جلسه 422

شنبه 10/11/88

أعوذ باللّه من الشیطان الرجیم بسم اللّه الرحمن الرحیم الحمد للّه ربّ العالمین و صلّی اللّه علی سیّدنا محمّد و آله الطاهرین سیّما بقیّة اللّه فی الأرضین و اللعن علی أعدائهم أجمعین.

بحث راجع به نهی از معاملات به اینجا رسید که عرض کردیم نهی تکلیفی از سبب مثل لعن الله بایع الخمر ظهور عرفی دارد در فساد معامله. و اما نهی تکلیفی از مسبب مثل یحرم ایجاد الملکیة ظهور عرفی دارد در صحت معامله.

البته اگر در روایت تعبیر بشود لاتملّک، لا تملّک با لاتوجد الملکیة به نظر ما فرق می کند. ایجاد ملکیت ظهور دارد در ایجاد ملکیت اعتباریه که ظاهر است در لسان شارع در ملکیتی که مقبوله لدی الشارع باشد. ایجاد نکن ملکیت را یعنی آنچه را که من ملکیت می دانم آن را ایجاد نکن. وچون ظاهر این است که نهی می کند از ایجاد ملکیت بالفعل ومتعلق نهی هم باید مقدور باشد پس کشف می کنیم این مکلف قادر بر ایجاد ملکیت شرعیه هست.

اما اگر در لسان روایات نهی از تملیک وارد بشود، تملیک گاهی استعمال می شود به معنای نفس بیع و امثاله. یعنی تملیک انشائی. نه ایجاد مسبب شرعی. ملّک أی باع أو وهب.

ولذا در نهی از تملیک ما معتقدیم که ظهور در صحت و قدرت مکلف بر ایجاد ملکیت ندارد، با تعبیر به لاتوجد الملکیة تفاوت دارد.

اما نهی از ترتیب اثر بر مسبب، به اینجا رسیدیم که گاهی نهی می کند شارع از ترتیب یک اثری که لاینفک نیست عرفا از صحت عقد، بلکه یک اثری است که قد ینفک عن صحة العقد. ممکن است عقد صحیح باشد در عین حال این اثر را نداشته باشد. مثلا کسی که ازدواج بکند با ذمیه در حالی که زوجه مسلمه دارد، تزوج ذمیة علی مسلمة، که محل بحث است، اگر بدون رضای زوجه مسلمه باشد فقهاء حکم به بطلان کرده اند، مگر در مورد ازدواج های موقت کوتاه مدت مثل ازدواج موقت چند ساعته، که مرحوم آقای خوئی می فرمودند عرفا صادق نیست که روز زن مسلمانش رفت ازدواج کرد، تزوج علیها صدق نمی کند عرفا، که این هم به نظر ما مطلب درستی نیست، حتی اگر پنج دقیقه هم باشد صدق می کند تزوج ذمیة علی مسلمة.

به هر حال ما از روایات استفاده کردیم که اگر شخص مسلمان بدون رضایت زوجه مسلمه ازدواج بکند با زنی که یهودیه یا مسیحیه است این ازدواج نافذ نیست، ولکن اگر زوجه مسلمه راضی بشود این ازدواج صحیح است. خلافا للسید السیستانی که حتی در فرض رضایت زوجه مسلمه هم احتیاط واجب می کند در صحت این عقد با کتابیه. به هر حال این مسأله فقهی بود که عرض کردم.

حالا در روایت فرض کنید آمده است که لایدخل هذا الرجل بالذمیة التی تزوج بها علی مسلمة. البته ما از ادله استفاده ارشاد به فساد کردیم، بحث فقهی نمی کنم، به عنوان یک فرض عرض می کنم که اگر ما از این روایات فقط تحریم دخول فهمیدیم خب از کجا ما بگوئیم این ازدواج با ذمیه باطل است؟ فقط گفتند دخول حرام است. ممکن است این ازدواج صحیح باشد ولکن این اثر را نداشته باشد. جواز دخول که اثر لاینفک ازدواج نیست. ازدواج با دختری که نه سالش تمام نشده است صحیح است اگر ولی او مصلحت بداند ولکن دخول به او جائز نیست.

