

ظرفیت اصل استصحاب در مشروعیت بخشی به شروط ضمن عقد

الهه خیامی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۱؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۲۸

چکیده

شروط ضمن عقد نکاح یکی از مباحث پرکاربرد در باب حقوق زوجین در فقه خانواده است. در شرع مبین اسلام، عقد نکاح به عنوان یکی از عقود لازم الوفاء مطرح شده است که در ضمن آن هر یک از زوجین می‌توانند یکدیگر را به شروطی پایبند کنند؛ اما در فقه، تنها آن دسته از شروط ضمن عقد، مشروع و لازم الوفاء دانسته شده است که ویژگی‌هایی را داشته باشد که در فقه از آن تعبیر به شروط صحت شرط شده است، یکی از آن شروط، عدم مخالفت با کتاب و سنت است که همواره از مباحث چالش برانگیز بین فقها بوده است؛ از جمله فقهایی که به آن پرداخته‌اند، شیخ انصاری (ره) است؛ ایشان با به کارگیری استصحاب عدم جعل، قائل به صحت آن دسته از شروطی که مخالفت آن‌ها با کتاب و سنت، مشکوک است شده‌اند. این مقاله به شیوه توصیفی-تحلیلی در نظر دارد به کارآمدی روش اصولی شیخ انصاری در حل چالش فقهی-حقوقی شروط زوجه در ضمن عقد نکاح بپردازد.

واژگان کلیدی: عدم مخالفت با کتاب و سنت، اصل عدم جعل، استصحاب در شبهات حکمیه، شروط ضمن عقد نکاح

مقدمه

از دیرباز انسان‌ها با بستن قرارداد، ملتزم به انجام اموری شده‌اند و همواره تمایل داشته‌اند که التزامشان را با شروطی مقید کنند؛ که در فقه شیعه از آن تعبیر به شروط ضمن عقد شده است. از جمله عقود رایج در طول تاریخ بشر، عقد نکاح است که زوجین همواره آن را با شروطی مقید کرده‌اند. در فقه، شروط ضمن عقد به دو دسته صحیح و فاسد تقسیم شده‌اند و برای صحت شرط ضمن عقد، شروطی بیان شده است؛ که چالش برانگیزترین آن‌ها، شرطیت عدم مخالفت با کتاب و سنت است. این شرط به نحو موجهه جزئیة مورد اتفاق فقهاء است؛ که از جمله مستندات آن، حدیث «انّ المسلمین عند شروطهم الا شرطاً حرم حلالاً او حلالاً حراماً» می‌باشد. با توجه به اینکه محل اختلاف قسمت اول حدیث است، فقها به تبیین مراد آن پرداخته‌اند؛ که از جمله آن‌ها شیخ انصاری (ره) است. با توجه به اینکه صحت بسیاری از شروطی که زوجه ضمن عقد نکاح قرار می‌دهند جزء موارد مورد اختلاف فقها است؛ اما زنان در روزگار جدید بیش از پیش نیاز به دارا بودن این قبیل حقوق را پس از ازدواج احساس می‌کنند همچون: حق اشتغال، تحصیل و تعهد زوج به تک همسری. در حقوق مدنی به دلیل وجود چالش‌های فقهی همچون مخالف بودن این شروط با کتاب و سنت به راهکار وکالت بلاعزل دادن به زوجه تمسک شده است؛ اما این راهکار هم به لحاظ فقهی ایراداتی دارد بعلاوه اینکه تنها شامل شروط مصرّح در ضمن عقد نکاح می‌شود و برای شرط ارتکازی ضمانت اجرایی دیده نشده است؛ این پژوهش از آن جهت حائز اهمیت است که قادر است درصدد رفع چالش فقهی - حقوقی شروط ضمن عقد نکاح برآید. در این زمینه تاکنون پژوهش‌های مختلفی صورت گرفته است؛ از جمله حسن پور که در مقاله‌اش با عنوان «عدم مخالفت با کتاب و سنت، ضامن صحت شرط و نفوذ آن در دیدگاه امام خمینی» به بررسی دیدگاه امام خمینی و اشکالات ایشان بر شیخ انصاری پرداخته است و نقیبه که در مقاله خود با عنوان «بررسی ضابط مفهومی در تشخیص شرط تحریم حلال و تحلیل حرام در فقه امامیه» به بررسی دیدگاه فقها در مراد از شرط محرم حلال پرداخته است؛ اما پژوهش حاضر درصدد است تا به بیان دلیل اصولی شیخ انصاری در مواجهه با شروطی که شبهه مخالفت با کتاب و سنت دارند و کارآمدی آن در رفع چالش

حقوقی زوجه پردازد؛ سپس نقدها و اشکالات وارد بر این دیدگاه را مطرح کند و به پاسخ اشکالات مطرح شده پردازد.

