



درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۲۲ اردیبهشت ۱۴۰۴

مصادف با: ۱۴ ذی القعدة ۱۴۴۶

موضوع جزئی: مسئله ۳ - مطلب دوم: فروع مسئله - فرع دوم - صورت سوم - قول دوم (قرعه) -

دلیل قول دوم و بررسی آن - قول سوم (اجرای حکم علم اجمالی) - دلیل قول سوم و بررسی آن

سال هفتم

جلسه: ۶۸

«الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد وآله الطاهیرین و اللعن علی اعدائهم اجمعین»

خلاصه جلسه گذشته

بحث در صورت سوم از صور چهارگانه فرع دوم از مسئله سوم بود؛ صورت سوم این بود که عقد جد و عقد پدر هر دو از نظر تاریخ وقوع مجهول باشند و معلوم نباشد که آیا مقارناً واقع شده‌اند یا یکی مقدم و دیگری مؤخر بوده است. عرض کردیم در مورد این صورت، سه قول وجود دارد؛ قول اول که مرحوم سید و کثیری از فقها به آن ملتزم شده‌اند، تقدیم عقد جد است. ادله سه‌گانه این قول ذکر شد و هر سه مورد خدشه قرار گرفت.

قول دوم (قرعه)

قول دوم که در جلسه گذشته به آن اشاره‌ای داشتیم و هم صاحب جواهر و هم مرحوم آقای حکیم آن را ذکر کرده‌اند، قرعه است؛ از باب اینکه این یک امر مشکل و مشتبه محسوب می‌شود؛ ما واقعاً نمی‌دانیم با این دو عقد چه کنیم؛ کدام مقدم و کدام مؤخر است؛ آیا اساساً مقارن بوده‌اند یا نه. از نظر اجرای اصل هم مشکل داریم و نمی‌توانیم آن شرطی که برای تقدیم عقد جد ذکر شده را احراز کنیم، بنابراین باید به قرعه رجوع شود و از راه قرعه تعیین کنیم که کدام عقد مقدم می‌شود.

دلیل قول دوم

مرحوم آقای حکیم دلیلی برای تعیین رجوع به قرعه ذکر کرده‌اند: «و أما بناء علی التحقيق من عدم جریانه بالنسبة الی کل منهما. ذاتا فلا مجال لإحراز الشرط المذكور بالنسبة الی کل منهما». می‌فرماید بنابر تحقیق که اصل نه در رابطه با عقد پدر و نه در رابطه با عقد جد جاری نمی‌شود، ما نمی‌توانیم آن شرط را احراز کنیم. اینکه اصل نسبت به هیچ یک جاری نمی‌شود، منظور اصالة عدم سبق عقد الأب علی عقد الجد و اصالة عدم سبق عقد الجد علی عقد الأب است؛ همان دو اصلی که قائل به تقدیم عقد جد در دلیل دوم ذکر کرد و گفت نتیجه این دو اصل، تقارن است و در فرض تقارن هم عقد جد مقدم می‌شود. ایشان می‌فرماید هیچ یک از آن دو اصل جاری نمی‌شود، نه اصل عدم سبق عقد پدر و نه اصل عدم سبق عقد جد؛ هیچ کدام از این دو استصحاب جریان پیدا نمی‌کند. بنابراین آن شرط و آن استثنائی که کنار اطلاق ذکر شده، قابل احراز نیست. شرط تقدیم عقد جد این بود که عقد پدر قبل از آن واقع نشده باشد. باید برای ما احراز شود که عقد پدر قبل از آن واقع نشده است؛ ما چگونه می‌خواهیم این را احراز کنیم؟ اگر راه احراز، اصل باشد (چه اینکه در دلیل اول از قول اول همین نکته مطرح شد که ما با این اصل احراز می‌کنیم عدم سبق عقد پدر بر عقد جد را) این اصل در اینجا جاری نمی‌شود. لذا تعبیر ایشان این است: «أما بناء علی التحقيق من عدم جریانه بالنسبة الی کل منهما»، بنابر تحقیق که این اصل نسبت به هیچ کدام (نه عقد پدر و نه عقد جد)

جاری نمی‌شود، پس نمی‌توانیم آن شرط را احراز کنیم؛ وقتی نتوانیم آن شرط را احراز کنیم، دیگر مجالی برای تقدیم عقد جد باقی نمی‌ماند. چون تقدیم عقد جد مشروط به این شرط بوده است؛ با احراز این شرط، می‌توانستیم عقد جد را مقدم کنیم. حالا که نمی‌توانیم این شرط را احراز کنیم، پس دیگر وجهی برای تقدیم عقد جد باقی نمی‌ماند.