بنابر نظر مرحوم شیخ انصاری ممکن است کسی بگوید در اینجا ما تمسک می کنیم به اصالة عدم التخصیص لاثبات التخصص. چطور؟ گفته می شود از آیات شریفه فهمیدیم که یجوز الدخول بالزوجة. و این یک عمومی است. نمی دانیم این ذمیه که مرد که زن مسلمان داشت با او عقد ازدواج بست، آیا علت اینکه دخول به او حرام است این است که زوجه است ولکن تخصیص خورده است این عموم یجوز الدخول بأیة زوجة، یا نه، اصلا این ذمیه زوجه نیست تا حرمت دخول به او از باب تخصص باشد. مرحوم شیخ انصاری نظرش این است که می گوید اگر ما یک عامی داشتیم می داینم یک فرد از آن خارج است. اکرم کل عالم داشتیم می دانستیم زید اکرامش واجب نیست، اما نمی دانستیم زید عالم است تا خروجش از این عموم خرج تخصیصی باشد، یا جاهل است تا خرجش تخصصی باشد. مرحوم شیخ فرموده است: اصالة العموم و اصالة عدم التخصیص اصل عقلائی است جاری می کنیم، ثابت می کنیم که خروج این فرد تخصیصی نیست بلکه تخصصی است. ولذا در این مثال زید ثابت می شود که زید جاهل است و احکام جاهل را مثلا وجوب ارشاد جاهل را بر او بار می کنیم. یا در مانحن فیه طبق مسلک مرحوم شیخ آثار عدم زوجیت را بر این ذمیه بار می کنیم، یعنی دیگر نظر به او هم جائز نیست. چرا؟ برای اینکه اصل این است که عموم یجوز الدخول بالزوجة تخصیص نخورده است در این مورد، پس خروج این ذمیه از عموم جواز دخول خروج تخصصی است.

اقول: این مطلب به نظر ما دو ایراد دارد:

ایراد اول: ایراد مبنایی است. همانطور که مرحوم آخوند در کفایه فرموده است و نوعا علماء پذیرفته اند، ما همچنین بنائی نداریم در عقلاء که وقتی یک فر معینی را بدانند مشمول حکم عام نیست، اما نمی دانند خروجش از عام تخصصی است یا تخصیصی، اینجا بناء عقلاء بر اجراء اصالة عدم التخصیص ثابت نیست. چون مراد مشخص است. یعنی این فرد حکمش مشخص است. مثلا زید عدم وجوب اکرامش مشخص است، کیفیت اراده مشکوک است مراد معلوم است که لایجب اکرام هذا الفرد. کیفیت اراده مجهول ومشکوک است که آیا علی نحو التخصص بود یا علی نحو التخصیص. هر چند مرحوم آقای صدر مصر است که فرمایش مرحوم شیخ انصاری را فنی بکند ولکن ما در محل خودش گفته ایم که فنی شدن در این مبنا کار ممکنی نیست مبنای فنی ای نیست و حق با مرحوم آخوند در کفایه است.

ایراد دوم: برفرض مبنا درست باشد، اما در مانحن فیه تعارض می کند اصالة العموم در یجوز الدخول بکل زوجة که می خواست اثبات کند که این ذمیه زوجه نیست، اثبات تخصص می خواستید بکنید که این ذمیه زوجه نیست و خروجش از عموم جواز دخول بالزوجة خروج تخصصی است، زوجه نیست نه اینکه زوجه است و تخصیص خورده است از عموم جواز دخول. خب این تعارض می کند با عموم نفوذ این عقد که این مرد مسلمانی که زن مسلمان دارد با این ذمیه عقد ازدواج بست، عموم دلیل می گوید این عقد ازدواج صحیح است.

نفرمائید که تعارضا تساقطا، رجوع می کنیم به اصالة الفساد. اصالة العموم در احل لکم ما وراء ذلکم می گوید این ازدواج صحیح است. اصالة العموم هم در جواز دخول به زوجه اقتضاء می کرد که این ازدواج باطل باشد و خروج این ذمیه از عمم یجوز الدخول بکل زوجة خروج تخصصی باشد.