مفهوم شرط

برای شرط در منابع فقهی، اصولی، نحوی و ... تعاریف مختلفی ذکر شده است.

معنای لغوی

شرط در کتب لغت به معنای الزام کردن به چیزی و ملتزم شدن به آن در بیع و امثال آن آمده است (فیروزآبادی ۱۴۱۸ ج ۳۶۸: ۲؛ ابن منظور ۱۴۱۴ ج ۲: ۲۹۸؛ منتصر ۱۳۸۰ ج ۱: ۴۸۱؛ فراهیدی بی تاج ۶: ۲۴۳). برخی از لغویون، شرط را به معنای علامت دانسته‌اند (راغب اصفهانی ۱۴۱۲: ۲۵۸).

معنای اصطلاحی

با بررسی کتب فقهی پیش از شیخ انصاری (ره) به نظر می‌رسد؛ ایشان اولین فقهی بودند که به صورت جداگانه به بررسی شرط، در کتاب مکاسب پرداخته‌اند. ایشان ابتدا به بررسی معنای شرط می‌پردازند و می‌فرمایند: برای شرط دو معنای عرفی و دو معنای اصطلاحی وجود دارد.

دو معنای عرفی

یک. معنای حدی که همان الزام و التزام به چیزی باشد؛ که نسبت به شرط کننده، الزام و نسبت به مشروط علیه التزام است؛ بنابراین شرط به این معنا، مصدر شَرَط است؛ همچنین به نظر شیخ اعظم فرقی نیست که این الزام و التزام در ضمن عقدی باشد یا ابتدایی باشد؛ بلکه در هر دو حال، شرط بر آن صدق می‌کند. دلیل بر این مطلب اطلاق لفظ شرط بر الزامات ابتدایی در بسیاری از روایات است؛ مانند سخن پیامبر اکرم صلوات الله علیه در قضیه بریره که می‌فرمایند: «إِنَّ قِضَاءَ اللَّهِ أَحَقُّ وَ شَرْطُهُ أَوْثَقُ وَ الْوَلَاءُ لِمَنْ

أعتق؛ همانا تدبیر خداوند و حکم او سزاوارتر است برای بندگان». همان طور که مشخص است مراد از شرط در این روایت حکم خدا است و بر حکم خداوند با آن که الزام ابتدایی است، شرط اطلاق شده است.

معنای دوم: ما يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِهِ، عَدَم؛ یعنی آن چیزی که از عدمش، عدم مشروط لازم بیاید، صرف نظر از این که وجودش وجود مشروط را در پی داشته باشد یا نه.

معانی اصطلاحی

یک. معنای اصطلاحی در نحو: علمای نحو به جمله‌ای که بعد از اادات شرط ذکر می‌شود، جمله شرط می‌گویند.

دو. در علم منطق نیز به آن چیزی شرط می‌گویند که از عدمش، عدم مشروط لازم می‌آید؛ ولی از وجودش وجود مشروط لازم نمی‌آید؛ اما معانی اصطلاحی، ارتباطی به بحث ما ندارند و از نظر شیخ، شرط به معنای اول لغوی؛ یعنی مطلق الزام و التزام چه ابتدایی و چه در ضمن عقد است.

عدم مخالفت با کتاب و سنت

شیخ انصاری (ره) عدم مخالفت با کتاب و سنت را به عنوان چهارمین شرط از شروط صحت شرط بیان نموده‌اند؛ بنابراین اگر طرفین عقد، چیزی را که خلاف کتاب و سنت است شرط کنند صحیح نخواهد بود و لزوم وفا ندارد، به عنوان مثال: شخصی بگوید: این کتاب را به تو می‌فروشم به شرط اینکه پس از مرگ شما، من وارث شما باشم، باطل است؛ زیرا در فقه، افراد بخصوصی به عنوان وارث معرفی شده‌اند که شارع برای هر کدام سهمی را در نظر گرفته است؛ بنابراین شارط نمی‌تواند به واسطه شرط از مشروط علیه اجنبی ارث ببرد.

