

آثار و احکام نکاح فضولی کبیرین در فقه امامیه و حقوق ایران با رویکردی به نظر امام خمینی (س)

خدیجه مرادی^۱
علیمه جمال زاده^۲

چکیده: نکاح فضولی به عقدی گفته می‌شود که توسط کسی منعقد شده که حق انعقاد عقد نکاح را ندارد. بنا به نظر مشهور فقها نکاح فضولی عقدی صحیح و غیرنافذ است که نفوذ آن منوط به صدور اجازه معقوذه یا نماینده وی می‌باشد. اگر عقد از طرف یکی از زوجین لازم باشد و کسی که عقد از طرف او لازم است فوت کند، برخی قائلند که به صرف تحقق اجازه، ارث برای مجیز ثابت می‌شود، اما امام خمینی و برخی دیگر ثبوت ارث برای دیگری را منوط به تحقق اجازه و سوگند می‌دانند. اگر یکی از زوجین فرد بالغی باشد که خودش مباشرتاً عقد را منعقد کرده یا بالغی باشد که عقد فضولی را اجازه داده، و طرف دیگر کسی است که به طور فضولی به ازدواج درآمده ولی هنوز نظر خود را مبنی بر قبول یا رد عقد منعقد بیان نکرده است در این صورت عقد نسبت به اصیل یا مجیز لازم شده و حرمت مصاهره نسبت به او ثابت می‌گردد، این حکم تا زمانی جاری می‌شود که عدم اجازه دیگری روشن گردد، حال اگر معقوذه عقد منعقد توسط فضولی را فسخ کند عقد، «کأن لم یکن» تلقی شده و حرمت مصاهره نیز از بین می‌رود زیرا مقتضای حرمت منتفی شده است. اما اگر معقوذه عقد منعقد را با مهریه‌ای بر خلاف آنچه فضولی مشخص کرده، اجازه دهد حکم به بطلان عقد می‌شود. **کلیدواژه‌ها:** نکاح فضولی، اجازه، سوگند، ارث، مصاهره.

۱. عضو هیأت علمی دانشگاه رازی
e-mail: khmoradi110@yahoo.com

۲. کارشناسی ارشد فقه و حقوق اسلامی
e-mail: a.jamali1300@yahoo.com

این مقاله در تاریخ ۱۳۸۹/۲/۲۸ دریافت گردید و در تاریخ ۱۳۸۹/۳/۱۲ مورد تأیید قرار گرفت.

مقدمه

«نکاح» رابطه‌ای است که به واسطه عقد، بین زن و مرد ایجاد شده و در نتیجه آن روابط زوجیت و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل یکدیگر برقرار می‌شود (امامی ۱۳۷۷ ج ۴: ۲۶۸؛ محقق داماد ۱۳۷۲: ۲۲). عقد نکاح توسط زوجین یا نماینده قانونی آنها منعقد می‌گردد که در این صورت روابط زوجیت بین طرفین ایجاد شده و همه آثار از جمله ثبوت مهریه، نفقه، حق تمکین، ارث و حرمت مصاهره بر عقد منعقد مترتب می‌شود. در برخی موارد عقد نکاح به طور فضولی و توسط افرادی واقع می‌شود که حق انعقاد نکاح را ندارند. هر چند در گذشته انعقاد نکاح به این صورت بیشتر اتفاق می‌افتاد ولی هنوز هم مواردی دیده می‌شود که عقد نکاح به این صورت منعقد می‌گردد. بنابراین روشن شدن آثار و احکامی که بر چنین عقدی مترتب می‌شود ضروری است. نکاح فضولی ممکن است در مورد افراد نابالغ، بالغ یا مجنون جاری گردد که در همه موارد نفوذ نکاح و ترتب آثار بر آن منوط به تحقق اجازه می‌باشد و در برخی موارد دلیل خاص وجود دارد که برای ترتب آثار علاوه بر اجازه باید سوگند نیز محقق شود.

نکاح فضولی و مشروعیت آن

انعقاد نکاح به صورت فضولی یکی از روش‌های تحقق عقد نکاح است. فقها و حقوقدانان در مورد نکاح فضولی تعریف‌هایی ارائه نموده‌اند. در تعریف جامعی که مورد قبول امام خمینی نیز هست می‌توان گفت نکاح فضولی، عقدی است که از طرف غیر ولی یا وکیل صادر شده و با اجازه صحیح می‌شود. فرقی نمی‌کند که عقد از دو طرف فضولی باشد یا از یکی از طرفین، معقودله صغیر باشد یا کبیر، عقدکننده از اقوام و نزدیکان باشد مانند برادر، عمو و دایی یا بیگانه باشد^۱ (امام خمینی ۱۳۶۳ ج ۲: ۲۲۹-۲۳۰). این تعریف، عقد منعقد توسط اجنبی را فضولی می‌داند ولی باید توجه داشت که جواز عقد اجنبی برای معقودله در فرض مناسبت عقلاییه است، چه آنکه اگر فرد اجنبی بدون وجود هیچ مناسبتی با زن و خانواده او، زن را به ازدواج درآورد قول به صحت عقد منعقد مشکل است زیرا این عقد به شوخی و هزل شبیه‌تر است. چنانکه عقد توسط کسی که او را در بازار و خیابان می‌بینیم بدون وجود هیچ مناسبتی که موجب انعقاد این عقد شده باشد، منعقد شود باطل می‌باشد (مکارم شیرازی ۱۴۱۳: ۷۲۷).

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک. به: (اصفهان‌ی ۱۳۸۰: ۷۱۰؛ طباطبایی یزدی بی‌تا: ۶۵۷؛ سبزواری ۱۴۱۶: ۲۸۴-۲۸۳).

کسانی که این تعریف را ارائه داده‌اند در ادامه اضافه می‌کنند: عقدی که از طرف ولی یا وکیل صادر شده به طوری که در آن اذن نداشته است از قبیل عقد فضولی می‌باشد، مثل اینکه وکیل از آنچه موکل مشخص کرده تعدی کند. لازم است ذکر شود که در قانون ایران ماده‌ای که به طور صریح دلالت بر نکاح فضولی داشته باشد و آن را تعریف کند، وجود ندارد. با این حال حقوقدانان با توجه به مفهوم مواد تصویب شده در باب «وکالت در نکاح» صحت نکاح فضولی را استنباط کرده و به بیان تعریف آن پرداخته‌اند.

در مورد اینکه نکاح فضولی در زمره کدام یک از عقود قرار می‌گیرد، باید گفت نظر به اینکه عقد منعقد شده تمام ارکان اساسی عقد را دارا بوده و در نتیجه تحقق رضایت مالک یا قائم مقام او نقص موجود در آن از بین رفته و دارای اثر می‌گردد پس «عقد غیرنافذ» محسوب می‌شود (امامی ۱۳۷۷ ج ۴: ۳۵۷؛ فتاوی ۱۳۷۹ ج ۱: ۱۰۸-۱۰۹). بسیاری از فقها^۱ و حقوقدانان^۲ صحت نکاح فضولی را پذیرفته و ادله‌ای دال بر مشروعیت آن آورده‌اند. مشهور فقها برای اثبات سخن خود به اخبار مستفیضه‌ای که در این مورد وارد شده استناد کرده‌اند. علاوه بر روایات وارده در مورد نکاح فضولی که به طور مستقیم به این باب اختصاص دارد از روایات دال بر صحت بیع فضولی نیز می‌توان برای اثبات این امر استفاده کرد. برخی برای اثبات صحت نکاح فضولی علاوه بر سنت به آیات نیز استدلال کرده‌اند، ولی با این حال قسمت عمده ادله استنادی را روایات تشکیل می‌دهد. برخی از فقها (طباطبایی ۱۴۲۱ ج ۱: ۱۰۳؛ نجفی ۱۹۸۱: ۲۰۱) ادعای اجماع بر صحت نکاح فضولی نیز کرده‌اند.

با توجه به اینکه قوی‌ترین روایتی که بر صحت نکاح فضولی دلالت می‌کند در مورد صغیرین می‌باشد ممکن است این امر به ذهن متبادر گردد که چنین نکاحی فقط در مورد صغیرین واقع می‌شود. حال اینکه چنین تصویری صحیح نبوده و یکی از مصادیقی که ممکن است نکاح فضولی اتفاق افتد نکاحی است که در مورد افراد بالغ واقع می‌شود. در این نوشتار برخی آثار و احکام مترتب بر نکاح فضولی که در مورد افراد بالغ واقع شده از دیدگاه فقهای امامیه و حقوقدانان و همچنین امام خمینی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک. به: (طباطبایی ۱۴۲۱ ج ۱: ۱۱۱؛ عاملی ۱۴۱۳: ۷۰؛ نجفی ۱۹۸۱: ۲۰۱؛ روحانی ۱۴۱۲ ج ۲: ۵۲۰؛ طباطبایی یزدی بی تا: ۶۵۷؛ علامه حلی^{الف} ۱۴۱۰: ۸؛ علامه حلی ۱۴۱۸ ج ۷: ۱۰۲؛ علامه حلی ۱۴۲۱ ج ۳: ۴۳۷).
 ۲. برای مطالعه بیشتر ر.ک. به: (امامی ۱۳۷۷ ج ۴: ۳۷۵؛ طاهری بی تا ج ۳: ۱۳۸؛ کاتوزیان ۱۳۸۵ ج ۱: ۶۲).

برخی مصادیق نکاح فضولی کبیرین

مادر و اجداد مادر، ولایتی بر فرزند ندارند و عدم ولایت آنها به طور مطلق می‌باشد؛ یعنی فرقی نمی‌کند فرزند صغیر باشد یا کبیر، مؤنث باشد یا مذکر، عاقل باشد یا مجنون، در هر صورت ولایت مادر منتفی است (طباطبایی ۱۴۲۱ ج ۱: ۱۲۰؛ شهید ثانی بی تا: ۱۵۱؛ گلپایگانی ۱۳۶۴ ج ۲: ۱۵۲). چه آنکه ولایت مخصوص کسانی است که ولایت آنها با ادله ثابت شده باشد و برای افراد دیگر حق ولایت وجود ندارد (نجفی ۱۹۸۱: ۲۳۴). حال اگر مادری فرزند بالغ خود را به عقد دیگری درآورد نکاح فضولی به شمار می‌آید.