می گوئیم این مطلب را اگر کسی بگوید که منجز به تعارض می شود و بعد از تعارض وتساقط رجوع می کنیم به اصالة الفساد. جواب این نیست که همه جا که تعارضا تساقطا نیست. ممکن است یک طرف دلیل ما عموم کتاب باشد، طرف دیگر دلیل ما خبر ظنی الصدور باشد. در تعارض خبر ظنی الصدور با عموم کتاب وبلکه با اطلاق کتاب که به عموم من وجه تعارض می کنند عموم و اطلاق کتاب مقدم است، چون این خبر می شود ما خالف الکتاب.

وگاهی ممکن است هر دو خبر ظنی الصدور باشند یا هر دو عموم کتاب باشند، مثل همین مثال که جواز دخول به زوجه هم عموم کتابی است "الذین هم لفروجهم حافظون الا علی ازواجهم، از آن طرف "احل لکم ما وراء ذلکم" هم عموم کتابی است، دو عموم کتابی. ولکن باز نوبت به اصل عملی نمی رسد، چون یک عام فوق داریم. بعد از تعارض وتساقط این دو دلیل سریع نروید دادگاه اصالة الفساد، به اصل عملی پناه نبرید، ببینید عام فوق داریم، چه بسا اینجا عام فوق داریم، بنابر نظر مشهور اوفوا بالعقود داریم. عام فوق است چون اینکه در مورد نکاح وارد نشده است. عام فوق گاهی وجوب وفاء به عقد هست. وانگهی عرض کردم مرجحات را باید ببینیم.

این مطلبی است که باید به آن توجه بشود.

در آخر این بحث ما یک روایاتی داریم که علماء این روایات را مطرح کرده اند و یک مشکلی برای علمائی که می گویند نهی تکلیفی از معاملات مقتضی فساد نیست پیدا شده است.

بررسی صحیحه زراره و استدلال به آن

مثلا: صحیحه زراره عن ابی جعفر علیه السلام: قال سألته عن مملوک تزوج بغیر اذن سیده فقال ذاک الی سیده إن شاء اجازه و إن شاء فرّق بینهما. قلت اصلحک الله إن الحکم بن عیبة وابراهیم النخعی (ابراهیم بن مالک اشتر از فقهاء عامه بود) واصحابهما یقولون إن اصل النکاح فاسد و لاتحل اجازة السید له؟ فقال ابوجعفر علیه السلام: إنه لم یعص الله وإنما عصی سیده فإذا اجاز فهو له جائز.

تقریب استدلال به صححیه زراره

استدلال به این صحیحه و امثال آن به این تقریب است که گفته می شود حضرت فرمود: عبدی که به غیر اذن سیدش ازدواج کند عصیان کرده است سیدش را، خدا را که عصیان نکرده، پس با اجازه سید این عقدش صحیح می شود. برخلاف فقهاء عامه که می گفتند این عقد باطل است و بعد از اذن سید نیاز به تجدید عقد ازدواج است. خب مفاد این صحیحه این است که إنه لم یعص الله و إنما عصی سیده فإذا اجازه فهو له جائز یعنی إذا کان عصیانا لله فلا یصح و لکن حیث أنه لیس عصیانا لله فیصح عند اجازة السید له. وهذا هو المطلوب.

فرقی نمی کند چه بگوئید ظهور عصیان در عصیان تکلیفی است و اصلا عصیان وضعی عرفا عصیان نیست، شما هوا را بفروشید به دوستتان، این بیع باطل است، اما نمی گویند عصیت الله. دعای کمیل هم که می خوانید که من دچار عصیان شدم هیچوقت به فکر بیع الهواء من صدیقک نمی افتی، او یک بیع باطلی بود پولش را هم که نگرفتیم. آدم به فکر آن تهمت ها و دروغ ها و غیبت ها می افتد.