ادله شرطیت عدم مخالفت با کتاب و سنت

روایات فراوانی که متواتر معنوی هستند به عنوان دلیل بر چهارمین شرط از شروط صحت شرط بیان شده‌اند. برخی از این روایات عبارتند از: روایت نبوی که با سند صحیح

از امام صادق علیه السلام نقل شده است می‌فرماید: «من اشترط شرطاً سوی کتاب الله عزوجل، فلا يجوز ذلك له ولا عليه» (حرّ عاملی ۱۴۱۲ ج ۲۱: ۲۹۷). در صحیحہ حلبی نیز آمده است: «کل شرط خالف کتاب الله فهو ردّ» (حرّ عاملی ۱۴۱۲ ج ۱۸: ۴۴۴) در هر دو روایت، شرط مخالف کتاب، غیرمجاز دانسته است و در روایتی دیگر، محمد بن قیس از امام صادق علیه السلام در خصوص مردی سؤال می‌پرسد که زنی را به همسری خودش درآورده؛ درحالی که زن بر او شرط کرده است که هم خوابگی و طلاق به دست او باشد و حضرت در پاسخ می‌فرماید: او با سنت مخالفت کرده است و حقّی را که شایسته او نیست عهده‌دار شده است. در روایت موثق دیگر که از امام علی علیه السلام نقل شده آمده است: که هر کس شرطی از جانب همسرش را بپذیرد باید بدان وفاء کند؛ زیرا مسلمانان باید به شرطشان وفاء کنند؛ مگر شرطی که حلالی را حرام و یا حرامی را حلال کند (حرّ عاملی ۱۴۱۲ ج ۲۱: ۳۰۰).

اقسام شرط مخالف با کتاب و سنت

با بررسی آراء فقهاء می‌توان دریافت که شرط مخالف کتاب و سنت از این سه قسم خارج نیست:

۱. اشتراط نسبت به احکام وضعیه باشد؛ مانند اشتراط زوجیت، مالکیت و...
۲. اشتراط نسبت به احکام تکلیفیه باشد؛ که خود به دو صورت است
 - ۱، ۲. شرط خلاف کتاب و سنت به صورت وضع یک قاعده کلی و حکم جدید باشد؛ مانند اینکه شرط شود ازدواج که در شرع حلال است بر خودش یا دیگران حرام دائمی باشد.
 - ۲، ۲. شرط خلاف کتاب و سنت، ارتکاب فعل حرام یا ترک فعل واجب یا انجام یا ترک فعل مباحی باشد؛ همچون شرب خمر، قتل و...

مراد از کتاب و سنت

شیخ انصاری (ره) در تبیین مراد از کتاب و سنت می‌فرماید: مراد، آن احکامی است که برای موضوعاتشان به نحوی ثابت شده‌اند که قابل تغییر با شرط، به سبب تغییر موضوعاتشان با شرط نیستند که از میان احکام تکلیفی، محرّمات و واجبات چنین

هستند؛ به عنوان مثال همان طور که شرب خمر حرام است، اشتراط شرب خمر نیز حرام است و لزوم وفاء ندارد؛ بنابراین احکام شرعی دو دسته هستند.

دسته اول: حکم شرعی روی عنوانی با ملاحظه همه حالات رفته است و این حکم قابل تغییر با شرط نیست؛ همچون غالب محرمات و واجبات.

دسته دوم: گاهی حکم شرعی روی عنوان اولیه رفته است؛ به این صورت که اگر ما با شرط، عنوان ثانویه درست کردیم دیگر موضوع، آن حکم را ندارد مثل اغلب مباحات، مستحبات، مکروهات؛ مثل ذکر گفتن که به خودی خود مستحب است ولی اگر مشروط در ضمن عقدی واقع شد واجب می شود.

شیخ انصاری رحمه الله علیه می فرمایند: هیچ اشکالی در این ضابطه ای که مطرح کردیم نیست که حکم شرعی به دو قسم تقسیم می شود و شرط مخالف با کتاب، شرط وارد بر دسته اول است؛ همچون واجبات و محرمات در احکام تکلیفی؛ سپس می فرمایند: اشکال در تمییز مصادیق این دو قسم است. در اینجا به چند نمونه از مواردی که اختلاف است در این که حکم فقط روی عنوان اولی یا روی تمام حالات، رفته پرداخته شده است.

