

تقریر دفتر استاد سید کاظم مصطفوی «زید عزه العالی» از درس خارج فقه  
استاد سید کاظم مصطفوی؛ 1390/12/21



سید طباطبائی یزدی در همین مسئله فروعی را بیان می کنند که بحث شد حکم به اسلام فرزند وقتی احد ابوین مسلمان است به شرط وقوع نکاح شرعی فرع جدید این است و لو کان احد الابوین مسلماً فالولد تابع له اذا لم یکن عن زنا بل مطلقاً علی وجه مطابق لاصل الطهاره می فرماید اگر یکی از ابوین مسلمان باشد پدر یا مادر فرق نمی کند حکم می شود به اسلام آن فرزند در این صورت تابع است برای آن یکی از ابوینی که مسلمان هست به شرط اینکه این ولادت و تولید از طریق نکاح شرعی باشد نه از طریق غیر شرعی و زنا

شرط جاری شدن اسلام آن است که مانعی از اجرای اصل طهارت نباشد بعد می فرماید بلکه مطلقاً یعنی حتی اگر ولادت و تولید از طریق زنا هم باشد ولد تابع آن یکی از والدین هست که مسلمان هست منتها این اطلاق را که اعلام می کند در صورتی است که جایی برای اصاله الطهاره وجود داشته باشد علی وجه مطابق لاصل الطهاره این به این معناست که ممکن است اصاله الطهاره یک وقتی جاری نباشد اگر ما استصحاب را جاری بدانیم علی وجه در صورتی که مطابق با اصاله الطهاره باشد یعنی در صورتی که اجراء اصاله الطهاره مانعی نداشته باشد که اگر استصحاب جاری شد مقدم بر اصاله الطهاره است استصحاب اگر در عرض باشد که مقدم نیست

بیان دو نکته مهم

یک نکته را دقت کنید همیشه می گوئیم استصحاب مقدم بر اصاله الطهاره است در حالی که جایگاه اصاله الطهاره بالاتر از استصحاب است اصاله الطهاره قطعاً از امارات است از قواعدی که اماریتش مسلم است و استصحاب احتمال اماریت دارد آنچه هست مسلماً یک اصلی شرعی محرز است در حقیقت پشت سر اماره قرار می گیرد اماره اثبات واقع می کند اصل محرز احراز واقع او تحقیقاً و این تنزیلاً شرحش را گفته ایم چرا استصحاب مقدم بر اصل طهارت است

بنابراين هميشه مي گوييم اصاله الطهاره وقتي جاري مي شود استصحاب نباشد در حالي كه قاعده مقدم بر اصل است براي اينكه هميشه در موردی كه اصاله الطهاره جاري مي كنيم و حالت سابقه دارد استصحاب مي شود موضوعي اصل موضوعي هم حاكم است از اين جهت مي گوييم قاعده طهارت وقتي جاري مي شود كه استصحاب مقدم است در حكومت جايگاه دليل در نظر گرفته نمي شود

يادتان هست در حكومت رتبه ادله لحاظ نمي شود كه اين اماره است اين اصل است در حكومت مكانت و درجه اعتبار ادله ملحوظ نيست ارتباط دو تا دليل در نظر گرفته مي شود اگر يك دليل ولو ضعيف تر از دليل محكوم است در جايگاه موضوع قرار گرفته در مرحله موضوع كه جاري شد زمينه براي دليل اجتهادي باقي نمي گذارد

سوال و جواب جايي كه مكانتش موضوعي بود در آن مرحله با اماره كه در مرحله بعد مي آيد در عرض هم قرار ندارد ان در موضوع جاري مي شود كارش را انجام مي دهد زمينه اش را صاف مي كند ديگر براي شك و شبهه مجال و فرصتي نيست تا قاعده طهارت را جاري كنيم با اسلام آوردن يكي از والدين ولد نيز تابع او مي گردد

