

آثار عقد فضولی در مصاهرت^۱

هادی غلامرضا راوی^۲

عبدالله امیدی فرد^۳

چکیده

یکی از آثار ازدواج، مصاهرت است که موجب ممنوعیت‌هایی برای مرد و زن در ازدواج با دیگران به صورت ابدی یا موقت می‌شود. نکاح فضولی همانند بیع فضولی، احکامی مختص به خود دارد که احکام مصاهرت از آن جمله است. مصاهرت مختص به نکاح صحیح و نافذ نیست؛ بلکه در نکاح فضولی نیز جاری می‌شود. در نکاح فضولی، اگر مرد، اصیل فرض شود، با زن پنجم و خواهر زن منکوحه نمی‌تواند ازدواج کند و اگر زن، اصیل فرض شود، در این صورت با مرد دیگری نمی‌تواند ازدواج کند و طلاق نیز صحیح است. بر مبنای کشف، اصیل نمی‌تواند عقد را فسخ کند؛ ولی بر مبنای نقل، می‌تواند عقد را فسخ کند؛ در نتیجه، بر مبنای کشف، نمی‌توان تصرفات منافای انشا انجام داد. اگر پس از نکاح فضولی، با کسی دیگر ازدواج کند و سپس شخص فضولی نکاح فضولی را قبول کند، باید گفت بر مبنای کشف حقیقی، ازدواج‌های بعدی صحیح نیست؛ ولی بر مبنای کشف حکمی، صحیح است.

واژگان کلیدی

نکاح، همسر، شوهر، حرام، باطل، مصاهرت، نکاح فضولی

۱- تاریخ دریافت اولیه مقاله: ۱۳۹۷/۱/۳۰؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۷/۵/۵

۲- دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم، قم، ایران (نویسنده مسئول)

hadyra94@gmail.com

omidifard.f@gmail.com

۳- دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم، قم، ایران

مقدمه

از جمله مباحث مورد اختلاف بین صاحبان اندیشه، مسأله عقد فضولی است که تبیین این بحث با سرنوشت بسیاری از احکام شرعی گره می‌خورد.

به نظر قائلان به صحت عقد فضولی، این عقد در صورتی صحیح است که مالک اجازه دهد. در این که اجازه مالک اصلی، کاشف است یا ناقل، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. بیشتر فقهای شیعه پیرو نظریه کشف هستند(انصاری، ۱۴۱۱هـ.ج، ۲، ص ۷).

شیخ انصاری دیدگاه‌ها درباره کشف را به سه دسته تقسیم کرده است:

۱- کشف حقیقی با اعتقاد به این که اجازه مالک شرط متأخر است؛ منظور از کشف حقیقی این است که اجازه مالک کشف می‌کند که تمام آثار یک بیع صحیح برای بیع فضولی از زمانی که واقع شده است، وجود دارد و لذا نماء و منافع مبیع، مال مشتری است و منافع ثمن، مال مالک. نظریه شرط متأخر هم به این معناست که رضایت مالک شرط صحت عقد بیع است و این رضایت گاهی مقارن با خود عقد است؛ مثل جایی که خود مالک اختیاراً اقدام به معامله می‌کند. گاهی هم این شرط بعداً می‌آید؛ مثل اجازه او که پس از اجرای بیع فضولی می‌آید.

۲- کشف حقیقی با اعتقاد به این که صفت تعقب و لحوق اجازه شرط صحت عقد است و اجازه بعدی مالک کشف می‌کند که از همان زمان اجرای عقد این صفت همراه عقد بوده است؛ لذا از همان موقع همه آثار یک عقد صحیح را دارد. برخی عقیده دارند که به موجب این نظریه اگر شخص یقین دارد که مالک آن را اجازه خواهد کرد، می‌تواند بعد از اجرای عقد، در عوض تصرف کند.

۳- کشف حکمی؛ این نظریه از شریف العلمای مازندرانی است و به این معناست که مالکیت بعد از اجازه مالک ایجاد می‌شود؛ ولی احکام کشف به قدر امکان در قبل از اجازه جاری می‌شود؛ مثلاً منافع و نمای مبیع مال مشتری است؛ اگر چه قبل از اجازه جاری می‌شود؛ مثلاً منافع و نمای مبیع مال مشتری است اگر چه قبل از اجازه، خود مبیع مال مالک خودش است(قلی پورگیلانی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۱۸۱-۱۸۲).

البته مسأله عقد فضولی مختص به عقد بیع نیست و تردیدی در جریان بحث فضولی در

نکاح نیست؛ زیرا جریان عقد فضولی نسبت به بیع و نکاح منصوص است^۱ و در قانون مدنی نیز در فصل مربوط به معاملات فضولی مال غیر، مقررات آن را مخصوص به بیع یا معاملات تملیکی اختصاص نداده است (صفایی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۱۹۸). در حقوق ایران، مقنن در قانون مدنی نکاح فضولی را به صراحت مطرح نکرده است؛ اما مطابق ماده ۱۰۷۳ تلویحاً صحت آن را پذیرفته و نفوذ آن را موقوف بر اجازه بعدی دانسته است (محقق داماد، بی تا، ص ۲۰۲: روشن و صادقی، ۱۳۹۵، ص ۵۲۵).

همان گونه که بحث از عقد فضولی در بیع، ثمراتی مانند جواز تصرف در مبیع و تجری و منافع و نمائات دارد، در بحث نکاح نیز دارای ثمراتی مانند احکام مصاهرت در نکاح فضولی است. در این مقاله قصد داریم به بررسی و تبیین احکام مصاهرت در عقد فضولی پرداخته، دیدگاه فقها را در این باره بیان و بررسی کنیم.

مفهوم‌شناسی مصطلحات

۱- عقد

در تعریف «عقد» گفته شده است که عبارت است از انشای متلازمین ابتدایی و مطاوعی معقود یکی به دیگری در ظرف اعتبار که تمامیت و تأثیر آن به انشای دیگری است (مشکینی، بی تا، ص ۳۷۷).

۲- فضولی

کلمه «فضولی» در لغت از فضل به معنای زیاده است و جمع آن فضول است. صیغه جمع به معنای مفرد در چیزی که خیری در آن نیست، نیز به کار رفته است؛ از این رو، «ی» به آخر آن متصل شده و عنوان فضولی به کسی که به کار لغو و بیهوده مشغول است، اطلاق گردیده است (فیومی، بی تا، ص ۴۷۵). فضولی در اصطلاح فقهی به کسی گویند که

۱- ر.ک: نجفی، ۱۳۲۲، ج ۲۲، ص ۲۷۶-۲۷۷

نه ولی، نه وصی، نه اصیل و نه وکیل در عقد است(عبدالرحمان، بی تا، ج ۳، ص ۴۵).
 در اصطلاح حقوقی عبارت است از این که کسی بدون داشتن نمایندگی از طرف غیر،
 تعهدی برای او بنماید. تعهد مزبور در صورت داشتن تمامی شرایط اساسی برای صحت،
 فاقد رضایت کسی است که از تعهد مزبور منتفع و یا متضرر می شود. بدین جهت چنین
 تعهدی نافذ نیست و مانند عقد مکره است(امامی، بی تا، ج ۴، ص ۳۵۷). همچنین برخی از
 حقوقدانان آن را چنین تعریف کرده اند: «عقدی است که کسی بدون داشتن سمت نمایندگی
 یا اصالت، برای غیر و یا در مال غیر انجام دهد. این تعریف شامل فضولی در نکاح است»
 (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ص ۴۶۱).