یک. ارث زنی که متعه شده، برخی گفته اند به خودی خود ارث می برد و اگر زوج شرط کند که ارث نبرد، آن موقع ارث نمی برد و برخی گفته اند به خودی خود ارث نمی برد مگر اینکه ارث بردن را شرط کند.

دو. زوجة در عقد ازدواج با زوج شرط کند که من با تو ازدواج می کنم به این شرط که من را از این شهری که در آن زندگی می کنم به شهر دیگر نبری. برخی گفته اند: این شرط صحیح است، ولی برخی گفته اند: این شرط باطل است؛ زیرا خلاف الرجال قوامون علی النساء است (انصاری ج ۶: ۲۶)

دیدگاه اصولی شیخ انصاری در موارد شک در شروط ضمن عقد

شیخ اعظم می فرمایند: اگر شک کردیم که فلان شرط را مجازیم در ضمن عقد بیاوریم یا مجاز نیستیم بر مجتهد لازم است که کتاب و سنت را ملاحظه کند و آن حکمی را که با شرط می خواهد تغییر دهد بررسی کند و در ادله تأمل کند که آیا این شرط با ادله



منافات دارد یا خیر و اگر به دلیلی دست نیافت و نسبت به حکم آن دچار تردید شد، به اصول عملیه مراجعه کند. با توجه به این که فقیه یا مکلف نسبت به جواز یا عدم جواز شرط مورد نظر تردید دارد؛ لذا مورد مشکوک، از نوع شبهه حکمیه است. شیخ، قائل به جریان استصحاب عدم ازلی و اصل عدم مخالفت شروط با کتاب و سنت شده است. در کتب اصولی در توضیح استصحاب عدم ازلی آمده است که به معنای استصحابی است که مستصحاب آن، عدم ازلی باشد؛ یعنی یقین داریم که مستصحاب از ازل تا زمان شک، تحقق پیدا نکرده است و اکنون که نسبت به تحقق آن شک داریم، همچنان بنا را بر عدم تحقق می گذاریم؛ بنابراین در مواردی که شک شود آیا ذمه مکلف به حکم شرعی در همه حالات مشغول شده یا فقط حکم روی عنوان کلی رفته است و حالت شرط را شامل نمی شود، باید بنا را بر اصل عدم مخالفت بگذارد و به عموم «المؤمنون عند شروطهم» عمل کند و مرجع این اصل به نظر شیخ انصاری، این اصل است که حکم مورد نظر به گونه ای ثابت نگشته است که با شرط تغییر نپذیرد؛ بنابراین به نظر شیخ اعظم احکام دو دسته هستند و نسبت به احکام قابل تغییر می توان شرط کرد و شرط در صورتی که در حیطه احکام قابل تغییر وضع شود لزوم وفاء دارد (انصاری ج ۶: ۲۷).

از آن جایی که قلمرو قوامیت مرد که به طور کلی براساس آیه «الرجال قوامون علی النساء» اثبات می شود مورد اختلاف و مشکوک است، براساس دیدگاه شیخ انصاری با قائل شدن به استصحاب عدم ازلی، وظیفه عملی مکلف نسبت به شروط ضمن عقد نکاح مشخص می شود.

اشکالات مطرح شده به دیدگاه شیخ انصاری رحمه الله علیه

با بررسی کتب فقهی مشخص شد فقها در مواجهه با این مسئله دیدگاه هایی متفاوت با شیخ انصاری داشته اند. به این صورت که برخی همچون مشهور فقها به جریان استصحاب عدم ازلی در این مسئله قائل نشده اند و برخی نیز همچون فاضل نراقی (ره) و شاگرد او مرحوم خوئی (ره) اساساً جریان استصحاب در شبهات حکمیه را نپذیرفته اند و بر آن اشکال کرده اند. مرحوم نراقی در حجیت استصحاب قائل به تفصیل هستند. ایشان می فرمایند: استصحاب در احکام کلیه جاری نمی شود، اما در موضوعات و

