

اعوذ بالله من الشیطان الرجیم، بسم الله الرحمن الرحیم و الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا رسول الله و آله الطیبین

الطاهرین المعصومین و اللعنة الدائمة علی اعدائهم اجمعین

اللهم وفقنا و جمیع المشتغلین و ارحمنا برحمتک یا ارحم الراحمین

عرض کردیم برای جمله از سواعد و چون این مطلب ایشان منشأ بحثی برای اصحاب ما شد متعرض کلمات مرحوم شیخ الشریعه قدس الله سرّه در این کتاب رساله ای که ایشان متعرض شده اند متعرض شدیم طبعاً به نحو اجمال یک دوره گفتیم خوانده شود و بعد هم به مناسبتی در ذیل هر فصلی یا کلامی مناقشات اجمالی چون خیلی از مطالب را قبلاً در ذیل احادیث توضیح دادیم. در فصل چهارم ایشان متعرض آن روایتی شدند که لا یمنع فضل ماء لیمنع فضل کلاء. عرض کردیم این روایت جزء روایات معروفی است و در میان اهل عامه هم عن رسول الله به اصطلاح نقل شده است به اسانید متعدد و صحیحه پیش خودشان در مثل کتاب بخاری و غیره. آن وقت این حدیث در اصحاب ما هم به همان طریق آمده است. یعنی همان طریقی که سابقاً عرض کردیم شخصی به نام عقبه بن خالد نقل می کند و عرض کردیم ما هم هنوز دقیقاً نمی دانیم که در این قصه چه کار شده است چون آن روایتی که مال جناب عبادیه بوده است که عرض کردیم بعد از فوت نوه عبادیه فوت نوه عبادیه در سال ۱۳۳ در زمان امام صادق است.

خود اهل سنت نقل کرده اند از بعضی از بزرگان ایشان از این نوه عبادیه و هم فوت این و هم فوت آن راوی هر دو زمان امام صادق است. و عرض کردیم معروف بین اهل سنت در خود این نوه هم کلام اتصالش به جدش هم کلام است. احتمال می دهیم که به نحو صحیفه بوده است مجموعه نوشتاری از جدش در اختیارش بوده است این ها را توضیح دادیم چون ایشان وارد این بحث ها نشدند برای اینکه اشاره کنیم توضیح دادیم و قسمت های زیادی از روایت عقبه بن خالد با این متن منقول از نوه عبادیه تطابق دارد. ح الا ایشان این توضیحات را نفرمودند مرحوم آقای شیخ الشریعه توضیح دادیم و مفصل بحث را انجام دادیم که ایشان نفرمودند.

آن وقت ایشان دو قسمت را یکی لا یمنع فضل ماء که عرض کردیم این لا یمنع فضل ماء ولو در این روایت ما هم آمده است اما این منحصر به عبادیه نیست و بخاری و دیگران نقل کرده اند. آن روایت عبادیه با آن سند فعلاً منحصر در کتاب زیادات عبد الله بر کتاب پدرش آمده است. بهر حال ایشان متعرض آن روایت شده اند و توضیحاتش را عرض کردیم که ظاهراً این طور است چون حدیث بعدها هم فقهای اهل سنت هم علمای اهل سنت هم فقهای ما هم متعرض بحث فقهی اش شده اند البته بیشترین تفریعات فقهی را اهل سنت دارند توسط شیخ طوسی هم در مبسوط آمد. بعد از شیخ مبسوط هم چون اینها را ایشان شرح ندادند من اجمالاً عرض می کنم در کتب اصحاب

ما این بحث مطرح شد و سرّش هم این بود که آیا این روایت حمل بر کراهت می شود حمل بر حرمت می شود بعد صور مسئله به لحاظ موضوع اصلش این بود که در یک جایی که جنبه مرتع دارد شخصی چاهی بزند. حالا این هم محل کلام بوده است که آیا مالک چاه بوده است یا خیر مباح بوده است ملک بوده است الی آخر. یا مثلاً اگر چاه نباشد یک بشکه آب بگذارد آنجا فرض کنید یک مخزن بزرگ آب بگذارد که مملوکش باشد آن وقت اگر چوپان ها آمدند خواستند آب بخورند این نباید جلوی آنها را بگیرد چون اگر چوپان نتوانند گوسفندهایشان از این چاه آب بردارند آن مرتع دیگر از بین می رود. استفاده از مرتع به آب است.

لذا لا یمنع فضل ماء و معروفش هم در قرائتش عرض کردیم به صیغه نفی است. لا یمنع فضل ماء لکن نوشته اند مراد نهی است. لیمنع به فضل کلاء، زیادی آب را منع نکند تا منشأ شود که جلوی چراندن در مرتع گرفته شود. لیمنع به فضل کلاء. توضیحاتش گذشت عرض کردیم صور مختلف دارد باز خود آب را برای ماشیه حساب کردند آب را برای خود چوپان حساب کردند آب را برای زراعتی که اگر فرض کنید چوپان زراعتی آن نزدیک برای مرتع زده است همه اینها حساب شده است و ایشان یک تفسیری می کند این حدیث را می آورد و بعدش هم یک مقدار از کلمات شیخ الطائفه را نقل می کند چون بحث، بحث فقهی است و کلیات بحث هم شده است دیگر وارد بحث نمی شویم یک مقدار هم ایشان اضافی بر این مطلب از روایات اهل عامه هم ذکر می کند اما خب تحلیل های سندی یا رجالی یا بحث های متنی انجام نمی دهند یعنی بیشتر به اصطلاح جنبه تعبد را مراعات می کنند.