مقصود از نکاح فضولی، عقد نکاحی است که از طرف فضول صادر شده است و
 تفاوتی در این که فضولی از یک طرف باشد یا از دو طرف نمی کند. صاحب عروه/الوثقی
 در این باره می نویسد: «شخص فضول اگر یک طرف یا دو طرف عقد باشد، یکسان است؛
 مراد از فضولی، عقدی است که از طرف غیر ولی و وکیل، صادر شده است. یکسان است
 که وی (یعنی شخص فضول) خویشاوند مانند برادر، عمو، دایی و غیر این موارد، یا
 اجنبی و غیر خویشاوند باشد... و چنین است عقدی که از طرف ولی یا وکیل صادر شود.
 بنا بر خلاف آنچه که از طرف خداوند یا از طرف موکل اذن داشته اند، مانند زمانی که
 ولی، عقد را خلاف مصلحت یا وکیل با تعدی از آنچه که موکل برای او تعیین کرده است،
 واقع کند(یزدی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲، ص ۱۷۰). در مورد کلام سید محمد کاظم یزدی، این توضیح لازم
 است(زنجان، ۱۴۱۹ هـ ج ۱۳، ص ۴۴۵۶) گفته شود که مرحوم سید فرمود: «المراد بالفضولی
 هو العقد» وی فضولی را وصف عقد دانسته است؛ ولی در اصطلاح قدما فضولی به
 شخص(عاقد) گفته شده است؛ یعنی عاقدی که در حین عقد سلطه بر عقد ندارد و کار او
 فضولی و تجاوز از حد است(صابر و سایر نویسندگان، ۱۳۹۶، ص ۵۵).

۳- مصاهرت

در معنای «مصاهرت» گفته شده است علاقه قرابتی است که به واسطه ازدواج حادث
 می شود؛ همان گونه که در نسب این گونه است(نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۹، ص ۳۴۸). در تعریف دیگر گفته

شده است مصاهرت علاقه‌ای است که بین زوجین حاصل می‌شود و اقربا هر کدامشان به سبب نکاح، حرمت پیدا می‌کنند/شهید ثانی، ۱۴۱۰هـ ج ۵، ص ۱۷۶).

جریان احکام مصاهرت در نکاح فضولی

زمانی که در نکاح، شخص اصیل، رضایت خود را ابراز کرده و از جانب شخص دیگر که فضولی می‌نامند هنوز عقد را اجازه نداده است، آثار مصاهرت بر طرفی که عقد را اجازه داده است، مترتب می‌شود؛ زیرا تحریمش مترتب بر نکاح صحیح است و مفروض تحققش نسبت به طرف مباشر است/جزائری، ۱۴۱۶هـ ج ۵، ص ۱۲۸؛ حلی، ۱۴۱۳هـ ج ۳، ص ۱۶). این سخن را علامه حلی در کتاب قواعد خود بیان کرده و شیخ انصاری در مکاسب/انصاری، ۱۴۱۱هـ ج ۲، ص ۱۸-۱۷) و سید یزدی در عروه/یزدی، ۱۴۰۹هـ ج ۲، ص ۱۷۴-۱۷۵) آن را نقل کرده‌اند (اشتهاردی، ۱۴۱۷هـ ج ۳۰، ص ۱۸۶).

برخی از فقها/طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶هـ ج ۱، ص ۵۱۶) معتقدند که رأی علامه حلی در این مسأله متزلزل است. براساس نظر علامه حلی اگر عقد از جانب یکی فضولی شود، بر طرف دیگر(اصیل) محرّمات به واسطه مصاهرت ثابت می‌شود. پس اگر مباشر زوج است بر او ازدواج با زن پنجم و یا با خواهر و دختر و مادر معقوده حرام است؛ مگر این که فضولی عقد اول را رد کند. در این صورت، غیر از مادر که در آن شبهه تحریم وجود دارد، عقد افراد دیگر بلا مانع خواهد بود و سپس تأییدی نیز از محقق فاضل هندی می‌آورند که در شرح قواعد خود بعد از گفتار مذکور علامه حلی فرموده است: «این نظر بلا اشکال است»/فاضل هندی، ۱۴۱۶هـ ج ۷، ص ۱۰۷). علامه حلی در مبحث مصاهرت می‌فرماید: «برای حرمت ازدواج‌هایی که با مصاهرت حرام می‌شود، آیا شرط است که از جانب دو طرف حرمت باشد یا شرط است از جانب یک طرف حرمت باشد یا از دو طرف عاقدین که عقد متزلزل باشد، عقد منافی با آن حرام است و احکام مصاهرت بر آن مترتب می‌شود؟ جای نظر است. اگر عقد فضولی با زوجه صغیره باشد، در تحریم عقد با مادر، قبل از اجازه یا بعد از فسخس در هنگام بلوغ جای نظر و تأمل است»/حلی، ۱۴۱۳هـ ج ۳، ص ۳۰). این نظر با کلام نظر بالا تناسبی ندارد؛ زیرا اگر عقد از جانب یکی لازم شود،

احکام مصاهرت بر طرفی که خود را ملتزم کرده است، مترتب می‌شود و از جهتی در بحث مصاهرت می‌فرماید: آیا حکم مصاهرت بر دو طرف متعاقدين جاری می‌شود یا بر شخصی که عقد برای او لزوم دارد و یا به مجرد عقد ولو متزلزل و جایز حکم مصاهرت بر آن‌ها مترتب می‌شود. این نوعی تناقض گویی است.

در جواب باید گفت براساس نظر علامه، احکام مصاهرت در لزوم عقد از جانب یک نفر درباره ازدواج با زن پنجم و خواهر منکوحه جاری است؛ ولی درباره ازدواج با مادر که آیا لزوم از جانب طرفین باید باشد و یا از جانب یک طرف، اظهار تأمل کرده است. پس تناقضی در کار نیست (شبییری زنجانی، درس خارج فقه، جلسه ۴۱۶).

اشکال دیگر از صاحب عروه است. در عقد فضولی احکام مصاهرت بر عقد مترتب نمی‌شود. دلیلشان بر این است که مراد از حرمت یا حرمت ظاهری است به جهت اجازه‌ای که به طرف دیگر داده شده است و یا مراد ثبوت حرمت واقعی است و هر دو احتمال اشکالاتی دارد.

اما اگر مراد حرمت ظاهری باشد، مقتضی، اصل عدم است و این اصل، حاکم بر قاعده وجوب احتیاط است.

اما اگر مراد حرمت واقعی باشد اولاً دلیلی برای آن بخصوص در صورت علم به عدم اجازه نیست و ثانیاً موجب، برای حرمت مصاهرت، وقوع زوجیت است؛ حال در این جا چه قائل به کشف باشیم، چه قائل به نقل، زوجیتی حاصل نمی‌شود، مگر بعد از آن که اجازه حاصل شود. پس چگونه می‌توان احکام مصاهرت را در نکاح فضولی جاری کرد در حالی که زوجیت ثابت نشده است؟ از جهتی دیگر، زوجیت قابل تفکیک نیست؛ زیرا از معانی نسبی (اضافی) است. پس معنا ندارد که ثبوت زوجیت نسبت به یکی از طرفین بدون طرف دیگر حاصل شود (یزدی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۵۶).

