

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

«فيؤول ما يظهر منه الردّ بإرادة عدم الجزم بالإجازة و الردّ، أو كون حبس الوليدة على الثمن، أو نحو ذلك و كأنّه قد اشتبه مناط الاستدلال على مَنْ لم يستدلّ بها في مسألة الفضولي....»

دو راه در استدلال به صحیح محمد بن قیس

به این روایت صحیح محمد بن قیس ما از دو راه میتوانیم استدلال کنیم. که یک راهش دچار اشکال هست و در نتیجه راه دوم تعیین پیدا می‌کند.

راه اول و نقد و بررسی آن

راه اول این بود که بگوییم: ملاک و مناط استدلال، خود این قضیه شخصیه واقعه در مورد روایت می‌باشد، یعنی این که پسر مالک، بدون اجازه مالک فروخته است، بعد مالک منازعه و رد کرده و بعد از رد، مضطر شده و معامله را اجازه کرده، که امام (علیه السلام) هم می‌فرمایند: صحیح است. این قضیه شخصیه، که تبعاً اجازه‌اش هم، اجازه شخصیه می‌شود، این اجازه معین و مشخص، اشکالش این است که مسبوق به رد مالک است و اجماع داریم بر این که اگر اجازه، مسبوق به رد باشد، تاثیری ندارد. بنابراین راه اول دچار این اشکال می‌باشد.

راه دوم: استدلال به دو تعبیر کلی امام (علیه السلام)

راه دوم این است که با قطع نظر از این قضیه و اجازه شخصیه، به آن دو تعبیر کلی، که از امام (علیه السلام) وارد شده، استدلال کنیم؛ یک تعبیر از امیرالمومنین (علیه السلام) بود، که حضرت فرمود: بچه مالک را رها نکن، تا این که مالک بیع را اجازه کند. که از این تعبیر حضرت، یک قاعده کلی استفاده می‌کنیم، که هر معامله فضولی که مالک اجازه کند، تمام و مؤثر واقع می‌شود. همچنین از تعبیر امام باقر (علیه السلام) در ذیل روایت، که فرمود: «فلماً رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه»، که «اجاز بیع ابنه»، معنایش این است که بیع فضولی، با اجازه مؤثر است. شیخ (ره) فرموده: به نظر ما باید مناط استدلال را، با قطع نظر از این واقعه مشخص در مورد روایت، خود این دو تعبیر قرار داد، یعنی کاری نداشته باشیم به این که مالک، بعد از این که مطلع شد، مخاصمه کرد، یا معامله را رد کرد و دوباره امضا کرد، که گرفتار این اشکال شویم که اجازه بعد از رد فایده ندارد. بلکه به این دو تعبیر استدلال می‌کنیم و از این دو تعبیر، قاعده کلی را بدست می‌آوریم که بیع فضولی، با اجازه مالک تمام و مؤثر واقع می‌شود.

علت عدم استدلال بعضی از فقهاء به این روایت

بعد فرموده‌اند: وقتی به کتب بعضی از فقهاء مراجعه می‌کنیم، می‌بینیم که در مسئله فضولی، به این روایت صحیح محمد بن قیس استدلال نکرده‌اند.

علت عدم استدلالشان یکی از این دو مطلب است؛

یا مناط استدلال برایشان خلط شده، یعنی بجای این که ملاک و مناط استدلال را، این دو تعبیر در ذیل و صدر روایت قرار دهند، خیال کرده‌اند که استدلال باید، به خصوص این واقعه و اجازه شخصیه در روایت باشد و بعد گفته‌اند: اجازه مسبوق به رد، به درد نمی‌خورد، لذا روایت را از صلاحیت استدلال، اسقاط کرده‌اند.

یا عدم استدلالشان روی این وجه است که روایت، ظهور در صحت بیع فضولی ندارد، روایت از نظر دلالت، دارای دلالت ظهوری نیست، بلکه «لا تزید علی الاشعار»، روایت اشعاری به صحت بیع فضولی دارد، بخاطر این که این دو تعبیر؛ تعبیر امیرالمومنین و امام باقر (علیهما السلام) هم، در مورد همین واقعه جزئی مشخصه در روایت، وارد شده است. در روایت تعبیر محکمی که بتوانیم، اطلاق یا عمومی از آن استفاده کنیم، که همه موارد بیع فضولی، با اجازه تمام می‌شود، وجود ندارد و گویا خود مرحوم شیخ (ره) هم همین را قائلند که روایت، اگر دلالت بر صحت بیع فضولی هم داشته باشد، دلالتش به اندازه ظهور نیست، بلکه یک دلالت اشعاری است.