پس کماکان مسئله به عنوان یک امر مشکل و مشتبه باقی مانده است؛ بالاخره ما باید چه کنیم؟ چگونه از این مخمضه رها شویم؟ القرعة لكل أمر مشکل یا القرعة لكل أمر مشتبه اقتضا می‌کند که ما با قرعه تعیین کنیم که کدام یک از این دو عقد مقدم می‌شود. این محصل دلیل قول به قرعه است. لذا مرحوم آقای حکیم می‌فرماید: «و حينئذ يعلم بصفة أحد العقدین و فساد الآخر من دون تعیین»؛ ما اجمالاً می‌دانیم که یکی از این دو عقد صحیح و دیگری فاسد است؛ اما نمی‌دانیم کدام صحیح و کدام فاسد است. برای این منظور، به قرعه رجوع می‌کنیم؛ «فیتعین الرجوع الى القرعة أو غيرها». این دلیلی است که مرحوم آقای حکیم برای قول به قرعه ذکر کرده‌اند و ظاهرش آن است که ایشان به این نظر و رأی گرایش دارند؛ چون فرمود «و أما بناء علی التحقيق»، این در مقابل احتمال دیگر و راه دیگر است که به نظر ایشان خلاف تحقیق است و آن هم بناء علی جریان الاصل بالنسبة إلى کل مجهول التاريخ است. ایشان می‌گویند ما این را قبول نداریم که در مجهول التاريخ، در هر دو طرف اصل جاری شود؛ مقتضای تحقیق این است که اصل جاری نمی‌شود.

تنها دلیلی که برای این قول می‌توان ذکر کرد، همین دلیل است.

بررسی دلیل قول دوم

اولاً: به نظر می‌رسد همانطور که خود مرحوم آقای حکیم هم اشاره کرده، این مسئله محل اختلاف است؛ لذا باید دید از نظر مبنا، کدام یک اصح و درست است. اینجا دو مبنا هست و خود مرحوم آقای حکیم هم گفته‌اند؛ یکی جریان اصل در دو طرف مجهول التاريخ و یکی هم عدم جریان اصل. اگر ما قائل شویم به اینکه اینجا جای جریان اصل است، قهراً نوبت به این فرمایش مرحوم آقای حکیم نمی‌رسد. خود ایشان هم وقتی این مطلب را توضیح می‌دهد، می‌گوید «بناء علی عدم جریان الأصل بالنسبة إلى مجهول التاريخ»، اگر اصل جاری شود، می‌توانیم آن شرط را از راه اصل احراز کنیم. لکن در ادامه می‌فرماید: «أما بناء علی التحقيق من عدم جریانه»، اما بنابر تحقیق که اصل بالنسبة إلى کل منهما جاری نمی‌شود، اینجا راه این است که به قرعه رجوع شود. این خودش محل بحث و خلاف است که آیا اینجا جریان اصل مورد پذیرش است یا نه. اگر ما گفتیم اینجا جای اصل است، دیگر نوبت به قرعه نمی‌رسد؛ چون اساساً مجرای قرعه آنجایی است که نه دلیل شرعی باشد، نه یک اصل لفظی و نه یک اصل عملی. کسی که قائل به جریان اصل باشد، قهراً نمی‌تواند به قرعه رجوع کند. پس این یک اختلاف مبنایی است.

ثانیاً: قرعه در جایی جاری می‌شود که احتیاط امکان نداشته باشد یا قابل جریان نباشد؛ به این معنا که ممکن است احتیاط منجر به تلف اموال یا هرج و مرج یا سختی و مشقت و عسر و حرج شود و زندگی را مختل کند. اما تا مادامی که احتیاط ممکن است، جایی برای رجوع به قرعه نیست و اینجا احتیاط ممکن است؛ یعنی باید بگوییم این زن نه زوجه این مرد است و نه زوجه آن مرد؛ اما احتیاطاً از ناحیه هر دو باید طلاق داده شود. حالا اینکه اشکالی متوجه این است یا نه، این را در تبیین قول سوم توضیح خواهیم داد. اما به هر حال ادعا این است که امکان عمل به احتیاط هست و احتیاط در اینجا به این است که هر یک از این دو مرد اقدام به طلاق نکنند. به هر حال اگر احتیاط ممکن باشد، دیگر جایی برای رجوع به قرعه نیست.

پس قول دوم هم مردود است؛ چون:

اولاً: نسبت به جریان اصل اختلاف است و اگر ما قائل به جریان اصل شدیم (چنانچه بعضی قائل شده‌اند)، دیگر نوبت به قرعه نمی‌رسد؛ قرعه در جایی است که هیچ دلیل لفظی یا اصل لفظی و عملی نباشد.

ثانیاً: قرعه در جایی است که امکان احتیاط نباشد و اینجا امکان احتیاط هست.

لذا قول دوم هم کنار می‌رود.