همچنین ایشان در کتاب عروه الوثقی (یزدی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲، ص ۱۷۴-۱۷۵) این گونه استدلال می‌کنند: «اگر در عقد فضولی، طرف فضولی عقد را اجازه یا ردّ ننماید، آیا بر طرف اصیل احکام زوجیت مترتب می‌شود؟ به بیان دیگر، اگر زوج اصیل باشد، نکاح با مادر آن زن و دختر و خواهر او و نکاح با زن پنجم، بر او حرام است؟ اگر زوجه‌ای اصیله باشد، آیا

می‌تواند با مرد دیگری ازدواج کند؟ دو قول است: اقوی آن است که احکام زوجیت بر آن مترتب نیست؛ مگر در صورتی که بداند طرف دیگری اجازه می‌کند؛ هر چند احوط، ترتب آن است؛ زیرا در معرض آمدن اجازه است. بلی، اگر مادر یا دختر آن زن را تزویج کند، بعد از آن، اجازه بیاید معلوم می‌شود که تزویج مادر یا دختر باطل بوده است.»

این استدلال صحیح نیست؛ زیرا باید فرق گذاشت بین احکام مصاهرتی که به مجرد عقد جاری می‌شود و احکام مصاهرتی که بر زوجیت مترتب می‌شود (قمی، ۱۴۲۳هـ ج ۲، ص ۳۱۸).

آثاری که در زوجیت است، در عقد فضولی نکاح برای اصیل جایز نیست؛ مانند حلیت نگاه کردن به زن مزوجه فضولی خود، یا مادرش و جد مادری‌اش، یا حرمت خروج زن بدون اذن شوهر و دیگر احکام که بر زوجیت مترتب است؛ اما این احکام بر عقد نکاح فضولی مترتب نمی‌شود. علت عدم سرایت این احکام به عقد نکاح فضولی این است که زوجیت به التزام دو طرف متقوم است. اما آثاری که بر عاقد مباشر مانند حرمت زن پنجم و غیر این‌هاست به جهت نفس التزامی است که اصیل به آن ملتزم شده و آن را بر خود لازم گردانیده است (مروج جزائری، ۱۴۱۶هـ ج ۵، ص ۱۳۲).

ثانیاً علم تنها، موجب حرمت نمی‌شود؛ بلکه آنچه موجب حرمت است، تحقق زوجیت است که موقوف به اجازه طرف فضولی است و علم هیچ تأثیری بر حرمت یا محلیت ندارد.

البته قبل از بیان احکام مصاهرت، نکته‌ای را باید خاطر نشان کرد. مرحوم یزدی معتقد است طرفی که فضولی برای او عقد کرده است، اگر عقد را رد کند، هیچ کدام از احکام مصاهرت بر آن مترتب نیست؛ خواه طرف دیگر اصیل باشد یا مجیز یا فضولی؛ زیرا عقد فضولی که اجازه نشود، مثل آن است که واقع نشده است (قمی، ۱۴۲۳هـ ج ۲، ص ۳۱۸) و در این مسأله جای تردید نیست. علت این که اگر طرف فضولی عقد را فسخ کند، احکام مصاهرت مترتب نمی‌شود، این است که آنچه مقتضی تحریم نکاح است، رفع شده است و بعد از رد معقود علیها تزویج زید به زن دیگر حرام نمی‌شود؛ زیرا در حقیقت ازدواجی صورت نگرفته است و با تزویج زن دیگر، ازدواج چهارم خواهد بود که حلال است و ازدواج با خواهر آن زن فضولی جایز است؛ زیرا جمع بین دو خواهر نیست؛ پس نکاح خواهر جایز نیست.

همچنین ازدواج با دخترش جایز است؛ زیرا حرمت با دخول به مادرش است و در این جا فرض، عدم تحقق دخول است (مروج جزائری، ۱۴۱۶هـ ج ۵، ص ۱۲۸-۱۲۹).

بررسی احکام مصاهرت در نکاح فضولی

پس از ثبوت احکام مصاهرت در نکاح فضولی، دو صورت قابل فرض است:

- ۱- این که زوج مباشر است. در این صورت، ازدواج او با زن پنجم یا با خواهر و دختر و مادر معقوده حرام است.
- ۲- زوجه مباشر است. در این صورت، ازدواج با مرد دیگر صحیح نیست؛ مگر آن که فسخ کند. طلاق در این فرض معتبر و صحیح است (حلی، ۱۴۱۳هـ ج ۳، ص ۱۶).

احکام برای مرد

در عقد فضولی اگر مرد مباشر است، در صورت داشتن چهار زن که یکی از آن به صورت فضولی است، حق ندارد با زن پنجم ازدواج کند و همچنین با خواهر زن منکوحه فضولی، ازدواج جایز نیست؛ اما درباره علت حرمت زن پنجم این است که عقد حلال تا چهار زوجه است و ازدواج با خواهر زوجه بر اساس کتاب و سنت و اجماع/انصاری، ۱۴۱۵، ص ۳۸۵) حرام است (حسینی شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۷، ص ۲۱۵).

ازدواج با دختر زوجه نیز جایز نیست؛ زیرا ربیبه است و مادام که دخول صورت نگرفته باشد، می‌تواند او را طلاق دهد و با دختر ازدواج نماید (فهم کرمانی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۱۴۴) و در صورت دخول با مادر، حرمت ابدی با دختر زوجه حاصل می‌شود (کرکی، ۱۴۱۴هـ ج ۱۲، ص ۱۶۱). دلیل این امر شهرت فتوایی است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱هـ ص ۲۲۶).

در تحریم مادر معقودعلیها بعد از رد دخترش بین فقها اختلاف است^۲. علت اختلاف این

۱- ر.ک به: فاضل لنکرانی، بی تا، ج ۲، ص ۷۵۸؛ مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۳، ص ۳۸۸؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳هـ ج ۴، ص ۵۹۸.

۲- ر.ک به: انصاری، ۱۴۱۱هـ ج ۲، ص ۱۸.

است که مقتضی نکاح دختر اگر چه یک لحظه است، حرمت ابدی مادر را دارد و از جهتی دیگر مقتضی موجب نکاح با رد آن تحقق پیدا نکرده است؛ پس در این فرض، ازدواج با مادر اشکالی ندارد؛ زیرا مناط تحریم، عقد صحیح است که با رد معقودعلیها اصل نکاح رد شده است و لازمه اش عدم ترتب احکام نکاح است (مروج جزائری، ۱۴۱۶ هـ ج ۵، ص ۱۲۹).

به نظر می‌رسد که بر شخص فضولی حرمت ازدواج با مادر زوجه نیست؛ زیرا حرمت‌هایی که مترتب بر صحت عقد نکاح هستند، متشکل از دو التزام ایجابی و قبولی است و التزام اصیل کفایت در ترتب احکام عقد نکاح را ندارد؛ اگر چه بر او عدم نقض آن چیزی که التزام به آن دارد، لازم است تا حال عقد با رد و یا اجازه مشخص شود. مراد از لزوم، حکم ظاهری و نه حکم واقعی است (مروج جزائری، ۱۴۱۶ هـ ج ۵، ص ۱۲۹). در احکام ظاهری مانعی ندارد که امضا یک طرفه شود یعنی یکی احکام صحت را بار کند و دیگری احکام بطلان را بار کند؛ اما در احکام واقعی چنین چیزی تصویر نمی‌شود و مفاد «اوفوا بالعقود» حکم واقعی است.

