي دِينِهِمْ نِكَاحًا.

وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ مِثْلَهُ.

نشود، بر خلاف بیع که شارع مقدس این تسهیلات را قائل نشده است.

**مضافاً** به این که در مورد نکاح، معمولاً خود مردم اهتمام دارند و کسی که می‌خواهد عروس یا داماد شود یا ولیّ آنان، مصالح و مفسد را به طور جدّی لحاظ می‌کنند، لذا لازم نیست شارع مقدس خیلی سخت‌گیری کند، برخلاف بیع که نیاز دائم افراد است و ممکن است به واسطه‌ی کثرت ابتلائی که مردم بدان دارند غافل شوند، لذا شارع باید حدود و ضوابطی وضع کند تا مردم گرفتار نزاع و درگیری نشوند، بدین جهت ممکن است تشدید در اجرای صیغه‌ی بیع باشد که در اجرای صیغه‌ی نکاح نباشد.

بنابراین رکن دوم استدلال ناتمام است و نمی‌توان گفت صرف این که عقد فضولی نکاح با اجازه قابل تصحیح است، عقد فضولی بیع هم به طریق اولی قابل تصحیح می‌باشد.<sup>۵</sup>

۵. [[برخی از اعلام محشین نیز در ای جا مطالبی دارند، از جمله:]]

✓ کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۱۵۵:

و أمّا التمسک بالأولویة، فتارة: من جهة أن العبد فی هذا التزویج محجور علیه، و فعله فضولی، فإذا صحّ ذلك صحّ ما كان فضولياً فقط.

و فيه: أن ذلك موجب لصحة نکاح الفضولی من غير العبد، لا سائر المعاملات.

و أخرى: ما أشار إليه الشيخ الأعظم (قدّس سرّه) حاكياً عن غيره: بأنّ تملیک بضع الغير إذا لم بالإجازة، كان تملیک ماله أولى.

مضافاً إلى ما علم من شدّة الاهتمام فی عقد النکاح؛ لأنّه یكون منه الولد.

و فيه: - مضافاً إلى أنّ التعبير بتملیک البضع غیر وجیه حتّى فی تزویج الإمام، فضلاً عن غیرهنّ أنّ الاهتمام بأمر الفروج لا یوجب التضييق فی

أسبابه، بل لعلّه موجب لتوسعتها؛ لتلّا یقع الناس فی السفاح، و هذا الاحتمال المعتدّ به موجب لعدم صحّة دعوی الأولویة.

و أمّا شدّة الاهتمام فی عقد النکاح فلا دلیل علیها، بل الدلیل علی خلافها، كما

فی رواية تزویج آدم حواء، ففيها قد زوجتکها فضّمها إليك.

و فی رواية تزویج رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلّم) الامرأة التي جاءت إليه و قالت زوجنی، قال (صلی الله علیه و آله و سلّم) مخاطباً

الزوج قد زوجتکها علی ما تحسن من القرآن، فعلمها إیّاه.

إلی غیر ذلك ممّا یتظهر منها عدم شدّة الاهتمام فی عقد النکاح.

✓ حاشیة کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط - الحدیثة)، ج ۲، ص ۹۰:

مع أن القیاس الذی یستدل بفحواه فاسد فی نفسه:

أمّا أولاً: فبأنّ تملیک البضع إذ لو حظ بنفسه فی قبال تملیک المال، فکون أحدهما بضعاً و الآخر مالاً لا یوجب الأولویة، و لذا لا أولویة

لتملیک الدار علی تملیک الجاریة التي یملک بضعها.

و إذا لو حظ من حیث عدم العوض للبضع، و وجود العوض للمال، فمع أنّه لا یمجرى فی الهبة و لا الصلح فی موردها.

مدفوع: بأنّ البضع له عوض لا محالة، غایة الأمر لا یمجرى ذکره و تعیننه فی مقام العقد، مضافاً إلى أنّ فحواه یوجب صحة البیع فی قبال الفضولی

عن الزوجة، و أمّا صحة الشراء فلا، فإنّه یتملکه بعوض فإنّ دخول بضع الزوجة فی ملک الزوج بلا عوض لا یمتدعی أولویة دخول المبیع فی ملک

المشتری بعوض، فإنّ صحة تملک شیء مجاناً بالإجازة لا یمتدعی صحة تملک شیء بالعوض مجاناً.