در برخی موارد انعقاد عقد توسط وکیل، فضولی تلقی می‌شود. از جمله جایی که موکل، وکالت را «مقید» به امر معینی کرده باشد و وکیل از حدود آن تجاوز کند. از دیدگاه امام خمینی (امام خمینی ۱۳۶۳ ج ۲: ۲۲۴) و مشهور فقها و حقوقدانان فرقی نمی‌کند که آنچه موکل مشخص کرده از حیث شخص باشد یا مهر یا خصوصیات دیگر. در هر صورت، اگر وکیل از آنچه موکل مشخص کرده تعدی کند عقد منعقد فضولی محسوب می‌شود^۱ (طباطبایی یزدی بی تا: ۶۵۷). متن ماده ۱۰۷۳ قانون مدنی نیز به طور صریح این مطلب را بیان می‌کند. علت فضولی شدن چنین ازدواجی این است که آنچه فرد برای آن وکیل شده بود در خارج واقع نشده و آنچه او انجام داده چیزی است که وکالتی در آن نداشته است (موسوی خوئی ۱۴۰۴ ج ۲: ۳۱۵). بنابر آنچه گفته شد، در صورتی که شخصی به کسی وکالت دهد که زن معینی را به ازدواج او درآورد و وکیل بر خلاف خواسته موکل اقدام کرده و شخص دیگری را به عقد او درآورد این عقد فضولی بوده و صحت آن متوقف بر اجازه است (طاهری بی تا ج ۳: ۱۳۸؛ محقق داماد ۱۳۷۲: ۲۰۳). همچنین در جایی که شخصی، دیگری را وکیل می‌کند تا زنی را با خصوصیاتی که مشخص کرده به ازدواج او درآورد مثلاً گفته زن بیست ساله را برای او عقد کند ولی وکیل زن چهل ساله را برای او می‌گیرد در این صورت نیز نکاح، فضولی محسوب می‌شود (صفایی ۱۳۸۵ ج ۱: ۵۴؛ طاهری بی تا ج ۳: ۱۳۸).

در صورتی که شخصی به دیگری به طور مطلق وکالت داده باشد، این وکالت برای اداره کردن اموال موکل است و وکیل نمی‌تواند با استناد به وکالت مذکور، برای ایجاد رابطه زوجیت

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک.به: (سبزواری ۱۴۱۶ ج ۲۴: ۲۸۲؛ عاملی ۱۳۵۰: ۵۰-۴۹؛ شایگان ۱۳۷۵: ۲۲۱؛ حائری شاهباغ ۱۳۷۶ ج ۲: ۹۳۴).

بین موکل و دیگری اقدام کند و اگر اقدام به انعقاد چنین عقدی کرد این عقد فضولی محسوب می‌شود (عاملی ۱۳۵۰: ۴۹-۴۸؛ شایگان ۱۳۷۵: ۲۲۱).

همچنین وقتی کسی به دیگری وکالت در نکاح داده ولی این وکالت به طور «مطلق» است یعنی موکل چیزی را معین نکرده، در این صورت بر وکیل واجب است مصلحت موکل را رعایت کند و اگر وکیل تعدی کرده و آنچه بر خلاف مصلحت موکل است انجام دهد نکاح فضولی می‌شود، زیرا قرینه خارجی دایره وکالت را محدود به موردی کرده که در آن مصلحت وجود داشته باشد و عمل وکیل در این صورت خارج از محدوده وکالت او می‌باشد (مطهری ۱۴۰۵: ۱۲۱).

همچنین می‌توان گفت: ظاهر وکالت مطلق در ازدواج این است که وکیل می‌تواند در حدود وکالت خود موکل را برای دیگری به عقد درآورد زیرا اگر منظور موکل ازدواج با شخص وکیل بود آن را بیان می‌کرد. پس اگر وکیل موکل را به عقد خود درآورد عقد منعقد از مصادیق فضولی به شمار می‌آید^۱ (محقق حلی^{الف}: ۱۴۱۰؛ ۴۷۳؛ محقق حلی^ب: ۱۴۱۰؛ ۵۳۰). مثلاً اگر زنی به مردی بگوید: «تو وکیل مرا به نکاح مردی درآوری» در این صورت مفهومی که از این جمله به ذهن تبادر می‌شود این است که وکیل نمی‌تواند او را به ازدواج خودش درآورد، زیرا اگر چه از حیث اطلاق، وکیل صلاحیت این را دارد که داخل در شمول افرادی باشد که می‌تواند زن را به ازدواج آنها درآورد اما مفهومی که عرفاً از مأمور بودن وکیل در به ازدواج درآوردن زن به دست می‌آید این است که شوهر باید فردی غیر از وکیل باشد. در نتیجه، وکیل نمی‌تواند زن را به عقد خود درآورد مگر اینکه زن تصریح کرده باشد که وکیل می‌تواند او را به عقد خود درآورد (بحرانی بی تا ج ۲۳: ۲۵۱-۲۵۰).

تعدی حکم مورد نص به نکاح فضولی کبیرین

«صحیحہ ابی عبیدہ» قوی‌ترین روایت مورد استناد برای صحت نکاح فضولی است. این صحیحہ در مورد فرضی است که دو نفر فضولی صغیرین را به ازدواج درآوردند. در این روایت حکم ارث و مهر نیز بیان می‌شود. مضمون روایت چنین است: اگر صغیر و صغیره‌ای که به طور فضولی به ازدواج درآمده‌اند قبل از بلوغ فوت کنند میراث و مهریه‌ای بین آنها ثابت نمی‌شود،

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک.به: (طباطبایی حکیم ۱۳۸۱ ج ۲: ۱۴۶؛ موسوی خوئی بی تا ج ۲: ۲۵۵؛ شیخ طوسی ۱۳۸۸ ج ۲: ۱۸۰؛ نجفی ۱۹۸۱: ۱۹۵؛ حائری شهابی ۱۳۷۶ ج ۲: ۹۳۴؛ امامی ۱۳۷۷ ج ۴: ۳۵۶-۳۵۵؛ فصیحی زاده ۱۳۷۷: ۲۱۴).

مگر اینکه قبل از فوت بالغ شده و عقد منعقد کرده باشند. اگر یکی از آنها قبل از دیگری بالغ شده و به عقد منعقد راضی شود اشکالی ندارد و عقد نسبت به او لازم می‌گردد. اگر صغیر قبل از صغیره بالغ شده و به نکاح رضایت دهد و قبل از بلوغ صغیره بمیرد سهم صغیره از ترکه میت کنار گذاشته می‌شود تا بالغ شود. حال اگر بالغ شد و عقد را رد کرد حکم به بطلان عقد شده و ارثی ثابت نمی‌شود. اما اگر عقد را اجازه داد سوگند می‌خورد به اینکه اجازه او برای رغبت نسبت به میراث نبوده، در این صورت نصف مهریه و سهم خود را از ترکه دریافت می‌کند پس در فرض مذکور ارث و مهر وقتی ثابت می‌شود که علاوه بر اجازه، سوگند نیز محقق شود (شیخ طوسی ۱۳۶۵ ج ۷: ۳۸۸؛ کلینی ۱۴۰۱ ج ۵: ۴۰۱؛ حر عاملی بی تا: ۵۲۷).

در مورد اینکه حکم مذکور در نص در مورد جایی که طرفین هر دو بالغ بوده و فضولی آنها را به ازدواج درآورد جاری می‌شود یا نه، بین فقها اختلاف است. علامه در قواعد می‌فرماید: اگر طرفین عقد بالغ بوده و فضولی آنها را به ازدواج درآورد در تعدی حکم مورد نص به این مورد اشکال است (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۵۹۲). اشکال از اینجا نشأت می‌گیرد که دو وجه در مورد تعدی یا عدم تعدی بیان شده است:

۱) حکم مذکور در نص در مورد جایی که معقود علیهما (کسانی که عقد در مورد آنها واقع شده) بالغ باشند نیز جاری می‌شود، زیرا جریان حکم در مورد صغیرین در جایی است که فضولی عقد را برای آنها منعقد کرده باشد و آنچه محور قرار می‌گیرد این است که عاقد فضول باشد و عقد فضولی محسوب شود (کرکی ۱۴۲۹ ج ۱۲: ۱۵۸)، صغر و کبر متعاقدین در ثبوت حکم مزبور دخالتی ندارد، به علاوه اینکه اجازه‌ای که خالی از تهمت باشد جزء آخر سبب زوجیت است که توسط زوجین حاصل می‌شود (اصفهانی ۱۴۲۰ ج ۱: ۱۰۶).

۲) حکمی که در روایت در مورد صغیرین وارد شده بر خلاف اصل و قاعده است. پس باید به مورد نص اکتفا شود و در مورد جریان حکم در فرضی که کبیرین به طور فضولی به ازدواج درآمده باشند نیز نصی وجود ندارد. بنابراین حکم مذکور در نص به فرض مذکور تعدی نمی‌کند (کرکی ۱۴۲۹ ج ۱۲: ۱۵۸) و در این فرض جای الغای خصوصیت یا اخذ به اولویت هم وجود ندارد (مکارم شیرازی ۱۴۱۳: ۷۳۲).

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک.به: شهید ثانی بی تا ج ۵: ۱۴۶؛ شهید ثانی ۱۴۱۶ ج ۷: ۱۸۱؛ طباطبایی ۱۴۲۱: ۱۱۳.

۲. برای مطالعه بیشتر ر.ک.به: (شهید ثانی بی تا: ۱۴۶؛ شهید ثانی ۱۴۱۶: ۱۸۱؛ طباطبایی ۱۴۲۱: ۱۱۳).

بسیاری از فقها (صاحب ریاض، محقق کرکی، شهید ثانی، فخر المحققین، فاضل هندی، علامه حلی) قول اخیر را پذیرفته و می‌گویند: قول به بطلان عقد مذکور و عدم جریان حکم در آن اقوی است، یعنی در جایی که معقود علیهما بالغ باشند اگر یکی از آنها عقد را اجازه کرده و قبل از تحقق اجازه دیگری و قبل از فوت او بمیرد، در این صورت حکم به بطلان عقد می‌شود. چه آنکه عقد صادره از فضولی چیزی نیست که قبل از اضافه شدن به مالکین به آن اعتنا شود، بنابراین اگر عقد فضولی به یکی از مالک‌ها اضافه شده و او قبل از اضافه شدن عقد به مالک دیگر بمیرد از نظر عرف عقدی واقع نشده و ادله و وجوب وفا به عقد آن را شامل نمی‌شود (مکارم شیرازی ۱۴۱۳: ۷۳۳-۷۳۲).