تطبیق عبارت

«فیؤول»، تفریع بر این مطلب است که اگر مناط استدلال را، کلام امیرالمومنین و امام باقر (علیهما السلام) قرار دادیم، آن قسمت روایت را که ظهور دارد در این که مالک، رد کرده، تاویل برده و توجیه می‌کنیم.

«ما یظهر منه الردّ»، آن تعبیری که از آن رد فهمیده می‌شود را تاویل می‌بریم. که عرض کردیم که مرحوم شیخ (ره)، چهار شاهد بر رد معامله توسط مالک آورده، فرموده‌اند: این موارد و شواهد را، یا توجیه کنیم، «بإرادة عدم الجزم بالإجازة والردّ»، بگوییم مثلاً در شاهد اول که مخاصمه بود، حتماً معنایش این نیست که رد کرده باشد، بلکه اعم از این است که اجازه یا رد کند، یعنی مخاصمه و نزاع با این هم سازگار است که مالک بگوید: من هنوز مرددم و نمی‌دانم آیا این معامله را برگردانم و یا اجازه کنم؟ فعلاً ولیده را به من برگردان.

توجیه دوم این که بگوییم: مالک که ولیده را پس گرفته، «أو کون حبس الوليدة علی الثمن»، حبس ولیده بخاطر ثمن هست.

این تعبیر در کلمات مرحوم ایروانی (ره) هم وجود دارد که فرموده‌اند: پدر که دید فرزندش کنیزش را فروخته، چون غالب معاملاتی که اولاد و بچه‌ها انجام می‌دهند، هیچ پولش برنمی‌گردد، علی‌ای حال چون مأیوس از گرفتن پول بوده، این مخاصمه را انجام داده است.

«أو نحو ذلك»، توجیهات دیگری هم می‌شود کرد.

«و كأنه قد اشتبه مناط الاستدلال علی من لم یستدل بها فی مسألة الفضولی»، گویا بر کسی که به این روایت استدلال نکرده، مناط استدلال مشتبه شده است.

در اینجا شیخ (ره) با این عبارت خواسته جواب از این اشکال را بدهد، که چرا بعضی از فقهاء در مسئله فضولی به روایت صحیح محمد بن قیس استدلال نکرده‌اند؟

فرموده‌اند: گویا مناط استدلال بر این‌ها مشتبه شده، یعنی خیال کرده‌اند که استدلال، روی این قضیه شخصیه واقعه در مورد روایت است، که اشکالش این است که اجازه مسبوق به رد می‌شود. در حالی که استدلال روی این دو تعبیر امام (علیه السلام) است.

وجه دوم، «أو یكون الوجه فی الإغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة»، وجه اغماض از این روایت، ضعف دلالت این روایت است، «فانها»، این دلالت، «لا تزید علی الاشعار»، زاید بر اشعار نیست، یعنی دلالت بحد ظهور نمی‌رسد و پایین‌تر از ظهور

است. اشعار دارد، یعنی یک دلالت بسیار ضعیفی بر صحت بیع فضولی دارد، دلالتش به حد ظهور که بگوییم: ظواهر حجت است و قابل حجیت و اعتبار باشد، نمی‌رسد.

وجوه عدم ظهور این روایت در صحت بیع فضولی

حال چرا «لا تزید علی الاشعار»؟

برای این مطلب، دو وجه می‌توانیم بیان کنیم؛

وجه اول همان است که از خارج عرض کردیم که روایت، در مورد یک واقعه است که اتفاق افتاده، مالک رد کرده و بعد اجازه کرده، در روایت هم اطلاقی که از آن استفاده کنیم، هر بیع فضولی، با اجازه موثر و تمام می‌شود، نداریم. وجه دوم این است که خود همین تعبیر امیرالمومنین (ع) که فرمودند: «خذ ابنه حتی ینفذ لک البیع»، بچاهش را بگیر، تا این که بیع را انفاذ کند، یک احتمالی که داده می‌شود، این است که به این معنا نباشد که «یجیز البیع السابق»، بلکه «ینفذ» یعنی بیع جدیدی را باید منعقد کند و چون این احتمال، در این عبارت وجود دارد، «لا تزید علی الاشعار». از میان این دو وجهی که عرض کردیم، وجه اول محکم‌تر از وجه دوم است. «و لذا لم يذكرها في الدروس في مسألة الفضولي»، چون دلالت ظهوری ندارد، این روایت را در درس در مسئله فضولی ذکر نکرده است، «بل ذکرها في موضع آخر».