بله بعد ایشان متعرض بعضی از خصوصیات نسخ و اینها می شوند حتی از شرح اسغلالی متعرض می شوند عرض کردم آن مسئله ای که ایشان فرمودند اجمالاً خوب است اما تحلیلشان باید ابتداءً روی خود مصادر باشد دقت بر متن باشد و آن مقداری هم که در کتب ما آمده است مطابقش با روایت عباده. در فصل پنجم متعرض شدند به انواع ضرری که بر معامله پیدا می شود. راجع به این بحث کرده اند. انواع ضرر را متعرض شده اند «تارة من بعض أركانها، أو الشروط»، الی آخر. در این فصل پنجم این در حقیقت هدف از فصل پنجم ایشان این است که لا ضرر چه عرض عریضی دارد؟ چه مقدار از ضرر را نفی می کند؟ چون ایشان می خواهند بگویند به این عرض عریض می خواهیم بگوییم لا ضرر نفی می کند این فتوا نیست برایش. انواع ضرر را متعرض شدند که عرض کردم ایشان حالا به نظر ما کم فطفی فرمودند، این بحث به طور کلی این بوده است که لا ضرر یک عمومی داشته باشد در تمام ابواب فقه. از فرائض و سنن. فرائض یعنی ما فرضه الله فی کتابه سنن هم ما سنّه النبی. این بتواند بر تمام آنها حاکم باشد. خب البته این یک مقدار مشکل دارد این خالی از اشکال نیست. این کاری بود که عرض کردم اهل سنت انجام دادند بلکه حالا ایشان برداشته اند و نوشته اند این بحث باید تنقیح شود ایشان متأسفانه کامل ننوشتند کاملش همین بحثی است که من خدمتان عرض می کنم اینکه آیا می تواند لا ضرر بر جمیع احکام چه در کتاب

چه در سنت مقدم شود چه به نحو نفی چه به نحو اثبات. روح مطلب این است. یعنی فقط حکم را بردارد یا جعل یک حقی کند جعل یک حکمی کند این اصل مطلب. این را اهل سنت انجام دادند عرض کردم خود اهل سنت هم به لحاظ حدیثی گیر دارند چون حدیث لا ضرر پیششان صحیح نیست. اما در فقهشان جا افتاد. در فقه اهل سنت حتی در فقه زیدیه عرض کردم در این کتاب یحیی بن الحسین جا افتاده است با اینکه سندی هم برایش نقل نمی کنند و ندیدم الآن در مصادر زیدیه هم ندیدم که ذکر شده باشد به لحاظ سندی نه به لحاظ استدلال فقهی و عرض کردم در میان کتب ما هم خیلی متعارف نبود ابتدای آن از مبسوط است بیشترش از زمان علامه است و توضیح دادیم اینها در بعد از صحابه به یک مشکلی برخوردند که ما خیلی احکام داریم موضوعات داریم حکم ندارند. خیلی عناوین درست کردند مثل قاعده حرمت اعانت بر اثم. فرض کنید انگور فروختن به کارخانه شراب سازی چون بیع خمر حالا دلیل داشتند بینشان اما بیع انگور برای خمر نبود. این همه قواعد که یکیش استصحاب بود از همه اش بیشتر که تأثیرگذار بود قیاس و رأی بود. استصحاب بود استصحاب مراد ما از استصحاب در شبهات حکمیه کلی اصلاً این بحث استصحاب که مرحوم شیخ فرمودند ده دوازده قول نقل کرده است اصلاً بحث استصحاب فقط و فقط برای شبهات حکمیه بود. چون هدفشان استنتاج حکم بود. می خواستند با استصحاب یک حکمی را ثابت کنند. اینکه استصحاب در شبهات موضوعیه فلان. استصحاب نفی حکم و نسخ حکم و این حرفها اصلاً مطرح نبود. بعدها یکی یکی این مطالب اضافه شد. اصلاً این بحث ها کلاً مطرح نبوده است.

آن چه که از اهل صحابه مخصوصاً از زمان دومی مطرح شد این بود بعد اجماع بود مسئله اجماع را مطرح کردند که با اجماع مطلق مسلمان ها مسئله قیاس را مطرح کردند مسئله سد الذرایع را مطرح کردند. مسئله استحسان را مطرح کردند. استحسان اصلاً دو تا معروفشان مثل شافعی و ابو حنیفه به شدت در استحسان موضع مخالف دارند. خیلی لطیف است. یکیشان می گوید که استحسان اصل عظیم یکی می گوید اصلاً به استحسان عمل نمی کنیم. عرض کردیم خیلی از مشکلات روی استحسان حل می شد. مشکلات همین زمان خودمان. استحسان معنایش این بود عرض کردیم خیال می کنند استحسان یعنی انسان یک چیزی به نظرش لطیف بیاید. نه استحسان این نیست. استحسان پیش اهل سنت این بود حس می کردند گاهی اوقات در جامعه اسلامی یک مطلب رایج می شود لکن وقتی می خواهند دلیلش را نگاه کنند دلیل ندارد. حالا مثال بارز آن زمان حمام رفتن بود. حمام که می رفتند فرض کنید یک تومان میدادند. یک درهم. این رایج هم شد مسلمان ها حمام می رفتند و پول هم می دادند این را روی چه درست کنیم این جعاله است اجاره است این چیست. اجاره باید زمانش معین باشد یکی می رود حمام کم آب مصرف می کند یکی زیاد. الآن اگر بخواهیم با استحسان در زمان خودمان درست کنیم اجرت بانکی.

این شبیه همان اجرت الحمامیه. نظام بانکی در کشور اسلامی جا افتاد. اما با قواعد جور در نمی آید. یا مشکلات ربا دارد یا مشکلات اجاره دارد هر چه حالا اشکالات فراوان دارد.

آن وقت استحسان این را می گفت که اگر در جامعه اسلامی جا افتاد خود این دلیل است بر جوازش. دنبال دلیل دیگر نگرد. اینکه عرض کردم دو تا شخصیت اهل سنت مثل شافعی و ابو حنیفه به شدت در این معارضند. این مسائل را عرض می کنم در کتب اصول ما نیامده است. در کتاب های همین چهار دلیل اجماع و عقل و سنت و قرآن. مثلاً از مسائلی که مهم بود خود شورا. این خودش یک اصل بود که اگر جماعتی از مسلمین جمع شوند و اکثریت قبول کنند این مطلب را این می شود حکم الهی. غیر از اجماع. عرض کردم در کتب اصول ما هم نیست. در کتاب ابن حزم در باب احکام ابن حزم این را دارد اصلاً بحث شورا را دارد. و هدف از شورا این بود که اگر ولو مثلاً مسلمان ها یک حکم ثابتی دارند مثل قربانی کردن در ایام حج اگر مجلس شورایی تشکیل شد بنا شد این قربانی موجب اسراف و تبذیر است این را بردارید این می شود حکم الهی. اینها را چون در فقه نشنیدیم یک کمی برایتان تازگی دارد. من می خواهم بگویم یک مجموعه اموری را مطرح کرده اند برای مقابله با خیلی از مشکلاتی که جامعه اسلامی با آن برخورد می کرد. البته در کتب فقهیه ما یعنی شیعه یا اصول یک چند تایی محدودی آمده است. لکن اینقدر نیست. در دنیای اسلام خیلی توسعه اش بیشتر است. یکیش هم همین لا ضرر بود. لذا ایشان آمده است تصویر لا ضرر کرده است که این تصویر لا ضرری که ایشان کرده است تکمیلش این است.

