



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



عمران
علیه السلام

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

کتاب جامع

تقریرات

حضرت آیت اللہ شبیری زنجانی (مدظلہ)



«جلد ۱۰»

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

نکاح: تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی

نویسنده:

آیت الله العظمی موسی شبیری زنجانی

ناشر چاپی:

موسسه پژوهشی رای پرداز

ناشر دیجیتال:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

۵	فهرست
۳۴	نکاح: تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی جلد ۱۰
۳۴	مشخصات کتاب
۳۴	اشاره
۳۳۱۴	۱۳۸۰/۷/۳۰ دوشنبه درس شماره (۳۵۲) کتاب النکاح/سال چهارم
۳۳۱۴	اشاره
۳۳۱۴	خلاصه درس قبل و این جلسه:
۳۳۱۴	بحث در اعتبار تنجیز در عقد نکاح بود،
۳۳۱۴	اشاره
۳۳۱۵	نظر استاد مد ظله:
۳۳۱۵	واجب معلق و مشروط
۳۳۱۵	نظر مرحوم شیخ انصاری رحمه الله:
۳۳۱۶	نظر مرحوم آخوند رحمه الله:
۳۳۱۷	نظر مرحوم آقای داماد رحمه الله:
۳۳۲۰	تذکری در کلام شهید ثانی رحمه الله:
۳۳۲۲	۱۳۸۰/۸/۱ سه شنبه درس شماره (۳۵۳) کتاب النکاح/سال چهارم
۳۳۲۲	اشاره
۳۳۲۲	الف) توضیح مختار مرحوم آقای داماد در بحث واجب معلق و مشروط و دفع اشکال وارد بر آن:
۳۳۲۶	ب) توضیح متن مسئله ۱۱:
۳۳۲۸	ج) نظریه مختار در مورد صور مختلف تعلیق در عقد:
۳۳۳۰	۱۳۸۰/۸/۲ چهارشنبه درس شماره (۳۵۴) کتاب النکاح/سال چهارم
۳۳۳۰	اشاره
۳۳۳۰	خلاصه درس و این جلسه:
۳۳۳۰	نتیجه بحث سابق:

- ۳۳۳۰ بررسی مسئله ۱۲ اذا اوقعا العقد على وجهٍ يخالف الاحتياط اللازم مراعاته
- ۳۳۳۰ متن عروه:
- ۳۳۳۱ توضیح مسئله:
- ۳۳۳۱ بررسی صور مسئله:
- ۳۳۳۴ توجیهی برای فرمایش مرحوم سید:
- ۳۳۳۴ اشاره
- ۳۳۳۴ بیان مطلب:
- ۳۳۳۴ توضیح عبارت عروه:
- ۳۳۳۶ ۱۳۸۰/۸/۵ شنبه درس شماره (۳۵۵) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۳۳۶ اشاره
- ۳۳۳۶ خلاصه درس این جلسه:
- ۳۳۳۶ الف) دفع اشکال تناقض در عبارت مصنف در مسئله ۱۲ (یادآوری و تکمیل):
- ۳۳۳۶ ۱) قسمتی از عبارت متن:
- ۳۳۳۶ ۲) طرح اشکال مرحوم آقای حکیم و مرحوم آقای خویی رحمه الله:
- ۳۳۳۷ ۳) پاسخ اشکال:
- ۳۳۳۸ ب) بررسی مسئله ۱۳: يشترط في العاقد المجري للصيغه الكمال بالبلوغ والعقل -
- ۳۳۳۸ ۱) متن مسئله:
- ۳۳۳۸ ۲) توضیح عبارت متن:
- ۳۳۴۱ ۳) نقل کلام مرحوم امام در مورد آیه ابتلاء:
- ۳۳۴۱ اشاره
- ۳۳۴۲ اشکال این احتمال و پاسخ آن
- ۳۳۴۴ ۱۳۸۰/۸/۶ یکشنبه درس شماره (۳۵۶) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۳۴۴ اشاره
- ۳۳۴۴ خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۳۴۴ الف) بررسی کلام مرحوم امام خمینی در مورد دلالت آیه شریفه «وَ اِتْلُوا الَّتِيَامَى حَتَّىٰ اِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ...» بر اعتبار بلوغ در معاملات صبی:
- ۳۳۴۴ اشاره

- ۳۳۴۵ ----- (۱) کلام مرحوم امام خمینی در مورد احتمال اول در تفسیر آیه و بیان استاد مد ظلّه در این رابطه: -----
- ۳۳۴۵ ----- اشاره -----
- ۳۳۴۵ ----- مناقشه استاد مد ظلّه: -----
- ۳۳۴۶ ----- (۲) کلام مرحوم امام خمینی در مورد احتمال دوم و بیان استاد مد ظلّه: -----
- ۳۳۴۶ ----- اشاره -----
- ۳۳۴۷ ----- مناقشه استاد مد ظلّه: -----
- ۳۳۴۹ ----- (۳) کلام مرحوم امام خمینی در مورد احتمال سوم: -----
- ۳۳۴۹ ----- اشاره -----
- ۳۳۴۹ ----- مناقشه استاد مد ظلّه: -----
- ۳۳۵۰ ----- (۴) کلام مرحوم امام خمینی در مورد احتمال چهارم: -----
- ۳۳۵۴ ----- ۱۳۸۰/۸/۷ دوشنبه درس شماره (۳۵۷) کتاب النکاح/سال چهارم -----
- ۳۳۵۴ ----- اشاره -----
- ۳۳۵۴ ----- خلاصه درس قبل و این جلسه: -----
- ۳۳۵۴ ----- الف) ادامه بررسی اشکال صاحب جواهر به غایی بودن «حتی»: -----
- ۳۳۵۴ ----- (۱) چکیده کلام صاحب جواهر و ایراد مرحوم امام خمینی به آن (یادآوری): -----
- ۳۳۵۵ ----- (۲) دفاع استاد - مد ظلّه - از صاحب جواهر: -----
- ۳۳۵۶ ----- (۳) توجیهی برای مفهوم فی الجملة داشتن «حتی» غایی در آیه شریفه: -----
- ۳۳۵۷ ----- ب) نقل و بررسی ادامه کلام مرحوم امام خمینی: -----
- ۳۳۵۷ ----- (۱) نقل ادامه کلام مرحوم امام خمینی: -----
- ۳۳۵۷ ----- (۲) بررسی کلام مرحوم امام خمینی توسط استاد - مد ظلّه -: -----
- ۳۳۵۸ ----- ج) بررسی مفاد «حتی اذا» در آیات قرآن: -----
- ۳۳۵۸ ----- (۱) اشاره به برخی از آیاتی که در آنها «حَتَّى إِذَا» بکار رفته است: -----
- ۳۳۵۹ ----- (۲) آیات نیازمند بحث: -----
- ۳۳۶۱ ----- (۳) تأییدی ذوقی بر شرطیه بودن اذا، و نتیجه گیری بحث: -----
- ۳۳۶۲ ----- ضمیمه شماره ۱: -----
- ۳۳۶۴ ----- ضمیمه شماره ۲: -----

- ۳۳۶۶ شماره ۱۳۸۰/۸/۸ سه شنبه درس شماره (۳۵۸) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۳۶۶ اشاره
- ۳۳۶۶ خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۳۶۶ الف) بررسی اشکالی در مورد کلام مرحوم امام درباره آیه ابتلاء (یادآوری و تکمیل):
- ۳۳۶۶ (۱) طرح اشکال:
- ۳۳۶۷ (۲) بحثی اصولی در باب مفاهیم:
- ۳۳۶۹ (۳) پاسخ به اشکال فوق با توجه به بحث اصولی مفاهیم:
- ۳۳۷۰ ب) نقل و بررسی کلام مرحوم آقای حکیم درباره آیه ابتلاء:
- ۳۳۷۰ (۱) نقل کلام مرحوم آقای حکیم با توضیح استاد - مد ظله :-
- ۳۳۷۱ (۲) بررسی کلام مرحوم آقای حکیم:
- ۳۳۷۲ ج) اشاره به نکته ای در کلام شیخ در مکاسب:
- ۳۳۷۲ (۱) طرح یک اشکال:
- ۳۳۷۳ (۲) پاسخ اشکال:
- ۳۳۷۶ شماره ۱۳۸۰/۸/۹ چهارشنبه درس شماره (۳۵۹) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۳۷۶ اشاره
- ۳۳۷۶ خلاصه درس این جلسه:
- ۳۳۷۶ الف) ادامه بحث در مورد استدلال به آیه:
- ۳۳۷۶ (۱) فرمایش آقای حکیم رحمه الله (تکرار):
- ۳۳۷۷ (۲) مناقشات استاد مد ظله در فرمایش آقای حکیم رحمه الله:
- ۳۳۷۸ (۳) اشکالاتی که به استدلال به آیه وارد شده است:
- ۳۳۷۹ (۴) پاسخهای صاحب جواهر رحمه الله به اشکال اول:
- ۳۳۸۰ (۵) اشکالات استاد - مد ظله - به بیان صاحب جواهر رحمه الله:
- ۳۳۸۱ ب) تمسک به حدیث رفع القلم بر بطلان عقد صبی:
- ۳۳۸۱ اشاره
- ۳۳۸۱ (۱) اشکالات شیخ انصاری رحمه الله به دلالت حدیث رفع القلم:
- ۳۳۸۲ (۲) ابهام در عبارت شیخ رحمه الله:

۳۳۸۵ ۱۳۸۰/۸/۱۲ شنبه درس شماره (۳۶۰) کتاب النکاح/سال چهارم

۳۳۸۵ اشاره

۳۳۸۵ خلاصه درس قبل و این جلسه:

۳۳۸۵ الف) بررسی اجماع در مسئله:

۳۳۸۵ اشاره

۳۳۸۶ (۱) نقل کلام غنیه و طرح اشکال در ادعای اجماع:

۳۳۸۷ (۲) پاسخ اشکال فوق:

۳۳۸۹ (۳) اعتبار اجماع منقول در غنیه:

۳۳۹۰ ب) استدلال به حدیث رفع قلم:

۳۳۹۰ (۱) خلاصه کلام شیخ انصاری درباره حدیث رفع قلم، با توضیحات:

۳۳۹۱ (۲) ایرادات مرحوم آقای خوئی:

۳۳۹۱ (۳) بررسی ایراد مرحوم آقای خوئی به اشکال اول:

۳۳۹۲ (۴) بررسی ایراد مرحوم آقای خوئی به اشکال دوم شیخ انصاری:

۳۳۹۳ ج) ادامه کلام شیخ انصاری درباره بطلان معاملات صبی:

۳۳۹۵ ۱۳۸۰/۸/۱۴ دوشنبه درس شماره (۳۶۱) کتاب النکاح/سال چهارم

۳۳۹۵ اشاره

۳۳۹۵ خلاصه درس قبل و این جلسه:

۳۳۹۵ الف) بررسی ادله بطلان عقد صبی

۳۳۹۵ اشاره

۳۳۹۵ (۱) کلام مرحوم شیخ انصاری در مورد حدیث «عمد الصبی و خطاء واحد»:

۳۳۹۷ (۲) اشکال مرحوم آقای خوئی رحمه الله به کلام مرحوم شیخ:

۳۳۹۹ (۳) پاسخ استاد مد ظله نسبت به اشکال فوق:

۳۴۰۰ (۴) اشکال دوم مرحوم آقای خوئی:

۳۴۰۰ اشاره

۳۴۰۱ نظر استاد مد ظله

۳۴۰۱ (۵) کلام مرحوم شیخ انصاری در مورد روایت أبو البختری:

- ۳۴۰۱ - اشاره
- ۳۴۰۳ - پاسخ استاد مد ظلّه به اشکال
- ۳۴۰۳ - پاسخ مرحوم شیخ رحمه الله از اشکال:
- ۳۴۰۴ - (۶) اشکال مرحوم آقای خوئی به قسمتی از کلام مرحوم شیخ:
- ۳۴۰۵ - (۷) پاسخ استاد مد ظلّه به اشکال مرحوم آقای خوئی:
- ۳۴۰۵ - (۸) دو اشکال از استاد مد ظلّه به کلام مرحوم شیخ:
- ۳۴۰۸ - ۱۳۸۰/۸/۱۵ سه شنبه درس شماره (۳۶۲) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۴۰۸ - اشاره
- ۳۴۰۸ - خلاصه درس این جلسه:
- ۳۴۰۸ - الف) ادامه بررسی روایات «عمد الصبی خطاء»:
- ۳۴۰۸ - (۱) بیان آقای خوئی رحمه الله در مورد اختصاص روایات «عمد الصبی خطاء» به باب جنایات:
- ۳۴۰۹ - (۲) اشکال استاد مد ظلّه به بیان آقای خوئی رحمه الله:
- ۳۴۰۹ - (۳) بیان استاد مد ظلّه در مورد اختصاص روایات عمده الصبی خطاً به باب جنایات:
- ۳۴۱۰ - ب) بررسی فرمایش مرحوم آقای خمینی قدس سره:
- ۳۴۱۰ - (۱) بیان آقای خمینی در جمع ما بین روایات:
- ۳۴۱۱ - (۲) بیان استاد مد ظلّه:
- ۳۴۱۵ - (۳) جمع ما بین روایات به نظر استاد مد ظلّه:
- ۳۴۱۸ - ۱۳۸۰/۸/۱۶ چهارشنبه درس شماره (۳۶۳) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۴۱۸ - اشاره
- ۳۴۱۸ - خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۴۱۹ - (۱) حکم تعدد شرط و اتحاد جزاء:
- ۳۴۱۹ - اشاره
- ۳۴۱۹ - بیان آقای داماد رحمه الله:
- ۳۴۲۰ - بیان استاد مد ظلّه:
- ۳۴۲۰ - توجیه فرمایش مرحوم امام خمینی رحمه الله
- ۳۴۲۱ - نظر نهایی استاد مد ظلّه

- ۲) نکاتی در مورد روایات «عمد الصبی خطاً»: ۳۴۲۲
- اشاره ۳۴۲۲
- استدراکی از بحث جلسه قبل ۳۴۲۳
- ۳) مروری بر احادیث رفع القلم: ۳۴۲۴
- ۱۳۸۰/۸/۱۹ شنبه درس شماره (۳۶۴) کتاب النکاح/سال چهارم ۳۴۲۶
- اشاره ۳۴۲۶
- خلاصه درس این جلسه: ۳۴۲۶
- الف) ادامه نقل و بررسی کلام مرحوم امام درباره مسلوب العبارة بودن صبی: ۳۴۲۶
- اشاره ۳۴۲۶
- ۱) نقل کلام مرحوم امام با توضیحات استاد - مد ظله :- ۳۴۲۷
- ۲) صحت تفسیر مرحوم شیخ قدس سزه به نظر استاد - مد ظله :- ۳۴۲۸
- ۳) نقد استاد - مد ظله - نسبت به استدلال مرحوم امام: ۳۴۲۸
- ۴) اشاره به ادامه کلام مرحوم امام و بررسی آن ۳۴۳۰
- ب) ادامه بررسی حدیث «عمد الصبی خطاً»: ۳۴۳۲
- ۱) کلام مرحوم حاج شیخ محمد حسین اصفهانی: ۳۴۳۲
- ۲) بررسی کلام مرحوم اصفهانی توسط استاد - مد ظله :- ۳۴۳۲
- ۳) دیدگاه استاد - مد ظله - نسبت به حدیث فوق: ۳۴۳۳
- ج) تذکر استاد - مد ظله - در آستانه ماه مبارک رمضان: ۳۴۳۵
- ۱۳۸۰/۱۰/۱ شنبه درس شماره (۳۶۵) کتاب النکاح/سال چهارم ۳۴۳۶
- اشاره ۳۴۳۶
- خلاصه درس قبل و این جلسه: ۳۴۳۶
- توضیح اشکالات شیخ انصاری درباره حدیث رفع قلم ۳۴۳۶
- الف) توضیحی در مورد اشکال اول: ۳۴۳۷
- ۱) ملازمه بین نفی عقاب و نفی حکم تکلیفی (طرح بحث): ۳۴۳۷
- ۲) کلام مرحوم نایینی رحمه الله: ۳۴۳۷
- ۳) پاسخ کلام مرحوم نایینی: ۳۴۳۸

- ب) توضیحی درباره اشکال دوم شیخ انصاری: ۳۴۴۰
- ج) توضیحی درباره اشکال سوم: ۳۴۴۱
- ۱) طرح اشکال مرحوم سید یزدی: ۳۴۴۱
- ۲) تفسیر مرحوم اصفهانی درباره عبارت مکاسب: ۳۴۴۱
- ۳) توضیح استاد - مد ظله - درباره عبارت مکاسب: ۳۴۴۲
- ۱۳۸۰/۱۰/۳ دوشنبه درس شماره (۳۶۶) کتاب النکاح/سال چهارم ۳۴۴۴
- اشاره ۳۴۴۴
- خلاصه درس این جلسه: ۳۴۴۴
- الف) آیه قرآن: ۳۴۴۴
- ب) روایات: ۳۴۴۵
- ۱) روایاتی که به این لسان است که صبی قبل از بلوغ، جواز امر ندارد: ۳۴۴۵
- ۲) احادیث رفع قلم از صبی: ۳۴۴۶
- ۳) روایاتی که عمد صبی را خطا شمرده است: ۳۴۴۹
- ۱۳۸۰/۱۰/۴ سه شنبه درس شماره (۳۶۷) کتاب النکاح/سال چهارم ۳۴۵۱
- اشاره ۳۴۵۱
- خلاصه درس قبل و این جلسه: ۳۴۵۱
- الف) استدراک درباره بحثهای گذشته: ۳۴۵۱
- ۱) توضیح استدلال اصولیین به آیه شریفه (مَا كُنَّا مَعْدِبِينَ) : ۳۴۵۱
- ۲) توضیحی درباره استفاده عدم ملازمه بین نفی مؤاخذة و نفی احکام از عبارت مکاسب: ۳۴۵۲
- ب) بررسی کلام شیخ انصاری درباره حدیث ابی البختری: ۳۴۵۳
- ۱) کلام شیخ انصاری: ۳۴۵۳
- ۲) اشکال اول: ۳۴۵۳
- ۳) اشکال دوم: ۳۴۵۴
- ۴) رد اشکال دوم: ۳۴۵۴
- ۵) اشکال سوم: ۳۴۵۵
- ۶) اشکال چهارم: ۳۴۵۶

- ۳۴۵۷ رَدّ اشکال چهارم: (۷)
- ۳۴۵۹ ۱۳۸۰/۱۰/۵ چهارشنبه درس شماره (۳۶۸) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۴۵۹ اشاره
- ۳۴۵۹ خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۴۵۹ الف) مروری بر ادله بطلان عقد صبی:
- ۳۴۵۹ اشاره
- ۳۴۶۰ (۱) بررسی شهرت و اعتبار آن در مسئله:
- ۳۴۶۱ (۲) بررسی اجماع در مسئله:
- ۳۴۶۳ ب) ادله صحت عقد صبی:
- ۳۴۶۳ (۱) ادله عام صحت:
- ۳۴۶۴ (۲) بررسی روایت تزویج ام سلمه:
- ۳۴۶۴ (۳) بررسی حال سلمه بن الخطاب:
- ۳۴۶۵ (۴) بررسی حال ابراهیم بن ابی یحیی:
- ۳۴۶۷ (۵) راهی دیگر برای اثبات اعتبار روایت فوق:
- ۳۴۶۷ (۶) توضیحی درباره نقل اقوال از سوی مرحوم آقای حکیم:
- ۳۴۶۸ (۷) نتیجه گیری نهایی بحث عقد صبی:
- ۳۴۶۸ ج) عقدی که مست انجام دهد:
- ۳۴۶۸ (۱) متن عروه:
- ۳۴۶۸ (۲) توضیح مرحوم آقای خوئی و بررسی آن:
- ۳۴۷۰ ۱۳۸۰/۱۰/۸ شنبه درس شماره (۳۶۹) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۴۷۰ اشاره
- ۳۴۷۰ لا اعتبار بعقد السكران
- ۳۴۷۰ اشاره
- ۳۴۷۰ الف) بررسی صحت یا عدم صحت عقد سکران (مرد مست) و سکری (زن مست):
- ۳۴۷۰ (۱) کلام مرحوم صاحب عروه:
- ۳۴۷۱ (۲) نقد استاد مد ظله نسبت به نحوه طرح مسئله توسط مرحوم صاحب عروه:

- ۳۴۷۴ ----- کلام مرحوم آقای خوبی و نقد استاد مد ظلّه: -----
- ۳۴۷۵ ----- (ب) بررسی صحیحه ابن بزيع و احتماله‌های مطرح در آن: -----
- ۳۴۷۵ ----- (۱) پیرامون سند روایت و دفع اشکال مرحوم آقا ضیاء: -----
- ۳۴۷۷ ----- (۲) پیرامون دلالت روایت ابن بزيع و توجیهات مطرح شده: -----
- ۳۴۷۷ ----- توجیه اول، کلام مرحوم علامه: -----
- ۳۴۷۷ ----- اشکال مرحوم محقق کرکی و مرحوم شهید ثانی به توجیه مرحوم علامه: -----
- ۳۴۷۸ ----- توجیه دوم کلام مرحوم مجلسی اول: -----
- ۳۴۷۹ ----- توجیه سوم، کلام مرحوم کاشف اللثام: -----
- ۳۴۸۰ ----- اشکال استاد مد ظلّه به کلام کشف اللثام: -----
- ۳۴۸۱ ----- توجیه چهارم، کلام مرحوم صاحب جواهر: -----
- ۳۴۸۲ ----- ۱۳۸۰/۱۰/۹ یکشنبه درس شماره (۳۷۰) کتاب النکاح/سال چهارم -----
- ۳۴۸۲ ----- اشاره -----
- ۳۴۸۲ ----- خلاصه درس قبل و این جلسه: -----
- ۳۴۸۲ ----- عقد السکری اذا اجازت بعد الافاقه -----
- ۳۴۸۲ ----- متن عروه: -----
- ۳۴۸۲ ----- متن روایت: -----
- ۳۴۸۳ ----- (الف) بررسی اشکالات وارده بر روایت ابن بزيع: -----
- ۳۴۸۳ ----- (۱) طرح سه اشکال از صاحب ریاض: -----
- ۳۴۸۳ ----- (۲) نقد استاد مد ظلّه: -----
- ۳۴۸۴ ----- بررسی اشکال اول صاحب ریاض: -----
- ۳۴۸۴ ----- جهت اول: بررسی اعراض اصحاب: -----
- ۳۴۸۵ ----- جهت دوم: روایت با چه اصلی از اصول قطعی مخالف است؟ -----
- ۳۴۸۵ ----- بررسی اشکال دوم صاحب ریاض: -----
- ۳۴۸۵ ----- اشکال محقق کرکی و شهید ثانی به علامه حلی در استدلال به روایت ابن بزيع: -----
- ۳۴۸۶ ----- ردّ اشکال و دفاع از علامه حلی: رحمه الله -----
- ۳۴۸۶ ----- بررسی اشکال سوم صاحب ریاض: -----

- ۳۴۸۷ پاسخ اشکال:
- ۳۴۸۷ جواب اول:
- ۳۴۸۷ نقد استاد از جواب اول:
- ۳۴۸۷ جواب دوم:
- ۳۴۸۷ بررسی اشکال چهارم:
- ۳۴۸۸ پاسخ اشکال چهارم:
- ۳۴۸۸ جواب اول:
- ۳۴۸۸ نقد استاد مد ظله بر جواب اول:
- ۳۴۸۸ جواب دوم:
- ۳۴۸۹ اشکال استاد مد ظله بر پاسخ صاحب جواهر رحمه الله:
- ۳۴۸۹ (ب) مقایسه مفاد روایت ابو ولاد با روایت ابن بزيع:
- ۳۴۸۹ (۱) نقل خلاصه ای از مفاد روایت ابو ولاد:
- ۳۴۹۰ پاسخ از اشکال استاد مد ظله:
- ۳۴۹۰ جواب اول:
- ۳۴۹۰ جواب دوم:
- ۳۴۹۱ جواب سوم:
- ۳۴۹۲ ۱۳۸۰/۱۰/۱۰ دوشنبه درس شماره (۳۷۱) کتاب النکاح/سال چهارم -
- ۳۴۹۲ اشاره
- ۳۴۹۲ خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۴۹۳ فارق اول بین صحیحه ابن بزيع و صحیحه ابی ولاد:
- ۳۴۹۴ فارق دوم بین دو صحیحه ابو ولاد و ابن بزيع
- ۳۴۹۶ اشکال دیگری به صحیحه ابن بزيع
- ۳۴۹۶ اشاره
- ۳۴۹۶ پاسخ اول:
- ۳۴۹۶ پاسخ دوم:
- ۳۴۹۷ پاسخ سوم:

- ۳۴۹۷ ----- پاسخ چهارم: -----
- ۳۴۹۸ ----- أخذ به قواعد یا تخصیص قواعد -----
- ۳۵۰۰ ----- بررسی نهایی مسئله -----
- ۳۵۰۱ ----- چرا عقد سکران صحت فعلیه نداشته باشد؟ -----
- ۳۵۰۲ ----- عدم فرق بین سکران و سکری -----
- ۳۵۰۳ ----- ۱۳۸۰/۱۰/۱۱ سه شنبه درس شماره (۳۷۲) کتاب النکاح/سال چهارم -----
- ۳۵۰۳ ----- اشاره -----
- ۳۵۰۳ ----- خلاصه درس قبل و این جلسه: -----
- ۳۵۰۳ ----- متن عروه: -----
- ۳۵۰۳ ----- الف) حکم عقد سفیه: -----
- ۳۵۰۳ ----- اشاره -----
- ۳۵۰۴ ----- ذکر دو نکته: -----
- ۳۵۰۴ ----- ب) صحت عقد مکره برای غیر خود: -----
- ۳۵۰۴ ----- اشاره -----
- ۳۵۰۴ ----- ۱) بیان مرحوم آقای حکیم و آقای خویی در مورد عدم شمول حدیث رفع: -----
- ۳۵۰۵ ----- ۲) مناقشه استاد - مد ظله - بر کلام این دو بزرگوار: -----
- ۳۵۰۶ ----- ج) صحت عقد مکره برای خود، چنانچه بعد از اکراه اجازه دهد: -----
- ۳۵۰۶ ----- اشاره -----
- ۳۵۰۶ ----- ۱) طرح اشکال: -----
- ۳۵۰۶ ----- ۲) پاسخ مرحوم آقای خویی به اشکال مذکور: -----
- ۳۵۰۹ ----- ۱۳۸۰/۱۰/۱۲ چهارشنبه درس شماره (۳۷۳) کتاب النکاح/سال چهارم -----
- ۳۵۰۹ ----- اشاره -----
- ۳۵۰۹ ----- خلاصه درس این جلسه: -----
- ۳۵۰۹ ----- الف) نقل و بررسی کلام مرحوم آقای خویی درباره صحت عقد مکره پس از رضایت: -----
- ۳۵۰۹ ----- ۱) نقل کلام مرحوم آقای خویی (یادآوری و تکمیل): -----
- ۳۵۱۱ ----- ۲) بررسی کلام مرحوم آقای خویی توسط استاد - مد ظله - : -----

- ۳) وجه کلی ترجیح ظهور عموم بر ظهور اطلاق: ۳۵۱۴
- ۴) بررسی کلام مرحوم آقای خوئی در تقدیم اصاله العموم بر اصاله الاطلاق: ۳۵۱۵
- ۵) ادامه بررسی کلام مرحوم آقای خوئی: ۳۵۱۵
- ۶) مقدمه ای در تحقیق مسئله از سوی استاد - مد ظلّه - : ۳۵۱۶
- ۷) تطبیق مقدمه فوق بر محلّ بحث: ۳۵۱۸
- ب) اشاره به مسئله ۱۵: ۳۵۱۹
- ۱) متن مسئله: ۳۵۱۹
- ۲) توضیح مسئله: ۳۵۱۹
- ۱۳۸۰/۱۰/۱۵ شنبه درس شماره (۳۷۴) کتاب النکاح/سال چهارم ۳۵۲۰
- اشاره ۳۵۲۰
- خلاصه درس این جلسه: ۳۵۲۰
- الف) مسئله ۱۶ عروه: يشترط بقاء المتعاقدين على الاهليه الى تمام العقد ۳۵۲۰
- ۱) متن مسئله: ۳۵۲۰
- ۲) توضیح مسئله: ۳۵۲۱
- ۳) کلام مرحوم آقای خوئی در توضیح صورتهای مسئله: ۳۵۲۱
- ۴) توسعه در موضوع مسئله: ۳۵۲۲
- ب) وجوه لزوم بقاء صلاحیت متعاقدين: ۳۵۲۲
- اشاره ۳۵۲۲
- ۱) وجه اول؛ ادعای لا خلاف و اجماع: ۳۵۲۳
- ۲) نقد استاد مد ظلّه از وجه اول: ۳۵۲۳
- ۳) وجه دوم؛ انصراف ادله: ۳۵۲۳
- ۴) نگاهی به وجه دوم از نظر استاد - مد ظلّه - : ۳۵۲۴
- ۵) وجه سوم؛ تفصیل مرحوم آقای حکیم: ۳۵۲۴
- ۶) نقد استاد - مد ظلّه - از وجه سوم: ۳۵۲۵
- ۷) بررسی تفصیل مطرح شده در کلام مرحوم آقای حکیم: ۳۵۲۵
- ۸) وجه چهارم؛ تفصیل مرحوم خوئی: ۳۵۲۷

- ۳۵۲۸ ----- (۹) نقد استاد - مد ظله - از وجه چهارم: -----
- ۳۵۳۰ ----- ۱۳۸۰/۱۰/۱۶ یکشنبه درس شماره (۳۷۵) کتاب النکاح/سال چهارم -----
- ۳۵۳۰ ----- اشاره -----
- ۳۵۳۰ ----- خلاصه درس این جلسه: -----
- ۳۵۳۰ ----- (الف) پی گیری بحث لزوم بقاء اهلیت متعاقدين تا پایان عقد: -----
- ۳۵۳۰ ----- اشاره -----
- ۳۵۳۰ ----- (۱) تکمیل بررسی اجماع: -----
- ۳۵۳۱ ----- (۲) اعتبار مخاطبه بین المتعاقدين: -----
- ۳۵۳۱ ----- (۳) لزوم صدق معافده: -----
- ۳۵۳۲ ----- (۴) اعتبار قصد و رضا در عقد: -----
- ۳۵۳۲ ----- (۵) قیاس عقود لازمه پیش از تحقق رکن دوم آن به عقود جائزه: -----
- ۳۵۳۲ ----- اشاره -----
- ۳۵۳۳ ----- مناقشه استاد - مد ظله - -----
- ۳۵۳۳ ----- (۶) انصراف ادله: -----
- ۳۵۳۵ ----- (ب) طرح مسئله اشتراط تعیین زوج و زوجه و توضیحی پیرامون آن: -----
- ۳۵۳۵ ----- متن عروه -----
- ۳۵۳۸ ----- ۱۳۸۰/۱۰/۱۷ دوشنبه درس شماره (۳۷۶) کتاب النکاح/سال چهارم -----
- ۳۵۳۸ ----- اشاره -----
- ۳۵۳۸ ----- خلاصه درس این جلسه: -----
- ۳۵۳۸ ----- متن عروه: -----
- ۳۵۳۸ ----- (الف) وجوه و ادله ای که برای اثبات بطلان عقد مطرح شده: -----
- ۳۵۳۸ ----- (۱) اجماع: -----
- ۳۵۳۸ ----- (۲) قیاس نکاح با سایر عقود: -----
- ۳۵۳۹ ----- (۳) شرطیت جواز استمتاع و عدم امکان استمتاع از طبیعت جامع: -----
- ۳۵۳۹ ----- (۴) لزوم تعیین از مرتکرات عقلاء است: -----
- ۳۵۳۹ ----- (۵) استدلال به آیات و روایات توسط مرحوم آقای خوبی رحمه الله: -----

- ب) نقد وجوه مذکوره توسط استاد مد ظلّه: ۳۵۴۰
- اشاره ۳۵۴۰
- (۱) ردّ اجماع: ۳۵۴۰
- (۲) فقدان دلیل بر لزوم تعیین در همه عقود: ۳۵۴۱
- (۳) ناتمام بودن دلیل شرطیت بالفعل جواز استمتاع: ۳۵۴۱
- (۴) مخدوش بودن استدلال مرحوم آقای حکیم: ۳۵۴۲
- (۵) پاسخ به استدلال مرحوم آقای خویی: ۳۵۴۳
- اشاره ۳۵۴۳
- نظر استاد مد ظلّه: ۳۵۴۴
- ۱۳۸۰/۱۰/۱۸ سه شنبه درس شماره (۳۷۷) کتاب النکاح/سال چهارم ۳۵۴۵
- اشاره ۳۵۴۵
- خلاصه درس قبل و این جلسه: ۳۵۴۵
- متن عروه: ۳۵۴۵
- صورت اول: عنوان مطلق در صیغه نکاح به کار برود ۳۵۴۶
- صورت دوم: عنوان خاصی متعلق نکاح قرار گرفته است ۳۵۴۸
- اشاره ۳۵۴۸
- فرمایش مرحوم آقای خویی رحمه الله: ۳۵۵۱
- اشاره ۳۵۵۱
- بررسی فرمایش مرحوم آقای خویی رحمه الله: ۳۵۵۱
- اشکال مرحوم آقای بروجردی رحمه الله به صاحب عروه: ۳۵۵۳
- اشاره ۳۵۵۳
- بررسی فرمایش مرحوم آقای بروجردی رحمه الله: ۳۵۵۳
- مناقشه مرحوم آقای خویی رحمه الله به کلام عروه: ۳۵۵۴
- اشاره ۳۵۵۴
- بررسی فرمایش مرحوم آقای خویی رحمه الله: ۳۵۵۵
- ادامه مسئله: ۳۵۵۵

- ۳۵۵۵ بررسی فرمایش مرحوم آقای خوبی رحمه الله:
- ۳۵۵۶ فرض دیگر مسئله:
- ۳۵۵۹ ۱۳۸۰/۱۰/۲۲ شنبه درس شماره (۳۷۸) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۵۵۹ اشاره
- ۳۵۵۹ خلاصه درس این جلسه:
- ۳۵۵۹ متن عروه:
- ۳۵۶۰ تاریخچه بحث:
- ۳۵۶۰ طرح بحث:
- ۳۵۶۱ کلام شیخ طوسی رحمه الله در مبسوط:
- ۳۵۶۱ اشاره
- ۳۵۶۲ مستفاد از کلام شیخ طوسی رحمه الله:
- ۳۵۶۲ کلام علامه رحمه الله در تذکره:
- ۳۵۶۲ اشاره
- ۳۵۶۲ مستفاد از کلام علامه در تذکره:
- ۳۵۶۳ ادامه کلام علامه رحمه الله:
- ۳۵۶۳ اشاره
- ۳۵۶۳ مستفاد از کلام علامه:
- ۳۵۶۴ اشکال استاد مد ظلّه بر کلام شیخ و علامه:
- ۳۵۶۴ اشکال استاد مد ظلّه بر کلام مرحوم سید رحمه الله:
- ۳۵۶۶ کلام آیت الله حکیم قدس سرّه:
- ۳۵۶۶ اشاره
- ۳۵۶۶ نقد استاد مد ظلّه بر آیت الله حکیم رحمه الله:
- ۳۵۶۹ کلام آیت الله خوبی رحمه الله و مناقشه در آن:
- ۳۵۶۹ اشاره
- ۳۵۶۹ نقد و نظر استاد مد ظلّه:
- ۳۵۷۰ ۱۳۸۰/۱۰/۲۳ یکشنبه درس شماره (۳۷۹) کتاب النکاح/سال چهارم

- ۳۵۷۰ اشاره
- ۳۵۷۰ خلاصه درس این جلسه:
- ۳۵۷۰ الف) اختلاف زوج و زوجه در اصل تعیین:
- ۳۵۷۰ ۱) طرح مسئله:
- ۳۵۷۱ ۲) مناقشه مرحوم آقای خویی و آقای حکیم:
- ۳۵۷۱ ۳) اشکال دیگر به فتوای سید رحمه الله:
- ۳۵۷۱ ۴) فرمایش استاد - مد ظله - و بیان مراد سید رحمه الله:
- ۳۵۷۳ ب) اختلاف زوج و زوجه در معین:
- ۳۵۷۳ ج) اختلاف زوج و ولی زوجه در معین، هرگاه آن دو تنها در نیتشان تعیین کرده باشند.
- ۳۵۷۳ اشاره
- ۳۵۷۵ ۱) توضیحی درباره عبارت سید رحمه الله:
- ۳۵۷۶ ۲ - متن روایت:
- ۳۵۷۶ ۳ - اقوال فقها در مسئله
- ۳۵۷۷ ۴) اعراض مشهور از روایت:
- ۳۵۷۸ ۱۳۸۰/۱۰/۲۴ دوشنبه درس شماره (۳۸۰) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۵۷۸ اشاره
- ۳۵۷۸ خلاصه درس این جلسه:
- ۳۵۷۸ الف) توجیهی دیگر برای جریان اصالة الصحة در مسئله تنازع بین زوج و زوجه در تعیین:
- ۳۵۸۰ ب) ادامه بحث پیرامون صحیحه ابی عبیده حذاء:
- ۳۵۸۰ ۱) بررسی کلام مرحوم سید درباره اعراض مشهور از روایت:
- ۳۵۸۲ ۲) نقل مجدد فرمایش مرحوم آقای خویی درباره مخدوش بودن فتوای مرحوم سید در لزوم تحالف:
- ۳۵۸۲ اشاره
- ۳۵۸۳ نقد استاد مد ظله بر کلام مرحوم آیت الله خویی رحمه الله:
- ۳۵۸۶ ۱۳۸۰/۱۰/۲۵ سه شنبه درس شماره (۳۸۱) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۵۸۶ اشاره
- ۳۵۸۶ خلاصه درس قبل و این جلسه:

- الف) اذا كان لرجل عده بنات، فزوج واحدة و لم يسمها عند العقد و لا عيّنھا بغير الاسم لكنھ قصدها معينه ----- ۳۵۸۶
- ۱ - بيان مورد روايت ابی عبیده از دیدگاه مرحوم آقای خویی: ----- ۳۵۸۶
- ۲) نقد فرمایش آقای خویی توسط استاد مد ظلّه: ----- ۳۵۸۷
- ب) احتمالات روايت از دیدگاه محقق نراقی قدس سره: ----- ۳۵۸۸
- ج) بررسی اشکالات اصحاب، پیرامون این روايت: ----- ۳۵۸۹
- ۱) ایراد اول؛ ایراد ابن ادریس (عدم تمییز): ----- ۳۵۸۹
- ۲) پاسخ کاشف اللثام بر ایراد ابن ادریس: ----- ۳۵۸۹
- ۳) نقد صاحب جواهر بر کاشف اللثام: ----- ۳۵۹۰
- ۴) نقد کلام صاحب جواهر رحمه الله توسط استاد مد ظلّه: ----- ۳۵۹۰
- د) ایراد دوم، ایراد صاحب جواهر رحمه الله: ----- ۳۵۹۱
- ه) توجیه روايت ابو عبیده توسط محقق حلی: ----- ۳۵۹۲
- اشاره ----- ۳۵۹۲
- ۱) اشکال محقق کرکی و شهید ثانی بر توجیه محقق اول: ----- ۳۵۹۳
- ۲) تأمل استاد مد ظلّه در توجیه محقق: ----- ۳۵۹۳
- و) نظر کاشف اللثام در توجیه روايت: ----- ۳۵۹۵
- ۱۳۸۰/۱۰/۲۶ چهارشنبه درس شماره (۳۸۲) کتاب النکاح/سال چهارم ----- ۳۵۹۶
- اشاره ----- ۳۵۹۶
- خلاصه درس قبل و این جلسه: ----- ۳۵۹۶
- الف) بررسی احتمالات چهارگانه: ----- ۳۵۹۶
- ب) عدم صحت نکاح حمل: ----- ۳۶۰۰
- ۱) متن عروه، مسئله ۲۰: ----- ۳۶۰۰
- ۲) عدم وجود «جماع» در مسئله: ----- ۳۶۰۱
- ۳) کلام مرحوم آقای خویی و نقد استاد مد ظلّه: ----- ۳۶۰۲
- ۴) کلام مرحوم آقای حکیم: ----- ۳۶۰۲
- ۵) نظر استاد مد ظلّه: ----- ۳۶۰۳
- ۶) اشکال مرحوم حکیم بر کلام سید رحمه الله: ----- ۳۶۰۳

۳۶۰۴ ۱۳۸۰/۱۰/۲۹ شنبه درس شماره (۳۸۳) کتاب النکاح/سال چهارم

۳۶۰۴ اشاره

۳۶۰۴ خلاصه درس قبل و این جلسه:

۳۶۰۴ فرمایش استاد مد ظله:

۳۶۰۶ بررسی حواشی آقایان بر عروه:

۳۶۰۶ اشاره

۳۶۰۶ حاشیه مرحوم آقای خویی:

۳۶۰۶ اشاره

۳۶۰۷ پاسخ استاد مد ظله:

۳۶۰۷ حاشیه مرحوم آقای گلپایگانی:

۳۶۰۷ اشاره

۳۶۰۷ پاسخ استاد مد ظله:

۳۶۰۷ نظر نهایی استاد مد ظله:

۳۶۰۸ لا یشترط فی النکاح علم کل من الزوج و الزوجه باوصاف الآخر مما تختلف به الرغبات

۳۶۰۸ متن عروه:

۳۶۱۰ ۱۳۸۰/۱۰/۳۰ یکشنبه درس شماره (۳۸۴) کتاب النکاح/سال چهارم

۳۶۱۰ اشاره

۳۶۱۰ خلاصه درس این جلسه:

۳۶۱۰ فی مسائل متفرقه

۳۶۱۰ اشاره

۳۶۱۰ متن عروه:

۳۶۱۰ عدم جواز شرط خیار در عقد نکاح:

۳۶۱۰ اشاره

۳۶۱۱ وجه اول: اجماع فقها بر بطلان:

۳۶۱۳ وجه دوم: مخالفت با مقتضای عقد:

۳۶۱۴ پاسخ وجه مذکور:

- وجه سوم: مخالفت خیار فسخ با لزوم که از احکام نکاح است نه از حقوق طرفین: ۳۶۱۴
- پاسخ استاد مد ظله به وجه مذکور: ۳۶۱۵
- وجه چهارم: انحصار موارد جواز فسخ به عیوب خاصه: ۳۶۱۶
- پاسخ استاد مد ظله به وجه مذکور: ۳۶۱۶
- ۱۳۸۰/۱/۱/۱ دوشنبه درس شماره (۳۸۵) کتاب النکاح/سال چهارم ۳۶۱۷
- اشاره ۳۶۱۷
- خلاصه درس این جلسه: ۳۶۱۷
- الف) نقد و بررسی کلام آقای خویی پیرامون بطلان اشتراط خیار در عقد نکاح: ۳۶۱۷
- (۱) یادآوری کلام مرحوم آقای خویی: ۳۶۱۷
- (۲) نقد استاد مد ظله در مورد وجه اول: ۳۶۱۸
- (۳) پاسخ استاد مد ظله به وجه دوم: ۳۶۲۱
- ب) نقد و بررسی ضابطه مطرح شده در کلام مرحوم آقای نائینی: ۳۶۲۲
- (۱) نقل کلام ایشان: ۳۶۲۲
- (۲) نقد استاد مد ظله: ۳۶۲۲
- ج) بررسی بطلان عقد به وسیله شرط خیار: ۳۶۲۳
- (۱) متن عروه: ۳۶۲۳
- (۲) توضیح استاد مد ظله و نقل نظر فقهاء: ۳۶۲۴
- ۱۳۸۰/۱/۱/۲ سه شنبه درس شماره (۳۸۶) کتاب النکاح/سال چهارم ۳۶۲۵
- اشاره ۳۶۲۵
- خلاصه درس قبل و این جلسه: ۳۶۲۵
- استدلال صاحب عروه بر اینکه در مقام شرط فاسد مفسد نیست. ۳۶۲۵
- استدلال محقق خویی بر افساد شرط خیار نسبت به عقد نکاح و نقد آن ۳۶۲۶
- مختار استاد دام ظله در مسئله ۳۶۲۷
- اشتراط خیار در مهر، در عقد دائم ۳۶۲۸
- اشاره ۳۶۲۸
- بررسی اقوال در مسئله ۳۶۲۸

- ۳۶۲۹ اشتراط خيار در مهر در عقد منقطع
- ۳۶۲۹ اشاره
- ۳۶۳۱ توضیح عبارت شرایع
- ۳۶۳۳ چهارشنبه درس شماره (۳۸۷) کتاب النکاح/سال چهارم ۱۳۸۰/۱۱/۳
- ۳۶۳۳ اشاره
- ۳۶۳۳ خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۶۳۳ الف) لزوم تعیین مدت در مورد اشتراط خيار در مهر:
- ۳۶۳۳ (۱) کلام مرحوم آقای خویی:
- ۳۶۳۴ (۲) نقد کلام مرحوم آقای خویی توسط استاد مد ظله:
- ۳۶۳۵ ب) تکمیل مبحث طریقه تشخیص حقی یا حکمی بودن لزوم عقد:
- ۳۶۳۵ اشاره
- ۳۶۳۶ (۱) احکام الزامی و اباحی:
- ۳۶۳۷ (۲) تمسک به ادله ای مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «المؤمنون عند شروطهم» در مورد شک:
- ۳۶۳۹ (۳) نظر استاد دام ظلّه در مورد تمسک به ادله مذکور در مورد شک:
- ۳۶۴۰ شنبه درس شماره (۳۸۸) کتاب النکاح/سال چهارم ۱۳۸۰/۱۱/۶
- ۳۶۴۰ اشاره
- ۳۶۴۰ خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۶۴۰ الف) تتمه مسئله اول (اشترط خيار در عقد نکاح):
- ۳۶۴۰ اشاره
- ۳۶۴۱ (۱) بررسی مقدمه اول (وجود عام یا مطلق قابل استناد):
- ۳۶۴۲ (۲) طرح اشکال در عموم و اطلاق آیات و روایات:
- ۳۶۴۳ (۳) ارائه یک جواب نقضی به اشکال فوق و حلّ مسئله:
- ۳۶۴۵ (۴) صورتهای احتمال تخصیص یا تقييد:
- ۳۶۴۷ (۵) تطبیق مطالب گذشته بر محل کلام (تشخیص لزوم حقی از لزوم حکمی):
- ۳۶۴۸ ب) بررسی مسئله ۲: اذا ادعى رجل زوجته امرأة فصدقتها او ادعت المرأة زوجها فصدقها
- ۳۶۴۸ (۱) عبارت عروه:

- ۳۶۴۸ (۲) توضیح عبارت متن: -
- ۳۶۴۸ (۳) اشکال دلیل دوم (اقرار): -
- ۳۶۴۹ (۴) مناقشه استاد - مد ظله - در استدلال به دلیل اقرار در امثال مقام: -
- ۳۶۵۰ (۵) نکته کلی در عدم انحلال اخبارات: -
- ۳۶۵۲ ۱۳۸۰/۱۱/۷ یکشنبه درس شماره (۳۸۹) کتاب النکاح/سال چهارم -
- ۳۶۵۲ اشاره -
- ۳۶۵۲ خلاصه درس این جلسه: -
- ۳۶۵۲ اذا ادعى رجل زوجته امرأة فصدقته او ادعت امرأه زوجته رجل فصدقها -
- ۳۶۵۲ اشاره -
- ۳۶۵۲ متن عروه: -
- ۳۶۵۴ و لا فرق في ذلك بين كونهما بلديين معروفين او غريبين. -
- ۳۶۵۴ متن عروه: -
- ۳۶۵۴ اما اذا ادعى احدهما الزوجية و انكر الآخر -
- ۳۶۵۴ متن عروه: -
- ۳۶۵۵ على المنكر ترتب آثاره في الظاهر لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع فيما بينه و بين الله -
- ۳۶۵۵ متن عروه: -
- ۳۶۵۵ اذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجية بينهما -
- ۳۶۵۵ متن عروه: -
- ۳۶۵۶ بيان استاد - مد ظله - پيرامون قاعدة اقرار -
- ۳۶۵۹ يجب عليه ايصال المهر اليها -
- ۳۶۵۹ متن عروه: -
- ۳۶۵۹ مناقشة استاد - مد ظله - بر كلام مرحوم آقای خویی -
- ۳۶۶۰ لا يجب عليه نفقتها لنشوزها بالانكار -
- ۳۶۶۰ متن عروه: -
- ۳۶۶۰ مناقشه مرحوم آقای حکيم -
- ۳۶۶۰ اشاره -

- ۳۶۶۰ پاسخ استاد - مد ظله - به مناقشه مذکور -
- ۳۶۶۲ ۱۳۸۰/۱۱/۸ دوشنبه درس شماره (۳۹۰) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۶۶۲ اشاره
- ۳۶۶۲ خلاصه درس این جلسه:
- ۳۶۶۲ الف) بررسی مجدد قاعده اقرار به صورت خلاصه:
- ۳۶۶۲ (۱) یادآوری فتوای مرحوم سید:
- ۳۶۶۲ (۲) اشکال مرحوم آقای خویی:
- ۳۶۶۳ (۳) نقد استاد مد ظله:
- ۳۶۶۳ (۴) دفاع استاد مد ظله از مرحوم آقای خویی:
- ۳۶۶۴ ب) بررسی بخش دیگری از مسئله دوم:
- ۳۶۶۴ متن عروه:
- ۳۶۶۴ (۱) نقد استاد مد ظله:
- ۳۶۶۶ (۲) اشکال استاد مد ظله به شیخ انصاری رحمه الله:
- ۳۶۶۶ ج) بررسی عدم جواز اقداماتی که متوقف به اذن شوهر است:
- ۳۶۶۶ متن عروه:
- ۳۶۶۶ (۱) کلام مرحوم آقای خویی:
- ۳۶۶۷ (۲) نقد استاد مد ظله:
- ۳۶۶۸ د) آیا اقرار یا ادعای منکر یا مدعی بعد از رجوع مسموع است؟
- ۳۶۶۸ متن عروه:
- ۳۶۶۸ (۱) اشکال مرحوم آقای خویی:
- ۳۶۶۸ (۲) نقد استاد مد ظله:
- ۳۶۶۹ ه) رجوع مدعی بعد از اقامه بینه:
- ۳۶۶۹ متن عروه:
- ۳۶۷۰ ۱۳۸۰/۱۱/۹ سه شنبه درس شماره (۳۹۱) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۶۷۰ اشاره
- ۳۶۷۰ خلاصه درس این جلسه:

- الف) بررسی مسئله عروه اذا تزوج امرأه تدعى خلوها عن الزوج فادعى زوجيتها رجل آخر - ۳۶۷۰
- متن عروه - ۳۶۷۰
- توضیح مسئله عروه: - ۳۶۷۱
- فرض عدم بینه - ۳۶۷۱
- مسامحه در کلام سید و توجیه آن - ۳۶۷۱
- ب) تفصیل دو قول در مسئله - ۳۶۷۲
- اشاره - ۳۶۷۲
- ۱) منافع بضع حزه مضمون است یا نه؟ و بررسی تاریخی آن - ۳۶۷۳
- ۲) فرمایش محقق خویی در مقام - ۳۶۷۴
- اشاره - ۳۶۷۴
- توضیح فرمایش محقق خویی - ۳۶۷۵
- ۳) فرمایش محقق بروجردی در مقام - ۳۶۷۶
- ۱۳۸۰/۱۱/۱۰ چهارشنبه درس شماره (۳۹۲) کتاب النکاح/سال چهارم - ۳۶۷۷
- اشاره - ۳۶۷۷
- خلاصه درس قبل و این جلسه: - ۳۶۷۷
- الف) معنای عبارت «لم تسمع دعواه الا بالبینه» یا «لم یلتفت الی دعواه الا بالبینه» در کلمات فقهاء و بیان دیدگاه قائلین به عدم جریان قانون مدعی و منکر در مقام ۳۶۷۷
- ب) بررسی نظر قائلین به جریان قانون مدعی و منکر در مقام و ثمرات ذکر شده برای آن: - ۳۶۷۸
- ۱) کلام محقق کرکی در جامع المقاصد و علامه در تذکره: - ۳۶۷۸
- ۲) نقد صاحب حدائق نسبت به کلام محقق کرکی و شهید ثانی: - ۳۶۷۹
- ۳) توجیه استاد دام ظلله برای کلام محقق کرکی و شهید ثانی بر مبنای شیخ انصاری رحمه الله در مسئله خروج از محل ابتلاء: - ۳۶۷۹
- ۴) نقد استاد مد ظلله در مورد نظر مرحوم شیخ انصاری در مسئله داخل بودن در محل ابتلاء: - ۳۶۸۱
- ۵) وجود ثمره در لوازم زوجیت: - ۳۶۸۲
- ۶) نقد استاد دام ظلله در مورد این ثمرات: - ۳۶۸۳
- ۷) نظر صاحب جواهر: - ۳۶۸۳
- ۸) کلام مرحوم بروجردی در تصویر ثمره برای اجرای قانون مدعی و منکر در مقام: - ۳۶۸۴
- ۱۳۸۰/۱۱/۱۳ شنبه درس شماره (۳۹۳) کتاب النکاح/سال چهارم - ۳۶۸۶

- ۳۶۸۶ - اشاره
- ۳۶۸۶ - خلاصه درس قبل و این جلسه:
- ۳۶۸۶ - فصل فی مسائل متفرقه
- ۳۶۸۶ - اشاره
- ۳۶۸۶ - متن عروه:
- ۳۶۸۷ - الف) بررسی عبارت «لا تسمع دعواه الا بالبینه»:
- ۳۶۸۷ - (۱) طرح مسئله:
- ۳۶۸۸ - (۲) موارد مشابه در کلمات فقهاء:
- ۳۶۸۸ - (۳) سابقه طرح اشکال:
- ۳۶۸۹ - (۴) توجیهات برخی از متأخرین و معاصرین:
- ۳۶۸۹ - توجیه مرحوم آقای گلپایگانی:
- ۳۶۸۹ - نقد استاد مد ظله بر توجیه مرحوم آقای گلپایگانی:
- ۳۶۹۰ - (۵) توجیه عبارت بنا بر نظر استاد مد ظله:
- ۳۶۹۰ - نقد توجیه استاد و جواب آن:
- ۳۶۹۰ - پاسخ استاد مد ظله:
- ۳۶۹۰ - ب) چند توضیح عبارتی نسبت به متن عروه (مسئله ۳۸۵۷):
- ۳۶۹۰ - (۱) توضیح عبارت «فحلف لا یكون حلفه»:
- ۳۶۹۰ - نقل کلام مرحوم آقای خمینی رحمه الله:
- ۳۶۹۱ - نقد کلام مرحوم امام خمینی رحمه الله:
- ۳۶۹۲ - (۲) محل مناسب جمله معترضه موجود در متن:
- ۳۶۹۲ - (۳) اغلاط چاپی مسئله (چاپ جامعه مدرسین):
- ۳۶۹۳ - نکته توضیحی:
- ۳۶۹۴ - ۱۳۸۰/۱۱/۱۴ یکشنبه درس شماره (۳۹۴) کتاب النکاح/سال چهارم
- ۳۶۹۴ - اشاره
- ۳۶۹۴ - خلاصه درس این جلسه:
- ۳۶۹۴ - الف) بیان قرینه دال بر اینکه فرض مسئله سید رحمه الله در انحصار راه ثبوت زوجیت در بینه، پیش از مراجعه به حاکم است:

ب) نقل و بررسی روایات: ۳۶۹۵

اشاره ۳۶۹۵

۱ - مصححة عبد العزيز بن المهتدي: ۳۶۹۶

۲ و ۳ - مضمرة يونس و مكاتبة حسين بن سعيد: ۳۶۹۶

۴ - موثقه سماعه: ۳۶۹۷

ج) جمع بين روايات: ۳۶۹۸

اشاره ۳۶۹۸

نقد استاد مد ظله بر كلام مرحوم آقاي حكيم و بيان وجه جمع مختار: ۳۶۹۹

د) ادامه توضیح و شرح عبارت عروه: ۳۷۰۰

۱۳۸۰/۱۱/۱۵ دوشنبه درس شماره (۳۹۵) كتاب النكاح/سال چهارم - ۳۷۰۳

اشاره ۳۷۰۳

خلاصة درس اين جلسه: ۳۷۰۳

الف) بررسی مسئله چهارم از مسائل متفرقه: ۳۷۰۳

۱) متن عروه (صد مسئله): ۳۷۰۳

۲) توضیح: ۳۷۰۳

۳) نظر شهید ثانی در مسالك با توضیحی از استاد مد ظله: ۳۷۰۴

۴) نقد استاد مد ظله: ۳۷۰۵

۵) متن عروه (ذیل مسئله چهارم): ۳۷۰۶

۶) توضیح و نظر استاد مد ظله: ۳۷۰۶

ب) بررسی مسئله پنجم از مسائل متفرقه: ۳۷۰۷

۱) متن عروه (صدر مسئله): ۳۷۰۷

۲) توضیح: ۳۷۰۸

۱۳۸۰/۱۱/۱۶ سه شنبه درس شماره (۳۹۶) كتاب النكاح/سال چهارم ۳۷۱۰

اشاره ۳۷۱۰

خلاصة درس اين جلسه: ۳۷۱۰

بررسی فرمایش محقق خوبی قدس سره: ۳۷۱۱

ادعای عدم تعارض بین روایت سماعه و سایر روایات - - - - - ۳۷۱۱

اشاره - - - - - ۳۷۱۱

جواب استاد دام ظلّه از ادعای عدم تعارض - - - - - ۳۷۱۲

ادامه بررسی مسئله خامسه - - - - - ۳۷۱۳

سرایت تعارض از مدلول مطابقی به مدلول التزامی و عدم آن - - - - - ۳۷۱۴

تقریبی برای نفی ثالث و نقد آن - - - - - ۳۷۱۵

اشاره - - - - - ۳۷۱۵

تقریب استاد دام ظلّه برای نفی ثالث مبنای حجیت اجمالی یکی از دو بینه لا علی التعیین - - - - - ۳۷۱۶

۱۳۸۰/۱۱/۱۷ چهارشنبه درس شماره (۳۹۷) کتاب النکاح/سال چهارم - - - - - ۳۷۱۸

اشاره - - - - - ۳۷۱۸

بررسی فروض مطرح در مسئله پنجم - - - - - ۳۷۱۸

الف) فرض اول: هیچ کدام از دو مدعی بینه ندارند (کلام مرحوم سید) - - - - - ۳۷۱۸

اشاره - - - - - ۳۷۱۸

(۱) تتمیم کلام مرحوم سید توسط استاد مد ظلّه - - - - - ۳۷۱۹

(۲) طرح یک اشکال - - - - - ۳۷۲۰

(۳) پاسخ مرحوم آقای خویی از اشکال فوق - - - - - ۳۷۲۰

(۴) تکمیل جواب مرحوم آقای خویی توسط استاد مد ظلّه: - - - - - ۳۷۲۱

ب) فرض دوم، صورتی که فقط یکی از دو مدعی بینه دارد (کلام مرحوم سید) - - - - - ۳۷۲۳

اشاره - - - - - ۳۷۲۳

(۱) نقد استاد مد ظلّه نسبت به کلام مرحوم سید: - - - - - ۳۷۲۴

ج) فرض سوم، هر دو مدعی بینه دارند (کلام مرحوم سید و توضیح استاد مد ظلّه) - - - - - ۳۷۲۴

۱۳۸۰/۱۱/۲۰ شنبه درس شماره (۳۹۸) کتاب النکاح/سال چهارم - - - - - ۳۷۲۶

اشاره - - - - - ۳۷۲۶

خلاصه درس قبل و این جلسه: - - - - - ۳۷۲۶

الف) توضیح کلام سید درباره تقدم مورد یکی از دو بینه بر مورد بینه دیگر: - - - - - ۳۷۲۶

(۱) طرح بحث: - - - - - ۳۷۲۶

- ۳۷۲۷ ----- متن عروه: (۲)
- ۳۷۲۷ ----- توضیح صورت های مسئله بر طبق متن عروه: (۳)
- ۳۷۲۹ ----- (ب) تقریر دیگری از صورتهای مسئله توسط استاد: -----
- ۳۷۲۹ ----- (۱) صورتهای مسئله: -----
- ۳۷۳۰ ----- (۲) حکم صورت های فرض اول: -----
- ۳۷۳۱ ----- (۳) حکم صورتهای فرض دوم: -----
- ۳۷۳۲ ----- (ج) بررسی کلام سید: -----
- ۳۷۳۲ ----- (۱) طرح اشکالات بر کلام سید: -----
- ۳۷۳۳ ----- (۲) توجیه کلام سید و پاسخ به اشکال اول توسط استاد مد ظله: -----
- ۳۷۳۳ ----- اشاره -----
- ۳۷۳۳ ----- استدلال بر مرجح بودن اصل عملی نسبت به امارات متعارض -----
- ۳۷۳۴ ----- تطبیق مبنای اصولی فوق بر محل کلام -----
- ۳۷۳۵ ----- (۳) پاسخ به اشکال دوم توسط استاد - مد ظله -: -----
- ۳۷۳۶ ----- (۴) تذکر یک نکته: -----
- ۳۷۳۷ ----- ۱۳۸۰/۱۱/۲۱ یکشنبه درس شماره (۳۹۹) کتاب النکاح/سال چهارم -----
- ۳۷۳۷ ----- اشاره -----
- ۳۷۳۷ ----- خلاصه درس این جلسه: -----
- ۳۷۳۷ ----- (الف) اذا كانت تشهد بالزوجه من ذلك التاريخ الى زمان الثانية -----
- ۳۷۳۷ ----- متن عروه: -----
- ۳۷۳۷ ----- (۱) توضیح عبارت مرحوم سید: -----
- ۳۷۳۸ ----- (۲) مناقشه در وجهی که برای فتوای سید رحمه الله ذکر کرده بودیم: -----
- ۳۷۳۹ ----- (۳) بیان وجه کلام سید رحمه الله توسط استاد مد ظله: -----
- ۳۷۴۰ ----- (ب) بخلاف الاختین و الام و البنت مع تقدم تاريخ الام -----
- ۳۷۴۰ ----- متن عروه: -----
- ۳۷۴۱ ----- (ج) وردت روايه تدل على تقديم بينه الرجل الام مع سبق بينه الامراه المدعيه او الدخول بها في الاختين -----
- ۳۷۴۱ ----- متن عروه: -----

۳۷۴۱ ----- (۱) توضیح کلام سید رحمه الله: -----

۳۷۴۲ ----- (۲) نقل و بررسی سند و حجیت روایت مذکور توسط استاد مد ظله: -----

۳۷۴۳ ----- (۳) آیا شهرت یا اجماع بر عمل به روایت محقق است؟ -----

۳۷۴۵ ----- درباره مرکز -----

نکاح : تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی جلد 10

مشخصات کتاب

عنوان و نام پدیدآور: نکاح: تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی؛ سید محمدکاظم طباطبایی یزدی (1247-1337ق)

باب نکاح و بر مبنای کتاب عروه الوثقی مرحوم سید یزدی تنظیم شده است.

عنوان های دیگر العروه الوثقی. گزیده. شرح

ناشر: موسسه پژوهشی رای پرداز

مکان نشر: قم - ایران 1382 - 1383

زبان: فارسی

مشخصات ظاهری: 25 جلد

موضوع: فقه - نکاح (ازدواج)

موضوع: زناشویی (فقه)

کد کنگره: 2 ک 2 ش / 1 / 189 BP

ص: 1

اشاره

ص: 1

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

برای اعتبار تنجیز در عقد نکاح به اجماعی بودن اعتبار تنجیز در عقد وکالت استدلال شده بود، در پاسخ این دلیل گفته شد که اعتبار تنجیز در باب وکالت بر خلاف مرتکبات عرفی بوده و تعبدی است لذا قابل تسری به باب نکاح نیست در این جلسه به ادامه اثبات این پاسخ می پردازیم. ان شاء الله

بحث در اعتبار تنجیز در عقد نکاح بود،

اشاره

برخی گفته بودند: از آنجا که اعتبار تنجیز در عقد وکالت که از عقود اذتیّه است، اجماعی است، به طریق اولی در نکاح که از عقود معاوضی است، نیز تنجیز معتبر است.

اشکالی که به اولویت شده بود، این بود که اگر تعلیق مبطل وکالت هم باشد لکن چون این بطلان امری تعبدی در خصوص باب وکالت و بر خلاف ارتکاز عرفی است لذا تسری آن به سائر عقود محل مناقشه است، اما به چه دلیل تعبدی است؟ چون در باب وکالت تعلیق اصل وکالت را باطل و تعلیق موکل فیه را صحیح دانسته اند در حالی که لُبّاً فرقی بین این دو قسم نیست.

در کلمات فقهاء فرقهایی بین این دو قسم از وکالت ذکر شده است یکی از فرقهایی که بین این دو قسم گفته شده، این است که اگر وکالت فعلی باشد و موکل فیه معلق باشد مانند واجب معلق است پس چنانچه انجام وکالت متوقف بر مقدماتی باشد تهیه آن مقدمات، واجب و تصرف در مال مورد وکالت جایز است

ولی اگر اصل وکالت نیز معلق باشد مانند واجب مشروط می شود و تهیه مقدمات آن واجب نبوده و تصرف در مال موکل فیه جایز نیست.

نظر استاد مد ظلّه:

به نظر ما این تفاوت بین این دو قسم وکالت، تمام نیست چون تفاوتی که بین واجب معلق و مشروط قائل شده اند تمام نمی باشد.

واجب معلق و مشروط

آیا هرگاه در لسان دلیل که حکمی الزامی را بیان می کند، تقییدی ذکر شود، به اصل وجوب راجع است و یا به خود واجب؟ توضیح صورت مسئله اینکه: آیا اصل وجوب مُنشأ معلق است و یا اینکه وجوب مطلق است و ماده واجب (متعلق وجوب) مقید و یا معلق است.

نظر مرحوم شیخ انصاری رحمه الله:

مرحوم شیخ انصاری رحمه الله قائل هستند که تمام قیود لُبّاً و در لوح واقع به ماده یعنی متعلق وجوب بازمی گردد ولی آخوند خراسانی رحمه الله مدّعیند که گاهی قیدها به وجوب راجع می شوند و عبارۀ اخری مرحوم شیخ منکر واجب مشروط هستند و در مقابل مرحوم آخوند قائل به امکان وقوع آن.

محدوری که شیخ را وادار به انکار واجب مشروط کرده، محذور عقلی است و آن دو محذور است.

الف) وجوب از هیئت امر فهمیده می شود و هیئت از معانی حرفی است و معانی حرفیه جزئی هستند و حقیقت جزئی قابل تعلیل و تقیید نیست.

ب) اصلاً اراده معلقه و منوطه ما نداریم، و ملاک حکم عقل به لزوم اتیان

عمل، اراده مولی است و اراده نیز هیچ گاه معلق نیست بلکه امر اراده دائر بین وجود و عدم است. اگر اراده فعلیت نداشته باشد، پس معدوم است، و اگر اراده باشد وجودش فعلی بوده و معلق نیست. پس هرگونه تقييد و يا تعلیقي به مُراد راجع است(1) و نتیجه این فعلیت اراده، لزوم تحصیل مقدمات وجودی آن واجب است که از همین حالا که وجوب فعلی است، تحصیل مقدمات نیز واجب می شود.

دلیل اول مرحوم شیخ که اخص از مدعا است. زیرا همیشه وجوب، مفاد هیئت امر نیست بلکه گاهی از موادی مانند کتب، وجب، فرض و مانند آنها استفاده می شود و صرف نظر از این جهت، مناقشه های دیگری در این دلیل شده که فعلاً در صدد بررسی آنها نیستیم.

نظر مرحوم آخوند رحمه الله:

مرحوم آخوند خراسانی رحمه الله(2) کلام شیخ را نمی پذیرد و می فرماید که اراده ممکن است، فعلاً فعلی نباشد زیرا ممکن است عملی محبوب مولا بوده و نسبت به آن شوق اکید داشته باشد، لکن صلاح نداند که فعلاً طلب کند لذا طلب خود را به نحو معلق انشاء می کند فلهدا اراده و وجوب مُنشأ به خطاب، در آینده فعلی می شود، با اینکه اصل خطاب و انشاء وجوب از همین حالا، حاصل است. پس وجوب مشروط امکان دارد.

ص: 3283

1- (1) استدلال شیخ رحمه الله با تشقیق و توضیح ذکر گردیده شده کفایه طبع آل البيت، ص 96 و مطارح الانظار تقریرات شیخ رحمه الله / 51 به بعد.

2- (2) «ان الشیء اذا توجه الیه و كان موافقاً للغرض بحسب ما فيه من المصلحه أو غيرها، كما يمكن ان یبعث فعلاً الیه و یطلبه حالاً، لعدم مانع عن طلبه كذلك يمكن ان یبعث الیه معلقاً و یطلبه استقبالاً علی تقدیر شرط متوقع الحصول لاصل مانع عن الطلب و البعث فعلاً قبل حصوله، فلا یصح منه الا الطلب و البعث معلقاً بحصوله لا مطلقاً و لو متعلقاً بذاک علی التقدير...» (کفایه طبع آل البيت، ص 97 - بحث واجب مشروط).

مرحوم آقای داماد می فرمودند که حق با شیخ است (1) به دلیل همین که خطاب مقدم بر زمان عمل وارد شده و این کاشف است از اینکه مولا- می خواهد آن فعل در زمان خودش حتماً انجام بگیرد و فوت نشود چون که برخی افعال متوقف بر مقدماتی است که باید آنها را جلوتر انجام دهد و یا اینکه احتمال دارد مکلف در آن زمان غافل یا نائم باشد، اما همین که جلوتر به او خطاب تکلیفی می کند. دلیل بر آن است که علاقه مولا- به این عمل، علاوه بر شوق به مرحله ای رسیده که این عمل را از عبد طلب می کند و می خواهد این عمل در ظرف خود فوت نشود.

به بیانی دیگر: وقتی مولا کاری را از عبد می خواهد، گاهی قدرت عبد، در خطاب مولا اخذ شده، سعه و ضیق و کیفیت قدرت شرعی بستگی به نحوه جعل دارد (یعنی ممکن است خصوص شخص قادر حین العمل مکلف باشد و ممکن است قدرت آنما از زمان خطاب تا زمان عمل برای تکلیف کافی باشد) ولی اگر قدرت در خطاب مولا اخذ نشده بود مثلاً به طور مطلق فرموده بود که «شما فردا از فلان مهمان پذیرایی کنید» اگر پذیرایی، مقدماتی داشته باشد. مکلف باید آنها را قبلاً فراهم کند و اگر نکرد در وقت خودش عاجز از پذیرایی شد عذری در مقابل مولا ندارد و مولا می تواند بگوید: این که زودتر از وقت پذیرایی، خطاب کردم برای این بود که مقدمات آن را تهیه کنی، پس در چنین مواردی اراده مولى به ذی المقدمه فعلی است و الزام به ذی المقدمه ارتکازاً الزام به مقدمات هم هست.

نتیجه آن که، هر چند ظاهر ادبی خطاب این است که اصل وجوب معلق و مشروط است، لکن تقدیم خطاب از ظرف عمل کاشف از آن است که در لوح واقع اراده طلبیه مولا- نسبت به ذی المقدمه و مقدمه فعلی بوده، و متعلق طلب معلق و مشروط است. پس لیباً همه واجبات مشروطه به واجبات معلقه باز می گردد.

ص: 3284

1- (1) توضیح بیشتر: (مرحوم آقای داماد از بیان عقلی مرحوم شیخ دفاع نمی کنند بلکه مدعای ایشان را صحیح دانسته و به بیان دیگری آن را از ادله استظهار می کنند).

ان قلت: اوامر مولا نسبت به فعل در آینده، همچون امر ولیّ به فرزندان نابالغ خود است یعنی خداوند هم اگر الآن به بچه خطاب کند که اگر بالغ شدی نماز بخوان و همانطور که بر بچه از الآن لازم نیست که تحفظ قدرت کند بر نماز در زمان بلوغ - كما هو المسلّم - بلکه هر وقت بالغ شد و قدرت داشت بر مقدمات صلاه، آن وقت واجب می شود و اگر قدرت نداشت تکلیف نیست اگر چه قبل از بلوغ، می توانست این مقدمات مثلاً آب و... را تهیه کند ولی این لازم نیست. پس معلوم می شود که با خطاب به صبیّ، وجوب فعلی نگردیده و الاّ لازم بود مقدمات اداء فعلی جدا از بلوغ را به عنوان مقدمات واجب تهیه کند. پس وجوب مشروط به بلوغ شد نه اینکه وجوب فعلی است و واجب مقید به بلوغ است كما عليه الشيخ رحمه الله و السيد الداماد رحمه الله.

قلت: در واجب معلّق، لزوم تحصیل مقدمات واجب در فرض تحقق معلّق علیه در ظرفش می باشد فلهدا اگر بداند که معلّق علیه حاصل نمی شود، اصلاً لزوم تحصیل مقدمات نیز نمی باشد. مثلاً در مثال ان جاء زيد فاکرمه، بنا بر نظر شیخ، مجیء که معلّق علیه اکرام است اگر حاصل نشود، مقدمات نیز لزوم تحصیل ندارد.

و در مثال معلّق علیه صلاه برای صبیّ علی ما استفاد من الأدلّه (1) دو چیز است یکی وصول زمان بلوغ، دوّم وجود قدرت بر صلاه در آن زمان، فلهدا قبل از وصول زمان بلوغ و تحقق قدرت در آن زمان، هیچ گونه تکلیفی نسبت به مقدمات نیست، چرا که قدرت مأخوذ در متعلّق، قدرت شرعی است و به نحوه ای خاصّ اخذ شده و آن حصول و ثبوت قدرت در زمان بلوغ است به خلاف قدرت عقلیّ در سایر تکالیف که اگر آنما از زمان خطاب تا ظرف عمل قدرت داشت صادق می باشد. فلهدا اگر کسی قبل از زمان واجب، قدرت بر انجام فعل را در زمان خودش، از همین حالا

ص: 3285

1- (1) قدرت شرعی را ما از حدیث رفع القلم من الصبیّ حتی یحتلم و این تسلّمی که بچه مادامی که بالغ نیست تکلیف و عقابی ندارد، استفاده می کنیم پس قدرت شرعی می باشد. استاد مد ظلّه.

حاصل کند لازم است که بر آن تحفظ نماید در صورتی که علم داشته باشد به حصول معلق علیه یعنی رسیدن زمان واجب مثلاً و یا مجیء زید در مثال ان جاءک زید فاکرمه. پس در واجب معلق اگر علم به حصول معلق علیه داشته باشیم چه رسیدن زمان خاصی باشد و یا چیز دیگری مثل مجیء زید، لازم است که قبلاً مقدمات واجب را که اگر تهیه نکنیم، واجب فوت می شود، تهیه نماییم الا در واجباتی که مقید به قدرت شرعی و خاص می باشد مثل تکالیف صبی که واجب مقید به زمان بلوغ و قدرت در آن زمان می باشد. فلهمذا در این مثال تحفظ در قدرت قبل از بلوغ لازم نیست. پس فرمایش شیخ و آقای داماد رحمه الله نقض نشد یعنی حق این است که واجبات مقیده و معلقه، به نحو واجب معلق است نه مشروط (حال چه ظاهر اثباتی خطاب مشروط باشد مثل ان جاء زید فاکرمه و چه ظهوری در مشروط نداشته باشد) فلهمذا مقدمات حصول واجب، در صورتی که قبل از زمان واجب اگر انجام نگیرد، منجر به فوت واجب می شود، لزوم تحصیلی دارد قبل از زمان واجب (و اینها را مقدمات مفوته می گویند) و این در جایی است که قدرت انجام فعل که قید واجب است قدرت عقلی باشد و اما اگر قدرت مأخوذه در واجب، قدرت شرعی باشد. پس مقدمات، لزوم تحصیل - قبل از زمان واجب - ندارد. (1)

برگردیم به بحث اصلی خودمان.

در پاسخ این استدلال که «چون تعلیق در وکالت اجماعاً باطل است پس تعلیق در نکاح هم باطل است» گفتیم: اولاً: بطلان وکالت تعلیقی اجماعی نیست و ثانیاً:

اگر اجمالاً اجماعی هم باشد در صورتی است که اصل وکالت معلق باشد نه متعلق وکالت، در حالی که از نظر ارتکاز عقلاء و عرف، هیچ فرقی بین این دو نحو از وکالت نیست در نتیجه این تفصیل در باب وکالت تعبدی محض است پس قابل تعمیم به ابواب دیگر - مثلاً نکاح - نیست،

ص: 3286

1- (1) استاد مد ظلّه در جلسه آینده کلام مرحوم آقای داماد را با یک تفصیلی بیان کرده و می پذیرند.

در پاسخ این بیان گفته شده که «اگر اصل وکالت معلق باشد مانند واجب مشروط است و اگر موکل فیه معلق باشد مانند واجب معلق و در نتیجه از نظر احکام شرعی - جواز تصرف در مال موکل فیه - بین این دو قسم تفاوت هست.»

از بیان گذشته روشن شد که فرقی بین این دو صورت وکالت از نظر عرفی نیست و در هر دو صورت توکیل و اذن در تصرف در مال موکل فیه فعلی است و چون اذن در شیء اذن در مقدمات آن است. پس اگر انجام وکالت، متوقف بر تصرفاتی مقدماتی در مال موکل فیه باشد در هر دو صورت جایز است و از این جهت هم فرقی بین تعلیق در اصل وکالت و تعلیق در موکل فیه نیست. نتیجه آن که این دلیل برای بطلان تعلیق در عقد نکاح تمام نمی باشد.

تذکری در کلام شهید ثانی رحمه الله:

شهید ثانی در کتاب الوکاله مسالک مسئله «شرط ضمن عقد وکالت» را بیان کرده و می فرماید: این مسئله هر چند مانند مسئله «تعلیق» است لکن شارع مقدس تعبداً تعلیق در وکالت را باطل دانسته و شرط ضمن عقد را صحیح، هر چند شرط ضمن عقد همان فائده تعلیق را برساند و وکالت از عقود است که قابل مشروط شدن است.

«لو نجز الوکاله و شرط تأخیر التصرف جاز کان یقول وکلتک فی کذا و لا تتصرف الا بعد شهر مثلاً فانه یجوز بلا خلاف نقله فی التذکره و الوجه ان منعه من التصرف فی الوقت المعین شرط زائد علی اصل الوکاله المنجزه و هی قابله للشروط السائغه و هذا و ان کان فی معنی التعلیق الا ان العقود لما کانت متلقات من الشارع نیطت بهذه الضوابط و بطلت ما خرج عنها و ان افاد فائدتها»

این قیاس شهید ثانی رحمه الله صحیح نیست. مسئله ای که مسلماً جایز است، شرط جایز ضمن العقد است و شروط ضمن العقد التزامی در ضمن التزام عقدی هستند،

به نحو تعدّد مطلوب، و یک مطلوب وکیل بود شخص است و مطلوب دیگر این است که عمل مورد وکالت را به شکل خاص یا در زمان و مکان خاص انجام بدهد.

و مسئله «تعلیق» به نحو وحدت مطلوب است. اگر وکالت معلق به شرطی باشد که هنوز حاصل نشده است، هنوز هیچ مقداری از اراده موکّل حاصل نشده است.

نتیجه آن که: مسئله تعلیق با مسئله شرط ضمن عقد تفاوت مفهومی دارد نه این که حقیقتاً یک نوع بوده و احکام شرعی آنها تعبداً متفاوت باشد.

«* و السلام*»

ص: 3288

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

الف) توضیح مختار مرحوم آقای داماد در بحث واجب معلق و مشروط و دفع اشکال وارد بر آن:

گفتیم که مرحوم آقای محقق داماد در مورد این نزاع که آیا واجبی به عنوان واجب مشروط به این معنا که اصل اراده و وجوب مشروط به حصول شرطی باشد به طوری که تا قبل از تحقق آن شرط، مولا اراده ای نسبت به انجام فعل نداشته باشد، تصویر دارد؟ یا اینکه تعلیق و شرط همانطوری که مرحوم شیخ انصاری فرموده اند، همیشه مربوط به واجب و متعلق تکلیف است و خود اراده و تکلیف تعلیق بردار نیست؟ مدعای مرحوم شیخ در انکار واجب مشروط را پذیرفته و آن را با بیانی مخصوص به خود توضیح می دادند، حاصل بیان ایشان این است که؛ وقتی مولایی تکلیفی را که مشروط به شرطی است که در آینده حاصل می شود، قبل از تحقق آن شرط به عبدش متوجه می سازد، همانا غرض او از این تقدیم این است که اگر امثال این تکلیف در زمان خود (زمان تحقق شرط و معلق علیه)، نیازمند تمهید مقدماتی است که از اینک باید نسبت به آنها اقدام شود، عبد می بایست از هم اینک مشغول تهیه آن مقدمات شود و اگر چنانچه به خاطر اهمال در تحصیل مقدمات، آن واجب در زمان خود ترک شود، او معذور نخواهد بود. پس از این نکته در می یابیم که اراده و خواست مولا-نسبت به تحقق آن واجب از همان ابتلاء و قبل از حصول شرط نیز فعلیت دارد نه اینکه اراده و طلب نیز معلق بر حصول آن شرط است. چرا که اگر اراده و طلب (وجوب) نیز غیر فعلی و معلق بود. تقدیم تکلیف و خطاب بر زمان حصول شرط خالی از نکته و فایده ای بود که ذکر شده و بعبارت دیگر هیچ فایده ای در تقدیم خطاب فاقد اراده و طلب بر زمان حصول شرط وجود نداشت.

در اینجا اشکالی به نظر می‌رسد که اصل آن در کفایه در بحث واجب معلق و مشروط به صورت اشکال و جواب در ضمن کلمات مرحوم آخوند به مفاد آن اشاره نیز شده است. (1) و آن اشکال این است که: اگر فایده تقدیم خطاب بر زمان تحقق شرط تنها منحصر در این بود که عبد مشغول تهیه مقدمات عمل شود (در جایی که حصول واجب موقوف به تحقق مقدماتی است) از این نکته می‌توانستیم بفهمیم که پس هم اینک نیز اراده و خواست مولا نسبت به واجب فعلی است. و لیکن ممکن است علت تقدیم، (حد اقل در بعضی از موارد) وجود مصالحی باشد که اقتضاء می‌کند مولا- هر آنچه را که مربوط به خود او است از جمله قادر ساختن مکلف به انجام عمل که یکی از مقدماتش همین صدور خطاب از ناحیه مولا است فراهم سازد و به بیان روشن‌تر، فایده و علت تقدیم همیشه راجع به مکلف و اینکه با وجود خطاب مکلف خود را ملزم به تهیه مقدمات عمل می‌بیند، نیست بلکه ممکن است علت تقدیم راجع به خود مولا باشد و اینکه مصلحت در این است که مولا- از همین الآن و قبل از فرارسیدن زمان واجب، تمامی جهاتی که در تحقق آن واجب مربوط به خود او است که از جمله آنها اقدار مکلف بر اتیان عمل توسط خطاب و تکلیف بر عمل می‌باشد را انجام دهد. چنانچه در موالی عرفیه گاهی چنین است که مولا- در زمان حصول معلق علیه تمکن از خطاب و تکلیف ندارد مثل اینکه دچار غفلت یا خواب و امثال آن باشد بر این اساس منافاتی ندارد که فعلاً و قبل از حصول معلق علیه مولا اراده و طلبی نسبت به انجام فعل نداشته باشد و لیکن مع ذلک به خاطر جهتی که ذکر شد (اقدار مکلف به واسطه خطاب بر اتیان عمل در زمان مخصوص) خطاب را زودتر بیان نموده باشد.

این اشکال را می‌توان در غالب دیگری و به عنوان یک نقض نیز مطرح کرد، به

ص: 3290

1- (1) کفایه الاصول، ص 98، طبع مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام: عبارت مرحوم آخوند این است: فان قلت: فما فائدة الانشاء؟ اذا لم یکن المنشأ به طلباً فعلیاً. و بعثاً حالياً قلت: کفی فائدة لله یصیر بعثاً فعلیاً بعد حصول الشرط، بلا حاجة الی خطاب آخر، بحیث لولاه لما کان فعلاً متمکناً من الخطاب هذا مع...

این بیان که، اگر تقدیم خطاب به خاطر تکلیف به مقدمات آن است، پس باید بر بچه نابالغ که از هم اینک به او خطاب شده است که اذا بلغت وجب عليك الصوم و الصلاة و... لازم باشد که مقدمات این واجبات را فراهم نماید در حالی که تحصیل مقدمات بر او واجب نیست. بنابراین معلوم می شود که علت تقدیم خطاب فقط آنچه مرحوم داماد فرمودند نیست.

پاسخ این اشکال، عبارت از این است که اگر حکمت تقدیم خطاب بر زمان حاجت را مربوط به مولا بدانیم و بگوییم نکته تقدیم همانا قادر ساختن مکلفین از ناحیه خطاب است نه اینکه نکته تقدیم به مسئله لزوم تحصیل مقدمات برگشت نماید در واقع گرفتار یک خلاف فرض شده ایم. توضیح این مطلب نیازمند ذکر مقدمه ای است و آن این است که شکی نیست که قدرت بر امتثال تکلیف یکی از شرایط معتبر در صحت تکلیف است و لیکن قدرت گاهی قدرت عقلی است که معنای آن این است که مکلف اگر از زمان صدور خطاب تا زمان عمل به تکلیف و لو آنما قادر بر اتیان تکلیف باشد. همین مقدار در صحت تکلیف به او کفایت می کند و لازم نیست که حتماً در زمان عمل قدرت بر تکلیف داشته باشد. بر این اساس اگر مکلف می داند که اتیان واجب در زمان مخصوص خود نیازمند تحصیل مقدماتی است که از قبل باید انجام پذیرد، می بایست آن مقدمات را فراهم نماید و یا اگر قبل از زمان عمل واجد قدرت بر امتثال است باید قدرت خود را حفظ نماید. تمامی اینها بدین خاطر است که قدرت ملحوظ در صحت تکلیف قدرتی محدود و مقید به زمان امتثال نیست. و اما گاهی قدرت مأخوذه در صحت تکلیف قدرتی خاص و مقید به زمان و مکان مخصوصی است که خود شارع و مولا باید آن را بیان نماید، که اصطلاحاً به آن قدرت شرعی می گویند، اعتبار قدرت شرعی در تکلیف، نیازمند دلیلی خاص است و تا مادامی که چنین دلیلی نباشد، معتبر همان قدرت عقلی است.

با این مقدمه، در توضیح جواب از اشکال می‌گوییم؛ اگر نکته تقدیم خطاب بر زمان عمل، لزوم تحصیل مقدمات واجب نباشد (همان نکته ای که از آن فعلیت اراده بر تکلیف را استنتاج می‌کردیم) معنای آن این است که وقتی مولا- خطاب «ان جاءک زید فأکرمه» را می‌گوید در واقع معلق علیه وجوب اکرام را دو چیز قرار داده است یکی آمدن زید و دیگری قدرت بر اکرام زید در ظرف آمدن او. نه زودتر، یعنی قدرت خاصی را در تکلیف خود لحاظ نموده است. و حال آنکه فرض این است که معلق علیه تنها مجیء زید است و اعتبار قدرت خاص (قدرت شرعی) نیازمند دلیل است. بله تنها در صورتی معلق علیه فقط مجیء زید خواهد بود که نکته تقدیم خطاب این باشد که اگر اکرام نیازمند ترتیب مقدماتی است مکلف می‌بایست از همان زمان خطاب آن مقدمات را تحصیل نماید چه در این صورت قدرت معتبر در صحت تکلیف قدرت عقلی است و آنچه وجوب اکرام بر آن معلق شده است نیز تنها مجیء زید است. پس حاصل این شد که اگر وجه تقدیم خطاب بر زمان عمل، لزوم تحصیل مقدمات نباشد لازم می‌آید که در تمامی مواردی که واجب معلق بر تحقق امری شده است علاوه بر اعتبار تحقق آن امر، قدرت محدود و خاصی که عبارت است از قدرت در زمان عمل نیز اعتبار شده باشد و این خلاف فرض است و از همین جا جواب از موردی که به عنوان نقض به کلام مرحوم داماد ذکر شده بود نیز داده می‌شود زیرا همانطوری که در جلسه گذشته گفتیم مقتضای حدیث «رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم» و این تسلّم که بچه تا مادامی که بالغ نشده است تکلیف و عقابی ندارد این است که قدرت معتبر در مورد تکلیف صبی قدرت مخصوص در زمان بلوغ است و لذا نمی‌توان از خطاب «أیها الصبی اذا بلغت وجب علیک الصوم و الصلاة» استفاده نمود که تحصیل مقدمات بر او قبل از بلوغ واجب است. و این منافاتی با مطلبی که مرحوم آقای داماد می‌فرمود ندارد چون قدرت در آن موارد - چنانچه مفصلاً توضیح داده شد - قدرت عقلی است و مقید به زمان خاصی نیست.

از آنجا که قسمتهایی از فرمایش مرحوم سید در این مسئله نیازمند توضیح است بخشهایی از متن این مسئله را توضیح می دهیم «قوله و یشرط فیہ التنجیز کما فی سائر العقود»

بحث از اعتبار تنجیز در سایر عقود چون بحثی است مفصل و باید نسبت به تک تک عقود جداگانه بحث شود لذا در اینجا ما وارد آن نمی شویم. و لیکن اجمال مطلب این است که اصولاً اعتبار تنجیز در عقود مستند به دلیل لفظی معتنابهی نیست بلکه عمده دلیل ادعای اجماع است که اگر انسان به مصادر اصلی مراجعه نماید، نوعاً چنین اجماعی نیز وجود ندارد. علاوه بر این که در مورد بعضی از عقود استثنائاتی نیز هست به عنوان نمونه مرحوم آقای گلپایگانی با اینکه عقیده شان این است که «وصیت» جزء عقود است ولی قائل هستند که تعلیق «وصیت» (علاوه بر آن تعلیقی که قوام وصیت به آن است که عبارت است از فرض موت موصی است) جایز است.

قوله: «فلو علّقه علی شرط او مجیء زمان بطل، نعم لو علّقه علی امر محقق معلوم - کأن یقول:

(ان کان هذا یوم الجمعة زوجته فلانه) مع علمه بأنه یوم الجمعة صحّ و اما مع عدم علمه فمشکل»

در رابطه با این عبارت، چندین سؤال مطرح است که پس از طرح آنها به پاسخ از هر یک می پردازیم:

1 - مرحوم سید «ابتدا به طور منجز و مطلق حکم نموده اند که تعلیق نسبت به شرط یا زمان باطل است و فرقی بین صورت علم و عدم علم نگذاشته اند و حال آنکه در ادامه مسئله می فرمایند اگر معلق علیه نزد خود شخصی معلوم باشد صحیح است و اگر برای خود عاقد نیز معلوم نباشد صحت عقد مشکل است. سؤال این است که با توجه به ذیل، چه صورتی وجود دارد که ایشان در عبارت «فلو علّقه علی

شرط او مجبیء زمان بطل) حکم به بطلان عقد نموده اند با اینکه مسئله از دو صورت علم و عدم علم عاقد خارج نیست و این را هم که ایشان در یک قسم حکم به صحت و در قسم دیگر اظهار تردید نمودند؟

2 - چرا در عبارت «نعم لو علقه علی امر محقق معلوم - الی قوله - فمشکل» مقسم علم و عدم علم عاقد را امر محقق معلوم قرار داده اند. با اینکه به حسب ظاهر اگر مقسم امر محقق معلوم است، تقسیم او به صورت عدم علم صحیح نیست؟

3 - وجه تعبیر به «مشکل» در صورت عدم علم عاقد چیست؟

برای پاسخگویی به این سؤالات، ابتدا جواب سؤال دوم را ذکر می کنیم چه با جواب به این سؤال، پاسخ دو سؤال دیگر نیز روشن خواهد شد. جواب سؤال دوم این است که: مراد ایشان از امر محقق معلوم که آن را مقسم قرار داده اند، معلوم برای نوع مردم و غالب افراد است یعنی اگر عاقد، عقد را معلق بر امری نماید که غالب و نوع مردم از تحقق آن آگاه هستند اگر شخص عاقد نیز از تحقق امر مذکور اطلاع داشته باشد. عقد او صحیح است ولی اگر نوع مردم اطلاع دارند ولی خود عاقد علم ندارد نسبت به صحت عقد اظهار تردید نموده اند.

با این توضیح، جواب سؤال اول نیز معلوم می شود، فرضی را که ایشان به طور مطلق در مورد آن حکم به بطلان عقد نموده اند فرضی است که حصول معلق علیه برای نوع مردم معلوم نیست و لذا هیچ گونه تنافی با تفصیل بعدی ندارد.

اما پاسخ سؤال سوم: عدّه ای مثل مرحوم سید أبو الحسن اصفهانی و مرحوم بروجردی فرموده اند، در صورت اخیر یعنی جایی که حصول معلق علیه برای نوع مردم معلوم است ولی عاقد آن را نمی داند، بلا اشکال عقد باطل است و وجهی برای تعبیر به «مشکل» که مرحوم سید فرموده است وجود ندارد و لیکن به نظر ما حق با مرحوم سید است و جای این تعبیر و اظهار تردید وجود دارد. به نظر ما وجه تردید مرحوم سید در این مورد یکی از دو امر ذیل می تواند باشد:

1 - همانطوری که گفتیم عمده دلیل بر اعتبار تنجیز، ادعای اجماع است، وقتی به کلمات فقها مراجعه می شود ملاحظه می کنیم که در بسیاری از کلمات این تعبیر آمده است «اگر حصول معلق علیه معلوم باشد عقد صحیح است و اگر مجهول و مشکوک باشد عقد باطل است» یکی از جهات تردید مرحوم سید در مورد فرضی که حصول معلق علیه نزد نوع مردم معلوم است ولی عاقد علم ندارد این است که مراد مجمعین از علم و جهل خیلی روشن نیست که آیا معلوم و مجهول بودن نزد نوع مردم منظور است تا اینکه فرض محل بحث داخل در قسم معلوم شود و عقد صحیح باشد. یا اینکه مراد معلوم و مجهول در نظر شخص عاقد است تا اینکه محل کلام داخل در قسم مجهول شده و عقد باطل باشد؟

2 - نکته دیگری که ممکن است منشأ تردید مرحوم سید باشد این است که وقتی می گویند تعلیق بر مشکوک الحصول باطل است» آیا شامل آن قبیل از شکهایی که می تواند با سؤال کردن از دیگران برطرف شود و یا با اندک تأمل و فحوصی شک برطرف می گردد نیز می شود و یا اینکه همانطوری که در مورد شک در رکعات نماز گفته اند احکام شک شامل شکهایی که با اندکی تروی و تأمل زائل می شوند نیست و در این موارد شامل شخصی که باید تروی نماید نمی شود؟

خلاصه اینکه مروی این جهات مسئله برای مرحوم سید خیلی روشن نبوده و لذا تعبیر به «مشکل» کرده است.

ج) نظریه مختار در مورد صور مختلف تعلیق در عقد:

آنچه پس از تحقیق و فحوص در کلمات فقهاء و ادله ای که برای اعتبار تنجیز در عقود بالخصوص، عقد نکاح ذکر کرده اند به دست آوردیم این است که، عمده دلیلی که ذکر شده است اجماع می باشد و لکن همانطوری که قبلاً هم گذشت در رابطه با این مسئله، اجماعی وجود ندارد، خصوصاً در مورد نکاح که به طور قطع

اجماعی بر بطلان تعلیق وجود ندارد و بسیاری از این دعوای اجماع بر اساس استنباط و طبق قواعد و کبریات کلی است. و اول کسی که در باب نکاح ادعای اجماع کرده است، یحیی بن سعید در جامع. و همچنین در مورد تحقق اجماع در باب وکالت نیز گفتیم علاوه بر اینکه در آنجا هم اجماع مسلمی بر بطلان تعلیق نیست، بر فرض وجود اجماع تعدی از آن به باب نکاح به خاطر اولویت، تمام نیست با این همه به نظر می رسد در دو مورد سیره مسلمین (اعم از شیعه و سنی) بر بطلان تعلیق است یکی اینکه عقد نکاح معلق بر یک امر استقبالی شود مثل اینکه زن بگوید «یک ماه بعد از این تاریخ خود را به ازدواج تو درآوردم» مورد دوم جایی است که معلق علیه اگر چه امر حالی است و لیکن نه برای خود عاقد معلوم است و نه برای نوع مردم و از اموری که صحت عقد نیز وابسته به آن است نمی باشد مثل اینکه بگویند «اگر فلان مقدار پول در بانک داشته باشی با تو ازدواج کردم».

این دو مورد بر اساس سیره مسلمین قطعاً باطل است. باقی می ماند چند صورت دیگر که در همه آنها نه اجماعی بر بطلان هست و نه سیره مسلمین و لذا به نظر ما بر طبق قواعد و عموماً اولیّه حکم مسئله صحت عقد است. آن صور عبارتند از:

1 - معلق علیه امر حالی معلوم نزد عاقد و عموم مردم.

2 - معلق علیه امر حالی معلوم نزد عموم مردم فقط.

3 - معلق علیه از اموری که صحت عقد وابسته به آن است مثل شرط اینکه زن در عدّه نباشد یا شوهر دیگری نداشته باشد. در همه این موارد تردید وجود دارد ولی همانطوری که گفتیم مقتضای قواعد صحت عقد است. و الله العالم. «* و السلام*»

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس و این جلسه:

در این جلسه پس از بیان نتیجه نهایی مسئله تعلیق در عقود، مسئله دوازدهم هم عروه را مطرح کرده، ضمن بیان فروض و مبانی مختلف مسئله وجه کلام مرحوم سید؛ را بیان می کنیم. ان شاء الله تعالی.

نتیجه بحث سابق:

خلاصه بحث سابق این شد که مرحوم سید تنها یک مورد را از حکم بطلان تعلیق در عقد نکاح استثناء کرده و آن صورتی است که حصول معلق علیه حاصل بوده و حصول آن برای همه معلوم باشد ولی ما چهار صورت را استثناء کردیم: صورت اول همین که مرحوم سید فرموده است. صورت دوم این که معلق علیه محقق بوده و تحقق آن نزد سایرین معلوم باشد هر چند نزد خود این شخص مجهول باشد.

صورت سوم این که تحقق علیه نزد خود شخص معلوم باشد هر چند نزد سایرین مجهول باشد. صورت چهارم هم این است که معلق علیه محقق بوده و تحقق آن هر چند نزد همه مجهول است ولی صحت عقد متوقف بر آن است. به عقیده ما تعلیق عقد نکاح در تمام این صور اشکالی ندارد.

بررسی مسئله 12 اذا اوقعا العقد علی وجه یخالف الاحتیاط اللزیم مراعاته

متن عروه:

مسئله 12 - «اذا اوقعا العقد علی وجه یخالف الاحتیاط اللزیم مراعاته فان اراد البقاء فاللزیم الاعاده علی الوجه الصحیح و ان اراد الفراق فالاحوط الطلاق و ان کان یمكن التمسک باصاله عدم التأثير فی الزوجیه و ان کان علی وجه یخالف الاحتیاط الاستجابی فمع اراده البقاء الاحوط الاستجابی اعادته علی الوجه المعلوم صحته و مع اراده الفراق فاللزیم الطلاق.»

ص: 3297

بحث در این است که اگر عقدی واقع شده که با دلیل اجتهادی نمی توان صحّت آن را اثبات کرد، از حیث اجرای اصل عملی 9 صورت برای آن قابل تصویر است. از نظر مقدار فحص از دلیل اجتهادی با سه صورت مواجه هستیم. صورت اول، اینکه یقیناً به اندازه کافی فحص کرده ایم و دلیل اجتهادی پیدا نکرده ایم. صورت دوم، اینکه یقین داریم که فحص ما ناقص بوده است. صورت سوم هم این است که فحص کرده ایم اما شک داریم که آیا فحص به اندازه کافی بوده یا نبوده است؟

از طرف دیگر، در مورد اجرای استصحاب در شبهات حکمیه سه احتمال وجود دارد. احتمال اول این است که استصحاب در شبهات حکمیه را جاری بدانیم همانطور که خیلی از آقایان قائلند. احتمال دوم این است که آن را جاری ندانیم همانطور که آقای خویی رحمه الله قائلند و ما هم با بیان دیگری همین را اختیار کردیم و احتمال سوم نیز این است که هیچ یک از دو قول برای شخص ثابت نشود و در این مسئله اصولی به نتیجه نرسیده باشد.

از ضرب این سه احتمال در آن سه صورت، نُ صورت حاصل می شود.

بررسی صور مسئله:

دو صورت از این صور نه گانه از موضوع بحث صاحب عروه خارج اند. یک صورت این است که فحص کامل انجام شده باشد و مبنا این باشد که استصحاب در شبهات حکمیه جاری است. در این صورت واضح است که چون بعد از فحص دلیل اجتهادی بر صحّت عقد پیدا نشده، به استصحاب تمسک می کنیم و حکم به بطلان عقد می نماییم، یعنی خود شخص نمی تواند احکام زوجیت را برای خودش بار کند و می تواند با دیگری ازدواج کند و نیازی به احتیاط نیست و بدون اشکال می توانند عقد کنند و چون در این صورت باید فتوی به بطلان عقد داده شود بنابراین، از موضوع مسئله که احتیاط واجب است خارج می باشد.

صورت دیگر این که فحص کامل کرده باشد و از طرفی استصحاب در شبهات حکمیه را جاری نداند. در این صورت نیز موضوع احتیاط واجب منتفی است چون

بعد از عدم جریان استصحاب، نوبت به لزوم احتیاط در اطراف علم اجمالی می رسد که از سنخ فتوی است. همانطور که مثلاً در مورد شک بین وجوب ظهر یا جمعه، فتوی به وجوب احتیاط می دهند و فتوی به وجوب احتیاط غیر از احتیاط واجب است که موضوع مسئله ما نحن فیه است. بدین لحاظ، حکم صورت مذکور این است که شخص باید احتیاطاً هم احکام زوجه و هم احکام اجنبیه را مراعات کند یعنی برای تمتع بردن باید عقد جدید کند (حکم اجنبیه) و برای ترک وظایف زوجیت (مثلاً ترک نفقه) و نیز برای حلیت زن برای زوجهای دیگر باید طلاق بدهد (حکم زوجه)

با خارج شدن این دو صورت از محل کلام 7 صورت باقی می ماند. اکنون نوبت آن است که تفصیل مرحوم سید را بررسی کنیم. ایشان می فرماید: اگر بر خلاف احتیاط واجب عقدی را اجرا کردند - مثلاً اگر اشتراط عربیت را از باب احتیاط واجب دانستیم و این دو نفر با صیغه غیر عربی عقد کردند - چنانچه بخواهند احکام زوجیت را بار کنند و تمتع ببرند باید بر طبق احتیاط واجب مجدداً عقد بخوانند و چنانچه بخواهند مفارقت کنند، احوط این است که مرد طلاق بدهد هر چند ممکن است گفته شود که می توان استصحاب عدم تأثیر عقد را اجرا کرد.

به نظر می رسد از 7 صورت محل بحث، تفصیل مرحوم سید در چهار صورت راه نداشته باشد، یعنی به طور مطلق باید از باب علم اجمالی احتیاط شود چه بخواهد تمتع ببرد و چه بخواهد مفارقت کند. این چهار صورت عبارتند از سه صورتی که در آنها یقیناً فحص کامل انجام نشده باشد که واضح است با عدم فحص کامل، موضوع استصحاب یقیناً منتفی است چون شرط جریان استصحاب، فحص کامل است (فرقی هم ندارد که در جریان استصحاب در شبهات حکمیّه چه مبنایی را قائل باشیم) و صورت چهارم نیز این که شک دارد آیا فحص کامل کرده یا نه؟ اما استصحاب را در شبهات حکمیّه جاری ندانند. در این چهار صورت با توجه به عدم جریان استصحاب، مقتضای علم اجمالی فتوی به لزوم احتیاط است و تفصیل بین اینکه خودش بخواهد تمتع ببرد یا دیگران جا ندارد.

فقط سه صورت باقی می ماند که تفصیل مرحوم سید در آنها قابل تصحیح خواهد بود. یک صورت این است که فحص کامل صورت گرفته و دلیل اجتهادی به دست نیامده و از طرفی شک داریم در آن مسئله اصولی که آیا استصحاب در شبهات حکمیه جاری است یا نه. یعنی در حقیقت شک داریم که آیا اینجا مجرای استصحاب است یا نه. صورت دوم و سوم نیز این است که شک داریم فحص کامل صورت گرفته یا نه، با این فرض که استصحاب را در شبهات حکمیه جاری بدانیم و یا با این فرض که در این مسئله اصولی شک داشته باشیم و همچنین ندانیم آیا استصحاب در شبهات حکمیه جاری است یا نه. این دو صورت هم محتمل است که مجرای استصحاب باشند چون بر فرض کامل بودن فحص و بر فرض جریان استصحاب. در شبهات حکمیه، موضوع استصحاب محقق خواهد بود. اما مفروض این است که در خود این دو فرض یا یکی از آن ها شک داریم. لذا نوبت به اصل احتیاط می رسد.

اما اینکه تفصیل مرحوم سید چگونه در این سه صورت توجیه می شود بیانش این است که اگر شخص بخواهد احکام زوجیت را بار کند به طور قطع احتیاج به تجدید عقد دارد چون این سه صورت به لحاظ مقام ثبوت یا مجرای استصحاب عدم زوجیت اند و یا مجرای احتیاط و علی کلا التقدیرین عقد جدید لازم است. اما اگر شخص بخواهد مفارقت کند تا این زن برای دیگران حلیت پیدا کند مسئله دو احتمالی می شود چون ثبوتاً اگر مجرای استصحاب عدم زوجیت باشد استفاده دیگران بلا اشکال است و نیازی هم به طلاق نیست و اگر ثبوتاً مجرای احتیاط باشد لازم است طلاق داده شود. به همین دلیل، مرحوم سید در فرض اول به طور بتئی می فرماید: عقد را اعاده کند و در فرض دوم می فرماید: احوط این است که طلاق بدهد چون احتمال استصحاب نیز ثبوتاً وجود دارد. (البته این احتیاط در جایی است که زن حاضر نباشد از حقوق خودش رفع ید کند لذا نگاه داشتن زن بدون طلاق و بدون ازدواج مجدد با او با آیه «فَأَمْسِ كُوْهُنَّ بِمَعْرُوفٍ او سرّوهن باحسان» منافات خواهد داشت»

اشاره

گفتیم تفصیل مرحوم سید در سه صورت از هفت صورت محل کلام صحیح است و در چهار صورت دیگر تمام نیست چون در آن چهار صورت مطلقاً باید حکم به احتیاط شود، اما می توان توجیهی برای کلام ایشان ذکر کرد که بر طریق این توجیه، عبارت مرحوم سید فقط ناظر به یک صورت از هفت صورت است و با بقیه صور کاری ندارد. آن یک صورت نیز عبارت از اینکه شک داریم فحص کامل صورت گرفته یا نه و ضمناً استصحاب در شبهات حکمیه را هم جاری می دانیم.

بیان مطلب:

به نظر می رسد مرحوم سید نمی خواهد به طور کلی بفرماید هر فقیهی که در یکی از مسائل عقد نکاح احتیاط واجب کند نتیجه اش چنین تفصیلی خواهد بود. بلکه فقط ناظر به احتیاطات واجبه خودش در کتاب عروه است یعنی جاهایی که فتوا نداده و الأحوط یا مشکل تعبیر کرده می خواهد حکم این ها را بیان کند. بر این اساس باید شش صورت از هفت صورت مذکور را کنار بگذاریم چون از یک طرف می دانیم که ایشان فقیه پرکاری بوده و بسیار فحص و تتبع می کرده است.

طبعاً آن سه صورتی که فرض کردیم که شخص یقین دارد فحص کامل نکرده محتمل نخواهد بود و احتیاطات مرحوم سید را نمی توان از این سه صورت دانست. از طرف دیگر، از فتاوی ایشان در جاهای مختلف عروه معلوم می شود که استصحاب را در شبهات حکمیه جاری می دانند. پس آن صورت چهارم نیز که شک داریم در فحص کامل و استصحاب را در شبهات حکمیه جاری نمی دانیم، از موضوع بحث عروه خارج می شود. همچنین صورت پنجم که در آن شک داریم در فحص کامل و ضمناً شک داریم در مسئله اصولی که آیا استصحاب در شبهات حکمیه جاری است یا نه، این صورت نیز کنار می رود. صورت ششم هم این بود که یقین داریم به این که فحص کامل انجام شده و شک داریم در مسئله اصولی که با بیان سابق این صورت نیز کنار خواهد رفت. با کنار رفتن این شش صورت، یک صورت باقی می ماند که عبارت است از شک در فحص کامل و اعتقاد به جریان استصحاب در شبهات حکمیه و وجه تفصیل ایشان نیز مشخص شد.

توضیح عبارت عروه:

معنای عبارت ایشان که فرموده: «و ان كان يمكن التمسك...» این نیست که می خواهند بر طبق استصحاب عدم تأثیر عقد فتوی بدهند، بلکه صرفاً می خواهند احتمال جریان استصحاب را بدهند یعنی در جایی شک داریم فحص کامل انجام شده یا خیر ایشان تردید دارد در جریان استصحاب، لذا اینکه تعبیر کرده اند «الاحوط الطلاق» این احتیاط واجب است نه مستحب نظیر خیلی از موارد که مثلاً گفته می شود: «يمكن ان يقال... و لكن لا- يترك الاحتياط». اما منشأ تردید ایشان در جریان استصحاب شاید این است که چون دلیل اشتراط فحص در اجرای اصل را اجماع می دانند و قدر متیقن آن جایی است که قطع داریم فحص کامل انجام نشده لذا شامل موارد مشکوک نمی شود یا معقد اجماع از چنین مواردی انصراف دارد و شاید منشأ تردید این است که قاعده مقتضی و مانع را بر ما نحن فیه تطبیق می کنند چون عموماً استصحاب مقتضی صحت استصحاب هستند و مورد عدم فحص به خاطر داشتن مانعی از این قانون استثناء شده است و مانع فقط در فرض قطع به عدم فحص کامل ثابت است و در فرض شک در فحص کامل، مانع محرز نیست، می توانیم بر طبق مقتضی حکم به جریان استصحاب کنیم وی یکی از این وجوه احتمال جریان استصحاب را می دهند و احتیاط می کنند هر چند مطمئن نیستند.

ذیل مسئله هم به عقد مخالف با احتیاط استجابی می پردازد که معنای آن روشن است.

«* و السلام*»

ص: 3302

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه نخست به توضیح بیشتر اشکالی از عبارت مصنف در مسئله 12 پرداخته، سپس بررسی مسئله 13 را آغاز می کنیم، در این مسئله درباره اشتراط بلوغ و عقل در مجری صیغه نکاح سخن گفته شده است، پس از توضیح کلام مصنف کلام مرحوم امام خمینی رحمه الله درباره آیه ابتلا نقل می شود که ثبوتاً چهار احتمال در مورد شرطیت رشد یا بلوغ در کار است (شرط تنها رشد است - شرط تنها بلوغ است - مجموع آن دو شرط است - هر یک از آن دو کافی است) در آیه هم چهار احتمال وجود دارد («حتی») برای تسویه حکم نسبت به ما بعد آمده - حتی غایی است و استمرار ابتلاء تا وقت بلوغ شرط نیست - حتی غایی است و استمرار بلوغ شرط است - حتی تعلیلی است) که به نظر ایشان احتمال سوم اظهر است.

الف) دفع اشکال تناقض در عبارت مصنف در مسئله 12 (یادآوری و تکمیل):

1) قسمتی از عبارت متن:

إذا أوقعا العقد علی وجه ینخالف الاحتیاط اللّازم مراعاته فان... ارادا الفراق فالاحوط الطلاق و ان كان یمکن التمسك باصالة عدم التأثير فی الزوجیه

2) طرح اشکال مرحوم آقای حکیم و مرحوم آقای خویی رحمه الله:

در این عبارت تناقض صدر و ذیل وجود دارد، از یک طرف در صدر مسئله مفروض گرفته شده که مجتهد نمی تواند حکم مسئله را به دست آورد، لذا احتیاط

لازم نموده است، ولی از ذیل مسئله بر می آید که اصاله عدم التأثير فی الزوجیه جاری می گردد که لازمه آن این است که حکم به عدم تحقق عقد در محل بحث گردد، یعنی حکم ظاهری مسئله با توجه به جریان استصحاب روشن است و احوط هم در «فالا حوط الطلاق» احتیاط استحبابی می باشد، پس مجتهد باید فتوا به بطلان عقد بدهد نه احتیاط لزومی کند.

3 پاسخ اشکال:

اگر مراد از «یمكن» در عبارت مؤلف این است که ایشان به جریان اصل در محل کلام معتقد است اشکال بزرگان به آن صحیح بود، ولی به نظر می رسد که مراد از «یمكن» این است که برای جریان استصحاب در مسئله وجهی وجود دارد هر چند این وجه مورد فتوای مؤلف نیست، در عبارتهای فقهی بسیار دیده می شود که مؤلف برای یک احتمال مسئله، وجهی ذکر کند هر چند آن را نپذیرد، کلمه «یمكن» هم می تواند به این معنا باشد، چنانچه در مسئله آینده در مورد عقد سگری مؤلف به صحت عقد با اجازه سگری پس از هشیار شدن با توجه به صحیحه ابن بزیع فتوا می دهد (: لا بأس بالعمل بها) ولی در ادامه احتیاط استحبابی نموده به جهت امکان حمل روایت بر معنایی که با بطلان عقد سازگار باشد (: و ان كان الا حوط خلافة لا مكان حملها علی...)

در این عبارت هم مراد از «امکان» حمل کردن، امکانی نیست که مورد فتوای مؤلف باشد بلکه تنها وجه غیر مرضی است که برای احتیاط استحبابی کردن بدان استناد کرده است.

در مسئله مورد بحث هم مؤلف به جریان استصحاب فتوا نمی دهد، ولی امکان احتمالی آن را هم مطرح می سازد البته چرا مؤلف به جریان استصحاب در مسئله حکم نمی کند، بحث دیگری است که در جلسه گذشته به تفصیل درباره آن سخن گفتیم.

خلاصه در کلام مصنف تناقض نیست و احتیاط در «فلا حوط الطلاق» هم احتیاط وجوبی است نه احتیاط استحبابی.

ب) بررسی مسئله 13: یشرط فی العاقد المجرى للصیغه الکمال بالبلوغ و العقل

1) متن مسئله:

یشرط فی العاقد المجرى للصیغه الکمال بالبلوغ و العقل سواء کان عاقداً لنفسه او لغيره وکاله او ولا یه او فضولاً، فلا اعتبار بعقد الصبی و لا- المجنون و لو کان ادوارياً حال جنونه و ان(1) اجاز ولیه او اجاز هو بعد بلوغه او افاقته علی المشهور بل لا خلاف فیہ، لکنه فی الصبی الوکیل عن الغير محل تأمل، لعدم الدلیل علی سلب عبارته اذا کان عارفاً بالعریه و علم قصده حقیقه، و حدیث رفع القلم منصرف عن مثل هذا، و کذا اذا کان لنفسه باذن الولیّ او اجازته هو بعد البلوغ و کذا لا اعتبار بعقد السكران فلا یصحّ و لو مع الاجازه بعد الافاقه، و اما عقد السكری اذا اجازت بعد الافاقه ففیہ قولان فالمشهور انه كذلك و ذهب جماعه الی الصّحّه مستندین الی صحیحہ ابن بزیع و لا بأس بالعمل بها و ان کان الاحوط خلافه، لا مکان حملها علی ما اذا لم یکن سکرها بحيث لا التفتات لها الی ما تقول مع انّ المشهور لم یعملوا بها و حملوها علی محامل، فلا یتربک الاحتیاط

2) توضیح عبارت متن:

یکی از شرائط مجری صیغه نکاح آن است که کامل باشد یعنی بالغ و عاقل باشد و عقد غیر بالغ و غیر عاقل یعنی مجنون و صبی غیر ممیز اصلاً نافذ نیست نه برای خودش و نه برای غیر خودش، عقد برای غیر خودش هم خواه وکیل غیر باشد یا ولی او باشد یا اصلاً فضولی باشد، در مجنون هم بین مجنون مطبق و مجنون ادواری که در حال جنون عقد کند فرقی نیست، عقد مجنون و صبی همچون عقد فضولی

ص: 3305

1- (1) به کل عبارت می خورد نه به خصوص مجنون یا مجنون ادواری.

بالغ عاقل نیست که با اجازه مالک تصحیح گردد، بلکه این عقد نه با اذن قبلی و نه با اجازه بعدی از طرف ولی یا با اجازه خود عاقل پس از بلوغ نافذ نمی‌گردد، البته این فتوا، فتوای مشهور بین علماء می‌باشد ولی مصنف در مورد صبی با آن موافق نیست. از دو جهت:

جهت اول: اگر صبی وکیل از غیر باشد در اجراء صیغه نکاح، دلیلی نداریم که این وکالت که شخص بالغ عاقل به صبی می‌دهد باطل باشد چون وجهی ندارد که صبی را همچون حیوانات مسلوب العبارة بدانیم، بر خلاف صاحب جواهر که پس از ذکر بی‌اثر بودن عبارت صبی و مجنون می‌گوید: «بلا خلاف معتد به اجده، بل ممکن تحصیل الاجماع علیه، بل ربّما كان من الضروريات سلب حکم الفاظهما فی جمیع العقود، فکانت کاصوات البهائم بالنسبه الی ذلک»، ولی مؤلف چنین ادعایی را نمی‌پذیرد و می‌گوید اگر صبی عارف به زبان عربی باشد و قصد حقیقی وی را هم بدانیم (1) و وجهی ندارد که لفظ وی را بی‌اثر بدانیم.

گفتنی است که عبارت «اذا كان عارفا بالعریبه» در کلام مصنف را باید حمل به مثال برای افراد متعارف نمود، زیرا اگر ما عربیت را هم شرط بدانیم این شرط در حال اختیار است و در حال ضرورت زبان دیگر هم بی‌اشکال کافی است. چنانچه پیشتر مؤلف بدان تصریح کرد، حال اگر در جایی بخواهند نکاح بخوانند و کسی که به عربی نکاح بخواند نباشد، نکاح غیر عربی صبی علی القاعده صحیح است.

برخی در اینجا برای بطلان الفاظ صبی به حدیث رفع استناد کرده‌اند (2) که مؤلف این حدیث را نسبت به بطلان الفاظ صبی منصرف می‌داند.

ص: 3306

1- (1) (توضیح بیشتر) عبارت مصنف موهوم این معناست که در حکم به صحّت عقد صبی، علم به قصد حقیقی کردن وی شرط است، و همچون بزرگسالان نیست که با اصالة الصحه یا با اصالة الظهور بتوان احراز قصد نمود، ولی ظاهراً مؤلف در مقام بیان فرد ظاهر مسئله است که از ناحیه احراز قصد هیچ مشکل متوهمی هم در کار نیست و ناظر به نفی اصالة الصحه یا اصالة الظهور در الفاظ و عقود کودکان نیست.

2- (2) (توضیح بیشتر) در جواهر هم پس از عبارت گذشته می‌گوید: و ربّما یومی الیه فی الجملة خبر رفع القلم المشهور - بناءً علی اراده ما یشمل ذلک منه لا خصوص التکلیفی.

جهت دوم: اگر صبی برای خود هم عقد بخواند ولی این عقد با اذن ولی (1) باشد یا با اجازه خودش پس از بلوغ باشد، باید عقد را صحیح بدانیم چون دلیلی که ما داریم تنها استقلال صبی را نفی می کند، پس با اجازه متأخر خودش یا با اذن یا اجازه ولی، عقد صبی صحیح می گردد بر خلاف مجنون که عقد وی به طور کلی باطل است. (2)

عقد مرد مست هم بمانند عقد مجنون به طور کلی باطل است و اجازه وی پس از هوشیاری آن را صحیح نمی کند، اما زن مست به عقیده مشهور همچون مرد مست می باشد که به طور کلی عقد وی باطل است، ولی گروهی آن را با اجازه متأخر در زمان هوشیاری صحیح می دانند و در این زمینه به صحیح این یزید استناد کرده اند، مصنف عمل به این روایت را صحیح می داند ولی چون شبهاتی در این روایت وجود دارد و ممکن است آن را به معنایی حمل کنیم که با فتوای مشهور مخالف نباشد، بدین گونه که مراد از آن مراتب خفیف مستی باشد که ادراک به طور کامل از دست نرفته است، از سوی دیگر مشهور به این روایت فتوا نداده اند، این گونه شبهات سبب می شود که مصنف احتیاط استحبابی در مسئله بکند که عقد را تجدید کنند آن هم احتیاط استحبابی مؤکد چنانچه از عبارت «فلا یتوک الاحتیاط» بر می آید.

در اینجا مباحث گوناگونی باید مطرح گردد نخست در مورد آیه ابتلاء، سپس در مورد حدیث رفع و سایر روایات، و بحث سوم درباره اقوال علماء، ما در این جلسه به نقل کلام مرحوم آقای خمینی در مورد آیه ابتلا پرداخته، بررسی آن و سایر مباحث را در جلسات آینده خواهیم آورد.

ص: 3307

-
- 1- (1) (توضیح بیشتر) علی القاعده اذن ولی را در این عبارت باید به معنای اعم از اذن مقارن تحقق عقد و اجازه متأخر دانست، زیرا وجهی ندارد که تنها اجازه خود صبی بعد از بلوغ کافی باشد و اجازه متأخر ولی صبی کفایت نکند.
 - 2- (2) (توضیح بیشتر) ظاهراً مراد از صبی در کلام مصنف، صبی ممیز است که تنها اشکال عدم بلوغ در مورد وی می باشد، ولی عقد صبی غیر ممیز که اشکال عدم عقل در مورد آن هم می باشد کلاً باطل می باشد.

اشاره

بحث در مورد آیه شریفه «وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (1) می باشد، در این آیه از دو موضوع بلوغ و رشد سخن به میان آمده است. صرف نظر از دلالت این آیه در مقام ثبوت چهار احتمال در کار است

احتمال اول: ملاک تام در لزوم رفع اموال یتامی رشد است و بلوغ هیچ نقشی ندارد.

احتمال دوم: ملاک تام بلوغ است و رشد نقشی ندارد.

احتمال سوم: هیچ یک از بلوغ و رشد ملاک تام و مستقل نیستند، بلکه مجموع این دو ملاک می باشد، بنابراین به شخص بالغ غیر رشید و به رشید غیر بالغ اموال داده نمی شود.

احتمال چهارم: هر یک از دو عنوان بلوغ و رشد کفایت می کند، پس به بالغ اموال داده می شود هر چند غیر رشید باشد و به رشید هم اموال داده می شود هر چند بالغ نباشد.

حال احتمالات مربوط به آیه شریفه را مطرح می کنیم:

احتمال اول در آیه: «حتی» در آیه شبیه: اکلت السمکه حتی رأسها (به نصب) برای تصریح به دخول ما بعد در حکم ما قبل می باشد، در نتیجه آیه ناظر به این معناست که وجوب ابتلاء و امتحان پس از بلوغ هم ادامه دارد و اختصاص به قبل از بلوغ ندارد و هر وقت یتامی از امتحان سر بلند بیرون آمدند (آنستُم مِنْهُمْ رُشْدًا) اموال آنها را بدیشان رد کنید.

نتیجه این احتمال آن است که ملاک تنها رشد است و بلوغ نقشی ندارد (احتمال اول ثبوتی).

ص: 3308

اشکال: در مثال «اکلت السمکه حتی رأسها»، رأس قسمتی از سمکه است، سمکه از رأس و غیر رأس تشکیل می شود بنابراین می توان حتی عاطفه را به کار برد، ولی در آیه ابتلاء پس از بلوغ یتیم دیگر یتیم نیست. زیرا در روایات وارد شده: لا یتیم بعد احتلام (1)، بنابراین نمی توان «حتی» را به معنایی گرفت که برای تصریح به دخول ما بعد در حکم ما قبل آمده است.

پاسخ این اشکال این است که در اوائل بلوغ، یتیم به صورت مجاز شایع اطلاق می گردد، بنابراین مفاد فوق برای «حتی» در این آیه اشکالی ندارد.

احتمال دوم در آیه: «حتی» به معنای غایت می باشد و مدخول آن نیز از حکم مغیبا خارج می باشد، بنابراین آیه در مقام تحدید لزوم امتحان به ما قبل بلوغ می باشد بنابراین قبل از بلوغ هر زمان رشد یتیم را تشخیص دادید اموال را به وی برگردانید، اما بعد از بلوغ امتحان لازم نیست و بدون امتحان اموال را باید به یتامی بدهید، عدم لزوم امتحان بعد از بلوغ می تواند مستند به یکی از دو علت زیر باشد:

علت اول: بلوغ اماره بر رشد می باشد، بنابراین موضوع ثبوتی حکم رشد است ولی راه اثبات آن بلوغ می باشد، بنابراین بعد از بلوغ اگر معلوم شود که شخص رشید نیست اموال وی به او داده نمی شود، ولی در صورت شک در رشد، اموال داده می شود، چون اماره بر رشد (که همان بلوغ است) وجود دارد.

بنابراین احتمال موضوع ثبوتی تنها رشد می باشد.

علت دوم: بلوغ خود موضوع مستقلی برای لزوم دفع می باشد، بنابراین اگر یقین هم داشته باشیم که بعد از بلوغ، شخص رشید نیست باید اموالش را به او بازگردانیم.

ایشان علت اول را نادرست می دانند چون اماره در جایی مطرح است که غلبه

ص: 3309

1- (1) کافی 5/443:5، فقیه 3/4273/359:4، 358:4، امالی صدوق، مجلس 4/60، کتاب حسین بن سعید چاپ شده به نام نوادر احمد بن محمد بن عیسی: 17/26.