اما شیخ (ره) فرموده: «لكن الفقيه في غنى عنه بعد العمومات المتقدمة»، فقیه بعد از این عمومات گذشته، غنی هست، یعنی بعد از «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، که از آن استفاده کردیم که این معاملات فضولی هم صحیح است، نیازی به این روایات خاصه نداریم.

پس تا اینجا مرحوم شیخ (ره) سه دلیل برای صحت فضولی آورده‌اند؛

دلیل اول، ادله عامه بود که پذیرفتند.

اما دلیل دوم و سوم را نپذیرفتند. دلیل دوم؛ روایت عروه بود که آن را رد کرد، چون مورد روایت عروه، روی مبنای خودشان در صورت علم به مجرد رضایت باطنی، از موضوع فضولی خارج است.

دلیل سوم، صحیح محمد بن قیس را هم فرمودند که: اگر ملاک استدلال را هم، تعبیر امیرالمومنین و امام باقر (علیهما السلام) قرار دهیم، «اما مع ذلك لا تزید علی الاشعار»، دلالت ظهوری ندارد و نهایتاً إشعاری دارد.

دلیل چهارم بر صحت بیع فضولی

ج: استدلال به مفهوم اولویت در نکاح فضولی

در دلیل چهارمی که برای صحت بیع فضولی اقامه شده، به مفهوم اولویت استدلال کرده‌اند. به این بیان که؛

هم به وسیله روایات و هم از جهت اجماعات، ثابت است که نکاح فضولی صحیح است، - اگر کسی ولی صغیر نباشد و صغیر را تزویج برای زنی کند، بعد از آن که صغیر بالغ شد، اگر عقد را اجازه داد، بالنقل و الاجماع این عقد صحیح است. همچنین روایت و اجماع داریم که اگر عبدی، بدون اجازه مولا ازدواج کرد، بعد مولایش اجازه داد، این عقد صحیح است. پس هم از راه روایات و هم از راه اجماعات، دلیل داریم بر این که نکاح فضولی صحیح است. آن وقت گفته‌اند: اگر نکاح فضولی صحیح باشد، بیع فضولی باید به طریق اولی صحیح باشد.

دو وجه برای بیان اولویت

برای اولویت در اینجا دو وجه بیان کرده‌اند:

وجه اول این است که هم در نکاح و هم در بیع، در هر دو تملیک داریم، اما کدام تملیک‌ها اقوی از دیگری است؟ باید ببینیم متعلق تملیک‌ها چیست؟

در نکاح؛ تملیک، به بضع یک انسان تعلق پیدا کرده، بضع یعنی منفعت استمتاع، این که بتواند از او استفاده و لذت ببرد. تملیک به هر نوع از لذت تعلق پیدا کرده است و مرد مالک بضع زن می‌شود.

اما در باب بیع، تملیک به مال تعلق پیدا می‌کند و نه بضع. پس در نکاح تملیک البضع داریم، اما در بیع تملیک المال.

تملیک البضع اقواست. اگر فضولی در تملیک البضع صحیح باشد، در تملیک المال بطریق اولی صحیح است.

وجه دوم اولویت؛ این شدت احتیاطی است که شریعت و شارع مقدس، نسبت به نکاح دارد. نکاح امر بسیار مهمی در نظر شارع است، چون یکی از آثار نکاح، «لانه منه الولد»، مسئله تولید مثل از راه نکاح است. پس اگر نکاح فضولی صحیح باشد، بیع فضولی بطریق اولی صحیح است.

مرحوم شیخ(ره) فرموده‌اند: بعضی از فقهاء فرموده‌اند که: بهترین و مهم‌ترین دلیل، برای صحت بیع فضولی، همین دلیل است.