فاضل هندی علت بطلان جریان حکم در فرض مذکور را چنین بیان می‌کند: ثبوت ارث به واسطه تحقق اجازه بعد از موت مجیز اول خلاف اصل است به علت آنکه محل نکاح فوت شده است. پس اجازه در اینجا مثل قبول بعد از موت موجب می‌باشد در نتیجه باید برای جریان حکم به مورد نص اکتفا کرد که مورد نص انعقاد عقد فضولی برای صغیرین می‌باشد (اصفهانی ۱۴۲۰ ج ۱: ۱۰۶).

صاحب مستمسک قول اول یعنی صحت جریان حکم در فرض مذکور را پذیرفته است. ایشان در رد سخن کسانی که اجازه را مثل قبول بعد از موت موجب می‌دانند، می‌فرماید: مقایسه این بحث با موت موجب قبل از قبول تمام نیست. بنابر اینکه اجازه را کاشف بدانیم فرقی نمی‌کند کشف حقیقی باشد یا حکمی یا انقلابی، زیرا فارق بین این دو بحث وجود دارد. موت موجب قبل از قبول قابل، مانع از انعقاد عقد و تمامیت آن می‌شود. بنابراین ممکن نیست که مضمون عقد بر آن مترتب شود به خلاف این بحث، زیرا در اینجا عقد تمام است و انتظار حصول اجازه می‌رود که اگر اجازه حاصل شد اثر عقد مترتب می‌گردد. ثبوت زوجیت که در این بحث مضمون عقد است وقتی ممتنع می‌شود که با معدوم قائم شود و در اینجا بنا بر قول به ناقل بودن اجازه ترتب اثر بر عقد متعذر می‌شود زیرا یکی از زوجین معدوم شده است. اما بنا بر قول به کشف در اجازه - بنا بر هر یک از وجوه آن - به واسطه تحقق اجازه لاحق یا در صورت وجود سوگند نسبت به ترتب اثر عقد قبل از موت مانعی وجود ندارد. در نتیجه، اجازه اگر چه جزء سبب است اما بنا بر قول به کشف، اثر عقد قبل از اجازه ثابت می‌شود و سوگند نیز مثل اجازه است به دلیل اینکه برای ثبوت ارث و مهر به سوگند احتیاج است. از آنچه گفته شد این امر ظاهر می‌گردد که حکم مذکور در صحیحه در مورد سایر صور عقد فضولی

که در جریان بر طبق مقتضای قاعده با صحیحیه مشترک هستند نیز جاری می‌شود (طباطبایی حکیم بی‌تاج ۱۴: ۵۱۵-۵۱۴).

علاوه بر صاحب مستمسک فقهای دیگری نیز قائل به تعدی حکم مذکور در مورد صغیرین به فرض مورد بحث هستند که می‌توان به امام خمینی (اصفهانی ۱۳۸۰: ۷۱۲) صاحب عروه (طباطبایی یزدی بی‌تا: ۶۵۹)، صاحب مستند عروه (موسوی خوئی ۱۴۰۴ ج ۲: ۳۴۳) و آیت الله لنگرانی (فاضل لنگرانی ۱۴۲۲ ج ۲: ۷۵۷) اشاره کرد.

شهید ثانی در شرح قول به جریان حکم در مورد بالغین می‌گوید: تعدی حکم مذکور در مورد صغیرین نسبت به بالغین به دلیل اولویت ثابت می‌شود. به این صورت که اگر طرفین نابالغ بوده و در زمان انعقاد عقد حضور ندارد حکم ثابت می‌شود. پس در مورد فرضی که طرفین بالغ هستند و مجیزها در زمان انعقاد عقد حضور دارند حکم به طریق اولی ثابت می‌گردد (شهید ثانی بی‌تاج ۵: ۱۴۶).

ثبوت امکان لزوم عقد نسبت به یکی از زوجین

در اینجا بحث اصلی در این است که اگر عقد نکاح از طرف یکی از زوجین لازم و از طرف دیگری فضولی بوده و اجازه و ردی هم از طرف او صورت نگرفته باشد، ترتب آثار زوجیت چگونه خواهد بود. اگر قائل به صحت لزوم عقد نسبت به اصیل یا مجیز شویم در این صورت احکام زوجیت نسبت به او مترتب شده و تا وقتی طرف دیگر عقد را رد نکرده نمی‌تواند از عقد منعقدہ رفع ید کند.

در فرض مذکور بحث درباره برخی از آثار زوجیت مثل حق نفقه، تمکین و ریاست که قائم به رضایت طرفین می‌باشند، بی‌معنی است. در نتیجه این موارد از محل بحث خارج می‌شوند و فقط به بررسی چگونگی ثبوت میراث و وضعیت حرمت می‌پردازیم. اما از آنجا که برخی از فقها لازم شدن عقد نسبت به یکی از زوجین را قبول ندارند بنا به ضرورت اثبات این امر، ابتدا امکان ملتزم شدن یکی از زوجین به عقد مورد بررسی قرار می‌گیرد.

فرض لازم بودن عقد نسبت به یکی از زوجین از نظر برخی از فقها مردود است. در توجیه این مطلب گفته شده: التزامی که از طرف یکی از زوجین محقق شده، التزام به عنوان عقد بوده نه ایقاع محض (سبزواری ۱۴۱۶ ج ۲۴: ۲۹۴). از طرف دیگر لزوم عقد نکاح قائم به دو طرف می‌باشد و نمی‌توان لزوم عقد نسبت به یکی از طرفین را پذیرفت. با توجه به اینکه عقد، امر واحد غیر مرکبی است که از قبول و ایجاب نشأت می‌گیرد پس ایجاب اصیل یا قبول وی قبل از تحقق اجازه

دیگری اثری نداشته و حکمی بر آن مترتب نمی‌شود چه آنکه عقد با تمام جهاتش محقق نشده پس طبیعت التزام نیز رأساً محقق نمی‌شود (مکارم شیرازی ۱۴۱۳: ۷۳۳).

در اشکال به توجیه مذکور گفته‌اند: این سخن مخدوش است زیرا نکاح بلکه هر عقدی در واقع به دو شیء منحل می‌شود: (۱) التزام هر یک از طرفین به چیزی که باید به آن ملتزم شوند و عقد از این جهت شبیه ایقاع است. (۲) ارتباط التزام هر یک از طرفین با التزام دیگری و این عقد است. پس اگر یکی از آنها ملتزم شده و التزام دیگری نیز حاصل شود، هر دو التزام کامل شده و آثار بر طرفین مترتب می‌گردد و اگر التزام دیگری محقق نشد التزام اولی نیز باطل می‌شود به دلیل اینکه مغبی هنگام عدم تحقق غایت که داعی به آن است باطل می‌شود. اما تا وقتی نمی‌دانیم التزام طرف دیگر محقق شده یا نه و در آن شک داریم، التزام اولی به حال خود باقی می‌ماند تا وضعیت مشخص شود (سبزواری ۱۴۱۶ ج ۲۴: ۲۹۴).

چنانکه ذکر شد توجیه مذکور برای قول به عدم لزوم عقد نسبت به یکی از زوجین دارای اشکال است. اگر چه دلایل وارده برای اثبات امکان ملتزم شدن یکی از زوجین به عقد نیز دارای اشکال است، ولی مشهور فقها (موسوی خوئی ۱۴۰۴ ج ۲: ۳۴۴؛ ترحینی العاملی ۱۴۱۶: ۲۰۶) و حقوقدانان (محقق داماد ۱۳۷۲: ۲۰۵؛ کاتوزیان ۱۳۸۵ ج ۱: ۶۳) معتقدند: این امکان وجود دارد که عقد به طور کامل منعقد نشده باشد ولی از ناحیه اصیل کامل باشد، و تعهد و التزام یک طرفه منطقی است و تا وقتی اجازه یا ردّ از طرف کسی که عقد نسبت به او فضولی است صادر نشده، ترتب آثار زوجیت نسبت به کسی که عقد از طرف او لازم است ثابت می‌گردد. در ادامه برخی از دلایل وارده در اثبات این سخن بیان می‌شود:

یکی از دلایلی که در کتاب مستمسک وارد شده این است: بنابر معنی کشف، اجازه شرط این است که عقد سابق به نفسه به صورت تام و مؤثر واقع شود. بنابراین موضوع وجوب وفا «نفس عقد» است بدون اینکه مقید به اجازه باشد بلکه در صورتی که علم به عدم اجازه وجود داشته باشد نیز همین حکم جاری است. در نتیجه اجازه شرط «تأثیر عقد» است نه اینکه شرط «وجوب وفا به عقد» باشد، پس مقتضای عموم وجوب وفای به عقد، لزوم عقد برای اصیل و حرمت نقض آن از طرف اصیل می‌باشد. صاحب مستمسک بعد از بیان این استدلال می‌گوید: همه این امور محل نظر هستند و مجالی برای استدلال مذکور وجود ندارد (طباطبایی حکیم بی‌تا ج ۱۴: ۵۱۷-۵۱۶).

در اشکال وارد به این استدلال گفته شده: اینکه اجازه را شرط تأثیر عقد می‌دانند درست نیست زیرا در عقد فضولی مهم این است که اجازه از طرف هر دو مالک محقق شود و به واسطه تحقق اجازه، عقد مذکور عقد می‌شود و بدون تحقق اجازه معقودله این عقد توسط کسی منعقد شده که اهلیت لازم برای انشای عقد در آن مورد را ندارد (مکارم شیرازی ۱۴۱۳: ۷۳۳).

برخی برای اثبات قول به لزوم عقد نسبت به مجیز یا اصیل به آیه «اوفوا بالعقود» استدلال کرده و می‌فرمایند: بر موجب واجب است که به عقد ملتزم گردد اگر چه بر طرف دیگر به دلیل عدم صدور قبول از وی واجب نباشد. این اشکال به استدلال وارد شده که موضوع امر به وفا و حکم به لزوم، عقد است. همان طور که بارها گفته شده عقد عبارت است از ارتباط و گره یک التزام با التزام دیگر. بنابراین در صورت عدم التزام یکی از طرفین، «عقد» صدق نمی‌کند و موضوع امر به وفا و لزوم (که به معنی عدم قابلیت نقض و انحلال است) محقق نمی‌شود (موسوی خوئی ۱۴۰۴ ج ۲: ۳۴۴).