و ثانياً: أن تملیک شیء بعنوانه لا یقاس بتملیک شیء بعنوان آخر، کالتملیک البیعی و التملیک الصلحی، فإنّ عدم اعتبار ما یمتدعی فی التملیک

## كلام شيخ رحمته الله في معنى «احتياط در نکاح» در روایت ابو عبیده الحذاء

سؤالی در این جا باقی می ماند که وجه این که حضرت فرمودند نکاح، اولی و اجدر به احتیاط است

چیست؟

مرحوم شیخ رحمته الله ۶ وجهی را برای احتیاط بیان کرده و گفته اند: اگر در جایی که صحت نکاح مشکوک

---

المحض فی التملیک الصلحی مما لا شبهة فیہ، فعدم اعتبار مقارنة الرضا فی التملیک بعنوان النکاح لا یقتضی عدم اعتبارها فی التملیک المحض هذا.

✓ الحاشیة الأولى علی المكاسب (للخوانساری)، ص ۶۴:

قوله (فان تملیک بضع الغیر الخ)

یستفاد منه انه اراد الفحوی القطعیة مع انها ممنوعة و لو ظناً لان کون بناء النکاح علی الاحتیاط لا یقتضی التزیق فی سببه و لزوم کون عقده اکثر شرطاً و لعل الشارح وسع فی أمر النکاح من حیث اسبابه دون غیرها من الجهات ما لم یوسع فی غیره و لذا جعل من اسبابه ملک الیمین و المتعة صوتاً للفروج عن الحرام

✓ حاشیة المكاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۱۱۸:

قوله قدس سره کان تملیک ماله أولى بذلك

الأولیة ممنوعة فان اعتبار أمر فی السبب الناقل للمال لا یستلزم اعتبار ذلك الأمر فی السبب المحدث للسلطنة علی البضع و لذلك یعتبر فی بیع الصرف و السلم القبض فی المجلس و لا یعتبر فی النکاح ذلك غاية ما هناك اهتمام الشارح بأمر النکاح و ذلك لا یقتضی التشدید فی سببه و أن یعتبر فی السبب المحدث للزوجیة كلما اعتبر فی السبب الناقل للمال و أيضاً لا یعتبر فی السبب الناقل كلما لم یعتبر فی السبب المحدث للزوجیة فان الاهتمام فی السبب لا یقتضی التشدید فی السبب بل ربما کان سببه أسهل من سبب غیره و إنما أثر الاهتمام لزوم الاحتیاط فی الشبهات الحکمیة و الموضوعیة فی تحقق الزوجیة فالاهتمام المعلوم من الشارح أجنبی عن هذا الوادی الذی نحن فیہ لیتمسک بفحوی صحة الفضولی فی النکاح علی صحته فی المقام و أما قوله مضافاً إلی ما علم من شدة الاهتمام فی عقد النکاح ففیہ أنا لم نعلم هذا الاهتمام فی عقد النکاح حتی یكون معتبراً فی عقده ما لا یعتبر فی سائر العقود من الخصوصیات بل قد یعتبر فی سائر العقود ما لا یعتبر فی هذا العقد کالتقابض فی الصرف و السلم نعم المتشرعة یهتمون فی هذا العقد و یراعون جمیع ما یحتمل اعتباره و إن کان منفیاً باعتباره بحکم الإطلاقات لأجل ما علموا من اهتمام الشارح فی أمر علقه النکاح لا لأجل ما علموا من اهتمامه فی أمر عقد النکاح و بالجملة لا حاجة فی إبطال الفحوی إلی الاستناد إلی الروایة مع إجمالها و عدم وضوح المراد منها و بطلان تأویلها بما صنعه المصنف ره فإن ترک الروایة خیر من هذه التمحلات.

۶: کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۳۵۷:

بقی الکلام فی وجه جعل الإمام علیه السلام الاحتیاط فی النکاح هو إبقاؤه دون إبطاله؛ مستدلاً بأنه یكون منه الولد، مع أن الأمر فی الفروج

کالأموال دائر بین محذورین، و لا احتیاط فی البین.

و یمكن أن یكون الوجه فی ذلك: أن إبطال النکاح فی مقام الإشکال و الاشتباه یستلزم التفریق بین الزوجین علی تقدیر الصحة واقعاً، فتزوج المرأة و یحصل الزنا بذات البعل، بخلاف إبقائه؛ فإنه علی تقدیر بطلان النکاح لا یلزم منه إلاً و طء المرأة الخالیة عن المانع، و هذا أهون من و طء ذات البعل.