اما علت عدم حرمت نکاح با زن پنجم یا با خواهر منکوحه این است که ازدواج با زن پنجم تا زمانی که چهار زن داشته باشد، یا با خواهر منکوحه تا زمانی که خواهر در حباله او باشد، حرام است و زمانی که منکوحه فضولی، نکاح را رد کند، داخل در حباله نیست؛ پس ازدواج با خواهر منکوحه فضولی صحیح است (تبریزی، ۱۴۱۶ هـ ج ۲، ص ۳۷۶). در این که طلاق، احکام مصاهرت مانند ازدواج با مادر، خواهر، یا دختر معقودعلیها را مباح می‌کند، اختلاف نظر است.

اما وجه اختلاف در طلاق این است که اگر طلاق رافع حرمت نکاح است، پس نکاح با افراد مذکور صحیح است و اگر طلاق رافع علقه زوجیت است، پس موردی برای طلاق نیست؛ زیرا زوجیت قبل از اجازه متحقق نشده تا با طلاق رفع شود؛ پس حرمت ازدواج باقی است؛ مگر این که یا عقد نکاح را رد کند، یا پس از قبول طلاق بگیرد (مروج جزائری، ۱۴۱۶ هـ ج ۵، ص ۱۲۹؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ هـ ج ۲، ص ۱۶۵).

البته اقوی این است که طلاق در جایی تحقق می‌یابد که زوجیت باشد و تا زمانی که معقودعلیها عقد را اجازه ندهد، علقه زوجیت حاصل نمی‌شود. پس فرد اصیل مالک طلاق

زن فضولی قبل از اجازه نیست و مرد زمانی مالک امر طلاق می‌شود که زن فضولی، زوجه او باشد/مروج جزائری، ۱۴۱۶هـ ج ۵، ص ۱۲۹. در این صورت، دو فرض بیشتر نتوان فرض کرد: ۱- زن فسخ نکاح کند ۲- زن نکاح را قبول کند.

اگر زن فضولی، عقد را اجازه کرده است، عقد نکاح صحیح تحقق یافته است و طلاق نیز صحیح است و تحریم بر اثر مصاهرت برداشته می‌شود و اگر زن فسخ کرده است، در این صورت، طلاق صحیح نیست و تحریم مصاهرت نیز نخواهد بود. در نتیجه، در هر صورت ازدواج با دختر و خواهر مباح است(کرکی، ۱۴۱۴هـ ج ۱۲، ص ۱۶۱).

احکام مصاهرت برای زن

اگر زن اصیل و مرد فضولی فرض شود، در این صورت زن نمی‌تواند با مردی دیگر ازدواج کند؛ زیرا عقد از طرف زن لازم است؛ مگر این که مرد عقد نکاح را فسخ کند که در این صورت نکاح با مرد دیگر جایز می‌شود(مروج جزائری، ۱۴۱۶هـ ج ۵، ص ۱۳۰).

اگر زن اصیل و مرد فضولی فرض شود، طلاق صحیح است؛ زیرا طلاق متوقف بر زوجیت است و مرد فضولی عقد را به صورت ضمنی اجازه کرده است. پس مرد مالک امر طلاق است. در این صورت، طلاق معتبر و صحیح است؛ زیرا بر زوجه طلاق واقع شده است.^۱ البته برخی فقها قائل به تفصیل شده‌اند و معتقدند در حصول اجازه و طلاق به ایقاع صیغه طلاق اشکالی بر مبنای کشف نیست. بر مبنای کشف زوجیت قبل از ازاله آن حاصل گردیده است؛ زیرا صیغه طلاق مظهر رضا به عقد فضولی است؛ پس صیغه طلاق نشان دهنده اجازه‌ای ضمنی از ابتدای عقد است و انشاء ازاله علقه سببی تام مقارن برای ازاله علقه است. اما بر مبنای نقل خالی از اشکال نیست؛ زیرا زوجیت مقارن با متمم سبب حاصل می‌شود و ازاله آن نیز مقارن با حصول سبب تام است و در این جا ثبوت زوجیت و زوال آن باهم است و تقدم طبعی در این جا دفع اجتماع نقیضین نمی‌کند. پس ناگزیر باید به یکی از این دو ملتزم شد؛ یا به حصول اجازه با اظهار رضا به مجرد

۱- ر.ک به: حسینی شیرازی، ۱۳۸۵، ج ۷، ص ۲۱۵

شروع صیغه طلاق، و یا ادعای ازاله کرد که عقلاً مشروط به ثبوت زوجیت است و صیغه طلاق در این زمان مقتضی ازاله؛ که شرطش ثبوت زوجیت است و هر دو محال است (اصفهانی، ۱۴۱۸هـ، ج ۲، ص ۱۶۵-۱۶۶).

جواز یا عدم جواز فسخ ایجاب قبل از اجازه دیگری

آیا عقد نسبت به اصیل لزوم دارد؟ به گونه‌ای که از آن نتواند رفع ید کند، مگر طرف مقابل عقد رد کند؟ یا این که می‌تواند از انشای خود برشود؟ چند احتمال در این مسأله مطرح است.

۱- احتمال اول فسخ اصیل قبل از اجازه چه بر مبنای کشف و چه بر مبنای نقل مبطل عقد است.

۲- احتمال دوم فسخ اصیل قبل از اجازه مبطل عقد نیست؛ چه بر مبنای کشف و چه بر مبنای نقل.

۳- احتمال سوم تفصیل قائل گردیم؛ ابطال انشاء قبل از فسخ اصیل یا اجازه دیگری بر مبنای نقل و به عدم تأثیر ابطال آن بر مبنای کشف است.

دیدگاه اول، عدم فسخ مطلقاً

از جمله قائلان به این که اصیل عقد را مطلقاً نمی‌تواند فسخ کند، محقق نایینی است. ایشان معتقدند منشأ اختلاف نظرها این است که آیا اجازه، رکنی از ارکان عقد مانند اجازه بایع و قبول مشتری است یا این که در حکم شرط مانند قبض است و این نیز بر دو قسم است؛ گاهی شرط مانند قبض در باب صرف و سلم است که قبض در این باب، موجب ملکیت ناشی از عقد است و گاهی شرط در باب مانند قبض در باب وقف صدقه و هبه است (نایینی، ۱۴۱۳هـ، ج ۲، ص ۹۵-۹۶).

الف- دلیل اول

هر عقدی مشتمل بر دو التزام است؛ اولی بالمطابقه و آن التزام به مضمون نقل و انتقال و مبادله مالین است. در این قسم، هر کدام آن چیزی را که دیگری استحقاق دارد،

واجب است بدهد و اگر ندهد جایز است که شخص را اجبار کند و دیگری به واسطه التزام قسم اول است و آن قبض و اقباض است و قبض اقباض نیز بر دو قسم است؛ گاهی قبض مانند قبض در بیع صرف است که این قبض شرط در مالکیت ناشی از عقد است. در این قسم، در صورت امتناع از قبض اجبار آن جایز است و در عقد فضولی اصیل نمی‌تواند از انشای خود برشود؛ اما قسم دیگر مانند قبض در باب وقف و هبه و صدقه است که قبض برای عقد، شرط است و شرطیت ناشی از عقد نیست. به همین جهت، برای واهب و صدقه‌دهنده و واقف قبض واجب نیست و اجبار آنها نیز جایز نمی‌شود و برگشت از انشا در عقد فضولی برای اصیل جایز است.