اگرچه برخی از ادله وارده مخدوش شده و بیشتر فقها نیز در مورد قبول یا رد قول به لزوم عقد نسبت به اصیل و مجیز ادله‌ای ذکر نکرده و به طور مستقیم به بیان این مطلب نپرداخته‌اند، اما برخی از آنها در کتب خود ثبوت حرمت مصاهره نسبت به اصیل و مجیز را پذیرفته و در مورد ثبوت میراث نیز بحث کرده‌اند. این امر دال بر این است که ایشان در ابتدا صحت لزوم عقد نسبت به اصیل و مجیز را پذیرفته و سپس به بحث در مورد ترتب آثار نسبت به ملتزم پرداخته‌اند.

از نظر قانون مدنی ایران نیز این امر پذیرفته شده که عقد نسبت به شخص اصیل و مجیز لازم بوده و او نمی‌تواند قبل از اجازه یا رد طرف مقابل عقد را برهم زند. دکتر کاتوزیان در این زمینه می‌نویسد: «در حقوق ما هیچ منعی وجود ندارد که شخصی بتواند به طور مستقل خود را ملتزم سازد» (کاتوزیان ۱۳۸۵ ج ۱: ۶۳).

بنابراین برخی حقوقدانان تحقق التزام نسبت به یکی از زوجین را پذیرفته و می‌گویند: لازم شدن عقد نسبت به شخص اصیل را نباید با مورد صدور ایجاب قبل از قبول مقایسه کرد چه آنکه اجازه با قبول متفاوت است. به دلیل اینکه هدف از ایجاب این است که موجب زمینه ایجاد تعهد را به وجود آورد و مقصود او این نیست که قبل از تحقق قبول طرف مقابل، دینی برای او به وجود آید. به همین دلیل موجب التزامی در عمل به تعهد و حفظ آن پیدا نمی‌کند. اما در عقد فضولی اصیل می‌خواهد قراردادش با فضول کامل باشد و نقصی نسبت به عقد از طرف او وجود نداشته

باشد. بنابراین عقد از طرف او کامل است و دینی را که به وجود آمده نمی‌تواند از بین ببرد. از ظاهر ماده ۲۵۲ قانون مدنی نیز این معنی به دست می‌آید. در این ماده آمده: «لازم نیست اجازه یا رد فوری باشد. اگر تأخیر موجب تضرر طرف اصیل باشد مشارالیه می‌تواند معامله را به هم زند.» به موجب این ماده، شخص اصیل فقط در موارد تأخیر و ایجاد ضرر ناشی از آن می‌تواند معامله را برهم زند. مفهوم مخالف این ماده عدم جواز انحلال در مواردی غیر از موارد مذکور است چه آنکه اگر طرف اصیل قبل از اجازه معقودله در برهم زدن عقد آزاد بود، آوردن قید «اگر تأخیر موجب تضرر اصیل باشد» معنی نداشت (کاتوزیان ۱۳۸۵ ج ۱: ۶۴-۶۳؛ محقق داماد ۱۳۷۲: ۲۰۶-۲۰۵).

با توجه به آنچه بیان شد این امر واضح می‌شود که لازم بودن عقد نسبت به مجیز و اصیل در فقه و حقوق پذیرفته شده است و تا وقتی از طرف دیگری اجازه یا رد حاصل نشود، شخص اصیل یا مجیز نمی‌تواند عقد را فسخ کند و آثار زوجیت نسبت به وی مترتب می‌شود.

ثبوت یا عدم ثبوت احکام ارث

گفته شد در فرضی که زوجین نابالغ بوده و توسط فضولی به ازدواج درآیند سپس یکی از آنها بالغ شده عقد را اجازه داده و فوت کند ثبوت ارث منوط به اجازه و سوگند است. در مورد این حکم بین فقها اختلافی نیست. اختلاف در این است که اگر عقد از طرف یکی از زوجین لازم باشد و کسی که عقد از طرف او لازم است فوت کند، ثبوت ارث برای دیگری منوط به تحقق اجازه و سوگند است یا به صرف تحقق اجازه ارث برای مجیز ثابت می‌شود.

برخی از فقها می‌گویند: ثبوت ارث در این فرض نیز متوقف بر تحقق «اجازه و سوگند» است و حکمی که در روایت وجود دارد به چنین مواردی هم تعدی می‌کند. بنابر این بعد از فوت کسی که عقد نسبت به او لازم بوده سهم طرف دیگر کنار گذاشته می‌شود و وراثت متظر اجازه او می‌ماند و وقتی او عقد را اجازه کرد باید سوگند یاد کند که اجازه او به خاطر رغبت به ارث نبوده و سهم خود را دریافت کند^۱ (شهید ثانی بی‌تاج ۵: ۱۴۶).

آنها در توجیه سخن خود می‌فرمایند: علت اینکه حکم وارد شده در روایت به این موارد نیز سرایت می‌کند این است که چنین صورتی نسبت به مورد نص چیز بیش تری ندارد، فقط اینکه

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک.ب: (شهید ثانی ۱۴۱۶ ج ۷: ۱۸۲؛ کرکی ۱۴۲۹ ج ۱۲: ۱۵۸؛ بحرانی بی‌تاج ۲۳: ۲۸۸).

عقد در این صورت‌ها از طرف یکی از زوجین لازم است و این امر تأثیری در ثبوت حکم وارده ایجاد نمی‌کند. بلکه حکم در اینجا به طریق اولی ثابت می‌شود زیرا عقدی که از طرف زوجین جایز باشد - از نظر حکم - ضعیف‌تر از عقدی است که از طرف یکی از زوجین لازم باشد. پس وقتی حکم در مورد اضعف ثابت شد در مورد اقوی به طریق اولی ثابت می‌گردد^۱ (کرکی ۱۴۲۹ ج ۱۲: ۱۵۸). با این استدلال از قیاس که امر ممنوعی است خارج می‌شویم (شهید ثانی ۱۴۱۶: ۱۸۲؛ نجفی ۱۹۸۱: ۲۲۲).

عده‌ای از فقها صرف تحقق «اجازه» را برای ثبوت ارث کافی می‌دانند، آنها می‌گویند: در ثبوت ارث در صورت‌های دیگر غیر از موردی که طرفین صغیر باشند احتیاجی به سوگند یاد کردن نیست زیرا با توجه به اخبار وارده، وجوب سوگند برای ثبوت ارث در جایی ثابت می‌شود که طرفین صغیر باشند، و از آنجا که اتفاق بر اشتراط استحقاق ارث دومی به واسطه سوگند در صور دیگر حاصل نشده است پس در مورد آنها باید به قواعدی که مقتضی ترتب همه آثار به مجرد اجازه هستند رجوع کرد (طباطبایی حکیم بی‌تا ج ۱۴: ۵۱۵).

صاحب *عروه* در مورد وجوب یا عدم وجوب سوگند در موارد مذکور ابتدا می‌گوید: ظاهر عدم وجوب سوگند در موارد غیر از نص است (طباطبایی یزدی بی‌تا: ۶۵۹). ایشان در پایان اضافه می‌کند: احوط این است که هر کس می‌خواهد ارث را دریافت کند باید سوگند داده شود و این امر در همه صور جاری می‌شود (طباطبایی یزدی بی‌تا: ۶۵۹). بالاخره در آخر پا را از این مطلب نیز فراتر گذاشته و می‌نویسد: برای جریان سایر احکام زوجیت در همه صور، سوگند لازم است (طباطبایی یزدی بی‌تا: ۶۵۹؛ اصفهانی ۱۳۸۰: ۷۱۲؛ یزدی ۱۳۸۰: ۱۰۱۶) و صاحب *مستند عروه* (موسوی خوئی ۱۴۰۴ ج ۲: ۳۴۳) نیز وجوب سوگند را برای جریان همه احکام زوجیت در موارد مذکور پذیرفته‌اند.

ثبوت یا عدم ثبوت احکام مصاهره

اگر یکی از زوجین فرد بالغی باشد که خودش مباشرتاً عقد را منعقد کرده یا بالغی بوده که عقد فضولی را اجازه داده، و طرف دیگر کسی است که به طور فضولی به ازدواج درآمده ولی هنوز نظر خود را

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک.به: (بحرانی بی‌تا ج ۲۳: ۲۸۸؛ طباطبایی ۱۴۲۱: ۱۱۳؛ شهید ثانی بی‌تا: ۱۴۶؛ نجفی ۱۹۸۱: ۲۲۲).

مبنی بر قبول یا ردّ عقد منعقدہ بیان نکرده است. در این صورت عقد نسبت به کسی که مباشرتاً صیغه را خوانده یا عقد را اجازه داده لازم شده و حرمت مصاهره نسبت به او ثابت می‌شود، این حکم تا زمانی جاری می‌شود که عدم اجازه دیگری روشن گردد (اصفہانی ۱۴۲۰ ج ۱: ۱۰۷). چه آنکه حرمت مصاهره دایر مدار عقد صحیح است و عقد نکاح در اینجا نسبت به اصیل یا مجیز صحیح است زیرا عقد از طرف آنها لازم می‌باشد (کرکی ۱۴۲۹ ج ۱۲: ۱۵۹). عقد منعقدہ ممکن است نسبت به هر کدام از زوج یا زوجه لازم باشد و محدودیتی در آن وجود ندارد. در این بحث حرمت مصاهره در فرضی که یکی از زوجین ملترزم به عقد شده باشند، به تفکیک مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱) لزوم عقد نسبت به زوج

۱-۱) عدم فسخ یا اجازه توسط معقودلها (زوجه)

در صورتی که زوجه به طور فضولی به ازدواج درآمده باشد و فسخ یا اجازه‌ای از طرف وی محقق نشده باشد، اما زوج خود مباشرتاً صیغه را خوانده یا عقد منعقدہ را اجازه داده باشد حکم زوج حقیقی را پیدا کرده و بنا به نظر امام خمینی (امام خمینی ۱۳۶۳ ج ۲: ۲۳۲) و مشهور فقها احکام مصاهره بر وی مترتب می‌گردد. بنابراین اگر کسی که عقد به طور فضولی برای او منعقدہ شده همسر چهارم زوج باشد، در این صورت زوج نمی‌تواند زن پنجم اختیار کند. ازدواج با خواهر زوجه نیز بر او حرام می‌شود زیرا جمع بین دو خواهر لازم می‌آید که حرام است. مادر این زن نیز بر زوج حرام است چون مادرزن اوست ولو غیر مدخوله باشد. همان طور که دختر این زن هم بر او حرام می‌شود زیرا جمع بین مادر و دختر حرام است. علت آنچه گفته شد این است که حرمت ایجاد شده اثر نکاح صحیح است و در اینجا نکاح صحیح نسبت به ملترزم محقق شده است و این احکام تا زمانی جریان دارد که زوجه که به طور فضولی به ازدواج درآمده عقد منعقدہ را فسخ نکرده باشد^۱ (کرکی ۱۴۲۹ ج ۱۲: ۱۵۹).