قول سوم (اجرای حکم علم اجمالی)

قول سوم، اجراء حکم العلم الاجمالی است؛ همان قولی که در متن تحریر آمده است: «و إن جهل تاریخهما فلا يعلم السبق و اللحق و التقارن لزم إجراء حکم العلم الإجمالی بكونها زوجة لأحدهما». اینجا اگر حکم علم اجمالی بخواهد جاری شود، باید گفته شود که این زن زوجه یکی از این دو است به صورت غیرمعین. وقتی می‌گوییم زوجه یکی از این دو است، یعنی چه؟ نتیجه چیست؟ ابتدا این را توضیح بدهم و بعد دلیل را عرض می‌کنم که به چه دلیل این قول را اختیار کرده‌اند. وقتی می‌گوییم این زوجه یکی از این دو است، برای این است که ما یقین داریم یکی از این دو عقد صحیح و نافذ، و عقد دیگر باطل است؛ این برای ما قطعی و یقینی است. بر همین اساس باید بگوییم این زن زوجه یکی از این دو مرد است؛ اما کدام یک از این دو می‌تواند با او ارتباط زوجیت داشته باشد؟ هیچ کدام. همانطور که در علم اجمالی به نجاست احد الإنائین، وظیفه اجتناب بود با اینکه علم به طهارت یکی از این دو وجود داشت، اما می‌گفتیم به مقتضای علم اجمالی باید از هر دو اجتناب شود. اینجا هم با اینکه می‌دانیم این زوجه یکی از این دو است، اما چون نمی‌دانیم کدام یک زوج او محسوب می‌شوند، به مقتضای علم اجمالی هیچ یک از این دو مرد نمی‌توانند رابطه زوجیت با این زن داشته باشند؛ چون وقتی این مرد می‌خواهد رابطه زوجیت داشته باشد، شک دارد که آیا این زن زوجه او محسوب می‌شود یا نه؛ اصل عدم الزوجیة اقتضا می‌کند که این زن، زوجه او نباشد. آن مرد دیگر هم می‌خواهد رابطه زوجیت داشته باشد؛ شک می‌کند که آیا زوجه او است یا نه؛ اصل عدم الزوجیة اقتضا می‌کند که این زن، زوجه او نباشد. پس نه این مرد می‌تواند با آن زن رابطه زوجیت داشته باشد و نه آن مرد؛ هیچ کدام نمی‌توانند معامله زوجیت کنند. پس تکلیف این زن چه می‌شود؟ می‌گوید چون زوجه در عسر و حرج واقع می‌شود، اینجا علی کل منهما لازم است به عنوان احتیاط این زن را طلاق بدهند؛ هم مرد اولی احتیاطاً باید این زن را طلاق بدهد و هم مرد دومی احتیاطاً او را طلاق بدهد. اگر هم این دو از طلاق دادن اجتناب کردند، نوبت به حاکم شرع می‌رسد که این زن را طلاق بدهد.

سؤال:

استاد: اینجا اشکالی شده که بعداً آن را عرض خواهیم کرد؛ ما ابتدا اصل مسئله و صورت مسئله را تصویر کنیم که لزوم اجراء حکم العلم الاجمالی یعنی چه؛ یعنی نه این مرد می‌تواند با این زن رابطه زوجیت داشته باشد و نه آن مرد. اما در عین حال هر یک از این دو احتیاطاً باید طلاق بدهند تا زن در عسر و حرج قرار نگیرد. اگر هم این کار را نکردند، حاکم شرع یطلقها عن زوجها، او را از زوجش طلاق می‌دهد.

دلیل قول سوم

باید ببینیم چرا اینجا حکم علم اجمالی جاری می‌شود؛ ما اول اصل این حکم را تصویر کنیم که اصلاً اجرای حکم علم اجمالی چگونه قابل تصویر است؛ بعد ببینیم دلیل بر این فتوا چیست. ما تقدیم عقد الجد را کنار گذاشتیم، قرعه را هم کنار گذاشتیم؛ حال

باید ببینیم دلیل قول سوم چیست.

دلیل این قول آن است که ما یقین داریم به صحت یکی از این دو عقد و بطلان دیگری؛ یقیناً و تفصیلاً می‌دانیم یک عقد صحیحی واقع شده، اما مردد هستیم این عقد صحیح، عقد پدر بوده یا عقد جد. با وجود این علم اجمالی، آیا می‌توانیم اصل یعنی استصحاب عدم تقدیم عقد الجد را جاری کنیم؟ نه؛ چون اصل در اطراف علم اجمالی جاری نمی‌شود. آیا می‌توانیم استصحاب عدم تقدیم عقد الأب را جاری کنیم؟ این هم جاری نمی‌شود؛ چون با وجود علم اجمالی، اصل جریان پیدا نمی‌کند. لذا وقتی این دو اصل جریان پیدا نکرد، علم اجمالی هم که موجود است، اینجا باید به مقتضای علم اجمالی که عبارت از احتیاط و اجتناب از اطراف قضیه است، پناه ببریم. البته اگر هم کسی بگوید اینجا اصل جاری می‌شود، لکن مشکل تعارض را نمی‌تواند حل کند؛ فرض کنیم استصحاب عدم تقدیم عقد الأب جاری می‌شود، اما این مبتلا به یک معارض است و آن هم استصحاب عدم تقدیم عقد الجد است.

