

[حمل روایات مانعه بر کراهت در کلام مرحوم فاضل مقداد 1](#_Toc95663881)

[تعمیق اشکال اشتراط قدرت بر تسلّم 2](#_Toc95663882)

[تبیین اشکال مرحوم فاضل مقداد به دلالت روایت بر منع 4](#_Toc95663883)

[پاسخ به اشکال مرحوم فاضل مقداد 4](#_Toc95663884)

[نقض و ابرام 5](#_Toc95663885)

[بیان مکملاتی در مورد قول مختار(قول به منع) 6](#_Toc95663886)

[توجیه تعبیر به اشعار 7](#_Toc95663887)

**موضوع**: استصحاب عدم نسخ /تنبیهات استصحاب /استصحاب

**خلاصه مباحث گذشته:**

در جلسات گذشته به تناسب کلام مرحوم شیخ انصاری در بحث حجیت احکام امم سابقه برای امت اسلام، به این بحث وارد شدیم که آیا مهریه می تواند اجیر شدن زوج باشد یا نه؟

در این زمینه روایاتی وجود داشت که دال بر منع بود ولی عده همچون مرحوم فاضل مقداد روایت را حمل بر کراهت نموده اند.

در این جلسه به تکمیل این بحث می پردازیم.

# بررسی حمل روایات مانعه بر کراهت

بحث در این بود که آیا مهریه می تواند اجیر شدن زوج برای زوجه یا برای شخصی دیگر باشد؟

روایت صفوان و بزنطی و محمد بن مسلم دال بر منع بود و حکم به منع در ذیل روایت تعلیل شده است به این که انسان باید علم به زنده ماندن داشته باشد تا معلوم باشد می تواند مهریه را پرداخت کند و این علم تنها برای حضرت موسی علی نبینا و آله و علیه السلام وجود داشته نه برای ما.

مرحوم فاضل مقداد در التنقیح الرائع ج3 ص208 فرمودند این تعلیل کاشف از کراهتی بودن این حکم است چون اگر این تعلیل دال بر منع باشد در سائر اجارات معینه (یعنی اجاراتی که مباشرت شخص اجیر در آن موضوعیت دارد) هم جریان خواهد داشت و باید در سائر اجارات معینه قائل به منع شویم و حال آن که چنین قولی قائل نداشته و قابل التزام نمی باشد.

ایشان در ادامه به کلام مرحوم علامه اشاره نمودند مبنی بر این که اجیر شدن نمی تواند به عنوان مهریه قرار گیرد و سپس به کلام ایشان اشکال نمودند.

ما قبلا در توضیح کلامه مرحوم علامه می گفتیم ممکن است شرط صحت عقد، قدرت بر تسلیم یا به عبارت دقیق تر، قدرت بر تسلّم است لذا اگر شخصی عبد آبق خود را بفروشد به نحوی که نه خودش قدرت بر تسلیم داشته و نه مشتری قدرت بر تسلّم داشته باشد این عقد باطل است.

## تعمیق اشکال اشتراط قدرت بر تسلّم

ممکن است شخصی پاسخ دهد که در جایی که عوض، یک عین مشخص باشد، قدرت بر تسلم شرط است ولی در جایی که عوض، یک شیء کلی باشد قدرت بر تسلم شرط نیست لذا اگر شخصی خانه ای را به نحو کلی فی الذمه بفروشد و قدرت بر تسلیم آن هم نداشته باشد و مشتری هم توان اجبار وی را نداشته باشد، کسی قائل به بطلان معامله نشده است پس قدرت بر تسلم، در بیع اعیان شرط است نه در بیع کلی.

یک بحث این است که قدرت واقعی بر تسلم شرط صحت است ولی بالاتر از آن اگر حتی شخص، علم داشته باشد قدرت ندارد و این علم مطابق با واقع باشد نیز کسی قائل به بطلان معامله نشده است لذا چطور می گوئید قدرت بر تسلّم شرط است؟

خلاصه این که قدرت بر تسلّم در بیع اعیان شرط است و حال آن که مهریه قرار دادن اجارۀ نفس، از قبیل کلی است نه عین خارجی پس جطور می گویید در چنین مهریه ای به دلیل نبود قدرت بر تسلّم باید قائل به منع شد؟

در پاسخ به این اشکال باید اشکال را تعمیق کرد چون اصل اشکال قراتر از عدم قدرت بر تسلّم است.