معتنابهی در کار باشد، در حالی که در آغاز بلوغ چنین غلبه ای در کار نیست که شخص رشید باشد (این نکته را هم می افزاییم که به خصوص در مورد دختران نه ساله که به هیچ وجه نمی توان گفت که غالباً رشید می باشند)، بنابراین اگر «حتی» را غایبی بدانیم باید علت دوم را بپذیریم در نتیجه بلوغ و رشد در مقام ثبوت هر یک علت مستقل برای لزوم دفع اموال می باشند (احتمال چهارم ثبوتی)

احتمال سوم در آیه: در این احتمال هم «حتی» غایبی است با این تفاوت که در احتمال قبلی هر زمان که ایناس رشد شود اموال بازگردانده می شود، ولی در این احتمال تحقیق به گونه مستمر تا زمان بلوغ لازم است، که لازمه شرطیه استمرار برای تحقیق و امتحان آن است که رشد به تنهایی کافی نیست، بلکه بلوغ هم شرط است و موضوع لزوم دفع اموال، رشید بالغ است (احتمال سوم ثبوتی).

البته این سؤال پیش می آید پس چرا باید در زمان طفولیت امتحان صورت گیرد پاسخ سؤال این است که چون تشخیص رشد و احراز این موضوع، به زمانی طولانی امتحان نیاز دارد لذا باید از کودکی امتحان شروع شود، پاسخ دیگر این است که چون اصل اولی آن است که باید اموال مردم در اول زمان استقلال آنها به آنها بازگردانده شود و چون ممکن است در آغاز بلوغ یتیم، رشید باشد، از باب احتیاط باید قبلاً امتحان گردد که رد مال به وی از اول زمان استقلال او به تأخیر نیفتد.

احتمال چهارم در آیه که در جواهر ذکر شده و گویا علامه بحر العلوم هم با آن موافق است آن است که حتی در آیه غایبی نیست، بلکه حتی تعلیلی است و اذا از ادات شرط بوده و مجموع شرط و جزاء (که خود جزاء هم جمله شرطیه است) علت برای حکم قبل می باشد، بنابراین مفاد آیه این می شود که علت لزوم ابتلاء یتامی آن است که اگر آنان به حد بلوغ رسیدند (که یکی از شرایط لزوم دفع اموال می باشد) با فرض احراز شرط دیگر (که عبارت از رشد است) اموال آنها را بدیشان بازگردانید.

ایشان در این احتمالات، احتمال سوم را اظهر می دانند، ادامه کلام ایشان و بررسی آن را به جلسه آینده واگذار می کنیم. «* و السلام*»

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

بحث در صحت معاملات صبی بود، برای اشتراط بلوغ در معاملات به آیه شریفه «وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ...» استدلال شده بود، در جلسه گذشته کلام مرحوم امام خمینی در تفسیر آیه شریفه را بیان کردیم، ایشان چهار احتمال در مبنای آیه داده بودند که احتمال سوم به نظر ایشان اظهر بود. و نتیجه گرفتند که در صحت معاملات دو امر، بلوغ و رشد معتبر است، در این جلسه به نقل و بررسی کلمات ایشان می پردازیم. ان شاء الله تعالی.

الف) بررسی کلام مرحوم امام خمینی در مورد دلالت آیه شریفه «وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ...» بر اعتبار بلوغ در معاملات صبی:

اشاره

در جلسه گذشته وجوه مختلفی را که مرحوم آقای خمینی درباره تفسیر آیه شریفه «وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» مطرح نموده بودند (1)، به تفصیل بیان کردیم به نظر ما فرمایشات ایشان در چند موضع محل مناقشه و ایراد است که برای بیان این اشکالات لازم است دوباره قسمت هایی از کلام ایشان را نقل نماییم.

ص: 3311

اشاره

مرحوم آقای خمینی احتمال اول از چهار احتمال مطرح در تفسیر آیه را این ذکر کردند که امر به امتحان در آیه شریفه، زمان بعد از بلوغ را نیز شامل می شود و قهراً ذکر کلمه «حتی» در مقام این است که ما بعد حتی، داخل در حکم ما قبل «حتی» می باشد مثل «اکلت السمک حتی رأسها». یعنی باید یتامی را امتحان کرد و این امتحان اختصاص به قبل از بلوغ ندارد و هرگاه - قبل یا بعد از بلوغ - رشد آنها را به دست آوردید اموالشان را بدهید که در نتیجه تمام معیار در دفع اموال به یتامی رشد آنها است و بلوغ موضوعیتی ندارد. سپس ایشان در جواب از این اشکال که «بنابراین تفسیر لازم می آید که کلمه «یتیم» حتی در زمان بلوغ اشخاص نیز به آنها اطلاق شده باشد. در حالی که آنچه از روایات به دست می آید این است که «یتیم» در مقابل «بلوغ» است (1) و به شخص بالغی که پدر خود را از دست داده است «یتیم» گفته نمی شود» فرمودند: اگر چه به بالغ «یتیم» گفته نمی شود و لیکن استعمال «یتیم» در مورد اشخاصی که در اوائل سن بلوغ هستند به طور مجاز بسیار شایع است. این طور نیست که به محض این که دختر به 9 سال و پسر به 15 سال رسید دیگر به او «یتیم» نگویند.

مناقشه استاد مد ظله:

به نظر ما این جواب از اشکال فوق تمام نیست زیرا مدخول «حتی» در آیه شریفه «اوائل بلوغ» نیست تا این که بگوئیم اطلاق «یتیم» بر اوائل بلوغ نیز مجازاً بسیار

ص: 3312

1- (1) در روایت حمران عن ابی جعفر علیه السلام می خوانیم: «ان الجاریه اذا تزوجت و دخل بها و لها تسع سنین ذهب عنها الیتیم،... و الغلام... لا یخرج عن الیتیم حتی یتبلغ خمس عشر سنه أو یحتلم أو یشعر أو ینبت قبل ذلک» (وسائل الشیعه، کتاب الحجر، باب 2، ح 1) و در صحیح هاشم عن ابی عبد الله علیه السلام آمده است. «انقطاع یتیم بالاحتلام...» (وسائل کتاب الحجر، باب 1، ح 1).

شایع است. بلکه مدخول «حتی» بلوغ است که همانند سایر موارد دیگری که حکم روی بالغین رفته است مراد تمامی ازمنه بلوغ است نه تنها اوائل آن، وقتی می گویند البالغ الذی وضع علیه القلم نه اینکه مراد فقط اوائل بلوغ باشد بلکه تمامی ازمنه بلوغ (از ابتدا تا انتهای زمان حیات) را شامل می شود. در همان مثال «اکلت السمک حتی رأسها» نیز بنا بر فرض اینکه مدخول «حتی» داخل در حکم ما قبل آن باشد مراد این نیست که فقط ابتدای رأس ماهی را نیز خورده است. پس خلاصه مدخول «حتی» اعم است و اختصاصی به اوائل بلوغ ندارد. البته به نظر ما جواب دیگری می توان به اشکال فوق داد و آن عبارت است از مطلبی که مرحوم آخوند در بحث مشتق «کفایه» فرموده اند (1)، که عناوینی که در موضوعات احکام اخذ می شود، اگر موضوعیتی داشته صرفاً عنوان مشیر نباشد گاهی حدوداً و بقاء، حکم تابع آن عنوان است و گاهی نیز تنها حدوداً حکم تابع صدق آن عنوان است و ذکر عنوان تنها بیان کننده علیت مبدأ آن عنوان برای ترتب حکم است. حال در محل بحث نیز ما می گوئیم اخذ عنوان «یتیم» در آیه شریفه از قبیل قسم دوم یعنی مواردی که تنها عنوان در حدوث حکم نقش دارد، می باشد و بنابراین اشکالی ندارد که حکم ابتلاء و امتحان نمودن حتی در زمان بلوغ نیز باشد هر چند در زمان بلوغ عنوان «یتیم» صادق نباشد و به عبارت دیگر ابتلاء و امتحان که روی عنوان «یتامی» رفته است اگر بخواهد حتی بعد از زمان بلوغ نیز ادامه داشته باشد، لازمه آن این نیست که بعد از بلوغ نیز به آنها اطلاق «یتیم» شود بلکه صدق عنوان «یتیم» صرفاً برای حدوث و جوب ابتلاء لازم است.

2) کلام مرحوم امام خمینی در مورد احتمال دوم و بیان استاد مد ظله:

اشاره

احتمال دومی که مرحوم آقای خمینی در تفسیر آیه شریفه ذکر نموده اند این

ص: 3313

1- (1) کفایه الأصول، ص 49، طبع مؤسسه آل البیت علیهم السلام.

است که «حتی» برای غایت باشد و غایت خارج از معنا باشد. ایشان می‌فرمایند طبق این تفسیر معنای آیه شریفه این می‌شود که «باید یتامی را امتحان کرد تا زمان بلوغ، اگر در این مدت رشد آنها معلوم شد اموالشان را به آنها بدهید» اما در مورد زمان بلوغ به بعد، ایشان می‌فرمایند بدو احتمال وجود دارد یکی این که بلوغ اماره بر رشد باشد و به عبارت دیگر معیار اصلی فقط رشد باشد و چون بالغین نوعاً رشید هستند، بلوغ اماره رشد قرار داده شده، پس باید به بالغین اموالشان را بدهید مگر عدم رشد آنها ثابت شود.

احتمال دوم: اینکه بگوییم «بلوغ» خود عنوان مستقلی برای وجوب دفع مال است و شخص بالغ اگر چه رشید نیز نباشد باید اموالش را به او داد. به بیان دیگر:

بعد از بلوغ نیاز به امتحان نیست و باید بدون امتحان اموال یتامی را باز پس داد هر چند معلوم شود که رشد مالی ندارند (احتمال دوم) یا به استثناء صورتی که معلوم شود رشد مالی ندارند (احتمال اول). مرحوم آقای خمینی سپس در ادامه می‌فرمایند: احتمال اول که بلوغ اماره بر رشد باشد باطل است زیرا بلوغ ملازم با رشد نیست و رشد از صفات نوعیه آن نیز نمی‌باشد (مخصوصاً در دختران) و لذا باید بگوییم که «بلوغ» خود عنوان مستقلی برای وجوب دفع مال است. پس حاصل معنای آیه این می‌شود که یتامی را تا قبل از زمان بلوغ باید امتحان نمود (و این امتحان لازم نیست که استمراری و تا زمان بلوغ همواره ادامه داشته باشد، بر خلاف احتمال سوم که در آن ابتلاء استمراری است) اگر رشد آنها معلوم گشت اموالشان را باید به آنها داد و اما اگر به حد بلوغ رسیدند و لو اینکه رشید نباشند باید اموالشان را به آنها پرداخت نمود. که در نتیجه طبق این احتمال احد الامرین (رشد یا بلوغ) در وجوب دفع مال کافی است.

مناقشه استاد مد ظلّه:

آن نتیجه ای که ایشان از ردّ امارت بلوغ برای رشد گرفتند به نظر ما محل مناقشه

است. ایشان فرمودند اگر بلوغ اماره بر رشد باشد نتیجه این می شود که ملاک در وجوب دفع تنها رشد است. اما چون بلوغ اماره بر رشد نیست پس خود، عنوان مستقلى است و لذا أحد الأمرين كافی است. به نظر ما نقی اماریت بلوغ نسبت به رشد نتیجه نمی دهد که پس علاوه بر رشد، بلوغ، عنوان مستقلى است، بلکه ممکن است بلوغ اماره بر رشد نباشد و لیکن مع ذلک تنها رشد معیار در وجوب دفع باشد بیان مطلب این است که ما می توانیم دلالت آیه شریفه را بر معیار قرار دادن رشد (بدون بلوغ) این گونه تقریب نماییم که: اصل اولی این است که اموال مردم باید در اختیار خود آنها قرار داشته باشد و کسی نمی تواند اموال آنها را ضبط و در اختیار خود نگه دارد. یکی از مواردی که از این قاعده اولی استثناء شده موردی است که اماره شرعیه یا اصل عملی شرعی بر عدم رشد داشته باشیم و در این صورت شخص محجور بوده اموال او در اختیار ولی شرعی او قرار می گیرد. با توجه به این مطلب، از آنجا که عمده افراد زیر سن بلوغ، رشید نیستند لذا شارع مقدس کودکی را اماره عدم رشد قرار داده یا اگر عدم رشد کودکان غلبه مختصری هم داشته باشد.

شارع اصل عملی در زمان کودکی را محجوریت آنها قرار داده و لذا دستور داده که اموال کودکان در اختیار ولی شرعی قرار گیرد و لیکن در عین حال برای رعایت احتیاط امر نموده که اطفال غیر بالغ، مورد امتحان و آزمایش قرار گیرند که اگر بچه ای قبل از زمان بلوغ به حدّ رشد رسید، در اول زمان ممکن اموالش به او تحویل داده شود. اما نسبت به افراد بالغ چون در مورد آنها آن اماره عدم رشد یا اصل عملی محجوریت وجود ندارد لذا طبق اصل و قاعده اولیه باید اموالشان در اختیار خودشان قرار داده شود و دلیلی بر ضبط اموال آنها وجود ندارد نه از باب اینکه بلوغ عنوان مستقلى برای وجوب دفع است و همچنین نه از این بابت که بلوغ اماره بر رشد و رشد از صفات غالبی بلوغ است بلکه به این خاطر که مقتضای اصل و قاعده اولیه این است که اموال مردم را باید به آنها داد حتی خود مرحوم آقای خمینی این مطلب را فرموده اند که اگر شخصی در زمان قبل از بلوغ رشید بود ولی پس از بلوغ

سفیه شد اصحّ قولین این است که قبل از این که حاکم او را از معامله منع نماید، معاملات او صحیح است. و بالجمله مجرد این که بلوغ اماره بر رشد نیست دلیل نمی شود که بلوغ عنوان مستقلی در کنار «رشد» است. البته معنای این که گفتیم اصل اولی در مورد بالغ حکم می کند که اموالش را به او بدهند، این نیست که حتی در فرض احراز عدم رشد باید اموالش را به او بدهند. پس با این تقریب ما می توانیم بگوییم ملاک اصلی در دفع مال، رشد است و «حتی» نیز به معنای غایت است.

3) کلام مرحوم امام خمینی در مورد احتمال سوم:

اشاره

مختار مرحوم آقای خمینی رحمه الله این است که «حتی» در آیه شریفه برای غایت بوده دلالت بر استمرار می کند و مراد از آیه کریمه این باشد که لازم است امتحان یتامی تا زمان بلوغ استمرار یابد و موفق در آمدن از امتحان مستمر تا زمان بلوغ شرط در اعطاء مال است که در نتیجه معیار در اعطاء مال به مجموع الأمرین یعنی هم رشد و هم بلوغ است و معنای شرطیت استمرار امتحان تا زمان بلوغ این است که اعطاء مال به یتامی قبل از بلوغ و لو اینکه به واسطه امتحان، رشید بودنشان احراز شده باشد. جایز نیست. بلکه باید این امتحان تا زمان بلوغ استمرار یابد چون در هر زمان ممکن است رشد خود را از دست بدهند و چنانچه تا زمان بلوغ امتحان استمرار داشت و رشد کودکان در طی مراحل مختلف امتحان احراز شد (وقهراً به بلوغ نیز رسیده اند) مالشان را به آنها بدهید پس هم بلوغ معتبر است هم رشد. (در جلسه گذشته نکاتی در توضیح این احتمال بیان کردیم).

مناقشه استاد مد ظلّه:

این احتمال به نظر ما از چند جهت دارای اشکال است یکی این که «اذا» در آیه شریفه طبق این احتمال فاقد معنای شرط است که چنانچه در جلسه آینده مشروحاً و به طور تفصیل بیان خواهیم کرد، این مطلب صحیح نیست و خلاف سایر آیات

قرآنی است. و فعلاً در مورد این جهت بحثی نمی‌کنیم. اشکالی که اینک به آن اشاره می‌کنیم این است که ایشان در این احتمال فرمودند که امتحان و ابتلاء باید به طور مستمر تا زمان بلوغ ادامه یابد به گونه‌ای که اگر با امتحان قبل از بلوغ، رشد طفل احراز شود مع ذلک نمی‌توان مال را به او داد بلکه باید به حدّ بلوغ نیز برسد. کلام ما این است که این نحوه از امتحان یعنی امتحان استمراری خلاف امتحانهای متعارف است. معمولاً هدف از امتحان احراز نتیجه است و به مجرد این که شخص در آن امتحان موفق شد شرط صلاحیت علمی یا فنی شخص احراز شده و نیازی به امتحان مجدد نیست به عنوان مثال اگر گفته شد افراد برای استخدام در یک اداره لازم است که در امتحانی شرکت نمایند تا اینکه صلاحیت آنها برای استخدام در آن اداره معلوم شود» معنای کلام این است که اگر شخص در امتحان مورد نظر قبول شد و مشخص شد که صلاحیت علمی یا فنی برای استخدام را دارد تا مادامی که امتحان گرفتن مجدد از او به خاطر وجود نکته و غرض خاصی نباشد. وجهی برای استمرار امتحان نیست، در ما نحن فیه نیز اینکه آیه شریفه می‌فرماید یتامی را با دادن مقداری از اموال به آنها مورد آزمایش قرار دهید که اگر ایناس رشد از آنها شد، اموالشان را به آنها ردّ نمایید. تفاهم عرفی و ظاهر کلام این است که اگر قبل از بلوغ واجد رشد بودند اموال به آنها اعطاء شود و نیازی به استمرار امتحان نیست. پس به نظر می‌رسد که اگر قرار باشد کلمه «حتی» به معنای غایت باشد از بین دو احتمال اخیر، احتمال دومی که مرحوم آقای خمینی ذکر کردند که طبق آن احتمال امتحان و ابتلاء استمراری نیست، اولی و تقدّم بر احتمال سوم باشد.

4) کلام مرحوم امام خمینی در مورد احتمال چهارم:

احتمال چهارمی که مرحوم آقای خمینی در تفسیر آیه شریفه ذکر می‌کنند که مرحوم صاحب جواهر(1) نیز همین احتمال را تقویت نموده است. این است که

ص: 3317

«حتی» حرف ابتداء و برای تعلیل باشد و «اذا» شرطیه باشد که جمله شرطیه و جزاء (فَإِنْ أَنْشْتُمْ... فَادْفَعُوا...) جزای آن باشد و در وجه آن می گویند که غالباً «اذا» هابی که بعد از حتی به کار می رود شرطیه است و خلاف آن نادر است و معنای آیه طبق این احتمال این است که «واجب است امتحان و ابتلای یتامی به خاطر این که اگر به حدّ بلوغ رسیدند و استیناس رشد نیز از آنها شد. اموالشان را به آنها بدهید. پس شرط دادن اموال، مجموع رشد و بلوغ است. این احتمال از نظر نتیجه با احتمال سوم یکسان است و طبق هر دو احتمال هم رشد شرط است و هم بلوغ.

مرحوم آقای خمینی در مقابل مرحوم صاحب جواهر که اصرار دارد «اذا» شرطیه است می فرمایند بر فرض این که بپذیریم استعمال «اذا» در غیر شرط نادر است و لیکن چون میزان در استظهارات، فهم عرف است، عرف در آیه محل بحث «اذا» را شرطیه نمی داند و از طرف دیگر ظهور عرفی از کلمه «حتی» نیز برای غایت است و استعمال او به عنوان صرف ابتداء و به معنای تعلیل - چنانچه طبق تفسیر مرحوم صاحب جواهر این گونه است - نادر می باشد.

سپس مرحوم آقای خمینی متعرض جواب از اشکالاتی شده اند که مرحوم صاحب جواهر به احتمال سوم که «حتی» در آن به معنای غایت است وارد کرده اند.

مرحوم صاحب جواهر فرموده است: اگر «حتی» به معنای غایت باشد، لازمه آن این است که وجوب ابتلاء و امتحان تا زمان بلوغ باشد و در صورتی که رشد آنها قبل از بلوغ ثابت نشد دیگر امتحان واجب نیست و چون شرط دادن مال احراز رشد است باید منتظر باشیم هر وقت تصادفاً احراز رشد شد مال را به آنها بدهیم و معنای این کلام این است که محجوریت بالغ از صبی بیشتر باشد و بالغین محدودتر از کودکان باشند.

مرحوم آقای خمینی به این اشکال یک جواب تقضی و یک جواب حلّی

می دهند. اما جواب نقضی این است که می فرمایند طبق احتمال چهارم که مختار خود صاحب جواهر رحمه الله نیز هست این اشکال وارد است و طبق آن احتمال نیز پس از بلوغ باید ابتلاء واجب نباشد. زیرا طبق این احتمال نیز بالأخره جمله «فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» مرتبط به لزوم ابتلائی است که در صدر آیه فرموده است به این معنا که وجوب ابتلاء برای ایناس رشد است و بر این اساس و لو اینکه معنای «حتی» تعلیل باشد و «اذا» نیز شرطیه باشد. مع ذلک آیه از ابتلاء بعد از بلوغ ساکت است زیرا معنای آیه این می شود «یتامی را مورد امتحان و آزمایش قرار دهید به این علت که اگر به حد بلوغ رسیدند و امتحان قبل از بلوغ آنها موجب ایناس رشد بعد از بلوغ شد. در این صورت اموالشان را به آنها بدهید (عبارت مرحوم امام خمینی این چنین است: ... فیکون محصّل المعنی علی فرض الشرطیه: و ابتلوا الیتامی فاذا بلغوا و صار ابتلاؤهم قبل البلوغ موجّباً لایناس الرشد منهم بعده، فادفعوا الیهم اموالهم، پس آیه نسبت به ابتلاء بعد از زمان بلوغ ساکت است. سپس در ادامه می فرمایند: بر فرض که بگوئیم جمله «حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ...» جمله مستأنف و غیر مربوط به ما قبل هم هست. مع ذلک آیه دلالت بر وجوب امتحان پس از بلوغ نمی کند زیرا بنابراین که جمله فوق منقطع از صدر (وَ ابْتَلُوا...) باشد معنای آیه این می شود که: اگر یتامی به حد بلوغ رسیدند و - پس از امتحان یا به طور اتفاقی - آنها ایناس رشد شد باید اموالشان را ردّ کنید. اما آیا لازم است که تحقیق نمائیم که به حد رشد رسیده است یا نه؟ چنین چیزی لازم نیست.

اما جواب حَلّی، می فرمایند: تقریبی وجود دارد که با توجه به آن تقریب لزوم ابتلاء و امتحان برای بعد از بلوغ، علاوه بر احتمال سوم که مختار ما است، طبق احتمال چهارم و مختار مرحوم صاحب جواهر نیز، ثابت است و اشکال را از هر دو احتمال برطرف می کند و آن این است که بگوئیم: لازمه سیاق کلام و تناسب حکم و موضوع این است که آن علتی که با توجه به آن علت شارع مقدس دستور به امتحان یتامی قبل از زمان بلوغ داده است رعایت احتیاط است یعنی حرمت تصرف در مال

دیگران را منجز فرض کرده و می گوید باید مواظب باشید اعطاء اموال یتامی به آنها، لحظه ای تأخیر نینتند و اموال کسانی که واقعاً محجور نیستند در اختیار دیگران قرار نگیرد. بنابراین وقتی علت وجوب ابتلاء این باشد و واضح است که این علت فرقی بین قبل و بعد از بلوغ ندارد، پس مناسبت حکم و موضوع اقتضاء می کند که کلمه «حتی» و لو به معنای غایت باشد و لیکن مفهوم نداشته باشد و به عبارت دیگر با توجه به علت فوق، تناسب حکم و موضوع اقتضاء می کند که ابتلاء حتی بعد از بلوغ نیز ادامه داشته باشد و اختصاصی به زمان قبل از بلوغ نداشته باشد.

به نظر ما قسمتهائی از کلام ایشان قابل بررسی است که در جلسه آینده درباره آن بحث خواهیم نمود. ان شاء الله. (* و السلام*)

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسه قبل ضمن نقل و بررسی کلام مرحوم امام خمینی درباره ابتلاء یتامی به طرح اشکالی از سوی صاحب جواهر بر مبنای غایی بودن «حتی» و ایراد مرحوم امام به این اشکال پرداختیم، در این جلسه، ضمن ناتمام خواندن این ایراد، از ناحیه ای دیگر اشکال صاحب جواهر را ناوارد می دانیم، در ادامه به نقل ادامه کلام مرحوم امام پرداخته، تأکید می کنیم که هیچ مانعی ندارد که جزء شرط، خود جمله ای شرطیه باشد، در ضمیمه بحث در این باره به تفصیل بحث شده است. در پایان بحث، ضمن بررسی موارد استعمال «حتی اذا» در آیات قرآن نتیجه می گیریم که «اذا» در همه جا شرطیه و «حتی» حرف ابتداء می باشد و در 3 آیه ای هم که شرطیه بودن اذا، چندان روشن نیست، با دقت بیشتر و ذکر توجیهاات ادبی شرطیه بودن اذا را ثابت می کنیم.

الف) ادامه بررسی اشکال صاحب جواهر به غایی بودن «حتی»:

1) چکیده کلام صاحب جواهر و ایراد مرحوم امام خمینی به آن (یادآوری):

صاحب جواهر در رد احتمال غایی بودن «حتی» این اشکال را مطرح ساختند که بنابراین احتمال، تحقیق در رشد پس از بلوغ لازم نیست، با این که بلا اشکال تحقیق پس از بلوغ هم لازم است.

مرحوم آقای خمینی فرمودند که این اشکال بنا بر مبنای ابتدایی بودن «حتی» هم که مختار صاحب جواهر است مطرح می باشد، زیرا ذیل آیه مرتبط به صدر آن

می باشد، و چون یتیم قبل از بلوغ می باشد معنای آیه چنین است که علت دفع مال، تحقیق قبل از بلوغ است، بنابراین، آیه، دلیل لزوم تحقیق بعد از بلوغ نخواهد بود، و اگر بر فرض، بر خلاف ظاهر آیه، ذیل را مرتبط با صدر ندانیم، آیه مبهم می شود و از آن فهمیده نمی شود که آیا پس از بلوغ هم تحقیق لازم است یا خیر؟

پاسخ این اشکال که در هر دو احتمال می آید این است که علت تحقیق قبل از بلوغ آن است که مال افراد باید در اول از منہ امکان به آنها بازگردانده شود و این علت، بعد از بلوغ هم ثابت است، پس این اشکال غایی بودن «حتی» را نفی نمی کند.

2) دفاع استاد - مد ظله - از صاحب جواهر:

ممکن است ما کلام صاحب جواهر را چنین توضیح دهیم که کلمه «یتامی» در این آیه به معنای یتیم - بما هو یتیم - نیست بلکه مراد یتیم حدودی است و لو وصف یتیم از وی زایل گردد، زیرا با حفظ وصف یتیم، «حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ» معنا ندارد چون به اجتماع تقيضین می انجامد، یعنی هم باید یتیم باشد و بالغ نشده باشد و هم بالغ شده باشد، بنابراین عنوانی، مقسم برای دو حالت است که حدوداً یتیم باشد، خواه بقاء هم این وصف باقی باشد یا نباشد.

با توجه به این نکته، بنا بر احتمال ابتدایی بودن «حتی»، چون غایتی برای لزوم ابتلاء ذکر نشده است، اطلاق دلیل اقتضاء می کند که چه قبل از بلوغ و چه بعد از بلوغ تحقیق لازم باشد، بنابراین، تحقیق محدود به قبل از بلوغ نخواهد بود.

و اگر بر فرض جمله «حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ» را دلیل نگیریم که مراد از یتیم، یتیم با حذف وصف یتیم نیست، بلکه مراد اعم است، ولی به هر حال این احتمال که ممکن است مراد از یتیم معنای اعم باشد وجود دارد، لذا در آیه در نگاه بدوی دو احتمال در مفاد یتامی وجود دارد، و تناسب حکم و موضوع، اقتضاء می کند که مراد از یتیم، کسی باشد که حدوداً یتیم بوده، هر چند بقاء وصف یتیم از وی زایل شده باشد.

اما بنا بر احتمال غایی بودن «حتی»، چون برای لزوم تحقیق، حد تعیین شده، و بلوغ به عنوان غایت حکم به لزوم ابتلا ذکر شده، قهراً نمی توان حکم را به طور مطلق در قبل و بعد از بلوغ جاری بدانیم.

در توضیح این مطلب می گوئیم، ما چه قایل به ثبوت مفهوم اصطلاحی برای «غایت» باشیم و به نحو سالبه کلیه حکم مغتیا را پس از غایت منتهی بدانیم، و چه قایل نباشیم، به هر حال برای رفع محذور لغویت، باید در تمام قیود از جمله غایت به ثبوت مفهوم به نحو سالبه جزئی قایل باشیم، بنابراین در اینجا نمی توان به طور مطلق به لزوم تحقیق در قبل و بعد از بلوغ حکم کرد، و مجرد تناسب حکم و موضوع و عام بودن مناط حکم برای پاسخ به این اشکال و رفع محذور لغویت کافی نیست، البته می توان به وجهی، نوعی مفهوم فی الجملة برای «حتی» بنا بر احتمال غایی بودن ذکر کرد که مناسب بود مرحوم آقای خمینی آن را ذکر می فرمود.

3) توجیهی برای مفهوم فی الجملة داشتن «حتی» غایی در آیه شریفه:

با توجه به مبنایی که مرحوم آقای خمینی اختیار کرده و به لزوم ابتلاء قبل از بلوغ، به نحو مستمر حکم کرده اند می گوئیم: بین قبل از بلوغ و بعد از بلوغ فرق است، قبل از بلوغ، تنها درک رشد کافی نیست که به محض این که این مطلب صدق کرد دفع مال لازم باشد، بلکه باید درک رشد ادامه پیدا کند تا زمان بلوغ، ولی بعد از بلوغ چنین تحقیق مستمری لازم نیست، بلکه باید اصل تحقیق صورت گیرد و به مجرد احراز رشد، بدون هیچ حالت منتظره ای مال به صاحبش رد می شود.

بنابراین، وجه ذکر «غایت» لغو نیست (1)، چه اگر «حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ» ذکر نمی شد، از این آیه استفاده نمی شد که تحقیق باید تا زمان بلوغ استمرار داشته باشد، بلکه باید به مجرد احراز رشد قبل از بلوغ، مال یتامی به آنها بازگردانده

ص: 3323

1- (1) استاد - مد ظلّه - در درس آینده با تفصیل بیشتری به این بحث می پردازند، و مشکل لغویت را حتی با انکار مفهوم به طور کلی پاسخ می گویند.

می شد، بنابراین ذکر «حتی» غایبی، فایده دار می باشد، قبل از بلوغ تحقیق مستمر شرط است و بعد از بلوغ تحقیق مستمر شرط نیست، البته لزوم اصل تحقیق بعد از بلوغ هم با توجه به تناسب حکم و موضوع و عمومیت ملاک که در کلام مرحوم آقای خمینی ذکر شده بود استفاده می گردد.

(ب) نقل و بررسی ادامه کلام مرحوم امام خمینی:

(1) نقل ادامه کلام مرحوم امام خمینی:

برای ردّ غایبی بودن «حتی»، گفته شده است که «اذا» حرف شرط است و خروج آن از شرطیت نادر است⁽¹⁾، مرحوم آقای خمینی در مقابل فرموده اند که ظاهر «حتی» غایبی است و حتی تعلیلی نادر است، بنابراین باید «اذا» را در این آیه صرفاً ظرف بدانیم و آن را از معنای «شرطی»، مجرّد بینگاریم.

ایشان در خصوص آیه مورد بحث بر شرطی نبودن «اذا» تأکید می کنند، با این توضیح که لازمه شرطی بودن «اذا» آن است که در جمله شرطیه ما، جزای شرط خود جمله ای شرطیه باشد، و این امری است مستبعد و تنها در کتب علمی بکار می رود و در کلمات اهل عرف کاربرد ندارد.

(2) بررسی کلام مرحوم امام خمینی توسط استاد - مد ظلّه -:

ما در اینجا نخست به دلیلی که بر ردّ شرطی بودن «اذا» در این آیه ذکر کرده اند می پردازیم. در آیات و روایات، در موارد فراوان به جملات شرطیه ای برخورد می کنیم که جزاء شرط خود جمله شرطیه است، برخی از آیات و روایاتی که در آن جزاء شرط خود جمله شرطیه است⁽²⁾ سراسر کتب فقهی از این گونه تعابیر پر

ص: 3324

1- (1) (توضیح بیشتر) یا اصلاً ثابت نشده است، در این باره به مغنی ابن هشام، باب اول، ذیل بحث از «اذا» مراجعه شود.

2- (2) رجوع کنید به ضمیمه درس.

است، آیا چنین تعابیری عرفاً مستتکر است، آیا اگر گفته شود: من عقد امرأه فی حال الاحرام فان كان عالماً حرمت علیه ابداً و ان كان جاهلاً فان دخل بها حرمت علیه ابداً، و ان لم يدخل بها لم تحرم» آیا چنین جملاتی بر خلاف ذوق عرفی است؟ بی تردید چنین نیست، تفصیلات فقهاء در کتب فقهی، کاملاً برای عرف متعارف و مأنوس است و با این جهت نمی توان شرطی بودن «اذا» را نفی کرد.

ولی تحقیق در اصل مطلب ایشان مبتنی بر بررسی موارد استعمال «حَتَّى إِذَا» در آیه قرآن است، به طور اجمال عرض می کنیم که تعبیر «حَتَّى إِذَا» در 43 مورد در 42 آیه قرآن به کار رفته که در تمامی این موارد، «اذا» حرف شرط است، البته در 3 مورد، تفسیر آیه نیاز به دقت و تأمل دارد و به هر حال در این 3 مورد، هم مفسران «اذا» را شرطیه می دانند و با توجیهاات دیگر، ابهام آیه را بر طرف می سازند.

ج) بررسی مفاد «حتی اذا» در آیات قرآن:

1) اشاره به برخی از آیاتی که در آنها «حَتَّى إِذَا» بکار رفته است:

در آیات قرآنی که «حَتَّى إِذَا» بکار رفته غالباً به روشنی «اذا» شرطیه است همچون:

- وَقُلْ رَبِّ أَعُوذُ بِكَ مِنْ هَمَزَاتِ الشَّيَاطِينِ * وَأَعُوذُ بِكَ رَبَّ أَنْ يَحْضُرُونِ * حَتَّى إِذَا جَاءَ أَحَدَهُمُ الْمَوْتُ قَالَ رَبِّ ارْجِعُونِ * لَعَلِّي أَعْمَلُ صَالِحاً فِيمَا تَرَكْتُ [مؤمنون / 97-100].

- وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا، حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا، وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا حَتَّى إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ ... [احقاف / 15]

- ... وَ مَنْ يَعِصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَإِنَّ لَهُ نَارَ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا أَبَدًا * حَتَّى إِذَا رَأَوْا مَا يُوعَدُونَ فَسَيَعْلَمُونَ مَنْ أَضَعَفُ ناصِرًا وَأَقَلُّ عَدَدًا [جن / 23، 24]

و همین طور در آیات دیگر که همه علماء بالاتفاق «اذا» را شرطیه می دانند(1)، تنها در 3 آیه نیاز به بحث دارند.

(2) آیات نیازمند بحث:

آیه اول: آیه 73 از سوره زمر، در این سوره دو آیه شبیه هم وجود دارد که باید با هم ملاحظه شود در آیه 71 این سوره می خوانیم: وَ سَبِقَ الَّذِينَ كَفَرُوا إِلَىٰ جَهَنَّمَ زُمَرًا حَتَّىٰ إِذَا جَاؤُهَا فُتِحَتْ أَبْوَابُهَا وَقَالَ لَهُمْ خَزَنَتُهَا أَلَمْ يَأْتِكُمْ رُسُلٌ مِّنكُمْ ...، در آیه 73 شبیه این آیه با افزودن «واو» دیده می شود: وَ سَبِقَ الَّذِينَ اتَّقَوْا رَبَّهُمْ إِلَىٰ الْجَنَّةِ زُمَرًا حَتَّىٰ إِذَا جَاؤُهَا وَفُتِحَتْ أَبْوَابُهَا وَقَالَ لَهُمْ خَزَنَتُهَا: سَلَامٌ عَلَيْكُمْ

در این آیه مفسران «اذا» را شرطیه دانسته اند و برای حل مشکل جزاء شرط راه حلهایی ذکر شده است.

راه حل اول: در کشاف می گوید: «حتی» هی التی تحکی بعدها الجمل و الجمل المحکیه بعدها هی الشرطیه الا ان جزاءها محذوف(2)، و انما حذف لانه صفة ثواب اهل الجنة، فدلّ بحذفه علی انه شیء لا یحبط به الوصف...

راه حل دوم: برخی «واو» را زائد دانسته اند، در اینجا برخی واو «وَفُتِحَتْ أَبْوَابُهَا» را زائد گرفته اند و برخی واو «وَقَالَ لَهُمْ خَزَنَتُهَا»(3)، البته اگر قرار باشد واو را زانده بگیریم

ص: 3326

1- (1) (توضیح بیشتر) بحث استاد - مد ظلّه - در اینجا بر مفاد «اذا» متمرکز است، اما این که مفاد «حتی» چیست؟ بحثی دیگری است، در آیات قرآن گاه «حتی» قبل از اذا شرطیه به معنای «حتی» غایی است همچون: لیست التوبه للذین یعملون السیئات حتی اذا حضر احدهم الموت قال انی تبت الان [نساء / 18]، مفاد این آیه این است که این افراد بدکاریشان تا زمان مرگ ادامه دارد، در آیه ابتلاء یتامی، بحث از این که آیا مراد از «حتی» غایی است یا تعلیلی؟ ظاهراً ثمره فقهی ندارد، زیرا در هر حال وقتی اذا شرطیه باشد و جزاء آن نیز جمله شرطیه، نتیجه گرفته می شود که بلوغ و ایناس رشد هر دو در لزوم دفع اموال به یتامی معتبر است و یکی از آن دو کفایت نمی کند، لذا نیازی به بررسی مفاد «حتی» نیست.

2- (2) (توضیح بیشتر) در مجمع البیان محذوف بودن جزاء را از علی بن عیسی نقل کرده و می گوید: و هذا معنی قول الخلیل.

3- (3) (توضیح بیشتر) در مغنی در ذیل حرف الواو، معنی هشتم را واو زائد دانسته می گوید: اثبتها الکوفیون و الاخفش و جماعه و حمل علی ذلک «حَتَّىٰ إِذَا جَاؤُهَا وَفُتِحَتْ أَبْوَابُهَا» بدلیل الآیه الاخری و قیل: هی عاطفه و الزانده الواو فی «وَقَالَ لَهُمْ خَزَنَتُهَا» و قیل لها عاطفتان و الجواب محذوف ای کان کیت و کیت، و کذا البحث فی «فَلَمَّا أَسَدَ لَمَّا وَ تَلَّ لِلْجَبِينِ وَ نَادَيْنَاهُ» الاولى او الثانیه زانده علی القول الاول او هما عاطفتان و الجواب محذوف علی القول الثانی.

زائد گرفتن «واو» قبل از «فُتِحَتْ أَبْوَابُهَا»، اولی است زیرا با آیه قبلی هماهنگ می‌گردد. راه حل سوم (که مورد پذیرش ادبا نیست) (1):
واو، واو ثمانیه است، چون بهشت هشت در دارد.

به هر حال نحویان در این که «اذا» در این آیه شرطیه است اتفاق نظر دارند. نظیر این آیه، آیه دیگری است که در آن اختلاف شده که آیا واو زائده است یا عطف به محذوف؟ «فَلَمَّا أَسْلَمَا وَ تَلَّهُ لِلْجَبِينِ وَ نَادَيْنَاهُ أَنْ يَا إِبْرَاهِيمُ قَدْ صَدَّقْتَ الرُّؤْيَا...» [صافات / 103-105]، در اینجا نیز برخی «واو» قبل از تله للجبین و برخی دیگر «واو» قبل از «نادیناه» را زائده گرفته‌اند و برخی دیگر جزاء شرط را محذوف گرفته‌اند که به تعبیر کشف علت حذف جزاء شرط آن است که قابل توصیف نیست (2)، شبیه این دو آیه، دو آیه بعدی است که در آنها به جای «واو»، ثم بکار رفته است.

آیه دوم: وَ عَلَى الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ خَلَفُوا حَتَّىٰ إِذَا ضَاقَّتْ عَلَيْهِمُ الْأَرْضُ بِمَا رَحُبَتْ وَ ضَاقَّتْ عَلَيْهِمْ أَنْفُسُهُمْ وَ ظَنُّوا أَنْ لَا مَلْجَأَ مِنَ اللَّهِ إِلَّا إِلَيْهِ، ثُمَّ تَابَ عَلَيْهِمْ لِيَتُوبُوا إِنَّ اللَّهَ هُوَ التَّوَّابُ الرَّحِيمُ [توبه / 118]

در این آیه هم برخی «ثم» را زائده گرفته‌اند، برخی دیگر جزاء شرط را محذوف گرفته‌اند (3). بنابراین «ثُمَّ تَابَ عَلَيْهِمْ» عطف به محذوف است، یعنی وقتی برای این

ص: 3327

1- (1) ر. ک: مغنی، حرف «واو»، معنی نهم.

2- (2) توضیح بیشتر) در کشف جزاء شرط را پس از «قَدْ صَدَّقْتَ الرُّؤْيَا» در تقدیر گرفته با این عبارت: کان ما کان حَمًّا تَنْطِقُ بِهِ الْحَالُ وَ لَا يَحِيطُ بِهِ الْوَصْفُ مِنْ اسْتِبْشَارِهِمَا وَ اغْتِبَاطِهِمَا وَ حَمْدِهِمَا لِلَّهِ...، در مجمع البیان نیز محل تقدیر را همین جا گرفته ولی مقدر را «فاذا و ظفرا بما ارادا»، ولی بنظر می‌رسد که بهتر است، جزاء محذوف قبل از «وَ نَادَيْنَاهُ» تقدیر گرفته شده و این جمله عطف به محذوف باشد، در اینجا حالت وصف ناپذیر پدر و پسر، پس از تسلیم امر الهی و آماده اجراء حکم ربوبی شدن، جزاء شرط می‌باشد، آنچه در قلب این دو بنده خالص در حالت انقطاع آنها و فناء در عبودیت و اطاعت می‌گذشت، با قلم بیان شدنی نیست، لحن کلام استاد - مد ظلّه - هم با این معنا سازگار است.

3- (3) در مغنی در بحث «ثم» می‌گوید که این حرف سه معنا را با هم می‌رساند که معنای اول آن «التشریک فی الحکم» می‌باشد، وی در توضیح اختلاف علماء ادب در این باره می‌گوید: فَمَا التَّشْرِيکُ فِرْعَمِ الْاِخْفَشِ وَ الْکَوْفِيُونِ اِنَّهٗ قَدْ يَتَخَلَّفُ، وَ ذَلِکَ بَانَ تَقَعُ زَائِدَةٌ، فَلَا تَكُونُ عَاطِفَةً الْبَتَّةَ، وَ حَمَلُوا عَلٰی ذَلِکَ قَوْلَهُ تَعَالٰی «حَتَّىٰ إِذَا ضَاقَّتْ عَلَيْهِمُ الْأَرْضُ...»... و خرجت الآیه علی تقدیر الجواب.

سه نفر، زمین تنگ شد و تحمل خودشان هم بر خودشان دشوار گردید و دریافتند که جز خدا پناهگاهی ندارند، حالت نفسانی غیر قابل وصفی برای آنها پدیدار گردید، سپس خداوند بر آنها عنایت کرد تا توبه نمایند.

آیه سوم: **وَلَقَدْ صَدَقَكُمُ اللَّهُ وَعْدَهُ إِذْ تَحُسُّونَهُمْ بِإِذْنِهِ حَتَّى إِذَا فَشِلْتُمْ وَتَنَزَعْتُمْ فِي الْأَمْرِ وَعَصَيْتُمْ مِنْ بَعْدِ مَا أَرَاكُمْ مَا تُحِبُّونَ مِنْكُمْ مَنْ يُرِيدُ الدُّنْيَا وَ مِنْكُمْ مَنْ يُرِيدُ الْآخِرَةَ ثُمَّ صَرَفَكُمْ عَنْهُمْ لِيَبْتَلِيَكُمْ [آل عمران / 152]**

این آیه هم نظیر آیه قبل است، می توان در آن ثم را محذوف گرفت و می توان «ثم» را عطف به جزاء محذوف، و در هر حال «اذا» شرطیه می باشد. (1)

به هر حال «اذا» بعد از «حتی» همه جا شرطیه است.

3) تأییدی ذوقی بر شرطیه بودن اذا، و نتیجه گیری بحث:

شما خود ذوقاً در حدیث شریفه «الناس فی سعه ما لم يعلموا» به جای «ما لم يعلموا» «حتی اذا علموا» بگذارید، آیا احساس نمی کنید که جمله ناقص است و نیاز به تکمیل دارد و باید مثلاً چنین باشد: الناس فی سعه حتی اذا علموا لم یکن لهم سعه.

خلاصه به نظر می رسد که «اذا» در آیه ابتلاء یتامی، شرطیه است و جزاء شرط «فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشِدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» می باشد، در نتیجه برای لزوم دفع دو شرط لازم است: بلوغ و ایناس رشد.

«* و السلام*»

ص: 3328

در آیات قرآن موارد بسیاری دیده می شود که جزء جمله شرطیه خود جمله شرطیه دیگری است، این تعبیر، در جایی که در جمله شرطیه دوم، شرطی متاخر باشد بیشتر است، مثلاً: إِذَا صَدَرْتُمْ فِي الْأَرْضِ، فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا (نساء / 101) و نیز ر. ک: بقره / 23 (إِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ)، 89 (وَلَمَّا جَاءَهُمْ كِتَابٌ) [دقت شود]، 94 (إِنْ كَانَتْ لَكُمُ الدَّارُ الْآخِرَةُ، 103 (لَوْ أَنَّهُمْ آمَنُوا)، 230 (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا)، 232 (إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ)، 233 (إِنْ أَرَدْتُمْ)، نساء / 59 (فَإِنْ تَنَارَعْتُمْ فِي شَيْءٍ) ، نساء / 101 (إِذَا صَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ)، انعام / 40 (إِنْ أَتَاكُمْ عَذَابُ اللَّهِ)، اعراف / 106 (إِنْ كُنْتُمْ جِئْتُمْ بِآيَةٍ)، انفال / 41 (أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ)، توبه / 28 (إِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً)، يونس / 84 (إِنْ كُنْتُمْ آمَنْتُمْ بِاللَّهِ)، هود / 63 (إِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ بَيِّنَةٍ)، جمعه / 6 (إِنْ زَعَمْتُمْ أَنَّكُمْ أَوْلِيَاءُ لِلَّهِ)، نوح / 4 (إِنَّ أَجَلَ اللَّهِ إِذَا جَاءَ)

در جایی که شرط جمله، شرط دوم مقدم هم باشد نمونه هایی در آیات قرآنی دیده می شود: فَأَمَّا يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا خُذُوا حَتْفَ الْبَنَاتِكُمْ فِي الدُّعَىٰ وَالْغُلَامَ الَّذِي بَيْنَ يَدَيْهِ فَاسْمِعُوا فِي الْمُبَاهَاةِ أَنَّ كِتَابَ اللَّهِ هُوَ الْحَقُّ وَمَنْ يُضَلِّمْ فَإِنَّهُ يُضَلِّمُ نَفْسَهُ وَاللَّهُ يَهْدِي مَن يَشَاءُ (نساء / 38)

- فَإِذَا أُمِيتُمْ مِمَّنْ تَمَّتْ بِالْعَمْرَةِ إِلَىٰ الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَ سَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ (بقره / 196)

- فَإِذَا أَحْصِنَ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ (نساء / 25)

- فَإِذَا عَزَمَ الْأَمْرُ فَلَوْ صَدَقُوا اللَّهَ لَكَانَ خَيْرًا لَهُمْ (محمد / 21)

- وَإِنْ كَانَ كَبِيرَ عَلَيْكَ إِعْرَاضُهُمْ فَإِنْ اسْتَطَعْتَ أَنْ تَبْتَغِيَ نَفَقًا فِي الْأَرْضِ أَوْ سَهْلًا فِي السَّمَاءِ فَتَأْتِيهِمْ بِآيَةٍ... (انعام / 35) جزء شرط دوم عبارتی همچون: فعلت می باشد که حذف شده است.

همچنین نمونه های دیگری از جمله شرطیه که جزء شرط آن خود جمله شرطیه است دیده می شود مثلاً:

- وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا (احزاب / 50)

- كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْأُولَادَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ (بقره / 180) و نیز ر. ک: مائده / 105 (إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ) [مجموعاً 27 مورد]

گفتنی است که در اینجا ما از ذکر مواردی که جمله شرطیه ای با حرف عطف بر جزء شرط (که خود جمله شرطیه نیست) عطف شده خودداری کرده ایم، اگر این موارد را به آیات فوق بیفزاییم، رقم کلی بیشتر خواهد شد، به عنوان نمونه تنها به ذکر یک آیه اکتفاء می کنیم.

وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ [نساء / 3]، جمله شرطیه (فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا) معطوف به جزء شرط (فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ) می باشد.

در روایات اهل بیت علیهم السلام نمونه های این بحث بسیار زیاد است ما تنها به چند روایت برگرفته از کافی اکتفاء می کنیم که در آن همانند آیه ابتلاء یتامی در جمله شرطیه اول، ادات شرطه «اذا» و در جمله شرطیه دوم ادات شرط «فان» و جزء شرطیه دوم نیز جمله طلبیه می باشد:

- قال ابو عبد الله عليه السلام: اذا خالطت الناس فان استطعت ان لا تخالط احداً من الناس الا كانت يدك العليا عليه فافعل (کافی 14/101:2)

- عن ابی عبد الله عليه السلام اذا مسّ ثوبک الکلب فان کان یابساً فانضحہ و ان کان بطناً فاغسله (کافی 1/60:3)

- عن ابی عبد الله عليه السلام اذا دخلت المسجد فان استطعت ان یقیم ثلاثه ايام الاربعاء والخميس و الجمعة فصلّ ما بین القبر و المنبر (کافی 4/558:4)

- عن ابی جعفر عليه السلام: اذا وقعت الفأره فی السمن فماتت فيه فان کان جامداً فالقها و ما یليها و کل ما بقى و ان کان ذائباً فلا تأكله و استمسح به (کافی 1/261:6 و نیز ر. ک: کافی 5 / 515:2 (اذا جحد الرجل الحق)، 3/212:3 (اذا وجد الرجل قتيلاً)، 7/521:4 (اذا نفرت فی النفر الاوّل)، 1/491:5 (اذا کان للرجل منکم الجاریه)، 6/228:1 (اذا اضطرت الیها)، 3/283:7 (اذا قتل الرجلان و الثالثه رجلاً)، 7/298:1 (اذا قتل الرجل المرأه)

در مغنی در بحث «حتی» وجه سوم «حتی» را حرف ابتداء دانسته و آن را چنین تفسیر می کند: اى حرفاً تبتداً بعده الجمل اى تستأنف، فیدخل على الجملة الاسمية... و على الفعلية التى فعلها مضارع... و على الفعلية التى فعلها ماض نحو «حَتَّى عَفَوْا وَقَالُوا»، و زعم ابن مالک ان «حتی» هذه جاره و ان بعدها ان مضمره، و لا اعرف له فى ذلك سلفاً، و فيه تكلف اضمار من غير ضروره، و كذا قال فى «حتی» الداخلة على «اذا» فى نحو «حَتَّى إِذَا فَشِلْتُمْ وَ تَنَارَعْتُمْ» انها الجاره و ان «اذا» فى موضع جر بها، و هذه المقالة سبقه اليها الاخفش و غيره، و الجمهور على خلافها و انها حرف ابتداء، و ان «اذا» فى موضع نصب بشرطها او جوابها، و الجواب فى الآيه محذوف اى امتحنتم او انقسمتم قسمين بدليل: «مِنْكُمْ مَنْ يُرِيدُ الدُّنْيَا وَ مِنْكُمْ مَنْ يُرِيدُ الآخِرَةَ» و نظيره حذف جواب لَمَّا فى قوله تعالى «فَلَمَّا نَجَّاهُمْ إِلَى الْبَرِّ فَمِنْهُمْ مُّقْتَصِدٌ» اى انقسمتم فمنهم مقتصد و منهم غير ذلك... و زعم بعضهم ان الجواب فى الآيه الاولى المذكور و هو «عَصَيْتُمْ» او «صَرَفْتُمْ»، و هذا مبنى على زياده الواو و ثم، و لم يثبت ذلك.

گفتنی است که در بحث «اذا» شرطیه، در فصل «فى خروجها عن الظرفیه» هم آمده است: زعم أبو الحسن فى «حَتَّى إِذَا جَاؤَهَا» ان اذا جرّ ب «حتی»، محقق کتاب مغنی در حاشیه به آیه 71 سوره زمر ارجاع داده است، ولی بنظر می رسد که مراد از این عبارت، آیه 73 سوره زمر است که در آن جمله شرطیه به صورت روشن دیده نمی شود و نیاز به توجیه دارد. أبو الحسن (ظ: اخفش) آیه فوق را با شرطی ندانستن «اذا» و مجرور دانستن آن توجیه کرده است، همچنان که در آیه «حَتَّى إِذَا فَشِلْتُمْ» به همین جهت «اذا» را مجرور به «حتی» گرفته است، در تفسیر کشاف هم در تفسیر این آیه می گوید: «فان قلت: این متعلق «حتی اذا» قلت: محذوف تقدیره: حتى اذا فشلتم منعكم نصره، و يجوز ان يكون المعنى: صدقكم وعده الى وقت فشلكم»

توجیه دوم کشاف با کلام اخفش سازگار است.

به هر حال به نظر می رسد که اخفش برای حل مشکل این آیه دوره حل پیشنهاد کرده:

راه حل اول: زائد گرفتن «واو» یا «ثم» در این آیه.

راه حل دوم: مجرور دانستن «اذا» به «حتی»، در نتیجه اذا حرف شرط نیست تا جزا بخواهد.

نتیجه این بحث این است که در آیات بحث انگیز ما، ممکن است به عنوان یک راه حل و توجیه، کسانی چون اخفش، قائل به شرطی نبودن «اذا» شده باشند، ولی اولاً: جمهور چنین نظری را نپذیرفته اند، ثانیاً: اخفش هم در این آیات راه حل انحصاری را شرطی نبودن حتی نمی داند، بلکه تنها یکی از راه حلها می داند، ثالثاً:

اخفش هم این مطلب را خلاف اصل اولی می داند و برای حل مشکل آیه بدان دست می یازد، بنابراین نمی توان آیه ابتلاء یتامی را به این گونه آیات مقایسه کرد.

در پایان این بحث اشاره به این نکته مفید است که معنای این کلام نحویان که «حتی» قبل از «اذا» حرف ابتداء است این نیست که «حتی» معنایی ندارد، بلکه مراد این است که حتی عامل نیست، و حرف عطف هم نمی باشد، بر خلاف موارد دیگر که حتی جاره است و یا حرف عطف می باشد، بنابراین، ابتدایی بودن «حتی» تنها به جنبه لفظی آن کار دارد، ولی از جهت معنی، حتی ابتدایی می تواند برای تعلیل یا برای انتهاء غایت باشد. (* و السلام*)

ص: 3332

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در این جلسه، ضمن ادامه بحث از آیه ابتلاء یتامی، نخست به بحثی اصولی درباره اتحاد مفاهیم و مواردی که وصف یا غایت، مفهوم فی الجملة هم نداشته، پرداخته، قسمتی از کلام مرحوم امام را درباره آیه فوق توضیح می دهیم، در ادامه، کلام مرحوم آقای حکیم را نقل می کنیم که از آیه ابتلاء - بر خلاف نظر متعارف - صحت معاملات اطفال را نتیجه گرفته اند و اجمالاً به ناتمامی این استنتاج اشاره می کنیم، سپس این سؤال را مطرح می کنیم که مرحوم شیخ که در اصول، شهرت را حجت نمی داند چرا در فقه به استناد شهرت فتوا می دهیم، در پاسخ می گوئیم که شیخ انصاری دلیل انسداد را تمام می داند و شهرت را از باب ظن مطلق حجت می داند نه از باب ظن خاص.

الف) بررسی اشکالی در مورد کلام مرحوم امام درباره آیه ابتلاء (یادآوری و تکمیل):

1) طرح اشکال:

ایشان از چهار معنایی که در آیه ابتلاء یتامی ذکر کرده اند، معنای سوم را استظهار کرده اند، بنا بر نظر ایشان ابتلاء و امتحان یتامی هم قبل از بلوغ و هم بعد از بلوغ لازم است و «حتی» در آیه شریفه مفهوم ندارد، در اینجا این اشکال به نظر می آید که اگر آیه در مقام مفهوم نباشد ذکر «حتی» غایی لغو است، چنانچه حکم لزوم ابتلاء

ص: 3333

نسبت به ما بعد قبول هم ثابت است، باید «حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ» ذکر نمی شد بلکه به جمله «وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَى» اکتفاء می شد.

برای پاسخ این اشکال، اشاره به بحثی اصولی در باب مفاهیم لازم است.

2) بحثی اصولی در باب مفاهیم:

در ادواتی که برای تعلیق و تخصیص و تقييد حکم ذکر می شود همچون شرط، وصف، غایت، بحث معروفی وجود دارد که آیا این جملات مفهوم دارند یا خیر؟ مراد از این بحث آن است که آیا به نحو قضیه سالبه کلیه مفهوم ثابت می باشد، مثلاً اگر گفته شود: «اذا جاء زيد وجب اكرامه» آیا مفهوم آن این است که «اذا لم یجىء زيد ما وجب اكرامه اصلاً» یعنی در صورت نیامدن زيد، اصلاً وجوب اكرامی در کار نیست، (1) یا در جملات غایی: اكرم زیداً حتى یطلع یوم الجمعة، آیا پس از تحقق غایت حکم به طور کلی، به طور کلی ساقط می گردد یا خیر؟ طرفداران مفهوم، نفی حکم را به گونه قضیه سالبه کلیه قائلند. مخالفان مفهوم چنین مفهومی را منکرند، البته معمولاً مخالفان مفهوم این چنینی، به نوع دیگری از مفهوم قائلند و آن مفهوم به شکل قضیه سالبه جزئیه است، در مثال اول اگر آمدن زيد و نیامدن زيد هیچ گونه تفاوتی نداشته باشد ذکر قید «اذا جاء زيد» لغو است، ولی اگر حکم به طور کلی ثابت نباشد و در صورت نیامدن زيد به طور کلی هم از بین نرود بلکه تفصیلی در کار باشد مثلاً در صورت خدمت کردن زيد یا بیمار شدن وی یا... اكرام وی نیز لازم باشد، این معنا سبب لغویت «اذا» شرطیه نمی گردد، هر چند مفهوم را به معنای مصطلح به شکل سالبه کلیه نپذیریم.

ص: 3334

1- (1) به نظر ما در جملات شرطیه بین جایی که شرط متقدم باشد با جایی که شرط متأخر از جزاء باشد تفاوت وجود دارد در صورت دوم مفهوم وجود دارد و در صورت اول وجود ندارد و مثالی که صاحب معالم در بحث مفهوم شرط مطرح ساخته که در آن وجدانا مفهوم ثابت است از قسم دوم است (: قول القائل: «اعط زیداً در هما ان اكرمک یجری فی العرف مجری قولنا: الشرط فی اعطائه اكرامک و المتبادر من هذا «انتفاء الاعطاء عند انتفاء الاكرام قطعاً بحيث لا یکاد ینکر عند مراجعه الوجدان فیکون الاول ایضاً هكذا...»).

همچنین در مثال دوم، ممکن است ما مفهوم اصطلاحی را برای غایت قائل نباشیم ولی برای فرار از لغویت، مفهومی به نحو سالبه جزئیه قائل شده بگوییم، پس از طلوع روز جمعه، فی الجمله لزوم اکرام مرتفع می گردد.

مرحوم آقای بروجردی و مرحوم آقای خویی و پیش از این بزرگان، سید مرتضی به این گونه مفهوم قائل بوده و ما نیز با این مبنا موافقیم.

با این حال، گاه، در جمله چنین مفهوم فی الجمله هم ثابت نیست و آن در جایی است که مورد مذکور فرد خفی حکم باشد، اگر گفته شود: «اذا كان الهاشمي فاسقاً يحرم توهينه»، این مثال در مقام بیان این مطلب است که فسق هاشمی سبب نمی گردد که حرمت توهین وی از بین برود، در اینجا ممکن است حرمت فسق در صورت عدالت وی هم ثابت باشد، و ثبوت حرمت به گونه مطلق برای هاشمی، ضرری به جمله شرطیه فوق نمی زند و ذکر «اذا» شرطیه را لغو نمی سازد. پس هیچ قسم مفهوم مخالفی برای این جمله نیست، حال آیا جمله فوق مفهوم موافق دارد یا خیر؟ بحث دیگری است. (1)

فرد مخفی بودن هم با توجه به قرآینی همچون تناسب حکم و موضوع معلوم می گردد.

ص: 3335

1- (1) (توضیح بیشتر) ذکر شرط یا قید دیگری که فرد مخفی است به چند صورت ممکن است: گاه ذکر شرط برای این نیست که ثبوت حکم در صورت فقدان شرط با مفهوم اولویت فهمیده می شود، در جمله «فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌّ» ممکن است مفاد آیه چنین دانسته شود که شما حتی «اف» هم نمی توانید به پدر و مادر خود بگویید تا چه رسد به مراحل بالاتر ایذاء و بی احترامی، در اینجا جمله فوق، خود در مقام تفهیم ثبوت حکم برای مراحل قوی تر می باشد یعنی جمله مفهوم موافق دارد. گاه ذکر شرط برای این است که ثبوت حکم در صورت فقدان شرط، برای مخاطب روشن است، در اینجا جمله فوق برای افهام مفهوم موافق ذکر نشده، چون نیازی به ذکر چنین مطلبی نبوده، بلکه تنها برای تعمیم حکم نسبت به موارد مشکوک و افراد مخفی، شرط (یا قید دیگر) ذکر شده است. گاه شرط احتمال دارد فرد مخفی باشد و احتمال خصوصیت آن را هم می دهیم ولی جمله اجمال دارد که آیا ذکر شرط به جهت افهام مفهوم موافق می باشد یا ثبوت مفهوم موافق از قبل معلوم است. یا ذکر شرط برای افهام مفهوم مخالف (به نحو سالبه جزئیه یا سالبه کلیه)، در اینجا با توجه به اجمال جمله نمی توان به ثبوت مفهوم (نه مفهوم موافق و نه مفهوم مخالف) حکم کرد ولی اگر از خارج فهمیدیم که حکم مسئله به طور کلی ثابت است، درک می کنیم که ذکر شرط (یا قید دیگر) به یکی از دو صورت اول بوده است.

در جملات غایبی هم گاه هیچ گونه مفهوم مخالفی در کار نیست، مثلاً اکرام زید پس از طلوع روز جمعه برای مخاطب معلوم است و ثبوت حکم قبل از آن مشکوک است، ما در اینجا می‌گوییم: «اکرم زیداً حتی طلوع یوم الجمعة» ذکر «حتی» با این که جمله فوق اصلاً مفهوم ندارد لغو نیست.

3) پاسخ به اشکال فوق با توجه به بحث اصولی مفاهیم:

کلام مرحوم آقای خمینی را به دو گونه می‌توان تفسیر کرد که اشکال فوق بر آن وارد نباشد.

تفسیر اول: جمله فوق مفهوم به نحو سالبه جزئیه دارد و انکار مفهوم در کلام مرحوم آقای خمینی، انکار مفهوم اصطلاحی یعنی سالبه کلیه است با این توضیح که قبل از بلوغ باید تحقیق صورت گیرد، چه ایناس رشد شود، چه نشود، یعنی قبل از بلوغ به مجرد ایناس رشد مال طفل به وی داده نمی‌شود، بلکه باید امتحان تا زمان بلوغ استمرار داشته باشد، ولی بعد از بلوغ به مجرد ایناس رشد مال طفل به او داده می‌شود پس بعد از بلوغ هم امتحان لازم است ولی نه به طور کلی بلکه به شرطی که ایناس رشد نشده باشد ولی قبل از بلوغ به طور کلی امتحان لازم است.

تفسیر دوم: جمله اصلاً مفهوم حتی به نحو سالبه جزئیه هم ندارد، با این بیان که؛ چون برخی از اهل تسنن گفته‌اند که تحقیق حتماً باید بعد از بلوغ باشد. در نظر عرفی هم این تصور ممکن است به نظر بیاید که ادراکات کودکان ضعیف است و دادن اموال به دست آنها هر چند برای امتحان، مطابق مصلحت نیست، این گونه شبهات و مشابهاً آن سبب می‌گردد که ثبوت امتحان قبل از بلوغ محل تردید باشد و ممکن است لزوم امتحان بعد از بلوغ را مسلّم بدانیم، بنابراین در اینجا ذکر «حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ» برای اشاره به این جهت است که همچنان که امتحان بعد از بلوغ لازم است و شما هم خود این را می‌دانید، این مطلب را نیز بدانید که قبل از بلوغ هم امتحان لازم است.

مانند این جمله: «یجب احترام الاطفال حتی یبلغوا»، چون محل تردید احترام اطفال قبل از رسیدن به مرحله بلوغ بوده، عبارت فوق، قبل از بلوغ را تخصیص به ذکر داده، چون احترام آنها پس از بلوغ مسلم و روشن می باشد.

(ب) نقل و بررسی کلام مرحوم آقای حکیم درباره آیه ابتلاء:

(1) نقل کلام مرحوم آقای حکیم با توضیح استاد - مد ظلّه -:

مرحوم آقای حکیم از برخی نقل می کنند که به آیه ابتلاء یتامی بر صحت تصرف صبی با اذن ولی استناد جسته اند و اعتراضی بدان نکرده اند و بعد از ذکر این دلیل (و دلیلهای دیگر)، به جواز تصرف صبی با اذن ولی فتوا می دهند، بنابراین ظاهراً این استدلال (و سایر ادله) را پذیرفته اند، ایشان می گویند: ظاهر از ابتلاء یتامی، ابتلاء آنها به وسیله معامله کردن با اموال می باشد تا رشد آنها را بدست آورند، و این که ابتلاء یتامی به وسیله مقدمات عقد باشد خلاف ظاهر است و مراد از «أَمْوَالَهُمْ» در ذیل آیه (فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) بقیه اموال ایشان است. بنابراین منافات ندارد که قسمتی از اموال ایشان را به جهت آزمایش رشد بیشتر در اختیار آنها بگذارند.

مرحوم آقای حکیم به همین مقدار که ظاهراً مراد از ابتلاء، ابتلاء به وسیله معامله کردن اطفال با اموال می باشد، برای صحت معامله اطفال بسنده کرده اند و توضیح بیشتری نداده اند، ما در تکمیل این بیان می گوئیم که اگر معامله هایی که اطفال با اموال می کنند شرعاً باطل باشد، دیگر افرادی که به مبادی شرع پایبندند حاضر نیستند با اطفال معامله کنند، بنابراین ابتلاء اطفال حاصل نمی گردد، و بسیار بعید است بگوئیم مراد معامله با غیر متدینین است که پایبند حلال و حرام و صحت و فساد معامله نیستند، بنابراین، معنای آیه تصحیح معامله اطفال است، از طرف دیگر همین که به اولیاء دستور می دهد که اموال را در اختیار اطفال قرار دهید تا آنها را امتحان کنید، به معنای اذن اولیاء در معامله کردن اطفال می باشد.

بنابراین، از آیه فوق صحت معامله اطفال با اذن اولیاء استفاده می شود.

گفتنی است اصل استدلال به آیه بر صحت معاملات صبی، سابقه دیرینه دارد، علامه حلی هم در تحریر به گونه ای به این استناد کرده، سالها قبل از وی هم در زمان ائمه علیهم السلام ابو حنیفه هم به این آیه استدلال کرده است(1)

(2) بررسی کلام مرحوم آقای حکیم:

مرحوم آقای خمینی تقریب فوق را پاسخ می دهند با این بیان که؛ امتحان متوقف بر اصل معامله است نه بر صحت معامله. وقتی ملاحظه کردند که طفل در تشخیص معامله و این که با چه کسی و به چه قیمتی معامله کند راه درست را می پیماید، غرض از معامله که تشخیص رشد است حاصل می گردد خواه معامله صحیح باشد یا باطل.

این مقدار از پاسخ رد کلام مرحوم آقای حکیم با توضیحاتی که ما بدان افزودیم کافی نیست ولی این توضیحات هم توقف امتحان را بر صحت معامله اثبات نمی کند، زیرا هر چند معاملات اختیاری باید به قصد ترتیب اثر باشد وگرنه کسی حاضر به انجام معامله بی اثر نیست، ولی لزومی ندارد که ترتیب اثر بر این معامله با عمل صبی حاصل شده باشد، بلکه ممکن است قبل یا بعد معامله دیگری توسط اولیاء انجام گیرد و نقل و انتقال مستند به این معامله باشد، و در این میان، معامله صوری هم توسط خود صبی انجام گرفته شده باشد و به وسیله آن رشد و عدم رشد وی تشخیص داده شود، به خصوص اگر معامله اختیاری با خود اولیاء صورت گیرد، بنابراین، اشکال مرحوم آقای خمینی به کلام مرحوم آقای حکیم وارد می باشد.

ما عرائض دیگری درباره کلام مرحوم آقای حکیم داریم(2) که در جلسه آینده به

ص: 3338

1- (1) البته نحوه استفاده ابو حنیفه و علامه حلی در تحریر با نحوه استفاده مرحوم آقای حکیم از آیه فوق تفاوت دارد چنانچه در بحث جلسه آینده خواهیم آورد.

2- (2) استاد - مد ظلّه - به پاره ای از این اشکالات در درس اشاره کردند، ولی چون این بحث را با تفصیل بیشتر در جلسه آینده مطرح ساختند، ما از ذکر آن در اینجا خودداری کردیم.

آنها می پردازیم، همچنین اشکالات دیگری درباره دلالت آیه بر محجوریت صبی و بی اثر بودن الفاظ وی به طور مطلق وجود دارد که در آینده به آنها می پردازیم و ظاهراً به دلیل این گونه اشکالات مرحوم شیخ انصاری در این بحث از مکاسب، اصلاً به آیه ابتلاء نپرداخته، بلکه ادله دیگر همچون روایات و اجماع را مطرح ساخته است، بحث تفصیلی در ادله شیخ را پس از این خواهیم آورد، تنها در اینجا به توضیحی درباره قسمتی از کلام شیخ رحمه الله می پردازیم.

ج) اشاره به نکته ای در کلام شیخ در مکاسب:

1) طرح یک اشکال:

مرحوم شیخ انصاری در مورد بطلان معاملات صبی نخست حدیث رفع قلم را مطرح ساخته و استدلال به آن را ناتمام می داند، سپس به اجماع محکی که شهرت عظیمه مؤید آن است استناد ورزیده و درباره وجود و عدم وجود اجماع بحث بسیار کرده و در نهایت این اشکال را مطرح کرده که از کلام بسیاری از فقهاء بر می آید که اجماع در مسئله تحقّق نیافته (: نعم لقائل ان يقول انّ ما عرفت من المحقق و العلامة و ولده و القاضی و غیرهم خصوصاً المحقق الثانی... يدل علی عدم تحقّق الاجماع) با این حال می افزاید: و کیف کان فالعمل علی المشهور، و یمكن ان یستأنس له ایضاً بما ورد فی الاخبار المستفیضه...

از این عبارت بر می آید که ایشان شهرت را به عنوان دلیل تام می داند و اخبار مستفیضه را به عنوان دلیل دیگر مسئله مطرح می سازد، حال این اشکال مطرح می گردد که شیخ انصاری که در رسائل به گونه مفصّل حجّیت شهرت را ابطال ساخته، چگونه در اینجا به شهرت استناد ورزیده است.

اگر گفته شود که شاید شیخ مطلب رسائل را نخست نگاشته، ولی بعداً از آن عدول کرده و به حجّیت شهرت گراییده، یا بر عکس، مطلب مکاسب را نخست

تحریر کرده، بعد در هنگام تألیف مکاسب مبنای اصولی وی تغییر کرده، پس اشکالی در بین نیست. خلاصه تناقض بین دو کلام رسائل و مکاسب در صورتی می تواند مطرح باشد که این دو را در یک زمان نگاشته باشد، ولی اگر این دو متن در دو زمان باشد، اشکالی در بین نیست، چون تغییر انظار خصوصاً در مورد شیخ انصاری طبیعی است.

در پاسخ می گوئیم که شیخ به رسائل و مکاسب اهتمام تام داشته و هر دو را محور بحث و تدریس خود قرار می داده و تا آخر در مطالب این دو کتاب دست می برده و مطالب آنها را اصلاح می کرده است، اگر شیخ از مبنای اولیه خود عدول کرده است، باید به هر حال یکی از دو کتاب رسائل یا مکاسب را که بر طبق این مبنا نگارش یافته تصحیح می کرده است، بنابراین اشکال تناقض بین عبارت مکاسب با مبنای اصولی شیخ در رسائل پابرجاست.

(2) پاسخ اشکال:

در پاسخ اشکال به طور اجمال می گوئیم که شیخ طوسی، شهرت را از باب ظن خاص معتبر نمی داند ولی ایشان چون به تمامیت ادله انسداد متمایل است، شهرت را از این باب حجّت می داند.

در توضیح این پاسخ می گوئیم که یکی از مسائل مورد اختلاف شدید و معرکه آراء در زمان شیخ انصاری مسئله انسداد و تمامیت و عدم تمامیت دلیل انسداد بوده است، بسیاری از علماء مسلم پنداشته اند که شیخ انصاری قائل به انفتاح باب علم است و دلیل انسداد را ناتمام می داند، ولی به نظر ما شیخ انصاری به دلیل انسداد معتقد است.

برای اثبات این نکته باید در مطالب شیخ انصاری در باب انسداد دقت بیشتری صورت گیرد، شیخ انصاری در رسائل مقدمات چهارگانه انسداد را ذکر کرده، و به تفصیل و با دقت و موشکافی بسیار مقدمات را بررسی کرده، نحوه استنتاج از این

مقدمات را با عمق حیرت‌انگیز طرح کرده‌اند، ولی در مورد مقدمه اول (: انسداد باب العلم و الظن الخاص فی معظم المسائل الفقیه) تنها به همین مقدار اکتفاء کرده که پذیرش و عدم پذیرش این مقدمه تنها پس از تأمل تامّ و کوشش بسیار در ملاحظه ادله حجیه اخبار حاصل می‌گردد که آیا این ادله حجیت مقدار کافی از احادیث را ثابت می‌کند یا خیر؟ با این که شیخ تصریح کرده که این مقدمه عمده مقدمات دلیل انسداد است، بلکه ظاهراً همچنان که برخی تصریح کرده‌اند این مقدمه به تنهایی برای اثبات حجیت ظن مطلق کافی است. (1)

خلاصه شیخ درباره مقدمه نخست اظهار نمی‌کند که آیا بالاخره حجیت مقدار کافی از احادیث ثابت شده است یا خیر؟ ولی با دقت در نظر شیخ در بحث حجیت اخبار آحاد روشن می‌گردد (2) که شیخ مقدمه نخست و بالتبع دلیل انسداد را صحیح می‌داند، چه وی تنها حجیت خبر اطمینانی را از باب ظن خاص ثابت می‌داند، و

ص: 3341

1- (1) رسائل، چاپ اول، جامعه مدرسین، ج 1: 184.

2- (2) (توضیح بیشتر) در بحثهای مختلف رسائل شیخ تأکید بر این دارد که تنها خبر اطمینانی حجت است، در آخر بحث از آیاتی که به آنها برای حجیت خبر استدلال شده می‌گوید: فیصیر حاصل مدلول الآیات اعتبار خبر العادل الواقعی بشرط افادته الظن الاطمینانی و الوثوق... (ص 136). در ذیل طایفه اول احادیث حجیت خبر می‌گوید: لکنّ الانصاف أنّ ظاهر مساق الروایه أنّ الغرض من العداله حصول الوثاقه فیکون العبره بها (ص 138)، و قد ادعی فی الوسائل تواتر الاخبار بالعمل بخبر الثقة الا أنّ القدر المتیقن منها هو خبر الثقة الذی یضعف فی احتمال الکذب علی وجه لا یعتنی به العقلاء و یقبّحون التوقف فیہ لا جل ذلك (ص 144)، و الانصاف أنّه لم یتّضح من کلام الشیخ دعوی الاجماع علی ازید من الخبر الموجب لسکون النفس و لو بمجرّد وثاقه الروای و کونه سدیداً فی نقله لم یطعن فی روایتہ (ص 156)، و الانصاف أنّه لم یحصل فی مسئله یدعی فیہ الاجماع... ما حصل فی هذه المسأله... لکنّ الانصاف أنّ المتیقن من هذا کله الخبر المفید للاطمینان لا مطلق الظن و لعلّه مراد السید من العلم... (ص 161)، هذا تمام الکلام فی الادله الّتی اقاموها علی حجیه الخبر... و الانصاف أنّ الدالّ منها لم یدلّ الاّ علی وجوب العمل بما یفید الوثوق و الاطمینان بمؤدّاتها و هو الذی فسّر به الصحیح فی مصطلح القدماء و المعیار فیہ ان یکون احتمال مخالفته للواقع بعیداً بحيث لا یعتنی به العقلاء و لا یکون عندهم موجّباً للتحریر و التردد الذی لا ینافی حصول مسمی الرجحان... و لیکن علی ذکر منک لینفعک فی ما بعد (ص 174) این عبارت اخیر گویا به دلیل انسداد ناظر است، در ضمن ادله انسداد در ص 215 هم می‌گوید: لا ریب فی ندره هذا القسم [ای الخبر المفید للاطمینان الفعلی بالصدور الذی کان کثیراً فی الزمان السابق لکثره القرائن] فی هذا الزمان بنابراین از افزودن برخی از کلمات شیخ به برخی دیگر روشن می‌گردد که وی مقدمه نخست دلیل انسداد و به تبع این دلیل را تمام می‌داند.

خبر اطمینانی در فقه اندک است، چه احادیث با چند واسطه نقل شده اند و در احادیث با وسائط متعدّد، معمولاً اطمینان حاصل نمی گردد، چنانچه از مرحوم آقای خویی نقل شده که اگر در جلسه ای ده نفر باشند و ما مطلبی را به گوش نفر اول بگوییم و او همین طور به گوش نفر دوم و همین طور وقتی به نفر دهم می رسیم مطلب بسیار تغییر می کند، از سوی دیگر مسئله بعد، زمان، اغلاط نسخه و... سبب می گردد که اطمینان بسیار اندک حاصل شود، لذا باید مطلق ظن را معتبر دانست، شیخ در فقه نیز از باب ظن مطلق بر طبق شهرت مشی می کند نه از باب ظن خاص، زیرا در مسئله ای که فقهای بزرگ مخالف هستند نه برای شیخ و نه برای نوع افراد اطمینان حاصل نمی شود، لذا برای عمل بر طبق شهرت محتملی به جز دلیل انسداد به نظر نمی رسد، به نظر ما نیز دلیل انسداد بی وجه نیست، تفصیل کلام در این زمینه را به زمانی دیگر وامی نهیم. («* و السلام*»)

ص: 3342

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه، بحث از مدلول آیه ابتلاء یتامی را پی می گیریم و به این نتیجه می رسیم که این آیه دلالت بر محجوریت صبی ندارد. آنگاه به بحث از مفاد حدیث «رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم» می پردازیم و عبارت مرحوم شیخ انصاری در این باره را توضیح می دهیم.

الف) ادامه بحث در مورد استدلال به آیه:

1) فرمایش آقای حکیم رحمه الله (تکرار):

در جلسه قبل گفته شد که مرحوم آقای حکیم می فرماید: آیه «وَ ابْتَلُوا الْیَتَامَى الْخ» نه تنها دلالت بر بطلان عقد صبی نمی کند بلکه دلیل بر صحت عقد صبی در فرض اذن ولی است. بیانی که ایشان مطرح نموده و از قدیم الایام هم مطرح بوده این است که آیه شریفه امر به ابتلاء و امتحان کرده و ظاهر این حکم این است که یتامی را با خود معامله امتحان کنید نه با مقدمات معامله. بنابراین باید مقداری از اموال آنها را در اختیارشان بگذاریم تا با آن معامله کنند. بر این اساس، ذیل آیه هم که می فرماید: «فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» به این معنی خواهد بود که بقیه اموالشان را به آنها بدهید. (یعنی یک مقداری برای امتحان بدهید و بقیه را بعد از رشد بدهید) در نتیجه آیه دلالت می کند بر اینکه معامله صبی قبل از بلوغ و قبل از ایناس رشد صحیح است البته به شرط اینکه با اذن ولی همراه باشد.

2) مناقشات استاد مد ظلّه در فرمایش آقای حکیم رحمه الله:

در مورد این سخن آقای حکیم رحمه الله چندین مناقشه به نظر می رسد:

اولاً: آیه ظهوری ندارد در اینکه امتحان حتماً باید با خود معامله باشد و با مقدمات معامله نمی توان امتحان کرد. بلکه می توان گفت نفس اجرای صیغه عقد، نقشی در رشد یا عدم رشد ندارد، آنچه اهمیت دارد این است که ببینیم مقدمات را چطور انجام می دهد، آشنایی او با قیمت‌ها چگونه است، چطور جلب مشتری می کند و با چه کسانی معامله کند و با چه کسانی معامله نکند. پس امتحان کردن با مقدمات معامله مخالف ظاهر آیه نیست.

ثانیاً: بر فرض اینکه قبول کنیم امتحان باید با خود معامله باشد نه با مقدمات آن، چه لزومی دارد که معامله بر روی مال یتیم صورت بگیرد؟ ولی می تواند از اموال خودش در اختیار یتیم قرار دهد تا او معامله کند و امتحان شود یا می تواند به او وکالت دهد که با اموال ولی معامله کند و مفروض هم این است صحت وکالت صبی ملازمه ای ندارد با اینکه معامله اش با اموال خودش نیز صحیح باشد. نه به لحاظ ثبوت و نه به لحاظ فتاوی چنین ملازمه ای در کار نیست.

ثالثاً: همانطور که مرحوم آقای خمینی فرموده اند برای تشخیص رشد نیازی نیست که معامله واقعی و صحیح انجام شود بلکه معامله صوری کافی است.

رابعاً: حتی اگر بپذیریم که برای امتحان باید معامله واقعی روی مال خود یتیم انجام شود، اما از این مطلب بیش از این اثبات نمی شود که در مقام اختیار، معامله یتیم صحیح و نافذ است همانطور که علامه حلی در تحریر و ابو حنیفه این مورد را استثناء کرده اند (1)، لذا نمی توان علی وجه الاطلاق صحّت معامله صبی را نتیجه گرفت.

ص: 3344

1- (1) (توضیح بیشتر) با توجه به سایر اشکالات، ناتمامی استناد ابو حنیفه و علامه حلی به آیه فوق به جهت استثناء مقام اختیار معلوم می گردد.

خامساً: مناقشه ای که به کیفیتِ تقریرِ مطلب و نه اصلِ مطلب وارد است، این است که ایشان معامله را متوقف دانسته اند بر دفع مال به یتیم و بعد به تکلف افتاده اند که ذیل آیه را چطور معنی کنند، لذا فرموده اند مراد این است که بقیهٔ اموال را به آنها دفع کنید. در حالی که حتی طبق نظر ایشان نیازی به این مقدمه نیست یعنی معامله توقف بر دفع مال و آن هم مال خود یتیم ندارد. بلکه کافی است که مال در دست خود ولی باشد یا مال متعلق به اشخاص دیگر باشد و یتیم با آنها یا با ولیّ معامله کند بدون اینکه مال به دست او داده شود و به همین ترتیب امتحان حاصل می شود. لذا ذیل آیه را به معنی ظاهرش حمل می کنیم یعنی بعد از ایناس رشد باید تمام اموالشان را به آنها دفع کنید، اما قبل از تحقق دو شرط بلوغ و رشد هیچ قسمت از مال یتیم را نمی توان به او داد. بلکه می توان همین ظاهر آیه را دلیل بر این گرفت که قبل از تحقق بلوغ و رشد، دفع مال و صرف مال و لو بعض آن جایز نیست.

3 اشکالاتی که به استدلال به آیه وارد شده است:

دلالت آیه مذکور بر محجوریت صبی از چند جهت مورد اشکال قرار گرفته است. اولین اشکال که در جواهر هم مورد بحث قرار گرفته است این است که منطوق جمله شرطیه در آیه دلالت بر این دارد که با تحقق شرط بلوغ و ایناس رشد، دفع اموال واجب می شود. مفهوم این قضیه آن است که اگر این دو شرط یا یکی از آنها محقق نشد، دفع اموال واجب نیست، نه اینکه دفع اموال حرام باشد تا از این طریق بطلان معاملات صبی را نتیجه بگیریم. اشکال دیگری که می توان مطرح کرد این است که بر فرض اینکه حرمت دفع اموال از آیه استفاده شود، این مستلزم بطلان معامله نیست. اگر اموال در دست اولیاء باشد اما خود صبی اشخاص را ببیند، با آنها قرار بگذارد و معامله کند از کجای آیه بطلان چنین معامله ای استفاده می شود مخصوصاً اگر معامله مطابق مصلحت بوده باشد. همچنین اگر مرتکب این حرام شد و مال صبی را به دست او داد و او معامله کرد. چرا این معامله باطل باشد؟

اشکال سوم این است که با قطع نظر از اشکالات قبلی و با فرض قبول دلالت آیه

بر بطلان تصرفات صبی در اموال خود، این آیه دلالت ندارد بر اینکه اگر کسی به صبی وکالت در معامله بدهد که با اموال آن شخص معامله کند، معاملاتش باطل باشند، حتی اگر وکالت مطلق به صبی داده باشد و هیچ نظارتی هم بر معاملات او نداشته باشد.

4) پاسخهای صاحب جواهر رحمه الله به اشکال اول:

مرحوم صاحب جواهر از اشکال اول که آیه دلالت بر حرمت دفع مال ندارد سه جواب می دهد. ایشان می فرماید:

اولاً: مفهوم قضیه شرطیه در مثل این آیه عرفاً حرمت است نه عدم الوجوب(1). بعضی دیگر مثل علامه طباطبائی [بحر العلوم قدس سره] همین معنی را استفاده کرده اند.

مشابهاتی نیز می توان مطرح کرد. مثلاً گاهی گفته می شود این کار باید انجام شود نقطه مقابلش این است که این کار نباید انجام شود. یا گفته می شود: فلان مطلب چنین است، طرف مقابل می گوید: «ما اظن ذلك» این معنایش این نیست که ظن ندارم یعنی شک متساوی الطرفین دارم، بلکه معنایش این است که ظن قوی به خلاف این مطلب دارم. همچنین این تعبیر که گفته می شود «استخاره خوب است» و در طرف مقابل گفته می شود: «استخاره خوب نیست» یعنی بد است نه اینکه میانه است.

ثانیاً: اگر نکته سابق را قبول نکنیم مفاد آیه با ملاحظه آیه «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» (2) آن است که در صورت بلوغ و ایناس رشد. محجوریتی که آیه «لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ» آن را ثابت کرده، مرتفع می گردد، و امر «فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» به معنای رفع محجوریت می باشد.

ص: 3346

1- (1) عبارت جواهر چنین است: المفهوم فی الشرط النهی كما يقتضيه كلام بعضهم، و مال اليه العلامة الطباطبائي وربما يشهد له العرف (جواهر).

2- (2) نساء / 5 (توضیح بیشتر) نهی «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ» درست در آیه قبل از آیه ابتلاء یتامی قرار گرفته است، لذا صاحب جواهر به قرینه سیاق مفاد «فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» را به مفاد نهی فوق مرتبط ساخته، امر را در آیه در مقام بیان کیفیت پایان یافتن محجوریت سفهاء دانسته است.

ثالثاً: در اینجا تناسب حکم و موضوع اقتضا می کند که حرمت دفع اموال استفاده شود. چون در مورد اموال اشخاص چه ایتم و چه غیر ایتم، امر دائر بین وجوب و حرمت است. اگر اشخاص صلاحیت داشته باشند واجب است اموالشان به آنها داده شود و اگر صلاحیت نداشته باشند نباید اموال را در اختیارشان قرار داد و دیگر شق ثالثی وجود ندارد، پس با نفی وجوب، حرمت ثابت می گردد.

5) اشکالات استاد - مد ظلّه - به بیان صاحب جواهر رحمه الله:

در مورد جواب اول که مفهوم قضیه شرطیه عرفاً حرمت است نه عدم الوجوب، به نظر می رسد که امثله محدودی که برای اثبات آن ذکر شده، نمی تواند یک قاعده کلی را ثابت کند که هر جا وجوبی معلق بر شرطی باشد، با انتفاء شرط، حرمت استفاده شود، مثلاً وقتی گفته می شود: «اگر شخصی به حد تکلیف رسید، واجب است تکالیف خود را انجام دهد»، مفهومش قطعاً این نیست که قبل از رسیدن به حد بلوغ، حرام است تکالیف را انجام دهد، و همین طور در مثالهای مشابه مفهوم جمله نفی جزاء است نه اثبات یکی از اضداد آن، البته در مثالهای چندی که ما به آنها اشاره کردیم، مسئله فرق می کند که باید تأمل نمود که آیا می توان تمام این مثالها را تحت یک قاعده عام درآورد و سرّ تفاوت این گونه جملات را با سایر جملات بدست آورد. به هر حال بی تردید قانون عامی نداریم که مفهوم در جایی که جزاء امر باشد، نهی می باشد.

اما جواب دوم ایشان که امر در این آیه ناظر به مرتفع شدن محجوریتی است که از آیه پیشین «لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ» استفاده می شد، این هم دو اشکال دارد.

اشکال اول: از این آیه تنها حرمت اعطاء مال به سفیه استفاده می شود. نه بطلان معامله سفیه، حتی معامله ای که خود سفیه عهده دار تشخیص آن بوده و تنها مجری صیغه نبوده است، به ویژه اگر سفیه معامله ای را انجام دهد که اولیاء وی آن را مطابق مصلحت دانسته و مال هم در اختیاری نباشد، از آیه بطلان چنین معامله ای استفاده نمی شود.

اشکال دوم: این است که بر فرض قبول دلالت آیه بر بطلان معامله سفیه، این مستلزم بطلان معامله یتیم نیست. اگر یتیمی که رشید است معامله ای انجام داده، از کجای آیه استفاده می شود که معامله اش باطل است؟ در مورد جواب سوم صاحب جواهر رحمه الله که امر دائر بین وجوب و حرمت است، هر چند مطلب همین طور است که ایشان فرموده و مناسبت حکم و موضوع و قواعد اولیه مثل «الناس مسلطون علی اموالهم» اقتضا می کنند که اگر دلیل خاصی در کار نباشد نمی توان مال دیگران را نگه داشت و باید به آنها دفع کرد و اگر صلاحیت نداشته باشند نباید مال را به آنها داد، ولی به هر تقدیر، آن دو اشکال دیگر که قبلاً بیان کردیم، به قوت خود باقی هستند یعنی از حرمت دفع اموال، بطلان معاملات استفاده نمی شود مخصوصاً اگر معامله با نظارت و امضای ولی باشد. و بعلاوه اگر صبی وکیل دیگری باشد در تصرف در اموال آن شخص، چه دلیلی بر بطلان چنین معاملاتی وجود دارد؟

نتیجه این بحث این شد که از آیه «وَ اِبْتَلُوا الْيَتَامَى» نمی توان محجوریت صبی را استفاده کرد. لذا باید سراغ اجماع یا ادله دیگر برویم و مقتضای آنها را بررسی کنیم.

ب) تمسک به حدیث رفع القلم بر بطلان عقد صبی:

اشاره

ظاهر شیخ انصاری رحمه الله به دلیل اینکه دلالت آیه را تمام نمی دانسته آن را اصلاً مورد بحث قرار نداده و مستقیماً سراغ حدیث «رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم» رفته است. قبل از ایشان هم عده زیادی از علماء به این حدیث تمسک کرده اند و حتی قدماء مثل شیخ طوسی رحمه الله، ابن زهره رحمه الله و ابن ادریس رحمه الله این حدیث را مطرح کرده اند. ظاهراً سابقه استدلال به این حدیث به قبل از شیخ طوسی رحمه الله می رسد و علمای عامه مثل ابو حنیفه و شافعی نیز به آن استدلال کرده اند.

1) اشکالات شیخ انصاری رحمه الله به دلالت حدیث رفع القلم:

مرحوم شیخ انصاری سه اشکال به دلالت حدیث رفع القلم مطرح کرده که عبارات ایشان خالی از ابهام نیست. ایشان می فرماید.

اولاً: ظاهر این حدیث، رفع مؤاخذه است نه رفع احکام. لذا همانطور که مشهور قائل شده اند، عبادات صبی صحیح و شرعی اند نه تمرینی و این بدان معنی است که احکام شرعی در حق صبی ثابت هستند.

ثانیاً: اگر قبول کنیم رفع القلم به معنی رفع احکام است باید همانطور که مشهور گفته اند آن را به معنی رفع احکام تکلیفی بگیریم نه رفع احکام وضعی. چون احکام وضعی طبق مشهور در حق صبی ثابت است. مثلاً جنایت برای صبی ثابت می شود و این حکم وضعی در زمان صباوت حکم تکلیفی برای صبی در پی ندارد اما پس از بلوغ، حکم تکلیفی برای او اثبات می کند. همچنین این حکم وضعی مستتبع حکم تکلیفی برای سایر بالغین است مثلاً بالغین نباید صبی جنب را تمکین کنند که مصحف را مس نماید. بنابراین، اشکالی ندارد که بگوییم معامله صبی هر چند حکم تکلیفی برای خودش در آن زمان نمی آورد، اما مستلزم حکم تکلیفی (وجوب وفاء) برای او پس از بلوغ یا برای ولی او که عقد با اذن یا اجازه او واقع شده است، می باشد.

ثالثاً: به فرض اینکه حدیث رفع القلم را دال بر رفع مطلق احکام بدانیم، اما این دلیل نمی شود که فعل صبی موضوع برای تکالیف بالغین قرار نگیرد. همانطور که گاهی فعل یک حیوان موضوع قرار می گیرد برای تکلیفی که متوجه انسان ها می شود. پس فعل صبی محکوم به هیچ حکمی نیست تا زمانی که به بلوغ برسد و حکمی که به آن فعل تعلق می گیرد در حق او فعلی شود.

(2) ابهام در عبارت شیخ رحمه الله:

دو ابهام در عبارت شیخ رحمه الله وجود دارد. یک ابهام این است که ایشان در اشکال دوم علی المشهور تعبیر می کنند با اینکه قاعدتاً باید نظر خودشان را بگویند چون ممکن است کسی این خدشه را وارد کند که ما نظر مشهور را قبول نداریم. برای رفع این ابهام می توان عبارت را این طور توجیه کرد که چون کسانی که به حدیث رفع القلم تمسک کرده اند خودشان جزء مشهور هستند، لذا مرحوم شیخ می خواهد بفرماید:

شما که جزء مشهور هستید و احکام وضعی را در حق صبی ثابت می دانید چرا به حدیث رفع القلم استدلال کرده اید؟

ابهام دوم کلام شیخ رحمه الله این است که ایشان در اشکال دوم تعبیر می کنند که احکام وضعی در حق صبی ثابت است، لذا مانعی ندارد که بگوییم عقد صبی سبب می شود برای حکم تکلیفی و جوب و فاء پس از بلوغ. در اشکال سوم هم تعبیر می کنند که با فرض اینکه نه حکم تکلیفی و نه حکم وضعی برای صبی ثابت نباشد ولی مانعی ندارد که فعل صبی موضوع باشد برای ثبوت حکمی برای او پس از بلوغ.

سؤال این است که سبب بودن با موضوع بودن چه تفاوتی دارد؟! اگر در اشکال سوم فرض کردید که حدیث رفع، احکام وضعی از جمله سببیت عقد صبی برای جوب و فاء بعد از بلوغ را بر می دارد، دیگر چه معنی دارد که فعل صبی را موضوع برای حکم بعد از بلوغ قرار می دهید؟ مگر موضوعیت چیزی غیر از سببیت است؟

لذا ممکن است به نظر آید که با وجود اشکال دوم، دیگر جایی برای اشکال سوم باقی نمی ماند، چون مال هر دو یکی است.

برای رفع این ابهام، به عبارت شیخ در اینجا با دقت بیشتری می نگریم، ایشان می فرماید: «ثانیاً أنّ المشهور علی الالسنه أنّ الاحکام الوضعیه لیست مختصه بالبالغین فلا مانع من ان یکون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ او علی الولی اذا وقع باذنه او اجازته، كما یکون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ و حرمة تمکینه من مسّ المصحف»

با توجه به تنظیم بحث به جنابت که خود حکم وضعی است بنظر می رسد که مرحوم شیخ در این اشکال دوم حکم وضعی را که برای صبی تصحیح می کند سببیت نیست، بلکه صحت عقد می باشد یعنی با توجه به عدم اختصاص احکام وضعی به بالغین، صحت عقد که حکمی وضعی است درباره صبی ثابت می باشد، منتهی این سخن پیش می آید که ایشان چرا از سببیت در این اشکال دوم سخن به میان آورده است؟ پاسخ این سؤال این است که حکم وضعی بدون حکم تکلیفی

لغو می باشد، خواه ما مبنای شیخ را بپذیریم که اساساً حکم وضعی از حکم تکلیفی انتزاع می باشد یا حکم وضعی را مجعول مستقل بدانیم، به هر حال مقوم حکم وضعی یا مصحح حکم وضعی، حکمی تکلیفی است، مرحوم شیخ می فرمایند که این حکم تکلیفی، لازم نیست در مورد صبی با فرض صباوت وی باشد، بلکه یا در حق ولی صبی است، یا در حق خود صبی ولی پس از بلوغ وی، در هر حال مرتفع شدن احکام تکلیفی الزامی از صبی، سبب نمی گردد که حکم تکلیفی متعلق به اولیاء یا حکم تکلیفی متعلق به صبی پس از بلوغ هم مرتفع گردد. پس مانعی ندارد که در مورد صبی ما حکم وضعی را قائل گردیم که عبارت است از صحت معامله.

در اشکال سوم، شیخ این گونه حکم وضعی را هم از صبی مرتفع فرض می کند، ولی می فرماید که چه مانعی دارد که فعل صبی، سبب و موضوع یک حکم برای بالغین یا برای خود صبی پس از بلوغ باشد.

خلاصه اشکال فوق از اینجا ناشی شده که ما حکم وضعی را در اشکال دوم سببیت گرفتیم، ولی ظاهراً حکم وضعی که در اشکال دوم برای صبی پذیرفته می گردد، صحت معامله است. «* و السلام*»

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسه گذشته به تناسب بحث، بطلان نکاح صبی، بحث کلی بطلان معامله صبی را مطرح کردیم.

در این جلسه، درباره ادعای اجماع غنیه درباره بطلان معامله صبی سخن می گوئیم. نخست اشکالی را با توجه به کلمه «کامل العقل» در کلام غنیه بر اصل صغرای ادعای اجماع عنوان نموده، با توجه به قرآینی، مراد از کامل العقل را عاقل بالغ رشید می دانیم (نه خصوص عاقل در مقابل مجنون) و نتیجه می گیریم که ابن زهره ادعای اجماع بر بطلان بیع صبی نموده ولی این اجماع فاقد ارزش می باشد، در ادامه به اشکالات شیخ انصاری در مورد تمسک به حدیث رفع در این بحث (حدیث رفع قلم، مؤاخذه را رفع می کند - و اگر حکم را هم رفع کند، حکم وضعی را رفع نمی کند -...) و ایرادات مرحوم آقای خویی به ایشان پرداخته، خواهیم گفت که این ایرادات صحیح نیست. اختصاص حدیث رفع قلم به رفع مؤاخذه اشکالی ندارد و لازم نیست رفع قلم مربوط به حکم شرعی باشد و اگر هم - مرتبط - با حکم شرعی باشد لازم نیست به دلالت مطابقی چنین مطلبی را برساند و نیز کلام شیخ انصاری در اینجا با مبنای اصولی ایشان درباره انتزاعی بودن حکم وضعی تهافتی ندارد.

الف) بررسی اجماع در مسئله:

اشاره

شیخ انصاری در مکاسب در بحث بطلان بیع صبی مباحث عامی را طرح کرده که از آنها می توان در بحث بطلان نکاح صبی نیز بهره جست، لذا ما در اینجا محور بحث را کلمات شیخ انصاری قرار می دهیم، ایشان بحث را چنین آغاز می کند:

ص: 3352

مسئله: المشهور كما عن الدروس و الكفايه بطلان عقد الصبي بل عن الغنيه الاجماع عليه(1)

در اینجا دو بحث مطرح است: 1. آیا ابن زهره در غنیه دعوی اجماع نموده است (بحث صغروی)

2- آیا ادعاهای اجماع غنیه معتبر است بحث کبروی

1) نقل کلام غنیه و طرح اشکال در ادعای اجماع:

ابن زهره در کتاب البیع غنیه می گوید: اما شروطه فعلی ضربین احدهما شرائط صحه انعقاده و الثاني شرائط لزومه، فالضرب الاول: ثبوت الولایه فی المعقود علیه و ان یكون...

اشرطنا بثبوت الولایه احترازاً من بیع من لیس بمالک للمبیع... (2)

ایشان سپس به تفصیل در مورد خاصیت این شرط سخن گفته و این که چه مواردی این شرط را دارا بوده و چه مواردی این شرط را فاقدند، از جمله می گوید: و یرج علی ذلک ایضاً بیع من لیس بکامل العقل و شراؤه، فأنه لا ینعقد و ان اجازه الولیّ بدلیل ما قدّمناه من الاجماع و نفی الدلیل الشرعی علی انعقاده، و یحتج علی المخالف بما رووه من قوله علیه السلام رفع القلم عن ثلاثه، عن الصبی حتی یبلغ، و عن النائم حتی یتقیظ و عن المجنون حتی یفیک. (3)

مرحوم شهیدی اشکالی در استناد به این کلام کرده اند که به ذهن ما نیز رسیده بود محصل اشکال این است که کامل العقل در مقابل مجنون و مانند آن است نه در مقابل طفل ممیز. (4) مرحوم آقای خمینی هم قریب به همین اشکال را مطرح ساخته اند (5) در توضیح این اشکال می گوئیم: فقهاء کمال عقل را به عنوان شرطی غیر از بلوغ مطرح می سازند فقهاء با شرط کمال عقل از مجنون و سکران و طفل غیر

ص: 3353

1- (1) مکاسب، چاپ شهیدی، ص 114.

2- (2) غنیه، ص 207.

3- (3) غنیه، ص 210.

4- (4) حاشیه شهیدی: 247، «لا یخفی ان الظاهر ممن لیس بکامل العقل غیر الممیز لا مطلق غیر البالغ».

5- (5) کتاب بیع، چاپ اول، ج 2، ص 32 «الاجماع المدعی أنّما هو فی ناقص العقل، و هو السفیه او الاعم منه و من المجنون فالصغیر الرشید خارج عن کلامه».

ممیز احتراز می کنند، ولی برای احتراز از طفل ممیز، از کلمه «بلوغ استفاده می کنند، عبارت «وان یکون بالغاً کامل العقل» در عبارات فقهاء در ابواب مختلف فراوان بکار رفته است(1)، در عبارت غنیه که در اینجا تنها کمال عقل را شرط کرده، شاید مؤید آن باشد که ایشان بلوغ را شرط نمی داند و در بیع صبی ممیز اشکال نمی کند.

ان قلت: از تمسک به حدیث رفع قلم معلوم می گردد که باقید «کامل العقل»، هم صبی و هم نائم و هم مجنون از دایره صحت معاملات خارج می سازد.

قلت: اولاً: ابن زهره خبر واحد را حجت نمی داند و ثانیاً: این روایت را به عنوان احتجاج بر سنی ها آورده (یحتج علی المخالف بما روه)، نقل این حدیث به گونه جدلی و به جهت اشتغال آن بر حکم مجنون می باشد و دلیلی بر این نیست که ابن زهره، در صدد استفاده حکم صبی هم از این روایت است.

2) پاسخ اشکال فوق:

با دقت بیشتر در کلمات فقهاء در می یابیم که هر چند فقهاء در بسیاری از موارد از کمال عقل معنایی متباین با معنای بلوغ اراده کرده اند، ولی در بسیاری از جاها مراد از کمال العقل معنایی است که بلوغ را هم به همراه دارد.(2) به عنوان نمونه به نقل چند عبارت از غنیه اکتفاء می کنیم: فمن قتل صیداً له مثل او ذبحه و کان حراً کامل العقل...

فعلیه فداءه بمثله من النعم و ان کان غیر کامل العقل فکفارة علی ولیه. لانه الذی ادخله فی الاحرام و لیس بواجب علیه.(3)

ص: 3354

1- (1) (توضیح بیشتر) در کتاب غنیه در موارد بسیار بلوغ را همراه با کمال عقل به عنوان شرط مستقل ذکر کرده است. ر. ک: ص 33، 118، 127، 131، 152، 363، 366، 403، 423، 425، 426، 438.

2- (2) (توضیح بیشتر) صریح ترین عبارتی که در این زمینه یافتیم در سرائر می باشد: ابن ادریس در بحث صلاه جمعه می گوید: فاما قول بعض اصحابنا: «فما مرجع الی مکلفها من الشرائط فعشره» و عدّد البلوغ قسماً و کمال العقل قسماً آخر، فلا حاجه بنا الی ذلک بل اذا قلنا کمال العقل اجزانا عن البلوغ و اذا قلنا البلوغ لم یجرئنا، فالکمال شامل یدخل فیهِ القسم الآخر. سرائر (ینابیع فقهیه 4: 718) با این حال خود ابن ادریس در بسیاری اوقات هم بلوغ و هم کمال عقل را شرط کرده است. ر. ک: به عنوان نمونه ینابیع فقهیه 5: 280، 20: 335، 344، 219: 23، 309: 25 و نیز 211: 23.

3- (3) غنیه: 161 (ینابیع 8: 394).

اذا كان الشريك غير كامل العقل فلوليه و الناظر في امور المسلمين المطالبه له بالشفعه و اذا ترك الولي ذلك فللصغير اذا بلغ و المجنون اذا عقل المطالبه(1)

من قذف و هو كامل العقل حراً او حره بزنى او لواط... فهو مخير بين العفو عنه و بين مطالبته بحق القذف.(2)

الحدّ في شرب قليل المسكر و كثيره... اذا كان شاربه كامل العقل... ثمانون جلد(3)

فالعمد المحض هو ما وقع من كامل العقل(4).

در عبارات فقهای دیگر هم گاه به وسیله کمال عقل، از صبیان نیز احتراز شده است مثلاً در الجمل و العقود می گوید: کمال العقل شرط فیما عدا المواشی من الاثمان لان من لیس بکامل العقل من الصبیان و المجانین تجب فی مواشیهم الزکاه(5)

در اقتصاد آمده است: فاما من لیس بکامل العقل من الاطفال و المجانین فلا یجب فی ما لهم الصامت زکاه(6)

در معتبر آورده است: یشرط فی وجوبها الکمال و لا تجب زکاه العین علی صبی و لا مجنون باتفاق علمائنا(7).

در شرائع در کتاب الحج در شرائط نذر حج و مانند آن می گوید: شرائطها اثنان الاول کمال العقل فلا ینعقد نذر الصبی و لا المجنون(8)

در مختصر نافع در شرائط قصاص می گوید: الشرط الرابع کمال العقل فلا یقاد المجنون و لا الصبی(9)

حال با توجه به دو اطلاق کمال العقل، مراد از «من لیس بکمال العقل» در عبارت

ص: 3355

1- (1) غنیه: 237 (ینابیع 16: 337).

2- (2) غنیه: 427 (ینابیع 23: 203).

3- (3) غنیه: 429 (ینابیع 23: 204).

4- (4) غنیه: 402 (ینابیع 24: 243).

5- (5) الجمل و العقود: 91 (ینابیع فقهیه 5: 134).

6- (6) اقتصاد: 278 (ینابیع فقهیه 29: 14).

7- (7) معتبر: 256 (چاپ سنگی).

8- (8) شرائع 1: 205 (ینابیع فقهیه 8: 619).

9- (9) (ینابیع فقهیه 25: 467) و نظیر عبارت در شرائع 4: 200 (ینابیع فقهیه 25: 441) آمده است.

غنیه چیست؟ به نظر می‌رسد که مراد اعم از صبیان و مجانین می‌باشد، زیرا ایشان این مطلب را از فروع اشتراط ولایت در عاقد دانسته است، و چون در غنیه در بحث حجر تصریح به محجور بودن صبی نموده (1)، بنابراین اگر مراد از کمال العقل معنای عام آن که بلوغ هم در آن معتبر است نباشد، عبارت غنیه ناقص بوده و تمام صورت‌هایی را که با قید «ولایت» خارج می‌گردد شامل نمی‌گردد، با توجه به این مطلب به نظر می‌رسد که مراد از کمال العقل در عبارت غنیه، بالغ عاقل رشید می‌باشد و صبیان و مجانین و سفهاء داخل در عنوان «من لیس بکامل العقل» می‌باشد که غنیه ادعای اجماع بر بطلان بیع آنها مطرح کرده است.

استدلال به حدیث رفع قلم هم مؤید این معنای عام است. (2)

بنابراین صغرای ادعای اجماع غنیه در مورد بطلان عقد صبی پذیرفته است.

3) اعتبار اجماع منقول در غنیه:

با مراجعه به موارد متعدد در غنیه در می‌یابیم که اجماعات غنیه هیچ ارزشی ندارد و حتی برای فقیه ظن هم نمی‌آورد، چه وی در مواردی که فقهای بزرگی همچون شیخ طوسی و اتباع وی مخالف هستند و مخالفان اساطین مذهب می‌باشند که بی تردید ابن زهره بر مخالف بودن آنها واقف است با این حال ادعای اجماع می‌کند، توجیه این امر این است که اجماعات وی بر پایه اجماع در خصوص مسئله مورد نظر نیست، بلکه با عنایت به اجماع فقهاء بر قواعد عام و این که قاعده عام نوعی شهادت اجمالی بر تطبیقات آن می‌باشد، در مورد تطبیقات قاعده عام، ادعای اجماع می‌کند.

بنابراین تعبیر شیخ انصاری که «المشهور... بل عن الغنیه الاجماع علیه» که نظیر آن در جواهر بسیار دیده می‌شود که اجماع غنیه را بالاتر از مشهور می‌داند، تعبیر ناتمامی است، اجماع غنیه برای اثبات شهرت هم کفایت نمی‌کند و تنها دلیل بر فتوای خود ابن زهره می‌باشد.

ص: 3356

1- (1) غنیه: 251، و لا یرتفع الحجر عن الصبی الا بامرین: البلوغ و الرشید.

2- (2) (توضیح بیشتر) مراد از کمال عقل در جایی که در کنار آن بلوغ نیامده است غالباً معنای عام آن می‌باشد، چنانچه با مراجعه به کلمات فقهاء بر می‌آید، البته پاره‌ای از عبارات فقهاء خالی از ابهام نیست. ر. ک: ینایع فقهیه 8: 620، 12: 307، 337.

1) خلاصه کلام شیخ انصاری درباره حدیث رفع قلم، با توضیحات:

شیخ در مکاسب می فرماید: در غنیه بر عدم صحت بیع صبی به حدیث رفع قلم استدلال کرده و پیش از وی شیخ طوسی در مبسوط در مسئله اقرار چنین استدلالی را مطرح ساخته و فرموده که ان مقتضی رفع القلم ان لا یکون لکلامه حکم

پیش از نقل ادامه کلام شیخ، تذکر این نکته مفید است که استدلال به حدیث رفع قلم اختصاص به باب اقرار مبسوط ندارد، بلکه در جاهای مختلف کتاب خلاف و مبسوط و نیز برخی از کتب فقهی پیشین نظیر این استدلال دیده می شود. (1)

ص: 3357

1- (1) (توضیح بیشتر) استدلال به حدیث رفع قلم در نفی حکم وضعی از صبی یا مجنون در موارد بسیاری از خلاف و مبسوط دیده می شود، در خلاف برای اثبات عدم زکات در مال صبی و عدم صحت مکاتبه صبی و مجنون و عدم صحت اعمال خیار از سوی مجنون به این حدیث استناد شده است. خلاف 2:41، 6:38 و 389، 3:28 (ینابیع فقهیه 29:48، 32:209 و 213، 35:19). در مبسوط شیخ طوسی هم برای اثبات محجوریت صبی و عدم وقوع طلاق مجنون به این حدیث استدلال شده است 2:282، 5:52 (ینابیع فقهیه 37:166، 39:191) در خلاف در مورد بحث بیع صبی و شراء وی بدین حدیث بر بطلان تمسک جسته است خلاف 3:178 (ینابیع فقهیه 35:122)، شاید شیخ انصاری از این جهت عبارت مبسوط در باب اقرار را برگزیده که به عنوان قاعده عام، مسلوب اللفظ بودن صبی را عنوان کرده است و به این حدیث استناد جسته است، عبارت مبسوط که شیخ انصاری به اختصار نقل کرده چنین است: فاما غیر المکلفین فمثل الصبی و المجنون و النائم فهؤلاء اقرارهم لا یصح لقوله علیه السلام رفع القلم عن ثلاثة... و رفع القلم عنهم یقتضی الا یکون لکلامهم حکم (مبسوط 3:3، ینابیع فقهیه 34:178)، این عبارت نخستین موردی است که در مبسوط چنین مطلبی ذکر شده، در بحث وصیت نیز آمده است: و اما راعینا البلوغ لان الصبی لا یجوز ان یکون وصیاً لقوله علیه السلام رفع القلم... و اذا کان كذلك لم یکن لکلامه حکم و من کان كذلك لا یجوز ان یکون وصیاً (مبسوط 4:51، ینابیع فقهیه 34:343). در بحث نفقات هم به حدیث رفع قلم اشاره شده است: اما ناقص الاحکام فالولد الصغیر لانه لا حکم لکلامه و القلم لا یجری علیه (مبسوط 6:30، ینابیع فقهیه 39:360). در خلاف شیخ طوسی 3:353 می گوید: اذا وکل صبیاً فی بیع او شراء او غیرهما لم یصح التوکیل و ان تصرف لم یصح تصرفه... دلیلنا قوله علیه السلام: رفع القلم عن ثلاثة... و رفع القلم یقتضی الا یکون لکلامه حکم (ینابیع فقهیه 36:11) پیش از شیخ طوسی، سید مرتضی در ناصریات: 281 می گوید: الصحیح عندنا انه لا زکاه فی مال الصبی و الورق دلیلنا علی صحه ما ذهبنا الی جماع... و ایضاً ما روی عن النبی صلی الله علیه و آله انه قال رفع القلم عن ثلاثة، عن الصبی حتی یحتلم، و فی ایجاب الزکاه فی ماله اثبات جری القلم علیه. فان قیل: انتم توجبون فی مال الصبی العشر و ضمان الجنایات و نحوها، قلنا: کل هذا خرج بدلیل و الظاهر بخلافه (ینابیع فقهیه 5:95 و 96).

شیخ انصاری به حدیث رفع قلم سه اشکال می‌کند: اشکال اول: ظاهر از حدیث قلم مؤاخذه است نه قلم رفع احکام، اشکال دوم: اگر حکم هم در روایت مرفوع باشد، بنا بر مشهور تنها حکم تکلیفی مرفوع است نه اعم از حکم تکلیفی و وضعی، اشکال سوم: اگر تمام احکام تکلیفی و وضعی هم از صبی مرفوع بدانیم افعال صبی ممکن است موضوع برای حکم بالغین یا خود صبی بعد از بلوغ باشد و حدیث رفع این مطلب را دفع نمی‌کند.

(2) ایرادات مرحوم آقای خوئی:

مرحوم آقای خوئی به دو اشکال مرحوم شیخ ایراد کرده‌اند، در مورد اشکال اول می‌فرمایند: عقوبت و مؤاخذه همچون ثواب و پاداش، از امور جعلی نیستند، شأن شارع رفع امور جعلی است، البته رفع مؤاخذه به واسطه رفع حکم صورت می‌گیرد، ولی رفع مؤاخذه بدون واسطه که ظاهر کلام شیخ می‌باشد صحیح نیست.

به اشکال دوم شیخ ایراد گرفته‌اند که طبق مبنای شیخ انصاری که حکم وضعی منتزع از حکم تکلیفی است، اگر حکم تکلیفی رفع شود حکم وضعی هم مرتفع می‌گردد بنابراین تفکیک بین حکم وضعی و حکم تکلیفی صحیح نیست (1)، در مورد اشکال سوم هم ایرادی مطرح نکرده‌اند.

(3) بررسی ایراد مرحوم آقای خوئی به اشکال اول:

ایراد ایشان به کلام شیخ ناتمام است، زیرا:

اولاً: چه الزامی دارد که ما همه روایات را مرتبط با احکام بدانیم و آنها را از شئون شارع بما هو شارع بینگاریم، این همه احادیث در معارف مختلف همچون تاریخ، جغرافیا، علوم قرآن، عوالم مبدأ و معاد... وجود دارد که هیچ یک فقهی نیستند،

ص: 3358

اگر ما بحثمان در فقه است نباید تمام احادیث را فقهی بدانیم، در روایات می خوانیم که برای اطفال حسنات نوشته می شود ولی سیئات نوشته نمی شود، ویژگیهای کرام الکاتبین و نحوه نگارش اعمال در روایات فراوان ذکر شده است، چه مانعی دارد که حدیث رفع قلم همچون این گونه روایات ناظر به رفع قلم مؤاخذه و عدم نگارش افعال کودکان باشد.

ثانیاً: اگر ما بگوییم حتماً باید روایت بیانگر حکمی از احکام باشد به چه دلیل باید با مدلول مطابقی حکمی را بیان کنند؟ بدون تردید لازم نیست حکم فقهی به صورت مستقیم بیان شود، از روایاتی که ثواب و عقاب برای افعال ذکر کرده اند استحباب و الزام و احکام شرعی استفاده می گردد، این روایات در کتب فقهی ذکر می شوند و کتب حدیثی همچون وسائل الشیعه که احادیث فقهی را جمع آوری می کنند. این گونه روایات را که به دلالت التزامیه از ثواب و عقاب در آنها، حکم شرعی استفاده می گردد در کتاب خود درج می کنند، بنابراین اگر ما مدلول مطابقی حدیث رفع مؤاخذه هم بدانیم، چنانچه از رفع مؤاخذه، نفی حکم تکلیفی بالملازمه استفاده شود، اشکالی پیش نمی آید.

البته این اشکال که آیا نفی فعلیت مؤاخذه مستلزم نفی حکم الزامی می باشد خود بحث جدایی دارد که باید بدان پرداخت؟ (1) ولی کلام آقای خوئی به این بحث ارتباطی ندارد.

4) بررسی ایراد مرحوم آقای خوئی به اشکال دوم شیخ انصاری:

مرحوم آقای خوئی کلام شیخ انصاری را در این بحث با مبنایی اصولی ایشان در اصول متناقض دانسته اند که مایه تعجب است، چه شیخ در رسائل تصریح می کند که حکم وضعی صبیان از حکم تکلیفی فعلی مربوط به خود صبیان انتزاع نمی شود، بلکه ضمان صبی - مثلاً - از حکم تعلیقی صبیان یعنی مفاد «اذا بلغ وجب علیه الاداء»

ص: 3359

1- (1) استاد - مد ظلّه - در اینجا این بحث را مطرح کردند ولی به دلیل طرح مجدد این بحث با تفصیل بیشتر در جلسه 365 از ذکر این بحث در اینجا خودداری کردیم.

انتزاع شده است این قضیه شرطیه که در زمان صغر هم موجود است و پس از بلوغ به فعلیت می رسد منشأ انتزاع حکم وضعی همچون ضمان می باشد، با توجه به این امر می گوئیم: حدیث رفع، حکم تکلیفی فعلی مربوط به صبیان را مرتفع می سازد، و رفع چنین حکم تکلیفی ملازمه با رفع حکم تکلیفی به نحو قضیه شرطیه و بالتبع حکم وضعی ضمان ندارد، بنابراین هیچ گونه تهافتی بین مبنای اصولی شیخ انصاری و کلام ایشان در اینجا وجود ندارد. (1)

ج) ادامه کلام شیخ انصاری درباره بطلان معاملات صبی:

برای اثبات بطلان معاملات صبی از جمله به روایاتی استدلال شده که در آن جواز امر یتیم را متوقف بر بلوغ دانسته است یعنی قبل از بلوغ معاملات غیر جایز و باطل است، شیخ انصاری این استدلال را نادرست می داند، چون مراد از جواز امر یتیم، استقلال وی در معاملات است به گونه ای که به اذن نیازمند نباشد، بنابراین اگر

ص: 3360

1- (1) (توضیح بیشتر) شیخ انصاری در رسائل در بحث استصحاب به تناسب به بحث حکم وضعی پرداخته می گوید: المشهور... بل الذی استقر علیه رأی المحققین... ان الخطاب الوضعی مرجعه الی الخطاب الشرعی. و ان کون الشیء سبباً لواجب هو الحكم بوجوب ذلك الواجب عند حصول ذلك الشیء، فمعنی قولنا: «اتلاف الصبی سبب لضمانه» انه يجب علیه غرامه المثل او القیمه اذا اجتمع فیه شرائط التکلیف من البلوغ و العقل و الیسار و غیرها، فاذا خاطب الشارع البالغ العاقل الموسر بقوله: «اغرم ما اتلفته فی حال صغرك» انتزع من هذا الخطاب معنی يعبر عنه بسببیه الاتلاف للضمان، و يقال انه ضامن، بمعنی انه يجب علیه الغرامه عند اجتماع شرائط التکلیف، و لم يدع احد ارجاع الحكم الوضعی الی التکلیف الفعلی المنجز حال استناد الحكم الوضعی الی الشخص، حتی يدفع ذلك بما ذكره بعض من عقل عن مراد النافین من انه قد يتحقق الحكم الوضعی فی مورد غیر قابل للحکم التکلیفی، کالصبی و النائم و شبههما (رسائل، ج 2، ص 601). به این کلام این اشکال شده که اگر صبی مالی را اتلاف کرده و قبل از بلوغ از دنیا رفت از چه چیزی حکم وضعی ضمان انتزاع می گردد. در پاسخ این اشکال از جمله گفته شده که حکم وضعی، از تکلیف بالغین همچون اولیاء انتزاع می گردد و به این اشکال هم این ایراد شده که گاه بالغین هم هیچ تکلیفی ندارند چون صبی هیچ مالی ندارد که از مال وی، عوض متلف داده شود، اکنون مجال بحث بیشتر در این زمینه نیست. استاد - مد ظلّه - در کلام بالا به گونه ای دیگر پاسخ اشکال را مطرح کرده اند به این بیان که حکم وضعی، از قضیه شرطیه «اذا تحقق شرائط التکلیف و جب دفع العوض» انتزاع می گردد، این قضیه با عدم تحقق شرط (به طور کلی) هم صادق است، کلام شیخ انصاری هم می تواند به این معنا حمل گردد.

معامله صبی با اجازه ولی او بوده و یا تنها کار صبی اجراء صیغه معامله باشد، این روایات دلیل بر بطلان آن نیست، آری اگر مراد از جواز امر، اصل نفوذ معامله (به صورت مهمله) بود قهراً نفی این امر قبل از بلوغ دلیل بر مسلوب العبارة بودن صبی بوده، به گونه ای که اذن ولی هم ثمره ای نداشت، ولی مراد از جواز امر یتیم پس از بلوغ، استقلال وی در کارها است، شاهد این امر هم این است که در برخی از این روایات آمده است «الآن یكون سفیهاً»، اگر مراد از جواز امر، استقلال در معاملات نباشد این استثناء معنا ندارد، زیرا بی شک سفیه مسلوب العبارة نیست و عقد وی با اجازه ولی صحیح می باشد، بنابراین، اگر مراد از جواز امر، اصل نفوذ معامله (و لو به نحو موقوف بر اجازه ولی) باشد، این امر در مورد سفیه هم صادق است و نباید سفیه را استثناء می کردند.

شیخ انصاری در ادامه به بررسی روایات «عمد الصبی خطأ» و مانند آن پرداخته که در جلسات آینده نقل و بررسی می گردد. (* و السلام
**)

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

بحث در حکم معاملات صبی بود، برای بطلان به حدیث شریف «عمد الصبی و خطاه واحد» و حدیث أبو البختری استدلال شده است، در قسمت اول، در این جلسه تقریب مرحوم شیخ رحمه الله در دلالت حدیث «عمد الصبی و خطاه واحد» بر بطلان معاملات صبی و پس از آن اشکالی را که مرحوم آقای خویی رحمه الله به شیخ کرده اند نقل کرده، به بررسی کلام هر دو فقیه عظیم الشأن می پردازیم.

در قسمت دوم به طرح روایت أبو البختری که در ذیل آن رفع قلم از صبی بیان شده پرداخته، کلام مرحوم شیخ رحمه الله و مرحوم آقای خویی رحمه الله در دلالت این روایت بر بطلان معاملات صبی را بررسی می کنیم. ان شاء الله تعالی.

الف) بررسی ادله بطلان عقد صبی

اشاره

(حدیث «عمد الصبی و خطاه واحد» و «رفع القلم عن الصبی»):

1) کلام مرحوم شیخ انصاری در مورد حدیث «عمد الصبی و خطاه واحد»:

یکی از ادله ای که مرحوم شیخ انصاری برای بطلان عقد صبی در کتاب «مکاسب» به آنها تمسک نموده است. روایاتی که می گوید «عمد الصبی و خطاه واحد»⁽¹⁾ ایشان می فرمایند، این طایفه از روایات دلالت می کند بر اینکه هر عملی که

ص: 3362

1- (1) وسائل الشیعه 400/29، کتاب الدیات باب 11 از ابواب العاقله، ح 2.