اقوی این است که اجازه در عقد فضولی مانند ایجاب و قبول است؛ زیرا اگر بخواهیم اجازه را در حکم قبض در نظر بگیریم، ادله قاصر از اثبات آن است؛ پس باید مانند ایجاب و قبول شود؛ اما نه به معنای متممات عقد یا این که عقد در تحقق خود محتاج به آن باشد؛ بلکه رکنی که در آن اسناد عقد متحقق از فضول به مالک مجیز است/نائینی، ۱۴۱۳هـ ج ۲، ص ۹۷-۹۸. محقق خوبی در تبیین استدلال میرزای نائینی از واژه «تملیک التزام» استفاده می‌کنند. به این بیان که اگر عقدی بین یک فضولی و یک اصیل واقع شود، طرفی که اصیل است، قبل از اجازه اصیل نمی‌تواند عقد دیگری که با عقد اول منافات دارد، انجام دهد. چون او التزام خود را به طرف مقابل تملیک کرده و بدین جهت نمی‌تواند کاری بر خلاف التزام خود انجام دهد(خوبی، بی‌تا، ج ۳۳، ص ۲۸۰).

اشکالی که بر این استدلال شده، این است که در ایقاع یک طرف کافی است تا التزام محقق شود؛ اما در عقد چون دو طرف دارد و در عقد فضولی یک طرف تحقق پیدا نکرده است، پس طبیعت عقد محقق نگشته است. بدین جهت، التزامی نیز وجود ندارد.

در پاسخ باید گفت هر عقدی به دو چیز منحل می‌شود: ۱- التزام هر یک از طرفین به چیزی که باید التزام به آن داشته باشد و این شبیه به ایقاع است ۲- ربط این التزام به التزام دیگر؛ در این هنگام، اگر التزام طرف دیگر تحقق یابد، آثار آن بر طرفین مترتب می‌شود و اگر اصلاً تحقق نیابد، التزام اول باطل می‌شود؛ اگر نداند اجازه حاصل شده یا نه، التزام اول باقی است/سبزواری، ۱۴۱۳هـ ج ۲۴، ص ۲۹۴.

اشکال دیگر این که التزام اگر متعلقش تملیک باشد، در چنین فرضی لازم است که ملک بدون مالک شود؛ زیرا اصیل تملیک التزام کرده است؛ پس ملک اصیل نیست و ملک دیگری است. در این صورت، برای فضولی نیز اجازه نیست و صدور قبول از او لازم نیست؛ زیرا فرض این است که در ملک فضولی است؛ در حالی که در این جا فرض این است که برای مالکیت محتاج به ایجاب و قبول است و انتقال آن قهری نیست. اشکال دیگر این است که در این صورت اطلاق عقد بر فضولی مسامحه می‌شود. نتیجتاً این که گفته شده التزام متعلق تملیک است معنایی غیر محصل است(خویی، بی تا، ج ۲۳، ص ۲۸۰).

ب- دلیل دوم

دلیل دیگر این که ترتب اثر بر جزء سبب بعد از انضمام جزء دیگر از احکام وضع است و داخل در اختیار مشتری فیه نیست(گیلانی، ۱۴۱۳ هـ ج ۲، ص ۲۸۲). برای مثال، وقتی صیغه نکاح خوانده شود، بدون اختیار انسان، احکام وضعی بر آن مترتب می‌شود؛ ایجاد عقد به اختیار عاقد، اما اثر وضعی آن خارج از اختیار است.

اشکال استدلال این است که انضمام جزء بر جزء زمانی است که جزء اولی باقی باشد. حال فرض این است که موجب از ایجاب خود رجوع کرده است؛ پس این استدلال مخدوش می‌شود(انصاری، ۱۴۱۱ هـ ج ۲، ص ۱۵).

ج- دلیل سوم

مقتضای دلیل «أوفوا بالعقود» وجوب وفای به عقد است که از معاهده وجوبی تکلیفی حصول نقل که موقوف به اجازه است. در عقد فضولی نفس عقد تحقق یافته است پس مانعی بر شمول «أوفوا بالعقود» نسبت به آن نیست؛ پس در مسأله فسخ جایز نیست؛ مگر این که دلیلی از شرع برسد؛ مانند جواز رجوع در هبه.

مرحوم خویی می‌فرماید دلیل ناتمام است؛ زیرا در امر به وجوب وفا، اگر مراد وجوب تکلیفی باشد، وجوب یا حرمت تکلیفی زمانی نقض می‌شود که متعلق امر، مقدور مکلف باشد؛ به گونه‌ای که مختار در فسخ و امضای آن شود و تکلیف به امر غیر مقدور تعلق

نمی‌گیرد. در بحث مذکور، مراد از فسخ، لفظ «فسخت» نیست تا مقدور انسان شود؛ به همین دلیل، محال است که مراد وجوب تکلیفی باشد. اما اگر مراد وجوب وضعی است، مانند نهی پیامبر از بیع غرری که ارشاد به فساد کرده است، در این صورت، اصیل بر مبنای کشف نمی‌تواند از انشا برشود و بر مبنای نقل وجوب وفا به عقد نیست؛ زیرا وفا به معنای اتمام کردن است و اتمام آن بعد از امکان تحقق حکم وضعی یعنی اجازه مالک است.

به تقریر دیگر، وجوب وفای به عقد، گاهی ناظر به اسم مصدر یعنی آثار آن مثل ملکیت یا زوجیت است و گاهی دلیل وجوب وفا به عقد ناظر به مصدر یعنی نفس عقد است؛ اما در اولی شمول وفای به عقد، موقوف به نقل است و نقل حاصل نمی‌شود، مگر بعد از اجازه؛ پس وجوب وفای به عقد، قبل از اجازه شامل آن نمی‌شود. اما در دومی شامل وجوب وفای به عقد است؛ زیرا عقد هنگام معاهده تحقق یافته است و مقتضی دلیل وجوب وفای به عقد بعد از اتمام و نهایی شدن عقد است. با این توضیح، وجوب وفای به عقد از ناحیه اصیل بر مبنای نقل قبل از اجازه متوقف بر اخذ عقد به معنای اسم مصدری است؛ اما بر مبنای کشف فسخ در انحلال عقد موثر نیست؛ زیرا بر مبنای کشف عقد تمام سبب است و موضوع برای وجوب وفای به عقد است.^۱

دیدگاه دوم، فسخ مطلقاً

طبق این دیدگاه، مباشر یا اصیل می‌تواند عقد را قبل از اجازه به صورت مطلق فسخ کند. امام خمینی (موسوی خمینی، ۱۴۰۹ هـ.ج، ج ۲، ص ۲۵۷) از جمله قائلان به این دیدگاه است. امام خمینی معتقدند قطعاً اجازه در حصول نقل چه به نحو شرط و چه به نحو شطر دخالت دارد. حال چه قائل به کشف با تمام اقسامش باشیم یا قائل به نقل - و در میان فقها کسی قائل به این که اجازه هیچ نقشی در عقد ندارد یافت نمی‌شود - درباره فسخ دو فرض متصور می‌شود؛ فسخ یا هادم عقد است، یا هادم عقد نیست. اگر فسخ را هادم عقد دانستیم،

۱- ر.ک: خوبی، بی‌تا، ج ۴، ص ۱۷۳-۱۷۴

در این صورت بین نقل و کشف فرقی نیست؛ زیرا عقد در صورتی که متعقب به اجازه باشد، مؤثر است و این زمانی است که عقد منهدم نگردیده باشد. اگر بین عقد و اجازه تخلل شود، فسخ هادم است و عقدی باقی نمی‌ماند تا اجازه‌ای در پی آن باشد و اگر فسخ هادم عقد نیست، پس هیچ فرقی چه بر مبنای کشف و چه بر مبنای نقل نخواهد بود.