برفرض بگوئید عصیان خدا شامل عصیان وضعی هم می شود. خب بشود، اطلاقش عصیان تکلیفی را که می گیرد، همین کافی است. مفادش این می شود که عقدی که مصداق عصیان خداست این باطل است.

آنوقت اگر بخواهید به این عموم عمل کنید، کسی که نذر کرد ازدواج مجدد نکند ونذرش هم راجح بود و منعقد شد، یا قسم خورد یا شرط ضمن العقد داشت که ازدواج مجدد نکند، خب رفت ازدواج مجدد کرد، این عصیان خداست. حالا در مورد حنث نذر و حنث یمین که روشن است که عصیان خداست. حالا در مورد حنث شرط ممکن است بگوئید او هم عصیان مشروط له هست مثل زوجه اولی در آن مثال. اما حنث نذر ویمین که عصیان خداست.

سؤال وجواب: بحث در این نیست که عقد فاسد چه حکمی دارد. خب عقد فاسد و ایقاع فاسد، فاسد است چه عصیان بر او صادق باشد چه نباشد. ما از این طرف می گوئیم، می گوئیم تقریب استدلال این است که هر عقدی یا ایقاعی که مصداق عصیان خدا باشد تکلیفا، طبق این تقریب اقتضاء می کند که این عقد یا ایقاع فاسد باشد.

این تقریب استدلال.

قرائن دال بر وضعی بودن حکم در صحیحه زراره و جواب از آنها

در مقابل این استدلال که به نظر ما استدلال قویی است و جواب از آن بسیار مشکل است، علماء تلاش کرده اند که این استدلال را ابطال کنند هر چند برخی از آنها مثل مرحوم نائینی استدلال را پذیرفته اند، اما جمع دیگری مثل صاحب کفایه، مرحوم آقای خوئی وحضرت امام خواسته اند از این استدلال به نحوی جواب بدهند.

مرحوم آقای صدر هم مطالب آقایان را جمع کرده است تحت چهار قرینه بر اینکه مراد از عصیان خدا در اینجا عصیان تکلیفی نیست بلکه عصیان وضعی است، یعنی عقد باطل را ایجاد کردن. خب معلوم است که دیگر فساد این عقد با خودش هست دیگر. عصیان در حدیث را گفته اند عصیان وضعی است نه عصیان تکلیفی و از محل بحث خارج است.

این چهار قرینه چیست؟

قرینه اولی: گفته اند در حدیث فرض نشده است نهی سید. تزوج بغیر اذن سیده نه اینکه تزوج مع نهی سیده. همچنین فرضی در این روایت صحیحه نشده است. تزوج بغیر اذن سیده. تا مادامی که نهی نباشد از سید که عصیان تکلیفی نمی شود. ما که نمی توانیم از جیب خودمان بیائیم بگوئیم سید نهی هم کرده بود. در حدیث که این مطلب نیامده بود. وامام راجع به همین مطلب سائل فرمود عصی سیده، عصیان کرده است این عبد سید خود را. خب این عبد عصیان تکلیفی که نکرده بود سید خود را، چون عصیان تکلیفی در جائی است که سید نهی بکند، و در حدیث همچنین فرضی نشده است. پس عصیان سید نمی شود عصیان تکلیفی باشد. عصیان وضعی است، یعنی ازدواجی کرد که سیدش این ازدواج را قبول نداشت. قبول نداشت یعنی عصیان وضعی سید.

خب وقتی عصی سیده شد عصیان وضعی، به قرینه سیاق لم یعص الله هم می شود عصیان وضعی. چون این عرفی نیست که بگوئیم عصی سیده وضعا و لم یعص الله تکلیفا. این خلاف قرینیت سیاق است. پس این هم می شود لم یعص الله وضعا. چرا؟ برای اینکه اصل نکاح صحیح است ولو خود شارع هم فرموده است تا اذن ندهد سید من شارع هم ازدواج این عبد را نافذ نمی دانم، ولکن اصل ازدواج این عبد نامشروع نبود، منتهی فاقد شرط اذن سید است که آن هم انشاءالله تحصیل می شود. پس عصیان وضعی خدا نکرد.