در بالغین بین عمد و سهو آن از جهت حکم شرعی تفاوت وجود دارد، در مورد صبی بین فعل عمدی و فعل سهوی آن تفاوتی وجود ندارد و افعال عمدی صبی نیز همان حکم افعال سهوی و غیر عمدی بالغین را دارد و بنابراین همانطوری که اگر اشخاص بالغ عقد بیع یا نکاح را سهواً انجام دهند اثری بر عقد آنها مترتب نیست و آن عقد محکوم به بطلان است. همین طور اگر صبی عقدی را و لو از روی عمد هم انجام دهد اثری بر عقود او مترتب نیست و همه آنها باطل است. و مرحوم شیخ نکته ای را نیز تذکر می دهند و آن این است که می فرمایند: اگر چه در بعضی از روایات مذکور پس از آن که جمله «عقد الصبی خطاء یا عقد الصبی و خطاه واحد» ذکر شده است در ذیل آنها عبارت «تحمله العاقله» نیز آمده است که با توجه به این ذیل، آن روایات مخصوص باب جنایات می شوند و بنابراین نمی توان در آنها به سایر ابواب (مثل عقود) تعدی کرد، و لیکن چون در بین این دسته از اخبار، روایاتی که در آنها عبارت «تحمله العاقله» وجود ندارد هم هست لذا با تمسک به آن دسته از روایاتی که عبارت ذیل را ندارد. می توان در همه افعال صبی از جمله عقود او نیز استدلال بر بطلان نمود [برای تأیید این مطلب مرحوم شیخ در ادامه کلام خود، اشاره ای به تمسک مرحوم شیخ طوسی در مبسوط و مرحوم ابن ادریس در سرائر به روایات فوق و برای عدم ثبوت کفاره برای صبی در صورت ارتکاب محظورات احرامی که فقط در حال عمد کفاره دارد نموده اند] (1) و این دو دسته (روایاتی که ذیل دارند و روایاتی که ذیل ندارند) چون مثبتین هستند لذا با یکدیگر تنافی ندارند که از باب حمل مطلق بر مقید، بنحواهییم روایاتی که ذیل دارند را حمل بر خصوص باب جنایات نماییم.

ص: 3363

اشکال اول:

مرحوم آقای خویی رحمه الله استدلال به روایات «عمد الصبی خطاء» را برای اثبات بطلان معاملات صبی، تمام نمی دانند و این روایات را مخصوص به باب جنایات می دانند. ایشان می فرمایند؛ استفاده اطلاق از روایات فوق هم به علت عدم وجود مقتضی برای اطلاق و هم به خاطر وجود مانع از انعقاد اطلاق، صحیح نیست. اما از جهت عدم تمامیت مقتضی برای اطلاق بیان ایشان این است، می فرمایند: دلیل تنزیل که شیء ای را نازل منزله شیء دیگری قرار می دهد. تاره أحد الوجودین را نازل منزله دیگری قرار می دهد یعنی در مقام اثبات احکام وجودی مترتب بر منزل علیه، برای منزل است و این کار را به واسطه اثبات موضوع تعبدی برای آن احکام انجام می دهد مثل: «الطواف بالبيت صلاه» که در مقام اثبات خصائص احکام شرعی مترتب بر صلاه برای طواف است و تاره دلیل تنزیل در مقام نفی احکام و آثار از منزل است که توسط نفی تعبدی موضوع ذی اثر این کار را انجام می دهد مثل اینکه بگوید «عمد الصبی لیس بعمد» یا یک موضوع وجودی را نازل منزله امری عدمی قرار می دهد مثلاً می گوید «عمد الصبی کلا عمد»

تفاوت میان این دو نحوه از تنزیل این است که در قسم اول غرض از دلیل تنزیل اثبات آثار منزل علیه برای منزل است. پس منزل علیه باید خود دارای آثار و احکامی باشد، تا اینکه آن آثار برای منزل نیز ثابت شود. بخلاف قسم دوم از تنزیل که در آن لازم نیست که منزل علیه نیز دارای احکام ویژه ای باشد بلکه چون تنزیل در ناحیه رفع اثر و حکم از منزل است و فرض این است که این غرض با نفی موضوع حاصل می شود لذا در واقع تنزیل بلحاظ عدم اثر است و لازم نیست منزل علیه اثری داشته باشد (عبارت مرحوم آقای خویی در این قسمت این چنین است

«و السر فی ذلک ان تنزیل شیء منزله عدمه لا یقتضی وجود الأثر للمنزل علیه لکی یکون التنزیل باعتبار ذلک الأثر، بل التنزیل هذا باعتبار عدم الاثر، لاجل ان ما هو عدم النفع يُنزل منزله العدم، وهذا بخلاف تنزیل احد الأمرین الوجودین منزله صاحبه، فان ذلک لا یتحقق الا»

با این مقدمه در ما نحن فيه نیز مرحوم آقای خویی می فرمایند؛ ظاهر از ادله ای که می گوید: «عمد الصبی خطاءً یا عمد الصبی و خطاه واحد» این است که افعال عمدی صبی را نازل منزله آثار و مترتب بر افعال خطائی بالغین قرار داده است یعنی ظاهر از این روایات این است که ناظر به اثبات آثار و احکام مترتب بر افعال خطائی بالغین، برای افعال عمدی کودکان است (قسم اول از تنزیل) پس باید ملاحظه کرد که در چه جاهایی فعل خطایی بالغین - بخصوصه - موضوع برای حکم است؟ آنچه که معلوم است این است که اموری مثل عقد بیع یا عقد نکاح اگر به عنوان خطا صورت بگیرند هیچ اثری بر آنها مترتب نیست. پس روایت «عمد الصبی و خطاه واحد» نمی تواند ناظر به این موارد (مواردی که به عنوان خطا حکمی ثابت نیست) باشد.

بلی در میان افعالی که صورت خطای آنها نیز دارای حکم خاصی است غیر از باب جنایات موارد دیگری نیز وجود دارد مثل اینکه ترک جزئی از نماز خطاه موجب دو سجده سهو است یا در باب صید در حال احرام، اگر محرم بصورت خطایی و اشتباه نیز مرتکب صید شود باید کفاره مخصوصی بپردازد. و لیکن با تأمل بیشتر معلوم می شود که مراد از «عمد الصبی و خطاه واحد» فقط خطاه در باب جنایات است و موارد دیگری را شامل نمی شود زیرا در سایر موارد مثل ارتکاب اسباب سجده سهو و محرمات احرام، سجده سهو و کفاره بر خود شخص خاطی مترتب شده اند یعنی اگر شخص بالغی از روی خطاه سلام نماز را بدهد یا مرتکب صید در حال احرام شود وظیفه خودش سجده سهو یا کفاره است اما اگر خطا و اشتباه در این موارد از صبی صادر شود به واسطه حدیث «رفع القلم عن الصبی» این آثار نیز از صبی برداشته می شود. و نیازی به روایت «عمد الصبی و خطاه واحد» برای رفع این آثار نیست باقی می ماند آثاری که به واسطه فعل خطائی بالغین برای غیر خاطی ثابت می شود. و

ص: 3365

این هم منحصر به باب جنایات است که دیه قتل خطایی بعهدۀ عاقله است. در این مورد است که حدیث «عمد الصبی و خطاه واحد» می گوید اگر صبی قتل عمدی نیز مرتکب شد، در حکم قتل غیر عمد غیر صبی است که دیه آن به عهده عاقله است.

پس با این توضیح معلوم گشت که این دسته از روایات مقتضی اطلاق و شمول نسبت به غیر باب جنایات را ندارند. لذا نمی توان بر بطلان عقد صبی به آنها استدلال نمود.⁽¹⁾ بله اگر دلیل این بود که «عمد الصبی لیس بعمد یا کلا عمد» در اینجا چون غرض از تنزیل نفی اثر از منزل است لذا نیازی به این نبود که منزل علیه نیز دارای اثر باشد و بنابراین روایت مخصوص مواردی که خطا در آن موضوع حکم است نمی شد، بلکه بطور مطلق در همه افعال عمدی صبی، حکم بطلان را ثابت می کرد.

3 پاسخ استاد مد ظله نسبت به اشکال فوق:

اساس اشکال فوق مبنی بر این است که ایشان فرمودند ظاهر روایت «عمد الصبی و خطاه واحد» اثبات تمامی آثار مترتب بر افعال خطائی بالغین برای افعال عمدی کودکان است و همانطوری که در مقدمه کلامشان فرمودند، در جایی که غرض از تنزیل اثبات آثار برای منزل باشد باید منزل علیه نیز دارای اثر باشد تا با تعبد به موضوع، آن آثار بر منزل نیز بار شود. و در باب عقود. عقد خطائی بالغین موضوع برای اثری نیست تا اینکه آن اثر را برای عقد عمدی صبی نیز ثابت بدانیم. پس منحصرأ مورد روایات مخصوص به باب جنایات است.

و لیکن به نظر ما این بیان قابل مناقشه است زیرا، این طور نیست که در باب عقود، عقد خطایی بالغین موضوع برای هیچ اثری نباشد بلکه عقد خطائی بالغین نیز موضوع برای اثری است که همانا عدم انعقاد و عدم صحت است. بله این اثر

ص: 3366

1- (1) مصباح الفقاهه 253/3-256. این اشکال بطور خیلی مختصر در کلمات مرحوم آقای حکیم نیز آمده است، مستمسک العروه 384/14.

یک اثر اثباتی و وجودی نیست و لیکن دلیلی نداریم که بگوییم هرگاه شیء را نازل منزله شیء دیگری در آثار قرار دادند حتماً آن آثار باید از سنخ آثار وجودی باشد بلکه چون حکم به انعقاد معامله یا عدم انعقاد (صحت و عدم صحت) هر دو مربوط به شارع می باشد وقتی شارع فرمود: اگر بالغی خطأً عقدی نمود منعقد نمی شود»، عدم الانعقاد هم حکمی شرعی است لذا اگر در جائی فرمود افعال عمدی کودکان در حکم افعال خطائی بالغین است. مراد از آن حکم تنها احکام وجودی افعال خطائی نیست بلکه شامل احکام عدمی آن نیز می شود و بالجمله چون که عدم انعقاد و عدم صحت نیز از امور و احکام مرتبط به شارع اند، اگر شارع مقدس فرمود «عمد الصبی و خطأه واحد» می توانیم بگوئیم مراد تمامی احکام مترتب بر افعال خطائی است وجودیاً و عدمیاً (و این معنایی خلاف ظاهر از دلیل فوق نیست) عقد عمدی صبی مانند عقد خطائی بالغین است و چون عقد خطائی بالغین منعقد نمی شود پس عقد صبی و لو با قصد و رضایت کامل هم باشد منعقد نمی شود. (1)

4 اشکال دوم مرحوم آقای خویی:

اشاره

اشکال دوم ایشان این است که بر فرض وجود مقتضی اطلاق و شمول حدیث «عمد الصبی و خطأه واحد» نسبت به غیر باب جنایات، این اطلاق مبتلا به مانع است و با ملاحظه آن مانع نمی توان حکم به اطلاق و شمول نمود، و آن مانع عبارت از این است که اخذ به اطلاق این روایت مخالف با ضرورت مذهب و موجب تأسیس فقه جدیدی خواهد شد زیرا اگر قرار باشد مطلق افعال عمدی صبی در حکم افعال خطائی بالغین باشد لازم می آید که اگر صبی عمداً مرتکب مبطلات روزه شد، روزه او باطل نباشد و همچنین اگر عمداً جزئی از نماز را (غیر از ارکان) ترک نمود.

ص: 3367

1- (1) استاد مد ظله به بیان دیگری این روایت را مخصوص باب جنایات می دانند و در جلسه بعد خواهد آمد. ان شاء الله.

نمازش باطل نباشد (یا مثلاً اگر عمداً طواف یا تقصیر را در حج ترک نماید، حج او باطل نباشد و همچنین اگر عمداً هنگام ذبح تسمیه نگوید، ذبیحه او حرام نباشد (هكذا) با اینکه مسلماً این امور اگر بصورت عمدی از صبی صادر شوند موجب بطلان عمل او می شود و حکم به صحت مستلزم تأسیس فقه جدیدی است. پس نمی توان قائل به وجود اطلاق در حدیث عمد الصبی...» شد.

نظر استاد مد ظله

این اشکال دوم به نظر ما نیز اشکال صحیح و واردی است. و کلام مرحوم آقای خوبی در این قسمت تمام است.

5) کلام مرحوم شیخ انصاری در مورد روایت ابو البختری:

اشاره

مرحوم شیخ انصاری به مناسبت ذکر روایت «عمد الصبی و خطأ واحد» به نکته ای اشاره می نمایند و آن این است که می فرمایند اگر چه ما قبلاً در دلالت احادیث «رفع القلم عن الصبی» و مانند آن بر بطلان عقود صبی مناقشه کردیم و بر اساس سه اشکالی که به دلالت این احادیث وارد نمودیم. دلالت آنها را نپذیرفتیم، و لیکن در بین آن احادیث، روایتی وجود دارد که جمله «رفع القلم عن الصبی» در ذیل عبارت «عمد الصبی خطأ» واقع شده است که با توجه به آن روایت می توان به حدیث «رفع قلم» نیز برای بطلان عقود صبی، تمسک نمود. قبل از توضیح مطلب مناسب است، متن روایت مذکور را ذکر نماییم.

«عبد الله بن جعفر فی قرب الأسناد عن علی بن السندي عن ابي البختری عن جعفر، عن أبيه، عن علی علیه السلام انه كان يقول؛ فی المجنون و المعتوه الذی لا یفیک و الصبی الذی لم یبلغ: عمدهما خطأ تحمله العاقله، و قد رفع عنها القلم» محل شاهد جمله «و قد رفع عنهما (المجنون و الصبی القلم)» است که بعد از جمله «عمد هما خطاء...» واقع شده است. مرحوم شیخ می فرمایند جمله «و قد رفع عنهما القلم» جمله ای بی ارتباط و اجنبی با کلام قبل

نیست و ارتباط با قبل به یکی از دو نحوه است یا به این صورت است که «علت» برای اصل حکم یعنی «ثبوت دیه» بر عاقله است، به این معنا که، علت ثبوت حکم دیه بر عاقله این است که از صبی رفع قلم شده است و یا به این نحو است که «معلول» باشد برای جمله «عمدهما خطاء» یعنی علت اینکه از صبی رفع قلم شده است این است که عمد صبی خطا است و کأن ادراک صبی چون ادراک ضعیفی است و عمدش مرحله بسیار ناقصی از عمد و اختیار است لذا بخاطر این علت از او رفع قلم شده است. و علی ای تقدیر (چه جمله «رفع عنهما القلم» علت ما قبل باشد و چه معلول جمله قبل باشد) مراد از رفع قلم در این روایت اعم از رفع عقوبت اخرویه است و شامل رفع عقوبت دنیویّه که عبارت است از قصاص و غرامت دیه، نیز می شود. پس با این بیان، روایت منحصر در رفع عقوبت اخرویه نیست و اشکالات قبلی که به مفاد روایت رفع قلم می کردیم. وارد نیست. حال که مرفوع در این روایت اعم شد، مرحوم شیخ می فرمایند ما می توانیم از این روایت چنین استفاده کنیم که تمامی الزامات مالی که صبی بر خود قرار می دهد چه به واسطه اقرار باشد مثل اینکه بر علیه و به زبان خود اقرار به مالی نماید مثلاً بگوید به فلان کس هزار تومان بدهکار هستم و چه اینکه به واسطه عقد و معاوضه ای که انجام داده است خود را ملزم به پرداخت ثمن یا مثنی نماید. تمامی این الزامات با توجه به جمله «وقد رفع عنهما القلم» در این روایت مرفوع است. و طبق آن، صبی در این موارد نباید مورد مؤاخذه (اخروی و دنیوی) قرار گیرد و معنای این، همان بطلان معاملات صبی است، سپس مرحوم شیخ در اداء این بیان اشکالی را طرح نموده و در صدد پاسخ از آن بر می آیند. اما اشکال این است که می فرمایند ممکن است کسی بگوید اگر مرفوع اعم از عقوبت اخرویه شد و حتی عقوبت های دنیوی را نیز شامل شد و تمامی الزامات و اشتغالات ذمه ای که برای صبی وجود دارد را نیز به حکم حدیث رفع مرفوع بدانیم. لازمه آن این است که در جایی که صبی مال شخصی را اتلاف نماید

باید بگوئید که صبی ضامن نیست در حالی که مشهور قریب به اتفاق قائل به ضامن بودن صبی در این مورد هستند.

پاسخ استاد مد ظله به اشکال

قبل از این که به پاسخ مرحوم بپردازیم، جوابی به نظر ما می رسد و آن این است که این اشکال را قطع نظر از اینکه قول بعدم ضمان مخالف مشهور است، بنحو دیگری نیز می توان طرح کرد و آن این است که بگوییم اگر مراد از مرفوع در این روایت شامل عقوبت دنیویه نیز بشود هر چند لازمه بدوی آن این است که در مورد اتلاف صبی، وی ضامن نباشد و لیکن با توجه به جمله قبل یعنی «عمدهما خطاء» معلوم می شود که مراد از این جمله مواردی است که هر کدام یک از فعل عمدی و فعل خطائی در بالغین احکام متفاوت و مخصوص به خود را دارد و چنین افعالی اگر از صبی عمداً صادر شود در حکم فعل خطائی دیگران است. در حالی که در مورد مسئله اتلاف فرقی بین اتلاف عمدی با اتلاف خطایی وجود ندارد. یعنی شخص بالغ نیز اگر مال دیگری را خطاء نیز اتلاف نماید ضامن است تا چه رسد به اتلاف عمدی و اگر رفع قلم، ضمان اتلاف را هم بخواهد بر دارد با صدر روایت «عمدهما خطاً» که حکم مترتب بر خطاً را اثبات کرده متناقض خواهد شد یعنی وقتی صدر روایت می گوید «عمدهما خطاً» یعنی اگر اتلاف کرد ضامن است، و این صدر روایت مانع اطلاق «و قد رفع عنهما القلم» نسبت به رفع ضمان اتلاف می شود.

خلاصه اینکه، مقتضای «عمدهما خطاء» این است که اتلاف را شامل نشود و این مانع عمومیت «رفع عنهما القلم» نسبت به دنیویه این است که در صورت اتلاف، صبی ضامن نباشد ضمان اتلاف می شود.

پاسخ مرحوم شیخ رحمه الله از اشکال:

ص: 3370

مرحوم شیخ از این اشکال چنین پاسخ می دهند که: این اشکال وقتی بر بیان ما وارد است که ما جمله «وقد رفع عنهما القلم» را منحصرأً علّت برای قبل بدانیم. و لکن ما گفتیم که ارتباط این جمله با ما قبل می تواند بنحو معلولیت باشد یعنی علّت رفع قلم از صبی این است که قصد و اختیار او ضعیف است و عمد او در حکم فعل خطائی دیگران است. و این علّت فقط شامل مواردی می شود که عمد و خطاء در بالغین از نظر حکم متفاوت باشد و از ابتداء مثل مسئله «اتلاف» که بین عمد و خطاء آن در بالغین از جهت حکم تفاوتی نیست مشمول «عمدهما خطاء» نمی شود.

به بیانی دیگر: روایت می گوید چون اختیار صبی ضعیف است، قلمی که برای عامه حکمی را نوشته از صبی برداشته شده و این شامل ضمانات نمی شود چون ضمان بر خصوص عامه نوشته نشده است. پس خلاصه فرمایش مرحوم شیخ این شد که قسمت «رفع عنهما القلم» در روایت مذکور عامه است و تمامی عقوبات از جمله عقوبات و مؤاخذات دنیویّه را از صبی رفع می نماید و نتیجه این حرف، بطلان عقود صبی است.

6 اشکال مرحوم آقای خویی به قسمتی از کلام مرحوم شیخ:

مرحوم آقای خویی به آن قسمت از کلام مرحوم شیخ که فرمود یکی از احتمالات در وجه ارتباط جمله «وقد رفع عنهما القلم» با ما قبل، این است که این جمله علّت برای حکم ما قبل یعنی ثبوت دیه بر عاقله باشد.

مرحوم آقای خویی می فرمایند: وجهی برای علیّت «رفع عنهما القلم» نسبت به ثبوت دیه بر عاقله وجود ندارد و هیچ نحوه علیتی (نه شرعاً و نه عرفاً و عقلاً) جمله مزبور برای حکم ثبوت دیه بر عاقله ندارد. و مرحوم شیخ نیز نحوه علیّت را توضیح نداده اند. (1)

ص: 3371

7) پاسخ استاد مد ظله به اشکال مرحوم آقای خویی:

به نظر ما این اشکال به مرحوم شیخ وارد نیست و می توان رفع قلم را علت برای ثبوت دیه بر عاقله دانست و لیکن علیّت مع الواسطه نه بلا واسطه.

بیان مطلب این است که، چنانچه در معقول نیز گفته اند اگر چیزی علّت برای ملزوم بود مع الواسطه علّت برای لازم نیز هست یعنی اگر فرض کردیم شیء ای علیّت تحقق آتش است همان شیء علت برای به وجود آمدن حرارت نیز هست ولی با واسطه، در ما نحن فیه نیز رفع قلم مستقیماً و بدون واسطه علت برای عدم حکم به قصاص و پرداخت دیه می باشد و لیکن چون از نظر شرعی این ملازمه ثابت شده است که خون شخص مسلم هدر نیست و اگر مسلمانی کشته شد و بر قاتل نه قصاص ثابت بود نه دیه (چون نه عمدی بوده است و نه شبه عمد) در این صورت وظیفه عاقله او است که دیه را بپردازند. بر این اساس حدیث رفع اگر چه تنها قصاص و دیه را از قاتل رفع می نماید (ملزوم) ولی با توجه به ملازمه فوق که از جهت شرعی ثابت است، می توان گفت که حدیث رفع علّت برای ثبوت دیه بر عاقله (لازم) نیز هست. و از این جهت اشکالی به کلام مرحوم شیخ وارد نیست. (1)

8) دو اشکال از استاد مد ظله به کلام مرحوم شیخ:

با این حال به نظر ما دو اشکال به کلام مرحوم شیخ وارد است

اولاً: اینکه مرحوم شیخ فرمودند نحوه ارتباط جمله «وقد رفع عنهما القلم» با جمله قبل حتماً باید به یکی از دو صورت علیتی یا معلولی باشد، این بیان تمام نیست و وجه ارتباط منحصر به آنچه شیخ بیان فرموده اند نیست. بلکه ممکن است

ص: 3372

1- (1) این جواب در خود کلام مرحوم آقای خویی نیز آمده است ایشان پس از انکار علیت رفع قلم نسبت به حکم ثبوت دیه بر عاقله چنین می فرمایند «غایه الامر: انه ثبت فی الشریعه المقدسه أن دم المسلم لا یذهب هدراً، و من الظاهر أن هذا الحكم مع ما دل علی ان عمد الصبی خطاء یلازم ثبوت دیه الجنایه الصادره من الصبی علی عاقلته».

امام علیه السلام در مقام ذکر احکام مترتب بر افعال صبی باشند که یکی از آنها این است که افعال عمدی او در حکم افعال خطایی دیگران است و دیگر اینکه از نظر مؤاخذه و عقوبت اخروی نیز چیزی بر عهده او نیست و به عبارت بهتر وجه ارتباط این جمله با ما قبل ممکن است به این نحو باشد که هر دو، یعنی چه جمله «عمدهما خطاء» و چه «وقد رفع عنهما القلم» معلول امر سومی که مثلاً ضعف ادراک و نقص در افعال صبی است باشد یعنی چون ادراکات صبی، ادراکاتی ضعیف و ناقص است لذا در باب جنایات قصاص و دیه بر عهده خودش نمی آید و در روز قیامت نیز مورد مؤاخذه قرار نمی گیرد.

و ثانیاً: - که اشکال عمده همین است - مرحوم شیخ فرمودند، اگر چه ظاهر اولی از حدیث رفع قلم، رفع مؤاخذه اخروی است و لیکن چون در این روایت (روایت ابی البختری) در مورد رفع قصاص و دیه تطبیق شده است، چنین می فهمیم که در این روایت، حدیث رفع قلم منحصر به رفع عقوبت اخروی نیست و شامل رفع مؤاخذه و عقوبت دنیوی نیز می شود، پس می توان این چنین نتیجه گرفت که تمامی الزاماتی که صبی برای خود قرار می دهد چه به واسطه اقرار باشد یا به واسطه عقد معاوضی نیز از او مرفوع است و مورد مؤاخذه نیست.

اشکال ما این است که اگر قرار باشد رفع مؤاخذه را اعم از مؤاخذه اخروی بدانیم و بگوییم شامل رفع مؤاخذه دنیوی نیز می شود ولی نمی توان دایره آن را آن چنان وسیع قرار دهیم که حتی شامل الزاماتی که صبی به واسطه عقد و معاوضه برای خود قرار می دهد نیز بشود و به بیان دیگر فرق است بین رفع مؤاخذه قصاص یا دیه از صبی با رفع الزامات ناشی از عقود معاوضی در مورد جنایات چون قصاص یا دیه واقعاً یک نحوه عقوبت و مؤاخذه بر صبی است می توانیم بگوئیم از صبی برداشته شده است ولی در مورد معامله، خصوصاً معامله ای که ولی صبی آن را به صلاح او می داند و در آن معامله، صبی سود نیز نموده است. مثلاً در مقابل صد تومانی که از

دست او رفته است، بیشتر از آن مقدار برای او تدارک شده است. نمی توان گفت که الزام صبی به پرداخت آن صد تومان نوعی مؤاخذه بر او است و به واسطه حدیث رفع قلم آن را بر می داریم. به خلاف مورد جنایات که در مقابل قصاص و دیه، چیزی نصیب صبی نمی شود. و به عبارت دیگر: حدیث رفع، امتنانی است و امتنان مخصوص مواردی است که اگر رفع نباشد یک نحو تضییقی برای صبی باشد و در معاملات که صبی انجام می دهد هر چند یکی از عوضین از کیسه او می رود ولی بلا عوض که نیست بلکه عوض آن در ملکیت صبی وارد می شود، صحت این عقد و الزام صبی به ترتیب اثر صحت بر چنین عقدی، تضییقی بر صبی نیست تا رفع آن امتنانی بوده با حدیث رفع صحت چنین عقدی را بر داریم.

بله در مورد اقرار بر نفس، حرف شیخ رحمه الله تمام است و در آنجا می توان گفت که اگر صبی بر ضرر خود اقرار به مالی نماید حدیث رفع آن الزام را بر می دارد. ادامه بحث را در جلسه آینده دنبال خواهیم کرد.

«* و السلام*»

ص: 3374

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه، ابتدا تتمه ای در مورد روایات «عمد الصبی خطاء» بیان می کنیم و اختصاص آنها به باب جنایات را تقویت می کنیم. سپس به بررسی فرمایش مرحوم آقای خمینی در مورد جمع بین روایات خاصه در مورد حدّ رفع حجر از صبی می پردازیم و در نهایت، اعتبار مجموع الامرین (بلوغ و رشد) را در نفوذ معاملات صبی نتیجه می گیریم.

الف) ادامه بررسی روایات «عمد الصبی خطاء»:

1) بیان آقای خویی رحمه الله در مورد اختصاص روایات «عمد الصبی خطاء» به باب جنایات:

مرحوم آقای خویی در مصباح الفقاهه فرمودند: روایات عمده الصبی خطاء اختصاص به باب جنایات و دیات دارند چون در فقه فقط دو جا داریم که خطاء منشأ اثر باشد: یکی باب جنایات و دیگری سهو در نماز و برخی از محرمات احرام، اما چون سهو در نماز، تکلیفی برای خود شخص خاطی می آورد و حدیث رفع قلم تکالیف را از صبی برداشته است، لذا روایات عمده الصبی خطاء منحصرأ ناظر به موردی هستند که خطای شخص بالغ تکلیفی متوجه دیگران می کند و این روایات، عمده صبی را به چنین خطایی تنزیل کرده اند و این مورد نیست مگر باب جنایات و دیات.

ص: 3375

2) اشکال استاد مد ظلّه به بیان آقای خوئی رحمه الله:

در اینجا امر دائر است بین اینکه یکی از این دو تصرّف را بکنیم: یا آن طور که آقای خوئی رحمه الله فرموده از اطلاق عمد الصبی خطاءً رفع ید کنیم و آن را منحصر به باب دیات بدانیم به این دلیل که روایت رفع القلم عن الصبی حکم سهو در نماز و در محرمات احرام را از صبی برداشته است. یعنی اگر صبی در نماز عمداً سلام داد یا عمداً برخی از محرمات احرام را مرتکب شد، این عملش تکلیفی بر او ایجاد نمی کند پس در این دو باب عمل عمدی صبی حکم خطائی را ندارد تا موجب سجده سهو در نماز یا موجب کفاره در باب حج شود و لازمه اخذ به اطلاق حدیث رفع، رفع ید از اطلاق «عمد الصبی خطاً» در این موارد است. و یا اینکه حدیث رفع القلم را تقيید بکنیم و بگوییم اختصاص به رفع مؤاخذه یا احکام تکلیفیه دارد و احکام وضعیه را شامل نمی شود و در نتیجه، روایت عمد الصبی خطاءً را به اطلاق خود حفظ کنیم و آن را شامل هر دو مورد یعنی باب دیات و باب سهو در نماز بدانیم و چون آقای خوئی رحمه الله وجهی برای تقدیم احتمال اول ذکر نکرده اند نمی توانیم با ایشان موافقت کنیم و اگر به خاطر تردید در احد التصرفین قائل به اجمال حدیث رفع القلم بشویم طبق مبانی قوم که آقای خوئی هم قبول دارند باید به عمومات و اطلاقات احکام اولیه اخذ کنیم که اقتضا می کنند تکالیف عام باشند الا ما خرج بالدلیل پس حکم سهو در نماز مثل تعیین سجده سهو را باید شامل صبی هم بگیریم.

3) بیان استاد مد ظلّه در مورد اختصاص روایات عمد الصبی خطاً به باب جنایات:

به نظر ما با بیان دیگری می توان اثبات کرد که روایات «عمد الصبیان خطا یحمل علی العاقله»⁽¹⁾ یا «عمد الصبی و خطاه واحد»² اختصاص به باب جنایات و دیات دارند و اطلاق نسبت به سایر موارد ندارند و آن بیان این است که اگر این روایات را

ص: 3376

1- (1 و 2) - (وسائل 400/29، کتاب الدیات، ابواب العاقله، باب 11، ح 1 و 2).

به دست عرف بدهیم از کلمه خطاء یک معنی می فهمند یعنی عرفاً بسیار بعید است که خطاء در یک روایت به یک معنی و در روایتی دیگر به معنای دیگر استعمال شده باشد و در روایاتی که «عمد الصبی خطاءً تحمله العاقله» وارد شده یعنی خطای بالمعنی الاخص (مقابل عمد و شبه عمد) اراده شده است، در روایاتی که این ذیل (تحمله العاقله) را ندارد نیز باید خطای بالمعنی الاخص اراده شده باشد نه خطای بالمعنی الاعم (مقابل عمد) و معلوم است که خطای بالمعنی الاخص یک معنایی است که اختصاص به باب دیات و جنایات دارد چون غیر از آنجا در هیچ جای فقه نیست که برای عمد و شبه عمد احکام متفاوت ثابت شده باشد. و اینکه محدثین و فقهاء این دسته از روایات را در باب دیات مطرح کرده اند شاید نکته اش همین است که خطای بالمعنی الاخص از این روایات فهمیده اند. بنابراین نمی توان با استناد به روایات عمد الصبی خطاء، بطلان عقود صبی در ما نحن فیه را اثبات کرد.

(ب) بررسی فرمایش مرحوم آقای خمینی قدس سره:

(1) بیان آقای خمینی در جمع ما بین روایات:

مرحوم آقای خمینی روایات مربوط به عقد و صبی را به طور مستوفی بحث کرده اند. ایشان می فرمایند روایات چهار دسته اند:

1 - روایاتی که حد را بلوغ قرار داده اند و از نظر حصول رشد اطلاق دارند، مانند:

روایت حمران عن ابی جعفر علیه السلام... الغلام لا- يجوز امره فی الشراء و البیع و لا- یخرج عن الیتیم حتی یبلغ خمس عشره سنه او یحتلم او یشعر أو ینبت قبل ذلک»⁽¹⁾

2 - روایاتی که رشد را معیار قرار داده است، مانند روایت اصبع بن نباته عن

ص: 3377

1- (1) وسائل، 410/18 - کتاب الحجر - باب 2، ح 1.

امیر المؤمنین علیه السلام «انه قضی ان یحجر علی الغلام المفسد حتی یعقل»⁽¹⁾

3- روایاتی که حدّ رفع حجر را أحد الأمرین (من الرشد و البلوغ) قرار داده است مانند صحیحہ عیص بن القاسم عن ابی عبد الله علیه السلام «قال: سألته عن الیتیمه متى یدفع الیها مالها؟ قال: «اذا علمت أنها لا تقسد و لا تضییع» فسألته ان كانت قد زوّجت؟ فقال: «اذا زوّجت فقد انقطع ملک الوصی عنها»².

4- روایاتی که مجموع الامرین را حدّ انقطاع یتیم قرار داده است: مانند صحیحہ هشام عن ابی عبد الله علیه السلام: قال: «انقطع یتیم الیتیم بالاحتلام و هو اشدّه و ان احتلم و لم یؤنس منه رشده و كان سفیهاً او ضعیفاً فلیمسک عنه ولیّه ماله»⁽²⁾

ایشان می فرماید: جمع ما بین روایات دسته اولی و ثانیه با دو دسته اخیر از باب حمل مطلق بر مقید است و تعیین این حمل روشن است. اما نسبت به جمع بین دسته سوم و چهارم می فرمایند: این قدری مشکل تر است، و به نظر می رسد که چون دسته سوم ظهور در اعتبار أحد الأمرین دارد در حالی که دسته چهارم صریح در اعتبار مجموع الامرین است، لذا به واسطه صراحت دسته چهارم از ظهور دسته سوم رفع یتیم و در نتیجه، مجموع الامرین را معیار رفع حجر صبی می دانیم.

علاوه بر اینکه آیه شریفه نیز مفید مجموع الامرین است و بر فرض تعارض دسته سوم و چهارم، آیه مرجّح دسته چهارم خواهد بود.

(2) بیان استاد مد ظلّه:

ص: 3378

1- (1 و 2) - وسائل، 410/18 - کتاب الحجر - باب 1، ح 4 و 3.

2- (3) وسائل، 410/18 - کتاب الحجر - باب 1، ح 1.

اینکه مرحوم آقای خمینی جمع بین روایات دسته اول و دوم با روایات دسته سوم و چهارم را از باب حمل مطلق بر مقید دانسته اند در مورد دسته چهارم درست است چون دسته اول و دوم را مطلق می گیریم و دسته چهارم را که مجموع الامرین را معتبر دانسته مقید آن مطلقا می گیریم. اما تعبیر مطلق و مقید در مورد دسته سوم که أحد الامرین را معتبر دانسته، تعبیر درستی نیست. تعبیر صحیح این است که بگوییم از ظهور روایات دسته اول و دوم در تعیین رفع ید می کنیم و آنها را حمل بر تخیر می کنیم، چون دسته سوم قرینه می شود بر اینکه ذکر بلوغ یا رشد در دسته اول و دوم از باب مثال است همانطور که در بحث «اذا خفی الاذان فقصّر» و «اذا خفی الجدران فقصّر» معمول آقایان و احتمالاً خود آقای خمینی رحمه الله هم حمل بر تخیر می کنند و از خصوصیت هر یک رفع ید می کنند و آن را حمل بر مثال می نمایند.

البته به نظر ما این چهار دسته اصلاً تعارضی با هم ندارند چون دسته اول و دوم اصلاً در مقام بیان سببیت برای رفع حجر نیستند تا ظهور در کفایت رشد یا کفایت بلوغ داشته باشند بلکه صرفاً در مقام بیان شرطیت رشد یا بلوغ در رفع حجر هستند لذا هیچ منافاتی با روایات مجموع الامرین ندارند تا نیاز به جمع بین روایات داشته باشیم. به عبارتی دیگر، طائفه اول، شرط لازم رفع حجر را بیان می فرماید و می گوید صبی محجور است و برای رفع حجر لازم است که بالغ شود اما این که بلوغ کافی است یا علاوه بر بلوغ، تحقق رشد نیز لازم است یا خیر، ساکت است و همچنین طائفه دوم می گفت صبی غیر رشد (غلام مفسد) محجور است برای رفع حجر رشد لازم است اما از این جهت که رشد کافی است یا ضمیمه شدن بلوغ هم لازم است سکوت دارد. پس بین خود این دو طائفه و بین اینها و طائفه چهارم تنافی نیست و ممکن است مجموع الامرین لازم باشد به تقریبی دیگر می توان گفت:

طائفه اول می گوید صباوت حجر می آورد و برای رفع حجر باید به سن بلوغ برسد تا حجری که از ناحیه صغر آمده رفع شود و این منافات ندارد که به جهت عدم رشد، محجور باشد و همچنین طائفه دوم می گوید مفسد بودن (عدم رشد) حجر می آورد و برای رفع حجر لازم است که به حدّ رشد برسد و این منافات ندارد که اگر به جهت دیگری (مانند صباوت) هم محجور بود باید آن جهت نیز مرتفع گردد.

ان قلت: طائفه دوم در مورد بچه غیر رشید گفته حجر او تا زمان «رشد» ادامه دارد، یعنی اگر به حدّ رشد رسید حجری که از ناحیه «بچه غیر رشید» بودن آمده بود مرتفع می گردد هر چند هنوز صباوتش باقی باشد.

قلت: در روایت صبی بودن فرض نشده، آنچه که در روایت آمده «غلام مفسد» است و غلام یعنی کم سن و سال، و ملازم با عدم بلوغ نیست و لذا نفس غلام بودن موجب حجر قرار داده نشده بلکه مقید به مفسد بودن شده است. نظیر اینکه گفته شده: «وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا» این دلالت بر سببیت خروجی از احرام بر حلّیت صید ندارد تا در نتیجه بگوئیم با خروج از احرام، صید مطلقاً حلال می شود و لو در حرم باشد یا صید لهوی باشد، این ناظر به این جهات نیست و فقط دالّ بر شرطیت است یعنی خروج از احرام شرط لازم جواز صید است و این منافات ندارد با اینکه جواز صید شرایط دیگری نیز داشته باشد بلکه می گوید حرمتی که از ناحیه احرام آمده بود مرتفع می گردد. همین بیان در جاهای دیگر هم می آید. مثل «فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ» که خروج از حیض را شرط جواز وطی و نه سبب آن قرار داده است یعنی بعد از خروج از حیض، آن حرمتی که از ناحیه حیض آمده بود، مرتفع می گردد، حدوداً و بقاءً دائر مدار حیض بوده است یا «لا صلاه الا بطهور» که دلالت بر شرطیت طهارت دارد نه سببیت آن. اما نسبت به روایت دسته سوم که راوی سؤال کرده بود: «الیتیمه متی یدفع الیها مالها» و حضرت در جواب می فرماید: «اذا علمت أنّها لا تقسد و لا تضییع. قال: فان زوّجت قال: اذا زوّجت فقد انقطع ملک الوصیّ عینها».

مرحوم آقای خمینی می فرماید: مراد از «زوّجت» تزویج فعلی نیست، چون ازدواج هیچ خصوصیتی ندارد. بلکه این تعبیر کنایه از رسیدن به حدّ بلوغ است و اما اینکه کنایه از رشد باشد احتمالش را نمی دهیم چون در سؤال و جواب قبلی، امام علیه السلام حکم رشد را بیان کرده اند و تکرار مطلب سابق معنی ندارد. لذا ایشان مفاد این روایت را اعتبار أحد الأمرین دانسته اند و آنگاه جمعاً بین الأدلّه اعتبار مجموع الامرین را نتیجه گرفته اند.

البته ظاهر فرمایش ایشان اشکال واضحی دارد و باید توجیه شود چون کنایه به معنی ذکر لازم و اراده ملزوم در لازمی صحیح است که غالباً با ملزوم همراه باشد مثلاً در «زیدٌ کثیر الرّماد» کنایه در صورتی است که کثرت رماد به طور غالب همراه با سخاوت باشد و در ما نحن فیه چنین نیست که تزویج دختر غالباً با رسیدن به اول بلوغ باشد. (تا از ذکر «زوّجت» اراده رسیدن به حدّ بلوغ بکنیم) بلکه به ندرت اتفاق می افتد که دختر نُه ساله ای که تازه به بلوغ رسیده ازدواج کرده باشد. پس مقصود ایشان باید این باشد که «اذا زوّجت...» به این معنی که ازدواج دخترها معمولاً بدون بلوغ محقق نمی شود چون تزویج قبل از بلوغ نادر است. کأنّ حضرت می خواهند بفرمایند: کسی که ازدواج کرده به اعتبار اینکه خودش بالغ است، اختیار اموال خودش را دارد. ولی علی رغم این توجیهی که کردیم به نظر نمی رسد استعمال کنایی «اذا زوّجت» در چنین معنایی متعارف باشد. در عرف فعلی ما که متعارف نیست و در لسان روایات هم با چنین استعمالی برخورد نکردیم. که به جای بلوغ تعبیر ازدواج بکار ببرند.

به نظر ما «اذا زوّجت» را می توان به همان معنی ظاهرش حمل کرد. یعنی روایت بخواهد بگوید دختری که ازدواج کرده و به خانه شوهر رفته ملک و اختیار داری و ولایت وصیّ از او منقطع می شود یعنی اشخاص دیگر در کار او مداخله نکنند چون بعد از ازدواج، ولایت و سرپرستی او منتقل به شوهر می شود و چنین مضمونی فی الجمله در روایات دیگر وجود دارد که مثلاً تعبیر شده زن و لوزن کامل و واجد شرایط باشد، «لا صدقه فی مالها الاّ باذن زوجها». حال اگر در آنجا حمل بر حکم اخلاقی شود مانعی ندارد در ما نحن فیه بگوییم شارع نخواستہ پس از ازدواج دختر دیگران در امور او دخالت کنند چرا که ممکن است مشکلاتی به همراه داشته باشد، بلکه اختیار او را به شوهر واگذار کرده است. و بر فرض اینکه مطمئن باشیم این معنی صحیح نیست ظاهراً اشکالی ندارد که «اذا زوّجت» را اماره رشد بگیریم و

اینکه مرحوم آقای خمینی رحمه الله فرموده اند تکرار لازم می آید، تمام نیست چون در جمله قبلی حضرت فرمود: «اذا علمت أنّها لا تفسد و لا تضيع» یعنی وقتی علم به رشد او پیدا کردی اموالش را به او بدهید. لذا برای راوی این سؤال پیش آمده که اگر علم به رشد دختر نداشته باشیم اما دختری است که در سنّ چهارده، پانزده سالگی است که متعارف دخترها ازدواج می کنند (طبق معنی مختار آقای خمینی رحمه الله) آیا می توان اموالش را به او داد؟ حضرت در جواب این سؤال می فرماید: بودن دختر در سنّ ازدواجهای متعارف، اماره رشد او است. بنابراین، روایت متضمن هیچ تکراری نیست.

3) جمع ما بین روایات به نظر استاد مدّ ظلّه:

بنا بر آنچه گذشت، روایات دسته اول و دوم فقط دلالت بر شرطیت می کنند و جمع بین این دو دسته اقتضا می کند که مجموع الامرین یعنی هم بلوغ و هم رشد معتبر باشد. روایت دسته چهارم هم که صریح در اعتبار مجموع الامرین است.

می ماند همین روایت دسته سوم که جمعاً بین الروایات هم صدر آن و هم ذیل آن را حمل می کنیم بر فرض متعارف که بلوغ و رشد هر دو حاصل است، یعنی آنجایی که می گوید: «اذا علمت أنّها لا تفسد و لا تضيع» ناظر است به فرض متعارف چون دختری که به حدّ رشد رسیده معمولاً به بلوغ هم رسیده است و آنجایی هم که می گوید: «اذا تزوّجت» حمل بر فرض متعارف می شود که شخص متزوّج معمولاً هم بالغ و هم رشید است. اکنون به توضیح روایات باب می پردازیم:

- عن ابی جعفر علیه السلام فی حدیث قال: «انّ الجاریه لیست مثل الغلام. انّ الجاریه اذا تزوّجت و دخل بها و لها تسع سنین ذهب عنها الیتیم و دفع الیها مالها و جاز أمرها فی الشراء و البیع و اقیمت علیها الحدود التامه و اخذت لها و بها. قال: و الغلام لا یجوز أمره فی الشراء و البیع و لا یخرج عن الیتیم حتی ینبغ خمس عشره سنه او یحتلم او یشعر او ینبت قبل ذلک».

این روایت می‌خواهد بین غلام و جاریه تفصیل بدهد و فقط در مقام بیان اشتراط بلوغ است و نمی‌خواهد بگوید شرط دیگری در کار نیست مثل اینکه گفته شود:

محرم با غیر محرم تفاوت دارد؛ محرم نباید صید کند مگر زمانی که از احرام خارج شود. معنی این جمله این نیست که جواز صید هیچ شرط دیگری غیر از خروج از احرام ندارد. همچنین اگر گفته شود: کسی که قصد چهار فرسخ کرده نمازش قصر است، این جمله فقط مفید شرطیت است و منافاتی با اعتبار شرایط دیگر ندارد.

در ضمن، تعبیر «و دُخِلَ بها» چون می‌دانیم نفس دخول موضوعیت ندارد، احتمالاً به این معنی است که دختر به حدی رسیده که شرعاً صلاحیت دخول داشته باشد و شاید هم این تعبیر کنایه از رشد باشد از این باب که منظور از دخول به جاریه، فرستادن او به خانه شوهر باشد چون معلوم است که جاریه را تا زمانی که به درک و رشد کافی نرسد به خانه شوهر نمی‌فرستند.

- روایت اصبع بن نباته عن امیر المؤمنین علیه السلام انه قضی ان یحجر علی الغلام المفسد حتی یعقل.

این روایت هم عقل معاملاتی یعنی رشد را به عنوان شرط ذکر کرده است نه به عنوان سبب. لذا منافاتی با اعتبار شرط دیگر (بلوغ) ندارد. در ضمن، غلام مفهوماً انحصار به صبی غیر بالغ ندارد و شامل بالغ هم می‌شود.

- روایت صحیحہ عیص که مرحوم آقای خمینی آن را دلیل بر اعتبار احد الامرین می‌دانست و ما بحش را کردیم: «قال: سألته عن الیتیمه متی یدفع الیها مالها الحدیث».

- روایت دالّ بر اعتبار مجموع الأمرین: صحیحہ هشام عن ابی عبد الله علیه السلام قال: انقطاع یتیم بالاحتلام و هو أشدّه و ان احتلم و لم یؤنس منه رشده و کان سفیهاً او ضعیفاً فلیمسک عنه ولیّه مالُهُ»

ذیل این روایت می‌گوید: کسی که به حدّ بلوغ رسیده است اگر سفیه باشد یا رشد مالی نداشته باشد اموالش به او داده نمی‌شود و محجور است.

- روایت ابی بصیر عن ابی عبد الله علیه السلام: «قال: سألته عن یتیم قد قرء القرآن و لیس بعقله بأس و له مالٌ علی ید رجلٍ فأراد الذی عنده المال أن یعمل به مضاربهً فأذن له الغلام. فقال: لا یصلح له أن یعمل به حتی یحتلم و یدفع الیه ماله و ان احتلم و لم یکن له عقل لم یدفع الیه شیءٌ ابداً» این روایت هم مجموع الامرین را معتبر دانسته است.

پس از مجموع روایات، اعتبار مجموع الامرین یعنی هم بلوغ و هم رشد استفاده می شود و آیه قرآن هم موافق همین مطلب است و الله العالم.

«و السلام»

ص: 3384

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

بحث در حدّ رفع حجر از صبی بود، گفته شد روایات مختلفی در تعیین حدّ رفع حجر هست برخی «بلوغ» و برخی «رشد» و دسته ای «احد الامرین» و دسته چهارمی «مجموع الامرین» را معیار رفع حجر قرار داده اند؛ جمع بین این ها چگونه است؟ نتیجه بحث قبل این بود که مجموع الامرین معیار است. در این جلسه، به دنبال همان بحث گذشته، ابتدا نظر استاد مد ظله در مورد حکم تعدد شرط و اتحاد جزاء مطرح می شود و سپس چند استدراک از مباحث قبل و نکاتی در مورد روایات «عمد الصبی خطا» و «رفع القلم عن الصبی» مورد بحث قرار خواهد گرفت.

بحث در این بود معاملات صبی نافذ نیست، صبی چه موقع از حجر بیرون می آید؟ گفته شد روایات این باب مختلف است. دسته ای حدّ رفع حجر را بلوغ و دسته ای رشد و دسته ای احد الامرین و برخی از روایات مجموع الامرین را معیار قرار داده است.

یک روایت می فرماید «لا یخرج عن الیتیم حتی یبلغ خمس عشره سنه او یحتلم او یشعر او ینبت قبل ذلک» روایتی دیگر می فرماید: «قضی ان یحجر علی الغلام المفسد حتی یعقل» روایت اول رفع حجر را بر بلوغ و روایت دوم آن را بر رشد معلق کرده است، جمع بین اینها چگونه است؟

ص: 3385

اگر دو قضیه شرطیه داشته باشیم که یک حکم را معلق بر دو شرط مختلف کرده باشند چطور باید بین آنها جمع کنیم؟ مثلاً اگر گفته شود: «ان جاءك زيدٌ فاکرمه» و از طرف دیگر گفته شود: «ان علمک القرآن فاکرمه» بنا بر قول مفهوم در جمله شرطیه چطور بین این دو قضیه جمع کنیم؟

جمع اول این است که منطوق دو قضیه را تقیید بزینم و بگوئیم: «ان جاءك زيدٌ و علمک القرآن فاکرمه» یعنی در واقع مجموع الامرین را شرط حکم قرار دهیم.

جمع دوم که در بعضی از کتابها مطرح شده این است که اطلاق مفهوم هر یک از دو قضیه را به منطوق دیگری تقیید بزینم. بنابراین، اطلاق مفهوم جمله اول یعنی «ان لم یجئک زيدٌ فلا یجب اکرامه» مقیّد می شود به اینکه اگر تعلیم قرآن کرد، اکرام واجب است و همین طور اطلاق مفهوم قضیه دوم مقیّد می شود به منطوق قضیه اول و نتیجه این می شود که وجوب اکرام معلق بر أحد الامرین باشد. لکن این تقریب مورد اشکال قرار گرفته به این بیان که، مفهوم جزء لوازم منطوق است نه اینکه امر مستقلی باشد و لذا تصرف در مفهوم بدون تصرف در منطوق جمله، ممکن نیست.

بیان آقای داماد رحمه الله:

مرحوم آقای داماد تقریب دیگری داشتند که از طریق تصرف در منطوق، همان نتیجه ای را می گرفتند که در تقریب اول می خواستیم به آن برسیم و آن شرطیت أحد الامرین است. ایشان می فرمود: ادوات شرط وضع شده اند برای تعلیق جزاء بر شرط و نتیجه این تعلیق، ثبوت عند الثبوت و انتفاء عند الانتفاء است ولی ادوات شرط معین نمی کنند که معلق علیه چیست، از سکوت متکلم است که استفاده می کنیم معلق علیه همان شرطی است که در کلام ذکر شده و شرط دیگری در کار نیست. لذا اگر دلیل دیگری پیدا کردیم که شرط دیگری را معتبر کرد از آن ظهور سکوتی رفع ید می کنیم و می گوئیم معلق علیه، أحد الامرین است.

به عقیده ما باید برای جمع بین دو قضیه شرطیه می توان وجه دیگری را مطرح کرد که در حقیقت به الغاء مفهوم در جمله شرطیه باز می گردد و آن این است که دلالت جمله شرطیه بر مفهوم از دلالت جمله شرطیه بر انحصار، استفاده می شود، و دلالت این جملات بر حصر به نحو ظهور است نه صراحت، یعنی اگر بگوییم مفاد جملات شرطیه علاوه بر عقد ایجابی، عقد سلبی هم هست و علاوه بر ثبوت عند ثبوت الشرط، انتفاء عند الانتفاء را نیز می رساند، نصوصیت در این معنی که ندارد بلکه قابل رفع ید است، وقتی جمله شرطیه متعدد داشتیم به قرینه جمله شرطیه دوم که ظهور قوی دارد که اگر شرط آن محقق شد، حکم ثابت می شود از ظهور جمله شرطیه اول در انحصار در نتیجه انتفاء حکم عند انتفاء شرط اول، رفع ید می کنیم، و می گوئیم برای ثبوت حکم وجود هر یک از دو شرط کافی است و برای انتفاء حکم باید هر دو شرط منتفی گردد. و با این بیان هم، اعتبار أحد الأمرین اثبات می شود.

توجیه فرمایش مرحوم امام خمینی رحمه الله

مرحوم آقای خمینی جمع بین روایات طایفه اول با طایفه سوم و روایات طائفه دوم با طائفه سوم را از باب اطلاق و تقيید دانستند. ما به ایشان اشکال کردیم که نتیجه جمع به اطلاق و تقيید این است که مجموع الأمرین معتبر شود یعنی اگر بنخواهیم دو طایفه اول و دوم را با طائفه چهارم جمع کنیم باید از باب اطلاق و تقيید جمع کنیم اما جمع با طائفه سوم که مفادش اعتبار أحد الأمرین است نمی تواند از باب اطلاق و تقيید باشد، با توجه به اینکه بیان مرحوم آقای داماد هم که اعتبار أحد الأمرین را نتیجه می داد، از باب اطلاق و تقيید نبود، بلکه توسعه معلّق علیه بود.

ظاهراً در این اشکالی که به مرحوم آقای خمینی کردیم، غفلتی شده بود. با مراجعه

مجددی که به عبارت ایشان کردیم معلوم شد ایشان می خواهند منطوق را تقييد بزندان مفهوم را. یعنی در مورد روایت حمران که تعبیر کرده بود: «و الغلام لا يجوز امره في الشراء و البيع و لا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنه او يحتلم او يشعر او يثبت قبل ذلك» ایشان می خواهند منطوق روایت را تقييد بزندان که مفادش این بشود که «و الغلام لا يجوز امره في الشراء و البيع، ان لم يرشد» و نتیجه این تقييد، اعتبار أحد الأمرين خواهد بود. همچنین در مورد روایت اصبع بن نباته که تعبیر شده بود:

«انه قضی أن يُحجر علی الغلام المفسد حتى يعقل» ایشان منطوق را تقييد می زنند به «ما لم يبلغ». بنابراین، اشکال ما به ایشان وارد نیست. اشکال در فرضی متوجه می شود که بخواهند مفهوم را تقييد بزندان، چون تصرف در مفهوم بدون تصرف در منطوق بی معنی معنی است.

نظر نهایی استاد مد ظله

به نظر ما همانطور که قبلاً بیان شد اصلاً قضایای شرطیه افاده حصر نمی کنند و فقط دلالت بر شرطیت و ثبوت عند الثبوت می کنند، لذا طائفه اول و دوم هیچ منافاتی با اعتبار مجموع الأمرين که از طایفه چهارم استفاده می شود، ندارند. اما روایت عیص که مرحوم آقای خمینی آن را به عنوان طائفه سوم و دالّ بر اعتبار أحد الأمرين دانسته، به نظر ما منافاتی با اعتبار مجموع الأمرين ندارد، با همان بیان سابق که «اذا علمت أنّها لا تقسد و لا تضيّع» حمل بر متعارف شود که عبارت است از یتیمه ای که به حد بلوغ رسیده، چون کمتر دختری است که قبل از نه سالگی به چنین رشدی رسیده باشد. ذیل روایت هم که می گوید: «اذا زوّجت فقد انقطع ملک الوصی عنها» ممکن است حمل شود بر اینکه خود زوجیت بما هو، باعث انتقال ولایت به زوج می شود و اگر این را نگوئیم روایت را حمل بر این می کنیم که تزویج جنبه اماریت برای رشد دارد چون متعارف نیست که قبل از حصول رشد، ازدواجی صورت گیرد. پس جمع بین روایات اقتضا می کند اعتبار مجموع الأمرين را.

اشاره

نکته اول: این است که آن مطلبی که آقای حکیم رحمه الله و آقای خوبی رحمه الله دارند که این روایات اختصاص به باب جنایات دارد زیرا استفاد از تنزیل این است که خطا باید منشأ آثار باشد و این منحصر به باب جنایات است، این مطلب را قبلاً مرحوم آخوند (در حاشیه مکاسب در معاملات الصبی) فرموده است.

نکته دوم: اینکه آن اشکالی که ما مطرح می کردیم که چرا اثر خطا را منحصر به اثر اثباتی کرده اند و وجهی ندارد که احکام سلبی را خارج کنیم، این را مرحوم آقای خمینی هم مطرح کرده اند که البته تعبیر ایشان کمی متفاوت است. ایشان می فرماید:

فرقی نمی کند که اثر مال منزل باشد یا منزل علیه یا مال هر دو باشد. تعبیر ما این بود که فرقی نمی کند که حکم منزل علیه بطلان باشد یا عدم انعقاد باشد یا یک حکم اثباتی باشد چون آنچه مهم است حکم منزل علیه است که باید برای منزل اثبات شود، اما اینکه خود منزل دارای حکم و اثری باشد یا نباشد اهمیتی ندارد.

نکته سوم: تعبیری است در کلام مرحوم آقای خمینی که محل مناقشه است.

ایشان می فرماید: تنزیل عمد صبی به منزله خطا، اظهر این است که ناظر به عقد سلبی باشد یعنی در مقام سلب اثر از عمد است و اگر از این ظهور رفع ید کنیم، آن را ناظر به اعم از سلب و ایجاب می گیریم. ولی به نظر ما اصلاً نمی توان اثر ایجابی را خارج دانست، چون ذیل روایت «تحمله العاقله» دارد که قطعاً حکم ایجابی یعنی اثبات حکم بر عمد صبی است. پس انحصار استفاده نمی شود و همانطور که ایشان در ذیل فرموده ما از ابتدا می گوئیم تنزیل ناظر به اعم از سلب و ایجاب است. و حتی اگر روایت این ذیل را نداشته باشد، باز هم می گوئیم هر حکمی که در جاهای دیگر روی خطا رفته - چه حکم سلبی و چه حکم ایجابی - برای عمد صبی ثابت می شود.

در جلسه قبل گفتیم ظاهراً کلمه «خطا» در این روایات به یک معنی استعمال شده است و چون در ذیل اکثر آنها «تحمله العاقله» وارد شده، نتیجه می‌گیریم که هم در اینها و هم در آن یک روایتی که این ذیل را ندارد، از کلمه «خطا» خطای بالمعنی الاخص (مقابل عمد و شبه عمد) اراده شده است و بعید است در خصوص آن روایت، خطای بالمعنی الاعم اراده شده باشد. ولی همانطور که تذکر داده شد ما قبلاً این طور به نظرمان آمده بود که خطای بالمعنی الاخص اصطلاح فقها در باب جنایات است و در مصطلح روایات وجود ندارد. در روایات، خطا به معنای اعم یعنی مقابل عمد استعمال می‌شود. بر همین اساس ما نظریه ابو الصلاح حلبی را با اینکه مخالف نظر سایر فقهاء بود جمعاً بین الأدله تقویت می‌کردیم، هر چند به دلیل خروج از مخالفت با مشهور قوی، احتیاط می‌کردیم. نظریه ابو الصلاح حلبی این بود که خطای محض و شبه عمد در این جهت فرقی ندارند که عاقله باید متحمل دیه شود. تنها فرق آنها در این است که در خطای محض، شخص خاطی اصلاً اشتغال ذمه پیدا نمی‌کند و فقط ذمه عاقله مشغول می‌شود، اما در شبه عمد، شخص خاطی اشتغال ذمه پیدا می‌کند منتهی از باب ضم ذمه الی ذمه اگر به وظیفه اش عمل نکرد، عاقله موظف است که ذمه او را فارغ کند. بنابراین، تقریب دیروز ما اشکال پیدا می‌کند و نمی‌توانیم بگوییم خطای بالمعنی الاخص از این روایات اراده شده است.

ولی می‌توانیم برای اختصاص این روایات به باب جنایات، تقریب دیگری ذکر کنیم و آن اینکه اگر قضیه «عمد الصبی خطأ» مطلق باشد و اختصاص به باب جنایات نداشته باشد با جمله «تحمله العاقله» تناسب نخواهد داشت چون ضمیر تحمله به «دیه» رجوع می‌کند که مخصوص باب جنایات است با توجه به این که در صدر حدیث «عمد الصبی خطأ» اسمی از دیه برده نشده است و استخدام هم بسیار بعید است. بسیار بعید است که این حکم خاص بدون فاصله بعد از یک قانون عام

ذکر شده باشد. لذا احتمال قوی می دهیم که در این روایات تقطیع صورت گرفته باشد نظیر خیلی از قواعد کلی دیگر مثل لا ضرر و لا حرج که در ضمن یک جملات و سؤال و جوابهایی بوده اند و بعد اینها تقطیع شده است. در اینجا هم ظاهراً سؤال در مورد قتلی که توسط بچه واقع می شود یا چیزی شبیه آن، بوده است و این روایت در چنین زمینه ای صادر شده است. بنابراین، در مورد آن روایتی که «وقد رفع عنه القلم» در ذیلش وارد شده، همانطور که مرحوم شیخ انصاری می فرمود: مواردی مثل اتلاف تخصصاً از موضوع روایت خارج اند و قلم در آنجا مرفوع نیست و فقط اختصاص به باب عقود و ایقاعات دارد. به این دلیل که «عمد الصبی خطأ» مخصوص جاهایی است که حکم عمد و خطا متفاوت باشد و در باب اتلاف، عمد و خطا فرقی ندارد، ما هم با بیانی شبیه همین بیان می گوئیم وقتی صدر روایت که به منزله علت است متضیق شد به باب جنایات، رفع قلم هم که معلول آن است اختصاص به رفع قصاص و رفع دیه پیدا خواهد کرد.

این هم یک تقریب برای اختصاص روایات «عمد الصبی خطأ» به باب جنایات.

البته بنا بر مسلک متداول بین علما که بین خطای بالمعنی الاعم و خطای بالمعنی الاخص تفصیل می دهند، همان تقریب جلسه قبل هم جریان دارد.

3) مروری بر احادیث رفع القلم:

مرحوم آقای خمینی روایات متضمن رفع قلم از صبی را هم بررسی کرده اند.

یکی از این روایات مربوط است به قضیه مجنونیه ای که عمر می خواست بر او اجرای حد کند و امیر المؤمنین علیه السلام وی را ردع کرد و فرمود: «اما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة؟ عن الصبي حتى يحتلم الحديث»⁽¹⁾.

مرحوم آقای خمینی می فرماید: این روایت اطلاق ندارد چون در مقام ردع عمر این کلام صادر شده است و ناظر به روایتی است که از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله صادر شده

ص: 3391

1- (1) وسائل 23/28 - کتاب الحدود - باب 8 از ابواب مقدمات حدود - ح 1.

است و شاید اصل حدیث پیامبر صلی الله علیه و آله فقط در مورد رفع قلم تکلیف باشد.

ولی به نظر ما این سخن ایشان ناتمام است. اگر به فرض این طور تعبیر شود که «أما علمتم أنما غنمتم من شئٍ فأنَّ لله حُمسَهُ» آیا از این تعبیر، اطلاق فهمیده نمی شود؟ ظاهراً هیچ فرقی بین این تعبیر با تعبیر «و اعلموا أنما غنمتم من شئٍ فأنَّ لله حُمسَهُ» وجود ندارد و اطلاق از هر دو استفاده می شود. اما اینکه در مقام ردع بوده، مانع از تمسک به اطلاق نیست، همانطور که اگر کسی شراب قزوین خورده باشد و به او بگویند: «أما علمت أن الخمر حرامٌ» از این کلام اطلاق استفاده می شود. البته اینکه رفع قلم به چه معنی است، بحث دیگری است و ربطی به این اشکال ندارد.

در مورد روایت «رفع القلم عن الصبی» ماقبلاً در بحث اجاره و خمس بحث کرده ایم ولی در اینجا اجمالاً اشاره به سند آن می کنیم. روایت قصهٔ مجنون در بسیاری از کتب عامه مثل بخاری، ابی داود، بیهقی، ابن ماجه، حاکم نیشابوری و غیر اینها نقل شده است و در کتب خاصه مثل خصال و اختصاص هم نقل گردیده و بعلاوه، روایات زیادی در مورد صبی و مجنون که بعضی از آنها صحیح السند هستند، وارد شده که همین فقرة رفع القلم در ذیل آنها اخذ گردیده است. همچنین با توجه به عداوت خلفا با امیر المؤمنین علیه السلام و آل او و کوشش فراوانی که برای جلوگیری از نقل فضائل ایشان و هر آنچه موجب قدح خلفا است می کردند این قضیه با این اشتها نقل گردیده که این شاهد بر مسلم بودن این قضیه و قطعی بودن آن است. لذا با توجه به این قرائن، حتی اگر احادیث صحیح السند هم در بین این روایات نباشد، اطمینان حاصل می شود به صدور این روایت و لذا نیازی به بحث سندی نیست و باید در مورد دلالت روایت بحث کنیم. ان شاء الله. (* و السلام *)

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درسی این جلسه:

در این جلسه، نخست به ادامه بررسی کلام مرحوم امام خمینی پرداخته، استثناء اذن ولی را از جواز امر شاهد بر این معنا نمی دانیم که مراد از جواز امر استقلال صبی نیست، زیرا گاه استثناء برای تأکید بر مطلبی ذکر می شود که در صورت نبودن استثناء هم به جهت تناسب حکم و موضوع دلیل به آن انصراف داشت. در ادامه اشاره می کنیم که مراد از صحت معاملات صبی در صورت اجازه ولی، در جایی است که ولی حق اجازه داشته باشد یعنی مصلحت طفل را در خصوص معامله در نظر گرفته باشد، لذا آیه ابتلاء و غیر آن، دلیلی بر نفی صحت معاملات صبی با اذن ولی نیست، در ادامه به بحث از عمد الصبی خطأً و نقل و بررسی کلام مرحوم اصفهانی پرداخته، امکان عمد و خطا را در امور قصديه همچون معاملات به اثبات می رسانیم، ولی خواهیم گفت که این روایت تنها مربوط به قسم خاصی از جنایات می باشد و در غیر آن اطلاق ندارد، و تنها در صورت اثبات علت بودن (وقد رفع عنها القلم) می توان از این روایت حکم مورد بحث را استفاده کرد.

الف) ادامه نقل و بررسی کلام مرحوم امام درباره مسلوب العبارة بودن صبی:

اشاره

برخی برای اثبات مسلوب العبارة بودن صبی به روایاتی که جواز امر صبی را متوقف بر بلوغ دانسته استناد کرده اند، مرحوم شیخ انصاری این استدلال را ناتمام

ص: 3393

می‌داند، چون مراد از جواز امر استقلال صبی است که پیش از بلوغ وجود ندارد و این امر منافات با صحت عقد صبی با اذن ولی یا اذن خود وی پس از بلوغ ندارد، مرحوم آقای خمینی این تفسیر از جواز امر را نادرست می‌انگارند.

1) نقل کلام مرحوم امام با توضیحات استاد - مد ظله :-

ایشان می‌فرمایند که چون می‌توان گفت که «الصبی لا یجوز امره الا باذن الولی» از این استثناء معلوم می‌گردد که مراد از جواز امر، خصوص استقلال صبی نیست، وگرنه استثناء فوق معنا ندارد، چون با اذن ولی، صبی استقلال پیدا نمی‌کند.

و نیز فقها چنین تعبیر می‌کنند: لا یجوز امر الصبی حتی مع اذن الولی که از آن معلوم می‌گردد که جواز امر صبی، اصل صحت عقد صبی را می‌رساند نه استقلال وی را، اختلاف فقهاء عامه و خاصه در این بحث در این است که آیا با اذن ولی، عقد صبی صحیح می‌باشد یا خیراً این هم نشان می‌دهد که تعبیر فوق به استقلال صبی مرتبط نیست.

در توضیح این بحث تذکر دو نکته مفید است

نکته اول: استثناء ظهور در استثناء متصل (اخراج ما لولاه لدخل) دارد و منقطع بودن استثناء بسیار مستبعد است، حتی در مثال معروف استثناء منقطع: ما جاء القوم الا حماراً، بنا بر تحقیق استثناء متصل است. البته نوعی مجاز یا ادعا مصحح چنین استعمالی است، یعنی هیچ یک از افراد قوم و مرتبطين به آنها نیامدند مگر یک الاغی، در اینجا از کلمه قوم، مجازاً یا ادعاً معنای عام تری از انسانها اراده شده است، و در این معنای وسیع، حمار هم داخل است.

نکته دوم: استعمال یک لغت در یک معنا، بدون تأول و عنایت، دلیل بر حقیقت است (چنانچه در کفایه به درستی این نکته گوش زد شده است)، و ما در جمله فوق (لا یجوز امر الصبی الا باذن الولی) هیچ گونه ادعایی احساس نمی‌کنیم. با توجه به این دو نکته، مراد از جواز امر، اصل صحت کار صبی است نه استقلال وی.

2) صحت تفسیر مرحوم شیخ قدس سره به نظر استاد - مد ظله :-

کلام مرحوم شیخ انصاری در تفسیر جواز امر صحیح تر به نظر می رسد، اگر گفته شود که امضاء فلان کس، معتبر است، از این جمله استفاده می شود که بالفعل این امضاء معتبر است، نه این که در اعتبار امضاء، نیاز به افزودن چیز دیگری بدان باشد، ظهور «جواز امر» هم در عبارت روایت در همین معنا است که صبی مستقل در تصرف است، شاهد بر این معنا این است که بی تردید از این روایت استفاده می گردد که صبی پس از بلوغ و رشد، استقلال در تصرف داشته⁽¹⁾ و ولایت اولیاء منقطع می گردد، اگر مراد از جواز امر را اصل صحت تصرفات صبی (و لو متوقف بر اذن ولی باشد) بگیریم، لا جرم نمی توان از این روایت انقطاع ولایت اولیاء و استقلال افراد را پس از بلوغ و رشد هم استفاده کرد، در حالی که قطعاً چنین نیست.

به گفته مرحوم شیخ انصاری در پاره ای روایات بحث در مورد جواز امر صبی پس از بلوغ این استثناء ذکر شده است: «الآن یکون سفیهاً»، استثناء سفیه می رساند که مراد از جواز امر استقلال صبی پس از بلوغ است نه اصل صحت عقد وی (ولو با اجازه)، چه این معنا در حق سفیه هم صادق است و استثناء صبی بنابراین تفسیر جایی ندارد.

3) نقد استاد - مد ظله - نسبت به استدلال مرحوم امام:

قبل از نقد کلام ایشان، ذکر مقدمه ای (که پیشتر هم بدان اشاره کرده ایم) لازم است: برخی عبارتها به طور عادی به صورت خاصی منصرف است، ولی گاه برای تأکید مطلب مراد از عبارت را از هم از صورت انصرافی و غیر آن گرفته، سایر صورتها را استثناء می کنیم، مثلاً در آیه شریفه درباره وجوب صوم می خوانیم

ص: 3395

1- (1) البته گاه به جهت مانعی همچون افلاس، حجر عارض می گردد مسئله دیگری است، مسئله ما این است که از جهت عدم بلوغ و عدم رشد، محجوریتی باقی نمی ماند.

«فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ»، در این جمله به تناسب حکم و موضوع مراد از مریض، مریضی که روزه برای او ضرر نداشته و تأثیری به حال وی نداشته باشد نیست، با این حال در رسائل عملیه و کلمات فقهاء می خوانیم: لا یجب الصوم علی المریض الا اذا لم یکن المرض مضرّاً بحاله، ذکر این استثناء برای تأکید بر خروج صورتی است که اگر استثناء هم ذکر نمی شد تناسب حکم و موضوع بر خروج آن و انصراف دلیل از شمول این صورت حکم می کرد.

اگر گفته شود: خبر واحد حجت است، معنای انصرافی آن این است که به خودی خود اعتبار دارد و نیاز به افزودن چیز دیگری بدان نیست، همچنین اگر گفته شود:

خبر واحد حجت نیست، با توجه به انصراف، چنین اعتباری برای خبر واحد نفی می شود حال آیا خبر واحد در صورتی که چیزی بدان ضمیمه گردد یا حالت ویژه ای پیدا کند معتبر است یا خیر؟ جمله فوق کاری با آن ندارد، با این حال، گاه مراد از این جمله را معنایی وسیع تر از معنای انصرافی گرفته و می گوئیم: خبر الواحد لیس بحجه الا اذا افاد القطع او انضمت الیه الشهرة

در بحث ما نیز عبارت عدم جواز امر قبل از بلوغ و رشد انصراف به عدم استقلال امر صبی دارد (1) ولی می توان مراد از آن را معنای عام تری گرفته، صورت اذن ولی یا اذن خود صبی پس از بلوغ را استثناء کرد و غرض از آن تأکید مفاد جمله فوق و تصریح به معنای انصرافی می باشد.

ص: 3396

1- (1) (توضیح بیشتر) تأکید استاد - مد ظلّه - در این بحث بر این نکته است که استفاده محدودیت عدم وجوب صوم در مثال اول و اعتبار ذاتی نداشتن خبر واحد در مثال دوم و استقلال نداشتن صبی پیش از بلوغ و رشد در محل بحث، به جهت وضع عبارات نیست تا با استثناء ناسازگار باشد، بلکه به جهت اطلاق و عدم ذکر قید می باشد، بنابراین با آوردن استثناء موضوع دلالت انصرافی از میان می رود نه این که نوعی ناسازگاری (ولو بدو) در عبارت وجود داشته باشد. ان قلت: وقتی همین معنا از انصراف ادله و عدم ذکر قید استفاده می شود، ذکر استثناء لغو می باشد. قلت: استثناء به جهت تأکید بر مطلب است، همچنان که در سایر تأکیدات هم همین گونه است، خلاصه استثناء دلالت سکوتی را به دلالت لفظی و ظهور را به صراحت تبدیل می کند.

بنابراین ناتمامی این استشهاد که فقهاء می گویند «لا يجوز امر الصبی حتی باذن ولی»⁽¹⁾ روشن می گردد، زیرا آوردن «حتی» برای نفی معنای انصرافی جمله فوق است، و دلیل بر این نیست که به طور طبیعی از جواز امر صبی، استقلال صبی استفاده نمی گردد.

4) اشاره به ادامه کلام مرحوم امام و بررسی آن

مرحوم آقای خمینی می فرمایند که از آیه ابتلاء یتامی [نساء / 6] استفاده می شود که نمی توان معاملات صبی را به مجرد اذن اولیاء صحیح دانست، زیرا از این آیه استفاده می شود که غرض شارع از امر به ابتلاء یتامی و عدم رفع اموال صبی به وی قبل از احراز رشد و بلوغ، جلوگیری از حیف و میل شدن و از بین رفتن اموال صبی می باشد. چنانچه آیه قبل از آیه ابتلاء؛ لا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا - نساء / 5 - بدین امر اشاره دارد و به مجرد اذن اولیاء چنین غرضی تأمین نمی گردد، اگر تمام کارها را صبی انجام دهد و اولیاء تنها اجازه ای بدهند، چنین اجازه ای سبب نمی گردد که از ضایع شدن اموال کودکان جلوگیری بعمل آید.

البته در جایی که صبی، تنها مجری صیغه باشد از این آیه یا دلیل دیگر بطلان معامله استفاده نمی شود و باید حکم به صحت معامله نمود.

ولی به نظر می رسد که چنین استدلالی صحیح نیست، زیرا مراد کسانی که اذن یا اجازه ولی را مصحح عقد صبی می دانند، صورتی است که ولی حق اذن یا اجازه داشته باشد، ولی در صورتی که غبطه صبی در معامله باشد، می توان چنین اجازه ای

ص: 3397

1- (1) (توضیح بیشتر) این جمله اگر تضعیف کننده استدلال مرحوم امام نباشد، تأییدکننده نیست، زیرا کلمه «حتی» در جایی بکار برده می شود که نوعی انصراف در دلیل وجود داشته باشد یا لا اقل شمول حکم نسبت به برخی صورتها مورد تأمل و تردید باشد، لذا برای دفع توهم فوق چنین عبارتی افزوده می گردد و اگر ظهور قابل توجهی در جمله فوق وجود داشته باشد نیازی به چنین تأکیدی نیست، مگر بخواهند که تأکید بیشتری بر مطلب کرده باشند که چنین تأکید مؤگدی نادراً ضرورت می یابد. لذا جمله فوق بیشتر تضعیف کننده تفسیر مرحوم امام بنظر می آید نه تأییدکننده.

بدهد، بنابراین اگر صبی تمام کارهای معامله را هم انجام داده باشد و تنها مجری صیغه نباشد، و ولی هم چنین معامله ای را صحیح و به مصلحت طفل دانسته، لذا آن را اجازه کرده است، ما دلیلی از آیه فوق بر نفی تأثیر چنین اجازه ای نداریم. (1)

به عبارت دیگر، اختلاف علماء در این که آیا عقد صبی با اجازه ولی صحیح است یا خیر؟ در این است که آیا صبی مسلوب العبارة بوده و الفاظی که از وی صادر می شود همچون الفاظ دیوانگان (2) هیچ تأثیری ندارد یا صبی همچون سفیه می باشد که اگر اولیاء آنان، با ملاحظه مصلحت طفل در معامله ای آن را اجازه دهند، آن معامله صحیح می گردد، گروهی نظر اول و گروهی دیگر نظر دوم را برگزیده و نفی و اثبات در صورت مصلحت دانستن ولی می باشد (نه به طور مطلق).

بنابراین آیه فوق نمی تواند دلیل بر اثبات نظر گروه نخست و نفی نظر گروه دوم بشمار آید. آری اگر کسی نفس اذن یا اجازه ولی را کافی بداند و وکالت مطلقه دادن اولیاء را نسبت به اطفال بدون رعایت مصلحت اطفال در معامله، تصحیح کند آیه فوق در نفی قول وی کارساز است ولی فکر نمی کنم کسی چنین نظری داشته باشد.

بنابراین، این دیدگاه مرحوم آقای خمینی که تنها صورت مجری صیغه بودن صبی را تصحیح می کنند صحیح به نظر نمی رسد، بلکه باید صورت اجازه ولی (با مراعات مصلحت) یا اجازه خود صبی پس از بلوغ را نیز صحیح دانست.

ص: 3398

1- (1) (توضیح بیشتر) بنظر می رسد که مرحوم امام، اجازه صبی را اجازه عام گرفته اند که اولیاء به طور کلی به صبی، اجازه معامله بدهند، بدون این که در تک تک معاملات نظارت داشته باشند، و لذا می فرمایند که آیه شریفه بر عدم کفایت این گونه اجازه دلالت می کند. استاد - مد ظله - نظر قائلان به کفایت اجازه ولی را در صورتی می دانند که ولی با رعایت مصلحت و ملاحظه غبطه در شخص معامله ای که صبی انجام می دهد، اجازه در خصوص معامله داده باشد، و منکران کفایت اجازه ولی، عقد صبی را در این صورت هم باطل می دانند.

2- (2) (توضیح بیشتر) پیشتر از صاحب جواهر نقل شد که ایشان الفاظ صبی را همچون الفاظ بهائم در عدم تأثیر می داند.

ب) ادامه بررسی حدیث «عمد الصبی خطأ»:

1) کلام مرحوم حاج شیخ محمد حسین اصفهانی:

این حدیث در امور قصدی همچون معاملات و عقود نمی آید، چون خطأ و عمدی در امور غیر قصدی تصویر دارد همچون قتل نفس که می تواند عمداً یا خطأ صورت بگیرد لذا تقسیم قتل به خطأ و عمد صحیح است، ولی در امور قصدیه همچون تعظیم، خطأ و عمد معنا ندارد، زیرا اگر کسی نه به قصد احترام بلکه مثلاً به جهت برداشتن چیزی از زمین خم شود، در اینجا تعظیم اصلاً صدق نمی کند نه این که «تعظیم عن خطأ» صورت گرفته باشد، در عناوین قصدی تقسیم به خطأ و عمد صبی نیست (1)، چون فعل با قصد عنوان صورت گرفته که قهراً خطأ صدق نمی کند، یا بدون قصد عنوان که اصل عنوان هم صادق نیست.

بنابراین محل کلام ما که بررسی عقود و ایقاعات صبی است که از امور قصدی می باشند، مشمول حدیث «عمد الصبی خطأ» نمی باشد.

2) بررسی کلام مرحوم اصفهانی توسط استاد - مد ظله :-

این کلام از دو جهت محل بحث است.

جهت اول: نیازی نیست که حدیث فوق را بر حقیقت معامله که امری قصدی است تطبیق دهیم، بلکه می توان آن را در مورد الفاظ معامله که سبب تحقق معامله می باشند پیاده کرد، مثلاً در باب نکاح که لفظ خاص یا مطلق لفظ معتبر است، گاه شخص به جای «جوزت»، زوجه بکار می برد، اینجا صیغه نکاح از روی خطأ استعمال شده است.

مثال دیگر: کسی می خواهد مال خود را به دیگری اباحه کند، به جای «ابحت

ص: 3399

1- (1) (توضیح بیشتر) البته گاه کسی به انگیزه رسیدن به هدفی، دیگری را احترام می کند ولی بعد می فهمد که این احترام وی را به هدف مورد نظرش نمی رساند، در اینجا می توان گفت که اشتبهاً او را احترام کردم، این معنا در باب عقود و ایقاعات هم متصور است، ولی روشن است که تخلف داعی و انگیزه در معاملات سبب بطلان آن نمی گردد.

لک مالی» خطاء و از باب سبق لسان، «وهبت لک مالی» بکار می برد در اینجا صیغه هبه را سهواً و خطأً (و نه عمداً) بکار برده است،

حدیث فوق در مورد صبی حکم می کند که اگر صبی، عمداً عبارت (وهبت لک مالی) را بکار برد، همچون آن است که افراد بالغ از سر خطا و اشتباه چنین جمله ای را ذکر کنند که هر دو سبب تحقق معامله هبه نمی شوند.

جهت دوم: اگر بحث را بر روی حقیقت معامله هم مطرح سازیم، باز تصویر عمد و خطا ممکن است، زیرا آنچه مقوم صدق بیع و شراء و نکاح و سایر عناوین معاملات می باشد قصد اصل این عناوین است نه قصد خصوصیات آن، با ذکر یک مثال این مطلب را توضیح می دهیم: اگر کسی از طرف یک نفر وکالت داشته باشد که کتاب او را بفروشد، وی کتاب خود را به اشتباه و به خیال این که کتاب موکل است فروخته و این جمله را هم بکار برد: این کتاب را به تو فروختم، در اینجا مفهوم فروختن صدق می کند، ولی از روی اشتباه و خطا می باشد، البته چنین معامله ای به علت نداشتن قصد صحیح نیست، ولی نه این که مفهوم معامله صدق نکند (1)، همین طور کسی که معامله ای ربوی کرده ولی ربوی بودن معامله را نمی داند در این صورت گفته می شود من از روی خطا معامله ربوی کردم همچنان که گاه عمداً معامله ربوی صورت می گیرد.

خلاصه، هم در الفاظ معاملات و هم در حقائق معاملات عمد و خطا تصویر دارد و از این جهت نمی توان در شمول حدیث (عمد الصبی خطأً) نسبت به عقود و ایقاعات اشکال کرد.

3 دیدگاه استاد - مد ظله - نسبت به حدیث فوق:

اگر مراد از خطا را در حدیث فوق معنای خاصی در مقابل شبه عمد بگیریم،

ص: 3400

1- (1) (توضیح بیشتر) در مثال تعظیم هم گاه انسان کسی را به خیال این که دوستش می باشد، تعظیم می کند، در اینجا تعظیم تحقق یافته ولی از روی اشتباه و خطا می باشد.

قهراً حدیث مربوط به باب جنایات می‌گردد و خودش نمی‌تواند غیر این مورد را بگیرد، البته اگر (وقد رفع عنه القلم) را که در ذیل برخی از این دسته احادیث وارد شده تعلیل بگیریم، از باب عموم تعلیل می‌توان به غیر باب جنایات سرایت داد.

ولی اگر مراد از خطا را توسعه داده و آن را در مقابل عمد بگیریم و شبه عمد را هم از مصادیق آن بشماریم (که عقیده ما نیز همین است) از این جهت اشکالی بر تعمیم حدیث فوق نیست، ولی از آنجا که در برخی از این دسته روایات عبارت (تحمله العاقله) افزوده شده و تحمل عاقله تنها در قتل و جراحاتی که در حکم قتل باشد یعنی موضحه و ما فوق آن (موضحه: جراحاتی که استخوان را آشکار سازد) بنابراین اختصاص به قسم خاصی از جنایات داشته و نمی‌توان معنای عامی برای عمد و خطا در نظر گرفت که غیر باب جنایات را هم شامل گردد، البته از این که هیچ قید و شرطی برای عمد و خطا در صدر حدیث (عمد الصبی خطأ) ذکر نشده و به همین مفهوم تحمله العاقله را متصل ساخته، می‌فهمیم که قرینه‌ای بر اختصاص حدیث به قسم خاصی از باب جنایات بوده که به جهتی همچون تقطیع حدیث، این قرینه به ما منتقل نشده است، یا این که به جهت اشتها این قید در زمان صدور احادیث در اذهان نیازی به ذکر آن نبوده، ولی در اعصار متأخر این ذهنیت تغییر کرده، لذا محدوده دلیل به روشنی فهمیده نشده است، خلاصه به نظر می‌رسد که جهتی که مورد غفلت عموم است سبب شده است که قرینه اختصاص حدیث فوق به باب جنایات انتقال یابد، لذا پاره‌ای از روایات هم که جمله (تحمله العاقله) در ادامه روایت نیامده است مشکل بتوان از آنها اطلاق فهمید.

به عبارت دیگر در روایات بسیاری مراد از عمد و خطا معنای خاصی است که اختصاص به قسم خاصی از جنایات دارد ولی با این حال قید ذکر نشده است، از کثرت این روایات در می‌یابیم که عدم ذکر قید به جهت قرینه عام بوده است، نه این که در هر مورد قرینه خاصی بوده است که به ما نرسیده است، وجود این قرینه عام سبب می‌گردد که در روایات غیر مذیل به (تحمله العاقله) هم اطلاق فهمیده نشود.

برای توضیح بیشتر این مطلب، اشاره به بحث منزوحات بئر مفید است، در بحث منزوحات بئر در بسیاری از نجاسات، اختلاف روایات دیده می شود این اختلاف کاشف از آن است که حکم مورد نظر استحبابی بوده و اختلاف روایات به جهت اختلاف مراتب استحباب می باشد، از تکرر این امر در باب منزوحات بئر می فهمیم که در باب آب چاه قرینه ای عمومی در کار بوده که از آن استحباب نزع استفاده می شده است، لذا در برخی نجاسات هم که اختلاف روایات دیده نمی شود نمی توان حکم به تنجیس آب چاه به مجرد ملاقات نجاست و لزوم نزع آن نمود.

در بحث ما نیز کثرت اراده معنای خاص از عمد و خطا بدون ذکر قرینه خاص نشانگر وجود قرینه عام بر محدود بودن عمد و خطا می باشد، لذا از سایر روایات هم اطلاق فهمیده نمی شود.

(ج) تذکر استاد - مد ظلّه - در آستانه ماه مبارک رمضان:

ماه رمضان در پیش است، تمامی ماهها از نظر عبارت و اتصال به خداوند و ارتباط با مبدأ در این ماه خلاصه شده، امیدوارم ان شاء الله آن معنایی که مرضی خدا و رسول است در این ماه نصیب همه ما گردد، همه ما و آقایان حد اکثر استفاده و افاده را در این داشته باشند، الحمد لله حوزه علمیه قم علاوه بر جهات علمی، رسالت ارشاد مردم را هم بر دوش دارد و برای هدایت مردم قدمهای بسیار بلندی را برداشته و بر می دارد ان شاء الله همگی مؤید و موفق باشید و ما نیز مشمول ادعیه آقایان باشیم، امیدواریم حقوقی را هم که بر گردن ما قرار گرفته اسقاط می فرمایید، من واقعاً می گویم و تعارف نمی کنم، به چه جهتی است به جهت ضعف مزاج است که یا عدم تهذیب نفس به هر حال تندیهای نامناسبی از ما سرزده که امیدواریم آقایان قلم عفو بکشند خداوند اهل عفو و معرفت است، شما هم ان شاء الله عفو خواهید کرد، ملتمس دعا هستم. («* و السلام*»)

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسات گذشته (جلسه شماره 360) به تناسب بحث بطلان نکاح صبی، به نقل کلمات شیخ انصاری در مورد بطلان عقد صبی و اشکالات ایشان به استدلال به حدیث رفع قلم پرداختیم، در اینجا توضیحاتی درباره این اشکالات می دهیم، نخست اثبات می کنیم که عدم فعلیت عقاب و نیز اخبار به عدم فعلیت عقاب، ملازمه با نفی حکم الزامی ندارد، در ادامه درباره علت مرتبط کردن اشکال دوم به قول مشهور سخن گفته، در پایان درباره اشکال سوم شیخ انصاری و معقولیت آن سخن گفته، اشکال مرحوم سید را در این باره با دو تفسیر (که یکی از آنها از مرحوم اصفهانی است) پاسخ می گوئیم.

توضیح اشکالات شیخ انصاری درباره حدیث رفع قلم

شیخ انصاری درباره حدیث رفع سه اشکال کرده که حاصل آنها این است

اولاً: حدیث رفع قلم، رفع مؤاخذه می کند (1) نه رفع جعل حکم.

ثانیاً: اگر حکم هم مرفوع باشد مشهور، احکام وضعیه را از صبیان مرفوع نمی دانند.

ثالثاً: اگر به فرض حکم تکلیفی و حکم وضعی هم از صبی مرفوع باشد، این امر دلیل نیست که فعل صبی، موضوع احکام بالغین نباشد.

در این کلام بحث هایی وجود دارد که برخی از آنها را پیشتر مطرح کردیم، حال، توضیحاتی که مرتبط با بحث های گذشته است داده می شود.

ص: 3403

1- (1) شیخ انصاری شاهد بر این معنا را مشروعیت عبادت صبی می داند که البته باید بحث کرد که آیا بین این دو مسئله تلازمی وجود دارد یا خیر؟

1) ملازمه بین نفی عقاب و نفی حکم تکلیفی (طرح بحث):

از کلام شیخ انصاری که اشکال دوم را پس از اشکال اول مطرح ساخته بر می آید که ایشان در اشکال اول رفع هیچ حکمی را نمی پذیرند، پس رفع مؤاخذه را ملازم با رفع حکم تکلیفی هم نمی دانند یا لااقل در ملازمه تردید دارند(1)، ایشان به این مطلب در ذیل بحث از آیه «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا» تصریح کرده است، شیخ در ذیل این آیه علت استدلال به این آیه را در بحث براءت، این می داند که در خصوص باب براءت به اتفاق اخباریون اگر ما عذاب را نفی کنیم، حکم الزامی هم نفی می شود، مرحوم آخوند دو اشکال مطرح می سازند.

اولاً: این استدلال، استدلال برهانی نیست، بلکه استدلال جدلی است (ما فعلاً به صحت و سقم این اشکال کاری نداریم(2)).

ثانیاً: اخباریون هم قائل به ملازمه بین نفی فعلیت عقاب و نفی الزام نیستند، زیرا مسلم است که عوامل مختلفی وجود دارد که با وجود تحقق معصیت (که نشانه وجود حکم الزامی است)، عقاب صورت نمی گیرد، همچون عفو شارع، توبه مکلف، شفاعت، بنابراین، در معصیت قطعی، فعلیت عقاب قطعی نیست تا چه رسد به مورد بحث در باب براءت که اصل تحقق معصیت مشکوک است.

2) کلام مرحوم نائینی رحمه الله:

بین نفی واقعی عقاب با نفی واقعی حرمت ملازمه نیست چنانچه گذشت و مانعی ندارد که عملی حرام باشد ولی به جهاتی شارع مکلف را واقعاً عقاب نکند،

ص: 3404

1- (1) استاد - مد ظلّه - در جلسه 367 به چنین استنباطی از کلام شیخ انصاری اشکال می کنند.
2- (2) استاد - مد ظلّه - در جلسه آینده به پاسخ این اشکال اشاره می کنند که محصل آن این است که در باب براءت، اگر ما دلیلی بر بیان نداشته باشیم، با قبح عقاب بلا بیان، استحقاق عقوبت و بالتبع حکم الزامی را نفی می کنیم، اخباریون ادله احتیاط را بیان می دانند، ولی احادیثی همچون تثلیث، فعلیت هلاکت را در موارد مشتبه ثابت می کند، آیه فوق را نفی فعلیت عقاب، حدیث تثلیث را از صحت استناد می اندازد، لذا قاعده قبح عقاب بلا بیان موضوع پیدا می کند، بنابراین، استدلال فوق برهانی است (نه جدلی) و ذکر کلام اخباریون برای اشاره به متفق علیه بودن قاعده قبح عقاب بلا بیان است.

ولی با توجه به این که رادع غالبی مکلفین از انجام محرّمات، عقاب الهی است، اخبار از عدم عقاب با حرمت واقعی سازگار نیست، زیرا تأمین دادن شارع در موارد تحریم، سبب تجری مکلفین و نقض غرض شارع از جعل تحریم است، البته شارع در برخی موارد اخبار از عدم عقاب نموده، ولی این اخبارها نقض غرض نیست، مثلاً بنا بر روایات، نیت مجرد از عمل، عقاب ندارد. ولی آیا هیچ گاه اخبار شارع از عدم عقاب بر نفس نیت سبب می شود که مکلف تصمیم به انجام نیت کاری را بکند که بعداً از انجام آن منصرف می گردد یا عامل دیگر مانع تحقق آن کار گردد؟ قطعاً چنین مطلبی معقول نیست، زیرا قصد انجام نیت مجرد از عمل از کسی متمشی نمی شود.

همین طور در آیه شریفه «إِنْ تَجْتَبُوا كِبَائِرَ مَا تَنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ» (1) اخبار از عفو بر گناهان صغیره در صورت اجتناب از ارتکاب کبائر شده، ولی مراد از اجتناب از کبائر، اجتناب لحظه ای نیست، بلکه اجتناب مادام العمر می باشد، چه کسی مطمئن است که مادام العمر کبائر را مرتکب نمی شود تا این آیه وی را جرأت دهد تا گناهان صغیره انجام دهد. (2)

خلاصه، مکلف را در خوف و رجاء قرار دادن مانعی ندارد، در این آیه و نیز در مورد شفاعت و توبه، مکلف در خوف و رجاء است و تأمین قطعی برای وی حاصل نمی گردد و این امر اشکالی ندارد.

ولی در غیر این گونه موارد، اخبار از عدم عقاب و تأمین مکلف مساوق با عدم استحقاق عقاب و عدم حرمت واقعی می باشد.

(3) پاسخ کلام مرحوم نائینی:

در پاسخ ایشان نخست اشکالی نقضی مطرح می سازیم که بیان ایشان قادر به حل آن نیست، در روایات وارد شده که «الحاج لا یکتب علیه الذنب اربعه اشهر» (3)،

ص: 3405

1- (1) نساء / 31.

2- (2) فوائد الاصول، ج 3، ص 335 و 336.

3- (3) ر. ک: کافی 4: 10/255، علل 2: 1/443، عیون اخبار الرضا علیه السلام 2: 23/82، محاسن 2: 107/335 و نیز فقیه 2: 198، تفسیر عیاشی 2: 11/75.

ظاهر این روایات این است که ذنب از حاجی سر می زند و حرمت آن هم باقی است ولی نوشته نمی شود، نه از باب سالبه بانتفاء الموضوع، اصلاً ذنب از وی سر نمی زند، در اینجا، تأمین از عقاب داده شده، با این که حرمت برقرار است، این اشکال را در اینجا هر گونه جواب گفتید، جواب در سایر موارد خواهد بود.

ان قلت: در برخی از روایات معتبره، در زمینه فضل حج همچون صحیححه معاویه بن عمار عن ابی عبد الله علیه السلام می خوانیم: «و لا تکتب علیه الذنوب اربعه اشهر و تکتب له الحسنات الا ان یأتی بکبیره»⁽¹⁾، بنابراین ممکن است، جواب مرحوم نایینی از آیه عفو از صغایر در اینجا هم بیاید، عفو از حاجی مشروط به آن است که گناه کبیره انجام ندهد.

قلت: این مطلب محتمل است، ولی عفو، مشروط به عدم انجام کبیره در چهار ماه است، و چه بسا انسان مطمئن شود که در حدیث، چهار ماه کبیره انجام نخواهد داد و این با مورد آیه شریفه که مادام العمر باید کبیره را ترک کند تا صغایر مورد عفو قرار گیرد فرق دارد. چه، هیچ کس چنین اطمینانی ندارد که هیچ کبیره ای در کل مدت عمر بجا نخواهد آورد.

اشکال حلّی این مطلب این است که: رادع از ارتکاب معاصی، تنها عقاب نیست بلکه محرومیت از ثواب خودش رادع مکلفین از ارتکاب معاصی است به ویژه اگر محرومیت از ثوابهای بسیار زیادی که در باب حج مطرح است باشد و چه بسا مسئله غفران ذنوب که در باب حج از خواص آن است، با انجام گناههای بعدی از بین برود.

البتّه رادعیت عقاب و جهنم قوی تر است، ولی ما دلیل نداریم که در هر معصیت

ص: 3406

1- (1) تهذیب 2/19:5 و با اختلاف در الفاظ در محاسن 1:113/63، (توضیح بیشتر) شبیه این مطلب در روایه سعد اسکاف عن ابی جعفر علیه السلام هم با این لفظ آمده است: فاذا قضی نسکه غفر الله له ذنوبه و کان ذا الحجه و المحرم و صفر و شهر ربیع الاوّل اربعه اشهر تکتب له الحسنات و لا تکتب علیه السيئات الا ان یأتی بموجه، فاذا مضت الاربعه الا شهر خلط بالناس، این حدیث بدون استثناء (الا ان یأتی بموجه) به اختصار در تهذیب 1/19:5 با سند خود از سعد اسکاف نقل شده است.

باید قوی ترین رادع بکار گرفته شود، آیا در هر معصیتی باید جعل حد و تعزیرات سنگین شود؟ آیا الزاماً در تمام معاصی باید همچون قتل نفس، مجازات اعدام مطرح باشد؟ قطعاً چنین نیست.

بنابراین، از نفی فعلیت عذاب نمی توان نفی حکم تحریمی را استفاده کرد، در مورد اطفال ممکن است احکام تکلیفیه الزامیه وجود داشته باشد ولی عقاب در کار نباشد و رفع قلم مؤاخذه شده باشد ولی با انجام معصیت، اطفال از ثوابهای سایر اعمال خود محروم گردند.

بنابراین، حق با مرحوم شیخ انصاری است که نفی مؤاخذه را ملازم با نفی حکم الزامی ندانسته است. لذا حدیث رفع قلم دلیل بر نفی احکام تکلیفی از صبی نیست، البته گاه لحن یک روایت به گونه ای است که در مقام ترخیص عمل، از عدم عقاب سخن گفته می شود ولی لحن روایت رفع قلم چنین نیست که ای صبیان شما هر کار می خواهید بکنید مانعی ندارد، بلکه این روایت تفضّل و عنایت خداوند را به انسانها می رساند که تا قبل از بلوغ بر اعمال مؤاخذه نمی شود.

(ب) توضیحی درباره اشکال دوم شیخ انصاری:

شیخ انصاری در اشکال دوم خود، عمومیت احکام وضعی نسبت به صبیان را به مشهور نسبت می دهد با توجه به عدم حجیت شهرت در نزد شیخ انصاری، علت نسبت این امر به مشهور می تواند یکی از دو وجه زیر باشد:

وجه اول: پیشتر گفتیم که شیخ انصاری قائل به انسداد است (1)، ولی چون مسئله مورد نزاع بوده، نخواست است صریحاً نظر خود را بیان کند بلکه با اشاراتی در اصول و نیز با فتوای بر طبق قول مشهور در فقه، این مبنای خود را اعلام کرده است، پس ایشان شهرت را از باب ظن خاص حجیت نمی داند ولی از باب مطلق ظن حجیت می داند.

ص: 3407

وجه دوم: کسانی همچون شیخ طوسی و ابن زهره و ابن ادریس و علامه که به حدیث رفع قلم در این بحث تمسک کرده اند خود از مشهور می باشند که احکام وضعی را مختص بالغین نمی دانند، بنابراین، نباید برای بطلان عقد صبی به این حدیث تمسک کنند.

ج) توضیحی درباره اشکال سوم:

1) طرح اشکال مرحوم سید یزدی:

مرحوم شیخ انصاری در اشکال سوم با پذیرفتن این که تمام احکام چه تکلیفی و چه وضعی مختص بالغین است می گوید: لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للاحكام المجعوله في حق البالغين فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم الى وقت البلوغ

مرحوم سید در حاشیه می فرماید: وجه سوم نامعقول است، زیرا اگر پذیرفتیم صبی هیچ حکمی نه وضعی نه تکلیفی ندارد، معنا ندارد بگوئیم که عقد صبی منشأ ملکیت برای بالغین شده، ملکیت از امور نسبی نیست که بین بالغ و نابالغ فرق داشته باشد، یا ملکیت با عقد صبی حاصل می شود که برای همه حاصل شده و یا حاصل نشده که برای هیچ کس حاصل نشده، و نمی توان گفت از طرف نابالغ ملکیت نیامده (به جهت حدیث رفع قلم) و او وظیفه ای ندارد ولی از طرف بالغ ملکیت آمده و او باید به نقل و انتقال در ملکیت ملتزم گردد.

2) تفسیر مرحوم اصفهانی درباره عبارت مکاسب:

مرحوم اصفهانی عبارت شیخ انصاری را با توجه به کلامی از شیخ انصاری معنا می کند، شیخ انصاری در بحث فضولی می فرماید: در عقد فضولی، قبل از اجازه مالک هر چند نقل و انتقال صورت نگرفته، ولی طرف اصیل حکم تکلیفی دارد و

حق ندارد که معامله را نقض کند و مثلاً ملکی را که در معامله با فضولی به وی فروخته، به کس دیگری بفروشد، ولی مالک اصلی طرف فضولی هیچ حکمی نه وضعی، نه تکلیفی ندارد، پس ممکن است یک طرف حکم وضعی داشته باشد، طرف دیگر نداشته باشد. در اینجا هم ایشان می فرماید: اگر کسی با بچه ای معامله کند، بچه حکمی ندارد نه وضعاً، نه تکلیفاً، ولی طرف مقابل بچه، تکلیفاً حق نقض ندارد، پس حکم تکلیفی عدم نقض نسبت به دو طرف معامله فرق می کند هر چند حکم وضعی صحت معامله امری نسبی نیست. و هر دو طرف، معامله را ناصحیح می دانند.

3) توضیح استاد - مد ظله - درباره عبارت مکاسب:

معنای مرحوم اصفهانی، مطلب صحیحی است، ولی ما تفسیر دیگری برای عبارت مکاسب می کنیم که از تفسیر ایشان بهتر به نظر می آید.

ما می گوئیم شیخ انصاری در اینجا می گوید که دلیل شما اخص از مدعا است، زیرا تنها، معامله ای که روی اموال صبی انجام گرفته ابطال می کند، ولی اگر بچه ملک دیگری را به وکالت از او بفروشد، چه مانعی دارد که حکم به صحّت این معامله کنیم، زیرا با این معامله بچه مالک نمی شود و نسبت به آن، نه حکم تکلیفی و نه حکم وضعی دارد ولی چه مانعی دارد که بگوئیم با فروش ملک بالغین به توسط بچه، نقل و انتقال صورت می گیرد، در اینجا تمام بالغین باید این نقل و انتقال را صحیح بدانند، حکم تکلیفی هم در مورد بالغین وجود دارد، البته بچه ها چه بچه ای که عقد را خوانده چه سایر نابالغین، تا قبل از بلوغ حکمی ندارند ولی بعد از بلوغ تمام بچه ها نسبت به این معامله حکم پیدا می کنند.

این تفسیر از دو جهت بر تفسیر مرحوم اصفهانی ترجیح دارد.

اولاً: در این تفسیر «الاحکام المجعوله فی حق البالغین» اختصاص به حکم تکلیفی ندارد بلکه حکم وضعی را هم در بر می گیرد.

ثانیاً: در تفسیر مرحوم اصفهانی، تنها تکلیف متوجه طرف معامله صبی است، سایر بالغین نیز همچون نابالغین حکمی ندارند، ولی در تفسیر ما تمام بالغین نسبت به این معامله حکم دارند (نه خصوص طرف معامله صبی)، از ظاهر کلام شیخ «فیکون الفاعل کسائر غیر البالغین» استفاده می شود که بالغین در اینجا وظیفه دارند که این با تفسیر ما سازگار است نه با تفسیر مرحوم اصفهانی به هر حال اشکال مرحوم سید موجه نیست. «* و السلام*»

ص: 3410

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه مروری بر مباحث گذشته پیرامون صحت عقد صبی خواهیم داشت. ابتدا استدلال به آیه «وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى...» را طرح کرده، دلالت آن را اخص از مدعا خواهیم دانست، سپس طوایف مختلف روایات را بررسی کرده، روایاتی که به لسان «عدم جواز امر صبی» است را نیز اخص از مدعا دانسته، روایاتی که به لسان «رفع القلم» است را با بیان مراد از آنها دلیل بر بطلان عقد او ندانسته، و عمومیت روایاتی که در آنها عمد او خطا شمرده شده را با تقریبی خاص ممنوع و آنها را مختص به باب جنایات خواهیم دانست.

برای بطلان عقد صبی به آیه قرآن، و بعضی روایات و اجماع و شهرت تمسک شده است.

الف) آیه قرآن:

متن آیه: وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النُّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ... (1).

در بحث های گذشته گفتیم مستفاد از آیه شریفه این است که اگر صبی مستقلاً و بدون مراقبت ولی خود و استیذان یا اجازه او برای خود عقدی انجام دهد، چنین عقدی باطل است. اما بطلان عقدی که صبی با انجام تمام مقدمات آن و جلب نظر

ص: 3411

ولی و استیدان از او و یا با گزارش کار خود و استجازه از او انجام داده و یا او وکالتاً از غیره (نسبت به مال غیر، عقدی انجام داده باشد)، از این آیه شریفه نمی توان بطلان آن را ثابت کرد. بنابراین دلالت این آیه اخص از مدعا می باشد.

(ب) روایات:

1) روایاتی که به این لسان است که صبی قبل از بلوغ، جواز امر ندارد:

(1)

مراد از جواز امر، نفوذ و مضمی امر است و ما در بحثهای گذشته گفتیم مراد از «عدم جواز امر صبی» که به صورت مطلق گفته می شود، عدم نفوذ امر او حتی به نحو جزء العله نیست تا از آن، عدم نفوذ و لو منضمماً با اجازه ولی استفاده شود. بلکه همچنان که مرحوم شیخ انصاری فرموده مراد از «جواز امر» جواز امر بالاستقلال به نحو تمام العله که نیازی به شیء دیگری نداشته باشد، می باشد. همان گونه که اگر گفته شود امضاء زید معتبر است معنایش این است که امضای او تمام العله برای نفوذ است و نیازی به امر دیگری ندارد، لذا اگر بگویند امضای او اعتبار ندارد به معنای این است که به تنهایی کارساز نیست و منافات ندارد که به عنوان جزء العله اعتبار داشته باشد. پس نمی توان از این دسته روایات بیش از بطلان عقدهایی که صبی مستقلاً انجام می دهد، استفاده نمود.

مرحوم شیخ می فرمایند، شاهد بر این که مراد از جواز امر بالغ، نفوذ امر استقلالی او است، این است که اگر مراد از آن، نفوذ امر او اعم از اینکه مستقلاً باشد یا با اجازه دیگری، دیگر معنا ندارد عقد سفیه را در بعضی روایات از آن استثناء کنند و بگویند «هرگاه صبی بالغ شد امر او نافذ است مگر اینکه سفیه باشد» (2) زیرا سفیه علی فرض اجازه ولی، جواز امر دارد و باید عقد او را مانند بالغین به عنوان جزء العله

ص: 3412

1- (1) وسائل کتاب الحجر، ابواب احکام الحجر، باب 2، ح 1 و 3 و 5.

2- (2) وسائل کتاب الحجر، ابواب احکام الحجر، باب 2، ح 5.

معتبر بدانند. پس مراد، نفی استقلال صبی است و ناظر به نفی جواز امر او در صورتی که منضم به اجازه ولی شود نیست.

بعضی از محشین مکاسب وجه دیگری برای رد استدلال به این روایات گفته اند به این تقریب که هرگاه صبی با اذن ولی، عقدی انجام دهد، این عقد هم به صبی نسبت داده می شود و هم به ولی همچنان که اگر وکیل انسان خانه اش را فروخت، او می گوید خانه ام را فروختم و بیع را به خود نسبت می دهد با اینکه او مباشرتاً فروخته است. حال اگر از نظر ادله، عقد منسوب به صبی معتبر نباشد، لکن عنوان دیگر یعنی عقد منسوب به ولی که از نظر شرعی معتبر است تأثیر خود را خواهد کرد و عدم صحت عقد صبی ضرری به صحت این عقد نمی زند چون عدم تأثیر عقد صبی از باب عدم اقتضاء است نه از باب اقتضاء عدم، تا با عقد ولی که اقتضاء تأثیر دارد تراحم کند زیرا ذو اقتضاء با لا اقتضاء قابل جمع است. مثلاً اگر بگویند عالم صرفی احترام ندارد، و باید عالم به فقه را احترام نمود، و شخصی عالم به علم صرف و فقه هر دو باشد، بلا اشکال احترام او لازم است هر چند از جهت عنوان اول واجب الاحترام نیست زیرا عنوان دوم بر او منطبق است و لا اقتضاء با ذو اقتضاء تراحم نمی کند. در اینجا نیز اگر عنوان عقد صبی، چنین عقدی را تصحیح نکند، ادله عامه به خاطر صدق عنوان عقد ولی، شامل آن می شود و نمی توان چنین عقدی را باطل دانست. نتیجه اینکه این دسته از روایات نیز اخص از مدعا است.

(2) احادیث رفع قلم از صبی:

درباره این احادیث به تفصیل بحث کردیم که با مراجعه به موارد استعمال این اصطلاح و ملاحظه اطلاقات این گونه روایات، چنین استظهار می شود که مراد از وضع قلم و رفع آن، ثبت و کتابت اعمال در نامه عمل انسانها و آن قلمی است که پس از انجام دادن عمل به کار می افتد نه آن قلمی که پیش از عمل برای جعل احکام به کار افتاده تا احکام بر مکلفین نوشته شود (مانند کُتِبَ عَلَیْکُمُ الصَّیَّامُ).

بنابراین مراد

ص: 3413

از رفع قلم از صبی این است که اعمالی که از صبی صادر می شود (سیئات) در نامه عمل او نوشته نمی شود. لذا اصلاً ارتباطی با رفع احکام تکلیفی یا وضعی از او پیدا نمی کند و نمی توان به این روایات برای بطلان عقد تمسک کرد، چه همانند مرحوم شیخ قائل به عدم ملازمه بین اخبار از عدم عقوبت و عدم حکم شویم و یا همچون مرحوم نائینی و بعضی از متکلمین قائل به ملازمه گردیم.

و بر فرض که همچون دیگران مشی کنیم و بگوییم منظور از احادیث رفع قلم نفی حکم است و یا مراد نفی مؤاخذه است و بالملازمه حکم هم مرفوع خواهد بود و یا بگوییم مراد رفع قلم کتابت سیئات و قلم تشریح حکم هر دو است لکن در هر حال رفع حکم وضعی (عدم صحت عقد) را نمی توان از آن استفاده کرد. زیرا همان گونه که مشهور قائل هستند و ادله نیز با آنها مساعد است اگر قائل به رفع احکام وضعیه از صبی شویم باید قائل به عدم جزئیت و شرطیت و مانعیت اجزاء و شرائط و موانع عبادات برای او شویم و حال آنکه در صورتی می توان حکم به صحت عبادات صبی نمود که عبادتش با همه شرایط و اجزاء و فقد موانع (الا ما شذ) توأم باشد و گرنه باید در مورد عبادات صبی قائل به تخصیص شده و بگوییم همه احکام وضعیه در مورد او مرفوع بوده به استثناء احکام وضعیه شرطیت و جزئیت و مانعیت در عبادات، که مسلماً این طور نیست پس این دسته روایات دلیل بر رفع احکام وضعیه از صبی و بطلان عقد او نیست.

ان قلت: شیخ انصاری رحمه الله در این مبحث رفع قلم از صبی را به معنای رفع مؤاخذه گرفته و از کلامش استفاده می شود که ایشان قائل به ملازمه بین رفع مؤاخذه از او و رفع حکم نبوده، قایل است که نفی فعلیت عقوبت ملازمه با نفی استحقاق عقوبت ندارد تا از آن بالالتزام نفی حکم استفاده شود. ولی خود ایشان در مبحث براءت بر مبنای رفع مؤاخذه قائل به براءت و نفی حکم می شود، فرق این دو باب در چیست؟

قلت: همانند این شبهه در مبحث ملازمه بین حکم عقل و شرع نیز مطرح شده

است. میرزای قمی رحمه الله می فرماید: اصولیین دچار تناقضی شده اند از بحث ملازمه بین حکم عقل و شرع در اخباریین که به استناد آیه وَ مَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً می گویند عذاب متوقف بر تمامیت حجت از طریق ارسال رسل است و بر مخالفت حکم عقل عذابی نیست، و اصولیین در جواب می گویند: آیه دال بر نفی عقوبت است و نفی عذاب، دلیل بر نفی استحقاق عذاب نیست چون ممکن است با وجود استحقاق، تفضلاً کسی را عذاب نکنند و آنچه که ملازم با نفی حکم است نفی استحقاق عذاب است نه نفی فعلیت آن، پس این آیه دلیل بر عدم ملازمه بین حکم عقل و شرع نیست ولی آنها از بحث براءت به همین آیه استدلال کرده و نفی حکم را از آن استفاده می کنند، بین این دو باب چه فرق است؟

مرحوم شیخ جواب این شبهه را داده می فرماید: بین نفی عقوبت و نفی حکم ذاتاً ملازمه ای نیست و در مبحث ملازمه بین حکم عقل و شرع، کلام اصولیین در رد استناد اخباریین به آیه وَ مَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ تمام است. لکن علت اینکه در مبحث براءت به همین آیه استناد می کنند و قائل به ملازمه بین نفی عقوبت و نفی استحقاق عقوبت و به تبع آن نفی حکم می شوند، وجود دلیل دیگری یعنی قاعده قبح عقاب بلا بیان است که مورد اتفاق بین اصولیین و اخباریین همه است.

توضیح مطلب اینکه: اخباریین روایاتی که اثبات هلاکت در مورد ارتکاب شبهات می کند (اخبار تثلیث امور امر بین رسیده و امر بین غیه و شبهات بین ذلک) را وارد بر این قاعده دانسته خود را ملزم به رعایت احتیاط می دانند ولی صرف نظر از اینکه این مطلب صحیح است یا نه، مرحوم شیخ در جواب از شبهه میرزای قمی رحمه الله می فرماید: آیه وَ مَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ نفی عذاب و هلاکت در مورد ارتکاب مجهول می کند و به قرینه آیه شریفه، مفاد روایات فوق (اخبار تثلیث) به غیر مورد براءت حمل می شود و با حمل مذکور موضوع قاعده قبح عقاب بلا بیان، بلا اشکال تمام می شود و معنا چنین می شود: بدون بعث رسل (بیان) عذابی نمی شود و عقاب قبیح

است، و هرگاه عقاب قبیح شد استحقاق عقاب هم نخواهد بود، و عدم استحقاق عقاب ملازم با عدم حکم (برائت) است.

خلاصه اینکه به قرینه آیه وَ مَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ روایات تثلیث حمل بر غیر مورد مجهول می شود و چون در این صورت در مورد مجهول دیگر بیانی نیست قاعده قبح عقاب بلا بیان که مساوق با عدم استحقاق عقاب است در مجرای برائت تمام شده و ملازم با نفی حکم می شود اما در مبحث ملازمه بین حکم عقل و شرع، بیان موجود است زیرا آیه شریفه نمی تواند از بیان بودن حکم عقل جلوگیری کند لذا موضوع قاعده قبح عقاب بلا بیان تمام نیست تا با کمک آن عدم استحقاق عقاب و به تبع آن عدم حکم در مورد احکام عقل ثابت شود.

در مورد نفی حکم از صبی نیز مانند باب ملازمه بین حکم عقل و شرع، قاعده قبح عقاب بلا بیان موضوع ندارد تا بتوان از نفی عقوبت با کمک آن نفی استحقاق و به تبع آن نفی حکم را بالالتزام استنتاج نمود.

3) روایاتی که عمد صبی را خطا شمرده است:

با ملاحظه این روایات چنین استفاده می شود که این جمله را در مورد شأن نزول خاصی فرموده اند. مسئله ای مطرح بوده و یا در باب خاصی بحثی مطرح شده و این روایات در جواب از آنها صادر شده است زیرا معنا ندارد به طور کلی هر عملی که کودک انجام دهد آن را خطا حساب و عاقله او را ملزم به جواب کنند. و از طرز جواب به دست می آید که مثلاً در باب جنایات، مسئله دینه قتل نفس خطائی و بعضی از جراحات دیگر که به عهده عاقله است مطرح شده بوده آنگاه در مورد صبی گفته اند عمد او خطا محسوب می شود. لذا حتی از آن روایتی هم که مذیل به جمله «تحمله العاقله» نیست (1) نمی توان حکم عامی استفاده کرد و به غیر باب جنایات تسری داد. در روایت ابوالبختری هم که بعد از تحمله العاقله می فرمایند «و قد رفع عنهما

ص: 3416

1- (1) صحیحہ محمد بن مسلم، باب 11، ابواب العاقله، ح 2.

القلم» (1) نیز نمی توان از جمله ذیل آن، حکم عامی استفاده کرد خواه این جمله را مستقل و معطوف به جمله عمده الصبی خطأ بدانیم و یا مفسر آن. زیرا بعد از اینکه معلوم شد این کلام پس از صحبت از جنایت خاصی گفته شده است دیگر نمی توان از آن حکم عامی استفاده کرد و به غیر باب جنایات و دیات تسری داد چون اختصاص جمله اول به یک باب خاصی مانع می شود که جمله مفسر و یا معطوف را به معنای عام اخذ کنیم زیرا محتمل است سعه دایره آن در خصوص دایره جمله اول بوده و در غیر باب جنایات جاری نباشد و با وجود این احتمال نمی توان به آن استدلال کرد.

اما کلام مرحوم شیخ انصاری که همه جا رفع قلم را به معنای مؤاخذه اخروی تفسیر کرده و در اینجا به دلیل عطف آن به جمله عمده الصبی خطأ که مختص به باب قصاص و دیات است آن را اعم از مؤاخذات اخروی و دنیوی معنا کرده و بدین ترتیب همه الزامات صبی بر خود توسط عقود را هم به دلیل رفع قلم مذکور در ذیل این حدیث، مرفوع و عقد او را باطل دانسته است، این مطلب نیز مخدوش است.

زیرا این کلام مبتنی بر این است که الزامات صبی تحت عنوان مؤاخذه است دنیوی قرار گیرد و این معنا در قصاص نفس و پرداخت دیه و بعضی از عقود صحیح است اما چگونه می توان معاوضه ای را که صبی با اجازه و لیش انجام می دهد و در ازاء نقل مالش، مال دیگری به ملک او در می آید و چه بسا منفعت زیادی هم ببرد (مثلاً جنس صد تومانی را به دوست تومان بفروشد) و یا به مصلحت او باشد، آن را جزء مؤاخذات او شمرد؟ پس تعمیم در این حدیث هم به هیچ وجه صحیح نیست، و این دسته روایات نیز نمی توانند دلیل بطلان عقد صبی که همراه با اجازه و لیش بوده بشود. در جلسه آینده در مورد اجماع و شهرت بحث خواهیم کرد. ان شاء الله.

«* و السلام*»

ص: 3417

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسات سابق، به بررسی ادله بطلان عقد صبی پرداخته، از جمله استدلال به حدیث رفع قلم و حدیث عمد الصبی خطأ را در این زمینه بررسی کردیم. در این جلسه نخست به استدراکی درباره بحث های گذشته پرداخته، سپس به بررسی حدیث ابی البختری می پردازیم که در آن در ذیل حدیث عمد الصبی خطأ از رفع قلم سخن به میان آمده است، شیخ انصاری استدلال به این روایت را پذیرفته، ولی ما ضمن بررسی اشکالاتی که به کلام شیخ انصاری وارد شده و اثبات ناتمامی برخی از آنها، با توجه به تمام بودن پاره ای اشکالات، استدلال به این حدیث را نیز نادرست می دانیم.

الف) استدراک درباره بحثهای گذشته:

1) توضیح استدلال اصولیین به آیه شریفه (ما کُنَّا مُعَذِّبِينَ) :

(1)

استدلال اصولیین به آیه شریفه «ما کُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا» بر براءت در شبهات بدویه با توجه به عدم ملازمه بین نفی فعلیت عقاب و نفی حکم الزامی، بدین تقریب است که ما از این آیه مستقیماً عدم الزام را نتیجه نمی گیریم بلکه این آیه، دلیل اخباریون را بر لزوم احتیاط در شبهات بدویه از کار می اندازد، بعد از

ص: 3418

1- (1) توضیح: در تنظیم درس شماره 366، این بحث با کاستیهایی آمده، لذا چکیده بحث فوق را با اصلاحات لازم در این درس تکرار کردیم.

اینکه دلیل از کار افتاد، با تمسک به قاعده قبح عقاب بلا بیان، عدم الزام را نتیجه می‌گیریم، توضیح این که حدیث تثلیث دلیل بر فعلیت هلاکت می‌باشد و آیه فوق فعلیت عقاب و هلاکت را بدون بعث رسل (بیان) نفی می‌کند، پس حدیث تثلیث به قرینه آیه فوق مخصوص مواردی است که اصل حکم بیان شده و شک در مکلف به است. پس بیانی برای عقاب در شبهات بدویه نداریم و عقاب بدون بیان هم که قبیح است، پس در شبهات بدویه برائت عقلی جاری است.

2) توضیحی درباره استفاده عدم ملازمه بین نفی مؤاخذه و نفی احکام از عبارت مکاسب:

ما پیشتر از عبارت مکاسب درباره حدیث رفع قلم و اشکالات ایشان به استدلال به آن حدیث چنین استظهار کردیم که شیخ انصاری ملازمه نفی مؤاخذه یا اخبار به نفی مؤاخذه را با نفی حکم انکار می‌کند، ولی به نظر می‌رسد که چنین استفاده‌ای از کلام شیخ در مکاسب صحیح نیست. البته شیخ در رسائل تصریح به عدم ملازمه بین نفی فعلیت عقاب و نفی حکم نموده است ولی کلام مکاسب را می‌توان بر مبنای ملازمه بین این دو هم توضیح داد. با این بیان؛ که اگر نفی عقاب یا اخبار به نفی عقاب با نفی حکم ملازم باشد، با خصوص نفی حکم الزامی ملازم است وگرنه هیچ ملازمه‌ای بین عدم عقاب و بین نفی حکم غیر الزامی همچون حکم استحبابی نیست، و لذا مشروعیت عبادات صبی منافاتی با عدم مؤاخذه وی بر ترک الزامیات ندارد. با توجه به این مطلب شیخ انصاری در اشکال اول خود درباره حدیث رفع قلم می‌فرماید که مدلول مستقیم این حدیث، رفع قلم مؤاخذه است، و مدلول التزامی آن هم (بنا بر قول به ملازمه فوق) رفع حکم الزامی است نه رفع مطلق حکم، در اشکال دوم: شیخ می‌فرماید: اگر ما مدلول مستقیم حدیث رفع قلم را رفع حکم بدانیم و اطلاق آن را شامل رفع احکام تکلیفی غیر الزامی هم بدانیم، باز نمی‌توان آن را به احکام وضعی سرایت دهیم، چه بنا بر مشهور احکام وضعی، اختصاصی به بالغین ندارد.

بنابراین، اشکال دوم شیخ انصاری هم بر مبنای ملازمه و هم بر مبنای عدم ملازمه جا دارد و شاید به همین جهت شیخ در اینجا از مبنای خود در عدم ملازمه بین نفی مؤاخذه و نفی حکم الزامی سخن نگفته است.

(ب) بررسی کلام شیخ انصاری درباره حدیث ابی البختری:

(1) کلام شیخ انصاری:

مرحوم شیخ در مکاسب، ابتداءً استظهار می کند که حدیث رفع قلم از صبی و مجنون و نائم، ناظر به رفع قلم مؤاخذه است و ناظر به رفع احکام وضعیه نیست.

لکن چون در حدیث ابی البختری وارد شده است که المجنون المعتوه الذی لا یفیک و الصبی الذی لم یبلغ عمدهما خطأً تحمله العاقله و قد رفع عنهما القلم و چون فقره رفع قلم با نفی دیه از صبی و مجنون و ثبوت دیه بر عاقله باید ارتباط داشته باشد وگرنه ذکر آن لغو خواهد بود پس می توان نتیجه گرفت که رفع قلم مختص به رفع مؤاخذه و رفع احکام تکلیفیه نیست بلکه مؤاخذات مالی دنیوی را نیز بر می دارد. لذا دیه که از مؤاخذات مالی است نیز از صبی و مجنون برداشته شده است. و در ما نحن فیه اگر صبی بیعی انجام دهد نافذ نیست چون صحت بیع یک سلسله ضمانات و تعهداتی را در پی دارد و حدیث رفع قلم این گونه مؤاخذات دنیوی را نیز بر می دارد.

به این فرمایش مرحوم شیخ اشکالات عدیده ای شده است (هر چند برخی از آنها محل مناقشه است):

(2) اشکال اول:

دلیلی نداریم که فقره «و قد رفع عنهما القلم» با حکم مذکور در صدر حدیث مرتبط باشد به این نحو که علت رفع دیه از مال صبی و مجنون جانی باشد یا معلول عمدۀهما خطأً بلکه این مقدار که مسلم است این است که این فقره نباید با موضوع

حدیث که صبی و مجنون است بی ارتباط باشد و برای چنین ارتباطی لازم نیست که عبارت رفع قلم را بر خلاف ظاهرش شامل رفع احکام وضعی هم بدانیم بلکه حضرت دو نکته را درباره صبی و مجنون بیان می فرمایند: الف. اگر جنایتی مرتکب شدند قصاص نشده، دیه نیز در اموالشان ثابت نمی شود بلکه دیه بر عاقله است.