در جلسۀ قبل گفته شد در کلمات برخی آقایان به اشتراط ملکیت در صحت عقد اشاره شده است؛ این شرط محط اشکال قرار گرفته است که مثلا در تملیک یک میلیارد تومان به نحو کلی فی الذمه، این طور نیست که شخص مالک بالفعل یک میلیارد تومان باشد و این طور نیست مالک ذمه اش به مقدار یک میلیارد باشد پس صحت تملیک این یک میلیارد کلی، به این دلیل است که اشخاص، حق واگذاری ذمۀ خود به دیگران را دارند و بعد از این انتقال، شخص مقابل مالک ذمۀ آنها می شود ولی نه این که خودشان پیش از معامله مالک ذمۀ خود باشند و آن را به دیگری منتقل کنند.

بنابراین برای صحت عقد لازم نیست شخص مالک بالفعل مال یا مالک بالفعل ذمه اش باشد بلکه همین که بتواند ذمه اش را در اختیار دیگری قرار دهد و خود را مشغول الذمه کند برای صحت معامله کافی است؛ این شخص هر چند مالک بالفعل یک میلیارد تومان نیست ولی اختیار واگذاری ذمه اش به دیگری را دارد و همین مقدار برای صحت عقد کافی است؛ به عبارت دیگر هر چند ملکیت و سلطۀ اعتباری بر ذمۀ خود ندارد ولی ملکیت و سلطه بر انتقال آن به دیگری دارد و همین مقدار برای صحت معامله کافی است.

با عنایت به مطالب فوق آن چه شرط صحت عقد است ملکیتِ شیء نیست بلکه مقدور بودن آن شیء است اما سؤال این است که عوض باید مقدور خود شخص باشد یا مقدور ولو برای شخص دیگری غیر از خود شخص؟

پاسخ این است که عوض باید مقدور باشد ولی لازم نیست این مقدوریت مقید به خود این شخص باشد پس اگر ورثه یا حتی شخص دیگری به نحو تبرعی بتواند عوض را در اختیار طرف مقابل قرار دهند برای صحت معامله کفایت می کند هر چند پرداختِ عوض، برای خود شخص، مقدور نباشد.

تطبیق این نکته در بحث به این شکل است که در جایی که یک شیء کلی در ذمۀ شخص قرار می گیرد و اجاره هم اجارۀ غیر معینه است \_یعنی شخص اجیر موضوعیت نداشته و لازم نیست خود اجیر مباشرت به عمل داشته باشد\_، شرط مقدوریت به معنایی که گفته شد یعنی مقدوریت ولو برای ورثۀ اجیر یا شخص دیگری که تبرعاً این عمل را انجام دهد\_ فراهم بوده و عقد صحیح است چون حتی اگر خود شخص بمیرد دیگران می توانند عوض را به طرف مقابل تحویل دهند چون فرض این است که نفس عمل به نحو مطلق طرف اجاره بوده و نفس عمل مقدور است ولو برای غیر خود اجیر.

اما اگر اجاره، اجارۀ معینه باشد بر اجیر لازم است خودش به نحو مباشری عمل را انجام دهد و این عمل برای دیگران مقدور نیست تا بر فرض موتش تحویل عمل مقدور محسوب شود لذا اگر خود اجیر بمیرد عقد باطل می شود.

خلاصه این که لازم نیست خود شخص قدرت بر ادای شرط داشته باشد و مقدور بودن ذات عمل ولو توسط دیگران برای صحت عقد کفایت می کند ولی در اجارات معینه، عمل مقید به شخص اجیر، تنها برای خود اجیر مقدور بوده و برای دیگران مقدور نیست لذا شرط مقدوریت فراهم نبوده و عقد باطل می شود.

به طور مثال اگر تعلیم السوره به نحو کلی (یعنی اجارۀ غیر معینه) مهریه قرار گیرد مشکلی در صحت عقد نکاح ایجاد نمی کند چون حتی بر فرض مرگ زوج، ورثه یا شخص دیگری به نحو تبرعی \_البته به نحو مباح\_ قدرت تعلیم سووه را دارد پس تعلیم السوره ولو برای غیر زوج مقدور است و همین مقدار برای صحت عقد کافی است ولی اگر تعلیم السوره به نحو متعین در زوج به عنوان مهریه قرار گیرد با مرگ زوج دیگر امکان ادای مهریه نبوده و هیچکس قدرت بر تعلیم سوره ای که متعین در زوح بوده را ندارد.