درباره اين مسئله كه گفتيم ولد تابع اشرف الوالدين هست مرحوم صاحب جواهر در كتاب جواهر جلد 21 كتاب جهاد و صفحه 135 و 136 مي فرمايد درباره ولد كافر اذا اسلما او اسلم احد ابويه تبعه الولد اگر ولد كافري پدر و مادرش اسلام آوردند يا يكي از والدينش اسلام آورد پدر يا مادر فرق نمي كند ولد تابع همان يكي از ابوين هست كه اسلام آورده تابع همان اشرف الابوين هست اين حكم اولاً مشهور است

فتواي مشهور آن است كه موافق شرايع و لمعه باشد چون متن شرايع است به شما گفتيم كه اگر خواستيد فتواي مشهور را پيدا كنيد چيزي كه مطابق با متن لمعه و با متن شرايع باشد اين مطابق با مشهور است هر حكمي كه مطابق با متن شرايع بود يا متن لمعه بود مشهور است البته در متن لمعه خلاف مشهور را خودش تعرض مي كند جايي كه تعرض نكرده مطابق با مشهور است

ادله صاحب جواهر به الحاق ولد به احد ابوين كه اسلام بياورد ادله اي كه صاحب جواهر در اين رابطه ارائه مي كنند از اين قرار است مي فرمايند كه ولد كافر تابع اشرف الوالدين است يعني تابع يكي از اسلام والدين هست به چهار دليل لا خلاف

لا. خلاف اجده فيه نفي خلاف در مسئله خلافي بين فقها وجود ندارد نفي خلاف مي شود يك مويد و يا تاكيدي براي حكم تالي تلو اجماع است روايت حفص بن غياث

اما دليل دوم روايت حفص بن غياث كه قبلاً خوانديم وسائل الشيعه جلد 11 باب 43 از ابواب جهاد عدو حديث شماره 1 حفص بن غياث كه آنجا آمده بود **اذا اسلم في دار الحرب** تا كه فرمود **اسلامه اسلام لنفسه و اسلام لولده الصغار** طبيعتاً پدر اسلام آورده دلالت اين است يكي از ابوين هست پدر است اسلام آورده امام مي فرمايد اسلام همان پدر اسلام است براي اولاد صغار او يعني فرزند صغيري كه در حد تميز نرسيده تابع است براي همان پدري كه اسلام آورده دلالتش كامل است چون احد الابوين هست و تصريح دارد كه اسلامه اسلام لولده الصغار اين دليل دوم گويا با كلام نفسيشان (كلام نفسي در كفاه خوانديد

يعني زبان حال) گويا زبان حال مرحوم صاحب جواهر اين باشد كه خصوصيت ندارد پدر احد الابوين است

### الاسلام يعلو و لا يعلي عليه

3. قاعده الاسلام يعلو و لا يعلي عليه يك قاعده فقهي است اين حديث نبوي است سندش هم مشهور است بين الفريقين كتاب كنز العمال جلد 1 صفحه 17 سند معتبر دلالت اسلام برترتي دارد و كسي يا طائفه اي از اديان ديگر بر اسلام برترتي نخواهد داشت بنابر اين يكي از ابوين اگر اسلام آورده بود بر اساس الاسلام يعلو برترتي را نشان مي دهد و بر ولد اثر مي گذارد و ولدش هم مي شود محكوم به مسلمان بودن قاعده الحاق به اشرف در حریت

دليل چهارم قاعده الحاق به اشرف در حریت حكم مسلم فقهي است فقهاً و نصاً كه اگر ولد حریت و رقيتش معلوم نباشد اما احد الابوينش يا پدر يا مادر حر باشد ولد تابع آن والد حر يا والده حر خواهد بود قاعده الحاق به اشرف الوالدين صاحب جواهر مي فرمايد بالاولويه حریت كه فقط از بردگي يك فرد خودش را بيرون مي آورد اسلام كه از الحاد و قيد كفر خودش را بيرون مي آورد اولويت گويا مشخص است سوال و جواب اگر خودش در فقه يك عنوان مستقل بود به عنوان قاعده الحاق به اشرف الوالدين درباره حریت قاعده مسقتلي سر جاي خودش هست يكي از ادله اش الاسلام يعلو باشد