ب. روز قیامت عقاب نمی شوند.

3 اشکال دوم:

اگر حدیث رفع قلم را مخصوص رفع مؤاخذه و حکم تکلیفی ندانیم و بگوییم شامل رفع احکام وضعی هم می شود. لازمه اش این است که اگر صبی یا مجنون، مالی را اتلاف کردند ضامن نباشند در حالی که مسلماً ضامن هستند و بعید است که از باب تخصیص رفع قلم، ضامن در اتلاف صبی ثابت باشد.

ان قلت: این اشکال در حدیث رفع (رفع عن امتی تسعه) نیز مطرح شده است و جوابش را در آنجا داده اند و آن این که، چون حدیث رفع، امتنانی است، امتنان بر امت اقتضاء نمی کند که در صورت اتلاف ضامن مرتفع گردد.

قلت: حدیث رفع قلم، امتنان بر شخص صبی و مجنون است نه امتنان بر امت و لازمه امتنان بر صبی و مجنون این است که در صورت اتلاف عمدی هم ضامن نباشند، پس اگر مرفوع در این حدیث شامل احکام وضعی هم بشود باید ضامن را هم بر دارد و برای ثبوت ضامن در اتلاف باید این حدیث را تخصیص بزنیم و هو بعید. نتیجه آن که، حدیث رفع قلم، فقط احکام تکلیفی و مؤاخذه را بر می دارد.

4 رد اشکال دوم:

مرحوم شیخ رحمه الله این اشکال را پاسخ داده اند و آن این که، ما نگفتیم حتماً رفع قلم علت رفع دیه از جنایت صبی و مجنون است بلکه گفتیم یا علت رفع دیه است یا

ص: 3421

معلول «عمدهما خطأ»، و اگر معلول عمدهما خطأ باشد اشکال دوم مرتفع می گردد چون روایت می فرماید، چون اختیار آنها ضعیف و عمد آنها خطا به حساب می آید لذا احکامی که مربوط به افعال اختیاری است از افعال آنها برداشته شده است، چون عمدهما خطأ است «رفع عنهما القلم». و این رفع قلم شامل احکامی که موضوع آن فعل انسان است (اعم از این که اختیاری باشد یا غیر اختیاری) نمی شود و ضمان از احکام اتلاف شخص است خواه اتلاف اختیاری باشد یا خیر، بلکه اگر در حال خواب هم کسی مال دیگری را تلف کرد ضامن است، بنابراین، وقتی روایت می گوید چون اختیار صبی و مجنون ضعیف است لذا رفع عنهما القلم، اگر قلم مرفوع شامل احکام وضعیه هم بشود، ذاتاً شامل ضمان اتلاف نمی گردد و لازم نیست که این حدیث را در باب ضمان اتلاف تخصیص زده باشیم تا بگویید «هو بعید» عبارت مرحوم شیخ چنین است: لکن هذا غیر وارد علی الاستدلال... لاحتیال کونه [ای الرفع] معلولاً لسلب اعتبار قصد الصبی و المجنون، فیختص رفع قلم المؤاخذة بالافعال التي يعتبر فی المؤاخذة علیها قصد الفاعل فیخرج مثل الاتلاف. (1)

5 اشکال سوّم:

در متعلق رفع (2) باید ثقل و سنگینی و فشاری بر مرفوع عنه باشد و در این حدیث، مرفوع عنه، صبی و مجنون است و حال آنکه معاملات طفل چه بسا به مصلحت او باشد و یا لا اقل سنگینی و فشاری بر او نباشد حدیث رفع حتی اگر شامل احکام وضعیه نیز بشود حکم وضعی که ثقل و سنگینی در آن نباشد را بر نمی دارد.

ص: 3422

1- (1) مکاسب، ص 115، سطر 17.

2- (2) توضیح اینکه اگر ماده رفع با عن متعدی شود همان معنای وضع عن را دارد یعنی باری را از دوش کسی برداشتن. قال تعالی: و وضعنا عنک وزرک الذی أنقض ظهرک [اشراح / 2].

مرحوم شهیدی در حاشیه مکاسب (1) در نقد کلام شیخ (که از این که حدیث رفع در روایت ابوالبختری در ذیل رفع دیه وارد شده معلوم می شود که این حدیث شامل رفع مؤاخذات مالی هم می شود پس بر معاملات صبی اثری مترتب نیست) گفته اند.

ممکن است بگوییم حدیث رفع، تنها حکم تکلیفی را بر می دارد و در عین حال با صدر حدیث که حکم وضعی (دیه) را رفع کرده است مرتبط باشد. توضیح آن که:

جعل حکم وضعی بدون وجود حکم تکلیفی لغو است و احکام تکلیفی یا منشأ انتزاع احکام وضعی هستند و یا احکام تکلیفی مصحح اعتبار و جعل حکم وضعی است.

ما هر یک از دو مبنا را بپذیریم، احکام وضعی بر دو قسم است. گاهی فعلیت حکم وضعی دایره مدار فعلیت حکم تکلیفی نیست، مانند ملکیت، هر چند بدون حکم تکلیفی اعتبار ملکیت صحیح نیست لیکن لازم نیست که ملکیت بالفعل، اثر تکلیفی داشته باشد، ممکن است ملکیت جعل شود و مالک از تمام تصرفات محجور باشد ولی همین مقدار که در شرایط خاص آن احکام تکلیفی بار می شود مصحح اعتبار ملکیت یا منشأ انتزاع آن می گردد و لو آن احکام متأخر باشند. قسم دوم حکم وضعی احکامی است که فعلیت آن از فعلیت احکام تکلیفی جدا نیست مانند بطلان روزه در اثر افطار عمدی، اگر افطار سهوی باشد، نه تکلیف هست و نه وضع، عقاب ندارد و روزه را هم باطل نمی کند و اگر عمدی باشد، عقاب دارد و روزه را هم باطل می کند، پس فعلیت تکلیف در چنین موردی از فعلیت وضع جدا شدنی نیست، موضوع روایت ابی البختری نیز از این قبیل است، فعلیت قصاص و ثبوت دیه در اموال اشخاص، در صورتی است که جانی تکلیف هم داشته باشد، اگر عمداً چشم کسی را کور کرد تکلیفاً حرام بوده استحقاق عقوبت می آورد و وضعاً

ص: 3423

هم مستحق قصاص است. و ثبوت دیه بر خودش نیز مانند قصاص است. وقتی که تکلیف نداشت، در آخرت استحقاق عقوبت ندارد و در دنیا نیز دیه بر او واجب نمی شود.

به تعبیر دیگر: این که روایت می فرماید «عمدهما خطأ و قد رفع عنهما القلم» نه این که خصوصیتی برای عمد و خطا باشد بلکه اینها دو موضوع تکلیف و عدم تکلیف هستند و شرط حکم وضعی - قصاص و ثبوت دیه بر اموال جانی - این است که جانی حین الجنایه عامد بوده، مکلف باشد و الا نه حکم تکلیفی هست و نه حکم وضعی، حدیث رفع قلم از صبی تکلیف را بر می دارد. شرط حکم وضعی که رفت، حکم وضعی هم از بین می رود، خلاصه در این موارد، باید حکم تکلیفی بالفعل باشد تا به لحاظ او، حکم وضعی جعل گردد یا حکم وضعی از آن انتزاع شود و حدیث رفع قلم چون حکم تکلیفی بر می دارد حکم وضعی هم برداشته می شود.

نتیجه آنکه، بر خلاف نظر شیخ رحمه الله وقوع حدیث رفع قلم در ذیل «عمدهما خطأ...» قرینه آن نیست که این حدیث شامل رفع مؤاخذات مالی دنیوی هم بشود.

(پایان کلام مرحوم شهیدی)

7) رد اشکال چهارم:

به نظر می رسد که رفع حرمت موجب ثبوت دیه بر عاقله نمی شود و رفع قلم تکلیف از صبی، علت ثبوت دیه بر عاقله نیست. زیرا اگر دشمن به کشور اسلامی حمله کرده باشد و دفاع از کشور متوقف بر قتل نفس محترمه باشد. در این صورت عموم فقهاء حکم به جواز قتل نفس محترمه کرده اند، این قتل جایز است. لکن دیه آن آیا بر عاقله است یا به عهده بیت المال است، شما که می گوید: عمد موضوعیتی ندارد بلکه معیار ارتکاب کار حرام است. اینجا که کار حرام صورت نگرفته است پس شخص قصاص نمی شود و باید دیه را عاقله پردازد و حال آنکه، دیه در این موارد از بیت المال داده می شود و بر عاقله نیست. همچنین اگر مفتی در

موردی طبق فتوایش حکم به کشتن کرد ولی در حکم اشتباه کرده بود، در این مورد قاتلی که طبق موازین تقلید عمل کرده است در پیشگاه الهی معذور است و قصاص نمی شود، با آنکه عمداً کشته است. حال به مجرد اینکه کار حرام مرتکب نشده است باید دیه را عاقله پردازد. اگر ما موضوعیتی برای عمد و خطاً قائل نباشیم بلکه مسئله دائر مدار حرمت تکلیفی و عدم آن باشد پس در موارد عدم حرمت باید دیه را عاقله پردازد، هر چند جنایت از روی عمد صورت گرفته باشد. و این مطلب قابل پذیرش نیست. پس بلا اشکال، خصوصیت عنوان عمد و خطاً دخیل است.

اگر قتل خطئی بود دیه را عاقله می پردازد وگرنه دیه بر عاقله نیست. پس اینکه ایشان فرموده: اگر حدیث رفع قلم نفی حکم تکلیفی هم بکند با صدر روایت مرتبط بوده، ثبوت دیه بر عاقله را اثبات می کند. ناتمام می باشد.

بنابراین، از این چهار اشکال، اشکال اول و سوم به کلام شیخ رحمه الله وارد است. «* و السلام*»

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در این جلسه با مروری بر ادله بطلان نکاح صبی، ناتمامی همه این ادله را در جایی که صبی با اذن یا اجازه ولی عقد کند، یا تنها مجری صیغه برای غیر خود بوده نتیجه گرفته، نکاتی در مورد شهرت و اجماع در مسئله و عدم صحت استناد به آنها در این بحث خواهیم آورد.

در ادامه به ادله صحت عقد صبی اشاره کرده، در ضمن روایتی را که فرزند ام سلمه مادرش را به پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله تزویج کرد، نقل و سند آن را تصحیح کرده، آن را دلیل دیگری بر جواز اجراء عقد برای غیر، توسط صبی می دانیم.

در پایان حکم عقد سکران را آغاز کرده، درباره موضوع کلام در این بحث سخن گفته، بررسی تفصیلی این بحث را به جلسات آینده وامی نهیم.

الف) مروری بر ادله بطلان عقد صبی:

اشاره

بر بطلان عقد صبی به ادله ای تمسک شده است:

دلیل اول: آیه ابتلاء یتامی که ناتمامی استدلال به آن گذشت.

دلیل دوم: احادیثی همچون حدیث رفع قلم و حدیث «عمد الصبی خطأ» که نادرستی استدلال به آن نیز گذشت.

دلیل سوم: شهرت

دلیل چهارم: اجماع

درباره این دو دلیل نکاتی تکمیلی باید عرض کنیم.

ص: 3426

1) بررسی شهرت و اعتبار آن در مسئله:

اگر ما شهرت را از باب ظنّ خاص حجت ندانیم و به تمامیت مقدمات دلیل انسداد باور نداشته باشیم، چنانچه متأخران از شیخ انصاری بر این رای می باشند، روشن است که شهرت اعتباری ندارد.

اما اگر ما همچون شیخ انصاری دلیل انسداد را بپذیریم (1) و ما نیز آن را بعید نمی دانیم، شهرت می تواند از این راه حجت باشد، چنانچه مرحوم شیخ در فقه به شهرت استناد می کند، حال آیا در مقام می توانیم به شهرت استناد کنیم؟

به نظر می رسد که اگر شهرت مستند به ادله ای باشد که ما آن ادله را ناتمام می دانیم و در می یابیم که مشهور در استناد به آنها اشتباه کرده اند، در این صورت فتوای مشهور، ظنی را در ذهن ما ایجاد نمی کند که بر اساس آن ظن ما بتوانیم بر طبق ادله انسداد فتوا دهیم.

آری اگر مشهور فتوایی داده باشند که دلیل آن برای ما روشن نباشد، در آن صورت ممکن است شهرت موجب افاده ظن شود و بگوییم دلیل لا اقل مظنون الدلاله ای در دست آنها بوده که به ما نرسیده است، ولی در بحث ما با توجه به استدلالهای علماء بر مسلوب العبارة بودن صبی به ادله ای که ما ناتمامی آنها را اثبات کرده ایم صغرای حجیت ظن انسدادی (تحقق شهرت ظن آور) محقق نیست.

البته معیار در ظن، ظن نوعی (ظن نوع مردم در خصوص مسئله) است نه ظن شخصی و اگر کسی دیر باور و وسواسی باشد ظن وی شرط نیست، و در این مسئله، نوع مردم با توجه به خصوصیات ادله فوق، ظنّ پیدا نمی کنند.

ص: 3427

در این مسئله گاه به اجماع تمسک می شود، مستند ادعای اجماع، گاه کلام ابن زهره در غنیه (البته درباره بطلان بیع صبی) است که پیشتر درباره آن سخن گفتیم، و عرض کردیم که صغرای نقل کردن اجماع از سوی ابن زهره صحیح است، ولی نقل اجماع در غنیه برای اثبات اجماعی بودن مسئله - و لو به طور ظنی - بلکه برای اثبات شهرت کفایت نمی کند.

مرحوم صاحب جواهر در مسئله بطلان عقد صبی و مجنون و مسلوب العباره بودن آنها ادعای اجماع یا ضرورت کرده می فرماید: «بلا خلاف معتد به اجده بل ممکن تحصیل الاجماع علیه بل ربما كان من الضروريات سلب حكم الفاظهما في جميع العقود فكانت كاصوات البهائم بالنسبه الى ذلك(1)»، شیخ طوسی در مبسوط به بطلان عقد صبی فتوا می دهد، سپس روایتی را که عقد ده ساله را صحیح می داند نقل می کند «لا یصح بیع الصبی و لا شراؤه اذن له الولی او لم یأذن و روی انه اذا بلغ عشر سنین و كان رشیداً كان جائزاً(2)»، ظاهر کلامش این است که بر طبق این روایت فتوا نمی دهد.

ما هم در مسئله، مخالف صریحی نیافتیم و کسی را ندیدیم که بر طبق روایت فوق فتوا دهد، البته این اجماع در باب بیع است و الا در برخی عقود دیگر مسئله اجماعی نیست که تفصیل آن در این بحث نمی گنجد.(3)

حال در باب نکاح آیا مسئله اجماعی است؟ آن قدری که ما مراجعه کردیم مخالف صریحی در باب نکاح نیافتیم که عقد صبی را صحیح بداند، لکن قدر مسلم از اجماع جایی است که نکاح صغیر یا صغیر بدون اذن ولی باشد، اما اگر صبی یا

ص: 3428

1- (1) جواهر 29:143.

2- (2) مبسوط 2:163.

3- (3) (توضیح بیشتر) فعل کودک ده ساله در بسیاری از موارد به نظر بسیاری از علماء نافذ است در اینجا به عنوان نمونه عبارت ابن فهد را در مهذب بارع 2:514 نقل می کنیم: (ینفذ عمل البالغ عشرأ فی مواضع) 1 - العتق... 2 - الوقف فی وجوه البر 3 - الوصیه فی المعروف 4 - امضاء اقراره بمثل ذلك 5 - مؤاخذهه بالقصاص 6 - مؤاخذهه بالسرقة 7 - صحه نیابته فی الحج.

صبیبه با اذن یا اجازه ولی صبیغه نکاح را خوانده باشد، نمی توان ادعای اجماع بر بطلان عقد وی نمود.

با دقت در عبارات فقهاء به سه دسته عبارات برخورد می کنیم.

دسته اول: کسانی که تصریح کرده اند که صبی مسلوب العبارة است و در این زمینه به حدیث رفع قلم هم استدلال کرده اند که ظاهر آن این است که عقد صبی با اجازه هم صحیح نمی شود، همچنین ظاهر عبارت فقهای که بلوغ را از شرایط ایجاب و قبول می دانند، نیز این است که اگر صبی تنها مجری صبیغه هم باشد، با اذن یا اجازه بعدی عقد وی صحیح نیست.

دسته دوم: کسانی که صیغۀ را همچون سَفَه منشأ محجوریت صبی دانسته و شرط صحت عقد را عدم محجوریت می دانند، با توجه به این که سفیه مسلوب العبارة نیست و عقدش با اذن یا اجازه ولی نافذ می باشد، از این عبارات بطلان عقد صبی با اذن یا اجازه ولی استفاده نمی شود، بنابراین، از کلام این گروه از فقها تنها استفاده می شود که عقد صبی به خودی خود مقتضی صحت نیست، نه این که مقتضی فساد در آن وجود دارد.⁽¹⁾

دسته سوم: کسانی که فقط گفته اند که عقد صبی باطل است، این عبارت مبهم است و از آن فهمیده نمی شود که آیا صبی را مسلوب العبارة هم می دانند یا خیر و دلیلی هم ذکر نکرده اند که از دلیلشان چیزی بفهمیم.

خلاصه، اثبات صغرای اجماع بر بطلان عقد صبی با اذن یا اجازه ولی مشکل است، بر فرض که صغرای اجماع را هم بپذیریم اعتبار چنین اجماعی مشکل است، زیرا به نظر ما اجماعی معتبر است که اتصال آن به زمان معصوم احراز شود هر چند معلوم المدرك باشد، ولی در موارد علم به مدرك یا احتمال مدرك غالباً احراز

ص: 3429

1- (1) در جلسه سابق گفتیم که عقد صبی با اذن یا اجازه ولی دو حیثیت دارد، از یک حیث عقد صبی است، این حیثیت مقتضی صحت نیست نه مقتضی فساد است، از حیث دیگر عقد ولی است، چون با اذن یا اجازه وی صادر شده، بنابراین باید حکم به صحت آن نمود.

اتصال اجماع به زمان معصوم ممکن نیست، زیرا چه بسا اجماع از قدیم و از زمان معاصر معصومین علیهم السلام نبوده، بلکه به استناد فتاوی علماء در زمان متأخر حاصل شده است، از این رو در محل بحث ما اعتبار اجماع روشن نیست، پس دلیلی بر بطلان عقد صبی با اذن یا اجازه صبی نداریم.

ولی این مقدار برای حکم به صحت عقد صبی کافی نیست، بلکه باید دلیلی بر صحت عقد صبی ذکر کنیم.

(ب) ادله صحت عقد صبی:

(1) ادله عام صحت:

در این زمینه اگر شمول اطلاقات یا عمومات صحت عقود را نسبت به عقد صبی - بما هو صبی - نپذیریم، ولی چون عقد صبی اگر با اجازه یا اذن ولی باشد این عقد، عقد اولیاء هم به حساب می آید، یا اگر صبی تنها مجری صیغه باشد و عقد را به وکالت برای غیر خود اجراء کرده باشد (هر چند ولی اجازه نداده باشد) این عقد، عقد موکل (که بنا بر فرض عاقل بالغ است) به حساب می آید زیرا عقود همچون ازدواج مانند اکل نیست که در آن مفهوم مباشرت و صدور مستقیم درج شده باشد، بلکه اگر با اذن کسی هم صادر شده باشد برای استناد به اذن دهنده کافی است.

بنابراین باید این عقد را صحیح بدانیم، زیرا پیشتر اشاره کردیم که عدم صحت عقد صبی - بما هو صبی - از باب لا اقتضاء است نه از باب اقتضاء العدم تا با صحت عقد صبی - بما هو مضاف الی الولی او الموکل - مزاحمت پیدا کند،⁽¹⁾ بنابراین طبق قاعده باید عقد صبی را در این موارد صحیح بدانیم.

پس اگر صبی با اذن ولی غیر یا برای خودش عقد نکاحی انجام دهد بلا اشکال عقد او صحیح است، البته در مورد عقدی که برای خودش انجام می دهد غبطه و مراعات مصلحت او از جانب ولی لازم است.

ص: 3430

1- (1) بدین نکته در کلام پاره ای از محشیان مکاسب اشاره رفته از جمله در حاشیه مکاسب مرحوم آخوند.

2) بررسی روایت تزویج ام سلمه:

صحت عقدی که صبی وکالتاً از جانب غیر انجام می دهد و او تنها مجری صیغه است واضح تر است به ویژه آنکه روایتی نیز در این مورد وارد شده است.

متن روایت: محمد بن یعقوب الکلینی عن محمد بن یحیی عن سلمه بن الخطاب عن الحسن ابن علی بن یقظین عن عاصم بن حمید عن ابراهیم بن ابی یحیی عن ابی عبد الله علیه السلام قال: تزوج رسول الله صلی الله علیه و آله ام سلمه، زوجهایا عمر بن ابی سلمه و هو صغیر لم يبلغ الحلم. (1)

محمد بن یحیی از مشایخ کلینی و ثقه است، همچنین حسن بن علی بن یقظین نیز ثقه و عاصم بن حمید از اجلاء ثقات است.

در این سند دو نفر نیازمند به بحث دارند یکی سلمه بن الخطاب و دیگری ابراهیم بن ابن یحیی.

3) بررسی حال سلمه بن الخطاب:

درباره سلمه بن الخطاب ابن غضایری می گوید: ضعیف (2) و نجاشی می گوید: کان ضعیفاً فی حدیثه (3) مرحوم آقای خوبی می گویند که او در اسناد کامل الزیارات وارد شده و وقوع راوی در اسناد این کتاب دلیل بر وثاقت اوست، ولی چون این توثیق با تضعیف نجاشی تعارض می کند، لذا وثاقت او ثابت نیست. (4) به نظر ما این راوی ثقه و مورد اعتماد است، زیرا تضعیف ابن غضایری چندان اهمیتی ندارد، وی بسیاری از راویان را با بررسی روایاتشان و متن شناسی احادیث ایشان، تضعیف می کند وقتی، متن روایتی مورد قبول او نباشد، راوی روایت را ضعیف می داند.

به طور کلی تضعیفات مبنی بر متن شناسی از هر کس باشد اعتبار ندارد، چون بر پایه استنباط و اجتهاد استوار است و ادله حجیت شهادت، شهادت حسی را معتبر

ص: 3431

1- (1) وسائل ابواب عقد النکاح و اولیاء العقد، باب 16، ح 1.

2- (2) الرجال لابن الغضائری، استخراج السید محمد رضا الحسینی الجلالی، ص 64/66.

3- (3) رجال نجاشی رقم 498.

4- (4) معجم الرجال 204:8.

می سازد نه شهادت حدسی را، در مورد ابن غضایری با توجه به تتبع در کتاب وی دریافته ایم که منشأ تضعیفات وی غالباً متن شناسی است، لذا اعتبار ندارد.

کلام نجاشی دلیل صریحی بر عدم وثاقت وی نیست، زیرا این تعبیر «ضعیف فی حدیثه» گاهی برای فهماندن بد سلیقه بودن صاحب کتاب در جمع آوری و نقل از هر راوی و لو این که ضعیف باشد بکار می رود و تصریح به عدم وثاقت خود شخص نیست، لذا اگر ما وقوع راوی را در اسناد کامل الزیارات توثیق بدانیم، این توثیق معارضی از کلام نجاشی ندارد ولی ما از این راه وی را توثیق نمی کنیم، مرحوم آقای خوئی هم پس از نگارش معجم رجال الحدیث از این نظریه عدول کرده اند⁽¹⁾، مستند ما بر توثیق وی دو دلیل است.

دلیل اول: اعتماد اجلاء و مشایخ بزرگ همچون محمد بن یحیی عطار، صفار، سعد بن عبد الله، احمد بن ادریس، علی بن ابراهیم، حمیری و اکثر روایت ایشان از سلمه بن الخطاب.

دلیل دوم: از وی، محمد بن احمد بن یحیی صاحب نوادر الحکمه روایت می کند⁽²⁾، و ابن ولید که از مشایخ سخت گیر حدیث بوده و افراد بسیاری را از روایات محمد بن احمد بن یحیی استثناء کرده وی را در زمره این افراد قرار نداده است، شیخ صدوق و دانشمندان دیگر کار ابن ولید را پذیرفته اند که از آن معلوم می شود که ایشان سلمه بن الخطاب را توثیق می کنند.

4) بررسی حال ابراهیم بن ابی یحیی:

ابراهیم بن ابی یحیی در سند همان ابراهیم بن محمد بن ابی یحیی مدنی است⁽³⁾، مرحوم آقای خوئی در معجم الرجال وی را از طریق وقوع در اسناد کامل

ص: 3432

1- (1) (توضیح بیشتر) و آخرین چاپ معجم رجال الحدیث که در 24 جلد انجام گرفته بر مبنای عدم توثیق روات واقع در کامل الزیارات تنظیم شده است.

2- (2) معجم رجال الحدیث 320:15.

3- (3) (توضیح بیشتر) عاصم بن حمید از ابراهیم بن ابی یحیی مدنی در کافی 3/48:7 روایت می کند، وی چنانچه مرحوم آقای خوئی در معجم الرجال 201:1 فرموده اند، همان ابراهیم بن محمد بن ابی یحیی مدنی است که در

الزیارات توثیق می کند. (1) که ما این طریق را قبول نداریم. برای توثیق وی از راههایی می توان استفاده کرد که اگر برخی از این راهها نیز اطمینان آور نباشد، مجموع آنها بی شک وثاقت وی را ثابت می کند.

اولاً: نجاشی درباره وی می گوید: کان خصیصاً و العامه - بهذه العله - تضعفه، شیخ طوسی هم درباره وی می گوید: کان خاصاً بحديثنا و العامه تضعفه لذلك و ذکر یعقوب بن سفیان فی تاریخه فی اسباب تضعیفه عن بعض الناس: انه سمعه ینال من الاولین.

ظاهر این عبارت این است که وی نقطه ضعفی نداشته و اگر عامه وی را تضعیف کرده اند به جهت مذهب وی می باشد.

ان قلت: شاید نجاشی و شیخ تنها در صدد بیان عدم اعتبار تضعیف عامه باشد، و نمی خواهد وی را توثیق کند.

قلت: بسیار بعید است که درباره شخص معروفی مثل وی، نجاشی و شیخ تحقیق نکرده باشند، و نقطه ضعف داشتن این گونه افراد مشهور و مخفی ماندن آن بر امثال نجاشی و شیخ با وجود تحقیق بسیار مستبعد است، بی شک از این عبارت حسن ظاهر وی استفاده می گردد که همین مقدار برای اثبات عدالت وی کافی است.

ثانیاً: هر چند بسیاری از علماء عامه وی را تضعیف کرده اند ولی در کتب رجال عامه توثیق شافعی نسبت به وی نقل شده که نقل آن جالب است:

قال الربیع بن سلیمان: سمعت الشافعی یقول: کان ابراهیم بن ابی یحیی قدریا، قیل للربیع:

فما حمل الشافعی علی ان روی عنه قال: کان یقول لان یخرّ ابراهیم من بعد احبّ الیه من ان یکذب، و کان ثقّه فی الحدیث، و کان الشافعی یقول: اخبرنی من لا اتهم عن سهیل و غیره - یعنی ابراهیم بن ابی یحیی -

ص: 3433

1- (1) (توضیح بیشتر) البته این طریق بر فرض عدم اتحاد وی با ابراهیم بن محمد بن ابی یحیی می باشد وگرنه، مرحوم آقای خویی درباره ابراهیم بن محمد بن ابی یحیی می فرماید: بما ذکره النجاشی و الشیخ، یدخل الرجل فی الحسان علی الاقل (معجم الرجال 1، ص 275 و نیز ر. ک: ص 201).

توثیق محکم شافعی نسبت به وی با اعتراف به نادرستی مذهب وی به عقیده شافعی، دلیل قاطعی است که وی هیچ نقطه ضعفی به جز مذهب نداشته وگرنه با حساسیت بسیار عامه نسبت به مذهب، اگر کوچکترین نقطه ضعفی در امر حدیث داشت امکان توثیق وی نبود.

5) راهی دیگر برای اثبات اعتبار روایت فوق:

سید مرتضی در انتصار اشاره به همین روایت کرده و آن را بطور بّتی نسبت داده است، در مذهب ابن بَرّاج نیز با تعبیر «لا خلاف» این قضیه را نقل می کند.

در کتب اهل تسنن نیز این قضیه آمده است. البته گاهی تعبیر می شود که پیامبر به فرزند ام سلمه فرمودند او را برایم عقد کن و گاهی نقل می شود که خود ام سلمه به فرزندش گفت مرا به عقد پیامبر در آور. بعلاوه در بعضی از نقلها عاقد، سلمه بن ام سلمه است و در بعضی دیگر عمر بن ام سلمه، در هر حال این دو فرزند بنا به نقل کتب تاریخ و سیره، هر دو با اختلاف یکی دو سال از همدیگر، نابالغ بوده اند، و دلالت روایت بر صحّت عقد صبی برای غیر تمام است.

خلاصه اینکه نظر مرحوم سید در عروه که بطلان عقد صبی لفسه با اذن ولی یا عقدی که برای غیر وکالتاً انجام می دهد را محل تأمل دانسته، به نظر ما مخدوش است و باید عقد او را صحیح دانست. خصوصاً در موردی که به وکالت از طرف غیر، فقط متصدی اجرای صیغه می شود که مخالف با روایت مذکور نیز می باشد.

6) توضیحی درباره نقل اقوال از سوی مرحوم آقای حکیم:

مرحوم آقای حکیم ضمن جایز دانستن تصرفات صبی با اذن ولی می فرمایند:

جماعتی همچون محقق اردبیلی و فخر المحققین در ایضاح و محقق در باب العاریه و نیز ظاهر باب اجاره شرایع، قائل به جواز شده اند، ولی به نظر ما نقل مرحوم آقای حکیم صحیح نیست. زیرا فخر المحققین در بحث اجاره پس از ذکر وجه صحت و

بطلان، می گوید: الاقوی عدم الصحه دیگران نیز هر کدام تصرفات او را تجویز کرده و یا در میان آنها مورد خلاف واقع شده یا در بعضی از عقود علی المشهور قائل به صحت شده اند، همه این مطلب را در غیر باب نکاح گفته اند و دلیل نمی شود که آنها در باب نکاح هم قائل به صحت تصرفات او باشند.

7) نتیجه گیری نهایی بحث عقد صبی:

به نظر ما عقود صبی از جمله عقد نکاح وی در دو صورت صحیح است، صورت اول: با اذن یا اجازه ولی، صورت دوم: جایی که صبی تنها مجری صیغه است، و عقد اجرا شده در اموال خود صبی هم نیست، بلکه با اجازه یا وکالت برای دیگری عقد می خواند که در اینجا اذن یا اجازه ولی هم شرط نیست.

ج) عقدی که مست انجام دهد:

1) متن عروه:

و کذا لا اعتبار بعقد السكران فلا یصح و لو مع الاجازه بعد الافاقه

2) توضیح مرحوم آقای خویی و بررسی آن:

مرحوم آقای خویی می فرمایند: چون سکران قصد معنی ندارد، لذا عقد او باطل است همچون شخصی که هذیان می گوید.

به نظر می رسد که موضوع بحث ما، سکرانی نیست که به مرحله ای رسیده است که قصد از او متمشی نیست بلکه موضوع بحث، سکرانی است که عقل را از دست داده است، توضیح این که اگر سکران به حدی برسد که کلام وی همچون هذیان بوده و هیچ گونه اراده ای از وی در این کار نباشد⁽¹⁾، این عقد به طور کلی باطل

ص: 3435

1- (1) استاد - مد ظلّه - اشاره می فرمودند که در این صورت هم نوعی قصد و اراده در کار است زیرا هذیانهایی که از افراد سر می زند از تصرّفات روح آنها می باشد و همچون لرزش دست مرتعش، از تحرکات مادی اعضاء و جوارح نیست، البته عقلاء بر این گونه تصرّفات روح ترتیب آثار نمی دهند.

است، و صحت تأهلی هم ندارد و اجازه لا حق در تصحیح این عقد کفایت نمی کند و روایتی هم که عقد سکری را با اجازه بعدی تصحیح کرده مربوط به این فرض نیست.

ولی غالباً سکران به چنین مرحله نرسیده، بلکه در حدی است که عقل وی زایل شده و همانند حیوانات و کودکان می باشد، از حیوانات اراده متمشی هست، لذا حیوان را متحرک بالا راده می دانند، ولی حیوان به جهت نداشتن عقل فاقد اختیار و قدرت انتخاب است، زیرا کسی می تواند با اختیار خود چیزی را انتخاب کند که قوای مختلف رحمانی از یک سو و قوای نفسانی و شیطانی از سوی دیگر داشته باشند، و عقلی هم که داور بین قوای دیگر هست داراست که با مراجعه به آن، می تواند با اختیار خود تمایلات شیطانی را سرکوب کرده و تمایلات رحمانی را ترجیح دهد، سکران چون فاقد عقل است، لذا از قدرت بررسی قوا و ترجیح عقلانی آنها بی نصیب نصیب است، بنابراین اراده وی عقلانی نیست. لذا عقد سکرانی که در این حد است می تواند صحیح باشد، البته ممکن است بگوییم که ما دلیلی بر تنفیذ عقد سکران نداریم چون عقلا، فعل چنین کسی را معتبر و نافذ نمی دانند، عقد او را عقلایی نمی دانند و همین جهت سبب انصراف ادله نفوذ عقود از عقد او می شود، البته نفوذ عقد وی با اجازه ای که در زمان عقل خواهد داد مطلبی دیگری است. (1)

ادامه بررسی صحت و فساد عقد سکران را در جلسه آینده خواهیم آورد. ان شاء الله

«* و السلام*»

ص: 3436

1- (1) استاد مد ظلّه اشاره می فرمودند که عقلا بر عقود سکران همچون دیگر غیر عاقلان مانند اطفال غیر ممیز و مجانین صحت تأهلی هم قائل نیستند، لذا ادله عام صحت عقود، از اثبات صحت چنین عقدی و لو با اجازه اولیاء یا اجازه خود عاقدین در زمان عاقل شدن، ناتوان است، ولی اگر دلیل تعبیدی خاصی در این زمینه وارد شود که چنین عقدی را با اجازه تصحیح کند، استیحاش عقلا را به دنبال ندارد، بخلاف صورت اول که کلمات سکران همچون هذیان باشد که حکم شارع به صحت تأهلی داشتن چنین عقدی با استیحاش عقلاء روبروست و نصّ بسیار قوی برای اثبات آن لازم است، لذا نمی توان روایت مورد بحث ما را بدان صورت حمل کرد.

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

لا اعتبار بعقد السكران

اشاره

مسئله 13: «و كذا لا اعتبار بعقد السكران، فلا یصحّ و لو مع الاجازه بعد الإفاقه، و أما عقد السكری اذا أجازت بعد الإفاقه ففيه قولان، فالمشهور انه كذلك و ذهب جماعه الى الصحه مستندین الى صحیحه ابن بزيع و لا بأس بالعمل بها و ان كان الأحوط خلافه، لإمكان حملها على ما اذا لم یكن سكرها بحيث لا- التفتات لها الى ما تقول مع ان المشهور لم یعملوا بها، و حملوها على محامل، فلا یترك الاحتیاط».

الف) بررسی صحت یا عدم صحت عقد سكران (مرد مست) و سكری (زن مست):

1) کلام مرحوم صاحب عروه:

مرحوم سید در ذیل مسئله 13 که بحث از اشتراط بلوغ و عقل در عقد بود، فرعی را مطرح می نمایند: ایشان می فرماید: چون که در صحت عقد نکاح عاقل بودن متعاقدين شرط است. لذا بر این اساس، اگر مرد مستی در حالت مستی با زنی ازدواج کرد عقد او محکوم به بطلان است و لو اینکه آن مرد مست پس از افاقه و برطرف شدن مستی، آن عقد را اجازه نماید. اما در مورد زن مست (سكری) اگر وی نیز در حالت مستی با کسی عقد بخواند در رابطه با اینکه آیا عقد وی نیز همانند مرد مست باطل است یا باطل نیست؟ دو قول در مسئله وجود دارد یکی قول مشهور که قائل به بطلان عقد او هستند و قول دیگر، قول جماعتی از اصحاب است که با استناد به صحیح ابن بزيع که در آن عقد سكری را صحیح دانسته است. حکم به صحت چنین عقدی نموده اند.

آنگاه مرحوم سید می فرمایند عمل بر طبق مذکور اشکالی ندارد اگر چه، احتیاط استحبابی در ترک آن و حکم به بطلان عقد سگری مانند سکران است. چرا که امکان دارد صحیحه ابن بزیع را حمل کنیم بر این فرض که مستی زن به حدی که موجب زایل شدن عقل وی گردد و التفاتی به گفته های خود نداشته باشد، نرسیده است. علاوه بر اینکه مشهور نیز به این روایت عمل نکرده و آن را بر محامل مختلفی حمل نموده اند.

(2) نقد استاد مد ظلّه نسبت به نحوه طرح مسئله توسط مرحوم صاحب عروه:

چنانچه ملاحظه شد مرحوم سید بین مرد مست و زن مست تفاوت قائل شده اند و در مورد سکران (مرد مست) مسئله را به گونه ای مطرح نموده اند که کأنّ هیچ اختلافی در بطلان عقد او وجود ندارد بلکه به طور اتفاق همه قائل به بطلان عقد سکران می باشند و همانا اختلاف در مورد عقد سگری (زن مست) است که عده ای با تمسک به صحیحه ابن بزیع آن را صحیح دانسته اند ولی مشهور بر طبق آن فتوی نداده اند، مرحوم آقای خوبی نیز همین مطلب را از مرحوم سید پذیرفته اند و در مورد مرد مست بدون هیچ بحثی عقد آن را باطل دانسته اند و در مورد زن مست صریحاً بر طبق روایت ابن بزیع فتوی داده اند و قائل به صحت عقد سگری شده اند و حتی آن احتیاط استحبابی را که مرحوم سید در مورد بطلان عقد سگری نموده است، ایشان قبول نکرده اند. و لیکن به نظر می رسد مسئله آن چنان که مرحوم سید مطرح نموده اند و مرحوم آقای خوبی نیز تلقی به قبول کرده اند نیست. و در مورد عقد مرد مست بطلان عقد در بین فقها مسلم نیست بلکه همان اختلافی که در مورد عقد زن مست هست در مورد عقد مرد مست نیز وجود دارد و به طور کلی آن گونه که ما با مراجعه به کتب فقهای سابق به دست آوردیم در کلمات فقهای گذشته این تفاوت وجود ندارد بلکه هر کسی قائل به صحت شده است فرقی بین سکران و سگری نگذاشته است (1) و همچنین قائلین به بطلان عقد نیز بین این دو تمایزی قائل نشده اند، علاوه بر اینکه صحیح دانستن عقد سگری و یا حداقل احتمال

ص: 3438

1- (1) استاد فرموده اند که کلمات فقها را یادداشت نموده اند، می توان آنها را در ذیل آورد.

صحت آن با قول به بطلان قطعی و جزمی عقد سکران خلاف مذاق شرع مقدس است زیرا آنچه که از مجموعه احکام و دستورات شرعی و حتی قوانین اجتماعی اسلام به دست می آید این است که شارع مقدس و دین اسلام آن سلسله از اموری که در آنها جنبه عقلانیت و تعقل بیش از جنبه های عاطفی و روانی موضوعیت دارد و به عبارت دیگر آن دسته از اموری را که قیام به آنها و اداره آنها بر اساس تکیه بر قوه تعقل و تفکر می باشد به مردان واگذار نموده است و نقش مرد را در آنها بیشتر از زنان مؤثر دانسته است و در مقابل، آن سلسله امور و احکامی را که در آنها جنبه های عاطفی و احساسی - که اینها نیز از امور بسیار مهم اجتماعی می باشند و در واقع تعقل و عاطفه دو رکن اساسی بنیانهای اجتماعی هستند - بیشتر موضوعیت دارد و قیام و اداره آنها بر محور عاطفه و احساس است، به زنان محول نموده است. لذا در امور تعقلی و تفکری برای نمونه حتی یک مورد نیز در فقه و قوانین اجتماعی اسلام نمی توان یافت که در آن سهم و تأثیر زنان از مردان بیشتر باشد. بنابراین با این مقدمه نمی توان پذیرفت که شرع مقدس عقد مرد مست را باطل دانسته باشد و حتی اگر وی بعد از افاقه، عقد خود را اجازه نماید بی فایده باشد و لیکن در مورد عقد زن مست اگر پس از افاقه عقد خود را اجازه نماید، حکم به صحت نموده باشد. پس اگر روایتی دال بر صحت عقد زن مست وجود داشته باشد بالاولویه دلالت بر صحت عقد مرد مست نیز می نماید.

بله در بین فقهای سابق تنها عبارتی در کتاب شرایع مرحوم محقق حلّی و یکی هم عبارتی در کتاب «مختصر النافع» وجود دارد که ممکن است کسی از آنها چنین استفاده نماید که بین عقد سکران و سگری فرق است و لیکن به نظر ما کلام این دو بزرگوار نیز تفصیل در مسئله نیست و قابل توجیه می باشد. عبارت مرحوم محقق در شرایع چنین است:

«وفی السکران الذی لا یعقل تردّد اظهرة انه لا یصح و لو افاق فاجاز. وفی روایه: اذا زوّجت السکری نفسها ثم أفاقت فرضیت، او دَخَل بها فأفاقت و اقرّته کان ماضیا»⁽¹⁾

ص: 3439

یک احتمال در این عبارت این است که مراد ایشان از «سکران» خصوص مرد مست باشد که در صحت عقد او ابتداء تردید نموده اند و آنگاه فتوا به بطلان داده است اما در مورد «سکری» ایشان می فرمایند در مسئله روایتی دالّ بر صحت عقد او وجود دارد حال طبق این روایت فتوا به صحت داده اند یا تردید دارند خیلی روشن نیست. حاصل اینکه طبق این تفسیر از عبارت فوق، کلام مرحوم محقق، تفصیل بین «سکران» و «سکری» است. اما به نظر ما می رسد که مراد ایشان از کلمه «سکران» که در ابتدا نسبت به عقد او تردید نموده - منشأ تردید نیز وجود روایت ابن بزیع است (که آن را شامل مرد نیز دانسته اند) و اینکه آیا به روایت اخذ نمایند یا طبق قواعد حکم به بطلان نمایند - و سپس فتوا به بطلان داده اند، خصوص مرد مست نباشد بلکه مراد از این کلمه جنس فرد مست باشد که شامل مرد و زن هر دو می شود. آنگاه ایشان فرموده است که روایتی در مسئله دال بر تصحیح عقد وجود دارد که کأنّ اشاره ای باشد به اینکه فتوای عده ای از فقها نیز بر طبق این روایت است، ولی فتوای خود ما (محقق صاحب شرایع) بطلان است. نظیر این عبارت در مختصر النافع وجود دارد. با این تفاوت که ایشان در مورد «سکران» از ابتدا به طور قطعی و جزمی حکم به بطلان می کنند «... و لا- السکران و فی روایه اذا زوجت السکری نفسها ثم أفاقت فرضیت به او دخل بها و أقرته کان ماضیاً» اقوی در این عبارت نیز این است که ایشان تفاوتی بین زن مست یا مرد مست نگذاشته اند و مراد از کلمه «سکران» جنس است.

بعد که می فرماید در مورد «سکری» روایتی دالّ بر صحت وجود دارد. اشاره به مستند فتوای قائلین به صحت عقد است. نه اینکه بیان فتوای خودش در مورد زن مست باشد.

حاصل اینکه تفصیل میان زن و مرد و حکم به صحت عقد زن مست، و بطلان عقد مرد مست، هیچ گونه مشابهی در مثل این مسئله (آنهايي که مربوط به جنبه های تعقلی و فکری است) در سراسر احکام اسلامی ندارد.

3) کلام مرحوم آقای خوئی و نقد استاد مد ظلّه:

همانطوری که گفته شد مرحوم آقای خوئی نیز مانند مرحوم سید قائل به تفصیل شده اند و عقد مرد مست را باطل دانسته ولی در مورد زن مست فتوا به صحت عقد داده اند. نکته مورد توجه این است که ایشان موضوع مورد بحث در هر دو فرض یعنی مرد مست و زن مست را، شخص مستی قرار داده اند که در حدّ هذیان گفتن و به عباره دیگر مست لا یعقل است. منتهی در مورد زن مست به خاطر وجود صحیحه ابن بزيع حکم به صحت عقد نموده اند.

به نظر ما این گونه تصویر موضوع یعنی فرض اینکه شخص مست، به حدّ هذیان گفتن باشد و کاملاً فاقد عقل و شعور باشد. درست نیست. زیرا علاوه بر اینکه هیچ کدام از فقهای سابق موضوع بحث را این فرض، قرار نداده اند، اگر موضوع چنین فرد مست لایعقلی باشد، مرحوم آقای خوئی نمی توانند؛ حتی با تمسک به روایت ابن بزيع قائل به صحت عقد زن مستی که فرض این است در حدّ هذیان گفتن است بشوند، چرا که مفاد روایت ابن بزيع این است که وقتی زن مست، رضایت به عقد خود داشت، عقد او صحیح است. و ما می دانیم که در تحقق عقد نکاح دو چیز معتبر است یکی انشاء عقد به واسطه وسیله ای که عرفاً و به حسب ارتکازات عرفیه دالّ بر انشاء باشد و یکی نیز رضایت باطنی شخص. و قبلاً گفتیم که مجرد رضایت باطنی بدون انشاء کفایت نمی کند. بر این اساس و با توجه به این مقدمه می گوئیم در مورد زن مست اگر چه او پس از افاقه، به عقدی که در حال مستی خوانده است و رضایت داده از این جهت یکی از شروط تحقق عقد نکاح موجود است و لیکن شرط دیگر که عبارت از ابراز و انشاء عقد به مُبرز و دالّ عرفی و عقلائی، در مورد او وجود ندارد، زیرا عرف و عقلاء افعالی را که افراد مست لا یعقل و هذیان گو انجام می دهند، به هیچ وجه منشأ ترتیب اثر نمی دانند⁽¹⁾ و از جمله آنها

ص: 3441

1- (1) چنانچه اگر انسان خواب، در حالی که خواب است صیغه عقد را بخواند و بعد از بیدار شدن هم به آن عقد خود رضایت داشته باشد. مع ذلک چنین عقدی صحیح نیست. چون افعال و کلمات نائم از نظر عرف و عقلاء منشأ ترتیب اثر نیست. لذا این عقد مُبرز و دال بر انشاء ندارد.

تکلم و انشائی است که سکری در آن حال برای تحقق عقد نکاح انجام داده است.

پس نمی توان گفت که با ضمیمه نمودن رضایت متأخر او به مُبرز و انشائی که قبلاً موجود بوده است دو شرط تحقق عقد نیز موجود است و لذا حکم به صحت عقد سکری می شود.

و بالجمله اگر موضوع محل بحث در روایت ابن بزيع آن زن مستی باشد که مستی او به حدّ هذیان گفتن رسیده است، و لو پس از افاقه وی راضی به عقد قبلی خود شده باشد و لیکن مع ذلک چون این عقد فاقد مُبرز و دالّ بر انشاء عرفی است، لذا نمی توان حکم به صحت آن نمود. البته اگر در تحقق عقد نکاح مجرد وجود رضایت باطنی کافی بود، حکم به صحت عقد مذکور اشکالی نداشت ولی قبلاً گذشت که وجود مُبرز و دالّ بر انشاء عقد یکی از مقومات و مشخصات عقد نکاح و فارق میان سفاح و نکاح است. وانگهی دلیل دیگری که به نظر ما در ردّ فرمایش مرحوم آقای خوئی وجود دارد این است که اساساً وقتی از حکم عقد شخص مست سؤال می شود و یا مثلاً گفته می شود شخصی نبیذ خورد و مست شد و آنگاه با کسی عقدی کرد (مورد روایت ابن بزيع) هیچ به ذهن انسان نمی آید که مراد آن مستی است که به حدّ عربده کشیدن و هذیان گفتن رسیده است. و به بیان دیگر لفظ از این مورد انصراف دارد. علاوه بر اینکه کسی هم حاضر نیست که با چنین مستی و در آن حالت، ازدواج نماید و عقدی بخواند. همه اینها نشان می دهد که موضوع محل بحث آن طوری که مرحوم آقای خوئی فرموده اند نیست.

(ب) بررسی صحیحه ابن بزيع و احتمالات مطرح در آن:

(1) پیرامون سند روایت و دفع اشکال مرحوم آقا ضیاء:

گفتیم که در مورد صحت عقد سکران و سکری در میان فقهای سابق دو قول بیشتر وجود ندارد عده ای عقد آنها را باطل دانسته اند و جماعت دیگری حکم به صحت عقد آنها نموده اند. مستند قائلین به صحت عقد، روایت ابن بزيع است که

اگر چه مورد آن زن مست است و لیکن با بیانی که قبلاً گفتیم و به حکم اولویت در مورد مرد مست نیز حکم به صحت نموده اند. و در مقابل قائلین به عدم صحت، بر طبق این روایت فتوا نداده اند و آن را توجیه نموده اند. بنابراین، عمده بررسی روایت ابن بزیع است. اما متن روایت:

«عن محمد بن اسماعیل بن بزیع قال سألت ابا الحسن علیه السلام عن امرأه ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلاً في سكرها ثم افاقت فأنكرت ذلك، ثم ظنت انه يلزمها ففرغت منه فاقامت مع الرجل على ذلك التزويج. أ حلال هو لها ام التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال «اذا اقامت معه بعد ما افاقت فهو رضا منها» قلت: و يجوز ذلك التزويج عليها؟ قال «نعم».(1)

مرحوم آقا ضیاء در تعلیق خود بر عروه می فرماید اعتنائی به این روایت نیست چرا که از جهت سندی ضعیف است.(2)

این کلام از مرحوم آقا ضیاء بسیار عجیب است. بلا اشکال، این حدیث از جهت سند صحیح است و هیچ گونه شبهه ای از جهت سندی در آن نیست، حتی مثل مرحوم صاحب مدارک که مبنایش در روایت اخذ به صحیح الاعلایی است. ایشان هم این روایت را پذیرفته است.

این روایت را شیخ طوسی رحمه الله در تهذیب به اسناد خودش از حسین بن سعید عن محمد بن اسماعیل بن بزیع، نقل نموده است و طریق مرحوم شیخ به حسین بن سعید بدون تردید، صحیح است و کتاب حسین بن سعید (ثلاثین) از جمله کتب بسیار مشهور و معتبر قبل از کافی و نوادر الحکمه می باشد که روایاتش مورد عمل اصحاب بوده و دارای اسانید عدیده می باشد.

همچنین مرحوم صدوق نیز این روایت را به طریق خودش از محمد بن اسماعیل بن بزیع نقل کرده که طریق ایشان نیز بلا اشکال صحیح است (طریق مرحوم صدوق

ص: 3443

1- (1) الوسائل، ج 20، کتاب النکاح، ابواب عقد النکاح و اولیاء العقد، ب 14، ح 1.

2- (2) تعلیق استدلالیه علی العروه الوثقی، للمحقق الشیخ آقا ضیاء الدین العراقی، ص 314، طبع جامعه المدرسین.

به محمد بن اسماعیل بن بزیر عبارت است از ابن ولید عن صفار عن احمد بن محمد بن عیسی عن محمد بن اسماعیل بن بزیر).

همچنین در کتاب «عیون اخبار الرضا علیه السلام» نیز مرحوم صدوق این روایت را از جعفر بن نعیم بن شاذان از محمد بن شاذان از فضل بن شاذان از محمد بن اسماعیل بن بزیر نقل کرده است. که این روایت به این طریق اخیر هم به نظر ما حسنه است خلاصه اینکه، روایت ابن بزیر از ناحیه سند در حدّ اعلای از صحت است و جای هیچ گونه مناقشه ای ندارد. و بنده هر چقدر فکر کردم که منشأ اشتباه مرحوم آقا ضیاء در اینکه این روایت ضعیف است. ممکن است چه چیزی بوده باشد. محل تأملی را در سند روایت پیدا نکردم.

(2) پیرامون دلالت روایت ابن بزیر و توجیهاط مطرح شده:

روایت ابن بزیر چنانچه ملاحظه می شود. دلالت بر این می کند که زن مست اگر در حال مستی خود با کسی ازدواج نماید و پس از افاقه یافتن، به آن ازدواج رضایت داشته باشد، عقد او صحیح است. و لکن از آنجا که مفاد این روایت بر خلاف قاعده اولیه است زیرا طبق قاعده اولیه در صحت عقد، عقل، معتبر است و عقد انسان مست صحیح نیست چون وی فاقد عقل و شعور است لذا توجیهاط مختلفی در مورد این روایت مطرح شده است که به عمده آنها اشاره می کنیم:

توجیه اول، کلام مرحوم علامه:

اولین کسی که این روایت را توجیه نموده است مرحوم علامه در کتاب «مختلف» است ایشان فرموده اند که مراد از مستی که در این روایت به آن اشاره شده است آن حدّ از مستی که موجب زوال عقل شده باشد و به مرحله هذیان گفتن و مانند آن رسیده باشد نیست (تعبیر مرحوم علامه این است که لم يبلغ حد عدم التحصيل) بلکه مراد شخص مستی است که هنوز عقل او به کلی زایل نگشته است.

اشکال مرحوم محقق کرکی و مرحوم شهید ثانی به توجیه مرحوم علامه:

مرحوم محقق کرکی و به تبع ایشان مرحوم شهید ثانی توجیهای را که مرحوم علامه برای

روایت کرده است نپذیرفته اند و به آن اشکال کرده اند. اینها فرموده اند؛ موضوع محل بحث از دو حال خارج نیست یا این است که مستی شخص به حدی رسیده است که وی لا- یعقل و بی شعور است. در این فرض که قطعاً رضایت بعدی و در حال افاقه بی فایده است و موجب تصحیح عقد نمی شود (به همان بیانی که ما در ردّ آقای خوبی رحمه الله ذکر نمودیم) و اگر هم موضوع، شخص مستی است که هنوز عقل او زایل نشده است، در این صورت نیازی به رضایت لا حق نیست بلکه طبق قاعده چنین عقودی محکوم به صحت است.

سپس مرحوم شهید ثانی در ادامه می فرمایند که: بنابراین ما یا می بایست قواعد اولیه که مقتضای آنها بطلان عقد مست است را حفظ نماییم و بگوییم با یک روایت نمی توان آن قواعد را تخصیص زد و یا اینکه با ملاحظه روایات ابن بزیع که صحیحه نیز هست از قواعد رفع ید نماییم، و در نهایت مختار خود مرحوم شهید ثانی این است که اولی حفظ قواعد اولیه و کنار گذاشتن روایت است.

توجیه دوم کلام مرحوم مجلسی اول:

مرحوم مجلسی اول در «روضه المتقین» توجیه دیگری را برای ذکر روایت نموده است و آن را نسبت به اصحاب داده است.

ایشان فرموده اند؛ مراد از «سکر» که در این روایت آمده است مرحله نهایی مستی نیست بلکه در لغت، سکر به اولین مراحل مستی که ایشان از آن تعبیر به «نشو» می نمایند گفته شده است و اوایل سکر کأنّ در واقع مستی نیست و این اطلاق از باب مجاز شایع است یعنی با اینکه هنوز مست نشده است به آن اطلاق سکر نموده اند.

ایشان می فرمایند در آیه شریفه «لا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى» نیز مراد همین مرحله نشو یعنی مرحله ای که هنوز عقل شخص از بین نرفته است ولی پابرجا و مستقر هم نیست بلکه در آستانه از بین رفتن است می باشد و الاّ به شخص مست که در واقع مست حقیقی باشد، خطاب نمی توان کرد.

پس حاصل این توجیه دوم این است که مراد از سکر، یک حد وسطی است بین عقل تمام مستقر و مست لا یعقل بودن که در بین این دو حالت، حالتی که می توان از آن تعبیر به عقل غیر مستقر نمود، می باشد و در این حالت وسط است که روایت ابن

بزیع می گوید اگر بعد از افاقه رضایت داشته باشد عقد صحیح است. و به عبارت دیگر حقیقت کلام مرحوم مجلسی به این بر می گردد که ایشان با توجه به این روایت، قواعد اولیه ای را که می گوید عقد عاقل نیازمند به اجازه لا حق نیست را تخصیص می زند به عاقلی که دارای عقل مستقر است. ولی عقل غیر مستقر نیازمند به اجازه لا حق می باشد.

و به نظر ما شاید مراد مرحوم علامه نیز از «عدم التحصیل» که در توجیه اول ذکر شد نیز همین کلام مرحوم مجلسی باشد و اینکه مرحوم محقق کرکی و مرحوم شهید ثانی اشکال کردند که اگر عقل هنوز زایل نشده است، مقتضای قواعد این است که عقد صحیح باشد و نیازمند اجازه لا حق نباشد. در جواب می گوئیم این که عقد عاقل نیازی به اجازه لا حق ندارد، قاعده ای ریاضی که قابل تخصیص نباشد که نیست بلکه عموماتی هستند و فووقش این است که ما با این روایت و توجیهی که مرحوم مجلسی برای آن کردند آن عمومات را مخصوص به عاقلی که عقلش مستقر است می نماییم.

توجیه سوم، کلام مرحوم کاشف اللثام:

مرحوم کاشف اللثام بیان دیگری نسبت به این روایت دارند ایشان مفاد این روایت را که تصحیح عقد سکری است پذیرفته اند و لکن این صحت را یک حکم ظاهری و در مقام ظاهر می دانند نه اینکه صحت، صحت واقعی باشد، بلکه حکم واقعی در مورد عقد شخص مست، بطلان عقد است. حاصل بیان ایشان با توضیحی که ما می دهیم این است.

صورت فرض در روایت این است که زنی در حالت مستی خود را به ازدواج شخصی در می آورد، و پس از آنکه افاقه پیدا می کند، منکر چنین ازدواجی می شود و می گوید که چون من در حال مستی چنین کاری را انجام دادم، پس آن عقد صحیح نیست. و من به ازدواج او در نیامده ام. و لیکن چون ادعای مست بودن او برای شوهر و دستگاه قضائی مسموع نیست زیرا شوهر که منکر مستی او است و مست بودن زن نیز مثل اموری همچون مسئله ارحام و حیض و امور شخصی زن که لا یعرف الا من قبلها نمی باشد بلکه از جمله اموری است که غالباً و به حسب نوع با

اندک فحوص و جستجویی معلوم می‌گردد. لذا این زن وقتی که فهمید ادعای او مسموع نیست به ناچار و از روی مجبوری خود را در اختیار مرد قرار می‌دهد و تمکین می‌کند «ثم ظنت أنه أی الزوج او النکاح یلزمها، ففزعته منه» یعنی دلگیر می‌شود و از روی ناچاری «فإقامت مع الرجل علی ذلک التزوید» در این فرض است که امام علیه السلام فرموده اند که چون خود را در اختیار مرد قرار داد این رضایت او است و لذا عقدی که در حال مستی خوانده است صحیح است. (1) پس در واقع حکم به صحت، حکمی در مقام ظاهر است نه حکمی واقعی.

اشکال استاد مد ظلّه به کلام کشف اللثام:

البته این توجیهی که ایشان فرموده اند و حکم صحت عقد را حکمی ظاهری دانسته اند، بسیار بعید و دور از ظاهر روایت است چرا که حضرت در جواب سؤال راوی که می‌پرسد آیا این ازدواج صحیح است یا نه؟ مسئله رضایت را مطرح نموده اند و می‌فرمایند چون خود را در اختیار شوهر قرار داده است «فهو رضاً منها» یعنی این کار علامت رضایت او است پس کأنّ در واقع ما دنبال رضایت زن می‌گشتیم که آن هم با تمکین کردن او نسبت به شوهر حاصل شده است. و حال آنکه اگر حکم به صحت عقد، حکمی ظاهری و در مقام ظاهر بوده، تصحیح عقد نیازی به رضایت نداشت. بلکه چه زن راضی باشد و چه رضایت نداشته باشد، مقتضای ظاهری بودن حکم این است که عقد او مطلقاً صحیح باشد و به عبارت دیگر، شکی نیست که امام علیه السلام تصحیح عقد را منوط به رضایت نموده اند. حال اگر حکم واقعی مسئله چنانچه مرحوم کاشف اللثام می‌فرماید بطلان باشد و صحت تنها حکم ظاهری باشد لازم می‌آید که مسئله رضایت زن نه در حکم واقعی دخالت داشته باشد. چون حکم واقعی بطلان است و نه در حکم ظاهری، چون حکم ظاهری، حکمی است عملی و برای رفع تحجیر در مقام عمل و ربطی به رضایت یا عدم رضایت زن ندارد. در حالی که طبق ظاهر حدیث صحت عقد دائر مدار رضایت زن است.

ص: 3447

1- (1) در رابطه با اینکه آیا این چنین رضایتی که به ناچار حاصل شده است مفید است یا نه؟ و مقایسه آن با صحیحه ابی ولاد که در بحث مکاسب مطرح است که امام علیه السلام رضایتی را که منشأ آن جهل به مسئله بوده است را معتبر ندانسته اند در جلسات آینده به تفصیل بحث خواهد شد.

توجیه چهارم، کلام مرحوم صاحب جواهر:

مرحوم صاحب جواهر دو توجیه برای روایت ذکر نموده اند که توجیه اول ایشان تا حدودی شبیه توجیه دومی است که ما ذکر نمودیم. ایشان فرموده اند؛ مستی که در روایت به آن اشاره شده است آن مرتبه از مستی که به حدّ هذیان گفتن و سلب عبارت باشد مثل نائم و حیوان نیست بلکه مراد مرتبه ای از مستی است که در آن مرتبه هنوز تا حدودی عقل شخص باقی است و می تواند قصد عقد نماید. چنانچه جمله «فزوّجت نفسها» اشاره ای به این مطلب دارد یعنی آن قدر مست لا یعقل نبوده که نداند چه کاری انجام می دهد. منتها تنها حالتی که وجود دارد او قادر بر تشخیص مصلحت و مفسده اش نیست عیناً مثل سفیه که صفت رشد را ندارد نه اینکه به کلی فاقد عقل است و عقودش را بدون قصد انجام می دهد و در وقتی که آقایان معاملات سفیه را با اجازه ولی و مانند آن صحیح می دانند به طریق اولی در این مورد باید عقد با رضایت بعدی صحیح باشد چرا که موضوع در محل کلام ما یک سفیه دائمی و مستمر نیست بلکه سفیه مقطعی است. مرحوم صاحب جواهر پس از بیان این توجیه می فرمایند، شاید مراد مرحوم علامه نیز از عدم بلوغ الی حد عدم التحصیل همین معنایی باشد که ما گفتیم که یعنی ضرر و نفع خود را تشخیص نمی دهد نه اینکه کاملاً لا یعقل و در حدّ هذیان است (بر خلاف مرحوم آقای خوئی که قبلاً گذشت).

اما توجیه دومی که مرحوم صاحب جواهر برای روایت ذکر کرده اند این است که: محتمل است مراد از اینکه گفته «فزوّجت نفسها» این باشد که عقد ازدواج را با توکیل و توسط یک نفر عاقل انجام داده باشد، چنانچه متعارف و غالب در زنها این است که برای ازدواج خود وکیل می گیرند و بر این اساس چون وکیل عاقل بوده و بعد از افاقه نیز خود زن رضایت داده است، ما نحن فیه مثل مسئله فضولی می شود که آقایان حکم به صحت آن در صورت لحوق اجازه نموده اند.

ادامه این بحث را در جلسه آینده پی خواهیم گرفت. ان شاء الله «و السلام»

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

بحث پیرامون ذیل مسئله 13 عروه، عقد سکران بود، مرحوم سید گفته اند مشهور بر اساس صحیح ابن بزیر قائل به صحت عقد سکران شده اند، بر استدلال به این صحیح، اشکالاتی شده است در این جلسه، ضمن نقل این اشکالات به بررسی آنها می پردازیم. و به این نتیجه می رسیم که هیچ یک از اشکالات مانع تمسک به صحیح ابن بزیر نیست.

عقد السکری اذا اجازت بعد الافاقه

متن عروه:

... و اما عقد السکری اذا اجازت بعد الافاقه ففیه قولان فالمشهور انه کذلک (یعنی هو باطل) و ذهب جماعه الی الصحه مستندین الی صحیح ابن بزیر ...

متن روایت:

محمد بن الحسن باسناده عن الحسين بن سعيد عن محمد بن اسماعيل ابن بزير قال: سألت ابا الحسن (الرضا) عليه السلام عن امرأه ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها ثم أفقت فأنكرت ذلك، ثم ظننت أنّه يلزمها ففزعته منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أ حلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال:

إذا أقامت (قامت - خ ل) معه بعد ما أفقت فهو رضا منها. قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال: نعم. (1)

بر اساس مفاد این روایت صحیح السند چنانچه زنی در حال مستی، خود را به ازدواج مردی درآورد و هنگامی که به هوش می آید به ازدواج با آن مرد ترتیب اثر دهد، این عمل، رضایت او را می رساند و آن ازدواج صحیح است. البته سائل به هنگام طرح سؤال، این نکته را یادآور شده که زن نخست ازدواج را انکار کرده،

ص: 3449

سپس به خاطر ترس و نگرانی ناشی از گمان به صحت عقد (1)، به آن ازدواج تن داده است. در عبارت فقیه به جای «ففرعت منه» تعبیر چنین است: «فورعت منه» (2) یعنی از ترک ازدواج، تورّع به خرج داده و تمکین نمود تا به معصیت نیفتد.

الف) بررسی اشکالات وارده بر روایت ابن بزيع:

1) طرح سه اشکال از صاحب رياض:

بر اساس فرمایش مرحوم صاحب رياض

اولاً: چون مفاد این روایت، مخالف قواعد قطعیه ای است که شهرت عظیمی را نیز به همراه دارد، نمی توان آن قواعد را به وسیله این روایت تخصیص زد و به خاطر این روایت دست از آن قواعد برداشت.

ثانیاً: این عقد را نباید به فضولی ملحق نمود زیرا عقد فضولی در مواردی صحیح است که اصل آن از نظر صحّت، مشکلی نداشته باشد، یعنی صحّت تأهلی داشته باشد، در حالی که عقد سکری به خاطر زوال عقل، از اصل باطل است.

ثالثاً: در صورت الحاق به فضولی نیز نظر به اینکه رضایت سکری پس از انکار بوده، این رضایت نمی تواند مصحح عقد باشد، چه آنکه بر این مطلب ادّعی اجماع شده است. که رضایت بعد الانکار نافذ نیست. (3)

2) نقد استاد مد ظلّه:

تعبیر مرحوم صاحب رياض در مورد این روایت چنین است:

... الاّ أنّها لمخالفتها الاصول القطعيه المعترضه في خصوص المقام بالشهره العظيمة لا يجوز التعويل عليها في مقابلتها و تخصيصها بها... (4)

ص: 3450

1- (1) عبارت «ثم ظننت انه يلزمها» به دو گونه قابل تفسیر است الف. زن گمان کرد که این عقد صحیح بوده ملازم او و به او چسبیده است، ففرعت منه، ب: زن گمان کرد که از نظر شرعی مرد شوهر و همراه اوست، ففرعت منه.

2- (2) من لا يحضره الفقيه، ج 3، ص 268، ح 4430، جامع الاحادیث 209/25.

3- (3) رياض رحلی، ج 2، ص 69-70.

4- (4) رياض رحلی، ج 2، ص 69.

اشکال اول صاحب ریاض از دو جهت قابل بررسی است: جهت اول: آیا این روایت مورد اعراض اصحاب قرار گرفته است. جهت دوم: این روایت با چه اصلی از اصول قطعی مخالف است؟

جهت اول: بررسی اعراض اصحاب:

مرحوم شهید ثانی هم در شرح لمعه درباره این روایت می فرماید:

... فاطرحها الاصحاب إلا الشيخ فی النهایه... (1)

البته این مسئله در بین قدماء چندان مطرح نبوده و قبل از محقق، تنها چهار نفر به آن پرداخته اند از این چهار نفر نیز سه نفر از آنان در چهار کتاب قائل به صحت شده اند، در عین حال با توجه به اینکه قبل از صاحب ریاض ده نفر از بزرگان علماء در یازده کتاب، حکم به صحت عقد کرده اند، این تعابیر از این دو بزرگوار بسیار عجیب است. قائلین به صحت عقد سکران: صدوق در مقنع و نیز در من لا یحضره کتاب فتوایی ایشان بوده و روایت را نقل کرده و چیزی در رد آن نیاورده است.

شیخ در نهایه. قاضی عبد العزیز ابن براج در مهذب. فاضل آبی در کشف الرموز (2). صاحب مدارک در نهایه المرام. سبزواری در کفایه. فیض در مفاتیح (3) ملا محمد هادی نوه برادر فیض در شرح مفاتیح. شیخ حرّ در وسائل، و شیخ یوسف بحرانی در حدائق.

در مقابل این بزرگواران هم 9 نفر قائل به عدم صحت شده اند: ابن ادریس در

ص: 3451

1- (1) شرح لمعه، ج 2، ص 57.

2- (2) صاحب کشف الرموز کلام شیخ را که در نهایه نخست قائل به بطلان عقد شده سپس اجازه بعد از افاقه را نافذ دانسته، آورده، آنگاه کلام ابن ادریس را نقل می کند که: الاجازه لا تصحّح ما وقع باطلاً من اصله و انما محلّ الاجازه بالنسبه الی الموقوف به. البته این اشکال صرفاً یک اشکال لفظی است که نظیر آن را از اشکال محقق کرکی در جامع المقاصد و توجیه شیخ در بحث فضولی می توان دید. چون مراد شیخ از بطلان این است که آن صحیحی که بتوان به آن ترتیب اثر داد نیست.

3- (3) عبارت فیه تردّد در بعضی نسخه ها غلط است و از حاشیه داخل متن شده است.

سراثر محقق در شرایع. علامه در مختلف. شهید اول در لمعه. فاضل مقداد در تنقیح. شیخ مفلح صمیری در غایه المرام. محقق کرکی در جامع المقاصد. شهید ثانی در مسالک و روضه، فاضل اصفهانی در کشف اللثام.

جهت دوم: روایت با چه اصلی از اصول قطعی مخالف است؟

اصلی که صاحب ریاض این روایت را مخالف آن می داند این است که سکران چون عقلش را از دست داده است نمی تواند قصد انشاء عقد بنماید و عبارتی که او می گوید الفاظی بدون قصد انشاء است و اگر بدون قصد انشاء الفاظی به کار برده شود با رضایت بعدی هم تصحیح نمی گردد و لذا نباید عقد سکران را با عقد فضولی قیاس کنیم و این همان نکته ای است که در اشکال دوم صاحب ریاض مطرح شده است.

بررسی اشکال دوم صاحب ریاض:

علامه در مختلف می فرماید: ... ان بلغ السكر بها الى حدّ عدم التحصيل كان العقد باطلاً و لا ینعقد باقرارها لانّ مناط صحه العقود و هو العقل منفي فينتفي هنا و ان لم يبلغ السكر الى ذلك الحدّ صحّ العقد مع تقریرها اياه و عليه تحمل الروایه. علامه با این بیان اشکال صاحب ریاض را قبلاً پاسخ داده اند.

اشکال محقق کرکی و شهید ثانی به علامه حلی در استدلال به روایت ابن بزيع:

مرحوم محقق کرکی در رد کلام علامه می فرماید: اگر سکر به حدّ زوال عقل نرسیده باشد عقدش صحیح است و نیازی به اجازه بعدی نیست. مرحوم شهید ثانی نیز می فرماید: فيه نظر بين لانه اذا لم يبلغ ذلك القدر فعقدها صحیح و ان لم تقرره و ترضى به بعد ذلك فالجمع بين اعتبار رضاها مع السكر مطلقاً غير مستقيم... (1)

ص: 3452

صاحب جواهر می فرماید: روایت را به یکی از دو شکل می توان معنا کرد که این اشکال دفع گردد:

معنای اول از روایت: ممکن است مراد علامه از مرتبه ای که روایت را بر آن حمل کرده این باشد که عقل سکران تا حدّی از بین رفته ولی به حدّ هذیان نرسیده است و روایت از صورت هذیان منصرف است چون همه عقلاء عقد او را کأن لم یکن می دانند و صرف رضایت بعدی را برای عقد نکاح کافی نمی دانند و توهم صحت هم نبوده تا راوی بپرسد «أحلال هولها أم التزویج فاسد»؟ پس سکران عاقد تنها نفع و ضرر را تشخیص نمی دهد ولی قابلیت قصد و انشاء عقد را همچنان داراست. لذا وی قاصد عقد بوده اما عقد او به خاطر زوال عقل حسابگر اثربخش نبوده و نیاز به اجازه بعدی دارد.

معنای دوم روایت: صاحب جواهر می فرماید: یمكن تنزیل الصحیح المزبور علی توکیلهما فی التزویج کما هو الغالب و المتعارف فهو حیثیذ فضولی(1) روایت که ندارد که عقد را خود زن خوانده است بنابراین، حمل می کنیم که در حال مستی برای اجرای عقد وکالت داده است. بنابراین اگر چه توکیل در حال سکر واقع شده و باطل است ولی چون مجری صیغه (وکیل خیالی) به حسب معمول شخصی است عاقل و صلاحیت اجراء صیغه نکاح را دارد پس عقد او صحّت تأهلی دارد و از آنجا که فضولی بوده و زن بعد از افاقه رضایت خود را ابراز کرده، صحت فعلی پیدا می کند.

بررسی اشکال سوم صاحب ریاض:

ایشان گفته اند: اگر عقد سکران را مانند عقد فضولی هم بدانیم، نظر به این که در مورد روایت زن مست بعد از به هوش آمدن عقد را ردّ کرده است (انکرت ذلک) و

ص: 3453

«فأقامت مع ذلك الرجل» امضای بعد الردّ است امضاء بعد از ردّ بالاجماع نافذ نیست، این روایت از این جهت خلاف اجماع است.

پاسخ اشکال:

جواب اول:

صاحب جواهر می فرماید: معنای انکار ردّ کردن عقد نیست بلکه مراد از انکار عبارت از وحشت از کاری است که انجام داده است یعنی وقتی کارش را غریب، غیر متعارف و ناشناخته می یابد وحشت می کند نه این که عقد را ردّ کرده باشد.

نقد استاد از جواب اول:

روشن است که این تفسیر از عبارت «انکرت ذلک» خیلی خلاف ظاهر است که بگوییم که زن بعد از اطلاع راضی هم بود ولی انکرت ذلک یعنی وحشت کرد.

جواب دوم:

مرحوم نراقی در مستند می فرماید؛ این که اجماعی و مورد تسلّم است که رضایت بعد از اظهار کراهت کافی نیست این در باب فضولی است که عقد را دیگری انجام داده، در اینجا عقد به صرف اظهار کراهت من له الامر، صحّت تأهلی خود را از دست می دهد و با اجازه بعدی هم قابل تصحیح نیست ولی در ما نحن فیه چنین اجماع و تسلّمی در کار نیست و چون عقد را خود زوجه خوانده (فزوّجت نفسها رجل) ممکن است صحّت تأهلی آن قوی تر بوده با صرف اظهار کراهت کأن لم یکن تلقی نشود. و لذا با الغاء خصوصیت از آن مسئله نمی توانیم حکم مسئله ما را به دست آوریم.

بررسی اشکال چهارم:

اذنی مصحّح عقد است که از روی جهل به مسئله نباشد، و در مورد روایت زن پس از افاقه پیدا کردن به خیال آن که عقد قبلی نافذ بوده (یلزمها ذلک) با مرد زندگی کرده (اقامت معه) و این زندگی کردن قبول داشتن و امضاء کردن عقد سابق نیست.

به عبارت دیگر، بعد از فرض صحت و نفوذ عقد نکاح، زن با این مرد زندگی کرده است و این زندگی کردن دلیل امضاء عقد سابق نیست بلکه مبنی بر اشتباهی بوده که زن خیال می کرده قبلاً عقد صحیح بوده است.

پاسخ اشکال چهارم:

جواب اول:

مرحوم نراقی و مرحوم صاحب جواهر می فرمایند: اگر بپذیریم که اگر رضایت مبنی بر یک اشتباه باشد حقیقتاً رضایتی در کار نیست، این کلام در صورتی صحیح است که عبارت «ثم طنت انه يلزمها ففرغت منه فاقامت مع الرجل على ذلك التزويج» در کلام امام آمده باشد و حال آن که این عبارت در کلام سائل درج شده است و نراقی می فرماید ما از ادله خارجی می فهمیم که چنین رضایتی کفایت نمی کند.

نقد استاد مد ظله بر جواب اول:

این جواب اصلاً برای ما قابل فهم نیست، اگر مبنی بر اشتباه بودن رضایت در کلام سائل هم درج شده باشد بالاخره پاسخ حضرت باید ناظر به این مورد که باشد و نمی توانیم مورد روایت را از پاسخ حضرت که خارج کنیم، در نتیجه حضرت به چنین رضایتی ترتیب اثر داده اند. پس اشکال باقی است. به خصوص در ذیل پاسخ حضرت، دوباره سائل در مورد خصوص این ازدواج می پرسد که «و يجوز ذلك التزويج عليها؟» حضرت می فرمایند: نعم.

جواب دوم:

صاحب جواهر می فرماید: در معاملات، رضایت بالفعل کافی است هر چند در سلسله علل حصول رضایت شخص دچار اشتباه شده باشد، در مورد روایت نیز زن به تخیل این که این مرد، شرعاً شوهر اوست به عقد نکاح رضایت داده است و این تخیل، داعی رضایت دادن او شده است، شبیه معامله غبنی، شخص به خیال این

که معامله به ضرر او نیست اقدام می کند و به معامله رضایت می دهد و اگر بعداً هم بفهمد که اشتباه کرده بوده، رضایت او به عقد از بین نمی رود، هر چند این رضایت از تخیل عدم غبن ناشی شده است و داعی و محرک او به انجام چنین عقدی خطا از آب در آمده است. خلاصه: بعد از فعلیت رضایت به عقد، تخلف داعی مضر نیست.

اشکال استاد مد ظلّه بر پاسخ صاحب جواهر رحمه الله:

بر خلاف نظر صاحب جواهر، از صحیحۀ ابو ولاد استفاده می شود که رضایت مبنی بر جهل کالعدم به حساب آمده، و بنا بر فرمایش امام صادق علیه السلام تخلف داعی و رضایت مبنی بر جهل نمی تواند موجب تصحیح عقد گردد.

(ب) مقایسه مفاد روایت ابو ولاد با روایت ابن بزيع:

(1) نقل خلاصه ای از مفاد روایت ابو ولاد:

ابو ولاد قاطری را برای رفت و برگشت به قصر ابن هبیره برای یافتن کسی که به او بدهکار بوده، اجاره می کند اما به خاطر حرکت مدیون از آنجا وی از کوفه به نیل و از نیل به بغداد و سرانجام به کوفه بازمی گردد و نظر به اینکه سفر او پانزده روز به درازا می کشد، برای حلّ مشکل و اختلاف خود با صاحب قاطر نزد ابو حنیفه رفته، و او ابو ولاد را تبرئه می نماید. صاحب قاطر هم پس از دریافت مقداری پول از ابو ولاد، ذمه او را مبرا ساخته و از هم جدا می شوند. در سال بعد ابو ولاد به حضور حضرت صادق علیه السلام شرفیاب شده، جریان را نقل می کند. حضرت می فرماید: فی مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الارض برکتها آنگاه می فرماید تو ضامن کرایه قاطر هستی. و در پاسخ ابو ولاد که عرض می کند او مرا حلال کرده، می فرماید: انما رضی بها و حلّک حین قضی علیه ابو حنیفه بالجور و الظلم و لکن ارجع الیه فأخبره بما أفتیتک به فإن جعلک فی حلّ بعد معرفته فلا شیء علیک بعد ذلک...

ابو ولاد پس از بازگشت نزد مکاری می رود و داستان را نقل می کند و می گوید هر قدر می خواهی بگو به تو بدهم، مکاری می گوید: «حَبِّتِ الیَّ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَلَیْهِمَا السَّلَامُ وَوَقَعَ فِی قَلْبِی لَهُ التَّفْضِیلُ» و ابو ولاد را حلال می کند و می گوید اگر می خواهی مقدار پولی را که داده ای حاضر آن را هم برگردانم.

از این روایت به خوبی روشن می شود که حضرت رضایت و تحلیل مبنی بر جهل به مسئله را کالعدم حساب کرده اند.

پاسخ از اشکال استاد مد ظلّه:

جواب اول:

پاسخ دومی که از اشکال رضایت بعد از انکار نقل کردیم در پاسخ این اشکال نیز ممکن است قابل طرح باشد، چه آنکه الغاء رضایت مبنی بر جهل در روایت ابو ولاد مربوط به جایی است که متعلق به فعل غیر باشد به خلاف رضایت سکری در روایت ابن بزیع که مربوط به فعل خود اوست و ممکن است رضایت سکری به عقدی که خودش خوانده الغاء نشده باشد.

جواب دوم:

ما احتمال می دهیم منشأ تفاوت دو روایت در مورد رضایت مبنی بر جهل جهت دیگری باشد: به نظر می رسد تحلیل صاحب قاطر در روایت صحیح ابو ولاد تحلیل صوری باشد، نه واقعی. زیرا صاحب قاطر پس از شنیدن فتوای ابو حنیفه، عادةً نباید خود را مستحق کرایه زائدی بداند و متعارف مردم از پاسخ فقهاء اطمینان به حکم شرعی پیدا می کنند. لذا تحلیل او از باب تشریفات اخلاقی و عرفی است، نه از جهت تبرئه کردن واقعی ذمه بدهکار، به خلاف روایت ابن بزیع که رضایت به عقد به معنای تن دادن به عقدی است که به گمان وی، گریبان گیر او شده، و از رد کردن آن می ترسد و پایبندی به آن را وظیفه شرعی خود می پندارد.

گرچه ما با توجه به روایت ابو ولّاد به توجیه مرحوم صاحب جواهر در مورد عدم ممانعت رضایت مبنی بر جهل از صحت عقد و مسئله تخلف داعی اشکال کردیم لیکن با بیانی دیگر می توانیم به تفاوت دو روایت و عدم اِسرائ این مسئله به روایت ابو ولّاد قائل شویم. زیرا نظر به اینکه تلازمی بین دو موضوع آن دو روایت نیست، حکم آن دو نیز می تواند متفاوت باشد، چه آنکه موضوع روایت ابن بزّیع عبارت از عقدی است که زن خوانده، در حالی که موضوع در روایت ابو ولّاد عبارت از تصرّفات خارجی یک شیء است. ممکن است تصرّفات خارجی را موجب ضمان بدانیم و رضایت به تخیل عدم استحقاق، ضمان را بر ندارد ولی رضایت به تخیل صحت عقد اثر داشته باشد و باعث صحت عقدی که به تنهایی نافذ نبوده است بشود.

لذا، چنانچه تخلف داعی را در مورد روایت ابن بزّیع مانع نفوذ عقد ندانیم، رد رضایت و تحلیل در روایت ابو ولّاد مانعی برای آن محسوب نمی گردد.

ادامه بحث در جلسه آینده. ان شاء الله («* و السلام*»)

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

برای صحت عقد سکران به صحیحه ابن بزيع استدلال شده بود، یکی از اشکالاتی که به این صحیحه شد، این بود که رضایت سکران به عقد، به تخیل صحت عقد بوده و چنین رضایتی برای تنفیذ عقد کافی نیست، همچنان که از صحیحه ابی ولاد به دست می آید، در این جلسه ضمن بررسی تفاوت های بین این دو صحیحه، به پاسخ این اشکال می پردازیم، اشکال دیگری که به صحیحه ابن بزيع شده بود، این بود که رضایت سکران بعد الافاقه، رضایت بعد الرد است و رضایت بعد الرد عقد را تصحیح نمی کند پاسخ هایی را که به این اشکال داده شده است در این جلسه بررسی می کنیم و در پایان بحث، به این نتیجه می رسیم که عقد سکران با رضایت بعدی نافذ است.

یکی از اشکالاتی که به صحیحه ابن بزيع شده، این بود که رضایتی که مبنی بر جهل باشد به درد نمی خورد و مصحح عقد و مانند آن نمی شود. در جلسه گذشته گفتیم صاحب جواهر فرمودند که جهل به مسئله حیث تعلیلی و علت حصول رضایت به عقد شده است، همچنان که در معامله غبنی، تخیل عدم غبن باعث حصول رضایت به عقد شده است و لذا بعد از کشف خلاف، اصل معامله را باطل ندانسته، فقط آن را خیار می دانیم. به این مطلب اشکال شد که از صحیحه ابی ولاد استفاده می شود که رضایت مبنی بر جهل به مسئله کافی نیست. در پاسخ تفاوت های مختلفی بین صحیحه ابی ولاد و صحیحه ابن بزيع ذکر شده است، چند جهت فارق را بررسی کردیم، در این جلسه ادله این جهات را بررسی می کنیم:

ص: 3459

فارق اول بین صحیحۃ ابن بزيع و صحیحۃ ابی ولاد:

یکی از فرقهایی که می توان گذاشت و مرحوم فاضل هندی مقداری از آن را فرموده لکن به نحوی که ایشان گفته بودند محل اشکال بود و گذشت. لکن تقریب دیگری دارد که دافع اشکال باشد این است که:

در صحیحۃ ابی ولاد حکم به عدم کفایت تحلیل و رضا کرده بود چون بر اثر جهل به حکم، رضایت ثانوی واقعی پیدا نکرده است بلکه به تخیل این که حق ندارد، رضایت داده است، نه این که از حق خود گذشته باشد. لیکن در صحیحۃ ابن بزيع (همچنان که متعارف چنین است) شوهر یک عقد واقعی انجام می دهد به گمان اینکه زن در حال عادی است و متوجه نبود که زن مست است و خود زن بعداً می گوید که من در حال مستی بودم و هیچ نمی فهمیدم آنکرت ذلک و گفت عقد ما یک عقد شرعی صحیحی نبود ولی برای مدعای خودش حجت شرعی ندارد تا شوهر را مجبور به قبول کند و از طرفی موازین شرعی و قانونی اقتضاء می کند که عقد صحیح باشد و این را زن او بدانند حال که این زن متوجه است که در حال ایقاع عقد مست بوده و عقد در حال مستی صحیح نیست لکن چون به حکم ظاهر شرع این زن آن مرد حساب می شود، زن می بیند چاره ای نیست و این مرد به او چسبیده است «و ظننت انه یلزمها» و به حکم اضطرار و عنوان ثانوی واقعاً به این عقد راضی می شود تا رابطه او با این مرد مشروع باشد یعنی با شرایط موجود واقعاً راضی به عقد می شود هر چند که اگر در حالت متعارف می خواست اقدام به ازدواج کند و این شرایط برای او پیش نیامده بود به این ازدواج راضی نمی شد ولی در مقام رضایت ثانوی و به حکم اضطرار پیدا می کند و همین اندازه برای صحت عقد کافی است. نه این که به عنوان این که با عقد قبلی واقعاً همسر او شده است به زندگی کردن با او رضایت داده است که بگوییم چون رضایت او مبنی بر تخیل صحت عقد قبلی بوده کافی نیست بلکه چون مجبور است در اختیار این مرد باشد برای این که

تمتعش حلال باشد از همین الآن واقعاً به عقد قبلی رضایت می دهد و این رضایت ثانوی بالاضطرار کافی است. کما فی بیع المضطرّ، امّا در صحیحہ ابو ولّاد چنین رضایتی نیست و مکاری نمی گوید در هر حال من فعلاً واقعاً رضایت می دهم بلکه به عنوان این که خود را طلبکار نمی داند جعله فی حلّ بیش از این طلبکار نیستم نه این که اگر هم طلبکار باشد بالاضطرار از حق خود گذشته ام. زیرا او مضطرّ نیست که از حق خودش بگذرد. پس آنجا رضایت واقعی به حکم اضطرار حاصل نمی شود.

خلاصه اینکه، رضایت واقعی و لو به حکم اضطرار کافی است و عقلاء هم بر رضایت به حکم اضطرار در همه معاملات اثر بار می کنند و در معاملات معاوضی مالی تصرفات را اکل به باطل نمی دانند با آنکه معامله رضایت به طبع اولی را دارا نیست.

این فارق، از جهتی خلاف ظاهر روایت ابن بزیع است چون روایت دارد «فاقامت مع ذلک الرجل» و این عبارت مطلق است، در این فارق تقییدی به این عبارت زده ایم که «رضیت بذلک العقد فاقامت مع ذاک الرجل».

فارق دوم بین دو صحیحہ ابو ولّاد و ابن بزیع

فارق دیگر [که مستلزم تصرفی در اطلاق دلیل نیز نمی باشد] این است که اگر کسی از روی جهل و ندانستن مسئله یا عدم التفات راضی به معامله ای باشد نسبت به صحیح دانستن شارع بر دو گونه است. گاهی جهل به نحوی است که شخص راضی نمی شود که شارع عقد او را صحیح بداند و گاهی جهل اینگونه نیست.

توضیح اینکه؛ گاهی شخص از روی جهل اقدام به معامله ای می کند یا راضی به امری می شود اما اگر از او پرسند که اگر حکم مسئله چنین نباشد و اطلاع تو از حکم مسئله خطا باشد آیا راضی می شوی و دلت می خواهد که آن معامله تو صحیح باشد؟ جواب می دهد که نه اگر حکم چنین نباشد دلم نمی خواهد که همان رضایت قبلی کار را تمام کند. در صحیحہ ابی ولّاد امر اینگونه است.

یعنی مکاری به اعتماد ابو حنیفه خیال می کرده که استفاده کننده از قاطر ضامن نیست و لذا او را حلال کرده است لکن اگر از او پرسند که اگر بر خلاف نظر شما ابو حنیفه اشتباه کرده باشد و تو طلبکار باشی به خاطر این فتوای غلط ابو حنیفه راضی هستی که شارع او را ضامن نداند؟ خواهد گفت خیر، من اگر طلبی داشته باشم می خواهم به طلبم برسیم.

و گاهی شخص از روی جهل به حکم رضایت می دهد و اگر از او پرسند چنانچه اشتباه کرده باشی، دوست داری که شارع معامله تو را صحیح بداند خواهد گفت:

آری، در اینجا در کمون نفس او یک رضایت مطلق به صحت معامله - حتی در فرض خطا بودن اطلاع او از حکم شرعی - وجود دارد و صحیح ابن بزیع از این قبیل است یعنی هر چند زن به خیال صحت عقد (ظنت ان العقد یلزمها) به زندگی ادامه داده لکن در همان حال اگر از او پرسند، هر چند عقد تو تا به حال صحیح نبوده (بر خلاف تخیل شما) آیا راضی هستی که شارع حکم به صحت عقد تو بکند و تمتعات تو با شوهر واقعی باشد یا همین مقدار برای تو کافی است که تمتعات تو ظاهراً حلال باشد و عقاب نداشته باشد، هر چند وطی به شبهه باشد، بدون تردید خواهد گفت من می خواهم عقدم صحیح باشد و نمی خواهم مباشرت من به وطی به شبهه باشد. این رضایت به صحت عقد در کمون قلب در مورد صحیح ابن بزیع هست ولی رضایت به عدم ضمان در مورد صحیح ابو ولاد نیست. و هذا هو الفارق.

لذا اگر در مورد صحیح ابو ولاد حضرت فرمودند که رضایت مبنی بر جهل به حکم، کفایت نمی کند، منافات ندارد که در مورد صحیح ابن بزیع - عقد سکران - رضایتی (ذکر رضا) که با زندگی کردن (اقامت مع ذاک الرجل) همراه است، برای صحت عقد نکاح کافی باشد.

منتهی از این که حضرت با چنین رضایتی همان عقد سابق را صحیح دانسته است معلوم می شود که سکران در مورد روایت مست کامل نبوده و الا عقد او مانند

هذیان گفتن می شد که با هیچ گونه قصدی همراه نبوده و التزام و قصد انشاء در آن نیست، چنین الفاظی و لو با رضایت بعدی همراه شود برای تحقق نکاح - که صرف رضایت برای تحقق آن کافی نیست - کافی نیست و به جهت وضوح بطلان عند العرف روایت ابن بزیع از این مورد منصرف است. و چون سکر مختصری داشته در ایجاب عقد قصد نکاح داشته است و لذا «زواجت نفسها» گفته شده است ولی از آنجا که عقل کامل نداشته، صلاح و فساد خود را تشخیص نمی داده، نیازمند اجازه بعدی است.

اشکال دیگری به صحیحۀ ابن بزیع

اشاره

اشکال دیگری که به صحیحۀ ابن بزیع شده بود این بود که رضایت در این صحیحۀ امضای بعد الانکار است و اجماعاً چنین امضایی نافذ نیست. پاسخ هایی از این اشکال داده شده که به برخی از آنها در جلسه گذشته اشاره کردیم.

پاسخ اول:

مرحوم نراقی در مستند، اجماعی که بر بطلان امضای بعد الانکار هست مربوط به عقدی است که دیگری فضولتاً انجام داده است و ما نحن فیه سکران بعد الافاقه می خواهد عقد خودش را تنفیذ کند و این مورد داخل اجماع سابق نبوده، با الغاء خصوصیت نیز نمی توانیم حکم ما نحن فیه را از آن استفاده کنیم.

پاسخ دوم:

آنچه اجماعی است عدم نفوذ امضای بعد الرد است و در ما نحن فیه ردی صورت نگرفته است. چون کسی که عقدی را رد می کند اصل تحقق آن را قبول دارد ولی در مورد روایت اول، زن «انکرت ذلک» گفت چنین عقدی نبوده است منتهی بعد

که - مثلاً با شهادت - فهمید عقد صورت گرفته و ظنت انه يلزمها به زندگی کردن تن داد. پس وقتی که «انکرت ذلک» می گفت چنین عقدی نبوده است، نه این که عقد واقع شده را ابطال و ردّ کند تا زندگی کردن بعدی او امضای بعد الردّ محسوب شود.

در چنین فرضی دلیلی بر بطلان عقد نداریم.

خلاصه، شخص به نحو سالبه به انتفاء موضوع گمان می کند که عقدی واقع نشده است اما بر فرض وقوعش مخالفتی با عقد ندارد. لذا بعداً وقتی فهمید که عقد واقع شده است عقد را می پذیرد. بنابراین، فانکرت ذلک یعنی ادعا کرد که چنین عقدی واقع نشده است نه اینکه عقد واقع شده است ولی من ابطالش می کنم.

پاسخ سوم:

می توان «انکرت ذلک» را به شکل دیگری معنی کرد که این اشکال مندفع گردد و این معنی به معنای قبل نزدیک است، «انکرت ذلک» یعنی وقوع عقد صحیح را منکر شد چون می گوید مست بودم به چنین ازدواجی اقدام کردم و عقد مست صحیح نیست. در این صورت نیز می گوید عقد صحیحی واقع نشده است. نه این که عقد واقع شده صحیح را ابطال و ردّ کند تا با رضایت بعدی قابل تنفیذ نباشد.

پاسخ چهارم:

بعضی از رفقای جلسه، احتمال دادند که انکار در حدیث به معنای ناشناختن باشد، زیرا گاهی انکار نقطه مقابل معرفت است، مثل آن جمله معروف ان تنکرونی فانا ابن الحیدر یعنی اگر مرا نمی شناسید و جهل دارید. اما گاهی انکار در باب مدّعی و منکر است که شخص چیزی را انکار می کند (1) با آنکه چه بسا می داند طرف مقابل راست می گوید اما زیر بار نمی رود و اقرار نمی کند بلکه انکار لفظی می کند که

ص: 3464

1- (1) چنانچه در معنای دوم و سوم، انکار به همین معنا بود.

از آن تعبیر به جحد نیز می‌کنند. به هر حال، بعضی انکار در حدیث را به معنای نشناختن معنا کرده‌اند که بعد از افاقه، ابتداء یادش نبود، از این رو اظهار بی‌اطلاعی کرد، اما بعداً که یادش آمد اظهار موافقت کرد، نه اینکه ابتداءً رضایت نداشت و سپس رضایت ثانوی پیدا کرد.

لکن این معنای چهارم بعید است. زیرا چه ارتباطی دارد که ابتداءً در سؤال درج کنند که وقتی افاقه پیدا کرد ابتداءً یادش نبود اما بعداً یادش آمد یا از راهی دلیل اقامه کردند که چنین عقدی واقع شده است آن وقت قبول کرد. آنکه در سؤال دخالت دارد این است که آیا سکر او به حدّ هذیان رسیده بود که مسلوب العبارة باشد یا آنکه به حدّ هذیان نرسیده بود که مسلوب العبارة نباشد. اما اینکه اول یادش نباشد و بعداً یادش بیاید دخیل در مسئله نیست.

خلاصه: همه این معانی در این جهت مشترکند که زن عقد را ابطال نکرده است تا صحت تأهلی عقد از بین برود و امضای بعدی او مفید نباشد. بنابراین روایت از مورد اجماع یعنی امضای بعد ابطال خارج است.

أخذ به قواعد یا تخصیص قواعد

شهید ثانی فرموده (1): بعضی مثل شیخ طوسی به نصوص در مقابل قواعد عمل می‌کند و قواعد را تخصیص می‌زند و در مسئله عقد سکران در نهایت (2) به روایت ابن بزیع تمسک کرده است و قواعد را کنار گذاشته است ولی ترجیح با این است که ما قواعد را حفظ کنیم و رفع ید از نصوص کنیم.

صاحب حدائق اشکال کرده و به نظر می‌رسد که اشکال او وارد است هر چند صاحب جواهر با «وان کان هو کما تری» (3) سخن صاحب حدائق را رد کرده است -

ص: 3465

1- (1) مسالک، ج 7، ص 99.

2- (2) نهایت 468.

3- (3) جواهر الکلام 145/29، سطر 4.

صاحب حدائق می فرماید: خود شما آقایان به وسیله نصوص قواعد عامه را تخصیص می زنید مثلاً با خبر واحد معتبر عمومات قرآنی را تخصیص می زنید چرا در مقام به فرض که روایت خلاف قاعده است عمل نمی کنید و آن را مخصّص قاعده قرار نمی دهید. شاهد بر این تخصیص این است که با آنکه شما به برکت حدیث رفع قلم، صبیّ و مجنون را مسلوب العبارة می دانید (1) و عقد صبی را با اجازه لا حق هم تصحیح نمی کنید لکن مستثنیاتی از این قاعده ذکر کرده اید از جمله، اگر ولیّ برای پسر خردسالش زن گرفت و آن پسر در ده سالگی زن را طلاق داد، روایت صحیحه دارد که زن را نگاه می دارند اگر پسر بعد از بلوغ، از آن طلاق رفع ید کرد، آن طلاق صحیح است (2) و عده ای طبق این روایت فتوا داده اند. پس تخصیص قواعد به واسطه نصوص را شما مرتکب می شوید، چرا در مقام اگر روایت خلاف قاعده است آن را مخصّص قاعده نمی دانید. (3)

من یادم هست که شهید ثانی در شرح لمعه در باب ارث نوه می فرماید: نوه ارث من یتقرب به الی المیت را می برند یعنی مثلاً دختر اگر تنها فرزند پسر متوفی باشد دو برابر پسری که تنها فرزند دختر متوفی است ارث می برد چون نوه پسر پسر سهم پدرش را می برد و نوه دختری سهم مادرش را می برد. این مطلب مشهور بین امامیه است و روایت صحیحه هم دارد ولی سید مرتضی به عامّ قرآنی یُوصِرُ بِكُمْ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّيْنِ عمل می کند چون بدون شبهه و لو شامل نوه هم می شود شهید ثانی می فرماید: «هذا كله حق لولا دلاله الاخبار الصحیحه علی خلافه هنا» بنابراین خود شهید ثانی قواعد را به نص تخصیص می زند. چرا در مقام اخذ به قواعد کرده است. پس اشکال صاحب حدائق وارد است. (4)

ص: 3466

1- (1) هر چند ما صبی را مسلوب العبارة نمی دانیم چنانچه گذشت.

2- (2) وسائل الشیعه، باب 11 من ابواب میراث الأزواج، حدیث 4، من کتاب الإرث.

3- (3) الحدائق الناصره.

4- (4) شرح لمعه، کتاب الارث، الفصل الثانی فی السهام المقدره، مسئله سوّم.

به نظر می‌رسد ما باید به نصّ أخذ کنیم و نص از بعضی از فروض مسئله که دو فرض هذیان و نشو(1) باشد انصراف دارد چنانچه عبارات فقهایی که به نص عمل کرده اند از این دو فرض انصراف دارد. اگر سکر خفیف باشد عقد صحت تأهلی دارد و با امضای لاحق تصحیح می‌شود. کما علیه المشهور خلافاً للمحقق الکرکی و الشهید الثانی و امثالهما. اگر سکر به حدّ هذیان برسد عقد صحت تأهلی هم ندارد همانطور که اگر کسی در خواب، عقدی را جاری کند این عقد صحت تأهلی برای امضای لاحق ندارد و از نص و کلمات اصحاب اطلاق فهمیده نمی‌شود. بنابراین از کلام شیخ در نهاییه اطلاق استفاده نمی‌شود بلکه کلام او از فرض هذیان منصرف است و تعجب از مرحوم آقای حکیم است که عبارت «زوّجت نفسها» در روایت را از فرض هذیان منصرف می‌داند(2) اما عبارت «اذا عقدت المرأة علی نفسها» در کلام شیخ در نهاییه را از فرض هذیان منصرف نمی‌داند و می‌فرماید: «در فرض هذیان، اجازه لاحق طبق قاعده آن را تصحیح نمی‌کند با آنکه ظاهر کلام شیخ، تصحیح آن است»³ در حالی که عبارت شیخ در نهاییه شبیه عبارت صحیح ابن بزّیع است و وجه انصراف (خلاف ارتکاز عرفی و قواعد شرعی بودن) در هر دو مشترک است و حق این است که کلام شیخ نیز مانند نص از فرض هذیان منصرف است.

از کلام مرحوم آقای خوئی بر می‌آید که روایت ابن بزّیع ناظر به صورت هذیان است و نص امر خلاف قاعده را تصحیح می‌کند.(3)

ص: 3467

1- (1) توضیح فرض نشو بزودی می‌آید.

2- (2 و 3) - مستمسک العروه 388/14.

3- (4) مبانی العروه کتاب النکاح 191/2. ایشان در ذیل عبارت متن که «لا مکان حملها [این صحیح ابن بزّیع] علی ما اذا لم یکن سکرها بحیث لا التفات لها الی ما نقول» می‌گویند: «ما ذکر من المحامل خلاف الفهم العرفی...».

لکن به نظر می‌رسد روایت ناظر به صورت هذیان نیست بلکه سکر خفیف است و روایت از جهت دیگر خلاف قاعده است زیرا طبق قاعده چون زن متوجه بوده است پس عقد او باید صحت فعلیه داشته باشد نه صحت تأهلّیه. یعنی برای صحت فعلیه نیازی به اجازه لاحق هم نباشد لکن ما به واسطه نصّ این قاعده را تخصیص می‌زنیم و حکم به نفی صحت فعلی عقد او می‌کنیم و سکران را از عقد نافذ محجور می‌دانیم. بنابراین صحت فعلیه متوقف بر رضایت بعدی زن است. بله اگر هنوز سکری حاصل نشده است بلکه مقدمات سکر حاصل شده است که مرحوم مجلسی اول از آن تعبیر به نشو می‌کند، در این صورت عقد صحت فعلی دارد و احتیاج به اجازه لاحق هم ندارد و روایت، از این فرض نیز منصرف است.

نتیجه اینکه، روایت ناظر به فرض سکر و حالت متوسط بین حالت نشو و حالت هذیان است چنانچه بعضی روایت را این‌گونه توجیه کرده‌اند و کسانی هم که در کلامشان قیدی نیامده است ظاهراً مرادشان همین است. اما حمل روایت بر حالت نشو که مرحوم مجلسی اول فرموده یا حمل روایت بر حالت هذیان که مرحوم آقای خوبی فرموده بعید است. توضیح اینکه همانطور که مرحوم آقای حکیم (1) فرموده و از جواهر (2) هم خلافتش بر نمی‌آید، گاهی شخص مست است و عقل او زایل شده است به طوری که ضرر و نفعش را تشخیص نمی‌دهد و رشد ندارد، اما هذیان هم نمی‌گوید مثل آدم سفیهی که رشد مالی ندارد، منتهی سفیه فاقد رشد است دائماً ولی این شخص مست فاقد رشد است موقتاً، پس صحت تأهلّی عقد او از فاقد رشد کلی اولی است (3).

چرا عقد سکران صحت فعلیه نداشته باشد؟

ممکن است کسی بگوید: عدم رشد در مورد سکران، عدم رشد موقت است عمومات عقود اقتضاء می‌کند همه عقود صحت فعلیه داشته باشند. نسبت به سفیه

ص: 3468

1- (1) مستمسک العروه 388/14.

2- (2) جواهر الکلام 145/29.

3- (3) از این رو در جواهر می‌فرماید: بل لعلّه اولی من السفیه، جواهر الکلام 145/29.

- فاقد رشد ثابت - تخصیص خورده ولی تخصیص آن در مورد سکران مشکوک است، و ادله سفیه نه به اطلاق لفظی و نه با الغاء خصوصیت شامل سکران نمی شود پس در اینجا چرا حکم به صحت فعلی عقد نشود؟

لکن می توان گفت: اگر ما بودیم و قواعد عامه، حکم می کردیم که مست با سفیه فرق داشته باشد و به خاطر اولویت ذکر شده، عقد او صحت فعلیه داشته باشد لکن صحیحۀ ابن بزيع عدم رشد موقت را ملحق به عدم رشد دائم کرده است و از این جهت روایت قواعد عامه را تخصیص می زند. پس روایت سکران را ملحق به سفیه می کند و او را کالسفیه می داند نه اینکه مصداق حقیقی برای آن درست کند. و تقریباً اجماع قائم است که سکران اگر به حدّ هذیان نرسیده باشد، عقد او صحت فعلیه ندارد. در باب طلاق هم طلاق سکران صحیح نیست پس حکم به صحت فعلیه نکاح او نمی توان کرد.

عدم فرق بین سکران و سکری

به نظر می رسد بین مرد مست و زن مست در مسئله فرقی نباشد و مرد هم اگر در حال مستی عادی عقد خواند، عقد او صحت تأهلیه دارد چنانچه مشهور بین فقهاء امامیه الاّ ما شدّ فرق نگذاشته اند. قبل از این قرون اخیر یک نفر را هم ندیده ایم که بین زن و مرد مست فرق بگذارد. اما اینکه مرحوم صاحب العروه بین سکران و سکری فرق گذاشته است این است که آن طور که شنیده ام مرحوم صاحب عروه به سه کتاب بسیار اعتناء داشته است، یکی به جواهر و دیگری به مستند الشیعه و سوم به جامع الشتات میرزای قمی. و چون مرحوم نراقی در مستند بین مرد مست و زن مست فرق گذاشته است ایشان هم به تبع مستند فرق گذاشته است. وگرنه ما به جز در مستند حتی یک نفر را ندیدیم که فرق بین سکران و سکری بگذارد، اکثراً تصریح کرده اند که فرقی نیست بعضی هم ظاهر کلام آنها اطلاق است. «* و السلام*»

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در این جلسه، به بحث پیرامون مسئله 14 می پردازیم. ابتدا حکم عقد سفیه برای غیر یا برای خود در صورتی که با اجازه ولی همراه باشد را ذکر می کنیم، آنگاه به مسئله اجرای عقد توسط مکره برای غیر پرداخته، آن را صحیح خواهیم دانست و وجه عدم دلالت حدیث رفع بر بطلان عقد او را رفع مؤاخذه در این حدیث و نه رفع جمیع الآثار می دانیم. سپس به مسئله عقد مکره برای خود می پردازیم و کلام مرحوم آقای خوئی مبنی بر صحت این عقد چنانچه رضایت او به آن ملحق شود را توضیح و ادامه بحث را به جلسه آینده وامی گذاریم.

متن عروه:

مسئله 14 - لا بأس بعقد السفیه اذا كان وکیلاً عن الغير فی اجراء الصیغه او اصیلاً مع اجازه الولی و کذا لا بأس بعقد المکره علی اجراء الصیغه للغير او لنفسه اذا اجاز بعد ذلک.

الف) حکم عقد سفیه:

اشاره

مرحوم سید می فرماید اگر سفیهی که رشد مالی ندارد متصدی اجراء صیغه برای دیگری گردد عقد او صحیح است و اگر عقدی برای خودش و با اجازه ولی بخواند آن نیز صحیح است. زیرا ممنوعیت تصرفات او مانند مجنون نیست که به طور کلی مسلوب العبارة محسوب شود بلکه صحت تأهلی را دارا است. پس اگر با اجازه ولی همراه بود یا برای دیگری عقدی خواند اشکالی ندارد. همچنین اگر شخصی را بر اجرای صیغه عقد برای دیگری با اکراه وادار کنند یا او را وادار کنند که کسی را بر خودش عقد کند و پس از رفع اکراه، به عقدی که برای خود خوانده راضی شود، این نیز صحیح است.

1 - علت اینکه مرحوم سید در اینجا و در مسئله 15 فقط موضوع اجراء صیغه را متعرض می شوند آن است که در این فصل از کتاب راجع به احکام صیغه و ایجاب و قبول طرح مسئله می کنند و الا اگر مثلاً سفیهی در مطلق اموری که متعلق به ازدواج است وکیل باشد یا کسی را بر همه آن کارها اکراه کنند که از جمله آنها اجراء صیغه باشد، بر عقد او نیز همه این احکام بدون تفاوت مترتب خواهد شد و اختصاص به صورت وکالت سفیه و یا اکراه بر اجراء صیغه ندارد.

2 - مرحوم آقای خویی برای اکراه در اجراء صیغه مثال به شخصی می زند که او را وادار کنند مجاناً عقدی بخواند ولی مثال شایع تر این است که بگوییم گاهی مجری صیغه به جهت مصلحت ندیدن در ازدواجی یا مثلاً از بیم در دسرهایی که احیاناً ناشی از منع قانون است مایل به خواندن عقد نشده و نسبت به آن کراهت پیدا می کند.

(ب) صحت عقد مکره برای غیر خود:

اشاره

وجه صحت عقدی که کسی را وادار بر اجرای آن برای غیر خودش کنند، اطلاقات نفوذ عقد و عدم شمول حدیث رفع بر آن می باشد.

(1) بیان مرحوم آقای حکیم و آقای خویی در مورد عدم شمول حدیث رفع:

مرحوم آقای حکیم وجه عدم شمول حدیث رفع را امتناعی بودن آن می دانند با این توضیح که دلیل «رفع ما استکرها علیه» بنابراین که قائل به رفع جمیع الآثار شویم فی نفسه مانعی برای شمول آن ندارد ولی چون بطلان چنین عقدی خلاف امتنان است، شامل آن نشده و آن را ابطال نمی کند زیرا مؤاخذاتی از قبیل مشکلات قانونی یا شرعی همچون زندان، تعزیر، معصیت مخالفت با قانون (اگر آن را خلاف شرع بدانیم) که احیاناً بر نفس اجرای صیغه توسط شخص مکره متصور است، البته همه مرفوع هستند اما چون رفع احکام وضعیه و ابطال چنین عقدی دارای هیچ گونه

متمنی بر مکره نیست لذا نمی توان به دلیل حدیث رفع، صحت و نفوذ چنین عقدی را برداشت.

مرحوم آقای خوئی نیز به دلیل اینکه مجرد اجرای صیغه هیچ گونه اثری نسبت به شخص مکره ندارد بلکه تمام آثار آن مربوط به کسانی است که عقد برای آنها اجرا می شود، حدیث رفع را شامل آن نمی دانند. عبارت ایشان چنین است: و الوجه فيه اطلاقات نفوذ العقد بعد عدم شمول حدیث نفی الاکراه له باعتبار ان العقد لا اثر له بالنسبه الى المکره نفسه بالمره اذ المعاقده انما هی بین شخصین غیره(1)

(2) مناقشه استاد - مد ظله - بر کلام این دو بزرگوار:

نمی توان آثار نفوذ چنین عقدی را تنها برای خود زن و شوهر متصور دانست و برای مجری صیغه اثری از ناحیه نفوذ عقد قائل نشد به نظر ما اثر برای خود مکره نیز در اجرای صیغه قابل تصور است. مثلاً کسی که زن و شوهر شدن مرد و زنی را بر خلاف مصلحت ببیند و یا ازدواج آنها موجب دردسر و مشکلات خانوادگی یا آبرویی برای او گردد، در چنین جاهایی نفوذ عقد آن زن و مرد برای او که بخواهد اجرای صیغه کند نیز دارای اثر است و در این صورت، امتنان اقتضا می کند نفوذ چنین عقدی نیز مرفوع باشد. پس اگر در حدیث رفع، قائل به رفع جمیع الآثار شویم به ناچار باید چنین عقدی را صحیح ندانیم.

لذا عمده دلیل بر عدم شمول حدیث رفع نسبت به چنین عقدهایی که چه بسا سیره هم بر صحت آن قائم باشد مبنای رفع مؤاخذه (عقاب اخروی یا کیفر دنیوی مانند تعزیر) در حدیث رفع است. این حدیث دلالت نسبت به رفع جمیع آثار غیر از مواردی که امتنان اقتضای رفع آن را بکند مانند اکراه بر اقرار به دین ندارد البته مختار ما نیز چنین است.

ص: 3472

شیخ انصاری رحمه الله صحت عقد مکره برای خود به شرط لحوق اجازه را به مشهور بین متأخرین نسبت داده و برخی مدعی اتفاق آنان شده اند. مرحوم آقای خوئی نیز آن را به مشهور نسبت داده و اشکالی را مطرح و سپس از آن پاسخ می دهند:

1) طرح اشکال:

اگر کسی را مجبور کنند برای خود عقد ازدواج اجرا کند، این عقد به خاطر اکراه محکوم به فساد است و حکم به صحت چنین عقدی که هنگام وقوعش فاسد بوده به خاطر لحوق رضایت، محتاج به دلیل بوده و چون دلیلی نداریم نمی توان آن را مشمول ادله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» دانست. و این با مسئله بیع و نکاح فضولی که پس از رضایت اصیل، مشمول ادله نفوذ می گردد متفاوت است، زیرا در عقد فضولی، بیع هنگام تحققش در خارج به صاحب مال منتسب نبوده تا خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» مالک را هم در بر بگیرد بلکه از وقتی که او با خبر شد و اجازه داد به او منتسب می شود و چون بیع در این وقت مستجمع شرائط است تحت ادله نفوذ قرار گرفته و محکوم به صحت می شود. ولی در عقد مکره برای خود، چون از همان زمان وقوع به خود صاحب مال منسوب می شود و او به این عقد اکراه داشته، به ناچار محکوم به فساد می شود، لذا صحت چنین عقدی پس از فساد محتاج به دلیل است و چنین دلیلی وجود ندارد. به عبارت دیگر در عقد فضولی هنگام وقوع عقد، این عقد منسوب به مالک نبوده تا از تحت ادله نفوذ خارج و صحت آن محتاج به دلیل شود، بلکه از هنگام رضایت، عقد منسوب به مالک می شود ولی در عقد مکره در همان زمان وقوع نیز، عقد مالک است و چون او رضایت ندارد از تحت ادله نفوذ خارج بوده و حکم به صحت آن محتاج به دلیل دیگر است و چنین دلیلی وجود ندارد.

2) پاسخ مرحوم آقای خوئی به اشکال مذکور:

عقد به معنای تنها ایجاب و قبول (آن طور که بعضی از علمای سلف تعبیر

می کرده اند) و یک معنای حدودی نیست تا بگوییم حین وقوع محکوم به فساد بوده و پس از آن منعدم شده و بعد از آن، اگر بخواهد تصحیح شود باید تجدید انشاء شود. بلکه به معنای التزام شخص به قرارداد و یک معنای قازّ بوده و در نظر عقلا دارای بقاء است و بر همین اساس در اعتبار آنان «فسخ قرارداد» معنا پیدا می کند. و چون عقد دارای یک معنی قازّ است لذا هر چند در زمان اکره ادله نفوذ شامل آن نمی شود، ولی با حقوق رضایت، همان عقد مشمول اَوْفُوا بِالْعُقُودِ می شود و دیگر حدیث رفع، مانع آن نیست. زیرا حدیث رفع به خاطر امتنانی بودن، اطلاقی که عقد مکره را حتی در صورت حقوق رضایت به آن شامل شود، ندارد. لذا عمومات ادله نفوذ شامل آن می شود و چنین عقدی باید صحیح باشد.

ان قلت: بر فرض که در باب نکاح مطلب چنین باشد و وجود مقتضی را در نکاح مکره بپذیریم و دلیل نفی اکره (مانع) به دلیل امتنانی بودن شامل عقد او که ملحق به رضایت است نشود، لکن این مطلب در باب بیع و تجارت جاری نیست زیرا عمده دلیل فساد بیع مکره، عدم مقتضی برای صحت است. زیرا اکل مال مردم از نظر آیه شریفه (1) غیر از طریق معامله ای که همراه با رضایت باشد محکوم به حرمت و بطلان شده است و چون بیع عن اکره از ابتدا بدون رضایت است اصلاً مقتضی صحت را دارا نیست و حقوق رضایت هم موجب ایجاد مقتضی نمی شود بنابراین عقد سابق کالعدم فرض می شود و باید پس از رفع اکره، علاوه بر رضایت، عقد نیز تجدید شود.

قلت: اولاً همان گونه که گفتیم تجارت نیز مانند سایر عقود تنها به معنای ایجاب و قبول نیست بلکه به معنای التزام طرفین به نقل و انتقال و دارای یک معنای قازّ و بقایی است و اگر در زمانی به دلیل قصور مقتضی (عدم رضایت) محکوم به بطلان شد لکن پس از حصول رضایت، آن معنای بقایی التزام که توأم با رضایت شده، محقق گشته و مشمول ادله نفوذ قرار می گیرد. زیرا دلیل بطلان بیع لا عن تراض اطلاقی ندارد که شامل عقد ملحق به رضایت شود. همان طور که اگر بگویند جاهل احترام ندارد و عالم محترم است و کسی قبلاً جاهل بوده و اکنون عالم گشته

ص: 3474

1- (1) وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ.

است، دلیل عدم لزوم احترام جاهل اطلاقی ندارد که شامل کسی شود که عنوان جهل از او مرتفع شده است. خلاصه اینکه، به حسب بقاء «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» صدق می کند و باید محکوم به صحت شود.

ثانیاً: مفاد آیه، حرمت هر گونه اکل مال به باطل و جواز اکل مال به غیر باطل است و مسلماً در نظر عقلاء، تجارتی که مکره انجام و سپس رضایتش به آن ملحق گردد، باطل شمرده نمی شود و از این معلوم می شود چنین عقدی را مصداق تجارت عن تراض می دانند نه مفاد لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ .

ان قلت: دلیل «رفع ما استکرها علیه» خاص است و نسبت آن با عمومات ادله نفوذ، مثل أُوفُوا بِالْعُقُودِ نسبت خاص و عام است و اگر امر دایر شود بین اینکه پس از رفع اکراه و حصول رضایت، به عام تمسک و حکم به صحت کنیم یا استصحاب حکم مخصص و حکم به بطلان کنیم، در این مورد که فرد فرد زمانها در ادله نفوذ، هر کدام به نحو موضوعی جداگانه و فردی از افراد عام اخذ نشده، بلکه آن ادله فقط مقتضی ثبوت حکم به نحو استمرار، و زمان به عنوان ظرف حکم برای آنها ملاحظه شده است، در چنین موردی باید استصحاب حکم مخصص را نمود و با این استصحاب، همان یک فرد از عام خارج شده، نه دو فرد و به عام دو تخصیص وارد نمی شود. بنابراین باید با اجرای استصحاب حکم به فساد نمود.

و خلاصه، وقتی می توان در برابر استصحاب حکم مخصص، به عموم عام تمسک کرد که هر جزئی از زمان از نظر مقنن، فردی از افراد عام باشد، در این صورت اگر یک فرد از تحت عام خارج شود (مثل اکرام زید در روز جمعه) نسبت به فرد دیگر (اکرام زید در روز شنبه) به عموم عام (اکرام العلماء) تمسک می شود، ولی در بحث فعلی، مخصص (عقد مکره) دارای یک حکم واحد مستمر است که از تحت ادله عامه نفوذ عقد خارج شده است و بعد از خروج، فقط می توان به استصحاب تمسک کرد و فساد در حال اکراه را ابقا کرد و وجهی برای استناد به أُوفُوا بِالْعُقُودِ پس از رضایت هم وجود ندارد. مرحوم آقای خویی در صدد رفع این اشکال برآمده اند که در جلسه آینده مطرح خواهد شد. (* و السلام*)

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه، در ادامه بررسی صحت عقد مکره با اجازه متأخر مالک به بررسی کلام مرحوم آقای خوئی می پردازیم و خواهیم گفت که در این بحث نباید بین نکاح و سایر عقود در شیوه بحث فرق گذاشت، در هر دو بحث قید تراضی با دلیل منفصل استفاده شده است و نیز مراد از باطل در آیه حرمت اکل مال به باطل، باطل واقعی است ولی نظر عرف تا دلیل شرعی بر خلاف آن نیاید طریق به باطل واقعی محسوب می گردد، در ادامه، ضمن اشاره به عدم ترجیح اصاله العموم بر اصاله الاطلاق، تمسک به امتنایی بودن حدیث رفع را در این بحث نادرست می دانیم، در ادامه خواهیم گفت که شرط متأخر دانستن رضایت با مبانی اصولی مرحوم آقای خوئی سازگار نیست، در خاتمه با ذکر اقسام عناوین مأخوذه در ادله، با توجه به تناسب حکم و موضوع بطلان عقد مکره را تنها در زمان اکره دانسته، پس از لحوق رضایت عقود را صحیح می دانیم، در آخر درس به نقل و توضیح مسئله 15 (عدم اشتراط مرد بودن عاقد) می پردازیم.

الف) نقل و بررسی کلام مرحوم آقای خوئی درباره صحت عقد مکره پس از رضایت:

1) نقل کلام مرحوم آقای خوئی (یادآوری و تکمیل):

مرحوم آقای خوئی این اشکال را طرح کردند که چون عقد مکره بر خلاف عقد فضولی در حین وقوع محکوم به فساد بوده لذا (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) آن را شامل نشده و

ص: 3476

دلیلی خاص هم بر صحت آن پس از رضایت در کار نیست، باید آن را باطل بدانیم، در پاسخ این اشکال فرموده اند که عقد معنایی قاز است و پس از رضایت، عقد مکره مشمول ادله می باشد.

ان قلت: این پاسخ اگر چه در عقد نکاح که دلیل بطلان عقد مکره در آن حدیث نفی اکراه است صحیح است ولی در مثل بیع صحیح نیست زیرا دلیل صحت از اول قصور دارد چون مقید به تراضی است (علی ما دلت علیه الآیه المبارکه - بناء علی کون الاستثناء فیها متصلاً)، و در بحث ما هم چون عقد در حین صدور با تراضی مالک همراه نبوده، حکم به فساد آن می گردد هر چند بعداً مالک راضی شود.

قلت: تجارت نیز به معنای لفظ (ایجاب و قبول) نیست، بلکه معنای استمرار داری است بنابراین در بحث ما، عقد مورد نظر بقاء مشمول تجاره عن تراض می باشد، از سوی دیگر از آیه شریفه استفاده می شود که تمام اقسام اکل مال به باطل، باطل است. ولی مورد بحث ما، در نزد عقلا، بی تردید باطل محسوب نمی شود.

ایشان سپس در ذیل عنوان «بعباره اخری» می فرمایند که در بحث ما، یا باید از عموم ادله صحت عقد و نفوذ آن رفع ید کنیم (در نتیجه عقد مکره را به طور مطلق باطل بدانیم، که در اینجا ادله صحت عقود تخصیص می خورد) یا از اطلاق این ادله که ثبوت یک حکم مستمر را از ابتدای حدوث عقد ثابت می کند رفع ید کنیم (در نتیجه بطلان عقد تنها در حال اکراه می باشد) ما در اینجا تصرف دوم را به دلیل موافق بودن آن با امتنان مقدم می داریم.

مرحوم آقای خوئی در پایان این بحث اشاره می کنند که این بحثها همه در صورتی است که ما قائل به مبنای نقل در رضای متأخر باشیم، ولی بر طبق مبنای ما که اجازه متأخر را کاشف و رضایت را شرط متأخر صحت عقد می دانیم، در اینجا حدیث رفع از آغاز این عقد متعقب به اجازه را شامل نمی شود چون با امتنان

منافات دارد. در این صورت ادله صحت عقود نه تخصیص خورده اند و نه تقیید، در اینجا در هنگام لحوق رضایت، عقد واقعاً صحیح است، هر چند قبل از لحوق رضایت، ظاهراً حکم به فساد عقد می کنیم.

2) بررسی کلام مرحوم آقای خوئی توسط استاد - مد ظله :-

جهاتی از کلام ایشان برای ما نامفهوم است.

جهت اول: ایشان در ضمن اشکالی بین ادله عقد نکاح و ادله عقد بیع - مثلاً - فرق گذاشته اند، در دلیل عقد نکاح مقتضی صحت را نسبت به عقد مکره تمام می دانند و بطلان عقد را مستند به مانع یعنی حدیث رفع می دانند که آن هم چون تنها مادام الاکراه می باشد، پس از رفع اکراه بر طبق مقتضی باید حکم به صحت عقد نکاح کرد، ولی در عقد بیع، مقتضی از اول قصور دارد و حکم به بطلان عقد به جهت مانع نیست، چون صحت عقد مقید به رضایت (تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) می باشد، و بعد در صدد پاسخ این اشکال برآمده اند.

این سبک بحث برای ما مفهوم نیست، زیرا در بیع، قید «عَنْ تَرَاضٍ» به عنوان قید متصل تنها در آیه تجاره عن تراض آمده است، ولی نسبت به سایر ادله نفوذ عقد بیع همچون «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»⁽¹⁾ چنین قیدی به صورت متصل ذکر نشده است، البته این ادله با توجه به آیه «تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» مقید به تراضی می شوند، که به هر حال تقیید یا تخصیص به دلیل منفصل است، بنابراین فرقی بین نکاح و بیع در این جهت نیست، در هر دو مخصّص یا مقید دلیل منفصل است و مجرد متصل بودن قید در آیه تجاره عن تراض، سبب نمی گردد که مخصّص یا مقید را نسبت به سایر ادله متصل بدانیم.