افرادی همچون مرحوم شیخ طوسی و امثال ایشان اجاره را دو قسم کردند و اجارۀ معینه را در مقابل اجارۀ فی الذمه قرار داده اند و مقصودشان از اجارۀ فی الذمه اجاره ای است که متعین نبوده و به نحو مطلق و کلی جعل شده است؛ طبق اصطلاح این آقایان، اجارۀ فی الذمه غیر از اجارۀ معینه است ولی بالدقه اجارۀ معینه هم فی الذمه است ولی بهر حال مقصود ایشان از اجارۀ فی الذمه اجاره ای است که متعین در شخص زوج نبوده و دیگران هم می توانند آن را ادا کنند.

اشتباهی که در کلام ایشان دیده می شود این است که بین مقدور بودن برای شخص اجیر و مقدور بودن برای اعم از اجیر و غیر اجیر خلط نموده است.

## تبیین اشکال مرحوم فاضل مقداد به دلالت روایت بر منع

با توجه به نکات فوق می توان اشکال مرحوم فاضل مقداد را اینطور تبیین کرد که در تمام اجارات معینه بر فرض موت اجیر، تحویل عمل نه تنها برای خود اجیر بلکه برای دیگران هم مقدور نیست چون فرض این است که عمل باید مقید به مباشرت زوج باشد و دیگران نمی توانند عملی که مقید به مباشرت زوج است را تحویل دهند و همین نکته موجب بطلان تمام اجارات معینه می شود و حال آن که چنین قولی در سائر اجارات معینه قائل ندارد و عدم وجود قائل کاشف از این است که تعلیل موجود در روایت مبنی بر این که بر اجیر لازم است علم به مقدور بودن عمل داشته باشد، به عنوان علت کراهت مطرح شده است نه علت تحریم.

ایشان می خواهد بفرماید بین اجارۀ نفس در مهریه و اجارۀ نفس در سائر موارد فرقی نیست چون در هر دو، اجاره معینه است و در اجارۀ معینه اجیر باید علم به حیات خود داشته باشد چون بر فرض موت، طرف مقابل دیگر نمی تواند مالک فعل من بعد از زمان مرگ باشد.

## پاسخ به اشکال مرحوم فاضل مقداد

پاسخ این استدلال با توجه به نکاتی که در جلسات سابق بیان شد روشن می شود؛ ما در اینجا یک حکم واقعی صحت داریم که متوقف بر قدرت واقعی است و یک حکم ظاهری بر صحت داریم که متوقف بر قدرت ظاهری می باشد؛ در غیر نکاح دائم چنانچه در قدرت شک داشته باشیم عقلاء با اصاله الحیات و یا استصحاب حیات و امثال آن، حکم ظاهری به وجود قدرت نموده و همین حکم ظاهری تا کشف خلاف نشده منشأ صحت معامله خواهد بود و بعد از کشف خلاف هم معامله تقسیط می شود و به مقداری که باقی مانده محکوم به فساد است، ولی در نکاح دائم چنین حکم ظاهری ای وجود ندارد چون اساسا قابلیت تقسیط و تبعض صفقه در آن وجود ندارد و همین تقسیط پذیری و تقسیط ناپذیری فارق بین اجیر شدن در عقد نکاح دائم و اجیر شدن در سائر اجارات معینه است؛ به عبارت دیگر در نکاح دائم زن قیمومیت خود را یکجا در اختیار شوهر قرار می دهد و این گونه نیست که در عمود زمان، تقسیط شود لذا چنانچه زوج توان پرداخت مهریه را نداشته باشد نکاح از اساس باطل می شود و همین نکته باعث می شود عقلاء حکم ظاهری به وجود قدرت نکنند.

مقصود ما این است که در چنین عقودی که تقسیط پذیر نیست عقلاء چنین اصلی را برای احراز ظاهری قدرت جاری نمی کنند و حتی اگر هم عقلاء چنین اصلی را جاری بدانند با توجه به روایات ذکر شده شارع مقدس با تکیه بر یک نکتۀ موافق ارتکاز عقلاء این رفتار عقلائی را تخطئه نموده است و با این بیان قیاس بین نکاح و سائر اجارات معینه مع الفارق بوده و استدلال مرحوم فاضل مقداد مبنی بر عدم امکان التزام به تحریمی بودن تعلیل ناتمام می باشد.