فالمراد بالأحوط هو الأشد احتیاطاً.

و کیف کان، فمقتضى هذه الصحیحة: أنه إذا حکم بصحة النکاح الواقع من الفضولی، لم یوجب ذلك التعدی إلی حکم بصحة بیع الفضولی. نعم،

لو ورد حکم بصحة البیع أمکن حکم بصحة النکاح؛ لأن النکاح أولى بعدم الإبطال، كما هو نص الروایة.

است، همانند عامه حکم به بطلان نکاح شود، اگر فی الواقع نکاح صحیح باشد، ممکن است این زن با فرد دیگری ازدواج کند و در نتیجه زناى به ذات بعل محقق شود؛ چون نکاح اولش صحیح بوده و زن ذات بعل است. اما اگر حکم به صحت نکاح مشکوک شود در حالی که فی الواقع باطل می‌باشد، در این صورت موجب زناى به زن خلیه است، پس حکم به صحت نکاح نیز هرچند خلاف احتیاط است، اما اقل محذوراً نسبت به حکم به بطلان است که ممکن است موجب زناى به ذات بعل شود.

البته همان‌طور که مرحوم شیخ رحمته الله توجه دارند، این احتیاط مطلق نیست، بلکه می‌خواهند بفرمایند اگر شما می‌خواهی به استحضانات عمل کنی و از درگاه اهل بیت علیهم السلام کنار بروی، حکم به صحت نسبت به حکم به بطلان، اوفق به احتیاط است، اما احتیاط مطلق چیز دیگری است و آن این‌که چون امر در این جا دائر بین محذورین است - یعنی هم حکم به صحت و هم حکم به بطلان - لذا این جا اصلاً جای فتوا نیست؛ نه به صحت و نه به بطلان، و احتیاط از لحاظ فتوا ممکن نیست. بلکه احتیاط آن است که به درب خانه‌ی اهل بیت علیهم السلام مراجعه کرد و حکم را از آنها طلب کرد.

از لحاظ عمل هم که معلوم است نمی‌توان احتیاط کرد؛ چون احتیاط یعنی فرد کاری کند که یقین به برائت ذمه پیدا کند، در حالی که در جایی که امر دائر است بین این‌که مرأه، ذات بعل باشد یا اجنبی از او، چگونه می‌توان در عمل احتیاط کرد، به این معنا که هم وظایف همسری را به کار برد و هم وظایف اجنبی بودن؟! زن نیز هم او را شوهر خود بداند و هم اجنبی، معلوم است که نمی‌توان بین این دو جمع کرد. بلکه احتیاط در عمل در نکاح، اجرای دوباره‌ی صیغه به طور صحیح یا اجرای طلاق است.

بنابراین مراد شیخ رحمته الله این است که اگر کسی می‌خواهد طبق عقل ناقص خودش و با عمل به استحضانات احتیاط کند، راهش این است؛ نه راهی که عامه رفتند.<sup>۷</sup>

۷. کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۱۵۷:

و أنت خبير: بأن حکم العامة بفساد الوكالة في النكاح قبل وصول العزل، و عدم فسادها في غيره، لم يكن لأجل الاحتياط على ما يستفاد من الرواية، بل لأجل استحسان أن الفرج ليس له عوض، و المال له عوض، فلا وجه لجعل قول الإمام (عليه السلام) «إن النكاح أحرى أن يحتاط فيه» رداً عليهم من هذه الجهة.

بل الظاهر أن مراده أنه إذا لم يكن في مثل الوكالة المذكورة نص، لا يصح الحكم بالاستحسان و الاجتهاد، بل لا بد من الاحتياط، لا الحكم بالصحة و لا الفساد، و لم يذكر طريق الاحتياط، فإنه إما بتجديد النكاح، أو بالطلاق.

فالمراد أن النكاح حرى بالاحتياط، أو أحرى من كل شيء بالاحتياط، و لهذا ذكر قضاء على (عليه السلام)؛ رداً عليهم بأن اجتهادهم باطل، بل لا بد من الحكم بالصحة لقول النبي (صلى الله عليه و آله و سلم) إن علياً (عليه السلام) أقضاكم.

فلا يوجب النص المذكور وهناً في روايات النكاح، على فرض استفادة الحكم منها بالأولوية.