اگر گفته شود که عقد از جانب اصیل بر مبنای کشف تمام است و بدین جهت وفای عقد نیز لازم است، در جواب باید گفت مراد از تمام یعنی اگر اصیل رجوع کند، آنچه که از قبل انشا بود، حاصل می‌شود. در نقل نیز این گونه است و اگر تمام یعنی نقل قبل از اجازه بر مبنای کشف حاصل است و این موقوف بر این است که اجازه دخالتی در آن نداشته است. اگر مفروض این است که فسخ غیر هادم است و تمامیت عقد موقوف بر عدم هادمیت است، این همان کلام اول که ذکر گردید (موسوی خمینی، ۱۴۰۹ هـ، ج ۲، ص ۲۵۶-۲۵۷).

مرحوم آخوند نیز اشکالی به قائلان به تفصیل نزدیک به همین تقریر می‌کنند که اگر عقد از جانب یک طرف تام و نافذ است، در نقل نیز این گونه است؛ زیرا تفاوتشان به این است که آیا دخالت اجازه به نحو شرط است یا به نحو متأخر؟ این موجب تفاوت در تمامیت و یا عدم تمامیت عقد نسبت به اصیل نیست (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ هـ، ص ۶۱۳). مرحوم ایروانی نیز در رد تفصیل گوید: اگر به «أوفوا بالعقود» استدلال شود، اگر اجازه رکن عقد است، پس در نقل و کشف هر دو یکسان است و عقد بعد از حصول اجازه به وجود نمی‌آید. اگر غیر رکن و مقوم عقد نباشد، در این صورت نیز برای هر دو مبنا یکسان است (ایروانی، ۱۳۶۵، ج ۱، ص ۱۳۰).

امام خمینی معتقدند اگر برای صحت و لزوم، چه در نقل و چه در کشف، به عمومات تمسک شود، باطل است. اگر به آیه‌هایی مانند «کسانی که ایمان آورده‌اید امواتان را میان خود به باطل مخورید مگر این که تجارتی باشد با رضایت طرفین» (نساء، ۲۹) و یا آیه «خدا خرید و فروش را حلال کرده است» (بقره، ۲۷۵) تمسک شود، باید گفت که همانا اکل مال تجارتی زمانی حاصل می‌شود که بین دو تاجر اصیل است و در صورت فضولی بودن دو طرف یا یک طرف، مال تجارت عرفاً حاصل نگشته است. زمانی که موضوع حاصل نشود، چگونه می‌توان صحبت از حلیت و یا حرمت آن کرد؟ اما اگر به «أوفوا بالعقود» تمسک کرد، مانند وجوب وفایی که در قسم و نذر و مانند آن است، ظاهر وجوب وفای بر

طبق مضمون آن است و لزوم زمانی است که عقد بین دو طرف اصیل محقق شده است و خروج از آن تنها بین دو اصیل است (موسوی خمینی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲، ص ۲۵۷).
در جواب اشکالات مذکور باید گفت ما نیز قبول داریم که اجازه، دخالت و تأثیر در عقد دارد؛ لکن بحث در نحوه تأثیر اجازه و تقرر عقد فضولی است که در یک تقسیم بندی کلی به دو دیدگاه نقل و کشف تقسیم می‌شود. بر اساس دیدگاه شیخ انصاری بر مبنای کشف عقد از جانب اصیل و مباشر تام است؛ یعنی عقد قبل از اجازه یک نحو تقرری تام دارد. اجازه کاشفیت از صحت و نفوذ عقد از ابتدا را دارد؛ ولی بر مبنای نقل عقد از زمان اجازه تقرر پیدا می‌کند. براین اساس، به نظر می‌رسد دیدگاه سوم صحیح است. این که گفته شده فسخ هادم یا غیرهادم است، باید گفت مبنا چیست؟ بر مبنای نقل، فسخ هادم عقد است و بر مبنای کشف، فسخ هادم نیست.

دیدگاه سوم، تفصیل بین کشف و نقل

دیدگاه سوم که صحیح است، این است که بر مبنای کشف، اصیل نمی‌تواند در فضولی از ایجاب برشود؛ ولی بر مبنای نقل، رجوع از ایجاب جایز است. شیخ انصاری از جمله قائلان این دیدگاه است (انصاری، ۱۴۱۱ هـ ج ۲، ص ۱۴). شیخ انصاری یکی از ثمرات بین کشف و نقل را این می‌داند که بر مبنای نقل در صورتی که طرف اصیل قبل از اجازه دیگری رد کند، مبطل عقد است و در کشف مبطل نیست (همانجا). دلیل ایشان قاعده «أوفوا بالعقود» است. استدلال بر مبنای قاعده «أوفوا بالعقود» متوقف بر اموری است: ۱- مراد از وجوب وفا، حکم تکلیفی است، نه ارشادی. ۲- موضوع وجوب وفای به عقد، نفس عقد است، نه بیع و نکاح و نه به لحاظ ترتب موضوع آن عقد. ۳- رضا و اجازه شرط وجوب وفا به واسطه رضایتی که به آن اضافه شده است و نه مطلقاً (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ هـ ج ۱، ص ۵۱۷). البته مراد کشف در این جا کشف حقیقی و نه کشف حکمی است؛ زیرا ثمره کشف حکمی مثل نقلی است (نابینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۲۴۶). فرق بین نقل و کشف این است که اجازه چه شرطاً و چه شرطاً دخیل در نقل است. پس موضوع وجوب وفا، عقد مقید است (همان، ج ۲، ص ۱۵۸) و اجازه لاحق سبب ملکیت است که با رضایت مالک تمام می‌شود. پس زمانی که شرط حاصل گشت، عمل به جهت عموم «أوفوا بالعقود» واجب می‌شود و اگر شرط حاصل نشود، وفای به عقد لازم نیست (عاملی، ۱۴۱۰ هـ ج ۳، ص ۲۲۹).

لذا بدین جهت، تحریم مصاهره به جهت لزوم وفا به اصیل است و ازدواج با مادر معقودعلیها فضولی و یا زن پنجم ضد وفا است. بر این اساس، حرمت حاصل شده به جهت این که احتمال دارد مادر زوجه و یا زن پنجم باشد و یا به جهت احتمال اجازه به نحو شرط متأخر که در این صورت معقوده در واقع زوجه است، پس مادر زوجه نیز مادر زنش است و ازدواج پنجم هم بدین جهت حرام است، نیست؛ بلکه لزوم وفای اصیل علت حرمت است (اصفهانی، ۱۴۱۸هـ.ج، ۲، ص ۱۶۴).