ص: 3478

1- (1) بنابراین که مراد از شرط، مطلق شرط باشد - كما هو الحق - نه خصوص شروط ضمن عقد. (توضیح بیشتر) البته این کلام بنا بر مبنای مرحوم آقای خوئی و مشهور علماء است که استدلال به این ادله را بر صحت عقد تمام می دانند.

ایشان گویا تنها آیه «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» را در نظر گرفته اند و به سایر ادله صحت عقد توجه نفرموده اند.

ان قلت: ایشان با جمله «بناء علی کون الاستثناء فیها متصلاً» به پاسخ این اشکال نظر دارند، توضیح این که اگر در آیه «لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا- أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، استثناء منفصل گرفته شود، آیه تنها دلیل بر صحت تجاره عن تراض می گردد، و دلیل بر اعتبار رضایت در صحت تجارت و انحصار تجارت صحیح در تجارت عن تراض نخواهد بود، ولی اگر ما استثناء را متصل بدانیم، دلیل فوق دارای عقد سلبی بوده و مفاد آن چنین است که تمام راههای اکل مال، باطل است مگر به وسیله تجاره عن تراض باشد، در نتیجه با در نظر گرفتن مفاد این آیه، مفاد سایر ادله هم به همین آیه بازمی گردد.

قلت: آنچه از این کلام فهمیده می شود این است که آیه تجارت عن تراض بنا بر متصل بودن (1) استثناء صلاحیت تخصیص یا تقیید سایر ادله را دارد ولی مجرد این مطلب سبب نمی شود که ما در باب بیع مقتضی صحت را قاصر بدانیم بر خلاف باب نکاح، چون به هر حال در باب بیع هم مخصّص یا مقید منفصل است نه متصل.

خلاصه چه مخصّص یا مقید حدیث رفع اکراه باشد، چه آیه تجاره عن تراض به هر حال دلیل منفصل است و از باب مانع تلقی می گردد و نمی توان در صورت اول مقتضی را تام بدانیم و در صورت دوم مقتضی را ناتمام.

پس این روش بحث و فرق بین نکاح و بیع گذاشتن، صحیح به نظر نمی آید.

ص: 3479

1- (1) استاد - مد ظله - اشاره می فرمودند که ما در اینجا با ایشان مماشات کرده و در این نکته که صلاحیت تخصیص یا تقیید آیه فوق مبتنی بر متصل بودن استثناء است مناقشه نکرده ایم، وگرنه این کلام نیز خود نیاز به بحث دارد که مجال آن در اینجا نیست. (توضیح بیشتر) در مصباح الفقاهاه دلالت آیه فوق را بر حصر اسباب مملکه در تجاره عن تراض مبتنی بر متصل بودن استثناء در آیه ندانسته بلکه بنا بر انفصال استثناء نیز با تکیه بر اطلاق مقامی، حصر را استفاده کرده است (ج 3، ص 333، چاپ مطبعه الآداب)، لذا بنا بر این مبنا هم آیه صلاحیت تقیید یا تخصیص سایر ادله نفوذ و لزوم معاملات را دارد.

جهت دوم: از کلام مرحوم آقای خویی بر می آید که ایشان موضوع صحت و بطلان عقد را در آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ»، باطل و صحیح عرفی می داند بنابراین بر طبق آیه اکل مال به وسیله هر عقدی که عرفاً باطل است حرام و به وسیله هر عقدی که عرفاً صحیح است جایز می باشد، ولی به نظر می رسد که مراد از باطل و صحیح، باطل و صحیح واقعی است که شارع مقدّس با توجه به دید واقع بینانه خود به آن حکم کرده است و عرف و عقلاء هم اگر چنین دیدی داشتند نظیر همان حکم را می کردند، بنابراین در مواردی که عرفاً اکل مال به باطل حساب نمی شود ولی شرعاً این روش باطل اعلام شده است، (همچون معاملات ربوی) آیه فوق حکم به جواز اکل نمی کند و حکم شرع به حرمت اکل از طرق فوق (مثلاً از طریق ربا) تخصیص آیه فوق بشمار نمی آید.

البته نکته مهم در اینجا این است که در مواردی که شارع بر خلاف نظر عرف و عقلاء، در مورد بطلان و عدم بطلان طرق اکتساب، نظری ابراز نکرده باشد، از این عدم ردع، امضاء نظر عرف و عقلاء استفاده می گردد، پس نظر عرف طریق ظاهری و کاشف از صحیح و باطل واقعی است، و کشف صحت و بطلان عقود صحیح و باطل عرفی بر این مبنا استوار است.

بنابراین، صحت عقد مکره با رضایت متأخر را نباید مستقیماً به باطل نبودن این عقد در نزد عرف و عقلا مستند ساخت.

جهت سوم: مرحوم آقای خویی در ادامه بحث با «عبارۀ اخیری» سبک دیگری را دنبال کرده که مناسب بوده از آغاز به این روش بحث می شد، در این قسمت اشاره می کنند که در مورد عقد مکره، آیه باید به طور کلی عقد مکره را از تحت ادله صحت عقود خارج سازیم در نتیجه به تخصیص قائل شویم، یا عقد مکره را مشمول این ادله بدانیم، ولی اطلاق آن را که از آن صحت عقد از حین صدور آن استفاده می شود به هنگام لحوق رضایت مقید سازیم، مرحوم آقای خویی تقیید اطلاق را مقدم می سازد.

3) وجه کلی ترجیح ظهور عموم بر ظهور اطلاق:

مرحوم شیخ در رسائل (1)، ظهور عموم را بر ظهور اطلاق مقدم دانسته با این تقریب که ظهور عموم چون مستند به وضع است، ظهور منجز و فعلی است، اما ظهور اطلاق و استفاده عموم از مطلق به مقدمات حکمت نیازمند است و یکی از مقدمات حکمت، عدم وجود بیان می باشد (2)، و عام می تواند بیان بر تقييد باشد، بنابراین اصاله العموم موضوع اصاله الاطلاق را از بین می برد (3)، پس باید ظهور عموم را حفظ کرده، از ظهور اطلاق دست کشید.

مرحوم آخوند در کفایه (و به تبع وی غالب متأخرین) در پاسخ این کلام آورده اند که عدم بیانی که از مقدمات حکمت است، عدم بیان در مقام تخاطب است نه الی الابد، لذا اگر بیانی در مقام تخاطب نیاید ظهور مطلق در عمومیت حکم منعقد می گردد و دیگر حالت منتظره ای وجود ندارد، مثلاً اگر کسی از معامله ربوی سؤال کند و امام علیه السلام آن را تحریم نمایند، چنانچه امام علیه السلام در مقام بیان باشد، و حکم تحریم در مقام ثبوت، اختصاص به قسم خاصی از معاملات ربوی (مثلاً معامله مکیل و موزون) داشته باشد، باید در همان جلسه پاسخ، این قید ذکر شود و اگر این قید ذکر نشد موضوع اصاله الاطلاق تام می گردد، و چون فرض این است که عام منفصل از مطلق است، لذا اصاله العموم با اصاله الاطلاق یکسان گردیده هر دو فعلی و غیر معلق می باشند، لذا برای ترجیح یکی بر دیگری باید دلیل دیگری جستجو کرد.

این اشکال، اشکال واردی است.

ص: 3481

1- (1) فوائد الاصول، المقام الرابع من مقام التراجیح.

2- (2) (توضیح بیشتر) به تعبیر مرحوم آخوند در بحث مقدمات حکمت: انتفاء ما یوجب التعین (کفایه، چاپ آل البیت، ص 247).

3- (3) (توضیح بیشتر) بنابراین ظهور دلیل در عموم بر ظهور دلیل در اطلاق وارد است.

4 بررسی کلام مرحوم آقای خویی در تقدیم اصاله العموم بر اصاله الاطلاق:

مرحوم آقای خویی تقریب دیگری برای تقدیم تقیید اطلاق احوالی بر تخصیص افرادی در بحث ما آورده اند و آن استناد به امتنانی بودن حدیث رفع است.

این تقریب نیز صحیح به نظر نمی رسد، زیرا اگر مدعای این بود که در مورد عقد مکره، ما با این حدیث به بطلان عقد هم در حالت اکراه و هم پس از زوال اکراه حکم می کنیم این اشکال وارد بود که حدیث رفع با توجه به امتنانی بودن توانایی اثبات بطلان عقد را پس از زوال اکراه ندارد، ولی مدعای بحث این نیست، بلکه سخن در این است که آیا ادله اولیه اساساً عقد مکره را شامل می شود یا خیر؟ ایشان با تمسک به امتنانی بودن حدیث رفع درباره ادله اولیه صحت و لزوم عقود، حکم می کنند که اصاله العموم بر اصاله الاطلاق مقدم است و عقد مکره مشمول این ادله پس از زوال اکراه می گردد، این بیان صحیح نیست، زیرا امتنانی بودن حدیث رفع مربوط به مفاد خودش است و ربطی به مفاد سایر ادله ندارد و نمی توان از این حدیث فهمید که تمام ادله اولیه (که حدیث رفع ناظر به آنهاست) تنها در صورت امتنان جعل شده است.

خلاصه با این بیان، نمی توان شمول ادله اولیه را نسبت به عقد مکره پس از رضی شدن مالک به اثبات رسانید.

5 ادامه بررسی کلام مرحوم آقای خویی:

جهت چهارم: درباره این کلام ایشان که می فرمایند که اگر ما قائل به کشف بوده و رضایت را شرط متأخر بدانیم (1)، بحث دوران امر بین تخصیص افرادی و تقیید

ص: 3482

1- (1) (توضیح بیشتر) مبنای شرط متأخر دانستن رضا، از سوی مرحوم آقای خویی در جاهای مختلف دیده شده است از جمله در همین جلد از کتاب نکاح، ص 34 آمده: اما الکشف الحقیقی فهو و ان کان ممکناً فی نفسہ بحیث تکون الاجازة شرطاً متأخراً، الا انه لا دلیل علیه ایضاً، فان ظاهر الادله انما هو اعتبار نفس الرضا والاجازة لا

از زمانی اصلاً پیش نمی آید، عرض می کنیم که

اولاً: ظاهر «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» آن است که تراضی به عنوان شرط مقارن اخذ شده است نه به عنوان شرط متأخر برای افاده شرط متأخر، آیه مثلاً باید چنین بیان می کرد:

(إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً وَ يَكُونِ الْمَالِكُ رَاضِيًا فِي الْمُسْتَقْبَلِ)، بنا بر مبنای فوق باید از ظهور آیه در شرط مقارن بودن رضا چشم پوشید.

ثانیاً: لازمه شرط متأخر دانستن رضایت مالک آن است که عقدی که ملحق به رضایت باشد از آغاز صحیح باشد، و این امر مستلزم آن است که ایشان از برخی مبنای خود دست بردارند، زیرا به عقیده ایشان حدیث رفع اختصاص به احکام تکلیفی ندارد، بلکه تمام احکام وضعی را از مکره بر می دارد، البته به شرط آن که در این رفع، امتنانی بر مکره باشد، تردیدی نیست که بطلان عقد مکره در زمانی که هنوز رضایت مالک نیامده مطابق امتنان می باشد البته بطلان عقد مکره پس از لحوق اجازه مطابق امتنان نیست ولی بطلان در فاصله صدور عقد و رضایت مالک، امتنانی است، لذا اگر ما به صحت عقد مکره در این فاصله زمانی قائل شدیم باید مبنای مرفوع بودن جمیع احکام وضعی با حدیث رفع را در این بحث نپذیرفته باشیم بنابراین کلام ایشان در این بحث با مبنای ایشان در تفسیر حدیث رفع سازگار نیست.

6) مقدمه ای در تحقیق مسئله از سوی استاد - مد ظله :-

به نظر ما احکامی که در دلیل بر عناوینی بار شده است بر سه قسم است، گاه عنوان تنها عنوان مشیر به ذات خارجی است و خود در ثبوت حکم دخالت ندارد و گاه عنوان در حکم دخالت دارد ولی حدوث عنوان، حکم مستمری را می آورد و گاه

عنوان حدوثاً و بقاء در ثبوت حکم دخالت دارد. بنابراین با زوال عنوان، حکم هم زایل می گردد، تعیین کننده این سه قسم تناسب حکم و موضوع و ارتکازات عرف و عقلا می باشد.

در توضیح این اقسام به ذکر مثالهایی برای آنها می پردازیم

مثال اول: در روایت مفصّل بن عمر از امام صادق علیه السلام خطاب به فیض بن المختار آمده است: فاذا اردت حدیثنا فعلیک بهذا الجالس و أوماً الی رجل من اصحابه فسألت اصحابنا فقالوا زراه بن اعین(1).

در اینجا عنوان «الجالس» عنوان مشیر به زراه بوده، و جلوس وی هیچ تأثیری در حکم نداد و نمی توان گفت که اگر زراه از حال جلوس به حال قیام انتقال پیدا کرد حکم تغییر می کند و در هنگام جلوس وی هم به مناط جالس بودن، وجوب اخذ حدیث نیامده است.

مثال دوم: در کلام فقهاء آمده است: اذا لاقی الثوب نجاسه وجب تطهیره(2)، در اینجا ملاقات ثوب با نجاست که امری است آنی، وجوب تطهیر را در زمان بعد از ملاقات هم بدنبال می آورد، چون تناسب حکم و موضوع اقتضاء می کند که ملاقات ثوب با نجاست آلودگی در ثوب ایجاد کرده که پس از ارتفاع ملاقات هم این آلودگی باقی است و بقاء آلودگی دائر مدار بقاء ملاقات نیست(3).

مثال سوم: اگر در دلیلی اکرام عالم واجب شود، و در دلیل منفصل، حرمت اکرام فاسق آمده باشد، ما با جمع بین این دو دلیل می گوئیم که اکرام عالم غیر فاسق واجب است، در اینجا به تناسب حکم و موضوع می فهمیم که موضوع وجوب احترام از دو جزء برخوردار است. علم و عدم فسق، لذا همچنان که اگر کسی سابقاً عالم نبود، بعد عالم شد (با برخورداری از شرط دیگر) وجوب احترام دارد، همین

ص: 3484

1- (1) رجال کشی: 216/136.

2- (2) تهذیب 1: 276.

3- (3) استاد - مد ظله - برای این مورد سابقاً به آیه «لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ» مثال می زدند که قراین نشان می دهد که حدوث ظلم در یک فرد سبب می گردد که دیگر الی الابد شایسته تصدی منصب امامت نباشد.

طور اگر کسی سابقاً عالم بود ولی شرط عدم فسق را دارا نبود، پس از این که این شرط را دارا گردید مضمول این دلیل می گردد، به تناسبات حکم و موضوع دلیلی که عدم وجوب اکرام فاسق را می رساند، عدم اکرام فاسق در زمان فسق را بیان می کند، نه این که به مجرد حدوث فسق در یک شخص در یک زمان الی الابد حتی در زمان عدالت وی. وجوب احترام نداشته باشد، بلکه این دلیل تنها عدم وجوب احترام مادام الفسق را می رساند و اجمال هم ندارد.

(7) تطبیق مقدمه فوق بر محل بحث:

در بحث ما مفروض این است که ادله اولیه بر صحت و لزوم عقود دلالت می کند، به دلیل منفصل حدیث رفع، عقد مکره از شمول این ادله خارج شده است، ولی تناسب حکم و موضوع اقتضاء می کند که خروج عقد مکره از شمول این ادله تنها در زمان اکراه است نه بطور دائمی، همچنان که در سایر فقرات حدیث همچون فقره (ما اضطرروا الیه) هم حکم همین گونه است، اگر کسی در یک زمان به شرب خمر اضطرار داشته، این اضطرار سبب نمی شود که حتی پس از زوال اضطرار هم شرب خمر جایز باشد و حرمت آن مرفوع باشد، بلکه رفع حرمت مادام الاضطرار است، رفع صحت و لزوم عقد مکره هم به تفاهم عرفی مادام الاکراه است.

بنابراین تناسب حکم و موضوع اقتضاء می کند که عقد مکره از مصادیق قسم سوم از اقسام سه گانه گذشته بوده و حکم بطلان حدوثاً و بقاء دایر مدار صدق عنوان اکراه باشد، لذا پس از لحوق اجازه حکم به صحت عقد می گردد.

ان قلت: اگر حکم لزوم عقد یا صحت آن، حدوثاً و بقاء دایر مدار رضایت طرفین باشد باید پس از تحقق عقد، اگر یکی از دو طرف معامله از رضایت خود برگردد، عقد غیر صحیح یا غیر لازم گردد، چون به هر حال بقاء شرط صحت یا لزوم موجود نیست.

قلت: ما دایر مدار رضایت بودن عقود را به تناسب حکم و موضوع و فهم عقلاء

مستند ساختیم، بنای عقلاء بر این نیست که طرفین معامله هر زمان بخواهند بتوانند عقد را به هم بزنند، بلکه اگر در یک زمان عقد مقرون به رضایت تحقق یافت بر لزوم پایبندی به این عقد حکم می کنند، لذا نمی توان استمرار صحت و لزوم عقد را پس از زوال رضایت به مورد بحث ما که عقد مکره ابتداء همراه رضایت نبوده و بعداً همراه رضایت بوده قیاس نمود.

(ب) اشاره به مسئله 15:

(1) متن مسئله:

لا يشترط الذكوره في العاقد، فيجوز للمرأة الوكاله عن الغير في اجراء الصيغه، كما يجوز اجراؤها لنفسها.

(2) توضیح مسئله:

بحثی در این مسئله نیست چون اطلاق و عمومات صحت و لزوم معاملات و نکاح اقتضاء می کند که در مجری صیغه بین مرد و زن فرقی نداشته باشد، در خصوص جایی که زن برای خودش عقد می کند روایات خاص هم وارد شده است، همچون روایت ابان بن تغلب که در آن در مورد کیفیت عقد متعه وارد شده است:

فاذا قالت نعم فقد رضيت فهي امرأتك و انت اولی الناس بها. (1)

«* و السلام*»

ص: 3486

1- (1) کافی 5: 3/455، تهذیب 7: 70/265، وسائل 21: 26486/43، باب 18 از ابواب متعه، ح 1.

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه، به بررسی مسئله 16 عروه پرداخته، ابتدا محدوده موضوع مورد بحث پیرامون صلاحیت متعاقدين برای اجرای عقد، مشخص می گردد و سپس به نقل و نقد چهار وجه از وجوه پنجگانه ای که در کلمات فقهاء برای لزوم واجد صلاحیت بودن طرف دوم عقد هنگام اجرای رکن اول به وسیله عاقد اول، و یا استمرار صلاحیت طرف اول عقد تا زمان اجرای رکن دوم عقد به وسیله عاقد دوم، آمده است پرداخته می شود و استاد مد ظله به این نتیجه می رسند که در صحت عقد از نظر صلاحیت متعاقدين همین مقدار کافی است که هر یک از متعاقدين به هنگام اجرای انشاء مربوط به خود صلاحیت اجرای عقد داشته، به اموری که موجب عدم صحت عقد می شود متصف نباشند و به هنگام اجرای رکن دوم عقد (چه ایجاب باشد چه قبول) اجراکننده رکن اول از التزام خود عدول نکرده باشد. بنابراین در موقعی که طرف اول عقد به انشاء صیغه می پردازد طرف دوم عقد لازم نیست واجد شرایط صلاحیت عقد باشد. و همچنین در فاصله بین ایجاب و قبول و بلکه حتی هنگام اجرای رکن دوم عقد به وسیله عاقد دوم، لازم نیست عاقد اول واجد شرایط صلاحیت اجرای عقد باشد.

الف) مسئله 16 عروه: یشرط بقاء المتعاقدين علی الاهلیه الی تمام العقد

1) متن مسئله:

یشرط بقاء المتعاقدين علی الاهلیه الی تمام العقد، فلوا وجب ثم جن او اغمی علیه قبل مجیء القبول لم یصحّ، و کذا لو اوجب، ثم نام بل او غفل عن العقد بالمره و کذا الحال فی سائر العقود، و الوجه عدم صدق المعاهده و المعاهده، مضافاً الی دعوی الإجماع و انصراف الأدله.

بحث در این است که هر دو طرف عقد باید از آغاز شروع عقد تا انجام آن، واجد شرایط بوده، یعنی علاوه بر این که هر دو طرف در موقعی که خودش اجراء صیغه می کند باید دارای شرایط صحت عقد باشد، طرف دیگر هم باید شرایط را دارا باشد. ظاهر عبارت مصنف این است که متعاقبین از اول حدوث عقد باید دارای شرایط بوده و این شرایطار بودن باید بقاء هم داشته باشد. پس مسئله صورتهای مختلفی می تواند داشته باشد (چنانچه خواهد آمد)، البته مرحوم مصنف با فاء تفریع برخی از فروض مسئله را ذکر کرده اند که طرفین اول دارای شرایط بوده اند ولی بعداً طرف اول صلاحیت خارج شده مثلاً حالت بیهوشی یا دیوانگی یا غفلت کامل از عقد برای وی حاصل گردد.

ایشان دلیل عدم صحت را عدم صدق معاقده می داند چون معاقده ارتباط بین طرفین است و اگر یکی از دو طرف از صلاحیت بیفتد، معاقده و معاهده صدق نمی کند، در نتیجه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل این مورد نمی گردد (1)، علاوه بر این که ادعاء اجماع و انصراف ادله هم در کار است، اشتراط این امر اختصاص به باب نکاح نداشته در سایر عقود هم جریان دارد.

3) کلام مرحوم آقای خوئی در توضیح صورتهای مسئله:

ایشان برای مسئله سه فرض ذکر کرده اند. فرض اول این است که قابل در هنگام ایجاب موجب فاقد صلاحیت و در زمان قبول، واجد صلاحیت باشد اما صلاحیت خود موجب تا زمان قبول قابل باقی باشد. فرض دوم این است که حین ایجاب هر دو واجد صلاحیت باشند اما صلاحیت موجب، حین قبول قابل از دسته رفته باشد.

ص: 3488

1- (1) (توضیح بیشتر) با عدم شمول ادله صحت، با استصحاب عدم تحقق نقل و انتقال و عدم ترتب اثر، حکم به بطلان معامله می گردد و نیز استدلال به انصراف برای تکمیل به افزودن استصحاب نیازمند است چنانچه در کلام استاد - مد ظله - اشاره خواهد شد.

فرض سوم این است که متعاقدين هر دو، هنگام ايجاب و قبول واجد صلاحيت باشند ولي در زمان فاصل بين ايجاب و قبول انقطاعي در صلاحيت يكي از طرفين (على سبيل منع الخلو) حاصل مي شود و استمرار نمي يابد.

4) توسعه در موضوع مسئله:

همانطور که ملاحظه شد مرحوم آقای خوئی، فرض موضوع را بر محور ايجاب و قبول و موجب و قابل قرار داده بدین شکل که ايجاب، اول انجام گیرد و پس از آن، قبول قابل تحقق یابد. اما از آنجا که مواردی هم هست که قبول متقدم می شود بهتر است مانند صاحب شرایع تعبیر کنیم و فرض مسئله را بر محور طرف اول عقد یا عاقد اول، و طرف دوم عقد یا عاقد دوم قرار دهیم و بگوییم مثلاً موقعی که رکن اول عقد محقق می شود، چه ايجاب باشد و چه قبول، آیا طرف دوم عقد باید واجد صلاحيت باشد. و همین طور در هنگام اجراء عقد دوم، آیا رکن اول عقد باید بر صلاحيت خود باقی باشد.

ب) وجوه لزوم بقاء صلاحيت متعاقدين:

اشاره

از کلمات فقهاء پنج وجه در این باره اقامه شده است که برخی صلاحيت متعاقدين را به هنگام ايجاب و قبول لازم دانسته اند و حتی ظاهر بعضی کلمات این است که این صلاحيت در متعاقدين لازم است تا پایان عقد استمرار داشته باشد و در حد فاصل بين ايجاب و قبول این صلاحيت و اهليت حتی به صورت مقطعی از بين نرفته باشد، این ادله پنج گانه برخی برای اثبات لزوم صلاحيت داشتن یک طرف در هنگام عقد طرف ديگر اقامه شده و برخی برای اثبات لزوم صلاحيت در حد فاصل بين ايجاب و قبول و برخی برای اثبات هر دو امر.

1) وجه اول؛ ادعای لا خلاف و اجماع:

صاحب جواهر پس از اینکه ادعای «لا خلاف» را مطرح می نماید، به این معنا که در لزوم بقاء صلاحیت متعاقدين بين اصحاب اختلافی نیست، می فرماید «کما اعترف به بعضهم». و صاحب عروه دعوای اجماع را در این مقام به عنوان دلیل اشتراط بقاء صلاحیت متعاقدين ذکر می نمایند.

2) نقد استاد مد ظله از وجه اول:

از ظاهر کلام صاحب جواهر معلوم می شود که خود ایشان فحص کاملی ننموده اند. اما حتی اگر چنین لا خلافی نیز از طریق فحص ثابت گردد، برای اثبات اجماع کفایت نمی کند. به خاطر اینکه «لا خلاف» هنگامی می تواند دلیل اجماع باشد که از قدیم همه فقهاء یا اکثریت قریب به اتفاق آنها، مسئله را عنوان کرده باشند و خلافی بین آنها مشاهده نگردد اما در ما نحن فیه، اشخاص کمی مسئله را عنوان کرده اند. بنابراین عدم خلاف بین آنان، اجماع را ثابت نمی کند. و بر فرضی که بین فقهای یک عصر هم اجماعی بر شرطیت صلاحیت طرفین تا پایان عقد باشد، چنین اجماعی به زمان معصوم متصل نبوده، کاشف از تقریر معصوم نمی باشد. خصوصاً که مسئله مورد نظر از فروعات نادر الوجود و قلیل الابتلاء است که به ندرت اتفاق می افتد و در روایات هم اثری از آن نیست. بنابراین بر فرض اینکه در بعضی از اعصار بر آن توافقی صورت گرفته باشد، به هیچ وجه کاشف از اتصال به زمان معصوم نیست.

بنابراین نه «اجماع» و نه «لا خلاف» در این بحث سودمند نیست.

3) وجه دوم؛ انصراف ادله:

گفته اند که ادله مقام از فروضی که صلاحیت برای طرفین عقد نباشد، منصرف است و شامل آن فروض نیست. پس از انصراف ادله و عدم وجود دلیل بر صحت

عقد در این مورد، زمینه تمسک به استصحاب فراهم می آید که اقتضا می کند که در این فروض مشکوکة نقل و انتقالی حاصل نشود. بنابراین نتیجه بطلان عقد گرفته می شود.

4) نگاهی به وجه دوم از نظر استاد - مد ظله -

انصراف به دو گونه انجام می شود. یکی انصراف بدوی و دیگری انصراف مستقر. انصراف بدوی آن است که ذهن مردم عادی فقط از نظر تصور به یک موردی منتقل نمی شود و فقط آن مورد خارج از تصور است اما اگر به آن توجه کند می گوید فرقی ندارد و آن هم همین حکم را دارد. و انصراف مستقر آن است که ذهن مردم عادی به آن مورد توجهی نمی کند و اگر هم به آن توجه کند تصدیق می کند که آن مورد خارج از دلیل است و حکم موجود در دلیل شامل آن نمی شود. انصرافی که حجت است همین انصراف مستقر است. و برای اینکه بدانیم که آیا در ادله مقام، انصراف مستقر نسبت به سایر فروض، وجود دارد یا نه؟ باید وجوه دیگری که برای لزوم بقاء صلاحیت طرفین اقامه شده است، ملاحظه گردد تا معلوم شود آیا واقعاً بعد از توجه به آن وجوه هم ذوق، به انصراف حکم می کند یا خیر؟

5) وجه سوم؛ تفصیل مرحوم آقای حکیم:

ایشان بین اموری که صلاحیت خطاب و مخاطبه را از بین می برند مثل خواب و دیوانگی و اغماء، و بین اموری که موجب می شوند که انشاء نافذ نباشد تفصیل قائل شده اند و فرموده اند که اموری که صلاحیت خطاب را از بین می برند نباید در هنگام وقوع هر دو رکن عقد، در هیچ کدام از متعاقبین وجود داشته باشند یعنی متعاقبین در موقع تحقق هر یک از دو رکن عقد باید واجد صلاحیت تخاطب باشند زیرا عقد قرار دادی است که بین طرفین واقع می شود لذا باید هر دو، در حالتی باشند که بتوان به آنها خطاب نمود. اما اموری که باعث می شوند که انشاء نافذ نباشد مثل حجر و افلاس و سفه، بعد از اینکه طرف مقابل شخصی که به اجزاء یکی از دو رکن عقد

مشغول است، صلاحیت مورد خطاب واقع شدن را داشته باشد، لازم نیست که او به این امور متصف نباشد بلکه همین مقدار که هر کدام از متعاقدين به هنگام انجام وظیفه خود به این امور متصف نباشد، کافی است یعنی هنگامی که یکی از آنان به وظیفه خود مشغول است و به این امور متصف نیست، متصف بودن طرف مقابل به یکی از این امور موجب بطلان عقد نمی شود.

6) نقد استاد - مد ظله - از وجه سوم:

تفصیلی که مرحوم آقای حکیم قائل شده اند، تفصیل در محل بحث ما نیست، زیرا بحث در عروه در شرایط صیغه و اهلیت متعاقدان برای اجراء صیغه می باشد، سفیه، مفلس دارای این صلاحیت می باشند، مجرد احتیاج عقد سفیه یا مفلس به اجازه ولی یا دپان(1) سبب نمی شود که صیغه سفیه یا مفلس بی اثر باشد، همچنین در مورد صبی بنا بر مبنای مرحوم سید که وی را مسلوب العباره نمی داند، مجرد نیازمندی عقد وی به اجازه صبی در هنگام بلوغ یا اجازه ولی سبب نمی گردد که صیغه صادر شده از سوی وی باطل شمرده شود، خلاصه بحث ما در جایی است که یک طرف عقد در هنگام اجراء عقد از سوی طرف دیگر اساساً صحت تأهلی ندارد همچون موارد خواب، بیهوشی، دیوانگی) اما در جایی که صحت تأهلی وجود دارد، ولی صحت فعلی وجود ندارد مسئله دیگری است که به بحث عروه مربوط نیست، بنابراین کلام مرحوم آقای حکیم تفصیل در محل بحث نمی باشد.

7) بررسی تفصیل مطرح شده در کلام مرحوم آقای حکیم:

هر چند مسئله ای که مرحوم آقای حکیم مطرح کرده و حکم به عدم اشتراط اهلیت در آن نموده اند از محل بحث خارج است، اما به مناسبت به نقد آن اشاره می کنیم.

ص: 3492

1- (1) (توضیح بیشتر) که البته این اجازه هم در جایی لازم است که سفیه یا مفلس بر مال خودشان معامله می کنند ولی اگر معامله بر روی مال دیگری با اذن یا اجازه آنها باشد، نیاز به اجازه هم ندارد، و همین طور در مورد عقد صبی هم نیاز به اجازه خود پس از بلوغ یا اجازه ولی در جایی است که در مال خود عقد می کند.

قسمتی از فرمایش ایشان صحیح است. اگر طرف دوم عقد در هنگام صدور عقد از سوی طرف اول دارای شرایط تخاطب بوده ولی شرط نفوذ فعلی عقد را نداشته باشد. مثلاً محجور باشد، اما در هنگامی که وظیفه خود را انجام می دهد واجد صلاحیت گردد، مثلاً ارث زیادی به وی رسیده از افلاس خارج گردد، در اینجا عقد انجام گرفته صحیح و موقوف بر اجازه نیست، زیرا دلیلی بر اشتراط عدم محجوریت طرف دوم عقد در هنگام صدور عقد از سوی طرف اول نداریم و همین مقدار که در هنگام حکم شارع به نقل و انتقال و ترتب اثر عقد طرفین دارای صلاحیت برای نفوذ فعلی عقد باشند کفایت می کند، اما در عکس این صورت در جایی که طرف اول عقد در هنگام اجراء صیغه واجد صلاحیت بوده و شرایط نفوذ فعلی عقد را دارا باشد ولی به هنگامی که طرف مقابل رکن دوم را انجام می دهد، به وصفی متصرف گردد که انشاء وی را از نفوذ فعلی می اندازد مثلاً محجور شود، در اینجا مرحوم آقای حکیم عقد انجام گرفته را صحیح و منشأ ترتب اثر فعلی می دانند ولی این کلام صحیح به نظر نمی آید، زیرا فرض این است که هنوز شارع حکم به نقل و انتقال نکرده و هنوز مال مورد نظر در ملک این شخص است، حال اگر این شخص محجور گردد (حال به حکم حاکم شارع یا بدون حکم وی بنابراین که حکم حاکم در محجوریت دخالت داشته باشد یا نداشته باشد) چه دلیلی داریم که محجوریت وی نسبت به این مال اثر نگذاشته باشد، البته پس از نقل و انتقال، قهراً این شخص نسبت به منتقل عنه بیگانه است و وجهی ندارد که حکم تقسیم بالحصص که نسبت به اموال محجور صورت می گیرد مالی را که قبلاً ملک محجور بوده شامل گردد، ولی شمول حکم حجر نسبت به مالی که در هنگام محجور شدن هنوز ملک محجور است بی اشکال است.

پس باید بین عدم اهلیت طرف دوم عقد در هنگام اجراء رکن اول عقد و بین عدم اهلیت طرف اول عقد در هنگام اجراء رکن دوم عقد فرق گذاشت، صورت اول را صحیح فعلی و صورت دوم را غیر صحیح فعلی دانست.

همانطور که در مبحث تعیین موضوع مسئله عرض شد، ایشان مسئله را دارای سه فرض می دانند و سپس حکم هر فرض را بیان می نمایند. فرض اول آن بود که اجراءکننده رکن اول (1) صلاحیت دارد و واجد تمام شرائط هست و این صلاحیت تا زمانی که رکن دوم عقد می خواهد انجام پذیرد محفوظ نبوده اما به هنگامی که می خواهد رکن دوم را اجراء کند واجد صلاحیت می گردد. در این فرض ایشان می فرمایند که وجهی برای بطلان نیست.

در توضیح کلام ایشان باید عرض کنیم که عقد عبارت از ایجاب نیست زیرا ایجاب عبارت از الفاظی است که در پی هم می آیند و حادث هستند و بقایی ندارند اما عقد یک قراردادی است و یک موجودی است که حدوث و بقاء دارد لذا می گوئیم فلان شخص عقد را فسخ کرد زیرا فسخ در جایی تعبیر می شود که ارتباط بین اجزاء یک موجود قطع گردد. پس، بعد از اینکه عقد یک امر قارّ، و التزامی مرتبط به التزام دیگر است و فرض این است که التزام اول باقی است تا هنگام التزام دوم و التزام دوم هم هنگامی تحقق می یابد که التزام اول باقی است، در این صورت وجهی برای بطلان عقد نیست و لازم نیست که در موقع انشاء اول و اجرای رکن اول، طرف دیگر نیز صلاحیت داشته باشد بلکه آنچه که در عقد مهم است این است که التزام دوم به شکلی صحیح به التزام اول ملحق و مرتبط گردد.

فرض دوم این بود که در موقع اجرای رکن اول، متعاقدين واجد صلاحیت می باشند و به هنگام اجرای رکن دوم اجراءکننده رکن اول صلاحیت خود را از دست می دهد مثلاً بیهوش یا دیوانه می شود. در این فرض مرحوم خوبی قائل به بطلان عقد می شوند زیرا که به هنگام تحقق التزام دوم، التزام اول از بین می رود و دو التزام به هم متصل و مرتبط نمی شوند.

ص: 3494

1- (1) لازم به ذکر است که مرحوم آقای خوبی به جای رکن اول و دوم عقد، قابل و موجب تعبیر می کنند اما همانطور که در اول درس عرض شد بهتر است به عاقد اول و دوم (اجراءکننده رکن اول و اجراءکننده رکن دوم) تعبیر کنیم زیرا بعضی اوقات قبول قبل از ایجاب محقق می شود.

فرض سوم این است که هنگام ایجاب و قبول، متعاقدين واجد صلاحيت باشند اما در فاصله بين ايجاب و قبول يكي از متعاقدين فاقد صلاحيت مي گردد و دوباره به هنگام انجام ركن دوم عقد، واجد صلاحيت مي شود.

در اين صورت ايشان مي فرمايند كه دليلي بر بطلان عقد نداريم زيرا هنگامي كه مي خواهيم حكم به صحت نماييم دو التزام به هم مرتبط هستند و شاهد اين مدعا اين است كه بناي عقلاء و سيره آنان بر اين استوار است كه چنانچه كسي انشاء عقدي كرده سپس نامه اي به طرف مقابل بنويسد كه چنين انشايي انجام گرفته است و طرف هم قبول مي كند عقلاً چنين عقدي را صحيح مي دانند با اين كه مي بينيم كه در فاصله بين انشاء موجب و قبول قابل، غفلت هاي زيادي پديد مي آيد مثلاً خواب عارض مي شود اما عقلاء به اين غفلت ها اعتنايي نمي كنند و اين شاهد بر اين است كه استمرار صلاحيت امر لازم نيست.

9) نقد استاد - مد ظله - از وجه چهارم:

اتفاقاً همين شاهدي كه براي فرض سوم خود ذكر نمودند، دليل براي تفصيلي است كه ايشان در ما نحن فيه ذكر نموده اند و در حقيقت اين شاهدي است براي اينكه بين صورتی كه صلاحيت يكي از متعاقدين در فاصله بين ايجاب و قبول از بين رفته باشد، يا اين صلاحيت در هنگام قبول از بين رود فرقي نيست و همين سيره عقلاء گويای اين است كه در قراردادها، استمرار حقيقي لازم نيست و استمرار حكمي كافي است. (1) به اين معنا كه هر كدام از متعاقدين هنگامي كه ديگري به

ص: 3495

1- (1) در نيت نماز نيز همين استمرار حكمي و عدول نكردن از نيت معتبر است و لازم نيست كه اخطار در ذهن و مانند آن تا آخر زمان باقي باشد. (توضيح بيشتري) نيت نماز را بسياري از قداماء به اخطار به قلب تفسير مي كرده اند، لذا چون اين حالت غالباً به صورت بالفعل استمرار ندارد، استمرار حكمي آن را كافي مي دانند. يعني نيت متضاد با نيت اول نداشته و در خزانه قلب وي نيت موجود باشد به گونه اي كه اگر التفات داده شود. اخطار فعلي پيدا مي كند، متأخرين معمولاً نيت را از باب داعي و انگيزه الهی می دانند كه در اينجا استمرار حقيقي آن امكان داشته و استمرار حكمي مطرح نيست.

وظیفه مربوط به خود عمل می کند از التزام خود برنگشته باشد: این بنای عقلاء خصوصاً در گذشته که بین دو کشور قرارداد منعقد می شد و بین ایجاب و قبول هفته ها و ماه ها فاصله می افتاد، شاهد بر این است که در فرض سوم هم مانند فرض اول، عقد صحیح است و وجهی برای بطلان نیست. و معیار در هر دو فرض این است که هنگامی که رکن دوم توسط شخص انجام می شود، اجراکننده رکن اول از التزام خود عدول نکرده باشد و به این وسیله التزام دوم به التزام اولی مرتبط می گردد. علامه حلی نیز مثالی زده اند که نشان دهنده عدم اشتراط استمرار در صلاحیت و اهلیت متعاقدین به نظر ایشان است. ایشان اینگونه مثال می زنند که واسطه ای به کسی می گوید دختر خود را به عقد زید در آور و او نیز می گوید زوجه بنتی من زید با اینکه اصلاً زید متوجه نیست که پدر دختر یکی از دو رکن عقد را انجام داده است، بعداً واسطه، ما وقع را برای زید نقل می کند و او نیز رکن دیگر عقد را جاری می کند. در این مثال با اینکه موقع اجرای رکن اول، عاقد دوم و طرف دوم عقد واجد صلاحیت نبوده و اصلاً نشنیده و صلاحیت تخاطب نداشته ولی بعد می شنود، در این مثال علامه حلی می فرمایند که عقد صحیح است. «* و السلام*»

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه به پی گیری مسئله لزوم بقاء اهلیت متعاقدين پرداخته، وجوهی که برای بطلان عقد در صورت عدم اهلیت هر یک از متعاقدين شمرده شده، همچون اجماع، اعتبار مخاطبه بین المتعاقدين، عدم صدق معاقده، عدم قصد و رضایت، قیاس به عقود جائزه، و انصراف ادله همه را ذکر و ناتمامی آن ها را اثبات می کنیم.

سپس مسئله اشتراط تعیین زوج و زوجه را طرح و توضیحی پیرامون آن می دهیم.

الف) پی گیری بحث لزوم بقاء اهلیت متعاقدين تا پایان عقد:

اشاره

برای لزوم بقاء اهلیت متعاقدين تا انتهاء ایجاب و قبول به وجوهی استدلال شده است:

1) تکمیل بررسی اجماع:

در جلسه گذشته دلیل اجماع را مطرح و ناتمامی آن را ذکر کردیم. صاحب جواهر در مسئله بطلان انشاء طرف موجب که پس از ایجاب، به جنون یا اغماء مبتلا گردد می گوید:

بلا خلاف اجده فیه کما اعترف به بعضهم(1). در کشف اللثام که صاحب جواهر نوعاً معلومات اطلاعاتی را از آن کتاب اخذ می کند چنین مطلبی یافت نشد. باید با فحص بیشتر معلوم نمود که منظور وی از «بعضهم» چه کسی است. البته شیخ رحمه الله در

ص: 3497

مبسوط در باب نکاح در جایی که اغماء یا جنون و یا مرضی به عاقد اول (موجب باشد یا قابل) پیش از انشاء عاقد دوم عارض شود می فرماید: چنین عقدی بلا خلاف باطل است. البته مراد ایشان از «بلا خلاف» در آن کتاب، عدم الخلاف بین المسلمین است. لکن باید به کتب عامه هم مراجعه کرد. ولی در هر حال چون ما مبنای حجیت اجماع را بر تقریر معصوم علیه السلام (ولو با عدم ردع) استوار، و اتصال اتفاق را تا زمان ائمه شرط آن می دانیم، در مسائلی که به ندرت اتفاق می افتد و محل ابتلا نیست (مانند عروض جنون یا اغماء پس از انشاء عاقد اول و پیش از انشاء عاقد دوم) نمی توان با عدم ردع، تقریر معصوم را اثبات کرد، هر چند در میان عامه مخالفی هم نداشته باشد. بنابراین در این مسئله نمی توان به چنین اجماعاتی استناد کرد.

(2) اعتبار مخاطبه بین المتعاقدين:

از وجوه دیگری که ذکر شده، لزوم تحقق تخاطب بین المتعاقدين است که عرض کردیم کبرویاً دلیلی بر لزوم صلاحیت داشتن طرفین برای تخاطب در هنگام انشاء عقد وجود ندارد.

(3) لزوم صدق معاهده:

یکی دیگر از آن وجوه، لزوم صدق معاهده است و با عروض جنون یا اغماء بین ایجاب و قبول، معاهده صدق نمی کند و این وجه نیز مخدوش است. زیرا معاهده به معنای ارتباط پیدا کردن عقد به طرفین است و چون عقد دارای یک معنای بقایی است وقتی که عاقد اول انشاء کرد مادامی که از این عقد رجوع نکرده، التزام او در عالم اعتبار باقی است و همین که عاقد دوم با انشاء به آن ملتزم شد این عقد به طرفین مرتبط می شود و دلالت بر بیش از این، یعنی لزوم اهلیت مقارن در طرف مقابل خصوصاً استمرار اهلیت او نمی کند.

4) اعتبار قصد و رضا در عقد:

صاحب جواهر یکی از آن وجوه را اعتبار قصد و رضا در عقد می داند. عبارت ایشان در توضیح کلام شرایع مبنی بر بطلان ایجاب موجب در وقتی که پیش از پذیرفتن قابل، مجنون یا مغمی علیه شود، چنین است (1)... مضافاً الی ما دل علی شرطیه القصد و الرضا و نحوها فی العقد الذی هو عباره عن الايجاب و القبول لا الايجاب وحده و المراد من اشتراطه مثلاً بالنسبه الی الموجب بقاؤه عاقلاً الی قبول القابل لا حال صدور الايجاب منه فانه لیس شرطاً فی العقد حیثاً فاذا فرض ارتفاع القابلیه بعد الايجاب قبل القبول لم يحصل الشرط فی تمام العقد الذی یراد منه استمراره علی الحال الذی حصل له حال نطقه بالایجاب. (2)

ولی آنچه که ثابت است اعتبار قصد و رضایت عاقد حین انشائه می باشد. اما لزوم استدامه آن تا زمان انشاء عاقد دوم دلیلی بر آن نداریم. صاحب جواهر هم بیان و استدلالی برای آن ذکر نمی کنند. بلکه حین ایجاب اول، قصد و رضایت عاقد دوم هم به دلیل اینکه گفتیم «التزام» در عقود یک حالت بقایی دارد، معتبر نیست و لذا در عقد فضولی نیز که قصد و رضایت مالک حین العقد محقق نیست خللی به صحت آن وارد نمی کند. لذا این دلیل نیز نمی تواند بطلان را ثابت کند.

5) قیاس عقود لازمه پیش از تحقق رکن دوم آن به عقود جائزه:

اشاره

در جواهر دلیل دیگری ذکر کرده که پیش از وی نیز این دلیل مطرح بوده و آن

ص: 3499

1- (1) جواهر الکلام، ج 29، ص 147.

2- (2) از عبارت صاحب جواهر استفاده می شود که ایشان اشتراط بقاء قصد و رضا را تنها در موجب (یا به تعبیر بهتر «عاقد اول») معتبر می داند و کلام ایشان ناظر به اشتراط آن در قابل هنگام ایجاب عاقد اول نیست همچنان که مرحوم آقای خوئی نیز بر خلاف شیخ انصاری رحمه الله انکار چنین شرطی کرده اند ولی مرحوم آقای حکیم از کلام جواهر چنین استفاده کرده اند که ایشان بقاء قصد و رضا را هم پس از ایجاب موجب و هم در قابل حین ایجاب موجب، شرط می داند عبارت مستمسک چنین است: و فی الجواهر استدلال علیه بان ظاهر ادله شرطیه القصد و الرضا و نحوها فی العقد اعتبار ذلک فی تمام العقد المركب من الايجاب و القبول لا اعتبار قصد الموجب فی الايجاب فقط و قصد القابل فی القبول فقط. مستمسک العروه الوثقی، ج 14، ص 390.

اینکه: معنای لزوم در عقود این است که طرفین باید به عقد ملتزم بوده و به آن ترتیب اثر دهند و نمی توانند آن را همچون عقد جایز فسخ کنند ولی در عین حال پیش از اینکه عقد را قابل بپذیرد این عقود مانند عقد جائز است یعنی موجب می تواند ایجاب خود را کلاً ایجاب حساب کرده و آن را فسخ کند و چون اغماء و جنون در عقود جایزه باعث بطلان قهری آن می شود هم چنان که اگر موکل پس از توکیل، مجنون یا مغمی علیه شود وکالتش باطل می شود لذا عروض اغماء و جنون به موجب پیش از قبول قابل در عقود لازمه نیز باید باعث بطلان ایجاب گردد.

مناقشه استاد - مد ظله -

اولاً: کلیت مقیس علیه یعنی بطلان هر عقد جایزی با عروض اغماء و جنون ثابت نیست. خود جواهر هم در آن مناقشه دارد. تنها در باب وکالت دعوای اتفاق شده که آن نیز به نظر ما باید به دقت بررسی شود ولی در هر حال به صورت کبری کلی نمی توان آن را در همه عقود جایزه پذیرفت.

ثانیاً بر فرض تمامیت کبری این قیاس مع الفارق است. زیرا عقودی همچون بیع و نکاح که پیش از تحقق رکن دوم عقد (قبول) زمینه لزوم در آنها وجود دارد را نمی شود به عقدی که جایز بوده و شأناً هم قابلیت لزوم ندارد قیاس نمود. آیه و یا روایتی وجود ندارد که دلالت کند هر انشایی که لازم الوفاء نیست و قابل بر هم زدن است با عروض اغماء و جنون باطل می شود تا شامل بیع و نکاح (پیش از پذیرفتن قابل) نیز بگردد. تنها دلیل، اجماع در عقود جایزه است که بر فرض تمامیت آن نمی توان از موردش به این گونه عقدهای لازم تعدی نمود. لذا این دلیل نیز ناتمام است.

6) انصراف ادله:

وجه دیگری که ممکن است برای شرطیت بقاء اهلیت گفته شود انصراف ادله از

ص: 3500

چنین عقد است. در جلسه پیش در این زمینه بحث کردیم. مرحوم آقای خویی برای اثبات عدم لزوم استمرار اهلیت موجب تا زمان قبول و جواز تخلل نوم و غفلت بین زمان ایجاب و قبول به سیره عقلا بر تصحیح عقدی که موجب آن را در شهری انشاء می کند و توسط نامه از طرف مقابل در شهر دیگر در خواست پذیرش و قبول می کند با اینکه بین زمان ایجاب و قبول مسلماً نوم یا غفلت به موجب عارض گشته است، استناد می کنند و ما عرض کردیم خود این مثال نیز دلیل بر این است که هنگام قبول لازم نیست موجب بیدار و متذکر باشد و تفصیل ایشان صحیح نیست. حال می گوئیم انصراف همیشه منشی همچون ارتکازات عرفیه یا بناء عقلا و یا تناسبات حکم و موضوع (که همه امور عقلائی است) دارد و وقتی ما به دلیل بناء عقلا چنین عقدی را (ایجاب در شهری و قبول در شهر و زمان دیگر با تخلل نوم و غفلت یا در حال نوم و غفلت موجب) صحیح دانستیم دیگر منشی برای ادعای انصراف ادله از چنین عقدی وجود نخواهد داشت.

نتیجه اینکه، تمام وجوهی که برای بطلان شمرده شده است همه مخدوش و ناتمام است و بر فرض که ما بعضی از این وجوه را (همچون مثلاً بلا خلاف شیخ در مبسوط) بپذیریم و اجماع معتبر در مسئله قائل باشیم ولی تعدی کردن از مثل جنون و اغماء به نوم و غفلت آن طور که مرحوم سید در عروه مدعی وجود اجماع و انصراف و عدم صدق معاهده در آنها نیز گشته بی تردید صحیح نیست. لذا در باب وکالت که ادعای اتفاق بر بطلان آن با عروض جنون و اغماء شده، کسی عروض نوم و غفلت را (غیر از شهید ثانی رحمه الله که در آن تردید دارد) موجب بطلان آن ندانسته است. البته عقلا جنونی را که طولانی و مستقر شود موجب زوال التزامات او می دانند و اگر پس از ایجاب چنین حالی عارض شود قبول قابل بدون تجدید ایجاب مفید نخواهد بود. اما جنون یا اغماء موقت که پس از اندک مدتی بر طرف می شود موجب بطلان عقد نیست. مستی هم که یک نوع زوال موقت عقل است

مانند اغماء محسوب می شود و به نظر ما موجب بطلان نمی گردد.

نکته: شهید ثانی رحمه الله در مسالك بطلان قبول قابل در هنگامی که موجب نائم باشد را به «قیل» نسبت داده و می فرماید: و به قطع فی التذکره. در جواهر و مستمسک هم این نسبت به تذکره هست، در حالی که ما با مراجعه به تذکره چنین مطلبی را نیافتیم البته علامه در این کتاب در مورد جنون و اغماء چنین مطلبی را دارند ولی در مسئله نوم تنها می فرماید: اگر نوم بر موجب عارض شد و هنگام قبول بیدار بود عقدش صحیح است ولی ایشان راجع به بطلان به واسطه بقاء نوم تا وقت قبول، تصریح ندارند. شاید شهید ثانی رحمه الله از مفهوم عبارت علامه که می گوید اگر موجب هنگام قبول قابل بیدار شد آن عقد صحیح است، استفاده کرده اند که اگر بیدار نشد باطل است آنگاه بطلان آن را مانند مسئله جنون و اغماء مقطوع به در نزد وی دانسته اند.

(ب) طرح مسئله اشراط تعیین زوج و زوجه و توضیحی پیرامون آن:

متن عروه

مسئله 17: يشترط تعيين الزوج و الزوجه على وجه يمتاز كل منهما عن غيره بالاسم او الوصف الموجب له او الاشارة فلو قال (زوجتك احدى بناتى) بطل و كذا لو قال (زوجت بنتى احد ابنيك) او (احد هذين) و كذا لو عين كل منهما غير ما عينه الآخر بل و كذا لو عيننا معيناً من غير معاهده بينهما بل من باب الاتفاق صار ما قصده احدهما عين ما قصده الآخر و اما لو كان ذلك مع المعاهده لكن لم يكن هناك دال على ذلك من لفظ او قرينه خارجيه مفهمه فلا يبعد الصحه و ان كان الاحوط خلافه. و لا يلزم تمييز ذلك المعين عندهما حال العقد بل يكفى التمييز الواقعي مع امكان العلم به بعد ذلك كما اذا قال (زوجتك بنتى الكبرى) و لم يكن حال العقد عالماً بتاريخ تولد البنيتين لكن بالرجوع الى الدفتر يحصل له العلم نعم اذا كان مميزاً واقعاً و لكن لم يمكن العلم به ظاهراً كما اذا نسي تاريخ ولادتهما و لم يمكنه العلم به فالاقوى البطلان لانصراف الادله عن مثله فالقول بالصحه و التشخيص بالقرعه ضعيف.

ص: 3502

گاهی مراد از اشتراط تعیین، تعیین اثباتی است. یعنی باید عنوانی که موجب یا قابل در کلامشان اخذ می کنند مجمل نبوده و دارای مشخصه ای باشد که با زوج یا زوجه مورد نظر انطباق پیدا کند و گاهی ثبوتی است یعنی صرف نظر از عنوان مأخوذ در کلام، حقیقتاً زوج یا زوجه معینی را به ازدواج درآورند. تعیین ثبوتی هم گاهی به نحو تعین شخصی است مانند اینکه بگویند دخترم فاطمه را به ازدواج تو درآوردم و گاهی به نحو کلی بین چند نفر است مانند اینکه بگویند یکی از دخترانم را به ازدواج تو، یا بگویند دخترم را به ازدواج یکی از پسرانم درآوردم و گاهی مهمل است یعنی عقد را نه بر فرد معین و مشخصی اجراء می کند و نه بر کلی بین چند نفر بلکه می خواهد صرفاً ازدواجی در مقابل عدم صورت گیرد اما نظری به تعیین آن و لو علی نحو کلی فی المعین ندارد.

مرحوم سید می فرماید در صحت ازدواج شرط است که هر یک از زوج و زوجه به گونه ای که به وسیله اسم یا وصف یا با اشاره ای از دیگری متمایز شوند دارای تعیین ثبوتی باشند و اگر ازدواج بر عنوان جامع و کلی قرار گیرد مانند اینکه بگویند یکی از دخترانم را به ازدواج تو درآوردم یا بگویند دخترم را به ازدواج یکی از پسرانم درآوردم و یا اینکه به نحو قضیه مهمله باشد⁽¹⁾ آن عقد باطل است. سپس می فرماید: اگر هر یک از موجب و قابل در انشاء خود فردی غیر از فرد مورد نظر طرف مقابل را تعیین کنند، چون عقد برد و نفر جداگانه واقع شده و طرفین اتفاق نظر ندارند باطل است. و اگر به نحو مهمله بود و تصادفاً هر یک از موجب و قابل بر یک نفر اتفاق نظر پیدا کنند باز چون معاهده آنها بر فرد معینی نبوده عقد باطل است. و اگر بر فرد معینی معاهده داشته و هر یک از آنها همان فردی را که دیگری قصد کرده قاصد باشد ولی تنها در مقام اثبات دلیلی لفظی یا قرینه ای خارجی که

ص: 3503

1- (1) البته صورت اجمال غیر از صورت ابهام است. در اجمال تعین ثبوتی وجود دارد ولی لفظ قابل انطباق بر چند نفر است. مرحوم سید صورت اجمال را جداگانه ذکر کرده است.

دلالت بر آن فرد معین کند موجود نباشد. بعید نیست عقد صحیح باشد هر چند احتیاط استحبابی بطلان آن است. ادامه بحث و بررسی
تفصیلی آن را ان شاء الله در جلسات آینده پی می گیریم.

«* و السلام*»

ص: 3504

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس این جلسه:

کلام پیرامون شرطیت تعیین زوج و زوجه در عقد نکاح بود. در این جلسه نخست وجوه و ادله ای را که برای اثبات لزوم تعیین و بطلان عقد بدون تعیین مطرح شده نقل می کنیم. آنگاه به نقد و بررسی آنها پرداخته، با بیان ناتمام بودن هر یک از آنها، فتوای مرحوم سید را به مقتضای اصل عدم انتقال درست خواهیم دانست.

متن عروه:

فلو قال: زوّجتک إحدى بناتی بطل و کذا لو قال: زوّجت بنتی احد ابنيک او احد هذين. و کذا لو عین کلّ منهما غیر ما عینه الآخر.

اگر کسی بدون تعیین و به صورت کلی با تعبیراتی مثل احدی بناتی یا احد ابنيک در مورد زوجه یا زوج، (بدون آن که در نیت یکی از آنها را مشخص کند) عقد کند کافی نبوده و باطل است.

الف) وجوه و ادله ای که برای اثبات بطلان عقد مطرح شده:

1) اجماع:

جماعت کثیری در کتب مختلف از جمله مبسوط، سرائر، تذکره، کشف اللثام و...

ادعای اجماع کرده اند.

2) قیاس نکاح با سایر عقود:

مرحوم علامه در تذکره می فرماید: عقد نکاح مانند بیع و سایر عقود است و هم چنان که در بیع و سایر عقود باید عوضین مشخص باشد، در عقد نکاح نیز باید دو

ص: 3505

طرف عقد (زوج و زوجه) معین باشند. چه آنکه عقود از این جهت از یک سنخ بوده و تفاوتی ما بین آنها نیست. تعیین از اموری است که عقلاء در تمامی عقود معتبر می دانند.

3) شرطیت جواز استمتاع و عدم امکان استمتاع از طبیعت جامع:

بر اساس این وجه که هم در تذکره و هم در کتب دیگر آمده، نظر به اینکه جواز استمتاع از آثار عقد نکاح است و استمتاع از طبیعت جامع ممکن نبوده و جز با متعین بودن زوج و زوجه امکان پذیر نمی گردد، لذا فقط عقدی صحیح است که طرفین عقد معین باشند.

4) لزوم تعیین از مرتکبات عقلاء است:

این استدلال از مرحوم آقای حکیم است. ایشان می فرمایند: زوجیت اعتبار خاصی است که بنا بر مرتکبات عرف، عقلاء بدون تعیین طرفین آن را محقق نمی دانند، بلکه همچون اخوت و ابوت و بنوت از امور ذات اضافه است که در اعتبار عقلاء روی معینات واقع می شود.

آنگاه برای استدلال خود مثال هایی آورده و می فرمایند: کما اینکه اعتبار زوجیت برای مرده یا غیر انسان صحیح نیست، زیرا طبیعت زوجیت عبارت از یک نحوه ارتباطی بین دو طرف است و این نحوه رابطه در مرده یا غیر انسان معقول نیست. (1)

5) استدلال به آیات و روایات توسط مرحوم آقای خوئی رحمه الله:

ایشان علاوه بر استدلال به اینکه قوام زوجیت به افراد خارجی است می فرمایند: این مطلب از جمله ای از آیات و روایات نیز ظاهر است. مثل: **وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ**. (2) و مانند: **فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ** (3). که چون احکام در آنها انحلالی است، مقتضای انحلال عموم عبارت از

ص: 3506

1- (1) مستمسک، ج 14، ص 373.

2- (2) نور، 32.

3- (3) نساء، 3.

جواز نکاح برای فرد فرد زنان و مردانی است که نیاز به ازدواج دارند، یعنی این حکم در مورد مردان به افراد آن: زید، بکر، عمرو و... و در مورد زنان به افرادشان: فاطمه، زینب، ام کلثوم و... انحلال پیدا می کند، نه اینکه مقصود این باشد که مجموع آنان را مثلاً جمع کرده و آنان را به ازدواج درآورد. (1)

ب) نقد وجوه مذکوره توسط استاد مد ظلّه:

اشاره

تمام این وجوه قابل بحث است:

1) ردّ اجماع:

ما مکرّر عرض کرده ایم که اجماع در صورتی حجّت و مقبول است که اتّصال آن به زمان معصوم محرز باشد. احراز این اتّصال در مورد مسائل نادر غیر معروف به هیچ وجه ممکن نیست. چنین مسائلی در کلمات فقهاء در سطحی مطرح نبوده است که بیانگر این باشد که این مطلب از فقهاء پیشین به اینها رسیده است. و از طرفی از مسائلی که بین روایت و اصحاب ائمه هدها مطرح بوده، نیست. و لذا در روایات از سؤال در این مسئله عین و اثری نیست (2) و بر فرض هم که در زمان امام فی الجمله مطرح بوده، از فقدان تخطئه و ردع نمی توان با معیار «لو کان لبان» تقریر و امضاء معصوم را نتیجه گرفت، زیرا کشف تقریر و جریان مسئله «لو کان لبان» در مورد مسائلی است که مبتلی به و از معروفیت کافی برخوردار باشد، و در مسائل فرعی نادر که بسیار کم اتفاق می افتد جاری نیست. بنابراین با ادعای اجماع نمی توان لزوم تعیین طرفین عقد نکاح را اثبات نمود.

ص: 3507

1- (1) مبانی، ج 2، ص 199-198.

2- (2) سؤال: آیا از آیه شریفه... «إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ» (قصص - 27) استفاده نمی شود که ازدواج با جامع و قدر مشترک حتی در آیات قرآن مطرح بوده است؟ جواب: معلوم نیست که این عبارت در آیه شریفه صیغه نکاح باشد و ظاهراً گفتگوهای مقدماتی عقد است و اگر در مورد صیغه نکاح بود زمینه سؤال از ائمه واقع می شد در حالی که حتّی یک مورد هم درباره این آیه شریفه سؤال نکرده اند.

2) فقدان دلیل بر لزوم تعیین در همه عقود:

فرمایش مرحوم علامه در مورد مشابَهت عقد نکاح و بیع و ضرورت تعیین عوضین در تمامی عقود محل اشکال است، زیرا دلیل عامی که تعیین طرفین عقد را در همه عقود لازم بداند، وجود ندارد. حتی در مورد بیع نیز این امر صحیح نیست و مسلم است که مبیع در بعضی از اقسام بیع می تواند کلی، یا کلی فی المعین (صاع من صبره) باشد. همچنین یک طرف عقد (بایع یا مشتری) ممکن است «جهت» باشد که کلی است. عقد اجاره نیز مانعی ندارد که بر کلی واقع شود، زیرا همین که با تسلیم فردی از کلی امکان انتفاع فراهم می گردد، برای صحّت آن کافی است. در برخی از روایات هم در خصوص متعه، تعبیر «هنّ مستأجرات»⁽¹⁾ آمده یعنی آنان در حکم اجیرانی هستند که منافعتشان مورد اجاره واقع شده است نتیجه اینکه این مطلب مسلمی نیست که در عقود به طور کلی باید عوضین و طرفین عقد معین باشد، و همچنان که در عقد بیع و اجاره، کلی بودن یک طرف، سبب بطلان آن نمی شود، بُعدی ندارد که یک طرف عقد نکاح نیز کلی باشد.

3) ناتمام بودن دلیل شرطیت بالفعل جواز استمتاع::

برای صحّت عقد، لغو نبودن و ترتب ثمره بر آن کافی است، اما اینکه یکی از شرایط صحّت عقد عبارت از جواز بالفعل استمتاع باشد دلیلی بر آن نداریم.

بنابراین، عدم امکان استمتاع از کلی، دلیلی بر بطلان عقد نخواهد بود. زیرا طرف عقد وظیفه دارد آنچه را که مورد عقد واقع شده، تسلیم نماید، و تسلیم کلی نیز با تسلیم فرد آن است، همین که فرد را تسلیم کرد، استمتاع نیز ممکن گشته، فعلیت پیدا می کند. نظیر عقد زن حائض که استمتاع از او جایز نیست اما نظر به اینکه پس از رفع محذور حیض، استمتاع از او بی مانع می باشد عقدش در حال حیض صحیح

ص: 3508

1- (1) وسائل، ج 21، ص 18، باب 4 از ابواب جواز تمتع از پیش از چهار زن - ح 2 و 4.

است. (1) علاوه بر آن، بر فرض که امکان استمتاع را یکی از شرایط نفوذ و صحت فعلیه عقد نکاح بدانیم لازمه آن این نیست که عقد نکاح را به طور کلی باطل بدانیم بلکه ممکن است بگوییم عقد نکاح صحیح است لکن نفوذ آن و حصول علقه زوجیت بعد از تعیین کلی خواهد بود، همچنان که عقد بیع صرف و سلم، صحیح است لکن تا قبض نشده ملکیت حاصل نمی شود. یا در بیع خیاری بنا بر نظر شیخ طوسی رحمه الله تا زمانی که خیار منقضی نشده، ملکیت حاصل نمی شود. در نکاح نیز ممکن است بگوییم عقد نکاح بر کلی، صحت تأهلی دارد و به طور کلی باطل نیست ولی تا کلی را تعیین نکرده، صحت فعلیه پیدا نکرده و زوجیت محقق نمی شود و در ظرف حصول زوجیت، امکان استمتاع هم هست. بنابراین، این استدلال تذکره نیز دلیل بر شرطیت تعیین زوج و زوجه نخواهد بود.

4) مخدوش بودن استدلال مرحوم آقای حکیم:

به نظر ما لزوم معین بودن دو طرف عقد نکاح نیز از مطالبی نیست که آن را از مرتکبات عرف عقلاء بشماریم، خصوصاً مثال هایی که ایشان مطرح کرده اند محل مناقشه است، زیرا مثلاً مردی که تازه از دنیا رفته، عرفاً شوهر زنش محسوب می شود و عقلاء ابایی ندارند از اینکه او را شوهر وی به حساب آورند. بنابراین، زوجیت بین آنان - خصوصاً با توجه به بعضی از احکام شرع مثل جواز غسل توسط زوجه - صادق است. البته پس از دفن و گذشت زمان طولانی و تبدیل بدن به خاک، صدق عرفی زوجیت چندان روشن نیست.

ص: 3509

1- (1) (توضیح بیشتر): و همچنین نظیر عقد دائم دختر شیرخوار، از آنجا که پس از بزرگ شدن استمتاع از او ممکن می گردد لذا عقدش در حال کودکی صحیح است.

همچنین زوجیت بین انسان و غیر انسان مثل جنّ نیز از اموری است که بر اساس مفاد بعضی روایات، ممکن فرض شده (1)، و چون استمتاع آنان از یکدیگر امکان پذیر است نمی توان اعتبار آن را غیر عقلایی دانست، زیرا چنین ازدواج هایی گرچه صحیح نیست اما به گونه ای نیست که قابل اعتبار عقلایی نباشد. البته ازدواج انسان با جماد یا گیاه امری است که عقلاء آن را اعتبار نمی کنند. اعتبار نکاح بر کلی نیز از اموری نیست که عقلاء از اعتبار آن ابایی داشته باشند، همچنان که اگر کسی بگوید یکی از این دو مال ملک تو، عقلاء صحیح می دانند و برای او اعتبار ملکیت می کنند و یک نحوه قیمومیتی برای او بر این مال اعتبار می کنند، وقتی پدری می گوید یکی از دو دخترم همسر تو، یک نحوه تسلّطی را برای او اعتبار می کنند و لذا اگر ازدواج مجدد جایز نباشد می گویند تو همسر داری و حق ازدواج مجدد نداری، منتهی ولی زوجه باید همسر این مرد را تسلیم او کند. بدون تعیین قابل تسلیم نیست و تسلیم با تعیین همراه است، بخصوص اگر بخواهیم صحت تأهلی چنین عقدی را منکر شویم هیچ دلیلی نداریم، به هیچ وجه خلاف ارتکاز عقلاء نیست که بگوییم این عقد صحیح است، لکن زوجیت زمانی حاصل می شود که پدر این دو دختر، همسر این مرد را معین کند، بخصوص در عقد متعه که در روایات، زوجه را مستأجر شمرده اند کأنّ ولی دخترها، یکی از دو دختر خود را در اجاره شوهر قرار داده و بعداً تعیین کرده و تسلیم می کند.

لااقل این که نکاح با کلی خلاف ارتکاز عقلایی باشد چندان مسلم نیست.

5) پاسخ به استدلال مرحوم آقای خویی:

اشاره

اولاً: وقتی موضوع آیات، منحصر به عناوین خاصی (ایامی، و ما طابَ لَکُم ...) بود، نهایت چیزی که می توان گفت این است که موضوع آنها معین است، ولی این به معنای دلالت داشتن بر اشتراط تعیین نیست تا در صورت عدم تعیین بتوان بطلان عقد را نتیجه گرفت.

ثانیاً: انحلالی بودن آیات مذکور نیز به معنای آن نیست که موضوع آن فرد معین باشد نه کلی، زیرا مانعی ندارد آیات مذکور به مواردی منحل شود که برخی از آنها

ص: 3510

1- (1) تفسیر صافی، ج 1، ص 327-328، در تاریخ نیز نمونه هایی از این ازدواج ها نقل شده است.

کلی باشند. همچنان که در تجاره عن تراض، رضایت به جامع و رضایت به فرد، هر دو قابل تصویر است، انحلال در مثل «ما طابَ لَکُم» (آنچه مطابق میل شماست) نیز ممکن است به فرد یا جامعی که مطابق میل است صورت پذیرد، زیرا «ما طابَ لَکُم» همچنان که می تواند فرد باشد ممکن است کلی باشد که البته پس از عقد به وسیله تسلیم یکی از افراد کلی متعین می گردد.

نظیر این مطلب فراوان است. مثلاً در باب استصحاب، «لا تنقض الیقین بالشک» نیز انحلالی است و به مصادیق یقین و شک منحل می شود، در عین حال گاهی مستصحب شخصی است و گاهی کلی است. مثلاً گاهی یقین به وجود زید در سابق داریم و گاهی یقین داریم که کلی انسان سابقاً وجود داشته و الآن مشکوک است لازمه انحلال عام این نیست که فقط به موارد جزئی و شخصی منحل شود. بنابراین استدلال مرحوم آقای خوئی نیز برای اثبات شرطیت تعیین ناتمام است.

نظر استاد مد ظلّه:

حاصل اینکه دلالت هیچ یک از ادله پنج گانه بر شرطیت تعیین و بطلان عقد در صورت عدم تعیین تمام نیست. در عین حال انصاف این است که اثبات بناء عقلاء بر صحت عقد بدون تعیین طرفین نیز مشکل است و با توجه به مقتضای اصل اولی که عبارت از عدم انتقال در چنین مواردی است، به نظر می رسد فتوای مرحوم سید که از شرائط صحت نکاح، تعیین زوج و زوجه است و ازدواج با زوج کلی یا زوجه کلی باطل می باشد، صحیح است. و الله العالم. (* و السلام*)

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در این جلسه به بررسی دو فرع می پردازیم:

فرع اول: اگر متعاقدين ازدواج با فرد معینی را قصد کنند لکن در هنگام عقد نکاح احراز نکرده اند که ایجاب و قبول مطابق است ولی تطابق واقعی داشته باشد در این صورت عقد صحیح است خواه با معاهده قبلی باشد یا خیر، در این جلسه این مسئله را با بررسی کلام مرحوم آقای بروجردی و مرحوم آقای خوئی به طور مستوفی بررسی خواهیم کرد.

فرع دوم: اگر متعاقدين هر دو ازدواج با فرد معینی را قصد کنند لکن هر دو یا یکی از آنها نمی داند خارجاً این فرد چه کسی است، آیا این عقد صحیح است؟ (به خصوص صورتی که اصلاً قابل تشخیص هم نباشد).

متن عروه:

و كذا [بيطل] لو عينا معيناً من غير معاهده بينهما، بل من باب الاتفاق صار ما قصده احدهما عين ما قصده الآخر، و اما لو كان ذلك مع المعاهده لکن لم يكن هناك دال على ذلك من لفظ او قرينه خارجيه مفهمه فلا يبعد الصحه و ان كان الاحوط خلافه».

متعاقدين می خواهند دختر معینی را به عقد پسر معینی درآورند، این مسئله دو صورت دارد: صورت اول: لفظی که روی آن عقد نکاح را انشاء می کنند مطلق است مانند «زوجتک بنتی» بدون آن که در لفظ، بنت را مشخص کنند. صورت دوم: عنوان متعلق نکاح معین است مانند «زوجتک فاطمه»، در هر صورت سه فرض قابل تصویر است

ص: 3512

1 - موجب و قابل می داند که مقصود واقعی دیگری چه کسی است و لذا قابل در قبول خود ازدواج با همان شخص را قصد می کند

2 - موجب و قابل در مقصود واقعی یکدیگر شک دارد

3 - موجب و قابل خیال می کنند طرف مقابل شخص دیگری را قصد کرده است لکن - در این دو فرض اخیر - اتفاقاً مقصود واقعی موجب و قابل، با یکدیگر منطبق و متحد است، البته برخی از صورتها خارج از فرض کلام سید است.

صورت اول: عنوان مطلق در صیغه نکاح به کار برود

اگر عنوان مطلق در صیغه نکاح به کار برود، مسئله دو صورت دارد:

صورت اول: چنانچه عقد نکاح را روی همان عنوان کلی انشاء کنند یعنی وقتی موجب می گوید «زوجتک بنتی» کلی و جامع بین دخترهایش را در نظر بگیرد، چنین عقدی باطل است چون در مراد استعمالی لفظ - که زوجیت را برای آن انشاء کرده اند - زوجه معین نشده و عنوانی کلی است هر چند قصد واقعی متعاقدين معین بوده و با یکدیگر تطابق هم داشته باشد و در بطلان چنین عقدی فرقی نیست که متعاقدين اطلاع از قصد یکدیگر داشته باشند یا خیر، و وجود معاهده قبلی نیز چنین انشاء نکاحی را تصحیح نمی کند.

صورت دوم: و چنانچه لفظ مطلق است لکن آن را در فرد مشخصی استعمال کرده و روی همان فرد معین عقد نکاح را انشاء کرده اند. یعنی وقتی موجب گفته است «زوجتک بنتی» مراد استعمالی او از «بنتی» فاطمه بوده، نکاح با فاطمه را انشاء کرده و قابل نیز همان را پذیرفته است، این صورت سه فرض دارد.

فرض اول: قابل می داند که موجب برای فرد معینی انشاء نکاح کرده است و او هم نکاح با همان شخص را می پذیرد در این فرض عقد صحیح است و وجهی برای بطلان عقد نیست. و فرقی نیست که با قرار قبلی عقد بسته شده باشد یا خیر.

البته این فرض از ظاهر کلام مرحوم سید خارج است.

فرض دوم: قابل نمی داند که مراد استعمالی موجب از «زوجتک بنتی» چیست؟ و عبارت «بنتی» را در جامع استعمال کرده یا فرد؟ یا اگر می داند در فرد استعمال کرده نمی داند مقصود او کدامیک از دخترانش می باشد؟ در این فرض نیز چون مراد واقعی استعمالی موجب ترویج فاطمه بوده و با این لفظ معیناً نکاح فاطمه را قصد کرده و قابل نیز نکاح با فاطمه را قبول کرده، عقد صحیح است و وجهی برای بطلان نکاح نیست چون متعلق ایجاب و قبول معین و با یکدیگر متطابق است و در صحت آن فرقی نیست که انشاء عقد مسبوق به معاهده قبلی باشد یا خیر.

فرض سوم: متعاقدين با عبارت «زوجتک بنتی» و «قبلت» نکاح با فاطمه را قصد و انشاء کرده اند ولی هر کدام فکر می کرده اند که طرف مقابل از این عبارت فرد دیگری را اراده کرده اند و اتفاقاً ایجاب و قبول آنها متطابق در آمده است، در این صورت نیز عقد صحیح است هر چند بدون قرار قبلی باشد و وجهی برای بطلان عقد در این صورت نیز، نیست چون نکاح با مورد معینی را موجب ایجاب کرده و دیگری نیز نکاح با همان مورد را قبول کرده است، و این که خیال می کرده اند ایجاب و قبول متطابق نیست مانع صدق نکاح و صحت نکاح نخواهد بود.

خلاصه در هیچ یک از سه صورت فوق وجود معاهده قبلی دخالتی در صحت نکاح ندارد.

بلی در صورتی که بدون قرار قبلی باشد ممکن است اشکال شود که به جهت مجاز مستنکر بودن صیغه نکاح عقد باطل است چون لفظی را که برای جامع فرض شده (بنتی) اگر در فرد (فاطمه) به کار برند مجاز است و این استعمال از مجازات مستنکره است پس عقد باطل است. بلی در صورتی که با قرار قبلی باشد وجود معاهده قبلی قرینه می شود که مراد از «بنتی» خصوص «فاطمه» است و این استعمال هر چند مجازی است لیکن چون با قرینه به کار رفته مستنکر نیست، البته این اشکال توهمی بیش نیست و عقد در این صورت نیز صحیح است.

البته وجود معاهده قبلی خودش قرینه می شود که منظور متعاقدين از «زوجتک بنتی» خصوص فاطمه است و تطابق ایجاب و قبول اتفاقی نخواهد بود ولی ظاهراً منظور مرحوم سید از این که می فرمایند: «لکن لم یکن هناک دال علی ذلک من لفظ او قرینه خارجیه مفهمه» خصوص قرائنی است که دیگران نیز از آن اطلاع داشته باشند پس اگر معاهده ای باشد ولی کسی - غیر از متعاقدين - از آن اطلاع نداشته باشد داخل عبارت «لم یکن هناک دال» می باشد.

صورت دوم: عنوان خاصی متعلق نکاح قرار گرفته است

اشاره

چنانچه هر کدام از موجب و قابل روی فرد معین انشاء نکاح کرده اند لکن عنوانی که موجب در انشاء نکاح به کار برده غیر از عنوانی است که قابل به کار برده است مثلاً موجب گفته «زوجتک فاطمه» و قابل گفته «قبلت النکاح لام کلثوم» ولی در واقع همان فردی که مقصود قابل است همان فردی است که موجب نکاح او را انشاء کرده است.

این مسئله نیز سه فرض دارد که فرض اول آن از کلام مرحوم صاحب عروه خارج است.

فرض اول: متعاقدين می دانند که زوج و زوجه ای که موضوع ایجاب و قبول آنهاست با یکدیگر تطابق دارد و مقصود واقعی آنها ازدواج و زوجه یک نفر است مثلاً شخص یک دختر بیشتر ندارد یا یک دختری که وقت ازدواج او باشد، بیشتر ندارد. منتهی یکی از دو طرف می گوید «من فاطمه را به تو تزویج کردم» و دیگری می گوید «من ازدواج خودم را با ام کلثوم می پذیرم» اختلاف اینها در اسم دختر است و هر کدام فکر می کند دیگری در اسمش اشتباه می کند خواه بعداً معلوم شود که یکی از دو نفر اشتباه می کرده اند یا هر دو اسم درست بوده، فاطمه اسم آن دختر و ام کلثوم کنیه آن فرد معین بوده است.

در این صورت نیز عقد صحیح است هر چند معاهده ای قبلی نباشد، چون مقصود متعاقدين معین بوده و با یکدیگر متطابق است هر چند یکی از اینها در اسم این شخص اشتباه کرده یا هیچ کدام اشتباه نکرده اند بلکه فقط خیال می کرده اند که دیگری در اسمش اشتباه می کند.

از طرف دیگر این که اسمش فاطمه یا ام کلثوم باشد در مقصود آنها از ازدواج دخالتی ندارد و چنین نیست که اراده آنها بر ازدواج با این شخص منحصر به صورتی باشد که اسمش فاطمه یا ام کلثوم باشد. به بیانی دیگر: مقصود اصلی آنها از ازدواج تطابق دارند و این امر را هر دو نیز می دانند فقط در یک مطلب اضافی که هر کدام ابراز می کنند اختلاف دارند. این فرض از کلام مرحوم سید خارج است چون تطابق آنها اتفاقی نیست و صحت عقد در این فرض روشن است.

فرض دوم: مقصود طرفین از زوج و زوجه فرد معینی بوده با یکدیگر تطابق هم دارد لیکن این امر برای هر کدام مشکوک است یعنی قابل نمی داند کسی که نکاحش را قبول می کند همان فردی است که موجب عقد نکاح او را انشاء کرده است یا خیر؟ مثلاً یکی او را به نام فاطمه می شناسد و دیگری اسم او را ام کلثوم می داند، اگر شخص مورد نکاح را حاضر کنند هر دو خواهند گفت که مقصود ما همین شخص است. لیکن خودشان نمی دانند آیا مقصود هر دو یک نفر است یا خیر؟ و در اسمش نیز اختلاف نظر دارند و این امر برای آنها اهمیتی هم ندارد.

مثال دیگر: پدری می خواهد «دختر بزرگش» را به عقد پسری درآورد، زوج می خواهد با، باسوادترین دختر این مرد ازدواج کند، و در لوح واقع اعلم دخترهای این مرد بزرگترین آنهاست، پس مقصود واقعی اینها با یکدیگر منطبق است لیکن این تطابق برای آنها مشکوک است، در این مثال هر چند «دختر بزرگ بودن» برای پدر دختر و همچنین «اعلم بودن» برای زوج اهمیتی دارد ولی هر دو جهت در یک فرد منطبق بوده و هیچ کدام خیالی نیست، و از آنجا که مقصود واقعی زوج و ولی

زوجه فرد معینی بوده و با یکدیگر متطابق است و دو جهتی که برای آنها اهمیت دارد (دختر بزرگ بودن و اعلم بودن) نیز در او جمع است. (1)

پس قابل نکاح با همان دختری را که موجب نکاح او را انشاء کرده بود، پذیرفته است، بنابراین چنین عقدی صحیح است، و وجهی برای بطلان آن نیست. خواه مسبوق به معاهده قبلی باشد یا خیر.

مثل این که در باب بیع یکی بگوید من انگور می فروشم و دیگری می گوید: من عنب می خرم و طرفین توجه ندارند که انگور و عنب یک چیز است لکن چون مقصود هر دو نفر با یکدیگر تطابق دارد ارکان عقد بیع محقق شده و معامله صحیح است. مانند داستان انگور و عنب و اوزوم و اسرافیل که در مثنوی آمده است.

فرض سوم: ولی زوجه می گوید «زوجتک فاطمه» و منظورش تزویج یکی از دخترهایش هست معیناً، زوج می گوید «قبلت النکاح لام کلثوم» و او نیز نکاح با همان دختر را قصد می کند لکن خیال می کند که پدر دختر فرد دیگری از دخترهایش را قصد کرده است (2) ولی در واقع فاطمه همان ام کلثوم است و موجب و قابل نکاح یک دختر را انشاء کرده اند. در این صورت نیز عقد صحیح است چون مقصود واقعی متعاقدین معین بوده و با یکدیگر تطابق هم دارد و در مقام انشاء نیز عقد همان شخص را انشاء کرده اند هر چند معاهده قبلی وجود نداشته باشد.

ص: 3517

1- (1) (توضیح بیشتر) البته روشن است صحّت عقد در این مثال مخصوص صورتی است که انشاء ولی زوجه مقید به این نباشد که دختر بزرگش، اعلم دخترها نباشد و الاّ اگر خیال می کرده این دختر اعلم دخترها نیست و با توجه به این امر ازدواج «دختر بزرگش را که اعلم دخترها نیست» انشاء کرده است چنانچه بعداً معلوم شود دختر بزرگش اعلم دخترها بوده ایجاب ولی زوجه بی مورد است و همچنین اگر زوج خیال می کرده که این دختری که می خواهد با او ازدواج کند علاوه اعلم بودن، دختر بزرگ این مرد هم نیست (مثلاً در صورتی که سنّ دختر بزرگ بیشتر از این شوهر است و با او متناسب نیست) و لذا به نحو مقید انشاء کرده است که من ازدواج با «اعلم دخترها که دختر بزرگ هم نیست» را قبول می کنم، در این صورت نیز اگر اعلم دخترها همان دختر بزرگ باشد قبول زوج موضوع ندارد.

2- (2) و در واقع نکاح با ام کلثوم را می پذیرد به این امید که بعداً ولی زوجه موافقت کرده ایجاب این نکاح را بخواند.

نتیجه آن که، آن چه که در صحت عقد دخیل است دو امر است الف. مقصود واقعی متعاقدين معین بوده (کلی نباشد) و با یکدیگر تطابق هم داشته باشد.

ب. در انشاء عقد، متعاقدين نکاح همان فرد معين را انشاء نمایند و مراد استعمالی انشایی هر دو از متعلق صیغه عقد، یک نفر باشد، و این که قبلاً قرار و صحبتی شده باشد یا خیر هیچ دخالتی در صحت عقد ندارد.

فرمایش مرحوم آقای خوئی رحمه الله:

اشاره

مرحوم آقای خوئی می فرمایند: در صدق معاهده و عقد شرط است که توافق در مقصود برای طرفین احراز شده باشد یعنی مجرد تطابق خارجی مقصود واقعی متعاقدين کفایت نمی کند بلکه باید طرفین بدانند که بر یک امر ملتزم شده اند تا عنوان عقد و معاهده صدق کند. بنابراین در فرض دوم (که اتحاد التزامین مشکوک است) و فرض سوم (که قابل تخیل می کرده بر امر دیگری ملتزم شده است) نکاحی محقق نشده است تا مشمول عمومات نکاح یا عمومات عقود باشد.

بررسی فرمایش مرحوم آقای خوئی رحمه الله:

این فرمایش از دو مقدمه تشکیل شده است: 1 - در صدق معاهده و عقد، معتبر است که متعاقدين احراز کرده باشند که بر امر واحدی توافق کرده اند. و تطابق واقعی دو التزام کفایت نمی کند. 2 - باید عنوان عقد و معاهده صدق کند تا نکاح محقق گردد و به نظر ما هر دو مقدمه محلّ مناقشه است. عقد یعنی با رضایت توافق بر یک امر کردن هر چند متعاقدين در هنگام انشاء ندانند که بر یک امر واحدی توافق کرده اند پس چنانچه بر امر واحدی توافق کنند کافی است، عقد در مقابل ایقاع یعنی قرارداد طرفین، اگر طرفین بر یک امری ملتزم شوند قرارداد است هر چند اتحاد متعلق التزام بعد از عقد معلوم گردد.

بعلاوه ما دلیلی نداریم که باید عنوان عقد و معاهده نیز صدق کند تا نکاح صدق کند، بلکه همین مقدار که طرفین بر نکاح زوج مشخص با زوجه مشخص از روی رضایت توافق کنند کافی است هر چند تطابق ایجاب و قبول بعد از عقد معلوم گردد و عنوان معاهده در هنگام انشاء صدق نکند، و اگر حکم شارع مقدس و بناء عقلاء بر این نبود که علقه نکاح متقوم به طرفین عقد است و با انشاء یکی از متعاقبین و بدون رضایت طرف دیگر این علقه حاصل نمی شود، بلکه عقلاء یا شارع نکاح را از ایقاعات می دانستند و با انشاء یکی از طرفین حکم به حصول علقه زوجیت می کردند، هیچ گونه منافاتی با حقیقت نکاح نداشت به بیانی دیگر: علقه نکاح در رابطه زوجیت هر چند متقوم به طرفین است و تا زوج و زوجه ای نباشد چنین رابطه ای معقول نیست لکن لازمه این امر این نیست که انشاء چنین علقه ای و به تبع آن صیغه نکاح نیز متقوم به طرفین باشد و اگر قانونگذار شارع باشد یا بناء عقلاء - چنین علقه ای را با یک انشاء محقق بداند خلاف حقیقت نکاح نیست، پس باید دید عقلاء و شارع برای حصول علقه نکاح چه چیزی را در انشاء آن معتبر می دانند و هیچ دلیلی نداریم که شارع یا عقلاء برای حصول چنین علقه ای صدق عنوان عقد و معاهده را معتبر بدانند، بلی مانند ایقاعات نیست که رضایت و انشاء یک طرف کافی باشد و باید طرفین بر امر واحدی توافق کنند اما علاوه بر آن احراز تطابق التزامین هم معتبر باشد، دلیلی بر این امر نداریم. همانطوری که از نظر عرفی در باب بیع اگر بایع واقع میوه انگور را به عنوان «عنب» بفروشد و مشتری همان حقیقت را به عنوان «اوزوم» بخرد کافی است هر چند عند الانشاء اطلاعی از اتحاد این دو التزام نداشته باشند در باب نکاح هم اگر موجب ازدواج با دختری را به عنوان «فاطمه» قصد کند و قابل ازدواج با همان دختر را با عنوان «ام کلثوم» بپذیرد، نکاح محقق شده است هر چند بعد از انشاء متوجه شدند که به امر واحدی ملتزم شده اند و دلیلی هم نداریم که شارع مقدس چنین شرطی را زائداً عمّا علیه العرف در صیغه نکاح و بیع و سایر معاملات معتبر دانسته باشد. که در صدق اینها معتبر است که

عنوان «عقد یا معاهده» هم صدق بکند و الاً به آن نکاح یا بیع یا... گفته نمی شود.

ان قلت: از آیه شریفه «لَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ» (1) و از آیه شریفه «أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» (2) استفاده می شود که در نکاح صدق عقد و تطابق در اعتقاد شرط است.

قلت: در صحت چنین استعمالی کافی است که بر متعارف نکاح هایی که اتفاق می افتد عقد صدق کند.

اشکال مرحوم آقای بروجردی رحمه الله به صاحب عروه:

اشاره

مرحوم آقای بروجردی اینجا حاشیه ای دارند می فرماید:

العباره لا تخلو من اجمال فان تحقق المعاهده مع انتفاء ما يدل على وحده المقصود غير متصور

ایشان می فرماید: اگر معاهده ای در کار بوده است، پس قبل از اجرای عقد مقصود خودشان را افهام کرده اند و مقصود آنها در موقع معاهده یکی بوده است وگرنه تحقق معاهده با انتفاء ما يدل على وحده المقصود غير متصور پس در موقع معاهده توافق بر امر واحد شده است اما در موقع اجرای عقد نیز اجراء العقد مبنياً على المعاهده يدل على وحده المقصود في مقام اجراء العقد أيضاً پس وحدت مقصود در هر دو مقام حاصل است و الاً اگر در مقام معاهده هیچ قرینه ای بر وحدت مقصود نیست پس در حقیقت بر امر واحد قرار و معاهده ای نشده است نه اینکه معاهده شده است اما دالّ بر وحدت مقصود نداریم.

بررسی فرمایش مرحوم آقای بروجردی رحمه الله:

به نظر می رسد که عبارت سید اجمال ندارد زیرا درست است که مفروض این است که با هم معاهده ای کرده اند و سپس با اعتماد به همان معاهده، عقد را جاری

ص: 3520

1- (1) بقره / 234.

2- (2) بقره / 237.

کرده اند اما سخن در این است که ما اثباتاً قرینه ای نداریم که عقد بر طبق معاهده سابق شده است زیرا شاید از آن معاهده و قرار سابق منصرف شده باشند و انشاء را مطابق معاهده سابق انجام نداده باشند.

لکن مرحوم سید می خواهد بفرماید: همان قرار و معاهده سابق عرفاً قرینه است بر اینکه اجرای صیغه روی همان فرد مورد معاهده انجام گرفته است هر چند در مقام اجرای صیغه قرینه دیگری بر این امر اقامه نشده است.

به بیانی دیگر: مرحوم سید رحمه الله می فرماید صرف تطابق واقعی ایجاب و قبول برای صحت عقد کافی نیست بلکه باید متعاقبین این تطابق را هنگام عقد احراز کنند و با احراز تطابق نکاح را انشاء نمایند، بنابراین اگر بدون معاهده و بدون دالّ - لفظی و غیر لفظی - دیگری اقدام به ازدواج کنند این نکاح صحیح نیست چون در هنگام عقد نکاح تطابق ایجاب و قبول احراز نشده است لیکن اگر بعد از معاهده عقدی را منعقد کردند چنانچه هنگام عقد دلیلی باشد که ایجاب و قبول تطابق دارند و از معاهده قبلی منصرف نشده اند، تطابق ایجاب و قبول احراز شده عقد نکاح صحیح است ولی اگر قرینه مفهمه ای نباشد بعید نیست که بگوییم نفس این که عقد به دنبال معاهده قبلی واقع شده اماره عرفی است بر این که مبنیاً علی المعاهده و مطابق همان معاهده صورت گرفته و این امر عرفاً یک نحو احراز تطابق ایجاب و قبول بوده پس شرط صحّت عقد محقق شده است فلا یبعد الصحه و ان کان الاحوط خلافه.

مناقشه مرحوم آقای خوئی رحمه الله به کلام عروه:

اشاره

مرحوم آقای خوئی رحمه الله در حاشیه عبارت سید که می فرمایند: «اما لو كان مع المعاهده... فلا یبعد الصحه» می فرمایند: «بل لم یظهر وجه للبطلان فی المقام»⁽¹⁾ یعنی بعد

ص: 3521

از این که متعاقدين صحبت و قرار قبلی داشتند و مطابق آن هم عقد را منعقد کردند و جهی برای بطلان عقد باقی نمی ماند پس چرا به طور جزم حکم به صحت عقد نمی کنید؟

بررسی فرمایش مرحوم آقای خوئی رحمه الله:

لکن به نظر می رسد اشکال وارد نیست زیرا در این مسئله فرض نشده که هر یک از طرفین می دانند که مقصود طرف مقابل با مقصود او یکی است و از معاهده قبلی منصرف نشده است بلکه احتمال انصراف می دهد هر چند واقعاً منصرف نشده است و اتفاقاً ایجاب قبول تطابق دارد از این رو سید می فرماید: بعید نیست که معاهده سابق قرینه عرفی بر اتحاد مقصود است.

هر چند دالّ لفظی یا قرینه خارجی دیگری غیر از این معاهده سابق در کار نباشد و چون مسئله از بدیهیات نیست و علم آور نیست بلکه تنها اماره عرفی قائم شده است. مرحوم سید قدس سرّه تعبیر به فلا یبعد الصّحه نموده است.

ادامه مسئله:

«و لا یلزم تمییز ذلک المعین عندهما حال العقد بل یکنفی التمییز الواقعی مع امکان العلم به بعد ذلک كما اذا قال: زوجتک بنتی الکبری و لم یکن حال العقد عالماً بتاريخ تولد البنّین لکن بالرجوع الی الدفتر یحصل له العلم»

بررسی فرمایش مرحوم آقای خوئی رحمه الله:

مرحوم سید می فرماید: اگر مشکلی در تشخیص زوج و زوجه نباشد جهل به انطباق خارجی زوجین حین العقد را باطل می کند. پس اگر در ایجاب زوجه با

وصف یا اسم مشخص شد و زوج نیز همان شخص را پذیرفت مثلاً ولی زوجه گفت دختر بزرگم را تزویج کردم و زوج نیز آن را پذیرفت در حالی که نمی دانست دختر بزرگ او بر چه کسی منطبق می گردد، چنانچه بعداً قابل تشخیص باشد و از نظر تمتع دچار مشکلی نشوند مقتضای بناء عقلاء و اطلاقات نکاح، صحت چنین عقدی است، حکم این فرض روشن است.

فرض دیگر مسئله:

«نعم اذا كان ممیزاً واقعاً و لكن لم یمكن العلم به ظاهراً - كما اذا نسی تاریخ ولادتهما و لم یمكنه العلم به - فالاقوی البطلان لانصراف الادله عن مثله فالقول بالصحة و التشخیص بالقرعه ضعیف».

همان فرض سابق است لکن از زمان عقد امکان علم به او حتی با رجوع به شناسنامه و مانند آن نیست. این فرض محل اشکال است. مرحوم آقای خویی و مرحوم آقای حکیم و مرحوم آقا ضیاء عراقی این فرض را صحیح دانسته اند. عده ای از فقهاء در صحت چنین عقدی اشکال کرده اند و برخی مانند مرحوم سید چنین عقدی را باطل دانسته اند، قائلین به صحّت، گفته اند عقد صحیح است و با قرعه تعیین معقود علیها، می شود همانطور که اگر اشتباه بعد از عقد پیش آمد آنجا اطلاقات نکاح عقد را تصحیح می کند و مشتبه را با قرعه معین می کنند، اگر اشتباه قبل از اجرای عقد هم باشد اطلاقات نکاح حکم به صحت عقد می کند و مشتبه با قرعه قابل تعیین است و فرقی بین اشتباه بعد از عقد با اشتباه قبل از عقد نیست.

مرحوم صاحب جواهر اول می فرماید: اطلاقات اقتضای صحت می کند پس باید زوجه واقعی را با قرعه تعیین کنیم سپس می فرماید: احتمال دارد چنین بگوییم:

قاعده اولیه در معاملات اقتضاء فساد می کند، بلی در صورتی که تمییز واقعی داشته، بعداً قابل تشخیص هم باشد از این اصل خارج شده است در غیر این متیقن به اصاله الفساد مراجعه می کنیم.

مرحوم آقای حکیم به ایشان اشکال کرده که با وجود اطلاقات نوبت به أخذ به قدر متیقن و استصحاب عدم انتقال نمی رسد. (1) این پاسخ در نظر بدوی صحیح به نظر می رسد.

لکن مرحوم صاحب عروه می فرماید؛ اطلاقات نکاح از چنین موردی منصرف است و چون اطلاق نداریم اصل اقتضای فساد می کند. و به نظر می رسد که نظر صاحب عروه تمام است. و بین اشتباه بعد از عقد و اشتباه قبل از عقد فرق است. اگر زن به هنگام عقد، معین و معلوم بوده، عقد صحیحاً منعقد شده، پس چنانچه بعد از عقد، اشتباه حاصل شده است اینجا عقلاء عقد را بقاء باطل نمی دانند بلکه با مثل قرعه رفع اشتباه می کنند. اما اگر از اول زن معلوم نباشد و باید با قرعه، معقود علیها را معین کنند. چنانچه از اول عقد را روی زنی که با قرعه خارج می شود جاری کنند مثلاً زوج کاری ندارد زوجه دختر بزرگ، دختر با سواد و... باشد یا خیر، هدفش این است که با کسی که با قرعه خارج می شود ازدواج کند چنین عقدی صحیح است و تشخیص آن با قرعه زدن است و قرعه واقعاً محقق عنوانی است که عقد روی آن جاری شده است ولی در صورتی که عقد را - مثلاً - روی دختر بزرگتر بسته اند لکن تشخیص دختر بزرگتر ممکن نیست و باید او را با قرعه تعیین کرد. بناء عقلاء در صحت عقد در چنین موردی ثابت نیست. و اطلاقات هم از این فرض منصرف است. زیرا معلوم نیست که شارع أوسع از آنچه عقلاء آن را صحیح می دانند امضاء کرده باشد، بلکه یا اطلاق روشن نیست و یا روشن است که آن اطلاقات ناظر به فرض دیگر است، از این رو اگر جمود به لفظ کنیم ابتداءً اطلاق از نصوص فهمیده می شود اما چون نصوص در باب معاملات غالباً امضاء معهود و متعارف است و تأسیس نیست از این رو همانطور که در عروه آمده است الاقوی بطلانه. و منظور صاحب جواهر نیز همین است که اگر ما جمود به عبارت عمومات نکاح بکنیم

ص: 3524

الاقوى الصحه و الرجوع الى القرعه لكن چون عمومات معاملات امضاء ما عليه العقلاء است و آنچه كه از بناء عقلاء متيقن و معهود است موردی است كه از ابتداء زوجه معين بوده قابل تشخیص هم باشد پس اگر حين العقد هم زوجه قابل تشخیص نباشد عمومات از این مورد منصرف است و مقتضای اصل عملی فساد نکاح است. و الله العالم. «* و السلام*»

ص: 3525

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه، مسئله 18 (فصل عقد و احکام عقد) عروه مورد بحث قرار می گیرد، موضوع مسئله این است که اگر در عقد نکاح زوج یا زوجه با اسم و وصف یا اشاره یا وصف و اشاره تعیین شد و برخی از این امور اشتباه از کار درآمد، آیا عقد صحیح است یا خیر؟ و عقد برای چه کسی واقع می شود؟ در این بحث ضمن بررسی کلمات شیخ طوسی و علامه حلی به بررسی کلام مرحوم سید می پردازیم و در ادامه، کلام مرحوم آقای حکیم و مرحوم آقای خوئی رحمه الله را بررسی می کنیم. ان شاء الله تعالی.

متن عروه:

مسئله 18 «لو اختلف الاسم و الوصف او احدهما مع الاشارة أخذ بما هو المقصود و ألغى ما وقع غلطاً. مثلاً لو قال: (زوّجتک الکبری من بناتی فاطمه) و تبین أنّ اسمها خدیجه، صحّ العقد علی خدیجه التی هی الکبری. و لو قال: (زوّجتک فاطمه و هی الکبری) فتبین انها صغری صح علی فاطمه لانها المقصود و وصفها بانها کبری وقع غلطاً فیلغی.

و کذا لو قال: (زوّجتک هذه و هی فاطمه) او (و هی کبری) فتبیین ان اسمها خدیجه او انها صغری فان المقصود تزویج مشار الیها و تسميتها بفاطمه او وصفها بانها الکبری وقع غلطاً فیلغی.»

ص: 3526

بحثی که مرحوم سید در اینجا عنوان کرده اند سابقه زیادی دارد. این بحث در مبسوط شیخ هم طرح شده و احتمالاً قبل از شیخ هم، اهل سنت این فرع را مطرح کرده اند.

طرح بحث:

اگر زوج یا زوجه با اسم و وصف یا اسم و اشاره و یا اشاره و اسم و اشاره تعیین شد و معیّنات یعنی اموری که با آنها تعیین می شد، مخالف هم در آمدند، چه کار باید کرد؟

ایشان می فرمایند: آنکه مقصود او است و در اراده ازدواجش دخیل است و می خواهد واقعاً با او ازدواج کند (به آن اخذ می شود) واقع می شود. و آن قسمتی که غلط تعبیر شده، واقع نمی شود بعد مثال می زنند. مثال اول: «زَوْجَتِكَ الْكُبْرَى مِنْ بَنَاتِي فَاطِمَةَ» دختر بزرگم را عقد کردم که نامش فاطمه است. بعد معلوم شد نامش فاطمه نیست بلکه خدیجه است. اینجا عقد بر روی دختر بزرگ واقع می شود زیرا مقصود اوست و می خواهد با او ازدواج کند خواه اسمش فاطمه باشد یا خیر و آن انشاء غلط که بر روی چیز دیگر رفته مبطل انشاء صحیح که روی دختر کبری رفته نیست.

چون آنچه در باب نکاح معتبر است این است که انشاء عن قصد شده باشد. و نسبت به دختر کبری انشاء عن قصد شده و فاطمه بودن در اراده ازدواج او دخالتی ندارد و به عنوان معرفی ذکر کرده ولی اشتباه کرده، در اینجا آن که غلطاً تعبیر شده ملغی می شود و آن منشأ عن قصد که دختر کبری است واقع می شود.

مثال دوم: گاهی این گونه گفته می شود: «زَوْجَتِكَ فَاطِمَةَ وَ هِيَ الْكُبْرَى» من دخترم فاطمه را به ازدواج تو در می آورم و او دختر بزرگ من است. آن کسی را که اراده ازدواج با او را کرده فاطمه است و نکاح با او انشاء کرده لیکن چون خیال می کند که دختر بزرگتر است در صیغه عقد او را با وصف «هی الکبری» معرفی می کند و این

جهت در تصمیم ازدواج او دخالتی ندارد یعنی می خواهد با فاطمه ازدواج کند خواه دختر بزرگ باشد یا خیر منتهی چون فکر می کند دختر بزرگ است با «هی الکبری» او را معرفی می کند و یا می دانسته دختر بزرگ نیست و اشتباهی «هی الکبری» به زبانش جاری شده و این اشتباه منشأ نمی شود که آنچه را عن قصد واقع شده، واقع نشود و فاطمه که دختر کوچک اوست معقوده زوج می شود. و آن توصیف به کبری ملغی است.

مثال سوم: در اشاره هم همین گونه است. اگر گفت این دخترم را به شما تزویج می کنم که اسمش فاطمه است یا دختر بزرگ من است و بعد معلوم شد مشار الیها فاطمه نیست بلکه خدیجه است. یا کوچکتر است، آن غلطی که در تسمیه یا توصیف بوده ملغی می شود و مشار الیه اسم اشاره، واقع خواهد بود. این فرمایشی است که ایشان در اینجا دارند.

کلام شیخ طوسی رحمه الله در مبسوط:

اشاره

شیخ در مبسوط می فرماید: «فاذا اراد تزویج بنته لم یخل من احد امرین إما ان تكون له بنت واحدة أو اکثر فان كانت له بنت واحدة لم یخل من احد امرین اما ان تكون حاضره أو غائبه، فان كانت حاضره... صحّ و ان كانت غائبه فان قال زوجته بنتی صحّ و ان قال بنتی فلانه صحّ و لو قال بنتی فاطمه و اسمها خدیجه صحّ أيضاً فان بنتی صفة لازمه و لا تزول عنها و فاطمه صفة تزول عنها... و ان كان له بنتان الكبیره فاطمه و الصغیره خدیجه فقال زوجته الكبیره او الصغیره او قال بنتی فاطمه أو خدیجه فكل هذا یصحّ، فان قال بنتی الكبیره فاطمه [خدیجه] فذكر الكبیره باسم الصغیره صحّ نکاح الكبیره لان الكبیره صفة لازمه و الاسم لا یلزم»⁽¹⁾

ص: 3528

اگر چنین تخالفی پیدا شد بین اسم یا وصف یا شیء دیگری که ذکر شده بود، صفت ثابت را اخذ می‌کنیم و آن را که غیر ثابت است از آن رفع ید می‌کنیم. مثلاً- دختر بزرگ شخص بودن از عناوین ثابتة اشخاص است اما اینکه نامش فاطمه یا خدیجه و امثال اینها از عناوین عارضی و غیر ثابت است. چون ممکن است تسمیه اش عوض شود یا از اول چنین اسمی نداشته باشد. در اینجا آن که ثابت است اخذ می‌شود و غیر ثابت الغاء می‌شود.

قریب به همین مضمون در کلام علامه در تذکره نیز آمده است.

کلام علامه رحمه الله در تذکره:

اشاره

«و لو قال له زوّجتک بنتی فلانه و سمّاها بغیر اسمها و لا بنت له سوی واحده فالاقوی الصحه و هو اصح وجهی الشافعیه لان البنتیه صفة لازمه ممیزه فیتعیّن و یلغی الاسم المذكور بعده و الثانی: (وجه دوم برای شافعیه) لا یصح النکاح لانه لیس له بنت بذلک الاسم. و لو قال زوّجتک هذه فاطمه و اشار الیها و کان اسمها زینب فالوجهان للشافعیّه. (1)»

مستفاد از کلام علامه در تذکره:

کسی که یک دختر بیشتر ندارد و دختر خودش را فاطمه نام نهاده اما اشتبهاً خدیجه می‌گوید در اینجا می‌فرماید عقد بر صفت لازمه واقع می‌شود و بر تسمیه واقع نمی‌شود و علامه این قول را تقویت می‌کند که اصحّ وجهین شافعی ها هم همین است که الغاء کنیم صفتی را که قابل زوال است.

اما اگر بین اشاره و تسمیه اختلاف شد در اینجا شافعی ها ترجیح ندادند و وجهان ذکر کردند و علامه هم ترجیح نداده. کانه مشار الیه بودن صفت ثابتة نیست

ص: 3529

زیرا از آنجا برود جای دیگر، صفت مشار الیه بودن را از دست می دهد. تسمیه به فاطمه یا اسم دیگر هم که صفت غیر ثابت است.

خلاصه اینجا به مشکل افتاده اند و ترجیحی برای یکی از اینها داده نشده و شافعی، ترجیح نداده اند و گویا علامه هم با آنها موافق است.

ادامه کلام علامه رحمه الله:

اشاره

«و لو قال بعتك داری هذِهِ و حدّدها و غلط فی حدودها صحّ البیع.»

بخلاف ما لو قال الدار التي فی محلّه كذا و حدّدها و غلط، لان التعویل هنا علی الاشارة و لو قال بعتك داری و لم یقل هذِهِ و حدّدها و غلط لیس له دارٌ سواها صحّ كما لو قال زوّجتک بنتی فلانه و ذکر غیر اسمها.

مستفاد از کلام علامه:

ایشان سه فرع را مطرح می کنند:

فرع اول: اگر بگوید این خانه ام که دویست متر است فروختم بعداً معلوم شود صد و نود متر است این عقد صحیح است. تعویلاً علی الاشارة.

فرع دوم: اگر بگوید خانه ای که در فلان محله است و دویست متر است فروختم، چنانچه معلوم شود یکصد و نود متر بوده بیع باطل است چون اشاره ای در کار نیست.

فرع سوم: بدون اشاره بگوید خانه ام را که دویست متر است فروختم چنانچه فقط یک خانه داشته باشد بیع صحیح است هر چند معلوم شود یکصد و نود متر بوده است چون عنوان «داری» مبیع را معین می کند همچنان که اگر بگوید «زوّجتک بنتی فاطمه» و فقط یک دختر داشته باشد که اسمش خدیجه باشد، عقد روی خدیجه واقع می شود.

ص: 3530

اشکال استاد مد ظلّه بر کلام شیخ و علامه:

اما اینکه در مبسوط و تذکره و در کلمات قبلی ها و سنی هاست که: هر عنوان ثابت باشد به آن اخذ می شود و عنوان غیر ثابت مثل تسمیه و امثال آن ملغاً می شود، محل اشکال است.

چه ملازمه ای است که اشتباه حتماً در تسمیه و عنوانهای غیر ثابت است و در عنوانهای ثابت اشتباه نیست. چه بسا اشتباه در همین صفات ثابت باشد مخصوصاً اگر عاقد غیر از پدر و امثال او باشد که مثلاً نداند کوچک و بزرگ کدام از آنهاست و در همین ها هم اشتباه پیش می آید و هیچ کدام از عناوین ثابت بر غیر ثابت ترجیح و اولویتی ندارند و اینگونه نیست که بگوییم در اوصاف ثابت اشتباه خیلی کم اتفاق می افتد و یا حکم نادر دارد و باید این اشتباه نادر الغاء شود اما در اوصاف غیر ثابت اشتباه بسیار زیاد پیش می آید.

نتیجه بحث: حکم و کبرای کلی که باید مقصود را اخذ کرد و غیر مقصود را کنار گذاشت مطلب صحیحی است اما از جهت صغری ثابت و غیر ثابت بودن دلیل نیست بلکه باید با قرائن مشخص شود که کدامیک مراد بوده و اگر ثابت نشد باید سراغ قرعه رفت، مثل سایر موارد.

اشکال استاد مد ظلّه بر کلام مرحوم سید رحمه الله:

مناقشه ای بر کلام مرحوم سید هست که بعضی محشین هم همین ایراد را کرده اند و آن این که: گویا مرحوم سید میزان در مقصود نبودن را تأخیر در ذکر می دانند یعنی هر کدام اول ذکر شد، آن مقصود است و آنکه مؤخر ذکر شد، مقصود نبوده، الغاء می شود.

در حالی که این مسئله به هیچ وجه کلیت ندارد که هر کدام مقدم ذکر شد هو المقصود و مؤخر باطل است. به عبارت دیگر اصل کبری مسئله را ما قبول داریم که

آنکه مقصود است عقد بر او واقع می شود و آنکه به عنوان معرفی مقصود ذکر شده چنانچه اشتباه و غلط بود ضرر به انشاء ما (وقع عن قصد) نمی زند. این کبرای صحیحی است اما از جهت صغری بگوییم هر کدام مقدم ذکر شد هو المقصود و مؤخر لیس هو المقصود پس چنانچه اشتباه باشد ضرری به عقد نمی زند، چنین دلیلی نداریم.

بعلاوه وقتی علم اجمالی داریم که خطایی در کلام صورت گرفته، یا صدر کلام اشتباهی است یا ذیل، مثلاً کسی که دختر بزرگی به نام خدیجه و کوچکی به نام زینب دارد چنانچه بگوید دختر کوچکم خدیجه را تزویج کردم در چنین مواردی چنین بناء عقلایی در کار نیست که بگوییم می خواسته دختر کوچکش را شوهر دهد و اسم او را اشتباه گفته است، و اصل عدم خطا را در صدر کلام جاری کنیم و بگوییم ذیل کلام خطا است. البته گاهی قرآینی همراه عقد است که مراد ازدواج دختر کوچک است مثلاً شرایط دختر بزرگ اصلاً با ازدواج با این مرد تطبیق نمی کند و مرد عاقلی با چنین شرائطی حاضر نیست این دختر را بگیرد، در اینجا معلوم است که در اسم بردن اشتباه شده است، لکن اگر قرینه ای نباشد مثلاً کسی را وکیل کرده اند که عقد بخواند، عاقد گفته دختر بزرگ این آقا به نام فاطمه را تزویج کردم، چنین بنای عقلایی نیست که بگوییم آن عنوانی که اول ذکر شده مقصود اصلی بوده و در آن خطایی رخ نداده و عنوانی که مؤخرأ ذکر شده به عنوان معرفی مقصود اصلی آمده و در این معرفی خطا صورت گرفته است.

خلاصه، این تقدیم دلیل بر صحت نیست و سید این را اصل مسلم گرفته است و تعجب است که غیر از یکی از محشین کسی اشکال نکرده با اینکه تقریباً روشن است که مقصود بودن و اطاله عدم خطا اول و آخر ندارد تا بگوییم یکی بر دیگری ترجیح دارد.

مرحوم آقای حکیم رحمه الله در ذیل کلام سید بعد از نقل عبارت تذکره: «لوقال: زوجتک هذه فاطمه و اشار الیها و کان اسمها زینب، فالوجهان للشافعیه» در بیان وجه اشکال شافعیه و ظاهراً موافقت علامه با شافعیه در مشکل بودن مسئله می فرمایند:

«و منشأ للاشکال هو ان القید أخذ علی نحو تعدد المطلوب أو وحدته فعلی الاول یصح و علی الثانی بیطل»

نقد استاد مد ظلّه بر آیت الله حکیم رحمه الله:

بحث ایشان ارتباطی به کلام تذکره و کلام سید ندارد و چون کلام اینها در جایی است که دو عنوان در صیغه نکاح آورده شده و یکی از آن ها اشتباه بوده است و بحث وحدت و تعدد مطلوب مربوط به دو عنوانی است که هر دو به نحو صحیح در صیغه نکاح آورده شده منتهی بحث در این است که یکی از عنوان مقیداً به عنوان دیگر متعلق نکاح قرار گرفته است یا به نحو تعدد مطلوب است و یکی از دو عنوان مطلقاً متعلق نکاح است البته عنوان دیگر هم مورد توجه متعاقدین بوده است ولی اگر از اشتباه هم بود عنوان دیگر متعلق انشاء نکاح است.

اگر بحث وحدت و تعدد مطلوب مطرح باشد چنانچه عقد از عقود بود که جعل خیار در آن مشروع بود در صورت تعدد مطلوب عقد صحیح بوده حق خیار فسخ ثابت می شد در حالی که اگر کلام سید را در باب بیع فرض کنیم دیگر خیار ثابت نمی شود مثلاً کسی برای کارهای دفتری منشی می خواسته، رفته عبدی را خریده و گفته «اشتریت هذا العبد الکاتب الیمانی» در صورتی که مقصود او خریدن «عبد کاتب» بوده و یمانی بودن فقط به عنوان معرفی آن عبد صورت گرفته، اگر این عبد مصری بود عقد صحیح و لازم است و خیار فسخ هم ندارد، بلی اگر هر دو جهت مورد نظر مشتری بود چنانچه نظر مشتری به نحو وحدت مطلوب باشد عقد باطل می شود و اگر به نحو تعدد مطلوب باشد خیار فسخ ثابت می گردد.

البته همین بحث مرحوم آقای حکیم را مناسب بود مرحوم سید در اینجا مطرح کنند و آن این که اگر گفته شود «زوجتک هذه و هی الکبری»

و هر دو جهت مورد نظر زوج و ولی زوجه باشد، چنانچه یکی از دو جهت اشتباه بود و معلوم شود که این دختر، دختر بزرگ نیست. صحت عقد در این مورد مبتنی بر مسئله وحدت و تعدد مطلوب است. اگر رضایت متعاقبین به عقد با این شخص مشروط و مقید بر آن است که دختر بزرگ باشد عقد باطل است و اگر مقید به این وصف نبود عقد صحیح می باشد و این که این دو جهت ذاتی شخص و از اوصاف ثابته باشد یا عرضی، تفاوتی نمی کند.

هذا بحسب مقام الثبوت اما از نظر اثباتی، ظاهر کلام وحدت مطلوب است یا تعدد مطلوب مسئله دیگری است که در کلام مرحوم آقای حکیم رحمه الله مطرح شده است. ایشان می فرمایند از نظر ارتکاز عرفی به نحو تعدد مطلوب فهمیده می شود.

پس اگر این شخص دختر بزرگ هم نبود عقد صحیح است و اگر خیار فسخ در عقد نکاح مشروع بود حق فسخ هم می آورد و لذا در عقد بیع اگر بایع بگوید بعثک هذا العبد الکاتب چنانچه معلوم شود که کتابت نمی داند، چون ارتکاز عرفی به تعدد مطلوب است عقد صحیح بوده فقط مشتری حق خیار فسخ دارد.

نقد استاد مد ظلّه بر کلام مرحوم آقای حکیم رحمه الله:

دو ادعا ایشان دارند که هر دو محل تأمل است.

اول اینکه: ارتکاز عرفی بر این است که از باب تعدد مطلوب است. آیا همیشه همین طور است؟

دوم: بر فرض که از باب تعدد مطلوب شد آیا نتیجه اش همان است که ایشان می فرمایند؟

یعنی حق فسخ ثابت باشد.

ص: 3534

اما قسمت اول: اینکه در موارد اوصاف ایشان می فرمایند تعدد مطلوب است؛ فرض کنید یک کسی منشی می خواهد، کاری به عبد و امثال آن ندارد، می خواهد شخصی منشی تجارت خانه او باشد، از یک نفر، عبدی را به عنوان کاتب می خرد آیا در این معامله ارتکاز عرفی بر این است که این معامله واقع می شود و لو عبد، فاقد کتابت باشد؟ چون رضایت مطلقه دارند فقط خیار دارد؟ یا اینکه در این موارد اصلاً چنین عبدی را نمی خواهد چون مشکل او را حل نمی کند چون هدف او داشتن صفت کتابت در عبد بود. اینجا بلا اشکال از باب وحدت مطلوب است، پس این چه ارتکازی است که اگر از قبیل اوصاف یک چیزی شد به نحو قید مطلوب نباشد بلکه التزام فی التزام آخر باشد یعنی دو شیء باشد، یک التزام مطلق و مطلوبیت مطلقه که اگر فاقد قید دیگر بود حاضر به پذیرفتن آن است، این شیء این مطلوبیت مطلقه دارد و یک مطلوب علی حده دیگر که عبارت از اوصاف است.

چنین ارتکاز کلی نیست و اگر به فرض تعدد مطلوب هم باشد، اما این که کدام یک از این دو مطلوب اصیل است و دیگری مطلوب تبعی و فرعی، ضابطه کلی در کار نیست و تقدم در ذکر یا ذاتی بودن، دلیل اصیل بودن نیست.

اشکال دوم: سلمنا پذیرفتیم در این موارد ارتکازاً التزام فی الالتزام و تعدد مطلوب است. به چه دلیل مطلوب دوم که مظروف است و التزام دوم است اگر تحقق پیدا نکرد حق فسخ التزام اول (که مطلوب اول باشد و ظرف برای دومی) را دارد؟

مثلاً اگر کسی دو تا عقد مستقل انجام داد اما عقد دوم مبنی بر عقد اول است یعنی التزامی است مبنی بر التزام اول و شرطی هم در کار نیست یعنی چون عقد اول را انجام داده، عقد دیگری هم انجام می دهد. حالا اگر کسی در آن عقد دوم تخلف کرد و ترتیب اثر نداد چه دلیلی داریم که طرف مقابل حق فسخ پیدا کند در التزام اول و بتواند آن را به هم بزند؟ و ایشان وجه این مطلب را ذکر نمی کنند.

اشاره

مرحوم آقای خویی مطلبی دارند در اشباه و نظائر که ادعای فحوص است. ایشان می فرمایند: هر وقت این گونه تعبیرات شد معنایش این است که من ملتزم هستم به اصل حدوث عقد، اما تا وقتی ملتزم به بقاء عقد هستم که آن خصوصیتی که تو گفتی موجود باشد اما نسبت به اصل حدوث عقد هیچ قید و شرطی در کار نیست یعنی می گوید من حاضریم این عبد را مالک شوم چه کتابت داشته باشد چه نداشته باشد اما بقاء بر این التزام را یعنی خودم را مالک بدانم و طرف را هم مالک پولی که می دهم بدانم و حق فسخ نداشته باشم در صورتی است که کتابت هم داشته باشد و اگر فاقد کتابت شد من حق فسخ داشته باشم به عبارت دیگر می گوید بالارتکاز خیار فسخ جعل شده است.

نقد و نظر استاد مد ظله:

از کجای این جملات این ارتکاز استفاده می شود که من حاضریم مالک شوم اما حق فسخ داشته باشم از این تعبیرات چنین چیزی استفاده نمی شود.

به نظر می رسد در این موارد، حکم فضولی پیدا می کند که اگر بعداً رضایت داد و امضاء کرد می شود ملک خودش، البته فضولی به شکل نقل. و این در حقیقت عقد جدید است. و الله العالم. (* و السلام*)

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه، مسئله 19 را بررسی می کنیم. ابتدا به مسئله اختلاف زوج و زوجه در اصل تعیین هر یک از زوجین پرداخته با نقل دو اشکال به فتوای مرحوم سید مبنی بر تقدیم قول مدعی صحت، و بیان اینکه اجرای اصله الصحه برای ترتیب آثار جامع عقد بی اشکال است، احتمال می دهیم که نظر سید رحمه الله هم از تقدیم قول مدعی صحت برای ترتیب، فقط همین آثار باشد، آنگاه به مسئله اختلاف زوجین در آن کسی که تعیین شده می پردازیم و آن را از باب تداعی دانسته حکم به تحالف می کنیم و در پایان به موردی که بنا به صحیحۀ ابو عبیده حذاء از آن استثناء شده پرداخته و ادعای اعراض مشهور از روایت را نادرست خواهیم دانست.

الف) اختلاف زوج و زوجه در اصل تعیین:

1) طرح مسئله:

متن عروه: مسئله 19 - اذا تنازع الزوج و الزوجه فی التعیین و عدمه حتی یكون العقد صحیحاً او باطلاً فالقول قول مدعی الصحه كما فی سائر الشروط اذا اختلفا فیها و كما فی سائر العقود.

مرحوم سید می فرماید هرگاه زن و مرد (در اینکه عقد همراه با تعیین زوج و زوجه بوده تا صحیح باشد یا تعیینی صورت نگرفته و قهراً باطل محسوب می شود) اختلاف کنند قول کسی که می گوید شرط تعیین، محقق، و عقد صحیح می باشد مقدم است. همچنان که در اختلاف متعاقدین در وجود دیگر شرایط صحت و نیز در سایر عقود همین حکم (تقدیم قول مدعی صحت) جاری است. البته در اینجا فرض بر این است که تعیین از شرایط صحت عقد است.

ص: 3537

2) مناقشه مرحوم آقای خویی و آقای حکیم:

مرحوم آقای خویی می فرمایند: شرطیت تعیین زوج و زوجه (در قبال عدم تعیین آن دو یعنی به نحو کلی یا مردد و یا مهمل) از مقومات عقد و تحقق موضوع عقد است نه حصول شرایط عقد و یا فقد موانع آن و اصاله الصحه (تنها مستند در این مسئله) که مبتنی بر بناء عقلاء است در مورد شک در شرایط و فقد موانع جاری است نه در شک در اصل موضوع و ارکان عقد. مثلاً اگر شک کند که بایع، خمر فروخته یا سرکه نمی تواند با اصاله الصحه اثبات اینکه سرکه فروخته کند. لذا با عدم جریان اصاله الصحه و جریان اصاله الفساد در عقود، قول منکر صحت مقدم می شود. مرحوم آقای حکیم هم به همین تقریب در شمول اصاله الصحه نسبت به شک در اصل موضوع عقد تأمل دارند.

3) اشکال دیگر به فتوای سید رحمه الله:

بر فرض که اصاله الصحه را در مورد شک در ارکان عقد و تحقق موضوع آن نیز جاری و عقد مورد بحث را صحیح بدانیم لکن همان گونه که شیخ در بحث اصاله الصحه فرموده، چون مثبتات اصول حجت نیست و لوازم عقلی یا عادی آنها مترتب نمی شود لذا نمی توان مثلاً حکم به زوجیت فاطمه و لزوم تمکین او نمود. همان طور که اگر کسی ببیند کلامی از دهان زید خارج شد و نداند آیا او فحش داده و مرتکب فسق شده و یا سلام کرده، هر چند اصاله الصحه اقتضا می کند که او مثلاً از عدالت خارج نگشته ولی اینکه او سلام کرده و نتیجتاً واجب باشد که جواب سلام او را بدهند را اثبات نمی کند.

4) فرمایشی استاد - مد ظلّه - و بیان مراد سید رحمه الله:

بعضی از احکام نکاح از آثار زوجیت زن و مرد معین است مانند وجوب نفقه بر مرد و وجوب تمکین بر زن. برای ترتیب این گونه احکام باید زوج و زوجه در عقد معین شده باشند. ولی برخی احکام دیگر از آثار جامع و اصل وقوع عقد است نه

آثار عقد واقع شده بر زوج و زوجه معین، مانند عدم جواز نکاح خامسه و یا جمع بین الاختین، در این دسته از احکام نیازی به تعیین زوجین نیست بلکه اگر عقد بر جامع و کلی بین چند نفر هم واقع شده باشد برای ترتیب عدم جواز ازدواج با خامسه یا با اخت آن چند نفر کافی است. اشتراط تعیین هم که قبلاً بحث آن را کردیم برای ترتیب احکام زوجیت خصوص زن و مرد می باشد نه احکام جامع عقد.