نقد و بررسی شیخ(ره) نسبت به این استدلال

شیخ(ره) هم فرموده: استدلال به این دلیل، خوب است، اما فقط یک موهن و مشکل در مقابل این استدلال است، که از بعضی از روایات دیگر، استفاده می‌کنیم که اولویت، در عکس قضیه است، یعنی اگر بیع صحیح باشد، نکاح باید به طریق اولی صحیح باشد.

قبل از این که آن روایت را بیان کنیم، مقدماتی عرض می‌کنیم که علمای عامه در باب وکالت تفصیل داده و گفته‌اند: اگر کسی از ناحیه دیگری وکیل بود و موکل وکیل را از وکالت عزل کرد، اما وکیل قبل از علم به عزل، نکاحی برای موکل انجام دهد، این نکاح باطل است، اما اگر بیعی برای موکل انجام داد، بیعش صحیح است.

به عبارت اخری؛ علمای عامه می‌گویند: بین نکاح وکیل و بیع وکیل فرق است، به این بیان که عزل وکیل، به مجرد این که موکل عزل کرد، ولو این که وکیل علم به عزل هم پیدا نکند، در بطلان نکاح کفایت می‌کند، اما در معاملات وکیل، مثل بیع، «بلوغ العزل الیه» شرط است، باید عزل به اطلاع وکیل برسد و مادامی که به اطلاع نرسیده، بیع و اجاره‌ای که انجام می‌دهد، صحیح است.

این نظریه را ائمه(علیهم السلام) رد کرده‌اند.

در روایتی از علاء بن سیابه، امام(علیه السلام) در مقام رد این نظریه علمای عامه، اول فرموده‌اند: انسان تعجب می‌کند از این حکم ظالمانه و فاسدی که فقهای عامه داده‌اند.

امام(علیه السلام) می‌فرماید: «فان النکاح أولی و أجدر بأن یحتاط فیه»؛ شما که می‌گویید: اگر وکیل معزول، که علم به عزلش ندارد، نکاح کرد، باطل است، اما بیع کرد، صحیح است، در حالی که نکاح اولی است به این که احتیاط شود.

از این فرمایش، اینطور می‌فهمیم که اگر بیع فضولی صحیح باشد، نکاح فضولی بطریق اولی است، یعنی عکس استدلالی که بیان کردیم. در استدلال گفتیم که: چون در روایات آمده که نکاح فضولی صحیح است، پس به طریق اولی بیع فضولی هم صحیح است، اما امام(ع) در جواب و در رد این حکم علمای عامه می‌فرمایند: اولویت در عکس این قضیه است، یعنی نکاح، اولی و اجدر است که احتیاط شود، یعنی اگر بیع بطریق فضولی صحیح شد، نکاح به طریق اولی صحیح است.

همین مقدار کفایت می‌کند در این که استدلال به این دلیل چهارم، ضعیف شود. چون استدلال کردیم به اولویت در حالی که

امام(علیه السلام) در این روایت می‌فرمایند: اولویت در عکس قضیه است.

علت وجود اولویت در عکس قضیه

بعد مرحوم شیخ(ره) شروع کرده در این که چرا امام(ع) اولویت و احتیاط را، در نکاح قرار داده است؟ و مراد از این احتیاط چیست؟

قبل از این که این مسئله و بیان شیخ را توضیح دهیم، لازم است که بگوییم دو نوع احتیاط داریم؛

1- احتیاط مطلق، یعنی عملی را انسان انجام دهد که من جمیع الجهات، مطابق با واقع باشد و خیال انسان راحت شود، مثلاً نمی‌دانیم روز جمعه، نماز جمعه واجب است، یا نماز ظهر؟ احتیاط کرده، هم نماز جمعه و هم ظهر را می‌خوانیم. به این می‌گویند: احتیاط مطلق، یعنی احتیاط علی أي تقدیر من جمیع الجهات.

2- احتیاط نسبی و اضافی

مرحوم شیخ(ره) در اینجا فرموده‌اند: مراد امام(ع) از این احتیاط، احتیاط نسبی و اضافی است، بدلیل این که احتیاط مطلق، در موردی که دوران امر بین محذورین باشد، امکان ندارد. ما نحن فیه هم شبیه دوران بین المحذورین است، برای این که وکیل معزول، برای موکل زنی را تزویج کرده، حال این زن؛ إما زوجة و إما اجنبی.