احکام جزئیه جاری می‌شود. دلیل مرحوم نراقی برای عدم جریان استصحاب در شبهات حکمیه این است که در احکام کلیه دو استصحاب وجود دارد که با هم معارضه می‌کنند. دو استصحاب متعارض عبارتند از: ۱. استصحاب عدم جعل ۲. استصحاب مجعول. مرحوم نراقی برای بیان این تعارض مثالی مطرح می‌کند که وقتی مکلف بعد از انقطاع دم حیض و قبل از اغتسال شک می‌کند که آیا وطی جایز است یا خیر. در اینجا از یک طرف استصحاب حکم مجعول (حرمت) و از طرف دیگر استصحاب عدم جعل است. استصحاب عدم جعل از آن جهت است که زمانی بوده که اصلاً حکم حرمتی نبوده و عدم حرمت شامل همه زمان‌ها می‌شود و یک بازه زمانی از آن خارج شده که حالت جریان دم است و برای بعد می‌گوییم انشاءالله جعل حرمت نشده است و استصحاب حکم مجعول از آن جهت است که یقین داریم حکم حرمت وطی در زمان جریان دم، جعل شده است و اکنون که جریان دم، قطع شده، ولی غسل انجام نشده است، حرمت مشکوک است؛ پس همیشه استصحاب عدم جعل (هر حکمی) معارض با استصحاب حکم مجعول است و به خاطر این تعارض، تساقط می‌کنند، پس استصحاب در احکام کلیه جاری نمی‌شود (نراقی ۱۳۷۵: ۱۵۱).

در مثال‌های محل بحث نیز تعارض مورد ادعای مرحوم نراقی به این صورت واقع می‌شود که؛ مثلاً در مورد مشکوک بودن مخالفت شرط ضمن عقد نکاح زوجة بر نبردن او از شهر محل زندگیش به شهر دیگر با قوامیت مرد، تعارض دو استصحاب مطرح است. از یک سو استصحاب عدم جعل جاری می‌شود؛ به این صورت که در ابتدای تشریع، قوامیت مرد بر زن از سوی شارع جعل نشده بود؛ بنابراین در فرض شک، استصحاب عدم جعل جاری می‌شود و از سوی دیگر چون می‌دانیم حکم قوامیت مرد بر زن تشریع شده است، استصحاب مجعول جاری می‌شود؛ بنابراین با توجه به این که در تمام موارد شبهات حکمیه از نظر مرحوم نراقی و مرحوم خوئی دو استصحاب با هم تعارض می‌کنند، برای تعیین حکم شروط ضمن عقدی که مخالفت آن‌ها با کتاب مشکوک است نمی‌توان به استصحاب تمسک کرد.



پاسخ شیخ انصاری به اشکال مرحوم نراقی

مرحوم شیخ انصاری بر کلام مرحوم فاضل نراقی اشکال کردند و می‌فرمایند: این‌گونه نیست که تعارض و در نتیجه تساقط استصحابین در بگیرد؛ بلکه گاهی زمان مفرد موضوع است و گاهی مفرد موضوع نیست، در جایی که زمان مفرد موضوع است، طبعاً هر فردی دارای حکمی است و استصحاب عدم جعل جاری می‌شود؛ چون موضوع جدیدی است و نمی‌دانیم برای آن موضوع، حکمی جعل شده یا نشده است؛ اما اگر زمان مفرد موضوع نیست، یعنی زمان، ظرف است نه قید، در این صورت یک موضوع واحد است و طبعاً این موضوع واحد قبلاً این حکم را داشته و الان هم در ظرف زمان می‌گوییم همان حکم، قابل استصحاب است و استصحاب حکم مجعول جاری است. ایشان می‌فرمایند: هیچ وقت این دو استصحاب با هم تعارض و تساقط ندارند و استصحاب جاری می‌شود. گاهی استصحاب عدم جعل و گاهی استصحاب مجعول.

به نظر می‌رسد شیخ انصاری رحمه الله علیه در محل بحث این پژوهش که شروط ضمن عقد نکاح می‌باشد، با جریان استصحاب عدم جعل یا به بیان دیگر استصحاب عدم مخالفت با کتاب شروط مشکوک، قائل به مفرد بودن زمان برای موضوع هستند؛ بنابراین فعل قابل تغییر با شرط به خودی خود قبل از آن که ترک آن یا ارتکاب آن ضمن عقد نکاح شرط شود و التزام به ترک فعل یا انجام فعل در ضمن عقد، دو موضوع در امتداد زمان هستند که بدین جهت استصحاب عدم جعل، قابلیت جریان دارد.