براساس مطالب مذکور بر مبنای نقل در صورت فسخ اصیل، عقد باطل می‌شود؛ زیرا همان گونه که اجماع بر آن حکایت می‌کند، ابطال ایجاب یکی از متعاقبین قبل از انشای دیگری جایز است (مروج جزائری، ۱۴۱۶هـ.ج، ۵، ص ۱۰۰). رجوع از انشا قبل از تمامیت علت و استکمال اجزایی که مؤثر در حصول نقل است، به دلیل خلل در اجزای عقد، مبطل عقد است؛ اما سایر چیزهایی که تأثیر می‌گذارند، ولی داخل در قوام عقد نیستند، مثل قبض در سلم و صرف ارکانش تحقق پیدا کرد و بعد رجوع کند، ضرری به معنای عقد و معاهده نمی‌زند و رجوع زمانی ضرر به عقد می‌رساند که تخلل بین ارکان عقد باشد (ایروانی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۳۰)؛ اما بر مبنای کشف فسخ مبطل عقد نیست؛ زیرا عقد از طرف اصیل تام است؛ اگر چه دیگری در اجازه و یا رد مسلط است (مروج جزائری، ۱۴۱۶هـ.ج، ۵، ص ۱۰۰) و چون عقد از طرف اصیل تام است، شامل قاعده «أوفوا بالعقود» می‌شود و نمی‌توان عقد را بهم زد.

فروع مسأله

اولین فرع این است که آیا برای اصیل یا مجیز تصرفاتی منافی با انشا جایز است؟

۱- حکم تصرفات منافی با انشا

به نظر می‌رسد دیدگاه صحیح نظر شیخ انصاری است که معتقد است بر مبنای نقل، تصرفات منافی با انشا جایز است؛ ولی بر مبنای کشف، جایز نیست. علت آن، وجوب وفای به عقد است که از آثار آن، عدم جواز تصرف منافی با آن است^۱. محقق نایینی قائل به این است که التزام خود را به طرف مقابل تملیک کرده است؛ بدین جهت، اصیل نمی‌تواند کاری

۱- ر.ک به: انصاری، ۱۴۱۵هـ.ج، ص ۱۵۷

بر خلاف التزام خود انجام دهد.^۱ البته استدلال محقق نایینی مخدوش است که بیانش گذشت. بر مبنای نظر امام خمینی(ره) چون قائل به رجوع از ایجاب عقد است، می‌توان عقود منافی با عقد اول انجام داد که استدلالات این دیدگاه نیز رد شد.

۲- حکم تصرفات قبل از اجازه بر تقدیر لحوق اجازه

دومین فرعی که می‌توان مطرح کرد این است که آیا بر فرض علم به لحوق اجازه، آیا می‌توان اعمال منافی با انشا انجام داد؟ این مسأله میان فقها اختلاف است. سید یزدی معتقدند در صورت علم به اجازه، احکام مصاهرت در نکاح فضولی جاری می‌شود و اگر کسی فضولاً زنی را برای مردی تزویج کند و آن زن ندانسته به دیگری شوهر کند و بعد از آن بفهمد که فضولی او را عقد کرده، نمی‌تواند آن عقد را اجازه کند؛ زیرا که محل اجازه فوت شده است. همچنین اگر کسی فضولاً زنی را برای مردی تزویج کند و آن مرد پیش از اطلاع بر آن مادر یا دختر یا خواهر آن زن را تزویج کند و بعد از آن بر عقد فضولی مطلع شود، محلی برای اجازه باقی نمی‌ماند(یزدی، ۱۴۰۹هـ ج ۲، ص ۱۷۴-۱۷۵؛ قمی، ۱۴۲۳هـ ج ۲، ص ۳۱۸). مرحوم سبزواری از طریق التزام طرف اصیل استدلال کرده و معتقد است وقتی شخص اصیل خودش بنفسه ملتزم به ازدواج شده باشد، به ترتب آثار آن نیز اعتراف کرده است(سبزواری، ۱۴۱۳هـ ج ۲، ص ۲۹۴). برخی دیگر از فقها نظری مخالف دارند و معتقدند که در حال علم نیز احکام مصاهرت بر مباشر جاری نیست؛ اگر چه قائل شویم اجازه باعث تأثیر در حین عقد است(عراقی، ۱۴۱۵هـ ص ۳۱۸).

محقق گلپایگانی معتقدند اگر ما قایل به لزوم عقد از ناحیه اصیل باشیم، بر او تکلیفاً حرام است که تزویج منافی با این عقد را انجام دهد؛ لکن اگر این حرام تکلیفی را مرتکب شد و تزویج را انجام داد، این ازدواج صحیح است و اجازه مُلغی می‌شود؛ لکن احتیاط ترک نشود(یزدی، ۱۴۱۹هـ ج ۵، ص ۶۴۳).

اشکال این سخن آن است که اگر ما لزوم را از یک طرف قائل شویم، لازمه آن بطلان

۱- ر.ک به: خویی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۸۰

عقد مخالف است، نه این که تکلیفاً عقد حرام باشد؛ اما وضعاً صحیح است (شسبیری زنجانی، درس خارج فقه جلسه ۴۸۱).

برخی از فقها بر این نظرند که حکم این مسأله بستگی به این دارد که آیا به التزام مباشر اگر قائل به لزوم التزام اصیل گردیم، در این صورت، تصرفات منافی با عقد باطل است و اگر قائل به لزوم التزام اصیل نگردیم، مفهوم عقد تحقق نیافته است. پس حکم به صحت عقد دوم و نفوذ آن می‌شود. البته شاید گفته شود که بر مبنای کاشفیت حقیقی زوجیت از عقد موجود است؛ پس اعمال منافی آن نمی‌تواند انجام دهد. در جواب گوییم که این منوط به عدم رد است؛ در حالی فرض این است که مباشر عقد را فسخ کرده است (خویی، بی‌تا، ج ۲۳، ص ۲۸۲). پس به نظر می‌رسد اقوی این است که بر مبنای کشف حقیقی و در فرض تعقب به اجازه، حکم به صحت عقد اول و بطلان عقود منافی لاحق باید کرد و در صورت شک در حصول اجازه، اصل را بر صحت اعمال منافی گذاشت تا علم به اجازه تحقق یابد. اما در کشف حکمی باید گفت به این که در غیر مسأله ارث که دلیل خاص داریم، در مورد عقد لاحق نمی‌توان حکم به بطلان کرد؛ اگر چه علم به تحقق اجازه داشته باشیم. چون اجازه لاحق نمی‌تواند برای عقد اول از همان زمان عقد، زوجیت حقیقی درست کند؛ لذا ازدواج‌های منافی که بعداً انجام گرفته‌اند، اشکالی نخواهند داشت (طباطبایی حکیم، ۱۶، ۱۴، ص ۵۱۸). نظریه نقل نیز از این جهت مانند کشف حکمی است؛ پس اعمال منافی با انشا جایز است.

یافته‌های پژوهش

اگر مرد، اصیل و زن، فضولی مفروض شود، در این صورت، با زن پنجم و خواهر زن منکوحه ازدواج جایز نیست و اگر زن اصیل فرض شود، در این صورت، ازدواج زن با مرد دیگری جایز نیست و طلاق نیز صحیح نیست. بر مبنای کشف، عقد از جانب اصیل و مباشر تام است. به همین جهت، در کشف، امکان فسخ کردن و رجوع برای اصیل نیست؛ پس نمی‌توان تصرفات منافی انشا انجام داد و اگر پس از نکاح فضولی، با کسی دیگر ازدواج کند، ازدواج‌های بعدی بر مبنای کشف حقیقی، صحیح نیست؛ ولی بر مبنای کشف حکمی و نقل، صحیح است.