### نقض و ابرام

ممکن است در دفاع از مرحوم فاضل مقداد گفته شود تعلیل مذکور در روایت موجب تعمیم است و اساسا تعمیم علت یعنی همین که هر چند مورد روایت نکاح است ولی حکم از نکاح به سائر اجارات معینه تعمیم یافته و در تمام عقودی که معلوم نیست عوض مقدور است یا نه، حکم به بطلان می شود؛ به عبارت دیگر در تعلیل ذکر شده بین عقود تقسیط پذیر و تقسیط ناپذیر فرقی نیست و مقتضای عموم تعلیل این است که در سائر اجارات معینه که تقسیط پذیر هستند نیز قائل به بطلان شویم و چنین قولی قائل ندارد.

در پاسخ به مطلب باید گفت تعمیم علت به معنای تعمیم حکم از موضوع خاص به موضوع کلی است؛ به طور مثال وقتی شارع مقدس می گوید لا تشرب الخمر لأنه مسکر مقتضای عموم تعلیل این است که هر مایعی که شربش موجب اسکار است حرام می باشد ولی نمی توان حکم را از شرب به اکل تعمیم داد بلکه حکم صرفا از شرب خمر به شرب سائر مسکرات تعمیم می یابد؛ در اینجا هم حکم از مهریه به تمام موارد تقسیط ناپذیر تعمیم می یابد ولی اگر عقدی تقسیط پذیر باشد دیگر مشمول تعلیل نبوده و قیاسش مع الفارق است.

ممکن است شخصی پاسخ مرحوم فاضل مقداد به مرحوم علامه را مطرح نموده و بگوید در صورت مرگ زوج و تعذر استیفای عمل وی، به قیمت عملش رجوع می شود.

پاسخ مطلب این است که همانطور که گفتیم تعذر استیفای عوض در حقیقت شرط صحت معامله را از بین می برد و وقتی معامله باطل شد دیگر مالکیتی برای زن ثابت نمی شود تا رجوع به عوض مطرح شود.

#### بیان مکملاتی در مورد قول مختار(قول به منع)

خلاصه این که در امور زمان بردار مانند اجارۀ منافع یا اجارۀ نفس، چنانچه اجاره معینه باشد و تقسیط پذیر نباشد با احتمال مرگ معامله محکوم به بطلان است ولی در سائر اجارات معینه که تقسیط پذیر است به دلیل حکم ظاهری به اصاله الحیات و امثال آن، معامله محکوم به صحت است هرچند اگر اجیر بمیرد معامله تقسیط شده و نسبت به زمان باقی مانده باطل می شود.

مؤید این مطلب این است که شاید بیشتر قدما قائل به منع چنین مهریه ای بودند و افرادی هم که قائل به منع نبودند \_که البته آنها هم تعدادشان کم نیست\_ چه بسا اشکالات سندی یا امثال آن داشتند نه این که از تمام جهات روایت را قبول کنند و با تکیه بر نکته ای که مرحوم فاضل مقداد فرموده اند قول به منع را نپذیرفته باشند چون غیر از ایشان کسی به این نکته استناد نکرده است.

تذکر این نکته مفید است که یک وقت مهریه را عین یک خانه یا ماشین یا اعیان خارجی دیگر قرار می دهیم در اینجا ملکیت من نسبت به اعیان خارجی بدون قید زمان است یعنی این گونه نیست که الآن مالک خانۀ فعلی باشم و فردا مالک خانۀ فردا باشم و همچنین این گونه نیست که الآن یکجا مالک بالفعل خانۀ امروز و فردا باشم بلکه الآن مالک ذات خانه ام و فردا هم مالک ذات خانه هستم پس در هر زمان مالکیت نسبت به ذات خانه بدون قید زمان است و با رسیدن هر بخش از زمان مالکیت مالک نسبت به ذات خانه در آن زمان فعلی می شود؛ و لکن در منافع این گونه نیست که منفعت، بدون قید زمان مورد ملکیت واقع شود یعنی من الآن مالک منفعت امروز و فردا و یک سال این خانه هستم البته این ملکیت منوط به این است که در آینده مرگ بر من حادث نشود و الا با حدوث مرگ کشف می شود که از همان ابتدا نسبت به زمان بعد از مرگ ملکیتی وجود نداشته است. بنابراین در منفعت و عمل اجیر، ملکیت مالک نسبت به عمل خود یا منفعت خانه و امثال آن زمان بردار است و مالک از همین الآن مالک تمام ازمنه است البته مشروط به این که با حدوث مرگ کشف نشود این ملکیت از ابتدا وجود نداشته است.