اشکال مرحوم خویی رحمه الله علیه به دیدگاه شیخ انصاری

برخی دیگر از فقها همچون مرحوم خویی به جریان استصحاب نسبت به شروط ضمن عقد نکاح در احکام قابل تغییر با شرط بدین‌گونه اشکال کرده‌اند که استصحاب یا استصحاب عدم نعتی یا استصحاب عدم محمولی است. استصحاب عدم نعتی دو قسم می‌باشد یا عدم نعتی، حالت سابقه دارد یا حالت سابقه ندارد که در صورتی که وصف دائماً مقارن با ذات باشد حالت سابقه ندارد مانند وصف سیادت برای زن که از ازل و هنگام آفرینش این وصف همراه زن بوده است و زمانی که خالی از این وصف بوده باشد وجود ندارد، در این حالت نمی‌توان استصحاب عدم نعتی کرد؛ زیرا عدم این وصف در



سابق متصور نیست.

اگر مقصود شیخ اعظم از اصل عدم مخالفت با کتاب، عدم نعتی یعنی عدم مخالف بودن این شرط با کتاب است که اساساً حالت سابقه‌ای برای استصحاب ندارد؛ زیرا زمانی قابل فرض نیست که موضوع و موصوف بدون نعت و وصف وجود داشته باشد؛ به عنوان مثال شرط عدم ازدواج مجدد زوج یا دائماً مخالف کتاب است یا نیست و اینگونه نبوده که در یک زمانی خالی از این دو باشد؛ بنابراین حالت سابقه‌ای برای شرط خالی از وصف وجود ندارد تا استصحاب نعتی جاری کنیم، اما اگر استصحاب عدم محمولی بخواهیم جاری کنیم؛ اگر چه برای عدم محمولی حالت سابقه‌ای وجود دارد به این صورت که بگوییم از ابتدای عالم مخالفتی با کتاب و سنت وجود نداشته است و در موارد شک، اصل عدم ازلی را جاری می‌کنیم؛ اما مشکل اینجا است که اینگونه استصحاب کردن، اصل مثبت است؛ زیرا آن چه که بدان یقین داریم عدم مخالفت با کتاب در ازل (چه قبل از شریعت چه ابتدای شریعت را مراد از ازل بگیریم) است و آن چه که می‌خواهیم استصحاب کنیم و شک در آن داریم عدم مخالفت این شرط به خصوص با کتاب است و در واقع با استصحاب عدم محمولی می‌خواهیم عدم نعتی که همان عدم مخالفت این شرط به خصوص با کتاب است را بدست آوریم؛ مثلاً در صورتی که زوجه در ضمن عقد نکاح، عدم ازدواج مجدد زوج را شرط کند اگر استصحاب از استصحاب محمولی بگیریم به این صورت می‌شود که حالت سابق عبارت است از: عدم وجود طبیعت مخالفت با کتاب در ابتدای شریعت و مستصحاب عبارت است از عدم جعل مخالفت با کتاب در حالت شک و سپس می‌خواهیم با این استصحاب، عدم مخالفت اشتراط ازدواج مجدد زوج را با کتاب و سنت بدست آوریم که در واقع اثبات لازمه عقلی است و اصل مثبت است و اصل مثبت بنابر نظر اکثر اصولیین حجت نیست؛ بنابراین استصحاب عدم ازلی در شروطی که مخالفت آن‌ها با کتاب و سنت مشکوک است جاری نمی‌شود اگر چه برخی فقها این اشکالات را وارد دانسته‌اند و براین اساس استصحاب عدم ازلی را مطلقاً جاری نمی‌دانند؛ اما مرحوم خوئی این اشکالات را نپذیرفته‌اند و استصحاب عدم ازلی را در شبهات موضوعیه جاری می‌دانند؛ ایشان در نهایت می‌فرمایند: اگر ما معارض بودن استصحاب عدم جعل با استصحاب مجعول را

بپذیریم باز نمی‌توانیم به آن تمسک کنیم؛ زیرا نوبت به استصحاب عدم مخالفت نمی‌رسد تا صحت شروط ضمن عقد نکاح را بتوان بدست آورد.

مرحوم آیت الله خوئی معتقدند حتی بنابر پذیرش اصل عدم اُزلی، نوبت به جریان آن در مانحن فیه نمی‌رسد؛ زیرا دو نوع شک، قابل تصور است:

نوع اول: اگر شک در اصل جعل حکم مخالف با مضمون شرط باشد:

۱/۱ حکم مشکوک، تکلیفی باشد؛ مثلاً در اشتراط شرب تنن با جریان اصل برائت، حکم تکلیفی برداشته و احتمال مخالفت شرط با کتاب منتفی می‌شود و در نتیجه شرط صحیح خواهد بود.