اگر زوجة باشد، فرض کنید قبلاً هم سه زن دیگر گرفته، این زوج چهارم می‌شود، لذا حق این که ازدواج با زن دیگری کند ندارد و احکام زوجة برایش مترتب می‌شود. اما اگر اجنبیة باشد، حق نکاح، استمتاع و این چیزها را ندارد.

پس دوران بین المحذورین است، نمی‌دانیم این وکیل که معزول شده و علم به عزلش پیدا نکرده، آمد زنی را برای موکل خودش گرفت، این زن، زوجة أو اجنبی؟

پس در ما نحن فیه هم دوران بین المحذورین است، پس احتیاط مطلق امکان ندارد، لذا شیخ(ره) فرموده‌اند: مراد امام(علیه السلام) از این که می‌فرمایند: این نکاحی که وکیل کرده، صحیح و مطابق با احتیاط است، احتیاط نسبی است، یعنی احتیاطی که أخف محذورا است، یعنی دو راه داریم؛ یک راه محذور کم است و راه دیگر محذور زیاد.

اگر بگوییم: این نکاح صحیح است، محذور کمی دارد، اما اگر بگوییم: این نکاح باطل است، محذور زیادی دارد، برای این که اگر بگوییم: این نکاح باطل است، باید این زن از این مرد جدا شود، پس می‌تواند با مرد دیگری نکاح کند، اما احتمال صحت نکاح قبلی وجود دارد، لذا وطی مرد دوم نسبت به این زن، وطی با زن شوهردار و زنا با ذات البعل می‌شود.

اما اگر گفتیم: نکاح صحیح است، وطی مرد با این زن، وطی با ذات البعل نیست، پس این راه، یعنی إبقاء النکاح، محذورش از ابطال النکاح کمتر است، که از این تعبیر می‌کنیم به احتیاط نسبی و مراد امام(علیه السلام) هم همین است.

تطبیق عبارت

دلیل چهارم، «و ربما يستدل أيضاً: بفحوى صحّة عقد النکاح من الفضولي في الحرّ و العبد»، یعنی مفهوم اولویت صحت عقد نکاح فضولی، هم در حر و هم در عبد، «الثابتة بالنصّ و الإجماعات المحکیة»، «الثابتة» صفت برای صحت است، یعنی صحتی که بنص و اجماعات ثابت است، اجماعات هم، اجماعات منقوله است و محصله نیست. پس بر طبق روایات و اجماعات، نکاح فضولی صحیح است. حال می‌گوییم: اگر نکاح فضولی صحیح شد، بیع فضولی بطریق اولی صحیح است.

«فإنّ تملیک بضع الغير إذا لزم بالإجازة»، تملک بضع و استمتاع غیر، وقتی که به وسیله اجازه لازم و تمام می‌شود، «کان تملیک ماله أولى بذلك»، تملک مال غیر، بطریق اولی اینچنین است، یعنی بالزوم مع الاجازه. این یک وجه اولویت است.

«مضافاً وجه دوم اولویت؛ «إلى ما علم من شدّة الاهتمام في عقد النکاح»، می‌دانیم که شارع مقدس، اهتمام زیادی به عقد نکاح دارد، «لانه یكون منه الولد»، زیرا از نکاح، تولید نسل است، «كما في بعض الاخبار»، در بعضی از روایات هم آمده است.

«و قد أشار إلى هذه الفحوى في غاية المراد و استدلال بها في الرياض»، شهید(ره) در کتاب غایة المراد به این فحوی اشاره کرده و به این فحوا در ریاض استدلال شده است، «بل قال: إنّه لولاهّا أشکل الحكم من جهة الإجماعات المحکیة علی المنع»، بلکه فرموده: اگر این فحوا نبود، حکم به صحت بیع فضولی به جهت وجود اجماعات منقوله بر منع، مشکل می‌شد.