با توجه به این مطلب، اگر شک در تعیین و عدم آن داشتیم همان طور که در ابتدای بحث گفتیم برای ترتیب آثار زوجیت خصوص زن و مرد نمی توان به اصالة الصحة تمسک کرد چون از باب شک در ارکان عقد است و بر فرض جاری شدن، اثبات زوج بودن مثلاً زید یا زوجه بودن فاطمه را به دلیل مثبت بودن نمی کند. بلکه اگر شک در دیگر شرایط هم داشتیم باز اشکال مثبت بودن برای ترتیب اثر دادن در جایی که موضوع آن خصوص زوج یا زوجه است وجود دارد و اصالة الصحة مفید نیست. مثلاً اگر کسی نذر کند در صورت تکلم زید به زبان عربی صدقه بدهد و نداند آیا او عقد را به زبان عربی اجرا کرده یا نه (بنا بر اعتبار عربیت) نمی توان با اصالة الصحة حکم به اینکه به زبان عربی تکلم کرده نمود و موضوع نذر را با آن اثبات کرد.

ولی آیا نمی توان با اصالة الصحة اصل وقوع عقد را و لو بر جامع اثبات و آثار این جامع (همچون بطلان نکاح خامسه یا ازدواج با خواهر آن چند زن مرد) را بر آن بار نمود؟ به نظر ما در جایی که مسلماً عقد و انشایی همراه با قصد واقع شده، بنای عقلا حتی اگر بعضی از مقدمات آن مشکوک باشد بر این است که اصالة الصحة صحت کلی عقد را ثابت می کند. لذا اگر در صحت معامله ای به خاطر اینکه نمی دانیم آیا خمر فروخته یا سرکه شک داشتیم، البته نمی توان صحت آن را با اصالة الصحة ثابت کرد ولی اگر کسی که معاملات کثیره ای انجام داده و اموالی به دست آورده، ندانیم آیا آنها را از طریق خرید و فروش خمر به دست آورده یا سرکه، و شک در حلیت اموال او کنیم بنای عقد بر اجراء اصالة الصحة به معنای حلیت اصل اموال او وجود دارد هر چند خصوص سرکه بودن مبیع و احکام آن همچون طهارت آن مایع را ثابت نمی کند. خلاصه اینکه اجرای اصالة الصحة برای ترتیب آثار کلی عقد بی اشکال

است و ترتیب احکام جامع همچون بطلان نکاح خامسه یا خواهر زن صحیح است. هر چند آثار خصوص زوجیت زید و فاطمه را نمی توان با آن اثبات کرد.

و شاید مراد سید رحمه الله هم که فرموده: قول مدعی صحت مقدم است. برای اجرای احکام جامع عقد باشد نه خصوص زوجیت زید و فاطمه، زیرا بعید است ایشان در جایی که شک کنیم عقد بر خصوص زن معینی واقع شده یا بر چند نفر به نحو کلی، بگویند: آن عقد صحیح است و آن زن باید احکام زوجیت را بر خود مترتب کند.

ب) اختلاف زوج و زوجه در معین:

متن عروه: ... و ان اتفقا الزوج و ولی الزوجه علی انهما عینا معینا و تنازعا فیه انها فاطمه او خدیجه فمع عدم البینه المرجع التحالف کما فی سائر العقود.

اگر طرفین معترفند که در عقد تعیین صورت گرفته است ولی در معین اختلاف داشته، زوج می گوید عقد بر فاطمه واقع شده و ولی زوجه می گوید بر خدیجه، در اینجا چون هر کدام از آنها مدعی فرد مورد نظر خود و منکر فرد دیگر است (هم مدعی است و هم منکر) باب تداعی می شود و باید اگر بینه ای نداشتند یا هر دو بینه آوردند، تحالف کنند. پس اگر یکی از آنها از قسم خوردن نکول کرد حق با دیگری است و اگر هر دو قسم خوردند یا هر دو نکول کردند، هر دو دعوی تساقط می کند و قول مشهور بسیار قوی بر این است که چنین عقدی منفسخ می شود. که البته تحقیق این مسئله که آیا پس از تساقط هر دو دعوی چه حکمی مترتب می شود نیاز به بحث طولانی دارد و چون مربوط به باب قضا و شهادت است، ما فعلاً وارد آن نمی شویم.

ج: اختلاف زوج و ولی زوجه در معین، هرگاه آن دو تنها در نیتشان تعیین کرده باشند.

اشاره

متن عروه: ... نعم هنا صوره واحده اختلفوا فیها و هی ما اذا کان لرجل عده بنات فزوج

ص: 3540

واحدہ و لم یسمہا عند العقد و لا عینہا بغير الاسم لکنہ قصدہا معینہ و اختلفا فیہا فالمشہور علی الرجوع الی التحالف الذی ہو مقتضی قاعدہ الدعاوی و ذہب جماعہ الی التفصیل بین ما لو کان الزوج رءاهنّ جمیعاً فالقول قول الاب و ما لم یرهن فالنکاح باطل و مستند ہم صحیحہ ابی عیبہ الحذاء و ہی و ان كانت صحیحہ الا ان اعراض المشہور عنها مضافاً الی مخالفتہا للقواعد مع امکان حملہا علی بعض المحامل یمنع عن العمل بہا فقول المشہور لا یخلو عن قوہ و مع ذلك الاحوط مراعاہ الاحتیاط و کیف کان لا یتعدی عن موردها.

مرحوم سید می فرماید از موردی که زوج و ولی زوجه در معین اختلاف داشته و حکم آن تحالف بود یک مورد استثنا شده و آن در جایی است که پدری که دارای چند دختر است یکی از آنها را بدون اینکه توصیف کند یا نام ببرد تنها در نیت خود تعیین کرده و او را به ازدواج آن مرد درآورد، آنگاه با زوج اختلاف کنند که مقصود مثلاً فاطمه بوده و او بگوید قصد من خدیجه بوده است، در این مورد نیز مشهور بنا به قاعده باب دعاوی که در فرع قبل ذکر کردیم قائل به تحالف شده اند لکن جماعتی به استناد صحیحہ ابی عیبہ حذاء بین موردی که زوج آن دختران را رؤیت کرده و موردی که بدون رؤیت آنها اقدام نموده، تفصیل قائل شده، در صورت اول قول پدر را مقدم و در صورت دوم عقد را باطل می دانند. البته در موردی که قول پدر مقدم است، پدر وظیفه دارد همان دختری را که واقعاً تعیین و قصد کرده بوده است در اختیار زوج قرار دهد و هر چند از نظر حکم ظاهری، قول او مقدم است و هر چه ادعا کند پذیرفته می شود، ولی از نظر واقعی و بینہ و بین اللہ، میزان ادعایش نیست و وظیفه اش آن است که بر طبق نیتی که داشته است عمل کند. سپس می فرماید:

قول اول (تحالف) به دلیل اعراض مشہور از این صحیحہ همچنین مخالفت آن با قواعد مسلّم و امکان حمل آن به معانی دیگر، خالی از قوت نیست. ولی در عین حال مراعات احتیاط احوط است و در هر حال از مورد روایت به موارد دیگر نمی توان تعدی نمود.

جمله «مع امکان حملها علی بعض المحامل» را به دو صورت می توان معنا کرد: اول اینکه این جمله متمم جمله قبل باشد بدین معنا که هرگاه ظاهر مفاد صحیحه ای بر خلاف قواعد بود و امکان حمل آن به معنای غیر ظاهریش وجود داشت در این فرض چنین روایتی مانند روایات مجمله نمی توان به آن عمل کرد. به نظر ما اگر این وجه مراد سید باشد مبنای آن قابل دفاع است زیرا اگر روایتی را بتوان برای آن توجیهی کرد که عرف آن را پسندیده و از آن ابایی نداشته باشد لازم است بر قواعد تحفظ نموده و روایت مخالف را توجیه کرد چون وجهی ندارد که از قواعد مسلّم به دلیل روایتی که ذو وجوه است صرف نظر کنیم.

دوم اینکه، هر کدام از مخالفت با قواعد و امکان حمل به معانی دیگر در کلام مرحوم سید جداگانه وجهی برای وهن در عمل به روایت باشد. ولی این وجه با مبانی کسانی که حجیت خبر واحد را تمام می دانند سازگار نیست زیرا هر چند برخی در تخصیص آیات قرآن با خبر واحد مناقشه و ان قلت دارند لکن تمام قائلین به حجیت خبر واحد، تخصیص قواعد را با آن بی اشکال می دانند و در این صورت نمی تواند مخالفت روایت با قواعد به تنهایی موجب وهن در عمل به آن گردد مگر اینکه بگوییم مراد سید این است که هر چند قواعد فقهی مانند قاعده ریاضی نیست که تخصیص آن محال باشد لکن بعضی از قواعد به گونه ای است که انسان به حسب ارتکازات عرف و متشرعه و عدم وجود هیچ گونه مشابهی در تخصیص آن، به عمومیت آن اطمینان نوعی پیدا می کند به طوری که باعث وهن در حجیت خبر واحد مخالف با آن شده و نمی توان قاعده را با آن تخصیص زد. لذا به گمانم برخی همچون صاحب درر در دوران امر بین تخصیص عام و تحفظ بر هیئت آن و بین رفع ید از هیئت عام و تحفظ بر عمومیت آن، به تقدیم تحفظ بر عمومیت عام متمایل گشته اند مثلاً اگر بگوید اکرم العلما ولا یجب اکرام زید العالم در اینجا اگر از ظهور عام در وجوب، رفع ید کنیم و آن را حمل بر استتباب کرده و بر عمومیت آن تحفظ کنیم بهتر از تحفظ بر هیئت وجوبی و تخصیص آن است. شیخ انصاری هم می فرماید اگر

حکومتی در کار نباشد باید اقوائت را در نظر گرفت و در هر حال این آقایان حکم به تخصیص عام یا قاعده نمی کنند. در عین حال اگر جمله «مع امکان حملها...» را متمم جمله قبلی بدانیم بهتر است.

2 - متن روایت:

محمد بن یعقوب الكلینی باسناده عن ابی عبیده قال: سألت ابا جعفر علیه السلام عن رجل کن له ثلاث بنات ابکار فرّوج إحداهن رجلاً و لم یسمّ التی زوّج للزوج و لا للشهود و قد کان الزوج فرض لها صداقها فلما بلغ ادخالها علی الزوج بلغ الزوج انها الکبری من الثلاثه فقال الزوج لایبها: انما تزوجت منک الصغیره من بناتک قال: فقال ابو جعفر علیه السلام: ان کان الزوج رءاهن کلّهن و لم یسمّ له واحده منهن فالقول فی ذلک قول الاب و علی الاب فیما بینه و بین الله ان یدفع الی الزوج الجاریه التی کان نوى ان یزوجها ایاه عند عقده النکاح و ان کان الزوج لم یرهن کلّهن و لم یسمّ له واحده منهنّ عند عقده النکاح فالنکاح باطل. (1)

مورد روایت جایی است که مهریه تعیین شده باشد لذا اگر روایت را بر خلاف قواعد و در عین حال عمل به آن را لازم بدانیم نمی توان از این مورد تعدی نمود.

همچنین ظاهر روایت این است که پس از تسلیم آن دختری که پدر نیت کرده بود آن زن و لو اینکه زوج مدعی است دیگری را نیت کرده است، بر او حلال و دارای صحت واقعیه می شود.

3 - اقوال فقها در مسئله

مرحوم سید می فرمایند مشهور در این مسئله قائل به تحالف شده اند ولی مرحوم آقای خوبی ایراد گرفته و مطلب صحیحی را فرموده می گویند: موردی که مشهور قائل به تحالف شده اند همان فرع قبل است که اختلاف در این است که آیا آن کسی که در عقد تعیین شد فاطمه بود یا خدیجه و اما در این فرع که کسی را در عقد تعیین نکرده اند و تنها در نیت هر یک از زوج و ولی زوجه شخصی غیر از آن کسی که در

ص: 3543

1- (1) وسائل، کتاب النکاح، ابواب عقد النکاح و اولیاء العقد، باب 15، ح 1.

نیت دیگری است آمده، احدی قائل به تحالف نشده و وجهی نیز برای تحالف ندارد زیرا در جایی حکم به تحالف می شود که طرفین هم مدعی و هم منکر باشند اما در این فرع که هر کدام از آنها فقط مدعی شخص خاصی در نیت خود است و منکر شخص مورد ادعای طرف مقابل نیست، از نظر قواعد جای تحالف نیست و احدی نیز در این فرع قائل به آن نشده است همه یا به روایت عمل کرده قائل به تفصیل شده اند و یا از روایت اعراض کرده و آن عقد را بدون تحالف باطل دانسته اند.

4) اعراض مشهور از روایت:

مرحوم سید می فرمایند مشهور از این روایت اعراض کرده اند در حالی که هیچ کس پیش از محقق کرکی غیر از ابن ادریس که اساساً خبر واحد را حجت نمی داند و ابن متوج بحرانی معاصر شهید اول بنا به نقل صاحب حدائق از شاگرد او ابن فهد احسائی، کس دیگری از این روایت اعراض ننموده است. مرحوم کلینی آن را در یک باب نادر آورده و آوردن روایتی در یک باب نادر که تحت ضوابط کلیه قرار نمی گیرد دلیل بر اعتماد او به آن است شیخ صدوق نیز آن را نقل کرده است، شیخ طوسی در نهاییه، ابن براج در مهذب، و قطب الدین کیدری در اصباح به آن فتوی داده اند، محقق در شرایع و نافع به آن اخذ کرده و فرموده که مفاد آن مطابق با قواعد است شاگرد او فاضل آبی نیز عمل کرده و با ابن ادریس با تندی برخورد کرده است.

علامه در قواعد و تحریر و تذکره و تبصره و ارشاد و تلخیص و مختلف به آن اخذ نموده است همچنین شهید اول در لمعه، فاضل مقداد در تنقیح به آن عمل کرده اند.

تنها محقق کرکی آن را رد کرده و شهید ثانی و عده ای دیگر از متأخرین نیز از او تبعیت کرده اند. بنابراین با وجود عمل نمودن بزرگانی از فقهاء که نام آنها را بردیم اعراض اصحاب خصوصاً قدمای آنان از آن ثابت نیست.

ادامه بررسی مسئله در جلسات آینده. ان شاء الله «* و السلام*»

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس این جلسه:

بحث در مسئله (19) احکام عقد عروه بود. در این جلسه نخست توجیه دیگری را برای تصحیح فتوای مرحوم سید در مورد اجراء اصاله الصحه در فرع اول مسئله یعنی تنازع بین زوج و زوجه در تعیین، مطرح می کنیم، آنگاه فرع دوم مسئله یعنی تنازع در زوج یا زوجه معین شده را مطرح کرده و کلام مرحوم سید درباره اعراض مشهور از صحیحه ابی عبیده حذاء را نادرست شمرده و مورد روایت و کلمات علماء را بر خلاف نظر مرحوم آقای خوئی تکاذب طرفین خواهیم دانست. ان شاء الله تعالی.

الف) توجیهی دیگر برای جریان اصاله الصحه در مسئله تنازع بین زوج و زوجه در تعیین:

برای تصحیح فتوای مرحوم سید در مورد اجراء اصاله الصحه در مسئله مذکور توجیه دیگری به نظر می رسد که پیش از ورود به بحث به آن اشاره می کنیم:

وقتی زوج و زوجه در تعیین و عدم تعیین اختلاف پیدا می کنند، بازگشت تنازع آنان به این است که آیا مورد عقد، نخست به صورت مردد یا کلی بوده و پس از انشاء، از بین دو یا چند نفر، فرد خاصی متعین گشته است که نتیجتاً به خاطر اینکه زمان اجرای صیغه عقد قبل از تعیین بوده و انشاء جدیدی هم صورت نگرفته، عقد باطل باشد، یا اینکه مورد عقد از ابتداء و قبل از انشاء، همین فرد خاص و زوجه متعین بوده و انشاء عقد نیز مبنیاً بر معاهده قبلی یا لفظاً بر همین فرد معین واقع گردیده که در نتیجه، عقد صحیح باشد؟

ص: 3545

البته اگر دلیل خاصی بر لزوم تعیین نبود، به لحاظ وجود التزام طرفین و تمامیت سایر شروط، برای تصحیح عقد به چیز دیگری نیاز نبود و ما قایل به صحت آن می شدیم، اما با توجه به ادله شرطیت تعیین، گرچه این احتمال وجود دارد که مورد عقد از اول نیز معین بوده، لیکن به لحاظ تردید و احتمال مردّد یا کلی بودن آن در زمان انشاء، حصول این شرط و به تبع آن صحت عقد مشکوک است.

در ما نحن فیه وقتی نمی دانیم آیا این التزام متعین صحیح است چون عقد نیز روی این فرد معین انشاء شده است یا این التزام هر چند متعین است لکن صحیح نیست چون عقد نکاح روی این فرد معین انشاء نشده است. در این شرائط اصاله الصحه می گوئیم این التزام صحیح است و نمی خواهیم اثبات کنیم که عقد نکاح هم روی این فرد انشاء شده است تا بگوئید اصاله الصحه لوازم خود را اثبات نمی کند.

بلکه فقط می خواهیم التزام متعین فعلی را تصحیح کنیم.

وجهی که برای تصحیح این عقد به نظر ما رسیده عیناً مشابه توجیهی است که در تصحیح عقد مکره با اجازه لا حق گفته می شود:

همچنان که سابقاً عرض کردیم و مرحوم آقای خوئی نیز فرموده اند، گرچه الفاظی که با آنها انشاء عقد صورت می پذیرد دارای معنای حدوثنی بوده و از امور غیر قارّه است که ثبات و دوامی ندارد لیکن قرار و التزام و آنچه که به وسیله الفاظ انشاء می شود (مُنشأ) - و حقیقت عقد نیز چیزی غیر از آن نیست - امری است اعتباری و قارّه، و در عالم اعتبار و در نظر عقلاً دارای ثبات و بقاء است و به همین جهت است که فسخ یا انفساخ عقد معنا پیدا می کند، زیرا انفساخ و فسخ عبارت از گسسته شدن و از بین بردن چیزی است که دارای استمرار و بقاء باشد.

بر همین اساس در مورد عقد مکره می گویند: نظر به اینکه عقد دارای یک معنای قارّه است و التزام و مُنشأ در عالم اعتبار باقی است، لذا گرچه در زمان اکراره، ادلّه نفوذ شامل آن نمی شود ولی با رضایت و اذن لا حق، بدون اینکه نیازی به عقد جدید باشد، همان التزام و پیمان مشمول اَوْفُوا بِالْعُقُودِ گشته، و آن عقد صحیح می گردد.

بدین ترتیب، با اجرای این اصل، ثابت می شود که این فرد خاص متعین، زوجه آن مرد بوده، و التزام آنان التزامی صحیح و شرعی است.

(ب) ادامه بحث پیرامون صحیحہ ابی عبیدہ حدّاء:

(1) بررسی کلام مرحوم سید دربارهٔ اعراض مشهور از روایت:

در جلسه پیش عرض کردیم که تا زمان محقق کرکی تنها کسی که روایت را کنار گذاشته و به مفاد آن فتوا نداده، مرحوم ابن ادریس است. ولی آن طور که صاحب حدائق از ابن فهد احساسی نقل می کند (1) شیخ او ابن متوجّ بحرانی نیز - که معاصر شهید اول و از شاگردان فخر المحققین است - با ابن ادریس موافقت کرده است.

بنابراین در طول شش قرن یعنی از اوائل قرن چهارم، زمان کلینی (متوفای 328) تا اوائل قرن دهم، زمان محقق کرکی (متوفای 937) تنها دو نفر با مفاد روایت مخالفت کرده اند که یکی قبل از محقق اول (متوفای 676) و دیگری بعد از او بوده است: 1 - ابن ادریس در نیمه دوم قرن ششم، 2 - ابن متوجّ بحرانی در نیمه دوم قرن هشتم.

غیر از این دو نفر کسی مخالفت نکرده، بلکه یا ظاهر روایت را پذیرفته اند و یا آن را حمل کرده و بر اساس آن فتوا داده اند. بنابراین وجهی برای کلام مرحوم سید در مورد نسبت اعراض به مشهور باقی نمی ماند.

در میان متأخرین نیز تا زمان صاحب جواهر، غیر از محقق کرکی (2)، تنها شهید ثانی در شرح لمعه - که آن را چند سال قبل از مسالک نوشته - ترجیحاً روایت را کنار گذاشته است ولی در مسالک گرچه نخست به کلام ابن ادریس متمایل شده، لیکن نهایتاً کنار گذاشتن روایت صحیح السند را مشکل می داند، و در حاشیه کوتاهش بر

ص: 3547

1- (1) حدائق - ج 23، ص 179.

2- (2) محقق کرکی دربارهٔ کنار گذاشتن روایت می فرمایند: «لا- یخلو عن قوه» و شهید ثانی در شرح لمعه در مورد ردّ روایت می فرمایند: «و هو الاولی» و در آخرین کتابش یعنی مسالک ابتداء ردّ روایت را «لعلّه اجود» می شمرد و در پایان با عنایت به صحت سند روایت می فرماید: «و للتوقف فی ذلک مجال».

ارشاد - که در حاشیه غایه المراد شهید اول چاپ شده - نیز روایت را پذیرفته و می گوید: و القول قول الاب. البته ایشان قسم را نیز برای اب لازم دانسته است. مرحوم نراقی نیز در مستند روایت را نپذیرفته، لیکن نه از جهت مخالفت با قواعد از عمل به روایت اعراض کرده باشد بلکه به این لحاظ که مجمل است. عبارت ایشان چنین است: و قد خالف فی صورہ الاختلاف مع ولیّ الزوجہ فی التعین جماعہ... بل الاکثر کما فی المسالک فقالوا بالتفصیل فیہ... و استندوا فیہ الی صحیحہ الحدّاء.

پس از اینکه به نقل از مسالک قول به تفصیل را به اکثر نسبت داده و مستند آنان را در تفصیل بین اینکه زوج، دختران را دیده یا ندیده، روایت صحیحہ ابی عیبہ حدّاء معرفی می کند، با عبارت زیبایی می فرماید: و هی مردودہ لا بما قیل من أنّها مخالفتہ للقواعد المرعیہ من التفرقة بین صورہ الرؤیہ و عدمها، لأنّ القواعد کما بالأدلّہ الشرعیہ تؤسّس کذلک بہا تخصّص بل بالإجمال لاحتمالها کلاً من الصور الثلاث(1)

یعنی ما روایت را به خاطر اینکه مفاد آن با قواعد مخالف است کنار نمی گذاریم، زیرا همچنان که با ادله شرعی و روایات، تأسیس قاعده کلی می شود، همین طور به وسیله آنها تخصیص قواعد کلی نیز صورت می پذیرد، بلکه کنار گذاشتن روایت به لحاظ اجمال و مردّد بودن مفاد آن بین چند چیز است و بعد از بیان احتمالات ثلاث در معنای روایت می فرماید: فلا تكون الروایه حجه فی شیء من الصور.

اما سایر متأخرین تا آنجا که ما مراجعه کردیم، همچون صاحب مدارک در نهایه المرام، سبزواری در کفایه، و نیز کاشف اللثام، صاحب حدائق، صاحب ریاض و صاحب جواهر و... همگی روایت را اخذ کرده، برخی تعبّداً و گروهی با توجیهاتی که در معنای روایت کرده اند، کوشیده اند مفاد آن را مطابق قواعد معنا کنند.

بنابراین، همان طور که عرض کردیم نسبت اعراض به مشهور بی مورد است.

ص: 3548

1- (1) مستند الشیعہ، ج 16، ص 103-104، البته در چاپ های جدید اشتباهاً به جای بالاجمال، بالاجماع نوشته شده است.

اشاره

مرحوم سید می فرماید: اگر مردی دارای چند دختر باشد و یکی از آنها را بدون اینکه نام یا صفتی از او بر زبان آورد قصد کرده، و به ازدواج کسی درآورد، آنگاه بین پدر و زوج در مورد او اختلاف شود، برای رفع اختلاف آنان، مشهور قائل به تحالف شده و جماعتی تفصیل داده در فرض رؤیت، حق را به ولی زوجه داده و در فرض عدم رؤیت عقد را باطل دانسته اند.

مرحوم آقای خوئی در شرح کلام سید می فرمایند: در مقام دو فرع وجود دارد و مرحوم سید اقوال و حکم این دو فرع را به یکدیگر خلط کرده اند. فرع اول این است که شخصی یکی از دخترهایش را در نیت تعیین کرده و او را به عقد نکاح مردی درآورده، شوهر نیز عقد نکاح همان شخص را پذیرفته است. پس عقد به طور صحیح واقع شده است لکن بعد از عقد اختلاف شده که روی کدام دختر عقد خواندیم؟ شوهر و ولی زوجه هر کدام موردی را تعیین می کنند، در این صورت لا اشکال که مورد از موارد تداعی است و تحالف است و از نظر فتاوی نیز اختلافی نیست و هیچ کس قائل به بطلان یا تفصیل بین صورت رؤیت و عدم رؤیت نشده و این فرع از مورد صحیحۃ ابی عبیده حذاء هم خارج است.

فرع دوم این است که هیچ کدام از پدر دختر و زوج در ایجاب یا قبول مشخصات معقود علیها را - ولو با قرینه مقامیه - معین نکرده اند ولی پدر دختر می گوید: نکاح فاطمه را قصد کرده و ایجاب نکاح خواننده و زوج می گوید در قبول، نکاح زینب را قبول کرده است. بنابراین بین ایجاب و قبول تطابق نبوده است. ایشان می فرمایند: در این فرع، اصحاب امامیه دو قول مختلف دارند: گروهی بر اساس قواعد اولیه گفته اند: عقد باطل است و جماعتی بر اساس روایت ابی عبیده حذاء تفصیل داده اند و گفته اند اگر این پسر همه دخترها را دیده، القول قول الایب و اگر ندیده، عقد نکاح باطل است. ایشان گفته اند در این فرع است که در بین علماء دو قول دیده می شود 1 - بطلان 2 - تفصیل. و مورد از موارد تحالف نیست چون هیچ

کدام ادعای طرف مقابل را رد نمی کنند و مدعی و منکری مطرح نیست بلکه هر یک تنها از نیت خود خبر می دهند و این دو نیت با یکدیگر متطابق نیست پس طبق قواعد اولیه عقد باطل است و طبق روایت فیه تفصیل و هیچ کدام از اصحاب در این فرع قائل به تحالف نشده اند و فرع اول مجرای تحالف است و هیچ مخالفی هم بر آن ذکر نشده و هیچ کس قائل به بطلان یا تمسک به صحیحه ابو عبیده نشده است.

خلاصه مرحوم سید در این مسئله حکم و اقوال این دو فرع را با یکدیگر خلط کرده است.

نقد استاد مد ظله بر کلام مرحوم آیت الله خوئی رحمه الله:

در جلسه دیروز کلام ایشان را پذیرفتیم. لکن با مراجعه به کلمات علماء روشن می شود که این فرمایش مخدوش است، یعنی در همان فرع اول گروهی از علماء - طبق قاعده - قائل به تحالف شده است و جماعتی نیز بر اساس روایت گفته اند که در صورت رؤیت، القول قول الاب و در صورت عدم رؤیت عقد باطل است.

شاهد اول: فقهاء بعد از محقق نوعاً این مسئله را چنین طرح می کنند: «اذا كان للزوج عده بنات فزوج واحده و لم یسمها عند العقد لکن قصدها بالنیة و اختلفا فی المعقود علیها» (شرایع)

یعنی اصل تحقق عقد را مسلم فرض کرده اند و اختلافشان در معقود علیها است. پس منظورشان فرع دوم نیست چون اگر بین ایجاب و قبول تطابق نباشد عقد و توافق طرفین محقق نشده تا در معقود علیها اختلاف کنند و در همین فرع روایت ابی عبیده را مطرح کرده اند.

شاهد دوم: فقهاء قبل از محقق نوعاً می گویند اگر شوهر دخترها را دیده باشد «القول قول الاب» یعنی اختلاف شده که کدام یک درست می گویند، این فقهاء می گویند اگر شوهر، دخترها را دیده، القول قول الاب یعنی حق با پدر است مثلاً عقد روی فاطمه واقع شده است. و الا عقد باطل است: «اذا كان الرجل عده بنات، فعقد لرجل علی واحده منهنّ و لم یسمها بعینها، لا للزوج و لا للشهود، فان كان الزوج قد رءاهنّ کلهنّ،

ص: 3550

كان القول قول الاب و... و ان لم يكن الزوج لم يرهن كلهن كان العقد باطلاً» (نهایه شیخ)

روشن است که منظور از عبارت «كان القول قول الاب» - که در روایت نیز آمده است - این است که عقد روی کسی واقع می شود که پدر دختر مدعی است و چنانچه پدر دختر هیچ گونه ادعایی در مورد قبول زوج نداشته باشد بلکه فقط بگوید: من فاطمه را شوهر دادم اما این که داماد نکاح چه کسی را قبول کرده نمی دانم، اگر قول قول او هم باشد باعث تصحیح عقد نمی گردد چون تطابق ایجاب و قبال مشکوک است باید عقد را باطل بدانیم و روشن است فقهاء با این عبارت می خواهند عقد را مطابق نظر پدر دختر صحیح بدانند و این صحت فقط با فرع اول قابل تطبیق است پس فقهاء پیشین - تبعاً للروایه - نیز فرعی را که مطرح کرده اند فرع اول است و در همین فرع بر اساس روایت تفصیل داده اند معلوم می شود روایت را بر فرع اول منطبق دیده اند.

شاهد سوم: بسیاری از فقهاء مانند علامه در تذکره و صاحب ریاض و صاحب جواهر و محقق کرکی تصریح کرده اند که موضوع مسئله چنین است: «عقدی است به طور صحیح روی فرد معینی واقع شده، پس از عقد اختلاف شده که معقود علیها کیست؟» پس احتمال نمی دهیم کلام ایشان مربوط به فرع دوم باشد که احتمال عدم تطابق ایجاب و قبول مطرح است و در نتیجه صحت عقد مشکوک است.

شاهد چهارم: حتی ابن ادریس که به روایت ابی عبیده عمل نمی کند و آن را به جهت این که خلاف قواعد است کنار می گذارد، از این جهت اشکال نمی کند که چطور روایت عقدی را که ایجاب و قبول آن متطابق نیست تصحیح می کند؟ و بدون حصول توافق بر یک امر، روایت، نکاح دختری را که پدرش قصد کرده، محقق شده می داند، هر چند شوهر این نکاح را قبول نکرده باشد؟! بلکه اشکال می کند که معقود علیها بالاشاره او بالوصف او... باید در صیغه نکاح مشخص باشد و لذا «زوجه احدی بناتی» دلیلی بر صحت آن نداریم.

شاهد پنجم: در خود روایت ابو عبیده آمده است که اگر شوهر دخترها را دیده «القول قول الاب» و بسیار مستبعد است که شارع مقدس در صورتی که مورد ادعای زوج و ولی زوج متفاوت باشد تعبداً بفرماید اگر زوج دخترها را دیده، عقد روی

همان کسی واقع می شود که پدر دخترها قصد کرده است. به تعبیر دیگر: در موردی که ظاهر امر حکایت از تطابق ایجاب و قبول نمی کند و اماره و نشانه ای بر تطابق نداریم و طرفین نیز ادعای عدم تطابق را دارند شارع مقدس بفرماید تعبداً بپذیرید عقد روی کسی واقع شده که پدر دخترها قصد کرده است. پس اگر چه نه نشانه تقویض امر نکاح به پدر زوجه در کار است و نه نشانه های توافق بر زوجه مشخصی و از سوی دیگر طرفین نیز قبول دارند که روی او توافق نشده است در عین حال تعبداً مقصود پدر دختر واقع می شود این تعبدی بسیار مستبعد است و نمی توان روایت را بر چنین فرضی حمل کرد و اگر روایت صریح در این فرض هم بود می گفتیم ما معنای روایت را نمی فهمیم و باید از خود امام معصوم علیه السلام پرسیم و هیچ یک از فقهاء نیز روایت را از این جهت خلاف قواعد ندانسته اند معلوم می شود روایت را بر چنین موردی حمل نکرده اند.

ان قلت: اگر مورد روایت و کلمات فقهاء فرع اول و مورد تکاذب است پس چرا قول پدر را مقدم داشته اند و قائل به تحالف نشده اند؟

قلت: تقدّم قول پدر به این جهت است که پس از این که زوج تمام دخترها را دیده و اظهار نظر خاصی نکرده و پدر دخترها به طور نامعلوم یکی از دخترها را شوهر داده، و شوهر هم به طور مطلق قبول کرده، معلوم می شود که امر انتخاب همسر را به پدر دختر واگذار کرده است پس باید ببینیم که او چه کسی را قصد کرده است و چون قصد او - در فرضی که صیغه نکاح را مطلق خوانده است - از اموری است که لا يعرف الا من قبل نفسه لذا در مقام قانون ظاهری، مرجع تشخیص قصد منشی عقد، خود اوست، گرچه وی در مقام عمل موظف است بر طبق آنچه را که واقعاً نیت کرده رفتار کند. «* و السلام*» (1)

ص: 3552

1- (1) (توضیح مقرر): از کلمات استاد در جلسات آینده استفاده می شود که موضوع روایت وسیع تر از فرع اولی است که در کلمات مرحوم آیه الله خوئی آمده است.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

بحث در مسئله 20 احکام عقد عروه بود، کسی که دخترهای متعدد دارد و یک نفر معین از آنها را به نکاح مردی در می آورد لکن در صیغه نکاح مشخص نمی کند و مرد هم بدون مشخص کردن قبول می کند. بعد زوج و پدر دخترها در معقود علیها اختلاف کرده اند، صحیحه ابی عبیده حذا فرموده، اگر زوج دخترها را دیده، القول قول الاب و الا عقد باطل است.

در این جلسه به بررسی اشکالات وارد شده بر این روایت و توجیه این روایت می پردازیم. ان شاء الله تعالی.

بحث در این فرع بود که «اذا كان لرجل عده بنات، فزوج واحده و لم یسمّها عند العقد و لا عینها بغیر الاسم لکنه قصدها معینه و اختلفا فیها فالمشهور علی الرجوع الی التحالف، و ذهب جماعه الی التفصیل بین ما لو كان الزوج رأهن فالقول قول الاب و ما لم یرهن فالنکاح باطل، و مستندهم صحیحه ابی عبیده الحداء»

الف) اذا كان لرجل عده بنات، فزوج واحده و لم یسمّها عند العقد و لا عینها بغیر الاسم لکنه قصدها معینه

1 - بیان مورد روایت ابی عبیده از دیدگاه مرحوم آقای خویی:

ایشان می فرمایند؛ مورد روایت جایی است که بین ایجاب و قبول تطابق حاصل نشده است. مثلاً پدر زوجه، قصد شوهر دادن فاطمه را داشته و نکاح او را انشاء کرده و زوج زینب را پسندیده و در انشاء قبول، نکاح با او را قبول کرده است. طبق قاعده باید حکم به بطلان نکاح کنیم لکن به وسیله این صحیحه می گوئیم اگر شوهر قبلاً دخترها را دیده بوده القول قول الاب و الا نکاح باطل است، همه فقها مورد این روایت را همین فرع دانسته اند ولی در عمل کردن به آن دو دسته اند

گروهی به خاطر مخالف قواعد بودن روایت را طرح کرده اند و جماعتی از فقهاء به

2) نقد فرمایش آقای خویی توسط استاد مد ظلّه:

اولاً: ما به کلمات فقهاء که مراجعه کردیم حتی یک نفر نیز روایت را بر این مورد حمل نکرده است تنها مرحوم نراقی در مستند الشیعه این وجه را احتمال دوم از احتمالات سه گانه در روایت قرار داده است.

حتی ابن ادریس هم که روایت را کنار گذاشته مورد روایت را جایی قرار داده که بین ایجاب و قبول تطابق هست و از این جهت به روایت اشکال نکرده است و از جهت دیگر، روایت را خلاف قاعده می داند.

ثانیاً: اگر تطابق بین ایجاب و قبول نسبت به معقود علیها نباشد بسیار بعید است که شارع مقدس تعبداً بین رؤیت و عدم رؤیت تفضیل بدهد. و اگر به فرض چنین روایتی وارد شود نمی توان آن را قبول کرد بلکه علم آن را به اهلش باید واگذار نمود.

و ثالثاً: روایت کالصریح در خلاف این توجیه است زیرا در روایت دارد:

فالقول فی ذلک قول الأب و علی الأب الی آخر الحدیث که این تعبیر در جایی به کار می رود که دو طرف نزاع دارند و هر یک ادعا می کند که سخن او درست است. اما جایی که هیچ یک از آن دو دیگری را تخطئه نمی کند در این موارد تعبیر به و القول فی ذلک قول الأب نمی کنند. چون لازمه این که پدر زوجه ایجاب نکاح را برای فاطمه خوانده باشد این نیست که فاطمه زوجه شده است پس قبول هم برای او واقع می شود. سپس مورد روایت یا جایی است که تطابق بین ایجاب و قبول نسبت به معقود علیها احراز شده است لکن الآن معلوم نیست که کدامیک تعیین شده اند چنانچه اکثر کتب مسئله را اینگونه عنوان کرده اند، یا آنکه مورد روایت جایی است که بین پدر و زوج اختلاف است که آیا تطابق بوده است یا نه؟ زوج گوید: تطابق نبوده است پس عقد باطل است ولی پدر گوید: تطابق بوده چون من وکیل در تعیین بودم و مطابق وکالت فاطمه را نیت کردم پس عقد صحیح است.

بنابراین، روایت بر یکی از دو احتمال اخیر تطبیق می کند نه بر احتمالی که

مرحوم آقای خوبی فرموده است.

(ب) احتمالات روایت از دیدگاه محقق نراقی قدس سره:

مرحوم نراقی در مستند سه احتمال در روایت داده است.

احتمال اول همان احتمال اول از دو احتمال است که ما در روایت دادیم و آن اینکه قبل از عقد بر معینی توافق کردند ولی موقع عقد برای شهود و زوج، اسم آن معین نشده بود سپس اختلاف در آن معین می شود یکی گوید: ایجاب و قبول به فاطمه واقع شد و دیگری گوید: بر زینب واقع شد، که در این صورت طبق قاعده با تحالف نزاع باید بر طرف شود لکن در روایت اثری از تحالف نیست از این رو روایت تخصیص قاعده تحالف باب قضاء است.

احتمال دوم: در مستند همان معنایی است که مرحوم آقای خوبی روایت را بر آن حمل کرده است و آن اینکه هر دو تعیین کرده اند لکن تطابق در فرد معین شده در کار نیست و نزاعی هم بین دو طرف نیست بلکه هر یک دیگری را در آنچه قصد کرده است تصدیق می کنند. و شارع مقدس بین فرض رؤیت و عدم رؤیت تفصیل داده و در فرض رؤیت بر خلاف قاعده لزوم تطابق، حکم به صحت کرده است.

لکن گفتیم که این احتمال خلاف کالصریح روایت است و اصحاب نیز از روایت اینگونه استظهار نکرده اند.

احتمال سوم: اینکه قبل از عقد توافق بر معین نکردند و قرار سابقی در کار نیست.

لکن پدر در موقع عقد دختری را در نیت تعیین کرده است و زوج اجمالاً می داند که پدر، نکاح دختر معینی را در نیت مشخص کرده است. زوج همان معین در نیت پدر را قبول می کند سپس اختلاف در آن معین در نیت می کنند. و در این صورت چون اختلاف در نیت پدر است و نیت از اموری است که «لا یعرف الا من قبل صاحبها پس باید قول پدر مقدم شود، پس در فرض رؤیت، صحیحهُ حذاء طبق قاعده می شود لکن در فرض عدم رؤیت که صحیحهُ حکم به بطلان کرده است خلاف قاعده است.

در پایان مرحوم نراقی فرموده چون احتمالات ثلاثه در مفاد روایت هست در

نتیجه این روایت اجمال دارد و قابل عمل نیست. (1)

ج) بررسی اشکالات اصحاب، پیرامون این روایت:

1) ایراد اول؛ ایراد ابن ادریس (عدم تمییز):

ابن ادریس در سرائر پس از آن که این روایت را مطرح می کند می گوید: از شروط صحت عقد تمییز معقود علیها است و عقدی که زوجة آن ممیز باشد بلا خلاف صحیح است و اگر ممیز نباشد دلیلی بر صحت آن نداریم یا از نظر اقوال اختلافی نیست و احتیاط اقتضا می کند چنین عقدی باطل باشد و به جهت احتیاط در فروج، روایت را طرح می کند. یعنی مجرد این که ولی زوج، معقود علیها را در نیت خود مشخص کند و زوج نیز به این تعیین راضی باشد و نکاح او را قبول کند برای صحت عقد کافی نیست هر چند نکاح با یک مورد معینی مورد رضایت طرفین بوده، ایجاب و قبول نیز متطابق باشد بلکه از شرائط صحت عقد این است که معقود علیها مشخص باشد.

2) پاسخ کاشف اللثام بر ایراد ابن ادریس:

تمییزی که از شرایط صحت نکاح است، تعیین واقعی است و ازدواج با معقود علیهای کلی و مردد صحیح نیست و در مورد روایت، پدر زوجة نکاح دختر معینی را قصد کرده و شوهر هم نکاح با همان را که او نیت کرده قبول کرده است، همین مقدار برای صحت عقد کافی است، هر چند شوهر نتواند زوجة را از نظر خارجی تعیین کند. و لذا اگر زوج دختر بزرگ کسی را به عقد ازدواج در آورد در حالی که نمی تواند این عنوان را بر خارج تطبیق نماید بلا اشکال عقدش صحیح است و چه فرقی است بین مورد روایت و این مورد؟

ص: 3556

3) نقد صاحب جواهر بر کاشف اللثام:

ایشان پس از این که می گویند: ابن ادریس چنین عقدی را باطل می داند «لان العقد لم يقع علی معینه مخصوصه منهما و هو شرط فی صحته» می گویند: «و ان كان قد یناقش...» و در این مناقشه مطلب کاشف اللثام را - بدون ذکر نام - بیان می کنند که «بان التمییز حاصل علی الوجه المعبر، فان الزوج ینوی قبول نکاح من نواها الالب و هو وصف ممیّز لها عما عداها، فأیّ فرق بین هذا الوصف و الوصف بالکبری و الصغری و نحوهما [مع عدم الرؤیه] (1) و در اول گویا این کلام را می پذیرند ولی در پایان صفحه در این مطلب نیز مناقشه ای می کنند و این مناقشه را واضح و ضروری نیز می دانند که برای ما اصلاً قابل قبول نیست: «نعم قد یتوقف فی الصحه... لعدم صدق امتیاز الزوجه فیهما الذی ستعرف اعتباره بالاسم او الصفه أو الاشاره ضروره عدم کون المقصود للاب - مثلاً - منها، اذ لیس هو وصف ممیّز إلا للاب، بخلاف الکبری مثلاً» یعنی از شرایط صحت عقد این است که معقود علیها با اسم یا وصف یا اشاره ممیّز باشد و در مورد روایت که زوج هر چند ما قصده الأب را قصد کرده است لکن چون دختری را که پدر قصد کرده فقط برای خود او مشخص است و برای زوج مشخص نیست لذا بالضروره تمییزی که شرط صحت عقد است برای زوج حاصل نشده است، عقد باطل است ولی موقعی که زوج «البنّت الکبری» را قصد می کند معقود علیها با وصف مشخص است پس عقد صحیح است.

4) نقد کلام صاحب جواهر رحمه الله توسط استاد مد ظله:

پاسخ جواهر به کاشف اللثام تمام نیست چون کاشف اللثام می گوید از این که کافی است معقود علیها با عنوان «البنّت الکبری» مشخص شود هر چند بالاشاره الحسیه نتوانیم فرد خارجی او را تشخیص دهیم، معلوم می شود که اخذ عناوین اجمالی که باعث تعیین واقعی معقود علیها می شود و ثبوتاً بر غیر از یک نفر منطبق نیست کافی است هر چند متعاقدين هنگام عقد ندانند که این عنوان بر چه کسی منطبق است، یکی از این عناوین هم «ما قصده الولی» است، البته چنانچه ولی نکاح

ص: 3557

یکی از دخترها را به طور مشخص قصد کند - در این صورت ما قصده الولی تعیین ثبوتی دارد و زوج همان معین واقعی را با عنوان اجمالی (ما قصده الولی) قصد کرده است و این مقدار برای صحت عقد کافی است.

خلاصه: صاحب جواهر خواسته اند با ادعای ضرورت کلام کشف اللثام را رد کنند که جداً این رد محل مناقشه است.

(د) ایراد دوم، ایراد صاحب جواهر رحمه الله

(اشکال به تفصیلی که در روایت آمده است):

ایشان می فرمایند: روایت تفصیل داده است و در صورتی که زوج دخترها را دیده عقد را صحیح دانسته و فرموده القول قول الاب و در صورتی که ندیده، عقد را باطل دانسته است، اشکال این تفصیل این است که رؤیت دلالت بر تعیین معقود علیها و تطابق بین ایجاب و قبول نمی کند چون چه بسا زوج دخترها را دیده ولی پدر دخترها در انشاء عقد، دختر مشخصی را در نیت هم معین نکرده باشد یا تعیین حاصل شده لکن فردی را که موجب در نیت تعیین کرده غیر از فردی است که زوج نکاح او را قبول کرده است و از طرف دیگر، ندیدن هم ملازم با بطلان عقد نیست چون چه بسا پدر دخترها در انشاء ایجاب، نکاح یکی از دخترهایش را معیناً قصد کرده و زوج نیز نکاح او را قبول کرده باشد.

بعد صاحب جواهر قدس سرّه می فرماید: ممکن است بگوییم طبق قاعده نکاح صحیح است چه رؤیت باشد و چه نباشد چون موقعی که زوج قبلت می گوید اگر مفاد ایجاب مجمل باشد و محتمل الوجوه باشد و مع ذلك، قبلت بگوید قبول همراه با ترک استیضاح نشانه رضایت بر تمام احتمالات است وگرنه اگر راضی نبود سؤال می کرد که کدام دختر مراد شماست؟ روی این تقریب عقد صحیح است هر چند دخترها را ندیده باشد و حال آنکه روایت تفصیل بین دو صورت داده است. و اگر

ترک سؤال علامت رضایت زوج بما قصده الولی نباشد عقد باطل است و لو دخترها را دیده باشد. (1)

ه) توجیه روایت ابو عبیده توسط محقق حلی

اشاره

همانطور که گفتیم از زمان محقق حلی به بعد فقهاء عظام سعی کرده اند روایت را به گونه ای معنا و توجیه کنند که مفاد آن با قواعد منافات نداشته باشد، محقق حلی و به تبع ایشان علامه تقریبی برای روایت ذکر کرده اند که می تواند پاسخ ایراد صاحب جواهر نیز باشد.

محقق در شرایع می فرماید: «اذا كان للرجل عده بنات فزوج واحده و لم یسمّها عند العقد لكن قصدها بالنیة و اختلفا فی المعقود علیها فان كان الزوج رآهن فالقول قول الاب لابن الظاهر انه وکل التعیین الیه... و علیه ان یسلّم الیه الی نواها، و ان لم یکن رآهن كان العقد باطلاً» (2)

وقتی زوج دخترها را دیده، یعنی پدر دخترها در مورد هر کدام از دخترها، احتمال می داده که زوج او را بپسندد و الا اگر یقین داشت که زوج راضی به ازدواج با او نیست نمی گذاشت زوج او را ببیند، حالا که زوج دخترها را دیده، بدون آن که یکی از آنها را معین کند همراه با پدر دخترها ترتیب انشاء عقد را داده، این سکوت عرفاً نشانه و علامت این است که او را در انتخاب یکی از دخترها وکیل قرار داده و امر انتخاب را به پدر دختر تفویض کرده است (همچنان که سکوت باکره در روایات علامت رضایت او قرار داده شده است. و اگر در مقطعی در این توکیل تردید هم کرده تا زمانی که عدم رضایت خود را ابلاغ نکرده و خبر عزل وکیل به او نرسیده تصرف وکیل شرعاً صحیح و واقعی دارد پس عقدی که پدر دخترها خوانده شرعاً صحیح است و اگر بعداً بین زوج و ولی زوجه در تعیین معقود علیها اختلاف شد، القول قول الاب چون این از اموری است که لا یعرف الا من قبل الاب و قول او در

ص: 3559

1- (1) جواهر الکلام، ج 29، ص 155.

2- (2) شرایع الاسلام، ج 1، جزء 2، ص 274 و 275.

این موارد حجت است و مسئله از باب تداعی نیست و اما اگر زوج، دخترها را ندیده سکوت او دلالت بر توکیل نمی کند حالا که پدر دخترها موردی را انتخاب کرده و زوج مورد دیگری را به خاطر نبودن تطابق ایجاب و قبول عقد نکاح در فرض عدم رؤیت باطل است.

ان قلت: در این فرض نیز بعد از آن که پدر دخترها در صیغه نکاح زوجه را مشخص نکرده، ترک استیضاح زوج علامت این است که شوهر به ازدواج با هر کدام از دخترها راضی است و در واقع نکاح با دختری را قصد کرده که پدر دخترها در نظر گرفته است.

قلت: شاید ترک سؤال زوج به خاطر این بوده که واضح می دانسته که پدر دخترها فقط یکی از دخترها را - مثلاً به خاطر سَنَشان - متناسب با این ازدواج می داند و از او سؤال نکرده است و در این صورت حالا پدر دخترها می گوید شخص دیگری را در نظر گرفته یعنی روی یک دختر معینی ایجاب و قبول صورت نگرفته است. بر خلاف فرض اول که اگر پدر دخترها فقط یکی از دخترها را متناسب با این ازدواج می دانست اجازه دیدن تمامی دخترها را نمی داد.

1) اشکال محقق کرکی و شهید ثانی بر توجیه محقق اول:

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد و به تبع ایشان مرحوم شهید ثانی در مسالک می فرمایند هیچ یک از دیدن و ندیدن ملازم تقویض و عدم تقویض نیست زیرا دیدن اعم از تقویض و ندیدن اعم از عدم تقویض است، بنابراین با چنین توجیهی نمی توان مفاد روایت را منطبق بر قواعد قلمداد کرد.

از توضیحی که برای کلام محقق آوردیم روشن شد که اشکال این بزرگان بر محقق صحیح به نظر نمی رسد.

2) تأمل استاد مد ظله در توجیه محقق:

ص: 3560

توجیه محقق حلی توجیه خوبی به نظر می رسد لکن در عین حال جای تأمل است چون ظاهر روایت این است که در صورت رؤیت نکاح همان دختری را که پدر دخترها واقعاً قصد کرده است واقع می گردد و لذا فرموده اگر واقعاً نکاح همین دختر را قصد کرده القول قول الالب ولی اگر فیما بین و بین الله نکاح دختر دیگری را انشاء کرده باید او را تحویل بدهد ولی اگر در مقام واقع زوج با سکوت خود امر انتخاب دخترها را به پدر آنها تفویض نکرده باشد و آنچه را که قصد کرده مخالف ایجاب باشد فرموده که باید زوج از قبول این زوج امتناع کند به عبارت دیگر به پدر دخترها گفته تو واقع را در نظر بگیر فیما بینک و بین الله هر دختری را که نکاح او را انشاء کرده ای به زوج تحویل بده ولی به زوج فرموده که اگر تو واقعاً نکاح فرد دیگری را قبول کرده باشی باید از پذیرش این دختر امتناع کنی و به وسیله طلاق صوری و مانند آن خود را نجات دهی.

خلاصه ظاهر روایت این است که نکاح همان دختری را که پدر دخترها انشاء کرده واقع می شود. حال اگر واقعاً زوج، پدر دخترها را وکیل کرده بود، تا خبر عزل او به وکیل نرسد اعمال وکیل صحت واقعی دارد لکن در ما نحن فیه وکالت واقعی که فرض نشده بلکه اماره بر وکالت هست و سکوت زوج اماره عرفی بر وکالت است آیا همانطوری که اگر واقعاً زوج پدر دخترها را وکیل کرده بود شارع مقدس برای وکیل واقعی احترام قایل شده و فرموده تا زمانی که خبر عزل موکل، به وکیل نرسیده، عقد پدر دخترها (وکیل واقعی) صحت واقعی دارد، همین طور اگر اماره عرفی بر توکیل داشته باشیم و از سکوت زوج وکالت را بفهمیم، در این صورت نیز تا زمانی که خبر عزل موکل به وکیل ظاهری نرسیده، تصرفات پدر دخترها صحت واقعی دارد؟ آیا این مطلب سابقه فقهی دارد؟

به عبارت دیگر: آیا هیچ کدام از فقهاء گفته اند که همانطوری که وکالت واقعی، اثر واقعی دارد هر چند موکل وکیل را عزل کرده لکن هنوز خبر آن به وکیل نرسیده، وکالت ظاهری هم همین اثر را داشته باشد که تا زمانی که خبر عزل نرسیده تصرفات

وکیل صحت واقعی داشته باشد؟ اگر چنین باشد روایت طبق قاعده می شود و الا روایت از این جهت خلاف مذاق فقهاء است.

(و نظر کاشف اللثام در توجیه روایت:

ایشان می فرمایند، انه لا-بعد فی ان یکون التفویض الی الولی جائزاً فی النساء اللاتی رأهن، لانهن تُعینَّ عنده اذن من لم یرهن لکثره الجهاله، لا ان الرؤیه دلیل علی التفویض و ان التفویض جایز مطلقاً.

ایشان می فرمایند وجه تفصیل بین رؤیت زوج و عدم رؤیت او این نیست که رؤیت دلیل تفویض و توکیل است بلکه به این جهت است که اگر واقعاً تفویض و توکیل بود آیا در هر صورت با تفویض امر نکاح به پدر دخترها عقد صحیح می شود؟

ایشان می فرمایند فیه تفصیل بین الرؤیه و غیرها، در مواردی که زوج دخترها را دیده نظر به این که خصوصیات آنان در نزد او فی الجمله مشخص و معلوم است و جهالت ناشی از مردد بودن بین چند نفر نیز قابل اغماض است، تفویض مانعی ندارد، اما در جایی که زوج دخترها را ندیده، با توجه به کثرت جهالت نسبت به آنان - به مقداری که غیر قابل اغماض است - عقد با تفویض صحیح نمی باشد. گویا ایشان می خواهند بفرمایند مردی که از پدر دخترها درخواست نکاح می کند بدون این که زوجه را معین کند و زمانی که پدر دخترها در صیغه نکاح زوجه را مشخص نمی کند بدون استیضاح نکاح را می پذیرد، نشانه این است با نکاح همان دختری که پدر دخترها انتخاب کرده موافقت نموده است. پس در مورد روایت، زوج اگر دخترها را هم ندیده بود با این نکاح موافقت کرده است لکن کبرویاً چنین عقدی در صورت رؤیت صحیح است چون از جهالت کمتری برخوردار است و در صورت عدم رؤیت باطل است چون مجهول مطلق است.

«* و السلام*»

ص: 3562

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

خلاصه بحث سابق و احتمالات مطرح در مورد معنای صحیحہ ابی عبیدہ حذاء عبارت از این است که مجموعاً 4 احتمال در معنای این روایت وجود دارد که بر اساس سه احتمال مفاد روایت بر خلاف قاعده می باشد و بنا بر یک احتمال معنای روایت مطابق با قاعده خواهد بود. تمامی این احتمالات نیز مبنی بر این است که بین زوج و ولیّی زوجۀ اختلاف و تکاذبی وجود دارد زیرا همانطوری که قبلاً گفتیم از ظاهر این تعبیر که در روایت آمده است «فالقول فی ذلک قول الأب» استفاده می شود که مقام، مقام تکاذب و اختلاف میان زوج و اب الزوجه می باشد.

در این جلسه به ذکر احتمالات چهارگانه و نحوه جمع بین آنها پرداخته می شود:

الف) بررسی احتمالات چهارگانه:

احتمال اول: طرفین قبل از اجرای عقد در مورد معقود علیها و اینکه وی کدامیک از دخترها می باشد، توافق نموده اند و لیکن در موقع اجرای عقد اسمی از اینکه آن دختر کبیره است یا صغیره برده نمی شود و شهود نیز اطلاعی ندارند. و بر همان که قرار گذاشته بودند عقد خوانده شد ولی پس از عقد اختلاف بوجود می آید، زوج می گوید آن دختری که من برای ازدواج با او، با تو توافق نمودم دختر کوچک است ولی پدر زوجه مدعی است که مورد توافق دختر بزرگ بوده و بر همان نیز عقد واقع شده است.

طبق این احتمال طرفین مدعی صحت عقد هستند و هیچ کدام ادعای بطلان عقد را نمی کند و لیکن اختلاف تنها در این است که مورد توافق کدام بوده است.

حکم مسئله در این صورت تحالف است و تفاوتی بین جایی که زوج دخترها را دیده باشد یا ندیده باشد نیست و لذا مفاد روایت بر خلاف قاعده خواهد بود.

احتمال دوم: این است که بگوییم قبل از اجرای عقد توافقی بین طرفین صورت نگرفته است، بلکه پدر دخترها در موقع اجرای عقد، یکی از آنها را در نیت خود به عقد زوج در آورده است و زوج نیز همان شخصی را که او نیت کرده است، قبول نموده، منتهی پس از اجرای عقد اختلاف به اینگونه است که پدر می گوید من کبیره را نیت نمودم و قهراً تو نیز کبیره را قبول کردی، اما زوج می گوید آنکه را تو نیت کرده ای صغیره است چرا که معلوم است که من شرائط ازدواج با کبیره را ندارم (مثل اینکه از نظر سنی با یکدیگر توافق ندارند) و من نیز صغیره را قبول نمودم، در این فرض نیز هر دو مدعی صحت عقد می باشند و اختلاف در مورد تعیین معقود علیها است. بنابراین احتمال نیز قسمتی از روایت خلاف قاعده می باشد زیرا حکم مسئله در این فرض تقدیم قول پدر است چرا که منازعه در مورد نیت پدر است و این هم از اموری است که لا یعرف الا من قبل الأب، لذا قول، قول اب است حتی در صورتی که زوج هیچ کدام از دخترها را هم ندیده باشد، پس اینکه، دو صورت تفصیل داده شده است و در صورت ندیدن زوج، نکاح باطل شمرده شده خلاف قاعده است.

احتمال سوم: اختلاف و نزاع در مورد صحت و بطلان عقد است، پدر مدعی است که من بر اساس وکالت و امثال آن، دختر بزرگ خود را به عقد تو در آوردم و این عقد صحیح است ولی زوج معتقد است که نیت وی، دختر کوچک بوده است و می گوید اگر تو دختر بزرگ را نیت کردی، من او را قبول نکرده ام و لذا تطابقی بین ایجاب و قبول نیست و عقد باطل است. بر اساس این احتمال نیز تفصیل واقع در روایت، خلاف قاعده است و یا باید بطور مطلق حکم به بطلان عقد نمود و یا اینکه مطلقاً عقد را صحیح دانست. و منشأ این تردید نیز این است که آیا اصالة الصحة در مثل این موارد جاری می شود یا نه؟ عده ای از محشین فرموده اند و لو ما قبول نماییم که اصالة الصحة در چنین موارد شک در قابلیت نیز جاری است و لیکن در مثل این

مورد اصاله الصحه جاری نیست چون که مورد نزاع در اینجا این است که آیا اساساً عقدی واقع شده است یا اینکه اصلاً عقد محقق نشده است، زیرا آنکه (زوج) می گوید تطابقی بین ایجاب و قبول نیست در واقع مدعی است که عقدی (عقد مرکب از ایجاب و قبول متطابق با یکدیگر است) واقع نشده است و لذا نمی توان با اصاله الصحه حکم کرد که عقد واقع شده است. در مقابل این عدّه مرحوم صاحب جواهر معتقد است که در اینجا نیز اصاله الصحه جاری است. و شاید تقریب فرمایش ایشان این باشد که بگوییم: شکی نیست که در این فرض، قبولی از ناحیه زوج گفته شده است، اختلاف این است که آیا این قبول مربوط به همان ایجاب است تا اینکه بطور صحیح واقع شده باشد و یا اینکه ربطی به ایجاب پدر ندارد و لذا این قبول باطلی است. در اینجا اصاله الصحه حکم به صحت وقوع قبول از ناحیه زوج می کند. و معنای آن این است که قبولی را که زوج گفته مؤثر در نقل و انتقال بوده است به هر حال، چه قائل به جریان اصاله الصحه بشویم و چه معتقد باشیم که در این مورد اصاله الصحه جاری نیست، روایت طبق قاعده نیست و تفصیلی نباید بین دو صورت داده شود.

البته به نظر ما این احتمال سوم خلاف ظاهر روایت است و توهمی بیشتر نمی باشد زیرا ظاهر روایت این است که زوج نیز مدعی صحت عقد است، تعبیر «انما تزوجت منک الصغیره من بناتک» نشانگر این است که وی نیز ادعا دارد که حقیقتاً صغیره همسر او می باشد و لذا او را مطالبه می کند. نه اینکه مراد این باشد که من فقط یک «قبلت» انشایی گفتم و همان چیزی را که ولی زوجه قصد ایجاب نموده است را قبول نکرده ام.

احتمال چهارم: معنایی است که مرحوم محقق برای روایت ذکر نموده اند و به نظر ما نیز تصویر معقولی است. و آن این است که بگوییم تفصیلی که در روایت بین دیدن دخترها و ندیدن آنها توسط زوج گذاشته شده است بر این اساس است که در صورتی که دخترها را دیده باشد، چون در مورد تعیین، هیچ یک حرفی نزده است و

سکوت نموده است، این سکوت او علامت این است که هر کدام از دخترها را که پدر اختیار نماید، وی رضایت دارد و به عبارت دیگر معنای سکوت او این است که پدر را وکیل در انتخاب از ناحیه خود قرار داده است. در این صورت اگر اختلافی در مورد معقود علیها واقع شود، قول پدر مقدم است و عقد محکوم به صحت است و اما اگر دخترها را ندیده باشد در این صورت مسئله وکالت مطرح نیست و توافق احراز نشده است و اصالة الصحة نیز خیلی واضح نیست که در این موارد که شک در ارکان است جاری شود، لذا عقد باطل دانسته شده است.

طبق این احتمال تفصیل در روایت مطابق با قاعده خواهد بود و در صورت دیدن، چون مسئله وکالت مطرح است و پدر بر اساس وکالت خود، کبیره را عقد نموده است قول، قول پدر است و عمل او صحیح است و لو اینکه زوج بعد از این پدر را عزل نیز کرده باشد چرا که تا مادامی که عزل موکل به وکیل نرسد عمل وکیل محکوم به صحت است.

نکته ای که در اینجا قابل ذکر است این است که: اگر ما رؤیت را به منزله توكیل واقعی فرض کردیم و صرف تسلیم پدر را نیز کافی در تحقق زوجیت حقیقیه دانستیم - که ظاهر روایت هم همین است - روایت مطابق قواعد خواهد بود، ولی اگر گفتیم که رؤیت و سکوت زوج علامت رضایت او به زوجیت هر کدام یک از دخترها که پدر آن را نیت نموده نمی باشد و یا آنکه صحت واقعه عقد را منوط به اثبات صدق ادعای پدر در تطابق دختری که منوی حین العقد بوده با دختری که به عنوان زوج به زوج تسلیم کرده نمودیم و صرف ادعا و تسلیم پدر را کافی در ترتب احکام زوجیت واقعه ندانستیم، باز هم روایت بر خلاف قواعد خواهد بود. تا اینجا مجموعاً چهار احتمال برای معنای روایت ذکر کردیم، از این چهار احتمال حکم به تحالف تنها مقتضای قاعده در مورد احتمال اول است و لیکن در مورد سه احتمال دیگر مقتضای قاعده تحالف نیست. و از اینجا مناقشه در کلام مرحوم سید نیز روشن می شود. مرحوم سید گمان نموده اند که معنای روایت منحصر به احتمال اول

است و در احتمال اول نیز مقتضای قاعده تحالف است و مشهور نیز در این مسئله حکم به تحالف نموده اند. سپس در ادامه فرموده اند «جماعتی از فقهاء در همین مورد بر طبق روایت فتوا داده اند و حکم به تحالف که مقتضای قاعده اولیه نموده اند» با این که به نظر می رسد آن جماعتی که بر طبق روایت فتوا داده اند شاید روایت را ناظر به احتمال چهارم که فرمایش مرحوم محقق بوده دانسته باشند و در احتمال چهارم نیز چنانچه گذشت روایت مطابق با قاعده است و حکم مسئله تحالف نیست. نه اینکه این عدّه با حفظ احتمال اول در مورد معنای روایت، فتوای بر طبق آن و بر خلاف قاعده داده اند.

حاصل کلام در مورد این روایت این شد که چه روایت را مطابق با قاعده بدانیم و چه آن را مخالف با قاعده بدانیم می بایست طبق روایت عمل شود و وجهی برای طرح آن وجود ندارد.

(ب) عدم صحت نکاح حمل:

(1) متن عروه، مسئله 20:

لا یصحّ نکاح الحمل و انکاحه و ان علم ذکوریته او أنوثته، و ذلک لانصراف الأدلّه کما لا یصحّ البیع او الشراء منه و لو بتولی الولی، و ان قلنا بصحّته الوصیه له عهدیه، بل او تملیکیه ایضاً.

بحث در این مسئله در رابطه با این است که نکاح با حمل صحیح نیست، یعنی کسی نمی تواند با بچه ای که هنوز به دنیا نیامده است ازدواج نماید یا اینکه او را به ازدواج کسی درآورد، اگر چه معلوم باشد که بچه ای که در شکم مادر است مذکر است یا مؤنث (در زمان فعلی که تشخیص این مطلب بسیار ساده شده است) مرحوم سید دلیل عدم صحت را انصراف ادلّه تزویج از این مورد ذکر فرموده اند سپس در ادامه می فرمایند که، بیع و شراء نیز با حمل صحیح نیست و لو اینکه این

ولّی صبی است که متولّی این کار می شود و مثلاً از ناحیه بچه ای که در حمل است ایجاب یا قبول را می گوید و خلاصه اینکه تفاوتی هست بین اینکه طفل بدنیا آمده باشد که در این صورت بیع و شراء با او به واسطه ولّی اشکالی ندارد و بین آنجایی که طفل هنوز در شکم مادر است که در این صورت معامله با او به واسطه ولّی جایز نیست. فقط دو مورد را مرحوم سید استثناء نموده اند، یکی وصیت عهده که عبارت از این است که کسی وصیت نماید که مثلاً این طفلی که در شکم مادر است پس از بدنیا آمدن و بزرگ شدن از ناحیه او حجّ بجا آورد یا بعضی از اموری که مربوط به او است انجام دهد در اینجا فرموده اند این وصیت صحیح است چرا که در وصیت عهده، قبول موصی له معتبر نیست بلکه ایشان در مورد وصیت تملیکیه نیز که نیازمند قبول موصی له است نیز می فرمایند: «در مورد حمل صحیح است و وصیت تملیکیه عبارت از این است که مثلاً موصی بگوید بعد از فوت من این اموال متعلق به فلان شخص باشد - نه اینکه عهد عملی باشد و بخواهد که برای او کاری انجام دهند - مشهور در چنین وصیتی قائل اند که صحت و نفوذ آن مشروط به قبول موصی له است. مرحوم سید می فرمایند وصیت تملیکیه نیز نسبت به حمل صحیح است زیرا وقتی بدنیا آمد و بزرگ شد، خود او می تواند قبول نماید و یا اینکه در همان حال ولّی حمل می تواند از ناحیه او قبول کند.

2) عدم وجود «اجماع» در مسئله:

مسئله عدم صحت نکاح با حمل، مسئله اجماعی نیست، قبل از مرحوم محقق تنها کسی که این مسئله را عنوان نموده است مرحوم شیخ طوسی در مبسوط است.

بله در میان عامه، قول به عدم صحت وجود دارد و لیکن این قبیل فروعی که بسیار نادر الوقوع است را نمی توان گفت اگر روایت و دلیلی بر خلاف آن نبود کاشف از تقریر معصوم علیه السلام است و لذا با این بیان هم نمی توان تقریر امام علیه السلام یا اجماع را اثبات نمود.

3) کلام مرحوم آقای خویی و نقد استاد مد ظله:

مرحوم آقای خویی برای عدم صحت نکاح حمل بیانی دارند که بسیار تعجب انگیز و اصلاً تقریب فرمایش ایشان نیز دشوار است. ایشان می فرمایند موضوع ادله نکاح عنوانی است که صلاحیت انطباق بر حمل را ندارد. نه اینکه آن موضوع نسبت به حمل انصراف داشته باشد، چنانکه مرحوم سید می فرمود.

انصراف در جایی است که موضوع صلاحیت انطباق بر موضوع منصرف عنه را فی حدّ ذاته دارد و لیکن ذهن انسان بر اساس تناسبات و ارتکازات خاصی آن موضوع را بر آن مصداق تطبیق نمی کند، مثل اینکه می گویند لفظ «رجل» از مردی که دارای دو سر است منصرف است ولی هیچ گاه گفته نمی شود که لفظ «رجل» از زن منصرف است، چون عنوان رجل صلاحیت انطباق بر زن را ندارد. در محل کلام نیز مرحوم آقای خویی می فرمایند، موضوع ادله نکاح «انسان» است حال وی مرد باشد یا زن، کوچک باشد یا بزرگ، عبد باشد یا امه، اما در مورد حمل «انسان» صدق نمی کند.

4) کلام مرحوم آقای حکیم:

مرحوم آقای حکیم در مورد وجه عدم صحت نکاح حمل و در توضیح کلام سید رحمه الله می فرمایند علی القاعده مراد مرحوم سید از اینکه موضوع ادله از حمل انصراف دارد در مورد حملی است که به او ولوج روح شده باشد و الاً حملی که ولوج روح در او نشده است و جمادی بیشتر نیست بحث انصراف موضوع دلیل یا عدم انصراف، در مورد او بی معنا است.

سپس ایشان دلیل دیگری علاوه بر مسئله انصراف، برای عدم صحت نکاح حمل را ذکر فرموده اند، و آن عبارت از این است که می فرمایند اگر قرار باشد عقد حمل صحیح باشد، ولیّ او است که متولی اجرای عقد خواهد بود. در حالی که ولایتی برای ولیّ بر حمل نسبت به مسئله ازدواج ثابت نشده است (و لو اینکه نسبت به امور دیگری مثل ولایت بر قبول گفتن از ناحیه حمل در مورد وصیت

تملیکيه ولايت او ثابت است) پس بنابراین قصور در ناحیه متصرف است نه در رابطه با موضوع تصرف.

5) نظر استاد مد ظله:

به نظر ما، اینکه مرحوم آقای حکیم موضوع بحث را حملی که در او ولوج روح شده باشد قرار داده اند، کلامی صحیح است و لیکن عمده دلیل بر بطلان نکاح حمل، همان مسئله انصرافی است که مرحوم سید مطرح نموده است، چرا که اساساً بنای عقلاء بر صحت عقد حمل نیست و بنابراین، عرف و عقلاء برای موضوع ادله نکاح اطلاق نمی بیند و آن را از امثال این موارد نادره منصرف می دانند. و در این گونه موارد اگر شارع مقدس قصد تخطئه عرف و عقلاء را داشته باشد و بخواهد موردی را نیز که آنها خارج از موضوع حکم می دانند در آن داخل بدانند، با الفاظی مطلق و غیر صریح کفایت نمی کند بلکه نیازمند تصریح و لفظ خاص است.

اما آن مطلبی را که مرحوم آقای حکیم فرمودند که ادله ولایت ولی قاصر از اثبات ولایت برای پدر در مورد ازدواج حمل است. به نظر ما با صرف نظر از اشکال انصراف ادله ولایت، قصوری در شمولشان نسبت به این مورد نیست و لذا این قسمت از کلام آقای حکیم تمام نیست.

6) اشکال مرحوم حکیم بر کلام سید رحمه الله:

مرحوم سید کلامی دارند که آقای حکیم بر آن اشکالی نموده اند و به نظر ما اشکال مرحوم حکیم نیز وارد است. مرحوم سید فرموده، بیع و شراء نیز با حمل صحیح نیست. مرحوم آقای حکیم می فرمایند، بیع و شراء با حمل فی الجملة اشکالی ندارند. به خاطر اینکه فقها فرموده اند اگر ترکه ای وجود دارد که یکی از ورثه نیز همین حمل است، در اینجا حاکم شرع یا وصی میّت در صورتی که خطر تلف و از بین رفتن آن ترکه می رود، می تواند پس از جدا کردن سهم حمل آن را بفروشد.

پس فی الجملة بیع و شراء از ناحیه حمل اشکالی ندارد. («* و السلام*»)

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

بحث راجع به نکاح حمل بود. البته نکاح حمل چندان محل ابتلا نیست ولی مثل بیع و شراء که مرحوم سید عطف کرده مورد ابتلا است، لذا مسئله جای طرح دارد. گفتیم این فتوای به عدم صحت را از جواهر و ایشان از جامع المقاصد اخذ کرده اند و قبل از اینها علامه در تذکره با تعبیر دیگری راجع به ارث و وصیت (ظاهراً وصیت تملیکیه) قائل شده است.

همچنین اشکال مرحوم آقای حکیم مطرح گردید که در مورد بیع و مانند آن (غیر از نکاح) می گویند زمانی که وارث میت یا یکی از ورثه، حمل است، وصی یا حاکم شرع یا عدول مؤمنین می توانند در صورت مصلحت یا در صورتی که خطری متوجه مال باشد، آن را بفروشند و معامله صحیح است. پس فرمایش مرحوم سید که در غیر باب نکاح مثل بیع هم، حمل را صالح برای تملیک و تملک ندانسته، تمام نیست.

فرمایش استاد مد ظله:

اصل این مطلب که عقلاء برای حمل، اعتبار ملکیت نمی کنند مطلب درستی نیست و مالک شدن حمل، مخالف اعتبار عقلایی نیست. (1)

ص: 3571

1- (1) در تاریخ نقل شده که شاپور ذو الأکتاف دهمین پادشاه ساسانی که سلطنتش 70 سال شمسی و 72 سال قمری طول کشیده، زمانی که در شکم مادرش بود پدرش مرد و او در وقتی که حمل بود به پادشاهی رسید و لذا تاج سلطنت را روی شکم مادرش گذاشتند. لذا از نظر عقلایی حتی اعتبار سلطنت هم برای حمل واقع شده است.

اما نقض آقای حکیم به فروش سهم الارث حمل به دلیل اینکه چند احتمال در مسئله هست، نمی تواند نقض معتبری باشد. البته در فرضی که یکی از ورثه، حمل باشد و قبل از ولادت سقط گردد، در اینجا مسلم است و روایت هم دارد که اعتبار ملکیت برای چنین حملی نمی شود. اما اگر در موقع موت مورث، حمل بود و بعد زنده به دنیا آمد در اینجا چند احتمال وجود دارد.

احتمال اول که احتمال مرجوحی است و ظاهراً قائلی نداشته باشد بلکه یک تصور در مسئله است این است که فقط کسانی ارث می برند که موقع مرگ مورث، مصداق یکی از عناوینی باشند که صلاحیت مالکیت دارند و چون حمل، مصداق عنوان ولد نیست، لذا ارث به او تعلق نمی گیرد. شاهد مطلب هم این است که (در مورد نوزادهای دوقلو) ملاک تشخیص ولد اکبر را تقدم در ولادت می دانند نه زمان حمل و لو بعضی از کارشناسان جدید می گویند آنکه نطفه اش زودتر منعقد شده، دیرتر به دنیا می آید.

احتمال دوم این است که گفته شود حمل موقع موت مورث مالک نمی شود و سهم او در ملک میت مورث باقی می ماند اما بعد از ولادت حیاً متصرف به وصف مالکیت می شود.

احتمال سوم این است که بگوییم حمل اگر در زمان موت مورث حی باشد مالک می شود اما مالکیتش مشروط است به اینکه زنده به دنیا بیاید به نحو شرط متأخر.

احتمال چهارم هم اینگونه تصویر می شود که مالکیت حمل حین موت المورث را مالکیت متزلزل بدانیم یعنی اصل ملکیت از همان زمان حمل محقق می شود اما استقرار ملکیت منوط به این است که زنده به دنیا بیاید و اگر در شکم مادرش بمیرد از او به سایر ورثه (ورثه خودش یا ورثه میت) منتقل می شود.

با توجه به این چهار احتمال، نقض آقای حکیم به صاحب جواهر وارد نیست چون خود صاحب جواهر جزء کسانی است که معتقدند حمل اصلاً مالک نمی شود

و بعد از ولادت مالک می شود و اگر بیعی صورت بگیرد نقل و انتقال از ملک میت و به ملک میت صورت می گیرد. در حالی که آقای حکیم رحمه الله کانه مسلم فرض کرده که فقها در موارد بیع و شراء حمل را مالک می دانند. بله، اصل مدعای آقای حکیم که اعتبار ملکیت برای حمل، اشکال عقلایی ندارد، مطلب صحیحی است کما تقدم و لذا اگر اطلاقاتی در کار باشد با آن اطلاقات می توانیم حکم به مالکیت حمل بکنیم.

بررسی حواشی آقایان بر عروه:

اشاره

در این عروه چاپ جامعه مدرسین دو حاشیه از آقایان هست که مطالبش بحث شد ولی مناسب است به آن اشاره ای کنیم. یکی حاشیه آقای خوئی رحمه الله و دیگری حاشیه آقای گلپایگانی رحمه الله.

حاشیه مرحوم آقای خوئی:

اشاره

آقای خوئی رحمه الله در شرح عروه بیانی داشتند که گفتیم بیان مناسبی نیست و شاید در تقریر مطلب اشکال پیش آمده و آن اینکه سلب انسانیت از حمل بشود. گفتیم سلب انسانیت قبل از ولوج روح قابل قبول است اما بعد از ولوج روح سلب انسانیت از حمل وجهی ندارد. ولی در حاشیه عروه فقط می فرمایند اطلاقاتی در کار نیست. شاید نظر ایشان این باشد که ادله باب نکاح مثل «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ» متضمن الفاظی نیستند که به اطلاقتشان شامل حمل نیز گردد تا ناگزیر شویم مثل مرحوم سید با انصراف، مسئله را حل کنیم. چون مثلاً صدق ایّم و ایّمه (مفرد ایامی) مشروط به ولادت است و این کلمات بر حمل صدق نمی کند. همچنین تعبیر «منکم» در این آیه به معنای این است که زوج یا زوجه باید جزء شما به دنیا آمده ها باشند و اینکه بگوییم حمل هم مصداق «منکم» است، محرز نیست.

جواب این فرمایش این است که ادله نکاح اختصاص به این آیه ندارد. تعابیر دیگری وجود دارد که از حیث دلالت وضعی اشکالی در شمولشان نسبت به حمل وجود ندارد. مثلاً: نکاح ابن، نکاح بنت، نکاح الاثنی و غیره علاوه بر اینکه این آقایان به عموماتی مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «المؤمنون عند شروطهم» هم استناد می کنند.

حاشیه مرحوم آقای گلپایگانی:

اشاره

ایشان این طور تعبیر می کنند: «لا یبعد عدم اعتبار النکاح للحمل عند العرف فلا یكون نکاحه نکاحاً حتی یحتاج الی التمسک بانصراف الادله». این اشکالی است که ایشان به مرحوم سید دارد.

پاسخ استاد مد ظلّه:

ولی به نظر می رسد این بیان ایشان دلیل فرمایش مرحوم سید است نه اینکه اشکالی بر آن باشد چون آقای گلپایگانی بر خلاف آقای خوبی از نظر دلالت وضعی الفاظ اشکال نمی کنند، لذا کلام ایشان برگشت می کند به همان مطلبی که ما در جلسه قبل گفتیم که الفاظ از نظر دلالت وضعی اقتضاء شمول نسبت به حمل را دارند ولی همین که عقلاء اعتبار نکاح و زن و شوهری برای حمل نمی کنند منشأ برای انصراف می شود و الا- اگر عقلاء اعتبار نکاح برای حمل می کردند به اطلاقات تمسک می کردیم. و این همان مطلبی است که مرحوم سید می خواهند بفرمایند.

نظر نهایی استاد مد ظلّه:

محصل کلام این شد که عقلاء برای حمل اعتبار نکاح و زوجیت نمی کنند و لذا نکاح حمل صحیح نیست. البته ما قبلاً یک اشکالی به فرمایش سید رحمه الله داشتیم و

می گفتیم این چه وجهی دارد که یک آن یعنی لحظه ولادت را مرز انصراف و عدم انصراف قرار دهیم و بگوییم یک آن قبل از ولادت، ادله انصراف دارند اما آن بعد از ولادت دیگر انصرافی نیست و ادله صحت نکاح شامل می شوند. ولی بعداً توجیهی برای کلام سید به نظرمان رسید و آن اینکه ایشان می خواهند بفرمایند انصراف اختصاص به حمل ندارد و ادله از اوائل سنین طفولیت مثل دوره رضاع هم انصراف دارند چون عقلاء برای اطفال صغار هم اعتبار نکاح نمی کنند منتهی چون شارع این اعتبار عقلایی را در خصوص اطفال صغار تخطئه کرده و ازدواج را صحیح دانسته ما هم حکم به صحت می کنیم (که این از ادله مختلف استفاده می شود، مثل آن روایتی که حکم شیر خوردن زوجه صغیره از زوجه کبیره را بیان کرده است) اما در مورد ازدواج حمل هیچ دلیل شرعی نداریم که آن را تصحیح کرده باشد و اعتبار عقلاء هم که در کار نیست، لذا حکم به بطلان می کنیم.

لا يشترط في النكاح علم كل من الزوج و الزوجه باوصاف الأخر مما تختلف به الرغبات

متن عروه:

مسئله 21: «لا يشترط في النكاح علم كل من الزوج و الزوجه باوصاف الأخر مما تختلف به الرغبات و تكون موجبه لزيادة المهر او قلته فلا يضرب بعد تعيين شخصها الجهل باوصافها فلا تجرى قاعده الغرر هنا»

همانطور که ایشان فرموده، هر چند در باب نکاح، تعیین معتبر است اما لازم نیست تمام کمالات خصوصیات و اوصافی که در رغبات اشخاص و در مقدار مهر دخالت دارد، مشخص شود و این مطلب جزء ضروریات فقه است و سیره قطعی مسلمین هم بر آن جاری شده است که بدون اطلاع از همه خصوصیات ازدواج می کنند و در فقه هم مسلم است که مواردی را به عنوان عیوب مجوز فسخ به حساب آورده اند یعنی عیبی که حین العقد مشخص نبوده و بعد معلوم شده باعث حق فسخ می شود و هیچ کس نگفته که این عیوب با تعیین معتبر در عقد منافات

ص: 3575

دارد و موجب بطلان عقد می شود. همچنین مسلم است که اگر تعیین فی الجمله شده و مثلاً گفته دختر کوچکتر را تزویج کردم ولی این نمی داند کدامیک کوچکتر است و اوصاف آنها هم با یکدیگر مختلف است، در اینجا هم ازدواج را صحیح می دانند. بحث غرر هم که در معاوضات دیگر باعث بطلان است در اینجا مضّر دانسته شده است چون ماهیت نکاح با معاوضات دیگر متفاوت است و بعلاوه، خود دلیل غرر محل بحث است که شامل نکاح می شود یا نه؟ چون روایتی که در عیون نقل شده و نیز روایاتی که از طرق عامه نقل شده متضمن نهی پیامبر صلی الله علیه و آله از بیع الغرر است و روایتی که از مطلق غرر نهی کرده باشد، نداریم البته ما در مباحث گذشته (بحث اجاره) گفتیم که بعضی ها خواسته اند به عموم تعلیل استدلال کنند چون در بعضی از روایات وارد شده که مثلاً فروش طیر در آسمان جایز نیست «فائه من الغرر» یا فروش ماهی در دریا جایز نیست «فائه من الغرر» لذا گفته اند غرر مطلقاً موجب بطلان معاوضه است. الا ما خرج بالدلیل مثل صلح. ولی ما گفتیم این روایات اجمال دارند چون مشخص نیست ضمیر «فائه» به بیع بر می گردد یا به مبیع.

در صورت اول می توان به واسطه عموم تعلیل به سایر معاوضات تعدی کرد اما در صورت دوم نمی توان تعدی کرد چون مفاد تعلیل این می شود که مبیع مجهول الاضطیاد مصداق غرر است بنابراین از خصوص آن موضوع تعدی می کنیم اما از حکم و متعلق آن تعدی به امور دیگر نمی شود همانطور که اگر گفته شود لا تشرب الخمر لانه مسکر مفاد تعلیل این می شود که لا تشرب المسکر یعنی از خصوص خمر تعدی می کنیم به مطلق مسکر اما متعلق حکم یعنی شرب محفوظ است و لذا حکم مالیدن خمر به بدن استفاده نمی شود.

پس با توجه به اجمال این روایات نمی توان غرر را در مطلق معاوضات موجب بطلان دانست. ادامه بحث را در جلسه آینده پی می گیریم.
ان شاء الله

«* و السلام*»

ص: 3576

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه، مسئله عدم جواز اشتراط خيار فسخ در عقد نکاح را بررسی می کنیم ابتدا دلیل اجماع را بررسی و تمامیت آن را ثابت می کنیم آنگاه ادله دیگر همچون مخالفت با مقتضای عقد، و تنافی با لزوم که از احکام عقد نکاح است، و انحصار موارد جواز فسخ به عیوب خاصه را بررسی و ناتمامی آنها را اثبات می کنیم.

فی مسائل متفرقه

اشاره

متن عروه:

فصل * فی مسائل متفرقه - الاولى: لا يجوز فی النکاح دواماً او متعه اشتراط الخيار فی نفس العقد فلو شرطه بطل

یکی از مباحث قدیمی در باب نکاح که بسیار مورد نیاز مردم است و هم فقهای ما و هم عامه آن را مطرح کرده اند، شرط خيار فسخ در عقد نکاح و در مهریه است که آیا عاقد می تواند هنگام عقد برای خود اختیار فسخ نکاح و یا برهم زدن مهریه ای که معین شده است را قرار دهد یا نه؟ و بر فرض عدم جواز و بطلان آیا موجب بطلان عقد هم می شود یا اینکه به صحت عقد ضرری نمی زند. ابتدا فرع اول را بررسی می کنیم:

عدم جواز شرط خيار در عقد نکاح:

اشاره

مرحوم سید می فرمایند جایز نیست در عقد نکاح طرفین اختیار فسخ قرار دهند و این شرط باطل است. برای بطلان این شرط وجوه متعددی ذکر شده است.

مرحوم آشتیانی در تقریرات درس مرحوم حاج شیخ عبد لکریم حائری پنج وجه

ص: 3577

ذکر می کند، در کتب دیگر همچون جواهر، جامع المقاصد و تذکره نیز وجوه مختلفی با زیاداتی آمده است. ما وجوهی که دارای بحث معتنابهی است را بررسی می کنیم.

وجه اول: اجماع فقها بر بطلان:

از زمان شیخ طوسی به بعد هر کدام از فقها که این مسئله را عنوان کرده اند همه فتوی به بطلان این شرط داده اند و ما احدی را نیافتیم بر خلاف آن گفته باشد. ولی مرحوم آقای حکیم می فرمایند از ظاهر حدائق که بطلان شرط را به مشهور نسبت داده استفاده می شود که این قول مخالف هم دارد، اما معلوم نیست چه کسی مخالف است و کسی غیر از صاحب حدائق چنین نسبتی را نداده است. مرحوم آقای خوئی هم در این مطلب از ایشان تبعیت کرده اند.

ما به حدائق مراجعه کردیم. مؤلف این کتاب در دو بخش (باب صیغه عقد و باب مهر) این مسئله را متعرض شده و در هیچ یک چنین مطلبی را نگفته است. شاید مرحوم آقای حکیم با اعتماد به حافظه خویش شهرت در بطلان خود عقد را با شهرت در بطلان شرط مذکور خلط کرده اند وگرنه صاحب حدائق در بطلان شرط مذکور تردیدی ندارد و آن را به مشهور نسبت نمی دهد آنچه که ایشان به مشهور نسبت می دهد بطلان خود عقد است. در مجلد 23 می فرماید: و المشهور بطلان العقد (ای باشرط الخیار فیه). در مجلد 24 می گوید: المشهور بین الاصحاب بطلان النکاح بشرط الخیار. بنابراین جای تردید وجود ندارد که در این مسئله هیچ مخالفی نیست.

علاوه بر این که در هفت یا هشت کتاب ادعای اجماع شده یا کلماتی شبیه به آن گفته شده است. شیخ در خلاف تعبیر به «لا خلاف» می کند. مسئله ای که بین عامه و خاصه مطرح و مورد ابتلا باشد و ایشان از آن تعبیر به «لا خلاف» کند با اجماع چندان تفاوتی ندارد. در مبسوط تصریح به اجماع کرده همچنین ابن براج در مهذب

و ابن ادریس در سرائر و شهید ثانی در مسالک و فاضل هندی در کشف اللثام همه تصریح به اجماع کرده اند. علامه در تذکره عبارتی دارد که به نظر می رسد ایشان هم دعوی اجماع می کنند. عبارت چنین است: لا یصح اشتراط الخیار فی النکاح و لا یثبت فیہ خیار المجلس اجماعاً. هر چند کلمه اجماعاً پس از خیار مجلس آمده و می تواند تنها به اخیر (خیار مجلس) ناظر باشد یا به هر دو، ولی با توجه به اینکه در اکثر کتب قدماء چه خاصه و چه عامه حکم این دو خیار در کنار هم ذکر شده است و نسبت به هر دو، هم فتوی داده اند و هم مدعی اجماع گشته اند، ظاهراً این کلمه در عبارت تذکره نیز ناظر به هر دو خیار است و ایشان در شرط خیار نیز مدعی اجماع هستند.

محقق کرکی هم در جامع المقاصد در باب بیع پس از اینکه شرط خیار را در بیع جایز دانسته عدم جواز آن را در باب نکاح نیز متعرض شده و آن را اجماعی دانسته است ولی در خود باب نکاح هر چند عبارت ایشان صراحت ندارد لکن می توان گفت ایشان در این باب نیز مدعی اجماع است، می فرماید: فان شرط (یعنی شرط الخیار فی النکاح) کان الشرط باطلاً قطعاً و هل یبطل به العقد فیہ قولان. اینکه در مورد این شرط می گوید قطعاً باطل است ولی در مورد بطلان عقد به واسطه این شرط می گوید دو قول است، استظهار می شود که این شرط را قولاً واحداً باطل می داند و این عباره اخیری از اجماع است.

تنها محقق اردبیلی که در باب بیع این مسئله را مطرح کرده (باب نکاح کتاب ایشان در دست نیست) ادعای اجماع را به مسالک نسبت داده و می فرماید: ادله ای که برای این مسئله ذکر شده همه مخدوش است و تنها دلیل اجماع می باشد اگر آن را تمام بدانیم (ان تمّ الاجماع) سبزواری نیز به تبع ایشان در کفایه با همین تعبیر می گوید... ان ثبت الاجماع. ولی گویا این دو نفر بدون تتبع و ملاحظه فتاوی فقها تنها به مسالک مراجعه کرده اند و در دعوی اجماع ایشان تردید داشته و از آن با تأمل سخن گفته اند. در هر حال مسئله ای که از مسائل تفریعی نیست بلکه از اصول مسائل

و مورد ابتلائی مردم می باشد و فقها از قدیم آن را مطرح نموده اند و احدی بر خلاف آن فتوی نداده لذا اجماع ثابت است. به علاوه این مسئله در عامه هم از دوره امام صادق علیه السلام به بعد مطرح بوده و تمام فقهای آنها فتوی به بطلان داده اند. آن هم در موضوعی که برای زوجین بسیار مهم است که اگر مدتی زندگی کردند و آن ازدواج مورد پسندشان واقع نشد به ویژه در جایی که مهریه را سنگین گرفته اند با جایز بودن چنین شرطی بتوانند آن را فسخ و کالعدم به حساب آورند، در چنین مسئله ای اگر حکم واقع غیر از آنچه که همه فتوی داده اند بود، ائمه علیهم السلام بیان می کردند و حتماً مخفی نمی ماند. نتیجه اینکه دلیل اجماع در این مسئله تمام است و جای هیچ تردیدی وجود ندارد. بلکه می توان آن را از مسلمات دانست.

وجه دوم: مخالفت با مقتضای عقد:

در عقد شرطی را می توان اشتراط کرد که با مقتضای آن عقد مخالفت نداشته باشد، چه بر حسب تفاهمات عرفی میان آن شرط و مدلول التزامی یا تضمین و یا مطابقی عقد تنافی دیده شود و چه عقد بر حسب ادله شرعیه برای احکامی موضوع قرار گرفته باشد که آن شرط مخالف مقتضای آن باشد. و شرط خیار، هم به حسب متفاهم عرفی و هم بر اساس ادله شرعیه با مقتضای نکاح مخالف است. زیرا اشتراط خیار در عقد دائم به معنای این است که این عقد هم دائم است و هم به جهت داشتن خیار دوامی ندارد و این دو با هم متناقض است. در روایات هم از عقد دائم تعبیر به «تزیج مقام»⁽¹⁾ و «نکاح بات»⁽²⁾ شده که همه دلالت بر این می کند که دوام از نظر شرعی جزء احکام عقد دائم و مقتضیات آن است. بنابراین شرط خیار با مقتضای عقد نکاح متنافی است. مرحوم آقای خوئی شرط خیار را در عقد انقطاعی نیز موجب تنافی با مقتضای آن می دانند به این تقریب که جعل خیار در عقد

ص: 3580

1- (1) باب 20، ابواب المتعه، ح 1 و 2.

2- (2) بیع باتّ ای لا خیار و لا عود فیه: المنجد.

انقطاعی به معنای این است که در طول آن مدت هر لحظه ای که بخواهد بتواند مدت آن را پیش از سرآمدن اجل مقرر بر هم زند و این با لزوم مشخص بودن مدت به نحوی که قابل کم و زیاد شدن نباشد که از ارکان عقد انقطاعی است منافات دارد.

پاسخ وجه مذکور:

مرحوم حاج شیخ بنا به آنچه در تقریراتشان آمده جواب این تنافی را داده اند به این تقریب که تقسیم عقد نکاح به دائم و منقطع به این معنا است که دوام در عقد دائم یا مدت معین در عقد منقطع از مقتضیات طبیعی این دو عقد است. یعنی اگر مانعی و رافعی نبود عقد دائم مقتضی دوام و عقد منقطع مقتضی دارا بودن مدت معین است، بنابراین منافات ندارد که بر حسب فعلیت با اشتراط یا با وجود مانع، این اقتضا مرتفع شود. بلی اگر مراد از اشتراط، ایجاد اقتضای عدم دوام و عدم دارا بودن مدت معین در نفس عقد باشد این موجب تناقض بین اقتضای و اقتضای عدم می گردد اما اگر تنها در عالم فعلیت رافع آن دوامی که در عالم اقتضا است شود، مستلزم تناقض و تنافی نیست. لذا انفساخ عقد دائم با کفر و رضاع یا با عیوب معینه و یا انفساخ عقد منقطع با بذل مدت پیش از رسیدن اجل را هیچ کس موجب تنافی و تناقض با مجعول اولی و مقتضای آن نمی داند.

وجه سوم: مخالفت خیار فسخ با لزوم که از احکام نکاح است نه از حقوق طرفین:

از وجوه دیگری که مرحوم آقای خوئی به آن تمسک کرده اند و در کلمات مرحوم آقای حکیم نیز آمده، این است که در عقدی می توان خیار فسخ را شرط نمود که لزوم در آن عقد از حقوق طرفین باشد تا بتوانند آن دو با جعل خیار حق خود را اسقاط کنند اما اگر لزوم از احکام شرعی آن عقد بوده و ربطی به حقوق طرفین نداشته باشد جعل خیار با حکم شرع منافی می شود و نافذ نخواهد بود زیرا

معنایش این است که عقدی را که شارع لازم دانسته آنها جایز بدانند و این بر خلاف حکم شرعی عقد بوده و صحیح نیست. همچنان که طرفین نمی توانند با شرط کردن، عقدی را که شارع جایز دانسته بر خود لازم کنند چون این شرط بر خلاف حکم شرع است. (1) و دلیل اینکه لزوم در عقد نکاح از احکام آن است نه از حقوق طرفین، عدم جواز تقایل در آن است اگر لزوم از حقوق طرفین نکاح بود باید آنها بتوانند از حق خود صرف نظر کرده و با توافق یکدیگر نکاح را بر هم بزنند و آن را کالعدم فرض کنند در حالی که احدی بدون طلاق این را جایز نمی داند و این کاشف از این است که لزوم از احکام نکاح و غیر قابل اسقاط است نه از حقوق طرفین. بر خلاف بیع که چون لزوم از حقوق متعاملین است، طرفین می توانند از آن صرف نظر نموده و عقد را بر هم بزنند.

پاسخ استاد مد ظله به وجه مذکور:

این وجه بر وجود اجماع بر عدم صحت تقایل در عقد نکاح استوار است در حالی که عدم صحت تقایل مستلزم حکم بودن لزوم به نحوی که در خود عقد هم نتوانند شرط خیار کنند نیست زیرا همچنان که عدم صحت تقایل ممکن است به خاطر این باشد که عقد نکاح ذاتاً قابلیت تقایل ندارد و در نتیجه لزوم از احکام آن حدوثاً و بقاءً باشد، احتمال هم دارد به این جهت که نکاح ذاتاً چنین اقتضایی دارد نباشد بلکه تنها اگر متعاقبین هنگام ایجاد عقد، شرط خیار نکردند دیگر نتوانند بقاءً تقایل کنند اما اگر حدوثاً اشتراط خیار شد بقاءً بتوانند آن را بر هم بزنند و در نتیجه حدوثاً از حقوق آن دو به شمار رود هر چند بقاءً در صورت عدم اشتراط از احکام

ص: 3582

1- (1) لذا عقد وکالت را که از عقود جائزه است، نمی توان با «شرط نتیجه»، «لازم» قرارداد و «وضعیاً» حکم جواز از آن را تغییر داد. و وکیل را غیر قابل عزل ساخت. چنین شرطی علاوه بر آنکه خلاف شرع است، بر خلاف مقتضای عرفی وکالت هم هست. البته «شرط فعل» مانعی ندارد و «تکلیفیاً» می توانند متعهد شوند که وکیل را عزل نکنند.

آن باشد. و چون دلیل عدم صحت تقایل دلیل لیبی است (اجماع) نمی توان در صورت دوم نیز بر هم زدن عقد را ممنوع و لزوم را در آن از احکام آن حدوداً و بقاء دانست. گویا مرحوم آقای حکیم نیز با عبارت خود به همین پاسخ اشاره می کنند که می فرمایند: اللهم الا ان يناقش في ذلك بدعوى كون ذلك مقتضى اطلاقه لا مقتضى ذاته. (1)

وجه چهارم: انحصار موارد جواز فسخ به عیوب خاصه:

وجه دیگری که گفته شده استدلال به روایاتی است که منحصرأ در موارد خاصی عقد نکاح را قابل فسخ دانسته اند مانند صحیحۃ حلبی عن ابی عبد الله علیه السلام قال: انما یردّ النکاح من البرص و الجذام و الجنون و العقل. (2)

لازمه حصر در این روایات عدم جواز فسخ در غیر عیوب مذکوره همچون اشتراط خیار است که به معنای عدم نفوذ این شرط باشد.

پاسخ استاد مد ظله به وجه مذکور:

حصر در این گونه روایات اضافی است نه حقیقی و مراد انحصار مواردی که نکاح را به واسطه عیوب می خواهند فسخ کنند به عیوب مذکوره است نه انحصار مطلق حتی نسبت به غیر عیوب و لذا این روایات نسبت به عدم جواز فسخ نکاح به وسیله ارتداد یا رضاع که کسی به منظور فسخ نکاح با اختیار خود عمداً کلمه رده بر زبان آورد یا رضاعی که موجب تحریم شود را انجام دهد ناظر نیست. بنابراین منافات ندارد که در غیر عیوب مذکوره در موارد دیگری نیز بتوان نکاح را فسخ نمود. در جلسات آینده به توضیح بیشتری درباره این وجوه می پردازیم.

«* و السلام*»

ص: 3583

1- (1) مستمسک العروه الوثقی، ج 14، ص 405.

2- (2) وسائل ابواب العیوب و التدلیس باب 1، ح 10.

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه نقد و بررسی کلام مرحوم آقای خویی را پیرامون بطلان اشتراط خيار در عقد نکاح پی گیری کرده و با ردّ دو وجهی که برای اثبات مدعا ذکر کرده اند، ضابطه مرحوم آقای نائینی برای تشخیص لزوم حقی از لزوم حکمی را نیز نادرست می دانیم و با نقل نظر کسانی که در صورت اشتراط خيار قائل به صحت عقد نکاح شده یا تردید کرده اند ادامه بحث را به جلسه آینده موکول می نماییم.

الف) نقد و بررسی کلام آقای خویی پیرامون بطلان اشتراط خيار در عقد نکاح:

1) یادآوری کلام مرحوم آقای خویی:

در جلسه پیش گفتیم که ایشان برای اثبات قول به بطلان شرط خيار در عقد نکاح به دو وجه استدلال کرده اند:

وجه اول: قوام عقد دائم به عدم محدودیت و استمرار دائمی است در حالی که قرار دادن خيار به معنای اختیار داشتن در محدود کردن آن است و این دو با هم در تنافی هستند. زیرا عقد به وسیله اشتراط خيار تا زمانی محدود می شود که ذو الخيار از حق خود برای فسخ عقد استفاده نکرده است. و این مانند آن است که گفته شود:

بعتك بشرط ان لا تملك ثمنه و یا به قول مرحوم آقای حکیم مثل این است که گفته شود «بعتك بلا ثمن» یا «اجرتک بلا اجره» که با مفهوم عقد منافات دارد.

وجه دوم: شرط خيار در صورتی صحیح است که لزوم مربوط به التزام متعاقدين

ص: 3584

(لزوم عقدی)، و به تعبیر بهتر از حقوق متعاقدين باشد. اما اگر از احكام شرعی بوده و ارتباطی به تعهد و التزام طرفین نداشته باشد آنان اجازه اشتراط خيار نخواهد داشت زیرا اشتراط خيار از قبیل شرط مخالف شرع است و چنین شرطی مسلماً باطل است.

آنگاه می فرمایند: لزوم در عقد نکاح از احكام شرعی است و زوجیت به جز در موارد خاص (موت، طلاق، انقضاء مدّت و ابراء در عقد منقطع) استمرار می یابد.

و اگر از حقوق متعاقدين بود باید مانند باب بیع، قائل به صحّت تقابل در نکاح می شدیم، در حالی که بلا خلاف تقابل در نکاح جائز نیست.

مرحوم آقای نائینی و مرحوم شیخ در مکاسب نیز به همین نحو استدلال کرده اند.

برای تتمیم بحث دیروز مناسب است که قدری بیشتر به بررسی این دو وجه پردازیم. به نظر ما هر دو وجه از جهاتی مخدوش است.

(2) نقد استاد مد ظله در مورد وجه اول:

(جواب نقضی) اولاً: اشکال ما که در فرمایشات مرحوم حاج شیخ عبد لکریم حایری رحمه الله نیز هست این است که: اگر شرط خيار با دوام منافع دارد پس چرا در باب اجاره که چیزی برای مدت معینی اجاره می کنند، شرط خيار برای یک یا دو طرف اجاره جائز است و با اینکه به حسب ظاهر شرط خيار با استمرار مدّت اجاره سازگار نیست، کسی آن را منافی مدّت تعیین شده نمی داند؟

به عنوان مثال: اگر کسی منزلی را برای مدّت ده سال اجاره دهد و برای خودش حقّ فسخ قرار دهد، این کار بدون اشکال جایز است و با اینکه با شرط خيار، مالکیت ده ساله منفعت را به مدتی محدود می سازد که فسخ نکرده، و این دو با هم علی الظاهر متناقض هستند، ولی هیچ کس قائل به تناقض و نادرستی این اجاره نیست.

ص: 3585

(جواب حلّی) ثانیاً: متنافی دانستن اشتراط خیار و دوام عقد، ناشی از خلطی است که در باب اطلاق و تقيید گاهی مربوط به حکم است و گاهی به موضوع حکم (یا متعلق حکم علی اختلاف اصطلاحهم) ارتباط پیدا می کند. به عنوان مثال در باب حج که وجوب آن مشروط به استطاعت است، نظر به اینکه بقاء استطاعت تا پایان حج را شرط آن دانسته اند بر این اساس اگر پس از حصول استطاعت و در بین اعمال، مال کسی به سرقت برود او را مستطیع به حساب نمی آورند از سوی دیگر اگر مالش به سرقت نرود بلکه خودش آن را اتلاف نماید یا مثلاً به کسی ببخشد، حج را بر ذمه او مستقرّ می دانند. در اینجا این سؤال مطرح می شود که آیا میزان در شرطیت استطاعت، حدوث آن است یا حدوث و بقاء هر دو دخیل هستند؟ اگر حدوث استطاعت میزان است در فرض اول هم باید حج مستقر شود، و چنانچه حدوثاً و بقاءً باید مستطیع باشد، در فرض دوم هم نباید حج مستقر گردد. پس فارق این دو چیست؟

در پاسخ به این سؤال همان طور که مرحوم آقای حکیم نیز فرموده اند (1) ما عرض می کردیم: معیار در شرط استطاعت تنها حدوث آن است. اما در فرض اول که مال شخص به سرقت رفته، گرچه به حسب ظاهر حدوثاً مستطیع بوده لیکن به سرقت رفتن مال او کاشف از این است که وی حدوثاً هم مستطیع نبوده و او اول تمکن از عمل در تمام مدت را نداشته و در واقع موضوع که عبارت از «تمکن از عمل در تمام مدت» است محقق نبوده است، بر خلاف فرض دوم مسئله که اختیاراً خود را از استطاعت انداخته است، چه آنکه او حدوثاً متمکن از عمل در تمام مدت بوده است لذا حج بر او مستقر می گردد.

حاصل اینکه وجوب، مشروط به این است که متعلق حدوثاً مقدور باشد.

همین که حدوثاً متمکن از تمام عمل باشد برای تعلق وجوب کافی است و عدم بقاء قدرت و استطاعت با آن منافات ندارد.

ص: 3586

این مطلب عیناً در مورد شرطیت خیار در عقد اجاره توجیه می شود:

مستأجر با عقد اجاره، مالک منفعت ده ساله منزل می شود، اما استقرار و بقاء فعلی این مالکیت از شروط صحت اجاره نیست لذا اگر عقد اجاره مثلاً به واسطه تلف شدن عین مستأجره باطل گردد، منافاتی با صحت اولیه عقد اجاره نخواهد داشت، متعلق اجاره همان منفعت ده ساله است و فسخ هم به معنای محدود کردن آن نیست. مستأجر می تواند این منفعت معین را - در صورتی که مانع دیگری در کار نباشد - به دیگری واگذار نماید، زیرا هنگام عقد اجاره مالک منفعت ده ساله گردیده است. تعیین مدت و اشتراط خیار در صورتی متناقض اند که فسخ باعث محدودیت متعلق اجاره گردد. بر همین اساس است که جعل خیار در عقد اجاره را بی اشکال می دانند و کسی آن را با معین بودن مدت اجاره متناقض نمی داند.

جعل خیار در باب نکاح دائم نیز با همین بیان قابل توجیه است، زیرا هنگام انشاء عقد دائم، با جعل خیار محدودیتی برای متعلق نکاح (زوجیت دائمی) به وجود نمی آید. آنچه که متعلق نکاح است زوجیت دائمی است. جعل خیار، حکم لزوم وفاء به عقد نکاح را محدود می کند، نه متعلق آن را. ما به القوام عقد دائم عبارت از این است که برای متعلق آن در انشاء عقد، محدودیتی حاصل نگردد و محدود شدن حکم نکاح با زوجیت دائمی تنافی ندارد. بر همین اساس است که اگر مرد در عقد نکاح به صورت شرط مؤکد، برای خود حق طلاق قرار دهد و مثلاً به این صورت بگوید که با تو ازدواج می کنم به شرط اینکه هر وقت خواستم تو را طلاق دهم، بلا اشکال چنین عقدی را همه صحیح می دانند.

اگر آن طور که مرحوم آقای خوئی ادعا می کنند، حق خیار به معنای محدودیت متعلق عقد باشد، باید شرط طلاق را نیز به معنای محدود کردن زوجیت دانسته و به عنوان شرط مباین، صحیح ندانند، در حالی که مسلماً خود ایشان نیز چنین شرطی را شرط مباین به حساب نمی آورند.

به طور خلاصه، شرط خیار قید برای حکم است نه متعلق حکم، لذا منافاتی با

دائمی بودن زوجیت ندارد.

ثالثاً: بر فرض که بین عقد دائم و حق خیار فی الجملة تباینی وجود داشته باشد ولی این تباین در صورتی است که ایجاد محدودیت از نظر اقتضاء باشد یعنی شرط خیار باعث شود که عقد نکاح اقتضاء محدودیت پیدا کند در آن صورت با عقد دائم در تنافی است. ولی چنانچه از نظر اقتضاء محدودیتی به وجود نیامد و طبعاً دائم باشد و محدودیت صرفاً از نظر فعلیت باشد در این صورت هیچ گونه منافاتی با عقد دائم نخواهد داشت. تفاوت عمده عقد دائم با عقد منقطع نیز - با اینکه عقد دائم هم گاهی به وسیله طلاق یا برخی عیوب منفسخ می گردد - در این است که عقد دائم اقتضاء محدودیتی ندارد ولی عقد منقطع از نظر اقتضاء دارای محدودیت است. بنابراین شرط خیار نیز گرچه بالفعل باعث محدودیت عقد دائم می گردد، اما به لحاظ اینکه اقتضاء باعث محدودیت آن نمی شود منافاتی با دوام آن نداشته، و اشکال آن بی اشکال است.

3) پاسخ استاد مد ظله به وجه دوم:

مرحوم آقای خوبی خواسته اند از اینکه تقایل در نکاح جایز نیست نتیجه بگیرند که لزوم در عقد نکاح از حقوق متعاقدين نبوده و از احکام شرعی است و بنابراین، شرط خیار در عقد نکاح از مصادیق شرط خلاف شرع خواهد بود.

اما همان طور که دیروز عرض کردیم به نظر ما در اینجا بین دو مطلب خلط شده است. اگر بخواهیم از جواز تقایل در عقدی نتیجه بگیریم که لزوم در آن از حقوق متعاقدين است، البته این درست است و بالاولویه می توان نتیجه گرفت که شرط خیار نیز در موقع انشاء برای یک یا دو طرف بی مانع است. زیرا بین جواز تقایل و جواز شرط خیار ملازمه هست. اما در طرف نفی اگر پس از انجام معامله جایز نباشد که با توافق یکدیگر عقد را بهم بزنند، چه ملازمه ای دارد با اینکه در حین عقد هم برای آنان جایز نباشد که در مورد شرط خیار توافق نمایند؟ آیا از این که پس از انعقاد

عقد بیع نمی توانند ثمن یا مئمن را تغییر دهند، می توان نتیجه گرفت که قبل از انعقاد عقد هم چنین حقی برای آنان نیست؟ از عدم جواز تقایل نمی توان نتیجه گرفت که جعل خیار جایز نیست. زیرا بین عدم جواز تقایل و عدم جواز جعل خیار هیچ ملازمه ای نه عقلاً و نه عرفاً وجود ندارد. اثبات ملازمه ای شرعی هم نیازمند دلیل است.

(ب) نقد و بررسی ضابطه مطرح شده در کلام مرحوم آقای نائینی:

(1) نقل کلام ایشان:

نظر مرحوم آقای نائینی این است که برای تشخیص اینکه آیا لزوم از احکام است یا از حقوق، باید دید لزوم به چه دلیلی اثبات شده است. و برای امتیاز این دو از یکدیگر ضابطه ای را مطرح کرده اند بدین بیان:

اگر موضوع دلیلی که لزوم را اثبات می کند «عقد» باشد مثل اینکه لزوم به واسطه اَوْفُوا بِالْعُقُودِ اثبات شده باشد، لزوم حقی است و از حقوق متعاقدين می باشد. ولی چنانچه موضوع دلیل مثبت لزوم، عناوین خاصه بوده و لزوم بر روی خود بیع یا نکاح و امثال اینها بار شده باشد، در آن صورت منوط به اختیار طرفین نبوده و لزوم حکمی است.

(2) نقد استاد مد ظله:

به نظر ما فرمایش ایشان در هر دو قسمت محلّ مناقشه است.

اولاً: همچنان که سابقاً نیز عرض کرده ایم «ال» در «العقود» ممکن است ال عهد باشد یعنی عقودی که در عالم ذر بین خداوند و مردم بسته شده است. و روی این احتمال ارتباطی به بحث های بیع و سایر عقود ندارد. و چنانچه مربوط به عقود رایج بین مردم هم باشد مفاد آن مانند مفاد المؤمنون عند شروطهم است که مردم را ملزم

به پای بندی به عقودی می کند که شرعاً صحیح است و به هیچ وجه در مقام تصحیح قراردادهای مردم نبوده و مفاد آن این نیست که به هر عقد و قراردادی و لو نامشروع ملتزم باشید تا در نتیجه، خروج عقود فاسده را از باب تخصیص بدانیم.

بنابراین در مواردی که مشروعیت عقد و قرارداد مشکوک باشد برای تصحیح آن نمی توان به اَوْفُوا بِالْعُقُودِ تمسک کرد. زیرا دلیل نمی تواند موضوع خود را تعیین نماید. و فرض این است که در ما نحن فیه هم در صحّت و مشروعیت شرط خیار در ضمن عقد نکاح شک داریم.

ثانیاً: چنانچه موضوع دلیلی که لزوم را اثبات می کند خود عناوین خاصه باشد احکامی که بر آن مترتب می شود الزاماً یک سنخ نیست زیرا احکامی که مترتب بر یک شیء می شود دو صورت دارد: گاهی از احکامی است که بر آن شیء لو خلی و طبعه و بر حسب طبع مترتب می گردد، و گاهی از احکام فعلی آن شیء است. به عنوان مثال: مقام و دوام که از احکام شرعی زوجیت دائمه است، حکمی است که بر زوجیت لو خلی و طبعه بار می شود، ولی همین حکم ممکن است به وسیله طلاق مرتفع گردد لذا همانطور که عرض کردیم منافات ندارد که شوهر آن را به صورت شرط مؤکد در خود عقد قرار داده و شرط کند که امر طلاق در اختیار او باشد.

بنابراین حتی در صورتی که لزوم برای خود عناوین خاصه نیز اثبات شود این لزوم به حسب طبع، از احکام شرعی آن عناوین است لذا با مرتفع ساختن آن به وسیله جعل خیار و غیر آن منافات نداشته و این امر خلاف شرع به حساب نمی آید.

(ج) بررسی بطلان عقد به وسیله شرط خیار:

(1) متن عروه:

وفی بطلان العقد به قولان، المشهور انه باطل و عن ابن ادریس انه لا یبطل بطلان الشرط المذكور و لا یخلو عن قوه.

ص: 3590

همان طور که مرحوم سید می فرماید: اشتراط خيار در عقد نکاح طبق نظر مشهور موجب بطلان عقد می شود ولی عده ای که ابن ادریس مقدم بر آنهاست قائل شده اند که جعل خيار باعث بطلان عقد نمی گردد: صاحب حدائق در باب مهر (1) قائل به عدم بطلان شده و در باب صیغه عقد (2) تردید کرده است. محقق حلی در باب مهر (3) اظهار تردید کرده و در باب صیغه (4) عبارتی دارد که مجمل است و مورد بحث قرار گرفته است. شهید اول هم در لمعه عبارتی دارد که خالی از اجمال نیست. مرحوم حاج شیخ نیز صریحاً حکم به عدم ابطال کرده است. مرحوم سید هم قول ابن ادریس را تقویت کرده و عده ای از محشّین نیز با ایشان موافقت کرده اند.

در جامع المقاصد هم دارد که عامه الفقهاء قائل به ابطال شده اند که البته به نظر معمولی ممکن است استفاده شود که عموم فقهاء قائل به ابطال هستند ولی با توجه به احاطه محقق کرکی و اینکه خود ایشان در جاهای دیگر ابن ادریس را جزء مخالفین شمرده است، باید گفت: مراد از عامّه مانند عامه در مقابل خاصه و مانند جمهور به معنای اکثریت قریب به اتفاق است نه مراد اجماع باشد تا منافات با خلافی بودن مسئله پیدا نکند. اشکالی که مرحوم سید مطرح کرده این است که چرا مشهور به طور کلی در بحث شروط ضمن عقد شرط فاسد را مفسد نمی دانند ولی در خصوص این بحث شرط خيار را که فاسد است مفسد نکاح دانسته اند؟ چه فرقی بین این شرط و سایر شرایط وجود دارد؟ اگر التزام واحد باشد در همه جا باید حکم به ابطال کنند و اگر التزام فی التزام باشد در همه جا باید حکم به عدم ابطال کنند.

آقای خوئی رحمه الله می خواهند وجهی برای تفرقه ذکر کنند که در جلسه بعد به بررسی آن می پردازیم. («* و السلام*»)

ص: 3591

1- (1) حدائق، ج 24، ص 544.

2- (2) حدائق، ج 24، ص 184.

3- (3) شرایع، ج 1، جزء 2، ص 330.

4- (4) شرایع، ج 1، جزء 2، ص 274.

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

بعد از اینکه بطلان شرط خیار در عقد نکاح ثابت شد این بحث مطرح است که آیا این شرط فاسد، مُبطل عقد نکاح نیز هست یا نه؟ شهرت بسیار قوی در مسئله مفسدیت این شرط نسبت به عقد نکاح است و مخالف در مسئله دو یا سه نفر می باشند که بحث آن گذشت.

استدلال صاحب عروه بر اینکه در مقام، شرط فاسد مفسد نیست.

مرحوم سید می فرماید: مشهور قائلند که شرط فاسد مفسد عقد نیست لذا در باب نکاح نیز شرط فاسد را مفسد نکاح نمی دانند اما در باب فساد شرط، خیار فسخ قائلند که موجب فساد نکاح می شود با آنکه فرقی بین دو مسئله نیست. و اگر وجهی بر افساد اقامه شود فرقی بین دو مسئله نیست، همانطور که اگر وجهی بر عدم افساد اقامه شود فرقی بین دو مسئله نیست و در همه شروط فاسده جاری است. توضیح اینکه، در باب شروط دو مبنا هست

مبنای اول این است که حقیقت شرط، قید قرار گرفتن شرط است برای عقد مشروط. پس شرط قید مجعول است، قید امر مورد رضایت است، قهراً چون رضایت و منشأ معلق بر شرط است پس هر جا شرط فاسد شد عقد فاقد شرط نیز واقع نمی شود چون انشاء و رضایت در این فرض نیست. و فرقی هم بین اقسام شرط نیست.

ص: 3592

مبنای دوم که مختار صاحب عروه است این است که، شرط، التزام فی التزام است یعنی در باب شروط دو التزام است که یکی موضوع برای التزام دیگر است. اصل عقد موضوع برای شرط است. اگر عقد از بین رفت موضوع التزام دوم از بین می رود و جا برای وفاء به شرط نیست چون موضوعش رفته است. اما اگر شرط از بین رفت مثلاً باطل شد یا فسخ شد، التزام اول از بین نمی رود. شرط، موضوع برای عقد نیست و معنا ندارد که بطلان شرط به عقد سرایت کند و عقد را باطل کند چون مفروض این است که التزام اول موضوع برای التزام دوم است نه مقید به آن. از این رو بطلان التزام دوم [بطلان شرط] موجب بطلان عقد نمی شود. مرحوم سید صاحب العروه چون مبنای دوم را اختیار کرده است می فرماید: شرط فاسد مفسد نیست و فرقی بین شرط خیار فسخ و سایر شروط نیست. و اگر کسی مبنای دیگر را اختیار کند و عقد را مقید به شرط بداند در همه جا باید قائل به افساد باشد و تفکیک بین شروط معنا ندارد. (1)

استدلال محقق خوئی بر افساد شرط خیار نسبت به عقد نکاح و نقد آن

مرحوم آقای خوئی فتوای مشهور را تقویت می کنند و می فرمایند: ارتکازات عرفیه بر این است که در باب شرط ضمن عقد، شخص التزام خود به مفاد عقد را معلق بر وجود شرط می کند و شرط از قبیل قید التزام شخص است نه قید برای خود عقد لذا بطلان شرط موجب فساد عقد نمی شود. به خلاف شرط خیار فسخ که چون موجب فقد رکنی از ارکان عقد است به تقریبی که خود ایشان کرده اند و در جلسه قبل گذشت لذا جعل خیار، تناقض در انشاء می آورد. و لازم می آید که عقد هم دائم باشد و هم غیر دائم باشد، سپس در مقام خصوصیتی است که در سایر شروط نیست. (2)

ص: 3593

- 1- (1) تذکر: فرمایش صاحب عروه و مرحوم آقای خوئی خوب تقریر نشده است زیرا سید تفصیل بین شرط مبنای مقتضای عقد و غیر آن را تمام نمی داند و محقق خوئی به این سخن پاسخ می دهند لکن استاد دام ظلّه متعرض این بحث نشده اند.
- 2- (2) مبانی العروه 212/1.

لکن این فرمایش ایشان به نظر ما تمام نیست. یکی از جهت کبروی که ایشان استظهار کرده اند که ارتکازات عرفیه بر این است که شرط، تعلیق التزام به مفاد عقد است بر وجود شرط، به نظر می رسد که این استظهار تمام نیست و ما سابقاً این را بحث کرده ایم. اشکال دیگر بر ایشان، اشکال نقضی است و آن اینکه ایشان در باب نکاح جعل شرط خیار فسخ را منافی با مقتضای عقد می دانند و آن را مفسد عقد می دانند اما در باب خیار اشتراط که همان خیار تخلف شرط است مثل اینکه در ضمن عقد شرط خیاطه لباسی را بکند و سپس طرف مقابل به شرط عمل نکند می فرماید: اگر به شرط عمل نکند من له الشرط حق دارد عقد را به هم بزند و خیار تخلف شرط پیدا می کند، ایشان در کتاب الاجاره و جاهای دیگر می فرماید: شخص التزام خود به عقد را معلق بر وجود شرط می کند و برگشت این تعلیق به این است که اگر تو خیاطه نکنی و شرط را انجام ندهی من حق به هم زدن عقد را داشته باشم.

بنابراین، ایشان خیار اشتراط و تخلف شرط را به خیار شرط فسخ بر می گردانند و در مقام هم حکم به افساد خیار شرط نسبت به عقد نکاح می کنند اشکال این است که اگر خیار تخلف شرط به خیار شرط برگردد شما هم که در باب نکاح خیار شرط را مناقض با مفاد عقد می دانید و حکم به فساد عقد در موارد خیار شرط می کنید، بنابراین، در موارد خیار تخلف شرط هم باید حکم به بطلان عقد کنید پس تفکیک شما بین خیار شرط و خیار تخلف شرط وجهی ندارد.

مختار استاد دام ظلّه در مسئله

در باب خیار شرط این طور نیست که عقد موضوع برای التزام به شرط باشد و در حقیقت دو التزام باشد که یکی موضوع برای دیگری باشد بلکه در باب خیار شرط، التزام به عقد معلق و مقید به خیار شرط است و ارتکازات در باب خیار شرط بر این

است که اگر خیار شرط فسخ نباشد اصلاً شخص به عقد راضی نیست خصوصاً از ناحیه زنان که با جعل خیار شرط می خواهند راهی برای فسخ عقد پیدا کنند و اگر حق فسخ برای آنها نباشد در خیلی از موارد بلکه بیشتر موارد راضی به اصل عقد نیستند. عرف در اینگونه موارد که شرط حیاتی و مهم است نه مثل خیاطت ثوب، انحلال را نمی فهمد بلکه تعلیق را می فهمد، لذا طبق قاعده با بطلان شرط، عقد هم فاسد می شود چون یک انشاء بیشتر نیست تا انحلال و تعدد التزام فهمیده شود پس عقد فاسد است مشهور قریب به اتفاق نیز در مسئله حکم به بطلان عقد کرده اند.

پس اگر در باب شروط تفصیل باشد باید بین شروط اساسی و مهم و غیر آن تفصیل داد نه اینکه بین خیار شرط فسخ و غیر آن تفصیل داد.

اشتراط خیار در مهر، در عقد دائم

اشاره

صاحب عروه می فرماید: و اما اشتراط الخیار فی المهر فلا مانع منه.

در باب صداق و مهر گفته اند که شرط خیار فسخ مهر مانعی ندارد و مسئله را اینگونه تعلیل کرده اند که در نکاح دائم، ذکر مهر، رکن عقد نیست زیرا اگر عقد فاقد مهر باشد به مهر المثل رجوع می کند. از این رو اگر مهر را فسخ کند فقدان مهر با دوام نکاح تنافی ندارد و تضاد در مجعول پیش نمی آید. زیرا غایت امر این است که اینجا مثل نکاح دائم بدون مهر می شود که رجوع به مهر جدید می کند اگر توافق بر مهر جدید کردند وگرنه رجوع به مهر المثل می کند.

بررسی اقوال در مسئله

ما کتب فقهاء (متقدمین) را بررسی کردم در حدود سی یا چهل کتاب که مراجعه کردیم حتی یک نفر هم قائل به بطلان شرط یا بطلان عقد نشده است لکن صاحب جواهر می فرماید: «قد یتوهم عدم صحه اشتراطه [اشتراط الخیار] فی المهر»⁽¹⁾

ص: 3595

لکن متوهم را من پیدا نکردم که چه کسی است؟ تنها مرحوم سبزواری صاحب ذخیره در مسئله تأمل کرده است و فتوای صریح نداده است نه اینکه حکم به عدم صحت اشتراط خیار کرده باشد.