۲-۱. حکم مشکوک، وضعی باشد که این خود دو قسم است:

۱-۲. اصل انشاء معلق باشد بر فرض عدم اعتبار تنجیز در عقود، با توجه به جریان استصحاب عدم تأثیر که به اصاله الفساد در معاملات معروف است، فساد شرط ثابت می‌شود و نوبت به تمسک به اصل عدم مخالفت شرط با کتاب نخواهد رسید.

۲-۱-۲. التزام به عقد معلق باشد که خود دو قسم است:

۱. صحت اشتراط خيار در ضمن آن عقد معلوم باشد، مانند: عقد بیع، اصل شرط صحیح است و با توجه به جریان استصحاب عدم تأثیر (أصاله الفساد در معاملات)، عدم امکان تحقق شرط ثابت می‌شود و در نتیجه خيار فسخ برای شارط به فعلیت خواهد رسید.

۲. صحت اشتراط خيار در ضمن آن عقد مشکوک باشد (مانند عقد نکاح) با توجه به جریان استصحاب عدم تأثیر (أصاله الفساد در معاملات)، اصل چنین عقدی که به صورت متزلزل و با تعلیق در التزام انشاء شده است، باطل می‌باشد و نوبت به توهم صحت شرط نخواهد رسید.

نوع دوم: اگر شک در امکان تغییر حکم کتاب با شرط باشد؛ مانند: اشتراط عدم میراث در نکاح دائم، اساساً چنین شکی مربوط به مواردی است که مخالفت آن با کتاب قبل از اشتراط، محرز و تبدل آن با اشتراط مشکوک باشد و با توجه به اینکه معیار مخالفت و عدم مخالفت شرط با کتاب، مفاد و متعلق شرط قبل از تعلّق گرفتن به شرط است، اصل این شرط باطل می‌باشد و نوبت به تمسک به اصل عدم مخالفت شرط با

کتاب نخواهد رسید (خوئی ۱۴۱۷ چ ۳۲۶:۷).

نقد اشکالات مرحوم خوئی بر دیدگاه اصولی شیخ انصاری

نقد نوع اول:

آن چه که شیخ انصاری رحمه الله علیه مطرح می فرمایند: این است که قطع به عدم صدور حکمی از ناحیه شارع در ابتدای شریعت وجود دارد و سپس به سبب تشریع احکامی به مرور زمان همچون قوامیت زوج و حکم حلیت تعدد زوجات تا چهارتا به صورت دائم نسبت به جواز شروط محدود کننده آن احکام تردید می شود؛ بنابراین در بقای آن حکم کلی سابق، به سبب نبود نص یا اجمال و یا تعارض نص با نص دیگر شک می شود و این دیگر شک بدوی نیست تا برائت جاری شود.

نقد نوع دوم:

اشکال به نوع دوم مرحوم خوئی این است که اولاً مثالی که مرحوم خوئی آورده اند دچار مشکل است؛ زیرا هنگامی که شخصی جزء ورثه باشد شرط او بر عدم ارث بری از متوفی تا زمان فوت، فعلیت نمی یابد و به محض فوت شارط، مشروط علیه، مالک سهم ارث خود می شود؛ بنابراین این شرط کأن لم یکن است مگر اینکه به نحو دیگری شرط شود؛ مثلاً وارث شرط کند آن چه را که مشروط علیه مالک می شود به بقیه ورثه ببخشد؛ بنابراین به نظر می رسد مرحوم خوئی از نوع دوم، مواردی را قصد کرده است که شارط قصد تغییر حکمی را با شرط داشته باشد؛ حال آن که هیچ فقیهی حکم به جواز تغییر حکم با شرط نداده است؛ و همان طور که در نقد نوع اول گفته شد آن شکی که شیخ انصاری رحمه الله علیه مطرح می فرمایند: شک در دامنه حکم یا به تعبیر دیگر موسّع یا مضیق بودن حکم است نه شک در تبدل حکم تا چنین شکی اساساً باطل باشد.

باید توجه داشت که لازمه این کلام مرحوم آیت الله خوئی آن است که موضوع عدم مخالفت شرط، ظاهر کتاب باشد تا جریان برائت شرعی یا أصالة الحل موجب ارتفاع حکم واقعی یا اثبات حلیت ظاهری باشد و در نتیجه شرط، مخالفتی با کتاب نخواهد داشت؛ اما اگر موضوع عدم مخالفت شرط، واقع کتاب باشد حتی با جریان اصل عملی و اثبات حکم ظاهری، عنوان مخالفت منتفی نخواهد بود.