۱-۲) تحقق فسخ توسط معقودلها (زوج)

اگر زوجه عقد منعقدہ توسط فضولی را فسخ کند عقد «کأن لم یکن» تلقی می‌شود و حرمت ازدواج با افراد مذکور نیز از بین می‌رود زیرا مقتضای حرمت منتفی شده است (طباطبایی یزدی بی‌تا:

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک. به: (قمی ۱۳۸۰: ۳۵۹؛ طباطبایی ۱۴۲۱: ۱۱۱؛ انصاری ۱۴۱۵: ۱۵۶؛ خوانساری ۱۴۰۵: ۱۷۱؛ اصفہانی ۱۴۲۰ ج ۱: ۱۰۷).

۶۵۹). حرمت ازدواج با خواهر زوجه روشن است چه آنکه ازدواج با او حرام ذاتی و عینی نیست بلکه در صورت جمع بین زوجه و خواهرش این ازدواج حرام می‌شود. پس در صورت فسخ نکاح اول، مانع از بین رفته و ازدواج با خواهر زوجه اشکال ندارد. ازدواج با دختر زوجه نیز همین حکم را دارد؛ یعنی اگر مادر (معمود علیها) عقد را فسخ کرد دیگر ازدواج با دختر او حرام نیست زیرا ازدواج با دختر زوجه عیناً حرام نیست و حرمت فقط در صورتی ثابت می‌شود که با مادر (زوجه) دخول صورت گیرد، و در اینجا عقد فسخ شده و دخولی هم صورت نگرفته پس ازدواج با دختر او حرام نیست (کرکی ۱۴۲۹ ج ۱۲: ۱۵۹؛ بحرانی بی‌تاج ۲۳: ۲۸۹-۲۸۸). همچنین زوج می‌تواند با خانم دیگری که قبل از فسخ عقد توسط معمود علیها، اگر می‌خواست با او ازدواج کند همسر پنجم او می‌شد، ازدواج کند زیرا در صورت فسخ عقد، این خانم همسر چهارم او محسوب خواهد شد (قمی ۱۳۸۰: ۳۵۸).

اما در مورد حرمت یا عدم حرمت ازدواج با مادر زوجه بعد از فسخ عقد اشکال است (علامه حلی ۱۴۱۰: ۵۹۲). علت وجود اشکال این است که از یک طرف ازدواج با امّ الزوجه (مادر زن) در صورت وجود عقد صحیح و لازم حرام ابدی می‌شود. بنابراین بدیهی است نکاح صحیح در حقّ زوج که ازدواج از طرف او لازم بوده و قدرت فسخ ندارد ثابت می‌شود پس ازدواج با مادر زوجه بر او حرام می‌گردد چه آنکه او مادر کسی است که به واسطه تحقق عقد صحیح لازم از طرف او به عقدش درآمده است. از طرف دیگر، عقد توسط زوجین کامل می‌شود پس وقتی زوجه عقد منعقد را فسخ کند از آنجا که فسخ کاشف از فساد عقد می‌باشد باعث می‌شود نکاح را از اصل از بین ببرد و مثل این است که نکاحی واقع نشده در نتیجه احکام نکاح، بعد از فسخ مرتفع می‌شود و ازدواج با مادر زوجه نیز اشکال ندارد^۱ (قمی ۱۳۸۰: ۳۵۹-۳۵۸).

بسیاری از فقها (صاحب ریاض، محقق کرکی، شیخ انصاری، فخر المحققین، فاضل هندی، صاحب مدارک) وجه دوم را اقوی دانسته و قائل به عدم حرمت ازدواج با مادر زوجه بعد از فسخ عقد می‌باشند. در بیان توجیه عدم حرمت گفته شده:

الف) حرمت ازدواج با مادر زوجه وقتی ثابت می‌شود که یا دخول صورت گرفته باشد یا عقد صحیح منعقد شده باشد، و هیچ یک از این دو شرط در این فرض وجود ندارد زیرا فرض این

۱. برای مطالعه بیشتر رک. به: (طباطبایی ۱۴۲۱: ص ۱۱۱؛ کرکی ۱۴۲۹ ج ۱۲: ۱۶۲-۱۶۱؛ انصاری ۱۴۱۵: ۱۵۷-۱۵۶؛ خوانساری ۱۴۰۵: ۱۷۱؛ اصفهانی ۱۴۲۰ ج ۱: ۱۰۷؛ فخر المحققین بی‌تا: ۳۰).

است که دخولی در اینجا صورت نگرفته و عقد صحیح نیز منعقد نشده است، چه آنکه صحت و کمال عقد متوقف بر تحقق ایجاب و قبول صحیح می‌باشد و شرط صحت ایجاب و قبول نیز این است که اینها توسط زوجین مباشرة یا از طرف ولی یا وکیل آنها یا با اجازه اصیل یا ولی آنها بیان شوند و با تحقق ایجاب یا قبول از طرف یکی از زوجین عقد کامل نمی‌شود (قمی ۱۳۸۰: ۳۵۹-۳۵۸؛ فخرالمحققین بی تا: ۳۰). به علاوه اینکه ایجاب در اینجا بر ضد صحت واقع شده است یعنی ایجاب زن به منزله فسخ کردن عقد است پس به محض صدور فسخ عقد باطل می‌شود و قبول زوج اعتباری در اذن زوجه ندارد، مخصوصاً بنا بر قول به وجوب تقدیم ایجاب بر قبول (فخرالمحققین بی تا: ۳۰).

ب) آنچه بر حرمت ازدواج با مادر دلالت می‌کند منصرف به صورتی است که صحت عقد بین طرفین در یک «آن» ثابت شده باشد. عقد علاقه و رابطه‌ای است محقق بین زوجین که در اینجا در حق زوج ثابت شده و قبل از فسخ عقد منعقد شده توسط زوجه احکام مصاهره (دامادی) در حق زوج جاری می‌شود زیرا زوج در این هنگام مخاطب «وجوب وفای به عقد» است و نمی‌تواند عقد را فسخ کند، پس لزوم عقد نسبت به زوج ثابت شده و حرمت مصاهره برای او ثابت می‌شود ولی بعد از فسخ عقد توسط زوجه حکم به بطلان عقد شده و حرمت از بین می‌رود (انصاری ۱۴۱۵: ۱۵۸-۱۵۶؛ خوانساری ۱۴۰۵: ۱۷۲-۱۷۱).

علت اشکال در حرمت یا عدم حرمت ازدواج با مادر زوجه بعد از فسخ بیان شد و قول اقوی نیز مشخص گشت. اما صاحب *عمروه* وجود اشکال را در این فرض منتفی دانسته و در تأیید قول اقوی می‌گوید: مطرح کردن اشکال در محلش نیست زیرا بین ازدواج با مادر زوجه و دختر او فرقی وجود ندارد و تنها تفاوت بین آنها این است که حرمت مادر زوجه مشروط به دخول نیست ولی حرمت ازدواج با دختر زوجه مشروط به دخول است که وجود این امر فایده‌ای ندارد. پس قول به عدم حرمت بعد از فسخ یک امر بدیهی است و طرح وجود اشکال در آن بی معنی می‌باشد (طباطبایی یزدی بی تا: ۶۵۹).

۳-۱) ازدواج مجدد معقودلها (زوجه)

اگر زنی که عقد فضولی برای وی انجام شده از وقوع چنین عقدی مطلع نباشد پس از آن با شخص دیگری ازدواج کند و بعد از ازدواج از وقوع عقد فضولی مطلع گردد، در این صورت ازدواج دوم زن صحیح و لازم بوده و محلی برای اجازه عقد اول باقی نمی‌ماند، این حکم از

دیدگاه امام خمینی نیز بیان شده است^۱ (امام خمینی ۱۳۶۳ ج ۲: ۲۳۲). حکم مذکور در این فرض پذیرفته شده است، و فرقی نمی‌کند قائل به عدم تأثیر اجازه بعد رد شویم یا تأثیر اجازه بعد از رد و عدم مانعیت رد را قبول کنیم، در هر صورت مسأله همین حکم را پیدا می‌کند. چه آنکه بنابر عدم تأثیر اجازه بعد از رد، اگر چه زوجه نسبت به وجود عقد منعقدہ اطلاع نداشته اما التزام او به عقد دوم التزام به همه خصوصیات و لوازم آن عقد است و التزام به این بوده که او زوجه شخص دیگری نیست و این امر به منزله رد عقد سابق می‌باشد اگر چه زوجه نسبت به عقد سابق اطلاع ندارد. اما بنابر قول به تأثیر اجازه بعد از رد نیز مسأله همین حالت را پیدا می‌کند به اعتبار اینکه زوجه به واسطه انعقاد عقد دوم از قابلیت اجازه دادن عقد اول خارج می‌شود (موسوی خوئی ۱۴۰۴ ج ۲: ۳۵۱-۳۵۲).

وجه اینکه گفته شد عقد دوم منتسب به زوجه می‌شود این است که عقد فضولی متوقف بر اجازه است و بعد از تحقق اجازه منتسب به زوجه می‌شود و قبل از اجازه منتسب به زوجه نشده و او همسر این مرد محسوب نمی‌شود. با توجه به این مطلب باید گفت: از آنجا که زن از تحقق عقد فضولی مطلع نبوده و آن را اجازه نداده پس بدون شوهر محسوب می‌شود و در مورد ازدواج دوم او حکم به صحت می‌شود چه آنکه عقد توسط کسی منعقد شده که اهلیت انعقاد را داشته و در محلش نیز واقع شده است (موسوی خوئی ۱۴۰۴ ج ۲: ۳۵۱-۳۵۲). پس زن مزبور با انعقاد عقد دوم دارای شوهر شده و صحیح نیست به ازدواج دیگری درآورده شود زیرا با وجود عقد دوم محل ازدواج برای او از بین رفته و حق فسخ این عقد را نیز ندارد و تنها راه رهایی او از ازدواج دوم طلاق است (قمی ۱۳۸۰: ۳۶۰).