سؤال:

استاد: فرض این است که تقدیم عقد از ناحیه پدر یا جد معلوم نیست، کدام مقدم است و کدام مؤخر، مقارن است یا نه، هیچ چیزی معلوم نیست. ... این اشکالی است که بعداً عرض خواهیم کرد. ...

بررسی دلیل قول سوم

اینجا دو اشکال وجود دارد.

اشکال اول

یک اشکال این است که اساساً چگونه این دو مرد می‌خواهند این زن را طلاق بدهند؟ هیچ کدام یقین به زوجیت ندارند. طلاق وقتی واقع می‌شود که کسی علم به زوجیت دارد و بعد خطاب به همسرش می‌گوید أنت طالق، زوجتی طالق؛ در حالی که اینجا علم به زوجیت نیست.

پاسخ

پاسخ این است که به صورت تعلیقی طلاق را واقع می‌کند؛ یعنی هر یک از این دو مرد می‌گوید لو کانت هذه زوجتی فهی طالق. اولی می‌گوید اگر این زن همسر من باشد، من او را طلاق دادم؛ دومی هم می‌گوید اگر این زن همسر من باشد، من او را طلاق دادم. پس این مرد می‌توانند به این صورت این زن را طلاق بدهند.

إن قلت: تعلیق در انشاء جایز نیست؛ شما در اصول گفته‌اید که در انشاء، تعلیق باطل است. اگر کسی بگوید من زوجیت را انشاء می‌کنم به شرط کذا، به این معنا که اصل انشاء معلق بر یک امری شود، انشاء واقع نمی‌شود؛ می‌خواهد عقد باشد یا ایقاع. بنابراین طلاق به صورت تعلیقی واقع نمی‌شود و لایجوز.

قلت: پاسخ این است که تعلیق بر دو قسم است؛ گاهی تعلیق بر یک امری است خارج از دایره این قضیه و غیر از این موضوع؛ این تعلیق جایز نیست، حتی اگر محقق الوقوع باشد. اما تعلیق بر وجود موضوع مشکلی ندارد؛ یعنی می‌گوید اگر این موضوع باشد فکذا. اینجا هم همینطور است. شما در باب عبادات وقتی شک در اشتغال ذمه دارید، می‌توانید به قصد رجاء آن عبادت را اتیان کنید؛ می‌گویید لو کان فی ذمتی، اگر در ذمه من باشد، این را انجام می‌دهم به قصد رجاء. اینجا هم می‌گوید لو کانت هذه زوجتی فهی طالق؛ اگر این زن همسر من باشد، من او را طلاق می‌دهم. پس درست است اینجا طلاق به صورت معلق انشاء شده، لکن این تعلیق مانعی در برابر صحت طلاق نیست.

این اشکالی است که به ذهن بعضی از آقایان آمده بود و پاسخ آن هم همین است که عرض شد.

حق در مسئله

به نظر می‌رسد که در صورت سوم همانطور که امام(ره) در متن تحریر فرموده، باید حکم علم اجمالی را جاری کرد؛ یعنی واقعاً جریان اصل در اطراف قضیه مشکل دارد؛ همانطور که مرحوم آقای حکیم هم فرمود «أما بناء على التحقيق من عدم جريانه بالنسبة الى كل منهما»، چون یا به عنوان اینکه علم اجمالی وجود دارد نمی‌توانیم اصل جاری کنیم یا اگر هم بتوانیم جاری کنیم، معارض دارد و تساقط می‌کنند. پس با وجود این مشکل، که نه اصل عدم تقدیم عقد الأب و نه اصل عدم تقدیم عقد الجد جریان ندارد، ما نمی‌توانیم آن شرط را احراز کنیم. بنابراین به اطلاقات تقدیم عقد الجد نمی‌توان رجوع کرد، چنانچه مرحوم سید گفته‌اند. پس راه یا منحصر در قرعه است یا اجرای حکم علم اجمالی.

قرعه هم قابل قبول نیست؛ هرچند مرحوم آقای حکیم راه قرعه را اختیار کرده است؛ برای اینکه قرعه در جایی جریان پیدا می‌کند که احتیاط امکان نداشته باشد در حالی که اینجا احتیاط ممکن است به طریقی که عرض کردیم. لذا الحق هو ما ذهب إليه الماتن(ره).

«والحمد لله رب العالمين»