با عنایت به نکتۀ فوق قول صحیح این است که با مرگ موجر عقد اجاره تقسیط یافته و نسبت به زمان بعد از مرگ باطل و منفسخ می شود زیرا مرگ کاشف از این است که از همان ابتدا در زمان شکل گیری عقد اجاره، من مالک این بازۀ زمانی نبودم تا حق تملیک آن به مستأجر را داشته باشم؛ لذا آقایان در این مسأله قائل به بطلان شدند و قول صحیح نیز همین قول است.

وجه صحت عقد اجاره تا قبل از مرگ این است که عقلاء یک حکم ظاهری دارند که می گویند اصل بر این است که موجر زنده می ماند و ملکیتش ادامه دارد و بر این اساس از ابتدا معامله را یک ساله یا بیشتر منعقد می کنند ولی چنانچه شخص بل از پایان زمان عقد بمیرد کشف می شود این حکم ظاهری مطابق با واقع نیوده و از این به بعد محکوم به بطلان است.

البته این مطلب در مواردی است که اجاره متعین در شخص اجیر باشد و الا اگر اجاره غیر معینه باشد و شخص اجیر موضوعیت نداشته باشد حتی با مرگ اجیر نیز هنوز عمل مقدور بوده و اشخاص دیگر می توانند آن عمل را انجام دهند و وجهی برای بطلان معامله وجود ندارد.

به طور مثال اگر شخصی اجیر شده است برای خواندن یک سال نماز و بعد از شش ماه از دنیا می رود اگر نماز خواندن یک سال متعین و مقید به شخص اجیر باشد با مرگ وی معامله نیز باطل می شود نسبت به شش ماه باقی مانده باطل می شود چون از زمان مرگ به بعد تحویل نماز دیگر غیرمقدور است ولی اگر اجاره معینه نباشد و مطلق نماز خواندن مد نظر بوده باشد بعد از مرگ اجیر نیز تحویل نماز ولو برای ورثه یا اشخاص دیگر مقدور است و در نتیجه معامله صحیح است و تحویل مقدار باقی مانده از نماز به مثابۀ دینی است که مانع ارث بری ورثه می شود پس ورثه ابتدا باید این دین را ادا کنند تا بتوانند ارث را تقسیم نمایند.

## توجیه تعبیر به اشعار

مرحوم شیخ انصاری فرمودند[[1]](#footnote-1) روایات ذکر شده بیانگر این است که احکام شرائع سابقه تا وقتی ردع نشده باشد برای ما حجت اند ولی ایشان از تعبیر اشعار استفاده کردند نه از تعبیر دلالت؛ سؤال این بود که چرا ایشان فرموده است این روایات مشعر است.

ما سابقا در توجیه کلام ایشان گفتیم روایت ناظر به یک حکم عقلائی است و احکام عقلائی چنانچه ردع نشوند حجت اند در حالی که احتمال نسخ عمدتا در موارد تعبدی مطرح است و در موارد تعبدی از روایت چیزی استفاده نمی شود.

با توجه به نکات ذکر شده و اختیار قول به منع روشن شد که توجیه ذکر شده برای تعبیر اشعار قابل قبول است یعنی وقتی گفتیم عقلاء مقدور بودن عوض را شرط صحت می دانند و در موارد تقسیط ناپذیر حکم ظاهری به مقدوریت نمی کنند یا اگر هم حکم ظاهری می کنند شارع مقدس با تکیه بر نکته ای که موافق بر ارتکاز خود عقلاست است این حکم ظاهری را ردع نموده است، نهایتا از روایت استفاده می شود در موارد وجود نکتۀ عقلائی عام بین زمان امم سابقه و زمان ما چنانچه ردعی ثابت نشود آن احکام نیز برای ما حجت اند ولی معنای این مطلب این نیست که در تعبدیات هم این چنین است.

این مطلب در واقع یک نوع قاعدۀ مقتضی و مانع عقلائی است یعنی عقلاء وقتی می بینند حکم مربوط به امم سابق در زمان ما هم مقتضی دارد و شارع آن را ردع نکرده است، بنا را بر این می گذارند که این مقتضی به فعلیت رسیده است چون اصل وجود مقتضی را خودشان به تنهایی یا به ضمیمۀ دلیل شرعی موافق با ارتکازشان احراز نموده اند؛ اما این قاعده در امور تعبدی جاری نیست چون عقلاء در امور تعبدی به دلیل نامعلوم بودن ملاکات، توان احراز مقتضی را ندارند و با وجود شک در اصل مقتضی، قاعدۀ مقتضی و مانع مجرا ندارد.

1. فرائد الاصول، ج‏2، ص: 658 [↑](#footnote-ref-1)