۴-۱) تحقق طلاق توسط زوج

فرض مسأله این است که زوج اصیل یا مجیزی باشد که عقد از طرف او لازم است و در زمانی که لزوم عقد نسبت به زوجه مشخص نشده او را طلاق می‌دهد، در این صورت آیا طلاق واقع شده مؤثر بوده و مصاهره مباح می‌شود یا نه؟ به نظر می‌رسد فقط علامه در کتاب قواعد خود این فرض را مطرح کرده است. ایشان بعد از بیان فرض مسأله می‌فرماید: «در مورد اینکه مصاهره بعد از طلاق بر زوج حلال می‌شود یا نه، اشکال است» (علامه حلی ۱۴۱۰: ۵۹۲). در کتب تعدادی از فقها نیز

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک.به: (اصفهان‌ئی ۱۳۸۰: ۷۱۳؛ طباطبایی یزدی بی تا: ۶۵۹؛ گلپایگانی ۱۳۶۴ ج ۲: ۱۵۲).

بحث درباره این مسأله به چشم می‌خورد ولی آنها کسانی هستند که به شرح و توضیح سخن علامه پرداخته‌اند. محقق کرکی در شرح عبارت علامه می‌گوید: عبارت ممکن است در مورد اباحه ازدواج با خواهر و دخترزن بعد از وقوع طلاق باشد یا در مورد ازدواج با مادرزن باشد، در هر صورت رفع حرمت بعد از طلاق محل اشکال است (کرکی ۱۴۲۹ ج ۱۲: ۱۶۲-۱۶۱).

اگر زوج همسر خود را طلاق دهد، ازدواج او با مادر این زن محل نظر و اشکال است، علت وجود اشکال این است که چند احتمال در آن مطرح می‌شود:

الف) اولاً، طلاق رفع نکاح است که با صیغه «انت طالق» ثابت شده و در نکاح صحیح و لازم محقق می‌شود. دیگر اینکه طلاق متوقف بر اجازه نیست بلکه طلاق فی نفسه باطل است یا لازم، اگر باطل باشد بحثی در آن نیست، اما لزوم طلاق از صحت آن لازم می‌آید یعنی وقتی طلاق صحیح باشد لازم می‌شود. از طرف دیگر، ثبوت نکاح قبل از طلاق شرط صحت طلاق است که صحت نکاح ابتدا معلول اذن و در عقد فضولی معلول اجازه است اما در این فرض نه اذن قبلی زن وجود داشته و نه اجازه توسط وی حاصل شده است. بنابراین از آنجا که ثبوت معلول بدون علت محال است و اینکه لزوم نکاح فقط از یک طرف ثابت شده پس طلاق که فرع بر نکاح و مسبوق به آن است نیز محقق نمی‌شود و حرمت مصاهره باقی می‌ماند در نتیجه با مادر زوجه نمی‌تواند ازدواج کند^۱ (کرکی ۱۴۲۹ ج ۱۲: ۱۶۲-۱۶۱).

ب) پذیرفتیم که طلاق متوقف بر لزوم عقد است و باید قبل از طلاق حاصل شده باشد و در اینجا لزوم ازدواج از طرف شوهر محقق شده است. پس او می‌تواند لزوم ازدواج را با طلاق بردارد و گرنه باید گفت: ازدواج از طرف شوهر لازم نیست چه آنکه لزوم ازدواج و ثبوت آن با عدم جواز طلاق توسط زوج عاقل بالغ قبل از دخول قابل جمع نبوده و در شرع نیز چنین امری وارد نشده است (قمی ۱۳۸۰: ۳۵۹-۳۵۸؛ فخرالمحققین بی تا: ۳۰-۳۱). در نتیجه وقوع طلاق توسط زوج صحیح بوده و حرمت مصاهره برداشته می‌شود و ازدواج با مادر زوجه اشکال ندارد.

قول مذکور قول ضعیفی است و در جواب به آن گفته شده: آنچه در شرع به آن تصریح شده، جواز طلاق در مورد جایی است که نکاح از طرف زوجین لازم و ثابت باشد و اینکه شارع در مورد فرضی که نکاح از طرف یکی از زوجین لازم باشد به عدم جواز طلاق در آن تصریح

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک.به: (قمی ۱۳۸۰: ۳۵۹-۳۵۸؛ فخرالمحققین بی تا: ۳۱-۳۰؛ اصفهانی ۱۴۲۰ ج ۱: ۱۰۸-۱۰۷).

نکرده، مستلزم ترجیح جواز طلاق نیست چه آنکه در اثبات احکام شرعی تصریح به جواز لازم است و عدم تصریح به عدم جواز کفایت نمی‌کند (قمی ۱۳۸۰: ۳۶۰-۳۵۹).

ج) اگر بگوییم اجازه در عقد فضولی کاشف از صحت نکاح از زمان عقد است نه اینکه متمم آن باشد و فسخ کاشف از فساد عقد است. در صورتی که مرد زن را طلاق دهد بعد از وقوع طلاق حکم به عدم نکاح می‌شود چه آنکه زوجه (معقوڈلها) عقدی را که فضولی برای او منعقد کرده یا اجازه می‌دهد یا فسخ می‌کند. اگر زوجه عقد منعقد را اجازه داد در این صورت طلاق صحیح می‌شود زیرا طلاق بر نکاحی واقع شده که لزوم آن از طرف زوجین ثابت شده است، اگر زوجه عقد را فسخ کرد بطلان و فساد نکاح از اصل ثابت می‌شود که به عدم نکاح در آینده نیز حکم می‌شود و از عدم نکاح اباحه مصاهره لازم می‌آید. بنابراین در صورت وقوع طلاق مصاهره مباح می‌شود چه زوجه عقد را اجازه دهد یا آن را فسخ کند (اصفهانی ۱۴۲۰ ج ۱: ۱۰۸-۱۰۷).

به استدلال فوق اشکال وارد کرده و گفته‌اند: این دلیل ضعیف و فاسد است چه آنکه مبتنی بر اجازه و عدم اجازه می‌باشد. در بیان ضعف دلیل گفته می‌شود: اگر دلیل فاسد نباشد پس طلاق متوقف بر اجازه واقع می‌شود در حالی که بطلان «طلاق متوقف» اجماعی است (قمی ۱۳۸۰: ۳۶۰-۳۵۹). اگر وقوع طلاق بر چنین عقدی (عقدی که از طرف زوج لازم شده ولی از طرف زوجه هنوز اجازه یا رد محقق نشده) صحیح باشد، یکی از دو امر لازم می‌آید: ۱) توقف طلاق بر اجازه؛ ۲) لزوم نکاح برای زن بدون اذن ولی. حال اینکه لازم در هر دو قسمش باطل است یعنی توقف طلاق بر اجازه و حکم به لزوم نکاح منعقد برای زن بدون اذن ولی هر دو باطل هستند و وقتی لازم باطل باشد ملزوم نیز باطل می‌گردد (فخرالمحققین بی تا: ۳۱-۳۰).

با توجه به اینکه به دو استدلال اخیر خدشه وارد است پس احتمال اول مورد قبول واقع شده و به عدم تأثیر طلاق و بقای حرمت مصاهره حکم می‌شود.

اگر زوج طلاق را واقع سازد در مورد اباحه ازدواج او با خواهر و دختر زوجه نیز اشکال است، زیرا از طرفی طلاق معتبر باید بر عقد صحیح و لازم مترتب شود که وجود نکاح صحیح در اینجا منتفی است، پس طلاق که در این صورت واقع می‌شود از نظر شارع معتبر نبوده و باعث اباحه ازدواج با خواهر و دختر زوجه نمی‌شود. این حرمت همچنان باقی می‌ماند تا وقتی که از طرف زوجه فسخ حاصل شود یا عقد فضولی منعقد را اجازه دهد، و سپس بعد از تحقق اجازه او زوج طلاق را انجام دهد که در این دو صورت حرمت از بین می‌رود. از طرف دیگر، طلاق در اینجا

توسط کسی انجام شده که اهلیت طلاق دادن را دارد، یعنی کامل و بالغ بوده و زوجیت نیز از طرف او ثابت شده است پس وقتی طلاق از طرف او واقع می‌شود واجب است که آنچه مقتضای طلاق صحیح است نیز مترتب گردد. مقتضای طلاق صحیح اباحت ازدواج با خواهر و دختر زوجه است. بنابراین حرمت از بین رفته و زوج می‌تواند با خواهر و دختر زوجه ازدواج کند. در دو جهت مذکور اشکال وجود دارد، در نهایت می‌گوییم: ازدواج با خواهر و دختر زوجه برای زوج حرام است و وقوع طلاق تأثیری در رفع حرمت ندارد و این حرمت تا وقتی باقی است که زوجه عقد منعقد را فسخ کند که در این صورت ازدواج با افراد مذکور برای زوج مباح می‌گردد (کرکی ۱۴۲۹ ج ۱۲: ۱۶۱).

۲) لزوم عقد نسبت به زوجه

۲-۱) عدم فسخ یا اجازه توسط معقودله (زوج)

در صورتی که برای مردی عقد به طور فضولی منعقد شده، یعنی دختری را بدون اذن او به ازدواجش درآورده باشند و اجازه یا ردی هم از طرف وی صادر نشده باشد اما زوجه اصالتاً صیغه را خوانده یا عقد فضولی منعقد را اجازه داده باشد، عقد از طرف زوجه لازم شده و نمی‌تواند با مرد دیگری ازدواج کند زیرا با عقدی که منعقد کرده همسر این مرد محسوب می‌شود. امام خمینی و بسیاری از فقها به این مسأله اشاره کرده‌اند^۱ (امام خمینی ۱۳۶۳: ۲۳۲). این حکم واضح و معلومی است که اختلافی در آن وجود ندارد زیرا اگر اجازه کاشف باشد چه بسا نکاح واقعی صورت گرفته و عقد ثابت شده است که در این صورت برای زوجه حرام است که با مرد دیگری ازدواج کند (کرکی ۱۴۲۹ ج ۱۲: ۱۶۲). البته ناگفته نماند یکی از حقوقدانان که لازم شدن عقد نسبت به یکی از زوجین را قبول ندارد، در مورد فرض مذکور می‌فرماید: «زن می‌تواند عقد را بر هم زند زیرا هنوز نکاحی منعقد نشده و تعهدی به وجود نیامده و تعهد یک طرفه زن برای ایجاد عقد کافی نیست» (امامی ۱۳۷۷ ج ۴: ۳۵۸).