سؤال آيا قاعده تبعيت نماء از اصل اين جا احراز نمي شود سوال و جواب چون قاعده تبعيت در صورتي است كه والدين هر دو يا مسلمان باشد يا كافر اما اگر هر دو نبود ديگر قاعده اطلاق ندارد نکته قاعده فقهي وقتي اطلاق دارد كه منصوص باشد نه اصطیادي يادتان هست كه گفتم قاعده فقهي هميشه اطلاق ندارد گاهي اطلاق دارد اگر قاعده منصوصه باشد اطلاق دارد اگر قاعده فقهي اصطیاده بود اطلاق ندارد سوال و جواب قاعده فراش به مادر كار ندارد قاعده فراش شك به انتساب به فحل است كه خصوصيت ان زوج كه ان زوج شرعي است يا عاهر است به مادر كاري ندارد اين چهار تا دليل از صاحب جواهر ارزيابي ادله صاحب جواهر

اما تحقيق اين است كه تامي اين ادله خالي از شبهه و اشكال و نقاش نيست نفي خلاف جاي اجماع را نمي گيرد

اما دليل اول كه نفي خلاف بود بارها گفته باشيم خود صاحب جواهر نفي خلاف را صريحا مكرر اعلام مي كند كه اجماع نيست چون در عباراتش مي خوانيم لا اجد فيه خلافا فيه بل الاجماع اين عبارت صريح است كه نفي خلاف اجماع نيست نفي خلاف كه بود حجيت ندارد نفي خلاف و حتي شهرت و خبر ضعيف هيچ كدام حذفی اعلام نمي كنيم يك تلقي ابتدائي اشتباه است كه دليل كه كامل نبود حذفی اعلام كنيم همه را نگاه مي داريم در حد يك مويد نفي مي تواند يك مويد باشد در صورتي كه يك دليلي باشد مويد تنهائي نمي تواند كاري از پيش ببرد بنابر اين نفي خلاف كه اجماع نيست و حجيت ندارد در روايت حفص به غياث احتمال خصوصيت هست

اما روایت حفص بن غیاث سندش را گفتیم که خالی از اعتبار نیست اما دلالتش يك دلالتی است واضح و روشن و خاص در روایت حفص آنچه که استفاده می شود این است که اسلام آب اختصاص دارد به اواز آنجا که در ولادت آب مکان و جایگاه اصلی را دارد لذا ولد منتسب به آب است نه به ابن لذا سادات از طرف پدر ساداتند از طرف مادر اگر باشند سادات نیستند و در فقه هم همین طور هست لذا نکته فقهی که احتمال خصوصیت در شکل برجسته دیده می شود هر کجا احتمال خصوصیت در شکل ملموس وجود داشت دیگر نمی شود ما به اطلاق دست بزنیم جای دیگر برای اطلاق نیست احتمال خصوصیت عقلایی مانع از اطلاق است آن هم اطلاق لفظی که ندارد اطلاق مقامی که ولو سلم که داده باشد اطلاق مقامی مقدماتش کامل نیست

دو شرط استفاده از اطلاق مقامی

چون اطلاق مقامی شرطش این بود که مقام مقامی باشد که شرح و تفصیل بطلید و ترك استفصال شده باشد که در اصطلاحات می خوانیم معنای ترك استفصال اطلاق مقامی است و لفظ قابلیت شمول و اطلاق را داشته باشد اینجا مقدمات اطلاق مقامی کامل نیست چون لفظ اب است اب که دیگر معنای خاص دارد اب قابلیت تطبیق بر ام حسب وضع ندارد و لفظ هم قابلیت عموم داشته باشد مثلاً کلمه ای باشد که قابلیت برای عموم و شمول داشته باشد اینجا آمده است اب اسلام ایبه اسلام لولده الصغار اب که دیگر قابلیت شمول و عموم ندارد القاء خصوصیت نمی شود