والحمد لله رب العالمين

جواد احمدى

✓ حاشية المكاسب (لليزدي)، ج ١، ص ١٣٦:

قوله و حاصله أن مقتضى إلى آخره

أقول يمكن أن يقال إن الغرض من ذلك مجرد الردّ على العامّة في جعل حكمة الحكم هو الاحتياط و أنّه ليس كذلك و إلّا كان النكاح أولى بأن يحتاط فيه و لو كان الاحتياط بأن يجرى صيغة النكاح مجددًا أو بأن يطلق احتياطًا إلّا أن مقتضى الاحتياط الحكم بالصحة ليكون دالًا على أنّ الصحة في غيره تستلزم الصحة فيه دون العكس و الحاصل أنّه لما كان الحكم الواقعي عدم الفرق بين النكاح و غيره في مسألة العزل مع عدم بلوغ الخبر إلى الوكيل و الحكمة فيه ليس هو الاحتياط فلا بدّ من حمل الخبر على أنّ الغرض منه الإنكار عليهم في جعله حكمة و أنّه لو كان كذلك كان اللازم عدم الحكم بالبطان بل العمل على وجه يطابق الواقع قطعًا بالطلاق أو النكاح الجديد و ليس المراد أنّ مقتضى الاحتياط الحكم بالصحة فلا يلزم من هذا النصّ و هو في الفحوى و يمكن أن يكون المراد من قوله أولى و أجدر مثل ما أريد من قوله و أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض و حينئذ فلا حاجة إلى توجيه كون الاحتياط في النكاح الإبقاء دون الإبطال بما ذكره قدّس سرّه من كون الثاني مستلزمًا للزنى بذات العمل بخلاف الأول و مع الإغماض عن ذلك نقول لا نفهم معنى الخبر و معه أيضًا لا يلزم الوهن المذكور فتأمل

✓ الحاشية الأولى على المكاسب (للخوانساري)، ص ٦٥:

قد يردّ توهين الفحوى بالنصّ بأنّه ليس الغرض في هذه الرواية هو الحكم بالصحة و الإبقاء بل لمّا جعل العامّة حكمة الفرق المذكور هو الاحتياط أراد الامام عليه السلام ردّهم بأنّ حكم المسألة عدم الفرق و ليس الحكم فيها مبنياً على الاحتياط و إلّا لكان النكاح أولى به و لم يعيّن (ع) أنّ مقتضاه هو الحكم بالصحة و اجراء الاحتياط في النكاح بالعقد الجديد أو الطلاق

✓ مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص ٣٨:

و التحقيق ان الرواية أجنبية عما افاده المصنف و ان كلام القوم غير مبنى على الاحتياط لا في البيع و لا في النكاح لا من حيث -الفتوى و لا من حيث العمل، بل الرواية ناظرة إلى جهة أخرى غير ما يرومه المصنف و بيان ذلك: ان حكم هؤلاء بصحة البيع مع الجهل بعزل الوكيل و ان كان موافقًا للواقع و لكنه حرام لأنهم لم يستندوا فيه الى الاحتياط لكي يجيب عنه الامام (ع) بان النكاح أولى و أجدر بالاحتياط، فيكون أولى بالصحة بل استندوا في ذلك الى الاستحسان الذي يقتضى الصحة في البيع و البطان في النكاح و لا ريب ان الاستناد الى الاستحسان في مقام الفتوى حرام لانه، فتوى بلا علم و لا هدى من الله و لا كتاب منير، و من الواضح ان -الفتوى بلا علم حرام بالأدلة الأربعة هذا من حيث الفتوى اما من حيث العمل، فلا شبهة في ان حكمهم بصحة البيع لا يوافق الواقع دائمًا حتى موافقًا للاحتياط بل البيع مردد بين وقوعه و عدم وقوعه، و حينئذ فأمره دائر بين المحذورين فلا احتياط في البين و هكذا الحال في النكاح أيضًا طابق النعل بالنعل، ضرورة ان حكمهم بطلانه غير مبنى على الاحتياط بل انما هو مبنى على الاستحسان و عليه فحكمهم بطلانه حرام لكونه فتوى بلا علم و انه في نفسه اما واقع أو غير واقع فيكون في مقام العمل من صغريات دوران الأمر بين المحذورين لا من موارد الاحتياط، نعم يمكن الاحتياط في النكاح بأنحاء شتى:

١- طلاق المرأة، لأنها لو كانت مزوجة في الواقع لبانت عن زوجها و الا أصبح الطلاق لغوا.

٢- اجزاء العقد عليها ثانياً.

٣- الإجازة مع عدم رد المرأة العقد الذي أوقعه الوكيل مع الجهل بالعزل.