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک. به: (قمی ۱۳۸۰: ۳۵۸؛ طباطبایی ۱۴۲۱: ۱۱۱؛ علامه حلی ۱۴۱۰ ج ۲: ۵۹۲؛ کاتوزیان ۱۳۸۵ ج ۱: ۶۴؛ محقق داماد ۱۳۷۲: ۲۰۵).

۲-۲) اجازه عقد با مهریه‌ای بر خلاف مهریه مذکور در عقد

اگر عقد از طرف زوج لازم باشد و مردی که نکاح به طور فضولی برای وی منعقد شده عقد را بدون در نظر گرفتن مهریه‌ای که فضولی مشخص کرده یا با تعیین مهریه بر وجه دیگری غیر از آنچه فضولی معین کرده، اجازه دهد از نظر صاحب عروه محل اشکال است (طباطبایی یزدی بی‌تا: ۶۵۸-۶۵۷). اما به نظر می‌رسد حکم به وجود اشکال در این صورت شایسته نیست زیرا در مورد همه آنها به بطلان عقد حکم می‌شود. بطلان عقد در همه آنها تحت یک دلیل وارد می‌شود و آن اینکه اجازه به منزله ایجاب یا قبول است و از آنجا که تطابق بین ایجاب و قبول لازم است پس مطابقت بین اجازه و مجاز نیز معتبر می‌باشد. اگر بین ایجاب و قبول اختلاف وجود داشته باشد عقد صدق نمی‌کند زیرا چیزی که اولی نسبت به آن صیغه ایجاب را بیان کرده مورد قبول دومی واقع نمی‌شود و آنچه را دومی قبول می‌کند اولی امضا نکرده است، در اینجا نیز اجازه به آنچه در خارج واقع شده تعلق نگرفته و آنچه اجازه به آن تعلق گرفته در خارج واقع نشده پس عقد منعقد توسط فضولی به مجیز منتسب نشده و به بطلان عقد حکم می‌شود (مکارم شیرازی ۱۴۱۳: ۷۳۰؛ سبزواری ۱۴۱۶ ج ۲۴: ۲۸۹؛ موسوی خوئی ۱۴۰۴ ج ۲: ۳۳۵-۳۳۶).

۲-۳) ازدواج مجدد معقوذه (زوج)

اگر مردی که به طور فضولی به ازدواج درآمد از این ازدواج آگاه نباشد و بدون اطلاع نسبت به عقد منعقد با مادر یا دختر آن زن (معقوذه) ازدواج کند و سپس نسبت به وجود عقد فضولی مطلع گردد، امام خمینی و برخی فقها می‌گویند: در این فرض عقد دوم که توسط زوج منعقد شده صحیح و لازم است و محلی برای اجازه عقد اول نمی‌ماند^۱ (امام خمینی ۱۳۶۳: ۲۲۲). حال اگر مرد مادرزن را که به عقد خود درآورده بود طلاق دهد و تصمیم بگیرد دختر را به عنوان همسر خود انتخاب کند، در این صورت انعقاد عقد جدید لازم نیست بلکه اجازه عقد فضولی کفایت می‌کند زیرا دلیل «او فوا بالعقود» عمومیت داشته و این فرض را نیز شامل می‌شود (قمی ۱۳۸۰: ۳۶۱-۳۶۰).

۱. برای مطالعه بیشتر ر.ک.به: (اصفهانی ۱۳۸۰: ۷۱۳؛ طباطبایی یزدی بی‌تا: ۶۵۹؛ گلپایگانی ۱۳۶۴ ج ۲: ۱۵۴).

۴-۲) تحقق طلاق توسط معقودله (زوج)

اگر در فرضی که عقد نسبت به زوجه لازم و از طرف زوج فضولی است طلاق را جاری کند، علامه حلی می‌گوید: در اینجا طلاق معتبر است (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۵۹۲). ایشان در توجیه علت اعتبار طلاق گفته کمال عقد با اجازه زوج حاصل می‌شود و وقوع اجازه امری است که نسبت به زوج ممکن می‌باشد پس وقتی از طرف زوج طلاق واقع شد حمل می‌شود بر اینکه طلاق شرعی واقع شده پس واجب است به صحت و اعتبار این طلاق حکم شود (کرکی ۱۴۲۹ ج ۱۲: ۱۶۲). دیگر اینکه وجه اعتبار طلاق برای اینکه زن بتواند با دیگری ازدواج کند این است که طلاق را به معنی فسخ زوج بدانیم. اما اینکه وقوع طلاق را صحیح دانسته و احکامش را بر آن مترتب کنیم مشکل است زیرا آنچه در شرع به آن تصریح شده طلاق زوجه دائمی است که نکاحش از طرف زوجین لازم شده باشد (قمی ۱۳۸۰: ۳۶۰).

انعقاد عقد نکاح توسط نماینده قانونی به عنوان فضولی

کسی که عقد را منعقد می‌کند ممکن است وکیل باشد که حق انعقاد عقد نکاح را دارد اما با این حال عقد را به عنوان فضولی منعقد می‌کند. در این فرض دو صورت مطرح می‌شود: الف) عاقد علم داشته به اینکه وکیل است اما به آن توجه نکرده و عقد را به عنوان عقد فضولی منعقد می‌کند. ب) عاقد نسبت به داشتن وکالت مطلع نبوده بلکه بعد از انعقاد عقد متوجه این امر شده است. فقها در مورد حکم عقد منعقد در این فرض‌ها اقوالی را مطرح کرده‌اند که به تفکیک بیان می‌شود.

۱) فرض اطلاع از حق وکالت

اگر کسی که می‌خواهد عقد را منعقد کند اطلاع داشته باشد که وکیل یا ولی است و می‌تواند عقد را منعقد کند، اما با این حال عقد را به عنوان فضولی منعقد کند، در این صورت آیا عقد منعقد صحیح و لازم است یا متوقف بر اجازه است یا باطل می‌باشد؟ این فرض نادر بوده و بسیار کم اتفاق می‌افتد، از این رو در کتب فقهی زیاد در مورد آن بحث نشده است.

در مورد حکم این مسأله هر کس قولی را اختیار کرده و دلیلی بر آن ذکر کرده است، اقوال مطرح شده در این مسأله عبارتند از:

الف) صاحب عروه می‌فرماید: اقوی عدم صحت عقد منعقد است زیرا این امر برمی‌گردد به اینکه اشتراط صدور عقد از طرف ولی جایز می‌باشد بنابراین اگر ولی عقد را به قصد فضولی منعقد کند باطل است (طباطبایی یزدی بی تا: ۶۵۸).

ب) امام خمینی در این زمینه می‌فرماید: قول اقوی صحت و لزوم عقد است و قصد فضولی بودن لغو می‌باشد و آنچه صاحب عروه بیان کردند ممنوع است، حتی بر فرض قبول ارجاع که ایشان بیان می‌کنند باز هم قائل شدن به بطلان عقد دارای اشکال است (یزدی ۱۳۸۰: ۱۰۱۶). آیت الله لنکرانی نیز با نظر امام خمینی موافق است و می‌فرماید: در انعقاد عقد فضولی داشتن قصد فضولی و التفات به آن شرط نیست و ظاهر این است که در مورد وکالت و ولایت نیز همین حکم جاری می‌شود. به این ترتیب در وکالت و ولایت قصد و التفات معتبر نیست و همین که فرد سمت وکالت یا ولایت را داشته باشد کفایت می‌کند. پس محصل برای فرض وجود ندارد بلکه صحت و لزوم عقد تعیین می‌شود (فاضل لنکرانی ۱۴۲۲ ج ۲: ۷۵۶).

صاحب مستند عروه نیز در توجیه قول به صحت و لزوم عقد منعقد چنین می‌گوید: عقدی که در اینجا توسط ولی یا وکیل و با عنوان فضولی صادر شده منجز بوده و معلق بر چیزی نیست. نهایت امر اینکه مقرون به ادعای کاذبی است و مبنی بر آن می‌شود و آن ادعا این است که او وکیل یا ولی نیست. پس در مورد عقد منعقد حکم به صحت آن می‌شود زیرا در اینجا در انشاء یا منشاء یا چیز دیگری از آنچه در حکم به صحت عقد معتبر است، قصوری وجود ندارد و مجرد تقارن عقد با بناء کاذب در جایی که همه ارکان عقد کامل بوده و آنچه در صحت عقد معتبر است محقق شده باشد، ضرری به عقد وارد نمی‌کند (موسوی خویی ۱۴۰۴ ج ۲: ۳۳۹-۳۳۸).

ج) آیت الله مکارم شیرازی قول به فضولی بودن عقد منعقد را پذیرفته و می‌فرماید: در صورت الحاق اجازه توسط وکیل یا موکل به صحت عقد منعقد حکم می‌شود چه آنکه عقد باید منتسب به مالک باشد و انتساب ممکن است با مباشرت خود مالک یا به واسطه تسبیب از طریق وکیل یا از طریق ولی حاصل شود. اما فعل وکیل وقتی فعل او محسوب می‌گردد که به عنوان وکالت از طرف او صادر شده باشد و اگر وکیل به دلیل بعضی جهات، خودش را از عنوان وکالت بری کرده باشد دیگر عقد منعقد توسط او به موکل نسبت داده نمی‌شود (مکارم شیرازی ۱۴۱۳: ۷۳۱).

۲) فرض عدم اطلاع از حق وکالت

آنچه قبلاً بررسی شد فرضی بود که عاقد به داشتن حق وکالت خود مطلع بوده ولی عقد را عمدتاً به عنوان عقد فضولی منعقد می‌کند، اما در اینجا فرضی مطرح می‌شود که عاقد وکیل است ولی از

این امر اطلاع ندارد و عقد را به عنوان فضولی منعقد می‌کند و بعد از انعقاد عقد از داشتن حق خود مطلع می‌شود.