روایت حفص دلیل اخص از مدعا است

در مجموع دلالت روایت حفص بن غیاث بر مطلوب کامل نیست دلیل اخص از مدعاست گفته بودیم که اگر دلیل اعم از مدعا بود درست است اما دلیل اخص از مدعا بود موید است پدر تنها را ثابت کرد مادر تنها اگر مسلمان باشد ثابت نشد این استدلال هم به روایت حفص هم تمام نیست

اما دو دلیل دیگر صاحب جواهر

دلیل سوم قاعده **الاسلام یعلو و لا یعلی علیه** این اشکالش این است که این قاعده یا این حدیث در جهت بیان برتری اسلام بر کفر یعنی عدم خضوع مسلمان نسبت به کفار و از ادله قاعده نفی سبیل است که بر کفار سیطره و تسلطی بر مسلمین نیست مسلمانها باید سیطره و تسلط بر کفار داشته باشند این در حقیقت جزء ادله قاعده نفی سبیل است ربط به ولد و تابعیت ولد ندارد این دلیل هم تمام شد دلیل چهارم قاعده الحاق به اشرف الوالدین درست است قاعده اصلش درست اما شما در صورتی که اولویت را ثابت کنید خوب است اما اگر اولویت را ثابت نکنید می شود قیاس اولویت ثابت نیست چون برای حریت و عبدیت ممکن است خصوصیتی وجود داشته باشد هیچ اولویتی به طور قطعی در کار نیست بنابراین اگر شما از آن قاعده استفاده کنید اشرف الوالدین را آنجا توسعه بدهید حداقل يك استحسان حداکثر يك قیاس از حد استحسان و قیاس بالاتر نمی رود بنابراین ادله لفظیه و لبیه ای که نفی خلاف باشد تمام نیست

نظر امام خمینی (ره) در این باره

لذا امام خمینی در کتاب طهارت جلد 3 صفحه 421 و 422 می فرماید ادله ای که در این رابطه گفته می شود یا ذکر شده است هیچ کدام تمام نیست خالی از اشکال نخواهد بود

بلکه می فرماید تنها دلیل در تبعیت ولد به اشرف والدین از حیث اسلام اجماع هست  
اجماع محقق است درباره اجماع می توانیم

نظر شیخ طوسی (ره) در خلاف

این نکته را اضافه کنیم شیخ طوسی در کتاب خلاف جلد 3 صفحه 591 می فرماید که  
تبعیت فرزند به اشرف الوالدین از حیث اسلام مورد اجماع فرقه هست علیه اجماع الفرقة  
یعنی اجماع قطعی کل امامیه اجماع کامل وجود دارد تنها دلیل در رابطه این حکم همان  
اجماع است این اجماع ادامه دارد الان در عروه الوثقی که حواشی مراجع نجف و مراجع قم  
ثبت و ضبط شده است اختلاف نظری دیده نمی شود اجماع محصل و محقق

تحقیق مطلب در تحقق اجماع

اما تحقیق این است که این اجماع از حیث دلیل اولاً. تحقیقش را محل بحث هست برای  
اینکه صاحب جواهر گفت لا خلاف اجده یعنی اجماع دیگر نیست و منافی با کلام شیخ ندارد  
آن موقع اجماع بوده ممکن است بعداً اختلاف بوجود آمده باشد و ثانیاً خود امام (ره) با  
کمال ادب و احترام عرض می شود که خود اهل نظر به متطور است اصول بعد از تطور می  
گوید اجماع مدرکی اگر باشد اعتبار ندارد این اجماع مدرکی است مدارکش را دیدیم روایت  
حفص و حدیث لا. یعلی و قاعده الحاق به اشرف والدین بنابراین اجماع صغریا و کبریا  
محل اشکال ادله برای این حکم تا الان تمام نشد اما دلیل اصلی برای اثبات این حکم  
چیست شرح این معنا و امعان نظر جلسه بعد