یک، باید مناشی لا ضرر را توضیح دهد. دو، عرض کردم اهل سنت اضافه بر خود نفی و اثبات عرض کردم در کتب اهل سنت به جای نفی می گویند لا ضرر. به جای اثبات می گویند الضرر یزال. این تعبیر الضرر یزال یعنی اثبات. ما تعبیر دیگری داریم. دو قاعده اش قرار داده است یکی لا ضرر یکی الضرر یزال. صحیحش در اهل سنت دو تا است نه یکی. یکیش نفی است یکیش اثبات است. بعد هم چندین قاعده دیگر اصلاً از این لا ضرر در آورده اند. من عرض کردم برای تکمیل بحث می خوانم از بعضی عباراتش. فصل ششم این در حقیقت اینها همه دنباله آن مطلب است. ایشان می گوید «من الذائع الشائع الدائر علی الألسن أن جملة من العمومات لا يعمل بها فی غیر مورد عمل الأصحاب»، این هست این نکته علمی فنی است. شما در فقه به آن مبتلا می شوید. این نکته درست است. این مطلبی که ایشان فرمودند هست در کتب اصحاب ما جمله ای از عمومات غالب فقها به آنها عمل نکرده اند. و این مشکل درست کرده است. از آن طرف عموم است یکیش از آن معروف هایش قرعه. صاحب جواهر چند جا در جواهر دارد در جلد های آخر جواهر چند مورد دارد می گوید لغایه القرعه التي لا يعمل بها، با اینکه عموم دارد لا يعمل بها الا فی وارد امر الاصحاب. ما مثلاً نقل شده است از مرحوم سید بن طاووس به قاعده قرعه در همه موارد عمل کرده است. اما خب ایشان جزء فقهای بزرگ ما نیست مرحوم سید بن طاووس. ظاهراً ایشان خیلی به این

عموم اعتقاد پیدا کرده اند در همه جا به آن عمل می کنند حتی در مسئله اشتباه قبله. چون در اشتباه قبله یک رأی مشهور است که سه جهت یا چهار جهت نماز بخواند یک رأی است که ضعیف نیست هر جایی که ولو ظنّ ضعیف باشد احتمال مرجّح باشد که نظر خود ما این است. نمی خواهد سه جهت یا چهار نماز بخواند. یک رأی هم سید بن طاووس قرعه بزند. رویجهات قرعه بزند. عمل به قرعه کند. معروف نیست.

از آن بدتر در باب زنی که خون می بیند و اشتباه می شود. ایشان گفته است عمل به قرعه کند. چند روزش حیض است قرعه بزند مثلاً سه روز اول چهار روز اول پنج روز اول را حیض قرار دهد بقیه را استحاضه. این جور عمل بین اصحاب ما نشده است راست می گوید صاحب جواهر. مثل این رأی سید بن طاووس چه در اینجا چه در آنجا خیلی رأی شاذ است. از آن طرف آقایان می گویند که القرعه لکل امرّ مشکل یا لکل امرّ مجهور. خب با اینکه اطلاقی که دارد با وجود این عموم اطلاق چرا به قرعه. لا ضرر هم همین طور است. لا حرج هم همین طور است. نیامده اند در تمام ابواب فقه هر جا که ضرر آمد بگویند زود که این برداشته می شود. این مطلبی را که ایشان فرموده است مطلب حقی است. مطلب درستی است. ما یک مشکلی در فقه داریم لذا این مثل سید بن طاووس می ماند. بگویند خب ما عمل می کنیم به آن. خب این اسم قرعه هم برده است. قاعده المؤمنون عند شروطهم، مثلاً قاعده المؤمنون عند شروطهم حالا من مثالیها بزنم چند قاعده، عموم ضرر و حرج که واضح است مواردی است که حرجی است مخصوصاً در محرمات بنایشان این است که لا حرج جاری نمی شود. در این جلد چهارده مستمسک، فرع های اول مستمسک ایشان می گویند نه اشکال ندارد لا حرج در محرمات هم جاری است فکر می کنم همچنین شوخی نوشته باشد متعارف فقهای ما لا حرج را مثلاً کسی تازگی مسلمان شده است اما مدتی شراب می خورده است در حرج است خیلی نفسش برایش سخت است گفتند آقایان لا حرج در محرمات جاری نمی شود خب از آن طرف حرج واقع شود در زنا به امراه اجنبیه. بنایشان این است که لا حرج در محرمات جاری نمی شود.

س: حرج نوعی باید باشد

ج: حرج، حرجی نوعی است. البته عرض کردم حرج نوعی است آقای خویی عرض کردند حرج شخصی هم شامل می شود. اگر حرج شخصی هم گفتید مشکلات پیش می آید. لا ضرر هم الا ماشاء الله مشکلات دارد.