شیخ(ره) فرموده: «و هو»، استدلال به این فحوی، «حسنٌ إلاَّ أنَّها ربما توهن بالنصِّ الوارد في الردِّ على العامَّة»، خوب است مگر این که این فحوی، به نصی که در رد بر عامه وارد شده، موهن واقع می‌شود، «الفارقین بین تزویج الوکیل المعزول مع جهله بالعزل و بین بیعه»، عامه بین تزویج وکیل معزول مع جهله بالعزل و بین بیع وکیل معزول فرق گذاشته‌اند. «بالصحة في الثاني لأنَّ المال له عوض»، گفته‌اند: معاملات وکیل معزول تا زمانی که عزل به اطلاعش نرسیده، صحیح است، چون مال عوض دارد و مالی در مقابلش است،

«و البطلان في الأول؛ لأنَّ البضع ليس له عوض»، اما تزویجش بمجرد عزل موکل باطل می‌شود، ولو این که عزل به گوش وکیل هم نرسیده باشد، چون بضع، عوضی در مقابلش قرار نمی‌گیرد. شاهدش هم این است که مهر، بمنزلة العوض است، لذا اگر کسی نکاح کرد، اما بعد از نکاح، بلافاصله طلاق داد، باید نصف مهر را بپردازد، در حالی که استفاده‌ای هم از این زن نبرده است. این چنین نیست که بگوییم: حقیقتاً بین بضع و مهر عوضیت وجود دارد.

«حيث قال الإمام(عليه السلام) في مقام ردِّهم و اشتباههم في وجه الفرق»، امام(ع) در مقام رد و اشتباه عامه در وجه فرق فرمودند: «سبحان الله! ما أجور هذا الحكم و أفسده»، این حکم چقدر ظالمانه و فاسد است، «فإنَّ النكاح أولى و أجدر أن يحتاط فيه لأنَّه الفرج، و منه يكون الولد .. الخبر»، نکاح اولی است که در آن احتیاط شود، چون نکاح با فرج ارتباط دارد. «و حاصله»، یعنی حاصل بیان امام(عليه السلام) این است که می‌خواهند بفرمایند: «أنَّ مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع»، نکاح اولی به صحت است از بیع.

«من حيث الاحتياط المتأكد في النكاح دون غيره»، حال در وجه این که چرا نکاح اولی به احتیاط است؟ مرحوم شیخ(ره) دو سه سطر بعد بیان می‌کنند، فقط در اینجا این نتیجه را گرفته‌اند که «فدلَّ على أنَّ صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى»، کلام امام(عليه السلام)، به عکس استدلال چهارمی که برای صحت بیع فضولی آوردیم، دلالت دارد. ما گفتیم که: اگر نکاح فضولی صحیح باشد، بیع بطریق اولی است، اما امام(عليه السلام) می‌فرمایند: اگر بیع صحیح باشد، نکاح بطریق اولی صحیح است. «خلافاً للعامَّة حيث عكسوا و حكموا بصحة البيع دون النكاح، فمقتضى حكم الإمام(عليه السلام): أنَّ صحة المعاملة المالية الواقعة في كلِّ مقام؛ تستلزم صحة النكاح الواقع بطريق أولى».

«و حينئذٍ فلا يجوز التعدي من صحة النكاح في مسألة الفضولي إلى صحة البيع»، حالا که امام(عليه السلام) می‌فرمایند: اولویت در این طرف قضیه است، یعنی اگر بیع صحیح باشد، نکاح اولی است، پس نمی‌توانیم بگوییم: اگر روایتی گفت: نکاح فضولی صحیح است، از این روایت استفاده می‌کنیم که بیع فضولی هم، صحیح باشد. چرا؟ «لأنَّ الحكم في الفرع لا يستلزم الحكم في الأصل في باب الأولوية»، حکم در فرع، یعنی نکاح، مستلزم حکم در اصل، یعنی بیع، در باب اولویت نیست، «و إلاَّ لم يتحقَّق الأولوية»، اگر حکم در فرع بخواهد مستلزم حکم در اصل باشد، اصلاً اولویت و اصل و فرع، بطور کلی از بین می‌رود، «كما لا يخفي».

«فالاستدلال بصحة النكاح على صحة البيع»، یعنی دلیل چهارم، «مطابق لحكم العامَّة من كون النكاح أولى بالبطلان»، این استدلال مطابق حکم عامه است، که می‌گویند: نکاح اولی به بطلان است. اگر نکاح اولی به بطلان شد، پس وقتی نکاح صحیح باشد، بیع بطریق اولی صحیح می‌شود. «من جهة أنَّ البضع غير قابل للتدارك بالعوض»، چون بضع، قابلیت تدارک در مقابل عوض را ندارد.

پس شیخ(ره) فرموده: این استدلال چهارم را که از راه اولویت درست کردیم، بر حسب این روایت، که راوی آن هم علاء بن سیابه است، مطابق با نظریه علمای عامه است، اما مطابق فرمایش امام(عليه السلام)، اولویت در عکس است، یعنی اگر بیع صحیح شد، نکاح بطریق اولی باید صحیح باشد.

پس تا اینجا شیخ این اشکال را بر این اولویت وارد کرده‌اند، بعد فرموده‌اند: «بقي الكلام في وجه جعل الإمام عليه السلام الاحتياط في النكاح هو إبقاؤه دون إبطاله»، چرا امام(عليه السلام) فرمودند: احتیاط در ابقای نکاح است دون ابطاله، «مستدلاً بأنَّه يكون منه الولد»، چون از نکاح، ولد است.

«مع أنَّ الأمر في الفروج كالأموال دائر بين محذورين» شیخ(ره) فرموده‌اند: اگر کسی دقت کند، مسئله در باب فروج، مانند اموال، دوران بین المحذورین است، یعنی این زن، که وکیل معزول تزویج کرده، یا زوجه است، که احکامی دارد و یا اجنبی

است و نمی‌توان راهی را طی کرد که هم احکام زوجیت و هم احکام اجنبیت رعایت شود، چون دوران بین محذورین و مجرای تخییر است نه احتیاط، «و لا احتیاط فی البین».

«و يمكن أن يكون الوجه في ذلك»، ممکن است وجه احتیاط امام(علیه السلام) این است که، «أنَّ إبطال النكاح في مقام الإشكال و الاشتباه»، اشکال یعنی مسئله مردد است و نمی‌دانیم این زن، زوجه است یا نه، «يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحة واقعا»، اگر گفتیم: نکاح باطل است، زن و مرد باید از هم جدا شوند، «فتتزوج المرأة و يحصل الزنا بذات البعل»، لذا اگر واقعا این ازدواج، صحیح باشد و زن با مرد دیگر ازدواج کند، این زنا با ذات البعل می‌شود.

البته این حرف‌هایی است که شیخ(ره) می‌زند، محشین هم در زنا بودنش، و هم زنا با ذات البعل بودنش اشکال کرده‌اند. «بخلاف إبقائه؛ فإنه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه إلّا وطء المرأة الخالية عن المانع»، اما اگر گفتیم: این نکاح صحیح است و در واقع باطل بود، تنها وطی زن خالی از مانع است، اما دیگر وطی با ذات البعل نمی‌شود. «و هذا أهون من وطء ذات البعل»، یعنی وطی زن مجرد، از نظر زنا، أهون است از وطی ذات البعل.

«فالمراد بالاحوط هو الاشد احتیاطا»، مراد از احوط، آن چیزی است که اشد احتیاطا است، یعنی آنچه که محذور و اشکالش کم‌تر است، که از این احتیاط، به احتیاط نسبی و اضافی تعبیر کردیم.

«و كيف كان»، بعد شیخ(ره) فرموده‌اند: مراد امام(علیه السلام) از این احتیاط، هر چه باشد، «فمقتضى هذه الصحيحة: أنه إذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولي»، وقتی حکم به صحت نکاح شد، «لم يوجب ذلك التعدّي إلى الحكم بصحة بيع الفضولي»، نمی‌توانیم بگوییم: پس بیع فضولی هم صحیح است.

«نعم، لو ورد الحكم بصحة البيع أمكن الحكم بصحة النكاح»، بر حسب همین روایتی که بر رد عامه آمده، اگر دلیلی پیدا کردیم که بیع فضولی صحیح است، حکم به صحت نکاح هم ممکن است، «لأنَّ النكاح أولى بعدم الإبطال، كما هو نصُّ الرواية»، چون نکاح اولی است به نص این روایت، یعنی همین روایتی که در رد بر عامه بود، روایت اعلاء بن سیابه.

و صَلَّى الله على محمد و آله الطاهرين