تعبیر صاحب ذخیره این است که شرط خیار در باب مصداق علی المشهور جایز است. ایشان تعبیر به علی الأقوی یا علی المشهور المنصور نمی کند تا فتوای خودش به حساب بیاید. بلکه تنها به شهرت نسبت می دهد. سپس ایشان در مسئله تردید دارد. ولی غیر ایشان کسی در مسئله تردید نکرده و نه حکم به بطلان کرده است.

اشترای خیار در مهر در عقد منقطع

اشاره

مرحوم سید می فرماید: اشتراط الخیار فی المهر فیها [فی المتعه] مشکل

مرحوم آقای خویی می فرماید: وجهی برای اشکال نیست بلکه بلا اشکال باطل است زیرا مهر در نکاح منقطع رکن عقد است و فسخ صداق مستلزم خلو عقد منقطع از صداق می شود و خلو عقد منقطع از صداق مستلزم بطلان آن است و برگشت مسئله به این است که شرط خیار فسخ مهر در عقد متعه فاسد است و مفسد عقد هم هست زیرا شرط منافی با رکن عقد است. اما در باب عقد دائم شرط نه فاسد است و نه مفسد عقد.

به نظر می رسد که تعبیر به مشکل در مقام بی وجه نباشد زیرا در مورد فاسد بودن شروط خیار در عقد نکاح و مفسد بودن آن نسبت به عقد، مرحوم سید در حاشیه مکاسب به اجماع تمسک می کند و ادله دیگر را تمام نمی داند. در مقام نیز کلمات فقهاء را که بررسی کنیم می بینیم شرط خیار فسخ در عقد را صحیح دانسته اند و تعلیق کرده اند به اینکه صداق رکن عقد نیست. اطلاق این فتوی اقتضاء می کند که

عقد دائم و منقطع هر دو را شامل شود. از طرف دیگر تعلیل به اینکه صداق، رکن در عقد نیست این تعلیل مختص به عقد دائم است اما در عقد منقطع، صداق رکن عقد است لذا اعمال خیار فسخ در مهر موجب می شود متعه از صداق بقاء خالی باشد، پس این شرط در باب متعه با رکن عقد منافی است پس اطلاق فتوی از یک طرف و اختصاص تعلیل به عقد دائم متهافت است.

توضیح اینکه: ما به کلمات فقهاء مراجعه کردیم، تا زمان محقق کرکی تعبیر آنها این است که شرط خیار در مهر در نکاح جایز است. بعد از زمان محقق کرکی نیز همین تعبیر را کرده اند تنها مرحوم فیض در مفاتیح می فرماید: در نکاح دائم جایز است ولی در متعه جایز نیست. این که گفتیم به لحاظ فتوای فقهاء بود و اما نسبت به تعلیل، محقق کرکی و صاحب مسالک، صاحب حدائق، کاشف اللثام فتوای معلل کرده اند به اینکه چون صداق رکن عقد نیست. زیرا اگر صداق باطل شود و مسمای دیگری نیاید مهر به مهر المثل رجوع می کند. این تعلیل مختص به عقد دائم است و محتمل است فقهای سابق هم که فتوایشان را مطلق گذارده اند و تعلیل هم نکرده اند نظرشان به عقد دائم باشد چون فرد شایع نکاح، همان عقد دائم است.

هذا کله بالنسبه الی کلمات الفقهاء غیر صاحب العروه اما نسبت به کلام صاحب عروه، ایشان در باب شرط خیار فسخ عقد، فرقی بین دوام و انقطاع نگذاشته و تصریح کرده به اینکه دواماً أو متعه، این شرط باطل است اما در مقام در مورد اشتراط خیار در مهر در باب متعه تعبیر مشکل بکار برده است، همانطور که صاحب جواهر هم یک نحو تردیدی دارد، هر چند تمایل به بطلان دارد. (1) وجه تردید ایشان احتمال دارد این باشد که اجماع داریم که حدوداً در هیچ عقدی شرط خیار نباید باشد و اگر شرط کرد باطل است اما اگر حدوداً شرط خیار نشد اما بقاء عقد متزلزل شد آیا مبطل عقد است یا نه؟ مرحوم سید تردید می کند.

ص: 3597

1- (1) جواهر الکلام 151/29 س 15 عند قوله: ولعلّ منها عقد المتعه الذی يعتبر فيه المسمی فمع فرضی صحه اشتراط الخیار فيه متى فسخ انفسخ عقد المتعه فی المتمتع بها، لعدم صحه عقد المتعه بدون مسی ابتداءً و استدامه.

توضیح اینکه اگر شرط خیار در صداق در عقد انقطاعی گذاشته شود هرگاه شخص فسخ صداق کرد، عقد متعه بدون مهر المسمی می شود با آنکه اتفاق هست که عقد متعه باید مهر المسمی داشته باشد. و مهر، رکن عقد انقطاعی است، اگر این اتفاق شامل حدوث و بقاء بشود لازم می آید متعه بدون مهر المسمی بشود، از طرف دیگر فقهاء علی الاطلاق گفته اند که شرط خیار در صداق مانعی ندارد و اطلاق عقد دائم و متعه هر دو را می گیرد. پس به لحاظ اطلاق کلمات فقهاء باید شرط خیار صداق مانعی نداشته باشد که نتیجه اش این است که رکنیت مهر در متعه حدوثاً شرط است نه بقاء، اما به لحاظ اجماع بر رکنیت مهر المسمی در متعه، مهر حدوثاً و بقاءً رکن است از این رو مسئله محل تأمل و تردید است و لذا سید تعبیر به مشکل کرده است و به نظر ما نیز مسئله محل تردید و اشکال است.

توضیح عبارت شرایع

در مورد شرط خیار در باب نکاح که فاسد است لکن آیا مفسد نیز هست یا نه؟ که در جلسه گذشته بحث شد صاحب شرایع عبارتی دارد که در مسالک و جواهر پیرامون آن بحث کرده اند.

محقق می فرماید: یصح اشتراط الخیار فی الصداق خاصه و لا یفسد به العقد (1) این عبارت دو گونه معنا شده است.

معنای اول: اشتراط خیار در صداق صحیح است اما در اصل عقد صحیح نیست.

لکن اگر اشتراط خیار در مصداق شد عقد را فاسد نمی کند.

به این معنا، این اشکال وارد می شود که اگر این شرط فاسد بود نوبت به اینکه آیا عقد را هم فاسد می کند یا نه، می رسید اما وقتی این شرط صحیح است بحث از افساد عقد و عدم آن سالبه به انتفاء موضوع می شود.

ص: 3598

معنای دوم: با توجه به اشکالی که به معنای اول وارد شده است معنای این جمله این است که اشتراط خیار در صدق صحیح است اما در اصل عقد صحیح نیست لکن اگر اشتراط خیار در اصل عقد کرد این شرط موجب افساد عقد نمی شود. پس ضمیر «لا یفسد به العقد» به اشتراط خیار در عقد بر می گردد که از مفهوم «خاصه» استفاده می شود.

به هر حال کلام مرحوم محقق اجمال دارد و دو جور معنا شده است.

لکن به نظر می رسد که همان احتمال اول مراد مرحوم محقق است زیرا این عبارت در مبسوط شیخ طوسی و مهذب ابن براج و تذکره علامه هست، هر سه این تعبیر را دارند با آنکه شرط فاسد را مفسد عقد می دانند پس معلوم می شود مرادشان این است که اگر شرط خیار در باب مهر بشود صحیح است و فاسد نیست تا موجب فساد عقد بشود. بنابراین محقق حلی عبارت را از دیگران گرفته است.

عبارت شیخ در مبسوط چنین است: «وإن كان في الصداق وحده كان بحسب ما شرط ولا يبطل النكاح» یا «ولا يبطل النكاح» عبارت مهذب ابن براج نیز همین طور است.

عبارت تذکره نیز چنین است: «یصح اشتراط الخیار فی الصداق خاصه و لا یفسد العقد» سپس مرحوم محقق حلی در اینجا همان کلام مشهور را می خواهد بفرماید، و آن اینکه شرط صحیح است و عقد را باطل نمی کند و مثل شرط خیار در عقد نیست که فاسد است و عقد را باطل می کند هر چند محقق در باب مهر تردید دارد لکن اینجا اشاره به کلام مشهور دارد. ادامه بحث در جلسه آتی ان شاء الله. (* و السلام*)

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسه گذشته، در ذیل مسئله اشتراط خيار در متن عقد، نظر قائلین به عدم بطلان عقد با این اشتراط را نقل و نقد نمودیم و سپس مسئله اشتراط خيار در مهر را مورد بحث قرار دادیم. در این جلسه ابتدا مسئله اشتراط خيار در مهر را دنبال کرده به نقل و نقد نظر مرحوم آقای خوئی می پردازیم. سپس برای تکمیل مبحث طریقه تشخیص حقی یا حکمی بودن لزوم عقد، از فرق بین ادله احکام الزامی و اباحی مدد جست، ضمن بحث در عمومیت ادله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «المؤمنون عند شروطهم» حکم مسئله را نسبت به مصادیق مشتبه و مشکوک مورد نقد و بررسی قرار می دهیم.

الف) لزوم تعیین مدت در مورد اشتراط خيار در مهر:

1) کلام مرحوم آقای خوئی:

گفته شد که چون خيار در مورد اصل عقد نکاح خلاف اجماع است و چنین شرطی صحیح نیست. اما اشتراط خيار در مورد مهر را مرحوم سید می فرمایند اشکالی ندارد «و لکن لا بد من تعیین مدته». مرحوم آقای خوئی در اینجا مطلبی دارند ایشان فرموده اند: وجهی برای اینکه مدت خيار معین و مشخص باشد وجود ندارد چرا که تفاوتی بین باب نکاح و سایر عقود نیست و در سایر عقود جعل خيار صحیح است بدون اینکه مشروط به تعیین مدت باشند. بله آنچه به عنوان شرط خيار می توان ذکر کرد این است که جعل خيار نباید مجهول مطلق و مبهم من جمیع الوجوه باشد مثل اینکه شخص جعل خيار نماید «فی ساعه ما» بدون اینکه آن

ساعت را تعیین نماید، در اینجا چون حتی در علم خداوند نیز واقع مطلب معین نیست لذا جعل خیار صحیح نیست، اما اگر به نحوی مدّت آن معلوم باشد و لوبه این صورت که جعل خیار شود تا ابد و یا تا زمانی که متعاقدین زنده هستند. در این مورد جعل خیار صحیح است و اشکالی ندارد، سپس در آخر می فرمایند شاید مقصود مرحوم سید نیز که تعیین مدت را شرط کرده است، تعیین مدت در مقابل جهل مطلق و من جمیع الوجوه باشد.

2) نقد کلام مرحوم آقای خوئی توسط استاد مد ظله:

مرحوم آقای خوئی مسلّم گرفته اند که در غیر باب نکاح نیز تعیین مدّت در خیار شرط نیست و لذا فرموده اند که «لا فرق بین النکاح و غیره من العقود حیث یضع جعل الخیار فیه من غیر اشتراط التعین المدّه» در حالی که با مراجعه ای که ما به کلمات فقهاء داشته ایم فقهاء در کتاب بیع وقتی که بحث از خیار شرط را مطرح نموده اند به تناسب وارد این بحث شده اند که خیار شرط در چه عقودی جایز است و شرائط آن چیست) معلوم گشت که مسئله تعیین مدّت در خیار شرط و اینکه جعل خیار به شرط قدوم الحاجّ و امثال آن که تعیین واقعی عند الله نیز دارد صحیح نیست، جزء مسلمات و اجماعیات است و ما حتی یک نفر را هم برای نمونه پیدا نکردیم که تعیین مدت را شرط ندانسته باشد. کتابهایی را که ما مراجعه کردیم عبارت است از:

خلاف، مبسوط، مهذب، وسیله، سرائر، اصباح، شرایع، نافع، قواعد، تذکره، تحریر، تبصره، ارشاد، تلخیص، جامع یحیی بن سعید، لمعه، دروس، تنقیح، مسالک کفایه، مفاتیح - فیض کاشانی، حدائق، ریاض، جواهر، مفتاح الکرامه در تمامی اینها تعیین مدت لازم دانسته شده است و مدّعیان اجماع و شبه اجماع در مورد این مطلب فراوانند. در مفتاح الکرامه می فرماید «بالإجماع» در مسالک، ریاض و جواهر تعبیر «قولاً و احداً» آمده است حتی مثل مرحوم محقق اردبیلی که نوعاً در مسائل مسلمه تشکیک می کند در این مورد مطابق متن که شرح ارشاد است مسئله را مسلّم فرض کرده و اشکالی ننموده است و یا مرحوم شیخ انصاری «بلا خلاف»

تعبیر می‌کند. خلاصه اینکه برای ما بسیار مایه تعجب است که مرحوم آقای خویی با آن حافظه قوی و احاطه به فقه چطور فرموده اند که در سایر عقود نیز تعیین مدت شرط نیست. و چگونه مطلب به این واضحی بر ایشان مخفی مانده است.

البته مسئله تعیین مدت در باب نکاح معمولاً در کتب قدماء نیامده است و مرحوم کاشف اللثام بر اساس همین جهت که قدماء ذکر نکرده اند و کأن کلماتشان اطلاق دارد یک نحوه تردیدی در مطلب برای او حاصل شده است و همچنین مرحوم محقق کرکی هم تمایل به اشتراط تعیین پیدا نموده و لکن یک قدری تأملش همین بوده است که در کتب قدماء چنین چیزی نیامده است.

به نظر می‌رسد که اگر چه اشتراط تعیین مدت در باب نکاح در کتاب قدماء نیامده است و لیکن خود همین قدماء وقتی در بحث خیار شرط در باب بیع وارد شده اند از جمله شرائطی که برای آن ذکر کرده اند مسئله اشتراط تعیین مدت است و سپس بحثی را مطرح نموده اند که خیار شرط در چه عقودی داخل می‌شود و در چه عقودی داخل نمی‌شود. از جمله عقودی را که فرموده اند خیار شرط در آن داخل می‌شود، عقد نکاح است و ظاهر این است که خیار شرط با همان قیود و شرائطی که در آن معتبر است و از جمله آنها تعیین مدت است، در باب نکاح نیز جایز است. و اینکه آنها در باب حرفی از تعیین مدت نروده اند به خاطر این است که کلامشان ناظر به عقد سلبی قضیه است یعنی در مقابل اینکه در اصل نکاح خیار شرط داخل نمی‌شود فرموده اند که در مهر خیار شرط داخل می‌شود تنها منظور آنها همراه با شرائط خاص معتبر در خیار شرط است.

(ب) تکمیل مبحث طریقه تشخیص حقی یا حکمی بودن لزوم عقد:

اشاره

دو جلسه قبل (1) نظر مرحوم نائینی را پیرامون طریقه تشخیص اینکه آیا لزوم عقد از احکام شرعی عقد است که وضع و رفع آن تنها در اختیار شارع باشد، و یا از

ص: 3602

حقوق متعاقدين است که با عدم التزام آنها، لزوم از بین می رود، نقل و نقد نمودیم.

در این جلسه طریقه دیگری را مورد بحث قرار می دهیم.

1) احکام الزامی و اباحی:

ممکن است از طریق فرقی که میان ادله احکام الزامی و اباحی وجود دارد، حکمی یا حقی بودن لزوم موجود در عقود را تشخیص داد و سپس بر اساس آن، نسبت به عقود مختلف، حکم عقد در صورت اشتراط خیار در متن عقد را به دست آورد.

ظاهر ادله احکام الزامی تکلیفی و وضعی این است که این احکام دارای ملاکند و تا امر اهمی در مقابل این ملاکات قرار نگیرد و مانع تأثیر آنها نشود، به قوت خود باقی هستند. عناوینی که ممکن است در مقابل این احکام با ملاک قرار گیرند به طوری که بود و نبود آنها در بود و نبود آن احکام مؤثر باشد، بر دو قسمند؛ برخی مانند حرج و ضرر و ضرورتند که اساساً مانع فعلی شدن احکام با ملاک می شوند. و برخی مانند شرط ضمن عقد و نذر و عهد و یمین و اجاره و جعاله و امثال اینها هستند که آن طور که از ادله آنها استفاده می شود هنگامی نفوذ پیدا می کنند و واجب الوفا می شوند که به وسیله آنها ملاکی از ملاکات اولیه از بین نرود. (1)

و ظواهر ادله جواز اباحه اشیاء و عمومات اباحه این است که نوعاً (2) از باب لا اقتضاء که مقتضی حرمت یا وجوب در آنها نیست، مباح هستند. بنابراین، این امور

ص: 3603

1- (1) استاد دام ظلّه در این دو قسم حکمی یا حقی بودن لزوم عقد را مشخص ننموده اند ولی آن طور که از بیاناتشان استفاده می شود با آمدن عناوین دسته اول، اصلاً حکمی لزومی باقی نمی ماند و فعلی نمی شود، بنابراین لزومی هم نمی ماند تا اینکه بگوییم حقی است یا حکمی. و بنا بر دسته دوم که ملاک باید در آنها محفوظ باشد و شرط مخالفت با آنها نفوذ ندارد؛ از این عدم نفوذ شرط معلوم می شود که لزوم آنها حکمی است.

2- (2) علت اینکه «نوعاً» تعبیر شد این است که ممکن است به طور نادر، اباحه ای باشد که «عن اقتضاء و از باب ملاک اقتضایی، مباح باشد یعنی ذاتاً و طبعاً اقتضای مثلاً حرمت را دارد اما شارع ترخیصاً یا برای جهات دیگر آن را حلال نموده باشد.

مباح، الزام پذیرند و اشتراط شرطی بر خلاف آنها بلا مانع است. در این اباحه های لا اقتضایی، لزوم عقد و وجود ملاک از دوراه ممکن است ثابت شود؛ یکی از راه دلیل لفظی و دیگری از راه اجماع. اگر دلیل لفظی ظهور در لزوم داشته باشد، همانطور که در ادله احکام وضعیه چنین ظهوری وجود دارد، در این صورت این ظهور بر امثال ادله شروط ورود پیدا می کند به خاطر اینکه از جمع بندی ادله شروط اینگونه استفاده می شود که شرطی که حرام کننده حلال یا حلال کننده حرام بوده، مخالف کتاب و سنت باشد نافذ نیست. و چون فرض این است که دلیل بر لزوم موجود است، بنابراین شرطی که مخالف لزوم باشد شرط مخالف کتاب و سنت است و نافذ نمی باشد و از این عدم نفوذ معلوم می شود که آن لزوم در آن مورد لزوم حکمی است. اما اگر چنان ظهوری در دلیل لفظی وجود نداشته باشد و یا اینکه این لزوم از اجماع ثابت شود و از کلمات مجمعین نیز، حقی یا حکمی بودن آن روشن نباشد، مطلب همچنان مشکوک می ماند و باید با ادله لفظی بیان کننده حکم مورد شک، مطلب را روشن نمود و در صورت فقدان چنین دلیل لفظی به سراغ اصل برویم.

2) تمسک به ادله ای مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» در مورد شک:

البته بنا بر جریان استصحاب در شبهات حکمی، مقتضای استصحاب حمل مورد شک بر لزوم حکمی است به خاطر اینکه نفوذ شرط موجب تغییر حالت سابقه می شود و مقتضای استصحاب بقای حالت سابقه، عدم نفوذ شرط است و با وجود حالت سابقه و استصحاب، آن شرط، نفوذ نخواهد داشت و لزوم، حکمی خواهد بود. منتها، استصحاب در جایی جریان می یابد که ادله لفظی در کار نباشد.

اکنون باید ببینیم دلیل لفظی وجود دارد یا خیر؟

مشتهر بین فقهاء، نسبت به ادله ای مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و «المؤمنون عند شروطهم»⁽¹⁾ این است که این ادله عام و مطلقند. اگر در مقابل این ادله، مخصص منفصل وارد شود و بگوید شرط مخالف کتاب و سنت که محرم حلال و محلل حرام است نافذ نیست، و در یک موردی شبهه ای باشد که آیا از مصادیق مخصص هست یا نیست یعنی شبهه مصداقی حکمی یا موضوعی⁽²⁾ وجود داشته باشد. در اینجا کسانی که تمسک به عام در شبهه مصداقی مخصص را جائز نمی دانند بین دو شبهه مصداقی حکمی و موضوعی تفصیلی قائل نشده اند، بر این اساس در ما نحن فیه به آن مطلقات و عمومات برای مصادیق مشتبه تمسک نمی کنند و این مطلقات دلایل لفظی برای مشخص کردن حقی یا حکمی بودن لزوم عقد در مورد مشکوک نخواهند بود. و اما بنا بر نظر کسانی مانند مرحوم سید صاحب عروه⁽³⁾ تمسک به عام را در شبهه مصداقی مخصص جائز می دانند. یا مرحوم خوبی که در این موارد برای نفی خاص به استصحاب عدم ازلی تمسک می نماید، و عمومیت ادله مذکور را نیز پذیرفته اند، در مصادیق مشتبه به آن عمومات تمسک می کنند و در مورد مشکوک، به دلیل نافذ بودن شروط، لزوم، حقی خواهد بود.

ص: 3605

- 1- (1) استاد دام ظلّه فرمودند که «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» از این قبیل نیست چون این دلیل، حکم به نفوذ مشروط می کند.
- 2- (2) باید توجه داشت که شبهه مصداقی حکمی با شبهه مفهومی خلط نشود. در شبهه مفهومی، مفهوم مجمل است مانند اکرم العلماء، و بعد با دلیل منفصلی لا تکرّم الفساق گفته می شود و مراد از فساق مردد بین مرتکبین کبائر و اعم از مرتکبین کبیره و صغیره است. اما در شبهه مصداقی حکمی، مفهوم مبین و روشن است که مثلاً مراد از فساق اعم از مرتکبین کبائر است ولی اینکه ریش تراشیدن هم مثلاً فسق باشد و غیر مبیح غیر معلوم است. یعنی شبهه مصداقی حکمی در مورد فسق است نه در مورد مفهوم فاسق.
- 3- (3) استاد دام ظلّه فرمودند که ابتدا این طور گمان می کردم که مرحوم سید در مورد تمسک به عموم عام در شبهه مصداقیه دو نظر مختلف دارد و در ملحقات عروه آن را صحیح می داند و در کتاب نکاح عروه صحیح نمی داند. منتها بعد به نظر آمد که ایشان اختلاف نظر ندارد و به طور کلی تمسک به عام در شبهه مصداقیه را جائز می دانند منتها در باب نکاح فرموده است که در این موارد از جهت تمسک به عام در شبهه مصداقیه نمی گوئیم چون استثناء متصل است اما در استثناء و مخصص منفصل مثل ما نحن فیه، همه جا تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص جائز می داند. البته تمسک به قانون مقتضی و مانع را هم جائز می داند، عمومات را مقتضی و مخصص ها را از قبیل موانع می داند.

3) نظر استاد دام‌ظله در مورد تمسک به ادله مذکور در مورد شک:

از آنجا که اولاً: تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص را جائز نمی‌دانیم و حتی در مورد عمومات و مخصصات مگر در موارد نادر کسر و انکسار مصالح، قائل به مقتضی و مانع نیستیم، و ثانیاً: مورد ما نحن فیه را از قبیل تمسک به عام در شبهه مصداقیه خود عام می‌دانیم، و عموم را در آن ادله نمی‌پذیریم، به ادله مذکور برای تعیین حکم مورد شک و مشخص نمودن حقی یا حکمی بودن لزوم عقد نمی‌توانیم تمسک کنیم. البته در جایی که شبهه از قبیل شبهه مصداقی موضوعی یا حکمی مخصص نباشد بلکه از قبیل شبهه مصداقی خود عام باشد، کسی قائل به تمسک به عام نیست و اساساً عمومی ثابت نشده تا بتوان به آن تمسک کرد. و ما نحن فیه را از این قبیل می‌دانیم و همانطور که در دو جلسه قبل گفتیم، ادله مذکور، شیئی مشروع را الزام می‌نمایند و در مقام مشروعیت دادن به همه عقود نیستند. مثلاً أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مانند المؤمن اذا وعد وفی می‌باشد که ناظر به وعده‌های مشروع است و بیانگر همان مطلب بالفطره است.

این مطلب تتمه‌ای دارد که به جلسه آینده موکول می‌شود. («* و السلام*»)

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسات قبل به تناسب بحث از بطلان خیار شرط در نکاح به بحث از ضابطه تعیین لزوم حکمی و حقی پرداختیم، در این جلسه ضمن اثبات اطلاق یا عموم ادله از راه اطلاق مقامی (و نه اطلاق لفظی) یا قاعده تطابق اعتبار عرف صدور با اعتبار شرع، صحت استناد به آیات و روایات مربوطه را به اثبات رسانده، حکم مسئله را تابع این امر می دانیم که آیا لزوم عقد با دلیل لفظی مجمل ثابت شده که در نتیجه نمی توان به ادله شروط بر نفوذ آن استناد کرد یا با دلیل لیبی (فقدان نصّ لفظی) ثابت شده که می توان به ادله شروط استناد کرده و حق بودن لزوم عقد را نتیجه گرفت و همین طور در مورد تعارض نصّین در مورد لزوم یک عقد خاص. در خاتمه به بررسی مسئله دوم پرداخته، اثبات زوجیت را در صورت توافق زن و شوهر صحیح می دانیم ولی با طرح اشکالاتی در استناد به قاعده اقرار اشکال کرده و به طور کلی عدم انحلال اقرار و سایر اخبارها را گوشزد می کنیم.

الف) تنه مسئله اول (اشترای خیار در عقد نکاح):

اشاره

بحث در این بود که آیا اشتراط خیار در عقد نکاح صحیح است یا خیر؟ این مطلب وابسته به دو مقدمه بود، مقدمه اول: عام یا مطلق وجود دارد که صحت و لزوم تمام شروط را اثبات کند، مقدمه دوم: از ادله لزوم نکاح (یا سایر عقود) لزوم این عقد به گونه حکمی استفاده نمی شود تا شرط خیار شرط مخالف کتاب و سنت نباشد، در اینجا به طور کلی این بحث مطرح می گردد که چگونه می توان لزوم حقی را از لزوم حکمی تشخیص داد که در فرض اول شرط خیار صحیح و در فرض دوم ناصحیح است.

ص: 3607

1) بررسی مقدمه اول (وجود عام یا مطلق قابل استناد):

به نظر ما با دو بیان می توان عدم شایستگی نصوصی همچون (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) یا (المؤمنون عند شروطهم) را به جهت استدلال بر صحت هر عقد یا شرط به اثبات رسانید.

بیان اول: مراد از عقد و شرط در این ادله عقد و شرط صحیح شرعی است و این ادله در مقام الزام ما هو المشروع می باشند، لذا اگر در موردی در صحت و مشروعیت عقد یا شرطی شک کنیم، نمی توان به این ادله استناد جست، زیرا اگر کسی تمسک به عام را در شبهه مصداقیه مخصصه هم جایز بداند، هیچ کس تمسک به عام را در شبهه مصداقیه خود عام روا نمی داند و شبهه در اینجا در خود عام است نه در مخصص آن.

بیان دوم: اگر مراد از عقد یا شرط، اعم از شرط صحیح شرعی هم باشد، ادله فوق در مقام اهمال می باشد، در اینجا هر چند ذات عام یا ذات مطلق بر عقود مورد نظر انطباق دارد ولی چون متکلم در مقام بیان نیست نمی توان به عموم یا اطلاق کلام وی تمسک کرد، مثلاً اگر به مریضی گفته شود: به دکتر مراجعه کن، در اینجا هر چند عنوان «دکتر» بر تمام پزشکها قابل انطباق است، ولی چون دلیل در مقام اهمال است، نمی توان بگوییم که حکم لزوم مراجعه در مورد تمام مصدق دکترا جریان دارد، همچنین اگر کسی بپرسد که می خواهم تقلید کنم و در پاسخ به وی بگویند که از مجتهد تقلید کن، در اینجا پاسخ دهنده در مقام بیان لزوم مجتهد بودن مقلد می باشد و نه در مقام بیان کفایت اجتهاد در جواز یا لزوم تقلید، لذا این پاسخ سایر شرایط مقلد را الغاء نمی کند.

در مورد ادله تصحیح و الزام عقود و شروط (1) هم می توان گفت که در مقام بیان

ص: 3608

1- (1) - شروط خود نوعی قرارداد می باشد، لذا ادله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هم در اینجا مطرح است. (توضیح بیشتر) استدلال به آیه شریفه یا به اعتبار این است که نفس شرط در اینجا مصداق عقد است، یا به اعتبار این که عقدی که در ضمن آن چنین شرطی شده است (مشروط بما هو مشروط)، از مصدق این آیه می باشد و نفوذ مشروط قهراً نفوذ شرط را هم در بر دارد.

جمیع خصوصیات و شرایط نبوده، لذا مطلق تلقی نمی گردد، در توضیح این مطلب نگاهی کلی تر به عموم و اطلاقات کتاب و سنت می افکنیم.

2) طرح اشکال در عموم و اطلاق آیات و روایات:

به نظر ما آیات قرآنی و اکثر روایاتی که علماء به اطلاق یا عموم آنها استناد کرده اند مطلق یا عام نیست، توضیح آن که علماء خود می فرمایند: «ما من عام الاً و قد خص»، این عبارت کثرت زائد الوصف تخصیص را بیان می کند، در آیات قرآنی چه بسا احکامی بر روی موضوعاتی برده شده که (به جز در مواردی که حکم عقلی بر طبق آن وجود دارد) قید و شرط دلیل بیان نشده است، در مواردی که نوعی تعبّد در کار است شاید موضوعی نیایم که هیچ قید و شرط نداشته باشد، این قید و شرط هم در قرآن نیامده، بلکه یا در سنت بیان شده یا در آیه دیگر. از آیات قرآنی (به گونه منفصل) تبیین شده است، مثلاً در آیات حرمت ربا، شرایط این حکم و مستثنیات آن در همان دلیل حرمت نیامده است، حال وقتی اکثر عامها تخصیص خورده، اکثر الفاظی که مطلق تلقی شده با ادله منفصل مقید شده، چگونه ما می توانیم به عموم یا اطلاق این ادله تمسک جویم، در مطلقات شرط انعقاد اطلاق آن است که متکلم در مقام بیان جمیع خصوصیات باشد، در غالب موارد ما برای احراز در مقام بیان بودن به اصل عقلایی تمسک می جویم، این اصل عقلایی بر پایه غلبه در مقام بیان بودن متکلم استوار است، در ادله شرعی چگونه می توان به چنین اصلی برای احراز در مقام بیان بودن متوسل شد، وقتی رسم قانون گذار چنین است که قوانینی که وضع می کند در هنگام القاء اصل قانون، تبصره ها و استثناءها را ذکر نمی کند، بلکه آن ها را با دلیل منفصل دیگری بیان می کند چگونه می توان با القاء بدوی قانون از آن اطلاق یا عموم فهمید. (1)

ص: 3609

1- (1) - (توضیح بیشتر) در بیان استاد - مد ظله - فرقی بین عام و مطلق وجود ندارد، البته در مطلق با عنایت به این که استفاده اطلاق به وضع نیست بلکه به مقدمات حکمت، و در موارد مورد بحث یکی از مقدمات حکمت که در مقام بیان بودن است تمام نیست، لذا اصل اطلاق انعقاد نمی یابد، ولی در عمومات، چون اصل عموم وابسته به وضع است، در آن تردیدی نیست، ولی در حجیت این عمومات اشکال است، چون در جایی می توان نفس القاء عموم را دلیل بر آن گرفت که تمام مصادیق مشمول حکم است که دلیل ما ظهور در این داشته باشد که متکلم تمام مستثنیات احتمالی دلیل را همراه آن ذکر می کند، خلاصه چون اعتبار اصالة العموم از باب اماریت و کاشفیت نوعی می باشد و در موارد فوق چنین کاشفیتی وجود ندارد نمی توان اصالة العموم را معتبر دانست، در نتیجه در نهایت بین عام و مطلق فرقی در حکم مسئله بر جای نمی ماند.

3) ارائه یک جواب نقضی به اشکال فوق و حلّ مسئله:

در اینجا می توان چنین نقضی را به اشکال فوق وارد ساخت که اگر اکثر (یا تمام) نصوص قرآن و سنت، عام یا مطلق نیست و صلاحیت استناد ندارد، پس چگونه ائمه معصومین علیهم السلام به چنین عام یا مطلق در موارد جزئی و تطبیقات آن استدلال ورزیده اند، شبیه همین جواب نقضی هم در بیان اول جاری است که اگر مثلاً (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) تنها ناظر به عقود صحیح شرعی است، پس چگونه در روایات به چنین ادله ای بر صحت معاملات استناد شده است؟

برای حل این ناسازگاری، راهی به ذهن من رسیده که بالنتیجه چیزی شبیه کلام بزرگان در مورد جواز تمسک به عموم یا اطلاق ادله به دست می آید.

در مورد تمسک ائمه علیهم السلام به ادله قرآنی با وجود اهمال این ادله می توان چنین گفت که این تمسک با عنایت به اطلاق مقامی صورت گرفته نه اطلاق لفظی.

توضیح این که، هر قانون گذاری که قانون را بیان می کند، هر چند در مقام بیان تمام شرایط و استثنای قانون در همان زمان ابراز قانون نیست، ولی بالاخره تا ظرف عمل باید شرایط و استنهاها را بیان کند و از عدم بیان چیزی تا ظرف عمل کشف می کنیم که شرط دیگری در کار نیست و حکم استثنایی ندارد، این امر اطلاق مقامی می باشد نه اطلاق لفظی، بنابراین هر چند ظهور مطلق در اطلاق و حجیت عموم در هنگام القاء دلیل وجود ندارد ولی با عدم ذکر چیزی تا ظرف عمل، ظهور مطلق در اطلاق منعقد شده و عموم عام حجیت می یابد.

در مورد بیان اول هم می توان گفت که اگر در قانونی حکمی بر موضوعی بار شود که به حسب اعتبارات مختلف بوده، اگر اعتبار قانونگذار غیر از اعتبار محیطی باشد

که قانون در آنجا مطرح شده، باید آن را بیان کند وگرنه عرف محیط، به یکسانی اعتبار آن قانون و اعتبار محیط صدور حکم می کند.

مثلاً اگر دلیلی بر صحت بیع وجود داشته باشد و ما مراد از بیع را هم بیع صحیح شرعی بگیریم، اگر شارع در صحت شرعی بیع شرطی به جز شرایط صحت عرفی بیع قائل باشد باید آن را بیان کند وگرنه عرف همان مصادیق بیع صحیح عرفی، را بیع صحیح شرعی می انگارد، همین طور در ادله نفوذ شرط با عدم ردع شارع اتحاد شرایط نفوذ عرفی شرط و شرایط نفوذ شرعی آن نتیجه گرفته می شود، بنابراین نظر عرف برای کشف مصادیق بیع یا شرط شرعی متبع است، چون قوانین شرع تأسیسی نیست و بر پایه همان قوانین عرفی با توسعه و تضییقی که در موارد لازم انجام گرفته شکل گرفته است.

البته این راه حل در مورد هر دو بیان به افزودن، یک نکته نیازمند است که در جایی که انسان پس از فحص کامل، بیانی را که شرایط و مستثنیات دلیل را بیان کند نیافت و یا دلیلی بر تغایر اعتبار شرع و اعتبار عرف پیدا نکرد، همین عدم وجدان بعد از فحص، به بناء عقلاء دلیل بر عدم وجود دلیل بر شرط زائد یا استثناء، یا دلیل بر تغایر اعتبار شرع و عرف به شمار می آید، لذا تمسک به عمومات و اطلاقات کتاب و سنت با توجه به اطلاق مقامی با این بیان بدون اشکال است.

حال به بررسی مقدمه دوم بحث و بیان میزان تشخیص لزوم حقی از لزوم حکمی می پردازیم و از ادله ای که از آن عدم نفوذ برخی از شروط استفاده می گردد سخن خواهیم گفت⁽¹⁾، پیش از آن به طرح صورتهای احتمال تخصیص یا تقیید نظری می اندازیم.

ص: 3611

1- (1) - در این بحث چه ما عمومات یا مطلقات را در مقام اهمال بدانیم، چه در مقام عموم یا اطلاق، به هر حال باید فحص از مخصّص و مقید نمود. (توضیح بیشتر) همچنین در بحث شروط که با عنایت به بطلان شرط مخالف کتاب و سنت، شرط لازم، شرط مشروع شرعی می باشد، مراجعه به ادله لزوم یک عقد - مثلاً - به جهت تعیین مصداق شرط مخالف کتاب و سنت و جداسازی آن از شرط مشروع شرعی لازم است، نظیر آن کلام در مورد (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) هم بنابراین که مراد از عقود، عقود صحیح شرعی هم باشد جریان دارد.

4) صورتهای احتمال تخصیص یا تقييد:

در مواردی که نمی دانیم قانون تخصیص خورده یا تقييد شده، سه صورت قابل تصویر است.

صورت اول: اصل تخصیص یا تقييد ثابت است ولی لفظ مخصص یا مقيد مجمل و مردّد بین معانی مختلف است، در اینجا اگر مخصص یا مقيد منفصل بوده و مردّد بین اقل و اکثر باشد، آقایان معمولاً در موارد مشکوک به عمومات و اطلاعات تمسک می کنند، اگر گفتند: «اکرم العلماء» و «لا- تکرّم الفسّاق من العلماء» با وجود دلیل خاص اصل تخصیص مسلم است، اگر شک کردیم که مرتکبین صغائر هم فاسق به شمار می آیند تا مشمول دلیل خاص و مستثنی باشد یا مفهوم فاسق آنها را در بر نمی گیرد و آنها تحت «اکرم العلماء» باقی اند؟ در این گونه موارد آقایان بین مخصص منفصل و متصل فرق می نهند و تمسک به عام را در اولی صحیح و در دومی ناصحیح می دانند.

ولی ما بارها اشاره کرده ایم که تفاوتی بین متصل و منفصل نیست، در هر دو مورد کاشفیت دلیل نسبت به اراده جدی مولی اجمال پیدا می کند و نمی توان به عموم تمسک کرد. (1)

البته اگر در جایی احتمال عناوین ثانویه باشد که با کسر و انکسار ملاکات سبب عدم فعلیت مقتضای عناوین اولیه گردد، در اینجا بناء عقلاء بر این قائم است که تا عنوان ثانوی احراز نشده بر طبق عناوین اولیه عمل شده و به مقتضای عناوین اولیه پایبند خواهیم بود، ولی در این نکته هم بین اتصال ادله عناوین ثانویه و انفصال آنها فرقی نیست.

ص: 3612

1- (1) - (توضیح بیشتر) موضوع اصالة الظهور کاشفیت دلیل نسبت به اراده استعمالی یا اراده تفهیمی نیست و تا دلیل ظهور در اراده جدی مولی نداشته باشد اعتبار ندارد میزان اعتبار هر دلیل هم به میزان ظهور در اراده جدی وابسته است و دلیل عام پس از ورود خاص، بقاء از ظهور در کشف از اراده جدی می افتد، قرائن منفصل ظهور استعمالی دلیل را دگرگون نمی سازند ولی در ظهور جدی آنها مؤثر می افتند.

صورت دوم: فقدان نص است، دلیل «اکرم العلماء» وارد شده، ولی این که زید احترام دارد یا خیر؟ دلیل معتبری بر استثناء آن نداریم ولی تنها احتمال استثنا در کار است.

صورت سوم: تعارض نصین است، یعنی دلیل معتبر ذاتی بر استثناء یک مورد داریم ولی به خاطر وجود دلیل متعارض دیگر استثناء آن مورد، ثابت نیست، یا در مورد مطلقات، دو دلیل متعارض یکی بر تقييد و دیگری بر عدم تقييد در کار است در نتیجه اصل تقييد ثابت نیست.

در این دو صورت بناء عقلا بر عدم اعتنا به احتمال است و تا استثناء یا تقييد ثابت نشده بر طبق عام یا مطلق عمل می کنند.

بر طبق مبنای ما نیز که استفاده از اطلاق را بر پایه اطلاق مقامی یا اصل اتحاد اعتبار عرف و اعتبار شرع می دانیم چنین بناء عقلایی وجود دارد، لذا در مطلقاتی که در مقام بیان نیست و اهمال دارد، اگر بعد از فحص تا ظرف عمل قیود و شرایط آن را نیافتیم، عقلاء به این احتمال اعتنا نمی کنند که شاید قید و شرطی وجود داشته و ما آن را نیافته ایم، همچنین اگر حکمی بر روی عقد صحیح شرعی وارد شده باشد، تا دلیلی بر تغایر اعتبار عرف و اعتبار شرع نیابیم، حکم به اتحاد این دو کرده، صحت عرفی را مساوق صحت شرعی می گیریم.

گفتنی است که این قانون اخذ به مطلق (لفظی یا مقامی) یا اتخاذ اعتبار شرع و اعتبار عرف قانون بسیار مهمی است که در بیشتر احکام الهی و عقلایی بدان نیازمندیم، لذا مسلم است که این قانون⁽¹⁾ ردع نشده است، چون محل ابتلاء عام است و اگر ردعی از شارع در این زمینه وجود داشت حتماً به ما می رسید، پس بر پایه این بناء عقلا که قطعاً ردع نشده، اصاله الاطلاق و اصاله العموم در موارد احتمال تخصیص یا تقييد استحکام می یابد.

ص: 3613

1- (1) - (توضیح بیشتر) قانون فوق که به اصطلاح حقوقی از قوانین برتر می باشد، قانون بسیار لازمی است و اگر شارع آن را نپذیرفته باشد باید بدیلی برای آن قرار داده باشد، و آن بدیل هم باید به گونه بیان شده باشد که بدست ما می رسید، لا اقل اثری از این قانون بدیل باید در روایات یافت می شد، در حالی که چنین نیست، پس قانون بدیل در کار نیست، پس اصل قانون فوق ثابت می باشد.

5) تطبیق مطالب گذشته بر محل کلام (تشخیص لزوم حقی از لزوم حکمی):

در بحث ما ادله ای وارد شده که صحت جمیع شروط را (با اطلاق لفظی یا اطلاق مقامی یا به گونه دیگر) می‌رساند، در مقابل، اگر دلیلی بر لزوم یک عقد وارد شده باشد، اگر این دلیل از نوع دلیل لفظی باشد و اجمال داشته باشد و ندانیم که آیا لزوم حقی است تا بتوان با شرط خیار آن را ساقط کرد یا لزوم حکمی تا شرط خیار صحیح نباشد؟ در اینجا اجمال این دلیل به دلیل مطلق هم سرایت می‌کند و نمی‌توان صحت شرط را نتیجه گرفت و باید به اصول عملیه مراجعه کرد.

ولی اگر دلیل بر لزوم، دلیل لبی همچون اجماع باشد، در غیر مورد قدر متیقن اجماع (که لزوم معامله در صورت عدم جعل شرط خیار یا عدم اعمال شرط خیار است) دلیل مقید ادله شروط در کار نیست و به منزله فقدان نص است و همین طور اگر در مورد لزوم معامله پس از اعمال شرط خیار دو دلیل متعارض در کار باشد، ما باید با توجه به اطلاق ادله شروط حکم به نفوذ شرط نموده در نتیجه، حق بودن لزوم به دست می‌آید⁽¹⁾، تعیین مصادیق قاعده فوق نیاز به مراجعه به ادله در تک تک موارد دارد و نمی‌توان قانون عامی که در همه موارد پیاده شود در اینجا بیان نمود.

این بحث‌ها، بحث‌های کلی بوده که به تناسب شرط خیار در نکاح به توضیح آن پرداختیم البته درباره خود این مسئله گفتیم که با توجه به اجماع مسلمین و سیره متشرعه بطلان شرط خیار در نکاح واضح است و نیاز به بحث ندارد.

ص: 3614

1- (1) - (توضیح بیشتر) البته در خصوص بحث شروط، با توجه به این که ادله نفوذ شرط از آغاز، اطلاقی نسبت به شرط مخالف کتاب و سنت ندارد، لذا ادله لزوم یک عقد بر فرض که تمام باشد وارد یا حاکم بر ادله نفوذ شرط بشمار می‌رود و نه مخصص یا مقید آن، بنابراین ممکن است کلام استاد - مد ظله - را در اینجا جاری ندانیم ولی در پاسخ این مطلب باید گفت که با توجه به نکته ای که استاد - مد ظله - در مورد اصل تطابق اعتبار عرف و اعتبار شرع فرمودند، می‌توان گفت که طبق قاعده هر شرط صحیح عرفی باید صحیح شرعی تلقی گردد مگر ردعی وارد شود، در اینجا اگر ردع وارد شده اجمال داشته باشد، در این موارد قاعده تطابق بین اعتبار عرف و اعتبار شرع پیاده نمی‌شود، در نتیجه دلیل لفظی برای اثبات شرعی بودن یا شرعی نبودن شرط در کار نیست و باید به اصول عملیه تمسک کرد، ولی در صورت فقدان نص یا تعارض نصین، مجال تمسک به اصل تطابق وجود دارد، در نتیجه تمام نتایج ذکر شده در متن، در مورد شروط هم گرفته می‌شود.

ب) بررسی مسئله 2: اذا ادعى رجل زوجته امرأه فصدقتها او ادعت المرأة زوجها فصدقتها

1) عبارت عروه:

«اذا ادعى رجل زوجته امرأه فصدقتها او ادعت المرأة زوجها فصدقتها حكم لها بذلك في ظاهر الشرع و يترتب جميع آثار الزوجية بينهما لان الحق لا يعدو هما و لقاعده الاقرار»

2) توضیح عبارت متن:

این بحث در جواهر هم آمده که اگر مردی ادعا کرد که فلان زن، همسر من است و او هم تصدیق کرد، یا چنانچه زن ادعا کرد که فلان مرد شوهر من است و او هم تصدیق کرد، به حکم ظاهری شرع حکم به زوجیت آنها می شود. یعنی دیگران که از واقع خبر ندارند، موظفند که آنها را زن و شوهر بدانند، حاکم شرع باید به زوجیت آنها حکم کند.

دلیل اول: علتش این است که در این ادعا و تصدیق طرف مقابل، شخص دیگری ذی حق نیست تا به خاطر حق او نتوان حکم به زوجیت صادر کرد. این مسئله به این دو نفر مربوط می شود. همچنان که اگر اختلاف داشتند. مسائل بینه و قسم مربوط به دو طرف دعواست مدعی باید بینه بیاورد و منکر باید قسم بخورد و قسم دیگری (به جز منکر) در این دعوا نقشی ندارد، در جایی هم که این دو طرف که حق بین آن دو مرد است با هم توافق داشته باشند، ادعا و انکار دیگر افراد در این موضوع نقشی ندارد.

دلیل دوم: دلیل دوم اقرار است چون هر دو اقرار کرده اند، اقرار هم نافذ است، زوجیت اثبات می شود.

3) اشکال دلیل دوم (اقرار):

آقایان محشین نسبت به دلیل دوم مناقشه کرده اند و اظهار داشته اند که دلیل دوم یعنی اقرار مثبت تمام مدعا نیست چون اقرار اموری را اثبات می کند که بر علیه مقرر باشد اما اموری را که به نفع مقرر است، اثبات نمی کند. در این گونه امور باید به سراغ

ادله دیگر رفت. مردی که ادعای زوجیت می کند به مقتضای اقرارش باید به آن زن نفقه و مهر بدهد، اما اموری که به نفع مرد است مانند حق استمتاع و امثال آن با اقرار ثابت نمی شود. یا زنی که ادعای همسری مردی را می کند به مقتضای اقرارش - مثلاً - نباید بدون اجازه آن مرد روزه مستحبی بجا آورد، نذر کند، سفر برود و امثال آن (1) ولی اموری که به نفع اوست با اقرار ثابت نمی شود.

4) مناقشه استاد - مد ظله - در استدلال به دلیل اقرار در امثال مقام:

مطلبی کلی است که ما در آن مناقشه داریم. در فروع مختلفی مطرح است و مرحوم سید هم بیان خواهند کرد که اگر کسی به موضوعی اعتراف کرد و آن موضوع آثار مختلفی داشت، آثاری که به نفع اوست با این اعتراف اثبات نمی شود ولی آثاری که بر علیه او است اثبات می شود.

به نظر ما اعترافی که شخص می کند باید من حیث المجموع ملاحظه کرد که این اعتراف به نفع او است یا به ضرر او، «حجیت اقرار» مسئله ای عقلایی است نه اینکه شرع آن را آورده باشد، علتش هم روشن است چون اشخاص معمولاً داعی بر اینکه بر علیه خود چیزی بگویند به جز ابراز حقیقت، ندارند. از این رو اگر در موردی اتفاق افتاد کشف از واقعیت آن نموده، و کاشفیت آن هم بسیار قوی می باشد، لذا بر بینه و امثال آن هم تقدّم دارد، ولی در جایی که برخی آثار مورد اقرار بر علیه مقرر باشد در چنین اقراری انگیزه نوعی، بر راستگویی وجود ندارد.

مثلاً اگر کسی گفت: این ملک مال من است و ملکی باشد که پنجاه میلیون تومان ارزش دارد. به حکم اقرار باید خمس آن که ده میلیون تومان است پردازد. این مقدار بر علیه اوست. آیا می توان با این اقرار و اعتراف اثبات خمس کرد؟ این اعتراف چنین امارتی ندارد چون در مجموع این اعتراف به نفع اوست چهار خمس ملک برای او باقی می ماند.

بسیاری از مسائل این باب بر «اقرار» مبتنی شده که تبعیض قائل شده اند بین آثاری که به نفع مقرر است و بین آثاری که بر ضرر او است. ولی ما در این مطلب

ص: 3616

1- (1) - یا یمین وی بدون اجازه شوهر منعقد نمی شود، اگر این حکم را بر علیه زن حساب کنیم.

تردید داریم چون کاشفیت اقرار تعبدی نیست بلکه بدین جهت است که انسان داعی ندارد که به دروغ بر علیه خود اقرار کند.

زنی که اقرار به مهریه می کند چنانچه این مهریه، مهریه ای باشد که حق تمتع برای مرد هم همراه او باشد، ممکن است چنین اقراری اماریت داشته باشد بر زوجیت، ولی اقرار به مهریه ای که حق تمتع برای مرد همراه او نیست، نمی تواند اماریتی بر زوجیت داشته باشد.

(5) نکته کلی در عدم انحلال اخبارات:

به طور کلی در اخبار و اقرار و گزارشهایی که به یک مجموعه تعلق می گیرد یا امر مقید - بما هو مقید - مورد اختیار می باشد، ما دلیلی بر انحلال خبر به اخبار عدیده نداریم، لذا اگر بینه ای بر یک امر مرکب قائم شد که ما می دانیم که این امر به شکل ترکیبی مطابق واقع نیست ما نمی توانیم نسبت به قسمتی از آن که مخالفت با واقع آن احراز نشده ادله حجیت بینه را پیاده کنیم، یا مثلاً اگر عادل بگوید که فلان محدوده از زمین ملک زید است، عادل دیگر بگوید که محدوده دیگری از این زمین ملک زید است با فرض عدم صحّت مالکیت زید نسبت به هر دو محدوده با هم، اگر این دو محدوده در قسمتی مشترک باشند نمی توان نسبت به این قسمت مشترک ادله حجیت بینه را تمام دانست، چون هر یک از دو نفر که محدوده ای را ملک زید می دانند اگر به آنها گفته شود که تمام این محدوده ملک زید نیست، ممکن است جزء آن محدوده را هم ملک زید ندانند و مثلاً بگوید که منشأ اخبار من، سند خاصی بوده که کل این محدوده را ملک زید قرار می دهد و اگر این سند اعتبار نداشته باشد من نسبت به مالکیت قسمتی از این محدوده نظری ندارم، چون اخبار هر یک به مالکیت زید نسبت به اجزاء آن محدوده به تبع اخبار نسبت به مالکیت زید نسبت به کل محدوده است و گزارش مستقلی نسبت به اجزاء در کار نیست، در این موارد اخبار هر دو، نسبت به کل محدوده به نحو ارتباطی است نه به گونه استقلالی، خلاصه دلالت تضمینی چه بسا تابع دلالت مطابقی بوده و لذا نمی توان حکم مستقل بر آن بار کرد، انحلال خبر به اخبار عدیده در این موارد ناتمام می باشد، آری اگر در

موردی دلالت تضمینی مستقل از دلالت مطابقی باشد به گونه ای که با فرض علم به عدم صحت اخبار به کل، اخبار به جزء وجود داشت، پذیرش اخبار به جزء بی اشکال است.

در مناظره ای هم که در مورد نبوت حضرت موسی در رسائل شیخ انصاری نقل شده، آن یهودی برای اثبات استمرار نبوت آن حضرت به اقرار مسلمانان به نبوت حضرت موسی به ضمیمه استصحاب تمسک کرده، پاسخی که آن عالم مسلمان می دهد این است که اقرار ما به نبوت حضرت موسی به گونه مطلق نیست، بلکه ما به نبوت حضرت موسی در فرض اقرار وی به نبوت حضرت ختمی مرتبت صلی الله علیه و آله و علی جمیع الانبیاء اعتراف داریم، پس اقرار ما مقید است و نمی توان از این اقرار مقید، نبوت حضرت موسی را به گونه مطلق نتیجه گرفت تا زمینه استصحاب به وجود بیاید.

در بحث اقرار نیز مقر وقتی به یک مجموعه اقرار می کند، در صورتی اقرار وی نافذ است که این مجموعه بر علیه وی باشد و مقر هم بر علیه بودن آن را بداند، ولی اگر این مجموعه بر علیه مقر نباشد، اقرار وی نسبت به آثار بر علیه هم نافذ نیست.

زیرا اقرار کاشفیت نوعی عقلایی در این موارد ندارد و اعتبار اقرار هم از باب تعبد محض نیست که بتوان با تمسک به اطلاق یک دلیل خاص - مثلاً اعتبار اقرار را در این موارد نتیجه گرفت.

درباره این اشکال در جلسات آینده بیشتر سخن خواهیم گفت ان شاء الله. «* و السلام*»

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه بررسی مسئله «الثانیه» را پی گیری می کنیم ابتدا عدم تمامیت استناد به قاعده اقرار برای اثبات زوجیت میان دو تن که یکی مدعی است و دیگری او را تصدیق می کند، را ذکر و مورد صحت استناد به آن را بیان می کنیم. سپس رفع اختلاف کسی که مدعی زوجیت باشد و دیگری انکار کند را طبق قواعد باب دعاوی مبتنی بر بیبینه مدعی یا حلف منکر دانسته، و بر آنها لازم می دانیم ضمن ترتیب آثار ظاهری، مراعات واقع امر را هم بکنند. آنگاه به توضیحی پیرامون قاعده اقرار پرداخته، اطلاق نفوذ آن را در مورد اقرار در ضمن دعاوی ممنوع می دانیم. و سرانجام اشکال مرحوم آقای خویی به وجوب ایصال مهر به زنی که زوجیتش با انکار او ثابت نشده را بررسی و مناقشه خویش به اشکال مرحوم آقای حکیم به عدم وجوب پرداخت نفقه اش را ذکر می کنیم.

اذا ادعی رجل زوجیه امرأه فصدقتها او ادعت امرأه زوجیه رجل فصدقها

اشاره

متن عروه:

الثانیه - اذا ادعی رجل زوجیه امرأه فصدقتها او ادعت امرأه زوجیه رجل فصدقها حکم لهما بذلک فی ظاهر الشرع و یترتب جمیع آثار الزوجیه بینهما لان الحق لا یعدوهم و لقاعده الاقرار و اذا مات احدهما ورثه الآخر.

مسئله ای که مرحوم سید در اینجا ذکر می کند بعضی از قدما مانند شیخ به اختصار متعرض آن شده اند ولی اول کسی که آن را با این تفصیل مطرح کرده محقق ثانی است و پس از ایشان شهید ثانی از وی تبعیت کرده و عیناً تمام آن را - غیر از یک جمله که توضیحاً بر آن افزوده است - در مسالک آورده است. در جواهر نیز

بدون هیچ گونه تغییری - غیر از یک مورد که اگر تغییر نمی داد بهتر بود - همان تفصیلات جامع المقاصد را مطرح نموده و مرحوم سید هم با یکی دو تغییر - که اگر اعمال نمی کرد بهتر بود - آن را در عروه آورده است. در هر حال این مسئله را با این تفصیلات همه از محقق کرکی اخذ کرده اند.

مصدر بسیاری از مباحث فقهی که در کتب متأخرین مطرح شده کتاب جامع المقاصد مرحوم کرکی است و انصافاً لقب «محقق» زیننده ایشان است چه آنکه او و همچنین محقق اول هر دو در فقه صاحب مکتب بوده و رونق بسیاری به فقه شیعه بخشیده اند.

مرحوم سید می فرماید: اگر مردی مدعی شود که زنی همسر اوست و آن زن، او را تصدیق کند یا زن مدعی شود که زوجه مردی است و آن مرد او را تصدیق کند، از نظر ظاهر شرعی حکم به زوجیت آنان می شود و تمام آثار زوجیت از جمله ارث بردن از یکدیگر بر آن مترتب می گردد زیرا ذی حق در این امر تنها آن دو نفر هستند که هر دو آن را قبول دارند و دیگری در آن منازعه وجود ندارد و بر طبق حکم عقلا، در چنین مواردی که افراد ذی حق توافق دارند، باید آثار آن را مترتب نمود. و وجه دیگر قاعده اقرار است که هر دو به زوجیتشان اقرار دارند.

مرحوم آقای خوبی می فرماید: دلیل اول برای اثبات مدعا تمام است اما دلیل دوم چون مبنای آن «اقرار العقلاء علی انفسهم جائز» می باشد و با آن تنها اموری را می توان ثابت کرد که بر ضرر شخص مقرر باشد نه هر حکمی از احکام نکاح را، لذا در اینجا بر مرد با اقرار خود به زوجیت آن زن، تنها لزوم پرداخت مهر و حرمت ازدواج با خواهر و مادر و دخترش و حرمت ازدواج با دختر خواهر و دختر برادر بدون تحصیل اذن او که همه احکامی بر علیه اوست ثابت می شود و بر زن تنها حرمت ازدواج با پدر و پسر او و حرمت مسافرت و روزه مستحبی گرفتن بدون اذن او ثابت می شود و خلاصه هر حکمی از احکام نکاح که بر ضرر مرد یا زن باشد با این اقرار

ثابت می شود اما مثلاً جواز تمتع که بر ضرر هیچ یک از آنها نیست و نفع هر دو در آن است با این اقرار ثابت نمی شود، بنابراین وجه دوم تمام مدعای - ثبوت زوجیت و ترتیب کلیه احکام نکاح - را ثابت نمی کند.

ولی به نظر ما چون قاعده اقرار یکی از قواعد عقلایی است نمی توان آن را به افاریر متعدده منحل کرد و بخشی از آن را نافذ و بخشی دیگر را غیر نافذ دانست بلکه باید مجموع من حیث المجموع را در نظر گرفت پس اگر آن مجموعه عرفاً به نفع او به حساب آید اقرارش نافذ نیست و اگر به ضرر او باشد (هر چند دارای مختصر نفعی هم باشد) عرفاً نافذ است. و ما در همین جلسه به توضیح بیشتر پیرامون این قاعده خواهیم پرداخت.

و لا فرق فی ذلک بین کونهما بلدین معروفین او غریبین.

متن عروه:

و لا فرق فی ذلک بین کونهما بلدین معروفین او غریبین.

مرحوم سید می فرماید در جایی که مرد ادعای زوجیت کند و زن او را تصدیق نماید و هر دو بر زوجیت اتفاق نظر داشته باشند احکام زوجیت بر آنها ثابت می شود خواه آن دو از اهالی همان شهری باشند که در آنجا ادعا و تصدیق صورت گرفته و نزد مردم آنجا معروف باشند یا اینکه کسی آنها را شناسد و غریب باشند در هر دو صورت نیازی به آوردن بینه نیست.

اطلاق ثبوت زوجیت در قبال فتوای اهل سنت است که می گویند اشهاد در عقد نکاح واجب است پس کسی که در شهر خود باشد و مردم او را بشناسند، آوردن شهود عقد نکاحش بر او کار مشکلی نیست لذا بدون بینه و با مجرد ادعا و تصدیق طرف مقابل، زوجیت آنها ثابت نمی شود. ولی چون اصل لزوم اشهاد در عقد نکاح باطل است و دلیلی ندارد و فقهای ما به آن فتوی نداده اند بلکه خود عامه نیز بر آن اتفاق نظر نداشته بسیاری از آنها به آن قائل نیستند، لذا توقف ثبوت زوجیت بلدین معروفین بر بینه بلا وجه است.

اما اذا ادعی احدهما الزوجیه و انکر الآخر

متن عروه:

ص: 3621

كان للمدعى بينه و الا فيحلف المنكر او يرد اليمين فيحلف المدعى و يحكم له بالزوجيه.

اگر کسی ادعای زوجیت کند و طرف مقابل او آن را انکار کند، قواعد باب دعاوی جاری می شود. یعنی زوجیت با بینه ثابت و اگر بینه نبود منکر قسم می خورد و حکم به عدم زوجیت می شود و اگر منکر قسم نخورد با قسم خوردن مدعی زوجیت ثابت می شود و این مسئله بحث خاصی ندارد.

على المنكر ترتب آثاره في الظاهر لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع فيما بينه و بين الله

متن عروه:

و على المنكر ترتب آثاره في الظاهر لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع فيما بينه و بين الله

اگر بر اساس اقرار و توافق زن و مرد حکم به زوجیت آنها شد و یا اگر بر اساس قواعد باب دعاوی با یمین منکر حکم به عدم زوجیت شد آن دو به حسب ظاهر موظف به رعایت حکم قاضی هستند و حاکم هم آنها را مجبور به رعایت آن می کند ولی خودشان اگر حکم حاکم را بر خلاف واقع بدانند باید مراعات واقع امر را بکنند مثلاً اگر در جایی که حاکم حکم به زوجیت کرده خودش می داند همسر آن مرد نیست نباید به او تمکین کند و یا در جایی که حاکم حکم به عدم زوجیت کرده و او می داند همسر اوست نباید به دیگری شوهر کند چون حکم واقعی یعنی حرمت این کار با حکم ظاهری حاکم تغییر نمی کند.

اذا حلف المنكر حکم بعدم الزوجيه بينهما

متن عروه:

و اذا حلف المنكر حکم بعدم الزوجيه بينهما لكن المدعى مأخوذ باقراره المستفاد من دعواه فليس له ان كان هو الرجل تزويج الخامسة و لا ام المنكره و لا بنتها مع الدخول بها و لا بنت اخيها او اختها الا برضاها.

مرحوم سید به تبع جواهر و جامع المقاصد و مسالک در جایی که با قسم منکر حکم به عدم زوجیت می شود می فرمایند: مدعی زوجیت باید بر اساس اقراری که در ضمن ادعایش کرده به لوازم آن پای بند باشد. مثلاً اگر مرد مدعی زوجیت بود هر چند با قسم زن (منکر) حکم به عدم زوجیت می شود ولی چون او مدعی است که شوهر آن زن است باید از ازدواج با خامسه یا با مادر آن زن و دخترش یا از ازدواج با

دختر خواهر یا دختر برادر او بدون رضایتش پرهیز کند. در جواهر پس از ذکر عدم جواز ازدواج با دختر آن زن، قید «مع الدخول بها» را آورده و صاحب عروه هم از ایشان تبعیت کرده است ولی اگر آنان قید مذکور را همانند جامع المقاصد و مسالک اضافه نمی کردند بهتر بود زیرا لوازمی که او باید بر اساس ادعایش به آن پای بند باشد تنها منحصر به پرهیز از محرمات ابدی نیست بلکه از مواردی که حرمت جمعی دارد نیز او باید پرهیز کند و بطلان ازدواج با دختر زوجه متوقف بر دخول به مادر نیست، مشهور قریب به اتفاق فقها و خود مرحوم سید همه قائلند خواه زوجه مدخوله باشد یا غیر مدخوله، ازدواج با دخترش تا وقتی که او در حباله نکاح مرد است (همچنان که فرض مسئله ما در جایی است که مرد مدعی زوجیت اوست) بر آن مرد حرام است. بلی آوردن این قید طبق فتوای مرحوم آقای خوبی که حرمت ازدواج با دختر زن را منحصر در مدخوله بودن مادرش می دانند به جا است زیرا ایشان بر خلاف دیگران و مختار ما می فرمودند ازدواج با دختر زوجه ای که مدخوله نیست صحیح است و البته با تحقق عقد دختر، چون ام الزوجه بر او حرام ابدی می شود، زوجیت مادر خود به خود باطل می گردد. بنابراین بهتر بود مرحوم سید و صاحب جواهر که با این نظریه موافق نیستند این قید را اضافه نمی کردند. همچنان که اگر مرحوم سید بر موارد ذکر شده حرمت ازدواج با خواهر زن را هم مانند جامع المقاصد و مسالک و جواهر اضافه می کردند، این مسئله کامل تر می شد زیرا حرمت ازدواج با اخت الزوجه نیز مادامی که آن زن بر اساس ادعای مرد در حباله نکاح او است بر او حرام است هر چند این حرمت ابدی نیست.

بیان استاد - مد ظله - پیرامون قاعده اقرار

در جلسه گذشته اشاره ای به قاعده اقرار کردیم و گفتیم اصولاً این قاعده از امارات عقلانیه است و عقلاً آن را اماره ای قوی و کاشف از واقع می دانند لذا باید بر

اساس آن، حدود و موارد نفوذ آن را پیدا نمود. به نظر ما در جایی که مقرّر مستقلاً اقرار نکند بلکه مطلبی بگوید که متضمن اقراری بر علیه خود باشد در اینجا عقلاً- این اقرار را به طور کلی کاشف نمی دانند زیرا آنان به نفع مقرّر بودن یا به ضرر او بودن مورد اقرار را من حیث المجموع در نظر می گیرند و اگر مورد آن در مجموع بر علیه مقرّر بود هر چند دارای مختصر نفعی هم برای او باشد این اقرار را نافذ می دانند و یا اگر در مجموع به نفع او بود هر چند با مختصر ضرری هم همراه باشد لکن آن را نافذ نمی دانند، و نمی توان اقرار او به آن امر مجموعی را به اقرار متعدد منحل کرده و آنچه که به نفع اوست را رد و آنچه که بر ضرر اوست را پذیرفت. زیرا شخص مقرّر به آن ضرر مختصر به تبع اقرار به آن چیزی که نفع او در آن است اقرار می کند لذا اگر آنها را از هم منفک کنند هیچ گاه او حاضر به اقرار کردن به آن نیست. مثلاً اقرار به لزوم پرداخت مهر را در صورت زن بودن آن زوجه می پذیرد یعنی وقتی می گوید این زن زوجه من است ذمه خود را - چون زوجیت آن زن را برای خود ثابت شده فرض کرده - به پرداخت مهر هم مشغول می داند اما اگر او را زوجه اش به حساب نیاورند لزوم پرداخت مهر را هم نمی پذیرد یعنی اقرار او به مهر مشروط به ثبوت زوجیت آن زن است در چنین مواردی از نظر عقلاً- این اقرار (که در واقع اقراری مشروط است) کاشفیت ندارد و نافذ نیست.

بلی اگر مقرّر لوازم کلام خود را علی الاطلاق متقبل باشد البته آن لوازم ثابت می شود مثلاً اگر تصریحاً بگوید من مهریه این زن را باید پردازم خواه او را زنم حساب کنند یا نه، در اینجا اقرار به اصل زوجیت و اشتغال ذمه خود به مهریه را نیز کرده است ولی گاهی به این نحو اقرار می کند که من مهریه این زن را علی فرض اینکه او زنم باشد باید پرداخت کنم. در چنین موردی اگر زوجیت ثابت نشود عقلاً اقرار او را کاشف از اینکه مهریه به ذمه او است نمی دانند. به نظر ما اقرار در ضمن ادعای اداء دین هم همین طور است اگر کسی بدهی خود را علی الاطلاق نپذیرد بلکه بگوید

اگر من به زید بدهکار باشم دینم را ادا کرده ام در اینجا نمی توان کلام او را منحل کرد و او را نسبت به اداء دین مدعی و اصل دین را به دلیل اقرارش بر او ثابت شده دانست.

و بالجمله از نظر عقلا کاشفیت اقرار (که مبنای نفوذ آن است) در جایی است که مستقل و علی الاطلاق باشد اما اقراری که تبعی بوده و مشروط به پذیرفته شدن دعوای دیگری است مادامی که دعوای دیگر پذیرفته نشده اقرار او از نظر آنها کاشفیت ندارد.

همچنان که لازمه امر به مرکب را امر به اجزاء آن مرکب نیز می دانند و می گویند امر مذکور به کلّ جزء، مستقل و مطلق نیست بلکه آن جزء علی فرض اتیان بقیه اجزاء، امر دارد و لذا اگر کسی فقط آن جزء را آورد و دیگر اجزاء را نیاورد، امثال امر خصوص آن جزء را نیز نکرده است. اقرار ضمنی هم اطلاق نداشته، کاشفیت آن مقید به پذیرفته شدن آن مطلبی است که اقرار در ضمن آن آمده است.

حتی اگر لوازمی که علی الاطلاق بر حسب اقرار به آنها پایبند می شود مخفی باشد و در ارتکاز شخص مقرّ نیامده و به آن التفاتی نداشته باشد در اینجا نیز از نظر عقلا کاشفیت ندارد زیرا کاشفیت اقرار و حجیت آن بر این اساس است که عقلا می گویند: چون دلیلی ندارد انسان بر علیه خودش - جز در موارد نادری که به خاطر اغراض خاصی بخواهد بر علیه خود اقدام کند - مطلبی را بر زبان آورد پس حتماً آن مطلب در نظر او واقعیت داشته که به آن اقرار کرده است، و این معنا در اموری که نه در ارتکاز مقرّ آمده و نه به آن التفات داشته جاری نیست مثلاً اگر ادعای ملکیت شیئی را کرد نمی توان گفت مدعایش بدون بینه ثابت نمی شود ولی او بر حسب اقرارش، خمس آن مال را که او توجهی به اینکه ادعای ملکیت، مستلزم وجوب پرداخت خمس است نداشته، بدهکار باشد. و ما تا جایی که مراجعه کردیم کسی را نیافتیم که کبرویاً بر خلاف این مطلب فتوی داده باشد.

خلاصه اینکه معیار در حجیت اقرار که اصله عدم الخطاء را هم در آن جاری می کنند، کاشفیت عرفی آن است. و عرف اگر ببیند شخصی به مطلبی که داعی بر اعتراف کردن بر خلاف آنچه معتقد اوست ندارد، اقرار کند آن مطلب را ثابت می داند و این در لوازمی که به آن التفات نداشته یا اصلاً در ارتکاز او نیامده و یا اعتراف به آن را مشروط به ثبوت امر دیگری کرده است، جاری نیست و چون دلیل خاص دیگری نداریم که تعبداً این موارد را هم ثابت شده قلمداد کند لذا به نظر ما در این گونه موارد اقرار حجیت ندارد و نمی توان مدعی را علی الاطلاق به اقرار مستفاد از ادعایش اخذ کرد.

يجب عليه ایصال المهر اليها

متن عروه:

و يجب عليه ایصال المهر اليها

اگر مردی مدعی زوجیت بود ولی با یمین منکر، حکم به عدم زوجیت شد آیا غیر از حرمت خامسه و دیگر مواردی که در متن آمده او را به پرداخت مهریه هم مجبور می کنند؟

مرحوم سید می فرماید چون مدعی به اقرارش اخذ می شود باید مهریه را هم به زن پرداخت کند. مرحوم آقای خوئی در تقریراتشان اشکال می کنند که هر چند پرداخت مهریه بر مرد در صورتی که خود را به حسب واقع زوج او می داند لازم است لکن از جهت اقرارش نمی توان او را مجبور به این کار کرد زیرا اقرار او به لزوم پرداخت مهریه، با اقرار زن به عدم استحقاق مهر معارض است و هر دو اقرار چون متنافی هستند ساقط می شوند.

مناقشه استاد - مد ظله - بر کلام مرحوم آقای خوئی

اشکال ایشان در صورتی وارد است که حجیت اقرار را همچنان که مختار ما بود از باب کاشفیت آن بدانیم و بگوییم دو اقرار متنافی نمی توان کاشف از ثبوت مهر باشد. اما اگر مثل آقای خوئی و دیگران احکام اصول را بر آن مترتب کنیم، اشکالی

ندارد که هر کدام از آن دو را به مقتضای اقرارش اخذ کنیم هر چند علم داریم یکی از آنها بر خلاف واقع اقرار می کند و مرد را ملزم به پرداخت مهریه و زن را ملزم به عدم اخذ آن (مگر در صورت تحصیل رضایت مرد) کنیم مانند حکم به طهارت و عدم جنابت واجدی المنی فی الثوب المشترك که با اینکه می دانند قطعاً یکی از آن دو جنب است لکن هر کدام از آنها جداگانه می توانند اصالة الطهاره و عدم الجنابه را در مورد خود جاری کنند. (1)

لا يجب عليه نفقتها لنشوزها بالانكار

متن عروه:

نعم لا يجب عليه نفقتها لنشوزها بالانكار

مرحوم سید می فرمایند در جایی که حکم به عدم زوجیت می شود ولی مرد را به اقرارش اخذ می کنند این حکم شامل لزوم پرداخت نفقه نمی شود زیرا زن با انکار زوجیت - هر چند وظیفه اش طبق ظاهر شرع عدم تمکین است - لکن چون تمکین به خاطر انکارش در خارج صورت نمی گیرد، ناشزه محسوب می شود و مستحق نفقه نیست.

مناقشه مرحوم آقای حکیم

اشاره

ایشان می فرمایند مجرد عدم تمکین موجب نشوز و سقوط استحقاق نفقه نیست بلکه عدم تمکینی که بدون عذر شرعی باشد موجب آن می شود و لذا اگر زنی به خاطر حیض یا انجام سفر واجب حج، تمکین نکرد موجب سقوط استحقاق نفقه از او نمی گردد. و در اینجا چون عدم تمکین لعذر است نفقه او را باید بدهد.

پاسخ استاد - مد ظله - به مناقشه مذکور

حق نفقه از حقوق زن است و در مقابل حق استمتاع از او که از حقوق مرد به شمار می رود قرار دارد لذا در هر جا که او را از این حق محروم کند هر چند او گمان

ص: 3627

1- (1) استاد - مد ظله - در درس آینده با تقریب دیگری از اشکال مرحوم آقای خوبی دفاع می کنند.

می کند زوجه اش نیست و در این کار معذور است و عقاب هم نمی شود لکن چون به هر حال او را از این حق محروم کرده مستحق نفقه نیست و نباید این مورد را به محرومیت شرعی او قیاس نمود زیرا در آنجا حق استمتاع مرد را شارع محدود کرده است و کلام ما در جایی است که شارع فی نفسه مرد را از این حق ممنوع ننموده بلکه این زن است که با انکارش (ولو لعذر) سبب شده که او را محروم کنند بنابراین فتوای سید رحمه الله صحیح است و مرد ملزم به پرداخت نفقه نمی باشد. «* و السلام*»

ص: 3628

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس این جلسه:

بحث درباره مسئله دوم از مسائل متفرقه عقد و احکام آن بود. در این جلسه نخست با طرح مجدد قاعده اقرار، اشکالی را که دیروز به کلام مرحوم آقای خویی مبنی بر تعارض دو اقرار در مسئله مورد بحث وارد دانستیم پاسخ می دهیم. آنگاه ضمن اینکه طلاق گرفتن زن مدعی از مرد منکر را در صورت تصمیم به ازدواج با مرد دیگر لازم می دانیم، فتوای مرحوم سید را در مورد صحت طلاق تعلیقی با کلامشان در بحث تنجیز عقد متناقض خواهیم دانست. در ادامه با طرح پاره ای از اشکالات وارد بر تعلیقات مرحوم آقای خویی، بحث پیرامون مسئله دوم را بیان به انتهای خواهیم رساند. ان شاء الله.

الف) بررسی مجدد قاعده اقرار به صورت خلاصه:

1) یادآوری فتوای مرحوم سید:

در جلسه گذشته عرض کردیم که مرحوم سید می فرمایند: اگر مرد یا زنی، مدعی زوجیت بین خود و دیگری شود و طرف مقابلش انکار نماید، چنانچه مدعی نتواند اقامه بینه کند و منکر قسم بخورد، حکم به عدم زوجیت بین آن دو خواهد شد لیکن مدعی باید به لوازم اقرارش عمل نماید. و اگر مدعی، مرد باشد، از جمله لوازم اقرار او این است که باید مهریه را به زن بپردازد.

2) اشکال مرحوم آقای خویی:

ص: 3629

مرحوم آقای خوبی بر خلاف حاشیه خودشان بر عروه که با ماتن موافقت کرده اند، در تقریرات اشکال می کنند که اگر زوج اقرار می کند که به زوجه مدیون است، زوجه نیز اقرار می کند که چیزی از او طلبکار نیست، و این دو اقرار معارض یکدیگرند. بنابراین، زوج ملزم به پرداخت مهریه نخواهد بود.

3) نقد استاد مدّ ظلّه:

ما عرض کردیم:

اولاً: نفوذ قاعده اقرار را به صورت مطلق قبول نداریم. به این معنا که چنانچه اقرار در مواردی دارای آثار و لوازم مختلفی باشد که برخی به نفع مقرّ و بعضی به ضرر او است، حکم اقرار به موارد آن انحلال پیدا نمی کند بلکه باید مجموع سود و زیان را در نظر گرفت و در صورتی که آثار آن من حیث المجموع به ضرر او باشد، اقرارش نافذ خواهد بود. (1)

ثانیاً هنگامی دو اقرار متعارض اند که اقرار را اماره، و حجیت آن را از باب کاشفیت بپذیریم. زیرا در آن صورت، کاشفیت نداشته و اقرار هر یک، دیگری را نقض می کند. ولی اگر اقرار را به عنوان یک اصل بپذیریم - مانند اصلی که در واجدی المنی فی ثوب مشترک جاری می شود - نظر به اینکه در چنین مواردی هر یک از دو طرف، به اقتضای جریان اصل، به وظیفه خود عمل می کند، و لو این امر با علم اجمالی آنان منافات دارد لیکن جریان اصل در مورد هر یک از آنان مانع جریان آن در مورد دیگری نیست. لذا نباید دو اقرار را متعارض یکدیگر دانست.

4) دفاع استاد مدّ ظلّه از مرحوم آقای خوبی:

اشکال ما به ایشان وارد نیست، زیرا در صورتی که اقرار را اصل هم بدانیم، جریان اصل و نفوذ اقرار صرفاً در مورد خود مقرّ نیست، بلکه دیگران نیز موظف اند به لوازم آن ترتیب اثر دهند. مدعی ازدواج که اقرار می کند مهریه را بدهکار است،

ص: 3630

1- (1) علاوه بر اینکه گفتیم معتبر است که مقرّ تشخیصش این باشد که این اقرار به ضرر او تمام می شود.

هم خودش باید به مفاد اقرار عمل کند و هم دیگران باید آن را بپذیرند. همچنین زن که به عدم استحقاق خود نسبت به مهریه اقرار می نماید، خودش و دیگران باید به آن پای بند باشند. در این صورت، عمل به مفاد هر دو اقرار توسط هیچ یک از دو طرف ممکن نیست و دو اقرار با هم متناقض اند و فرمایش آقای خوبی در این مورد صحیح است.

(ب) بررسی بخش دیگری از مسئله دوم:

متن عروه:

و ان كانت هي المدعيه لا يجوز لها التزويج غيره الا اذا طلقها و لو بان يقول: «هي طالق ان كانت زوجتي».

اگر مرد یا زنی مدعی زوجیت بین خود و دیگری شود و دیگری منکر آن گردد، چنانچه مدعی نتواند اقامه بیّنه کند و منکر قسم بخورد، گرچه حکم به عدم زوجیت بین آن دو خواهد شد لیکن مدعی باید به لوازم اقرارش عمل نماید. لذا چنانچه زن، مدعی باشد، اگر بخواهد با مرد دیگری ازدواج کند باید قبل از ازدواج به هر شکلی که ممکن است و لو با رجوع به حاکم شرع، از مرد منکر طلاق بگیرد. و چون مرد، منکر زوجیت است حتی اگر به شکل طلاق تعلیقی بگوید «هی طالق ان كانت زوجتی» کافی است.

(1) نقد استاد مد ظله:

کلام ایشان در مورد صحت طلاق تعلیقی در چنین مواردی صحیح است و ما نیز آن را می پذیریم لیکن ظاهر اطلاق کلامشان در بحث اشتراط تنجیز - مانند ظاهر اطلاق کلمات بعضی دیگر از علماء که تنجیز را شرط کرده اند - بطلان تعلیق است که طبعاً با فتوای ایشان در اینجا منافات پیدا می کند. زیرا ایشان در مسئله 11 عقد و

احکام آن که قائل به بطلان تعلیق در عقد نکاح شدند، تنها موردی که استثناء کردند تعلیق بر امر محقق معلوم بود، یعنی حتی تعلیق بر امر محقق غیر معلوم الحصول را نیز مشکل دانستند. بر این اساس، اطلاق کلامشان در آن بحث اقتضا می کند که تعلیق بما یتوقف علیه صحه العقد را باطل بدانند، در حالی که در اینجا تعلیق به آنچه که صحه طلاق وابسته به آن است را بی مانع و صحیح دانسته اند. بلکه بحث اینجا یک اولویتی هم نسبت به آن بحث دارد. چون در آنجا آنچه معمولاً مورد بحث آقایان قرار گرفته، صورت شک است یعنی فرضی که شخصی شک دارد آیا معلق علیه حاصل است یا نه؟ مثل اینکه نمی داند این شیء مال او است یا نیست و با این حال می گوید «ان کان لی فقد بعته» اما در بحث کنونی که می گوید: «ان کانت زوجتی فهی طالق» یا در خصوص جایی است که خودش به طور قطع منکر زوجیت است یا لا اقل اطلاق کلام شامل این فرض می شود و نمی توان آن را از تحت اطلاق خارج کرد.

بنابراین اگر در صورت شک حکم به بطلان کردیم در صورت عدم شک که طلاق، معلق به زوجیتی می شود که مرد منکر آن است، به طریق اولی باید باطل باشد و اگر در اینجا تعلیق صحیح است در آنجا به طریق اولی باید صحیح باشد و در هر حال، کلام ایشان در بحث تنجیز ناقص است و باید علاوه بر مستثنی کردن «تعلیق بما هو محقق معلوم»، تعلیق بما یتوقف علیه الصحه را نیز در آنجا استثناء کرده، قائل به صحه آن می شدند.

البته این فتوی، اختصاص به مرحوم سید ندارد. تعدادی از علماء مثل شیخ طوسی، شهید ثانی،... و صاحب جواهر نیز قائل به صحه تعلیق بما یتوقف علیه الصحه شده اند. گرچه مرحوم شیخ انصاری در مکاسب فرموده: ظاهر اطلاق کلمات علماء این است که تعلیق را مطلقاً باطل دانسته اند که شامل تعلیق بما یتوقف علیه صحه العقد نیز می شود. لیکن خود ایشان می فرماید: شیخ طوسی در مبسوط در مسئله «ان کان لی فقد بعته» قول به صحه را از بعض الناس (بعض العامه) نقل نموده و آن را نقد نکرده، که ظاهراً رضایت او را می رساند. سپس می فرماید: انّ ظهور

ارتضاء الشیخ له کاف فی عدم الظنّ بتحقیق الاجماع علیه. (1) یعنی همین ظهور رضایت شیخ طوسی باعث می شود که اطمینانی به اجماع بر بطلان تعلیق بما یتوقف علیه صحه العقد حاصل نگردد.

(2) اشکال استاد مد ظلّه به شیخ انصاری رحمه الله:

مرحوم شیخ طوسی در مبسوط علاوه بر قول به صحّت، قول به بطلان را نیز از بعض الناس نقل کرده است و در مورد هیچ یک از دو قول، اظهار نظر فرموده است.

ولی مرحوم شیخ انصاری گویا از یک قسمت کلام ایشان غفلت فرموده است. البته در کتاب الاقرار مبسوط صریحاً تعلیق را صحیح دانسته است.

(ج) بررسی عدم جواز اقداماتی که متوقف به اذن شوهر است:

متن عروه:

و لا یجوز لها السفر من دون اذنه و کذا کل ما یتوقف علی اذنه.

مرحوم سید می فرماید: اگر زن، مدعی زوجیت باشد، تا وقتی از منکر طلاق نگرفته، سفر مستحبّی و هر کاری که متوقف به اذن شوهر است، بدون اذن او برایش جایز نیست.

(1) کلام مرحوم آقای خوئی:

ایشان فرموده اند: فیه اشکال بل منع فانّ عدم جواز ذلک للزوجه انّما هو من جهة مزاحمته لحق و لذا فلو لم تکن هناك مزاحمه لحقه کما لو کان مسافراً لم یتوقف جواز سفر المرأه علی اذنه - و حیث انه لا- مزاحمه فی المقام باعتبار ان الرجل لا یری حقاً لنفسه فیها، فلا وجه للحکم بتوقف جوازه علی اذنه. و مما تقدم یظهر الحال فیما افاده (قدس سره) بعد هذا من عدم جواز کل ما یتوقف علی اذنه بالنسبه اليها. (2)

ایشان می فرمایند: عدم جواز سفر برای زوجه به خاطر این است که سفر زوجه با حق شوهر مزاحمت پیدا می کند لذا اگر سفرش مزاحم حق شوهر نباشد جواز سفر

ص: 3633

1- (1) مکاسب، ص 100.

2- (2) مبانی، ج 2، ص 216.

او متوقف به اذن شوهر نیست. در اینجا نیز که شوهر برای خود حقی قائل نیست، مزاحمتی در کار نیست و لذا فتوای مرحوم سید چه در مورد سفر و چه در موارد دیگر وجهی نخواهد داشت.

2) نقد استاد مد ظلّه:

فرمایش آقای خوبی که برای زوج در مورد سفر زوجه ذاتاً حقی قائل نیستند بلکه از باب مزاحمت با حقوق شوهر، اذن را لازم می دانند، روی مبنای خودشان این نتیجه گیری که در ما نحن فیه کرده اند در خصوص مسئله سفر صحیح است. اما تسریه این مبنا به موارد دیگر محلّ اشکال است.

توضیح مطلب: در اینکه ایشان عمومیت یا اطلاق ادله ای را که سفر زوجه را بدون اذن زوج جایز ندانسته، پذیرفته اند و تنها در صورت مزاحمت با حق شوهر، اذن را لازم شمرده اند به جز بحث مبنایی، بحثی نیست. و لذا نتیجه گیری ایشان در مسئله سفر در ما نحن فیه صحیح است. اما این استظهار، چنین اقتضایی ندارد که متوقف بودن برخی دیگر از امور بر اذن زوج، با همین معیار و به دلیل مزاحمت با حق شوهر بوده و خودش بما هو جزء حقوق شوهر نباشد.

به عنوان مثال، به حسب روایات، زن باید برای گرفتن روزه مستحبی از شوهر اذن بگیرد. به چه دلیل آن را به صورتی که مزاحم حق شوهر است مقید نماییم؟ شاید حکمتش چیز دیگری غیر از مزاحمت با حق شوهر باشد. اگر دلالت ادله ای که سفر زوجه را متوقف به اذن شوهر دانسته، اعم از موارد مزاحمت با حق شوهر نبوده و از دلالت بر سایر موارد قاصر است، ملازمه ای ندارد که ادله لزوم اذن از زوج در سایر موارد نیز از چنین دلالتی قاصر باشد. (1)

ص: 3634

1- (1) بله، اگر کسی بگوید انکار زوجیت توسط مرد بازگشت می کند به اجازه یا اسقاط حق، این یک حرفی است که به لحاظ کبروی ایرادی ندارد ولی بحث در صغرای این دعوی است که اجازه یا اسقاط حقوق را چگونه استفاده کنیم. این مردی که منکر زوجیت است لزوماً این طور نیست که بر فرض زوجیت هم اجازه بدهد، چه بسا اگر به او بگویند: علی فرض زوجیت آیا اجازه می دهی؟ بگوید: نه اجازه نمی دهم مثل کسی که منکر ملکیت خودش است و در عین حال می گوید: علی فرض ملکیت اجازه تصرف نمی دهم.

د) آیا اقرار یا ادعای منکر یا مدعی بعد از رجوع مسموع است؟

متن عروه:

و لو رجع المنکر الی الاقرار هل یسمع منه و یحکم بالزوجیه بینهما؟ فیه قولان، و الاقوی السماع اذا اظهر عذراً لانکاره و لم یکن متّهماً و ان کان ذلك بعد الحلف، و کذا المدعی اذا رجع عن دعواه و کذب نفسه.

اگر منکر دست از انکار بردارد و به زوجیت اقرار کند، در صورتی که عذری برای انکارش داشته، و متهم نباشد، گرچه بعد از حلف هم باشد، قسم قبلی، ادعا و اقرار را ابطال نمی کند. کلامش را باید پذیرفت و حکم به زوجیت بین آنان کرد. همین طور اگر مدعی از ادعایش دست بردارد و خود را تکذیب نماید، کلامش مقبول است.

1) اشکال مرحوم آقای خویی:

ایشان می فرمایند:

فی اطلاقه اشکال بل منع، فان الاقرار بعد الانکار و ان کان مسموعاً باعتبار انه حجّه مطلقاً فیتقدم علی حکم الحاکم و البینه، الا ان ذلك لا یعنی ثبوت الزوجیه بجميع مالها من الآثار فی المقام، و انما یثبت به خصوص الآثار التي تكون علیه دون ما یكون له نظراً الی انه بانکاره الاوّل قد اعترف بعدم استحقاقه علی الآخر، فاذا رجع عن انکاره کان ذلك بالنسبه الی ما اعترف بعدم استحقاقه رجوعاً عن الانکار و ادعاءً محضاً فلا یسمع - كما هو مقرر فی باب القضاء - بلا فرق بین ان یكون قد اظهر عذراً، و ان یكون متّهماً ام لا. نعم...

ما حصل فرمایش ایشان این است که گرچه اقرار مطلقاً حجت است لیکن معنایش این نیست که مطلقاً همه آثار زوجیت را چه به نفع و چه به ضرر او باشد، بر آن مترتب نماییم، بلکه با اقرار، تنها آثاری که علیه او است ثابت خواهد شد.

2) نقد استاد مد ظله:

اشکال ایشان وارد نیست زیرا هنگامی که مرحوم سیّد در صدر مسئله فرمودند اگر زن یا مردی خود را همسر کسی معرفی کند و او نیز وی را تصدیق نماید حکم به

ص: 3635

زوجیت بین آنها خواهد شد و همه آثار زوجیت بین آنها مترتب می گردد، زیرا

أولاً: الحق لا يعدوهما،

و ثانیاً: لقاعده الاقرار، مرحوم آقای خوئی در آنجا قاعده اقرار را نپذیرفتند و گفتند همه آثار را اثبات نمی کند ولی دلیل اول را تأیید کرده، فرمودند که مقتضای سیره عقلانیه قطعیه نیز همین است.

عرض ما این است که چرا همان دلیل را در اینجا مثبت مطلب ندانیم؟ وقتی دو نفر با هم اختلاف داشته باشند، سپس به توافق رسیده و نزاع بین آنها برطرف گردد، بنای عقلاء این است که آنان نیز نزاع را خاتمه یافته می بینند و اموری را که مربوط به آن دو، است و از حقیقت آن کسی جز خودشان اطلاعی ندارد، تصدیق کرده، بر آن ترتیب اثر می دهند، و انکار قبل آنها را مانع به حساب نمی آورند.

بالاخره اکنون دو نفر با هم کاملاً توافق کرده، یکدیگر را تصدیق نموده اند. مطلب نیز از اموری است که مربوط به خودشان است و کس دیگری در امرشان نقشی ندارد و الحق لا يعدوهما. لذا عیناً مانند این است که اختلاف و انکاری در کار نبوده، و جمیع آثار را باید بر آن مترتب بدانیم.

(ه) رجوع مدعی بعد از اقامه بیّنه:

متن عروه:

نعم یشکل السماع منه اذا كان ذلك بعد اقامه البینه منه علی دعواه الا اذا كذبت البینه ايضاً نفسها.

اگر مدعی زوجیت برای اثبات ادعای خود اقامه بیّنه کند و بعد، از ادعای خود برگردد، می فرمایند: پذیرش کلام او مشکل است، زیرا بنای عقلاء در این مورد ثابت نیست و معلوم نیست که بنای عقلاء بر این باشد که بیّنه را نادیده بگیرند و به توافق اخیر آنها ترتیب اثر بدهند، مگر اینکه بیّنه نیز خود را تکذیب کند. «* و السلام*»

ص: 3636

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه به بررسی مسئله ثالثه می پردازیم راجع به اینکه کسی با زنی ازدواج کرده و بعد مردی پیدا شده و ادعا می کند این زن، زن من بوده است. آیا قوانین مدعی و منکر در اینجا جاری می شود یا نه؟

الف) بررسی مسئله عروه اذا تزوج امرأ تدعی خلوها عن الزوج فادعی زوجيتها رجل آخر

متن عروه

قال صاحب العروه: الثالثه اذا تزوج امرأ تدعی خلوها عن الزوج فادعی زوجيتها رجل آخر لم تُسمع دعواه الأ بالبيّنه، نعم له مع عدمها على كل منهما اليمين فان وجه الدعوى على الامرأ فانكرت و حلفت سقط دعواه عليها. و ان نكلت أو ردّت اليمين عليه فحلف لا يكون حلفه حجه على الزوج و تبقى على زوجيه الزوج مع عدمها سواء كان عالماً بكذب المدعی أولاً، و ان أخبر ثقه واحد بصدق المدعی و ان كان الأ حوط حينئذ طلاقها فيبقى (1) النزاع بينه و بين الزوج فان حلف سقط دعواه بالنسبه اليه أيضاً و ان نكل أو ردّ اليمين عليه فحلف حكم له بالزوجيه اذا كان ذلك بعد ان حلف في الدعوى على الزوجيه بعد الردّ عليه و ان كان قبل تماميه الدعوى مع الزوجه فيبقى النزاع بينه و بينها كما اذا وجه الدعوى أولاً عليه و الحاصل ان هذه الدعوى على كل من الزوج و الزوجه فمع عدم البيّنه ان حلفا سقط دعواه عليهما و ان نكلا أو ردّا (2) اليمين عليه فحلف ثبت مدّعا و ان حلف احدهما دون الآخر فللكل...

ص: 3637

- 1- (1) تذكر: «جمله فيبقى النزاع بينه و بين الزوج»، شق ديگر برای فان وجه الدعوى على الامرأ است که مرحوم صاحب العروه به جای تعبیر «و ان وجه الدعوى على الزوج» جمله «فيبقى النزاع بينه و بين الزوج» را بکار برده اند.
- 2- (2) تذكر: عبارت مبانی العروه، ج 1، ص 221 و مستمسک العروه 14، ص 418 و عروه الوثقی، ج 2، ص 860 طبع قدیم ردّ اليمين به صیغه مفرد آمده است لکن صحیح ردّا به صیغه تثنيه است.

موضوع بحث جایی است که زنی گفته، من شوهر ندارم و مردی با او ازدواج کرده سپس یک نفر مدعی پیدا شده و گوید: این زن من است و من قبلاً با او ازدواج کرده ام. این مسئله معنون در روایات است. و فقهاء پیرامون آن از دو جهت بحث کرده اند. یکی به لحاظ قاعده و با قطع نظر از روایات خاصه در باب و دیگری به لحاظ روایات خاصه وارده در مسئله.

در روایت و کلمات فقهاء هست که مدعی به مجرد ادعاء و یا همراه با قسم سخن او پذیرفته نمی شود بله اگر مدعی بیینه اقامه کند سخن او پذیرفته است و عقد لاحق محکوم به بطلان است. در فرض اقامه بیینه مسئله روشن است هم به لحاظ روایت و هم به لحاظ فتاوی.

فرض عدم بیینه

اما اگر مدعی بیینه ندارد. مورد بحث است که آیا قوانین موارد تنازع و مدعی و منکر جاری است؟ یعنی منکر باید قسم بخورد و اگر نکول از قسم کرد و خودش یا حاکم رد قسم به مدعی کرد و مدعی قسم خورد مطلب ثابت می شود یا آنکه قانون مدعی و منکر جاری نیست؟

ظاهر کلمات بسیاری از فقهاء عدم جریان قانون مدعی و منکر در مقام است چون تعبیر کرده اند که ان لم یقم بیینه علی دعواه لم یلتفت الیه او لم تُسمع دعواه ظاهر لم تسمع دعواه یا لم یلتفت الیه این است که قواعد مدعی و منکر اینجا جاری نیست.

مسامحه در کلام سید و توجیه آن

البته قابل ذکر است که تعبیر مرحوم سید خالی از مسامحه نیست چون هم تعبیر

لم تسمع دعواه را آورده و هم بعداً با استدراک به نعم قرینه آورده که مراد از لم تسمع دعواه این نیست که قواعد مدّعی و منکر جاری نیست بلکه مراد این است که به مجرد ادّعاء، دعوای او پذیرفته نیست در مقابل بیّنه که اگر بیّنه داشت. کلامش پذیرفته می شد اما اگر بیّنه نداشت قول او پذیرفته نمی شود بلکه باید به سراغ قواعد مدّعی و منکر رفت.

لکن احتمال دارد که مرحوم سیّد این تعبیر را آورده و می خواهد بفرماید: من از کلمات فقهاء نیز همین را برداشت می کنم که فقهاء دیگر که به تبع روایت تعبیر به لم تسمع دعواه الا بالبیّنه کرده اند مرادشان استثناء مقام از قانون مدّعی و منکر نیست بلکه مرادشان این است که به مجرد ادّعاء مسئله تمام نمی شود بلکه با بیّنه و طی مراحل باب تنازع مسئله دنبال می شود.

کلام سید اشعار بلکه دلالت دارد که خواسته کلمات قوم را اینگونه حمل کند.

ب) تفصیل دو قول در مسئله

اشاره

قول اول در مسئله این است که قانون مدّعی و منکر در مقام جاری نیست زیرا ادّعای مدّعی متوجه دو نفر است یکی زوج و یکی زوجه. این دو نفر ذی حق هستند. و شرط جریان قانون مدّعی و منکر آن است که یک نفر صاحب حق باشد به طوری که اگر منکر از انکار دست بر دارد و اقرار کند نزاع تمام شود اما جایی که اقرارش نزاع را برطرف نکند. - چون حق دیگری نیز در کار است - انکارش هم فایده ندارد. در مقام اگر مدّعی دعوایش را متوجه زن کند و زن اقرار کند و بگوید من زن تو هستم این اقرار، مدّعی را ثابت نمی کند. زیرا اقرار زن در مورد خودش حجّت است اما نسبت به حق زوج حجّیت ندارد و مقتضای اصاله الصحه صحت عقد زوج است. پس چون به مجرد اقرار زن عقد محکوم به بطلان نیست. از این رو انکارش نیز مفید نیست تا قواعد باب مدّعی و منکر جاری شود.

قول دوم: اینکه ثمره قوانین مدعی و منکر منحصر به اثبات زوجیت و نفی آن نیست تا شما بگویید: اقرار در حق غیر نافذ نیست پس انکار نیز مفید نیست. بلکه ثمره دیگری در مسئله هست و آن اینکه وقتی زن اقرار کرد به اینکه من زوجه مدعی هستم به لوازم این اقرار أخذ می شود از این روزن باید مهر المثل را به مدعی پردازد.

زیرا به واسطه عقد دوم منافع بضع را از مدعی تقویت کرده است. چون زن حیلوله و مانع ایجاد کرده بین مدعی که مالک بضع است و بین بضع که مملوک مدعی است پس باید اجرت المثل منافع بضع را به مدعی بدهد.

سپس از اینجا مسئله در کلمات سابقین ارجاع داده شده به اینکه آیا منافع بضع مضمون به تقویت است یا نه؟

1) منافع بضع حرّه مضمون است یا نه؟ و بررسی تاریخی آن

اینکه منافع بضع زن حرّه مضمون است یا نه را علامه در تذکره و تحریر دارد محقق کرکی در جامع المقاصد با تفصیل بیشتر (1) آورده و سپس شهید ثانی کلام محقق ثانی را نقل کرده است. (2)

علامه در تذکره فرموده: ضمان هست بنابراین اقرار زن موجب اثبات اجرت المثل برای مدعی است پس جا برای جریان قانون مدعی و منکر در مقام هست.

بنابراین دعوی مدعی با بیّنه یا حلف مدعی بعد از نکول زن یا اقرار زن مسموع است.

لکن علامه رحمه الله در تحریر فرموده ضمان نیست. سپس جا برای جریان قانون

ص: 3640

1- (1) تذکر: در جامع المقاصد طبع مؤسسه آل البيت عليهم السلام به جای عبارت منافع الحرّ لا تضمن بالفوات چنین آمده است: منافع الجزء لا تضمن بالفوات که غلط است. توضیح اینکه می فرماید: بعد خودش منافعش هر دو مضمون است اما منافع حرّ مورد ضمان نیست. (نظر جامع المقاصد 91/12 طبع مؤسسه آل البيت عليهم السلام)

2- (2) تذکر: خیلی از مطالب متأخرین و از جمله ادعاهای اجماع در کلمات متأخرین به محقق کرکی می رسد. اجماعات محقق کرکی را هم در بسیاری از موارد که بررسی کردم دیدم به کلام مرحوم فخر الدین در ایضاح می رسد.

مدعی و منکر نیست محقق کرکی هر دو قول را ذکر کرده و سپس خودش ضمان را تقویت کرده است.

متأخرین گفته اند: أصلاً بحث متفرع بر مسئله مضمون بودن یا نبودن منافع بضع نیست بلکه حتی اگر ما قائل به ضمان منافع بضع نشویم سماع دعوا متصوّر است.

متقدمین می گفتند: اگر غرامت منافع بضع نباشد و از طرف دیگر اقرار و انکار و حلف زوجه نسبت به حق خودش مؤثر است نه نسبت به دیگری، از این رو این اقرار و انکار تأثیر ندارد پس دعوی مدعی مسموع نیست و جا برای قانون مدعی و منکر نیست.

متأخرین جواب داده اند: علت عدم سماع، لغویت اقرار و انکار زن است لکن در مقام ثمره فی الجملة هست چنانچه در موضوعات مرکبه گفته اند که اگر یک جزء موضوع بالوجدان و جزء دیگر بالأماره یا بالأصل ثابت شود مانعی ندارد و تعبد به یک جزء در صورتی که ترقب وجود جزء دیگر باشد لغو نیست. در مقام هم اگر ابتداءً مدعی دعوا را متوجه زن کرد و زن انکار کرد و قسم خورد تعبد به عدم زوجیت مدعی لغو نیست زیرا اگر مدعی پس از این دعوی، توجه دعوی به زوج کند و زوج هم قسم بخورد با این دو قسم دعوا تمام می شود یا اگر زن اعتراف کرد و سپس زوج نکول یا ردّ قسم به مدعی کرد و مدعی قسم خورد دعوا به نفع مدعی تمام می شود پس تعبد شارع به حجیت اقرار یا حلف زن لغو نیست و فی الجملة اثر دارد.

2) فرمایش محقق خوئی در مقام

اشاره

مرحوم آقای خوئی تبعاً للمحقق النائینی(1) می فرماید: اثر فی الجملة هم در کار نیست سپس سخن حق همان ظاهر کلام مشهور است که گفته اند: لا یلتفت الی دعواه

ص: 3641

1- (1) تذکر: البته محقق نائینی وجهی برای مطلب ذکر نکرده است لکن مرحوم آقای خوئی این وجه را مطرح کرده اند.

یا لا یسمع دعواه الاً بالبیّنه و این فروعی که مرحوم سید در عروه فرموده است و سخن از حلف و تحلیف [ردّ یمین یا نکول] به میان آورده است همه ساقط است. ایشان می فرماید: جریان قانون مدّعی و منکر در صورتی است که غیر از راه بیّنه صلاحیت اثبات زوجیت از راه حلف با اقرار زن یا اقرار مرد در کار باشد در حالی که در مقام چنین نیست زیرا اگر به زوج بگویند تو قسم بخور که هنگام تزویج، این زن خلیّه بوده است شوهر در صورتی می تواند قسم بخورد و مدّعی را تکذیب کند که خبر از واقع داشته باشد در حالی که فرض مسئله [مفروض روایت] جایی است که زوج واقع امر را نمی داند و به اعتماد بر گفته زن که گفته خلیّه هستم با او ازدواج کرده است و شرعاً هم طبق قانون مصدّقه بودن زن در این باب مرد می توانسته به سخن زن اعتماد کند. بنابراین مرد نمی تواند قسم بخورد(1)

توضیح فرمایش محقق خویی

در وسیله و کلمات فقهاء سابق هست که گاهی منکر قسم به نفی العلم می خورد و این در جایی است که مدّعی به زوج گوید: تو می دانی که این زن زوجه من است و با این حال با او ازدواج کردی. در این صورت قسم به نفی علم صحیح است. یعنی اگر عالم نباشد می توان قسم بخورد. اما اگر او مدّعی اصل زوجیت است و کاری ندارد که تو عالم هستی یا نیستی در این صورت اگر بنا شود قوانین مدّعی و منکر جاری شود باید زوج قسم بخورد که سخن تو دروغ است و قسم بر نفی زوجیت بخورد. لکن مفروض(2) این است که زوج علم به واقع ندارد. پس قسم بر نفی زوجیت نمی تواند بخورد. لذا جای حلف و تحلیف نیست. زیرا اگر زوجه به تنهایی قسم بخورد کار تمام نمی شود و اگر قسم زوجه بخوهد با قسم زوج ضمیمه شود مفروض این است که زوج نمی تواند قسم بخورد.

ص: 3642

1- (1) مبانی العروه، ج 1، ص 219 و 218.

2- (2) تذکر: مفروض روایت نه مفروض کلام صاحب عروه زیرا صاحب عروه با کلمه سواء کان عالماً بکذب المدّعی اولاً، صورت مسئله را اعم از مورد روایت گرفته است.

3) فرمایش محقق بروجردی در مقام

مرحوم آقای بروجردی کامل تر از مرحوم آقای خوئی بحث را مطرح کرده اند و مفروض مسئله را منحصر به صورت شک زوج نکرده اند ایشان می فرماید: مسئله دو فرض دارد یک فرض اینکه زوج جاهل است و نمی تواند قسم بخورد که مورد سؤال روایت است [و در کلام مرحوم آقای خوئی گذشت]

فرض دیگر اینکه زوج که ادعای خلیه بودن زن را می بیند خودش از راه قرائنی اطمینان به صدق او پیدا می کند مثل اینکه می بیند زن پارسایی است بی بند و بار نیست یا می بیند که اگر کشف خلاف شود این زن آبرویش می رود و غائله به پا می شود پس این زن جرأت نمی کند چنین اقدامی بکند یا آنکه مدعی که ادعای زوجیت می کند اصلاً با این زن سنخیت ندارد تا ادعای او معقول و قابل پذیرش باشد. در این صورت زوج می تواند قسم بر نفی زوجیت بخورد و قانون مدعی و منکر جاری می شود. بنابراین مسئله منحصر به موارد جهل زوج نیست و کلام صاحب عروه و دیگران که گفته اند قانون مدعی و منکر جاری است در این فرض درست است.

اما در فرض قبل که فرض شک است که مرحوم آقای خوئی فرمود: قانون مدعی و منکر اینجا را نمی گیرد ایشان می فرماید: در این فرض همان یک حلف زن یا اقرار زن کافی است زیرا علت اینکه قوانین مدعی و منکر را به فرض قبل در حق زوج هم جاری می کردیم این بود که زوج و زوجه هر دو ذی حق هستند اما در جایی که زوج حرف مدعی را انکار نمی کند و ادعایی ندارد نیاز به قسم او نیست. تنها طرف دعوی زن است بنابراین اقرار یا انکار و حلف یا تحلیف او مسئله را تمام می کند. و اینکه گفته شده که اقرار یا انکار زن مسئله را تمام نمی کند صحیح نیست - به نظر می رسد فرمایش ایشان سخن خوبی باشد. که در جلسه بعد بیشتر آن را بررسی می کنیم. (* و السلام*)

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

بحث در مسئله ای بود که زنی به عقد مردی در می آید و سپس شخص دیگری ادعا می کند که آن زن همسر اوست. در اینجا اگر مدعی، بیّنه داشته باشد ادعایش پذیرفته می شود و آن زن، زوجه او خواهد بود. اما اگر بیّنه نداشت در این صورت فقهاء این گونه تعبیر کرده اند که «لم تسمع دعواه» یا «لم یلتفت الی دعواه».

در این جلسه، ضمن بیان معنای این گونه تعبیری که در مسئله مطرح شده، با مراجعه به کلمات فقهاء، مقتضای قواعد را نسبت به امکان جریان قانون مدعی و منکر در فروع این مسئله بررسی خواهیم نمود.

الف) معنای عبارت «لم تسمع دعواه الا بالبیّنه» یا «لم یلتفت الی دعواه الا بالبیّنه» در کلمات فقهاء و بیان دیدگاه قائلین به عدم جریان قانون مدعی و منکر در مقام

در اینجا فقهاء، این گونه تعبیر را معمولاً به این صورت معنا می کنند که اگر مدعی بیّنه نداشته باشد هیچ اعتنایی به حرف مدعی نمی شود و قانون مدعی و منکر جریان پیدا نمی کند، زیرا این قانون در مواردی جاری می شود که بر اثر جریان آن، ثمره و اثری به دست آید و نتیجه ای داشته باشد، اما در مسئله مورد بحث، از جریان این قانون هیچ ثمره ای به دست نمی آید زیرا با نبود بیّنه برای مدعی نوبت به زن می رسد که او یا اقرار می کند و یا انکار کرده و قسم می خورد و در اینجا با اقرار زن به اینکه شخص مدعی شوهر اوست این زوجیت برای مدعی ثابت نمی گردد زیرا

این اقرار بر علیه زوج عاقدی است که آن زن را به عقد خود در آورده و معنای آن این است که زوجیت بین آن زن و آن زوج عاقد وجود ندارد لذا چنین اقراری که بر علیه دیگری است نافذ نیست و اثری بر آن بار نمی شود. و وقتی اقرار زن دارای چنین سرنوشتی است بر انکار و قسم او نیز اثری بار نمی شود و نبود و نبود چنین اقرار و انکاری در اثبات یا نفی زوجیت برای مدعی نقش ندارد. این دیدگاه کسانی است که ثمره ای برای جریان قانون مدعی و منکر در مقام نیافته اند.

اما در مقابل، عده ای برای جریان قانون مدعی و منکر در مقام، ثمراتی تصویر نموده اند که ذیلاً دیدگاه قائلین به جریان این قانون در مقام و ثمراتی که ذکر نموده اند، می پردازیم.

(ب) بررسی نظر قائلین به جریان قانون مدعی و منکر در مقام و ثمرات ذکر شده برای آن:

(1) کلام محقق کرکی در جامع المقاصد و علامه در تذکره:

در جامع المقاصد ثمره ای برای جریان قانون مدعی و منکر در مقام ذکر شده که همان مطلب به علامه در تذکره نسبت داده شده است. (1)

محقق کرکی در مسئله اینکه آیا منافع بضع قابل تضمین هست یا نیست می گوید که برای تقویت منفعت بضع، احکامی هست که برخی با تضمین و برخی با عدم تضمین تطبیق می کند اما مورد ما نحن فیه که مورد شک هست اگر زن اقرار کند ثابت می شود که او باید اجرت المثل تقویت منفعت بضع را به مدعی زوجیت سابق پردازد اما این تضمین، در صورتی که زن قسم بخورد، با قانون مدعی و منکر اسقاط می شود لذا به خاطر چنین اثری می توان به قانون مدعی و منکر تمسک کرد و تضمین تقویت منفعت بضع را اسقاط نمود.

ص: 3645

1- (1) استاد مد ظله این مطلب را در کتاب تذکره نیافته اند.

2) نقد صاحب حدائق نسبت به کلام محقق کرکی و شهید ثانی:

صاحب حدائق به دلیل اینکه جامع المقاصد را در دست نداشته مطالب جامع المقاصد را از روی مسالک نقل می کند و به نقل کلام محقق کرکی که شهید ثانی در مسالک نیز آن را پذیرفته، می پردازد و سپس آن را مورد اشکال قرار می دهد به اینکه از جریان چنین ثمره ای دور لازم می آید زیرا قانون مدعی و منکر هنگامی جاری می شود که ثمره تضمین ثابت باشد در حالی که خود تضمین به وسیله خود این قانون اثبات و سپس اسقاط می شود.

3) توجیه استاد دام ظلّه برای کلام محقق کرکی و شهید ثانی بر مبنای شیخ انصاری رحمه الله در مسئله خروج از محل ابتلاء:

مرحوم شیخ انصاری در مسئله خروج از محل ابتلاء مطلبی دارند که شبیه آن را می توان در اینجا مطرح نمود و مسئله دور را برطرف ساخت. مرحوم شیخ انصاری می فرماید که اگر در چیزی شک کردیم که آیا از محل ابتلاء خارج هست یا نیست، از طریق عمومات اباحه مثل کل شیء لک حلال و یا قانون جعل احکام تکلیفیه الزامی، می توان کشف نمود که مورد مشکوک داخل در محل ابتلاء است، در اینجا نیز می توان گفت که اگر مواردی که اثر ندارد به نحو تخصص باشد یعنی به خاطر اینکه موضوع اخذ شده در لسان دلیل، موجود نیست آن اثر بار نمی شود در این هنگام اگر در حصول موضوع در موردی شک کنیم و بخواهیم به وسیله خود کبرای قضیه، اثبات صغری نماییم دور لازم می آید (1) اما در ما نحن فیه این طور نیست که وجود مدعی و منکر مشکوک باشند و بخواهیم با قانون مدعی و منکر این صغری را ثابت کنیم تا دور لازم آید، چون فرض این است که موضوع این قانون که مدعی و منکر هستند وجود دارند و مورد شک، خود موضوع نیست بلکه این است که آیا

ص: 3646

1- (1) مثلاً اگر عالم بودن زید مشکوک باشد و خروج غیر عالم از تحت اکرم العلماء بالتخصص باشد با اصاله العموم نمی توان وجوب اکرام زید را ثابت نمود.

جریان این قانون ثمره ای دارد یا ندارد که اگر ثمره داشته باشد می توان تخصیص عقلی بخورد و اگر ثمره نداشته باشد تخصیص عقلی نمی خورد، در این صورت مانعی نیست که با اصاله العموم وجود ثمره کشف شود. یعنی مرحوم شیخ، مسئله کشف داخل بودن مورد مشکوک در محل ابتلاء از عمومات را مانند کشف مصالح از عمومات می داند. در مسئله کشف مصالح از عمومات مشهور بر این است که عمومات و قوانین، تابع مصالح و مفسد نفس الامری هستند و تا چیزی مصلحت نداشته باشد شارع به آن حکم نمی کند، بر این اساس از خود عموم فهمیده می شود که مطلق مصادیق آن مصلحت دارند و خود عموم، کاشف از وجود مصلحت در مصادیق آن است. لذا در جایی که هیچ قصوری در تطبیق عام بر مصداق نیست و فقط شک در این باشد که تخصیص عقلی خورده است یا نخورده است؟ می توان با اصاله العموم کشف کنیم که تخصیص عقلی نخورده است. مثلاً فرض کنید در لعن الله بنی امیه قاطبه از خود همین عموم کشف می شود که هیچ یک از افراد بنی امیه از این لعن استثنا نشده اند و جایی برای آن تخصیص عقلی نمی ماند که اگر شخصی از آنها مقرب درگاه الهی بود نباید لعن شود زیرا از خود عموم کشف می شود که هیچ کسی از بنی امیه مقرب درگاه الهی نیست.

بنابراین، می توان این توجیه را برای کلام محقق کرکی و شهید ثانی مطرح نمود که می خواهند بفرمایند که در جایی که شک کنیم که آیا برای قانون مدعی و منکر ثمره ای هست، به این قانون که موضوعش بر ما نحن فیه منطبق است و اگر موضوع خارج شده باشد خروجش به نحو خروج تخصیصی نیست، تمسک می کنیم و می گوئیم که ثمره وجود دارد و تخصیص نخورده است.

اما مشکل این است که اصل کلام مرحوم شیخ انصاری قابل قبول نیست ذیلاً به نقد مبنای شیخ می پردازیم.

4) نقد استاد مد ظله در مورد نظر مرحوم شیخ انصاری در مسئله داخل بودن در محل ابتلاء:

گفته شد که مرحوم شیخ انصاری می فرماید که همانطور که از عمومات می توان پی برد که مورد مشکوک دارای مصلحت هست همچنین از خود عمومات می توان پی برد که مورد مشکوک داخل در محل ابتلاء است. مرحوم نائینی نیز نظر مرحوم شیخ انصاری را اختیار کرده و برای اثبات آن تلاش بسیار نموده است.

در حالی که، همانطور که مرحوم شیخ در درر می فرماید، اموری هستند که خود شارع هنگام قانون گذاری خصوصاً در تعبدیات، وجود مصلحت در تمام افراد عام را در آنها احراز کرده است و عرف مردم به این امور آگاه نیستند مثلاً نمی دانند که چه کسی مقرب هست و چه کسی نیست لذا از خود عموم لعن الله بنی امیه قاطبه باید به دست آورد که شخصی که از بنی امیه است مقرب درگاه الهی نیست. اما چیزهای دیگری هست که شارع آنها را به خود مردم واگذار کرده است و خود مردم می توانند آنها را بشناسند که داخل بودن چیزی در محل ابتلاء از آن قبیل است و تعیین و تشخیص این امور بر عهده عمومات گذاشته نشده و خود عرف متصدی تشخیص آنها می باشد. بنابراین، اجتناب عن الخمر هیچ گاه مشخص نمی کند که خمیری که در منطقه ای قرار دارد که داخل بودن آن در محل ابتلاء مشکوک است نیز داخل در محل ابتلاء است و این عام در این زمینه کاشف نمی باشد. بر این اساس، مسئله داخل بودن در محل ابتلاء مانند مسئله کشف مصالح از عمومات نیست و از عمومات نمی توان کشف نمود که مورد مشکوک داخل در محل ابتلاء هست. و همچنین ثمره داشتن مورد مشکوکی را نمی توان از عموم کشف کرد و این نیز مانند کشف مصالح از عمومات نیست. لذا اگر در ثمره داشتن ادعا و انکاری شک کنیم نمی توانیم به وسیله قانون عام «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر» ثابت کنیم که در مورد مشکوک حتماً ثمره وجود دارد. بلکه این قانون فقط در جایی جریان پیدا

می کند که از خارج ثابت شده باشد که در موردی، مدعی و منکر بودن، نتیجه و ثمره ای دارد و کار بیهوده ای نیست. لذا این قانون خودش متکفل اثبات ثمره نمی باشد.

مرحوم آخوند در مخصصات لبی مطلبی دارند که می فرمایند در احکام عقلی از خود عمومات، موضوع حکم ثابت می شود، اما در بعضی موارد قیود عقلی به اندازه ای واضح هستند که به منزله قیود لفظی متصلند، لذا اگر در وجود آن قیود عقلی شک کنیم نمی توانیم برای نفی آن قیود به عموم تمسک کنیم. در حقیقت مسئله دخول در محل ابتلاء و یا ذی ثمر مصداقی برای یک قانون عامی از قبیل همین قسم دومی هستند که مرحوم آخوند مطرح نموده اند. بنابراین، همانطور که صاحب حدائق فرمودند، اگر خود قانون مدعی و منکر بخواهد بگوید که منافع بضع قابل تضمین هستند، در حالی که این قانون در ادعا و انکاری جاری می شود که منافع بضع قابل تضمین باشند، دور به وجود می آید. و این به این معناست که در شمول خود قانون نسبت به موردی خاص شک شده است و بدیهی است که در این مورد، آن قانون جاری نمی شود.

بنابراین چنین ثمره ای که حاکی از تضمین منافع بضع باشد در ما نحن فیه وجود ندارد لذا از این نظر نمی توان به قانون مدعی و منکر تمسک کرد.

5) وجود ثمره در لوازم زوجیت:

گفته اند که درست است که اقرار زن نقشی در اثبات یا نفی زوجیت ندارد اما اقرار او در لوازم زوجیت مؤثر است. اگر زن اقرار کند که او زوجه مدعی است مهر و نفقه زن بر زوج عاقد واجب نیست و زن مهر و نفقه خود را از زوج مدعی باید مطالبه کند پس به خاطر این ثمره، در صورتی که برای مدعی بینة نباشد می توان به قانون مدعی و منکر تمسک کرد و زن اگر انکار کند باید قسم بخورد تا رفع زوجیت مدعی بشود.

6) نقد استاد دام‌ظله در مورد این ثمرات:

به نظر می‌رسد که به احتمال قوی مراد فقهاء از این تعبیر، اثبات و عدم اثبات خود زوجیت است به وسیله قانون مدعی و منکر نه لوازم زوجیت، زیرا که عبارت مورد بحث را در مقابل صورتی ذکر کرده اند که مدعی بینه داشته باشد. بنابراین مراد آنان این است که اگر مدعی بینه داشته باشد زوجیت برای او اثبات می‌شود ولی اگر بینه نداشته باشد زوجیت او با آن زن با اقرار و حلف و انکار زن ثابت نمی‌شود.

یعنی در صورتی که بینه نداشته باشد یا زن اقرار می‌کند و یا انکار کرده قسم می‌خورد و در هر دو صورت زوجیت برای مدعی ثابت نمی‌شود و حد اکثر این است که اقرار می‌کند که حتی با اقرار هم زوجیت زن برای مدعی ثابت نمی‌شود.

بنابراین، اینکه قانون مدعی و منکر آیا برای اثبات لوازم زوجیت جاری هست یا نیست؟ خارج از این فرعی است که در مورد آن صحبت می‌کنیم، و آن فرعی دیگر است.

7) نظر صاحب جواهر:

ایشان می‌فرمایند که زوجیت مدعی تنها با بینه ثابت نمی‌شود بلکه از راهی دیگر هم قابل اثبات است. و آن این است که اگر برای زوج عاقد، قسم امکان داشته باشد و آن جایی است که او با اتکاء به یقین خود به اینکه زن شوهر دیگری ندارد با او ازدواج کرده است در این صورت اگر هم زن و هم زوج عاقد هر دو یا اقرار کنند به زوجیت برای مدعی و یا ردّ یمین کنند به مدعی و او قسم بخورد، زوجیت برای مدعی ثابت می‌شود و آن زن همسر او می‌شود. و اگر برای زوج عاقد، قسم امکان نداشته باشد (1) و آن جایی است که با اتکاء به گفته زن که گفته است من شوهر ندارم

ص: 3650

1- (1) مرحوم آقای خوبی فقط در صورت قبلی قانون مدعی و منکر را جاری می‌دانند اما در این صورت دوم نتوانسته اند تصویر ثمره نمایند و قانون را در این صورت جاری نمی‌دانند اما صاحب جواهر برای این صورت دوم هم تصویر ثمره نموده و قانون را جاری می‌دانند.

با او ازدواج کرده است، در این صورت هم اگر زن اقرار کند، تا وقتی که زوج عاقد زنده باشد یا این زن در حباله نکاح او باشد ادعای زوجیت مدعی ثابت نمی شود، اما اگر آن زوج عاقد فوت کند و یا زن را طلاق دهد یا به هر ترتیب فسخ یا انفساخی حاصل شود و مثلاً اگر عقد موقت باشد بذل مدت یا اتمام مدت شود، در این صورت با همان اقرار قبلی زن به ضمیمه این خروج زن از حباله نکاح مرد عاقد با یکی از طرف ذکر شده موجب می شود که زوجیت مرد مدعی برای این زن ثابت شود و قانون مدعی و منکر ثمره می یابد و قابل اجراست.

8) کلام مرحوم بروجردی در تصویر ثمره برای اجرای قانون مدعی و منکر در مقام:

در جلسه قبل گفته شد که مرحوم بروجردی مسئله را این گونه فرض کرده اند که شوهر نداشتن زن یا از راه یقین خود زوج عاقد به این مطلب و یا از راه اتکاء به گفته زن، برای زوج عاقد ثابت می شود. اما بنا بر صورت اول، همانطور که صاحب جواهر هم فرمودند، با اقرار زن و زوج عاقد یا رد یمین هر دو بر مدعی و قسم خوردن مدعی زوجیت زن برای مدعی ثابت می شود. و اما بنا بر صورت دوم (1) می فرمایند که با خود اقرار زن و یا رد یمین او به مدعی و قسم خوردن مدعی، زوجیت زن برای مدعی ثابت می شود و بر اساس همین ثمره قانون مدعی و منکر جاری می شود و به هیچ چیز دیگری نیازی نیست زیرا متفاهم عرفی در این صورت که زوج عاقد از خود استقلالی ندارد و با اتکاء و تبعیت از گفته زن با او ازدواج کرده، این است که اگر زن با اقرار خودش و یا رد یمین بر مدعی محکوم شد و زوجیت برای مدعی ثابت گردید زوج عاقد هم به تبع او محکوم می شود یعنی همانطور که شارع از اول، گفته زن را در مورد خلیه بودن برای زوج عاقد حجت قرار داده بود، در صورت اقرار زن نیز تبعیت زوج عاقد از زن بر حال خود باقی است و در پی محکومیت زن، زوج

ص: 3651

1- (1) نظر مرحوم خوئی و صاحب جواهر را در این صورت دوم در صفحه قبل ذکر نمودیم.

عاقده نیز محکوم می شود و از زوجیت با این زن خارج می گردد و این ثمره ای است که بر اساس آن، قانون مدعی و منکر جاری می شود و زوجیت زن برای مدعی ثابت می گردد. و بر اساس این تبعیت اقرار زن از قبیل اقرار غیر نافذی که نسبت به دیگری انجام می شود نخواهد بود زیرا اقرار بر دیگری آنگاه غیر نافذ است که دیگری نسبت به مورد اقرار تابع مقرر نباشد.

آنچه در این جلسه بیان شد بر اساس مقتضای قاعده بود که نتیجه این شد که به مقتضای قاعده بنا بر آنچه صاحب جواهر و مرحوم بروجردی فرمودند ثمره قابل تصویر است و قانون مدعی و منکر در مقام جاری است و به جز بینه مدعی راه های دیگری نیز برای اثبات زوجیت زن برای مدعی وجود دارد. حال باید دید که مقتضای روایاتی که صاحب مدارک و صاحب حدائق به آنها تمسک کرده اند چیست. (1) ادامه بحث در جلسه آتی.