اگر عاقد عقد را به عنوان فضولی منعقد کرده باشد سپس معلوم شود که در امر نکاح و کالت داشته است. در این صورت حکم به صحت و لزوم چنین عقدی ظاهر است (طباطبایی یزدی بی‌تا: ۶۵۸) زیرا در مورد آنچه توسط وکیل انجام می‌شود توجه به وکالت و ایقاع عقد به عنوان اینکه او وکیل است معتبر نمی‌باشد. چه آنکه وکالت مثل عبادات متوقف بر نیت نیست و در حکم به صحت فقط این امر معتبر است که عقد توسط کسی که صلاحیت انعقاد عقد را دارد و امر به او واگذار شده منعقد شود و در این مقام این امور محقق شده است (موسوی خوئی ۱۴۰۴ ج ۲: ۳۳۶). به علاوه اینکه حصول اذن از موکل، صحت عقد را اقتضا می‌کند چه آنکه اگر اذن موکل مشروط به التفات وکیل نسبت به وکالت باشد در صورت غفلت از وکالت اذن منتفی می‌شود (طباطبایی حکیم بی‌تا ج ۱۴: ۵۰۷).

اگر کسی که عقد را به عنوان فضولی منعقد می‌کند وکیل معقودله باشد و این امر را فراموش کرده باشد در این صورت اگر معلوم شود که او وکیل در نکاح بوده، حکم به صحت و لزوم عقد منعقد می‌شود زیرا مقتضی صحت و لزوم عقد وجود داشته (یعنی عقد از اهلش و در محلس واقع شده) و مانع از صحت عقد نیز وجود ندارد (سبزواری ۱۴۱۶: ۲۴).

در صورتی که عقد فضولی توسط کسی منعقد شود که وکالت در نکاح داشته ولی خبر توکیل به او نرسیده است، در حکم به صحت این عقد اشکال است (طباطبایی یزدی بی‌تا: ۶۵۸). چه بسا گفته می‌شود اشکال در این فرض قوی است و قیاس این فرض با فرض قبلی قیاس مع الفارق می‌باشد، چه آنکه در فرض قبلی کسی که صیغه را جاری کرده حقیقتاً وکیل بوده، بنابراین عقد توسط کسی منعقد شده که در امر نکاح سلطنت داشته است پس بر طبق قاعده حکم به صحت عقد مذکور شده و عقد منعقد به موکل نسبت داده می‌شود. این برخلاف فرض اخیر است چه آنکه در این صورت عقد توسط کسی منعقد شده که وکیل نبوده و سلطنتی بر انعقاد عقد نداشته است. دیگر اینکه وکالت از جمله ایقاعات نیست بلکه از عقود است که صحت آن متوقف بر ایجاب و قبول می‌باشد بنابراین مجرد انشای توکیل تا وقتی به مباشر نرسیده و او آن را قبول نکرده تأثیری ندارد و در حکم به صحت آنچه توسط او منعقد شده فایده‌ای ایجاد نمی‌کند (موسوی خوئی ۱۴۰۴ ج ۲: ۳۳۶-۳۳۷). نتیجه اینکه فعل در اینجا توسط

غیر وکیل انجام شده و موجبی نیز محقق نشده تا بتوان عقد را به کسی نسبت داد که امر ازدواج به دست اوست، پس حکم به عدم خروج عقد از فضولی اقرب است (یزدی ۱۳۸۰: ۱۰۱۶).

برخی از فقها عقد منعقد را صحیح دانسته و در بیان علت آن می‌گویند: اطلاق اذن، صحت را اقتضا می‌کند (طباطبایی حکیم بی‌تاج ۱۴: ۵۰۷) و از آنجا که مقتضی موجود و مانع مفقود است پس حکم به صحت عقد می‌شود (سبزواری ۱۴۱۶ ج ۲۴: ۲۴). در اشکال به این استدلال گفته شده: اذن متوقف بر علم به آن است و با مجرد انشای اذن تا وقتی به مباشر نرسیده این امر صدق نمی‌کند که عاقد مأذون از طرف معقودله بوده و این امر ابراز رضایت باطنی محسوب می‌شود که برای صحت عقد کافی نیست. بنابراین فرض مذکور در باب «عدم کفایت رضایت باطنی برای حکم به صحت عقد منعقد توسط فضولی» وارد می‌شود که نیاز به تحقق اجازه دارد (موسوی خوئی ۱۴۰۴ ج ۲: ۳۳۷).

منابع

- اصفهانی، ابوالحسن. (۱۳۸۰) *وسيلة النجاة مع تعليقات الامام الخميني*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- اصفهانی، محمد بن حسن (فاضل هندی). (۱۴۲۰ق) *كشف اللثام عن قواعد الاحكام*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۶۳) *تحریر الوسیله*، قم: مؤسسه نشر اسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم.
- امامی، حسن. (۱۳۷۷) *حقوق مدنی*، تهران: کتابفروشی اسلامی، چاپ پانزدهم.
- انصاری، سید مرتضی. (۱۴۱۵ق) *کتاب التکاح*، قم: مؤسسه الهادی، چاپ اول.
- بحرانی، یوسف. (بی‌تا) *الحدائق الناظرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم: مؤسسه نشر اسلامی لجماعه المدرسین بقم المشرفه.
- ترحینی العاملی، محمدحسن. (۱۴۱۶ق) *الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية*، لبنان: بیروت، دارالهادی، چاپ اول.
- حائری شاهیخ، علی. (۱۳۷۶) *شرح قانون مدنی*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (بی‌تا) *وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، لبنان: بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- خوانساری، احمد. (۱۴۰۵ق) *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، قم: مکتبه الصدوق، چاپ دوم.
- روحانی، محمد صادق. (۱۴۱۲ق) *العروة الوثقی*، بی‌جا، مدرسه الامام الصادق^(ع).
- سبزواری، عبد الاعلی. (۱۴۱۶ق) *مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام*، قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم.

- شایگان، علی. (۱۳۷۵) *حقوق مدنی*، قزوین: انتشارات طه، چاپ اول.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی. (بی‌تا) *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، بیروت: دار العالم الاسلامی.
- _____ . (۱۴۱۶ق) *مسالك الافهام إلى تنقیح شرایع الاسلام*، بی‌جا، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول.
- شیخ طوسی، ابی‌جعفر محمد بن الحسن بن علی. (۱۳۶۵) *تهذیب الحکام*، تهران: دار المکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
- _____ . (۱۳۸۸ق) *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران: المکتبه المرتضویه الاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ دوم.
- صفایی، حسین و اسدالله امامی. (۱۳۸۵) *حقوق خانواده*، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دهم.
- طاهری، حبیب‌الله. (بی‌تا) *حقوق مدنی (۵)*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- طباطبایی حکیم، محسن. (۱۳۸۱ق) *منهاج الصالحین*، نجف: النعمان، چاپ هفتم.
- _____ . (بی‌تا) *مستمک العروة الوثقی*، لبنان: دار احیاء التراث العربی.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم. (بی‌تا) *العروة الوثقی*، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- طباطبایی، محمدعلی. (۱۴۲۱ق) *ریاض المسائل فی تحقیق الحکام بالادلالات*، بیروت: مؤسسه آل‌البت للاحیاء التراث، چاپ اول.
- عاملی، باقر. (۱۳۵۰) *حقوق خانواده*، تهران: شرکت سهامی افست.
- عاملی، محمد. (۱۴۱۳ق) *نهایة المرام*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم، چاپ اول.
- علامه حلی، ابومنصور حسن بن یوسف بن المطهر. (۱۴۱۸ق) *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
- _____ . (۱۴۲۱ق) *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*، قم: مؤسسه الامام الصادق، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۱۰ق) *ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۱۰ق) *قواعد الاحکام فی مسائل الحلال و الحرام*، به نقل از علی اصغر مروارید، *الموسوعات الفقهیه (النکاح)*، لبنان: بیروت، الدار الاسلامیه، چاپ اول.
- فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۲ق) *العروة الوثقی فیما نعم به البلوی*، قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار، چاپ اول.
- فخرالمحققین، ابی‌طالب محمد بن الحسن بن یوسف بن المطهر. (بی‌تا) *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد* بی‌جا: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول.
- فصیحی‌زاده، علیرضا. (۱۳۷۷) *اذن و آثار حقوقی آن*، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول.
- *قانون مدنی*

- قمی، ابوالقاسم. (۱۳۸۰) *جامع الشتات*، ترجمه عیسی ولایی، تهران: دانشگاه تهران، چاپ اول.
- فنواتی، جلیل و حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی پور. (۱۳۷۹) *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، تهران: انتشارات سمت، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵) *حقوق مدنی: خانواده (تکاح و طلاق)*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتم.
- کرکی، علی بن الحسین. (۱۴۲۹ق) *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، بیروت: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، چاپ دوم.
- کلینی، ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق. (۱۴۰۱ق) *فروع من الکافی*، بیروت: دارصعب، چاپ سوم.
- گلپایگانی، محمد رضا. (۱۳۶۴) *مجمع المسائل*، قم: دار القرآن الکریم، چاپ دوم.
- محقق حلی، ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق) *شرایع الاسلام*، به نقل از علی اصغر مروارید، *الموسوعات الفقهیه (النکاح)*، بیروت: الدار الاسلامیه، چاپ اول.
- _____ . (۱۴۱۰ق) *المختصر النافع*، به نقل از علی اصغر مروارید، *الموسوعات الفقهیه*، بیروت: الدار الاسلامیه، چاپ اول.
- محقق داماد، مصطفی. (۱۳۷۲) *بررسی فقهی حقوقی خانواده - تکاح و انحلال آن*، تهران: نشر علوم اسلامی، چاپ چهارم.
- مطهری، احمد. (۱۴۰۵ق) *مستند تحریروالوسیله: کتاب النکاح*، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم المشرفه.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۱۳ق) *تعلیقات علی العروة الوثقی*، قم: مدرسه الامام امیرالمؤمنین، چاپ دوم.
- موسوی خوئی، ابوالقاسم. (۱۴۰۴ق) *مستند العروة الوثقی: کتاب النکاح*، مقرر محمد تقی خوئی، نجف: مدرسه دارالعلم.
- _____ . (بی تا) *منهاج الصالحین المعاملات*، لبنان، بیروت: دارالزهراء، چاپ بیستم.
- نجفی، محمد حسن. (۱۹۸۱) *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، لبنان، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ نهم.
- یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم. (۱۳۸۰) *العروة الوثقی مع تعالیق الامام الخمینی*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، چاپ اول.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.