ولذا در معتبره موسی بن بکر که بعدا خواهیم خواند امام علیه السلام برای عصیان خدا مثال می زند که إن ذلک لیس کإتیان ما حرم الله علیه من نکاح فی عدة واشباهه. مثال برای عصیان خدا می زند به نکاح در عده که اصل این نکاح در عده نامشروع است.

این قرینه اولی در کلام مرحوم آخوند هم هست.

اقول: جواب از این قرینه این است که اولا: این تعبیر عرفی است که گاهی می گویند فلان خانم بدون اذن شوهرش رفت کربلا، برای اینکه بگویند یعنی با نهی شوهرش رفت. این استعمال گاهی عرفی است، یعنی بجای اینکه بگویند مع نهیه می گویند مع عدم اذنه. این تعبیر گاهی عرفی هست. مثل اینکه ما می گوئیم من گمان نمی کنم این مطلب درست باشد یعنی گمان می کنم که درست نباشد. لا اظن أی اظن عدمه. اینجا هم تعبیر گاهی بکار می رود، سافر زوجة بغیر اذن زوجها أی مع نهیه.

ثانیا: برفرض شما بگوئید نه این ادعا بلادلیل است. اما برخی از امور از نظر عرف اگر عبد موافقت مولای خودش را تحصیل نکند خروج از زیّ عبودیت است. یا فرزندی که مثلا دختر ولو شما فتوی بدهید که ازدواج دختر بدون اذن پدر صحیح است کما نسب الی المشهور و أفتی به جمع من الفقهاء، ولکن در عرف ما ازدواج دختر بدون تحصیل رضای پدر عرفا خروج از زیّ رابطه دختری وپدری هست. ولذا صدق می کند عصت والدها. چون توقع نبود که مخفیانه برود و با پسری ازدواج کند ولو پدر اصلا در مخیله اش این نبود که دخترش همچنین کاری می کند نهی هم نکرد، ولی خروج از زیّ شئون خانوادگی و رابطه دختر و پدری است.

ازدواج عبد هم همین است. مخصوصا عرف آن زمان چه بسا اینطور بود که خروج از زیّ عبودیت بود. عصی سیده، این عصیان به معنای نافرمانی نیست، عصیان یعنی شق عصای عبودیت. عصی سیده. لازم نیست نهی بکند.

ما بعدا هم خواهیم گفت اصلا فرض هم نکنید این عصیان سید حرام است، ما نمی گوئیم حرام است، ما اصلا اصراری نداریم بگوئیم این عصیان سید حرام است شرعا. نه، ممکن است حرام نباشد، این عبد رفت یک عقد غیر نافذی را بدون اذن سیدش انشاء کرد، ما نمی گوئیم حرام شرعی است، ما می گوئیم عرفا عصیان سید است. روایت هم بیش از این نمی گوید، عصی سیده. و از روایات هم بر این مطلب شاهد خواهیم آورد، روایت می فرماید لا اقول إنه حرام و لکن قل له لایفعل. به این عبد بگوئید ازدواج نکند بدون اذن سیدش ولی من نمی گویم حرام است.

پس این قرینه اولی درست نشد سائر قرائن فردا.

یک نکته ای را عرض کنم: این اشکالی که شد که اوفوا بالعقود هم طرف معارضه است با آیه الا علی ازواجهم همانطوری که خود احل لکم ما وراء ذلکم طرف معارضه بود نسبت عموم من وجه است، این اشکال وارد است ولذا اگر در این مثال ازدواج ذمیه فقط دلیل تحریم دخول بود، هر چند ما از نظر فقهی ظاهر ادله را ارشاد به فساد می دانیم، اگر تحریم دخول بود و ما اصالة عدم التخصیص لاثبات التخصص را قبول داشتیم آیه الا علی ازواجهم با آیه احل لکم ما وراء ذلکم و آیه اوفوا بالعقود نسبت هایشان می شد عموم من وجه، بعد باید رجوع می کردیم به اصالة الفساد. والحمد لله رب العالمین.