«* و السلام*»

ص: 3652

1- (1) صاحب حدائق با اینکه به مطالب صاحب مدارک و تمسک صاحب مدارک به روایات را ملاحظه کرده اما می گوید که اصحاب به این روایات تمسک نکرده اند.

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

عبارت «لا تسمع دعواه الا بالبینه» در عروه، جمله ای است که مشابه آن در کلمات بسیاری از فقهاء - همچون شرایع و قواعد مشاهده شده است. این عبارت به دلیل داشتن ابهاماتی و نیز تعارض آن با قواعد فقهی دیگر معرکه آراء بین فقهاء شده است. در این جلسه بعد از نقل وجوه رفع تناقض و ابهام از این عبارت، ابتدا به نقد آنها پرداخته و سپس توجیه مختار استاد مد ظله بیان می گردد. در ادامه با مروری بر متن عروه، تذکرات عبارتی و نیز اشتباهات چاپی موجود در متن - به ویژه در چاپ جامعه مدرسین - را یادآور می شویم.

فصل فی مسائل متفرقه

اشاره

متن عروه:

فصل فی مسائل متفرقه

ص: 3653

على كل من الزوج و الزوجه، فمع عدم البينه إن حلفا سقط دعواه عليهما، و ان نکلا أو ردّ اليمين عليه فحلف ثبت مدعاه، و ان حلف أحدهما دون الآخر فلکل حکمه فاذا حلف الزوج فى الدعوى عليه فسقط بالنسبه اليه و الزوجه لم تحلف بل ردت اليمين على المدعى أو نکلت و ردّ الحاکم عليه فحلف و ان كان لا- يتسلط عليها لمكان حق الزوج الا أنه لو طلقها أو مات عنها ردت اليه سواء قلنا إن اليمين المردوده بمنزله الاقرار أو بمنزله الاقرار أو البينه، هذا كله إذا كانت منكره لدعوى المدعى و أما اذا صدّقتة و أقرت بزوجيته فلا يسمع بالنسبه الى حق الزوج و لكنها مأخوذه باقرارها فلا تستحق النفقه على الزوج و لا المهر المسمى بل و لا مهر المثل اذا دخل بها لأنها بغيه بمقتضى اقرارها الا أن تظهر عذراً فى ذلك، و ترد على المدعى بعد موت الزوج أو طلاقه الى غير ذلك.

الف) بررسی عبارت «لا تسمع دعواه الا بالبينه»:

1) طرح مسئله:

همانطوری که در جلسات قبل نیز گذشت، مرحوم سید در این فرع می فرماید اگر زنی ادعا نماید که شوهر ندارد و با مردی ازدواج نماید، اما بعد از ازدواج مرد دیگری مدعی شود که همسر این زن است، اصولاً دعوی این مدعی پذیرفته نمی شود مگر اینکه وی بر ادعای خویش بینه ای اقامه نماید (لا تسمع دعواه الا بالبينه).

ظاهر ابتدایی عبارت فوق این را می رساند که تنها در فرضی که مدعی بینه ای را اقامه نماید، دعوی او پذیرفتنی است، اما این ظاهر با ذیل کلام سید و دیگر قواعد مربوطه تنافی دارد، چرا که سید در ذیل همین مسئله علاوه بر بینه، حلف را نیز در شرایطی موجب پذیرش دعوی او دانسته است. به بیان دیگر، طبق قواعد، بینه تنها راه حل برای قبول دعوی مدعی نبوده و طرق دیگری از جمله حلف نیز می تواند تحت شرایطی ادعای وی را اثبات نماید.

2) موارد مشابه در کلمات فقهاء:

نظیر این عبارت در کلمات بسیاری از فقهاء گذشته نیز به چشم می خورد که ذیلاً چند نمونه از آن را یادآور می شویم.

1. شرایع محقق(1)

2. مختصر نافع محقق(2)

3. ارشاد علامه

4. تلخیص علامه

5. نهایه المرام(3)

6. کفایه سبزواری.

بنابراین، مشکل عبارتی فوق، اختصاصی به متن عروه نداشته و عبار دیگران را نیز در بر می گیرد. توجیهاآت آتی این مزیت را دارند که می توانند به عنوان راه حل های مشترک، مشکل یاد شده را حل نمایند.

3) سابقه طرح اشکال:

همانطوری که گذشت، مشابه این عبارت در کلام علامه در قواعد نیز وجود دارد. در قواعد اینگونه تعبیر شده است، اگر مردی نسبت به زنی معقوده یا خلیه ادعای زوجیت کند، کلام او پذیرفته نمی شود مگر اینکه بینه ای اقامه کند(4) به دنبال این مطلب محقق کرکی در جامع المقاصد(5) شرح قواعد، به علامه اشکال کرده است که این کلام تنها نسبت به معقوده صادق است، اما در مورد خلیه علاوه بر بینه قواعد مدعی و منکر پیاده می شود و در نتیجه قسم هم در عداد دلایل واقع می شود.

ص: 3655

1- (1) شرایع، (نشر استقلال)، ج 2، ص 501.

2- (2) نافع، (الدراسات الاسلامیه، چاپ سوم 1410)، ص 170.

3- (3) نهایه المرام، (مؤسسه نشر اسلامی)، ج 1، ص 35.

4- (4) «و لو ادعی زوجیه امراه لم یلتفت الیه الا بالبینه سواء عقد علیها غیره اولاً...» قواعد الاحکام، ج 2، ص 5.

5- (5) جامع المقاصد (چاپ آل البیت)، ج 9، ص 91.

4) توجیہات برخی از متأخرین و معاصرین:

برای توجیه این عبارت برخی از فقهاء، وجوهی را بیان نموده اند از جمله در کشف اللثام و جواهر (1) دو توجیه بر عبارت قواعد ارائه شده است که به نظر استاد محصلی نداشته و قابل اعتنا نمی باشند. همچنین مرحوم آقای گلپایگانی این عبارت را به شکلی تفسیر نموده است که ذیلاً به آن می پردازیم.

توجیه مرحوم آقای گلپایگانی

ایشان عبارت را اینگونه معنا نموده اند که مفروض مسئله در جایی است که مدعی دلیل اقامه می نماید که بتواند حجت بر علیه طرفین (زوج و زوجه) باشد و این تنها با بینه قابل حصول است، زیرا طرق دیگر همچون قسم خوردن زوجه به نفی ادعای مدعی اثری نسبی داشتند و تنها بر او حجت است نه بر زوج. لذا با این قسم، زوج لازم نیست که از زوجه جدا گردد.

نقد استاد مد ظله بر توجیه مرحوم آقای گلپایگانی:

این وجه نمی تواند صحیح باشد، زیرا دلیلی که می تواند حجت بر هر دو طرف (زوج و زوجه) باشد، اختصاصی به بینه نداشته و لا اقل در سه مورد دیگر نیز می تواند بر علیه طرفین حجیت داشته باشد. این سه مورد عبارتند از:

1. فرضی که زوج و زوجه هر دو به ادعای مدعی اقرار نموده اند.

2. صورتی که زوجین هر دو رد قسم کرده باشند که در نتیجه با حلف مدعی قضیه اثبات می گردد.

3. در جایی که زوجین نکول کرده باشند (نه قسم و نه رد قسم) که در اینجا حاکم شرع مدعی را وادار به قسم خوردن می کند (بلکه به نظر برخی، در فرض نکول به تحلیل هم نیازی نمی باشد).

ص: 3656

5) توجیه عبارت بنا بر نظر استاد مد ظله:

می توان عبارت سید رحمه الله را اینگونه توجیه نمود که فرض مسئله در جایی است که بدون نیاز به محکمه بخواهد ادعایی اثبات شود. در این صورت تنها دلیل قابل اعتنا، بینه خواهد بود. اما غیر از بینه، سایر دلائل (از قبیل حلف و استحلاف) برای اثباتشان بایستی به محکمه مراجعه شود زیرا تحلیف از شئون اختصاصی حاکم و قاضی است.

نقد توجیه استاد و جواب آن:

نقد: آیا دلیل اقرار هم نیازمند مراجعه به حاکم است و همچنین در مورد بینه، آیا ثبوت عدالت مستلزم رجوع به محکمه نیست؟

پاسخ استاد مد ظله:

اولاً: اقرار فرضی است نادر که اصلاً مورد عنایت سید در این مسئله نبوده است.

زیرا مفروض در صدر مسئله جایی است که زن منکر باشد. دلیل این مطلب این است که مرحوم سید در ذیل این مسئله به این امر تصریح نموده است (هذا كله اذا كانت منكرة لدعوى المدعى...).

ثانیاً: برای اثبات عدالت بینه الزاماً نبایستی به حاکم مراجعه شود، به ویژه در جایی که طرفین هر دو عدالت بینه را تصدیق می کنند.

ب) چند توضیح عبارتی نسبت به متن عروه (مسئله 3857):

1) توضیح عبارت «فحلف لا یکون حلفه»:

نقل کلام مرحوم آقای خمینی رحمه الله

در باره اینکه آیا نفس نکول کفایت در اثبات ادعای مدعی می کند یا اینکه علاوه بر آن، مدعی بایستی قسم بخورد، بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. مرحوم آقای

خمینی خواسته اند از یکی از فقرات این مسئله استفاده نمایند که مختار مرحوم سید قول اول - یعنی کفایت نکول - است. این فقره عبارت «فحلف» در جمله «و ان نکلت او ردت الیمین علیه فحلف لا یكون حلفه حجه علی الزوج» می باشد. بیان مطلب اینکه ایشان «فحلف» را تنها مربوط به قسمت دوم جمله - یعنی «ردت الیمین علیه» دانسته اند و در نتیجه معنا این می شود که زن اگر نکول کرد، گرچه تکلیف دعوی مدعی با زوجه مشخص می شود، اما این تأثیری بر رابطه بین زوجه و زوجه ندارد و همچنین اگر رد یمین بر مرد کرد و مرد قسم خورد، یمین او بر زوج اول هیچ گونه حجتی ندارد. بنابراین در دعوی بین مدعی و زوجه نفس نکول بدون نیاز به قسم مدعی کافی در اثبات ادعای او خواهد بود. البته ایشان بعد از اینکه از عبارت این چنین برداشت کرده اند، اصل مطلب را صحیح ندانسته اند و فرموده اند که باید با نکول، قسم مدعی همراه گردد تا اثر داشته باشد.

نقد کلام مرحوم امام خمینی رحمه الله

به نظر می رسد این گونه تفسیر از عبارت فوق صحیح نباشد و عبارت «فحلف» هم به معطوف «ردت الیمین» و هم به معطوف علیه «نکلت» مربوط باشد، زیرا

اولاً: تفسیر فوق خلاف ظاهر عبارت است.

ثانیاً: دنباله عبارت صریح در خلاف آن است جمله «لا یكون حلفه حجه علی الزوج» جزاء شرط برای دو صورت نکول و رد یمین است و بدیهی است برای اینکه عبارت «حلفه» قابل انطباق بر نکول هم باشد، بایستی فرض حلف شود یعنی فرض شود که بعد از نکول زن مدعی قسم خورده است.

ثالثاً: سید رحمه الله در کتاب القضاء عروه مختار خودشان را بیان نموده اند و تصریح نموده اند که نفس نکول منکر کفایت نمی کند و باید به آن، قسم مدعی نیز ضمیمه گردد.

2) محل مناسب جمله معترضه موجود در متن:

در صدر این مسئله، جمله معترضه ای وجود دارد اما در چاپ جامعه مدرسین علامت گذاری نشده است. ابتدای این جمله از عبارت «و تبقی علی زوجیه» شروع می شود، اما اینکه انتهای جمله، معترضه کجا باشد، دو نظر وجود دارد:

1. نظر مرحوم فیروزآبادی: ایشان انتهای جمله را بعد از «زوجیه الزوج» دانسته اند (یعنی «لا یكون حلفه حجه علی الزوج - و تبقی زوجیه الزوج - مع عدلها سواء كان عالماً...»). این تفسیر گرچه محتمل و قابل اعتنا است، اما بهتر است انتهای جمله را در جای دیگری بدانیم.

2. نظر استاد مد ظله: به نظر می رسد مناسب تر این باشد که انتهای جمله در دو سطر بعد و پس از جمله «و ان كان الاحوط حينئذٍ طلاقها» باشد («لا یكون حلفه حجه علی الزوج - و تبقی علی زوجیه الزوج مع عدلها... و ان كان الاحوط حينئذٍ طلاقها - فیبقی النزاع بینة و بین الزوج...»)

3) اغلاط چاپی مسئله (چاپ جامعه مدرسین):

این مسئله در چاپهای مختلف دارای چند اشکال چاپی است. در نسخه جامعه مدرسین، 4 غلط به چشم می خورد که ذیلاً به آنها اشاره می کنیم:

اشتباه اول: در چاپ جامعه قبل از «و ان اخبر» نقطه پایان جمله گذاشته شده است، در حالی که «و ان» جمله وصلیه است (نه شرطیه) و ادامه جمله قبل می باشد.

اشتباه دوم: در ادامه مسئله، در عبارت «بعد ان حلف فی الدعوی علی الزوجیه بعد الرد علیه» کلمه «الزوجیه» غلط می باشد و صحیح آن «الزوجه» است.

اشتباه سوم: تعبیر «الزوجیه» در جمله «و ان كان قبل تمامیه الدعوی مع الزوجیه فیبقی النزاع...» غلط است و صحیح آن «الزوجه» می باشد.

اشتباه چهارم: عبارت «رد الیمین» در جمله «و ان نکلا او رد الیمین علیه فحلف ثبت مدعاه» صحیح نمی باشد و به قرینه تثنیه «نکلا» بایستی جمله معطوف نیز در صیغه تثنیه خوانده شود (یعنی ردا الیمین). بدیهی است، خواندن این جمله به صورت مجهول «رَدَّ الیمین» تناسبی ندارد. دلیل اصلی این مطلب این است که در مقابله ای که استاد با نسخه اصل عروه (به خط خود مرحوم سید) کرده اند، به صورت تثنیه است.

نکته توضیحی:

علت اینکه در صورت تصدیق سخن مدعی توسط یک عادل، ایشان حکم کرده اند که احتیاطاً طلاق داده شود، این است که روایتی مطابق با این مضمون از سماعه نقل شده است، از این رو جمع احتیاط استجابی در طلاق دادن اوست.

در این جلسه از ابتدای مسئله تا عبارت «انه لو طلقها او مات عنها ردت الیها» توضیح داده شد. بررسی ادامه مسئله به جلسه بعد موکول می شود ان شاء الله. «* و السلام*»

ص: 3660

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه، ابتدا از عبارت صاحب عروه قرینه ای ذکر می کنیم که مراد ایشان از انحصار راه ثبوت زوجیت مدعی در اقامه بینه، در جایی است که آنها بخواهند تکلیف خود را بدون مراجعه به حاکم بدانند، سپس به بررسی روایات باب پرداخته و با ترجیح تحفظ بر قواعد باب دعاوی، مدلول روایاتی که دلالت بر انحصار راه ثبوت زوجیت در اقامه بینه می کند را به خصوص موردی که به حاکم شرع مراجعه نکرده اند مقید می کنیم، و در پایان به شرح و بیان احکامی که مرحوم سید در قسمت اخیر مسئله ذکر کرده اند می پردازیم.

الف) بیان قرینه دال بر اینکه فرض مسئله سید رحمه الله در انحصار راه ثبوت زوجیت در بینه، پیش از مراجعه به حاکم است:

مرحوم سید در مسئله «الثالثه» در مورد کسی که ادعا کند زنی که با مردی ازدواج کرده همسر اوست، می فرماید: ادعای او جز با بینه ثابت نمی شود. و ظاهر این جمله انحصار راه ثبوت زوجیت در اقامه بینه است در حالی که خود ایشان در همین مسئله طرق دیگری (همچون تحلیف مدعی پس از نکول زن و زوج از قسم خوردن یا رد قسمشان به او) برای ثبوت زوجیت مدعی ذکر می کند. ما در درس گذشته استظهار کردیم مراد سید رحمه الله در عروه و مراد علامه در قواعد از این انحصار، ثبوت زوجیت آنها پیش از مراجعه به حاکم باشد. پس اگر بینه ای نبود و اختلافشان نزد حاکم برده شد البته طرق دیگری برای ثبوت زوجیت همچون مواردی که در متن آمده وجود دارد. اکنون عرض می کنیم که از کیفیت طرح این مسئله در عروه قرینه ای

به دست می آید که این مطلب را تأیید می کند زیرا از اینکه مرحوم سید عنوان مسئله را به شکل مطلق مطرح کرده و صورت دیگر مسئله یعنی اقرار زن را در پایان با عبارت «هَذَا كَلَهُ إِذَا كَانَتْ مِنْكَ لِدَعْوَى الْمُدْعَى وَ إِمَّا إِذَا صَدَقَتْهُ وَ اقْرَأْتِ...» متعرض می شوند و این (اقرار زن که من زوجه مدعی هستم) فرض نادری است، معلوم می شود که مرادشان از صدر مسئله که به طور مطلق آورده اند بیان حکم صورت متعارف آن یعنی «انکار زن» می باشد و چون اگر مردی با زنی که اظهار می کرده خلیه است ازدواج کند سپس دیگری ادعا کند شوهر اوست، متعارفاً آنها پیش از هر چیز می خواهند تکلیف شرعی خود را بدانند لذا باید مرحوم سید (که در مقام بیان حکم آنچه مورد ابتلاء متعارف مردم است می باشد) راه روشن شدن تکلیف زوج که منحصر در شهادت بینة مدعی است را بیان کند و این منافاتی ندارد که بعد از آن طریق رفع اختلاف توسط حاکم پس از مراجعه به او را نیز متعرض شوند. همین تقریب که مراد بیان حکم مورد متعارف این مسئله (یعنی پیش از مراجعه به حاکم) است را در مورد کلمات فقهای سابق و عبارت علامه در قواعد نیز می توان گفت.

(ب) نقل و بررسی روایات:

اشاره

صاحب حدائق می فرماید: فقها بدون اینکه نامی از روایات این مسئله ببرند تنها بر حسب قواعد مشی نموده و فتوا داده اند. ولی پیش از ایشان صاحب مدارک در نهاییه المرام یکی از آن روایتها را ذکر کرده است و جای تعجب از خود ایشان است که با اهتمام خاصی که به نقل و بررسی روایات دارد، روایت یونس که ضعیف السند است را ذکر می کند اما نامی از روایت صحیح السند حسین بن سعید که صاحب وسائل هم آن را نقل کرده و با همان عبارت می باشد نمی برد.

در هر حال در این مسئله چهار روایت وارد شده که یکی از آنها صحیح السند و دیگری موثقه و سومی حسنه و بلکه به نظر ما صحیحه است و تنها یکی از آنها ضعیف السند می باشد.

متن روایت: محمد بن یعقوب الکلبینی عن علی بن ابراهیم عن ابيه عن عبد العزيز بن المهتدي قال: سألت الرضا عليه السلام قلت: جعلت فداك ان اخي مات و تزوجت امرأته فجاء عمي فادّعى انه كان تزوّجها سرّاً فسألته عن ذلك فانكرت اشدّ الانكار و قالت ما كان بيني و بينه شيء قط، فقال: يلزمك اقرارها و يلزمه انكارها(1)

در سند این روایت ابراهیم بن هاشم واقع شده که بعضی او را ممدوح می دانند و روایت را به حسنه توصیف می کنند ولی به نظر ما و به نظر اهل تحقیق وی از ثقات است و این روایت صحیحه می باشد. در این روایت مدعی که عموی زوج است ادعا می کند مخفیانه با آن زن ازدواج کرده است و حضرت در پاسخ، آن زن را زوجهٔ راوی محسوب کرده و عمویش را ملزم به ترتیب اثر به انکار زن نموده اند و علت اینکه در اینجا سخن از بینه به میان نیاورده اند این است که فرض سؤال (ازدواج مخفیانه) در جایی است که بینه ای وجود نداشته است.

2 و 3 - مضمرة یونس و مکاتبة حسین بن سعید:

متن روایت: محمد بن الحسن الطوسی باسناده عن الصفار عن احمد بن محمد عن علی بن احمد عن یونس قال: سألته عن رجل تزوج امرأه فی بلد من البلدان فسألها لک زوج؟ فقالت: لا، فتزوجها، ثم ان رجلاً اتاه فقال: هی امرأتی فانكرت المرأه ذلك، ما يلزم الزوج؟ فقال: هی امرأته الا ان یقیم البینه. و باسناده عن احمد بن محمد عن الحسين یعنی ابن سعید انه كتب اليه يسأله، و ذکر مثله.(2)

ظاهراً مراد از احمد بن محمد، فرزند عیسی است. و اگر مراد فرزند خالد هم باشد هر دو ثقة هستند و مراد از یونس در این طبقه یونس بن عبد الرحمن است که از اجلاء ثقات است و اضممار او مضر نیست ولی مراد از علی بن احمد که از یونس روایت می کند علی بن احمد بن اشیم است که شیخ طوسی او را از اصحاب امام رضا علیه السلام و از افراد مجهول شمرده است(3) البته گاهی دربارهٔ یک راوی در کتب رجال و تراجم هیچ توثیقی و یا شرح حالی دیده نمی شود که اصطلاحاً او را مجهول یا

ص: 3663

1- (1) وسائل ابواب عقد النکاح و اولیاء العقد باب 23، ح 1.

2- (2) وسائل ابواب عقد النکاح و اولیاء العقد باب 23، ح 3.

3- (3) رجال الطوسی - اصحاب الرضا علیه السلام باب العین، شماره 66.

مهمل می نامند ولی در عین حال فی نفسه منافاتی با وثاقتش ندارد چون ممکن است اصحاب و محدثین از او پس از اینکه او را شناخته و به وثاقتش پی برده اند، اخذ حدیث کرده باشند و ترجمه ای از او به دست ما نرسیده باشد که می توان با قرائن وثاقت او را ثابت نمود، اما اگر خود اهل فن و صاحب کتب رجال و تراجم تصریح کنند که ما او را نشناختیم (مانند راوی مذکور) در این صورت مجهول بودن او موجب ضعف روایت می شود. ولی شیخ طوسی عین این روایت را سؤالاً و جواباً با سندی صحیح از حسین بن سعید در مکاتبه ای نقل کرده است، پس روایت با این سند صحیح است.

در این روایت هم صورت وجود بینه که آن زن همسر مدعی خواهد شد، و هم مانند روایت قبلی فرض انکار زن و عدم وجود بینه که آن زن را همسر زوج قلمداد کرده اند را ذکر فرموده اند.

4 - موثقه سماعه:

متن روایت: محمد بن الحسن الطوسی باسناده عن زرعه عن سماعه قال: سألته عن رجل تزوج جاریه او تمتع بها (1) فحدّثه رجل ثقه او غیر ثقه فقال: ان هذه امرأتی و لیست لی بینه فقال: ان كان ثقه فلا یقربها و ان كان غیر ثقه فلا یقبل منه (2).

زرعه و سماعه هر دو واقعی ولی ثقه هستند لذا روایت موثقه می باشد. «بینه» در این روایت به معنای اصطلاحی خود که همان دو شاهد عادل است بکار رفته نه به معنای مطلق حجت اعم از اینکه عدلین باشد یا نه، زیرا اگر مراد از بینه اعم از عدلین و یا ثقه واحد بود معنا نداشت در فرض عدم بینه سؤال از حکم ثقه واحد بکنند. و

ص: 3664

1- (1) با اینکه متعه خود یک نوع ازدواج (به معنای العام) است ولی راوی در این روایت آن را قسیم تزوج قرار داده است و این تأیید همان مطلبی است که ما در بحثهای گذشته عنوان می کردیم که کثراً ما لفظ «تزوج» به حسب استعمال در روایات یا در لسان متشرعه به خصوص «ازدواج دائم» اطلاق می شود به طوری که گاهی انسان به شبهه می افتد که حکمی را که بر عنوان «تزوج» مترتب کرده اند آیا شامل متعه هم می شود یا نه. البته احتمال بعیدی نیز در روایت هست که مراد از «تمتع بها» امه محله باشد و در این صورت «تزوج» در این روایت شامل متعه نیز شده و قرینه ای بر مدعای ما نمی شود لکن این احتمال، خلاف ظاهر است و تنها به حسب لغت، صرف نظر از استعمالات و همراه با قرینه می توان آن را محتمل دانست.

2- (2) وسائل ابواب عقد النکاح و اولیاء العقد باب 23، ح 2.

چون در این روایت ادعای ثقۀ واحد را کافی دانسته اند با روایت قبلی که منحصرأً بینه را مثبت دعوی دانسته اند معارض می شود زیرا «بینه» در مکاتبه حسین بن سعید که در کلام امام علیه السلام آمده مسلماً به معنای اصطلاحی آن یعنی «عدلین» بکار رفته و دلالت کالصریح در عدم کفایت ثقۀ واحد دارد، و بسیار بعید است که راه ثبوت ادعای مدعی زوجیت را منحصر در بینه کنند که اصطلاحاً در باب تنازع به عدلین اطلاق می شود، و بگویند: «هی امرأته الا ان یقیم البینه» و منظورشان مطلق «حجت» اعم از عدلین و یا ثقۀ واحد باشد.

بنابراین نمی توان قواعد باب رفع تنازعات و اثبات موضوعات توسط عدلین را به روایت سماعه، آن طور که صاحب حدائق فرموده، تخصیص زد زیرا تخصیص قواعد با روایت معتبر در جایی صحیح است که آن روایت معارضی نداشته باشد و مکاتبه حسین ابن سعید با موثقه سماعه تعارض دارد لذا اگر این دو روایت جمع عرفی نداشته باشد باید بر قواعد عامه تحفظ نمود.

ج) جمع بین روایات:

اشاره

در روایت حسین بن سعید در فرض عدم بینه می فرماید آن زن همسر زوج است و در روایت سماعه می فرماید اگر مدعی ثقۀ بود با او نزدیکی نکند. گمان نمی کنم کسی وجه جمع را با اینکه زن را همسر زوج محسوب می کند با جمود بر لفظ «فلا یقربها» حرمت مقاربت با او بداند و حکم به تضييع حق او کند. ظاهراً قائلی هم برای این مطلب وجود ندارد بعضی این دو روایت را این گونه جمع کرده اند که مراد از «فلا یقربها» کنایه از لزوم تطلیق آن زن است یعنی باید از او به طوری که محذور شرعی نداشته باشد که منحصر در طلاق دادن اوست، جدا شود همچنان که مرحوم سید نیز طلاق او را احوط استحبابی دانسته اند.

ولی در هر حال مکاتبه حسین بن سعید که حکم به زوجیت آن زن برای مدعی را منحصر در اقامه بینه دانسته غیر از تعارضش با موثقه سماعه (که ما وجه جمعی

برای آن نقل کردیم) با قواعد عامه باب قضا که در صورت عدم بینه مکرراً تحلیف می کنند و یا ادعای مدعی با حلف در صورت نکول منکر یا رد یمین به او ثابت می شود نیز تعارض دارد.

مرحوم آقای حکیم می فرماید: ظاهراً این روایات بیان تکلیف زوج پیش از مراجعه به حاکم است نه بیان کیفیت رفع اختلاف و تنازع، لذا منافات ندارد که پس از ترافع نزد حاکم طریق ثبوت زوجیت مدعی طبق قواعد عامه باب قضا منحصر در بینه نباشد.

نقد استاد مد ظله بر کلام مرحوم آقای حکیم و بیان وجه جمع مختار:

ایشان هیچ شاهی برای اختصاص اطلاق جواب حضرت به صورت قبل از ترافع نزد حاکم ذکر نمی کنند بلکه می توان گفت خود سؤال کردن از آن حضرت یک نوع درخواست قضاوت و رفع نزاع می باشد چون اگر به عنوان ترافع نزد حاکم از آن حضرت سؤال کنند ایشان به همین نحو قضاوت می کنند که «هی امراته الا ان یقیم البینه» در هر حال ظهوری در فرض عدم مراجعه به محکمه ندارد و اطلاق آن شامل قبل از مراجعه و بعد از آن هر دو می شود.

ولی در عین حال از طریق دیگری ممکن است مدعای مرحوم آقای حکیم را قائل شویم به این تقریب که این روایت حد اکثر این است که مطلق بوده و شامل قبل از مراجعه و پس از مراجعه هر دو می شود از آن طرف هیچ فقیهی قوانین باب قضا که طریق اثبات دعاوی و رفع اختلافات را منحصر در اقامه بینه ندانسته با حلف عند الرد یا عند النکول نیز ثابت شده قلمداد می کنند را تخصیص نزده و شامل جایی که دو تن بر موردی ادعا داشته باشند یا دو انکار وجود داشته باشد نیز دانسته اند لذا امر دائر است بین اینکه این قواعد را تخصیص بزیم و در اینجا قائل به انحصار طریق ثبوت به بینه شویم یا رفع ید از اطلاق روایات این مسئله کرده آنها را حمل بر صورت قبل از مراجعه به محکمه کنیم. به نظر می رسد اقوی رفع ید از اطلاق و تحفظ بر قواعد و عمومات است. بخصوص با توجه به محیطی که شیعیان و

ائمه عليهم السلام در آن بسر می بردند که حکام جور مسلط بودند و ترافع نزد حاکم مقبول عند الشارع چندان میسور نبوده، خود ائمه اطهار عليهم السلام نیز محذوراتی داشته و دستشان در این زمینه باز نبوده است. لذا می توان گفت در روایت حسین بن سعید تکلیف عملی شیعیان را (پیش از محکمه) بیان کرده اند و منافاتی ندارد که با مراجعه به حاکم شرع طبق قواعد باب قضا حکم شود و ادعای مدعی همان طور که صاحب جواهر و مرحوم سید و مرحوم آقای حکیم نیز فرموده اند، با حلف عند نکول المرأه و الزوج او رد الیمین نیز ثابت شود.

(د) ادامه توضیح و شرح عبارت عروه:

المسأله الثالثه... والحاصل ان هذه الدعوى على كل من الزوج و الزوجه فمع عدم البینه ان حلفا سقط دعواه علیهما و ان نکلا او ردا الیمین علیه فحلف ثبت مدعاه و ان حلف احدهما دون الآخر فلکل حکمه فاذا حلف الزوج فی الدعوى علیه فسقط بالنسبه الیه و الزوجه لم تحلف بل ردت الیمین على المدعی او نکلت و رد الحاکم علیه فحلف و ان کان لا یتسلط علیها لمکان حق الزوج الا انه لو طلقها او مات عنها ردت الیه.

اگر مدعی بینه نداشت و زوجین را تحلیف کرد چنانچه قسم خوردند ادعای او باطل می شود و اگر از قسم خوردن نکول کردند یا آن را به مدعی رد نمودند و او قسم خورد، مدعایش ثابت می شود و اگر یکی از آن دو قسم خوردند هر کدام از آنها پای بند به لوازم قسم خود خواهند شد، پس اگر مثلاً زوج قسم خورد ولی زن رد یمین کرد یا حاکم شرع پس از نکول او یمین را به مدعی رد نمود و او قسم خورد، مدعی نسبت به زوج که قسم خورده حقی نخواهد داشت ولی ادعایش نسبت به زوجه در حدی که به حق زوج (و زوجیت او) لطمه نزنند ثابت می شود یعنی فعلاً بر او حق زوجیت پیدا نمی کند لکن آن زن پس از مرگ زوج یا پس از طلاق و یا موارد دیگر جدایی همچون فسخ و انفساخ و یا سرآمدن اجل یا بذل مدت در متعه، به مدعی داده می شود.

متن عروه: سواء قلنا ان اليمين المردوده بمنزله الاقرار او بمنزله البينه او قسم ثالث

در جایی که زن یمین را به مدعی رد کند ادعای مدعی غیر از آنچه که بر علیه زوج است ثابت می شود خواه یمین مردوده را در حکم اقرار او یا اقامه بینه بدانیم و یا در هر مورد بر حسب اقتضای قواعد برای آن حکم ثالثی قائل شویم.

سابقین درباره یمین مردوده دو نظریه داشتند برخی آن را در حکم اقرار و برخی دیگر در حکم بینه می دانستند. صاحب جواهر می فرماید بعضی از فقهای اخیر از متأخرین برای آن حکم ثالثی قائل شده، در هر جا بر حسب اقتضای قواعد آن مسئله بر آن حکمی مترتب می کنند و خود همین نظریه را اختیار کرده، مرحوم سید در کتاب القضاء از ملحقات عروه نیز آن را پذیرفته است. در هر حال علی جمیع المبانی باید زن را پس از جدایی به مدعی رد نمود. البته فقها نوعاً می گویند اگر یمین مردوده در حکم بینه باشد تنها ادعای مدعی نسبت به زوجه - نه بر زوج - ثابت می شود ولی ظاهراً مرحوم آقای حکیم آن را مانند بینه خود مدعی دانسته و زوج را هم ملزم به آن می دانند ولی در هر حال در این جهت فرقی نمی کند که بر اساس همه مبانی باید زن را پس از جدا شدن از زوج - به طلاق یا مرگ یا فسخ و انفساخ و غیره - به مدعی رد نمود.

متن عروه: نعم فی استحقاقها النفقه و المهر المسمی علی الزوج اشکال خصوصاً ان قلنا انه بمنزله الاقرار او البينه.

مرحوم سید می فرماید اگر زن یمین را به مدعی رد کرد چون رد یمین سبب اثبات حق مدعی بر علیه او می شود مشکل است که بگوییم با حلف مدعی هم حق او ثابت می شود و هم آن زن از زوج، مستحق نفقه و مهر المسمی است، بخصوص اگر قائل شویم که رد یمین به منزله اقرار او یا به منزله بینه است چون اگر او کاری کند که در حکم اقرار باشد که من زن مدعی هستم و یا به منزله اقامه بینه باشد گویا او خود حق خویش را از زوج اسقاط کرده و استحقاق نفقه و مهر المسمی از زوج در این صورت مشکل است. به نظر ما نیز به احتمال بسیار قوی رد یمین، عدم

استحقاق نفقه از زوج و مهر المسمی از او را اثبات می کند. بلکه باید استحقاق مهر از مدعی را نیز به آن اضافه کرد زیرا زن خود را با رد یمین به مدعی (که به منزله اقرار یا بینه است) طلبکار مهریه دانسته و مدعی هم با حلف، بر آن اقرار کرده است البته چون او را به مدعی تسلیم نمی کنند نفقه را مستحق نیست ولی مهر را باید به او پردازد.

متن عروه: هذا كله اذا كانت منكره لدعوى المدعى و اما اذا صدقته و اقرت بزوجيته فلا يسمع بالنسبه الى حق الزوج و لكنها مأخوذه باقرارها فلا تستحق النفقه على الزوج و لا المهر المسمى بل و لا مهر المثل اذا دخل بها لانها بغيه بمقتضى اقرارها الا ان تظهر عذراً في ذلك و ترد على المدعى بعد موت الزوج او طلاقه الى غير ذلك.

اگر زن نسبت به ادعای مدعی منکر نبود و او را تصدیق و به آن اقرار کرد، البته اقرار او نسبت به حق زوج نافذ نیست اما او را نسبت به اموری که بر علیه خود اوست اخذ می کنند و لذا نه از زوج نفقه ای مستحق است و نه طلبکار مهر المسمی است و نه چون اقرار به غیر خلیه بودن کرده و به مقتضای آن تمکین به زوج را زنا قلمداد نموده، مستحق مهر المثل است. مگر اینکه عذری بیاورد که دخول به او وطی به شبهه شود و در هر صورت پس از جدا شدن از زوج - به مدت یا طلاق یا فسخ و انفساخ و غیره - بنا به اقرارش زوجه آن مدعی است و بر همین اساس احکام دیگر مانند اقامه حد و حرمت ابد و امثال ذلك نیز مترتب می شود. («* و السلام*»)

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس این جلسه:

بحث درباره مسئله چهارم و پنجم از مسائل متفرقه مربوط به فصل عقد و احکام آن است. در این جلسه نخست با طرح مسئله چهارم و اشاره ای به فرمایش مرحوم شهید ثانی، نظر مرحوم سید را مورد تأیید قرار می دهیم. آنگاه مسئله پنجم را مطرح کرده، با توضیحی در اطراف بخشی از آن، ادامه بحث را به جلسه آینده واگذار خواهیم کرد.

الف) بررسی مسئله چهارم از مسائل متفرقه:

1) متن عروه (صد مسئله):

الرابعه: اذا ادّعى رجل زوجته امرأه وانكرت فهل يجوز لها ان تتزوج من غيره قبل تمامية الدعوى مع الاول، وكذا يجوز لذلك الغير تزويجها، أو لا إلا بعد فراغها من المدعى؟ و جهان؛ من أنّها قبل ثبوت دعوى المدعى خلية و مسلطة على نفسها، و من تعلق حق المدعى بها، و كونها فى معرض ثبوت زوجيتها للمدعى، مع ان ذلك تقويت حق المدعى اذا ردت عليه و حلف، فانه ليس حجة على غيرها و هو الزوج. و يحتمل التفصيل بين ما اذا طالت الدعوى فيجوز، للضرر عليها بمنعها حينئذ و بين غير هذه الصورة و الاظهر الوجه الاول.

2) توضیح:

اگر مردی مدعی شود که زنی همسر اوست ولی آن زن، منکر ادعای وی شده و بخواهد پیش از پایان یافتن نزاع، با مرد دیگری ازدواج کند آیا این ازدواج برای آن دو جایز است یا اینکه الزاماً باید این ازدواج پس از پایان نزاع صورت گیرد؟

ص: 3670

مرحوم سید می فرماید: به لحاظ اینکه این زن قبل از ثبوت ادّعی مدّعی، زنی بی شوهر و اختیار دار خود می باشد، ازدواج آنان بی مانع است، اما از این جهت که همسری او برای مرد مدّعی در معرض ثبوت است و آن مرد اجمالاً نسبت به وی حق پیدا کرده - خصوصاً چنانچه بیّنه نداشته باشد و زن ردّ قسم کند و او قسم بخورد، نظر به اینکه قسم او بر علیه کسی جز زن حجت نیست و ازدواج زن باعث ضایع شدن حقّ مدّعی خواهد شد - باید ازدواج زن و مرد را حرام دانست. احتمال هم دارد قائل به تفصیل شده، در مواردی که دعوی به درازا می کشد، چون ممانعت از ازدواج زن به ضرر اوست، آن را جایز دانسته، و در غیر آن صورت به حرمت ازدواج آنان قائل شویم.

مرحوم سید نهایتاً نظر به اینکه ازدواج زن، حقّ ثابتی را از مدّعی از بین نمی برد و استیفاء حقّ او را نیز متعذّر نمی سازد بلکه صرفاً موضوع حقّ از بین می رود، و قول به تفصیل را هم ناتمام دانسته، قائل به جواز ازدواج شده و آن را اظهر معرفی می کنند.

(3) نظر شهید ثانی در مسالک با توضیحی از استاد مد ظلّه:

اصل این مسئله نخستین بار توسط مرحوم شهید ثانی ذیل بحث پیرامون مسئله سوم (مردی که نسبت به یک زن معقوده ادّعی زوجیت کرده) مطرح گردیده، و قبل از آن کسی آن را عنوان نکرده است.

ایشان می فرماید: جواز یا حرمت این ازدواج، متفرّع بر خلافی است که در مسئله قبل (مسئله سوم) موجود می باشد، که اگر قائل به سماع قول مدّعی نسبت به زن معقوده شویم در این صورت مسئله دو وجه پیدا می کند:

به اعتبار اینکه ازدواج باعث می شود که حتّی در صورت اقرار زن، مدّعی نتواند او را تصاحب کند و حقّ او و تسلّط وی بر بضع ساقط خواهد شد، لذا ازدواج تا پایان نزاع جایز نیست.

و به اعتبار اینکه بعد از ازدواج هم ادّعی مدّعی مفید فائده است و در صورت اقرار زن - گرچه مدّعی نمی تواند او را تصاحب کند لیکن - چون منافع بضع توسط زن تقویت شده، مدیون مدّعی خواهد شد، لذا ازدواج بی مانع است.

و اگر قائل شدیم که قول مدّعی نسبت به زن معقوده مسموع نیست در این صورت نیز ازدواج تا پایان نزاع جایز نخواهد بود.

البته در مواردی که مدّعی برای تسلیم شدن زن، عمداً دعوی را طول دهد، نظر به اینکه ممانعت از ازدواج زن موجب ضرر برای اوست، جواز ازدواج بنا بر هر دو مبنا مطلقاً اقوی است.

(4) نقد استاد مدّ ظله:

حق در مسئله همان طور که مرحوم سید اختیار فرموده، این است که ازدواج در هر صورت بی مانع است، زیرا حقی را که مرحوم شهید ثانی برای مدّعی، مسلم فرض کرده اند، حقی است مشروط، نه مطلق. چه آنکه ما شرعاً دلیلی نداریم که مدّعی دارای آن چنان حق مطلق باشد که زن موظف به فراهم آوردن زمینه مناسب برای ابقاء اثر ادّعی او بوده، و بدین منظور حتی از ازدواج خودداری نماید. بر فرض که ترک ازدواج مستلزم ضرر و حرجی برای زن نباشد، حق مدّعی مطلق نیست که حتی مانع استیفای حق دیگران گردد. بلکه مشروط است به اینکه دعوی او اثبات شود.

به بیانی دیگر، بر فرض که کبرویاً در شرع مقدس حقی از این قبیل وجود داشته باشد که برای استیفای آن، مردم موظف به انجام یا ترک اموری باشند که مستلزم ممانعت از استیفای حق خودشان باشد، لیکن بحث ما در صغرای مسئله است، یعنی آیا این مدّعی از چنین حق مطلق برخوردار هست که زن حق نداشته باشد با ازدواجش ادّعی او را بی اثر کند؟ ظاهراً دلیلی بر آن نداریم و به مقتضای قواعد اولیه نیز زن بی شوهر محسوب می شود و ازدواج او بی مانع است.

5) متن عروه (ذیل مسئله چهارم):

و حينئذ فإن اقام المدعى بيته و حكم له بها كشف عن فساد العقد عليها، و ان لم يكن له بيته و حلفت بقية على زوجيتها، و ان ردّت اليمين على المدعى و حلف ففيه و جهان: من كشف كونها زوجة للمدعى فيبطل العقد عليها، و من ان اليمين المردودة لا يكون مسقطاً لحق الغير و هو الزوج، و هذا هو الاوجه، فيشمر فيما اذا طلقها الزوج او مات عنها، فانها حينئذ تردّ على المدعى و المسألة سيّالة تجرى في دعوى الأملاك و غيره ايضاً و الله اعلم.

6) توضیح و نظر استاد مد ظله:

اگر پس از اقدام زن به ازدواج، مدّعی برای اثبات زوجیت او اقامه بیّنه کرده و حاکم شرع به نفع او حکم نماید، این حکم کاشف از فساد عقد جدید خواهد بود. و اگر بیّنه نداشته باشد و زن قسم بخورد، زوجیت او برای مرد ثانی باقی خواهد ماند.

ولی اگر زن قسم را به مدّعی ردّ کند و مدّعی قسم بخورد ممکن است به یکی از دو وجه زیر قائل شویم:

1 - بطلان عقد جدید، به لحاظ اینکه قسم مدّعی می تواند کاشف از زوجیت زن برای او باشد.

2 - بقاء زوجیت زن برای مرد ثانی، از این جهت که یمین مردوده نمی تواند مسقط حقّ دیگری (مرد ثانی) باشد.

مرحوم سید وجه دوم را اوجه شمرده و می فرماید: قسم مردوده هم بی فائده نیست زیرا اگر مرد ثانی بمیرد یا زن را طلاق دهد، زن تحویل مدّعی داده خواهد شد.

همان طور که قبلاً عرض کردیم، برای بازگرداندن زن به مدّعی، صور دیگری نیز مثل فسخ یا انفساخ عقد و... قابل تصوّر است. و مسئله نیز همان گونه که سید فرموده، اختصاص به باب نکاح ندارد و در مورد املاک و غیر آن نیز جاری است.

مثل اینکه مالی در اختیار کسی است و دیگری نسبت به آن ادعای مالکیت می کند،

آیا قبل از تمامیت دعوی، می تواند روی آن معامله ای انجام دهد یا نه؟ که البته طبق تحقیق، این کار جایز است لیکن اگر بعداً بیّنه ای بر علیه او اقامه شود، کاشف از بطلان معامله خواهد بود.

ب) بررسی مسئله پنجم از مسائل متفرقه:

1) متن عروه (صدر مسئله):

الخامسه(1): اذا ادّعى رجل زوجته امرأه فانكرت و ادّعت زوجيته(2) امرأه اخرى لا يصحّ شرعاً زوجيتها لذلك الرجل مع الامراه الاولى - كما اذا كانت اخت الاولى أو أمها أو بنتها - فهناك دعويان إحداهما: من الرجل على المرأة، و الثانية: من المرأة الاخرى على ذلك الرجل و حينئذ فاما ان لا يكون هناك بينه لواحد من المدّعين، أو يكون لاحدهما دون الآخر أو لِكليهما، فعلى الاول: يتوجّه اليمين على المنكر في كلتا الدعويين، فان حلفا سقطت الدعويان، و كذا إن نکلا و حلف كل من المدّعين اليمين المردوده. و ان حلف احدهما و نكل الآخر و حلف مدّعيه اليمين المردوده سقطت دعوى الاول و ثبت مدّعى الثاني. و على الثاني - و هو ما اذا كان لاحدهما بيّنه - يثبت مدّعى من له البيّنه. و هل تسقط دعوى الآخر أو يجرى عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو ردّه؟ قد يدّعى القطع بالثاني لأنّ كلّ دعوى لا بدّ فيها من البيّنه أو الحلف، و لكن لا يبعد تقويه الوجه الاول، لأنّ البيّنه حجه شرعيه و اذا ثبت بها زوجيه إحدى الامراتين لا يمكن معه زوجيه الاخرى، لأنّ المفروض عدم امكان الجمع بين الامراتين، فلازم ثبوت زوجيه إحداهما بالاماره الشرعيه عدم زوجيه الاخرى، و على الثالث فاما ان يكون البيّنتان مطلقتين، أو مؤرختين(3) متقاربتين، أو تاريخ احدهما اسبق من الاخرى، فعلى الاولين تتساقطان و يكون كما لو لم يكن بيّنه اصلاً و على الثالث ترجح الأسبق...

ص: 3674

1- (1) مرحوم سيد اين مسئله را بر اساس قواعد قضاء و مدّعى و منكر تنظيم کرده، و روايتی را هم که بر خلاف قواعد در موردی از ذيل مسئله وارد شده نپذيرفته است.

2- (2) در برخی از چاپ های عروه به جای زوجيته به غلط زوجيه چاپ شده يعنى ضمير «ه» از آخر زوجيه افتاده است.

3- (3) در بعضی از چاپ ها بين اين دو کلمه علامت «،» قرار داده شده که غلط است.

اگر مردی مدعی شود که زنی زوجه اوست و آن زن، منکر ادعای وی شود، و زن دیگری - مثل خواهر یا مادر یا دختر آن زن که شرعاً جایز نیست همراه او، زوجه آن مرد باشد - بر خلاف ادعای مرد، مدعی شود که خودش همسر آن مرد است (که در واقع مسئله از دو ادعا تشکیل شده: 1 - ادعای مرد علیه زن اول 2 - ادعای زن دوم علیه آن مرد) در این صورت یکی از سه حالت پیش می آید: اول: هیچ یک از دو مدعی بینه ندارند. دوم: تنها یکی از آنان دارای بینه می باشد. سوم: هر دو مدعی بینه دارند.

در حالت اول که هیچ کدام بینه ندارند، در هر دو ادعا، منکرها باید قسم بخورند، و اگر هر دو قسم بخورند - و یا هر دو نکول کرده و قسم متوجه مدعی ها شود و هر دو مدعی قسم بخورند - هر دو ادعا ساقط خواهد شد (در فرض اول از باب حجیت یمین و در فرض دوم از باب تساقط حجّ تین). ولی اگر یکی از دو منکر قسم بخورد و دیگری نکول کرده و مدعی او قسم بخورد، ادعای اول ساقط می شود و مدعی دوم اثبات می گردد.

در حالت دوم که یکی از آنها بینه دارد، مدعی او ثابت خواهد شد. اما در مورد دیگری که بینه ندارد ممکن است بگوییم: پس از اثبات مدعی صاحب بینه، مدعی کسی که بینه ندارد ساقط می شود، و یا به اعتبار وجود مدعی و منکر بگوییم: باید قواعد مدعی و منکر را جاری ساخته، منکر قسم بخورد و یا ردّ قسم نماید، زیرا در هر دعوایی ناگزیر از بینه یا قسم هستیم.

مرحوم سید می فرماید: لا یبعد تقویت وجه اول، زیرا بینه حجت شرعی است و لوازم و مثبتات شرعی امارات نیز حجت است لذا وقتی زوجیت یکی از دو زن - که طبق فرض، جمع آنان برای یک مرد ممکن نیست - ثابت شود، لازمه اش عدم زوجیت دیگری خواهد بود.

در حالت سوم که هر دو مدعی بینه داشته باشند ممکن است یکی از سه صورت زیر باشد: 1 - هیچ یک از دو بینه زمان عقدها را مشخص نکنند 2 - هر دو بینه زمان

واحدی را برای دو عقد معرفی کنند. در این دو صورت، دو بینة تساقط می کنند و در واقع مثل این است که اصلاً بینة ای در کار نبوده است. 3 - زمان یکی مقدم بر دیگری باشد. در این صورت مسئله دارای فروضی است که در جلسات آینده به آن می پردازیم. ان شاء الله.

«* والسلام*»

ص: 3676

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه، استاد مد ظله نکاتی را ذیل مسئله رابعه و مسئله خامسه مطرح می کنند. از جمله دفع اشکال عدم تعارض بین موثقه سماعه و روایات دیگری که سماع قول مدعی را منوط به بیته کرده اند و نیز اشاره به بحث حجیت بیئتین متعارضین در نفی ثالث.

مرحوم صاحب العروه در ذیل مسئله رابعه می فرماید:

و المسأله سیّاله تجری فی دعوی الأملاک و غیرها(1) أيضاً و الله أعلم یعنی مسئله اختصاص به دعوی زوجیت ندارد. مرحوم آقای خویی می فرماید: البته بین ادعای زوجیت و ادعای غیر زوجیت فرق است زیرا در باب زوجیت چنانچه در مسئله ثالثه(2) گذشت لا یسمع الدعوی الاّ بالبیته اما در غیر باب زوجیت، یمكن للمدعی عند عدم البیته اثبات دعواه بالیمین المردوده، بنابراین اگر خانه ای در اختیار کسی بود و آن را فروخت به قاعده ید حکم به صحت بیع می شود. حال اگر شخصی ادعای مالکیت این خانه را داشت می تواند به حاکم شرع رجوع کند و بیته اقامه کند و اگر بیته نداشت منکر را قسم دهد و اگر قسم نخورد بلکه اعتراف کرد یا ردّ قسم به مدعی کرد یا نکول از قسم کرد تا مدعی قسم بخورد در این صورت بایع ضامن قیمت خانه می شود اما ضامن عین خانه نیست. زیرا اعتراف یا قسم مدعی در حق منکر نافذ است اما در حق غیر نافذ نیست.(3)

ص: 3677

1- (1) تذکر. در متن مبانی العروه 225/2 عبارت این گونه آمده است: دعوی الأملاک و غیره لکن صحیح «دعوی الإملاک و غیرها» می باشد. مگر اینکه املاک به کسر همزه به معنی تملیک باشد.

2- (2) مبانی العروه 218/2 و 219.

3- (3) مبانی العروه 225/2.

بررسی فرمایش محقق خویی قدس سره:

فرمایش مرحوم آقای خویی در مقام، مبتنی بر فرمایش ایشان در مسئلهٔ ثالثه است لکن ما این مطلب را از ایشان قبول نکردیم و گفتیم این سخن از جهاتی محل اشکال است ایشان فرمود: لا یسمع دعواه الاً بالبیّنه چون سماع دعوی ثمره ندارد.

و ما عرض کردیم چنانچه در جواهر و مستمسک نیز آمده است (1) که ثمره منحصر به مهریه نیست که زن چون تقویت منافع بضع کرده است با اعتراف به نفع مدعی باید غرامت آن را به مدعی بپردازد. تا کسی بگوید: منافع بضع مورد ضمان نیست. و لذا ثمره منتفی شود. بلکه مسئله ثمراتی دارد.

ثمره اول: یکی این که اگر زن به نفع مدعی اقرار کند مهریه را از مدعی طلبکار می شود چون طرفین زوجیت را تصدیق کرده اند. اما طلبکار مهریه از کسی که الآن زوجه او است نمی شود چون اعتراف می کند که من زوجه او نیستم. همانطور که طلبکار نفقه از زوج فعلی نمی شود.

ثمره دوم: که در جواهر و عروه آمده است این است که بعد از اعتراف زن یا رد قسم به مدعی و حلف او هر چند این زن به زوجیت شوهر قبلی باقی است اما ثمره در فرض مرگ زوج یا حصول فراق به طلاق یا فسخ یا انفساخ یا انقضاء مدت یا بذل مدت در متعه پیدا می شود یعنی با حصول فراق، این زن بر اساس اعتراف خودش یا حلف مدعی باید نسبت به مدعی تمکین کند. پس سماع دعوا لغو و بدون ثمره نیست.

بنابراین، فرمایش صاحب عروه در مقام تمام است که فرمود: و المسأله سیّاله تجری فی دعوی الأملاک و غیرها ایضاً.

ادعای عدم تعارض بین روایت سماعه و سایر روایات

اشاره

ص: 3678

در مسئلهٔ ثالثه مرحوم سید فرمود: و ان اخبر ثقه واحد بصدق المدعی و ان كان الأحوط حينئذ طلاقها.

گفتیم که این مطلب اشاره به موثقهٔ سماعه است که در آن آمده که اگر مدعی مردی ثقه باشد سخن او پذیرفته می‌شود. و گفتیم که مفاد این موثقه با سایر روایات معارض است زیرا مفاد آنها اعتبار بیّنه است و آن روایات هم متعدد است و هم صحیحه است بنابراین، این روایت را یا طرح می‌کنیم و یا «لا یقربها» را حمل می‌کنیم بر این که مستحب است زوج این زن را طلاق دهد یعنی با این زن به واسطهٔ طلاق دادن تماس پیدا نکند زیرا مقتضای جمع بین ادله چنین است.

بعضی از آقایان بحث، اشکال می‌کرد که موثقه با آن روایات تعارض ندارد و مقتضای اطلاق و تقیید جمع بین این روایات است. زیرا روایتی که گوید: مدعی باید بیّنه داشته باشد تا قولش پذیرفته شود اعم است از اینکه مدعی آدم ثقه ای باشد یا غیر ثقه باشد اما موثقهٔ سماعه که گوید: اگر مدعی ثقه بود لا یقربها [الزوج] مختص به صورت ثقه بودن مدعی است از این رو اطلاق آن روایت را به نصّ موثقهٔ سماعه تقیید می‌کنیم. و از این حمل لازم نمی‌آید حمل مطلق بر فرد نادر و اخراج فرد غالب از مطلق. زیرا این طور نیست که غالب مدعی‌ها افراد ثقه ای باشند تا حمل مطلق بر فرد نادر لازم آید. بنابراین لزوم بیّنه مختص به صورتی می‌شود که مدعی ثقه نباشد و تعارض بر طرف می‌شود.

جواب استاد دام ظلّه از ادّعی عدم تعارض

اولاً: مسئله جزء اجماعیات است زیرا مسئله سیّاله است و در ابواب مختلف اگر تنازع پیش آمد مدعی باید بیّنه بیاورد وگرنه نوبت به اقرار یا حلف می‌رسد اما اینکه به مجرد ادّعی شخص ثقه سخن او پذیرفته شود این در هیچ یک از ابواب فقه نظیر ندارد.

و ثانیاً: در مقام یک نحو اولویت عرفیه هست که مانع از قبول چنین جمعی است.

توضیح اینکه، لازمهٔ این جمع این است که اگر مدعی ثقه باشد سخنش پذیرفته شود با آنکه ادّعی او با تمایلات او سازگار است و قبول ادّعا به نفع او تمام می‌شود

اما اگر ثقه دیگری که مدعی نیست و ذی نفع در مسئله نیست شهادت او را نپذیریم و حال اگر سخن مدعی که ثقه است پذیرفته شود به طریق اولی باید سخن ثقه ای که مدعی نیست و ذی نفع نیست پذیرفته شود و حال آنکه روایات بیّنه و تعدد شاهد را معتبر شمرده است. پس اگر قول ثقه ای که مدعی نیست و ذی نفع در مسئله نیست پذیرفته نشد به طریق اولی سخن ثقه ای که مدعی است و ذی نفع در مسئله است پذیرفته نمی شود بنابراین، این جمع تمام نیست.

ان قلت: بین مدعی که ثقه است و غیر مدعی که ثقه است فرق است چون خود مدعی در این مسئله بعید است اشتباه کند اما ثقه دیگر احتمال اشتباهش زیاد است. پس بین این دو صورت فرق است و اولی در کار نیست.

قلت: بحث در اشتباه و عدم اشتباه نیست، بحث در تعدّد کذب است زیرا چنانچه در روایت آمده، مدعی می گوید: من تزویج سرّی کردم. بنابراین احتمال تعدّد کذب است و در این احتمال، فرقی بین مدعی که ثقه است و غیر مدعی که ثقه است فرقی نیست. زیرا ثقه آن است که در نوع موارد دروغ نمی گوید نه اینکه محال است دروغ بگوید. بنابراین تعارض مفرّی ندارد.

ادامه بررسی مسئله خامسه

بحث در این مسئله در این بود که مردی ادعای زوجیت زنی را برای خودش می کند و خواهر یا مادر یا دختر این زن [یعنی زنی که نمی تواند ادعای زوجیت او با ادعای زوجیت مرد برای زن اول جمع شود] نیز ادعا می کند که من زن این مرد هستم. یکی دیگر از مثالهای این مسئله این است که اگر ادعای این زن بنا شود پذیرفته شود لازم می آید که این زن، زوجه خامسه باشد و زوجه خامسه در نکاح دائم شرعاً صحیح نیست. مرحوم سید این مثال را ذکر نکرده است.

به هر حال اینجا دو ادعا هست، سید می فرماید: مسئله صوری دارد یا هر دو بیّنه دارند. یا هیچ کدام بیّنه ندارد و یا تنها یکی از اینها بیّنه دارد.

اگر هر دو بیّنه نداشته باشند سید می فرماید: مسئله سه فرض دارد. لکن مسئله پنج فرض دارد.

فرض اول اینکه هر دو منکر، قسم می خورند و هر دو دعوا به خاطر تعارض ساقط می شود و حکم به نفی هر دو زوجیت می شود.

فرض دوم اینکه هر دو منکر، از قسم نکول می کنند و ردّ قسم می شود به مدّعی ها و هر دو مدّعی قسم می خورند اینجا نیز هر دو دعوا ساقط می شود چون دو دعوا تعارض می کند و هیچ یک مرجح ندارد. پس در این صورت هم عمل به هر دو قسم می کنیم.

فرض سوم: اینکه بعد از اینکه منکرها ردّ قسم به مدّعی کردند یا حاکم ردّ قسم کرد هر دو مدّعی قسم نخورند، در این فرض مطابق انکار منکر عمل می شود و تعارضی هم در بین نیست چون نه منکرها قسم خورده اند و نه مدّعی ها قسم خورده اند. در این فرض هم حکم به نفی هر دو زوجیت می شود. این فرض را مرحوم سید ذکر نکرده است.

فرض چهارم: اینکه یکی از دو منکر قسم به نفی زوجیت می خورد و دیگری ردّ قسم بر مدّعی می کند و مدّعی نیز قسم نمی خورد. در این فرض هم حکم انکار ثابت می شود لکن انکاری که ملقّق از قسم یکی از دو منکر بر نفی در دعوی اول و نکول طرفین از قسم خوردن در دعوی دوم می باشد. چون نتیجه نکول با انکار یکی است. این فرض را هم مرحوم سید ذکر نکرده است.

فرض پنجم: اینکه یکی از دو منکر قسم بر نفی زوجیت می خورد و دیگری ردّ قسم بر مدّعی می کند و مدّعی قسم می خورد. در این صورت دعوی مدّعی اول ساقط می شود اما دعوی مدّعی دوم ثابت می شود.

سرایت تعارض از مدلول مطابقی به مدلول التزامی و عدم آن

یکی از صور (1) مسئله صورتی است که هر دو مدّعی بیّنه دارند و بیّنه ها تعارض می کند.

ص: 3681

1- (1) این بحث در فرض عدم بیّنه نیز تصویر می شود مثل اینکه هر دو مدّعی بیّنه ندارند و هر دو منکر ردّ قسم به مدّعی ها می کنند و هر دو مدّعی قسم بر زوجیت می خورند پس دو حلف متعارض می شود. بنابراین بحث مذکور در فرض دوم از فروض پنج گانه بالا نیز تصویر دارد.

بحثی در کفایه است که مبنای سید در این باب الآن یادم نیست و آن بحث مرتبط با مقام است و در حواشی معمولی به آن توجه نشده است و آن اینکه اگر دو بیّنه در مدلول مطابقی تعارض و تساقط کردند آیا در مدلول التزامی هم تساقط می کنند. یا آنکه در مدلول التزامی تساقط نمی کنند و از این رو نفی ثالث می کنند.

اگر بگوییم نفی ثالث می شود از باب این است که به مدلول التزامی این دو بیّنه اخذ می شود. یعنی بالاخره یکی از این دو زن، زوجه او است پس یکی از این دو زن، جزء چهار زنی به حساب می آید که شرعاً گرفتن آنها جایز است پس اگر این شخص سه زن دیگر داشته باشد نمی تواند خامسه را بگیرد مگر اینکه یکی از چهار تا را طلاق بدهد. همچنین در مورد اختین، خواهر اینها را هم نمی تواند بگیرد چون بالاخره یکی از اختین زوجه او است. همچنین مادر این دو خواهر را - اگر در مادر مشترک باشند - نمی تواند بگیرد.

تقریبی برای نفی ثالث و نقد آن

اشاره

بعضی گفته اند نفی ثالث می شود زیرا مدلول التزامی هر چند تابع مدلول مطابقی است و تا مدلول مطابقی نباشد مدلول التزامی نخواهیم داشت. لکن این تبعیت در اصل دلالت است اما در حجّیت تابع آن نیست. زیرا مدلول مطابقی بینه با بیّنه دیگر تعارض دارد اما مدلول التزامی که تعارض ندارد تا تساقط پیدا کند. یعنی دو بیّنه نسبت به نفی ثالث با هم دعوا ندارند بلکه هر دو نفی ثالث می کنند.

برای مثال اگر بیّنه ای قائم شد که زید اعلم است و بیّنه دیگر قائم شد که عمرو اعلم است این دو بیّنه در مدلول مطابقی تعارض و تساقط می کنند حال اگر این دو بیّنه نفی ثالث بکنند شخص حجت بر اعلمیت احدهما لا علی التعیین دارد بنابراین اگر بنا شد مکلف احتیاط بکند یا تخیر داشته باشد این احتیاط یا تخیر نسبت به همین زید و عمروی است که بیّنه بر اعلمیت آنها قائم شده است. زیرا این دو بیّنه نفی اعلمیت ثالث را می کنند و در اینکه بکر اعلم نیست تعارض ندارند. از این رو به مدلول التزامی دو بیّنه باید اخذ شود.

ولی به نظر ما - چنانچه قبلاً هم گفته ایم - این تقریب تمام نیست زیرا گاهی شهادت به دو شهادت مستقل بر می گردد از این رو به وسیله شهادت، نفی ثالث می شود مثلاً بیّنه که شهادت بر اعلامیت زید می دهد اگر از او پرسند که اگر مستند تو در شهادت به اعلامیت زید از تو گرفته شود و بفهمی در شهادت به اعلامیت زید اشتباه کرده ای آیا باز هم نفی اعلامیت بکر و خالد را می کنی؟ بگوید: بله پس شهادت او به دو شهادت بر می گردد یکی به اعلامیت زید و یکی به نفی اعلامیت عمرو و بکر و خالد و شهادت دوم مستقل از شهادت اول است.

ولی گاهی شهادت بیّنه به دو شهادت بر نمی گردد یعنی اگر از او پرسند اگر شما در اعلامیت زید اشتباه کرده باشید نسبت به اعلامیت عمرو و بکر و خالد چه می گوئید؟ بگوید: من نفی اعلامیت عمرو و بکر یا خالد را نمی خواهم بکنم. من فقط نظرم به اعلامیت زید بود حالا که معلوم شد اشتباه کرده ام نسبت به اعلامیت بقیه ساکت هستم.

در فرض دوم همانطور که مدلول التزامی در اصل دلالت تابع مدلول مطابقی است در حجیت نیز تابع آن خواهد بود. بنابراین در همه موارد تعارض بینتین حکم به نفی ثالث نمی توان کرد مگر آنکه شهادت بیّنه به مدلول التزامی شهادت مستقل باشد و برگشت شهادت به دو شهادت باشد.

تقریب استاد دام ظلّه برای نفی ثالث مبنای حجیت اجمالی یکی از دو بیّنه لا علی التعیین

تقریب دیگری برای نفی ثالث هست که ما آن را تمام می دانیم و در این تقریب تفصیل بین موارد نیز نیست و آن اینکه علت اینکه بیّنه حجت شده است جهت کاشفیت آن است. نادر است که دو عادل بر خلاف واقع شهادت بدهند و تعمد بر کذب داشته باشند یا اشتباه کرده باشند. حال اگر دو بیّنه متعارض قائم شدند اجمالاً می فهمیم که یکی از این دو بیّنه مرتکب خلاف شده است یا عمدتاً یا اشتبهاً. و

مفروض این است که هر دوی اینها نادر است اما نمی توانیم بگوییم که هر دو بیّنه مرتکب تعدّد کذب یا اشتباه شده اند. زیرا این امر بسیار نادر و بعید است. بلکه اجمالاً می توانیم بگوییم که یکی از دو بیّنه لا علی التعین اشتباه است و بیّنه دیگر لا علی التعین صحیح است. بنابراین حجت اجمالی پیدا می شود که یکی از این دو بیّنه مطابق با واقع است و آن بیّنه ای که حجت فی البین است نفی ثالث می کند. این مطلب مبنای مرحوم آخوند است⁽¹⁾ و ما این مبنای حجت اجمالی را قائل هستیم از این رو در مقام حکم می کنیم که اجمالاً یکی از این دو خواهر، زوجه این مرد است یا یکی از این مادر و دختر، زوجه این مرد است و آثار حجت اجمالی یعنی زوجیت یکی از این زنها بار می شود. در باب شهادت به اعلمیت نیز اگر دو بیّنه متعارض شد نفی ثالث می شود و مراعات احتیاط یا تخییر بین این دو نفر مورد تعارض باید بشود. به هر حال مرحوم سید و آقایان محشین اینجا چیزی ذکر نکرده اند. من فرصت نشد کلمات شراح عروه را ببینم که آیا به مرحوم سید از این جهت اشکالی کرده اند یا نه؟ ادامه بحث را به جلسه بعد موکول می کنیم.

«* و السلام*»

ص: 3684

1- (1) کفایه الاصول / 439 طبع آل البیت علیهم السلام. کفایه الاصول 382-385/2 طبعه المشکینی. مصباح الاصول 367/3.

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

بررسی فروض مطرح در مسئله پنجم

(اذا ادعی رجل زوجته امرأه فانكرت و ادعت زوجته امرأه اخرى...)

صورت مسئله مورد بحث این بود که مردی ادعا می کند که فلان زن، زوجه او است و از طرف دیگر خواهر یا مادر یا دختر آن زن که جمع بین او با آن زنی که مرد ادعای زوجیتش را می کند، ممکن نیست، ادعا می کند که آن مرد، شوهر وی می باشد. در اینجا مرحوم سید سه فرض کلی را مطرح نموده اند و آنگاه به تفصیل در مورد هر یک از فروض به بحث پرداخته اند. آن سه فرض کلی عبارت از این است که: 1 - هیچ کدام یک از مدعی ها، برای اثبات ادعای خود بیینه ندارد 2 - فقط یکی از مدعی ها، بیینه دارد 3 - هر دو بیینه دارند.

الف) فرض اول: هیچ کدام از دو مدعی بیینه ندارند (کلام مرحوم سید)

اشاره

اما در مورد فرض اول مرحوم سید می فرمایند: فعلى الاول يتوجه اليمين على المنكر فى كلتا الدعويين، فان حلفا سقطت الدعويان، و كذا ان نكلا - و حلف كل من المدّعين اليمين المردودة، و ان حلف احدهما و نكل الآخر و حلف مدعيه اليمين المردودة، سقطت دعوى الاول مدّعى الثانى.

حاصل فرمایش سید رحمه الله این است که در این فرض چند صورت متصور است:

الف) هر دو منکر (در دعوای اول که مرد ادعای زوجیت زن را می کند، آن زن، منکر است و در دعوای دوم که خواهر یا مادر یا دختر زن اول، ادعا می کند که آن مرد

شوهر او است، لذا مرد منکر می شود و بر نفی دعوا قسم می خورند. مرحوم سید می فرمایند که در این صورت دو دعوا ساقط می شود و تعارضی بین دو حلف نیست و هر دو حجت است و نتیجه این می شود که حکم به عدم زوجیت زن نسبت به مرد می شود. یعنی حکم می شود که هیچ کدام زن او نیستند. البته معلوم باشد که عدم تعارض حلفین در صورتی است که ما علم به این که یکی از این دو زن زوجه مرد است نداشته باشیم و الا اگر بدانیم یکی از آنها زوجه او است در این صورت تعارض حلفین پیش می آید و اگر چه نمی توانیم زوجیت احدهما بعینها را ثابت کنیم و لیکن چون علم اجمالی به زوجیت یکی داریم - بنا بر مبنای مرحوم آخوند که ما هم آن را اختیار نمودیم - آثار آن معلوم بالاجمال بار می شود و در نتیجه تزویج رابعه برای این مرد جایز نیست و همچنین نمی تواند خواهر آنها را تزویج نماید. (1)

نظیر همین صورت است، آنجایی که هر دو منکر نکول از قسم نمایند و قسم مردوده را دو مدعی بخورند، در این صورت نیز چون فرض مسئله این است که جمع میان دو زن برای مرد امکان ندارد لذا و لو اینکه هر دو مدعی قسم خورده اند و لکن مع ذلک دعوا ساقط است و حکم به زوجیت هیچ کدام برای او نمی شود.

1) تتمیم کلام مرحوم سید توسط استاد مد ظله

به نظر ما دو صورت دیگر نیز وجود دارد که حکم مسئله در آنها نیز عدم زوجیت هر یک از زن ها برای مرد می باشد و لیکن مرحوم سید آن دو صورت را تصویر نکرده است؛ یکی اینکه وقتی منکرها ردّ قسم به مدعی ها نمودند. مدعی ها نیز هیچ کدام حاضر به قسم خوردن نمی شوند و دیگر اینکه یکی از منکرها قسم بر نفی دعوا

ص: 3686

1- (1) استاد مد ظله: البته این بیان مبتنی بر این است که بگوییم همانظوری که دو اماره متعارضی که علم اجمالی به صدق یکی از آنها داریم، نسبت به آن احدهما لا- بعینه حجت دارند و آثار معلوم بالاجمال مترتب است. همچنین دو اصل عملی متعارضی که علم به مطابقت یکی از آنها با واقع داریم نیز نسبت به آن معلوم بالاجمال حجت می باشند، که این مطلب جای بحث و گفتگو دارد.

می خورد ولی منکر دیگر قسم را ردّ به مدعی می کند اما آن مدعی حاضر به قسم خوردن نیست. در این دو صورت نیز حکم مسئله عدم زوجیت زنها است.

(2) طرح یک اشکال

گفتیم که اگر هر دو مدعی نیز یمین مردوده از ناحیه منکرها را قبول کرده و قسم بر اثبات ادعای خود بخورند نیز هر دو دعوا ساقط می شود. و لکن در اصل اینکه آیا دو منکر می توانند قسم خود را ردّ به مدعی ها بنمایند اشکالی در ما نحن فیه شده است که این اشکال در جواهر نیز آمده و مرحوم حکیم و خوئی نیز آن را مطرح نموده اند اشکال این است که ردّ قسم منکر به مدعی در جایی صحیح است که این ارجاع قسم به مدعی مقدمه قبول و حجیت آن قسم و اثبات دعوا باشد اما اگر در جایی ارجاع و ردّ قسم به مدعی موجب تساقط و عدم حجیت آن شد در اینجا منکر نمی تواند قسم را به مدعی رد نماید. و در محل کلام اگر فرض کردیم که در دعوی اول که مرد ادعای زوجیت زن را می کند، آن زن قسم را رد به مرد کرد و وی بر ثبوت زوجیت بین خودش و آن زن قسم خورد، در اینجا دیگر نمی توان گفت که همین مرد که نسبت به دعوی دوم منکر محسوب می شود می تواند قسم خود را رد به آن زن (خواهر زن اول) نماید و آن زن هم قسم بر ثبوت زوجیت مرد برای خودش بخورد زیرا قسم خوردن این زن موجب تساقط و عدم حجیت هر دو قسم می شود. و بالجمله ردّ قسمی که موجب عدم حجیت آن قسم می شود تمام نیست. پس بنابراین نوبت به تساقط نمی رسد بلکه دعوی اول ثابت می شود و دعوی دوم بدون اثر است.

(3) پاسخ مرحوم آقای خوئی از اشکال فوق

مرحوم آقای خوئی رحمه الله می فرمایند، مانعی برای اینکه منکر در دعوی دوم بتواند قسم را رد به مدعی نماید وجود ندارد چرا که در حقیقت دو دعوا وجود دارد و

نسبت به هر کدام از آنها باید قواعد باب قضاء جاری شود و مجرد تقدم زمانی یکی از آنها موجب ترجیح آن مورد و سقوط قواعد باب قضاء نسبت به دعوی دیگر نمی شود.

سپس ایشان مثالی را برای عدم تأثیر سبق زمانی می زنند که ما مطلب ایشان را با مثال دیگری که شاید از جهاتی بهتر از مثال ایشان باشد، توضیح می دهیم. فرض کنید بیته ای بر اعلمیت زید شهادت داد در اینجا این بیته حجت است پس از مدتی بیته دیگری شهادت بر اعلمیت عمرو دادند این دو بیته اگر چه حدوداً با یکدیگر تعارضی ندارند و لیکن بعد از آنکه بیته دوم قائم شد. بقاء دو بیته با یکدیگر متعارض می شوند و ترجیحی در اخذ به یکی از آنها وجود ندارد و مجرد اینکه بیته اول حدوداً بدون معارض بوده است موجب ترجیح او بر بیته دوم نمی شود و لذا این دو بیته هر دو از جهت حجت ساقط می شوند یعنی شارع حکم به اخذ هیچ کدام از دو بیته نمی کند. در ما نحن فیه نیز اگر چه وقتی مرد در دعوی اول حلف بر یمین مردوده می خورد، معارضی برای حلف او وجود ندارد و لیکن پس از اینکه خود او در دعوی دوم یمین را ردّ به زن می نماید. موضوع جدیدی برای حلف پیدا می شود و طبق قواعد اشکالی در این که زن قسم بخورد وجود ندارد غایه الامر دو قسم با یکدیگر تعارض نموده و ساقط می شوند. و وجهی برای ترجیح یمین اول به خاطر سبق زمانی او وجود ندارد.

4) تکمیل جواب مرحوم آقای خوئی توسط استاد مد ظله:

ممکن است به این پاسخی که مرحوم خوئی از اشکال فوق داده اند چنین ایرادی شود که: مسئله عدم ترجیح به واسطه سبق زمانی و در نتیجه تعارض بین دو دلیل، در جایی است که هر دو دلیل متعارض (مثل دو بیته در مثال سابق) فی حدّ نفسه صلاحیت دخول در تحت دلیل حجیتشان را داشته باشند و به عبارت دیگر

حجیت هیچ یک ملازم با سقوط حجیت دیگری نباشد. اما در ما نحن فیه یعنی مسئله جواز ردّ یمین توسط منکر، مطلب اینگونه نیست، یعنی از ابتداء شارع مقدس فرموده است که در جایی منکر می تواند قسمی که مربوط به او است ردّ به مدعی نماید که با ارجاع او قابلیت اثبات دعوا توسط حلف مدعی باشد و لیکن در مواردی که آن ارجاع نه تنها موجب اثبات دعوا نمی شود بلکه باعث سقوط حلف قبلی نیز می شود (بخاطر تعارضی که بین دو حلف بوجود می آید) ادله جواز ردّ یمین شامل آن نمی شود.

و لکن حق این است که این ایراد وارد نیست و در ما نحن فیه نیز مقتضای حجیت در یمین مردوده توسط مرد وجود دارد زیرا همانطوری که گفتیم در این مورد در حقیقت دو دعوا وجود دارد و در جایی که هیچ کدام از دو مدعی بیّنه ای برای اثبات مدعای خود ندارد. ثبوت مدعای هر یک نیازمند دو قسم می باشد. یعنی در دعوی اول که مرد مدعی زوجیت زنی می شود و آن زن نیز منکر است و ردّ قسم به مرد می کند. اگر مرد تنها قسمی را که از جانب منکر به او رد شده است بخورد یعنی قسم بخورد که آن زن زوجه او است به مجرد این قسم، دعوی او ثابت نمی شود بلکه می بایست یک قسم نفی ای هم بر ردّ ادعای زن دوم بخورد یعنی قسم بخورد که زن مدّعیه، زوجه او نیست. پس بنابراین اثبات مدعای مرد نیازمند دو قسم است، یکی قسمی که بالذات و به مقتضای اینکه او منکر است، حق وی می باشد و دیگری قسمی که از ناحیه منکر به او رد شده است، عین همین مطلب راجع به دعوی دوم نیز صادق است. یعنی اگر زن مدّعیه بخواهد مدعای خود را ثابت نماید، به مقتضای اینکه او نیز منکر زوجیت خواهرش (زن منکر در دعوی اول) برای مرد می باشد یک قسم نفی ای که بالذات حق او است بر ردّ زوجیت او باید بخورد و چون فرض این است که مرد نیز ردّ قسم به او نموده است قسمی اثباتی بر تحقق زوجیت بین خودش و مرد باید بخورد. بر این اساس هر دو دعوا صلاحیت ثبوت با دو قسم را دارد و لذا ادله حلف و ردّ قسم شامل هر دو دعوا می شود و همان قواعد قسم را باید اجرا نمود و مانعی وجود ندارد.

کلام مرحوم سید در رابطه با این فرض این چنین است: «و علی الثانی - و هو ما اذا كان لأحدهما بیّنه - یشبث مدعی من له البیّنه، و هل تسقط دعوی الآخر، او یجری علیه قواعد الدعوی من حلف المنکر او ردّه؟ قد یدعی القطع بالثانی، لأن کل دعوی لا بدّ فیها من البیّنه او الحلف. و لکن لا یبعد تقویه الوجه الاول، لأن البیّنه حجّه شرعیه، و اذا ثبت بها زوجیه احدی الامراتین لا یمکن معه زوجیه الأخری لأن المفروض عدم امکان الجمع بین الامراتین - فلازم ثبوت زوجیه إحداهما بالأماره الشرعیه عدم زوجیه الأخری».

حاصل فرمایش سید رحمه الله این است که در صورتی که یکی از دو مدعی فقط بیّنه دارد مثل اینکه تنها مرد در دعوی اول که مدعی زوجیت آن زن است برای اثبات مدعی خود بیّنه اقامه نمود، در اینجا این دعوا اثبات می شود اما در دعوی دوم که زن مدعی است او بیّنه ای برای اثبات مدعی خود ندارد. حال بحث این است که آیا بر مرد لازم است که طبق قواعد باب دعوا که می گوید در صورت عدم اقامه بیّنه توسط مدعی، منکر می بایست قسم بخورد یا اینکه ردّ قسم به مدعی نماید. او نیز باید برای نفی دعوی دوم قسم بخورد و یا اینکه همین که مرد برای اثبات مدعی خود در دعوی اول بیّنه اقامه کرد و آنها شهادت دادند که آن زن زوجه او است.

همین مقدار باعث سقوط دعوی دوم می شود زیرا فرض این است که جمع بین آن دو زن در زوجیت نمی شود و اگر مرد به واسطه بیّنه اثبات زوجیت یکی از زن ها را نمود دعوی دوم ساقط است. بعضی گفته اند منکر در دعوی دوم می بایست قسم بخورد و اقامه بیّنه نسبت به دعوی اول موجب سقوط دعوی دوم نمی شود چرا که ما دو دعوی مستقل داریم و در هر کدام جداگانه قواعد باب قضا و دعوا باید اجرا شود. ولیکن مرحوم سید می فرماید بعید نیست که بگوییم نیازی به قسم خوردن منکر نیست زیرا وقتی فرض این است که بیّنه، شهادت بر زوجیت زن او در دعوی اول داده اند و جمع بین دو زن نیز ممکن نیست و مثبتات بیّنه نیز به خاطر این که جزء امارات می باشد حجت است، لذا دعوی دوم ساقط می شود.

(1)

به نظر ما کلام مرحوم سید در اینجا ناتمام است و مجرد اینکه بیینه امارات می باشد و مثبتات آن حجت است دلیل بر عدم نیاز منکر به قسم در نفی دعوی دوم نیست. زیرا ما دو عام داریم یکی عموم دلیل بیینه که به مقتضای اینکه بیینه جزء امارات است مثبتات آن هم حجت می باشند و دیگری عموم «الیمین علی من انکر» دوران امر است که ما به عموم دلیل حجت بیینه و لوازمش اخذ نموده و عموم «الیمین علی من انکر» را تخصیص بزیم (به این معنا که بگوییم در هر دعوی در صورت عدم اقامه بیینه توسط مدعی، منکر باید قسم بخورد الا در صورتی که بیینه ای در دعوی دیگر اقامه شده باشد که لازمه آن سقوط دعوی دوم است) و یا اینکه به عموم «الیمین علی من انکر» اخذ نموده و عموم دلیل حجت بیینه را تخصیص بزیم و چون ترجیحی نسبت به تخصیص در یکی از آنها وجود ندارد لذا وجهی برای تقدیم دلیل حجت بیینه نیست و این مسئله ربطی به حجت مثبتات بیینه ندارد.

ج) فرض سوم، هر دو مدعی بیینه دارند (کلام مرحوم سید و توضیح استاد مد ظله)

مرحوم سید دو فرضی که هر دو مدعی بیینه اقامه نموده اند سه صورت را تصویر کرده است. (2)

1. هر دو بیینه شهادت مطلق می دهند و وقتی را برای تحقق عقدها معین نمی کنند

2. هر دو شهادت بر وقوع عقد در تاریخ واحد می دهند.

3. تاریخ یکی مقدم بر تاریخ دیگر است. در مورد صورت اول و دوم سید رحمه الله می فرماید: فعلی الاوّلین تتساقطان و یکون کما لو لم یکن بیینه اصلاً. در اینجا ذکر

ص: 3691

1- (1) استاد مد ظله در جلسه شماره 401 مورخ 80/11/28 به طور مبسوط اشکال کلام مرحوم سید را متعرض شده اند و در این جلسه اجمالاً به آن اشاره می نمایند.

2- (2) البته صور دیگری نیز قابل طرح است که استاد در جلسه 401 بدانها اشاره نموده اند.

توضیحی لازم است و آن این است که تساقط دو بیّنه در صورت دوم به خاطر تعارض آن دو است چرا که فرض این است که هر دو شهادت بر وقوع عقد در تاریخ واحدی می دهند. در این صورت بلا اشکال دو بیّنه با یکدیگر متعارض اند و دوباره همان بحثی که سابقاً مطرح کردیم و گفتیم طبق نظر ما احدهما لا بعینه حجت است و باید آثارش را مترتب نمود پیش می آید. اما در صورت اول که شهادت آنها مطلقه است وجه تساقط به خاطر تعارض نیست چون ممکن است هر دو شهادت ها صحیح باشد و این مرد یک بار با این زن عقد خوانده باشد و یک بار نیز پس از طلاق او خواهر وی را تزویج نموده باشد پس تساقط بینتین به خاطر تکاذب آنها نیست بلکه به خاطر این است که چون هر دو بیّنه اقامه نموده اند و وجهی برای تقدیم یکی بر دیگری نیست لذا مثل صورتی است که اصلاً بیّنه ای اقامه نشده است.

ادامه بحث را در جلسه آینده دنبال خواهیم کرد. ان شاء الله. (* و السلام*)

ص: 3692

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

خلاصه درس قبل و این جلسه:

در جلسات قبل این مسئله عنوان می گردد که مردی ادعای زوجیت زنی را دارد و آن زن آن را انکار می کند ولی زن دیگری (که زوجیت وی با زوجیت زن مورد ادعای مرد نمی سازد) مدعی زوجیت مرد می باشد. در اینجا صور مختلفی وجود دارد.

بحث به صورت بینه داشتن هر دو طرف کشیده شده، در این جلسه صورت تقدّم زمانی مورد شهادت یک بینه بر بینه دیگر بررسی می گردد، ابتداء کلام مصتّف که در برخی صورتها به تقدیم بینه اول حکم کرده و در برخی صورتها در مسئله تردید نموده اند مطرح ساخته و این دو اشکال را که سبق زمانی منشأ ترجیح نمی گردد و نیز در صورت عدم تنافی مفاد دو بینه نباید در حکم بر طبق بینه دوم تردید کرد توضیح داده، با استناد به مبانی اصولی همچون مرجّح بودن اصل در باب ادله متعارضه و عدم تقدّم اصاله الصّحه بر استصحابی که در غیر مورد آن جاری می گردد، در صدد توجیه کلام مصنف بر می آیم.

الف) توضیح کلام سید درباره تقدم مورد یکی از دو بینه بر مورد بینه دیگر:

1) طرح بحث:

موضوع بحث این بود که مردی ادعای زوجیت زنی را دارد و آن زن انکار می کند.

زن دیگری که همسری هر دو نسبت به آن مرد شرعاً صحیح نیست، ادعای زوجیت

آن مرد را دارد. مثلاً زنها خواهر یکدیگر یا مادر و دخترند یا آن مرد سه زن دیگر دارد که اگر زوجیت این دوزن هم با او صحیح باشد، مجموعاً پنج زن خواهد شد که شرعاً صحیح نیست.

در مورد بحث، فرضی مطرح شد، فرضی که باقی ماند این است که هر دو بیته اقامه می کنند که یکی بر دیگری تقدم دارد مثلاً بیته یکی می گوید: «تو سال گذشته زن این مرد بودی». و بیته دیگری می گوید: «امسال تو زن این مرد هستی».

مرحوم سید در این فرض تفصیلی قائل شده اند که چون مدرکش معلوم نیست، اثبات نظر ایشان مشکل است.

(2) متن عروه:

«و علی الثالث (یعنی در فرضی که هر دو مدعی بیته دارند و تاریخ یکی از آنها بر تاریخ دیگری تقدم دارد) ترجیح الاسبق اذا كانت تشهد بالزوجیه من ذلك التاريخ الی زمان الثانیه، و ان لم تشهد ببقائهما الی زمان الثانیه فکذلک اذا كانت الامراتان الام و البنث مع تقدم تاریخ البنث بخلاف الاختین و الام و البنث مع تقدم تاریخ الام لا مکان صحه العقدین بان طلق الاولی و عقد علی الثانیه فی الاختین و طلق الام مع عدم الدخول بها و حینئذ ففی ترجیح الثانیه او التساقط و جهان».

(3) توضیح صورت های مسئله بر طبق متن عروه:

صورت اول: مرحوم سید می فرمایند: اگر بیته نسبت به عقد سابق هم شهادت به حدوث عقد باشد و هم بقای عقد تا زمان حدوث عقد دوم، در این صورت مطلق عقد سابق ترجیح دارد و بیته مدعی دیگر که حدوث عقد لا حق را شهادت می دهد، باطل است.

صورت دوم: اگر بیته نسبت به عقد سابق فقط شهادت به حدوث باشد و نسبت به بقاء ساکت باشد، در صورتی که متعلق بیته عقد دختر باشد، باز هم این بیته مقدم

است و بینه دیگری که عقد مادر را در زمان لا حق مدعی است، باطل است. زیرا شهادت نسبت به حدوث عقد دختر در زمان سابق، بقا را نیز ثابت می کند به این معنا که وقتی که دختر به عقد مردی در آید، عقد مادر او حرام ابدی است و مشروط به دخول و امثال آن نیست. نفس حدوث عقد دختر مانع می شود که عقد دیگری نسبت به مادر انجام گیرد چون ام الزوجه حرمت ابدی دارد. پس فرقی نمی کند که بینه بقای عقد دختر را هم گواهی کند یا نه، چون در این جهت مدخلیتی ندارد.

همین که حدوث عقد با بینه ثابت شد، عقد دوم نسبت به مادر ممنوع خواهد بود(1).

مرحوم سید این صورت را هم به صورت اول ملحق می کند.

صورت سوم: صورت سوم در جایی است که بینه اول تنها حدوث عقد سابق را می رساند و حدوث عقد سابق با حدوث عقد لا حق منافاتی ندارد مثلاً بینه شهادت می دهد که عقدی در زمان گذشته نسبت به این خواهر واقع شده، و بینه دیگر شهادت می دهد که خواهر دیگر امسال زن اوست. یا بینه سابق شهادت می دهد که این زن (مادر) همسر آن مرد است و بینه دیگر شهادت می دهد که دختر آن زن (که به وی دخول نشده) امسال همسر این مرد است. یا مردی سه زن داشته، بینه شهادت می دهد که سال گذشته با آن زن ازدواج کرده و بینه دیگر شهادت می دهد که امسال با این زن ازدواج کرده و زنهای هیچ نسبتی هم با هم ندارند ولی اگر هر دو بینه پذیرفته شود معنایش آن است که پنج زن دارد.

در این مثالها هر دو عقد می تواند صحیح باشد مثلاً عقد اول فسخ شده باشد یا مرد زنی را که سال گذشته عقد کرده، طلاق داده باشد، و امسال زن دیگر را عقد نموده باشد.

ص: 3695

1- (1) (توضیح بیشتر) حکم صورت شهادت بینه اول نسبت به معقود بودن مادر در فرض دخول به وی نیز همچون این صورت می باشد، لذا مرحوم سید، محل تردید را در آخر مسئله به «مع عدم الدخول بها» مقید می سازد.

چون در این صور بین بینتین تعارض و تکاذبی وجود ندارد، آیا با این دو بینه معامله متعارضین کنیم و حکم به تساقط صادر نماییم یا دومی را ترجیح دهیم؟ سید هیچ یک از دو احتمال را اختیار نمی کند و می فرماید: و جهان

(ب) تقریر دیگری از صورتهای مسئله توسط استاد:

(1) صورتهای مسئله:

به نظر ما بحث را به شکل دیگری می توان مطرح کرد که مناسب تر می نماید(1):

مسئله ما دو فرض دارد:

فرض اول: متعلق هر دو بینه «اصل وقوع عقد» است اعم از این که عقد واقع شده شرایط صحت را دارد یا نه، مثلاً بینه یکی از مدعی ها شهادت می دهند که سال گذشته در جلسه عقد این زن و مرد بودند و جاری شدن صیغه عقد را دیدند که شرایط صحت صیغه را دارا بود، ولی نسبت به سایر شرایط صحت عقد سکوت دارند.(2) بینه دیگر هم تنها شهادت می دهند که امسال در جلسه عقد این مرد با خواهر یا مادر یا دختر آن زن بودند و وقوع صیغه عقد را مشاهده کردند، در این فرض صحت عقد، از دایره گواهی دو بینه بیرون است و باید با اصاله الصحه حکم به صحت عقد و ترتب اثر بر آن نمود.

فرض دوم: متعلق هر دو بینه «وقوع عقد صحیح»، یا «زوجیت این زن نسبت به مرد» باشد که هر دو به یک جا باز می گردند، خواه متعلق هر دو بینه سبب باشد یا مسبب، مفاد هر دو بالمآل یکی است.

ص: 3696

1- (1) مرحوم آقای خویی و مرحوم آقای گلپایگانی در حواشی خود به گونه دیگری بحث را مطرح ساخته اند که به نظر ما طرح فوق، بهتر است.

2- (2) (توضیح بیشتر) شرایط صحت عقد بر دو گونه است، یکی شرایط صحت صیغه عقد همچون عربیت و ما ضویت و تقدّم عدم وقوع عقد نکاح صحیح بر دختر این زن (خواه عقد نکاح باقی باشد یا نباشد)، بینه هایی که در مجلس عقد حاضرند، چه بسا تنها شرایط صحت صیغه عقد را گواهی دهند و نسبت به سایر شرایط حرفی نداشته باشند یا اگر نسبت به سایر شرایط هم شهادت بدهند بدلیل غیر محسوس بودن مورد شهادت، از اعتبار شرعی برخوردار نباشد.

فرض اول دو صورت دارد: صورت اول: بینه اول علاوه بر شهادت به وقوع عقد، این نکته را هم شهادت می دهند که در این بین فسخ یا انفساخ یا طلاق هم رخ نداده است.

ان قلت: شهادت به عدم وقوع فسخ یا انفساخ یا طلاق شهادت به نفی است و اعتبار ندارد.

قلت: اگر فاصله بین دو عقد، اندک باشد، امکان دارد که دو شاهد در این مدت کوتاه همراه با زوج بوده باشند، لذا می توان گواهی آنان را پذیرفت، البته اگر بین دو عقد، چندین ماه - مثلاً - فاصله بیفتد، قهراً شهادت به نفی طلاق یا فسخ یا انفساخ مسموع نیست. (1)

صورت دوم آن است که بینه اول فقط وقوع عقد را شهادت می دهند و نسبت به وجود یا نفی فسخ و طلاق و مانند آنها اظهار نظری نمی کنند.

(2) حکم صورت های فرض اول:

در فرض اول که بینه به وقوع عقد شهادت می دهد، در صورت دوم آن، هر دو عقد با عنایت به اصالت الصحه اقتضاء صحت دارند و این اصالت الصحه ها هم با هم تعارضی ندارند چون ممکن است عقد اول صحیح باشد و یکی از این دوزن قبلاً همسر این مرد باشد و در عین حال عقد دوم هم صحیح باشد به این گونه که در این فاصل، عاملی پیش آمده باشد که اثر عقد را زائل کرده باشد.

البته اگر بینه اول نسبت به عقد بر دختر شهادت دهد، لازمه صحت عقد بر دختر آن است که عقد بر مادر وی باطل باشد هر چند در هنگام عقد بر مادر، دیگر

ص: 3697

1- (1) (توضیح بیشتر) شهادتی مسموع است که در امور محسوس یا قریب به حس باشد و احتمال رود که شاهد از روی حس خود شهادت دهد، در فاصله اندک این احتمال وجود دارد، ولی در فاصله بسیار چون محتمل نیست که در تمام احوال شاهد و زوج با هم همراه باشند، لذا شهادت به نفی پذیرفته نیست، بنابراین ملاک اصلی این است که آیا احتمال می رود که شاهد عدم طلاق یا فسخ یا انفساخ را از روی حس فهمیده باشد (که شهادت مسموع است) یا احتمال نمی رود و فرق بین فاصله اندک و فاصله بسیار مبنی بر غالب است.

دختر در عقد ازدواج آن مرد نباشد، همچنین اگر بینه اول نسبت به عقد بر مادر شهادت دهد که به وی دخول هم صورت گرفته باشد، در این مثالها اصاله الصحه ها نسبت به عقد این دوزن با هم تعارض پیدا می کند، همچنین در صورت اول هم که بینه اول علاوه بر شهادت به وقوع عقد به عدم وقوع طلاق و مانند آن در فاصله این عقد تا عقد دوم هم شهادت می دهد اصاله الصحه نسبت به وقوع عقد اول با اصاله الصحه نسبت به وقوع عقد دوم تعارض دارد، اگر عقد نخست صحیح باشد اقتضاء دارد که آن زن همسر این مرد باشد، فرض هم این است که چیزی آن را زائل نساخته.

اگر عقد دوم هم صحیح باشد، باید عقد اول (بر خواهر آن زن یا مادرش یا دخترش یا...) واقع نشده باشد. و چون اجتماع صحت این دو عقد امکان ندارد این دو اصاله الصحه تعارض و تساقط می کنند، دلیلی بر تقدم عقد سابق بر عقد لاحق در کار نیست، در باب تعارض، سبق زمانی یک دلیل یا اصل مرجح نمی باشد، پس در این صورت، همچنین در صورت تعارض اصاله الصحه ها در صورت دوم باید حکم به تساقط نمود، ولی در سایر موارد صورت دوم، حکم به جریان هر دو اصاله الصحه شده در نتیجه باید مورد بینه لاحق فعلاً همسر این مرد بشمار آید.

(3) حکم صورتهای فرض دوم:

در جایی که مورد شهادت «وقوع عقد صحیح» یا زوجیت این زن باشد که نتیجه هر دو یکی است لازمه وقوع عقد صحیح زوجیت است، گاه شهادت به زوجیت شهادت به استمرار آن تا وقوع عقد دیگر - که مورد بینه دوم می باشد - هم می باشد و گاهی شهادت نسبت به ادامه زوجیت نیست و فقط شهادت به وقوع عقد صحیح است ولی شهادت به وقوع عقد دختر است که معنایش نفی صحت عقد بر مادر این دختر است، چون به مجرد عقد بر دختر، مادر حرمت ابدی می یابد، همچنین اگر شهادت بینه سابق به وقوع عقد بر مادر در فرض دخول به وی باشد که لازمه اش نفی صحت عقد بر دختر وی می باشد. در این صورتهای دو بینه با یکدیگر تعارض

می کنند، چون هر کدام مدعی «وقوع عقد صحیح» یا «زوجیت» است و نمی تواند هر دو صحیح باشد. (1)

ولی در جایی که بینه اول شهادت به استمرار عقد صحیح اول تا زمان عقد دوم نمی دهد و لازمه صحت حدوث عقد اول، بطلان عقد دوم نیست، دو شهادت با یکدیگر منافاتی ندارند، چون ممکن است در فاصله عقد اول و دوم، اثر عقد اول زائل شده باشد، بنابراین می تواند هر دو عقد در زمان خود صحیح باشد.

ج) بررسی کلام سید:

1) طرح اشکالات بر کلام سید:

در کلام سید دو اشکال بنظر می آید:

اشکال اول: مرحوم سید در صورت شهادت بینه به استمرار عقد اول تا زمان عقد دوم (یا علم خارجی به استمرار)، یا ملازمه داشتن صحت عقد سابق با بطلان عقد لاحق حکم به ترجیح بینه سابق نموده اند، با این که به حسب ظاهر وجهی برای این ترجیح نیست، خواه تنافی دو بینه با توجه به جریان اصالة الصحة باشد (فرض اول) یا خود بینه ها با هم تنافی داشته باشند (فرض دوم).

اشکال دوم: در سایر صورتهای مسئله بین مفاد دو بینه، تنافی نیست و علی القاعده باید بینه دوم که متعرض حال فعلی است اعتبار داشته باشد، همچنین در فرض اول در این صورتهای، بین اصالة الصحة در هر دو بینه تعارض نیست و باید هر دو را اخذ کرد و نتیجه آن به سود بینه لاحق است، ولی با این حال چرا مرحوم سید در اینجا تردید کرده «وجهان» تعبیر می کند؟

ص: 3699

1- (1) (توضیح بیشتر) صورتهای این فرض، همانند صورتهای نخست می باشد با این تفاوت که در فرض نخست، تعارض بین اصالة الصحة های مربوط به دو عقد می باشد، ولی در این فرض تعارض بین مفاد خود بینه ها (به طور مستقیم) می باشد.

ان قلت: اصالة الصّحة در عقد اوّل با توجه به استصحاب بقاء اثر عقد، با اصالة الصّحة در عقد دوّم تنافی پیدا می کند و نیز در فرض دوم حجیت بینة اوّل با توجه به استصحاب بقاء اثر عقد با حجیت بینة دوم تعارض دارد.

قلت: علماء در اصول فرموده اند که اصالة الصّحة بر استصحاب مقدم است و نیز حجیت بینة (که اماره است) بر استصحاب (که اصل است) مرجّح است، لذا شارحان و محشیان عروه همچون مرحوم آقای خوئی و مرحوم آقای حکیم این اشکال را عنوان کرده اند که فتاوی سید را نمی توان با قواعد اصولی سازگار ساخت.

گفتنی است که تقدیم اصالة الصّحة بر استصحاب و نیز تقدیم اماره بر اصل چنان واضح است که کسی که اندک آشنایی با اصول داشته باشد بدان توجه دارد، لذا نمی توان منشأ فتوای کسی همچون سید را غفلت از چنین مبانی واضح اصولی دانست و باید برای کلام ایشان توجیهی جستجو کرد.

2) توجیه کلام سید و پاسخ به اشکال اوّل توسط استاد مد ظلّه:

اشاره

کلام سید را به گونه ای می توان توجیه نمود که اشکال اول در برخی صورتها وارد نیاید، این توجیه بر این بحث اصولی استوار است که در تعارض امارات، آیا اصل عملی مرجّح یکی از دو اماره بشمار می روند یا دو اماره با یکدیگر تساقط کرده و مرجع ما اصل عملی خواهد بود، ثمره این نزاع هم این است که اگر اصل عملی مرجح اماره باشد، مثبتات این اماره معتبر است و اگر مرجع باشد، مثبتات معتبر نیست.

استدلال بر مرجّح بودن اصل عملی نسبت به امارات متعارض

مرجّح بودن اصل عملی را می توان با این دلیل تقریب کرد که دلیل حجّیت دو اماره متعارض، با اصالة العموم هر دو اماره را شامل شده است که با توجه به تعارض دو اماره می دانیم اصالة العموم هر دو را شامل نمی گردد، در اینجا دو احتمال وجود

دارد یا اصل مرجّح است در نتیجه اصاله العموم در اماره موافق با اصل از اعتبار نیفتاده و تنها در اماره مخالف از اعتبار افتاده است. و یا اصل مرجّح نیست، در نتیجه اصاله العموم در هر دو اماره از حجیت برخوردار نیست، پس به هر حال سقوط اصاله العموم در مورد اماره مخالف با اصل، یقینی است (1) و سقوط اصاله العموم در مورد اماره موافق مشکوک، پس علم اجمالی به سقوط اصاله العموم در اینجا منحلّ بر علم تفصیلی نسبت به سقوط اصاله العموم در اماره مخالف اصل و شک بدوی نسبت به سقوط اصاله العموم در اماره موافق اصل گردیده، پس می توان با اصاله العموم اماره موافق اصل را ترجیح داد. (2)

تطبیق مبنای اصولی فوق بر محل کلام

در اینجا ممکن است نظر مرحوم سید بر مرجّح بودن اصل عملی باشد، لذا بینه سابق را با توجه به استصحاب بر بینه لا حق ترجیح داده است.

البته این پاسخ در جایی صحیح است (3) که اصل حدوث عقد اول با حدوث عقد دوم تنافی نداشته باشد و تنافی بین استمرار عقد اول (که با استصحاب ثابت شده) و حدوث عقد دوم باشد، ولی در جایی همچون عقد بر دختر که به مجرد عقد، ازدواج با مادر وی حرام می گردد، دیگر استصحابی در کار نیست تا بتواند مرجّح بینه سابق باشد، لذا باید به توجیه دیگری دست زد که در جلسات آینده بدان خواهیم پرداخت.

ص: 3701

- 1- (1) (توضیح بیشتر) چون احتمال ترجیح اماره مخالف با اصل وجود ندارد.
- 2- (2) (توضیح بیشتر) استاد مد ظلّه این تقریب را برای ترجیح در مورد مرجّحات غیر منصوصه به طور کلی ذکر می کردند با این بیان که سقوط دلیل غیر ذو المزیه قطعی است لذا نمی تواند سبب سقوط دلیل ذو المزیه که مشکوک است گردد، استاد این دلیل را صناعی می دانستند ولی آن را عرفی نمی دانسته، لذا در اخبار علاجیه راوی در ترجیح ذو المزیه تردید کرده و از امام علیه السلام از حکم مسئله پرسیده است، پرسش - لا اقل - کاشف از عدم اطمینان عرف به این گونه تقریبات می باشد و چون اصاله العموم تا اطمینانی نباشد به عقیده استاد - مد ظلّه - حجت نیست، پس تقریب فوق ناتمام است.
- 3- (3) این نکته را استاد - مد ظلّه - در جلسه بعد اشاره فرمودند.

گفتیم که در صورتی که بیّنه اول به استمرار عقد اول ناظر نباشد و حدوث عقد اول، بطلان عقد دوم را به همراه نداشته باشد، علی القاعده باید طبق بیّنه دوم عمل کرد پس چرا سید مرّدد شدند بین تساقط و ترجیح بیّنه دوم؟ با اینکه مورد از موارد مخفی نیست چرا ایشان دچار مشکل شده؟ من احتمال قوی می دهم که نظر ایشان به این جهت باشد مورد شهادت بیّنه معمولاً به امور مشهوده خودشان است. ممکن است حضور خودشان را در جلسه عقد شهادت دهند حتی شنیدن اجرای صیغه به نحو صحیح را هم شهادت دهند، ولی «صحت عقد (از جمیع جهات)» و «زوجیت» مشهود به شهود نیست، آنچه را که آنها حسّ می کنند جریان صیغه عقد است، اما اینکه همه شرائط صحت عقد فراهم است، قابل رؤیت و حسّ برای شهود نیست اینکه خواهر این زن قبلاً معقوده این مرد بوده یا نه؟ به این جهات معمولاً توجه نمی شود و محسوس و مشهود اشخاص نیست. بنابراین دومی که شهادت می دهد که این زن همسر این مرد است، اصاله الصحه هم حکم به صحت جاری می کند.

چون اصاله الصحه بر استصحاب حکومت دارد. منتهی بر استصحابی تقدم دارد که در مورد همین اصاله الصحه ممکن است جاری شود نه استصحابی که نسبت به عقد دیگر جاری می شود. (1) اگر اصاله الصحه را اماره بدانیم به طوری که مثبت آن

هم حجت باشد، ممکن است گفته شود بر آن استصحاب هم حکومت دارد ولی اگر اصاله الصحه را اصل بدانیم یا اگر اماره بدانیم اماره ای ندانیم که مثبت آن هم حجت باشد، در این صورت نمی تواند بر استصحابی که در خصوص عقد آن خواهر جاری شده، حاکم باشد.

ص: 3702

1- (1) (توضیح بیشتر) در موارد اصاله الصحه غالباً استصحابی جریان دارد که مخالف اصاله الصحه است، مثلاً در جایی که عقدی انجام گرفته که در صحت آن تردید داریم، اصل عدم ترتب اثر عقد می باشد که با فساد عقد همخوان است، لذا علماء فرموده اند که لازمه حجیت اصاله الصحه عدم اعتبار این گونه اصول مخالف می باشد. وگرنه اصاله الصحه لغو می باشد. این بیان تنها ترجیح اصاله الصحه را بر استصحاب مخالفی که در همان مورد اصاله الصحه جاری است می رساند و دلیل بر ترجیح اصاله الصحه بر استصحاب در غیر مورد اصاله الصحه نمی باشد.

با توجه به اینکه مطلب روشن است و حتی آقایان نظر سید را واضح البطلان گرفته اند، به نظر نمی رسد که مرحوم سید مطلب واضحی چون این مطلب را مورد غفلت قرار داده باشد، از این رو به نظر ما مراد سید چنین صورتی است که مشهود به حقیقت «عقد صحیح یا زوجیت» نیست بلکه چیزی است که معمولاً مشهود است و آن اصل وقوع عقد است. (1)

به نظر ما در فرض مورد بحث اگر مثبت اصالة الصحة را حجت ندانیم، هر دو اصل جاری می شود و با هم تساقط می کنند و هیچ کدام بر دیگری ترجیح ندارند».

4) تذکر یک نکته:

بحثی که در خاتمه یادآوری آن لازم است این است که آقایان مطلبی را توضیح نداده اند و آن اینکه پس از تعارض دو اصل با یکدیگر، حکم به صحت اجمالی یکی از عقدها می کنیم و می گوئیم: فی الجملة یکی از این دو خواهر همسر این مرد است.

تا نفی ثالث شود. آثار مشترک این دو بیته را که حجیت احدهما هست می توانیم مترتب کنیم. اگر دختر و مادر بودند هر دو اصل با هم تعارض می کنند ولی در یک جهت با هم مشترکند و آن اینکه مادر بزرگ را نمی توان عقد کرد چون چه دختر معقوده باشد چه مادر وی، در هر حال مادر مادر حرمت ابدی پیدا کرده است.

خلاصه آثاری که دو اصل مشترکاً ثابت می کنند، می توانیم مترتب کنیم.

در جلسات آینده بررسی حکم مسئله را ادامه خواهیم داد. ان شاء الله.

«* و السلام*»

ص: 3703

1- (1) (توضیح بیشتر) یا اگر شهادت وی هم به عقد صحیح باشد به علت غیر محسوس بودن شرایط صحت عقد، از اعتبار لازم برخوردار نیست.

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

خلاصه درس این جلسه:

در این جلسه ابتدا در وجهی که در درس پیش برای نظر مرحوم سید مبنی بر تقدیم بینة اسبق ذکر کردیم، مناقشه کرده و وجه صحیح فتوای ایشان را فرض متعارف اقامه بینة می دانیم که شهادت بر اصل اجرای صیغه عقد واقع می شود بدون اینکه بر عدم وقوع عقد دیگری پیش از آن بر خواهر یا دخترش اعتماداً علی الحس یا علی اصاله الصحه شهادت دهند. سپس روایتی که در این باب وارد شده را ذکر و با بیان ضعف سند آن و عدم وجود اجماع یا شهرت قدمایی بر عمل به آن، لزوم بررسی وجهی که عده ای بر اساس آن وجه به مفاد روایت فتوی داده اند را متذکر می شویم.

الف) اذا كانت تشهد بالزوجه من ذلك التاريخ الى زمان الثانية

متن عروه:

... و علی الثالث الاسبق اذا كانت تشهد بالزوجه من ذلك التاريخ الى زمان الثانية و ان لم تشهد ببقائها الى زمان الثانية فکذلک اذا كانت الامراتان الام و البنت مع تقدم تاريخ البنت.

1) توضیح عبارت مرحوم سید:

کلام در قسم ثالث از صورت سوم از مسئله پنجم عروه است. مرحوم سید می فرماید: اگر مردی مدعی زوجیت زنی گردد و زن دیگری که در یک زمان شرعاً نمی تواند با زن اولی هر دو همسر یک نفر باشند، ادعا کند که من زن آن مرد هستم و هر دو (مرد و زن دوم) بر ادعای خود بینة اقامه کنند و مدلول یکی از دو بینة (تاریخ وقوع عقد) اسبق از دیگری باشد، در اینجا فرض مسئله به لحاظ کیفیت شهادت و

مورد ازدواج سه صورت پیدا می کند: اول اینکه بینه ای که بر وقوع عقد اسبق اقامه شده به حدوث عقد سابق و بقاء آن هر دو شهادت دهد. دوم اینکه بینه اسبق تنها به حدوث عقد سابق شهادت دهد و نظری به بعد از آن نداشته باشد. سوم اینکه شهادت بینه اسبق فقط به حدوث عقد در مواردی باشد که تحقق عقد اول از نظر شرعی فی نفسه موجب بطلان عقد دوم علی الابد می گردد مانند عقد بر بنت که موجب حرمت ام می گردد و یا عقد بر ام با فرض دخول که موجب حرمت بنت می گردد نه مانند عقد بر ام با فرض عدم دخول و یا عقد بر اخت که ثبوتاً منافات ندارد که اول ام غیر مدخوله یا اخت را عقد کرده باشد سپس او را طلاق داده و دختر یا خواهرش را گرفته باشد.

مرحوم سید می فرمایند، در صورت اول و سوم باید بینه اسبق را مقدم و حکم به صحت عقد سابق (در صورت اول) و صحت عقد بنت یا ام مدخوله (در صورت سوم) نمود. اما در صورت دوم (اختین یا ام غیر مدخوله) که ثبوتاً منافاتی ندارد هر دو عقد صحیح باشد زیرا ممکن است اول با یکی از دو خواهر ازدواج کرده سپس با طلاق او خواهرش را به عقد خود در آورده باشد و یا اول مادر را گرفته و پیش از دخول، او را طلاق داده و دخترش را گرفته باشد و یا به فتوای مرحوم آقای خوبی (خلافاً للمشهور و لما اخترناه) که مجرد عقد بر بنت را مبطل عقد مادر می دانند، دختر را بدون طلاق مادرش عقد کرده باشد، در این دو مورد از صورت دوم مسئله ذات وجهین است ممکن است بگوییم هر دو بینه ها تساقط می کنند یا اینکه دومی را (صحت عقد فعلی) ترجیح دهیم.

(2) مناقشه در وجهی که برای فتوای سید رحمه الله ذکر کرده بودیم:

ما در جلسه گذشته وجه تقدیم بینه اسبق در کلام سید رحمه الله را اختیار مبنای ترجیح یکی از دو بینه متعارض به خاطر وجود اصل موافق با آن (استصحاب صحت عقد اسبق) دانستیم که لازمه آن تقدیم زوجیت اسبق به استناد خود بینه است نه به خاطر اینکه استصحاب پس از تساقط دو بینه، مرجع و مستند باشد. ولی اکنون

عرض می کنیم از اینکه مرحوم سید صورت سوم این مسئله (شهادت بر سبق عقد بنت بر شهادت عقد بر ام) را نیز به صورت اول ملحق نموده است و در اینجا بینه عقد بنت علاوه بر بقاء، از جهت حدوث هم با بینه عقد ام تعارض دارد و اصل عملی وجود ندارد، معلوم می شود ایشان تقدیم بینه اسبق بر مبنای ترجیح یکی از دو بینه متعارض به واسطه وجود اصل را مستند فتوای خویش ندانسته اند و وجهی که ما ذکر کرده بودیم درست نیست.

3) بیان وجه کلام سید رحمه الله توسط استاد مد ظله:

این مسئله را به سه صورت می توان تصویر کرد: صورت اول اینکه هر یک از بینه ها شهادت به وقوع صیغه عقدی که خود حاضر در مجلس آن بوده اند بدهند و بگویند ما دیدیم صیغه ای که شرائط صحت همچون ایجاب و قبول و غیره را دارا بود اجرا شد بدون اینکه متعرض این جهت باشند که آیا پیش از آن عقد دیگری برای این مرد مثلاً بر خواهرش واقع شده یا نه؟ در این صورت واضح است که عقد متأخر چون فاقد صحت شرعی است باطل است یعنی هر چند از جهت دیگر شرائط تمام است لکن چون پیش از آن عقدی بر خواهرش واقع شده عقد دوم از نظر شرعی باطل است. زیرا لازمه صحت عقد اول که محسوس بینه بوده بطلان عقد دوم است. اما لازمه صحت عقد متأخر (محسوس بینه دوم) عدم وقوع عقدی پیش از آن نیست و لذا حکم به تقدیم بینه اسبق می شود.

صورت دوم اینکه بینه ها شهادت به وقوع عقد زوجیت صحیح از تمام جهت حتی از جهت مذکور (حرمت جمع بین الاختین) بدهند و لکن صحت از این جهت مذکور به واسطه اصاله الصحه بر آن مترتب شده باشد یعنی آنها بالحس شهادت به وقوع عقد با تمامیت ارکان آن می دهند و با ضمیمه اصاله الصحه تمامیت از جهت عدم وقوع عقدی پیش از آن بر خواهرش را اظهار می کنند. در اینجا جریان اصاله الصحه در هر کدام از جهت جمع بین الاختین با دیگری متعارض است و هیچ

ترجیحی برای تقدیم اصاله الصحه در بینة اسبق بر دومی وجود ندارد زیرا تعارض این دو بینه به واسطه جریان اصاله الصحه در آنها مانند این است که کسی دو مطلب اظهار کند و ما بدانیم یکی از آن دو را عمداً یا سهواً دروغ گفته است در اینجا صدق هیچ یک بر دیگری اولویت ندارد و نمی توان گفت الزاماً در اولی صادق و در دومی اشتباه کرده یا دروغ گفته است.

صورت سوم اینکه هر کدام از بینه ها بالحس شهادت، وقوع عقدی صحیح حتی از جهت مذکور بدهند یعنی هر کدام بگویند ما دیدیم عقد فلان زن برای این مرد خوانده شد و پیش از آن خواهرش معقوده او نبوده است. در اینجا نیز هیچ ترجیحی برای تقدیم بینة اسبق بر بینة عقد متأخر وجود ندارد زیرا مجرد اینکه یکی از دو بینه مدعی وقوع عقد در زمانی زودتر از زمان مدعای بینه دوم شود در حالی که آن دو بینه در واقع یکدیگر را تکذیب می کنند و ما می دانیم یکی از آنها دروغ می گویند و یا اشتباه می کنند، موجب ترجیح آن بر این نمی شود.

خلاصه اینکه اگر اقامه بینه به نحو اول بود باید اسبق را مقدم داشت اما اگر به نحو دوم یا سوم بود هیچ یک بر دیگری ترجیح ندارد. و چون به طور متعارف اقامه بینه به نحو اول صورت می پذیرد یعنی هر کدام از آنها تنها به محسوس خودشان که اجرای صیغه صحیح عقد باشد شهادت می دهند و کاری به وقوع عقد دیگری بر خواهر او نه بالحس و نه با اصاله الصحه ندارند لذا خیال می کنم مرحوم سید هم فقط همین فرض را در نظر گرفته و حکم به تقدیم اسبق نموده است و الا وجهی برای تقدیم بینة اسبق در دو فرض دیگر وجود ندارد.

(ب) بخلاف الاختین و الام و البنت مع تقدم تاريخ الام

متن عروه:

بخلاف الاختین و الام و البنت مع تقدم تاريخ الام لا مکان صحه العقدین بان تطلق الاولى و عقد علی الثانیة فی الاختین و تطلق الام مع عدم الدخول بها و حیثند ففی ترجیح الثانیة او التساقط و جهان.

ص: 3707

مرحوم سید می فرماید در جایی که بینة ها فقط شهادت به اصل وقوع عقد حدوداً دهند و آن دو زن، اختین و یا اولی مادر و دومی دخترش باشد، چون امکان صحت هر دو عقد به اینکه پس از طلاق اخت یا طلاق مادر غیر مدخوله با خواهر یا دختر او ازدواج کرده وجود دارد، دو وجه می توان گفت. هم ترجیح بینة عقد دوم ذو وجه است و هم تساقط هر دو بینة.

وجه تقدیم بینة دوم واضح است زیرا این دو بینة یکدیگر را تکذیب نمی کنند و امکان صدق هر دو بینة وجود دارد لذا بر اساس این احتمال باید حکم به زوجیت فعلیه (بینة دوم) نمود. و وجه تساقط هر دو بینة در نظر مرحوم سید را نیز در جلسه گذشته بیان کردیم که اگر مثبتات اصالة الصحة را همچون امارات حجت بدانیم لازمة جریان این اصل در بینة اسبق عدم صحت عقد دوم است یعنی لازمة بینة اسبق که با ضمیمه اصالة الصحة عقد سابق را اثبات می کند، عدم وقوع عقد دوم صحیحاً می باشد و چون این اصل در بینة دوم هم جاری است هر دو متعارض می شوند و تساقط می کنند.

ج) وردت روایه تدل علی تقدیم بینة الرجل الا مع سبق بینة الامراه المدعیه او الدخول بها فی الاختین

متن عروه:

هذا و لكن وردت روایه تدل علی تقدیم بینة الرجل الا مع سبق بینة الامراه المدعیه او الدخول بها فی الاختین و قد عمل بها المشهور فی خصوص الاختین و منهم من تعدی الی الام و البنات ایضاً و لكن العمل بها حتی فی موردها مشکل لمخالفتها للقواعد و امکان حملها علی بعض المحامل التي لا تخالف القواعد.

1) توضیح کلام سید رحمه الله:

احکامی که تاکنون در صور مختلف این مسئله گفته شد همه طبق قاعده بود مرحوم سید می فرماید روایتی وارد شده که در مورد اختین باید بینة مرد را بر بینة زن مقدم داشت مگر اینکه زن دوم مدخوله باشد و یا مدلول بینة او (تاریخ وقوع عقدی

که بر آن شهادت داده) از بینۀ مرد اسبق باشد که در این صورت بینۀ زن دوم مقدم می شود. یعنی اگر شهادت هر دو بینه مطلق باشد و یا یکی مطلق و دیگری وقت تعیین کند و یا هر یک به وقوع عقد خود در همان زمان عقد دیگر شهادت دهند باید بینۀ مرد با اینکه قواعد چنین اقتضایی ندارد مقدم شود. برخی از فقها از مورد روایت (اختین) تعدی نموده و در مورد ام و بنت نیز طبق مفاد روایت فتوی داده اند ولی چون این روایت مخالف با قواعد است و قابلیت حمل به طوری که مخالف با قواعد باب قضا نگردد نیز دارد عمل به آن حتی در مورد خودش (اختین) مشکل است.

(2) نقل و بررسی سند و حجیت روایت مذکور توسط استاد مد ظله:

مرحوم سید می فرماید یک روایت وجود دارد در حالی که دو روایت است که از دو امام نقل شده است همچنان که محقق اول در نکت النهایه نیز ذکر کرده است.

متن روایت: محمد بن یعقوب الكلینی عن علی بن ابراهیم عن ابيه و عن علی بن محمد القاسانی عن القاسم ابن محمد عن سلیمان بن داود عن عیسی بن یونس عن الازاعی عن الزهری عن علی بن الحسین علیهما السلام فی رجل ادعی علی امرأ انه تزوجها بولی و شهود و انكرت المرأه ذلك فاقامت اخت هذه المرأه علی هذا الرجل البینه انه تزوجها بولی و شهود و لم یوقتا وقتاً فکتب: ان البینه بینه الرجل و لا تقبل بینه المرأه لان الزوج قد استحق بضع هذه المرأه و ترید اختها فساد النکاح فلا تصدق و لا تقبل بینتها الا بوقت قبل وقتها او بدخول بها(1)

و محمد بن الحسن الطوسی باسناده عن محمد بن الحسن الصفار عن علی بن محمد بن محمد بن محمد بن سلیمان بن داود عن عبد الوهاب بن عبد المجید الثقفی عن ابی عبد الله علیه السلام قال سمعته یقول فی رجل ادعی علی امرأه و ذکر مثله(2)

ص: 3709

1- (1) وسائل کتاب النکاح ابواب عقد النکاح و اولیاء العقد باب 22، ح 1.

2- (2) وسائل کتاب القضاء ابواب کیفیه الحکم و احکام الدعوی باب 12، ح 13.

هر دو سند این دو روایت ضعیف است زیرا در هر دو سلیمان بن داود المنقری واقع شده که از عامه است و برخی او را تضعیف کرده اند (1) و علاوه بر او افراد دیگری نیز در هر دو سند واقع شده اند که یا توثیقی ندارند و یا تضعیف شده اند و یا از عامه هستند.

مبنای مرحوم سید، جبران ضعف سند روایت با عمل مشهور به آن می باشد و چون عمل به مفاد این روایت را به مشهور و بلکه برخی به اجماع نسبت داده اند، لذا ایشان از اشکال در سند صرف نظر کرده و اشکال دلالی یعنی مخالفت آن با قواعد را مطرح نموده است و چون دلالت آن نیز قابلیت حمل به گونه ای که مخالف با قواعد نگردد را داراست لذا ایشان با توجیه روایت بر قواعد تحفظ می نمایند گویا ایشان عمل مشهور به مفاد یک روایت را تنها جا بر ضعف سند آن می داند هر چند خود، مفاد مورد عمل آنها را نپسندد و روایت را به نحوی دیگر توجیه کند.

3) آیا شهرت یا اجماع بر عمل به روایت محقق است؟

به نظر ما ثبوت عمل مشهور به روایت با اجماع فقها بر عمل به آن محل تأمل است زیرا از میان قدمای کسی را غیر از شیخ در نهاییه و ابن براج در مهذب و ابن ادریس نیافتیم که به مفاد آن فتوی داده باشد از فتوای ابن ادریس هم که به خبر واحد عمل نمی کند معلوم می شود قاعدتاً او این حکم را منطبق بر قواعد دانسته که آن را اختیار کرده است پس از او محقق اول در نکت النهایه با تصریح به سقوط حجیت روایت به خاطر ضعف سندش چون مفاد آن را طبق قاعده قلمداد کرده به آن فتوی داده است. البته این فتوی پس از محقق در کتب علامه آمده و در میان فقها مشهور شده است لکن بعید نیست آنان نیز وجهی را که محقق ذکر کرده پسندیده و

ص: 3710

1- (1) برخی همچون علامه در خلاصه و ابن غضائری، سلیمان بن داود المنقری را تضعیف کرده اند لکن نجاشی در فهرست خود درباره او می گوید... بصری لیس بالمتحقق بنا (یعنی امامی نیست) غیر انه روی عن جماعه من اصحاب جعفر بن محمد علیهما السلام و کان ثقة له کتاب. رجال نجاشی، شماره 488.

حکم را علی القاعده دانسته باشند. حتی شاید شیخ هم چون مفاد روایت را منطبق بر قواعد یافته به آن عمل کرده و ابن براج هم که نوعاً در آراء خویش از شیخ تبعیت می کند بر اساس همان وجه عمل نموده باشد.

خلاصه اینکه چون سند این دو روایت ضعیف است و نه اجماعی وجود دارد و نه شهرت قدمایی، و سایرین هم فتوای خود را بر قواعد تطبیق کرده اند، ما باید وجهی را که محقق برای مستند این فتوی ذکر کرده بررسی کنیم و اگر آن وجه تمام نبود روایت را به خاطر ضعف سندش کنار گذاشته و بر قواعد مسلّم باب قضاء و شهادات تحفظ کنیم. «* و السلام*»

ص: 3711

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می دانند و کسانی که نمی دانند یکسانند؟

سوره زمر/ 9

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آباده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک 129/34 - طبقه اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: 03134490125

دفتر تهران: 021 - 88318722

بازرگانی و فروش: 09132000109

امور کاربران: 09132000109



مرکز تحقیقات رایانگی

اصفهان

گامی

WWW



برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