نتیجه

یکی از چالشی‌ترین شروطی که در فقه به عنوان شروط صحت شرط بیان شده است، شرطیت عدم مخالفت با کتاب و سنت است. فقها در خصوص حکم شرطی که مخالفت آن با کتاب و سنت مشکوک باشد، دیدگاه‌های مختلفی دارند؛ اما یکی از اختلافات فقها در زمینه مبانی اصولی آن است. شیخ انصاری رحمه الله علیه برای استنباط حکم این دسته از شروط در ضمن عقد نکاح، قائل به استصحاب عدم ازلی شده‌اند؛ اما در مقابل مرحوم نراقی و مرحوم خوئی استصحاب عدم ازلی را در شبهات حکمیه جاری ندانسته‌اند و بدان اشکال کرده‌اند.

مرحوم نراقی قائل‌اند که در صورتی که قائل به جریان استصحاب عدم ازلی شویم بین استصحاب عدم جعل و استصحاب مجعول معارضه می‌شود. مرحوم شیخ انصاری بر کلام مرحوم فاضل نراقی اشکال کردند و می‌فرمایند: این‌گونه نیست که تعارض و در نتیجه تساقط استصحابین در بگیرد؛ بلکه گاهی زمان، مفرد موضوع است و گاهی مفرد موضوع نیست؛ در جایی که زمان، مفرد موضوع باشد، استصحاب عدم جعل و در جایی که زمان، مفرد موضوع نباشد، استصحاب مجعول جاری می‌شود و روشن شد که ایشان نسبت به شروط ضمن عقد نکاح، قائل به مفرد بودن زمان برای موضوع هستند و استصحاب عدم جعل یا به بیان دیگر استصحاب عدم مخالفت شروط مشکوک با کتاب را جاری می‌دانند.

با بررسی اشکالات مرحوم خوئی بر اصل عدم مخالفت با کتاب که شیخ انصاری فرمودند به این نتیجه رسیدیم که نوع دوم که شک در امکان تغییر حکم با شرط می‌باشد، اساساً باطل است و هیچ یک از فقها قائل به امکان تغییر حکم الهی نیستند؛ بلکه مراد شیخ اعظم شک در این مطلب است که آیا حکم صادر شده از سوی شارع روی عنوان اولیه رفته است یا روی تمام حالات و عناوین از جمله شرط؛ بنابراین با توجه به آن نکته اصولی که شیخ قائل هستند و زمان را به دو قسم مفرد موضوع و غیر مفرد موضوع تقسیم می‌کنند به نظر می‌رسد دیدگاه شیخ انصاری رحمه الله علیه بر جریان استصحاب عدم ازلی و عدم مخالفت با کتاب از هر جهت خالی از اشکال می‌باشد و اشکال تعارض استصحابین ایجاد نمی‌شود و آن دسته از شروط ضمن عقد نکاح که حکمشان مشکوک است صحیح می‌باشند.



منابع

کتاب:

۱. قرآن کریم
 ۲. فیروزآبادی، ج ۲
 ۳. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، قم، ۱۴۱۴ق، ج ۲
 ۴. منتصر، عبدالحلیم، فرهنگ معجم الوسیط، ۱۳۸۰، ج ۱
 ۵. فراهیدی، خلیل، کتاب العین، بیروت، مؤسسة الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۸ق، ج ۶
 ۶. اصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ قرآن، دمشق، دارالقلم
 ۷. حرّ عاملی، محمد بن الحسن، قم، مؤسسه آل البيت علیه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۲ق، ج ۱۸ و ۲۱
 ۸. انصاری، مرتضی، مکاسب، چاپ اول، قم، تراث الشیخ الأعظم، ۱۴۱۵ق، ج ۶
 ۹. نراقی، احمد بن محمد، عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام و مهمات مسائل الحلال و الحرام، چاپ اول، مؤسسه بوستان کتاب، ۱۳۷۵ش
 ۱۰. خوئی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهة، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۷ق، ج ۷
- مقاله:
۱. حسینی، مهدی، نسبت استصحاب عدم جعل با استصحاب بقای مجعول در شبهات حکمیه، اصول فقه حوزه، بهمن ۱۳۹۹، ص ۱۰۹-۱۳۲