عموم المؤمنون این چند تایی که ایشان فرمودند من مثالش را بزنم عموم المؤمنون عند شروطهم معروف بین اصحاب قاعده المؤمنون عند شروطهم مثل نکاح جاری نمی شود. الآن هم می نویسند چهارده تا ۱۸/۲۰

بنا بر معروف بین اصحاب ما قاعده المؤمنون عند شروطهم البته مرحوم استاد و آقای خویی و بعضی از معاصرین این را جاری کرده اند البته خلاف معروف فقه است. در قاعده نکاح توضیحش را یک وقتی عرض کردیم در باب نکاح قاعده المؤمنون عند شروطهم یعنی اگر شرط کرد مثلاً شرط کرد که ازدواج می کنیم به شرطی که تا پنج روز من صبر می کنم اگر اخلاقت نساخت فسخس می کنیم نکاح را. بنایشان این است که جاری نمی شود. این شرط باطل است. این جور شرط ها باطل است کلاً. حالا نکته اش هم یک نکته فنی دارد که نمی خواهم وارد بحث شوم. و حق هم همین است ما هم معتقدیم که حق همین است خلافاً للاستاد که ایشان گفته است جاری می شود. و عموم القرعه. اقرعه لكل امر مشکل یا لكل امر مجهول گفته اند حالا مثال زدیم مثل مرحوم سید بن طاووس اخذ به عموم کرده است اگر همین سرچ هم کنید از همین کتاب جواهر زیاد دارد. قاعده قرعه لا يعمل بها الا فی موارد عمل الاصحاب. این اصلاً یک یاز عبارت استاندارد صاحب جواهر شده است. درست هم هست اصحاب عمل نکرده اند. یک نکته ای اینجا هست چون این نکته را مرحوم آقا ضیا قدس الله نفسه می فرمایند و آقای نائینی فرمودند و آقای خویی هم در کتاب هایشان نیاورده اند من این نکته را عرض می کنم به نقل از مرحوم استادمان آقای بجنوردی.

مرحوم آقا ضیا می فرمایند که فرق است بین القرعه لكل امر مشکل یا لكل امر مجهول. اگر مجهول باشد یعنی یک واقعی دارد شما به آن نرسیدید. امر مجهول یعنی واقع هست شما به آن نرسیدید. اما القرعه لكل امر مشکل خود واقعش روشن نیست. مثل همین خنثی مثلاً. خوب دقت کنید یک دفعه می گوید شما نه این خنثی در واقع یا زن است یا مرد است. اصلاً ما طبیعت ثالثه نداریم. خب این قرعه به دردش نمی خورد بنا بر نسخه مجهول.

اما اگر گفتیم لكل امر مشکل بنا بر اینکه این در واقعش مشکل است. یعنی در واقعش یک عنصری است در واقع ما بین زن و مرد است نه زن است نه مرد است. این یک چیز عنصر دیگری است. واقع مشکل دارد در خود واقع مشکل دارد. مثلاً اگر قرعه زدیم در باب زنی که مشکوک است که قرشی است یا نیست. اگر قائل به قرعه شدیم آنجا در واقع نیست. مجهول است چون بالأخره زن حین انعقاد نطفه اش یا پدرش به اصطلاح قرشی بوده است یا نبوده است دو تا که امکان ندارد ما نمی دانیم. آنجا القرعه لكل امر مشکل ممکن است آنجا را هم بگیرد. پس بنابراین اگر مراد لكل امر مجهول باشد یعنی واقع دارد ما به آن نرسیدیم. لكل امر مشکل باشد خود واقع روشن نیست.

ج: در بحث اطلاق و اینها است. این مطلب را مرحوم اقا ضیا میفرمودند چون مرحوم نائینی ندارند آقای خویی هم ندارند من باب فایده عرض کردم

س: لفظ چیست

ج: لفظ مشکل و مجهول دیگر. مجهول یعنی مشکل اثباتی است علم شما است. مجهول یعنی این. مشکل ثبوتی است. یکیش اثباتی است یکیش ثبوتی است. این هم قاعده عموم القرعه و قاعده عدم ثبوت المیسور. المیسور لا یسقط المعسور. خب اینها گفته اند خیلی جاها میسورش ساقط می شود پس این قواعد، معلوم شد چند قاعده؟ پنج قاعده شد. یکی لا ضرر یکی لا حرج البته لا حرج نداریم تسامحا گفته می شود. یکی لا حرج یکی قاعده المؤمنون عند شروطهم، قاعده شروط یکی عموم قرعه یکی قاعده عدم سقوط المیسور. این مطلب علمی است این مطلب خیلی دقیقی هم هست خیلی کاربرد در فقه دارد که به این پنج قاعده اینها معتقد شدند عمل نمی شود الا در مواردی که اصحاب عمل کرده اند با اینکه عموم دارند. با داشتن عموم به آنها عمل نمی شود. لکن خود بنده سراپا تقصیر چند سال قبل آخر بحث های اصول به مناسبت قرعه آنجا متعرض شدم در خلال ابحاث سابق هم خود این تصور درست نیست. این خود این مطلب غلط است. خود این مطلب که پنج قاعده اطلاق داشته باشد و عمل نکردن اصحاب به اطلاقش خود این روشن نیست. مشکل سر این است. نه اینکه لابد من احراز عمل اصحاب. قاعده لا ضرر و لا ضرار اشکالشان این است که در روایات ما به سند صحیح فقط در قصه سمره آمده است. قصه سمره هم یک قضیه خارجی است اصلا. شما با یک قضیه خارجی نمی توانید تمام کتاب و سنت را همه را حکومت بگیرید اصلا جای حکومت گرفتن نیست. این مبنی است بر حکومت

س: شما می فرمایید اصلا از اول اشکال دارد

ج: بله اشکال دارد از اولش

قاعده لا حرج هم این نیست که اگر هر حکمی در شریعت به حرج رسید برداشته می شود. ما جعل علیکم فی الدین من حرج، دین طبیعتا حرجی نیست. چه عمومی دارد؟ چه قاعده ای دارد که به آن عمل نشده است؟ اصلا اینکه الآن معروف شده است عرض کردم این که الآن متأسفانه معروف شده است این همان راهی بوده است که اهل سنت رفته اند. بله اهل سنت این راه را رفته اند. گفته اند هر جا حکمی به حرج رسید برداشته می شود. عرض کردیم در روایات اصحاب ما منحصر در روایت عبد الاعلی مولا آل صام است. چون آنجا می گوید که ناخن من افتاد روی آن مراره، مراره یک نحوه دارویی بوده است که از کیسه صفرا می گرفتند. مرار خودش کیسه صفرا است.

جنبه صفرایی داشته است یعنی از تلخی صفری این روی آن گذاشته بود حضرت فرمود هذا و اشباح يعلم يعرف من كتاب الله ما جعل عليكم في الدين من حرج بله این روایت هست. این را ما داریم. اگر این روایت درست باشد آن قاعده لا حرج تمسک به ان تمام است لکن روایت روشن نیست سنداً و دلالتاً هم محل اشکال است. انصافاً خالی از اشکال نیست. قاعده المؤمنون عند شروطهم این که گفته اند در بعضی از موارد نمی آید این نه اینکه از عمومش خروج کرده است این نکته فنی دارد حالا این نکته اش را هم اینجا بگوییم چون می گویند در تمام علوم یک ریزه کاری هایی دارد شاید به این زودی پیدا نکنیم. ما عرض کردیم قاعده المؤمنون عند شروطهم در جایی جاری می شود که طرفین در باب عقد، قدرت بر فسخ داشته باشند. اینکه در نکاح جاری نمی شود چون این نکته در آن نیست. اینها توجه نکرده اند تمسک به عموم کرد هاند. مع احترام به حضرت استاد ایشان تمسک به عموم کرده اند. یعنی چه یعنی عقد بیع. شما یک کتاب فروختید بعد می گوید هر دو برگردید خب عقاله کنیم که هر دو برگردیم می توانیم فسخ کنیم. معامله ای که انجام شده است را فسخ کنیم. اجاره را می توانیم فسخ کنیم. بحث سر این است که نکاح طبیعتاً قابل فسخ نیست. لذا المؤمنون آن را نمی گیرند.

اگر در بعضی از روایات آمده است که به قاعده المؤمنون در باب نکاح نباید تعبدی قبول کنیم. لکن طبق قاعده نکاح اصلاً شرط بر نمی دارد. چرا؟ چون اگر شما با خانمی عقد ازدواج بستید بعد بنای شما شد که فسخ کنید. نمی توانید فسخ کنید فقط باید طلاق بدهید و آن هم آثار خاص طلاق دارد. لذا قاعده این نکته خیلی لطیف بود. لذا قاعده المؤمنون عند شروطهم به طبیعت الحال اصلاً نکاح را نمی گیرد چون فایده شرط چیست؟ فایده شرط این است که آن حق فسخی که طبیعتاً در عبود هست این را شما در متن عقد قرار دهید. این می شود شأن. شما می توانستید بیع را فسخ کنید. نمی توانستید؟ حالا این حق در معامله. کتاب را فروختم تا سه روز حق فسخ داشته باشد. تا پنج روز حق فسخ دارد.

پس شرط عبارت از این است که طرفین ملتزم بشوند به التزام شخصی. شروط جزء التزامات شخصی است. به اینکه آن حقی که می توانستند آن عقد را فسخ کنند فسخ کنند. روشن شد؟ خب در باب نکاح همچین حقی ندارند. مسئله طلاق هم دست خودش است می خواهد طلاق بدهد یا ندهد. آن که به شرط درست نمی شود. مشکلی که در باب طلاق هست این است نه اینکه قاعده المؤمنون عند شروطهم تخصیص خورده است. اصلاً معنای المؤمنون عند شروطهم یعنی در عقود که حق فسخ هست شما می توانید به نحو شرط التزام شخصی این را در متن عقد، روشن شد نکته فنی؟ خود نکاح طبیعتش قابل فسخ نیست. کار به شرط نداریم. بدون شرط شما نمی توانید نکاح را فسخ کنید. لذا شرط بر نمی دارد. این شرط بر نداشتنش مال این است. نه اینکه قاعده المؤمنون عند شروطهم تخصیص خورده است. و دلیل بر این تخصیص در باب نکاح نداریم. و اما قاعده عموم القرعه.

س: بیع و نکاح هر دو از عقود لازمه هستند طبیعت هیچ کدام قابل فسخ نیست.

ج: شارع گفته است این فسخش با طلاق است. دست ما که نیست. شما بیع را نمی توانید فسخ کنید؟ خب می توانید. اجاره را نمی توانید فسخ کنید؟ خب می توانید.

س: لازم باشد قطعاً می شود

ج: خب همان دیگر. شما طلاق را می توانید فسخ کنید. به خانم می گویی من نمی خواهم خانم هم می گوید که من نمی خواهم. می گوید نمی شود باید طلاق بدهید. ما نمی خواهیم ما نمی خواهیم نداریم ما. طلاق باید بدهید قبل از دخول یک حکم دارد بعد از دخول یک حکم دارد. آثار دارد طلاق.

س: موارد جواز فسخ

ج: استثناء ثابت است. مثل فسخ به جنون و اینها. لذا آن چهار مورد یا جنون در خصوص زن و مرد هر دو همه را فقها سعی کرده اند اثبات کنند با قواعد و الا گفته اند مقتضای قاعده باطل است فسخ در باب نکاح باطل است. بله آن نمی دانم جنون هست اینها که گفته شده است. لذا در آنها هم سعی کرده اند که قدر متیقن اخذ کنند. چون فسخ حسب قاعده نیست در باب نکاح. چون شارع برای ازاله علقه زوجیت راه قرار داده است. وقتی راه قرار داده شد در اختیار شخص نیست. شخص نمی تواند شرط کند هر وقت خواستم با این قید فسخ کنم. می گوید من با شما ازدواج می کنم تا پنج روز اگر نخواستیم از هم جدا شویم. حق ندارند همچین کاری کنند. چون جدا شدن در باب ازدواج منحصر به طلاق است باید طلاقش دهند. خب طلاق هم خواست می دهد نخواست نمی دهد.

س: دلیل خاص است دیگر نه اینکه طبیعتش

ج: نه دلیل خاص نه در المؤمنون. خود این عقد قبول نمی کند. به تعبیر شرعی. خود عقد نکاح قبول نمی کند. نه اینکه مثلاً المؤمنون عند شروطهم شاملش شده است یک روایت آمده است و گفته است نکاح جاری نمی شود. نحوه برخورد شارع نسبت به نکاح، فرقی که شارع بین عقد نکاح با عقد بیع و اجاره گذاشته است اقتضا می کند که قاعده المؤمنون عند شروطهم در بیع و اجاره جاری شود در نکاح جاری نشود. نه اینکه المؤمنون عند شروطهم عام است یک دلیل در نکاح آمده است خارجش کرده است. مثلاً گفته است المؤمنون عند شروطهم الا النکاح. الا النکاح نداریم و موارد دیگری هم که گفت شده است مثل شرطاً احلاً حراماً این عموم ندارد ما اینها را توضیحاتش را چند بار در خلال مباحث گفتیم اصولاً آن شرطاً احلاً حراماً از پیغمبر نقل شده است. بیشتر روایات ائمه آمده است. و عرض کردیم

قاعده المؤمنون عند شروطهم را بزرگان اهل سنت هم قبول ندارند. ابن حزم هم قبول نمی کند. می گوید حدیث ضعیف است. علی ما بیالی بخاری و مسلم ندارند حدیث المؤمنون عند شروطهم را. چرا؟ چون آنها خیال کرده اند شما با شرط هر کاری می توانید انجام دهید. مثلاً کتاب را فروختم به شرطی که شما شراب بخورید. بعد المؤمنون عند شروطهم می گیرد. لذا در روایات از پیغمبر سندش روشن نیست. یعنی این یکیش یک کمی ابهامش بیشتر است. لکن در روایات ما از ائمه سند روشن داریم.

الا شرطاً احل حراماً أو حرم حلالاً. مفاد آن آیه اصحاب ما هم بحث کرده اند احل حراماً یعنی چه. عرض کردیم مفاد آن عبارت این است شرط یک التزام شخصی است. خوب دقت کنید. شما در عقد التزام می دهید. هیچ قرارداد شخصی نمی تواند بر قانون مقدم شود. این شرطاً احل حراماً مراد این است. شما کتاب را می فروشید شرط می کنید که شراب بخورد. شراب خوردن حرام است به نص قانون. شما نمی توانید با التزام شخصی بر قانون مقدم شوید. التزام شخصی دائماً زیر قانون باید باشد.

نه اینکه تخصیص خورده است که آقایان فکر کرده اند. در بحث عام و خاص هم عرض کردیم. آقایان خیال کرده اند الا شرطاً احل حراماً تخصیص خورده است. این تخصیص نیست. این توضیح امر عقلایی است. در تمام عقلاً همین طور است. شما نمی توانید با بیع خلاف قانون کنید. نه فقط شرط. بیع هم همین طور است. اینها را ما اصطلاحاً اسمش را گذاشته ایم اصطلاحات شرعی. التزامات شخصی عبارت از عقد هست شرط هست، نذر هست، اینها همه التزامات شخصی است. شما نمی توانید با التزامات شخصی قانون را دور بزنید. بگوئید لله علی نذر که شراب بخورم. نمی شود این کار. نذر هم جزء التزامات شخصی است. فرق نمی کند.

دائماً التزامات شخصی یک دایره محدودی دارد. التزامات شخصی نمی تواند برود فوق قانون قرار گیرد. شما با عقد هم نمی توانید این کار را کنید با نذر هم نمی توانید. لا نرفی معصیه این لا نذر فی معصیه یک امر به اصطلاح عقلایی است. تفسیر امر عقلایی عرض کردم در قوانین بشری التزام قرار داده اند. هیچ وقت هیچ التزامی را نمی گویند بر قانون مقدم است. ممکن نیست بر قانون مقدم شود. نه نذرتان با قانون مقدم است نه عهدتان مقدم است. نه شرطتان مقدم است نه فرض کنید به اینکه عقدتان هیچ کدام نمی شود مقدم شود. این تخصیص هم نیست. این توضیح است در حقیقت. نه اینکه این تخصیص خورده است. این تخصیص نیست اصلاً. ایشان بعد این کثرت تخصیص اصلاً تخصیص نیست این. به نظر ما عبارت درست توضیح داده نشده است. شرطی که مخالف قانون است عقدی که مخالف قانون است خود به خود منتفی است چون یک سیره عقلاً داریم که این امور، امور شخصی اند. التزامات شخصی قراردادهای شخصی. اینها نمی تواند هیچ وقت بر قانون مقدم شود.

و اما عموم القرعه نشد که. و وقت هم گذشته است ما در محلش ثابت کردیم علی خلاف المشهور القرعه لكل امر همچنین متنی ما نداریم اصلا. این در بین کلمات آمده است اساس ند ارد. اصلا عموم القرعه ند اریم که بگوییم چه خارج شده است و چه نشده است. و قاعده عدم ثبوت المیسور همچنین متنی هم نداریم. عرض کردیم در این کتاب اوالی اللثالی به سند مرسل از امیر المؤمنین نقل کرده است که نه کتاب ارزش دارد نه این حدیث. این چیز کلمات عقلایی است. لا یسقط المیسور بالمعسور این یک چیز عرفی است. در حد قانونی نیست. به درد به قول ما شبهای ماه ربیع به درد می خورد.

غرضم علی ای حال این مطلب که المیسور لا یسقط بالمعسور ما لا یطبقون اینها حرفهایی هست که به درد همان شب می خورد. ورود تخصیصات کثیره علیها. روشن شد؟ مثلا تخصیص خورده است نه این تخصیص نخورده است. این چیزهایی که گفته شده است تخصیص نیست. این که گفته اند در نکاح تمسک نمی شود کرد تخصیص نیست. این در اثر عدم توضیح است. آن وقت ایشان می گوید که چه کار کنیم این همه تخصیص خورده است آن وقت هم لا ضرر داریم ایشان شروع می کند سه وجه می کند که کثرت تخصیص مستهجن است و راه هایی درست کند چون اصل مطلب روشن شد بقیه کلام ایشان خوانده نمی شود متأسفانه عرض کردم این کلام کاملا معروف است در مثل قرعه و اینها لا یعمل بها الا فی مورد عمل الاصحاب. عمومی نداریم که بخواهیم به آن عمل بشود یا خیر. دیگر بحث قرعه را چون در محل خودش گفتیم چند روز هم توضیح دادیم متونش را همه را خواندیم دیگر نمی خواهد تکرار کنیم. غرضم این است که این مطلبی را که ایشان فرمودند کل این مطلب محل اشکال است. و نه فقط ایشان فرمودند بزرگان اصحاب فرموده اند. انصافا خالی از اشکال نیست.

بعد ایشان که متعرض می شوند در فصل هفتم یک مقداری عرض کردم ایشان یک مشکل نفسی دارند. از آن طرف در کلمات بر لا ضرر حکومت دارد طبق حکومت باید بر تمام احکام مقدم شود از آن طرف در فقه عملا نبوده است. ایشان یک حالت روانی دارد. بعد ایشان می گوید ان الراجح، حالا یک کمی می خوانیم چون یک کمی درگیری های نفسی اش را توضیح داده است. «إن الراجح فی نظري القاصر إرادة النهي التکلیفی من حدیث الضرر»، آن وقت ایشان حل مشکل نمی کند. این لا ضرر اصلا ضرر ندهد. لذا حکومت معنا ندارد. ایشان با حملش بر نهی خودش را از این مشکل راحت کرد. این همه بگوییم موارد لا ضرر لا یعمل بها نه اصلا لا ضرر به این معنا نیست. «و کنت أستظهر منه عند البحث عنه فی أوقات مختلفة»، مدتها ایشان درگیر روحی بوده است با این مشکل که لا ضرر را چه کار کند. از آن طرف اصحاب مشهور برای اینکه حکومت از آن طرف است از آن طرف هم ایشان می گوید که جور در نمی آید تخصیصات کثیره. «و

کنت أستظهر منه عند البحث عنه في أوقات مختلفة إرادة التحريم التكليفي فقط»، فقط این تحریم است. عرض کردیم بعد از ایشان بعضی از آقایان همین تحریم را گرفته اند از ایشان اضافه کرده اند که نهی در حدیث سمره هم سلطانی است. لذا آمده اند گفته اند حدیث لا ضرر ناظر به یک نهی سلطانی است. ما نهی سلطانی را گذاشتیم یعنی در مقام اجرا. اسمش را گذاشتیم مقام اجرا. آن که اصحاب فهمیده اند در مقام تشریع. ایشان در مقام تشریع گیر کرد زدند به تحریم. به همین مقدار اکتفا کردند مرحوم شیخ الشریعه. آقایان که بعد آمدند گفتند نه آقا به همین مقدار نمی شود اکتفا کرد. بزنیم به تحریم و حدیث هم بزنیم به مقام اجرا. این در مقام اجرا است. لذا این مشکلاتی که مرحوم شیخ الشریعه با آن گیر داشت به این راه حلش کردند. «إلا أنه يمنعني عن الجزم بذلك حديث الشفعة و حديث النهي عن منع فضل الماء»، چون در حدیث شفعه قضی بالشفعه و قال لا ضرر. قطعاً لا ضرر در حدیث شفعه به مقام تشریع می خورد این با نهی نمی سازد. «حيث إن اللفظ واحد ولا مجال لإرادة ما عدا الحكم الوضعي في حديث الشفعة، و لا التحريم في منع فضل الماء بناء على ما أشتهر عند الفريقين من حمل النهي على التنزيه»، می گوید این ناراحت بودیم این گیر کرده بودیم چه کار کنیم. «فكنت أتثبت ببعض الأمور في دفع الإشكال»، که حالا ما چه کار کنیم با حدیث شفعه در آن لا ضرر دارد و به تشریع می خورد به نهی نمی خورد. «إلى أن استرحت في هذه الأواخر»، دیگر این اواخر راحت شدیم. من یک کمی می خوانم برای اینکه یک ناراحتی علمی روحی هم داشته است. «و تبين عندي إن حديث الشفعة و الناهي عن منع الفضل لم يكونا حال صدورهما من النبي صلى الله عليه و آله مذيلين بحديث الضرر»، ما این را توضیحات کافی دادیم البته ایشان ناقص فرمودند چون عبارت این است قضی رسول الله بالشفعه ما لم کذا بعد می فرماید و قال لا ضرر. عرض کردیم این و قال، این احتمالش که ابتدائاً ایشان داده است قضی رسول الله و قال رسول الله. ایشان این جور گرفته است. و قال رسول الله. رسول الله فرمود لا ضرر و لا ضرار. این را چون توضیحاتش را دادیم فقط من اشاره عابره می کنم. احتمال دوم ما دادیم که ایشان فرمودند. قال الصادق عليه السلام. این قال بخورد به امام صادق. چون دارد قال الصادق قضی رسول الله و قال الصادق لا ضرر. امام صادق تطبیق فرمودند شفعه را. این احتمال دوم.

احتمال سوم چون حدیث مال عقبه بن خالد عن ابی عبد الله. قال قضی رسول الله و قال این قال می خورد خود راوی آورده است. امام نیاورده است. یعنی عقبه بن خالد بعد از اینکه حدیث شفعه را نقل می کند از امام صادق عن رسول الله خود عقبه می گوید و قال رسول الله. دقت کنید به اصطلاح ما کلام فقیه است. البته معلوم نیست عقبه بن خالد فقیه باشد. اصطلاح ما کلام راوی یا کلام فقیه است. این که گفته است و قال یعنی قال رسول الله لکن قائل این مطلب خود عقبه است نه امام. ایشان می خواهد بگوید این مطلب درست است. حل مشکل را از این راه می کند. این کلام راوی است چون اگر کلام رسول الله باشد یا کلام امام صادق، حجت شرعی می شود.

ایشان می خواهد بگوید راوی برداشته است این را آورده است. یعنی راوی یک حدیث از امام صادق در شفعه نقل کرد بعد خود راوی گفت و قال رسول الله لا ضرر. اگر این باشد ارزش علمی ندارد. راوی فهمیده است. فهم راوی ارزش علمی ندارد. این خلاصه نظر ایشان. «لم یكونا حال صدورهما من النبي صلى الله عليه و آله مذيّلين بحدیث الضرر، وإن الجمع بينهما وینه جمع من الراوي»، عرض کردیم سه احتمال بود. ایشان احتمال سوم را. «بین روایتین صادرین عنه صلى الله عليه و آله في وقتین مختلفین»، البته این ادعای ایشان است می دانید که این راه در کتب فقهی ما خیلی مشکل است. یعنی در کتب حدیث مثل کافی که نقل می کند این احتمال که قائل قال عقبه بن خالد باشد و لذا ایشان می فرماید چون من چند کلمه از ایشان می خوانم «و هذا المعنى وإن كان دعوى عظيمة و أمرا يثقل تحمله على كثيرين و يأبى عن تصديقه كثير من الناظرين»، خودش هم قبول کرد که خیلی مشکل. من گفتم بخوانم تا معلوم شود ایشان یک مشکل روانی هم داشته است. فقط علمی نبوده است.

«إلا إنه مجزوم به عندي»، همان که در رسائل دارد که قطع حجیت ذاتی دارد. می گوید که من قطع دارم. می گوید شاید دیگران قبول نکنند اما من قطع دارم. اگر قطع داری اثبتہ فی هذا الاوراق رجاء تصویب بعض الباحثین، شاید بعضی های دیگر که بیایند نگاه کنند قبول کنند. «و ترك الاحتجاج به في المواضع المعروفة عند المتأخرين»، این مطلب ایشان درست است. عرض کردم لا ضرر از حدود زمان علامه توسعه پیدا می کند. «و اندفاع جملة من الإشكالات التي نبهنا عليها»، راست هم می گوید حکومت مشکل دارد راست می گوید مطلب ایشان راست است. بعد ایشان می گوید که در طرق ما روایت عقبه هست «ومن طرق أهل السنة: برواية عبادة بن صامت، فقد روی أحمد بن حنبل في في مسنده الكبير»، خوب دقت کنید این روایت در مسند نیست. عرض کردم عده ای از اهل سنت هم نسبت دادیم اشتباهی نیست که شیخ الشریعه در آن واقع شده است. غیر شیخ الشریعه هم در آن واقع شده است. این روایت در مسند نیست. این روایت در مستدرک پسرش است. عبد الله. معروف است بین اینها زیادات عبد الله علی مسند أبیه. روشن شد؟ این یک. دو، در این مسندی که چاپ شده است شش جلدی در زیادات آورده است. خوب دقت کنید. لکن دارد عبد الله قال حدثنا أبی یا حدثنی أبی، یعنی عبد الله این را از پدرش آورده است. یعنی پدر عبد الله که احمد باشد احمد بن حمبل معروف حدیث را برای پسرش هم نقل کرده است اما خودش در مسند نیآورده است. پسر از پدر نقل می کند. لذا ممکن است اینجا جواب داده شود که روی احمد بن حمبل را میشود قبول کرد حالا فرض کنید مال زیادات پسرش باشد. مال زیادات پسرش باشد. این نکات فنی خیلی ظریف است. فرض کنید مال زیادات پسرش است. پسر از پدر نقل می کند. پس این کلام شیخ الشریعه درست است. می تواند بگوید روی احمد بن حمبل. ولو از زیادات باشد. نکته فنی روشن

شد؟ چون این طور دارد و ما توضیح دادیم در آن چاپ شش جلدی همین طور است حدثنا اُبی. لکن در این چاپ پنجاه و چهار جلدی

که الآن تحقیق خیلی خوب کردند تصریح می کند حدثنا اُبی در نسخه نیست و اضافه شده است. نمی دانم روشن شد؟

پس علی کل حال این روایت از احمد هم نیست. حتی بنا بر اینکه در مسند زیادات پسرش باشد. اولاً در مسند نیست در زیادات است ثانیاً در زیادات هم که آمده است عن اُبیّه ثابت نیست. چون بعضی از معاصرین کتاب های مفصلی در لا ضرر نوشته اند تصور کرده اند خب درست است در زیادات است اسم احمد هست دیگر چون می گوید حدثنا اُبی. ما هم خود من هم تصورم تا به حال همین بود. تا این نسخه اخیر که چاپ شده است. این تازه در آمده است. من هم که تازه تملکش کردم. چند ماهی است. اینجا که نگاه کردم ایشان محقق کتاب نوشته است حدثنا اُبی در نسخه صحیح هم نیست. روشن شد؟ پس این روایت مال روایت احمد نیست. نه در مسند خودش نه زیادات عبد الله. عبد الله هم از غیر طریق پدرش نقل می کند. این هم یک نکته ای بود بعد ایشان روایت مسند تمام کرده است بعد ایشان روایات تکه تکه های مسند را از مصادر اصحاب آورده است که ما هم متعرض شدیم دیگر وارد آن خصوصیاتش نمی شویم و بعضی هایش خیلی کم، ایشان نوشته است همه اش از طریق عقبه بن خالد است جمله منهاف جمله نیست شاید یکیش یا دو تای آن. تازه آن هم اختلاف دارد. از طریق سکونی. طریق سکونی هم اشکال دارد. بعد دیگر ایشان بله ایشان می خواهد بگوید که در روایت عبادیه نیست قضی بالشفعه در روایت عبادیه است لا ضرر در آن نیست. این خلاصه مطلب و درست هم هست حرف ایشان. ایشان نوشته است قطع دارم مشکل پیدا کرده است بعد دیگر ایشان بعد از صفحه ۳۳ یک مقداری که بر می گردد به شرح حال یک مقداری به شرح حال عبادیه بن صامت و اثبات می کند که این مرد جزء صحابه خوب است و خیلی عجیب است از مرحوم شیخ الشریعه واقعاً این کلام ایشان در اینجا بعد غرض خیلی عجیب است.

خب اگر عبادیه را تثبیت کردی بحث سندش است. خیلی عجیب است. هر چه روایت زواره است ما قبول کردیم سند هم ضعیف باشد. بعد ایشان دیگر وقت گذشت من مجبورم تمام کنم «و بالجمله: أمّا أنا فلا أشكّ في أن حديث الشفعة والنهي عن منع الفضل لم يكونا مذيّلين»، من که شک ندارم. آخرش رسیده است به قول شوخی های ما به قسم حضرت عباس. مگر قسم حضرت عباس بخورد که به حضرت عباس قسم که این جزء روایت نیست. «ن بحديث الضرر، وأنّ الذي ثبت صدوره عنه منحصر في قضية «سمرة بن جندب» وأمّا غيري فهو بالخيار»، میلش می خواهد قبول کند می خواهد نکند. دلش می خواهد قبول کند «بعد مراعاة التأمّل و الانصاف.

و قد أريتك يا أخي ما ينزل و يعلو»، هر چه بالا پایین شود ما گفتیم «فاختر لنفسك ما يجلو»، الی آخره. علی ای حال بعدش هم یک نکته ای دارد راجع به یکی از فقرات این حدیث یک بحث لغوی دارد تقریباً بحث متنی دارد که ارزش بحث در اینجا ندارد ما هم سابقاً متعرض شدیم.

و صلی الله علی محمد و اله الطاهرین