منابع

- اشتهاردی، علی پناه(۱۴۱۷هـ)، مدارک العروة، تهران، دار الأسوه للطباعه و النشر، چاپ اول
- اصفهانى كمپانى(۱۴۱۸هـ)، محمدحسین، حاشیه كتاب المكاسب، تصحیح عباس محمد آل سباع قطیفی، قم، انتشارات محقق، چاپ اول
- انصاری، مرتضی بن محمد امین(۱۴۱۱هـ)، المكاسب المحرمه و البیع و الخیارات، تصحیح محمد جواد رحمتی و سیداحمد حسینی، قم، منشورات دار الذخائر، چاپ اول
- (۱۴۱۵هـ)، كتاب النكاح، محقق / مصحح گروه پژوهش در کنگره، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول
- امامی، سیدحسین(بی تا)، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامیة
- ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی(۱۳۶۵)، حاشیه المكاسب، قم، کتبی نجفی، بی چا
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر(۱۳۸۰)، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ یازدهم
- حسینی شیرازی، محمد(۱۳۸۵)، ایصال الطالب الی المكاسب، تهران، مؤسسه کتابسرای اعلمی تبریزی، جواد بن علی(۱۴۱۶هـ)، إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المكاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ سوم
- حلی، علامه حسن بن یوسف بن مطهر اسدی(۱۴۱۳هـ)، قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام، محقق / مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول
- خراسانی، محمدکاظم بن حسین(۱۴۰۶هـ)، حاشیه المكاسب، محقق / مصحح سید مهدی شمس الدین، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول
- خویی، سیدابوالقاسم موسوی(۱۴۱۷هـ)، مصباح الفقاهه، مقرر شیخ محمدعلی توحیدی، قم، انصاریان، بی چا
- خویی، سیدابوالقاسم موسوی(۱۴۱۳هـ)، موسوعه الإمام الخویی، تهران، مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البيت(ع)
- روشن، محمد و محمد صادقی(۱۳۹۵)، دانشنامه حقوقی صادق، تهران، انتشارات جنگل جاودانه، چاپ اول
- زنجانى، سید موسی شبیری(۱۴۱۳هـ)، كتاب نکاح، قم، مؤسسه پژوهشی رأی پرداز، چاپ اول

سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳هـ)، *مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام*، محقق / مصحح: مؤسسه المنار، قم، دفتر آیةالله سبزواری، چاپ چهارم
شبیبری زنجانی، موسوی، درس خارج فقه شبیبری زنجانی:

<http://www.zahra-media.ir>

عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی بن احمد (۱۴۱۰هـ)، *الروضه البهیه الدمشقیه فی شرح*

اللمعه، محقق مصحح سیدمحمد کلانتر، قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول

_____ (۱۴۱۳هـ)، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، ج ۷، محقق / مصحح: گروه

پژوهش مؤسسه المعارف الاسلامی، قم، مؤسسه المعارف الاسلامی، چاپ اول

صابر، سیدمحمد مهدی، سیدجلال موسوی نسب و محمدرضا کیخا (۱۳۹۶)، «نقدی بر نظر

مشهور فقیهان امامیه و قانون مدنی پیرامون نکاح فضولی» (بهاروتابستان)،

وفصلنامه علمی ترویجی فقه و حقوق خانواده، تهران، دانشگاه امام صادق علیه السلام

صفایی، سیدحسین (۱۳۹۲)، *بوره مقدماتی حقوق مدنی*، انتشارات میزان، چاپ چهاردهم

طباطبایی حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۶هـ)، *مستمسک العروه الوثقی*، قم، مؤسسه دارالتفسیر،

چاپ اول

عبدالرحمان، محمود (بی تا)، *معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیه*، قاهره، دارالفضیله

عراقی، آقا ضیاءالدین علی بن ملامحمد کبیر کزازی (۱۴۱۵هـ)، *تعلیقہ استدلالیہ علی العروه*

الوثقی، محقق / مصحح گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، قم، دفتر انتشارات

اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم

فاضل لنکرانی، محمد موحدی (بی تا)، *التعلیقات علی العروه الوثقی*، محقق / مصحح واثقی و

ابراهیم امیری و عبادالله سرشار و علی کمالی و عبدالحمید رضوی و محمد

آغاوغلو و محمدتقی شهیدی، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، چاپ اول

فاضل هندی، محمد بن حسن بن محمد اصفهانی (۱۴۱۶هـ)، *کشف اللثام و الإبهام عن*

قواعد الأحكام، محقق / مصحح گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، قم، دفتر

انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول

فهیم کرمانی، مرتضی (۱۳۸۱)، *فقه دانشگاهی*، قم، مهر امیرالمؤمنین، چاپ اول

فیومی، احمد بن محمد (۱۴۱۴هـ)، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، قم،

دارالهجره

قلی پور گیلانی، مسلم (۱۳۸۵)، *تلخیص کتاب البیع*، قم، انتشارات قدس

- قمی، عباس (۱۴۲۳هـ)، *الغایه القصوی فی ترجمه العروة الوثقی*، ج ۲، محقق / مصحح علی رضا اسداللهی فرد، قم، منشورات صبح پیروزی، چاپ اول
- گیلانی، میرزای قمی ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۴۱۳هـ)، *جامع الشتات فی أجوبه السؤالات*، محقق / مصحح مرتضی رضوی، تهران، مؤسسه کیهان، تهران، چاپ اول
- لاری، سید عبدالحسین (۱۴۱۸هـ)، *التعلیقه علی المکاسب*، محقق / مصحح گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، چاپ اول
- محقق داماد یزدی، سید مصطفی (بی تا)، *بررسی فقهی حقوق خانواده*، نکاح و انحلال آن، قم، چاپ اول
- مامقانی، محمدحسن بن عبدالله (۱۳۱۶)، *غایه الآمال فی شرح کتاب المکاسب*، قم، مجمع الذخائر الإسلامیه، چاپ اول
- موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۰۹هـ)، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره
- مروج جزایری، سیدمحمدجعفر (۱۴۱۶هـ)، *هدی الطالب فی شرح المکاسب*، قم، مؤسسه دارالکتاب، چاپ اول
- مشکینی، میرزاعلی (بی تا)، *مصطلحات الفقه*، قم، الهادی
- یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم طباطبایی (۱۴۰۹هـ)، *العروة الوثقی*، بیروت، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، چاپ دوم
- _____ (۱۴۱۹هـ)، *العروة الوثقی (المحشی)*، محقق / مصحح احمد محسنی سبزواری، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول
- _____ (۱۳۷۸هـ)، *حاشیه المکاسب*، قم، مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البیت
- نایینی، میرزا محمدحسین بن عبدالرحیم غروی (۱۴۱۳هـ)، *المکاسب و البیع*، مقرر شیخ محمد تقی آملی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول
- _____ (۱۳۷۳هـ)، *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*، تهران، المكتبه المحمدیه، چاپ اول
- نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۳۶۲هـ)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، محقق / مصحح شیخ عباس قوچانی، بیروت، انتشارات دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم