

درُوس فقہ

کتاب کلا



جلد دہم

آیۃ اللہ العظمیٰ سید موسیٰ شبیر زنجانی مدظلہ



مکتبۃ المدینہ

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

سرشناسه: شبیری زنجانی، سیدموسی، ۱۳۰۶ -
 عنوان و نام پدیدآور: کتاب نکاح / سیدموسی شبیری زنجانی.
 مشخصات نشر: قم: دفتر حضرت آیت الله شبیری زنجانی، انتشارات مرکز فقهی امام محمد باقر(ع)، ۱۴۰۲ -
 مشخصات ظاهری: ۲۵ ج.
 فروست: دروس فقهی؛ ۱۰
 شابک: دوره: 6-01-5541-978-622؛ ج. ۱۰: 6-8-93299-978-622
 وضعیت فهرست نویسی: فیبا
 یادداشت: کتابنامه.
 موضوع: زناشویی (فقه)
 Marriage (Islamic law)
 فقه جمعری -- قرن ۱۴
 Islamic law, Ja'fari -- 20th century*
 شناسه افزوده: دفتر آیت الله العظمی شبیری زنجانی. مرکز فقهی امام محمد باقر(ع)
 رده بندی کنگره: BP۱۸۹/۱
 رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۶
 شماره کتابشناسی ملی: ۹۳۶۱۱۱۳





آیت اللہ العظمیٰ سید موسیٰ شبیری زنجانی مدظلہ



کتاب نکاح

(جلد دهم)

آیت الله العظمی سید موسی شبیری زنجانی رحمته الله علیه



ناشر: انتشارات مرکز فقهی امام محمد باقر رحمته الله علیه
نوبت چاپ: اول / ۱۴۰۲
شمارگان: ۵۰۰ نسخه

همه حقوق این اثر، برای مرکز فقهی امام محمد باقر رحمته الله علیه محفوظ است.

نشانی مرکز: قم، خیابان معلم، کوچه ۲۱، فرعی ۴، بن بست ۱، پلاک ۵۷

تلفن: ۳۷۷۴۳۸۶۹-۳۷۷۴۳۷۱۹ (۰۲۵)

کد پستی: ۳۱۷۱۵۷۹۹۳۱۸

پایگاه اینترنتی: <http://www.m-feqhi.ir>

تماس با انتشارات: ۰۹۲۰۶۱۷۸۲۰۹

پیام رسان ای‌تا: @zanjanibooks

نمایندۀ فروش (فروشگاه کتاب ما): ۳۷۸۴۲۴۴۳ (۰۲۵)



با سپاس از همکاری که در تولید این اثر نقش داشته‌اند:

مدیر مرکز: میثم جواهری | مدیر اجرایی: هادی سلیمان و مصطفی غیبی | ناظر علمی: میثم جواهری

مدیر تدوین و محقق: هادی سلیمان | مسئول فنی نشر: هاشم زیرک | صفحه‌آرا: علی رضایی نیا

بخش نهم: شرایط متعاقدان

۱۱	شرایط عاقد
۱۱	شرط اول (بلوغ) و ادله اعتبار آن
۱۳۶	شرط دوم (عقل) و بررسی حکم عقد مست
۱۶۹	شرط سوم و چهارم (رشد و عدم اکراه)
۱۸۷	معتبر نبودن ذکوریت در عاقد
۱۸۷	اعتبار بقاء صلاحیت متعاقدين تا اتمام صیغه عقد

بخش دهم: بررسی اعتبار تعیین ثبوتی و اثباتی زوجین در عقد

۲۰۳	بررسی اعتبار تعیین ثبوتی و اثباتی زوجین در عقد
۲۰۳	توضیح اجمالی عبارت عروه
۲۰۵	فرع اول: بطلان عقد در فرض تعیین کلی زوجین
۲۱۲	فرع دوم: بطلان عقد در فرض عدم اتحاد مقصود متعاقدين در فرد مورد نظر
۲۱۳	فرع سوم: بطلان عقد در فرض اتحاد اتفاقی فرد مورد نظر متعاقدين
۲۱۳	فرع چهارم: احتیاط استحبابی بطلان عقد در فرض اتحاد فرد مورد نظر در قرار قبلی
۲۱۳	اشکال بر فرع چهارم
۲۱۵	صور مختلف در فرع سوم و چهارم
۲۲۲	بررسی کفایت تمییز واقعی زوجین در فرض عدم امکان تمییز بعد از عقد
۲۲۴	اختلاف «اسم یا وصف» با «اشاره» در تعیین زوجین در صیغه عقد
۲۳۱	حکم تخلف در اوصاف ذکر شده برای زوجین

- ۲۳۳ اختلاف در اصل تعیین زوجین
- ۲۳۸ حکم به تحالف در صورت اختلاف در فرد تعیین شده در عقد

بخش یازدهم: بررسی صحت ازدواج با حمل و معامله با آن

- ۲۶۵ بررسی صحت ازدواج با حمل
- ۲۶۵ توضیح اجمالی عبارت عروه
- ۲۶۶ بررسی ادله بطلان
- ۲۷۲ نظر مختار: بطلان نکاح حمل به دلیل عدم اعتبار عقلانی آن
- ۲۷۳ بررسی معامله با حمل
- ۲۷۳ کلام مرحوم سید: بطلان بیع با حمل به دلیل انصراف ادله بیع
- ۲۷۳ اشکال نقضی آقای حکیم: صحت معامله بر ارث حمل در برخی فروض
- ۲۷۴ نقد کلام آقای حکیم با بررسی احتمالات ارث حمل
- ۲۷۶ نتیجه: امکان اثبات مالکیت حمل به دلیل اعتبار عقلانی آن

بخش دوازدهم: عدم اعتبار علم به اوصاف دخیل در مقدار مهر و رغبت طرفین

- ۲۷۹ عدم اعتبار علم به اوصاف دخیل در مقدار مهر و رغبت طرفین
- ۲۷۹ عدم امکان تعدی از حکم غرر منهی در بیع به نکاح

بخش سیزدهم: مسائل متفرقه

- ۲۸۵ مسئله اول: اشتراط خيار در عقد نکاح
- ۲۸۵ وجوه بطلان اشتراط خيار در نکاح
- ۳۱۶ بررسی بطلان عقد نکاح به سبب اشتراط خيار
- ۳۱۶ مخالفت ابن ادریس با فتوای مشهور به مبطلت شرط خيار در نکاح

- ۳۱۷ اشکال نقضی مرحوم سید بر مشهور: مفسد نبودن شرط فاسد نزد مشهور
- ۳۱۸ دفاع آقای خونی از مشهور: تنافی شرط خیار در نکاح با رکن عقد دائم (دوام عقد)
- ۳۱۸ اشکال بر کلام آقای خونی
- ۳۲۱ نظر مختار: بطلان نکاح در فرض شرط خیار به دلیل وحدت مطلوب در شروط مهم
- ۳۲۳ **اشتراط خیار در مهر در عقد نکاح**
- ۳۲۳ بررسی عبارت شرائع (یصح اشتراط الخيار فی الصداق خاصة ولا یفسد به العقد)
- ۳۲۴ بررسی مسئله در عقد دائم
- ۳۲۶ بررسی مسئله در عقد منقطع
- ۳۲۹ **لزوم تعیین مَدَّت اشتراط خیار در مهر**
- ۳۲۹ کلام آقای خونی: عدم لزوم تعیین مَدَّت خیار در مهر به دلیل یکسانی نکاح با سایر عقود
- ۳۲۹ اشکال: اجماع بر لزوم انضباط مدت خیار در سایر عقود
- ۳۳۳ **مسئله دوم: ادعای زوجیت از جانب مرد یا زن نسبت به یکدیگر**
- ۳۳۴ تاریخچه بحث
- ۳۳۴ صورت اول: تصدیق زوجیت ادعایی طرف مقابل
- ۳۴۰ صورت دوم: انکار ادعای زوجیت از جانب طرف مقابل
- ۳۴۹ صورت سوم: رجوع مدعی یا منکر از ادعا و انکار قبل از اقامه بینه
- ۳۵۰ صورت چهارم: رجوع مدعی بعد از اقامه بینه
- ۳۵۱ **مسئله سوم: ادعای زوجیت با زوجه دیگری بدون اقامه بینه**
- ۳۵۴ جهت اول: مقتضای قواعد
- ۳۶۷ جهت دوم: مقتضای روایات
- ۳۷۸ وجوه عبارت «لم تسمع دعواه إلا بالبینه»
- ۳۸۲ کافی نبودن نکول زوجه در اثبات دعوی مدعی
- ۳۸۴ عدم استحقاق نفقه و مهریه در فرض ردِّ یمین و استحقاق مهریه از مدعی با قسم مدعی
- ۳۸۶ اقرار زن به زوجیت با مدعی
- ۳۸۷ **مسئله چهارم: حکم ازدواج با زن با وجود مدعی زوجیت او**
- ۳۸۸ الف. حکم مسئله قبل از اتمام دعوا

۳۹۰. ب. حکم مسئله بعد از اتمام دعوا
۳۹۱. جریان حکم مسئله نسبت به دعاوی غیر از زوجیت
۳۹۱. کلام آقای خونی: جاری نشدن حکم مسئله در سایر دعاوی
۳۹۲. اشکال: مسموع بودن ادعای زوجیت زن شوهردار به دلیل مٹمر بودن
۳۹۴. مسئله پنجم: ادعای زوجیت و انکار زن در فرض ادعای زوجیت توسط خواهر زن
۳۹۵. صور سه گانه مسئله
۳۹۵. مقتضای قواعد در صور مسئله
۴۲۳. مقتضای ادله خاصه (روایات زهری و ثقیفی) در مسئله
۴۴۹. مسئله ششم: خریداری کنیز توسط عبد پس از ازدواج او با کنیز
۴۵۰. مسئله هفتم: جواز ازدواج با مدعی خلیه بودن
۴۵۰. دو نکته در عبارت عروه
۴۵۳. بررسی ادله جواز ازدواج و عدم لزوم فحص
۴۸۸. مسئله هشتم: ادعای شوهر داشتن پس از ازدواج
۴۸۸. نظر مرحوم سید: عدم قبول ادعای خلیه نبودن بعد از ادعای خلیه بودن
۴۸۹. اشکال: لزوم قبول ادعای خلیه نبودن به قرینه روایات لزوم تصدیق زن
۴۸۹. پاسخ: اختصاص روایات مصدق بودن زن به قبل ازدواج
۴۸۹. مناقشه در پاسخ
۴۹۴. مسئله نهم: حکم نزدیکی به مجرد خبر «ثقه» یا «وکیل عقد» از تحقق عقد
۴۹۴. مطلب اول: بررسی حجیت خبر ثقه در موضوعات
۵۰۴. مطلب دوم: بررسی ادله حجیت قول وکیل
۵۱۵. فهرست تفصیلی

شرایط متعاقدان

بخش نهم

شرایط عاقد

مرحوم سید در مسائل ذیل شرایط عاقد و فروع مربوط به آن را بررسی کرده است.

شرط اَوَّل (بلوغ) و ادله اعتبار آن

مسألة ۱۳: «یشترط فی العاقد المجری للصیغة الکمال بالبلوغ و العقل سواء کان عاقدا لنفسه أو لغيره وكالة أو ولاية أو فضولا فلا اعتبار بعقد الصبی ولا المجنون و لو کان أدواریا حال جنونه وإن أجاز ولیه أو أجاز هو بعد بلوغه أو إفاقة علی المشهور بل لا خلاف فیہ لكنه فی الصبی الوکیل عن الغير محل تأمل لعدم الدلیل علی سلب عبارته إذا کان عارفا بالعربية و علم قصده حقيقة و حدیث رفع القلم منصرف عن مثل هذا و کذا إذا کان لنفسه بإذن الولی أو إجازته هو بعد البلوغ و کذا لا اعتبار بعقد السكران فلا یصح و لو مع الإجازة بعد الإفاقة و أما عقد السكری إذا أجازت بعد الإفاقة ففيه قولان فالمشهور أنه کذلک و ذهب جماعة إلى الصحة مستندین إلى صحیحة ابن بزيع و لا بأس بالعمل بها وإن کان الأحوط خلافه لإمكان حملها علی ما إذا لم یکن سکرها بحیث لا التفت لها إلى ما تقول مع أن المشهور لم یعملوا بها و حملوها علی محامل فلا یترک الاحتیاط»^{۱، ۲}

از آنجاکه مشهور قائل به اشتراط بلوغ در عاقد هستند، ابتدا ادله بطلان عقد صبی بررسی می شود و در ادامه، ادله صحت مطرح و بررسی می شود.

۱. این تعبیر، به کل عبارت سابق برمی گردد نه به خصوص مجنون یا مجنون ادواری.

۲. «لا یترک الاحتیاط» تأکید احتیاط استحبابی است.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۳، م ۱۳.

دلیل اول: آیه «وَابْتَئُوا الْيَتَامَىٰ...»

دلیل اول بر بطلان عقد صبی، آیه شریفه سوره نساء (آیه ابتلاء) است:

﴿وَابْتَئُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا﴾^۱

کلام آقای خمینی و بررسی آن

مرحوم آقای خمینی درباره این آیه شریفه کلامی دارد که در ذیل بررسی می‌شود.

مطلب اول: احتمالات ثبوتی اعتبار بلوغ و رشد در دفع اموال

ایشان فرموده است: دلیل اصلی بر اشتراط بلوغ، آیه ابتلاء است. در این آیه دو عنوان «بلوغ» و «رشد» باید بررسی شود. با قطع نظر از معنای آیه درباره این دو عنوان چهار احتمال مطرح است:

- احتمال اول: ملاک تام در صحت معاملات صبی، رشد است و بلوغ نقشی ندارد.
- احتمال دوم: ملاک تام در صحت معاملات صبی، بلوغ است و رشد نقشی ندارد.
- احتمال سوم: مجموع بلوغ و رشد ملاک است، بنابراین اموال به شخص بالغ غیر رشید و به شخص رشید غیر بالغ داده نمی‌شود.
- احتمال چهارم: هر یک از دو عنوان بلوغ و رشد کفایت می‌کند، پس اموال به بالغ داده می‌شود، هرچند غیر رشید باشد و به رشید هم داده می‌شود هرچند بالغ نباشد.^۲

مطلب دوم: بررسی احتمالات اثباتی آیه

ایشان درباره احتمالات اثباتی معنای آیه نیز چهار احتمال را مطرح کرده که با

۱. النساء، ۱۷۶.

۲. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۹.

توضیحی بیشتر در ذیل بررسی شده است:

احتمال اول: عاطفه بودن «حتی» و اختصاص جواز رد اموال صبی به فرض رشد
احتمال اول این است که کلمه «حتی» در آیه شریفه، شبیه «أكلت السمكة حتی رأسها» و برای تصریح به دخول «ما بعد» در حکم «ما قبل» باشد. طبق این احتمال معنای آیه این است که وجوب ابتلاء و امتحان مختص قبل از بلوغ نیست و پس از بلوغ هم ادامه دارد. به عبارت دیگر، هر وقت یتامی از امتحان سربلند بیرون آمدند و «أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا» اموال آنها را به ایشان رد کنید.
نتیجه این احتمال آن است که تنها ملاک برای رد اموال یتامی «رشد» است و بلوغ نقشی ندارد که همان احتمال اول ثبوتی است.^۱

بررسی احتمال اول

درباره این احتمال اشکالی ممکن است مطرح شود که در ذیل بیان و بررسی خواهد شد.

اشکال مقدّر: مانعیت «عدم یتیم بعد از بلوغ» از دخول غایت در مغیبت
اشکال این است که شاید گفته شود که در مثال «أكلت السمكة حتی رأسها»، رأس، قسمتی از سمکه است؛ زیرا سمکه از رأس و غیر رأس تشکیل می شود؛ بنابراین می توان حتی عاطفه را به کار برد، ولی در آیه ابتلاء، بلوغ پایان یتیم است؛ زیرا در روایات وارد شده که «ولا یتیم بعد احتلام»^۲ بنابراین نمی توان «حتی» عاطفه را به کار برد تا تصریح به دخول «ما بعد»، در حکم «ما قبل» باشد.

پاسخ آقای خمینی: شایع بودن اطلاق یتیم در اوایل بلوغ

اما مرحوم آقای خمینی پاسخ داده که به شخصی که در اوایل بلوغ است، به صورت مجاز شایع «یتیم» اطلاق می گردد، و این طور نیست که به محض اینکه دختر به ۹ سال و پسر به ۱۵ سال رسید، دیگر به او «یتیم» نگویند. بنابراین به کار بردن «حتی» عاطفه اشکالی ندارد.^۳

۱. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۹-۱۰.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۴۳، ح ۵؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۳۸۴، ح ۱.

۳. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۱۰.

اشکال: اراده تمام ازمنه بلوغ از مدخول «حتی» نه اوایل بلوغ

اما این جواب، تمام نیست؛ زیرا مدخول «حتی» در آیه شریفه، «اوایل بلوغ» نیست تا گفته شود اطلاق «یتیم» بر اوایل بلوغ نیز مجازاً بسیار شایع است؛ بلکه مدخول «حتی» تمام ازمنه بلوغ است. به عبارت دیگر، وجوب اختبار حکمی است که روی بالغین هم رفته است، مانند تمامی احکامی که روی بالغین رفته است، همان گونه که وقتی در کفایه گفته می شود «البالغ الذی وضع علیه القلم کذا...»^۱ تنها اوایل بلوغ مراد نیست، بلکه تمام دوران بلوغ را (از ابتدا تا انتهای حیات) شامل می شود. در همان مثال «أکلت السمكة حتی رأسها» نیز اگر مدخول «حتی» در حکم ماقبل آن داخل باشد، مراد این نیست که فقط ابتدای رأس ماهی را نیز خورده است، بلکه یعنی تمام رأس ماهی را نیز خورده است؛ بنابراین، اشکال با این بیان دفع نمی شود.

پاسخ مختار: احتمال اعتبار یتیم در حدوث حکم به ابتلاء نه بقاء

جواب صحیح از اشکال فوق مطلبی است که مرحوم آخوند در بحث مشتق کفایه فرموده است، که عبارت است از اینکه عناوینی که در موضوعات احکام اخذ می شوند، اگر صرفاً عنوان مشیر نباشند و موضوعیت داشته باشند، حکم گاهی حدوثاً و بقاء، تابع صدق آن عنوان است و گاهی تنها حدوثاً چنین است.^۲

مثلاً در عبارت «پیغمبر اکرم معصوم بود حتی بعد از پیغمبری»، ذات حضرت اراده شده است. اینکه حکم روی ذات برود و حکم دایر مدار وصف عنوانی نباشد، یک معنای خیلی شایعی است؛ لذا در منطق که مشروطه عامه را ذکر می کنند می گویند «کل کاتب متحرک الأصابع بالضرورة مادام کاتباً»، قید «مادام کاتباً» را اگر نیاورند، معنایش می شود «ولو بعد زوال الکتابه» و حکم روی ذات کاتب می رود.

نسبت به آیه ابتلاء نیز گفته می شود که اخذ عنوان «یتیم» در آیه شریفه از قبیل قسم دوم است؛ یعنی صدق عنوان تنها در حدوث حکم نقش دارد؛ لذا اشکالی ندارد که حکم ابتلاء حتی در زمان بلوغ نیز وجود داشته باشد؛ زیرا همین که در آغاز، عنوان «یتیم» صادق باشد برای وجوب ابتلاء کافی است، هر چند در ادامه

۱. کفایة الأصول (چاپ آل البیت)، ص ۲۵۷.

۲. کفایة الأصول (چاپ آل البیت)، ص ۴۹.

این عنوان صادق نباشد.

به عبارت دیگر، گرچه وجوب ابتلاء روی عنوان «یتامی» رفته است، اما اگر این حکم نسبت به بعد از بلوغ نیز ادامه داشته باشد، لازمه آن این نیست که بعد از بلوغ نیز این عنوان صادق باشد، بلکه صدق عنوان «یتیم» صرفاً برای حدوث وجوب ابتلاء لازم است.

لذا از آنجا که در مقام، این مطلب، محتمل است، اشکال به احتمال اول، وارد نخواهد بود. البته اگر طبق تناسبات حکم و موضوع دلیل روشنی بر نفی این احتمال داشته باشیم باید این احتمال را نفی کنیم.

احتمال دوم: غایت بودن «حتی» و کفایت تحقق یکی از دو امر بلوغ و رشد احتمال دوم در آیه این است که «حتی» به معنای غایت بوده و مدخول آن نیز از حکم مغتبی خارج باشد. بر اساس این احتمال، آیه در مقام تحدید لزوم امتحان به قبل بلوغ است و معنای آیه به این صورت می شود که «باید یتامی را تا زمان بلوغ امتحان کنید. اگر در این مدت رشد آنها معلوم شد اموالشان را به آنها بدهید؛ اما بعد از بلوغ، امتحان لازم نیست و باید بدون امتحان، اموالشان را به آنها برگردانید.»^۱

لذا مثلاً آیه ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ﴾^۲ معنایش این نیست که نمازت را از اول دلوک شمس مستمراً تا شب بخوان، بلکه معنایش این است که در بین الحدین جعل نماز شده است؛ یعنی اگر نماز را در این محدوده خواندی وظیفه دیگری نداری.

بررسی احتمال دوم

برای بررسی این احتمال، ابتدا علل احتمالی عدم لزوم اختبار در بعد از بلوغ بیان می شود.

علل احتمالی عدم لزوم اختبار بعد از بلوغ

عدم لزوم امتحان بعد از بلوغ می تواند مستند به یکی از دو علت زیر باشد:

۱. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۱۰.

۲. الإسراء، ۷۸.

علّت اول: اماره اثباتی بودن بلوغ برای موضوع ثبوتی رشد

علّت احتمالی اول این است که تمام الموضوع برای وجوب ردّ مال، رشد است، اما از آنجا که بالغین نوعاً رشید هم هستند، بلوغ اماره بر رشد قرار داده شده است؛ به عبارت دیگر، موضوع ثبوتی برای حکم وجوب دفع مال یتیم، رشد است ولی راه اثبات آن بلوغ است. طبق این احتمال، اگر قبل از بلوغ، رشد ثابت شود، دفع مال واجب می‌شود. بعد از بلوغ نیز به صورت متعارف رشد ثابت می‌شود، ولی اگر عدم رشد ثابت شود، اموال به او داده نمی‌شود. در صورت شک در رشد نیز اموال به او داده می‌شود، چون اماره آن یعنی بلوغ، محقق شده است.

علّت دوم: رشد و بلوغ هر یک موضوع ثبوتی مستقل

علّت احتمالی دوم این است که رشد و بلوغ دو موضوع مستقل برای لزوم دفع مال یتیم هستند، به گونه‌ای که هر یک محقق شود کافی است. بر اساس این احتمال اگر قبل از بلوغ، رشد احراز گردید، دفع مال یتامی واجب است، همان‌گونه که اگر بلوغ محقق شد، حتی اگر احراز شود که رشید نیست، باز هم دفع مال یتامی واجب است.

عدم اثبات احتمال چهارم با نفی اماریت بلوغ برای رشد

مرحوم آقای خمینی علّت اول را نادرست می‌داند؛ چون اماره در جایی مطرح است که غلبه قابل توجهی وجود داشته باشد، در حالی که در آغاز بلوغ، چنین نیست که غالباً رشد هم محقق گردد (به خصوص در مورد دختران که در سنّ نه سالگی بالغ می‌شوند). بنابراین اگر «حتی» را برای غایت بدانیم، باید علّت دوم را بپذیریم، پس بلوغ و رشد هر یک علّت مستقلّ برای لزوم دفع اموال هستند که همان احتمال چهارم ثبوتی است.^۱

ولی این استنتاج قابل مناقشه است؛ زیرا نتیجه نفی اماریت بلوغ نسبت به رشد این نیست که علاوه بر رشد، بلوغ نیز موضوعی مستقلّ برای وجوب ردّ مال یتیم باشد؛ بلکه ممکن است بلوغ اماره رشد نباشد و در عین حال تنها موضوع وجوب ردّ مال یتیم «رشد» باشد.

۱. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۱۰-۱۱.

توضیح مطلب: اصل اولی این است که اموال مردم در اختیار خود آنها قرار داشته باشد و کسی نتواند اموال آنها را ضبط و در اختیار خود نگه دارد. یکی از مواردی که از این قاعده استثنا شده موردی است که اماره شرعی یا اصل عملی شرعی بر عدم رشد وجود داشته باشد؛ در این صورت شخص، محجور به حساب آمده و اموالش در اختیار ولی شرعی او قرار می‌گیرد.

با توجه به این مطلب، ممکن است گفته شود از آنجا که اکثریت افراد زیر سن بلوغ، رشید نیستند، شارع مقدس کودکی را اماره عدم رشد قرار داده است، یا اگر عدم بلوغ، امارت بر عدم رشد هم نداشته باشد، شارع اصل عملی در زمان کودکی را محجوریت آنها قرار داده و لذا دستور داده است که اموال کودکان در اختیار ولی شرعی آنها قرار گیرد، اما در عین حال، برای رعایت احتیاط امر کرده که اطفال غیر بالغ مورد امتحان قرار گیرند تا اگر کودکی قبل از زمان بلوغ به حد رشد رسید، در اولین زمان ممکن اموالش به او تحویل داده شود.

این در حالی است که نسبت به افراد بالغ چون در مورد آنها اماره عدم رشد یا اصل عملی محجوریت وجود ندارد، طبق اصل و قاعده اولیه باید اموالشان در اختیار خودشان قرار داده شود و دلیلی بر ضبط اموال آنها وجود ندارد. تنها مانع این اصل، وجود «اماره عدم رشد» یا «اصل عملی محجوریت» است، و از آنجا که نسبت به افراد بالغ این مانع وجود ندارد، باید اموالشان، مطابق اصل به خودشان برگردانده شود. بنابراین، بلوغ نه اماره رشد است و نه عنوان مستقل برای وجوب دفع مال است، و تنها معیار برای وجوب دفع، احراز رشد است. نسبت به غیر بالغ، اماره یا اصل وجود دارد و لذا به اصل اولی عمل نمی‌شود، اما نسبت به بالغ چون اماره و اصلی وجود ندارد، به اقتضای اصل اولی عمل می‌شود مگر اینکه خلافش یعنی عدم رشد ثابت شود، همچنان که خود مرحوم آقای خمینی^۱ ملتزم شده است که اگر شخصی در زمان قبل از بلوغ، رشید باشد ولی پس از بلوغ سفیه شود، قول اصح این است که قبل از اینکه حاکم او را از معامله منع نماید، معاملات او صحیح است.^۲

۱. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۹.

۲. بنابراین تا احراز عدم رشد از سوی حاکم شرع نشده، معاملات وی صحیح است.

البته اینکه گفته شد اصل اولی در مورد بالغ آن است که اموالش در اختیار خودش باشد، به این معنا نیست که حتی در فرض احراز عدم رشد نیز باید اموالش به او برگردانده شود.

با این تقریب می‌توان گفت ملاک ثبوتی در دفع مال، رشد است و «حتی» نیز به معنای غایت است.

احتمال سوم: غایت بودن «حتی» و لزوم تحقق بلوغ و رشد

احتمال سوم این است که «حتی» -مانند احتمال دوم- برای غایت است ولی با این تفاوت که بر اساس احتمال قبلی هر زمان که ایناس رشد محقق می‌شد، دفع اموال واجب نبود، اعم از اینکه قبل از بلوغ باشد یا بعد از بلوغ، اما بر اساس این احتمال، اگر قبل از بلوغ، رشد احراز گردد، دفع واجب نیست و «دفع مال» وقتی واجب است که بلوغ و رشد هر دو محرز گردند. البته تحقیق در مورد رشد باید قبل از بلوغ و به صورت مستمر باشد.

این احتمال اثباتی موافق احتمال سوم ثبوتی است. این احتمال، مختار مرحوم آقای خمینی است.^۱

علت احتمالی لزوم اختبار قبل بلوغ

سؤالی که مطرح می‌شود این است که اگر موضوع وجوب دفع، اجتماع رشد و بلوغ است، به چه دلیل وجوب تحقیق و اختبار قبل از زمان بلوغ واجب گردیده است؟

علت اول: احتیاج تشخیص رشد به زمان طولانی

علت اول این است که چون تشخیص رشد و احراز آن، به امتحان در مدت زمانی طولانی نیاز دارد، باید از کودکی امتحان شروع شود.

علت دوم: لزوم ردّ فوری اموال به دلیل لزوم احتیاط در اموال

علت احتمالی دوم این است که احتیاط حکم می‌کند که اموال یتامی در اولین زمان استقلال به آنها بازگردانده شود؛ لذا باید به صورت مستمر از جهت رشد مورد آزمایش قرار گیرند تا اگر قبل از بلوغ یا در زمان بلوغ رشدشان محرز شد، با تحقق

بلوغ بدون تأخیر به او بازگردانده شود.^۱

احتمال چهارم: ابتدائیه بودن «حتی» و شرطیه بودن «إذا»

احتمال چهارم در آیه شریفه که مختار صاحب جواهر^۲ و بسیاری دیگر^۳ و گویا سید بحرالعلوم است^۴، این است که «حتی» برای بیان غایت نیست، بلکه حرف ابتدا و برای بیان تعلیل است و «إذا» شرطیه است؛ خود جزاء «فَإِنْ أَنْتُمْ ... فَادْفَعُوا ...» هم جمله شرطیه است. دلیلی که برای این وجه گفته شده این است که غالباً «إذا» اگر بعد از حتی به کار رود شرطیه است و خلاف آن نادر است و قرآن را نمی‌توان بر معنای نادر حمل کرد. بنابراین مفاد آیه این می‌شود که علت لزوم ابتلاء یتامی آن است که اگر آنان به حد بلوغ رسیدند (که یکی از شرایط لزوم دفع اموال است) با فرض احراز شرط دیگر (که عبارت از رشد است) اموال آنها را به ایشان بازگردانید.^۵ طبق هر دو احتمال سوم و چهارم، شرط رفع حجر، مجموع رشد و بلوغ است.

بررسی احتمال سوم

ابتدا احتمال سوم بررسی می‌شود.

۱. البته ممکن است گفته شود که علت اول، تام نیست؛ زیرا زمان طولانی مورد نیاز می‌تواند بعد از بلوغ آغاز شود؛ لذا علت اول اثبات نمی‌کند که حتماً اختبار باید قبل از بلوغ باشد.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۸-۱۹.

۳. بسیاری بلوغ و رشد - هر دو - را معتبر دانسته‌اند، به این معنا که اگر بعد از بلوغ هم رشد حاصل نشد، اختبار ادامه دارد تا رشد احراز شود و اختبار قبل از بلوغ تا زمانی لازم است که رشد احراز نشده باشد، بر خلاف احتمال سوم که در چنین فرضی این اختبار تا زمان بلوغ هم باید استمرار یابد. لازمه این نظر، ابتدائیه بودن «حتی» است گرچه در کلام این عده به آن تصریح نشده است. البته برخی نیز به این مطلب تصریح کرده‌اند: کنز العرفان، ج ۲، ص ۱۰۱: «و "حَتَّى" حرف ابتداء لآن بعده جمله شرطیه»؛ تفسیر الکشاف، ج ۱، ص ۴۷۴: «ما بعد (حَتَّى) إلى (فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) جعل غاية للابتلاء، و هي «حتی» التي تقع بعدها الجملة ... والجملة الواقعة بعدها جملة شرطية لأن إذا متضمنة معنى الشرط»؛ البحر المحيط في التفسير، ج ۳، ص ۵۱۹: «و حتی هنا غاية للابتلاء، و دخلت على الشرط و هو: إذا، و جوابه: فإن أنستم، و جوابه و جواب إن أنستم: فادفعوا. و ایناس الرشد مترتب على بلوغ النكاح، فيلزم أن يكون بعده. و حتی إذا دخلت على الشرط لا تكون عاملة، بل هي التي تقع بعدها الجملة».

۴. جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۹.

۵. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۱۲.

اشکال صاحب جواهر: بیشتر بودن محجوریت بالغ از صبی رشید طبق احتمال سوم مرحوم صاحب جواهر، بعد از پذیرش احتمال چهارم، بر احتمال سوم اشکال کرده و فرموده است: لازمه غایت بودن «حتی»، عدم وجوب امتحان بعد از بلوغ است. به تعبیر دیگر، وجوب ابتلاء تا زمان بلوغ است و در صورتی که رشد یتامی قبل از بلوغ ثابت نشود، بعد از بلوغ، دیگر امتحان واجب نیست؛ از طرفی چون شرط رد مال احراز رشد است، باید منتظر ماند تا هر وقت تصادفاً احراز رشد شد مال به آنها رد شود. بنابراین محجوریت بالغ از صبی بیشتر است؛ زیرا اگر احراز رشد صبی شود رفع حجر می شود، اما نسبت به بالغ هر چند رشید باشد، به دلیل عدم ایناس رشد رفع حجر نمی شود.^۱

جواب های آقای خمینی به صاحب جواهر و بررسی آن
 مرحوم آقای خمینی از این اشکال یک جواب نقضی و یک جواب حلی داده که در ذیل بررسی می شود:

جواب نقضی: عدم لزوم ابتلاء بعد از بلوغ طبق احتمال چهارم
 جواب نقضی این است که طبق احتمال چهارم نیز که مختار صاحب جواهر بود، این اشکال وارد است و پس از بلوغ باید ابتلاء واجب نباشد^۲؛ زیرا جمله «فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشِدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»^۳ مرتبط به لزوم ابتلائی است که در صدر آیه آمده است و صدر آیه، اختصار را برای ایناس رشد «یتامی» واجب می داند و بعد از بلوغ دیگر این شخص یتیم نیست. بنابراین معنای آیه این می شود: «یتامی را مورد آزمایش قرار دهید؛ پس اگر به حد بلوغ رسیدند و امتحان قبل از بلوغ آنها موجب ایناس رشد بعد از بلوغ شد، اموالشان را به آنها بدهید». پس آیه نسبت به ابتلاء بعد از زمان بلوغ ساکت است.^۴

بلکه حتی اگر جمله «حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ...» جمله غیر مربوط به ما

۱. جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۸.

۲. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۱۴.

۳. النساء، ۶.

۴. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۱۵.

قبل باشد (که به ابتلای یتامی اختصاص داشت) باز هم آیه بر وجوب امتحان پس از بلوغ دلالت نمی‌کند؛ زیرا بنا بر اینکه جمله فوق منقطع از صدر یعنی «وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَى...» باشد، معنای آیه این می‌شود که اگر یتامی به حد بلوغ رسیدند و مثلاً تصادفاً یتیم نشدند، باید اموالشان را رد کنید، اما لازم نیست تحقیق کنید که به حد رشد رسیده‌اند یا نه.^۱

رد جواب نقضی

اما با دو مقدمه می‌توان این اشکال نقضی را پاسخ داد.

مقدمه اول: احتمال معنای حدوثی در «یتامی»

مقدمه اول این است که گفته شود: کلمه «یتامی» در این آیه به معنای یتیم بالفعل نیست، بلکه به قرینه «حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ» مراد، یتیم حدوثی است و شامل کسی که وصف یتیم از وی زائل گردیده است نیز می‌شود؛ زیرا اگر مراد، ذات یتیم نباشد، فرض بلوغ یتیم بما هو یتیم ممکن نیست و تناقض است.

علاوه بر اینکه به خودی خود، این احتمال وجود دارد که مراد از یتیم، معنای اعم باشد؛ زیرا در نگاه بدوی در مفاد «یتامی» دو احتمال وجود دارد، و تناسب حکم و موضوع^۲، اقتضاء می‌کند که مراد از یتیم، کسی باشد که حدوثاً یتیم بوده، هرچند بقاء یتیم بودن از وی زایل شده باشد.

مقدمه دوم: مغتیا نبودن اعتبار به دلیل ابتدائیه بودن «حتی»

مقدمه دوم این است که اگر این احتمال صحیح باشد، بر مبنای صاحب جواهر که «حتی» را ابتدائیه می‌داند، استمرار لزوم اعتبار بعد از بلوغ توجیه‌پذیر است؛ زیرا برای اعتبار غایتی بیان نشده و تنها مانع، استفاده از کلمه «یتامی» در آیه بود که مرحوم آقای خمینی می‌فرمود بعد از بلوغ صادق نیست، در صورتی که «یتامی» را به معنای یتیم حدوثی بدانیم این مانع هم زائل می‌شود؛ چون معنای آیه به این صورت می‌شود: «کسی که فعلاً یتیم است مورد آزمایش قرار گیرد، حتی بعد از

۱. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۱۵-۱۶.

۲. از نگاه عرفی نکته عدم دفع مال، حفظ مال وی است که بلوغ به تنهایی برای این مهم کفایت نمی‌کند.

بلوغ» لذا بعد از بلوغ هم استمرار اختبار لازم است.

نتیجه: لزوم اختبار بعد از بلوغ طبق نظر صاحب جواهر

نتیجه مقدمات فوق این است که بعد از بلوغ نیز یتیم مذکور که رشید بودنش ثابت نشده باید اختبار شود؛ لذا جواب نقضی آقای خمینی به صاحب جواهر ناتمام است.

جواب حلی: لزوم اختبار بعد از بلوغ به قرینه مناسبات حکم و موضوع

مرحوم آقای خمینی در جواب حلی به صاحب جواهر فرموده است: نکته‌ای در آیه وجود دارد که بر اساس آن، هم طبق احتمال سوم - که مختار ما است - و هم طبق احتمال چهارم - که مختار صاحب جواهر است - لزوم ابتلاء و امتحان برای بعد از بلوغ هم ثابت می‌شود و اشکال را از هر دو احتمال دفع می‌کند. آن نکته این است که تناسب حکم و موضوع اقتضا می‌کند علت دستور شارع مقدس به امتحان «یتامی» قبل از بلوغ، رعایت احتیاط باشد؛ یعنی شارع مقدس به این دلیل به امتحان قبل از بلوغ دستور داده است که رد مال یتامی لحظه‌ای به تأخیر نیفتد و اموال کسانی که محجور نیستند در تصرف شخص دیگر نباشد. این علت، هم قبل از بلوغ وجود دارد و هم بعد از بلوغ، و در این مسئله تفاوتی ندارد که کلمه «حتی» غائیه یا ابتدائیه باشد؛ زیرا اگر برای غایت هم باشد، با لحاظ این تناسب حکم و موضوع، مفهوم ندارد و به این معنا نیست که بعد از بلوغ امتحان لازم نیست.^۱

اشکال: رفع نشدن لغویت غایت به مجرد مناسبت حکم و موضوع

اشکال دوم این است که خواه کسی قائل به ثبوت مفهوم اصطلاحی برای «غایت» باشد - یعنی به نحو سالبه کلیه حکم مغتیا را پس از غایت منتفی بداند - خواه قائل نباشد، به هر حال برای رفع محذور لغویت، باید در تمام قیود از جمله غایت به ثبوت مفهوم به نحو سالبه جزئیة قائل باشد؛ بنابراین در اینجا نمی‌توان به طور مطلق - چه قبل و چه بعد از بلوغ - به لزوم تحقیق حکم کرد.

مجزء تناسب حکم و موضوع و عام بودن مناط حکم برای پاسخ به این اشکال

و رفع محذور لغویت کافی نیست. مرحوم آقای خمینی بر اساس مبنای خودشان که غائی دانستن «حتی» در آیه شریفه است، برای لغویت مفهوم فی الجمله غایت وجهی بیان نکرده و صرفاً بر اساس تناسب حکم و موضوع فرموده است باید بعد از بلوغ نیز اختبار ادامه یابد. به عبارت دیگر، مرحوم آقای خمینی به این پرسش پاسخ نداده که حتی اگر تناسب حکم و موضوع و مناط اقتضا کند که بعد از بلوغ نیز اختبار لازم باشد، به چه دلیل در آیه از «حتی» غائیه استفاده شده است که فی الجمله باید قبل و بعدش با هم فرق داشته باشد؟

پاسخ اشکال

به نظر می‌رسد می‌توان محذور لغویت را به نحوی توجیه کرد به نحوی که هم «حتی» غائیه باشد و هم ذکر غایت لغو نباشد.

به عنوان مقدمه ابتدا به یک بحث اصولی در باب مفاهیم اشاره می‌شود:

مطلب اول: محور بحث بودن مفهوم بالجمله در اصول، نه مفهوم فی الجمله در اصول از ادواتی چون شرط، وصف و غایت بحث می‌شود که برای تعلیق و تخصیص و تقیید حکم کاربرد دارند. نسبت به این ادوات، بحث معروفی وجود دارد که آیا این جملات مفهوم دارند یا خیر؟ آنچه محور بحث است وجود «مفهوم بالجمله» و به نحو قضیه سالبه کلیه است. مثلاً وقتی گفته می‌شود: «اذا جاء زید وجب اکرامه»، آیا مفهوم آن این است که «اذا لم یجیء زید لم یجب اکرامه اصلاً»، یعنی حتی تحت عناوین دیگری چون خدمت کردن و ... نیز اکرام واجب نیست، یا چنین مفهومی ندارد؟ به نظر ما در جملات شرطیه بین جایی که شرط متقدم باشد با جایی که شرط متأخر از جزاء باشد تفاوت وجود دارد؛ در صورت دوم مفهوم وجود دارد و در صورت اول وجود ندارد و مثالی که صاحب معالم در بحث مفهوم شرط مطرح کرده که در آن وجداناً مفهوم ثابت است از قسم دوم است.^۱

در جملات غایی نیز محور بحث همین سلب کلی و مفهوم بالجمله داشتن است، مثلاً وقتی گفته می‌شود: «اکرم زیداً حتی یطلع یوم الجمعة»، بحث این

۱. معالم الدین (قسم الأصول)، ص ۷۷-۷۸.

است که آیا پس از تحقق غایت، حکم به طور کلی ساقط می‌گردد یا خیر؟ طرفداران مفهوم، به نحو سالبه کلیه نفی حکم می‌کنند. در مقابل، مخالفان مفهوم نیز این نوع مفهوم را منکرانند. اما نوعاً هم قائلین به مفهوم و هم منکرین مفهوم در اینکه چنین جملاتی مفهوم فی الجملة و به نحو قضیه سالبه جزئیه دارند متفق‌اند؛ زیرا اگر مفهوم فی الجملة وجود نداشته باشد، ذکر این قیود لغو می‌شود. به عنوان مثال، در مثال اول اگر بین آمدن و نیامدن زید هیچ‌گونه تفاوتی نباشد، ذکر قید «اذا جاء زید» لغو است؛ ولی اگر در صورت نیامدن زید به طور کلی حکم از بین نرود بلکه تفصیلی در کار باشد مثلاً در صورت خدمت کردن زید یا بیمار شدن وی یا امور دیگر، اکرام وی نیز لازم باشد، «اذا» شرطیه لغو نخواهد شد، هرچند مفهوم را به معنای مصطلح به شکل سالبه کلیه نپذیریم.

در مثال دوم نیز، ممکن است ما مفهوم اصطلاحی را منکر باشیم ولی برای فرار از لغویت، مفهومی به نحو سالبه جزئیه قائل شده و بگوییم، پس از طلوع روز جمعه، فی الجملة اکرام لازم نیست.

مرحوم آقای بروجردی^۱ و مرحوم آقای خوئی^۲ و پیش از این بزرگان، سید مرتضی^۳ به این‌گونه مفهوم قائل بوده که صحیح به نظر می‌رسد.

مطلب دوم: نبود مفهوم فی الجملة در ذکر موارد خفی

با این حال، در مواردی حتی مفهوم فی الجملة هم ثابت نیست و آن جایی است که مورد مذکور فرد خفی حکم باشد، مثلاً اگر گفته شود: «اذا كان الهاشمي فاسقاً يحرم توهينه»، این مثال در مقام بیان این مطلب است که فسق هاشمی سبب نمی‌گردد که حرمت توهین وی از بین برود. در این جا ممکن است حرمت توهین در صورت عدالت وی هم ثابت باشد، و ثبوت حرمت برای مطلق هاشمی، ضرری به جمله شرطیه فوق نمی‌زند و ذکر «اذا» شرطیه را لغو نمی‌سازد. بنابراین جمله

۱. الحاشية على كفاية الأصول (بروجردی)، ج ۱، ص ۴۶۳؛ نهاية الأصول، ص ۲۹۶.

۲. محاضرات في أصول الفقه، ج ۴، ص ۲۷۸.

۳. الحاشية على كفاية الأصول (بروجردی)، ج ۱، ص ۴۴۱؛ رك: الذريعة إلى أصول الشريعة، ج ۱، ص ۳۹۲-۴۰۹.

مذکور هیچ‌گونه مفهوم مخالفی ندارد، اما اینکه آیا مفهوم موافق دارد یا خیر، بحث دیگری است.^۱

فرد خفی بودن هم با توجه به قرائنی همچون تناسب حکم و موضوع معلوم می‌گردد. جملات غایی گاه هیچ‌گونه مفهوم مخالفی ندارند، مثلاً اگر اکرام زید پس از طلوع روز جمعه برای مخاطب معلوم و ثبوت حکم قبل از آن مشکوک باشد، جمله «اکرم زیداً حتی طلوع یوم الجمعة»، هیچ نوع مفهومی نخواهد داشت، اما ذکر «حتی» لغو نیست.

مطلب سوم: توجیه کلام آقای خمینی با تطبیق مطلب اول و دوم بر مقام
حال با توجه به بحث اصولی فوق می‌توان محذور لغویت را پاسخ داد و برای کلام مرحوم آقای خمینی توجیهی بیان کرد.

وجه اول این است که با توجه به مبنای ایشان که لزوم ابتلاء مستمر قبل از بلوغ است، می‌توان گفت که ذکر غایت لغو نیست و بین قبل و بعد از بلوغ فرق است؛ زیرا قبل از بلوغ، تنها درک رشد کافی نیست، بلکه باید این درک رشد تا زمان بلوغ ادامه پیدا کند؛ ولی بعد از بلوغ، استمرار در اختبار لازم نیست، بلکه صرف صدق احراز رشد - ولو با یک اختبار - کافی است و دفع مال بدون هیچ حالت منتظره‌ای

۱. توضیح بیشتر: ذکر شرط یا قید دیگری که فرد مخفی است به چند صورت ممکن است: گاه ذکر شرط برای تفهیم مفهوم موافق است. در جمله «فَلَا تَقُلْ لَهُمَا آيٌ» ممکن است مفاد آیه چنین دانسته شود که شما حتی «اف» هم نمی‌توانید به پدر و مادر خود بگویید تا چه رسد به مراحل بالاتر ایذاء و بی‌احترامی. در این جا جمله فوق، خود در مقام تفهیم ثبوت حکم برای مراحل قوی‌تر می‌باشد؛ یعنی جمله مفهوم موافق دارد.

گاه ذکر شرط برای این است که ثبوت حکم در صورت فقدان شرط، برای مخاطب روشن است. در این جا جمله فوق برای افهام مفهوم موافق ذکر نشده، چون نیازی به ذکر چنین مطلبی نبوده، بلکه تنها برای تعمیم حکم نسبت به موارد مشکوک و افراد مخفی شرط یا قید ذکر شده است.

گاه شرط، احتمال دارد فرد مخفی باشد و احتمال هم دارد که خصوصیت داشته باشد؛ لذا جمله اجمال دارد که آیا ذکر شرط به جهت افهام مفهوم موافق می‌باشد یا ثبوت مفهوم موافق از قبل معلوم است. یا اینکه ذکر شرط برای افهام مفهوم مخالف (به نحو سالبه جزئیه یا سالبه کلیه) است. در این جا با توجه به اجمال جمله نمی‌توان به ثبوت مفهوم (نه مفهوم موافق و نه مفهوم مخالف) حکم کرد ولی اگر از خارج فهمیدیم که حکم مسئله به طور کلی ثابت است، درک می‌کنیم که ذکر شرط (یا قید دیگر) به یکی از دو صورت اول بوده است.

واجب می‌شود.

بر این اساس، ذکر «غایت» لغو نیست؛ چون اگر «حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ» ذکر نمی‌شد، از این آیه استفاده نمی‌شد که تحقیق باید تا زمان بلوغ استمرار داشته باشد، بلکه باید به مجرد احراز رشد قبل از بلوغ، مال یتامی به آنها بازگردانده می‌شد؛ اما ذکر «حتی»، غایت استمرار اختیار را روشن می‌کند و می‌فهماند که قبل از بلوغ، تحقیق مستمر شرط است و بعد از بلوغ، تحقیق مستمر شرط نیست. البته اصل لزوم تحقیق بعد از بلوغ با توجه به تناسب حکم و موضوع و عمومیت ملاک که در کلام ایشان ذکر شده بود استفاده می‌شود.

وجه دوم این است که حتی اگر مرحوم آقای خمینی، مفهوم فی الجملة را هم منکر باشد، با این حال، ذکر «حتی» لغو نیست و «حتی» برای احتراز از شبهه عدم جواز امتحان قبل از بلوغ، در آیه آمده است.

توضیح مطلب: ممکن است این تصور وجود داشته باشد که ادراکات کودکان ضعیف است و دادن اموال به دست آنها هرچند برای امتحان، به مصلحت نیست و باید امتحان لزوماً بعد از بلوغ باشد - چنانکه برخی از عامه هم گفته‌اند که تحقیق حتماً باید بعد از بلوغ باشد^۱ - لذا وجود این شبهه باعث گردیده که آیه برای دفع آن، جمله «حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ» را بیان فرماید تا روشن گردد که امتحان قبل از بلوغ مانند بعد از بلوغ لازم است. این مطلب نظیر آن است که گفته شود: «يجب احترام الاطفال حتى يبلغوا»، چون مثلاً محل تردید، احترام اطفال قبل از بلوغ بوده، لذا عبارت مذکور، فقط قبل از بلوغ را مطرح کرده است، چون احترام آنها پس از بلوغ مسلم و روشن است.

اشکالات مختار بر احتمال سوم

اما صحیح آن است که احتمال سوم اثباتی درباره آیه شریفه ابتلاء، که نظر مرحوم آقای خمینی است، از دو جهت اشکال دارد:

اشکال اول: ظهور «إذا» در شرطیت

اولاً، «إذا» در آیه شریفه طبق این احتمال، فاقد معنای شرط است و در بررسی

۱. برای نمونه: المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج ۲، ص ۱۳۱؛ المجموع شرح المهذب، ج ۱۳، ص ۳۶۶.

اشکالات احتمال چهارم به تفصیل بیان خواهد شد که این مطلب صحیح نیست و خلاف مطلبی است که از استعمال آن در سایر آیات قرآنی استفاده می‌شود.

اشکال دوم: نامتعارف بودن اختبار مستمر

ثانیاً، طبق احتمال سوم، ابتلاء باید از زمان کودکی تا بلوغ مستمر باشد، تا اگر قبل از بلوغ احراز رشد شد، با تحقق بلوغ در اولین زمان ممکن اموال کودک به او برگردانده شود، در حالی که این نوع امتحان (امتحان مستمر) نامتعارف است. هدف از امتحان، احراز نتیجه است؛ لذا پس از احراز نتیجه دلیلی بر تکرار امتحان وجود ندارد. برای نمونه اگر برای استخدام در اداره از عده‌ای امتحان گرفته شود و معلوم شود که این تعداد صلاحیت علمی و فنی استخدام در اداره را دارند، چنانچه نکته خاصی وجود نداشته باشد، تکرار امتحان وجهی ندارد.

نسبت به آیه ابتلاء نیز، متفاهم عرفی آن است که اگر قبل از بلوغ احراز رشد شد، به تکرار امتحان نیازی نیست و باید اموالشان به آنها برگردانده شود. بعد از احراز رشد، به چه دلیل باید این امتحان تا رسیدن به زمان بلوغ، استمرار داشته باشد؟ اگر صبیّی همراهی رشید است، چرا تا زمان بلوغ باید مستمراً امتحان شود و سپس اموالش به او داده شود؟ بنابراین اگر کلمه «حتی» به معنای غایت باشد، معنای عرفی آیه این است که به محض این‌اس رشد اموالش به او داده شود، نه اینکه امتحان ادامه یابد و پس از بلوغ به او داده شود؛ لذا احتمال دوم (کفایت یکی از بلوغ و رشد) اولی از احتمال سوم است.

بررسی احتمال چهارم با بیان قرائن شرطیه نبودن «اذا»

اما یکی از قرائنی که مرحوم صاحب جواهر^۱ برای ردّ غایی بودن «حتی» بیان کرده این است که در صورت غایی بودن «حتی»، باید «اذا» دلالتی بر شرط نداشته باشد و صرفاً ظرف باشد، در حالی که «اذا» حرف شرط است و خروج آن از شرطیت نادر است.^۲ مرحوم آقای خمینی در مقابل، دو قرینه بیان کرده که «اذا» نباید شرطیه باشد:

۱. جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۸.

۲. توضیح بیشتر: یا اصلاً شرطیه نبودن «اذا» ثابت نشده است، در این باره به معنی ابن هشام، باب اول، ذیل بحث «اذا» مراجعه شود.

قرینه اول: عرفی و فصیح نبودن جزای شرط با ساختار شرطی

قرینه اول این است که در خصوص آیه مورد بحث، اگر «اذا» به معنای شرط باشد، باید جزای این شرط در مقام، خود یک جمله شرطیه باشد، و این امری مستبعد، مخالف اسلوب فصیح و مخالف فهم عقلاء است که تنها در کتب علمی به کار می‌رود و در کلمات اهل عرف کاربرد ندارد.^۱

اشکال: شواهد فراوان شرطیه بودن جزای شرط در قرآن و اخبار

اما به نظر می‌رسد قرینه ایشان درست نیست؛ زیرا در آیات و روایات، در موارد فراوان به جملات شرطیه‌ای برخورد می‌کنیم که جزاء شرط، خود یک جمله شرطیه است. این تعبیر، در جایی که در جمله شرطیه دوم، شرط، متأخر باشد بیشتر است، مثلاً:

﴿إِذَا صَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾^۲

﴿إِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ ... فَأْتُوا بِسُورَةٍ مِثْلِهِ ... إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ﴾^۳

﴿وَلَمَّا جَاءَهُمْ كِتَابٌ ... فَلَمَّا جَاءَهُمْ مَا عَرَفُوا كَفَرُوا بِهِ فَلَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الْكَافِرِينَ﴾^۴

﴿إِنْ كَانَتْ لَكُمْ النَّارُ الْآخِرَةُ ... فَتَمَنَّوْا الْمَوْتَ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ﴾^۵

﴿وَلَوْ أَنَّهُمْ آمَنُوا وَاتَّقَوْا لَمَثُوبَةٌ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ خَيْرٌ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ﴾^۶

۱. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۱۴.

استاد الله عبارت «مع أن جعل «اذا» شرطية، و جملة الشرط و الجزاء جزء، و المجموع غاية ل «حتى» احتمال مخالف لفهم العقلاء» را این طور تقریب کرده است که اگر «اذا» به معنای شرط باشد، باید جزای این شرط در مقام، خود یک جمله شرطیه باشد، و این امری مستبعد، مخالف اسلوب فصیح و مخالف فهم عقلاء است و الا اگر مراد از عبارت فوق، آن باشد که «اگر چنین مجموعه مشتمل بر شرط و جزا به عنوان جزای ادای شرطیه غایت قرار گیرد همراه با تکلف و مانند آن است و به این جهت در اسلوب محاوره کاربرد ندارد»، بازگشت این مطلب به تحلیل اشکال اول برمی‌گردد و در حقیقت دو اشکال نخواهد بود.

۲. النساء، ۱۰۱.

۳. البقرة، ۲۳.

۴. البقرة، ۸۹.

۵. البقرة، ۹۴.

۶. البقرة، ۱۰۳.

﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾^١
 ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ قَبْلَ أَنْ تَجْلِسَ لَهَا فَتَلْعَفْنَ أُولَئِكَ فَلَا تَعْضَلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^٢
 ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَأَلْتُمُوهُمَا أَوْ تَابَتْهُمَا بِطَرَفِكُمْ سَعًا﴾^٣
 ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾^٤
 ﴿إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾^٥
 ﴿إِنْ أَنَاكُمُ عَذَابُ اللَّهِ أَوْ أَتَتْكُمُ السَّاعَةُ أَغْرَى اللَّهُ تَدْعُونَ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ﴾^٦
 ﴿إِنْ كُنْتُمْ جُنْتُمْ بِآيَةٍ فَاتَّ بِهَا إِنْ كُنْتُمْ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾^٧
 ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ ... إِنْ كُنْتُمْ آمَنْتُمْ بِاللَّهِ ...﴾^٨
 ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ عِيلَةً فَسَوْفَ يَغْنِيَكُمْ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ إِنْ شَاءَ﴾^٩
 ﴿إِنْ كُنْتُمْ آمَنْتُمْ بِاللَّهِ فَعَلَيْهِ تَوَكَّلُوا إِنْ كُنْتُمْ مُسْلِمِينَ﴾^{١٠}
 ﴿أَرَأَيْتُمْ إِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ بَيْتِهِ مِنْ رَبِّي وَأَنَا مِنْهُ رَحْمَةً فَتَمُنَّ بِنَصْرِي مِنَ اللَّهِ إِنْ عَصَيْتُهُ﴾^{١١}

١. البقرة، ٢٣٠.

٢. البقرة، ٢٣٢.

٣. البقرة، ٢٣٣.

٤. النساء، ٥٩.

٥. النساء، ١٠١.

٦. الأنعام، ٤٠.

٧. الأعراف، ١٠٦.

٨. الأنفال، ٤١.

٩. التوبة، ٢٨.

١٠. يونس، ٨٤.

١١. هود، ٦٣.

﴿إِنْ زَعَمْتُمْ أَنَّكُمْ أَوْلِيَاءُ لِلَّهِ مِنْ دُونِ النَّاسِ فَتَمَتَّوْا الْمَوْتَ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ﴾^۱
 ﴿إِنْ أَجَلَ اللَّهُ إِذَا جَاءَ لَا يُوَخَّرُ لَوْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^۲

در موارد ذیل در جمله شرطیه دوم، جمله شرط، مقدم است:

﴿فَإِمَّا يَأْتِيَنَّكُمْ مِنِّي هُدًى فَمَنْ تَبِعَ هُدَايَ فَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ﴾^۳
 ﴿فَإِذَا أَمِنتُمْ فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾^۴
 ﴿فَإِذَا أُحْصِنَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَاجِسَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾^۵
 ﴿فَإِذَا عَزَمَ الْأَمْرُ فَلَوْ صَدَقُوا اللَّهَ لَكَانَ خَيْرًا لَّهُمْ﴾^۶
 ﴿وَإِنْ كَانَ كِبَرَ عَلَيْكَ إِغْرَاضُهُمْ فَإِنْ اشْتَطَعْتَ أَنْ تَبْتَغِيَ نَفَقًا فِي الْأَرْضِ أَوْ سُلْمًا فِي السَّمَاءِ فَتَأْتِيهِمْ بِآيَةٍ...﴾^۷

جزاء شرط دوم در آیه اخیر، عبارتی همچون: «فعلت» است که حذف شده است.

گفتنی است که در اینجا ما از ذکر مواردی که جمله شرطیه‌ای با حرف عطف بر جزء شرط (که خود جمله شرطیه نیست) عطف شده خودداری کرده‌ایم، و به عنوان نمونه تنها به ذکر یک آیه اکتفاء می‌کنیم:

﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانْكُحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^۸

در این آیه شریفه، جمله شرطیه «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا» معطوف به جزء شرط «فَانْكُحُوا

۱. الجمعة، ۶.

۲. نوح، ۴.

۳. البقرة، ۳۸.

۴. البقرة، ۱۹۶.

۵. النساء، ۲۵.

۶. محمّد، ۲۱.

۷. الأنعام، ۳۵.

۸. النساء، ۳.

ما ظاہر لکفر است.

در روایات اهل بیت علیهم السلام نمونه‌های این بحث، بسیار زیاد است. چند روایت برگرفته از کافی در ذیل آمده است که در آنها همانند آیه ابتلاء یتامی در جمله شرطیه اول، ادات شرط «إذا» و در جمله شرطیه دوم ادات شرط «إن» و جزاء شرطیه دوم نیز جمله طلبیه است:

• قال أبو عبد الله عليه السلام: «إذا خالطت الناس فإن استطعت أن لا تخالط أحدا من الناس إلا كانت يدك العليا عليه فافعل»^۱

• عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا متى ثوبك الكلب فإن كان يابساً فانضحه وإن كان رطباً فاغسله»^۲

• عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا دخلت المسجد فإن استطعت أن تقيم ثلاثة أيام الأربعاء والخميس والجمعة فصل ما بين القبر والمنبر...»^۳

• عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا وقعت الفأرة في السمن فماتت فيه فإن كان جامدا فألقها وما يليها وكل ما بقى وإن كان ذائبا فلا تأكله واستصبح به»^۴

برخی موارد مشابه دیگر عبارت‌اند از:

• «إذا جحد الرجل الحق فإن أراد أن تلاعنه قل اللهم رب السماوات...»^۵

• «إذا وجد الرجل قتيلا فإن وجد له عضو تام صلى عليه»^۶

۱. الکافی، ج ۲، ص ۱۰۱، ح ۱۴: «علي بن إبراهيم عن أبيه عن حماد بن عيسى عن الحسين بن المختار عن العلاء بن كامل قال قال أبو عبد الله عليه السلام: (وسائل الشيعة، ج ۱۲، ص ۱۴۹، ح ۷).

۲. الکافی، ج ۳، ص ۶۰، ح ۱: «علي بن إبراهيم عن أبيه عن حماد بن عيسى عن حريز عن محمد عن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام: (وسائل الشيعة، ج ۳، ص ۴۴۱، ح ۳).

۳. الکافی، ج ۴، ص ۵۵۸، ح ۴: «علي بن إبراهيم عن أبيه عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (وسائل الشيعة، ج ۱۴، ص ۳۵۱، ح ۳).

۴. الکافی، ج ۶، ص ۲۶۱، ح ۱: «علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن عمر بن أذينة عن زارة عن أبي جعفر عليه السلام: (وسائل الشيعة، ج ۱۷، ص ۹۷، ح ۲).

۵. الکافی، ج ۲، ص ۵۱۵، ح ۵: «محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن محمد بن عبد الحميد عن أبي جميلة عن بعض أصحابه: (وسائل الشيعة، ج ۷، ص ۱۳۵، ح ۴).

۶. الکافی، ج ۳، ص ۲۱۲، ح ۳: «عدة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن خالد عن أبيه عن بعض

- «فی الذَّبِيحَةِ بِغَيْرِ حَدِيدَةٍ قَالَ إِذَا اضْطَرَّرْتَ إِلَيْهَا فَإِنْ لَمْ تَجِدْ حَدِيدَةً فَادْبَحْهَا بِحَجَرٍ»^۱
- «إِذَا قُتِلَ الرَّجُلَانِ وَالثَلَاثَةُ رَجُلًا فَإِنْ أَرَادَ أَوْلِيَاؤُهُ قَتْلَهُمْ تَرَادَوْا فَضْلَ الدِّيَاتِ»^۲
- «إِذَا قُتِلَ الرَّجُلُ الْمَرْءَةُ فَإِنْ أَرَادَ الْقَوْدُ أَدَاوُا فَضْلَ دِيَةِ الرَّجُلِ»^۳
- «إِذَا نَفَرْتَ فِي التَّفَرُّ الْأَوَّلِ فَإِنْ شُتَّ أَنْ تَقِيمَ بِمَكَّةَ وَتَبَيَّتَ بِهَا فَلَا بُاسَ بِذَلِكَ»^۴
- «إِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ مِنْكُمْ الْجَارِيَةُ يَطْوُهَا فَيَعْتَقُهَا فَاعْتَدَتْ وَنَكَحَتْ فَإِنْ وَضَعْتَ لَخْمَسَةِ أَشْهُرٍ فَإِنَّهُ مِنْ مَوْلَاهَا الَّذِي أَعْتَقَهَا»^۵

در سراسر کتب فقهی نیز از این گونه تعابیر فراوان است. آیا اگر گفته شود: «من عقد امرأة فی حال الاحرام فإن كان عالماً حرمت علیه ابدأ وإن كان جاهلاً فإن دخل بها حرمت علیه ابدأ، و ان لم يدخل بها لم تحرم» چنین جملاتی بر خلاف ذوق عرفی است؟ اکثر تفصیل‌هایی که فقهاء در کتب فقهی ذکر می‌کنند از همین قبیل است و کاملاً برای عرف، متعارف و مانوس است و با این جهت نمی‌توان شرطیه بودن «اذا» را نفی کرد.

قرینه دوم: مانعیت «ظهور» حتی «در غائیت» از شرطیه بودن «اذا»

قرینه دیگر مرحوم آقای خمینی در ردّ کلام صاحب جواهر (احتمال چهارم) این است که ظاهر «حتی» غائیت است و استعمال «حتی» در تعلیل نادر است، در

أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام (وسائل الشيعة، ج ۳، ص ۱۳۷، ح ۹).

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۹۱، ح ۱: «محمد بن يحيى عن عبد الله بن محمد عن علي بن الحكم عن أبان عن محمد بن مسلم قال قال أبو جعفر عليه السلام (وسائل الشيعة، ج ۲۴، ص ۹، ح ۴).

۲. الکافی، ج ۷، ص ۲۸۳، ح ۳: «عنه عن ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام (وسائل الشيعة، ج ۲۹، ص ۴۲، ح ۵).

۳. الکافی، ج ۷، ص ۲۹۸، ح ۱: «علي بن إبراهيم عن محمد بن عيسى عن يونس عن عبد الله بن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام (وسائل الشيعة، ج ۲۹، ص ۸۱، ح ۲).

۴. الکافی، ج ۴، ص ۵۲۱، ح ۷: «محمد بن إسماعيل عن الفضل بن شاذان عن صفوان بن يحيى عن معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (وسائل الشيعة، ج ۱۴، ص ۲۷۷، ح ۲).

۵. الکافی، ج ۵، ص ۴۹۱، ح ۱: «محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابن رزاب عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص ۱۷۳، ح ۱).

حالی که اگر «اذا» برای شرط باشد باید «حتی» برای تعلیل باشد. از سویی ندرت استعمال «اذا» در غیر شرط اگر به فصاحت کلام آسیب نزند اشکالی ندارد و می توان قرآن را بر آن حمل کرد.^۱

اشکال اول: کاربرد فراوان «حتی اذا» در قرآن در معنای شرطیت

اما در اشکال به این کلام می توان گفت: تعبیر «حتی اذا» در ۴۳ مورد و در ۴۲ آیه قرآن به کار رفته است. در تمامی این موارد، «اذا» حرف شرط است، البته در سه مورد، تفسیر آیه نیاز به دقت و تأمل دارد؛ ولی در همین سه مورد هم اهل ادب «اذا» را شرطیه دانسته اند و با توجیهات دیگر، ابهام آیه را بر طرف کرده اند. به عنوان مثال در آیات زیر روشن است که «اذا» شرطیه است:

• ﴿وَقُلْ رَبِّ اَعُوذُ بِكَ مِنْ هَمَزَاتِ الشَّيَاطِينِ وَاعُوذُ بِكَ رَبَّ اَنْ يَخْضُرُونِ حَتَّىٰ اِذَا جَاءَ اَحَدَهُمُ الْمَوْتُ قَالَ رَبِّ ارْجِعُونِ لَعَلِّيْ اَعْمَلُ صَالِحًا فِيمَا تَرَكْتُ...﴾^۲

• ﴿وَوَصَّيْنَا الْاِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ اِحْسَانًا حَمَلَتْهُ اُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَخَلَّهُ فِصَالًا ثَلَاثُونَ شَهْرًا حَتَّىٰ اِذَا بَلَغَ اَشُدَّهُ وَبَلَغَ اَرْبَعِيْنَ سَنَةً قَالَ رَبِّ اَوْزِعْنِيْ اَنْ اَشْكُرَ نِعْمَتَكَ...﴾^۳

تعبیر «حَتَّىٰ اِذَا جَاءَ اَحَدَهُمُ الْمَوْتُ» و «حتی اذا بلغ شده» بیانگر هیچ غایتی برای قبلش نیست.

• ﴿...وَمَنْ يَغْصِ اللّٰهُ وَرِسُوْلَهُ فَاِنَّ لَهُ نَارَ جَهَنَّمَ خَالِدِيْنَ فِيْهَا اَبَدًا حَتَّىٰ اِذَا رَاَوْا مَا يُوْعَدُوْنَ فَسَيَقْلُمُوْنَ مِنْ اَضْعَفُ نَاصِرًا وَّاَقْلُ عُدُوًّا﴾^۴

در این آیه نیز خلود، غایتی ندارد.

• ﴿قَدْ خَسِرَ الَّذِيْنَ كَذَّبُوْا بِلِقَاءِ اللّٰهِ حَتَّىٰ اِذَا جَاءَتْهُمْ السَّاعَةُ بَغْتَةً قَالُوْا يَا حَسْرَتَنَا عَلٰى مَا قَرَرْنَا فِيْهَا وَهُمْ يَحْمِلُوْنَ اَوْزَارَهُمْ عَلٰى ظُهُورِهِمْ اَلَا سَاءَ مَا يَزِرُوْنَ﴾^۵

۱. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۱۴.

۲. المؤمنون، ۹۷-۱۰۰.

۳. الأحقاف، ۱۵.

۴. الجن، ۲۳-۲۴.

۵. الأنعام، ۳۱.

در این آیه نیز خسران، غایت ندارد.

در این آیات و سایر آیاتی که این ترکیب به کار رفته است، اصولاً بین ادباء، اختلافی نیست و همه بالاتفاق «اذا» را شرطیه می‌دانند.^۱

بررسی سه آیه مُوهِم شرطیه نبودن «حتی اذا»
تنها سه آیه نیاز به بحث دارد:

آیه اول: آیه ۷۳ سوره زمر

آیه اول، آیه ۷۳ سوره زمر است. در این سوره، دو آیه شبیه هم وجود دارد و آیه ۷۳ را باید به قرینه آیه ۷۱ معنا کرد تا روشن شود که «اذا» در آیه ۷۳ نیز شرطیه است. آیه ۷۱ به این صورت است:

﴿وَسِيقَ الَّذِينَ كَفَرُوا إِلَىٰ جَهَنَّمَ زُمَرًا حَتَّىٰ إِذَا جَاءُوهَا فَفُتِحَتْ أَبْوَابُهَا وَقَالَ لَهُمْ خَزَنَتُهَا أَلَمْ يَأْتِكُمْ رُسُلٌ مِّنكُمْ...﴾

آیه ۷۳ شبیه همین آیه است، با این تفاوت که قبل از «فُتِحَتْ» یک «واو» اضافه دارد:

﴿وَسِيقَ الَّذِينَ اتَّقَوْا رَبَّهُمْ إِلَىٰ الْجَنَّةِ زُمَرًا حَتَّىٰ إِذَا جَاءُوهَا وَفُتِحَتْ أَبْوَابُهَا وَقَالَ لَهُمْ خَزَنَتُهَا سَلَامٌ عَلَيْكُمْ طِبْتُمْ فَادْخُلُوهَا خَالِدِينَ﴾

افزودن «واو» در آیه دوم موجب به وجود آمدن این پرسش گردیده که جزاء شرط در این آیه چیست؟ در این آیه نیز مفسران، «اذا» را شرطیه دانسته‌اند. برای حل مشکل جزاء شرط، وجوهی ذکر شده است:

وجه اول این است که جزاء شرط، مقدّر است. جمهور ادباء^۲ از جمله صاحب

۱. توضیح بیشتر: بحث در اینجا بر مفاد «اذا» متمرکز است، اما اینکه مفاد «حتی» چیست، بحثی دیگر است. در آیات قرآن گاه، کلمه «حتی» قبل از اذا شرطیه به معنای «حتی» غایبی است همچون: ﴿لَيْسَتْ الثَّوْبَةُ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السَّيِّئَاتِ حَتَّىٰ إِذَا خَضَعُوا لَهُمُ الْمَوْتَ قَالَ إِنِّي تُبْتُ الْآنَ﴾ (النساء، ۱۸)، که مفاد این آیه این است که بدکاری این افراد تا زمان مرگ ادامه دارد. در آیه ابتلاء یتامی، بحث از اینکه آیا مراد از «حتی» غایبی است یا تعلیلی، ظاهراً نمره فقهی ندارد؛ زیرا در هر حال وقتی «اذا» شرطیه باشد و جزای آن نیز جمله شرطیه، نتیجه گرفته می‌شود که بلوغ و ایناس رشد، هر دو در لزوم دفع اموال به یتامی معتبر است و یکی از آن دو کفایت نمی‌کند، لذا نیازی به بررسی مفاد «حتی» نیست.

۲. برای نمونه: التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۹، ص ۴۹؛ البحر المحیط فی التفسیر، ج ۹، ص ۲۲۴-۲۲۵؛

تفسیر کشاف^۱، معتقدند که «واو» در این آیه برای عطف است، و جزاء شرط یک جمله مقدر است، ما بعد «واو» یعنی جمله «فُتِحَتْ أَبْوَابُهَا...» به آن جزاء مقدر عطف شده است. علت حذف جزاء هم معمولاً این است که وضعیت غیر قابل توصیف است و لذا حذفش می‌کنند. گویا خداوند متعال این گونه می‌فرماید که «وقتی اینها به درب بهشت می‌رسند، یک وضعیت غیر قابل توصیفی به وجود می‌آید و سپس درب باز می‌شود». این وضعیت غیر قابل توصیف جزاء شرط است و ما بعد «واو» به آن عطف شده است.

نظیر این آیه، آیه دیگری است که در آن اختلاف شده که آیا واو زائده است یا عطف به محذوف؟ «فَلَمَّا أَتَيْنَا وَكَلَّ لِلْجَبِينِ وَنَادَيْنَاهُ أَنْ يَا إِبْرَاهِيمُ قَدْ صَدَقْتَ الرَّؤْيَا...» در اینجا نیز برخی «واو» قبل از «نَادَيْنَاهُ» را زائده گرفته‌اند و جمهور، جزاء شرط را محذوف گرفته‌اند که به تعبیر کشاف، علت حذف جزاء شرط، آن است که قابل توصیف نیست.^۲

وجه دوم این است که برخی گفته‌اند «واو» به قرینه آیه ۷۱، زائده است و جزاء شرط را همان جمله «فُتِحَتْ أَبْوَابُهَا» دانسته‌اند، همان گونه که در آیه قبل نیز جزاء شرط بود. برخی واو در «وَقَالَ لَهُمْ خَزَنَتُهَا» را زائده گرفته‌اند و جواب شرط را همین جمله «وَقَالَ لَهُمْ خَزَنَتُهَا» قرار داده‌اند.^۳ البته اگر واو زائده باشد، به نظر می‌رسد بهتر است که در جمله قبل، یعنی «فُتِحَتْ أَبْوَابُهَا» زائده باشد؛ زیرا با آیه قبلی هماهنگ می‌گردد.

تفسیر الصافی، ج ۴، ص ۳۳۲.

۱. تفسیر الکشاف، ج ۴، ص ۱۴۷: «حتی "هی التي تحكي بعدها الجمل والجمل المحكية بعدها هي الشرطية الآن جزاءها محذوف، وإنما حذف لأنه صفة نواب اهل الجنة، فدل بحذفه علي أنه شيء لا يحيط به الوصف».

در مجمع البیان نیز این قول نقل و به علی بن عیسی نسبت داده شده است: «قال علي بن عيسى إنما جيء بهذه الواو تارة وحذفت أخرى للتصرف في الكلام و جواب إذا في صفة أهل الجنة محذوف و تقدیره حتی إذا جاءوها و فتحت أبوابها و كانوا كیت و كیت فازوا و نالوا المنی و ما أشبه ذلك و هذا معنى قول الخليل» (مجمع البیان، ج ۸، ص ۷۹۴-۷۹۵).

۲. تفسیر الکشاف، ج ۴، ص ۵۵.

۳. برای نمونه: الهدایة إلى بلوغ النهاية، ج ۱۰، ص ۶۳۸۹.

وجه سوم (که مورد پذیرش ادبا نیست)^۱ این است که واو، واو ثمانیه است؛ چون بهشت هشت در دارد.

اتفاق نظر نحویون در شرطیه بودن «اذا» در آیه

به هر حال، جزاء شرط هرچه باشد، نحویان در اینکه «اذا» در این آیه شرطیه است اتفاق نظر دارند. شبیه این دو آیه، دو آیه دیگر است که در آنها به جای «واو»، «ثم» به کار رفته است.

آیه دوم: آیه ۱۱۸ سوره توبه

آیه دوم، آیه ۱۱۸ سوره توبه است:

﴿وَعَلَى الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ خُلِفُوا حَتَّىٰ إِذَا ضَاقَتْ عَلَيْهِمُ الْأَرْضُ بِمَا رَحُبَتْ وَضَاقَتْ عَلَيْهِمْ أَنْفُسُهُمْ وَظَنُّوا أَنَّهُ لَا مَلْجَأَ مِنَ اللَّهِ إِلَّا إِلَيْهِ، ثُمَّ تَابَ عَلَيْهِمْ لِيَتُوبُوا إِنَّ اللَّهَ هُوَ التَّوَّابُ الرَّحِيمُ﴾^۲

زائده یا عاطفه بودن ثم

در این آیه هم برخی «ثم» را زائده، و اکثراً جزاء شرط را محذوف گرفته‌اند^۳. بنابراین ﴿ثُمَّ تَابَ عَلَيْهِمْ﴾ عطف به محذوف است؛ یعنی وقتی برای این سه نفر، زمین تنگ شد و تحمل خودشان هم بر خودشان دشوار گردید و دریافتند که جز خدا پناهگاهی ندارند، حالت غیر قابل وصفی برای آنها پدیدار گردید، سپس خداوند بر آنها عنایت کرد تا توبه کنند.

آیه سوم: آیه ۱۵۲ سوره آل عمران

آیه سوم، آیه ۱۵۲ سوره آل عمران است.

﴿وَلَقَدْ صَدَقَكُمُ اللَّهُ وَعْدَهُ إِذْ تَخُسُّوهُمُ بِإِذْنِهِ حَتَّىٰ إِذَا فَشِلْتُمْ وَتَنَازَعْتُمْ فِي الْأُمُورِ وَعَصَيْتُمْ مِمَّنْ بَعْدَ مَا أَرَاكُمْ مَا تُحِبُّونَ مِنْكُمْ مَنْ يَرِيدُ الدُّنْيَا وَمِنْكُمْ مَنْ

۱. التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۹، ص ۴۹؛ مغنی اللیب، ج ۲، ص ۳۶۲؛ همع الهوامع، ج ۳، ص ۱۲۰.

۲. التوبة، ۱۱۸.

۳. برای نمونه: البحر المحيط فی التفسیر، ج ۵، ص ۵۲۰.

يُرِيدُ الْآخِرَةَ ثُمَّ صَرَفَكُمْ عَنْهُمْ لِيَبْتَلِيَكُمْ^۱

زائده یا عاطفه بودن ثم

این آیه هم نظیر آیه قبل است، که برخی گفته اند «ثم» زائده است^۲، اکثراً^۳ هم گفته اند برای عطف است و عطف به جزای معطوف است؛ یعنی مثلاً حالتی حاصل شد، سپس خدا نیز عنایت خود را برداشت.

اشکال دوم: اتفاق نظر جمهور نحویون بر شرطیه بودن «اذا» در ترکیب «حتی اذا» به هر حال، از نظر جمهور ادبا این مسئله مسلم است که «اذا» بعد از «حتی» همه جا شرطیه است.^۴

۱. آل عمران، ۱۵۲.

۲. البحر المحيط فی التفسیر، ج ۳، ص ۳۷۹.

۳. برای نمونه:

التبیین فی إعراب القرآن (عکبری)، ص ۹۰؛ التفسیر الکبیر، ج ۹، ص ۳۸۷؛ تفسیر الصافی، ج ۱، ص ۳۹۲.
۴. توضیح بیشتر: در معنی در بحث «حتی» به عنوان وجه سوم، «حتی» را حرف ابتداء دانسته و آن را چنین تفسیر می‌کند: «أی حرفاً تبتداً بعده الجمل ای تستأنف، فیدخل علی الجملة الاسمية... و علی الفعلية التي فعلها مضارع... و علی الفعلية التي فعلها ماض نحو ﴿حَتَّىٰ عَفَواَ وَآلَواَ﴾، و زعم ابن مالک أنَّ «حتی» هذه جارة و أنَّ بعدها ان مضمره، و لا اعرف له فی ذلك سلفاً، و فيه تكلف اضممار من غير ضرورة، و كذا قال فی «حتی» الداخلة علی «اذا» فی نحو ﴿حَتَّىٰ إِذَا قُضِيَتْهُنَّ وُتُنَّازَعْتُهُنَّ﴾ انها الجارة و ان «اذا» فی موضع جز بها، و هذه المقالة سبقه اليها الاخفش و غيره، و الجمهور علی خلافها و انها حرف ابتداء، و ان «اذا» فی موضع نصب بشرطها او جوابها، و الجواب فی الآية محذوف ای امتحنتم او انقسمتم قسمين بدليل: ﴿وَمَنْكُم مَّنْ يُرِيدُ الدُّنْيَا وَمَنْكُم مَّنْ يُرِيدُ الْآخِرَةَ﴾ و نظيره حذف جواب لغا في قوله تعالى ﴿فَلَمَّا نَجَّاهُمْ إِلَى الْبَرِّ فَمِنْهُم مُّقْتَصِدٌ﴾ ای انقسمتم فمنهم مقتصد و منهم غير ذلك... و زعم بعضهم ان الجواب فی الآية الاولى مذكور و هو «عصيتهم» او «صرفكم»، و هذا مبني علی زيادة الواو و ثم، و لم يثبت ذلك. (معني اللبيب، ج ۱، ص ۱۲۸).

گفتمنی است که در بحث «اذا» شرطیه، در فصل «فی خروجها عن الظرفية» هم آمده است: «زعم ابوالحسن فی "حتی اذا جاؤها" ان اذا جز ب "حتی" (معني اللبيب، ج ۱، ص ۹۴) محقق کتاب معنی در حاشیه به آیه ۷۱ سورة زمر ارجاع داده است، ولی به نظر می‌رسد که مراد از این عبارت، آیه ۷۳ سورة زمر است که در آن جمله شرطیه به صورت روشن دیده نمی‌شود و به توجیه نیاز دارد. ابوالحسن اخفش آیه فوق را با شرطیه ندانستن «اذا» و مجرور دانستن آن توجیه کرده است، همچنان که در آیه ﴿حَتَّىٰ إِذَا قُضِيَتْهُنَّ﴾ (آل عمران، ۱۵۲) به همین جهت «اذا» را مجرور به «حتی» گرفته است (معني اللبيب، ج ۱،

اگر به ذوق سلیم هم مراجعه شود، اذعان می‌شود که «اذا» شرطیه است؛ مثلاً اگر در حدیث شریف «النَّاسُ فِي سَعَةِ مَا لَمْ يَعْلَمُوا»^۱ به جای «ما لم يعلموا»، «حتی اذا علموا» باشد، جمله ناقص است و نیاز به تکمیل دارد و باید مثلاً چنین باشد: «النَّاسُ فِي سَعَةِ حَتَّى إِذَا عَلِمُوا لَمْ يَكُنْ لَهُمْ سَعَةٌ».

خلاصه به نظر می‌رسد که «اذا» در آیه ابتلاء یتامی، شرطیه است و جزء شرط، «فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشِدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»^۲ است، در نتیجه برای لزوم دفع، دو شرط لازم است: بلوغ و ایناس رشد.

مطلب سوم: بررسی دلالت آیه بر عدم کفایت اذن ولی

مرحوم آقای خمینی پس از اینکه بلوغ و رشد - هر دو - را معتبر دانسته به بررسی کفایت اذن ولی پرداخته است.

ص ۱۲۹). در کشف هم در تفسیر این آیه می‌گوید: «فان قلت: این متعلق "حتی اذا" قلت: محذوف تقدیره: حتی اذا فاشتم منعکم نصره، و یجوز ان یکون المعنی: صدقکم وعده الی وقت فاشکم.» (تفسیر الکشاف، ج ۱، ص ۴۲۷).

توجیه دوم کشف با کلام اخفش سازگار است.

به هر حال به نظر می‌رسد که اخفش برای حلّ مشکل این آیه دو راه حلّ پیشنهاد کرده است: راه حلّ اول: زائد گرفتن «واو» یا «ثم» در این آیه.

راه حلّ دوم: مجرور دانستن «اذا» به «حتی»، در نتیجه «اذا» حرف شرط نیست تا جزا بخواهد.

نتیجه این بحث این است که در آیات بحث‌انگیز ما، ممکن است به عنوان یک راه حلّ و توجیه، کسانی چون اخفش، قائل به شرطی نبودن «اذا» شده باشند، ولی اولاً، جمهور چنین نظری را نپذیرفته‌اند، ثانیاً، اخفش هم در این آیات راه حلّ انحصاری را شرطی نبودن «حتی» نمی‌داند، بلکه تنها یکی از راه حل‌ها می‌داند، ثالثاً، اخفش هم این مطلب را خلاف اصل اولی می‌داند و برای حلّ مشکل آیه بدان دست می‌یازد، بنابراین نمی‌توان آیه ابتلاء یتامی را با این‌گونه آیات مقایسه کرد.

در پایان این بحث، اشاره به این نکته مفید است که معنای این کلام نحویان که «حتی» قبل از «اذا» حرف ابتداء است این نیست که «حتی» معنایی ندارد، بلکه مراد این است که «حتی» عامل نیست، و حرف عطف هم نیست، بر خلاف موارد دیگر که «حتی» جازه و یا حرف عطف است؛ بنابراین، ابتدایی بودن «حتی» تنها به جنبه لفظی آن مربوط است، ولی از جهت معنا، «حتی» ابتدایی می‌تواند برای تعلیل یا برای انتهای غایت باشد.

۱. عوالي اللآلی، ج ۱، ص ۴۲۴، ح ۱۰۹؛ مستدرک الوسائل، ج ۱۸، ص ۲۰، ح ۲۱۸۸۶.

۲. النساء، ۶.

تمسک به «غرض شارع از ابتلاء» برای اثبات «دلالّت آیه بر عدم کفایت اذن ولی»

ایشان می‌فرماید: از آیه ابتلاء یتامی استفاده می‌شود که نمی‌توان معاملات صبی را به مجرد اذن اولیاء صحیح دانست؛ زیرا از این آیه استفاده می‌شود که غرض شارع از امر به ابتلاء یتامی و دفع نکردن اموال صبی به وی قبل از احراز رشد و بلوغ، جلوگیری از تلف شدن اموال صبی است، چنان‌که آیه قبل از آیه ابتلاء یعنی «لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا»^۱ بدین امر اشاره دارد، و به مجرد اذن اولیاء چنین غرضی تأمین نمی‌گردد. اگر تمام کارها را صبی انجام دهد و اولیاء تنها کاری که انجام می‌دهند اجازه دادن باشد، چنین اجازه‌ای سبب نمی‌گردد که از ضایع شدن اموال کودکان جلوگیری به عمل آید.^۲

البته در جایی که صبی، تنها مجری صیغه باشد، از این آیه، بطلان معامله استفاده نمی‌شود و باید به صحت معامله حکم نمود.^۳

اشکال: تأمین غرض شارع در حفظ اموال صبی با اشتراط رعایت مصلحت در اذن ولی ولی چنین استدلالی صحیح نیست؛ زیرا مراد کسانی که اذن یا اجازه ولی را مصتح عقد صبی می‌دانند، صورتی است که ولی، حق اذن یا اجازه داشته باشد، ولی در صورتی که غبطه صبی در معامله باشد، می‌تواند چنین اجازه‌ای بدهد، بنابراین اگر صبی تمام کارهای معامله را هم انجام داده باشد و تنها مجری صیغه نباشد، و ولی هم چنین معامله‌ای را به مصلحت طفل بداند و آن را اجازه دهد، دلیلی از آیه فوق بر نفی تأثیر چنین اجازه‌ای نداریم.

به عبارت دیگر، اختلاف علماء در صحت عقد صبی با اجازه ولی در این است که آیا صبی مسلوب العبارة بوده و الفاظی که از وی صادر می‌شود همچون الفاظ دیوانگان هیچ تأثیری ندارد، یا صبی همچون سفیه است که اگر اولیاء آنان، با ملاحظه مصلحت طفل در معامله‌ای آن را اجازه دهند، آن معامله تصحیح

۱. النساء، ۵.

۲. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۲۱؛ و ص ۲۹.

۳. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۲۲.

می‌گردد؟ گروهی نظر اول^۱ و گروهی دیگر نظر دوم^۲ را برگزیده‌اند. بنابراین آیه فوق نمی‌تواند دلیل بر اثبات نظر گروه نخست و نفی نظر گروه دوم محسوب شود. آری اگر کسی نفس اذن یا اجازه ولی را کافی بداند و وکالت مطلقه دادن اولیاء را نسبت به اطفال بدون رعایت مصلحت اطفال در معامله، تصحیح کند، آیه فوق در نفی قول وی کارساز است، ولی بعید است کسی چنین نظری داشته باشد.

تمسک آقای حکیم به آیه ابتلاء برای صحت معامله صبی مأذون از ولی مرحوم آقای حکیم به جواز تصرف صبی با اذن ولی، فتوا داده و برای اثبات فتوای خود به ادله‌ای تمسک کرده است. از جمله ادله‌ای که ایشان به برخی نسبت می‌دهد و اعتراضی هم نمی‌کند، تمسک به آیه ابتلاء یتامی است. ظاهر کلام ایشان این است که این استدلال را نیز پذیرفته است.

کیفیت استدلال به این صورت است: ظاهر ابتلاء یتامی این است که مقداری مال در اختیار آنها قرار داده شود تا با آن معامله کنند و رشدشان معلوم گردد. اینکه ابتلاء یتامی به وسیله مقدمات عقد باشد خلاف ظاهر است و مراد از «اموالهم» در ذیل آیه «فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»^۳ بقیه اموال ایشان است.^۴

توضیح و تکمیل بیان آقای حکیم

مرحوم آقای حکیم توضیح بیشتری نداده و ظاهراً به همین مقدار که جواز در اختیار قرار دادن مال برای معامله، ملازم با صحت معامله اطفال است، بسنده کرده است.

در تکمیل این بیان می‌افزاییم که اگر معاملات اطفال با اموال شرعاً باطل باشد، افراد متدین از معامله با آنها خودداری می‌کنند، در نتیجه عملاً امتحان آنها غیر ممکن می‌شود؛ زیرا کسی حاضر به معامله با آنها نیست تا معلوم گردد که در

۱. برای نمونه: جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۳.

۲. برای نمونه: حاشیه المکاسب (سید یزدی)، ج ۱، ص ۱۱۳.

۳. النساء، ۶.

۴. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۸۴؛ رک: نهج الفقاهه، ص ۱۸۲.

معامله سود و زیانشان را در نظر می‌گیرند یا خیر. این نیز که مراد، معامله با غیر متدینین باشد که پایبند حلال و حرام و صحت و فساد معامله نیستند، بسیار بعید است.

از طرف دیگر، همین که شارع به اولیاء دستور می‌دهد که اموال را در اختیار اطفال قرار دهد تا آنها را امتحان کنید، به معنای اذن اولیاء در معامله کردن اطفال است، پس معامله اطفال با اذن اولیاء صحیح است.

اصل استدلال به آیه بر صحت معاملات صبی، سابقه دیرینه دارد؛ هم علامه حلی در تحریر^۱ به گونه‌ای به این آیه استناد کرده است، هم ابو حنیفه^۲ در زمان ائمه علیهم‌السلام به این آیه استدلال کرده است.^۳

مناقشه در کلام آقای حکیم

اما کلام ایشان قابل مناقشه است.

مناقشه اول: کفایت معامله صوری برای تشخیص رشد

مرحوم آقای خمینی اشکال کرده که امتحان متوقف بر اصل معامله است نه بر صحت معامله. وقتی معلوم شد که طفل در تشخیص معامله و اینکه با چه کسی و به چه قیمتی معامله کند راه درست را می‌پیماید، غرض از معامله که تشخیص رشد است حاصل می‌گردد، چه معامله صحیح باشد یا باطل.^۴

تأیید و تکمیل مناقشه اول

در تأیید و تکمیل اشکال فوق می‌توان گفت: هرچند معاملات اختیاری به قصد ترتیب اثر است و کسی حاضر نیست معامله بی اثر انجام دهد، ولی لزومی ندارد که اثر بر معامله صبی مترتب گردد، بلکه ممکن است قبل یا بعد از معامله صبی، معامله دیگری توسط اولیاء انجام گیرد و نقل و انتقال مستند به آن معامله بوده

۱. تحریر الأحکام، ج ۲، ص ۵۳۶.

۲. تذکره الفقهاء، ج ۱۴، ص ۲۴۲.

۳. البته چنان‌که در مناقشه چهارم بر مرحوم آقای حکیم خواهد آمد، نحوه استفاده ابو حنیفه و مرحوم علامه حلی در تحریر با نحوه استفاده مرحوم آقای حکیم از آیه فوق تفاوت دارد.

۴. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۱۷.

و معامله صبیّ صرفاً صوری باشد تا بدان وسیله رشد او امتحان گردد، چنان‌که ممکن است معامله اختباری با خود اولیاء صورت گیرد. لذا به طور متعارف برای تشخیص رشد نیازی نیست که معامله واقعی و صحیح انجام شود بلکه معامله صوری هم کافی است.

بنابراین، اشکال فوق به استدلال مرحوم آقای حکیم وارد است.

مناقشه دوم: دخالت مقدمات معامله (نه اجرای صیغه) در اختبار مرحوم آقای حکیم فرمود اینکه احراز رشد با مقدمات معامله باشد خلاف ظاهر آیه است.

اما به نظر می‌رسد آیه ظهوری ندارد که امتحان لزوماً باید با خود معامله صورت گیرد و با مقدمات معامله نمی‌توان امتحان کرد؛ بلکه می‌توان گفت نفس اجرای صیغه عقد نقشی در احراز رشد یا عدم رشد ندارد و این مقدمات عقد است که وسیله اختبار است؛ نحوه آشنایی یتامی با قیمت‌ها، کیفیت جلب مشتری و اینکه با چه کسانی معامله کند و با چه کسانی معامله نکند و امثال این امور موجب می‌شود که رشد صبیّ امتحان شود.

مناقشه سوم: امکان انجام معامله با اموال ولیّ توسط صبیّ بر فرض، ظهور آیه در امتحان به وسیله خود معامله باشد نه مقدمات آن، چه لزومی دارد که معامله بر روی مال یتیم صورت بگیرد؟ ولیّ می‌تواند از اموال خودش در اختیار یتیم قرار دهد تا با آن معامله کند و امتحان صورت گیرد؛ به عبارت دیگر، می‌تواند به او وکالت دهد که با اموال ولیّ معامله کند. البته توجه شود که صحت وکالت صبیّ با صحت معامله با اموال خودش ملازمه‌ای ندارد، نه به لحاظ ثبوتی و نه به لحاظ فتاوا.

مناقشه چهارم: اثبات نشدن صحت معامله صبیّ در غیر اختبار حتی اگر بپذیریم که برای امتحان باید معامله واقعی روی مال خود یتیم انجام شود، از این مطلب بیش از این اثبات نمی‌شود که در مقام اختبار، معامله یتیم صحیح و نافذ است؛ لذا نمی‌توان به نحو مطلق صحت معامله صبیّ را نتیجه گرفت. ظاهر کلام علامه حلیّ در تحریر و ابو حنیفه نیز همین است که در مورد اختبار، معامله

صبی صحیح است؛ پس دلیل مرحوم آقای حکیم اخض از مدعا است.

مناقشه پنجم: مناقشه در کیفیت تقریر آقای حکیم

مناقشه‌ای دیگر بر کیفیت تقریر مطلب در کلام مرحوم آقای حکیم وارد است (نه اصل مطلب ایشان)، و آن مناقشه این است که ایشان معامله را متوقف بر دفع مال به یتیم دانسته و بعد با تکلف ذیل آیه را معنا کرده؛ لذا فرموده است مراد از ذیل آیه این است که بقیه اموال را به آنها دفع کنید، در حالی که حتی طبق نظر مختار ایشان به این مقدمه نیازی نیست؛ یعنی معامله توقف بر دفع مال و آن هم مال خود یتیم ندارد، بلکه کافی است که مال در دست خود ولی باشد یا مال متعلق به اشخاص دیگر باشد و یتیم با آن اشخاص یا با ولی معامله کند و به همین ترتیب امتحان حاصل می‌شود.

لذا ذیل آیه به همان معنای ظاهرش اخذ می‌شود یعنی «بعد از ایناس رشد، تمام اموالشان - نه باقی اموال - را به آنها دفع کنید»، اما قبل از تحقق دو شرط بلوغ و رشد، هیچ قسمتی از مال یتیم را نمی‌توان به او داد. البته می‌توان همین ظاهر آیه را دلیل بر این گرفت که قبل از تحقق بلوغ و رشد، دفع مال ولو بعض آن جایز نیست.

بررسی اشکالات دلالت آیه ابتلاء بر بطلان عقد صبی

دلالت آیه ابتلاء بر محجوریت صبی و در نتیجه بطلان معامله او از چند جهت مورد اشکال واقع شده است:

اشکال اول: دلالت مفهوم آیه بر عدم وجوب دفع اموال نه حرمت

اولین اشکال که در جواهر^۱ هم مورد بحث قرار گرفته این است که منطوق جمله شرطیه در آیه دلالت دارد که با تحقق شرط بلوغ و ایناس رشد، دفع اموال واجب می‌شود. مفهومش آن است که اگر این دو شرط یا یکی از آنها محقق نشد، دفع اموال واجب نیست، نه اینکه دفع اموال حرام باشد تا از این طریق بطلان معاملات صبی نتیجه گرفته شود.

۱. جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۹.

اشکال دوم: ملازمه نداشتن حرمت دفع مال و بطلان معامله

بر فرض استفاده حرمت دفع اموال از آیه، این حرمت مستلزم بطلان معامله نیست؛ زیرا اگر اموال در دست اولیاء باشد و خود صبیّ تنها در این حدّ که اشخاص را ببینند، با آنها قرار بگذارد و معامله کند، از آیه بطلان چنین معامله‌ای استفاده نمی‌شود، مخصوصاً اگر معامله مطابق مصلحت صبیّ باشد. همچنین اگر مرتکب این حرام شد و مال صبیّ را به دست او داد و او معامله کرد، چرا این معامله باطل باشد؟

اشکال سوم: عدم دلالت آیه بر بطلان معاملات وکالتی صبیّ

به علاوه بر فرض پذیرش دلالت آیه بر بطلان تصرّفات صبیّ در اموال خود، از این آیه، بطلان معاملاتی که صبیّ به وکالت از شخص دیگر انجام می‌دهد استفاده نمی‌شود، حتی اگر این وکالت مطلق باشد و ولیّ او هیچ نظارتی هم بر معاملات نداشته باشد.

پاسخ‌های صاحب جواهر به اشکال اوّل و بررسی آن

صاحب جواهر از اشکال اوّل سه پاسخ می‌دهد که پاسخ سوم ایشان پاسخ صحیحی است ولیّ به هر حال اشکال دوم و سوم به قوّت خود باقی است.

پاسخ اوّل: دلالت عرفی مفهوم آیه بر حرمت دفع

پاسخ اوّل این است که متفاهم عرفی از مفهوم قضیه شرطیه در آیه ابتلاء این است که نهی، دالّ بر حرمت باشد، نه صرف عدم وجوب. بعضی از اعلام مثل علامه بحرالعلوم نیز همین معنا را استفاده کرده‌اند.^۱

در جملاّتی که شبیه این آیه هستند نیز متفاهم عرفی همین معناست؛ مثلاً گاهی گفته می‌شود این کار باید انجام شود، نقطه مقابلش این است که این کار نباید انجام شود، یا گفته می‌شود فلان مطلب چنین است، طرف مقابل می‌گوید: «ما أظنّ ذلك» این معنایش این نیست که ظن ندارم یعنی شک متساوی الطرفین دارم، بلکه معنایش این است که ظنّ قوی به خلاف این مطلب دارم. همچنین این

تعبیر که گفته می‌شود: «استخاره خوب است» و در طرف مقابل گفته می‌شود: «استخاره خوب نیست»؛ یعنی بد است نه اینکه میانه است.

اشکال: دلالت نداشتن مفهوم عرفی آیه بر حرمت دفع با ذکر شواهد عرفی اما اشکال پاسخ فوق این است که مثال‌های محدودی که برای اثبات آن ذکر شد، این قاعده کلی را نمی‌تواند ثابت کند که هر جا وجوبی معلق بر شرطی باشد، با انتفاء شرط، حرمت استفاده شود.

مثلاً وقتی گفته می‌شود: «اگر شخصی به حدّ تکلیف رسید، واجب است تکالیف خود را انجام دهد»، مفهومش قطعاً این نیست که قبل از رسیدن به حدّ بلوغ، حرام است تکالیف را انجام دهد، و همین‌طور در مثال‌های مشابه، مفهوم جمله، نفی جزاء است، نه اثبات یکی از اضداد آن. البته در مثال‌هایی که به آنها اشاره شد باید تأمل کرد که آیا می‌توان تمام این مثال‌ها را تحت یک قاعده عام درآورد و سرّ تفاوت این‌گونه جملات را با سایر جملات به دست آورد یا خیر؟ به هر حال بی‌تردید قانون عامی نداریم که هر جا جزاء در منطوق امر بود، در مفهوم، نهی باشد.

پاسخ دوم: اثبات حرمت از آیه «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ»^۱ بر فرض رفع ید از نکته سابق، حرمت دفع به کمک آیه «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ»^۱ نیز قابل اثبات است. مفاد آیه ابتلاء آن است که در صورت بلوغ و ایناس رشد، محجوریتی که آیه «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ...»^۲ آن را ثابت کرده، مرتفع می‌گردد، و امر «فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»^۳ به معنای رفع محجوریت است.^۴

۱. النساء، ۵.

۲. النساء، ۶.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۲۰: «و اما الرابعة: فواضحة بناء على أن المفهوم في الشرط النهي كما يقتضيه كلام بعضهم، و مال إليه العلامة الطباطبائي، و ربما يشهد له العرف بل و إن لم نقل بذلك و كان المراد من الأمر هنا رفع الحجر المفهوم من قوله «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» إلى آخره بل و إن لم يكن المراد منه ذلك، لكن المقام منحصر بين الوجوب و الحرمة إذ الخطاب للأولياء، و الدفع إما أن يجب عليهم أو يحرم، و لا ثالث لهما، فتكون الحرمة حينئذ من لوازم عدم الوجوب هنا و الله أعلم».

توضیح بیشتر: نهی «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ» درست در آیه قبل از آیه ابتلاء یتامی قرار گرفته است؛ لذا مرحوم

اشکالات پاسخ دوم

اما پاسخ دوم ایشان با دو اشکال مواجه است:

اشکال اول: دلالت «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» بر حرمت دفع اموال نه بطلان معاملات اولاً، از آیه قبل، یعنی آیه «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» تنها حرمت اعطاء مال به سفیه استفاده می‌شود، اما دلالتی بر بطلان معامله ندارد. معامله‌ای که خود سفیه عهده‌دار تشخیص آن بوده و تنها مجری صیغه نبوده است، به ویژه اگر سفیه معامله‌ای را انجام دهد که اولیاء وی آن را مطابق مصحلت دانسته و مال هم در اختیارش نباشد، از آیه بطلان چنین معامله‌ای استفاده نمی‌شود.

اشکال دوم: ملازمه نداشتن بطلان معامله سفیه با بطلان معامله یتیم ثانیاً، بر فرض قبول دلالت آیه بر بطلان معامله سفیه، میان بطلان معامله سفیه و بطلان معامله یتیم ملازمه‌ای وجود ندارد؛ زیرا ممکن است یتیم رشید باشد و سفیه نباشد.^۱

پاسخ سوم: استفاده حرمت با لحاظ حرمت تصرف در اموال غیر پاسخ سوم صاحب جواهر این است که به لحاظ تناسب حکم و موضوع، در مورد اموال اشخاص چه ایتام و چه غیر ایتام، امر دائر بین وجوب و حرمت است. اگر اشخاص صلاحیت داشته باشند، واجب است اموالشان به آنها داده شود و اگر صلاحیت نداشته باشند، نباید اموال را در اختیارشان قرار داد؛ لذا فرض ثالثی وجود ندارد. بنابراین، با نفی وجوب، حرمت ثابت می‌گردد.^۲

تأیید پاسخ سوم

این پاسخ، صحیح است؛ زیرا طبق قواعد اولیه مثل «التاس مسلطون علی أموالهم»^۳

صاحب جواهر به قرینه سیاق، مفاد «فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» را به مفاد نهی فوق مرتبط ساخته و امر را در آیه در مقام بیان کیفیت پایان یافتن محجوریت سفهاء دانسته است.

۱. این دو اشکال ارتباطی به پاسخ دوم (اثبات حرمت از آیه «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ») ندارد. بحث در حرمت دفع مال به صبی است، نه بطلان معامله او.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۲۰.

۳. عوالی اللکلی، ج ۲، ص ۱۳۸، ح ۳۸۸.

و بناء عقلاء نمی‌توان مال دیگران را نگه داشت و باید به آنها داده شود، مگر اینکه مانع و اشکالی وجود داشته باشد و به صلاح نباشد که در این صورت نباید مالشان را به آنها داد، نه اینکه ممانعت فقط جائز باشد.^۱ بنابراین، اشکال اول با این پاسخ مرحوم صاحب جواهر مندرج است. اشکال اول این بود که مفهوم آیه دلالت بر عدم وجوب دفع اموال داشت نه حرمت، و با این پاسخ اخیر روشن شد که مفهوم آیه دال بر حرمت است.

نتیجه: عدم دلالت آیه ابتلاء بر محجوریت صبی

اما آن دو اشکال دیگر که قبلاً بیان کردیم، به قوت خود باقی هستند؛ یعنی از حرمت دفع اموال، بطلان معاملات استفاده نمی‌شود، مخصوصاً اگر معامله با نظارت و امضای ولی باشد. به علاوه اگر صبی، وکیل دیگری باشد در تصرف در اموال آن شخص، دلیلی بر بطلان چنین معاملاتی وجود ندارد.

پس نتیجه این شد که از آیه «وَابْتَأُوا الْيَتَامَى...» نمی‌توان محجوریت صبی را استفاده کرد. شاید مرحوم شیخ انصاری به دلیل همین اشکالات، اصلاً آیه ابتلاء را مورد بحث قرار نداده است و حدیث رفع قلم را بررسی کرده است.^۲

دلیل دوم بر بطلان عقد صبی: تمسک به حدیث رفع قلم

دلیل دیگری برای بطلان عقد صبی مطرح شده است.

تمسک قداماء عامه و خاصه به حدیث رفع قلم

قبل از مرحوم شیخ هم عده زیادی از علماء به این حدیث در فروع فقهی تمسک کرده‌اند و حتی قداماء مثل شیخ طوسی - در مواضع مختلف کتاب خلاف^۳ و مبسوط^۴ -

۱. در حقیقت، عرف وقتی می‌بیند شارع در مواردی قاعده «تسلط مردم بر اموالشان» را نپذیرفته، می‌فهمد که اعطاء مال به صاحبش حرام است و به صلاح نبوده است.

۲. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۷۶.

۳. الخلاف، ج ۲، ص ۴۴۹، ۲۱۹، ۴۱؛ ج ۳، ص ۱۷۹، ۳۵۳؛ ج ۵، ص ۱۷۶، ۲۷۱، ۳۲۴؛ ج ۶، ص ۳۸۱، ۳۸۹.

۴. المبسوط، ج ۱، ص ۳۵۴؛ ج ۲، ص ۲۸۲؛ ج ۳، ص ۳؛ ج ۴، ص ۵۱؛ ج ۵، ص ۱۹۴، ۵۲؛ ج

ابن زهره^۱ و ابن ادریس^۲ این حدیث را مطرح کرده‌اند. سابقه استدلال به این حدیث به قبل از مرحوم شیخ طوسی می‌رسد. علمای عامه مثل ابو حنیفه^۳ و شافعی^۴ نیز به آن استدلال کرده‌اند.^۵

۷. ص ۱۵، ۵۰، ۶۸؛ ج ۸، ص ۲۱.

۱. غنیة النزوع، ص ۲۱۰.

۲. السرائر، ج ۳، ص ۲۰۷؛ أجوبة مسائل و رسائل (ابن ادریس)، ص ۱۲۱.

۳. برای نمونه: الحاوی الکبیر، ج ۳، ص ۱۵۲؛ ج ۴، ص ۲۰۶؛ ج ۶، ص ۳۴۳؛ ج ۸، ص ۸۵؛ و ص ۲۸۳؛ تذکرة الفقهاء، ج ۷، ص ۲۵؛ ج ۱۵، ص ۲۵۱-۲۵۲، م ۸۴۵.

۴. برای نمونه: المغنی (ابن قدامة)، ج ۹، ص ۱۳، م ۷۱۰۰؛ تذکرة الفقهاء، ج ۱۵، ص ۲۵۱-۲۵۲، م ۸۴۵.

۵. توضیح بیشتر: استدلال به حدیث رفع قلم در نفی حکم وضعی از صبی یا مجنون در موارد بسیاری از خلاف و مبسوط دیده می‌شود. در خلاف برای اثبات عدم زکات در مال صبی و عدم صحت مکاتبه صبی و مجنون و عدم صحت اِعمال خیار از سوی مجنون به این حدیث استناد شده است (الخلاف، ج ۲، ص ۴۱؛ ج ۳، ص ۲۸؛ ج ۶، ص ۳۸۱ و ۳۸۹). البته موارد تمسک شیخ طوسی به این حدیث در کتاب خلاف منحصر به این موارد نیست.

در مبسوط مرحوم شیخ طوسی هم برای اثبات محجوریت صبی و عدم وقوع طلاق مجنون به این حدیث استدلال شده است (المبسوط، ج ۲، ص ۲۸۲؛ ج ۵، ص ۵۲). در خلاف نیز برای بطلان بیع و شراء صبی به این حدیث تمسک شده است (الخلاف، ج ۳، ص ۱۷۹). شاید مرحوم شیخ انصاری از این جهت عبارت مبسوط در باب اقرار را برگزیده که به عنوان قاعده عام، مسلوب اللفظ بودن صبی را عنوان کرده و به این حدیث استناد شده است. عبارت مبسوط که مرحوم شیخ انصاری به اختصار نقل کرده چنین است: «فاما غیر المکلفین فمثل الصبی و المجنون و النائم فهؤلاء اقرارهم لا یصح لقوله ﷺ رفع القلم عن ثلاثة... و رفع القلم عنهم یقتضی الا یكون لکلامهم حکم» (المبسوط، ج ۳، ص ۳). این نخستین موردی است که در مبسوط چنین مطلبی ذکر شده است، در بحث وصیت نیز آمده است: «و اما راعینا البلوغ لان الصبی لا یجوز ان یكون وصیا لقوله ﷺ رفع القلم... و اذا کان كذلك لم یکن لکلامه حکم و من کان كذلك لا یجوز ان یكون وصیا» (المبسوط، ج ۴، ص ۵۱).

در بحث نفقات هم به حدیث رفع قلم اشاره شده است: «فإذا ثبت ذلك فالكلام في فصلين في صفة الولد الذي يستحق النفقة، و صفة الوالد الذي يجب عليه الإنفاق. فاما صفة الولد فان یكون أولا معسرا ثم یكون ناقص الخلق أو ناقص الأحکام أو ناقص الأحکام و الخلق... اما ناقص الاحکام فالولد الصغير لانه لا حکم لکلامه و القلم لا یجری علیه» (المبسوط، ج ۶، ص ۳۰).

مرحوم شیخ طوسی در خلاف می‌گوید: «اذا وكل صبیا في بیع او شراء او غیرهما لم یصح التوکیل و ان تصرف لم یصح تصرفه... دلیلنا قوله ﷺ: رفع القلم عن ثلاثة... و رفع القلم یقتضی الا یكون لکلامه حکم» (الخلاف، ج ۳، ص ۲۵۳).

پیش از مرحوم شیخ طوسی، مرحوم سید مرتضی در ناصریات می‌گوید: «الصحيح عندنا انه لا زکاة في

اشکالات شیخ انصاری به دلالت حدیث رفع قلم

مرحوم شیخ انصاری سه اشکال به دلالت حدیث رفع قلم مطرح کرده است.^۱ این اشکالات چنین است:

اشکال اول: ظهور حدیث در رفع قلم مؤاخذه نه قلم جعل احکام

اولاً، ظاهر حدیث رفع، رفع قلم مؤاخذه است نه رفع احکام؛ لذا همان طور که مشهور قائل اند، عبادات صبیّ صحیح و شرعی اند نه تمرینی. این بدان معنی است که احکام شرعی در حق صبیّ، علی رغم رفع قلم از آنها ثابت است.^۲ به عبارت دیگر، مراد از قلم وضع و رفع، آن قلمی است که پس از انجام دادن عمل و به منظور ثبت اعمال انسان ها به کار می افتد، نه آن قلمی که پیش از عمل و برای جعل احکام بر مکلفین به کار افتاده است، مانند: «کَتَبَ عَلَیْکُمُ الصَّیَامَ»^۳.

اشکال دوم: شمول احکام وضعی نسبت به صبیّ طبق مشهور

ثانیاً، بر فرض قبول کنیم که مقصود از رفع قلم رفع احکام است، باید بر رفع احکام تکلیفی حمل شود نه رفع احکام وضعی؛ زیرا احکام وضعی همان گونه که مشهور معتقدند در حق صبیّ ثابت است.^۴

اگر قائل به رفع احکام وضعیّه از صبیّ شویم، باید قائل به عدم جزئیّت و شرطیّت و مانعیّت اجزاء و شرایط و موانع عبادات برای او شویم، در حالی که در صورتی می توان حکم به صحت عبادات صبیّ نمود که عبادتش با همه

مال الصبی من العین و الورق دلیلنا علی صحة ما ذهبنا الیجمع ... و ایضا ما روي عن النبی ﷺ انه قال رفع القلم عن ثلاثة، عن الصبی حتی یحتلم، و فی ایجاب الزکاة فی ماله اثبات جری القلم علیه. فان قيل: انتم توجبون فی مال الصبی العشر و ضمان الجنایات و نحوها، قلنا: کل هذا خرج بدلیل و الظاهر بخلافه» (المسائل الناصریات، ص ۲۸۲).

۱. البته این اشکالات با قطع نظر از دلیل هفتم (روایت ابو البختری) است که طبق آن مرحوم شیخ معتقد است معنای جدیدی برای حدیث رفع قلم حاصل می شود که دلالت حدیث رفع قلم را تمام می کند.

۲. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۷۸.

۳. البقرة، ۱۸۳.

۴. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۷۸.

شرایط و اجزاء و فقد موانع جز موارد شاذاً توأم باشد و گرنه باید در مورد عبادات صبیّ قائل به تخصیص شده و بگوییم همه احکام وضعیه در مورد او مرفوع بوده به استثناء احکام وضعیه شرطیت و جزئیت و مانعیت در عبادات، که مسلماً چنین نیست.

بنابراین جنابت برای صبیّ ثابت می شود و حکم تکلیفی برای صبیّ در پی ندارد؛ اما پس از بلوغ، حکم تکلیفی وجوب غسل را برای او اثبات می کند. همچنین این حکم وضعی مستتبع حکم تکلیفی نسبت به سایر بالغین است، مثلاً بر بالغین حرام است که برای او امکان متّ کتابت مصحف را فراهم نمایند.

بنابراین، اشکالی ندارد که بگوییم معامله صبیّ هرچند در آن زمان برای خودش حکم تکلیفی نمی آورد، اما مستلزم حکم تکلیفی (وجوب وفاء) برای او پس از بلوغ یا برای ولیّ او که عقد با اذن یا اجازه او واقع شده، می باشد.

اشکال سوم: امکان موضوع بودن افعال غیر بالغین برای بالغین
ثالثاً، بر فرض که حدیث رفع قلم دالّ بر رفع مطلق احکام باشد، اما این امکان هنوز وجود دارد که افعال غیر بالغین موضوع احکامی برای بالغین قرار گیرند، همان گونه که گاهی فعل حیوانی موضوع تکلیف نسبت به انسان می شود. نتیجه اینکه فعل صبیّ تا زمانی که صبیّ است موضوع هیچ حکم وضعی یا تکلیفی برای صبیّ نیست، اما می تواند موضوع حکم بالغین باشد و صبیّ نیز بعد از بلوغ، موضوع حکم می شود.

مرحوم شیخ انصاری با فرض اینکه تمام احکام چه تکلیفی و چه وضعی مختص بالغین است می گوید:

«لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعولة في حق

۱. مانند لزوم ستر برای صبیّه که در نماز طبق روایت ذیل منتفی دانسته شده است:

وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۲۸، ح ۲: عن محمد بن إسماعيل عن الفضل بن شاذان و عن أبي علي الأشعري عن محمد بن عبد الجبار جميعاً عن صفوان بن يحيى عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الجارية التي لم تدرك متى ينبغي لها أن تغتسل رأسها مقن ليس بينها وبينه محرم و متى يجب عليها أن تنقع رأسها للصلاة قال لا تغتسل رأسها حتى تحرم عليها الصلاة».

البالغین فیکون الفاعل کسائر غیر البالغین خارجاً عن ذلک الحکم
الی وقت البلوغ.^۱

بررسی ابهاماتی در اشکال دوم و سوم شیخ انصاری
ابهاماتی در عبارت مرحوم شیخ انصاری وجود دارد.

ابهام اول: ابهام در علت تعبیر «المشهور» به جای طرح نظر خود در اشکال دوم
ابهام اول این است که ایشان در اشکال دوم به جای طرح نظر خود، «المشهور»
تعبیر می‌کنند نه «المشهور المنصور» و ممکن است کسی اشکال کند که نظر
مشهور حجت نیست.

پاسخ اول: تناقض بین قول مشهور به ثبوت حکم وضعی در صبی و تمسک به رفع قلم در مقام
برای رفع این ابهام می‌توان عبارت را این‌گونه توجیه کرد که کسانی مانند مرحوم
شیخ طوسی^۲، مرحوم ابن زهره^۳، مرحوم ابن ادریس^۴ و مرحوم علامه^۵ که به حدیث
رفع قلم تمسک کرده‌اند خودشان جزء مشهور هستند، لذا مرحوم شیخ شاید به
این عده اشکال می‌کند که مشهور، احکام وضعی را در حق صبی ثابت می‌دانند و
شما هم جزء آنها هستید، پس چرا به حدیث رفع قلم استدلال کرده‌اید؟

پاسخ دوم: حجّت مطلق ظنّ با تمسک به مبنای انسداد
احتمال دیگر این است که شیخ انصاری قائل به انسداد است، ولی چون مسئله
مورد نزاع بوده، نخواسته است صریحاً نظر خود را بیان کند، بلکه با اشاراتی در
اصول و نیز با فتوا بر طبق قول مشهور در فقه، این مبنای خود را اعلام کرده است،
پس ایشان شهرت را از باب ظنّ خاص حجت نمی‌داند ولی در موارد ظنّ آوری
شهرت، از باب مطلق ظنّ حجت می‌داند.

۱. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۷۸.

۲. الخلاف، ج ۳، ص ۱۷۹؛ و ص ۳۵۳.

۳. غنیة النزوع، ص ۲۱۰.

۴. السرائر، ج ۳، ص ۱۸۹.

۵. نهاية الإحکام، ج ۲، ص ۴۵۵؛ منتهی المطلب، ج ۷، ص ۹۱.

ابهام دوم: ابهام در فرق «سبب» در اشکال دوم و «موضوع» در اشکال سوم
 ابهام دوم در عبارت مرحوم شیخ انصاری این است که ایشان در اشکال دوم تعبیر می‌کند که احکام وضعی در حق صبی ثابت است، لذا مانعی ندارد که بگوییم عقد صبی سبب حکم تکلیفی وجوب وفاء پس از بلوغ می‌شود. اما در اشکال سوم نیز همین مفاد را تکرار کرده و فرموده است بر فرض اینکه نه حکم تکلیفی برای صبی ثابت باشد و نه حکم وضعی، ولی مانعی ندارد که فعل صبی، موضوع ثبوت حکمی برای او پس از بلوغ باشد.

سؤال این است که سبب بودن با موضوع بودن چه تفاوتی دارد؟ اگر در اشکال سوم فرض کردید که حدیث رفع، احکام وضعی از جمله سببیت عقد صبی برای وجوب وفاء بعد از بلوغ را برمی‌دارد، دیگر چه معنا دارد که فعل صبی را موضوع برای حکم بعد از بلوغ قرار می‌دهید؟ مگر موضوعیت چیزی غیر از سببیت است؟
 لذا با وجود اشکال دوم، دیگر جایی برای اشکال سوم باقی نمی‌ماند؛ چون هر دو یکی است.

پاسخ ابهام دوم با ذکر سه مطلب
 اما ممکن است این ابهام پاسخ داده شود.

مطلب اول: اراده صحت عقد صبی (نه سببیت) از حکم وضعی در اشکال دوم برای رفع این ابهام، به عبارت مرحوم شیخ با دقت بیشتری باید توجه شود. ایشان فرموده است:

«ثانیا انّ المشهور علی الالسنه انّ الاحکام الوضعیه لیست مختصه بالبالغین فلا مانع من ان یکون عقده سببا لوجوب الوفاء بعد البلوغ او علی الولی اذا وقع باذنه او اجازته، کما یکون جنابته سببا لوجوب غسله بعد البلوغ و حرمة تمکینه من من المصحف.»^۱

با توجه به تنظیم بحث به جنابت که حکمی وضعی است به نظر می‌رسد که مرحوم شیخ در این اشکال دوم، حکم وضعی‌ای را که برای صبی تصحیح می‌کند سببیت نیست، بلکه صحت عقد است؛ یعنی با توجه به عدم اختصاص احکام

۱. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۷۸.

وضعی به بالغین، صحت عقد که حکمی وضعی است درباره صبی ثابت است.

مطلب دوم: تعبیر «سبب» به دلیل مقوم یا مصتحح بودن حکم تکلیفی برای حکم وضعی اما پرسش این است که چرا ایشان از سببیت در اشکال دوم سخن گفته است؟ پاسخ این است که حکم وضعی بدون حکم تکلیفی لغو است، خواه ما مبنای مرحوم شیخ را بپذیریم که اساساً حکم وضعی منتزع از حکم تکلیفی است، یا حکم وضعی را مجعول مستقل بدانیم، به هر حال حکم تکلیفی یا مقوم حکم وضعی یا مصتحح حکم وضعی است.

مطلب سوم: قبول صحت عقد صبی در اشکال دوم مرحوم شیخ به خلاف اشکال سوم حال با توجه به دو مطلب فوق، می‌توان گفت: ممکن است مراد مرحوم شیخ در اشکال دوم آن باشد که با فرض نفی حکم تکلیفی در ایام کودکی دلیلی بر نفی حکم وضعی یعنی صحت معامله صبی وجود ندارد و مراد ایشان در اشکال سوم، نفی سببیت، یعنی همان موضوع بودن افعال صبی برای بالغین است، نه نفی خود حکم وضعی (صحت معامله).

توضیح مطلب: بدون حکم تکلیفی، حکم وضعی لغو است، اما لازم نیست این حکم تکلیفی در همان زمان صباوت جاری باشد، بلکه اگر در حق ولی صبی یا در حق خود صبی اما پس از بلوغ وی، جاری باشد، حکم وضعی (صحت عقد) در همان زمان کودکی دیگر لغو نخواهد بود. اشکال دوم شیخ انصاری این مطلب است. اما در اشکال سوم، مرحوم شیخ انصاری حتی با فرض نفی حکم وضعی (صحت عقد) می‌فرماید چه مانعی دارد که فعل صبی، سبب و موضوع یک حکم برای بالغین یا برای خود صبی پس از بلوغ باشد.

خلاصه، ابهام فوق از اینجا ناشی شده است که حکم وضعی در اشکال دوم «سببیت» تصور شده، ولی ظاهراً حکم وضعی که در اشکال دوم برای صبی پذیرفته می‌گردد، صحت معامله است.

حال اشکال‌های سه‌گانه شیخ انصاری بر حدیث رفع بررسی می‌شود.

بررسی مناقشه در اشکال اول شیخ انصاری

در اشکال اول مرحوم شیخ انصاری به حدیث رفع قلم ممکن است مناقشه شود.

مناقشه اول: قبول ملازمه بین رفع مؤاخذه و رفع حکم در بحث برائت رسائل مناقشه اول این است که مرحوم شیخ انصاری در رسائل یکی از ادله برائت و نفی حکم را حدیث رفع (رفع عن امتی...) دانسته و مراد از آن روایت را نیز رفع مؤاخذه دانسته است؛ لذا از نفی مؤاخذه، نفی حکم را نتیجه گرفته، در حالی که در حدیث رفع قلم، منکر این ملازمه شده است؛ لذا در کلام شیخ انصاری تهافت به ذهن می‌رسد. توضیح اینکه ایشان در این بحث^۱، رفع قلم از صبی را به معنای رفع مؤاخذه گرفته و از کلامش در اشکال اول استفاده می‌شود که قائل به ملازمه بین رفع مؤاخذه و رفع حکم نیست و لا اقل تردید دارد؛ به عبارت دیگر، لازمه فعلیت نداشتن عقوبت، نفی استحقاق عقوبت نیست تا از آن بالاتزام نفی حکم استفاده شود، همان‌طور که ایشان در بحث برائت نیز در ذیل آیه «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا» قائل شده بین نفی عقاب و نفی حکم ملازمه نیست، مانند ظهار و نیت گناه^۲. نمونه‌های دیگر آن گناه صغیره است که حرام است ولی با اجتناب از کبائر بخشیده می‌شود، یا اصلاً گاهی با توبه یا تفصلاً ارتکاب حرام آمرزیده می‌شود.

پاسخ مناقشه اول

اما این مناقشه قابل پاسخ است.

پاسخ اول: قبول ملازمه در رفع احکام الزامی نه مطلق احکام

اولاً، گرچه مرحوم شیخ در رسائل هنگام بحث از دلیل بودن آیه شریفه «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا» بر برائت، به این عدم ملازمه تصریح کرده اما استناد این عدم ملازمه به عبارت مکاسب ایشان صحیح نیست و می‌توان عبارت مکاسب را به گونه‌ای تفسیر نمود که با مبنای ملازمه هم قابل توجیه باشد، با این بیان که اگر نفی عقاب یا اخبار به نفی عقاب با نفی حکم ملازمه داشته باشد، با این بیان که نفی حکم الزامی ملازم است ولی هیچ ملازمه‌ای با نفی حکم غیر الزامی همچون حکم استحبابی ندارد، و لذا مشروعیت عبادات صبی با عدم مؤاخذه وی بر ترک الزامیات منافاتی ندارد.

۱. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۷۸.

۲. فوائد الأصول، ج ۲، ص ۲۲-۲۴.

با توجه به این مطلب مرحوم شیخ انصاری در اشکال اول خود درباره حدیث رفع قلم می‌فرماید که مدلول مستقیم این حدیث، رفع قلم مؤاخذه است، و مدلول التزامی آن هم (بنا بر قول به ملازمه فوق) رفع حکم الزامی است، نه رفع مطلق حکم. در اشکال دوم مرحوم شیخ می‌فرماید: اگر ما مدلول مستقیم حدیث رفع قلم را رفع حکم بدانیم و اطلاق آن را شامل رفع احکام تکلیفی غیر الزامی هم بدانیم، باز نمی‌توان آن را به احکام وضعی سرایت داد؛ زیرا بنا بر مشهور، احکام وضعی اختصاصی به بالغین ندارد.

بنابراین اشکال دوم مرحوم شیخ انصاری هم بر مبنای ملازمه و هم بر مبنای عدم ملازمه جا دارد و شاید به همین جهت مرحوم شیخ در اینجا از مبنای خود در عدم ملازمه بین نفی مؤاخذه و نفی حکم الزامی سخن نگفته است.

پاسخ دوم: قبول ملازمه در بحث برائت به دلیل جریان قاعده قبح

ثانیاً، شیخ انصاری به نظیر این تناقض در رسائل پاسخ داده است؛ زیرا در بحث ملازمه بین حکم عقل و شرع، مرحوم میرزای قمی می‌فرماید: 'اصولیین دچار تناقضی شده‌اند؛ زیرا در بحث ملازمه بین حکم عقل و شرع، تمسک به آیه «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا»^۲ را نمی‌پذیرند، اما در بحث برائت می‌پذیرند.

توضیح مطلب: اخباریون به استناد آیه فوق می‌گویند عذاب متوقف بر تمامیت حجت از طریق ارسال رسل (یعنی وجود بیان نقلی) است و بر مخالفت حکم عقل عذابی نیست، لذا بین حکم عقل و حکم شرع ملازمه‌ای نیست. اصولیین در جواب می‌گویند: آیه بر نفی عقوبت دلالت دارد و نفی عذاب، دلیل بر نفی استحقاق عذاب نیست؛ چون ممکن است با وجود استحقاق، تفضلاً کسی را عذاب نکنند و آنچه ملازم با نفی حکم است نفی استحقاق عذاب است نه نفی فعلیت آن، پس این آیه دلیل بر عدم ملازمه بین حکم عقل و شرع نیست. اما همین اصولیین در بحث برائت به همین آیه استدلال کرده و نفی حکم را از آن استفاده می‌کنند. پرسش این است که بین این دو باب چه فرقی وجود دارد؟

۱. قوانین الأصول، ج ۳، ص ۴۸.

۲. الإسراء، ۱۵.

مرحوم شیخ در جواب این شبهه می‌فرماید: بین نفی عقوبت و نفی حکم ذاتاً ملازمه‌ای نیست و در بحث ملازمه بین حکم عقل و شرع، کلام اصولیین در ردّ استناد اخباریین به آیه «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ» تمام است؛ اما علت اینکه در بحث برائت به همین آیه استناد می‌کنند و قائل به ملازمه بین نفی عقوبت و نفی استحقاق عقوبت و به تبع آن نفی حکم می‌شوند، وجود دلیل دیگری یعنی قاعده قبح عقاب بلا بیان است که مورد اتفاق اصولیین و اخباریین است.^۱

توضیح مطلب: اخباریین روایاتی را که اثبات هلاکت در مورد ارتکاب شبهات می‌کند، بر قاعده قبح وارد دانسته و خود را به رعایت احتیاط ملزم می‌دانند، ولی صرف نظر از اینکه این مطلب صحیح است یا نه، مرحوم شیخ در جواب از شبهه مرحوم میرزای قمی می‌فرماید: آیه «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ» نفی عذاب و هلاکت در مورد ارتکاب مجهول می‌کند و به قرینه آیه شریفه، مفاد روایات فوق (اخبار تثلیث) بر غیر مورد برائت حمل می‌شود و با حمل مذکور، موضوع قاعده قبح عقاب بلا بیان، بلا اشکال تمام می‌شود و معنا چنین می‌شود: بدون بعث رسل (بیان) عذابی نمی‌شود و عقاب قبیح است، و هرگاه عقاب قبیح شد استحقاق عقاب هم نخواهد بود، و عدم استحقاق عقاب ملازم با نفی حکم الزامی (برائت) است.

خلاصه اینکه به قرینه آیه «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ» روایات تثلیث بر غیر مورد مجهول حمل می‌شود و چون در این صورت، در مورد مجهول بیانی نیست، قاعده قبح عقاب بلا بیان که مساوق با عدم استحقاق عقاب است در مجرای برائت جاری شده ملازم با نفی حکم می‌شود؛ اما در بحث ملازمه بین حکم عقل و شرع، بیان موجود است؛ زیرا آیه شریفه نمی‌تواند از بیان بودن حکم عقل جلوگیری کند، لذا موضوع قاعده قبح عقاب بلا بیان تمام نیست تا با کمک آن عدم استحقاق عقاب و به تبع آن عدم حکم در مورد احکام عقل ثابت شود.

۱. فرائد الأصول، ج ۲، ص ۲۳-۲۴.

۲. وسائل الشیعه، ج ۲۷، ص ۱۵۷، ح ۹: و عن محمد بن یحیی عن محمد بن الحسین عن محمد بن عیسی عن صفوان بن یحیی عن داود بن الحصین عن عمر بن حنظله عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: «وإنما الأمور ثلاثة أمر بين ردة فيتبع وأمر بين غيبة فيجتنب وأمر مشكل يرده علمه إلى الله (وإلى رسوله) قال رسول الله صلى الله عليه وآله حلال بين وحرام بين وشبهات بين ذلك...».

در مورد نفی حکم از صبّی نیز مانند باب ملازمه بین حکم عقل و شرع، قاعده قبح عقاب بلا بیان موضوع ندارد تا بتوان از نفی عقوبت، نفی استحقاق و به تبع آن نفی حکم را بالاتزام استنتاج نمود.

بررسی پاسخ دوم با بررسی اشکالات مرحوم آخوند
 مرحوم آخوند دو اشکال بر پاسخ مرحوم شیخ انصاری به میرزای قمی مطرح کرده است:^۱
اشکال اول: جدلی بودن تمسک به قبول اخباری نسبت به ملازمه
 مرحوم آخوند فرموده است: این استدلال برهانی نیست، بلکه جدلی است.

پاسخ: برهانی بودن ملازمه به دلیل جریان قاعده قبح
 اما می توان گفت: در باب برائت، اگر دلیلی بر بیان نباشد، با قبح عقاب بلا بیان، استحقاق عقوبت و به تبع آن حکم الزامی نفی می شود. اخباریون ادله احتیاط را «بیان» می دانند و طبق نظر آنها احادیثی چون حدیث تثلیث، هلاکت را در موارد مشتبّه ثابت می کند، ولی به نظر اصولیون آیه «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا» با نفی فعلیت عقاب، حدیث تثلیث را از صحت استناد می اندازد، لذا قاعده قبح عقاب بلا بیان موضوع پیدا می کند؛ بنابراین استدلال فوق برهانی است (نه جدلی) و ذکر کلام اخباریون برای اشاره به متفق علیه بودن کبرای قاعده قبح عقاب بلا بیان است. لذا در بحث جاری نیز که بحث از حدیث رفع قلم است، در کلام شیخ انصاری تناقضی با آنچه ایشان درباره آیه «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ...» و حدیث «رفع عن امتی...» در بحث برائت مطرح کرده، وجود ندارد؛ زیرا چنین نیست که در بحث حدیث رفع قلم به مانند بحث آیه مذکور و حدیث «رفع عن امتی...»، قاعده قبح عقاب بلا بیان که مفادش نفی استحقاق عقاب و نفی حکم است، جاری شود، چنان که در بحث ملازمه بین حکم عقل و شرع نیز قاعده قبح جاری نیست.

اشکال دوم: عدم ملازمه نفی عقاب و نفی استحقاق عقاب در نزد اخباری
 مرحوم آخوند در اشکال دیگری فرموده است: اخباریون هم به ملازمه بین نفی فعلیت عقاب و نفی استحقاق عقاب قائل نیستند؛ یعنی پاسخ مرحوم شیخ حتی

۱. کفایة الأصول (چاپ آل البیت)، ص ۳۳۹.

یک پاسخ جدلی هم نیست.^۱

مسلّم است که عوامل مختلفی مثل عفو شارع، توبه مکلف و شفاعت وجود دارد که با وجود تحقق معصیت (که نشانه وجود حکم الزامی است)، عقاب صورت نمی‌گیرد؛ بنابراین حتی با قطعی بودن معصیت، فعلیت عقاب، قطعی نیست تا چه رسد به مورد بحث در باب برائت که اصل تحقق معصیت مشکوک است.

پاسخ آقای نایینی

مرحوم آقای نایینی از اشکال دوم مرحوم آخوند پاسخ داده است.

مطلب اوّل: نقض غرض بودن حکم به تحریم با اخبار به عدم عقاب

ایشان فرموده است که هرچند بین نفی واقعی عقاب با نفی واقعی حرمت ملازمه نیست و مانعی ندارد که عملی حرام باشد ولی به جهاتی شارع مکلف را واقعاً عقاب نکند، ولی با توجه به اینکه رادع غالب مکلفین از انجام محرمات، عقاب الهی است، اخبار از عدم عقاب با حرمت واقعی سازگار نیست؛ زیرا تأمین دادن شارع در موارد تحریم، سبب تجرّی مکلفین و نقض غرض شارع از جعل تحریم است.

مطلب دوم: نقض غرض نبودن اخبار از نفی عقاب در برخی موارد

به علاوه شارع در برخی موارد اخبار از عدم عقاب نموده، ولی این اخبار نقض غرض نیست، مثلاً بنا بر روایات، نیت مجرد از عمل، عقاب ندارد،^۲ ولی هیچ‌گاه اخبار شارع از عدم عقاب بر نفس نیت سبب نمی‌شود که مکلف تصمیم به انجام نیت کاری بگیرد که بعداً از انجام آن منصرف گردیده یا عامل دیگری مانع تحقق آن کار گردد، و اصولاً قصد انجام نیت مجرد از عمل، از کسی متمشّی نمی‌شود.

همین طور در آیه شریفه ﴿إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ﴾^۳

۱. کفایة الأصول (جواب آل البيت)، ص ۳۳۹.

۲. برای نمونه: وسائل الشیعة، ج ۱، ص ۵۱، ح ۶؛ و عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن علی بن حدید عن جمیل بن ذراج عن زرارة عن أحدهما عليه السلام قال: «إِنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى جَعَلَ لَادَمَ فِي ذُرِّيَّتِهِ أَنْ مِنْ هَمٍّ بِحَسَنَةٍ فَلَمْ يَعْمَلْهَا كَتَبَتْ لَهُ حَسَنَةٌ وَمِنْ هَمٍّ بِحَسَنَةٍ وَعَمَلْهَا كَتَبَتْ لَهُ عَشْرًا وَمِنْ هَمٍّ بِسَيِّئَةٍ لَمْ تَكْتَبْ عَلَيْهِ وَمِنْ هَمٍّ بِهَا وَعَمَلْهَا كَتَبَتْ عَلَيْهِ سَيِّئَةٌ».

۳. النساء، ۳۱.

اخبار از عفو بر گناهان صغیره در صورت اجتناب از ارتکاب کبائر شده، ولی مراد از اجتناب از کبائر، اجتناب لحظه‌ای نیست، بلکه اجتناب مادام العمر است، چه کسی مطمئن است که مادام العمر کبائر را مرتکب نمی‌شود تا این آیه وی را جرأت دهد که گناهان صغیره انجام دهد؟^۱

خلاصه، مکلف را در خوف و رجاء قرار دادن مانعی ندارد. در این آیه و نیز در مورد شفاعت و توبه، مکلف در خوف و رجاء است و تأمین قطعی برای وی حاصل نمی‌گردد و این امر اشکالی ندارد؛ ولی در غیر این‌گونه موارد، اخبار از عدم عقاب و تأمین مکلف مساوق با عدم استحقاق عقاب و عدم حرمت واقعی است. قبل از آقای نایینی نیز برخی به نحو دقیق‌تر همین مطلب را فرموده‌اند، مثل ملا خلیل قزوینی در حاشیه عده.^۲

اشکال بر پاسخ آقای نایینی

اما کلام مرحوم آقای نایینی با یک اشکال نقضی و یک اشکال حلّی مواجه است:

اشکال نقضی: نفی عقاب ذنوب تا چهار ماه بعد از حج با وجود بقاء حرمت اشکال نقضی این است که در روایات وارد شده که «الحاج لا یکتب علیه الذنب أربعة أشهر»^۳، ظاهر این روایات آن است که ذنب از حاجی سر می‌زند و حرمت آن هم باقی است ولی نوشته نمی‌شود. در این مورد علی رغم بقاء حرمت، تأمین از عقاب نیز داده شده است.^۴

۱. فوائد الأصول، ج ۳، ص ۳۳۴.

۲. العدة في أصول الفقه (با حاشیه ملا خلیل قزوینی)، ص ۳۵۹ - ۳۶۴.

۳. الکافی، ج ۴، ص ۲۵۵، ح ۱۰: عده من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن محمد بن أبي نصر عن الحسين بن خالد قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام لا يكتب عليه الذنب أربعة أشهر...»؛ علل الشرائع، ج ۲، ص ۴۴۳، ح ۱؛ المحاسن، ج ۲، ص ۳۳۵، ح ۱۰۷؛ عيون أخبار الرضا عليه السلام، ج ۲، ص ۸۳، ح ۲۳.

۴. چنان‌که استاد رحمه الله در مباحث اصولی خود (بررسی ادله برائت، آیه ۱۵ سورة اسراء) فرموده است، از بعضی ادله استفاده می‌شود «ظهار» گناه است، اما عقابی به دنبال آن نیست:

وسائل الشيعة، ج ۲، ص ۳۰۴، ح ۲: محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم عن أبيه عن ابن محبوب عن أبي ولاد الحنات عن حمزان عن أبي جعفر عليه السلام قال إن أمير المؤمنين عليه السلام قال: «إن امرأة من المسلمين

شاید اشکال شود که در زمینه فضیلت حج از برخی از روایات معتبره استفاده می‌شود که عدم کتابت ذنوب، مطلق نیست، بلکه مشروط به انجام ندادن کبیره است، مثل صحیحہ معاویه بن عمار از امام صادق علیه السلام: «ولا تکتب علیه الذنوب أربعة أشهر و تکتب له الحسنات إلا أن يأتي بكبيرة» بنابرین، رفع مطلق نیست تا ملازمه با رفع حرمت داشته باشد.

اما پاسخ این است که هرچند این مطلب محتمل است، ولی عفو، مشروط به عدم انجام کبیره در چهار ماه است، و چه بسا انسان مطمئن شود که در چهار ماه کبیره انجام نخواهد داد و این با مورد آیه شریفه که مادام العمر باید کبیره را ترک کند تا صغایر مورد عفو قرار گیرد فرق دارد؛ زیرا هیچ کس چنین اطمینانی ندارد که هیچ کبیره‌ای در کل مدت عمر به جا نخواهد آورد.

أنت رسول الله ﷺ قالت يا رسول الله إن فلانا زوجي قد نثرت له بطني وأعنته على دنياه وآخرته فلم ير مني مكروها وأنا أشكوه إلى الله وإليك قال فما تشكينه قالت إنه قال لي اليوم أنت علي حرام كظهر أمي وقد أخرجني من منزلي فانظر في أمري فقال رسول الله ﷺ ما أنزل الله علي كتابا أقضي به بينك وبين زوجك وأنا أكره أن أكون من المتكلفين فجعلت تبكي وتشكي ما بها إلى الله وإلى رسوله و انصرفت فسمع الله محاورتها لرسوله و ما شكت إليه فانزل الله ﷻ بذلك قرأنا ﴿يسر الله الرّحمن الرّجيم قد سَمِعَ اللهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْكِي إِلَى اللهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَهُمَا﴾ يعني محاورتها لرسول الله ﷺ في زوجها ﴿إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُم مِّنْ نِّسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ﴾ فبعث رسول الله ﷺ إلى المرأة فاتته فقال لها جيني بي زوجك فاتته به فقال أ قلت لأمرتك هذه أنت علي حرام كظهر أمي فقال قد قلت ذلك فقال رسول الله ﷺ قد أنزل الله فيك قرآنا فقرأ عليه ما أنزل الله من قوله ﴿قَدْ سَمِعَ اللهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ﴾ إلى قوله ﴿إِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ﴾ فضم امرأتك إليك فإنك قد قلت منكرا من القول و زورا قد عفا الله عنك و غفر لك فلا تعد فانصرف الرجل و هو نادم على ما قال لأمرته و كره الله ذلك للمؤمنين بعد ... ».

۱. تهذيب الأحكام، ج ۵، ص ۱۹، ح ۵: «و عنه عن صفوان و ابن أبي عمير عن معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عن آبائه عليهم السلام ...».

توضیح بیشتر: این حدیث با اختلاف در الفاظ در محاسن (ج ۱، ص ۶۳، ح ۱۱۳) نیز آمده است. شبیه این مفاد در روایت سعد اسکاف از امام باقر علیه السلام نیز آمده است: «فاذا قضی نسکه غفر الله له ذنوبه و كان ذا الحجة و المحرم و صفر و شهر ربيع الأول أربعة أشهر تكتب له الحسنات و لا تكتب عليه السيئات إلا أن يأتي بموجة فإذا مضت الأربعة الأشهر خلط بالناس» (الكافي، ج ۴، ص ۲۵۴، ح ۹). این حدیث بدون استثناء (إلا أن يأتي بموجة) به اختصار در تهذيب (ج ۵، ص ۱۹، ح ۱) با سند خود از سعد اسکاف نقل شده است.

اشکال حلّی: رادعیّت مکلف با حرمان از ثواب

اما اشکال حلّی این است که رادع از ارتکاب معاصی، تنها عقاب نیست بلکه محرومیت از ثواب نیز رادع مکلفین از ارتکاب معاصی است، به ویژه اگر محرومیت از ثواب های بسیار زیادی باشد که در باب حج مطرح است و چه بسا مسئله غفران ذنوب که از خواصّ حج است، با انجام گناه های بعدی از بین برود.

البته رادعیّت عقاب و جهنم قوی تر است، ولی دلیل نداریم که در هر معصیت باید قوی ترین رادع به کار گرفته شود. آیا در هر معصیتی باید جعل حدّ و تعزیرات سنگین شود؟ آیا الزاماً در تمام معاصی باید همچون قتل نفس، مجازات اعدام مطرح باشد؟ قطعاً چنین نیست.

بنابراین از نفی فعلیّت عذاب نمی توان نفی حکم تحریمی را استفاده کرد. در مورد اطفال هم ممکن است احکام تکلیفیّه الزامیه وجود داشته باشد ولی عقاب در کار نباشد و رفع قلم مؤاخذه شده باشد، ولی با انجام معصیت، اطفال از ثواب های سایر اعمال خود محروم گردند.

مناقشه دوم: قابل جعل و رفع مستقیم نبودن عقوبت و ثواب

مناقشه دوم در اشکال اوّل شیخ انصاری در حدیث رفع قلم، مناقشه مرحوم آقای خوئی است. ایشان فرموده است: شأن شارع رفع اموری است که شرعاً قابل جعل باشد، در حالی که عقوبت و مؤاخذه نظیر ثواب و پاداش، از اموری هستند که شرعاً قابل جعل نیستند؛ البته رفع مؤاخذه به واسطه رفع حکم امکان دارد، ولی ظاهر کلام مرحوم شیخ این است که قائل به رفع مؤاخذه بدون واسطه است.^۱

پاسخ مناقشه دوم

ولی اشکال ایشان به کلام مرحوم شیخ ناتمام است؛ زیرا:

پاسخ اوّل: عدم دلیل بر حمل همه روایات بر احکام

اولاً، دلیلی وجود ندارد که همه روایات، مربوط به احکام و از شئون شارع بما هو شارع باشد. احادیث فراوان در معارف مختلف همچون تاریخ، جغرافیا، معارف

اعتقادی و ... وجود دارد که هیچ یک فقهی نیستند. در برخی روایات آمده است برای اطفال حسنات نوشته می شود ولی سیئات نوشته نمی شود، چه مانعی است که حدیث رفع قلم نیز ناظر به رفع قلم مؤاخذه و عدم نگارش افعال کودکان باشد؟ با تتبع در اخبار چنین استفاده می شود که مراد از قلم، قلم کتابت اعمال است.^۱

۱. الکافی، ج ۶، ص ۳، ح ۸: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن عیسی عن محمد بن یحیی عن طلحة بن زید عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن أولاد المسلمين موسومون عند الله شافع و مشفع فإذا بلغوا اثنتي عشرة سنة كانت لهم الحسنات فإذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات».

۲. استاد شریعتی در بحث خمس صبی درباره مفاد حدیث رفع قلم با لحاظ روایات دیگر مطالبی را فرموده است. برای نمونه به روایات ذیل توجه شود:

تفسیر فرائد الکوفی، ص ۴۹۵، ح ۶۴۹: فرائد قال حدثني عبد السلام بن مالك معنعنا عن ابن عباس عليه السلام في قوله [تعالى] «ن» التمسكة التي على ظهرها الأرضين و تحت الحوت الثور و تحت الثور الصخرة و تحت الصخرة الثرى و ما يعلم تحت الثرى إلا الله [تعالى] و اسم التمسكة ليواقرن و اسم الثور يهيموث [و القلم] هو الذي يكتب به الذكر الحكيم الذي عند رب العالمين [و ما يَسْطَرُونَ] يقول يكتب الملائكة أعمال بني آدم «ما أنت بِبَعْمَةٍ رَبِّكَ بِمَجْنُونٍ» يقول ما أنت بما أنعم الله عليك من النبوة و القرآن يا محمد بمجنون».

التمحيص، ص ۴۱: عن زكريا بن آدم قال: «دخلت على أبي الحسن الرضا عليه السلام فقال يا زكريا بن آدم شيعه علي رفع عنهم القلم قلت جعلت فداك فما العلة في ذلك قال لأنهم أغروا في دولة الباطل يخافون على أنفسهم و يحذرون على إمامهم يا زكريا بن آدم ما أحد من شيعه علي أصبح صبيحة أتى بسينة أو ارتكب ذنبا إلا أُمسى و قد ناله غم حظ عنه سينته فكيف يجري عليه القلم».

ثواب الأعمال و عقاب الأعمال، النص، ص ۱۹۳: حدثني محمد بن الحسن قال حدثني محمد بن يحيى عن محمد بن أحمد عن سهل بن زياد عن جعفر بن محمد بن بشار عن عبد الله بن درست عن عبد الحميد عن أبي إبراهيم موسى بن جعفر عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله «للمريض أربع خصال يرفع عنه القلم و يأمر الله الملك يكتب له فضلا كان يعمل في صحته و يتبع مرضه كل عضو في جسده فيستخرج ذنوبه منه فإن مات مات مغفورا له و إن عاش عاش مغفورا له».

فضائل الشيعة، ص ۱۴، ح ۱۴: قال أبو حمزة و سمعت أبا عبد الله جعفر بن محمد عليه السلام يقول «رفع القلم عن الشيعة بعصمة الله و ولايته».

فضائل الأشهر الثلاثة، ص ۵۵، ح ۳۳: حدثنا محمد بن إبراهيم قال حدثنا عبد العزيز بن يحيى قال حدثني أحمد بن عبد الله الكوفي عن سليمان المروزي عن الرضا علي بن موسى (صلوات الله عليه) أنه قال «كان رسول الله صلى الله عليه و آله يكثر الصيام في شعبان و لقد كانت نساؤه إذا كان عليهن صوم أخرنه إلى شعبان مخافة أن يمنعن رسول الله صلى الله عليه و آله حاجته و كان صلى الله عليه و آله يقول شعبان شهري و هو أفضل الشهور بعد شهر رمضان فمن صام فيه يوما كنت شفاعته يوم القيامة و من صام شهر رمضان إيمانا و احتسابا غفرت

له ذنوبه ما تقدّم منها وما تأخر وإن الضائم لا يجري عليه القلم حتى يفرط ما لم يأت بشيء ينقض وإن الحاج لا يجري عليه القلم حتى يرجع ما لم يأت بشيء يبطل حجّه وإن التائب لا يجري عليه القلم حتى ينتبه ما لم يكن يأت على حرام وإن الصبي لا يجري عليه القلم حتى يبلغ وإن المجاهد في سبيل الله لا يجري عليه القلم حتى يعود إلى منزله ما لم يأت بشيء يبطل جهاده وإن المجنون لا يجري عليه القلم حتى يفيق وإن المريض لا يجري عليه القلم حتى يصح ثم قال ﷺ: «إن مبايعه الله رخيصة فاشتروها قبل أن تغلو».

مجمع البيان، ج ٩، ص ٢١٦: عن أبي أمامة عن النبي ﷺ قال: «إن صاحب الشمال ليرفع القلم ست ساعات عن العبد المسلم المخطئ أو المسيء فإن ندم واستغفر الله منها ألغاه وألغاه واحدة». مشكاة الأنوار، النص، ص ١٧٠: وعن النبي ﷺ قال: «من عاش في الإسلام ستين سنة حق على الله أن لا يعذبه بالتار ومن عاش في الإسلام سبعين سنة آمنه الله من الفزع الأكبر ومن عاش في الإسلام ثمانين سنة رفع عنه القلم ولا يحاسب معه».

بحار الأنوار، ج ٣١، ص ١٢٥ (روایت نهم ربیع): «ملانکتی فی سبع سماواتی لشیعتم و محبتکم آن یعتقدوا فی هذا اليوم الذي أقبضه إليّ، وأمرتهم أن ينصبوا كرسي كرامتي حذاء البيت المعمور و يشنوا عليّ و يستغفروا لشيعتم و محبتکم من ولد آدم، و أمرت الکرام الکاتبین أن یرفعوا القلم عن الخلق کلهم ثلاثة أيام من ذلك اليوم و لا أکتب علیهم شیئا من خطایهم کرامة لك و لوصیک، یا محمد! إني قد جعلت ذلك اليوم عیدا لك و لأهل بیتك و لمن تبعهم من المؤمنین»

البته چنانکه استاد ﷺ در بحث خمس صبی فرموده است در استشهاد به این روایات صحت سندی آنها لازم نیست؛ زیرا تنها قصد داریم استعمالات عرفی را به دست آوریم، لذا حتی اگر یک فاسق هم لفظی را استعمال کرد، برای اثبات آن کافی است.

ممکن است گفته شود روایات ذیل شاهد بر این است که مراد از قلم، قلم جعل احکام است:

الکافی، ج ٢، ص ٤٠٤، ح ١: علي بن إبراهيم عن محمد بن عيسى عن يونس عن بعض أصحابه عن زرار قال: «سألت أبا جعفر ﷺ عن المستضعف فقال هو الذي لا يهتدي حيلة إلى الكفر فيكفر ولا يهتدي سبيلا إلى الإيمان لا يستطيع أن يؤمن ولا يستطيع أن يكفر فهم الضبيان و من كان من الرجال و النساء على مثل عقول الضبيان مرفوع عنهم القلم».

الکافی، ج ٣، ص ٢٤٨، ح ٢: عذّة من أصحابنا عن سهل بن زياد عن غير واحد رفعوه «أنه سئل عن الأطفال فقال إذا كان يوم القيامة جمعهم الله و أخرج لهم ناراً و أمرهم أن يطرحوا أنفسهم فيها فمن كان في علم الله ﷻ أنه سعيد رمى بنفسه فيها و كانت عليه برداً و سلاماً و من كان في علمه أنه شقي امتنع فإمر الله بهم إلى النار فيقولون يا ربنا تأمر بنا إلى النار و لم تجر علينا القلم فيقول الجبار قد أمرتكم مشافهة فلم تطيعوني فكيف و لو أرسلت رسلي بالغيب إليكم».

معاني الأخبار، ص ٢٠١، ح ٤: حدّثنا محمد بن الحسن بن أحمد بن الوليد ﷺ قال حدّثنا الحسين بن الحسن بن أبان عن الحسين بن سعيد عن النضر بن سويد و فضالة بن أيوب جميعاً عن موسى بن بكر عن زرار عن أبي جعفر ﷺ قال: «سألته عن قول الله ﷻ ﴿إِلَّا الْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانَ﴾

فقال هو الذي لا يستطيع الكفر فيكفر ولا يهتدي سبيل الإيمان فيؤمن والضبيان ومن كان من الرجال والنساء على مثل عقول الضبيان مرفوع عنهم القلم.

تهذيب الأحكام، ج ۲، ص ۳۸۰، ح ۵: عنه عن محمد بن الحسين عن الحسن بن علي بن عمرو بن سعيد عن مصدق بن صدقة عن عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت عن الغلام متى تجب عليه الصلاة قال إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم والجارية مثل ذلك إن أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم».

الإقبال، ج ۳، ص ۱۹۸: ما رواه سلمان الفارسي رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «يا سلمان ألا أعلمك شيئا من غرائب الكنز؟ قلت: بلى يا رسول الله، قال: إذا كان أول يوم من رجب تصلي عشر ركعات، تقرأ في كل ركعة فاتحة الكتاب مرة و﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾ ثلاث مرات، غفر الله لك ذنوبك كلها من اليوم الذي جرى عليك القلم إلى هذه الليلة وفك الله فتنة القبر و عذاب يوم القيامة و صرف عنك الجذام والبرص وذات الجنب».

اما با تأمل در روایات فوق نیز در می یابیم این روایات در قلم جعل احکام ظهور ندارد، بلکه در برخی از آنها می توان ادعا کرد در قلم کتابت سینات ظهور وجود دارد. البته در فقیه و علل الشرائع روایتی نقل شده که ممکن است گفته شود مراد از قلم در این روایت، قلم حکم است:

کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۳۸۱، ح ۴۳۳۷: وروی زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام «أن آدم عليه السلام ولد له شيث وأن اسمه هبة الله وهو أول وصي أوصي إليه من الأئمة في الأرض ثم ولد له بعد شيث يافث فلما أدركا أراد الله ﷻ أن يبلغ بالنسل ما ترون وأن يكون ما قد جرى به القلم من تحريم ما حرم الله ﷻ من الأخوات على الإخوة أنزل بعد العصر في يوم خميس حوراء من الجنة اسمها نرلة فأمر الله ﷻ آدم أن يزوجه من شيث فزوجهما منه ثم أنزل بعد العصر من ...».

این روایت در علل الشرائع (ج ۱، ص ۱۸-۲۰، ح ۲) به صورت کامل تر و با این سند آمده است: أبي عليه السلام قال حدثنا محمد بن يحيى العطار عن الحسين بن الحسن بن أبان عن محمد بن أرمرة عن التوفلي عن علي بن داود اليعقوبي عن الحسن بن مقاتل عمن سمع زرارة يقول «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن بدء النسل من آدم كيف كان وعن بدء النسل من ذرية آدم فإن أناسا عندنا يقولون إن ...».

اما می توان گفت: با قطع نظر از اینکه روایت فوق نیز قابل توجیه است یا نه، این روایت تغییری در معنای روایات متعدد قبلی ایجاد نخواهد کرد.

در برخی روایات نیز مراد از قلم، قلم قضاء و مقدرات الهی اعم از دستورات الهی به انبیاء است؛ برای نمونه:

تفسیر العتاشی، ج ۱، ص ۲۹-۳۰، ح ۵: عن محمد بن مروان عن جعفر بن محمد عليه السلام قال: «إني لأطوف بالبيت مع أبي عليه السلام إذ أقبل رجل طوال جعشم متعمم بعمامة فقال: السلام عليك يا ابن رسول الله، قال: ... قال: فأخبرني عن ﴿ن وَالْقَلَمِ وَمَا يَسْطُورُونَ﴾ قال: نون نهر في الجنة أشد بياضا من اللبن، قال: فأمر الله القلم فجری بما هو كائن وما يكون فهو بين يديه موضوع ما شاء منه زاد فيه وما شاء نقص منه، وما شاء

پاسخ دوم: کفایت قابلیت جعل و رفع عقاب به واسطه جعل و رفع احکام

ثانیاً، بر فرض بپذیریم که روایت لزوماً باید بیانگر حکمی از احکام باشد، لزومی ندارد که آن حکم فقهی به صورت مستقیم بیان شود؛ بلکه ممکن است حکم از روایاتی استفاده شود که برای افعال، ثواب و عقاب ذکر کرده‌اند؛ لذا ممکن است این‌گونه روایات به دلالت التزامیه بر استحباب یا حکم الزامی دلالت داشته باشند. بنابراین اگر ما مدلول مطابقی حدیث رفع را رفع مؤاخذه هم بدانیم، چنانچه به دلالت التزامی از رفع مؤاخذه نفی حکم تکلیفی استفاده شود، مجعول شارع بوده و اشکالی پیش نمی‌آید.

البته این اشکال که آیا نفی فعلیت مؤاخذه مستلزم نفی حکم الزامی است، خود بحث جدایی دارد که اجمالاً پیش از این به آن پرداخته شد، ولی کلام مرحوم آقای

کان و ما لا یשא لا یكون قال: صدقت، فتعجب أبي من قوله صدقت قال: فأخبرني عن قوله: ﴿فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَغْلُوبٌ﴾ ما هذا الحق المعلوم قال: هو الشيء يخرج الرجل من ماله ليس من الزكاة فيكون للنانية و الصلة، قال: صدقت، قال: فتعجب أبي من قوله صدقت قال: ثم قام الرجل فقال أبي: علي بالرجل، قال: فطلبت فلم أجده..

تفسیر القمی، ج ۱، ص ۱۹۱-۱۹۲: و حدّثني أبي عن الحسن بن محبوب عن محمد بن التعمان عن ضريس عن أبي جعفر عليه السلام «في قوله ﴿هَذَا يَوْمٌ يَنْفَعُ الصَّادِقِينَ صُدُقُهُمْ﴾ قال إذا كان يوم القيامة و حشر الناس للحساب فيموزون بأهوال يوم القيامة فلا ينتهون إلى العرصة حتى يجهدوا جهدا شديدا، قال فيقفون بفناء العرصة و يشرف الجبار عليهم و هو على عرشه فأول من يدعى بنداء يسمع الخلائق أجمعون أن يهتف باسم محمد بن عبد الله النبي القرشي العربي، قال فيتقدّم حتى يقف على يمين العرش، قال ثم يدعى بصاحبكم علي عليه السلام، فيتقدّم حتى يقف على يسار رسول الله صلى الله عليه وآله، ثم يدعى بأمة محمد فيقفون على يسار علي عليه السلام ثم يدعى بنبي نبي و أئمة معه من أول النبيين إلى آخرهم و أئمتهم معهم، فيقفون عن يسار العرش، قال ثم أول من يدعى للمساءلة القلم قال فيتقدّم، فيقف بين يدي الله في صورة الأدميين، فيقول الله هل سطرت في اللوح ما ألهمتك و أمرتك به من الوحي فيقول القلم نعم يا رب قد علمت أنني قد سطرت في اللوح ما أمرتني و ألهمتني به من وحيك فيقول الله فمن يشهد لك بذلك، فيقول يا رب و هل اطلع على مكنون سرك خلق غيرك، قال فيقول له الله أفلحت حبّنتك، قال ثم يدعى باللوح فيتقدّم في صورة الأدميين حتى يقف مع القلم، فيقول له هل سطر فيك القلم ما ألهمته و أمرته به من وحيي، فيقول اللوح نعم يا رب و بلّغته إسرافيل، فيتقدّم مع القلم و اللوح في صورة الأدميين، فيقول الله»

تفسیر القمی، ج ۲، ص ۱۹۸: قال حدّثني أبي عن ابن أبي عمير عن هشام عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أول ما خلق الله القلم فقال له اكتب فكتب ما كان و ما هو كائن إلى يوم القيامة.»

خوئی به این بحث ارتباطی ندارد.

نتیجه: صحت اشکال اول مرحوم شیخ بر حدیث رفع قلم
بنابر این حق با مرحوم شیخ انصاری است که نفی مؤاخذه را ملازم با نفی حکم
الزامی ندانسته است؛ لذا حدیث رفع قلم دلیل بر نفی احکام تکلیفی از صبی
نیست. البته گاه لحن یک روایت به گونه ای است که در مقام ترخیص عمل، از
عدم عقاب سخن می گوید ولی لحن روایت رفع قلم چنین نیست که «ای کودکان
بروید گناه کنید» بلکه این روایت تفضل و عنایت خداوند را به انسان ها می رساند
که تا قبل از بلوغ بر اعمال مؤاخذه نمی شوند.

در هر حال، چه همانند مرحوم شیخ قائل به عدم ملازمه بین اخبار از عدم عقوبت
و عدم حکم شویم، یا همچون مرحوم آقای نائینی و بعضی متکلمین قائل به ملازمه
شویم، بطلان معاملات صبی (نفی حکم وضعی) ثابت نخواهد شد.

بررسی مناقشه در اشکال دوم شیخ انصاری

حال اشکال دوم مرحوم شیخ انصاری به حدیث رفع قلم بررسی می شود.

مناقشه آقای خوئی: تنافی اشکال دوم با مبنای انتزاع حکم وضعی از تکلیفی
مرحوم آقای خوئی در اشکال دوم شیخ انصاری چنین مناقشه کرده است: طبق
مبنای مرحوم شیخ انصاری که حکم وضعی منتزع از حکم تکلیفی است، اگر
حکم تکلیفی رفع شود حکم وضعی هم مرتفع می گردد، بنابراین تفکیک بین حکم
وضعی و حکم تکلیفی صحیح نیست.^۱
البته ایشان اشکال سوم مرحوم شیخ را قبول کرده است.^۲

پاسخ: انتزاع حکم وضعی صبیان از حکم تعلیقی صبیان نه حکم فعلی آنها
اینکه مرحوم آقای خوئی کلام مرحوم شیخ انصاری را در این بحث با مبنای اصولی ایشان
در اصول متناقض دانسته موجب تعجب است؛ چون طبق نظر مرحوم شیخ در رسائل^۳

۱. مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۲۵۱.

۲. مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۲۵۱.

۳. فرائد الأصول، ج ۳، ص ۱۲۶.

حکم وضعی صبیان از حکم تکلیفی فعلی مربوط به خود صبیان انتزاع نمی‌شود، بلکه ضمان صبی - مثلاً - از حکم تعلیقی صبیان یعنی مفاد «اذا بلغ وجب علیه الاداء» انتزاع شده است. این قضیه شرطیه که در زمان صغر هم موجود است و پس از بلوغ به فعلیت می‌رسد، منشأ انتزاع حکم وضعی - مثل ضمان - است.

لذا حدیث رفع قلم، حکم تکلیفی فعلی مربوط به صبیان را مرتفع می‌سازد، و رفع چنین حکم تکلیفی ملازمه با رفع حکم تکلیفی به نحو قضیه شرطیه و به تبع آن حکم وضعی ضمان ندارد؛ بنابراین هیچ‌گونه تهافتی بین مبنای اصولی مرحوم شیخ انصاری و کلام ایشان در اینجا وجود ندارد.^۱

بررسی مناقشه در اشکال سوم شیخ انصاری

اما اشکال سوم مرحوم شیخ انصاری به حدیث رفع قلم نیز از سوی برخی مناقشه شده است.

۱. توضیح بیشتر: مرحوم شیخ انصاری در رسائل در بحث استصحاب به تناسب به بحث حکم وضعی پرداخته، می‌گوید: «المشهور... بل الذی استقر علیه رأی المحققین... ان الخطاب الوضعي مرجعه الى الخطاب الشرعي. وان كون الشيء سببا لواجب هو الحكم بوجود ذلك الواجب عند حصول ذلك الشيء، فمعنى قولنا: «اتلاف الصبي سبب لضمانه» انه يجب عليه غرامة المثل او القيمة اذا اجتمع فيه شرائط التكليف من البلوغ والعقل واليسار وغيرها، فاذا خاطب الشارع البالغ العاقل الموسر بقوله: «اغرم ما اتلفته في حال صغرك» انتزع من هذا الخطاب معنى يعبر عنه بسببية الاتلاف للضمان، و يقال انه ضامن، بمعنى انه يجب عليه الغرامة عند اجتماع شرائط التكليف، و لم يدع احد ارجاع الحكم الوضعي الى التكليف الفعلي المنجز حال استناد الحكم الوضعي الى الشخص، حتى يدفع ذلك بما ذكره بعض من عقل عن مراد النافين من انه قد يتحقق الحكم الوضعي في مورد غير قابل للحکم التكليفي، كالصبي والنائم وشبههما.» (فرائد الأصول، ج ۲، ص ۶۰).

به این کلام اشکال شده که اگر صبی مالی را اتلاف کرده و قبل از بلوغ از دنیا رفت حکم وضعی ضمان از چه چیزی انتزاع می‌گردد؟ در پاسخ این اشکال، گفته شده که حکم وضعی، از تکلیف بالغین همچون اولیاء انتزاع می‌گردد، و به این اشکال هم این پاسخ داده شده که گاه بالغین هم هیچ تکلیفی ندارند؛ چون صبی هیچ مالی ندارد که از مال وی، عوض متلف داده شود.

در کلام استاد^۲ به گونه‌ای دیگر پاسخ اشکال مطرح شده است: به این بیان که حکم وضعی، از قضیه شرطیه «اذا تحقق شرائط التكليف وجب دفع العوض» انتزاع می‌گردد، و این قضیه با عدم تحقق شرط (به طور کلی) هم صادق است. کلام مرحوم شیخ انصاری هم می‌تواند بر این معنا حمل گردد.

مناقشه سید یزدی: غیر معقول بودن نسبی بودن ملکیت

مرحوم سید در حاشیه مکاسب می‌فرماید: اشکال سوم بر حدیث رفع قلم نامعقول است؛ زیرا اگر پذیرفتیم صبی هیچ حکمی نه وضعی نه تکلیفی ندارد، معنا ندارد بگوییم که عقد صبی منشأ ملکیت برای بالغین است. ملکیت از امور نسبی نیست که بین بالغ و نابالغ فرق داشته باشد، بلکه یا ملکیت با عقد صبی حاصل می‌شود که برای همه حاصل شده، یا ملکیت حاصل نشده که برای هیچ‌کس حاصل نشده است؛ لذا نمی‌توان گفت از طرف نابالغ ملکیت نیامده (به جهت حدیث رفع قلم) و او وظیفه‌ای ندارد، ولی از طرف بالغ ملکیت آمده و او باید به نقل و انتقال در ملکیت ملتزم گردد.^۱

پاسخ مناقشه

اما این مناقشه قابل پاسخ است.

پاسخ اول: معقول بودن حکم تکلیفی نسبی نظیر کلام شیخ انصاری در معامله فضولی پاسخ اول کلامی از مرحوم شیخ محمد حسین اصفهانی است. ایشان عبارت مرحوم شیخ انصاری را با توجه به کلام دیگری از مرحوم شیخ تفسیر می‌کند. مرحوم شیخ در بحث فضولی می‌فرماید: در عقد فضولی، قبل از اجازه مالک هرچند نقل و انتقال صورت نگرفته، ولی طرف اصیل حکم تکلیفی دارد و حق ندارد معامله را نقض کند و مثلاً ملکی را که در معامله با فضولی به وی فروخته، به کس دیگری بفروشد، ولی مالک اصلی طرف فضولی هیچ حکمی نه وضعی و نه تکلیفی ندارد.^۲

در اینجا هم ایشان می‌فرماید: اگر کسی با کودکی معامله کند، کودک حکمی ندارد نه وضعاً، نه تکلیفاً، ولی طرف مقابل او، تکلیفاً حق نقض ندارد، پس حکم تکلیفی عدم نقض نسبت به دو طرف معامله فرق می‌کند، هرچند حکم وضعی صحت معامله امری نسبی نیست و برای هر دو طرف، معامله ناصحیح است.^۳

۱. حاشیه مکاسب (سید یزدی)، ج ۱، ص ۱۱۴.

۲. کتاب مکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۴۱۴.

۳. حاشیه کتاب مکاسب (محقق اصفهانی)، ج ۲، ص ۱۵: «... لَأَنَّ الْعَقْدَ مُوَضَّعٌ تَامٌ لَوْ جُوبَ الْوَفَاءُ».

پاسخ دوم (مختار): تفسیر دیگر از کلام شیخ انصاری

پاسخ مرحوم اصفهانی، مطلب صحیحی است، ولی تفسیر دیگری برای عبارت مکاسب وجود دارد که از تفسیر ایشان بهتر است. طبق این تفسیر جدید، مرحوم شیخ می‌گوید دلیل شما (حدیث رفع قلم) اخصّ از مدعا است؛ زیرا طبق این دلیل، فقط معامله‌ای که روی اموال صبی انجام گرفته ابطال می‌شود، ولی اگر بچه ملک فرد دیگری را به وکالت از او بفروشد، چه مانعی دارد که حکم به صحت این معامله کنیم؟ زیرا با این معامله، بچه مالک نمی‌شود و نسبت به آن، نه حکم تکلیفی و نه حکم وضعی ندارد، ولی چه مانعی دارد که بگوییم با فروش ملک بالغین توسط بچه، نقل و انتقال صورت می‌گیرد؟ در اینجا تمام بالغین باید این نقل و انتقال را صحیح بدانند، و حکم تکلیفی هم در مورد بالغین وجود دارد؛ البته بچه‌ها - چه بچه‌ای که عقد را خوانده چه سایر نابالغین - تا قبل از بلوغ حکمی ندارند، ولی بعد از بلوغ تمام بچه‌ها نسبت به این معامله حکم پیدا می‌کنند.

به، وإن لم يؤثر فعلا في الملكية، كما في العقد بين الفضول والأصيل، فإن الفضول حيث إنه غير مالك لا يجب عليه الوفاء بعقده مع الأصيل، بخلاف الأصيل فإنه يجب عليه الوفاء بعقده، و يحرم عليه نقض العقد إلى أن يرث المالك أو يبيع، مع أنه لا شبهة في أن عقد الفضول لا يؤثر في الملكية فعلا. فمعنى عدم الوضع في حق الصبي عدم سببية عقده للملكية، و عدم سببته فعلا لوجوب الوفاء على الصبي و لو بعد بلوغه، و هو لا ينافي سببية هذا العقد - من حيث إنه عقد الكبير مع الصغير - لوجوب الوفاء به، فإنه حكم تكليفي و وضعي في حق الكبير، غاية الأمر أن موضوع الحكمين متقوم بفعل الصغير.

و بما ذكرنا يتدفع ما يتوهم من أن العقد إذا كان مؤثرا في الملكية، فلا معنى لتأثيره من طرف الكبير دون الصغير، فإن غرضه عليه السلام مجرد موضوعية العقد لوجوب الوفاء على الكبير فعلا دون الصغير، لا تأثيره في الملكية حتى لا يعقل التفكيك.

البته مرحوم سید همین اشکال خود را در بحث فضولی مرحوم شیخ نیز وارد می‌کند؛ لذا اشکال مرحوم سید اشکالی مبنایی است.

حاشیه مکاسب (سید زیدی)، ج ۱، ص ۱۵۵: «أقول الإنصاف أن الإبراد المذكور ممّا لا مدفع له و ما ذكره المصنف عليه السلام في توضيح فساد فيه أولا أن مقتضاه عدم الفرق بين القول بالكشف و النقل كما لا يخفى و ثانيا أن البيع عبارة عن معاهدة واحدة قائمة بطرفين و ليست المعاهدة و هاهنا نظير سائر صيغ المفاعلة كالمضاربة و المقابلة و المواهب و نحوها في كون الصادر من كل من الطرفين فعلا مستقلا بل هي نظير المضاجعة و المجالسة و نحوها فما لم يتحقق القبول من الآخر لا يتحقق المبادلة و المباينة...»

دلیل ترجیح پاسخ دوم بر اول

این تفسیر از دو جهت بر تفسیر مرحوم اصفهانی ترجیح دارد:

اول: اطلاق عبارت مکاسب نسبت به حکم وضعی

اولاً، در این تفسیر «الاحکام المجعولة فی حق البالغین»^۱ اختصاص به حکم تکلیفی ندارد بلکه حکم وضعی را هم دربر می گیرد.

دوم: عدم انحصار بالغین در عبارت مکاسب به طرف معامله صبی

ثانیاً: در تفسیر مرحوم اصفهانی، تنها تکلیف متوجه طرف معامله صبی است و سایر بالغین نیز همچون نابالغین حکمی ندارند، ولی در تفسیر ما تمام بالغین نسبت به این معامله حکم دارند (نه خصوص طرف معامله صبی). از ظاهر کلام مرحوم شیخ «فیکون الفاعل کسائر غیر البالغین»^۲ استفاده می شود که همه بالغین در اینجا وظیفه دارند، که این با تفسیر ما سازگار است نه با تفسیر مرحوم اصفهانی. به هر حال اشکال مرحوم سید موجه نیست.

رفع القلم در روایت ابی ظبیان (قصه مجنونه در زمان عمر)

مرحوم آقای خمینی روایات مختلف با مفاد رفع قلم از صبی را بررسی کرده است.^۳ یکی از این روایات، روایت ابی ظبیان است:

حَدَّثَنَا الْحَسَنُ بْنُ مُحَمَّدٍ الشَّكُونِيُّ قَالَ حَدَّثَنَا الْحَضْرَمِيُّ قَالَ حَدَّثَنَا
ابْرَاهِيمَ بْنَ أَبِي مُعَاوِيَةَ قَالَ حَدَّثَنَا أَبِي عَنْ الْأَعْمَشِ عَنْ أَبِي ظَبْيَانَ
قَالَ: «أَتَى عُمَرَ بَامْرَأَةٍ مُجَنُونَةٍ قَدْ فَجَرَتْ فَأَمَرَ بِرَجْمِهَا فَمَرَّوْا بِهَا عَلَى
عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ عليه السلام فَقَالَ مَا هَذِهِ قَالُوا مُجَنُونَةٌ فَجَرَتْ فَأَمَرَ بِهَا
عُمَرُ أَنْ تَرْجَمَ فَقَالَ لَا تَعْجَلُوا فَأَتَى عُمَرَ فَقَالَ لَهُ أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ الْقَلَمَ
رَفَعَ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ وَ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيْقَ وَ
عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ.»^۴

۱. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۷۸.

۲. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۷۸.

۳. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۳۰-۴۱.

۴. الخصال، ج ۱، ص ۹۳، ح ۴۰.

بررسی سندی: اطمینان به صدور مفاد روایت به دلیل تعدد نقل و ذکر فضیلت علی علیه السلام
ما این روایات را در مباحث سابق مانند مباحث خمس مطرح و بررسی کردیم.^۱
اجمالاً دربارهٔ روایت قصهٔ مجنونه می‌گوییم که این روایت در بسیاری از کتب عامه
مثل صحیح بخاری^۲، سنن ابی داود^۳، سنن بیهقی^۴، سنن ابن ماجه^۵، مستدرک

۱. رک: دروس خارج خمس (تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی)، خمس صبی.
۲. صحیح البخاری، ج ۸، ص ۱۶۵، باب لا یرجم المجنون والمجنونة: «و قال علي لعمر اما علمت أن القلم رفع عن المجنون حتى يفیق وعن الصبي حتى يدرك وعن الثائم حتى يستيقظ».
۳. سنن أبی داود، ج ۴، ص ۲۴۳، ح ۴۴۰۱: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، حدثنا جرير، عن الأعمش، عن أبي ظبيان، عن ابن عباس، قال: «أتني عمر بمجنونة قد زنت، فاستشار فيها أناسا، فأمر بها عمر أن ترجم، ثم بها علي بن أبي طالب عليه السلام، فقال: ما شأن هذه؟ قالوا: مجنونة بني فلان زنت، فأمر بها عمر أن ترجم، قال: فقال: ارجعوا بها، ثم أتاه، فقال: يا أمير المؤمنين، أما علمت "أن القلم قد رفع عن ثلاثة: عن المجنون حتى يبرأ، وعن الثائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يعقل..."».
۴. السنن الكبرى (بيهقي)، ج ۸، ص ۴۶۰، ح ۱۷۲۱۱: أخبرنا أبو عبد الله الحافظ، ثنا أبو العباس محمد بن يعقوب، أنبا محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، أنبا ابن وهب، أخبرني جرير بن حازم، عن سليمان بن مهران، عن أبي ظبيان، عن ابن عباس، قال: «مُرَّ علي بن أبي طالب بمجنونة بني فلان قد زنت، وهي ترجم، فقال علي لعمر عليه السلام: يا أمير المؤمنين، أمرت برجم فلانة؟ قال: نعم، قال: أما تذكر قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: رفع القلم عن ثلاثة: عن الثائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفیق؟ قال: نعم، فأمر بها فخلت عنها؛» و ح ۱۷۲۱۲: أخبرنا أبو بكر أحمد بن الحسن القاضي، أنبا أبو جعفر محمد بن علي بن دحيم الشيباني، ثنا أحمد بن حازم، ثنا عبيد الله بن موسى، أنبا أبو الأحوص، عن عطاء بن السائب، عن أبي ظبيان، قال: «أتني عمر عليه السلام بامرأة قد فجرت فأمر برجمها، فمر بها علي بن أبي طالب عليه السلام و قد انطلق بها لترجم، فأخذها منهم فخلت سبيلها، فأتي عمر عليه السلام فأخبر أن عليا عليه السلام خلّى سبيلها فقال: ادعوه لي، فجاء علي عليه السلام فقال: يا أمير المؤمنين، والله لقد علمت أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: رفع القلم عن ثلاثة: عن الغلام حتى يبلغ، وعن الثائم حتى يستيقظ، وعن المعتوه حتى يبرأ وإن هذه معتوهة بني فلان لعل الذي أتاها أتاها وهي في بلادها، فقال عمر: لا أدري، فقال علي: و أنا لا أدري؛» معرفة السنن والآثار (بيهقي)، ج ۱۲، ص ۳۹۶، ح ۵۳۹۶: أخبرنا أبو سعيد، حدثنا أبو العباس، أخبرنا الربيع، أخبرنا الشافعي، أخبرنا ابن عيينة، عن عبيد الله بن عمر بن حفص، عن نافع، عن ابن عمر قال: عرضت على النبي صلى الله عليه وآله وسلم عام أحد ... وروينا عن علي عليه السلام في مجنونة زنت أنه قال لعمر عليه السلام: أما تذكر قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: "رفع القلم عن ثلاثة: عن الثائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفیق" قال: نعم*.
۵. سنن ابن ماجه، ج ۱، ص ۶۵۸، ح ۲۵۴۱: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، حدثنا يزيد بن هارون، ح و حدثنا محمد بن خالد بن خداش و محمد بن يحيى، فلا حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، حدثنا حماد بن

حاکم نیشابوری^۱ نقل شده است و در کتب خاصه مثل خصال^۲ و اختصاص^۳ هم نقل شده و به علاوه، روایات زیادی در مورد صبی و مجنون که بعضی از آنها صحیح السند هستند^۴، وارد شده که همین فقره رفع القلم در ذیل آنها آمده است.

سلمة عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق.» قال أبو بكر في حديثه «وعن المبتلى حتى يبرأ.»
در این نقل، قضیه مجنونه ذکر نشده است.

۱. المستدرک علی الصحیحین، ج ۴، ص ۴۳۰، ح ۸۱۶۹: حدثنا علي بن حمشاذ العدل، وعبد الله بن الحسين القاضي، قالوا: ثنا الحارث بن أبي أسامة، ثنا أبو النضر، ثنا شعبة، عن الأعمش، عن أبي ظبيان، عن ابن عباس رضی الله عنهما قال: «أتني عمر رضي الله عنه بامرأة مجنونة حبلى فأراد أن يرحمها، فقال له علي: "أوما علمت أن القلم قد رفع عن ثلاث: عن المجنون حتى يعقل، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن النائم حتى يستيقظ".»

۲. الخصال، ج ۱، ص ۹۳، ح ۴۰: حدثنا الحسن بن محمد السكوني قال حدثنا الحضرمي قال حدثنا إبراهيم بن أبي معاوية قال حدثنا أبي عن الأعمش عن أبي ظبيان قال: «أتني عمر بامرأة مجنونة قد فجرت فأمر برحمها فمروا بها على علي بن أبي طالب رضي الله عنه فقال ما هذه قالوا مجنونة فجرت فأمر بها عمر أن ترجم فقال لا تعجلوا فأتني عمر فقال له أما علمت أن القلم رفع عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ.»

۳. الاختصاص، ص ۱۱۱: «وأتني بمجنونة وقد زنت فأمر برحمها فقال له علي رضي الله عنه أما علمت أن القلم قد رفع عنها حتى تصح فقال لو لا علي لهلك عمر.»

۴. عمده روایاتی که رفع قلم از صبی در آنها وارد شده عبارت اند از:

الکافی، ج ۲، ص ۴۰۴، ح ۱: علي بن إبراهيم عن محمد بن عيسى عن يونس عن بعض أصحابه عن زرارة قال: «سألت أبا جعفر رضي الله عنه المستضعف فقال هو الذي لا يهندي حيلة إلى الكفر فيكفر ولا يهندي سبيلا إلى الإيمان لا يستطيع أن يؤمن ولا يستطيع أن يكفر فهم الضبيان ومن كان من الرجال والنساء على مثل عقول الضبيان مرفوع عنهم القلم.»

الکافی، ج ۳، ص ۲۴۸، ح ۲: عده من أصحابنا عن سهل بن زياد عن غير واحد رفعوه «أنه سئل عن الأطفال فقال إذا كان يوم القيامة جمعهم الله وأجج لهم نارا وأمرهم أن يطرحوا أنفسهم فيها فمن كان في علم الله ﷻ أنه سعيد رمى بنفسه فيها وكانت عليه بردا وسلاما ومن كان في علمه أنه شقي امتنع فيأمر الله بهم إلى النار فيقولون يا ربنا تأمر بنا إلى النار ولم تجر علينا القلم فيقول الجبار قد أمرتكم مشافهة فلم تطيعوني فكيف و لو أرسلت رسلي بالغيب إليكم.»

دعائم الإسلام، ج ۱، ص ۱۹۴: وروينا عن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وعن الطفل حتى يحتلم.

فضائل الأشهر الثلاثة، ص ۱۱۶، ح ۱۱۱: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ بْنِ إِسْحَاقَ قَالَ حَدَّثَنَا عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ يَحْيَى قَالَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ زَكَرِيَّا قَالَ حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الْكُوفِيُّ عَنْ سُلَيْمَانَ الْمُرُوزِيِّ عَنِ الرِّضَا عَلِيِّ بْنِ مُوسَى عليه السلام أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ صَامَ شَهْرَ رَمَضَانَ إِيمَانًا وَاحْتِسَابًا غُفِرَتْ لَهُ ذُنُوبُهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ وَما تَأَخَّرَ وَإِنَّ الصَّائِمَ لَا يَجْرِي عَلَيْهِ الْقَلَمُ حَتَّى يَفْطُرَ مَا لَمْ يَأْتْ بِشَيْءٍ فَيَنْقُضَ صَوْمَهُ وَإِنَّ الْحَاجَّ لَا يَجْرِي عَلَيْهِ الْقَلَمُ حَتَّى يَرْجِعَ مَا لَمْ يَأْتْ بِشَيْءٍ يَبْطُلُ حُجُّهُ وَإِنَّ الثَّانِمَ لَا يَجْرِي عَلَيْهِ الْقَلَمُ حَتَّى يَنْتَبِهَ مَا لَمْ يَكُنْ يَأْتِ عَلَى حَرَامٍ وَإِنَّ الضَّيِّبَ لَا يَجْرِي عَلَيْهِ الْقَلَمُ حَتَّى يَبْلُغَ وَإِنَّ الْمُجَاهِدَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا يَجْرِي عَلَيْهِ الْقَلَمُ حَتَّى يَعودَ إِلَى مَنْزِلِهِ مَا لَمْ يَأْتْ بِشَيْءٍ يَبْطُلُ جِهَادُهُ وَإِنَّ الْمُجْتَنِّبَ لَا يَجْرِي عَلَيْهِ الْقَلَمُ حَتَّى يَفِيقَ وَإِنَّ الْمَرِيضَ لَا يَجْرِي عَلَيْهِ الْقَلَمُ حَتَّى يَصْخَ تَمَّ قَالَ عليه السلام إِنَّ سُلْعَةَ اللَّهِ رَخِيصَةٌ فَاشْتَرَوْهَا قَبْلَ أَنْ تَغْلُو».

تهذيب الأحكام، ج ۲، ص ۳۸۰، ح ۵: عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ عَمْرِو بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مَصْدُقِ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ عَمَّارِ السَّابَّاطِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: «سَأَلْتُهُ عَنِ الْغَلَامِ مَتَى تَجِبُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ قَالَ إِذَا أَتَى عَلَيْهِ ثَلَاثُ عَشْرَةِ سَنَةٍ فَإِنْ احْتَلَمَ قَبْلَ ذَلِكَ فَقَدْ وَجِبَتْ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَجَرَى عَلَيْهِ الْقَلَمُ وَالجارية مثل ذلك إِنْ أَتَى لَهَا ثَلَاثُ عَشْرَةِ سَنَةٍ أَوْ حَاضَتْ قَبْلَ ذَلِكَ فَقَدْ وَجِبَتْ عَلَيْهَا الصَّلَاةُ وَجَرَى عَلَيْهَا الْقَلَمُ».

اما این روایات سنداً معتبر نیست حتی روایت اخیر؛ زیرا غرابت سندی دارد.

توضیح مطلب: ابن محبوب و محمد بن الحسین که ابی الخطاب است هر دو از مشایخ حدیث هستند، اما حسن بن علی که ابی الخطاب از او نقل می‌کند حسن بن علی بن فضال است. غرابت سند در این است که حسن بن علی از عمرو بن سعید نقل نموده، در حالی که او در هیچ جای دیگر از عمرو بن سعید نقل نکرده است.

اما به نقل استبصار (ج ۱، ص ۴۰۸، ح ۲) سند روایت چنین است:

«عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ عَمْرِو بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مَصْدُقِ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ عَمَّارِ السَّابَّاطِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام»

این سند از نظر طبقه اشکالی ندارد؛ زیرا از نظر طبقه محمد بن الحسین می‌تواند از احمد نقل حدیث کند، ولی معهود نبوده محمد بن الحسین از احمد بن الحسن بن علی نقل روایت کند و با وجود چنین غرابیتی در سند نمی‌توان این روایت را موثق دانست. استاد قدس سره در درس خارج خمس و مبحث خمس صبی این روایت را دارای تصحیف سندی دانسته و فرموده است به احتمال قوی در هر دو سند تصحیفی صورت گرفته، و اصل سند به این صورت بوده است: «محمد بن علی محبوب، عن احمد بن حسن بن علی، عن عمرو بن سعید...» که سند متعارفی است و این محبوب هم با همین سند کتاب عمار را نقل می‌کند.

لذا بر این اساس، روایت موثق است.

روایت دیگر در این باب، روایت قرب الإسناد است که سنداً معتبر است.

قرب الإسناد، ص ۱۵۵، ح ۵۶۹: أَبُو الْبَخْتَرِيِّ، عَنْ جَعْفَرٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَلِيِّ عليه السلام: «أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي

همچنین با توجه به عداوت خلفا با امیرالمؤمنین علیه السلام و آل او، برای جلوگیری از نقل فضائل ایشان و هر آنچه موجب قدح خلفا بود کوشش فراوانی می‌شد، اما با این حال، این قضیه با این اشتها نقل شده که خود شاهد بر مسلم بودن این قضیه است. لذا با توجه به این قرائن، حتی اگر احادیث صحیح السند هم در بین این روایات نباشد، به صدور این روایت اطمینان حاصل می‌شود و نیازی به بحث سندی نیست.

المجنون المعتوه الذي لا يفيق، والضبي الذي لم يبلغ؛ عمدهما خطأ تحمله العاقلة، و قد رفع عنهما القلم.»

اما روایتی از معانی الاخبار صحیحه است:

معاني الأخبار، النص، ص ۲۰۱، ح ۴: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ الْوَلِيدِ عليه السلام قَالَ حَدَّثَنَا الْحُسَيْنُ بْنُ الْحَسَنِ بْنِ أَبَانَ عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنِ النَّضْرِ بْنِ سُوَيْدٍ وَفَضَالَةَ بْنِ أَيُّوبَ جَمِيعًا عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرٍ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام قَالَ: «سَأَلْتُهُ عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَام «إِلَّا الشُّتَطُفِيُّ مِنَ الرِّجَالِ وَ النِّسَاءِ وَ الْوِلْدَانِ» فَقَالَ هُوَ الَّذِي لَا يَسْتَطِيعُ الْكُفْرَ فَيَكْفُرُ وَلَا يَهْتَدِي سَبِيلَ الْإِيمَانِ فَيُؤْمِنُ وَ الضَّبَّيَّانِ وَ مَنْ كَانَ مِنَ الرِّجَالِ وَ النِّسَاءِ عَلَى مِثْلِ عَقُولِ الضَّبَّيَّانِ مَرْفُوعٍ عَنْهُمْ الْقَلَمُ.»

طبق نظر مختار استاد علیه السلام این روایت صحیحه است؛ زیرا فقط موسی بن بکر در این سند امامی نیست و واقعی است، که طبق تحقیق اخذ از او قبل از دوران وقف بوده است.

همچنین روایتی از کافی وجود دارد که چنین است:

الکافی، ج ۲، ص ۴۰۴، ح ۳: عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ ابْنِ مَجْبُوبٍ عَنْ ابْنِ رِثَابٍ عَنْ زُرَّارَةَ قَالَ: «سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام عَنِ الْمُسْتَضَعْفِ فَقَالَ هُوَ الَّذِي لَا يَسْتَطِيعُ حِيلَةً يَدْفَعُ بِهَا عَنْهُ الْكُفْرَ وَلَا يَهْتَدِي بِهَا إِلَى سَبِيلِ الْإِيمَانِ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُؤْمِنَ وَ لَا يَكْفُرَ قَالَ وَ الضَّبَّيَّانِ وَ مَنْ كَانَ مِنَ الرِّجَالِ وَ النِّسَاءِ عَلَى مِثْلِ عَقُولِ الضَّبَّيَّانِ.»

استاد علیه السلام در درس خارج خمس فرموده است: سند این روایت، صحیحه است و مضمون آن با روایت یونس یکی است، فقط عبارت «مرفوع عنهم القلم» را ندارد؛ اما بسیار مستبعد است که قضیه‌ای را دو نفر عین هم نقل کنند و در یکی کلمه یا عبارتی -که هیچ داعی بر زیاد کردن آن به حسب متعارف نیست- زیاده وجود داشته باشد؛ لذا انسان مطمئن می‌شود که روایت با همان خصوصیت اضافی، وارد شده است. روایت یونس چنین است:

علی بن ابراهیم عن محمد بن عيسى عن يونس عن بعض أصحابه عن زرارة قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن المستضعف فقال: ... فهم الضببان و من كان من الرجال و النساء على مثل عقول الضببان مرفوع عنهم القلم.» (الکافی، ج ۲، ص ۴۰۴، ح ۱).

لذا در میان روایات مسئله فقط روایت کافی و معانی الاخبار صحیحه است.

در هر حال محتمل است مراد استاد علیه السلام از وجود روایت صحیح السند، روایت معتبر سندی -اعم از صحیحه و موثق- باشد نه صحیحه اصطلاحی.

بررسی دلالی

اما از نظر دلالت ممکن است به این روایت اشکال شود.

اشکال: نظارت تعبیر «أما علمت...» به امر معهود از پیامبر ﷺ و احتمال اراده قلم حد بیان مرحوم آقای خمینی درباره دلالت این روایت این است: این روایت اطلاق ندارد چون این کلام در مقام ردع عمر صادر شده و ناظر به روایتی است که از پیامبر اکرم ﷺ صادر شده و شاید اصل حدیث پیامبر ﷺ فقط در مورد رفع قلم خاصی از تکلیف باشد که لازمه آن درء حد یا رفع قلم حد است.^۱

پاسخ اشکال

ولی این سخن ناتمام است؛ زیرا این سبک از بیان، تأثیری در اطلاق و تقيید ندارد. مثلاً اگر به جای تعبیر «وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسُهُ»^۲ در آیه این گونه تعبیر می شد: «أما علمتم أنما غنمتم من شيء فإن لله خمس» آیا از این تعبیر اطلاق فهمیده نمی شد؟ ظاهراً فرقی بین این دو نحوه تعبیر وجود ندارد و از هر دو اطلاق استفاده می شود.

اما اینکه در مقام ردع بوده، مانع از تمسک به اطلاق نیست، همان طور که اگر کسی شراب قزوین خورده باشد و به او بگویند: «أما علمت أن الخمر حرام» از این کلام اطلاق استفاده می شود. البته اینکه رفع قلم به چه معنا است، بحث دیگری است و بیان شد که بطلان عقد صبی را ثابت نمی کند.

دلیل سوم بر بطلان عقد صبی: اجماع

دلیل سوم بر بطلان عقد صبی، اجماع است. مرحوم شیخ انصاری در مکاسب فرموده است: «مسألة: المشهور كما عن الدروس والكفاية بطلان عقد الصبي بل عن الغنية الاجماع عليه».^۳

توجه شود که مطلب فوق، عمومیت دارد و از آن می توان در بحث نکاح صبی نیز

۱. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۳۳.

۲. الأنفال، ۴۱.

۳. کتاب المكاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۷۵.

استفاده کرد. نسبت به این عبارت لازم است دو بحث صورت گیرد:

- بحث اول: آیا این زهره در غنیه ادعای اجماع کرده است؟ (بحث صفروی)
- بحث دوم: آیا ادعاهای اجماع غنیه معتبر است؟ (بحث کبروی)

بررسی صحت نسبت ادعای اجماع به ابن زهره

مرحوم ابن زهره در کتاب البیع از غنیه می‌گوید:

«اما شروطه فعلی ضربین احدهما شرائط صحة انعقاده و الثانی

شرائط لزومه، فالضرب الاول: ثبوت الولاية فی المعقود علیه و ان یکون

... اشتراطنا ثبوت الولاية احترازا من بیع من لیس بمالك للمبیع...»^۱

ایشان سپس به تفصیل در مورد ثمرات این شرط سخن گفته است. از جمله می‌گوید:

«و یخرج علی ذلک ایضا بیع من لیس بکامل العقل و شراؤه، فانه

لا ینعقد و ان اجازه الولی بدلیل ما قدّمناه من الاجماع و نفی الدلیل

الشرعی علی انعقاده، و یحتج علی المخالف بما روه من قوله ﷺ

رفع القلم عن ثلاثة، عن الصبی حتی یبلغ، و عن النائم حتی

یستیقظ و عن المجنون حتی یفیک...»^۲

اشکال: ادعای اجماع ابن زهره در ناقص العقل نه صبی ممیز

مرحوم شهیدی اشکالی را مطرح کرده است که به ذهن ما نیز رسیده بود. محصل

اشکال این است که کامل العقل در مقابل مجنون و مانند آن است نه در مقابل

طفل ممیز.^۳

مرحوم آقای خمینی هم قریب به همین اشکال را مطرح ساخته است.^۴

توضیح مطلب: فقهاء «کمال عقل» را به عنوان شرطی غیر از «بلوغ» مطرح می‌سازند.

۱. غنیه النزوع، ص ۲۰۷.

۲. غنیه النزوع، ص ۲۱۰.

۳. هدایة الطالب إلی أسرار المكاسب، ج ۲، ص ۲۴۷.

۴. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۴۳.

با شرط کمال عقل، از مجنون و سکران و طفل غیر ممیز احتراز می‌کنند، ولی برای احتراز از طفل ممیز، از کلمه «بلوغ» استفاده می‌کنند. عبارت «و ان یکون بالغاً کامل العقل» در عبارات فقهاء در ابواب مختلف فراوان به کار رفته است.^۱ لذا اشکالی که نسبت به عبارت غنیه در بیع صبی مطرح می‌شود این است که ابن زهره تنها «کمال عقل» را مطرح کرده و از ذکر «بلوغ» خودداری نموده است، پس شاید دلیلش آن است که بلوغ را شرط نمی‌داند و در نتیجه بیع صبی ممیز را نافذ می‌داند.

پاسخ اول: شمول ادعای اجماع نسبت به صبی ممیز به دلیل تمسک ابن زهره به رفع قلم در پاسخ به این کلام ممکن است گفته شود: از اینکه ابن زهره به حدیث رفع قلم

۱. توضیح بیشتر: در کتاب غنیه در موارد بسیاری بلوغ همراه با کمال عقل به عنوان شرط مستقل ذکر شده است:

غنیه النزع، ص ۳۳: «شرائط الصلاة على ضربين: أحدهما يشترك فيه الوجوب و صحة الأداء، و الثاني يختص صحة الأداء. فالأول على ضربين: ضرب يشترك فيه الرجال و النساء، و هو ثلاثة أشياء: البلوغ و کمال العقل و دخول الوقت، و ...»؛ و ص ۹۰: «و أما الاجتماع في صلاة الجمعة فواجب بلا خلاف، إلا أن وجوبه يقف على شروط، و هي: الذکورة، و الحرية، و البلوغ، و کمال العقل، و ...»؛ و ص ۱۱۸: «و أما شرائط وجوبها في الذهب و الفضة: فالبلوغ، و کمال العقل، و بلوغ النصاب»؛ و ص ۱۱۹: «و أما شرائط صحة أدائها: فالإسلام، و البلوغ، و کمال العقل، و النية، ...»؛ و ص ۱۲۷: «زكاة الفطرة واجبة على كل حر بالغ كامل العقل مالمك لمقدار»؛ و ص ۱۳۱: «و شروطه على ضربين: أحدهما يشترك فيه الوجوب و صحة الأداء، و الثاني يختص صحة الأداء، فالأول: البلوغ و کمال العقل و السلامة من المرض»؛ و ص ۱۵۲: «فشرائط وجوب حج الإسلام: الحرية و البلوغ و کمال العقل و الاستطاعة بلا خلاف، و ...»؛ و ص ۱۹۹: «أما شرائط وجوبه: فالحرية، و الذکورة، و البلوغ، و کمال العقل، و ...»؛ و ص ۳۶۳: «يفتقر الإيلاء الشرعي - الذي يتعلق به إرغام الزوج بالفينة أو الطلاق، بعد مطالبة الزوجة بذلك - إلى شروط: منها: أن يكون الحالف بالغاً كامل العقل»؛ و ص ۳۶۶: «الفصل العاشر: في الظهار يفترق صحة الظهار الشرعي إلى شروط: منها: أن يكون المظاهر بالغاً، كامل العقل، و ...»؛ و ص ۴۰۳: «و منها: أن يكون القاتل بالغاً كامل العقل، فإن حكم العمد ممن ليست هذه حاله ...»؛ و ص ۴۲۳: «و الإحصان الموجب للرجم هو أن يكون الزاني بالغاً كامل العقل، له زوجة دوام، أو ملك يمين، سواء»؛ و ص ۴۲۵: «و في الثاني جلد كل واحد منهما مائة جلدة، بشرط كونهما بالغين عاقلين»؛ و ص ۴۲۶: «و السحق هو فجور الإناث بالإناث، و فيه إذا ثبت جلد مائة لكل واحدة من الفاعلة و المفعول بها، بشرط البلوغ و کمال العقل و ...»؛ و ص ۴۳۸: «و يقضى بشهادة المسلمين بشرط: الحرية و الذکورة و البلوغ و کمال العقل و ...»؛ و ص ۴۴۴: «و إذا صحت الدعوى أقبل الحاكم على الخصم و قال: ما تقول فيما ادعاه؟ فإن أقر به و كان ممن يقبل إقراره، للحرية، و البلوغ، و کمال العقل، و ...».

تمسک کرده معلوم می‌گردد که با قید «کامل العقل»، هم صبی و هم نائم و هم مجنون را از دایره صحت معاملات خارج می‌سازد؛ زیرا در حدیث رفع هر سه عنوان وجود دارد.

اشکالات پاسخ اول

اما این پاسخ قابل مناقشه است؛ زیرا:

اشکال اول: عدم حجّت اخبار آحاد نزد ابن زهره

اولاً، ابن زهره خبر واحد را حجت نمی‌داند؛ بنابراین معلوم نیست به حدیث رفع به عنوان دلیل تمسک کرده باشد.

اشکال دوم: جدلی بودن تمسک ابن زهره به رفع قلم در مقابل عامه

ثانیاً، ایشان این روایت را به عنوان احتجاج بر عامه در خصوص مجنون و مشابه آن آورده است (يحتج على المخالف بما رووه)؛ زیرا عامه این روایت را درباره مجنون قبول دارند؛ لذا مرحوم ابن زهره می‌فرماید عامه باید به این روایت درباره مجنون عمل کنند. پس نقل این حدیث ظهور ندارد که جدلی نیست و ابن زهره به این روایت عمل کرده است تا گفته شود بالحاظ شمول روایت رفع قلم نسبت به صبی ممیز، ادعای اجماع ابن زهره نیز شامل صبی ممیز می‌شود.

پاسخ دوم: صحت نسبت ادعای اجماع به ابن زهره به قرینه سایر عبارات وی

پاسخ صحیح به اشکال مرحوم شهیدی پاسخی است که با بیان مقدمات ذیل روشن خواهد شد.

مقدمه اول: اطلاق کمال عقل بر اعم از بلوغ در عبارات فقهاء از جمله ابن زهره

با دقت بیشتر در کلمات فقهاء در می‌یابیم که هرچند فقهاء در بسیاری از موارد از «کمال عقل» معنایی متباین با معنای بلوغ را اراده کرده‌اند، ولی در موارد بسیاری هم مراد از «کمال عقل» معنایی است که بلوغ را هم به همراه دارد.^۲

۱. برای نمونه: غنیة النزوع، ص ۲۰۸، ۲۳۵، ۳۲۹ و ۴۰۱.

۲. توضیح بیشتر: صریح‌ترین عبارتی که در این زمینه یافتیم در سرائر می‌باشد. مرحوم ابن ادریس در بحث صلات جمعه می‌گوید:

به عنوان نمونه به عبارت های زیر از غنیه توجه شود:

- «فمن قتل صیداله مثل او ذبحه و كان حرا كامل العقل ... فعليه فداءه بمثله من النعم ... و ان كان غير كامل العقل فكفارته على وليه. لانه الذى ادخله فى الاحرام و ليس بواجب عليه.»^۱
- «اذا كان الشريك غير كامل العقل فلولى و الناظر فى امور المسلمين المطالبة له بالشفعة ... و اذا ترك الولى ذلك فللصغير اذا بلغ و المجنون اذا عقل المطالبة.»^۲
- «من قذف و هو كامل العقل حرا او حرة بزنى او لواط ... رجلا أو امرأة فهو مخير بين العفو عنه و بين مطالبتة بحق القذف.»^۳
- «الحّد فى شرب قليل المسكر و كثيره ... اذا كان شاربه كامل العقل، حرا كان أو عبدا، رجلا كان أو امرأة ... ثمانون جلدة.»^۴
- «فالعمد المحض هو ماوقع من كامل العقل.»^۵

در عبارات فقهای دیگر نیز گاه به وسیله کمال عقل، علاوه بر مجانین از صبیان نیز احتراز شده است. برای نمونه:

- در الجمل و العقود می گوید: «کمال العقل شرط فيما عدا المواشى من الاثمان لان من ليس بكامل العقل من الصبيان و المجانين تجب فى مواشيه المذکاة.»^۶

«فاما قول بعض اصحابنا: «فما مرجع الي مكلفها من الشرائط فعشرة» و عدّد البلوغ قسما و کمال العقل قسما آخر، فلا حاجة بنا الى ذلك بل اذا قلنا کمال العقل اجزانا عن البلوغ و اذا قلنا البلوغ لم يجزنا، فالکمال شامل يدخل فيه القسم الاخر» (السرائر، ج ۱، ص ۲۹۲).

با این حال خود مرحوم ابن ادریس در بسیاری اوقات هم بلوغ و هم کمال عقل را شرط کرده است (السرائر، ج ۱، ص ۵۰۷، ۴۳۳، ۴۲۹؛ و ج ۲، ص ۷۱۹، ۷۰۷؛ و ج ۳، ص ۳۲۴، ۳۲۵، ۴۳۷، ۴۳۸، ۴۵۰).

۱. غنیه النزوع، ص ۱۶۱-۱۶۲.

۲. غنیه النزوع، ص ۲۳۷.

۳. غنیه النزوع، ص ۴۲۷.

۴. غنیه النزوع، ص ۴۲۹.

۵. غنیه النزوع، ص ۴۰۲.

۶. الجمل و العقود، ص ۹۱.

- در اقتصاد آمده است: «فاما من ليس بكامل العقل من الاطفال و المجانين فلا يجب في ما لهم الصامت زكاة»^۱
- در معتبر آمده است: «يشترط في وجوبها الكمال ولا تجب زكاة العين على صبي ولا مجنون باتفاق علمائنا»^۲
- در شرائع در کتاب الحج در شرایط نذر حج و مانند آن آمده است: «شرائطها اثنان الاول كمال العقل فلا ينعقد نذر الصبي ولا المجنون»^۳
- در مختصر النافع در شرایط قصاص آمده است: «الشرط الرابع كمال العقل فلا يقاد المجنون ولا الصبي»^۴

حال با توجه به هر دو اطلاق کمال العقل، مراد از «من ليس بكامل العقل» در عبارت غنیه چیست؟

مقدمه دوم: تصریح به حجر صبی و تفریع ادعای اجماع غنیه بر اشتراط ولایت عاقد می توان گفت: ابن زهره این مطلب را از فروع اشتراط ولایت در عاقد دانسته است، و چون در غنیه در بحث حجر به محجور بودن صبی تصریح کرده، بنابراین اگر مراد از کمال العقل معنای عام آن که بلوغ هم در آن معتبر است نباشد، عبارت غنیه ناقص بوده و تمام صورت هایی را که با قید «ولایت» خارج می گردد شامل نمی گردد.^۵

نتیجه: صحت انتساب ادعای اجماع به ابن زهره

لذا مراد از کامل العقل در عبارت غنیه، بالغ عاقل رشید است و صبیان و مجانین و سفهاء همگی داخل در عنوان «من ليس بكامل العقل» هستند که غنیه ادعای اجماع بر بطلان بیع آنها را مطرح کرده است. استدلال به حدیث رفع قلم هم مؤید این معنای عام است.

۱. الاقتصاد الهادي، ص ۲۷۸.

۲. المعتبر، ج ۲، ص ۴۸۶.

۳. شرائع الإسلام، ج ۱، ص ۲۰۵.

۴. المختصر النافع، ج ۲، ص ۲۹. نظیر عبارت، در شرائع الإسلام (ج ۴، ص ۲۰۰) آمده است.

۵. غنية النزوع، ص ۲۵۱.

بنابراین صغرای ادعای اجماع غنیه در مورد بطلان عقد صبی پذیرفته است.^۱

۱. استاد رحمته الله در کتاب اجاره با توجه به عبارت غنیه (ص ۲۱۰) که چنین است: «و یخرج علی ذلک ایضاً بیع من لیس بکامل العقل و شراؤه، فإنه لا ینعقد وإن أجازہ الولی، بدلیل ما قدمناه من الإجماع، و نفی الدلیل الشرعی علی انعقاده، و یحتج علی المخالف بما رووه من قوله علیه السلام: رفع القلم عن ثلاثة عن الصبی حتی یتبلغ، و عن النائم حتی یتستقیظ، و عن المجنون حتی یفیک». چنین فرموده است: اولاً، استدلال به حدیث رفع قلم نشان می‌دهد که مراد از ناقص العقل (من لیس بکامل العقل) سفیه نیست، بلکه صبی است.

ثانیاً، قرآنی نیز در خود کلام این زهره وجود دارد که «من لیس بکامل العقل» شامل صبی هم می‌شود: قرینه اول عبارت «و یحتج علی المخالف بما رووه من قوله علیه السلام: رفع القلم عن ثلاثة عن الصبی حتی یتبلغ، و عن النائم حتی یتستقیظ، و عن المجنون حتی یفیک» است. مراد از مخالف ابو حنیفه است. موضوع اختلاف نیز صبی است؛ چون ابو حنیفه معتقد است بیع صبی با اجازه ولی نافذ است، اما بیع مجنون با اجازه ولی را هم باطل می‌داند. این قرینه است که مراد از «من لیس بکامل العقل» هم صبی است. قرینه دوم این است که برای ردّ نظر مخالف به روایتی استدلال کرده است که صبی هم در آن وجود دارد، و بسیار مستبعد است که ایشان این روایت را در رابطه با جنون قبول داشته و عقل را جزء شرایط بدانند، اما در رابطه با بلوغ قبول نداشته و عقد صبی را باطل ندانند. علاوه اینکه بحث اشتراط بلوغ حتی پیش از مرحوم شیخ طوسی هم مطرح بوده و معقول نیست که همه شرایط صحت بیع را بحث کند، اما از بلوغ سخنی به میان نیاورد. همه این قرائن باعث می‌شود که کمال عقل به معنای بلوغ باشد. ثالثاً، به مراجعه به کلمات فقهاء روشن می‌شود که تعبیر «کمال عقل» در مقابل سفیه به کار برده نمی‌شود، بلکه این تعبیر را بیشتر در مقابل غیر بالغ به کار برده‌اند. البته گاهی کامل العقل در مقابل دیوانه هم به کار برده می‌شود و بدین معناست که عقل دیوانه کامل نیست؛ لذا مرحوم آقای خمینی می‌تواند ادعا کند که در این جا در مقابل مجنون به کار رفته است، ولی استعمال کامل العقل در مقابل سفیه نه تنها مسلم نیست، بلکه رشد مالی را در عرض کمال عقل به کار می‌برند، نه به معنای کمال عقل، و با تتبع به دست می‌آید که در مقابل صبی به کار رفته است. به مثال‌هایی از این دست عبارات اشاره می‌شود:

الف. مرحوم ابن براج (المهذب، ج ۱، ص ۱۵۸): «الذی یجب علیه الزکاة، هو کل حر، کامل العقل ... و شرطنا کمال العقل، لأن من لیس بکامل العقل لا یجب علیه زکاة و لا غیرها».

مقصود از «کامل العقل» در این عبارت بالغ است؛ زیرا اولاً به این دلیل که هیچ اسمی از بلوغ نبرده است، با اینکه بدون شک بلوغ شرط است، ثانیاً عبارت «لا یجب علیه زکاة و لا غیرها» نمی‌تواند ناظر به سفیه باشد؛ چون زکات بر سفیه واجب است.

ب. مرحوم ابو الصلاح حلبی (الکافی فی الفقه، ص ۴۳۳): «الإقرار مقتض لسقوط حق المقر فیما أقر به لغيره، إذا کان من حر کامل العقل سلیم الرأی».

مقصود از کامل العقل در این عبارت نیز بلوغ است؛ چون اولاً هیچ اسمی از بلوغ نبرده است، در حالی که بلوغ شرط است، ثانیاً بر این عبارت اموری را متفرع می‌کند و می‌فرماید: «ولا یعتد بإقرار الصبی

عدم اعتبار اجماع منقول در غنیه به دلیل اجتهادی بودن آن

اما با مراجعه به موارد متعدّد در غنیه در می‌یابیم که اجماعات غنیه، دارای ارزش نیست و حتی برای فقیه ظن هم نمی‌آورد؛ زیرا وی در مواردی ادعای اجماع می‌کند که فقهای بزرگی همچون مرحوم شیخ طوسی و اتباع وی که از اساطین مذهب هستند، مخالف‌اند و بی‌تردید مرحوم ابن زهره از مخالفت آنها آگاه بوده است. این مسئله نشان می‌دهد که وی در نقل اجماع پروای مخالفت آنها را نداشته و چنین نیست که فقط مخالفت فقهاء کم‌اعتبار را مضرّ به حال اجماع نمی‌داند. مرحوم ابن زهره در کتاب غنیه^۱ در حالی که در مسائلی به وجود مخالف تصریح کرده، ادعای اجماع کرده و فرموده است که مخالفت این افراد مضرّ نیست.

توجیهی که برای این کار می‌توان کرد این است که اجماعات وی بر پایهٔ اجماع

ولا المأوف العقل والنفیه ولا العبد ولا الأمة» (الکافی فی الفقه، ص ۴۳۴). سفیه و مأوف العقل، در برابر سلیم الرأی قرار دارند، عبد و امه در برابر حر و صبی نیز در برابر کامل العقل قرار دارد. ج. مرحوم ابن ادریس (السرائر، ج ۳، ص ۴): «لا یصح ایضا العتق الا من کامل العقل غیر مولی علیه». ایشان در ادامه بر این عبارت عدم صحت عتق طفل، مجنون و محجورّ علیه را متفرع می‌کند و این نشان می‌دهد که مقصود از کامل العقل بالغ است که در برابر صبی قرار دارد. در عبارتی دیگر از ایشان چنین آمده است:

«وإذا کان الشریک غیر کامل العقل، فلولیه أو الناظر فی أمور المسلمین، المطالبة بالشفعة إذا رأی ذلک صلاحه، و یحتج علی المخالف، بقوله ﷺ: الشفعة فیما لم یقسم، و لم یفصل، و إذا ترک الولی ذلک، فللصغیر إذا بلغ، و المجنون إذا عقل، المطالبة». (السرائر، ج ۲، ص ۳۹۱).

در اینجا نیز مقصود از کامل العقل بالغ است.

د. مرحوم ابن زهره (غنیة النزوع، ص ۳۸۸): «لا یصح العتق إلا من کامل العقل غیر مولی علیه مثله، ... فلا یقع العتق من طفل، و لا مجنون، و لا سکران، و لا محجور علیه».

عبارت «غیر مولی علیه مثله» محجورّ علیه را خارج می‌کند، و طفل، مجنون و سکران با عبارت «کامل العقل» خارج می‌شوند. قدر مسلم این است که طفل در مقابل کامل العقل قرار دارد.

ه. عین همین عبارت غنیه در إصباح الشیعه کیدری (ص ۴۷۱) هم آمده است.

از این عبارات استفاده می‌شود که گاهی کامل العقل به معنای بالغ هم به کار می‌رود. اما سؤال این است که آیا تعبیر «و یخرج علی ذلک ایضا بیع من لیس بکامل العقل و شراؤه» در غنیه شامل صبی می‌شود یا خیر؟

۱. برای نمونه:

غنیة النزوع، ص ۲۸۷؛ و ص ۳۷۵.

در خصوص مسئله مورد نظر نیست؛ بلکه با عنایت به اجماع فقهاء بر قواعد عام است که این قواعد عام خود نوعی شهادت اجمالی بر تطبیقات آن است، و ایشان در مورد تطبیقات آن قاعده، ادعای اجماع می‌کند.

بنابراین تعبیر مرحوم شیخ انصاری به «المشهور... بل عن الغنیة الاجماع علیه» که اجماع غنیه را بالاتر از مشهور قرار می‌دهد - و نظیر آن در جواهر بسیار دیده می‌شود^۱ - ناتمام است، و اجماع غنیه برای اثبات شهرت هم کفایت نمی‌کند و تنها دلیل بر فتوای خود مرحوم ابن زهره است.

ادعای اجماع در جواهر

مرحوم صاحب جواهر در مسئله بطلان عقد صبی و مجنون و مسلوب العبارة بودن آنها می‌فرماید: «بلا خلاف معتد به اجده بل یمکن تحصیل الاجماع علیه بل ربما كان من الضروريات سلب حکم الفاظهما فی جمیع العقود فکانت کاصوات البهائم بالنسبة الى ذلك»^۲.

مرحوم شیخ طوسی در مبسوط نیز به بطلان عقد صبی فتوا می‌دهد، سپس روایتی را که عقد کودک ده ساله را صحیح می‌داند نقل می‌کند «لا یصح بیع الصبی ولا شراؤه اذن له الولی او لم یأذن و روی آته اذا بلغ عشر سنین و کان رشیدا کان جائزا»^۳، ظاهر کلام ایشان این است که طبق این روایت فتوا نمی‌دهد. ما هم در مسئله مخالف صریحی نیافتیم و کسی را ندیدیم که طبق روایت فوق

۱. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۷۵.

۲. بیش از ۹۰ مورد در جواهر الکلام این تعبیر آمده است: «بل عن الغنیة الاجماع»؛ برای نمونه: جواهر، ج ۱، ص ۲۱۱، ۲۴۶؛ ج ۵، ص ۴۷؛ ج ۸، ص ۳۹۵، ۳۶۶؛ ج ۹، ص ۲۳؛ ج ۱۳، ص ۳۶۲، ۴؛ ج ۱۵، ص ۲۰۵؛ ج ۱۷، ص ۳۸۹، ۳۲۰؛ ج ۱۸، ص ۵۹، ۴۷؛ ج ۱۹، ص ۶۷ و ۲۷۱.

در ریاض المسائل طباطبایی و مستند الشیعة مرحوم نراقی نیز این تعبیر، متعدد آمده است:

ریاض، ج ۱، ص ۳۷، ۱۶۹، ۲۳۲، ۴۳۵؛ ج ۲، ص ۵۱؛ ج ۶، ص ۳۴۱؛ ج ۱۱، ص ۴۶۱؛ ج ۱۲، ص ۷۲؛ مستند، ج ۱، ص ۲۹۵؛ ج ۲، ص ۳۶۴، ۳۰۷؛ ج ۳، ص ۱۶۴؛ ج ۴، ص ۱۱۷؛ ج ۶، ص ۳۱۹، ۳۳۰؛ ج ۱۰، ص ۳۷، ۴۲۷؛ ج ۱۲، ص ۵۴، ۱۱۷؛ ج ۱۳، ص ۱۷۷؛ ج ۱۴، ص ۲۴۹؛ ج ۱۵، ص ۱۱۶؛ ج ۱۸، ص ۲۷۳.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۳.

۴. المبسوط، ج ۲، ص ۱۶۳.

فتوا داده باشد. البته این اجماع در باب بیع است والا در برخی عقود دیگر مسئله اجماعی نیست که تفصیل آن در این بحث نمی‌گنجد.^۱ اما در خصوص باب نکاح آن مقدار که ما مراجعه کردیم، کسی را نیافتیم که صریحاً مخالفت کرده و عقد صبی را صحیح بداند.

مرحوم آقای حکیم می‌فرماید: جماعتی همچون محقق اردبیلی^۲ و فخر المحققین در ایضاح^۳ و محقق در باب عاریه^۴ و نیز ظاهر باب اجاره شرایع^۵، قائل به جواز تصرفات صبی با اذن ولی شده‌اند.^۶ ولی به نظر ما نقل آقای حکیم صحیح نیست؛ زیرا فخر المحققین در بحث اجاره پس از ذکر وجه صحت و بطلان، می‌گوید: «الاقوی عدم الصحة»^۷ دیگران نیز -چه کسانی که تصرفات او را تجویز کرده و یا در میان آنها مورد اختلاف واقع شده یا در بعضی از عقود علی‌المشهور قائل به صحت شده‌اند- همگی این مطلب را در غیر باب نکاح قائل شده‌اند و نمی‌توان گفت که آنها در باب نکاح هم قائل به صحت تصرفات صبی هستند.

در هر حال، قدر مسلم از اجماع موردی است که نکاح صغیر یا صغیره بدون اذن ولی باشد؛ اما اگر صبی یا صبیته با اذن یا اجازه ولی صیغه نکاح را خوانده

۱. توضیح بیشتر: فعل کودک ده ساله در بسیاری از موارد به نظر بسیاری از علماء نافذ است. در اینجا به عنوان نمونه عبارت مرحوم ابن فهد را در المهدب البارع (ج ۲، ص ۵۱۴) نقل می‌کنیم: «ینفذ عمل البالغ عسرا فی مواضع: ۱. العتق ... ۲. الوقف فی وجوه البر ۳. الوصیة فی المعروف ۴. امضاء اقراره بمثل ذلك ۵. مواخذته بالقصاص ۶. مواخذته بالسرقة ۷. صحة نیابته فی الحج».

۲. مجمع الفائدة و البرهان، ج ۸، ص ۱۵۲.

۳. ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۱۲۶.

۴. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۱۳۵.

۵. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۱۴۱.

۶. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۸۵.

۷. ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۵۵.

عبارت ایضاح در کتاب الاجاره در ذیل این عبارت علامه «ولا المميز و ان اذن له الولی علی اشکال چنین است: «أقول: ینشأ (من) انه مميز اذن له الولی فانجبر نقصه (و من) عموم النص علی عدم اعتبار عبارة الصبي و الاقوی الثاني لأن البلوغ سبب لا شرط.» (ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۲۴۲). این عبارت اخیر ایشان در کتاب الاجاره نیز مطابق همین نظر مرحوم فخر المحققین است.

باشد، نمی‌توان ادعای اجماع بر بطلان عقد وی نمود. به منظور اثبات این ادعا لازم است برخی از تعابیر فقهاء را نقل کنیم.

بررسی اقوال فقهاء

با دقت در عبارات فقهاء به سه دسته عبارت بر می‌خوریم:

دسته اول: تصریح به مسلوب العبارة بودن صبی

دسته اول کسانی هستند که به مسلوب العبارة بودن صبی تصریح کرده‌اند و از حدیث رفع قلم هم این مطلب را استفاده کرده‌اند.^۱ ظاهر تعبیر این است که عقد صبی با اجازه هم تصحیح نمی‌شود. همچنین ظاهر عبارت فقهای که بلوغ را از شرایط ایجاب و قبول می‌دانند، نیز این است که اگر صبی تنها مجری صیغه هم باشد، با اذن یا اجازه بعدی عقد وی تصحیح نمی‌شود.

دسته دوم: بطلان عقد صبی بدون اذن ولی

دسته دوم کسانی هستند که صغیر را همچون سَفَه منشأ محجوریت صبی می‌دانند و شرط صحت عقد را عدم محجوریت می‌دانند. با توجه به اینکه سفیه مسلوب العبارة نیست و عقدش با اذن یا اجازه ولی نافذ است، از این عبارات، بطلان عقد صبی با اذن یا اجازه ولی استفاده نمی‌شود؛ بنابراین از کلام این گروه از فقهاء تنها استفاده می‌شود که عقد صبی به خودی خود مقتضی صحت نیست، نه اینکه مقتضی فساد در آن وجود دارد. مرحوم ابن حمزه در وسیله از این دسته است.

دسته سوم: بطلان عقد صبی بدون ظهور در قول دسته اول و دوم

دسته سوم کسانی هستند که فقط گفته‌اند عقد صبی باطل است.^۲ این عبارت مبهم است و از آن فهمیده نمی‌شود که آیا صبی را مسلوب العبارة هم می‌دانند یا خیر، و دلیلی هم ذکر نکرده‌اند که از دلیلشان مطلب روشن شود. توضیح مطلب: بعضی الفاظ شامل مباشرت و تسبیب است، مثلاً احترام کردن

۱. برای نمونه: الخلاف، ج ۳، ص ۱۷۸، م ۲۹۴؛ غنیة النزوع، ص ۲۱۰.

۲. الخلاف، ج ۴، ص ۳۷۳، م ۱۴؛ المبسوط، ج ۴، ص ۲۹۳؛ المذهب (ابن براج)، ج ۲، ص ۲۱۰.

۳. کفاية الأحكام، ج ۱، ص ۴۱۸.

زید گاهی مباشرتاً است و گاهی تسبیحاً مانند اینکه کسی را می‌فرستیم تا زید را اکرام کند. توهین نیز چنین است. اما «اکل» بالتسبیب صدق نمی‌کند. در معاملات نیز «بیع» از قسم اول (اعم از مباشرت و تسبیب) است، اما نفس ایجاب و قبول از قسم دوم است. حال اگر مراد دسته سوم از عقد، نفس ایجاب و قبول باشد، در این صورت عقد صبیّ حتی با اذن ولیّ نیز باطل است.

نتیجه: عدم اجماع بر بطلان عقد صبیّ با اذن یا اجازه ولیّ
از ملاحظه مجموع مطالب گذشته معلوم شد اثبات صغرای اجماع بر بطلان عقد صبیّ با اذن یا اجازه ولیّ مشکل است.

عدم حجیت اجماع ادعایی به دلیل عدم احراز اتصال به زمان معصوم
آنچه تاکنون بیان شد با فرض حجیت چنین اجماعی است. اما باید گفت حتی اگر صغرای اجماع را هم بپذیریم، اعتبار چنین اجماعی مشکل است؛ زیرا اجماعی معتبر است که اتصال آن به زمان معصوم احراز شود، هرچند معلوم المدرک باشد، ولی در موارد علم به مدرک یا احتمال مدرک غالباً احراز اتصال اجماع به زمان معصوم ممکن نیست؛ زیرا چه بسا اجماع از قدیم و از زمان معاصر معصومین علیهم‌السلام نبوده، بلکه به استناد فتاوای علماء در زمان متأخر حاصل شده باشد، از این رو در محل بحث فعلی اعتبار اجماع روشن نیست.

دلیل چهارم بر بطلان عقد صبیّ: شهرت

ظهور کلام مرحوم شیخ در استقلال دلیل شهرت
مرحوم شیخ انصاری^۱ در مورد بطلان معاملات صبیّ نخست حدیث رفع قلم را مطرح ساخته و استدلال به آن را ناتمام می‌داند، سپس به اجماع محکی که شهرت عظیمه مؤید آن است استناد ورزیده و درباره وجود و عدم وجود اجماع بحث بسیار کرده و در نهایت این اشکال را مطرح نموده است که از کلام بسیاری از فقهاء بر می‌آید که اجماعی در مسئله وجود ندارد. عبارت او چنین است: «نعم لقائل ان

۱. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۷۶.

يقول أنّ ما عرفت من المحقق والعلامة وولده والقاضی وغيرهم خصوصاً المحقق الثاني... يدل على عدم تحقق الاجماع» با این حال می‌افزاید: «و كيف كان فالعمل على المشهور، ويمكن ان يستأنس له ايضا بما ورد في الاخبار المستفيضة...»^۱ از ظاهر این عبارت استفاده می‌شود که ایشان شهرت را به عنوان دلیل تمام می‌دانند و اخبار مستفیضة را به عنوان دلیل دیگر مسئله مطرح می‌سازد.

اشکال: عدم حجیت شهرت در رسائل

اشکالی که مطرح می‌گردد این است که مرحوم شیخ انصاری در رسائل حجیت شهرت را نفی کرده^۲، چگونه در اینجا به شهرت استناد کرده است؟

پاسخ اول: احتمال عدول از مبنا

شاید گفته شود که مرحوم شیخ از مبنایش عدول کرده است، به این صورت که یا ابتداء رسائل را نگاشته و سپس در مکاسب از مبنایش عدول کرده یا بر عکس^۳، چون تغییر مبنا در مورد مرحوم شیخ کاملاً طبیعی است.

اشکال: اهتمام مرحوم شیخ به اصلاح رسائل و مکاسب تا آخر عمر

اما این احتمال صحیح نیست؛ چون مرحوم شیخ هم به رسائل و هم به مکاسب اهتمام تام داشته و هر دو کتاب محور بحث ایشان بوده است. از این رو، تا آخر مطالب این دو کتاب را اصلاح می‌کرده است. اگر مرحوم شیخ از مبنای خود عدول می‌کرد، در یکی از این دو کتاب باید اصلاحی اعمال می‌شد، در حالی که

۱. کتاب مکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۸۰.

۲. فوائد الأصول، ج ۱، ص ۲۳۱.

۳. ممکن است رسائل فی الجمله - نه همه آن - قبل از مکاسب نگاشته شده باشد: کتاب مکاسب (شیخ انصاری)، ج ۵، ص ۴۰۷: «بما قررناه فی الأصول..» گرچه به نام کتاب اصول تصریح نشده و محتمل است مباحث درس اصول ایشان مراد باشد. اما اینکه لا اقل فی الجمله مکاسب قبل از رسائل نگاشته شده باشد قابل اثبات است؛ زیرا ایشان در بحث لا ضرر از مبحث برائت چنین فرموده است: فوائد الأصول، ج ۲، ص ۴۶۷: «ثم إنه قد يتعارض الضرران بالنسبة إلى شخص واحد أو شخصين، فمع فقد المرجح يرجع إلى الأصول والقواعد الآخر، كما أنه إذا أكره على الولاية من قبل الجائر المستنزمة للإضرار على الناس، فإنه يرجع إلى قاعدة «نفي الحرج»؛ لأن إلزام الشخص بتحفل الضرر لدفع الضرر عن غيره حرج، وقد ذكرنا توضيح ذلك في مسألة التولي من قبل الجائر من كتاب المكاسب».

چنین اصلاحی صورت نگرفته است. بنابراین اشکال تناقض بین عبارت مکاسب با مبنای اصولی مرحوم شیخ در رسائل پا برجاست.

پاسخ دوم (مختار): قبول مبنای انسداد توسط مرحوم شیخ

پاسخ اشکال به طور اجمال این است که مرحوم شیخ انصاری هرچند شهرت را از باب ظن خاص معتبر نمی داند، ولی چون به تمامیت ادله انسداد متمایل است، شهرت را از این باب حجت می داند.^۱

مطلب اول: عدم اظهار نظر صریح مرحوم شیخ نسبت به مقدمه اول انسداد

در زمان مرحوم شیخ مسئله تمامیت دلیل انسداد معرکه آراء و محل اختلاف شدید میان علماء بوده است. بسیاری از علماء مسلم پنداشته اند که ایشان قائل به افتتاح باب علم است و دلیل انسداد را ناتمام می داند، ولی چنین نیست.

برای اثبات این مطلب باید در سخنان مرحوم شیخ در باب انسداد بیشتر دقت شود. مرحوم شیخ در رسائل مقدمات چهارگانه انسداد را ذکر کرده^۲، و به تفصیل و با دقت و موشکافی بسیار مقدمات را بررسی کرده است. او نحوه استنتاج از این مقدمات را با عمق حیرت انگیزی طرح کرده است، ولی در مورد مقدمه اول (انسداد باب العلم والظن الخاص فی معظم المسائل الفقہیة)^۳ تنها به همین مقدار اکتفاء کرده است که پذیرش و عدم پذیرش این مقدمه تنها پس از تأمل تام و کوشش بسیار در ملاحظه ادله حجیت اخبار حاصل می گردد که آیا این ادله حجیت مقدار کافی از احادیث را ثابت می کند یا خیر؟ باید افزود که مرحوم شیخ تصریح کرده که این مقدمه، عمده دلیل انسداد است، بلکه ظاهراً همچنان که برخی تصریح کرده اند، این مقدمه به تنهایی برای اثبات حجیت ظن مطلق کافی است.^۴

خلاصه مرحوم شیخ درباره مقدمه نخست و اینکه آیا بالاخره حجیت مقدار کافی از احادیث ثابت شده است یا خیر، اظهار نظر نمی کند.

۱. فوائد الأصول، ج ۱، ص ۲۳۱.

۲. فوائد الأصول، ج ۱، ص ۳۸۴.

۳. فوائد الأصول، ج ۱، ص ۳۸۴.

۴. فوائد الأصول، ج ۱، ص ۳۸۶ - ۳۸۷.

مطلب دوم: تمامیت مقدمهٔ اول انسداد نزد شیخ

با دقت در نظر مرحوم شیخ در بحث حجیت اخبار آحاد روشن می‌گردد که ایشان مقدمهٔ نخست و در نتیجه دلیل انسداد را صحیح می‌داند؛ زیرا ایشان تنها حجیت خبر اطمینانی را ثابت می‌داند، در حالی که خبر اطمینانی در فقه اندک است؛ چون احادیث با چند واسطه نقل شده‌اند و در احادیث با وسائط متعدد، معمولاً اطمینان حاصل نمی‌گردد. چنان‌که از مرحوم آقای خوئی نقل شده که اگر در جلسه‌ای ده نفر باشند و مطلبی را به گوش نفر اول بگوییم و او همین طور به گوش نفر دوم و همین طور وقتی به نفر دهم می‌رسیم مطلب بسیار تغییر می‌کند، از سوی دیگر مسئله بعد زمان، اغلاط نسخ و ... سبب می‌گردد که اطمینان بسیار اندک حاصل شود، لذا باید مطلق ظن را معتبر دانست.

مرحوم شیخ در فقه نیز بر حجیت شهرت از باب ظن مطلق مشی می‌کند نه از

۱. توضیح بیشتر: در بحث‌های مختلف رسائل مرحوم شیخ تأکید بر این دارد که تنها خبر اطمینانی حجت است. در آخر بحث از آیاتی که برای حجیت خبر به آنها استدلال شده می‌گوید: «فیصیر حاصل مدلول الآیات اعتبار خبر العادل الواقعی بشرط افادته الظن الاطمینانی والثوق ...» (فرائد الأصول، ج ۱، ص ۱۳۶). در ذیل طایفهٔ اول احادیث حجیت خبر می‌گوید: «لکن الانصاف ان ظاهر مساق الروایة ان الغرض من العدالة حصول الوثاقة فیکون العبرة بها.» (ص ۱۳۸)، «و قد ادعی فی الوسائل تواتر الاخبار بالعمل بخبر الثقة الا ان القدر المتیقن منها هو خبر الثقة الَّذی یضعف فی احتمال الکذب علی وجه لا یعننی به العقلاء و یقتحون التوقف فیہ لاجل ذلك» (ص ۱۴۴)، «و الانصاف انه لم یُتضح من کلام الشیخ دعوی الاجماع علی ازید من الخبر الموجب لسکون النفس و لو بمجرّد وثاقة الراوی و کونه سدیداً فی نقله لم یطعن فی روايته.» (ص ۱۵۶)، «و الانصاف انه لم یحصل فی مسأله بذعی فیہ الاجماع ... ما حصل فی هذه المسألة ... لکن الانصاف ان المتیقن من هذا کله الخبر المفید للاطمینان لا مطلق الظن و لعله مراد السید من العلم ...» (ص ۱۴۴)، «هذا تمام الکلام فی الأدلة الّتی اقاموها علی حجية الخبر ... و الانصاف ان الدالّ منها لم یدلّ علی وجوب العمل بما یفید الوثوق و الاطمینان بمؤداها و هو الَّذی فسّر به الصحیح فی مصطلح القدماء و المعیار فیہ ان یکون احتمال مخالفته للواقع بعيداً بحيث لا یعننی به العقلاء و لا یکون عندهم موجبا للتخیر و التردد الَّذی لا ینافی حصول مسمى الرجحان ... و لیکن علی ذکر منك لینفعلک فی ما بعد.» (ص ۱۷۴). این عبارت اخیر گویا به دلیل انسداد ناظر است. در ضمن ادلهٔ انسداد در صفحه ۲۱۵ هم می‌گوید: «لاریب فی ندرة هذا القسم [أي الخبر المفید للاطمینان الفعلي بالصدور الَّذی کان کثیراً فی الزمان السابق لکثرة القرآن] فی هذا الزمان.» بنابراین از افزودن برخی از کلمات ایشان به برخی دیگر روشن می‌گردد که وی مقدمهٔ نخست دلیل انسداد و به تبع این دلیل را تمام می‌داند.

باب ظنّ خاص^۱؛ زیرا در مسئله‌ای که فقهای بزرگ مخالف هستند نه برای مرحوم شیخ و نه برای نوع افراد اطمینان حاصل نمی‌شود؛ لذا برای عمل بر طبق شهرت، محملی به جز دلیل انسداد به نظر نمی‌رسد. به نظر ما نیز دلیل انسداد، به دلایلی که اینجا مجال تفصیلش نیست، بی‌وجه نیست.

ظن آور نبودن شهرت در مقام به دلیل اشکال در مستند مشهور

چه مبنای مرحوم شیخ در حجّیت شهرت را بپذیریم، چه آن را مانند بسیاری از فقهاء ناتمام بدانیم، پرسشی که مطرح می‌شود این است که آیا در خصوص این مسئله می‌توان به شهرت استناد کرد یا خیر؟

به نظر می‌رسد که اگر شهرت مستند به ادله‌ای باشد که ما آن ادله را ناتمام بدانیم و دریابیم که مشهور در استناد به آنها اشتباه کرده‌اند، در این صورت فتوای مشهور، ظنی را در ذهن ما ایجاد نمی‌کند که بر اساس آن ظن بتوانیم طبق ادله انسداد فتوا دهیم. اما اگر مشهور فتوایی داده باشند که دلیل آن برای ما روشن نباشد، در آن صورت ممکن است شهرت موجب افاده ظن شود و بگوییم لاقلاً دلیلی ظنی الدلاله در دست آنها بوده که به ما نرسیده است؛ ولی در بحث فعلی با توجه به استدلال‌های علماء بر مسلوب العبارة بودن صبی به ادله‌ای که ما ناتمامی آنها را اثبات کرده‌ایم، صغرای حجّیت ظنّ انسدادی (تحقق شهرت ظنّ آور) محقق نیست. البته معیار در ظن، ظن نوعی (ظن نوع مردم در خصوص مسئله) است نه ظن شخصی و اگر کسی دیرباور و وسواسی باشد، ظن وی شرط نیست، و در این مسئله، نوع مردم با توجه به خصوصیات ادله فوق، ظنّ پیدا نمی‌کنند.

دلیل پنجم بر بطلان عقد صبی: روایات عدم جواز امر صبی

از جمله ادله‌ای که مرحوم شیخ برای اثبات بطلان معاملات صبی مطرح کرده، روایاتی است که در آنها جواز امر یتیم متوقف بر بلوغ دانسته شده است. گفته می‌شود که معنای آنها این است که قبل از بلوغ، معاملات باطل است.^۲

۱. برای نمونه: کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۸۱.

۲. صاحب وسائل برخی از این روایات را در باب مستغنی با عنوان «باب اشتراط البلوغ و العقل و الزشد

اشکال دلالی شیخ انصاری: عدم جواز امر صبی به معنای عدم استقلال

مرحوم شیخ، استدلال به این روایات را نادرست می‌داند؛ زیرا مراد از جواز امر یتیم، استقلال وی در معاملات است به گونه‌ای که نیازی به اذن نباشد؛ بنابراین اگر معامله صبی با اجازه ولی او باشد، یا صبی صرفاً مجری صیغه معامله باشد، این روایات دلیل بر بطلان آن نیست. البته اگر مراد از جواز امر، اصل نفوذ معامله (به صورت مهمله) می‌بود، قهراً نفی این امر قبل از بلوغ دلیل بر مسلوب العبارة بودن صبی بود و اذن ولی هم تأثیری نداشت، ولی مراد از جواز امر یتیم پس از بلوغ، استقلال وی در کارها است.

استشهاد مرحوم شیخ به فقره «إلا أن يكون سفیهاً»

شاهد ایشان این است که در برخی از این روایات آمده است: «إلا أن يكون سفیهاً»^۲ و اگر مراد از جواز امر، استقلال در معاملات نباشد، این استثناء معنا ندارد؛ زیرا بی شک سفیه مسلوب العبارة نیست و عقد وی با اجازه ولی صحیح است؛ بنابراین اگر مراد از جواز امر، اصل نفوذ معامله (ولو به نحو موقوف بر اجازه ولی) باشد، این امر در مورد سفیه هم صادق است و نباید سفیه را استثناء می‌کردند.

پاسخ آقای خمینی: صحت استثناء «الصبی لا يجوز امره الا باذن ولیه»

مرحوم آقای خمینی این تفسیر از جواز امر را نادرست می‌داند؛ زیرا بدون هیچ

فی جواز البیع و الشراء نقل کرده است؛ برای نمونه:

وسائل الشیعة، ج ۱۷، ص ۳۶۰، ح ۱: محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن عبد العزيز العبدی عن حمزة بن حرمان عن أبي جعفر علیه السلام فی حدیث «أنه قال: الجارية إذا تزوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها الیتم و دفع إليها مالها و جاز أمرها فی الشراء و البیع قال و الغلام لا يجوز أمره فی الشراء و البیع و لا یخرج من الیتم حتى یبلغ خمس عشرة سنة أو یحتلم أو یشعر أو ینبت قبل ذلك».

۱. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۷۷.

۲. وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۴۱۲، ح ۵: و فی الخصال عن أبیه عن سعد عن أحمد بن محمد عن ابن أبي نصر عن أبي الحسين الخادم بیاع اللؤلؤ عن أبي عبد الله علیه السلام «قال: سأله أبي و أنا حاضر عن الیتیم متى يجوز أمره قال حتى یبلغ أشده قال و ما أشده قال احتلامه قال قلت: قد یكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو أقل أو أكثر و لم یحتلم قال إذا بلغ و كتب علیه الشيء جاز أمره إلا أن یكون سفیهاً أو ضعیفاً» و ج ۱۹، ص ۳۷۰، ح ۲.

تجوّزی می‌توان گفت: «الصبی لا يجوز امره الا باذن ولیّه».

از این استثناء معلوم می‌گردد که مراد از جواز امر، خصوص استقلال صبی نیست، وگرنه استثناء فوق معنا ندارد؛ چون با اذن ولی، صبی استقلال پیدا نمی‌کند.^۱ در کتب فقهی نیز بعد از بیان بطلان و عدم نفوذ عقد صبی چنین تعبیر می‌شود: «وإن أذن له الولي».^۲ پس معلوم می‌شود که جواز امر صبی، اصل صحت عقد صبی را می‌رساند نه استقلال وی را، و اختلاف فقهاء عامه و خاصه در این است که آیا با اذن ولی، عقد صبی صحیح است؟ این نشان می‌دهد که تعبیر فوق به استقلال صبی مرتبط نیست.

توضیح پاسخ با ذکر دو نکته

با در نظر گرفتن دو نکته، سخن مرحوم آقای خمینی موجه‌تر می‌شود:

نکته اول: ظهور استثناء در اتصال

نکته اول این است که استثناء ظهور در استثناء متصل (اخراج مال‌الولاء لدخل) دارد و منقطع بودن استثناء بسیار مستبعد است، حتی در مثال معروف استثناء منقطع، یعنی «ما جاء القوم الا حماراً» بنابر تحقیق استثناء متصل است. البته نوعی مجاز یا ادعا مصحح چنین استعمالی است؛ یعنی هیچ‌یک از افراد قوم و مرتبطین به آنها نیامدند مگر یک الاغی، و در اینجا از کلمه قوم، مجازاً یا ادعاً معنای عام‌تری از انسان‌ها اراده شده است، و در این معنای وسیع، حمار هم داخل است.

نکته دوم: امارت «استعمال بدون تأول لغت» بر حقیقت

نکته دوم این است که استعمال یک لغت در یک معنا، بدون تأول و عنایت، دلیل بر حقیقت است، چنان‌که در کفایه^۳ به درستی این نکته گوشزد شده است، و ما در جمله فوق (لا يجوز امر الصبی الا باذن ولیّه) هیچ‌گونه ادعایی احساس نمی‌کنیم.

۱. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۲۸-۲۹.

۲. برای نمونه: الجامع للشرائع، ص ۲۸۲؛ تحریر الأحکام، ج ۲، ص ۲۷۶؛ قواعد الأحکام، ج ۲، ص ۱۳۷.

۱۵۶ و ۲۸۱؛ الدروس الشرعیة، ج ۳، ص ۱۹۲.

۳. کفایة الأصول (چاپ آل البیت)، ص ۱۸.

نتیجه: جواز امر صبی به معنای صحت کار او نه استقلال وی
با توجه به این دو نکته، روشن می‌شود که مراد از جواز امر، اصل صحت کار صبی
است، نه استقلال وی.

اشکالات پاسخ آقای خمینی

اما پاسخ فوق به اشکال شیخ انصاری ناتمام است؛ زیرا:

اشکال اول: ظهور «جاز امر» در استقلال تصرف

اولاً، اگر گفته شود که امضاء فلان شخص، معتبر است، معنایش این است که این
امضاء، بالفعل معتبر است، نه اینکه در اعتبار امضاء، به افزودن چیز دیگری نیاز
باشد. ظهور «جاز امر»^۱ هم در همین معنا است که صبی، در تصرف مستقل است.
شاهد بر این مدعا این است که طبق این روایت، صبی پس از بلوغ و رشد،
استقلال در تصرف داشته^۲ و ولایت اولیاء منقطع می‌گردد، و اگر مراد از جواز امر را
اصل صحت تصرفات صبی (و لو متوقف بر اذن ولی) بگیریم، لا جرم نمی‌توان از
این روایت، انقطاع ولایت اولیاء و استقلال افراد را پس از بلوغ و رشد استفاده کرد.
مرحوم شیخ انصاری^۳ به این مطلب نیز استشهاد کرد که در برخی روایات در مورد
جواز امر صبی پس از بلوغ، این استثناء ذکر شده است: «إلا أن يكون سفیها أو
ضعیفاً»^۴ استثناء سفیه می‌رساند که مراد از جواز امر، استقلال صبی پس از بلوغ

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۴۱۲، ح ۵؛ و فی الخصال عن أبیه عن سعد عن أحمد بن محمد عن ابن
أبی نصر عن أبی الحسین الخادم بیاع اللؤلؤ عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «... قال إذا بلغ و كتب علیه
الشیء جاز أمره إلا أن یكون سفیها أو ضعیفاً» وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۴۱۰، ح ۱: محمد بن یعقوب
عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن عبد العزیز العبدی عن حمزة بن حرمان
عن حرمان عن أبی جعفر علیه السلام فی حدیث قال: «... والغلام لا یجوز أمره فی الشراء و البیع و لا یخرج من
الیتیم حتی یتبلغ خمس عشرة سنة أو یحتلم أو یشرع أو ینبت قبل ذلك».

۲. استاد علیه السلام: البته گاه به جهت مانعی همچون افلاس یا حق رهن، ممنوعیت تصرف عارض می‌گردد که
مسئله دیگری است. مسئله ما این است که از جهت عدم بلوغ و عدم رشد، محجوریتی باقی نمی‌ماند.

۳. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۷۷.

۴. وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۴۱۲، ح ۵؛ و فی الخصال عن أبیه عن سعد عن أحمد بن محمد عن ابن
أبی نصر عن أبی الحسین الخادم بیاع اللؤلؤ عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «... قال إذا بلغ و كتب علیه

است نه اصل صحت عقد وی (ولو با اجازه)؛ زیرا این معنا در حق سفيه هم صادق است و استثناء صبی بنا بر این تفسیر جایی ندارد.

اشکال دوم: مؤکّد بودن عبارت «الآن یکون باذن ولیّه»

ثانیاً، اینکه مرحوم آقای خمینی صحت استثناء را به عنوان شاهد مدعای خودش مطرح کرد، صحیح نیست؛ زیرا این استثناء برای تأکید بیشتر است.

توضیح مطلب: برخی عبارت‌ها به طور عادی به صورت خاصی منصرف است، ولی گاه برای تأکید مطلب، مراد از عبارت اعم از صورت انصرافی و غیر آن گرفته شده و سایر صورت‌ها استثناء می‌شود، مثلاً درباره وجوب صوم، آیه شریفه می‌فرماید: «فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ»^۱. در این جمله به تناسب حکم و موضوع معلوم است که مراد از مریض، مریضی نیست که روزه برای او ضرر ندارد، با این حال، در رساله‌های عملیه و کلمات فقهاء چنین مضمونی دیده می‌شود: «لا یجب الصوم علی المریض الا اذا لم یکن المرض مضراً بحاله». ذکر این استثناء برای تأکید بر خروج صورتی است که اگر استثناء هم ذکر نمی‌شد مناسبات حکم و موضوع بر خروج آن و انصراف دلیل از شمول آن صورت، حکم می‌کرد.

اگر گفته شود: «خبر واحد حجت است»، معنای انصرافی آن این است که خبر واحد به خودی خود اعتبار دارد و به افزودن چیز دیگری بدان نیاز نیست. همچنین اگر گفته شود: «خبر واحد حجت نیست»، با توجه به انصراف، چنین اعتباری برای خبر واحد نفی می‌شود، حال آیا خبر واحد در صورتی که چیزی (مثل شهرت) بدان ضمیمه گردد یا حالت ویژه‌ای (مثل یقین) با آن ایجاد شود معتبر است؟ جمله فوق عهده‌دار بیان آن نیست، با این حال، گاه مراد از این جمله را معنایی وسیع‌تر از معنای انصرافی لحاظ می‌کنند و می‌گویند: «خبر الواحد لیس بحجة الا اذا أفاد القطع أو انضمت الیه الشهرة».

در بحث فعلی نیز عبارت «عدم جواز امر قبل از بلوغ و رشد»، به استقلال

الشیء جاز أمره إلا أن یکون سفيها أو ضعيفا؛ و ج ۱۷، ص ۳۶۱، ح ۳.

۱. البقرة، ۱۸۴.

نداشتن امر صبیّ انصراف دارد^۱ ولی می‌توان مراد از آن را معنای عام‌تری گرفته و صورت اذن ولی یا اذن خود صبیّ پس از بلوغ را استثناء کرد و غرض از آن، تأکید مفاد جمله فوق و تصریح به معنای انصرافی است.

بنابراین ناتمامی این استشهد که فقهاء می‌گویند «لایجوز امر الصبی حتّی باذن الولی»^۲ روشن می‌گردد؛ زیرا آوردن «حتّی» برای نفی معنای انصرافی جمله فوق است، و دلیل بر این نیست که به طور طبیعی از جواز امر صبیّ، استقلال صبیّ استفاده نمی‌شود.

اشکال برخی از محشین مکاسب بر استدلال به این روایات

بعضی از محشین مکاسب^۳ وجه دیگری برای ردّ استدلال به این روایات گفته‌اند، به این تقریب که عقدی که صبیّ با اذن ولی انجام دهد هم به صبیّ نسبت داده می‌شود و هم به ولیّ، به همین دلیل، عقد به اعتبار اینکه به ولیّ نسبت داده می‌شود صحیح است. همچنان‌که اگر وکیل کسی خانه موکّل را بفروشد، موکّل می‌گوید: خانه‌ام را فروختم و بیع را به خود نسبت می‌دهد با اینکه مباشرتاً فروخته است. حال اگر از نظر ادله، عقد منسوب به صبیّ معتبر نباشد، اما عنوان دیگر یعنی عقد منسوب به ولیّ که از نظر شرعی معتبر است تأثیر خود را خواهد کرد و

۱. توضیح بیشتر: تأکید استاد^{علیه السلام} در این بحث بر این نکته است که استفاده محدودیت عدم وجوب صوم در مثال اوّل و اعتبار ذاتی نداشتن خبر واحد در مثال دوم و استقلال نداشتن صبیّ پیش از بلوغ و رشد در محل بحث، به جهت وضع عبارات نیست تا با استثناء ناسازگار باشد، بلکه به جهت اطلاق و ذکر نشدن قید می‌باشد؛ بنابراین با آوردن استثناء موضوع دلالت انصرافی از میان می‌رود، نه اینکه نوعی ناسازگاری (ولو بدو) در عبارت وجود داشته باشد.

شاید گفته شود: وقتی همین معنا از انصراف ادله و عدم ذکر قید استفاده می‌شود، ذکر استثناء لغو است. اما پاسخ این است که استثناء به جهت تأکید بر مطلب است، همچنان‌که در سایر تأکیدات هم همین‌گونه است. خلاصه استثناء دلالت سکوتی را به دلالت لفظی و ظهور را به صراحت تبدیل می‌کند.

۲. توضیح بیشتر: کلمه «حتّی» در جایی به کار برده می‌شود که نوعی انصراف در دلیل وجود داشته باشد، یا لافل شمول حکم نسبت به برخی صورت‌ها مورد تأمل و تردید باشد؛ لذا برای دفع توهم فوق چنین عبارتی افزوده می‌گردد و اگر ظهور قابل توجهی در جمله فوق وجود داشته باشد، نیازی به چنین تأکیدی نیست، مگر اینکه بخواهند تأکید بیشتری بر مطلب کرده باشند که چنین تأکید مؤکدی نادراً ضرورت می‌یابد.

۳. هدایة الطالب إلی أسرار المکاسب، ج ۲، ص ۲۴۷.

عدم صحت عقد صبی به صحت این عقد ضرری نمی‌زند؛ چون عدم تأثیر عقد صبی از باب عدم اقتضاء است نه از باب اقتضاء عدم تا با عقد ولی که اقتضاء تأثیر دارد تراحم کند؛ زیرا ذو الاقتضاء بالاقتضاء قابل جمع است. مثلاً اگر بگویند عالم صرفی احترامش واجب نیست و باید عالم فقیه را احترام کرد، و شخصی عالم به علم صرف و فقه هر دو باشد، بی اشکال احترام او لازم است، هرچند از جهت عنوان اول واجب الاحترام نیست؛ زیرا عنوان دوم بر او منطبق است و لاقتضاء با ذو الاقتضاء تراحم نمی‌کند.

در اینجا نیز اگر عنوان عقد صبی، چنین عقدی را تصحیح نکند، ادله عامه به خاطر صدق عنوان عقد ولی، شامل آن می‌شود و نمی‌توان چنین عقدی را باطل دانست. نتیجه اینکه این دسته از روایات نیز اخص از مدعا است.

دلیل ششم بر بطلان عقد صبی: حدیث «عمد الصبی و خطاه واحد»

کلام شیخ انصاری

یکی از ادله‌ای که مرحوم شیخ انصاری در کتاب مکاسب^۱ برای بطلان عقد صبی بیان کرده، روایاتی است با مفاد «عمد الصبی و خطاه واحد»^۲.

کلام ایشان با تبیینی بیشتر چنین است:

مطلب اول: دلالت حدیث بر یکسانی حکم انشاء عقد عمدی صبی با سهوی بالغین مدلول این طایفه از روایات این است که هر عملی که در بالغین بین عمد و سهو آن از جهت حکم شرعی تفاوت وجود دارد، در مورد صبی بین فعل عمدی و فعل سهوی آن تفاوتی وجود ندارد و افعال عمدی صبی نیز همان حکم افعال سهوی و غیر عمدی بالغین را دارد. بر این اساس، همان‌گونه که اگر اشخاص بالغ عقد بیع یا نکاح را سهواً انجام دهند اثری بر عقد آنها مترتب نیست و آن عقد محکوم به بطلان است، اگر صبی نیز عقدی را هرچند از روی عمد انجام دهد اثری بر آن

۱. کتاب المكاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۸۱.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۳۳، ح ۵۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۴۰۰، ح ۲؛ «محمّد بن أبی عمیر عن حماد بن عثمان عن محمد بن مسلم عن أبی عبد الله علیه السلام قال ...».

مرتّب نیست و باطل است.

مطلب دوم: مثبتین بودن روایات مذتیل به «تحمله العاقلة» و روایات غیر مذتیل البته در ذیل بعضی از این روایات جمله «تحمله العاقلة» نیز آمده و این ذیل، شبهه اختصاص این روایات به باب جنایات را به وجود می آورد که در این صورت در سایر ابواب (مثل عقود) قابلیت استدلال ندارند؛ ولی چون در بین این اخبار، روایاتی هم وجود دارد که در ذیل آنها عبارت «تحمله العاقلة» وجود ندارد، اطلاق این دسته از روایات اقتضا می کند که بتوان از آنها در سایر ابواب، از جمله باب عقود نیز استفاده کرد. به عبارت دیگر، این دو دسته روایات (روایاتی که ذیل دارند و روایاتی که ذیل ندارند) تنافی ندارند؛ زیرا مثبتین هستند، در نتیجه نباید روایات مطلق را بر خصوص باب جنایات حمل کنیم.

بررسی اشکالات کلام شیخ انصاری

اشکالاتی بر کلام شیخ انصاری وارد است که در ذیل، بررسی می شود.

اشکال اول: نبود مقتضی برای اطلاق روایت نسبت به غیر باب جنایات
مرحوم آقای خوئی استدلال به روایات «عمد الضّبیان خطأ»^۱ را برای اثبات بطلان

۱. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۳۳، ح ۵۴: محمد بن الحسن الصفّار عن الحسن بن موسی الخشاب عن غیث بن کلوب عن إسحاق بن عمار عن أبي جعفر عن أبيه عليه السلام «أنّ علیاً عليه السلام کان یقول: عمد الضّبیان خطأ تحمله العاقلة.» (با کمی تفاوت: وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۴۰۰، ح ۳).
وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۹۰، ح ۲: عبد الله بن جعفر في قرب الإسناد عن علي بن السندی عن أبي البختري عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام «أنّه کان یقول في المجنون والمعته الذي لا یفیک والضّبی الذي لم یبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة...».

۲. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۳۳، ح ۵۳: محمد بن أبي عمیر عن حماد بن عثمان عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «عمد الضّبی وخطأ واحد.» وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۴۰۰، ح ۳: و یاسناده عن محمد بن الحسن الصفّار عن الحسن بن موسی الخشاب عن غیث بن کلوب عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه أنّ علیاً عليه السلام کان یقول: «عمد الضّبیان خطأ...» وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۹۰، ح ۲: عبد الله بن جعفر في قرب الإسناد عن علي بن السندی عن أبي البختري عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام: «أنّه کان یقول في المجنون والمعته الذي لا یفیک والضّبی الذي لم یبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة...».

معاملات صبی، تمام ندانسته و آنها را مخصوص باب جنایات می‌داند. به نظر ایشان در این روایات اولاً مقتضی برای اطلاق وجود ندارد، ثانیاً بر فرض وجود اطلاق، مبتلا به مانع است.^۱

ابتدا اشکال اول ایشان بررسی می‌شود. به نظر آقای خوئی در این روایات اثری که به لحاظ آن در این روایت عمد صبی به منزله خطا دانسته شده است مختص باب جنایات است و در جایی که چنین اثری وجود نداشته باشد مقتضی اطلاق وجود ندارد.

این مطلبی است که مرحوم آقای حکیم^۲ و قبل از ایشان مرحوم آخوند (در حاشیه مکاسب در معاملات الصبی) نیز فرموده است.^۳ برای توضیح این مطلب بیان مقدماتی لازم است.

مقدمه اول: لزوم اثر دار بودن منزل علیه در تنزیل ایجابی

مقدمه اول این است که دلیلی که شیئی را نازل منزله شیء دیگر قرار می‌دهد، از دو حال خارج نیست؛ یا به این هدف است که احکام منزل علیه را برای منزل ثابت کند، یا به این هدف است که احکام و آثار منزل علیه را از منزل سلب کند. در فرض اول تنزیل از طریق اثبات تعبدی موضوع برای احکام و آثار منزل علیه صورت می‌گیرد، مثل «الطواف بالبيت صلاة»^۴ که در مقام اثبات خصائص و احکام شرعی مترتب بر صلات برای طواف است و این کار را از طریق اثبات موضوع تعبدی برای احکام نماز انجام می‌دهد. در فرض دوم نفی احکام از طریق نفی تعبدی موضوع صورت می‌گیرد، مثل «عمد الصبی لیس بعمد» یا موضوع وجودی را نازل منزله امری عدمی قرار می‌دهد، مثل «عمد الصبی کلا عمد».

تفاوت این دو نوع تنزیل در این است که در نوع اول از آنجا که غرض از تنزیل، اثبات آثار منزل علیه برای منزل است، برای صحت تنزیل لازم است که منزل علیه

۱. مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۲۵۳.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۸۴.

۳. حاشیه مکاسب (آخوند)، ص ۴۶.

۴. عوالي اللکلی، ج ۱، ص ۲۱۴، ح ۷۰.

خود دارای آثار و احکامی باشد تا آن آثار برای منزل نیز ثابت شود. اما در نوع دوم، لازم نیست که منزل علیه نیز دارای احکام و ویژه‌ای باشد؛ چون غرض از تنزیل رفع اثر و حکم از منزل است و فرض این است که این غرض با نفی موضوع حاصل می‌شود. در واقع تنزیل به لحاظ عدم اثر است و لازم نیست منزل علیه اثری داشته باشد.^۱

مقدمه دوم: ظهور «عمد الصبی خطأ» در تنزیل ایجابی

با توجه به مقدمه اول، مرحوم آقای خوئی می‌فرماید: ظاهر ادله‌ای چون: «عمد الصبی خطاء» یا «عمد الصبی و خطأ واحد» این است که افعال عمدی صبی نازل منزله افعال خطائی بالغین است و طبق ظاهر این تنزیل، همان آثار مترتب بر افعال خطائی بالغین، بر افعال عمدی صبی نیز مترتب می‌شود.

مقدمه سوم: وجود اثر در جنایات خطائی بالغین نه عقود و ایقاعات

با توجه به مقدمات قبل، باید ملاحظه کرد که فعل عمدی بالغین در کدام یک از ابواب، موضوع حکم است، تا همان آثار برای فعل خطائی صبی مترتب شود. اموری مثل عقد بیع یا عقد نکاح اگر به صورت خطائی از بالغین صادر شوند، هیچ اثری بر آنها مترتب نیست؛ پس روایت «عمد الصبی و خطأ واحد»^۲ نمی‌تواند ناظر به این موارد باشد؛ زیرا فعل خطائی بالغین اثری ندارد تا بر عمد صبی مترتب شود. اما در باب جنایات چنین اثری وجود دارد؛ زیرا قتل خطائی بالغین، موضوع برای دیه بر عاقله است، در نتیجه در قتل عمدی صبی هم باید حکم به ثبوت دیه بر عاقله کرد.

مقدمه چهارم: عدم شمول حدیث نسبت به موجبات سهو در نماز و صید حال احرام
در برخی موارد دیگر نیز اثر بر خطا مترتب است، مثل اینکه ترک جزئی از نماز خطاء موجب دو سجده سهو است، یا در باب صید در حال احرام، اگر محرم به صورت خطایی مرتکب صید شود باید کفاره مخصوصی بپردازد؛ اما با تأمل بیشتر معلوم

۱. مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۲۵۴.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۳۳، ح ۵۳: محمد بن ابی عمیر عن حماد بن عثمان عن محمد بن مسلم عن ابی عبد الله علیه السلام قال: «عمد الصبی و خطأ واحد».

می شود که عبارت «عمد الصبی و خطأه واحد» شامل این موارد هم نمی شود؛ زیرا در سایر موارد مثل ارتکاب اسباب سجده سهو و محرمات احرام، سجده سهو و کفاره بر خود شخص خاطی مترتب می شود؛ یعنی اگر شخص بالغی از روی خطا سلام نماز را بدهد یا مرتکب صید در حال احرام شود، وظیفه خودش سجده سهو یا کفاره است، اما اگر خطا و اشتباه در این موارد از صبی باشد به واسطه حدیث «رفع القلم عن الصبی»^۱ این آثار نیز از صبی برداشته می شود و نیازی به روایت «عمد الصبی و خطأه واحد» برای رفع این آثار نیست.

در نتیجه تنها آن آثاری باقی می ماند که به واسطه فعل خطائی بالغین برای غیر خاطی ثابت می شود و این هم منحصر به باب جنایات است که دیه قتل خطایی بر عهده عاقله است.

نتیجه مقدمات: عدم مقتضی اطلاق حدیث نسبت به غیر باب جنایات

با این توضیح معلوم شد که این دسته از روایات، مقتضی اطلاق نسبت به غیر باب جنایات نیست؛ لذا نمی توان بر بطلان عقد صبی به آنها استدلال کرد.^۲ بلکه اگر تعبیر روایت چنین بود: «عمد الصبی لیس بعمد» یا «عمد الصبی کلا عمدا»، در اینجا چون غرض از تنزیل، نفی اثر از منزل است، نیازی به این نبود که منزل علیه نیز دارای اثر باشد و روایت، مخصوص مواردی نمی شد که موضوع حکم آن «خطا» است، بلکه به طور مطلق در همه افعال عمدی صبی، حکم بطلان را ثابت می کرد.

۱. وسائل الشیعة، ج ۱، ص ۴۵، ح ۱۱: فی الخصال عن الحسن بن محمد التکونی عن الحضرمی عن ابراهیم بن ابي معاویه عن ابيه عن الأعمش عن ابن ظبيان قال: «... فقال علي عليه السلام ما أن القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم...».

۲. مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۲۵۳، ۲۵۶: «و الجواب عن ذلك: أن دلالة الرواية على تنزيل عمد الصبي منزلة خطأه من جميع الجهات إنما تتم إذا كان الظاهر منها هو نفى الحكم بلسان نفى الموضوع بأن يقول الإمام عليه السلام عمد الصبي لیس بعمد أو کلا عمدا... وإذا عرفت ما تلوناه عليك فاعلم أنه لا يمكن أن يراد الإطلاق من تلك الروایات لوجود المانع وعدم المقتضي...».

این اشکال به طور خیلی مختصر در کلمات مرحوم آقای حکیم نیز آمده است: «و فيه: أن الظاهر منه تنزيل العمد منزلة الخطأ فيما كان للخطأ حكم خاص به. ليكون التنزيل بلحاظه، فيختص بالجنایة العمدية. ولا يشمل ما نحن فيه مما لم يكن الحكم فيه إلا للعمد...» (مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۸۴).

پاسخ اول: اثر بودن احکام عدمی مثل بطلان عقد خطائی بالغین

به نظر می‌رسد این بیان قابل مناقشه است؛ زیرا این‌گونه نیست که در باب عقود، عقد خطایی بالغین موضوع برای هیچ اثری نباشد. اثر عقد خطائی بالغین عدم انعقاد عقد و عدم صحت است. بله، این اثر یک اثر اثباتی و وجودی نیست؛ اما دلیلی وجود ندارد که هرگاه شیئی نازل منزله شیء دیگری در آثار قرار داده شد، حتماً آن آثار باید از سنخ آثار وجودی باشد، بلکه چون حکم به صحت یا بطلان معامله هر دو مربوط به شارع است، وقتی شارع فرمود: اگر بالغی از روی خطا عقدی نمود باطل است، بطلان هم حکمی شرعی است؛ لذا اگر در جایی فرمود افعال عمدی کودکان در حکم افعال خطائی بالغین است، مراد از آن حکم تنها احکام وجودی افعال خطائی نیست، بلکه شامل احکام عدمی آن نیز می‌شود.

تفاوت بیان آقای خمینی با پاسخ اول

همین پاسخ را مرحوم آقای خمینی هم مطرح کرده است، البته تعبیر ایشان کمی متفاوت است. ایشان می‌فرماید: فرقی نمی‌کند که اثر، مربوط به منزل یا منزلت علیه یا هر دو باشد.^۱

تعبیر ما این بود که فرقی نمی‌کند که حکم منزلت علیه بطلان (عدم انعقاد) باشد یا یک حکم ایجابی باشد؛ چون آنچه مهم است حکم منزلت علیه است که باید برای منزل اثبات شود، اما اینکه خود منزل دارای حکم و اثری باشد یا نباشد اهمیتی ندارد.

در کلام مرحوم آقای خمینی تعبیر دیگری وجود دارد که محل مناقشه است. ایشان می‌فرماید: اگر قرینه‌ای در بین نباشد، اظهر این است که تنزیل عمد صبی به منزله خطا ناظر به عقد سلبی است؛ یعنی در مقام سلب اثر از عمد است.^۲ ولی به نظر می‌رسد اصلاً نمی‌توان اثر ایجابی را خارج دانست؛ چون ذیل روایت

۱. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۳۶: «لا یذ فی التنزیل من اثر، إما فی المنزل، أو المنزل علیه، أو فیهما، فقد یكون للفعل الخطئي أثر، و فی العمدي أثر آخر، و قد یكون فی العمدي أثر، دون الخطئي أو العکس، و فی جمیعها یصح التنزیل، و أثره ثبوت الأثر تارة، و سلبه اخری، و ثبوت و سلب ثالث».

۲. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۳۶.

«تحمله العاقلة» آمده است که قطعاً حکم ایجابی یعنی اثبات حکم بر عمد صبی است. پس انحصار استفاده نمی‌شود و ما از ابتدا می‌گوییم تنزیل ناظر به اعم از سلب و ایجاب است، و حتی اگر روایت این ذیل را نداشته باشد، باز هم می‌گوییم هر حکمی که در جاهای دیگر روی خطا رفته - چه حکم سلبی و چه حکم ایجابی - برای عمد صبی ثابت می‌شود.

پاسخ دوم: عدم ترجیح «تقیید حدیث به جنایات» بر «تقیید حدیث رفع قلم به احکام تکلیفی» امر دائر بین یکی از این دو تصرف است:

یا آنطور که مرحوم آقای خوئی فرموده از اطلاق «عمد الصبی خطأ» رفع ید شود و به باب دیات منحصر گردد به این دلیل که روایت رفع قلم، حکم سهو در نماز و سهو در ارتکاب محرمات احرام را از صبی برداشته است؛ یعنی اگر صبی در نماز عمداً سلام داد یا عمداً برخی از محرمات احرام را مرتکب شد، این عملش تکلیفی بر او ایجاد نمی‌کند؛ پس عمل عمدی صبی حکم خطائی را ندارد تا موجب سجده سهو در نماز یا موجب کفاره در باب حج شود و لازمه اخذ به اطلاق حدیث رفع قلم، رفع ید از اطلاق «عمد الصبی خطأ» در این موارد است؛ یا اینکه حدیث رفع قلم مقتید شود و به رفع مواخذه یا رفع احکام تکلیفیه اختصاص یابد؛ یعنی شامل احکام وضعیه نشود و در نتیجه، اطلاق روایت «عمد الصبیان خطأ» حفظ شده و شامل باب سهو در نماز و مشابهاش باشد.

چون ایشان وجهی برای تقدیم احتمال اول ذکر نکرده، نمی‌توان با ایشان موافقت کرد و اگر به دلیل تردید در این دو تصرف، حدیث رفع قلم مجمل گردد، طبق مبانی قوم که آقای خوئی هم قبول دارد باید عمومات و اطلاقات احکام اولیه اخذ شود که اقتضا می‌کند تکالیف عام باشند، مگر آنچه با دلیل خاص خارج شده است؛ پس حکم سهو در نماز مثل تعیین سجده سهو شامل صبی هم خواهد شد.

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۹۰، ح ۲: عبد الله بن جعفر في قرب الإسناد عن علي بن السندني عن أبي البختري عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام «أنه كان يقول في المجنون والمعتوه الذي لا يفقه والصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة...».

اشکال دوم (وجود مانع): تأسیس فقه جدید با فرض اطلاق حدیث

اشکال دیگر مرحوم آقای خوئی این است که بر فرض وجود مقتضی برای اطلاق و شمول حدیث «عمد الصبی و خطأه واحد» نسبت به غیر باب جنایات، این اطلاق مبتلا به مانع است. مانع این است که اخذ به اطلاق این روایت مخالف با ضرورت مذهب بوده و موجب تأسیس فقه جدید خواهد شد؛ زیرا اگر مطلق افعال عمدی صبی در حکم افعال خطائی بالغین باشد، لازم می‌آید که اگر صبی عمداً مرتکب مبطلات روزه شد، روزه او باطل نباشد و همچنین اگر عمداً جزئی از نماز را (غیر از ارکان) ترک نمود، نمازش باطل نباشد.^۱

نمونه‌های دیگری درباره این مطلب ایشان می‌توان بیان کرد: مثلاً اگر عمداً طواف یا تقصیر را در حج ترک نمود، حج او باطل نباشد و همچنین اگر عمداً هنگام ذبح تسمیه نگفت، ذبیحه او حرام نباشد، با اینکه مسلماً این امور اگر به صورت عمدی از صبی صادر شوند، موجب بطلان عمل او می‌شود و حکم به صحت مستلزم تأسیس فقه جدید است.

تأیید اشکال دوم

این اشکال به نظر، اشکال صحیحی است و کلام مرحوم آقای خوئی در این قسمت تمام است.

اشکال سوم: خروج معاملات از موضوع روایت

اشکال سوم اشکالی از مرحوم حاج شیخ محمد حسین اصفهانی است. ایشان معتقد است که این حدیث در امور قصدی همچون معاملات و عقود نمی‌آید؛ چون خطا و عمد در امور غیر قصدی تصویر دارد که نظیر قتل نفس می‌تواند عمداً یا از روی خطا صورت بگیرد لذا تقسیم قتل به خطا و عمد صحیح است؛ ولی در امور قصدیه همچون تعظیم، خطا و عمد معنا ندارد؛ زیرا اگر کسی نه به قصد احترام بلکه مثلاً به جهت برداشتن چیزی از زمین خم شود، در اینجا تعظیم اصلاً صدق نمی‌کند، نه اینکه «تعظیم خطائی» صورت گرفته باشد. بنابراین در عناوین

قصدی، تقسیم به خطا و عمد صحیح نیست؛^۱ چون یا فعل با قصد عنوان صورت گرفته که قهراً خطا صدق نمی‌کند، یا بدون قصد عنوان صورت گرفته که اصل عنوان هم صادق نیست.

از سویی حقیقت معاملات - اعم از عقود و ایقاعات - از امور قصدیه است. بنابراین محل کلام ما که بررسی عقود و ایقاعات صبی است که حقیقت آن از امور قصدی است، مشمول حدیث «عمد الضبیان خطأ» نیست.^۲

این کلام از دو جهت محل بحث است.

پاسخ اشکال سوم

اشکال سوم نیز قابل پاسخ است.

پاسخ اول: امکان تطبیق حدیث بر امر غیر قصدی مانند الفاظ معامله

اولاً، تطبیق حدیث فوق بر حقیقت معامله - که امری قصدی است - ضرورت ندارد، بلکه می‌توان آن را در مورد الفاظ معاملات - که سبب تحقق معامله‌اند - تطبیق کرد، مثلاً در باب نکاح که لفظ خاص یا مطلق لفظ معتبر است، گاه شخص به جای «زواج»، «جوزت» به کار می‌برد، اینجا صیغه نکاح از روی خطا استعمال شده است.

مثال دیگر: کسی می‌خواهد مال خود را به دیگری اباحه کند، به جای «أباحت لک مالی» از روی خطا و از باب سبق لسان، «وهبت لک مالی» به کار می‌برد، در اینجا صیغه هبه را سهواً و خطأ (و نه عمداً) به کار برده است.

حدیث فوق در مورد صبی حکم می‌کند که اگر صبی، عمداً عبارت (وهبت لک مالی) را به کار برد، مثل آن است که افراد بالغ از سر خطا چنین جمله‌ای را ذکر کنند، که در هیچ‌یک از صبی و بالغ سبب تحقق معامله هبه نمی‌شوند.

۱. توضیح بیشتر: البته گاه کسی به انگیزه رسیدن به هدفی، دیگری را احترام می‌کند ولی بعداً می‌فهمد که این احترام وی را به هدف مورد نظرش نمی‌رساند، در اینجا می‌توان گفت که اشتباهاً او را احترام کردم. این معنا در باب عقود و ایقاعات هم متصور است، ولی روشن است که تخلف داعی و انگیزه در معاملات سبب بطلان آن نمی‌گردد.

۲. حاشیه کتاب المکاسب (محقق اصفهانی)، ج ۲، ص ۱۸.

پاسخ دوم: امکان تصویر خطا در امور قصدی

ثانیاً، اگر روایت بر حقیقت معامله تطبیق شود، باز تصویر عمد و خطا ممکن است؛ زیرا آنچه مقوم صدق بیع و شراء و نکاح و سایر عناوین معاملات است، قصد اصل این عناوین است نه قصد خصوصیات آن. با ذکر یک مثال این مطلب را توضیح می‌دهیم:

اگر کسی از طرف یک نفر وکالت داشته باشد که کتاب او را بفروشد، و وی کتاب خود را به اشتباه و به خیال اینکه کتاب موکل است فروخته و این جمله را هم به کار برد: «این کتاب را به تو فروختم»، در اینجا مفهوم فروختن صدق می‌کند، البته از روی اشتباه و خطا است؛ بنابراین چنین معامله‌ای به علت نداشتن قصد، صحیح نیست، ولی نه اینکه مفهوم معامله صدق نکند. همین طور کسی که معامله‌ای ربوی کرده ولی ربوی بودن معامله را نمی‌داند، در این صورت گفته می‌شود من از روی خطا معامله ربوی کردم، همچنان‌که گاه عمداً معامله ربوی صورت می‌گیرد. خلاصه اینکه هم در الفاظ معاملات و هم در حقائق معاملات، عمد و خطا تصویر دارد و از این جهت نمی‌توان در شمول حدیث «عمد الضَّبیان خطا» نسبت به عقود و ایقاعات اشکال کرد.

اشکال چهارم: اختصاص روایات به باب جنایات

به نظر ما با بیان دیگری می‌توان اثبات کرد که «عمد الصَّبی و خطأه واحد»^۱ به باب جنایات و دیات اختصاص دارد و نسبت به سایر موارد اطلاقی ندارد؛ زیرا عرفی نیست در روایاتی که مشتمل بر تعبیر «تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ»^۲ است، خطای به معنای اخص (مقابل عمد و شبه عمد) اراده شده باشد و در روایاتی که این فقره را ندارد خطای به معنای اعم (مقابل عمد) اراده شده باشد، بلکه در این دسته نیز باید بر همان معنای اخص که در مقابل عمد و شبه عمد است حمل گردد.

۱. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۳۳، ح ۵۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۴۰۰، ح ۲؛ «محمد بن أبی عمیر عن حماد بن عثمان عن محمد بن مسلم عن أبی عبد الله علیه السلام قال ...».

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۹۰، ح ۲؛ عبد الله بن جعفر فی قرب الإسناد عن علی بن السندی عن أبی البختری عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام «أنه کان یقول فی المجنون و المعتوه الذی لا یفیک و الضَّبی الذی لم یتلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة ...».

از سوی دیگر، معلوم است که خطای به معنای اخص به باب دیات و جنایات اختصاص دارد؛ چون غیر از آنجا در هیچ جای فقه نیست که برای عمد و شبه عمد احکام متفاوت ثابت شده باشد.

نتیجه آن است که «عمد الصبی و خطأ واحد»^۱ به باب جنایات اختصاص دارد. اینکه محدثین و فقهاء این دسته از روایات را در باب دیات مطرح کرده‌اند، شاید سببش همین استظهار «خطای به معنای اخص» بوده است؛^۲ بنابراین نمی‌توان با استناد به روایات «عمد الصبی خطأ»، بطلان عقود صبی در مقام را اثبات کرد.

پاسخ اشکال چهارم: ظهور «خطأ» در خطای اعم نه مصطلح فقهی (خطای اخص) این دلیلی که برای اختصاص روایات «عمد الصبی خطأ» به باب جنایات اقامه شد، مبتلا به یک اشکال است و آن اینکه در برخی مباحث گفته بودیم خطای به معنای اخص (در مقابل عمد و شبه عمد) اصطلاح فقهاء در باب جنایات است و در مصطلح روایات وجود ندارد. آنچه در روایات داریم خطا به معنای اعم یعنی مقابل عمد استعمال شده است. بر همین اساس، ما نظریه مرحوم ابوالصلاح حلبی را با اینکه مخالف نظر سایر فقهاء بود از باب جمع بین ادله تقویت کردیم، هرچند به دلیل خروج از مخالفت با مشهور قوی، احتیاط می‌کردیم.

نظر مرحوم ابوالصلاح حلبی این بود که خطای محض و شبه عمد در این جهت فرقی ندارند که عاقله باید متحمل دیه شود.^۳ به نظر ما فرق آنها فقط در این است

۱. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۳۳، ح ۵۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۴۰۰، ح ۲.

۲. البته در موارد نادرى فقهاء در باب محرمات احرام و كفارة صید نیز این روایت را بدون مناقشه در مفاد آن مطرح کرده‌اند: تذکره الفقهاء، ج ۷، ص ۳۳.

ولی در هر حال، بسیاری صریحاً در عمومیت این روایت نسبت به غیر باب جنایات خدشه کرده‌اند: جامع المقاصد، ج ۳، ص ۱۲۰؛ مدارک الأحکام، ج ۷، ص ۲۸؛ الحدائق الناضرة، ج ۱۴، ص ۷۱؛ جواهر الکلام، ج ۱۷، ص ۲۴۰؛ کتاب الصلاة (محقق داماد)، ج ۱، ص ۴۱۵؛ کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۳۶؛ موسوعة الإمام الخوئی، ج ۲۶، ص ۲۹.

برخی نیز با اینکه صریحاً عمومیت روایت را نفی نکرده‌اند اما تنها در باب جنایات آن را مطرح کرده‌اند؛ برای نمونه: مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۱۲۶؛ روضة المتقین، ج ۱۰، ص ۳۴۱؛ کشف اللثام، ج ۱۱، ص ۳۴. ۳. الکافی فی الفقه، ص ۳۹۶.

که در خطای محض، شخص خاطی اصلاً ذمه‌اش مشغول نیست و فقط ذمه عاقله مشغول می‌شود، اما در شبه عمد، ذمه شخص خاطی مشغول می‌شود و اگر به وظیفه‌اش عمل نکرد، از جهت ضمیمه شدن ذمه به ذمه عاقله موظف است که ذمه او را فارغ کند. بنابراین این اشکال بر ما وارد است که مطابق این مبنا نباید این دسته از روایات بر خطای به معنای اخص حمل شود.

البته بنا بر مسلک متداول بین علما که بین خطای به معنای اعم و خطای به معنای اخص تفصیل می‌دهند، این اشکال، اشکال صحیحی است.

اشکال پنجم: عدم شمول روایت نسبت به غیر باب جنایات با لحاظ احتمال تقطیع می‌توان در اشکال به شیخ انصاری و برای اثبات عدم شمول این روایات نسبت به غیر باب جنایات، تقریب دیگری را ذکر کرد.

مقدمه اول: مرجع ضمیر «تحملة» نمی‌تواند مطلق خطا باشد؛ زیرا تحمل عاقله فقط در باب جنایات است؛ یعنی ضمیر «تحملة» به «دیه» بر می‌گردد.

مقدمه دوم: در صدر حدیث یعنی «عمد الصبیان خطأ» اسمی از دیه برده نشده و استخدام هم بسیار بعید است، و بسیار بعید است که این حکم خاص بدون فاصله بعد از یک قانون عام ذکر شده باشد و مرجع ضمیر امر معنوی باشد.

با توجه مقدمات ذکر شده، احتمال قوی می‌دهیم که در این روایات تقطیع صورت گرفته باشد، نظیر خیلی از قواعد کلی دیگر مثل لاضرر و لایحرج که در ضمن جملات و سؤال و جواب‌هایی بوده و بعد تقطیع شده‌اند.

در اینجا هم ظاهراً سؤال در مورد قتلی که توسط بچه واقع می‌شود یا چیزی شبیه آن بوده و این روایت در چنین زمینه‌ای صادر شده است؛ لذا توسعه‌ای که مرحوم شیخ انصاری از این روایات فهمیده بود صحیح نیست.

۱. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، ص ۲۳۳، ح ۵۴: محمد بن الحسن الصفار عن الحسن بن موسی الخشاب عن غیاث بن کلوب عن إسحاق بن عمار عن أبي جعفر عن أبيه عليه السلام «أَنَّ عَلِيًّا عليه السلام كَانَ يَقُولُ: عَمْد الصَّبِيَّانِ خَطَا تَحْمَلُهُ الْعَاقِلَةُ» (با کمی تفاوت: وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۴۰۰، ح ۳).

وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۹۰، ح ۲: عبد الله بن جعفر في قرب الإسناد عن علي بن السندی عن أبي البختري عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام «أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي الْمَجْنُونِ وَالْمَعْتَوِّهِ الَّذِي لَا يَفْقَهُ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يَبْلُغْ عَمْدُهُمَا خَطَا تَحْمَلُهُ الْعَاقِلَةُ...».

دلیل هفتم بر بطلان عقد صبی: روایت ابوالبختری

عبد الله بن جعفر فی قرب الإسناد عن علی بن السندی عن أبی البختری عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام «أنه کان یقول فی المجنون و المعتوه الذی لا ینطق و الضبی الذی لم ینلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم»^۱

کلام شیخ انصاری

مرحوم شیخ به مناسبت ذکر روایت «عمد الصبی و خطاه واحد» می فرماید هرچند در دلالت احادیث «رفع القلم عن الصبی» و مانند آن بر بطلان عقود صبی مناقشه شد و دلالت آنها پذیرفته نشد، اما در بین آن احادیث، روایت ابو البختری وجود دارد که بعد از عبارت «عمدهما خطأ تحمله العاقلة» جمله «و قد رفع عنهما القلم» آمده است. این تقارن باعث می شود که حدیث «رفع قلم» معنای جدیدی پیدا کند و با توجه به آن معنا می توان برای بطلان عقود صبی، به حدیث رفع قلم تمسک کرد.^۲

مقدمه اول: تصویر ارتباط «و قد رفع عنهما القلم» با «عمد الصبی و خطاه واحد»
مرحوم شیخ می فرماید جمله «و قد رفع عنهما القلم» نمی تواند بی ارتباط و اجنبی با قبلش باشد و ارتباطش با قبل به یکی از دو نحو قابل تصوّر است:

تصویر اول: علّت بودن رفع قلم برای ثبوت دیه بر عاقله

تصویر اول این است که جمله «قد رفع عنهما القلم» «علّت» برای اصل حکم یعنی «ثبوت دیه» بر عاقله باشد. به عبارت دیگر، علّت ثبوت حکم دیه بر عاقله این است که از صبی رفع قلم شده است و در نتیجه مسئول نیست.

تصویر دوم: معلول بودن رفع قلم برای «عمدهما خطأ»

تصویر دوم این است که جمله «قد رفع عنهما القلم» معلول برای جمله «عمدهما خطأ» باشد؛ یعنی علّت اینکه از صبی رفع قلم شده این است که عمد صبی خطا است و گویا ادراک صبی چون ادراک ضعیفی است و عمدش مرحله بسیار ناقصی از عمد و اختیار است، لذا به خاطر این علّت از او رفع قلم شده است.

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۹۰، ح ۲.

۲. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۸۲.

مقدمه دوم: اعم بودن رفع قلم نسبت به عقوبات دنیایی طبق هر دو تصویر

در هر دو تصویر، این مقدار روشن می‌شود که مراد از رفع قلم در این روایت اعم از رفع عقوبت اخروی است و شامل رفع عقوبات دنیوی یعنی قصاص و غرامت دیه نیز می‌شود.

اگر این معنا صحیح باشد، اشکالاتی که پیش از این به مفاد روایت رفع قلم وارد شد، وارد نخواهد بود؛ چون روشن گردید که روایت، عقوبات دنیوی را هم رفع می‌کند.

نتیجه: اطلاق رفع قلم نسبت به همه الزامات صبی مثل عقد او

بنابراین می‌توانیم از این روایت چنین استفاده کنیم که تمامی الزامات مالی که صبی بر خود قرار می‌دهد، چه به واسطه اقرار باشد مثل اینکه بر ضرر خود به مالی اقرار نماید، و چه به واسطه عقد و معاوضه‌ای که انجام داده است خود را به پرداخت ثمن یا مضمن ملزم کند، تمامی این الزامات با توجه به جمله «و قد رفع عنهما القلم» در این روایت مرفوع است و طبق آن، صبی در این موارد نباید مورد مؤاخذه (اخروی و دنیوی) قرار گیرد و معنای این، همان بطلان معاملات صبی است.

بررسی اشکالات بر کلام شیخ انصاری

اما کلام شیخ انصاری با اشکالاتی مواجه است که در ذیل بررسی می‌شود.

اشکال اول: بطلان رفع قلم نسبت به ضمان اتلافات صبی

اشکال اول این است که شاید کسی بگوید اگر مرفوع اعم از عقوبت اخروی باشد و حتی عقوبت‌های دنیوی را نیز شامل گردد و در نتیجه تمامی الزامات و اشتغالات ذمه‌ای که برای صبی وجود دارد نیز به حکم حدیث رفع مرفوع گردد، لوازمی به وجود می‌آید که التزام به آنها دشوار است؛ زیرا لازمه آن این است که در جایی که صبی مال شخصی را اتلاف کند باید گفته شود که صبی ضامن نیست، در حالی که مشهور قریب به اتفاق قائل به ضامن بودن صبی در این مورد هستند.^۱

پاسخ اول: عدم ورود اشکال طبق تصویر معلول بودن رفع قلم

اما این اشکال وقتی وارد است که جمله «و قد رفع عنهما القلم» را منحصرأ علّت

برای قبل بدانیم، اما بیان شد که ارتباط این جمله با ما قبلش می‌تواند به نحو معلولیت باشد؛ یعنی علت رفع قلم از صبی این است که قصد و اختیار او ضعیف است و عمد او در حکم فعل خطائی دیگران است، و این علت فقط شامل مواردی می‌شود که عمد و خطا در بالغین از نظر حکم متفاوت باشد و از ابتداء مثل مسئله «اتلاف» که بین عمد و خطای آن در بالغین از جهت حکم تفاوتی نیست مشمول «عمدهما خطاء» نمی‌شود.

به عبارت دیگر این رفع قلم شامل احکامی که موضوع آن مطلق افعال انسان است (اعم از اینکه اختیاری باشد یا غیر اختیاری) نمی‌شود و ضمان از احکام اتلاف شخص است، خواه اتلاف اختیاری باشد یا خیر، بلکه اگر در حال خواب هم کسی مال دیگری را تلف کرد ضامن است؛ بنابراین وقتی مفاد روایت این است که چون اختیار صبی و مجنون ضعیف است از آنها رفع قلم شده است، اگر قلم مرفوع شامل احکام وضعیه هم بشود، ذاتاً شامل ضمان اتلاف نمی‌گردد و لازم نیست که این حدیث در باب ضمان اتلاف، تخصیص زده شود تا گفته شود بعید است.^۱

پاسخ دوم: منافات امتنانی بودن رفع القلم با عدم ضمان صبی

ممکن است پاسخ دیگری نیز مطرح شود و گفته شود این اشکال در حدیث رفع «رفع عن أمتی تسعة»^۲ نیز مطرح شده و شیخ انصاری در رسائل پاسخ فرموده که حدیث رفع، امتنانی است، و امتنان بر اتمت اقتضاء نمی‌کند که در صورت اتلاف، ضمان مرتفع گردد.^۳ به عبارت دیگر، از امتنان بر این شخص نباید خلاف امتنان بر دیگری لازم آید، و چون از شمول حدیث رفع نسبت به موارد اتلاف، خلاف امتنان بر دیگری لازم می‌آید، لذا حدیث رفع شاملش نمی‌شود. همان سخن را در اینجا هم

۱. عبارت مرحوم شیخ چنین است: «لکن هذا غیر وارد علی الاستدلال ... من احتمال کونه [ای الرفع] معلولاً لسلب اعتبار قصد الصبی و المجنون، فیختص رفع قلم المؤاخذه بالأفعال التي يعتبر فی المؤاخذه علیها قصد الفاعل فیخرج مثل الاتلاف.» (کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۲۸۴).

۲. وسائل الشیعة، ج ۱۵، ص ۳۶۹، ح ۱: «محمّد بن علی بن الحسین فی التوحید و الخصال عن أحمد بن محمد بن یحیی عن سعد بن عبد الله عن یعقوب بن یزید عن حماد بن عیسی عن حریر بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ ...»

۳. فرائد الأصول، ج ۲، ص ۳۵.

می‌توان گفت؛ زیرا شمول حدیث رفع قلم از صبّی نسبت به موارد اتلاف، خلاف امتنان بر کسی است که مالش تلف شده است؛ لذا شامل این موارد نمی‌شود.

اشکال پاسخ دوم: امتنانی نبودن حدیث رفع قلم بر خلاف حدیث رفع اما آن پاسخ که در حدیث رفع مطرح شده در حدیث مورد بحث صحیح نیست؛ زیرا حدیث رفع قلم، امتنان بر شخص صبّی و مجنون است نه امتنان بر اقامت، و لازمه امتنان بر صبّی و مجنون این است که در صورت اتلاف عمدی هم ضامن نباشند؛ پس اگر مرفوع در این حدیث شامل احکام وضعی هم بشود، باید ضامن را هم بردارد و برای ثبوت ضمان در اتلاف باید این حدیث را تخصیص بزنیم و این بعید است.

اشکال دوم: عدم علیّت رفع قلم برای ثبوت دیه بر عاقله مرحوم آقای خوئی به تصویر اوّل مرحوم شیخ که فرمود: «یکی از احتمالات در وجه ارتباط جمله «و قد رفع عنهما القلم» با ما قبل، این است که این جمله علت برای حکم ما قبل یعنی ثبوت دیه بر عاقله باشد»، اشکال کرده که مرحوم شیخ نحوه علیّت را توضیح نداده است و وجهی برای علیّت «رفع عنهما القلم» (نه شرعاً و نه عرفاً و عقلاً) نسبت به ثبوت دیه بر عاقله وجود ندارد.^۱

پاسخ: امکان علیّت به واسطه نفی قصاص و دیه اما این اشکال بر مرحوم شیخ وارد نیست و می‌توان رفع قلم را علت برای ثبوت دیه بر عاقله دانست منتهی علیّت با واسطه، نه بی‌واسطه. توضیح مطلب: چنان‌که در معقول نیز گفته‌اند، اگر چیزی علت برای ملزوم بود، با واسطه، علت برای لازم نیز هست، مثلاً چیزی که علت تحقق آتش است همان چیز علت به وجود آمدن حرارت نیز هست ولی با واسطه.

در مقام نیز رفع قلم مستقیماً و بدون واسطه علت برای عدم حکم به قصاص و پرداخت دیه است؛ ولی چون از نظر شرعی ثابت شده است که خون شخص مسلم هدر نیست و اگر مسلمانی کشته شد نمی‌توان ملتزم شد که نه قصاص

ثابت باشد نه دیه، بنابراین نفی قصاص و دیه از صبیّ با ثبوت دیه بر عاقله ملازمه شرعی دارد. رفع قلم علّت بی واسطه است برای «نفی قصاص و دیه از صبیّ» و علّت با واسطه است برای «اثبات دیه بر عاقله»؛ چون این فرض که دیه بر صبیّ باشد منتفی است، زیرا نه عمد است و نه شبه عمد. بنابراین از این جهت اشکالی به کلام مرحوم شیخ وارد نیست.^۱

اشکال سوم: احتمال استقلال «و قد رفع عنهما القلم» از «عمد هما خطا»

اما اینکه مرحوم شیخ فرمود ارتباط جمله «و قد رفع عنهما القلم» با جمله قبل حتماً باید به یکی از دو صورت علّت یا معلولیت باشد، تمام نیست؛ زیرا ممکن است این جمله بیانگر حکم دیگری از احکام صبیّ باشد؛ به عبارت دیگر، امام علیه السلام در مقام ذکر احکام مترتب بر افعال صبیّ هستند؛ یکی از آن احکام این است که افعال عمدی او در حکم افعال خطایی دیگران است، حکم دیگرش هم این است که که از نظر مؤاخذه و عقوبت اخروی نیز چیزی بر عهده او نیست. چه اشکالی دارد که امام دو حکم از احکام مترتب بر افعال صبیّ را بیان کند؟

به عبارت بهتر وجه ارتباط این جمله با ما قبلش ممکن است به این نحو باشد که هر دو جمله، هم جمله «عمد هما خطاء» و هم جمله «و قد رفع عنهما القلم»، هر دو معلول امر سومی باشد که عبارت است از ضعف ادراکی و نقص عقلی صبیّ؛ یعنی مثلاً ضعف ادراکی و نقص عقلی صبیّ علّت باشد برای اینکه اولاً، جنایت عمدی نازل منزله خطا قرار داده شود و جنایات قصاص و دیه بر عهده خودش نباشد، بلکه بر عهده عاقله اش باشد، و ثانیاً، در روز قیامت نیز مورد مؤاخذه قرار نگیرد.

اگر این احتمال صحیح باشد، نمی توان از آن استفاده کرد که رفع قلم شامل رفع عقوبات دنیویّه هم می شود.

۱. این جواب در خود کلام مرحوم آقای خویی نیز آمده است. ایشان پس از انکار علّت رفع قلم نسبت به حکم ثبوت دیه بر عاقله چنین می فرماید: «غایة الامر: انه ثبت في الشريعة المقدسة ان دم المسلم لا يذهب هدرا، ومن الظاهر ان هذا الحكم مع ما دل علي ان عمد الصبي خطاء يلازم ثبوت دية الجناية الصادرة من الصبي علي عاقلته» (مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۲۵۷). ولی در هر حال، گویا ایشان این پاسخ را کافی ندانسته است.

اشکال چهارم: عقوبت نبودن الزام صبی بر وفای به عقدش

عمده اشکال ما بر استدلال شیخ به روایت ابی البختری این است که مرحوم شیخ فرموده اگرچه ظاهر اولی از حدیث رفع قلم، رفع مؤاخذه اخروی است، اما چون این روایت (روایت ابی البختری) در مورد رفع قصاص و دیه تطبیق شده است، چنین می فهمیم که حدیث رفع قلم منحصر به رفع عقوبت اخروی نیست و شامل رفع مؤاخذه و عقوبت دنیوی نیز می شود؛ پس می توان چنین نتیجه گرفت که تمامی الزاماتی که صبی برای خود قرار می دهد چه به واسطه اقرار باشد یا به واسطه عقد معاوضی، از او مرفوع است و مورد مؤاخذه نیست.

اما این مطلب اشکال دارد چون حتی اگر روایت شامل عقوبات دنیوی هم باشد، بین رفع مؤاخذه قصاص یا دیه از صبی با رفع الزامات ناشی از عقود معاوضی فرق است؛ زیرا قصاص و دیه واقعاً عقوبت و مؤاخذه بر صبی است و لذا می توان گفت از صبی برداشته شده است، ولی در مورد معامله، خصوصاً معامله ای که ولی صبی آن را به صلاح او می داند و در آن معامله، صبی سود نیز کرده است، نمی توان گفت که الزام صبی به پرداخت ثمن نوعی مؤاخذه است و به واسطه حدیث رفع قلم برداشته شود.

اشکال پنجم: عدم ظهور رفع قلم در عموم بالحاظ عدم اطلاق در صدر روایت

اشکال پنجم بر کلام شیخ انصاری این است که در اشکال بر روایات «عمد الصبی خطأ» بیان شد که ضمیر «تحمله العاقلة» به دیه باز می گردد که در حدیث ذکر نشده، و این قرینه است بر اینکه صدر روایت اطلاق ندارد و مضیق است و احتمالاً تقطعی شده و حدیث مذکور، مسبوق به سؤال از قتل صبی بوده است.

حال در روایت ابوالبختری هم که بعد از «تحمله العاقلة» تعبیر «و قد رفع عنهما القلم» آمده، نمی توان از جمله ذیل آن، حکم عامی استفاده کرد، خواه این جمله را مستقل و معطوف به جمله «عمد الصبی خطأ» بدانیم و یا مفسر آن، بر خلاف مرحوم آقای خمینی که در هر دو صورت استفاده عموم کرده است.^۱

بنابراین ذیل حدیث یعنی «و قد رفع عنهما القلم»، در رفع همه عقوبت های

دنیوی ظهور ندارد.

اشکال ششم: دخالت عدم حرمت تکلیفی - نه خطائی بودن عمل - در عدم ثبوت دیه مرحوم شهیدی در حاشیه مکاسب^۱ در نقد کلام شیخ گفته است: ممکن است بگوییم حدیث رفع، تنها حکم تکلیفی را بر می دارد و در عین حال با صدر حدیث که حکم وضعی (دیه) را رفع کرده مرتبط باشد.

توضیح کلام ایشان با دو مقدمه مطرح می شود.

مقدمه اول: وابستگی فعلیت برخی احکام وضعی به فعلیت احکام تکلیفی

مقدمه اول این است که جعل حکم وضعی بدون وجود حکم تکلیفی لغو است و احکام تکلیفی یا منشأ انتزاع احکام وضعی هستند که شیخ انصاری معتقد است و یا مصحح اعتبار و جعل حکم وضعی هستند. در هر حال احکام وضعی بر دو قسم است:

قسم اول: گاهی فعلیت حکم وضعی دایره مدار فعلیت حکم تکلیفی نیست، مانند ملکیت. هرچند بدون حکم تکلیفی اعتبار ملکیت صحیح نیست، اما لازم نیست که ملکیت بالفعل، اثر تکلیفی داشته باشد، بلکه ممکن است ملکیت جعل شود و مالک از تمام تصرفات محجور باشد ولی همین مقدار که در شرایط خاص، آن احکام تکلیفی - اعم از اباحه و الزام - بار می شود، مصحح اعتبار ملکیت یا منشأ انتزاع آن می گردد ولو آن احکام متأخر باشند.

قسم دوم: احکامی است که فعلیت آن از فعلیت احکام تکلیفی جدا نیست، مانند بطلان روزه در اثر افطار عمدی. اگر افطار سهوی باشد، نه تکلیف هست و نه وضع، عقاب ندارد و روزه را هم باطل نمی کند؛ اما اگر افطار عمدی باشد، عقاب دارد و روزه را هم باطل می کند، پس فعلیت تکلیف در چنین موردی از فعلیت وضع، جداشدنی نیست.

۱. هدایة الطالب الی أسرار المکاسب، ج ۲، ص ۲۴۷.

مقدمه دوم: مشروط بودن فعلیت قصاص و دیه بر مکلف بودن جانی نه عمد او مقدمه دوم آن است که موضوع روایت ابی البختری از قبیل قسم دوم است؛ یعنی فعلیت قصاص و ثبوت دیه در اموال اشخاص، مختص به صورتی است که جانی تکلیف هم داشته باشد. اگر عمداً چشم کسی را کور کرد، از نظر تکلیفی حرام بوده و استحقاق عقوبت می‌آورد و از نظر وضعی هم مستحق قصاص است. ثبوت دیه بر خودش نیز مانند قصاص است. وقتی که تکلیف نداشت، در آخرت استحقاق عقوبت ندارد و در دنیا نیز دیه بر او واجب نمی‌شود.

به تعبیر دیگر: اینکه روایت می‌فرماید «عمدهما خطأ و قد رفع عنهما القلم» از این باب نیست که خصوصیتی برای عمد و خطا باشد، بلکه اینها دو موضوع تکلیف و عدم تکلیف هستند و شرط حکم وضعی (قصاص و ثبوت دیه بر جانی) این است که جانی هنگام جنایت مکلف باشد، و الا نه حکم تکلیفی هست و نه حکم وضعی. حدیث رفع قلم از صبی تکلیف را بر می‌دارد، و وقتی شرط حکم وضعی برداشته شد، حکم وضعی هم از بین می‌رود.

خلاصه در این موارد، باید حکم تکلیفی بالفعل باشد تا به لحاظ آن، حکم وضعی جعل گردد یا از آن انتزاع شود، و حدیث رفع قلم چون حکم تکلیفی را برمی‌دارد حکم وضعی هم برداشته می‌شود.

نتیجه: قرینه نبودن تقارن «عمدهما خطأ» و «قد رفع عنهما القلم» بر رفع عقوبات دنیوی نتیجه آنکه بر خلاف نظر مرحوم شیخ وقوع حدیث رفع قلم در ذیل «عمدهما خطأ...» قرینه آن نیست که شامل رفع مؤاخذات مالی دنیوی هم بشود.

پاسخ اشکال ششم: دخالت نداشتن رفع حرمت در ثبوت دیه بر عاقله و شواهد فقهی آن به نظر می‌رسد که رفع حرمت، موجب ثبوت دیه بر عاقله نمی‌شود و رفع قلم تکلیف از صبی، علت ثبوت دیه بر عاقله نیست.

شاهد اول: جواز قتل عمدی نفس محترمه برای دفاع از کشور اسلامی و ثبوت دیه بر بیت المال اگر دشمن به کشور اسلامی حمله کرده باشد و دفاع از کشور متوقف بر قتل نفس محترمه باشد، عموم فقهاء حکم به جواز قتل نفس محترمه کرده‌اند و این قتل جایز است. اگر عمد، موضوعیتی ندارد بلکه معیار، ارتکاب کار حرام است، اینجا که کار

حرام صورت نگرفته است؛ پس شخص قصاص نمی‌شود و باید دیه را عاقله بپردازد و حال آنکه دیه در این موارد از بیت المال داده می‌شود و بر عاقله نیست.

شاهد دوم: حکم سهوی مفتی به قتل نفس و مسئول نبودن عاقله همچنین اگر مفتی در موردی طبق فتوایش حکم به کشتن کرد ولی در حکم اشتباه کرده بود، در این مورد قاتلی که طبق موازین تقلید عمل کرده است در پیشگاه الهی معذور است و قصاص نمی‌شود، با آنکه عمداً کشته است. حال به مجرد اینکه کار حرام مرتکب نشده است آیا باید دیه را عاقله بپردازد؟ قطعاً چنین نیست.

اگر عمد و خطأ قاتل موضوعیت نداشته بلکه مسئله دایره مدار حرمت تکلیفی و عدم آن باشد، در موارد عدم حرمت باید دیه را عاقله بپردازد، هرچند جنایت عمدی باشد که قطعاً باطل است؛ پس خصوصیت عنوان عمد و خطأ بی‌اشکال دخیل است و فقط اگر قتل خطایی بود، دیه را عاقله می‌پردازد.

پس اینکه ایشان فرموده اگر حدیث رفع قلم نفی حکم تکلیفی هم بکنند، با صدر روایت مرتبط بوده و ثبوت دیه بر عاقله را اثبات می‌کند، ناتمام است.

نظر مختار درباره روایت ابی البختری

اگر معنای خطا یک معنای خاص استثنایی و بسیار مضیق باشد؛ یعنی فقط شامل جنایات خاص مانند قتل نفس و جراحات موضحه باشد - که ظاهر عبارات برخی از فقها چنین است - در این صورت تعبیر «عمد الصبی خطأ» از ابتدا اطلاق نخواهد داشت و مختص باب جنایات خواهد بود؛ البته چنانچه ذیل آن یعنی «و قد رفع عنهما القلم»^۱ علت حکم باشد، می‌توان به عموم تعلیل استناد کرد و همان نتیجه اطلاق را قائل شد.

به نظر می‌رسد در استعمالات، اثری از این معنای مضیق برای خطا وجود ندارد و بدین جهت که اطلاق خطا بر عمد صبی با «تحمله العاقله»^۲ همراه شده،

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۹۰، ح ۲: عبد الله بن جعفر في قرب الإسناد عن علي بن السندي عن أبي البختري عن جعفر عن أبيه عن علي بن أبي حمزة: «أنه كان يقول في المجنون والمعتوه الذي لا يفيق والصبى الذي لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقله وقد رفع عنهما القلم».

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۹۰، ح ۲: عبد الله بن جعفر في قرب الإسناد عن علي بن السندي عن أبي

نتیجه این خواهد شد که هر خطایی که از صبی سرزند، عاقله باید آن را به دوش بکشند. به عبارت دیگر، وقتی عمد صبی مصداق خطا محسوب شده یعنی همه عمد‌های صبی خطا محسوب می‌شود و عاقله آن را باید تحمل کند، مانند تعبیر «الفقاع خمر استصغره الناس»^۱ که ظاهر این تنزیل، اطلاق است؛ یعنی هر خمری حرام است. اما در مقام، چنین مطلبی قابل التزام نیست؛ زیرا روشن است که مثلاً اگر از روی خطا، صبی مال دیگران را اتلاف کند، عاقله وظیفه‌ای ندارند، لذا قهراً باید گفته شود روایت، تقطیع شده یا قرینه‌ای درکار بوده که مورد غفلت واقع شده و نقل نشده، یا این قرینه چنان مشهور بوده و در اذهان جا گرفته بوده که راویان نیازی به نقل آن نمی‌دیده‌اند، و به عبارت دیگر، نسبت به اینکه نسل‌های بعدی متوجه این قرینه روشن در نزد نسل‌های سابق نمی‌شوند، غفلت نوعی بوده و در نتیجه این قرینه نقل نشده است. گمان می‌کنم روایات دیگری^۲ نیز وجود دارد که بر عمد غیر صبی همین مفاد (خطأ تحمله العاقله) حمل شده با اینکه این مفاد مختص به باب جنایات است؛ لذا در این صورت، معلوم می‌شود این تعبیر، تعبیر رایجی بوده - مثلاً در زمان پیامبر ﷺ در خصوص جنایتی مثل قتل، حضرت این تعبیر را استفاده فرمودند و رایج شده - و مردم در آن زمان از این تعبیر، فقط خطا در جنایات

البخترى عن جعفر عن أبيه عن علي بن أبي طالب عليه السلام «أنه كان يقول في المجنون والمعتوه الذي لا يفقه والضبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقله...».

۱. الکافي، ج ۶، ص ۴۲۳، ح ۹: محمد بن یحیی عن محمد بن أحمد عن محمد بن عیسی عن الوشاء قال: «کتبت إليه یعنی الرضا ع أسأله عن الفقاع قال فکتب حرام و هو خمر و من شر به کان بمنزلة شارب الخمر قال و قال أبو الحسن الأخير ع لو أن الذار داری لقتلت بانه و لجلدت شارب و قال أبو الحسن الأخير ع حذّه حذّ شارب الخمر و قال ع هي خميرة استصغرها الناس» وسائل الشیعة، ج ۲۵، ص ۳۶۵، ح ۱.

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۳۹۹، باب ۱۰ «باب حکم عمد الأعمی»، ح ۱: محمد بن الحسن یاسناده عن محمد بن أحمد بن یحیی عن محمد بن الحسن بن محمد بن عبد الله عن العلاء عن محمد الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضرب رأس رجل بمعول فسالت عيناه على خذیه فوثب المضروب على ضاربه فقتله قال فقال أبو عبد الله عليه السلام هذان متعذیان جميعا فلا أرى على الذي قتل الرجل قوداً لأنه قتلّه حين قتله و هو أعمی و الأعمی جنایته خطأ يلزم عاقلته يؤخذون بها في ثلاث سنين في كل سنة نجما فإن لم يكن للأعمی عاقله لزمته دية ما جنى في ماله يؤخذ بها في ثلاث سنين و يرجع الأعمی على ورثة ضاربه بدية عينيه» رک: تهذيب الأحکام (تحقیق خراسان)، ج ۱۰، ص ۲۳۳، ح ۵۲.

خاص را برداشت می کرده اند. لذا اگر این تعبیر بدون «تحمله العاقله» نیز باشد، باز هم نمی توان معنای عامی از خطا را برداشت کرد.^۱

برای توضیح بیشتر این مطلب، اشاره به بحث منزوحات بشر مفید است. در بحث منزوحات بشر در بسیاری از نجاسات، اختلاف روایات دیده می شود. این اختلاف کاشف از آن است که حکم مورد نظر استحبابی بوده و اختلاف روایات به جهت اختلاف مراتب استحباب است. از تکرار این امر در باب منزوحات بشر می فهمیم که در باب آب چاه قرینه ای عمومی در کار بوده که از آن استحباب نزح استفاده می شده است؛ لذا در برخی نجاسات هم که اختلاف روایات دیده نمی شود نمی توان به مجرد ملاقات نجاست، به تنجیس آب چاه و لزوم نزح آن حکم کرد.

در بحث فعلی نیز کثرت اراده معنای خاص از عمد و خطا بدون ذکر قرینه خاص، نشانگر وجود قرینه عام بر محدود بودن عمد و خطا است؛ لذا از سایر روایات هم اطلاق فهمیده نمی شود.

حال برای تکمیل بحث، کلامی از مرحوم آقای خمینی درباره روایات معاملات صبی و جمع بین آنها مطرح و بررسی می شود و سپس ادله صحت عقد صبی با اذن ولی یا توکیل دیگری ارزیابی می شود.

کلام آقای خمینی درباره جمع بین روایات معاملات صبی و دفع اموالش به او

مرحوم آقای خمینی روایات را به دو دسته کلی تقسیم کرده است. دسته اول روایاتی است که مربوط به آیه شریفه است و دسته دوم روایاتی است که مربوط به آیه شریفه نیست.^۲

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۹، ص ۹۰، ح ۲: عبد الله بن جعفر في قرب الإسناد عن علي بن السندي عن أبي البختري عن جعفر عن أبيه عن علي بن الحسين «أنه كان يقول في المجنون والمعتوه الذي لا يفريق والصبى الذي لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقله...».

۲. نتیجه آن است که معنای خطا آن معنای مضیق نیست اما به جهت وجود قرینه، مصداق خاصی از خطا مراد است و این به معنای تضییق در دائرة مفهوم نیست.

۳. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۲۶؛ و ص ۳۰.

طوائف اخبار ناظر به آیه ابتلاء

ایشان روایات دسته اول را که روایات مربوط به عقد صبی است، به چهار دسته تقسیم کرده است.^۱

دسته اول: اعتبار بلوغ

دسته اول، روایاتی است که بلوغ را حدّ قرار داده و از نظر حصول رشد اطلاق دارند، مانند روایت حمران:

صحیحه حمران

محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن عبد العزيز العبدی عن حمزة بن حمران عن حمران قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود الثّامة وتقام عليه و يؤخذ بها فقال إذا خرج عنه الیتم و أدرك قلت فلذلك حدّ يعرف به فقال إذا احتلم أو بلغ خمس عشرة سنة أو أشعر أو أنبت قبل ذلك أقيمت عليه الحدود الثّامة وأخذ بها وأخذت له قلت فالجارية متى تجب عليها الحدود الثّامة و تؤخذ لها و يؤخذ بها قال إنّ الجارية ليست مثل الغلام إنّ الجارية إذا تزوّجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها الیتم و دفع إليها مالها و جاز أمرها فی الشّراء و البیع و أقيمت عليها الحدود الثّامة و أخذ لها بها قال و الغلام لا يجوز أمره فی الشّراء و البیع و لا يخرج من الیتم حتّى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك.»^۲

دسته دوم: اعتبار رشد

دسته دوم، روایاتی است که رشد را معیار قرار داده است، مانند روایت اصبع بن نباته:

روایت اصبع بن نباته

روی الأصبع بن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام «أنه قضی أن يحجر على الغلام المفسد حتّى یعقل و قضی عليه السلام فی الدّین أنه یحبس صاحبه ...»^۳

۱. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۲۶.

۲. الکافی، ج ۷، ص ۱۹۷، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۴۱۰، ح ۱.

۳. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۸، ح ۳۲۵۸؛ وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۴۱۰، ح ۴.

دسته سوم: اعتبار یکی از بلوغ و رشد

دسته سوم، روایاتی است که حدّ رفع حجر را احد الامرین (رشد یا بلوغ) قرار داده است، مانند صحیحہ عیص بن القاسم.

صحیحہ عیص

صفوان بن یحیی عن عیص بن القاسم عن ابي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن اليتيمة متى يدفع إليها مالها قال إذا علمت أنها لا تفسد ولا تضيع فسألته إن كانت قد تزوجت فقال إذا زوجت فقد انقطع ملك الوصي عنها»^۱

بیان مرحوم آقای خمینی این است که مراد از «زوجت» تزویج فعلی نیست؛ چون ازدواج هیچ خصوصیتی ندارد، بلکه این تعبیر کنایه از رسیدن به حدّ بلوغ است، اما اینکه کنایه از رشد باشد احتمالش منتفی است؛ زیرا در سؤال و جواب قبلی، امام علیه السلام حکم رشد را بیان کرده اند و تکرار مطلب سابق معنا ندارد.^۲ لذا ایشان مفاد این روایت را اعتبار احد الامرین دانسته است.

ظاهر کلام ایشان اشکال واضحی دارد؛ چون کنایه به معنای ذکر لازم و اراده ملزوم در لازمی صحیح است که غالباً با ملزوم همراه باشد، مثلاً در «زید كثير الزماد» کنایه در صورتی است که کثرت رماد به طور متعارف همراه با سخاوت باشد، اما در مقام چنین نیست که تزویج دختر غالباً با رسیدن به اول بلوغ همراه باشد، بلکه به ندرت اتفاق می افتد که دختر نه ساله ای که تازه به بلوغ رسیده ازدواج کرده باشد. پس مقصود ایشان باید این باشد که «إذا زوجت ...» به این معنا است که ازدواج دخترها معمولاً بدون بلوغ محقق نمی شود - نه اینکه ازدواج در اول بلوغ رخ می دهد - چون تزویج قبل از بلوغ نادر است. گویا حضرت می خواهند بفرمایند: کسی که ازدواج کرده به اعتبار اینکه خودش بالغ است، اختیار اموال خودش را دارد.

دسته چهارم: اعتبار بلوغ و رشد با هم

دسته چهارم، روایاتی است که مجموع الامرین را حدّ انقطاع یتیم قرار داده است:

۱. تهذیب الأحکام، ج ۹، ص ۱۸۴، ح ۱۵؛ وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۴۱۰، ح ۳؛ و ج ۱۹، ص ۳۶۶، ح ۱ (با کمی تفاوت).

۲. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۲۷.

صحیحہ هشام

أحمد بن محمد بن عیسیٰ [عن محمد بن عیسیٰ] عن منصور عن هشام عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «انقطاع یتیم بالاحتلام وهو أشدّه وإن احتلم ولم یؤنس منه رشد وکان سفیها أو ضعیفا فلیمسک عنه ولیه ماله.»^۱

صحیحہ ابی بصیر

روی ابن أبی عمیر عن مثنی بن راشد عن أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «سألته عن یتیم قد قرأ القرآن ولیس بعقله بأس وله مال علی یدی رجل فأراد الذی عنده المال أن یعمل به حتّی یحتلم ویدفع إلیه ماله قال وإن احتلم ولم یکن له عقل لم یدفع إلیه شیء أبدا.»^۲

حمل دستۀ اوّل و دوم بر دستۀ سوم و چهارم با حمل مطلق بر مقید
ایشان می‌فرماید: جمع بین روایات دستۀ اوّل و دوم با دو دستۀ اخیر این است که حمل مطلق بر مقید کنیم و تعین این حمل روشن است.^۳

حمل دستۀ سوم بر چهارم به دلیل صراحت دستۀ چهارم
اما جمع بین دستۀ سوم و چهارم قدری مشکل‌تر است؛ زیرا ظاهر دستۀ سوم این است که رشد و بلوغ هر یک حدّ مستقلّ هستند، در حالی که دستۀ چهارم صریح در مستقلّ نبودن است؛ اما باید روایات دسته سوم را بر دستۀ چهارم حمل کرده و از ظهور دستۀ سوم دست برداشت؛ زیرا دستۀ سوم ظهور در اعتبار احد الامرین دارد، در حالی که دستۀ چهارم صریح در اعتبار مجموع الامرین است، لذا به واسطه صراحت دستۀ چهارم از ظهور دستۀ سوم رفع ید می‌کنیم و در نتیجه، مجموع الامرین را معیار رفع حجر صبی می‌دانیم.^۴

۱. ر.ک: الکافی (دار الحدیث)، ج ۱۳، ص ۴۹۸، باورقی ۶.

۲. الکافی، ج ۷، ص ۶۸، ح ۲؛ وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۳۶۰، ح ۲.

۳. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۲۲۰، ح ۵۵۱۸؛ وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص ۳۶۷، ح ۵.

۴. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۲۸.

۵. کتاب البیع (امام خمینی)، ج ۲، ص ۲۸.

ترجیح دسته چهارم بر سوم به دلیل موافقت کتاب علاوه بر اینکه آیه شریفه نیز مفید مجموع الامرین است و بر فرض تعارض دسته سوم و چهارم، آیه شریفه مرجح دسته چهارم خواهد بود.

بررسی کلام آقای خمینی

چند اشکال ممکن است به کلام ایشان وارد شود.

اشکال اول: قربیت دسته سوم بر مثالیت بلوغ و رشد در دو دسته اول

اشکال اول این است که ایشان جمع بین روایات دسته اول و دوم با روایات دسته سوم و چهارم را از باب حمل مطلق بر مقید دانسته است، این مطلب در مورد دسته چهارم صحیح است؛ چون دسته اول و دوم مطلق است و دسته چهارم که مجموع الامرین را معتبر دانسته مقید آن مطلقات است. اما تعبیر مطلق و مقید در مورد جمع بین دسته اول و دوم با دسته سوم - که احدا الامرین را معتبر دانسته - تعبیر صحیحی نیست؛ زیرا دو جمله وجود دارد: «شخص، تا بالغ نشده محجور است» و «شخص، تا رشید نشده محجور است». مفهوم این دو جمله چنین است: «شخص اگر بالغ شود محجور نیست» و «شخص اگر رشید شود محجور نیست». چنانچه این دو مفهوم با لحاظ منطوق دلیل سوم که مفادش اعتبار احد الامرین است حمل بر تخییر شود، مفاد دو جمله چنین می شود «شخص اگر بالغ یا رشید شود محجور نیست» و واضح است که در این صورت، شخص بالغ در جمله اول و شخص رشید در جمله دوم تقیید نخورده؛ یعنی مصادیق ترتب حکم ضیق نشده است، بلکه موضوع حکم توسعه داد شده است.

بنابراین تعبیر صحیح این است که بگوییم از ظهور روایات دسته اول و دوم در تعیین، رفع ید می شود و بر تخییر حمل می گردد؛ چون دسته سوم قرینه می شود بر اینکه بلوغ در دسته اول، و رشد در دسته دوم خصوصیت ندارد، همان طور که در بحث «إذا خفی الاذان فقصّر» و «إذا خفی الجدران فقصّر» معمولاً فقهاء^۱ و طبق

۱. برای نمونه: کفایة الأصول (چاپ آل البيت)، ص ۲۰۱؛ التعلیقة على کفایة الأصول (قوجانی)، ج ۱، ص ۴۳۹؛ درر القوائد (حائری)، ص ۳۱۸-۳۱۹؛ نهایة الأفکار، ج ۲، ص ۴۸۵؛ محاضرات فی أصول الفقه،

مظنون، خود مرحوم آقای خمینی^۱ حمل بر تخییر می‌کنند و از خصوصیت هر یک، رفع ید می‌کنند.^۲

پاسخ: تقیید منطوق دو دسته اول با دسته سوم

ولی این اشکال وارد نیست؛ زیرا ایشان منطوق روایات دسته اول و دوم را تقیید می‌زند نه مفهوم را، و اگر در منطوق تصرف شود به نحوی که نتیجه آن اعتبار احد الامرین باشد، چنین تصرفی تقیید و تضیق موضوع محسوب می‌شود؛ زیرا جمله «شخص، تا بالغ نشده محجور است» که موضوع آن شخص نابالغ است به شخص نابالغ غیر رشید مضیق می‌شود، گرچه نتیجه اعتبار احد الامرین و توسعه است. با توجه به این مطلب اگر در مفهوم تصرف صورت گیرد، دو اشکال مطرح می‌شود: اولاً، اینکه نتیجه این تصرف تقیید موضوع نیست بلکه توسعه موضوع است، و ثانیاً، اینکه تصرف در مفهوم بدون تصرف در منطوق صحیح نیست، ولی اگر تصرف صورت گرفته در منطوق باشد، هیچ یک از این دو اشکال وارد نمی‌شود.

اشکال دوم: نظارت دسته اول و دوم به شرطیت بلوغ و رشد نه کفایت هر یک

اشکال دوم این است که دسته اول و دوم اصلاً در مقام بیان سببیت برای رفع حجر نیستند تا در کفایت رشد یا کفایت بلوغ ظهور داشته باشند، بلکه صرفاً در مقام بیان شرطیت رشد یا بلوغ در رفع حجر هستند؛ لذا هیچ منافاتی با روایات مجموع الامرین ندارند.

به عبارت دیگر، طائفه اول، شرط لازم رفع حجر را بیان می‌فرماید و می‌گوید صبی محجور است و برای رفع حجر لازم است که بالغ شود، اما اینکه بلوغ کافی است یا علاوه بر بلوغ، تحقق رشد نیز لازم است یا خیر، ساکت است.

ج ۴، ص ۲۵۱؛ مصباح الأصول (مباحث الفاظ، چاپ داوری)، ج ۲، ص ۲۹۰؛ موسوعة الإمام الخوئی، ج ۲۰، ص ۱۹۵-۱۹۶؛ کتاب النکاح (اراکی)، ص ۷۷۶.

۱. البته ایشان در این بحث، در فرض عدم وجود قرینه قائل به اجمال و رجوع به اصل عملی شده است: المكاسب المحزمة (امام خمینی)، ج ۱، ص ۱۲۵: «... و علیه ان الکلام فیهما هو الکلام فیما اذا تعدد الشرط واتحد الجزاء من الاحتمالات. وقد رجحنا فی محله اجمال الدلیل و الرجوع الی الأصول العملية».

۲. برخی دیگر نیز قائل به اجمال شده‌اند: أجود التقریرات، ج ۱، ص ۴۲۴؛ نتائج الأفكار، ج ۲، ص ۲۳۶.

مثلاً روایت حمران به این صورت است:

محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن محبوب عن ابن محبوب عن عبد العزيز العبدی عن حمزة بن حمران عن حمران قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود الثامنة ... قال والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك»^۱

این روایت فقط در مقام بیان اشتراط بلوغ و تفصیل بین غلام و جاریه است، نه اینکه در این مقام باشد که شرط دیگری در بین نیست؛ مثل اینکه گفته شود: مُحَرَّم با غیر مُحَرَّم تفاوت دارد؛ مُحَرَّم نباید صید کند مگر زمانی که از احرام خارج شود؛ معنای این جمله این نیست که جواز صید هیچ شرط دیگری غیر از خروج از احرام ندارد. همچنین اگر گفته شود: کسی که قصد چهار فرسخ کرده نمازش قصر است، این جمله فقط مفید شرطیت است و منافاتی با اعتبار شرایط دیگر ندارد.

در ضمن، تعبیر «و دُخِلَ بها» احتمالاً به این معنا است که دختر به حدی رسیده که شرعاً صلاحیت دخول داشته باشد؛ چون روشن است نفس دخول موضوعیت ندارد، و شاید هم این تعبیر کنایه از رشد باشد، با این توجیه که منظور از دخول به جاریه، فرستادن او به خانه شوهر باشد؛ چون معمولاً جاریه را تا زمانی که به درک و رشد کافی نرسد به خانه شوهر نمی فرستند.

روایت اصبح بن نباته^۲ نیز همین گونه است؛ زیرا در این روایت، عقل معاملات را یعنی رشد را به عنوان شرط ذکر کرده است نه به عنوان سبب؛ لذا منافاتی با اعتبار شرط دیگر (بلوغ) ندارد. همچنین غلام مفهوماً انحصار به صبی غیر بالغ ندارد و شامل بالغ هم می شود. بنابراین مفهوم ندارد که اگر بالغ بود دیگر رشد معتبر نیست. پس بین خود این دو طائفه و همچنین بین اینها و طائفه چهارم تنافی نیست و ممکن است مجموع الامرین لازم باشد.

۱. الکافی، ج ۷، ص ۱۹۷، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۴۱۰، ح ۱.

۲. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۸، ح ۳۲۵۸؛ وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۴۱۰، ح ۴.

اشکال سوم: مناقشه در معنای «اذا زوّجت»
اشکال دیگری نیز بر کلام مرحوم آقای خمینی وارد است.

مطلب اول: غیر عرفی بودن استعمال کنایی تزویج در معنای بلوغ
با اینکه ما استعمال کنایی «اذا زوّجت» در بلوغ را که در کلام ایشان مطرح شد، به نحوی توجیه کردیم، اما به نظر می‌رسد چنین معنایی - که به جای بلوغ تعبیر ازدواج به کار ببرند - متعارف نباشد. در عرف فعلی ما که متعارف نیست و در لسان روایات هم با چنین استعمالی برخورد نکردیم.

مطلب دوم: بیان ولایت شوهر بر زن - نه کنایه از بلوغ - با تعبیر «اذا زوّجت»
به نظر می‌رسد «اذا زوّجت» را می‌توان به همان معنای ظاهرش حمل کرد؛ یعنی روایت می‌فرماید دختری که ازدواج کرده و به خانه شوهر رفته ملک و اختیارداری و ولایت وصی از او منقطع می‌شود یعنی اشخاص دیگر در کار او مداخله نکنند؛ چون بعد از ازدواج، ولایت و سرپرستی او به شوهر منتقل می‌شود و چنین مضمونی فی الجمله در روایات دیگر وجود دارد که مثلاً تعبیر شده زن هر چند زن کامل و واجد شرایط باشد، «لا صدقة فی مالها إلا بإذن زوجها»^۱.

حتی اگر در آنجا حمل بر حکم اخلاقی شود، مانعی ندارد در مقام بگویم شارع پس از ازدواج دختر، نخواست است دیگران در امور او دخالت کنند؛ زیرا ممکن است مشکلاتی به همراه داشته باشد، لذا اختیار او را به شوهر واگذار کرده است.

مطلب سوم: امکان استعمال «اذا زوّجت» به عنوان اماره رشد
بر فرض اینکه این معنا صحیح نباشد، ولی اینکه تزویج زن اماره رشدش باشد ظاهراً اشکالی ندارد و بر خلاف نظر مرحوم آقای خمینی تکرار لازم نمی‌آید؛ چون در جمله قبلی حضرت فرمودند: «إذا علمت أنّها لا تفسد ولا تضيع» یعنی وقتی به رشد او علم پیدا کردید اموالش را به او بدهید؛ لذا برای راوی این سؤال پیش آمده که اگر

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۲۱۴، ح ۱: محمّد بن علی بن الحسین باسناده عن عبد الله بن سنان و باسناده عن الحسن بن محبوب عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ليس للمرأة مع زوجها أمر في عتق ولا صدقة ولا تدبير ولا هبة ولا نذر في مالها إلا بإذن زوجها...».

به رشد دختر علم نداشته باشیم اما دختری است که در سن چهارده، پانزده سالگی است که متعارف دخترها ازدواج می‌کنند (طبق معنای مختار ایشان) آیا می‌توان اموالش را به او داد؟ حضرت در جواب این سؤال می‌فرمایند: بودن دختر در سن متعارف ازدواج، اماره رشد او است. بنابراین، روایت متضمن هیچ تکراری نیست.

جمع بین روایات دسته اول و دوم بر اساس مسئله اصولی تعدّد شرط و اتحاد جزاء در روایات دسته اول و دوم یک قید وجود داشت که در دیگری نبود. در دسته اول، بلوغ به عنوان زمان رفع حجر تعیین شده بود و در دسته دوم رشد، حدّ بلوغ دانسته شده بود.

دسته اول می‌گفت: «ولا یخرج من الیتیم حتّی یتبلغ خمس عشرة سنة أو یحتلم أو یشعر أو ینبت قبل ذلک»^۱

دسته دوم می‌گفت: «أنّه قضی أن یحجر علی الغلام المفسد حتّی یعقل و قضی للعقل فی الذّین أنه یحبس صاحبه...»^۲

برای بررسی جمع بین این روایات ابتدا مبانی اصولیون در مسئله تعدّد شرط و اتحاد جزاء بررسی می‌شود؛ یعنی اگر دو قضیه شرطیه وجود داشته باشد که یک حکم را بر دو شرط مختلف معلق کرده باشند، چگونه باید بین آنها جمع کرد؟ مثلاً اگر گفته شود: «ان جائک زید فاکرمه» و از طرف دیگر گفته شود: «ان علّمک زید القرآن فاکرمه»، چنانچه قائل به وجود مفهوم در جمله شرطیه باشیم، دو نوع جمع بین این دو جمله در کلمات مطرح گردیده است:

جمع اول: جمع به نحو «واو» (تقیید منطوق‌ها)

جمع اول این است که منطوق دو قضیه تقیید زده و گفته شود: «ان جائک زید و علّمک القرآن فاکرمه» یعنی در واقع مجموع الامرین شرط ترتّب حکم باشد.

جمع دوم: جمع به نحو «أو» (احد الامرین)

جمع دوم این است که تحقق یکی از دو شرط برای تحقق جزاء کفایت کند، که با

۱. الکافی، ج ۷، ص ۱۹۷، ح ۱؛ وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۴۱۰، ح ۱.

۲. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۸، ح ۳۲۵۸؛ وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۴۱۰، ح ۴.

دو تقریب قابل بیان است:

تقریب اول: (تقیید مفهوم هر یک با منطوق دیگری)

تقریب اول این است که اطلاق مفهوم هر یک از دو قضیه به منطوق دیگری تقیید شود. بنابراین اطلاق مفهوم جمله اول یعنی «ان لم یجسک زید فلا یجب اکرامه» مقتید می شود به اینکه اگر تعلیم قرآن کرد، اکرام واجب است و همین طور اطلاق مفهوم قضیه دوم به منطوق قضیه اول مقتید می شود و نتیجه این می شود که وجوب اکرام معلق بر أحد الامرین باشد.

اشکال تقریب اول: عدم امکان تقیید مفهوم بدون تقیید منطوق

اما این تقریب مورد اشکال قرار گرفته است؛ زیرا مفهوم امر مستقلى نیست، بلکه جزء لوازم منطوق است، لذا تصرف در مفهوم بدون تصرف در منطوق جمله، ممکن نیست.

تقریب دوم: تقیید «ظهور سکوتی منطوق در انحصار شرط» یا جمله شرطیه دیگر

تقریب دوم، تقریب مرحوم آقای داماد است. ایشان از طریق تصرف در منطوق، همان شرطیت أحد الامرین را ثابت می کنند. طبق نظر ایشان ادوات شرط برای تعلیق جزاء بر شرط وضع شده اند و نتیجه این تعلیق، ثبوت عند الثبوت و انتفاء عند الانتفاء است، ولی ادوات شرط معین نمی کنند که معلق علیه چیست. از سکوت متکلم است که استفاده می کنیم معلق علیه همان شرطی است که در کلام ذکر شده و شرط دیگری در کار نیست. لذا اگر دلیل دیگری، شرط دیگری را معتبر کرد، از آن ظهور سکوتی رفع ید می گردد و گفته می شود معلق علیه، أحد الامرین است.^۱

تقریب سوم (مختار): نبود مفهوم شرط با رفع انحصار شرط توسط جمله شرطیه دیگر

برای جمع بین دو قضیه شرطیه می توان وجه دیگری را مطرح کرد که در حقیقت به الغاء مفهوم در جمله شرطیه باز می گردد و آن این است که دلالت جمله شرطیه بر مفهوم از دلالت جمله شرطیه بر انحصار، استفاده می شود، و دلالت این جملات بر حصر - اگر هم پذیرفته شود - نهایتاً به نحو ظهور است نه صراحت؛ یعنی اگر بگوییم مفاد جملات شرطیه علاوه بر عقد ایجابی، عقد سلبی هم هست و علاوه

بر ثبوت عند الثبوت، انتفاء عند الانتفاء را نیز می‌رساند، صراحت در این معنا ندارد لذا قابل رفع ید است. وقتی جمله شرطیه متعدّد باشد به قرینه جمله شرطیه دوم از ظهور جمله شرطیه اول در انحصار و در نتیجه از انتفاء حکم در فرض انتفاء شرط اول، رفع ید می‌شود، و برای ثبوت حکم، وجود هر یک از دو شرط کافی است و برای انتفاء حکم باید هر دو شرط منتفی گردد. با این بیان هم اعتبار أحد الامرین اثبات می‌شود. این تقریب اقوا از تقریب مرحوم آقای داماد است.

شاید اصولیون نیز در جایی که معلوم است حصر تالی بر مقدّم مراد است در ظهور جمله شرطیه در انحصار تصرف نمی‌کنند، اما در مواردی که بتوان چنین تصرفی کرد و شقّ ثالثی تصوّر کرد (احد الامرین) نخواستند حصر را استفاده کنند.

نظر مختار در جمع بین طوائف چهارگانه: اعتبار بلوغ و رشد با هم

بنابراین اجمالاً روایات دسته اول و دوم فقط بر شرطیت دلالت می‌کنند و جمع بین این دو دسته اقتضا می‌کند که مجموع الامرین یعنی هم بلوغ و هم رشد معتبر باشد. روایات دسته چهارم هم صریح در اعتبار مجموع الامرین است، مثل روایت هشام و ابی بصیر.

روایت دسته سوم (صحیح عیص) باقی می‌ماند که از باب جمع بین روایات، هم صدر آن و هم ذیل آن را بر فرض متعارف - که بلوغ و رشد هر دو حاصل است - حمل می‌کنیم؛ یعنی عبارت «إذا علمت أنّها لا تفسد ولا تضيع» ناظر به فرض متعارف است؛ چون دختری که به حدّ رشد رسیده معمولاً به بلوغ هم رسیده است. درباره عبارت «إذا زوجت» در صحیح عیص نیز چنان که بیان شد می‌توان گفت با ازدواج، ولایت وصی از زن برداشته می‌شود. اگر این معنا را هم قائل نشویم، بر فرض متعارف حمل می‌شود که شخص متزوج معمولاً هم بالغ و هم رشید است و ازدواج، اماره بر رشد و بلوغ است.

بنابراین از مجموع روایات، اعتبار مجموع الامرین یعنی هم بلوغ و هم رشد استفاده می‌شود و آیه قرآن هم موافق همین مطلب است.^۱

۱. منافاتی بین بحث اصولی تعدد شرط و اتحاد جزء و مقام نیست؛ یعنی حتی اگر در آن مسئله اصولی قائل به جمع به نحو «أو» شویم، اما در مقام به قرینه صراحت دسته چهارم قائل به جمع به نحو «و»

ادله صحت عقد صبی با اذن ولی یا توکیل دیگری

همان‌گونه که برای بطلان عقد صبی به ادله ای تمسک شده، برای صحت عقد صبی در فرض اذن ولی یا توکیل دیگری نیز به ادله ای تمسک شده است. این ادله بر دو دسته اند: ادله عامه و ادله خاصه.

اطلاقات و عمومات صحت عقود

ادله عامه همان اطلاقات و عمومات صحت عقود است. یعنی ممکن است گفته شود^۱ که اگر شمول اطلاقات یا عمومات صحت عقود نسبت به عقد صبی - بما هو صبی - پذیرفته نشود، از راه دیگری می‌توان حکم به صحت عقدی کرد که صبی با اجازه یا اذن ولی جاری کرده است؛ زیرا این عقد، عقد اولیاء هم به حساب می‌آید و عقد اولیاء واجد شرط بلوغ است. همچنین اگر صبی تنها مجری صیغه باشد و عقد را به وکالت برای غیر خود اجراء کرده باشد (هرچند ولی اجازه نداده باشد) این عقد عقد موکل (که بنا بر فرض عاقل بالغ است) به حساب می‌آید؛ زیرا عقود همچون ازدواج مانند اکل نیست که در آن مفهوم مباشرت و صدور مستقیم مندرج باشد، بلکه اگر با اذن کسی هم صادر شده باشد، برای استناد به اذن دهنده کافی است. از سویی عدم صحت عقد صبی - بما هو صبی - از باب لا اقتضاء است نه از باب اقتضاء العدم تا با صحت عقد صبی - بما هو مضاف الی الولی او الموکل - مزاحمت پیدا کند.

بنابراین طبق قاعده عقد صبی در این موارد صحیح است. پس اگر صبی با اذن ولی برای غیر یا برای خودش عقد نکاحی انجام دهد، بلا اشکال عقد او صحیح است. البته در مورد عقدی که برای خودش انجام می‌دهد غبطه و مراعات مصلحت او از جانب ولی لازم است.

دلیل خاص: روایت تزویج ام سلمه

دلیل خاص برای اثبات صحت عقد صبی در فرض اذن ولی یا توکیل دیگری،

روایت تزویج ام سلمه است:

محمّد بن یحیی عن سلمة بن الخطاب عن الحسن بن علی بن یقطین عن عاصم بن حمید عن ابراهیم بن اُبی یحیی عن اُبی عبد الله علیه السلام قال: «تزوج رسول الله صلی الله علیه و آله ام سلمة زوجها اياه عمر بن اُبی سلمة و هو صغیر لم يبلغ الحلم»^۱

صحت عقدی که صبی با وکالت از جانب غیر انجام می دهد و او تنها مجری صیغه است واضح تر است و روایت تزویج ام سلمه نیز در این مورد وارد شده است. مرحوم سید مرتضی در انتصار^۲ به همین روایت اشاره کرده است. در مهذب ابن براج^۳ نیز با تعبیر «لا خلاف» این قضیه را نقل می کند. در کتب عاقله نیز این قضیه آمده است؛ البته گاهی تعبیر می شود که پیامبر به فرزند ام سلمه فرمودند او را برایم عقد کن و گاهی نقل می شود که خود ام سلمه به فرزندش گفت مرا به عقد پیامبر درآور. به علاوه در بعضی از نقل ها عاقلد، سلمة بن ام سلمه است و در بعضی دیگر عمر بن ام سلمه. در هر حال این دو فرزند بنا به نقل کتب تاریخ و سیره، هر دو با اختلاف یکی دو سال از همدیگر، نابالغ بوده اند^۴، و دلالت روایت بر صحت عقد صبی برای دیگری تمام است.

بررسی سندی

محمد بن یحیی از مشایخ مرحوم کلینی و ثقة است. حسن بن علی بن یقطین نیز ثقة و عاصم بن حمید از اجلاء ثقات است.

در این سند دو نفر نیازمند بحث هستند؛ یکی سلمة بن الخطاب و دیگری ابراهیم بن ابن یحیی.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۱، ح ۷؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۵، ح ۱.

۲. الانتصار، ص ۲۸۵.

۳. المهذب (ابن براج)، ج ۲، ص ۱۹۲.

۴. برای نمونه: السیرة النبویة (ابن هشام)، ج ۶، ص ۵۸؛ السنن الکبری (نسائی)، ج ۳، ص ۲۸۶؛ الاستیعاب، ج ۲، ص ۶۴۱؛ تاریخ بغداد، ج ۱، ص ۲۰۷؛ رقم ۳۲؛ سیر أعلام النبلاء، ج ۳، ص ۴۰۷؛ أنساب الأشراف، ج ۴، ص ۲۸۳؛ الإصابة فی تمییز الصحابة، ج ۳، ص ۱۲۶؛ رقم ۳۳۹۵؛ أسد الغابة، ج ۲، ص ۲۷۷، رقم ۲۱۷۱؛ رک: البدایة و النهایة (ابن کثیر)، ج ۴، ص ۹۰.

بررسی وثاقت سلمة بن الخطاب

درباره سلمة بن الخطاب مرحوم ابن غضائری می‌گوید: «ضعیف»^۱ و مرحوم نجاشی می‌گوید: «کان ضعیفا فی حدیثه»^۲.

کلام آقای خوئی: تعارض تضعیف ابن غضائری و نجاشی با توثیق روات کامل الزیارات مرحوم آقای خوئی با اینکه او در اسناد کامل الزیارات وارد شده و در نزد ایشان وقوع راوی در اسناد این کتاب دلیل بر وثاقت اوست، ولی چون این توثیق با تضعیف نجاشی تعارض می‌کند، لذا وثاقت او را ثابت ندانسته است.^۳

اشکالات کلام آقای خوئی

اما کلام ایشان قابل مناقشه است؛ زیرا:

اشکال اول: اجتهادی بودن تضعیفات ابن غضائری

اولاً، به نظر مختار ابن راوی، ثقة است؛ زیرا تضعیف ابن غضائری چندان اهمیتی ندارد. با تتبع در کتاب وی روشن می‌شود که وی بسیاری از راویان را با متن شناسی احادیث ایشان، تضعیف می‌کند، و وقتی متن روایتی مورد قبول او نباشد، راوی روایت را ضعیف می‌داند.

به طور کلی تضعیفات مبنی بر متن شناسی از هر کس باشد اعتبار ندارد؛ چون بر پایه استنباط و اجتهاد استوار است و ادله حجّیت شهادت، شهادت حسّی را معتبر می‌سازد، نه شهادت حدسی را.

اشکال دوم: صراحت نداشتن تعبیر نجاشی (ضعیف فی حدیثه) در عدم وثاقت

ثانیاً، کلام مرحوم نجاشی دلیل صریحی بر عدم وثاقت وی نیست؛ زیرا تعبیر «کان ضعیفاً فی حدیثه» گاهی برای فهماندن بد سلیقه بودن صاحب کتاب در جمع‌آوری و نقل از هر راوی هر چند ضعیف باشد، به کار می‌رود و دالّ بر عدم وثاقت خود شخص نیست، لذا اگر وقوع راوی در اسناد کامل الزیارات دلیل بر وثاقت وی

۱. الرجال لابن الغضائری، ص ۶۶، رقم ۶۴.

۲. رجال النجاشی، ص ۱۸۷، رقم ۴۹۸.

۳. معجم رجال الحديث، ج ۹، ص ۲۱۳، رقم ۵۳۶۵.

باشد، این توثیق، معارضی از کلام مرحوم نجاشی ندارد.

اشکال سوم: کافی نبودن وقوع در اسناد کامل الزیارات برای توثیق
ثالثاً، مرحوم آقای خونی هم پس از نگارش معجم رجال الحدیث از نظر خود (توثیق
همه راویان کامل الزیارات) عدول کرده است.^۱

ادله مختار در توثیق سلمه بن الخطاب
مستند ما بر توثیق وی دو دلیل است:

دلیل اول: اکثار اجلاء از سلمه

اعتماد اجلاء و مشایخ بزرگ همچون محمد بن یحیی عطار، صفار، سعد بن عبد الله،
احمد بن ادریس، علی بن ابراهیم، حمیری و اکثار روایت ایشان از سلمه بن الخطاب.^۲

دلیل دوم: نقل روایت سلمه در نوادر الحکمة و استثناء نشدن او توسط ابن ولید
محمد بن احمد بن یحیی صاحب نوادر الحکمة از او روایت می‌کند^۳، و مرحوم
ابن ولید که از مشایخ سخت‌گیر حدیث بوده و افراد بسیاری را از روایات محمد بن
احمد بن یحیی استثناء کرده وی را در زمره این افراد قرار نداده است. مرحوم شیخ
صدوق و دانشمندان دیگر کار مرحوم ابن ولید را پذیرفته‌اند که از آن معلوم می‌شود
آنها نیز سلمه بن الخطاب را توثیق می‌کنند.

بررسی ابراهیم بن ابی یحیی

اما ابراهیم بن ابی یحیی در سند، همان ابراهیم بن محمد بن ابی یحیی مدنی است.^۴

۱. توضیح بیشتر: و آخرین چاپ معجم رجال الحدیث که در ۲۴ جلد انجام گرفته بر مبنای عدم توثیق
روایات واقع در کامل الزیارات تنظیم شده است.

۲. البته عمده این راویان از سلمه بن الخطاب اکثار روایت نکرده‌اند، ولی از مجموع روایات آنها از سلمه
قابل اعتماد بودن او استفاده می‌شود.

۳. تهذیب، ج ۲، ص ۱۱۴؛ ح ۱۹۳؛ ج ۳، ص ۲۸۱؛ ح ۱۵۱؛ ج ۶، ص ۱۷۵؛ ح ۲۷؛ ج ۶، ص ۲۸۳،
ح ۱۸۳؛ و ص ۲۹۲؛ ح ۱۵؛ ج ۷، ص ۱۶۲؛ ح ۲۲.

۴. توضیح بیشتر: عاصم بن حمید از ابراهیم بن ابی یحیی مدنی در کافی (ج ۷، ص ۴۸، ح ۳) روایت
نقل می‌کند. وی چنان‌که مرحوم آقای خونی در معجم الرجال (ج ۱، ص ۱۸۲) فرموده است، همان
ابراهیم بن محمد بن ابی یحیی مدنی است که در کتب رجال ترجمه شده است. در تهذیب الکمال

کلام آقای خونی: وثاقت ابراهیم به دلیل وقوع در اسناد کامل الزیارات مرحوم آقای خونی وی را از طریق وقوع در اسناد کامل الزیارات توثیق می‌کند،^۱ که مورد قبول نیست.

ادله مختار در توثیق ابراهیم بن ابی یحیی
برای توثیق وی از راه‌هایی می‌توان استفاده کرد که اگر برخی از این راه‌ها نیز اطمینان‌آور نباشد، مجموع آنها بی شک وثاقت وی را ثابت می‌کند.

دلیل اول: دلالت کلام نجاشی و شیخ طوسی بر وثاقت
نجاشی درباره وی می‌گوید: «کان خصیصا و العامة بهذه العلة تضعفه»^۲، مرحوم شیخ طوسی هم درباره وی می‌گوید: «کان خاصا بحدیثنا و العامة تضعفه لذلك و ذکر یعقوب بن سفیان فی تاریخه فی اسباب تضعیفه عن بعض الناس: أنه سمعه ینال من الاولین»^۳.

ظاهر این عبارت این است که وی نقطه ضعفی نداشته و اگر عامه وی را تضعیف کرده‌اند به جهت مذهب وی است.

اشکال: امکان حمل کلام نجاشی و شیخ بر اعتبار نداشتن تضعیف عامه ممکن است گفته شود: شاید مرحوم نجاشی و مرحوم شیخ تنها در صدد بیان عدم اعتبار تضعیف عامه باشند، و نمی‌خواهند وی را توثیق کنند.

پاسخ: مخفی نبودن ضعف افراد مشهور مانند ابراهیم
اما پاسخ این است که بسیار بعید است که درباره شخص معروفی مثل وی، مرحوم

درباره وی چنین آمده است: «و قد ینسب الی جذه» از وی در این ترجمه بارها با عنوان ابراهیم بن ابی یحیی نقل کرده است (تهذیب الکمال، ج ۲، ص ۱۸۴، شماره ۲۳۶).

۱. توضیح بیشتر: البته این طریق بر فرض عدم اتحاد وی با ابراهیم بن محمد بن ابی یحیی است، و گرنه مرحوم آقای خونی درباره ابراهیم بن محمد بن ابی یحیی می‌فرماید: «بما ذكره النجاشي والشيخ، يدخل الرجل في الحسان على الاقل» (معجم رجال الحديث، ج ۱، ص ۱۸۳ و ۲۵۱).

۲. رجال النجاشي، ص ۱۴، رقم ۱۲.

۳. مراد این است که صحابه را طعن می‌کرده است.

۴. فهرست الطوسي، ص ۸.

نجاشی و مرحوم شیخ تحقیق نکرده باشند، و نقطه ضعف داشتن این گونه افراد مشهور و مخفی ماندن آن بر امثال مرحوم نجاشی و مرحوم شیخ با وجود تحقیق بسیار مستبعد است؛ لذا بی شک از این عبارت حسن ظاهر وی استفاده می گردد که همین مقدار برای اثبات عدالت وی کافی است.

دلیل دوم: توثیق ابراهیم توسط شافعی

هرچند بسیاری از علماء عامه وی را تضعیف کرده اند، ولی در کتب رجال عامه توثیق شافعی نسبت به وی نقل شده است:

«قال الربیع بن سلیمان: سمعت الشافعی یقول: کان ابراهیم بن ابی یحیی قدریا، قیل للربیع: فما حمل الشافعی علی ان روی عنه قال: کان یقول لان یخرّ ابراهیم من بعد احب الیه من ان یکذب، و کان ثقة فی الحدیث، و کان الشافعی یقول: اخبرنی من لا اتهم عن سهل و غیره - یعنی ابراهیم بن ابی یحیی - وقال أبو أحمد بن عدی سألت أحمد بن محمد بن سعید یعنی بن عقدة فقلت له تعلم أحدا أحسن القول فی ابراهیم بن ابی یحیی غیر الشافعی فقال نعم حدثنا أحمد بن یحیی الأودی قال سمعت حمدان بن الأصبهانی یعنی محمد بن سعید قلت أتدین بحديث إبراهيم بن أبي يحيى فقال نعم ثم قال لی أحمد بن محمد بن سعید نظرت فی حدیث ابراهیم بن ابی یحیی کثیرا و لیس بمنکر الحدیث قال بن عدی وهذا الذی قاله کما قال وقد نظرت أنا أيضا فی حدیثه الکثیر فلم أجد فیہ منکرا إلا عن شیوخ یحتملون»^۱

توثیق محکم شافعی نسبت به وی با اعتراف به نادرستی مذهب وی به عقیده شافعی، دلیل قاطعی است که وی هیچ نقطه ضعفی به جز مذهب نداشته است و گرنه با حساسیت بسیار عامه نسبت به مذهب، اگر کوچکترین نقطه ضعفی در امر حدیث داشت، امکان توثیق وی نبود.

۱. تهذیب الکمال، ج ۲، ص ۱۸۸.

مخالفت مرحوم سید با مشهور در دو مورد

در هر حال، مرحوم سید یزدی اطلاق فتوای مشهور نسبت به صبّی را نمی‌پذیرد و معتقد است که بطلان عقد صبّی در دو مورد محلّ تأمل و تردید است:

مورد اول: وکالت صبّی در اجرای صیغه

مورد اول صورتی است که صبّی، در اجرای صیغه نکاح وکیل باشد. ایشان معتقد است دلیلی بر بطلان این وکالت نداریم، همان‌گونه که دلیلی بر بطلان عقد نکاحی که به وسیله این صبّی اجراء می‌گردد نداریم؛ زیرا اینکه برخی مانند صاحب جواهر^۱ فرموده‌اند صبّی و مجنون مانند حیوانات مسلوب العبارة هستند وجهی ندارد و حدیث رفع که مورد استناد برخی قرار گرفته است، از امثال این موارد منصرف است.

البته صحت عقد صبّی مشروط بر این است که وی به زبان عربی عارف بوده و وجود قصد حقیقی از جانب وی نیز معلوم باشد.^۲

تذکر این نکته نیز لازم است که عبارت «اذا كان عارفا بالعربية» در کلام مرحوم سید یزدی را باید حمل بر مثال برای افراد متعارف نمود؛ زیرا اگر عربیت شرط هم باشد، شرط در حال اختیار است و به تصریح خود مرحوم سید^۳، در حال ضرورت اجرای صیغه به زبان دیگر هم کافی است.

مورد دوم: عقد صبّی برای خود با اذن یا اجازه ولی یا اجازه خودش بعد از بلوغ

مورد دوم صورتی است که صبّی، مجری عقد برای خودش باشد، مشروط بر اینکه عقد یا با اذن ولی^۴ یا با اجازه خودش پس از بلوغ باشد؛ زیرا ادله تنها استقلال

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۳.

۲. توضیح بیشتر: عبارت مصنف موهب این معناست که در حکم به صحت عقد صبّی، آگاهی از قصد حقیقی کردن وی شرط است، و همچون بزرگسالان نیست که با اصاله الصّحه یا با اصاله الظهور بتوان احراز قصد نمود؛ ولی ظاهر مؤلف در مقام بیان فرد ظاهر مسئله است که از ناحیه احراز قصد هیچ مشکل متوجهی در کار نیست و ناظر به نفی اصاله الصّحه یا اصاله الظهور در الفاظ و عقود کودکان نیست.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۱.

۴. توضیح بیشتر: طبق قاعده، اذن ولی را در این عبارت باید به معنای اعم از اذن مقارن تحقق عقد و

صبی در عقد را باطل می‌داند^۱، اما اگر با اجازه متأخر خودش یا با اذن یا اجازه ولی باشد، دلیلی بر بطلان وجود ندارد.

البته بر خلاف صبی، مرحوم سید همانند مشهور معتقد است عقد مجنون باطل است و اجازه وی پس از افاقه موجب صحت نمی‌شود.

نظر مختار در عقد صبی

خلاصه اینکه مرحوم سید در عروه^۲ عقد صبی برای خودش را گرچه با اذن ولی یا به وکالت از دیگری باشد، محل تأمل دانسته، به نظر ما مخدوش است و باید عقد او را صحیح دانست، خصوصاً در موردی که به وکالت از طرف غیر، فقط متصدی اجرای صیغه می‌شود که مخالف با روایت مذکور نیز می‌باشد.

در هر حال، عقود صبی از جمله عقد نکاح وی در دو صورت صحیح است:

صورت اول: با اذن یا اجازه ولی یا اجازه صبی بعد از بلوغ.

صورت دوم: جایی که عقد اجرا شده برای خود صبی نیست، بلکه با اجازه یا وکالت برای دیگری عقد می‌خواند که در اینجا اذن یا اجازه ولی هم شرط نیست.

شرط دوم (عقل) و بررسی حکم عقد مست

مسألة ۱۳: «یشترط فی العاقد المجری للصیغة الکمال بالبلوغ و العقل ... فلا اعتبار بعقد الصبی ولا المجنون و لو کان أداریا حال جنونه ... و کذا لا اعتبار بعقد السكران فلا یصح و لو مع الإجازة بعد الإفاقة و أما عقد السکری إذا أجازت بعد الإفاقة فیه قولان فالمشهور أنه کذلک و ذهب جماعة إلى الصحة مستندین إلى

اجازه متأخر دانست؛ زیرا وجهی ندارد که تنها اجازه خود صبی بعد از بلوغ کافی باشد و اجازه متأخر ولی صبی کفایت نکند.

۱. توضیح بیشتر: ظاهراً مراد از صبی در کلام صاحب عروه، صبی معیتر است که تنها اشکال عدم بلوغ در مورد وی مطرح می‌باشد؛ ولی عقد صبی غیر معیتر که اشکال عدم عقل هم در موردش وجود دارد، ملحق به مجنون بوده و عقدش باطل است.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۴.

صحيحه ابن بزيع ولا بأس بالعمل بها وإن كان الأحوط خلافه لإمكان حملها على ما إذا لم يكن سكرها بحيث لا التفات لها إلى ما تقول مع أن المشهور لم يعلموا بها وحملوها على محامل فلا يترك الاحتياط.^۱

در مسئله عقد مست دو مطلب مطرح و بررسی خواهد شد.

مطلب اول: ادعای تسلّم در بطلان عقد مرد در حال مستی و اختلاف در بطلان عقد زن در حال مستی

مطلب دوم: بررسی دلیل صحت عقد در حال مستی (صحيحه ابن بزيع)

مطلب اول: ادعای تسلّم در بطلان عقد مرد در حال مستی بر خلاف زن مست

مطلب اول این است که صاحب عروه مسئله را به گونه ای مطرح کرده که گویا در مورد بطلان عقد مرد در حال مستی، هیچ اختلافی میان علماء نیست و اختلاف تنها در مورد عقد زن در حال مستی است که برخی به جهت صحيحه ابن بزيع، بر خلاف مشهور، قائل به صحت عقد مزبور شده اند.

مرحوم آقای خوئی به تبع مرحوم سید، بطلان عقد در مورد مرد در حال مستی را مسلم دانسته و در مورد زن در حال مستی با استناد به صحيحه ابن بزيع، به صحت عقد او حکم کرده است. البته ایشان بر خلاف مرحوم سید، سخنی از احتیاط استحبابی به میان نیاورده است.^۲

مناقشه در مطلب اول

این مطلب از دو جهت قابل مناقشه است:

مناقشه اول: عدم تفصیل بین مرد و زن در کلمات سابقین

با مراجعه به کلمات سابقین روشن می گردد که اصلاً تفصیلی میان مرد و زن در صحت و بطلان عقد مزبور مطرح نشده است.^۳

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۴.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۵۵؛ و ص ۱۵۶.

۳. قبل از محقق حلی عقد شخص مست تنها در موارد معدودی مطرح شده که در آن موارد نیز، تفصیل

تنها دو عبارت در کتاب شرائع و نافع وجود دارد که موهم قول به تفصیل است؛ ولی آن دو نیز قابل توجیه‌اند.

محقق حلی در شرائع این چنین می‌فرماید: «و فی السکران الذی لا یعقل تردّد اظهره انه لا یصح و لو افاق فاجاز. و فی روایة: "اذا زوجت السکری نفسها ثم افاقت فرضیت، او دخل بها فافاقت و اقتره کان ماضیا"»^۱.
در این عبارت دو احتمال وجود دارد:

احتمال اول: مراد از کلمه «سکران» خصوص مرد در حال مستی باشد.

احتمال دوم: مراد از کلمه «سکران» جنس فرد مست، اعم از زن و مرد باشد.

بنا بر احتمال اول می‌توان گفت محقق، قائل به تفصیل بین عقد سکران و سکری بوده است؛ زیرا نسبت به عقد سکران، بعد از تردید، فتوا به بطلان داده، در حالی که

بین عقد مرد و زن در حال مستی استفاده نمی‌شود؛ زیرا ظاهراً این عده از قدام فقط آنچه را در نص آمده مطرح کرده‌اند و در مقام بحث از حکم عقد مرد مست نبوده‌اند.

المقنع (شیخ صدوق)، ص ۳۰۹: «و إذا ابتلیت المرأة بشرب النبیذ فسکرت، فزوجت نفسها رجلاً فی سکرها، ثم افاقت فانکرت ذلك، ثم انّ ذلك یلزمها فورعت منه، فافاقت مع الرجل علی ذلك التزویج، فانّ التزویج واقع إذا اقامت معه بعد ما افاقت، و هو رضاها و التزویج جائز علیها؛ المبسوط، ج ۷، ص ۲۸۷: «و عندنا أن السکران یختلف حاله فیما له و فیما علیه، فأما طلاقه و عتقه و عقوده کلها فلا یصح عندنا بحال، و أما إذا زنا أو لاط أو جنى أو قذف أو سرق فإنه یتعلق به جمیع أحكامه؛ النهایة (شیخ طوسی)، ص ۴۶۸: «و إذا عقدت المرأة علی نفسها و هی سکری، کان العقد باطلاً. فإن افاقت، و رضیت بفعْلِها، کان العقد ماضیاً. و إن دخل بها الرجل فی حال السکر، ثم افاقت الجارية، فاقتره علی ذلك، کان ذلك ماضیاً؛ المهدّب (ابن بزّاج)، ج ۲، ص ۱۹۶: «و إذا عقدت المرأة علی نفسها، و هی سکری کان العقد باطلاً، فإن افاقت و رضیت، کان ماضیاً و ان لم ترضه کان باطلاً فان دخل الرجل بها و هی فی حال السکر: ثم افاقت و اقتره علی النکاح، کان ماضیاً؛ السرائر، ج ۲، ص ۵۷: «و قد روی أنّ المرأة إذا عقدت علی نفسها عقدة النکاح، و هی سکری، کان العقد باطلاً. فإن افاقت و رضیت بفعْلِها، کان العقد ماضیاً، و إن دخل بها الزوج فی حال السکر، ثم افاقت الجارية، فاقتره علی ذلك، کان ذلك أيضاً ماضیاً، هكذا أورد شیخنا فی نهایته. و الذی یقوی عندي أنّ هذا العقد باطل، فإذا کان باطلاً فلا یقف علی الرضا و الإجازة، لأنّه لو کان موقوفاً وقف علی الفسخ و الإجازة، و شیخنا قال: کان العقد باطلاً. فإذا کان باطلاً، فکیف یکون فی نفسه بعد الإفاقة و الرضا ماضیاً؟ و أيضاً العقد حکم شرعی یتحتاج فی إثباته إلى دلیل شرعی، و لا دلیل علی ذلك من کتاب، و لا سنة متواترة، و لا إجماع، و لا یرجع فی مثل ذلك إلى أخبار الأحاد».

۱. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۸.

نسبت به عقد سکری، روایتی دال بر صحت عقد او ذکر کرده است، هرچند مشخص نیست که بر طبق آن روایت فتوا داده یا آنکه در حکم مسئله تردید دارد. اما بنا بر احتمال دوم، هر دو عقد محکوم به بطلان است و در مسئله تفصیلی وجود نخواهد داشت. ذکر روایت بعد از فتوا نیز اشاره‌ای به مستند برخی فقیهان در قول به صحت است.

به نظر می‌رسد مراد محقق از کلمه «سکران» احتمال دوم باشد و منشأ تردید ایشان در حکم، این بوده که چون ایشان روایت ابن بزیع را شامل مرد دانسته لذا مردد شده حکم به صحت کند یا بر طبق قواعد، حکم به بطلان کند، هرچند در نهایت قول به بطلان را اختیار کرده است.

نظیر این عبارت در المختصر النافع نیز آمده با این تفاوت که در مورد سکران بدون اظهار تردید، حکم به بطلان کرده است. ایشان می‌فرماید: «... و لا السکران و فی رواية اذا زوجت السکری نفسها ثم افاقت فرضیت به او دخل بها و اقرته کان ماضیا».^۱ در این عبارت نیز به احتمال قوی، تفصیلی میان در حال مستی بودن زن و مرد قائل نشده و مراد از کلمه «سکران» جنس فرد مست است. ذکر روایت دال بر صحت نیز، به جهت بیان فتوای ایشان در مورد زن در حال مستی نیست؛ بلکه از جهت اشاره به مستند قائلین به صحت است.

مناقشه دوم: مخالفت تفصیل با مذاق شارع (واگذاری امور تعقلی به مردها)

به علاوه احتمال صحت عقد سکری با وجود حکم قطعی به بطلان عقد سکران، خلاف مذاق شرع مقدس است.

از مجموعه احکام و قوانین شرعی مانند احکام باب شهادت به دست می‌آید که شارع مقدس آن سلسله اموری که در آنها جنبه تعقل و عقلانیت بیش از جنبه‌های عاطفی و روانی موضوعیت دارد را به مردان واگذار نموده است؛ به عبارت دیگر، شرع مقدس نقش مردها را - در آن دسته از اموری که اداره آنها بر اساس تکیه بر قوه تعقل و تفکر است - موثرتر از نقش زن‌ها دانسته است و در مقابل، اموری را که در آن، جنبه‌های عاطفی و احساسی بیشتر از تفکر و تعقل موضوعیت دارد و اداره

آن بر محور عاطفه و احساس است، به زنان واگذار کرده است، هرچند این امور نیز از امور بسیار مهم اجتماعی هستند؛ تعقل و عاطفه دو رکن اساسی بنیان‌های اجتماعی را تشکیل می‌دهند. بنابراین حتی یک مورد در فقه و قوانین اسلامی نمی‌توان یافت که در امور تعقلی و تفکری، سهم زنان بیشتر از مردان بوده باشد. با توجه به این مطلب، نمی‌توان پذیرفت که در نظر شارع، اجازه مرد در حال مستی بعد از هوشیاری تأثیری در صحت عقد نداشته باشد، در حالی که اجازه زن بعد از هوشیاری موجب صحت عقد باشد.

با وجود این قرینه، اگر روایتی بر صحت عقد زن در حال مستی دلالت کند، به طریق اولی بر صحت عقد مرد در حال مستی نیز دلالت خواهد داشت. نتیجه: تفصیل میان زن و مرد در عقد ازدواج به این صورت که عقد زن در حال مستی بعد از اجازه در حالت هوشیاری صحیح باشد برخلاف مرد در حال مستی، با توجه به اینکه ازدواج از امور تعقلی و تفکری است، هیچ‌گونه مشابهی در سراسر احکام اسلامی ندارد.

مطلب دوم: بررسی دلیل صحت عقد مست (صحیحه ابن بزيع)

مطلب دوم در بررسی حکم عقد در حال مستی بررسی صحیحه ابن بزيع است: عنه [الحسين بن سعيد] عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب التبيذ فسكرت فزوّجت نفسها رجلا في سكرها ثم أفافت فأنكرت ذلك ثم ظنت أنه يلزمها ففرغت منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج أ حلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزّوج عليها فقال إذا أقامت معه بعد ما أفافت فهو رضا منها قلت ويجوز ذلك التزويج عليها فقال نعم.»^۱

مستند قائلین به صحت، صحیحه ابن بزيع است. مورد روایت اگرچه مربوط به

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۹۲، ح ۴۷؛ وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص ۲۹۴، باب ۱۴ «باب أن الشکری إذا زوّجت نفسها ثم أفافت فرضیت وأقرته جاز»، ح ۱.

زن در حال مستی است، اما با بیانی که در سابق گذشت، شامل عقد مرد در حال مستی نیز می‌باشد.^۱

قائلین به بطلان نیز با ایراد اشکالاتی بر روایت، به توجیه آن پرداخته‌اند. بنابراین، بررسی روایت و بیان ایرادات وارد بر آن حائز اهمیت است.

صحت سندی روایت طبق هر دو نقل فقیه و تهذیب

روایت را مرحوم شیخ در تهذیب به اسناد خودش از حسین بن سعید از محمد بن اسماعیل بن بزیع نقل کرده است.

طریق مرحوم شیخ به حسین بن سعید، بدون تردید صحیح است.^۲ کتاب حسین بن سعید، از کتب بسیار مشهور و معتبر است که قبل از کافی و نوادر الحکمه یکی از کتب مورد عمل اصحاب بوده و مشتمل بر اسانید عدیده است.^۳ شیخ صدوق نیز این روایت را از ابن ولید از صفار از احمد بن محمد بن عیسی از محمد بن اسماعیل بن بزیع نقل کرده که طریقی صحیح است.^۴ وی همچنین روایت را در کتاب عیون اخبار الرضا علیه السلام از جعفر بن نعیم بن شاذان از محمد بن شاذان از فضل بن شاذان از محمد بن اسماعیل بن بزیع نقل کرده است.^۵ که از نظر ما «حسنه» محسوب می‌گردد. جعفر بن نعیم بن شاذان که از مشایخ صدوق است، مرحوم صدوق خیلی از کتاب‌ها را به وسیله او نقل می‌کند و ترصی هم می‌کند.^۶

۱. بیان سابق، عدم تفصیل فقهاء بین زن و مرد و حکم به اولویت با عنایت به مذاق شارع بود.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۱۰، المشیخة، ص ۶۳.

۳. رجال النجاشی، ص ۵۸.

۴. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۴۵۱.

۵. عیون أخبار الرضا علیه السلام، ج ۲، ص ۱۸-۱۹: حَدَّثَنَا الْحَاكِمُ أَبُو مُحَمَّدٍ جَعْفَرُ بْنُ نَعِيمٍ بْنُ شَاذَانَ قَالَ حَدَّثَنِي عُمَيُّ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ مُحَمَّدُ بْنُ شَاذَانَ قَالَ حَدَّثَنَا الْفَضْلُ بْنُ شَاذَانَ قَالَ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَزِيعٍ عَنْ الرِّضَا علیه السلام قَالَ: «سَأَلْتُهُ عَنِ الْقَنُوتِ فِي ... وَ سَأَلْتُهُ عَنْ امْرَأَةٍ ابْتَلَيْتَ بِشَرْبِ نَبِيذٍ فَسَكِرَتْ فَزَوَّجْتَ نَفْسَهَا مِنْ رَجُلٍ فِي سَكْرَتِهَا ثُمَّ أَفَاقَتْ فَأَنْكَرْتَ ذَلِكَ ثُمَّ ظَنَنْتَ أَنَّهُ يَلْزِمُهَا فَزَوَّجْتَ مِنْهُ فَأَقَامَتْ مَعَ الرَّجُلِ عَلَى ذَلِكَ التَّزْوِيجِ أَوْ حَلَالٍ هُوَ لَهَا أَمْ التَّزْوِيجُ فَاسِدٌ لِمَكَانِ الشُّكْرِ وَلَا سَبِيلَ لِلزَّوْجِ عَلَيْهَا قَالَ إِذَا قَامَتْ بَعْدَ مَا مَعَهُ [أَقَامَتْ مَعَهُ بَعْدَ مَا] أَفَاقَتْ فَهُوَ رِضَاها قُلْتُ وَ يَجُوزُ ذَلِكَ التَّزْوِيجُ عَلَيْهَا قَالَ نَعَمْ».

۶. برای نمونه: عیون أخبار الرضا علیه السلام، ج ۲، ص ۱۷، ح ۳۹: حَدَّثَنَا الْحَاكِمُ أَبُو مُحَمَّدٍ جَعْفَرُ بْنُ نَعِيمٍ بْنُ شَاذَانَ علیه السلام قَالَ حَدَّثَنِي عُمَيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنِ شَاذَانَ عَنْ الْفَضْلِ بْنِ شَاذَانَ قَالَ سَمِعْتُ الرِّضَا علیه السلام يَحَدِّثُ عَنْ

او هم از عمویش محمد بن شاذان روایت کرده که مدحش از بعضی اخبار استفاده می‌شود و طریق صدوق به کتاب فضل بن شاذان نیز همین محمد بن شاذان است^۳، فضل بن شاذان هم از محمد بن اسماعیل بزیع نقل کرده است. عجیب آن است که با وجود این طرق صحیح، آقا ضیاء عراقی در تعلیقه خود

أبیہ عن أبانہ عن علی بن فضال: «أن رسول الله ﷺ احتجم وهو صائم محرم»؛ و ص ۱۲۱؛ و ص ۱۲۷، ح ۳؛ و ص ۱۷۲، ح ۱؛ و ص ۱۸۴، ح ۷؛ و ص ۲۱۶، ح ۲۵.

۱. کمال الدین، ج ۲، ص ۴۸۳، ح ۴: «حدثنا محمد بن محمد بن عصام الكليني قال حدثنا محمد بن يعقوب الكليني عن إسحاق بن يعقوب قال: «سألت محمد بن عثمان العمري أن يوصل لي كتاباً قد سألت فيه عن مسائل أشكلت علي فوردت في التوقيع بخط مولانا صاحب الزمان عليه السلام: أنا ما سألت عنه أُرشدك الله وتبتك من أمر المنكرين لي من أهل بيتنا و بني عَمَنَّا ... وأنا محمد بن عثمان العمري عليه السلام و عن أبيه من قبل فأنه ثقتي و كتابه كتابي ... وأنا محمد بن شاذان بن نعيم فهو رجل من شيعتنا أهل البيت ...».

۲. مرحوم صدوق در فقیه، کتاب علل فضل بن شاذان را از طریقی نقل کرده که نام محمد بن شاذان در آن نیست:

کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۴۵۷: «و ما کان فیہ عن الفضل بن شاذان من العلل التي ذکرها عن الرضا عليه السلام فقد رويته عن عبد الواحد بن عبدوس التيسابوري العطار عليه السلام عن علي ابن محمد بن قتيبة، عن الفضل بن شاذان التيسابوري، عن الرضا عليه السلام.»

البته عبارتی از عیون وجود دارد که به نظر می‌رسد مدعی استاد را ثابت نکند:

عیون أخبار الرضا عليه السلام، ج ۲، ص ۱۲۱: «حدثنا عبد الواحد بن محمد بن عبدوس التيسابوري العطار عليه السلام قال حدثنا علي بن محمد بن قتيبة التيسابوري قال قلت للفضل بن شاذان لما سمعت منه هذه العلل أخبرني عن هذه العلل التي ذكرتها عن الاستنباط والاستخراج وهي من نتائج العقل أو هي مما سمعته و رويته فقال لي ما كنت لأعلم مراد الله تعالى بما فرض و لا مراد رسول الله ﷺ بما شرع و سن و لا أعلل ذلك من ذات نفسي بل سمعتها من مولاي أبي الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام المرة بعد المرة و الشيء بعد الشيء فجمعتها فقلت له فأحدث بها عنك عن الرضا عليه السلام قال نعم حدثنا الحاكم أبو محمد جعفر بن نعيم بن شاذان التيسابوري عليه السلام عن عمه أبي عبد الله محمد بن شاذان عن الفضل بن شاذان أنه قال سمعت هذه العلل من مولاي أبي الحسن بن موسى الرضا عليه السلام فجمعتها متفرقة و ألفتها.»

عبارت فوق فقط نقل مطلبی از فضل بن شاذان است. در فهرست شیخ طوسی نیز این شخص در طریق مرحوم صدوق واقع نشده است:

فهرست الطوسی، ص ۳۶۳: «أخبرنا (بروایاته و کتبه) أبو عبد الله عن محمد بن علي بن الحسين عن محمد بن الحسن عن أحمد بن إدريس عن علي بن محمد بن قتيبة عن الفضل. و رواها محمد بن علي بن الحسين عن حمزة بن محمد العلوي عن أبي نصر قنبر بن علي بن شاذان عن أبيه عن الفضل.»

بر عروه می‌فرماید: روایت به جهت ضعف سند، قابل اعتناء نیست.^۱
انصاف این است که شبهه ایشان هیچ وجهی ندارد و بدون شک سند صحیح است؛ بلکه کسانی مانند صاحب مدارک که منبایشان در روایت، اخذ به صحیح اعلایی است نیز این روایت را پذیرفته‌اند.^۲

ادعای اعراض اصحاب از روایت در کلام شهید ثانی و صاحب ریاض صاحب ریاض مفاد روایت را مخالف با قواعد قطعیه و شهرت عظیمه دانسته است. ایشان مدعی شده است که بدین جهت نمی‌توان با مخصص قرار دادن روایت، از آن قواعد قطعیه رفع ید نمود. عبارت ایشان چنین است: «إلا أنها لمخالفتها الأصول القطعية، المعتضدة في خصوص المقام بالشهرة العظيمة، لا يجوز التعويل عليها في مقابلتها وتخصيصها بها»^۳ شهید ثانی در شرح لمعه نیز روایت را مورد اعراض اصحاب دانسته و فرموده است: «... فأطرحها الاصحاب إلا الشيخ في النهاية...»^۴ لذا فقط شیخ طوسی در نهایه را عامل به روایت دانسته است.
اشکال صاحب ریاض از دو جهت قابل بررسی است: جهت اول: اعراض اصحاب نسبت به روایت، جهت دوم: مخالفت روایت با اصول قطعیه.

پاسخ از اعراض اصحاب با ذکر قائلین به صحت عقد سکران جهت دوم کلام صاحب ریاض در بررسی اشکال‌های دلالی روایت مطرح خواهد شد اما در مورد جهت اول باید گفت این ادعا از صاحب ریاض و شهید ثانی بسیار عجیب است؛ زیرا این مسئله در میان قداماء چندان مطرح نبوده است. قبل از محقق، تنها چهار تن به آن پرداخته‌اند که سه نفر از آنان در چهار کتاب قائل به صحت شده‌اند. قبل از صاحب ریاض نیز ده نفر از بزرگان علماء در یازده کتاب، به صحت عقد مزبور حکم کرده‌اند.

شیخ صدوق در مقنع و فقیه که کتاب فتوایی ایشان بوده، روایت را نقل کرده

۱. تعلیقه استدلالیه علی العروة الوثقی، ص ۳۱۴؛ العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۰۳.

۲. نهایه المرام، ج ۱، ص ۳۰.

۳. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۹.

۴. الروضة البهیة (جاب مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۶۲.

و مطلبی در رد آن نیاورده است.^۱ شیخ طوسی در نهاییه^۲، ابن بزّاج^۳، فاضل آبی^۴، صاحب مدارک^۵، مرحوم سبزواری^۶، مرحوم فیض^۷، ملا محمد هادی، نوه برادر فیض در شرح مفاتیح^۸، شیخ حرّی^۹ و محدث بحرانی^{۱۰} از جمله قائلین به صحت

۱. المقنع (شیخ صدوق)، ص ۳۰۹-۳۱۰: کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۰۹، ح ۴۴۳۰: و روی عن محمد بن اسماعیل بن بزّاج قال: «سألت الرضا علیه السلام عن امرأة ابتليت بشرب نبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلا في سكرها ثم أفاقت فانكرت ذلك ثم ظنت أنه يلزمها فورعت منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج أحوال هو لها أو التزويج فاسد لمكان الشكر ولا سبيل للرجل عليها فقال إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضاها فقلت و هل يجوز ذلك التزويج عليها فقال نعم».

۲. النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۶۸.

۳. المهذب (ابن بزّاج)، ج ۲، ص ۱۹۶.

۴. كشف الرموز، ج ۲، ص ۱۰۰: «و الرواية صحيحة، وأفتى عليها الشيخ في النهاية، وابن بابويه في المقنع و من لایحضره الفقیه، إلّا أن الشيخ قال: العقد باطل، و يمضي لو أفاقت و رضيت. و قال المتأخر: العقد باطل، فلا يقف على الإجازة، و هذا حسن، مع تسليم بطلان العقد.»

استاد علیه السلام: صاحب كشف الرموز كلام شيخ را كه در نهايه نخست قائل به بطلان عقد شده سپس اجازه بعد از افاقه را نافذ دانسته، ذكر کرده، آنگاه كلام ابن ادریس را با تعبیر «قال المتأخر: ...» نقل می‌کند. ابن ادریس می‌گوید: اگر عقد باطل باشد، دیگر با اجازه تصحیح نمی‌شود؛ زیرا این تناقض است و نمی‌توان گفت هم باطل باشد و هم قابل تصحیح باشد.

این اشکال ابن ادریس یک اشکال لفظی است. صاحب كشف الرموز هم كلام ابن ادریس را نقل می‌کند و هم كلام شيخ طوسی در نهايه را نقل می‌کند، اما چون دليل شيخ در این مسئله روایتی صحیحه است، نظری را پذیرفته است، در عین حال اشکال لفظی ابن ادریس بر نهايه را نیز پذیرفته است. نظیر این مطلب، اشکال محقق کرکی در جامع المقاصد بر قواعد علامه و توجیه شیخ انصاری در بحث فضولی است؛ ر.ک: کتاب بیع، ابتدای مباحث فضولی.

۵. نهاية المرام، ج ۱، ص ۳۰.

۶. كفاية الأحكام، ج ۲، ص ۹۱.

۷. مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۲۶۰: «و لا یصح من السكران إلا إذا أجاز بعد الإفاقة، علی رواية صحیحه عمل بها الشيخ و جماعة [و فيه تردد].»

عبارت «فيه تردد» در بعضی نسخه‌ها غلط است و از حاشیه داخل متن شده است.

۸. در نرم افزار موجود نیست.

۹. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۴، باب ۱۴ «باب أن السكری إذا زوجت نفسها ثم أفاقت فرضیت و أقرته جاز».

۱۰. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۷۵.

عقد سکران هستند.

در مقابل این بزرگواران، ۹ تن از فقهاء، قائل به بطلان شده‌اند که عبارتند از ابن ادریس^۱، محقق حلی^۲، علامه حلی^۳، شهید اول^۴، فاضل مقداد در تنقیح^۵، شیخ مفلح صیمری در غایة المرام^۶، محقق کرکی در جامع المقاصد^۷، شهید ثانی در مسالك^۸ و روضه^۹ و فاضل اصفهانی در كشف اللثام^{۱۰}.

با توجه به این مطالب روشن می‌شود که ادعای اعراض اصحاب نسبت به روایت، نادرست است.

بررسی اجمالی مدلول روایت

روایت در مورد زنی است که در حال مستی، خود را به ازدواج مردی درآورده و بعد از هوشیاری به ازدواج با آن مرد ترتیب اثر داده است. در روایت به جهت آنکه عمل زن، رضایت او را می‌رساند، حکم به صحت ازدواج شده است.

نکته‌ای که سائل در روایت متذکر می‌شود این است که زن بعد از هوشیاری، علی‌رغم انکار ازدواج، به جهت ترس و نگرانی ناشی از گمان صحت عقد، به ازدواج رضایت داده است. عبارت «ثُمَّ ظَنَّتْ أَنَّهُ يُلْزِمُهَا» به دو گونه قابل تفسیر است؛ تفسیر اول: زن گمان کرد که این عقد صحیح بوده ملازم او و به او چسبیده است، ففزعت منه، تفسیر دوم: زن گمان کرد که از نظر شرعی مرد شوهر و همراه اوست، «ففزعت منه».

۱. السران، ج ۲، ص ۵۷۱.

۲. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۸.

۳. مختلف الشيعة، ج ۷، ص ۱۳۱.

۴. اللمعة الدمشقية، ص ۱۷۵.

۵. التنقيح الرائع، ج ۳، ص ۱۲.

۶. غایة المرام، ج ۳، ص ۲۵.

۷. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۴.

۸. مسالك الأفيهام، ج ۷، ص ۹۸-۹۹.

۹. الروضة البهية (چاپ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۶۲.

۱۰. كشف اللثام، ج ۷، ص ۵۳.

در عبارت فقیه به جای «فزعت منه» تعبیر «فورعت منه»^۱ آمده است؛ یعنی از ترک ازدواج، توقع به خرج داده و تمکین نموده تا به معصیت نیفتد لذا بدون اینکه تجدید عقدی بکند، به همین تزویج ترتیب اثر داد.

موضوع روایت به نظر آقای خوئی: مست لا یعقل

مرحوم آقای خوئی موضوع مورد بحث در مسئله را شخصی قرار داده که به حدّ هذیان گفتن رسیده و مست لا یعقل است.^۲ در چنین فرضی نسبت به مرد حکم به بطلان کرده و نسبت به زن با استناد به صحیحۀ ابن بزیع، قائل به صحت شده است.

اشکالات کلام آقای خوئی

اما کلام ایشان قابل مناقشه است؛ زیرا:

اشکال اول: موضوع نبودن مست لا یعقل در اقوال فقهاء

اولاً، هیچ یک از فقیهان سابق، این فرض را به عنوان موضوع مسئله در نظر نگرفته اند.

اشکال دوم: بی اثر بودن انشاء مست لا یعقل و ممکن نبودن تصحیح آن با اجازه لاحق

ثانیاً، لفظ «سکری» نمی تواند شامل این حالت از مستی گردد؛ زیرا با وجود چنین تصویری از موضوع، حتی با تمسک به صحیحۀ ابن بزیع نیز نمی توان عقد زن در حال مستی را تصحیح نمود.

توضیح مطلب: در تحقق عقد نکاح دو امر معتبر است، به گونه ای که وجود یکی بدون دیگری کافی نیست:

امر اول: انشاء عقد با ابرازی که به حسب ارتکازات عرفیه دلالت بر انشاء داشته باشد.

امر دوم: رضایت باطنی.

اگر موضوع روایت، زنی باشد که از شدت مستی به حدّ هذیان گویی رسیده، رضایت او بعد از هوشیاری، تنها یکی از شروط معتبر در عقد نکاح را تأمین می کند که همان رضایت باطنی است؛ اما انشاء، که شرط دیگر تحقق عقد است حاصل

۱. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۰۹.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۵۶.

نخواهد شد؛ زیرا تکلم و انشائی که از چنین شخصی صادر می‌گردد، در نظر عرف و عقلاء، فاقد اثر است.^۱ بنابراین با رضایت متأخر، امکان تصحیح عقد نیست؛ زیرا در مورد این عقد، مبرز عرفی و عقلانی نسبت به انشاء وجود ندارد.

اشکال سوم: انصراف «عقد سکری» از «عقد مست لا یعقل»

ثالثاً، «سکری» در مقام از مستی که به حدّ هذیان گفتن و عربده‌کشی رسیده است انصراف دارد. هنگامی که از حکم عقد شخص در حال مستی سؤال می‌شود و یا گفته می‌شود شخصی به سبب خوردن نبیذ مست گردیده و در آن حال با کسی عقد نموده، به ذهن انسان خطور نمی‌کند که مراد، بالاترین حدّ از مستی یعنی حدّ هذیان‌گویی و عربده‌کشی باشد؛ بلکه معمولاً کسی حاضر نیست در هنگامی که شخص مقابل در بالاترین حدّ از مستی است، با او عقد بخواند.

به نظر می‌رسد که موضوع بحث، سکرانی نیست که به مرحله‌ای رسیده است که قصد از او متمشی نیست، بلکه سکرانی است که عقل را از دست داده است. توضیح اینکه اگر سکران به حدّی برسد که کلام وی همچون هذیان بوده و هیچ‌گونه اراده‌ای از وی در این کار نباشد^۲، این عقد به‌طور کلی باطل است، و صحت تأهلی هم ندارد و اجازه‌لاحق در تصحیح این عقد کفایت نمی‌کند و روایتی هم که عقد سکری را با اجازه بعدی تصحیح کرده مربوط به این فرض نیست. ولی غالباً سکران به چنین مرحله‌ای نرسیده، بلکه در حدّی است که عقل وی زایل شده و همانند حیوانات و کودکان است. از حیوانات اراده متمشی است، لذا

۱. استاد رحمته‌الله: اگر انسان خواب در همان حالت، صیغه عقد را بخواند و بعد از بیدار شدن به آن عقد رضایت داشته باشد، عقدش مبرز و دالّ بر انشاء نخواهد داشت؛ زیرا افعال و کلمات ناظم از نظر عرف و عقلاء منشأ ترتیب اثر نیست.

۲. استاد رحمته‌الله اشاره می‌فرمود که عقلاء بر عقود سکران همچون دیگر غیر عاقلان مانند اطفال غیر ممیز و مجانین صحت تأهلی هم قائل نیستند؛ لذا ادله عام صحت عقود، از اثبات صحت چنین عقدی و لو با اجازه اولیاء یا اجازه خود عاقدین در زمان عاقل شدن، ناتوان است؛ ولی اگر دلیل تعبدی خاصی در این زمینه وارد شود که چنین عقدی را با اجازه تصحیح کند، استیحاş عقلاً را به دنبال ندارد، بر خلاف صورت اول که کلمات سکران همچون هذیان باشد که حکم شارع به صحت تأهلی داشتن چنین عقدی با استیحاş عقلاء روبه‌رو است و نص بسیار قوی برای اثبات آن لازم است، لذا نمی‌توان روایت مورد بحث ما را بر آن صورت حمل کرد.

حیوان را متحرک بالا راده می‌دانند، ولی حیوان به جهت نداشتن عقل فاقد اختیار و قدرت انتخاب است؛ زیرا کسی می‌تواند با اختیار خود چیزی را انتخاب کند که قوای مختلف رحمانی از یک سو، و قوای نفسانی و شیطانی از سوی دیگر داشته باشد، و عقلی را هم که داور بین قوای دیگر است دارا باشد که با مراجعه به آن، بتواند با اختیار خود تمایلات شیطانی را سرکوب کرده و تمایلات رحمانی را ترجیح دهد. سکران چون فاقد عقل است، از قدرت بررسی قوا و ترجیح عقلانی آنها بی‌نصیب است، بنابراین اراده وی عقلانی نیست؛ لذا عقد سکرانی که در این حدّ است می‌تواند صحیح باشد. البته ممکن است بگوییم که دلیلی بر تنفیذ عقد سکران وجود ندارد؛ چون عقلاء فعل چنین کسی را معتبر و نافذ نمی‌دانند، و عقد او را عقلایی نمی‌دانند و همین جهت سبب انصراف ادله نفوذ عقود از عقد او می‌شود، البته نفوذ عقد وی با اجازه‌ای که در زمان عقل خواهد داد مطلب دیگری است.

بررسی اشکالات دلالی روایت

دلالت روایت بر صحت عقد زن مست، مورد اشکالات متعدّدی واقع گردیده است:

اشکال اول: مخالفت روایت با اصول قطعیه

صاحب ریاض می‌فرماید: این روایت مخالف اصول قطعیه است.^۱ توضیح مطلب: مورد روایت با عقد فضولی قابل مقایسه نیست تا گفته شود همان‌طور که در عقد فضولی رضایت لاحق، مصحّح عقد است، در اینجا نیز رضایت لاحق، عقد را تصحیح می‌کند؛ زیرا فضولی در جایی مطرح می‌گردد که عقد، صحت تأهلیه داشته باشد به این معنا که اصل عقد از نظر صحت مشکلی نداشته باشد و تنها نقص آن عدم اجازه باشد که آن هم با حقوق اجازه مرتفع می‌گردد، در حالی که عقد سکرانی به جهت زوال عقل، از ریشه باطل است و صلاحیت حقوق اجازه به آن را ندارد. اگر هم عقل زائل نشده نیازی به اجازه لاحق نیست.^۲

۱. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۹.

۲. در حقیقت اصل آن است که متعاقدين در عقد، قصد انشاء داشته باشند، در حالی که سکران به دلیل زوال عقل، نمی‌تواند قصد انشاء داشته باشد؛ بنابراین رضایت بعدی نیز نمی‌تواند مصحح عقد او گردد.

پاسخ اشکال اول

در پاسخ از این اشکال توجیهاتی ذکر شده است:

توجیه اول: حمل سکر بر عدم زوال عقل

اولین شخصی که روایت را توجیه نموده، علامه در کتاب مختلف است. ایشان فرموده است مراد از مستی که در روایت مطرح شده، رسیدن به مرحله زوال عقل و هذیان‌گویی نیست، بلکه مراد مرحله‌ای است که عقل به کلی زائل نگشته است. ایشان این حدّ مستی را با تعبیر «عدم التحصیل» بیان کرده و چنین فرموده است:

«... ان بلغ السكر بها الى حدّ عدم التحصیل كان العقد باطلا و

لا ینعقد باقرارها لانّ مناط صحة العقود و هو العقل منفی فینتفی

هنا و ان لم یبلغ السكر الى ذلك الحدّ صحّ العقد مع تقریرها اياه و

علیه تحمل الروایة.^۱»

اشکال: عدم نیاز به اجازه لاحق در فرض عدم زوال عقل

مرحوم محقق کرکی و به تبع ایشان شهید ثانی که نوعاً مطالبش متخذ از محقق کرکی است، توجیه علامه را نپذیرفته‌اند؛ با این بیان که شخص مست اگر به حدّ هذیان‌گویی و زوال عقل رسیده، در این صورت، رضایت بعد از هوشیاری، موجب تصحیح عقد نمی‌گردد؛ زیرا رکنی از مقومات عقد - یعنی انشاء - را ندارد؛ و اگر به حدّ زوال عقل نرسیده، در این صورت به رضایت لاحق نیازی نیست بلکه طبق قاعده چنین عقدی محکوم به صحت است.^۲ عبارت شهید ثانی در مسالک چنین است:

«و فيه نظر بین، لآنه إذا لم یبلغ ذلك القدر فعقدها صحیح و

إن لم تقرّره و ترض به بعد ذلك، فالجمع بین اعتبار رضاها مع

السكر مطلقا غیر مستقیم بل اللازم إما اطراح الروایة رأساً أو العمل

بمضمونها، و لعلّ الأوّل أولى.^۳»

۱. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۳۱.

۲. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۵.

۳. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۹۹.

از نظر شهید ثانی اخذ به قواعد اولیه که مقتضای آن بطلان عقد مست است اولی است.

توجیه دوم: حمل سکر بر عقل غیر مستقر

مرحوم مجلسی اول در روضة المتقین توجیه دیگری برای روایت ذکر کرده و آن را به اصحاب نسبت داده است. ایشان سکر را مرحله‌ای بین زوال عقل و کمال عقل معنا می‌کند. به نظر ایشان سکر در لغت، بر اولین مرحله از مراحل مستی اطلاق می‌گردد که از آن تعبیر به «نشو» می‌شود. گویا اشخاصی که مست می‌شوند بدون فاصله اثر شرب خمر و نبیذ و امثال اینها ظاهر نمی‌شود بلکه تدریجاً به زوال عقل می‌رسند، در حقیقت، گویا مستی محقق نشده بلکه از باب مجاز شایع به آن سکر اطلاق می‌گردد. مراد از سکر در آیه شریفه ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى﴾^۱ نیز مرحله‌ای است که عقل زائل نگردیده ولی مستقر نیز نیست، بلکه در آستانه زوال قرار دارد؛ زیرا مخاطب قرار دادن شخصی که حقیقتاً مست گردیده، ناممکن است.^۲

حاصل اینکه صحیحۃ ابن بزیع از نظر ایشان به مرتبه حد وسطی بین کمال عقل و زوال عقل ناظر است که می‌توان از آن به عقل غیر مستقر تعبیر نمود یعنی عقلی که در آستانه زوال قرار دارد. در این حالت، قواعد اولیه اگرچه مقتضی صحت چنین عقدی هستند، ولی صحیحۃ ابن بزیع، آن قواعد را به عاقلی که دارای عقل مستقر است تخصیص می‌زند؛ به این معنا که عقل غیر مستقر نیازمند اجازه لاحق است؛ بنابراین بعد از کمال و استقرار عقل، رضایت نیز شرط است.

محتمل است که مراد علامه از «عدم التحصیل» که در توجیه اول ذکر شد، نیز همین کلام مرحوم مجلسی باشد. بنابراین اشکال محقق کرکی و شهید ثانی - که طبق قواعد اولیه، شخص عاقل نیازمند اجازه لاحق نیست - وارد نخواهد بود؛ زیرا قواعد اولیه از قبیل قواعد ریاضی نیست که غیر قابل تخصیص باشد، بلکه عمومات قابل تخصیص اند.

۱۴. النساء، ۴۳.

۲. روضة المتقین، ج ۸، ص ۲۳۰.

توجیه سوم: حمل سکر بر سفاقت مقطعی

صاحب جواهر نیز توجیهی مشابه این مطلب ذکر کرده است.^۱ به نظر ایشان، مراد از سکر مرتبه‌ای از مستی است که عقل، زائل نگردیده و مانند بهائم نشده، بلکه شخص می‌تواند قصد عقد نماید. جمله «فزوجت نفسها» نیز به این مطلب اشاره دارد که اقدام به تزویج از روی قصد بوده و مست لا یعقل نبوده است؛ ولی در آن حالت، بر تشخیص مصلحت و مفسده‌اش قادر نبوده است، مانند سفیه که عاقل است و از روی قصد و التفات اقدام می‌کند، ولی فاقد صفت رشد است. بنابراین همان طور که معاملات سفیه با اجازه ولی و مانند آن تصحیح شده است، عقد مست با رضایت بعدی او قابل تصحیح است؛ زیرا شخص مست، سفیه مقطعی است. ایشان احتمال می‌دهد که مراد علامه از «عدم التحصیل» نیز همین معنا باشد؛ یعنی کسی که در عین التفات و قصد، ضرر و نفع خود را تشخیص نمی‌دهد. به عبارت دیگر، روایت از سکر به معنای هذیان‌گویی انصراف دارد. اگر گفته شود زنی به عقد مردی درآمده، هیچ به ذهنتان نمی‌آید که زن در خواب عقد شده باشد، و اگر گفته شود زنی که در حال مستی بوده عقد کرده، به ذهن نمی‌آید که در حال عربده کشیدن و مانند آن به عقد مرد درآمده است، و آیا اصلاً مردی در چنین حالی زن را به عقد خود در می‌آورد؟ بنابراین از صورتی که عقل زائل شده و مثل بهائم گشته یا شخص خواب است انصراف دارد. از این روست که شیخ طوسی و برخی دیگر نیز که روایت را نقل کردند و به مفاد آن اشکال نکرده و طبق آن حکم کرده‌اند^۲ معلوم می‌شود مراد از روایت را عقد مست لا یعقل نمی‌دانند و الا اگر چنین بود نباید این روایت را می‌پذیرفته‌اند.

توجیه چهارم: حمل روایت بر عقد فضولی

صاحب جواهر احتمال دیگری را نیز در معنای روایت ذکر کرده است. ایشان

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۵.

۲. برای نمونه: المقنع (شیخ صدوق)، ص ۳۰۹-۳۱۰؛ کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۰۹، ح ۴۴۳۰؛ النهایة (شیخ طوسی)، ص ۴۶۸؛ المهذب (ابن براج)، ج ۲، ص ۱۹۶؛ کشف الرموز، ج ۲، ص ۱۰۰؛ نهایة المرام، ج ۱، ص ۳۰؛ کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۹۱؛ مغتایح الشرائع، ج ۲، ص ۲۶۰.

می‌فرماید: «یمكن تنزيل الصحيح المزبور على توکيلها في التزويج كما هو الغالب و المتعارف فهو حينئذ فضولى»^۱

به جهت آنکه توکیل در ازدواج برای زن‌ها امر غالب و متعارفی است، احتمال می‌رود که مراد روایت از عبارت «فزوجت نفسها»، تزویج به واسطه شخص عاقل و با توکیل غیر بوده است؛ بنابراین اگرچه توکیل در حال سکر باطل است، اما چون مجری صیغه (وکیل خیالی) به حسب معمول، شخص عاقلی است که صلاحیت اجرای صیغه نکاح را دارد، عقد او صحت تأقلیه داشته و به صورت فضولی واقع می‌گردد که با ابراز رضایت فعلی زن بعد از هوشیاری، صحت فعلی پیدا می‌کند.

توجیه پنجم: حمل روایت بر بیان حکم ظاهری

فاضل هندی صحت عقد در روایت را صحت ظاهری دانسته است، که با بطلان واقعی عقد، قابل جمع است.^۲ حاصل بیان ایشان با اندکی توضیح، بدین شرح است:

فرض روایت مربوط به زنی است که در حالت مستی خود را به ازدواج شخصی در آورده و پس از هوشیاری به جهت وقوع عقد در حال مستی، منکر صحت چنین ازدواجی گردیده است. به جهت آنکه شوهر، منکر مست بودن زن است و مستی نیز از مسائلی نیست که مانند حیض فقط از ناحیه زن قابل تشخیص باشد، بلکه نوعاً با اندکی فحص، معلوم می‌گردد، ادعای مست بودن زن، برای شوهر و دستگاه قضائی مسموع نیست؛ لذا زن گمان می‌کند که ملزم به تمکین زوج یا ملزم به نکاح است، و از روی ناچاری تمکین می‌کند.^۳

تعبیر روایت این‌گونه است: «ثُمَّ ظَنَّتْ أَنَّهُ^۴ يلزمها ففزعته منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج» لذا در این فرض است که امام علیه السلام می‌فرماید: چون خود را در اختیار مرد قرار داده، رضایت او محسوب می‌گردد، و عقدش صحیح است.

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۶.

۲. کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۳.

۳. در رابطه با اینکه آیا چنین رضایتی که به ناچار حاصل شده، مفید است یا نه، و مقایسه آن با صحیحہ ابی ولاد که در بحث مکاسب مطرح است که امام علیه السلام رضایتی که منشأ آن جهل به مسئله بوده است را معتبر ندانسته‌اند، در آینده به تفصیل بحث خواهد شد.

۴. أي الزوج أو النكاح.

اشکال: منافات تعبیر «فهو رضا منها» با ظاهری بودن حکم به صحت عقد

این توجیه بسیار بعید و خلاف ظاهر روایت است؛ زیرا حضرت در جواب سائل که از صحت و فساد عقد سؤال نمود، مسئله رضایت را مطرح نمودند و فرمودند چون خود را در اختیار شوهر گذاشته است «فهو رضا منها» رضایت او محسوب می‌گردد؛ یعنی تصحیح عقد در روایت، منوط به رضایت زوجه گردیده در حالی که اگر عقد، صحت ظاهریه داشته باشد ولی در واقع باطل باشد، رضایت زوجه هیچ دخلی در حکم نخواهد داشت؛ نه در حکم واقعی دخیل است چون در واقع، عقد باطل است و نه در حکم ظاهری دخیل است؛ زیرا حکم ظاهری حکم عملی و برای رفع تحجیر در مقام عمل است و به رضایت یا عدم رضایت زن ربطی ندارد، در حالی که طبق ظاهر روایت، صحت عقد دائر مدار رضایت زن قرار گرفته است.

اشکال دوم: عدم تأثیر رضایت بعد از ردّ

اشکال دوم صاحب ریاض نسبت به روایت این است که بر فرض، مورد روایت، نظیر عقد فضولی باشد که رضایت بعد از عقد، مصحح آن است، ولی فرض روایت، رضایتی است که بعد از انکار، واقع شده است. ابتدا سائل گفته است: «ثم أفاقت فأنكرت» سپس با جمله «فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج» رضایت او را بیان کرده است. امضاء بعد از ردّ، به اجماع فقهاء نافذ نیست.^۱

پاسخ اشکال دوم

از این اشکال ممکن است پاسخ داده شده شود:

پاسخ اول (کبری): اختصاص اجماع بر «عدم تأثیر رضای بعد انکار» به باب فضولی مرحوم نراقی در مستند، قیاس مقام با عقد فضولی را مع الفارق می‌داند.^۲ آنچه اجماعی و مورد تسالم اصحاب است، مربوط به باب فضولی است که رضایت بعد از اظهار کراهت کافی نیست. الغاء خصوصیت از مسئله فضولی که در آن، عقد به واسطه شخص دیگری صورت گرفته است به این مسئله که عاقد خود زوجه بوده،

۱. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۹.

۲. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۰۰.

مشکل است و در این مسئله چنین اجماع و تسالمی وجود ندارد.

پاسخ دوم (صغروی): وجود احتمالات دیگر درباره انکار مذکور در روایت

پاسخ دیگری که از اشکال صاحب ریاض می‌توان داد این است که مورد اجماع، امضاء بعد از ابطال عقد است، در حالی که زن در مورد روایت، عقد را ابطال نکرده است؛ بنابراین صحت تأهلی عقد، همچنان باقی است و امضاء بعدی آن می‌تواند مفید باشد. چند تقریب برای رد نکردن عقد توسط زن می‌توان ذکر کرد:

احتمال اول (صاحب جواهر): انکار به معنای وحشت کردن

صاحب جواهر چنین پاسخ داده است که مراد از انکار در روایت، رد کردن عقد و نارضایتی نسبت به آن نیست؛ بلکه انکار به معنای وحشت است. زن، هنگامی که پس از هوشیاری با کار غریب و غیر متعارفی مانند ازدواج در حال مستی مواجه می‌شود، از آن کار وحشت می‌کند. وحشت از انجام چنین کاری با رضایت قلبی نسبت به آن کار منافات ندارد.^۱

اشکال: خلاف ظاهر بودن معنای «وحشت کردن» برای انکار

انصاف این است که تفسیر انکار به وحشت و تعجبی که با رضایت داشتن جمع شود، خلاف ظاهر است.^۲

احتمال دوم: نفی اصل تحقق عقد

همچنین ممکن است انکار زن در مورد روایت به اصل وجود عقد بازگردد نه نارضایتی نسبت به عقد موجود، در حالی که مورد اجماع، انکار به معنای نارضایتی به عقد موجود است.

ردّ عقد در حق کسی معنا دارد که اصل تحقق عقد را قبول داشته باشد. در مورد

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۶.

۲. مؤید کلام استاد^{رحمته} این است که در روایت آمده است که بعد از «انکرت»، ترسید (ففرغت منه)، و این ترس با رضایت او به عقد عرفاً سازگار نیست. البته می‌توان به گونه دیگری به صاحب جواهر اشکال کرد و چنین گفت: در مقام ظهور «انکرت» در معنای وحشت و غرابت عرفی نیست؛ لذا صحیح نیست این گونه از صاحب جواهر دفاع شود که «مراد ایشان، دلالت نداشتن وحشت بر راضی نبودن بوده است، نه اینکه بخواهد بگوید هنگام وحشت کردن رضایت هم داشته است».

روایت، زن در ابتدا اصل وجود عقد را منکر شد اما بعد از آنکه با قرائنی همچون شهادت دیگران به اصل وجود عقد پی برد، به زندگی کردن با مرد تن می دهد. به عبارت دیگر، زن در ابتدا به نحو سالبه به انتفاء موضوع دست به انکار عقد می زند به این معنا که اصلاً عقدی واقع نشده است، اما بر فرض وقوع و قوعش مخالفتی با عقد ندارد؛ بنابراین زمانی که متوجه می شود عقد واقع شده است، آن را می پذیرد. در چنین فرضی اجماع یا دلیلی بر بطلان وجود ندارد.

احتمال سوم: نفی وقوع عقد صحیح

انکار در روایت را می توان به شکل دیگری معنا نمود که اشکال صاحب ریاض منافع گردد؛ تقریب دیگر این است که زن در مورد روایت، منکر «وقوع عقد صحیح» گردیده به این معنا که زن به علت مستی در زمان عقد، ادعای واقع نشدن عقد صحیح می کند؛ بنابراین منافاتی با رضایت زن بعد از پذیرش وقوع عقد صحیح ندارد.

احتمال چهارم: انکار به معنای عدم اطلاع

یکی از معانی انکار، نقطه مقابل معرفت است، مانند جمله معروف «إن تنکرونی فانا ابن حیدر»^۱ یعنی اگر مرا نمی شناسید و نسبت به من اطلاعی ندارید من فرزند حیدر هستم.

معنای دیگر انکار، جحد و زیر بار نرفتن است که در باب مدعی و منکر استعمال می گردد. گاهی شخص می داند کلام طرف مقابل مطابق واقع است اما زیر بار نمی رود و انکار لفظی می کند که از آن به «جحد» تعبیر می شود.

در مورد روایت، احتمال دارد انکار به معنای بی اطلاعی از وقوع عقد باشد؛ با این بیان که زن بعد از هوشیاری در ابتدای امر اظهار بی اطلاعی از وقوع چنین عقدی می نمود؛ ولی بعد از آنکه متذکر وقوع عقد گردید، اظهار موافقت نمود. در این صورت، دلیلی بر بطلان عقد وجود ندارد، بر خلاف موردی که در آن، ابتداء رضایت نداشته باشد و سپس رضایت ثانوی پیدا کند.

بعید بودن احتمال چهارم به دلیل دخیل نبودن اطلاع از عقد در سؤال سائل البته این احتمال در مورد روایت بعید به نظر می‌رسد؛ زیرا چه ارتباطی دارد که سائل در سؤال درج کند که وقتی افاقه پیدا کرد ابتداءً یادش نبود، اما بعداً یادش آمد یا از راهی، دلیل اقامه کردند که چنین عقدی واقع شده است و آن وقت قبول کرد؟ این مقدمات چه دخالتی در سؤال دارد؟ آنچه در سؤال دخالت دارد این است که آیا سُکر او به حدّ هذیان رسیده بود که مسلوب العبارة باشد یا آنکه به حدّ هذیان نرسیده بود که مسلوب العبارة نباشد؛ اما اینکه اوّل یادش نباشد و بعداً یادش بیاید دخیل در مسئله نیست و نمی‌تواند مقدمه برای این امر باشد که آیا این سُکر موجب بطلان عقد است یا نه.^۱

اشکال سوم: بی‌اثر بودن رضایت ناشی از جهل اشکال دیگری که صاحب ریاض^۲ مطرح کرده این است که رضایت در مورد روایت معلوم نیست رضایت معتبری باشد.

توضیح مطلب: رضایت زن در روایت از روی جهل به مسئله بوده است. زن بعد از هوشیاری به خیال آنکه عقد قبلی نافذ بوده، با مرد زندگی کرده است: «ظَنَّتْ أَنَّهُ يَلْزَمُهَا... فَأَقَامَتْ مَعَ الرَّجُلِ عَلَى ذَلِكَ التَّرْوِيجِ». این زندگی کردن به معنای قبول و امضاء عقد سابق نیست؛ بلکه مبتنی بر اشتباه و جهالت است. اذنی که بر مبنای جهل به مسئله باشد، اذن حقیقی نیست و نمی‌تواند مصحح عقد باشد.

از این اشکال دو پاسخ داده شده است:

۱. ممکن است گفته شود که همین اشکال در احتمال دوم و سوم نیز جاری است. اما پاسخ این است که طبق احتمال چهارم، سائل مقدماتی را در سؤال درج کرده که عرفاً دخالتی در غرضش ندارد؛ اما در احتمال دوم و سوم مقدمه‌چینی نشده بلکه گفته شده زن اصل تحقق عقد یا صحت عقد را انکار کرده و این دخیل در سؤال است.

ممکن است گفته شود لزومی برای نقل امور مرتبط به حکم در سؤال نیست و چه بسا سائل، در مقام بیان اتفاقات دیگر هم باشد و این امر غیر عرفی نیست. اما در پاسخ می‌توان گفت ظاهر سؤال سائل در روایت این نیست که در مقام بیان تمام جزئیات باشد و شاهد آن این است که جزئیات واقعه از روایت قابل استفاده نیست.

۲. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۹.

پاسخ‌های اشکال سوم و بررسی آن
حال باید این اشکال نیز بررسی شود.

پاسخ اول: فرض نشدن «ظنت أنه يلزمها...» در کلام امام علیه السلام
مرحوم نراقی^۱ و صاحب جواهر^۲ در پاسخ گفته‌اند: بر فرض، رضایت مبنی بر
جهالت در حقیقت رضایت نباشد، اما این فرض، در کلام سائل مطرح شده است،
ولی کلام امام علیه السلام، مطلق است. مرحوم نراقی این را نیز افزوده که البته اگر از ادله
خارجی، خروج این فرد پذیرفته شود - البته اگر دلیل خارجی وجود داشته باشد -
مانع از عمل به عموم کلام حضرت نیست.

اشکال: ممنوعیت اخراج مورد روایت از کلام امام علیه السلام
اگرچه فرض ابتناء رضایت بر جهالت، در کلام سائل مطرح شده، ولی پاسخ حضرت
نیز ناظر به آن فرض بوده است، به خصوص آنکه سائل در ذیل پاسخ حضرت، بار
دیگر از خصوص آن ازدواج سؤال می‌کند «يجوز ذلك التزويج عليها؟» و حضرت
در جواب می‌فرمایند: «نعم». به عبارت دیگر، حضرت در خصوص چنین رضایتی،
به نفوذ عقد حکم کردند و اخراج مورد روایت از پاسخ حضرت، قابل قبول نیست.
مرحوم نراقی تصریح کرده که خروج مورد اشکالی ندارد. گویا امام علیه السلام جواب
سائل را نداده و حکم کلی را بیان کرده که به سؤال ربطی ندارد، لذا این کلام ایشان،
صحیح نیست.

پاسخ دوم: بی‌تأثیر بودن تخلف از داعی در فرض رضایت فعلی
صاحب جواهر برای دفع اشکال مذکور، رضایت فعلی در معاملات را کافی دانسته
است، هرچند شخص در علت حصول رضایت، دچار اشتباه شده باشد،^۳ و در
مورد روایت، اگرچه زن به تخیل آنکه مرد، شوهر شرعی اوست به عقد نکاح رضایت
داده، اما این تخیل، داعی بر رضایت بوده است و تخلف داعی بعد از فعلیت

۱. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۰۰.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۶.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۶.

رضایت، مضرّ نیست. همچنان که در معاملات غبنی، اگر شخص با تخیل عدم غبن، اقدام بر معامله کند و به آن رضایت دهد، معامله نافذ خواهد بود، هر چند در آینده متوجه اشتباهش گردد و تنها حق خیار برای او ثابت می گردد. تخیل عدم غبن، داعی و محرک او به انجام چنین عقدی بوده و تخلف از داعی بعد از فعلیت رضایت، سبب از بین رفتن رضایت نمی گردد.

اشکال: دلالت صحیحۀ ابی ولّاد بر بی اعتباری رضایت ناشی از جهل

این کلام صاحب جواهر خلاف مقتضای صحیحۀ ابی ولّاد است. مفاد این صحیحۀ، عدم تأثیر رضایت ناشی از جهل است. طبق این صحیحۀ، ابی ولّاد قاطری را برای رفت و برگشت به قصر ابن هبیره، اجاره می کند تا بدهکارش را بیابد؛ اما به دلیل رفتن مدیون از آنجا، به کوفه و سپس از کوفه به نیل و از نیل به بغداد می رود و در نهایت به کوفه باز می گردد. با توجه به اینکه سفرش پانزده روز به طول می انجامد، برای حلّ اختلاف میان خود و صاحب قاطر، به نزد ابو حنیفه می روند. وی ابی ولّاد را تبرئه می کند. صاحب قاطر نیز بعد از دریافت مبلغی از وی، راضی می گردد و او را مبرّا می سازد. در سال بعد که ابی ولّاد به حضور امام صادق علیه السلام شرفیاب می شود جریان را برای حضرت نقل می کند. حضرت می فرمایند: «فی مثل هذا القضاء و شبهه تجبس السماء ماءها و تمنع الأرض برکتها». سپس حکم به ضمان کرایۀ قاطر می کنند. ابی ولّاد عرض می کند که او رضایت داده و مرا حلال کرده است. حضرت در پاسخ می فرمایند: «إتما رضی بها و حلّک حین قضی علیه أبو حنیفه بالجور و الظلم و لکن ارجع الیه فأخبره بما أفتیتک به فإن جعلک فی حلّ بعد معرفته فلا شیء علیک بعد ذلک».

ابی ولّاد پس از بازگشت، به نزد کرایه دهنده قاطر می رود و بعد از نقل داستان می گوید هر قدر که می خواهی بگو تا بپردازم. کرایه دهنده می گوید: «قد حبّبت إلی جعفر بن محمد علیه السلام و وقع فی قلبی له التفضیل». سپس ابی ولّاد را حلال می کند و می گوید اگر بخواهی حاضر به بازگرداندن مقدار پولی که داده ای هستم. از این روایت به خوبی روشن می شود که رضایت مبتنی بر جهل اعتبار ندارد.

دفاع از پاسخ دوم با بررسی فرق‌های صحیحۀ ابن بزیع و ابی ولّاد

ممکن است در مقام دفاع از مرحوم صاحب جواهر گفته شود که مورد صحیحۀ ابی ولّاد با صحیحۀ ابن بزیع متفاوت است. این تفاوت در قالب پنج فرق، قابل طرح است:

فرق اول: تفاوت در رضایت به فعل غیر و رضایت به فعل خود

روایت ابی ولّاد، رضایت مبتنی بر جهل را در مورد فعل غیر، لغو و بی‌اثر می‌داند، در حالی که مورد روایت ابن بزیع، تعلق رضایت به فعل خود شخص است. چه بسا رضایت سکری به عقدی که خودش خوانده است الغاء نشده باشد، هرچند رضایت وی از روی جهل بوده است.

فرق دوم: احتمال صوری بودن رضایت مذکور در صحیحۀ ابی ولّاد

جهت دیگری که احتمال دارد منشأ تفاوت بین دو روایت باشد این است که تحلیل و رضایت در صحیحۀ ابی ولّاد، صوری بوده است؛ زیرا بعید است صاحب قاطر پس از شنیدن فتوای ابو حنیفه همچنان خود را مستحق کرایه بداند؛ بلکه متعارف مردم این چنین است که از پاسخ فقهاء، به حکم شرعی اطمینان پیدا می‌کنند. به عبارت دیگر تحلیل و رضایت او از جهت تبرئه کردن ذمه بدهکار در واقع نبوده، بلکه صرفاً جنبه تشریفاتی و اخلاقی داشته است، بر خلاف روایت ابن بزیع که رضایت زن به عقد، رضایت واقعی بوده است. رضایت به عقد از ناحیه زن به معنای تن دادن او به عقدی است که به گمان وی، گریبان‌گیر او شده و پایبندی به آن را وظیفه شرعی خود می‌پندارد، به نحوی که از رد کردن آن می‌ترسد و لذا حقیقتاً به عقد رضایت می‌دهد.

فرق سوم: تفاوت موضوع صحیحۀ ابی ولّاد و موضوع صحیحۀ ابن بزیع

همچنین با توجه به اینکه میان موضوع دو روایت، تلازمی وجود ندارد، حکم آن دو نیز می‌تواند متفاوت باشد. موضوع روایت ابن بزیع، عقدی است که توسط زن خوانده شده است، در حالی که موضوع روایت ابی ولّاد، تصرفات خارجی در یک شیء است. این تفاوت موضوعی می‌تواند منجر به تفاوت در حکم گردد؛ زیرا چه بسا تصرفات خارجی موجب ضمان باشد، به طوری که رضایت از روی جهل و

تخیل مستحق نبودن، سبب ارتفاع آن نگردد، در حالی که عقد سکری که فی حدّ نفسه نافذ نیست، با رضایت، تصحیح گردد هرچند منشأ رضایت، تخیل صحت عقد باشد.

بنابراین نافذ نبودن رضایت در روایت ابی ولّاد مانعی برای نفوذ رضایت در صحیحه ابن بزیع محسوب نمی شود، همان طور که در باب نکاح همه مسئله فضولی را صحیح می دانند ولی در باب بیع محل اختلاف است و ملازمه ای نیست، و ممکن است کسی در باب نکاح فضولی را صحیح بداند ولی در باب بیع صحیح نداند.

فرق چهارم: تفاوت رضایت واقعی ثانوی و رضایت ناشی از جهل به حکم مرحوم فاضل هندی در توجیه صحیحه ابن بزیع نکته ای مطرح کرده که در این مسئله راه گشاست، اگرچه همان طور که در سابق گذشت، تقریبی که ایشان ارائه داده محل اشکال است.^۱

تقریب دیگری برای بیان ایشان می توان مطرح کرد به گونه ای که دافع اشکال در مقام باشد و آن اینکه رضایت زن به عقد در صحیحه ابن بزیع به جهت اعتقاد به صحت عقد نبوده - تا گفته شود رضایت او مبنی بر جهالت و تخیل صحت عقد بوده و کافی نیست - بلکه رضایت او رضایت حقیقی به عنوان ثانوی اضطرار بوده است.

توضیح مطلب:

در صحیحه ابن بزیع (چنان که متعارف است)، شوهر با غفلت از مستی زن، عقد واقعی با وی انجام می دهد. زن، پس از هوشیاری می گوید که در حالت مستی بوده است (فأنکرت ذلک) و وجود عقد صحیح شرعی را انکار می کند؛ اما حجت شرعی بر مدعای خویش ندارد تا بتواند شوهر را مجبور به قبول کند. از طرفی موازین شرعی و قانونی اقتضاء صحت عقد را دارد. اگرچه زن متوجه بطلان عقد است، ولی به جهت حکم ظاهری شرع، همسر آن مرد محسوب می شود؛ بنابراین چون چاره ای

۱. کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۳.

۲. در توجیه پنجم از اشکال اول صاحب ریاض بر صحیحه ابن بزیع گذشت.

ندارد، به عنوان ثانوی، رضایت واقعی نسبت به عقد می‌دهد تا رابطه خود با مرد را مشروع سازد (ثم ظنت أنه يلزمها).

به عبارت دیگر، زن با شرایط موجود، رضایت واقعی نسبت به عقد می‌دهد، هرچند که اگر شرایط به صورت متعارف بود راضی به این ازدواج نمی‌گردید. همین مقدار که رضایت واقعی نسبت به عقد داشته باشد برای صحت عقد کافی است، هرچند رضایت به عنوان ثانوی و از روی اضطرار بوده باشد، مانند بیع کسی که ناچار به فروش مالش است.

از نظر عقلاء، رضایت واقعی برای ترتیب اثر کافی است، هرچند از روی اضطرار و ناچاری باشد. عقلاء در معاملات معاوضی، تصرفات مضطر را «اکل مال به باطل» نمی‌دانند، اگرچه معامله بر اساس طبع اولی فاقد رضایت باشد.

در صحیحۃ ابی ولّاد رضایت واقعی نه به عنوان اولی و نه به عنوان ثانوی اضطرار حاصل نگردیده است؛ بلکه طلبکار واقعی با توجه به فتوای ابوحنیفه از روی جهل به حکم، به عنوان اینکه خود را طلبکار نمی‌داند او را حلال کرده است. در حقیقت می‌گوید بیش از این طلبکار نیستم، نه اینکه اگر طلبکار باشم باز هم از روی اضطرار و ناچاری از حق خود می‌گذرم؛ زیرا برای بخشیدن حق خویش مضطر نبوده است، بلکه به جهت اینکه خود را طلبکار نمی‌داند به فعل شخص رضایت می‌دهد.

فرق پنجم: تفاوت در وجود رضایت در اعماق نفس و عدم وجود آن

فرق دیگری که میان دو روایت می‌توان مطرح نمود به نحوی که مستلزم تصرف در اطلاق دلیل نیز نباشد، این است که رضایت از روی جهل به مسئله، دو حالت دارد:

گاهی رضایت شخص طوری است که اگر متوجه خطای خود گردد و بفهمد حکم واقعی شارع بر خلاف اعتقاد اوست، رضایت باقی نمی‌ماند. نسبت به صحیحۃ ابی ولّاد این‌گونه است؛ زیرا مکاری اگرچه با اعتماد به فتوای ابوحنیفه و اعتقاد به عدم ضمان شخص در واقع، به فعل او رضایت می‌دهد و او را حلال می‌کند، اما در اعماق نفس او رضایت وجود ندارد، و لذا اگر متوجه شود که ابوحنیفه اشتباه کرده و حکم واقعی شارع، ضمان شخص است، خسارت را مطالبه خواهد کرد و به فعل او راضی نخواهد گردید. به عبارت دیگر، رضایت شخص به

گونه‌ای است که در صورت کشف خلاف، تن به رضایت سابق نمی‌دهد و دوست ندارد که شارع رضایت سابقش را همچنان نافذ بداند.

اما گاهی رضایت شخص به گونه‌ای است که اگر متوجه خطای خود گردد و بفهمد که حکم واقعی شارع بر خلاف اعتقاد او بوده است، باز هم رضایت او باقی است و دوست دارد که مسئله همچنان طبق اعتقاد او باشد.

صحبۀ ابن بزيع از اين قسم است. رضایت زن اگرچه به جهت تخيل صحت عقد بوده و شايد اصلاً دوست داشته باشد چنين جهلی برايش حاصل نمی‌شد - مانند مضطرّ که دوست دارد مضطرّ نباشد - اما اگر از او پرسیده شود که در فرض جهل به حکم واقعی باز هم ميل دارد که حکم شارع بر طبق اعتقادش باشد، و شارع به صحت عقد او حکم کند، پاسخ می‌دهد: بله؛ زیرا ترجيح می‌دهد در اين شرايط که به دليل جهل، تحت سیطره اين مرد است تمتّعات شوهر وطنی به شبهه نباشد و آن مرد شوهر واقعی او باشد. در اين موارد، رضایت به صحت عقد در اعماق نفس زن وجود دارد.

بنابراين، کافی نبودن رضایت مبتنی بر جهل به حکم، در مورد صحبۀ ابی‌ولّاد، منافات با کفایت رضایت نسبت به صحت عقد در صحبۀ ابن بزيع ندارد.

البته از اينکه حضرت با وجود چنين رضایتي همان عقد سابق را صحيح دانسته‌اند، معلوم می‌شود که عقد سابق صلاحیت تنفیذ داشته است؛ به اين معنا که سکران در مورد روایت، مست کامل نبوده است و آلا عقد او مانند هذیان گفتن می‌بود که فاقد هرگونه قصد انشاء و التزام است.

دوران امر بین قاعده و نصّ

حال باید بررسی شود که در دوران امر بین تمسک به قاعده یا اخذ نصّ مخالف آن، ترجیح با کدام است؟

نظر شهید ثانی: اولویت ترجیح قواعد بر نصّ مخالف قاعده

شهید ثانی فرموده است:

«و عمل بمضمون الرواية الشيخ في النهاية و من تبعه، و له عذر

من حيث صحّة سندها، و لمن خالفها عذر من حيث مخالفتها

للقواعد الشرعية فالجمع بين اعتبار رضاها مع السكر مطلقا غير مستقيم، بل اللازم إما اطرأح الرواية رأسا أو العمل بمضمونها، ولعل الأول أولى.^۱

ایشان معتقد است شیخ طوسی طبق مبنای خودش معذور است و مرحوم ابن ادریس نیز که طرفدار قول مقابل است معذور است؛ زیرا روایت ابن بزیع مخالف قواعد است؛ اما ترجیح با این است که با رفع ید از نصوص، بر قواعد تحفظ شود.

اشکال: لزوم تخصیص قواعد با نصوص

صاحب حدائق به این مطلب اشکال کرده و فرموده است: با توجه به اینکه علماء در موارد دیگر مانند تخصیص عمومات قرآنی با خبر واحد، قائل به تخصیص قواعد عامه به وسیله نصوص می‌شوند، وجهی برای کنار گذاشتن روایت و تقدیم قاعده در این مورد وجود ندارد. شاهد بر تخصیص قواعد به سبب نصوص، احکام مرتبط با صبی و مجنون است که مشهور آنها را مسلوب العبارة می‌دانند^۲ و عقد آنها را با اجازه لاحق هم تصحیح نمی‌کنند، در حالی که مستثنیاتی بر این قاعده ذکر کرده‌اند، از جمله: پسر خردسالی که ولی برای او زن گرفته اگر در ده سالگی زن خود را طلاق دهد، روایت صحیح می‌گوید که باید زن را تا زمان بلوغ پسر نگاه داشت، و چنانچه در زمان بلوغ از طلاق سابق رفع ید نکند آن طلاق صحیح خواهد بود.^۳ برخی از فقهاء بر طبق این روایت فتوا داده‌اند که این نشان دهنده امکان تخصیص قواعد به واسطه نصوص است.^۴

۱. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۹۹.

۲. هر چند ما صبی را مسلوب العبارة نمی‌دانیم.

۳. کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۳۱۰؛ و روی الحسن بن محبوب عن علی بن الحسن بن رباط عن ابن مسکان عن الحلبي قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين قال فقال أما التزويج فصحيح وأما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم أنه كان قد طلق فإن أقر بذلك وأمضاه فهي واحدة بانه و هو خاطب من الخطاب وإن أنكر ذلك وأبى أن يمضيه فهي امرأته».

۴. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۷۵-۱۷۶.

تأیید اشکال با شاهی از فتوای شهید ثانی در ارث

هرچند صاحب جواهر با عبارت «و ان كان هو كما ترى» کلام صاحب حدائق را رد کرده^۱ اما به نظر می‌رسد اشکال ایشان وارد باشد.

شهید ثانی در شرح لمعه در بحث ارث نوه می‌فرماید: مشهور بین امامیه این است که نوه، ارث «من يتقرب به إلى الميت» را می‌برد. به عنوان مثال اگر دختر، تنها فرزند پسر متوفی باشد، دو برابر پسری که تنها فرزند دختر متوفی است ارث می‌برد؛ زیرا نوه پسر سهم پدرش و نوه دختری سهم مادرش را می‌برد. روایت صحیحیه نیز بر این مطلب دلالت دارد، اما سید مرتضی با تمسک به عام قرآنی ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ الْإُنثَىٰ﴾^۲ نوه‌ای را که پسر است دارای دو برابر سهم نوه‌ای که دختر است دانسته است.^۳

سپس ایشان در اشکال به سید مرتضی می‌گوید: «هذا كله حق لولا دلالة الاخبار الصحيحة على خلافه هنا»^۴

با وجود اینکه شهید ثانی در بحث ارث نوه، قواعد را به نصوص تخصیص می‌زند، ولی در مقام، تخصیص را نپذیرفته است؛ بنابراین اشکال صاحب حدائق وارد است.

نظر مختار درباره روایت ابن بزیع

آنچه در نهایت به نظر می‌رسد این است که باید به نص اخذ شود. اما در مورد نص دو مطلب به نظر می‌رسد:

مطلب اول: حمل روایت بر سکر خفیف و انصراف از دو فرض هذیان و نشو روایت از دو فرض انصراف دارد:

• فرض نخست اینکه سکر به حد هذیان برسد مانند کسی که در خواب،

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۵.

۲. النساء، ۱۱.

۳. الروضة البهیة (چاپ مجمع الفکر)، ج ۴، ص ۱۸۸.

۴. الروضة البهیة (چاپ مجمع الفکر)، ج ۴، ص ۱۸۹.

عقدی جاری سازد، که در این صورت این عقد صحت تأهلی برای امضاء لاحق ندارد.

• فرض دوم اینکه اصل سکر حاصل نشود، و فقط مقدمات سکر حاصل شده باشد - که مجلسی اول به «نشو» تعبیر می‌کند، به این معنا که مقدمات حاصل شده و نزدیک است اثر کند و به حد سکر برسد - که در این فرض، عقد صحیح است و دیگر به اجازه لاحق هم احتیاج ندارد.

مورد روایت حالت متوسط بین آن دو، یعنی سکر خفیف است، که در این صورت، عقد، صحت تأهلی دارد و با امضای لاحق تصحیح می‌گردد، و می‌توان این نظر را به مشهور نیز نسبت داد؛ زیرا عبارت فقیهانی که در این مقام به نص عمل کرده‌اند از دو فرض هذیان و نشو منصرف است و از نص و کلمات اصحاب اطلاق فهمیده نمی‌شود؛ تنها برخی مانند محقق کرکی^۲ و شهید ثانی^۳ حمل روایت بر سکر خفیف را نپذیرفته‌اند.

انصراف عبارت نهاییه شیخ طوسی از فرض هذیان

کلام مرحوم شیخ در نهاییه نیز از فرض هذیان منصرف است و از آن استفاده اطلاق نمی‌شود. مرحوم آقای حکیم با آنکه عبارت «زوجة نفسها» در روایت را از فرض هذیان منصرف دانسته^۴، ولی عبارت «اذا عقدت المرأة علی نفسها» در نهاییه را شامل فرض هذیان می‌داند و می‌گوید: در فرض هذیان، طبق قاعده، اجازه لاحق، عقد را تصحیح نمی‌کند، با آنکه ظاهر کلام شیخ، تصحیح آن است.^۵

حق آن است که کلام مرحوم شیخ نیز مانند نص، از فرض هذیان منصرف است؛ زیرا عبارت مرحوم شیخ در نهاییه همانند عبارت صحیح ابن بزيع است

۱. روضة المتقین، ج ۸، ص ۲۳۰.

۲. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۵.

۳. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۹۹.

۴. مستمسك العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۸۸.

۵. النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۶۸.

۶. مستمسك العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۸۸.

و وجه انصراف - خلاف ارتکاز عرفی و قواعد شرعی بودن - در هر دو مشترک است.

با این وجود از کلام مرحوم آقای خوئی استفاده می شود که فقهاء روایت را ناظر به صورت هذیان دانسته و معتقدند که نص، امر خلاف قاعده را تصحیح می کند.^۱

اما به نظر می رسد روایت ناظر به صورت هذیان نیست، بلکه مورد آن سکر خفیف است. بسیاری از فقهاء که این روایت را توجیه کرده اند مرادشان همین سکر خفیف است و آن عده ای هم که توجیه نکرده اند مرادشان همین است؛ لذا کلام مرحوم آقای خوئی قابل قبول نیست.

مقتضای قواعد اولیه: عدم نیاز به اجازه لاحق در فرض سکر خفیف

البته روایت بنا بر اینکه موردش سکر خفیف باشد، از جهت دیگری خلاف قاعده خواهد بود؛ زیرا اگر زن، متوجه افعال خویش بوده، طبق قاعده باید به صحت فعلی عقد او حکم نمود نه صحت تأهلیه که به اجازه لاحق نیاز داشته باشد. به عبارت دیگر مقتضای قاعده این است که صحت عقد زن در مورد روایت، فعلی باشد و به اجازه لاحق نیازی نداشته باشد.

بنابراین این قاعده را به واسطه نص، تخصیص می زنیم و به نفی صحت فعلی عقد حکم می کنیم و به مقتضای روایت، سکران را از عقد نافذ محجور می دانیم. بله اگر هنوز سکری حاصل نشده بلکه مقدمات سکر حاصل شده است - که مجلسی اول روایت را بر آن حمل می کند^۲ - عقد صحت فعلی دارد و به اجازه لاحق هم احتیاج ندارد؛ ولی روایت از این فرض نیز منصرف است.

نتیجه آنکه مورد روایت، سکر خفیف است که همان حالت متوسط بین نشو و هذیان را گویند.

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۵۶.

ایشان ذیل عبارت متن که «الماکان حملها [این صحیحه ابن بزیم] علی ما اذا لم یکن سکرها بحیث لا التفات لها الی ما نقول» می گوید: «ما ذکر من المحامل خلاف الفهم العرفی...».

۲. روضة المتقین، ج ۸، ص ۲۳۰.

الحاق حکمی سکر خفیف به سَفَه در روایت ابن بزیع

کلام صاحب جواهر^۱ نیز چنان که مرحوم آقای حکیم^۲ فرموده با این معنا منافاتی ندارد و مراد همین سکر خفیف است. گاهی شخص با وجود آنکه مست است و عقل او زائل شده، به طوری که ضرر و نفعش را تشخیص نمی دهد، اما به مرحله هذیان گویی نرسیده است. به عبارت دیگر تنها صفت رشد را از دست داده است، مانند سفیهی که از نظر مالی رشد ندارد؛ با این تفاوت که سفیه به طور کلی و دائمی فاقد رشد است و صلاح خویش را تشخیص نمی دهد، بر خلاف مورد روایت که شخص مست به طور موقت فاقد رشد شده است؛ و لذا حکم به صحت تأهلی عقد او نسبت به صحت تأهلی عقد سفیه اولویت دارد و بدین جهت است که در جواهر چنین آمده است: «بل لعلّه أولى من السفیه»^۳.

ممکن است اشکال شود که عقد سکران در چنین حالتی که سکر خفیف صورت گرفته، صحت فعلیه دارد؛ زیرا عدم رشد او به صورت موقت است و مقتضای عمومات عقود، صحت فعلیه نسبت به تمام عقود است. سفیه از عمومات تخصیص خورده است ولی تخصیص عقد سکران مشکوک است و ادله سفیه نه به اطلاق لفظی و نه با الغاء خصوصیت شامل سکران نمی شود؛ لذا وجهی برای عدم صحت فعلی عقد سکران وجود ندارد.

ولی می توان این گونه پاسخ داد که اگر تنها قواعد عامه در نظر گرفته می شد، به تفاوت داشتن عقد مست با سفیه و صحت فعلی عقد مست حکم می شد؛ اما صحیحه ابن بزیع عدم رشد موقت را به عدم رشد دائم ملحق کرده و از این جهت سبب تخصیص قواعد عامه شده، سکران را به سفیه ملحق کرده است؛ البته نه به این معنا که برای سفیه مصداق حقیقی درست کند، بلکه سکران را مانند سفیه دانسته است.

علاوه اینکه تقریباً عدم صحت فعلی عقد سکران اجماعی است، هرچند به

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۵.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۸۸.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۵.

حدّ هذیان‌گویی نرسیده باشد. در باب طلاق نیز، طبق روایات^۱، طلاق سکران صحیح نیست؛ بنابراین نمی‌توان به صحت فعلی نکاح سکران حکم کرد.

مطلب دوم: عدم فرق بین مرد مست و زن مست

مطلب دیگر این است که به نظر می‌رسد در مسئله، بین مرد و زن تفاوتی نباشد. مرد نیز اگر در حال مستی عادی عقد بخواند، عقد او صحت تأهلی دارد.

در میان فقهاء امامیه نیز به جز عده‌ای نادر، کسی قائل به فرق نشده، بلکه قبل از این قرون اخیر حتی یک نفر هم دیده نشده که میان این دو فرق بگذارد.

اما اینکه صاحب عروه بین سکران و سکری فرق گذاشته، مظنون است که به جهت تبعیث از مرحوم نراقی در مستند باشد. شنیده‌ام ایشان به سه کتاب جواهر، مستند الشیعه و جامع الشتات بسیار اعتناء داشته است^۲ و چون مرحوم نراقی در مستند بین مرد و زن فرق گذاشته، ایشان هم به تبع مستند قائل به فرق شده است؛ زیرا به جز مستند تا زمان صاحب عروه، حتی یک نفر دیده نشده که میان سکران و سکری فرق بگذارد؛ بلکه اکثر علماء به عدم فرق تصریح کرده‌اند.^۳ ظاهر کلام برخی دیگر نیز اطلاق است.^۴

۱. وسائل الشیعه، ج ۲۲، ص ۸۵، باب ۳۶، «باب بطلان طلاق السکران».

۲. اهتمام مرحوم سید به مستند نراقی را می‌توان از مباحث تکمله عروه ایشان دریافت؛ زیرا از این کتاب بسیار نقل قول می‌کند و ادله آن را بررسی کرده است. اعتنای ایشان به کتاب مستند نراقی به وضوح در حاشیه مکاسب ایشان نیز جلوه‌گر است. اعتنای فراوان مرحوم سید به جواهر نیز واضح است و به ذکر شاهد نیاز ندارد، اما اعتنای او به میرزای قمی و کتاب جامع الشتات او نیز با مراجعه به عروه و تکمله عروه قابل اثبات است؛ برای نمونه، رک: العروة الوثقی، ج ۲، ص ۳۴۸، ۳۵۰، ۴۴۰، ۵۲۷، ۷۳۲، ۷۳۳.

۳. نمونه‌هایی برای این مطلب یافت شد اما مراد از اکثر علماء در کلام استاد^۵ روشن نشد. التنقیح الرائع، ج ۳، ص ۱۲؛ غایة المرام، ج ۳، ص ۲۴؛ مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۹۸؛ ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۱۹.

۴. در ابتدای بررسی شرطیت عقل بیان شد که قبل از محقق حلی نوعاً مسئله مستی مطرح نشده و در مواردی هم که مطرح شده تفصیلی در مسئله داده نشده است. در هر حال، ظاهراً مراد از اطلاق که در متن مطرح شده این است که عقد سکران در برخی عبارات باطل دانسته شده و هیچ اشاره‌ای به صحت عقد سکری نشده است؛ برای نمونه: إرشاد الأذهان، ج ۱، ص ۳۶۰؛ تحریر الأحکام الشرعیة، ج ۳، ص ۸۰ و ۴۲۹؛ تذکرة الفقهاء، ج ۱۰، ص ۱۳؛ الدروس الشرعیة، ج ۳، ص ۱۹۲.

شرط سوم و چهارم (رشد و عدم اکراد)

مسأله ۱۴: «لا بأس بعقد السفیه اذا كان وکیلا عن الغير فی اجراء الصیغه او اصیلا مع اجازة الولی و کذا لا بأس بعقد المکره علی اجراء الصیغه للغير او لنفسه اذا أجاز بعد ذلك.»^۱

اگر سفیهی که رشد مالی ندارد^۲، متصدی اجرای صیغه برای دیگری گردد، عقد او صحیح است. همچنین اگر با اجازه ولی، برای خودش عقدی بخواند، آن نیز صحیح است؛ زیرا سفیه مانند مجنون نیست که به طور کلی مسلوب العبارة محسوب شود، بلکه عقدش دارای صحت تأهلی است. پس اگر عقدی که برای خودش انشاء می‌کند با اجازه ولی همراه شود یا برای دیگری عقدی بخواند، از این جهت اشکالی ندارد.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۴.

۲. البته مرحوم سید غیر از رشد مالی در مباحث اولیاء عقد فرموده است که باید رشد از نظر مسائل تزویج و مانند آن نیز وجود داشته باشد:

العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۶، م ۸: «إذا كان الشخص بالغاً رشیداً فی مالیات لکن لا رشد له بالنسبة إلى أمر التزویج و خصوصياته من تعیین الزوجة و کیفیة الإمهار و نحو ذلك فالظاهر كونه كالسفیة فی مالیات فی الحاجة إلى إذن الولی وإن لم أر من تعرض له.»
استاد^۳ در ذیل همین مسئله از عروه چنین فرموده است:

مرحوم سید می‌فرماید کسی متعرض این مسئله نشده است که سفیه در خصوص امر ازدواج، همچون سفیه در امور مالی است؛ ولی باید گفت صاحب جواهر در مسئله ازدواج باکره رشیده متعرض حکم دختری که فقط نسبت به تعیین زوج رشد ندارد، شده است و ازدواج او را - با اینکه ایشان ازدواج باکره رشیده را متوقف بر اجازه ولی نمی‌داند - مشروط به اذن ولی می‌داند. در هر حال فتوای مرحوم سید صحیح است؛ زیرا به نظر می‌رسد مراد از سفیه در روایاتی که می‌فرماید: «لا یجوز امره»، معنای لغوی و عرفی آن که اعم از سفاهت در امور مالی و غیر مالی است می‌باشد، و همان ادله می‌تواند دلیل توقف صحت نکاح چنین سفیهی بر اجازه ولی‌اش باشد، و بر فرض که این استدلال پذیرفته نشود می‌توان با الغاء خصوصیت از سفاهت در امور مالی حکم آن را به سفاهت غیر مالی هم توسعه داد. هرگاه شارع بگوید تصرفات مالی سفیه بدون اجازه ولی‌اش صحیح نیست چگونه کسی را که نسبت به تشخیص مصالح خود در مورد انتخاب همسر رشد ندارد برای انتخاب همسری که یک عمر می‌خواهد با او زندگی کند آزاد می‌گذارد و همچون صغیر و مجنون، ازدواج او را متوقف بر اذن ولی نمی‌داند؟! به نظر می‌رسد که الغاء خصوصیت از آن مورد بسیار عرفی است؛ بلکه این تفاهم عرفی خود مؤید این مطلب است که در روایات هم «سفیه» به همان معنای عرفی و لغوی خود استعمال شده است.

دربارهٔ «عقد مکروه» نیز این گونه است که اگر شخصی را وادار به اجرای صیغهٔ عقد برای دیگری کنند یا او را وادار کنند که کسی را برای خودش عقد کند و پس از رفع اکراه، به عقدی که برای خود خوانده راضی شود، این عقد صحیح خواهد بود. مرحوم سید در این مسئله و مسئلهٔ پانزده^۱ فقط موضوع اجرای صیغه را متعرض شده است؛ زیرا این فصل کتاب، احکام صیغه و ایجاب و قبول است، در صورتی که احکام مطرح شده در مقام بر عقد سفیهی که در مطلق امور متعلق به ازدواج وکیل است یا شخصی که بر مطلق امور متعلق به ازدواج - که از جمله آنها اجرای صیغه است - اکراه شده است نیز مترتب خواهد شد و اختصاص به صورت وکالت سفیه در خصوص اجرای صیغه یا اکراه بر آن ندارد.^۲

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۴، م ۱۵.

۲. آنچه در عروه در مسئله ذیل آمده و استاد^۳ نیز توضیح داده است در این بحث مفید است:

مرحوم سید در مباحث اولیاء عقد، مسئله ۱۶ فرموده است: «یشترط فی ولاية الأولیاء المذكورین البلوغ والعقل والحرية والإسلام إذا كان المولی علیه مسلماً».

استاد^۴ در ذیل این مسئله فرموده است: مرحوم سید عقل را از جمله شرایط ولایت ولی برشمرده، اما نامی از رشد به میان نیاورده است. سابقین نیز معمولاً این مسئله را عنوان نکرده و اشاره‌ای به حکم سفیه ننموده‌اند. تنها کسی که سفیه را مانند جنون، مانع ولایت دانسته، علامه در تذکره است. کاشف اللثام نیز به صورت احتمال، آن را مطرح کرده و در اینکه آیا سفیه ولایت دارد یا نه، مردّد است. کسی که سفیه را مانع ولایت می‌داند ممکن است بدین نحو استدلال کند:

از اینکه سفیه شرعاً از تصرف در امور خود ممنوع گشته، می‌توان با اولویت عرفیه، ممنوعیت او از تصرف در امور دیگران را استفاده کرد؛ زیرا اهمیت رعایت حقوق دیگران به مراتب از حقوق خود شخص بیشتر است، ولی در این مطلب دو اشکال وجود دارد:

اولاً، گرچه رعایت حقوق دیگران نسبت به حفظ اموال شخصی از اهمیت بیشتری برخوردار است، اما اولویت منع از تصرف در اموال دیگران نسبت به منع از تصرف در اموال شخصی، چندان روشن نیست؛ زیرا هیچ بُعدی ندارد که شارع به سفیه اجازه دهد در امور مالی دیگران در مواردی که صاحبان آن راضی هستند، دخل و تصرف نماید.

ثانیاً، ادلهٔ مانعیت سفیه مالی اختصاص به تصرفات مالی دارد و اعمال ولایت در مورد ازدواج، به تصرفات مالی ربطی ندارد. سفیه به خاطر اینکه رشد مالی ندارد، از تصرفات مالی ممنوع گشته، اما در تشخیص امور دیگری مثل ازدواج و امتیاز زوج و زوجۀ خوب و بد از یکدیگر، و اینکه زوج یا زوجۀ صالح، دارای چه ویژگی‌هایی باید باشند، چه بسا عقلش کامل بوده و کمبودی نداشته باشد؛ بنابراین دلیلی ندارد که به خاطر عدم خبرویت نسبت به امور مالی، از امور دیگری که به خوبی تشخیص می‌دهد، چه در مورد خودش و چه در مورد دیگران منع شود و به این ترتیب موردی برای استدلال به اولویت باقی نمی‌ماند.

بررسی حکم عقد مکره برای دیگران

ابتدا حکم عقد مکره که عقد را برای دیگران منعقد کرده و سپس حکم عقد مکره برای خودش بررسی خواهد شد.

کلام آقای خوئی: صحت عقد و عدم جریان حدیث رفع نسبت به غیر مکره

مرحوم آقای خوئی برای اکراه در اجرای صیغه به شخصی مثال می‌زند که او را وادار کنند مجاناً عقدی بخواند؛ ولی مثال شایع‌تر این است که گاهی مجبری صیغه حتی اگر پول هم به او بدهند، باز هم به جهت مصلحت ندانستن ازدواج یا مثلاً از بیم دردسرهایی که احیاناً ناشی از منع قانون است به خواندن عقد مایل نشده و نسبت به آن مکره است.

در هر حال ایشان معتقد است اطلاعات نفوذ عقد، شامل چنین عقدی می‌شود و از طرف دیگر حدیث رفع بر بطلان این عقد دلالت نمی‌کند؛ زیرا این عقد هیچ‌گونه اثری نسبت به شخص مکره ندارد بلکه تمام آثار آن مربوط به کسانی است که طرفین عقد هستند؛ لذا حدیث رفع شامل این مورد نمی‌شود.^۱

کلام آقای حکیم: خلاف امتنان بودن رفع صحت

مرحوم آقای حکیم می‌فرماید: بنا بر قول به رفع جمیع آثار در حدیث رفع، فی نفسه مانعی برای شمول «رفع عن أمتي ... ما أكرهوا عليه»^۲، نسبت مورد بحث

چه بسا فقهایی که این مسئله را عنوان نکرده و نامی از شرطیت رشد یا مانعیت سفه نبرده‌اند، به لحاظ فقدان دلیل و منع اولویت بوده است. بنابراین ممکن است ولایت سفیه مالی را در امور غیر مالی و نیز عقد ازدواج او را برای خود یا دیگران در مواردی که همراه با تصرف در امور مالی نیست، صحیح بدانیم. البته مسئله مهریه که از امور مالی محسوب می‌شود مخصوصاً در عقد موقت که از ارکان مهم آن به حساب می‌آید، مشمول جواز ولایت و صحت عقد نیست و چنانچه نسبت به آن اقدام نماید، به مهر المثل رجوع خواهد شد یا اینکه ولی باید اجازه دهد.

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۵۶.

۲. الکافي، ج ۲، ص ۴۶۳، ح ۲: الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن أبي داود المسترق قال حدثني عمرو بن مروان قال «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول قال رسول الله ﷺ رفع عن أمتي أربع خصال خطاها و نسيانها و ما أكرهوا عليه و ما لم يطبقوا ذلك قول الله ﷻ ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ﴾ و قوله ﴿إِلَّا مَن أَكْرَهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾..

وجود ندارد، ولی چون بطلان چنین عقدی خلاف امتنان است، شامل آن نشده و آن را ابطال نمی‌کند؛ زیرا مؤاخذاتی از قبیل مشکلات قانونی یا شرعی همچون زندان، تعزیر و معصیت مخالفت با قانون (بنا بر حرمت شرعی آن) که احیاناً بر نفس اجرای صیغه توسط شخص مکروه متصور است، همه مرفوع هستند؛ ولی چون رفع احکام وضعیه و ابطال چنین عقدی دارای هیچ‌گونه ممتی بر مکروه نیست، نمی‌توان با حدیث رفع، صحت و نفوذ چنین عقدی را برداشت.

اشکال بر کلام آقای حکیم و آقای خوئی

اما باید گفت آثار نفوذ چنین عقدی تنها برای غیر مکروه یعنی زوجین متصور نیست، بلکه در اجرای صیغه نیز در صورت نفوذ، اثر برای خود مکروه قابل تصور است؛ مثلاً در جایی که ازدواج مرد و زنی موجب دردسر و مشکلات خانوادگی یا بی‌آبرویی برای شخص مکروه باشد، نفوذ چنین عقدی برای او نیز که می‌خواهد صیغه اجرا کند، دارای اثر است و امتنان اقتضا می‌کند نفوذ چنین عقدی نیز مرفوع باشد. پس اگر مفاد حدیث رفع، رفع جمیع آثار باشد، صحت چنین عقدی مرفوع است.

نظر مختار: نفوذ عقد مکروه برای دیگران

ولی طبق نظر صحیح، ظاهر حدیث رفع، رفع خصوص مؤاخذه (عقاب اخروی یا کیفر دنیوی مانند تعزیر) است و این حدیث دلالتی نسبت به رفع جمیع آثار ندارد. شاید بتوان گفت سیره بر صحت این نوع عقد است و همین مؤید آن است که در حدیث رفع، عموم آثار مرفوع نیست، مگر در مواردی که امتنان، مقتضای رفع آن است، مانند اکراه بر اقرار به دین که امتنان، مقتضای رفع آن است. همچنین اگر کسی نذر کرده به زید صدقه دهد و او را نیز به صدقه دادن به زید اکراه کردند، چنین نیست که بگوییم این صدقه باطل است، بلکه مقتضای امتنانی بودن رفع، صحت این صدقه است.

لذا عمومات در ادله نفوذ عقد نکاح شامل فرض مورد بحث است و از طرفی حدیث رفع موجب تخصیص این ادله نسبت به محل بحث نمی‌شود، در نتیجه عقد اکراهی شخص برای دیگران صحیح و نافذ است.

بررسی عقد مکره برای خود

حال، حکم عقد مکره برای خود شخص مکره بررسی می‌شود.

نسبت صحت تأهلیه عقد مکره به مشهور در کلام شیخ انصاری و آقای خوئی
شیخ انصاری^۱ و همچنین آقای خوئی^۲ صحت عقد مکره برای خود مکره در صورت
لحوق اجازه را به مشهور نسبت داده‌اند و برخی هم مانند صاحب حدائق، اتفاق
نظر در این مسئله را ادعا کرده‌اند.^۳

بررسی اشکالات صحت عقد مکره

اما اشکالاتی بر صحت عقد مکره نسبت به خود مکره وارد شده که در ذیل بررسی می‌شود.

اشکال اول: عدم دلیل بر دخول عقد اجازه شده مکره تحت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»
مرحوم آقای خوئی اشکالی را مطرح کرده و فرموده است: اگر کسی را مجبور کنند
برای خود عقد ازدواجی اجرا کند، این عقد در ابتدای وقوعش به خاطر اکراه محکوم
به فساد است و حکم به صحت عقد بعد از لحوق رضایت - در حالی که هنگام
وقوعش فاسد بوده - محتاج دلیل است، و چون در ابتدای وقوعش، مشمول ادله «أَوْفُوا
بِالْعُقُودِ»^۴ نبوده است، دلیلی بر شمول آن در ادامه و بعد از لحوق رضایت نیست. از
طرف دیگر، این بحث با بحث بیع و نکاح فضولی که پس از رضایت اصیل، مشمول
ادله نفوذ می‌گردد تفاوت دارد؛ زیرا در عقد فضولی، هنگام تحقق بیع در خارج، عقد
به صاحب مال منتسب نبوده تا خطاب «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، مالک را هم در بر بگیرد، بلکه
بعد از اجازه به او منتسب می‌شود و چون بیع در این وقت مستجمع شرایط است،
تحت ادله نفوذ قرار گرفته و محکوم به صحت می‌شود؛ ولی در عقد مکره برای خود،
چون از همان زمان وقوع به خود صاحب مال منسوب می‌شود و او نسبت به این عقد
اکراه داشته، از همان ابتداء مشمول خطاب دلیل نبوده است؛ لذا صحت چنین

۱. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۳۲۳.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۵۶.

۳. الحدائق الناضرة، ج ۱۸، ص ۳۷۳.

۴. المائدة، ۱.

عقدی پس از رضایت، محتاج دلیل است که چنین دلیلی وجود ندارد.^۱

پاسخ: شمول اطلاقات نفوذ عقود به دلیل قارّ بودن عقود

خود ایشان پاسخ داده که عقد فقط ایجاب و قبول و یک معنای حدوثی نیست، (آن طور که بعضی از علمای سلف تعبیر کرده‌اند) تا به علت اینکه در وقت ایجاد، محکوم به فساد بوده و پس از آن منعدم شده است، برای تصحیح نیاز به تجدید انشاء باشد؛ بلکه به معنای التزام شخص به قرارداد و یک معنای قارّ و دارای بقاء در نظر عقلاء است. بر همین اساس، در اعتبار آنان «فسخ قرارداد» معنا پیدا می‌کند. لذا هر چند ادله نفوذ عقود در زمان اکره شامل چنین عقدی نمی‌شود، ولی با لحوق رضایت، همان عقد، مشمول مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» می‌شود و دیگر حدیث رفع، مانع آن نیست؛ زیرا حدیث رفع با لحاظ امتنانی بودن، اطلاقی ندارد که شامل «عقد مکره ملحق به رضایت» باشد؛ لذا عمومات ادله نفوذ شامل آن می‌شود و چنین عقدی صحیح است.^۲

اشکال دوم: بطلان بیع به دلیل اعتبار تقارن رضایت با بیع

آقای خوئی در ادامه اشکالی دیگر مطرح کرده و از آن جواب می‌دهد. البته این اشکال مربوط به بحث نکاح نیست.

اشکال این است که بر فرض، وجود مقتضی در نکاح مکره پذیرفته شود و دلیل نفی اکره (مانع) به دلیل امتنانی بودن، شامل عقد در حال لحوق رضایت نشود، ولی در باب بیع و تجارت چنین نیست و عمده دلیل فساد بیع مکره، عدم مقتضی برای صحت است؛ زیرا از نظر آیه شریفه^۳، اکل مال مردم از راهی جز معامله همراه با رضایت، حرام و باطل است و چون بیع مکرّه از ابتدا بدون رضایت است، اصلاً دارای مقتضی صحت نیست و لحوق رضایت هم موجب ایجاد مقتضی نمی‌شود؛ بنابراین عقد سابق کالعدم فرض می‌شود و باید پس از رفع اکره، علاوه بر رضایت،

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۵۶.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۵۷.

۳. النساء، ۲۹: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ».

عقد نیز تجدید شود.^۱

پاسخ‌های آقای خوئی به اشکال دوم

آقای خوئی پاسخ‌هایی به این اشکال داده و فرموده است:

پاسخ اول: صدق «تَجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» بر بیع ملحق به رضایت

اولاً، تجارت نیز مانند سایر عقود تنها به معنای ایجاب و قبول نیست؛ بلکه به معنای التزام طرفین به نقل و انتقال است که یک معنای قاز و دارای بقاء است و اگر در زمانی به دلیل قصور مقتضی (عدم رضایت) محکوم به بطلان شد، پس از حصول رضایت، آن معنای بقایی التزام که توأم با رضایت شده، محقق گشته و مشمول ادله نفوذ می‌شود؛ زیرا دلیل بطلان «بیع لا عن تراض» اطلاقی ندارد که شامل عقد ملحق به رضایت شود. همان‌طور که اگر بگویند جاهل احترام ندارد و عالم محترم است و کسی قبلاً جاهل بوده و اکنون عالم گشته است، دلیل عدم لزوم احترام جاهل اطلاقی ندارد که شامل کسی شود که عنوان جهل از او مرفوع شده است. پس به حسب بقاء، «تَجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» صدق می‌کند و باید محکوم به صحت شود.^۲

پاسخ دوم: باطل نبودن تجارت مکره با اجازه لاحقه در نظر عرف

ثانیاً، مفاد آیه، حرمت هر گونه اکل مال به باطل و جواز اکل مال به غیر باطل است و مسلماً در نظر عقلاء، تجارتی که مکروه انجام داده و سپس رضایتش به آن ملحق گردیده، باطل شمرده نمی‌شود و از این معلوم می‌شود که چنین عقدی را مصداق تجارت عن تراض می‌دانند، نه مفاد «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ».^۳

پاسخ سوم: ترجیح رفع ید از «اطلاق احوالی ادله بطلان» بر «تخصیص عموم افرادی ادله صحت به غیر مکروه»

ثالثاً، دلیل «رفع عن أمتی ... ما أکرهاوا علیه» خاص است و نسبت آن با عمومات

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۵۷.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۵۸.

۳. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۵۸.

ادله نفوذ، مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نسبت خاص و عام است. در این بحث، یا باید از عموم ادله صحت و نفوذ عقد رفع ید شود و تخصیص زده شود و لذا عقد مکروه به طور مطلق باطل باشد و یا اطلاق احوالی ادله مانعه که ثبوت یک حکم مستمر را از ابتدای حدوث عقد ثابت می‌کند، مقتید شود و بطلان عقد تنها در حال اکراه باشد؛ یعنی عقد مکروه در جایی که ملحق به رضایت شد مشمول عمومات صحت شود، که در اینجا تصرف دوم به دلیل موافق بودن آن با امتنان مقدم می‌شود.^۱

در حقیقت مرحوم آقای خویی در صدد رفع این اشکال برآمده که دلیل «رفع عن أمتی... ما أکرهوا علیه» نسبت به عمومات ادله نفوذ، مثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» خاص است و امر دایر است بین اینکه پس از رفع اکراه و حصول رضایت، به عام تمسک کرده و حکم به صحت کنیم یا استصحاب حکم مخصص جاری شود و حکم به بطلان کنیم؛ یعنی اگر فرد فرد زمان‌ها در ادله نفوذ عقد، به عنوان موضوعی جداگانه و فردی از افراد عام اخذ نشده باشد و فقط مقتضی ثبوت حکم به نحو استمرار باشد (زمان به عنوان ظرف حکم ملاحظه شده باشد)، باید حکم مخصص را استصحاب کرد و با این استصحاب، همان یک فرد از عام خارج شده، نه دو فرد لذا به عام دو تخصیص وارد نمی‌شود.

خلاصه، فقط وقتی می‌توان در برابر استصحاب حکم مخصص، به عموم عام تمسک کرد که هر جزئی از زمان از نظر مقتن، فردی از افراد عام باشد، در این صورت اگر یک فرد از تحت عام خارج شود (مثل اکرام زید در روز جمعه) نسبت به فرد دیگر (اکرام زید در روز شنبه) به عموم عام (اکرام العلماء) تمسک می‌شود، ولی در بحث فعلی، مخصص (عقد مکروه) دارای یک حکم واحد مستمر است که از تحت ادله عامه نفوذ عقد خارج شده است و بعد از خروج، فقط می‌توان به استصحاب تمسک کرد و فساد در حال اکراه را ابقا کرد و وجهی برای استناد به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» پس از رضایت هم وجود ندارد.

ایشان در پاسخ این اشکال فرموده است که با لحاظ امتنانی بودن حدیث رفع، دیگر این حدیث دارای یک حکم واحد مستمر که شامل بعد از رضایت هم نباشد نخواهد بود.

پاسخ چهارم: صحت عقد مکره ملحق به اجازه بنا بر مسلک کشف

رابعاً، این بحث‌ها در صورتی است که در رضای متأخر قائل به نقل باشیم، ولی طبق نظر صحیح که اجازه متأخر، کاشف و رضایت، شرط متأخر صحت عقد است، در اینجا حدیث رفع از آغاز، این عقد متعقب به اجازه را شامل نمی‌شود؛ چون با امتنان منافات دارد. در این صورت ادله صحت عقود نه تخصیص و نه تقيید خورده‌اند و لذا از ابتداء واقعاً عقد صحیح است، هرچند قبل از لحوق رضایت، ظاهراً محکوم به فساد است.^۱

اشکال بر پاسخ‌های آقای خوئی

اما پاسخ‌های ایشان با اشکالاتی مواجه است.

اشکال اول: وجود مقتضی صحت در بیع مکره ملحق به اجازه

ظاهر کلام ایشان این است که قصور مقتضی در مثل بیع را پذیرفته و در صدد پاسخ از جهت دیگر برآمده است؛ ولی این مطلب صحیحی نیست؛ زیرا در ادله بیع، قید «عَنْ تَرَاضٍ»، تنها در آیه «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» به عنوان قید متصل آمده است، ولی در سایر ادله نفوذ عقد بیع همچون «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»^۲ و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۳ و «المؤمنون عند شروطهم»^۴ چنین قیدی به صورت متصل ذکر نشده است؛ البته این ادله با توجه به آیه «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» مقتید به تراضی می‌شوند، که به هر حال تقيید یا تخصیص به دلیل منفصل است. بنابراین در این جهت بین نکاح و بیع فرقی نیست؛ در هر دو مخصص یا مقتید، دلیل منفصل است و مجرد متصل بودن قید در آیه «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ»، سبب نمی‌گردد که نسبت به سایر ادله نیز، مخصص یا مقتید متصل باشد.

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۵۸.

۲. البقرة، ۲۷۵.

۳. المائدة، ۱.

۴. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۳۷۱، ح ۶۶: عنه عن أيوب بن نوح عن صفوان بن يحيى عن منصور بزوج عن عبد صالح رضي الله عنه قال: «قلت إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبى عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها فأعطاها ذلك ثم بدا له في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع قال بنس ما صنع و ما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار قل له فليف للمرأة بشرطها فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: المؤمنون عند شروطهم».

گویا ایشان فقط آیه «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» را در نظر گرفته و به سایر ادله صحت عقد توجه نکرده است.

پاسخ: تقیید سایر عموماًت بیع به آیه تجارت

شاید پاسخ داده شود که مرحوم آقای خوئی با جمله «بناء علی کون الاستثناء فیها متصلاً» به پاسخ این اشکال نظر دارد، به این بیان که اگر در آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»^۱، استثناء منفصل باشد، آیه تنها دلیل بر صحت «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» می‌گردد، و دلیل بر اعتبار رضایت در صحت تجارت و انحصار تجارت صحیح در تجارت عن تراض نخواهد بود؛ ولی اگر استثناء متصل باشد، دلیل فوق دارای عقد سلبی بوده و مفاد آن چنین است که تمام راه‌های اکل مال، باطل است مگر اینکه به وسیله «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» باشد، در نتیجه با در نظر گرفتن مفاد این آیه، مفاد سایر ادله هم به همین آیه باز می‌گردد.

اشکال پاسخ: منفصل بودن استثنای متصل آیه تجارت برای سایر عموماًت

اما اشکال این پاسخ آن است که آنچه از کلام ایشان فهمیده می‌شود این است که آیه «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» بنا بر متصل بودن استثناء، صلاحیت تخصیص یا تقیید سایر ادله را دارد^۲، ولی مجرد این مطلب سبب نمی‌شود که در باب بیع، مقتضی صحت قصور داشته باشد؛ چون به هر حال در باب بیع هم، مخصص یا مقید، منفصل است نه متصل. البته این بیان نیز از باب مماشات با ایشان است، و گرنه این کلام که صلاحیت تخصیص یا تقیید آیه فوق مبتنی بر متصل بودن استثناء است، به بحث نیاز دارد که مجال آن در اینجا نیست.^۳

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۵۷.

۲. النساء، ۲۹.

۳. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۵۷.

۴. توضیح بیشتر: در مصباح الفقاهه دلالت آیه فوق را بر حصر اسباب مملکه در تجارة عن تراض، مبتنی بر متصل بودن استثناء در آیه ندانسته، بلکه بنا بر انفصال استثناء نیز با تکیه بر اطلاق مقامی، حصر را استفاده کرده است. لذا بنا بر این مبنا هم، آیه صلاحیت تقیید یا تخصیص سایر ادله نفوذ و لزوم معاملات را دارد.

مصباح الفقاهه، ج ۳، ص ۳۳۳: «و ان كان الاستثناء منقطعاً فالآية وقتند و ان لم تكن ظاهرة في

خلاصه چه مخصص یا مقید، حدیث رفع باشد، چه آیه «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» به هر حال منفصل است و از باب مانع تلقی می‌گردد و نمی‌توان در صورت اول مقتضی را تأم و در صورت دوم مقتضی را ناتمام دانست.^۱ پس در این جهت بین نکاح و بیع، فرقی نیست.

اشکال دوم: اراده باطل و صحیح واقعی در آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ»
 اشکال دیگر بر کلام ایشان این است که موضوع صحت و بطلان عقد را در آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ»، باطل و صحیح عرفی می‌داند، بنابراین اکل مال

الحصر ابتداء، الا أنه تعالى لما كان في مقام بيان الأسباب المشروعة للمعاملات و فصل صحيحها عن فاسدها، و كان الإهمال مخلا بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من الآية الكريمة بالقرينة المقامية، و اذن فالآية الشريفة تدل على حصر الأسباب الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراض، سواء أ كان الاستثناء متصلاً، أم كان منقطعاً، و أما غير التجارة عن تراض من سائر أسباب المعاملات فهو باطل».

۱. استاد رحمته الله در این مقام با قطع نظر از این نکته که مجرد منفصل بودن مخصص برای احراز وجود مقتضی در عام کافی است به بررسی کلام مرحوم آقای خوئی پرداخته است؛ زیرا استاد رحمته الله در موارد مختلف تصریح کرده است که مجرد منفصل بودن مخصص، دلالت بر وجود مقتضی نمی‌کند بلکه مناسبات حکم و موضوع نیز باید لحاظ شود.

استاد رحمته الله در مسئله تقدیم عقد جذ بر عقد پدر در اشکال بر مرحوم سید چنین فرموده است: «هرچند به نظر می‌رسد که نظر مرحوم سید در تقدیم عقد جذ به همین قاعده مقتضی و مانع باشد، اما به نظر ما این وجه تمام نیست و در بسیاری موارد هم صغریاً ممنوع است و هم کبریاً. از نظر صغری چنین نیست که هر عام و خاصی ظهور در مقتضی و مانع داشته باشند بلکه وجود مقتضی را از شواهد خارجی مانند تناسبات حکم و موضوع می‌فهمیم، و از نظر کبری چنین اصل عقلانی عامی نداریم که همه جا با شک در مانع مطابق مقتضی حکم کنند و در غیر باب تراحم ملاکات وجود چنین اصلی محل مناقشه است».

همچنین درباره تراحم ملاکات در مسئله جواز لمس و نظر بیمار توسط طبیب که مرحوم سید چنین فرموده است: «یستثنی من عدم جواز النظر من الأجنبی والأجنبية مواضع: منها مقام المعالجة» استاد رحمته الله چنین فرموده است: «مطلبی وجود دارد که در متصل و منفصل یکسان است؛ زیرا بسیاری از مستثنیات، از قبیل عناوین ثانویه و مزاحمات است، مقتضی در تمام افراد عام هست ولی در مستثنیات در اثر تراحم با شیء دیگر، به شکل استثنا درمی‌آید. مادامی که استثنایی بودن و عنوان ثانوی بودن ثابت نشود، بنای عقلاً اخذ به عنوان اولی است. مثلاً غیبت حرام است، ایذاء مردم حرام است، ولی گاهی به خاطر تراحم با امر اهرام یا مسایر، حرمت از فعلیت ساقط می‌شود و در جنبه اقتضا باقی می‌ماند».

به وسیله هر عقدی که عرفاً باطل است منهی است و به وسیله هر عقدی که عرفاً صحیح است جایز است. ولی به نظر می‌رسد که مراد از باطل و صحیح، باطل و صحیح واقعی است که شارع مقدس با توجه به دید واقع‌بینانه خود به آن حکم کرده است و عرف و عقلاء هم اگر چنین دیدی داشتند نظیر همان را حکم می‌کردند. بنابراین مواردی که عرفاً اکل مال به باطل حساب نمی‌شود (همچون معاملات ربوی) ولی شارع حکم به حرمت اکل کرده، تخصیص آیه شریفه به شمار نمی‌آید.

البته در مواردی که شارع بر خلاف نظر عرف و عقلاء، در مورد بطلان و عدم بطلان طرق اکتساب، نظری ابراز نکرده باشد، از این عدم ردع، امضاء نظر عرف و عقلاء استفاده می‌گردد، پس نظر عرف طریق ظاهری و کاشف از صحیح و باطل واقعی است، و کشف صحت و بطلان عقود صحیح و باطل عرفی بر این مبنا استوار است.

بنابراین صحت عقد مکره با رضایت متأخر را نباید مستقیماً به باطل نبودن این عقد در نزد عرف و عقلاء مستند ساخت.

اشکال سوم: عدم ارتباط امتنانی بودن حدیث رفع با شمول ادله صحت نسبت به عقد مکره همچنین تقریب ایشان برای ترجیح تقیید اطلاق بر تخصیص عموم صحیح نیست؛ زیرا اگر مدعا این بود که در مورد عقد مکره، با این حدیث، حکم به بطلان عقد هم در حالت اکراه و هم پس از زوال اکراه شود، این اشکال وارد بود که حدیث رفع با توجه به امتنانی بودن توانایی اثبات بطلان عقد را پس از زوال اکراه ندارد؛ ولی مدعای بحث این نیست، بلکه سخن در این است که آیا ادله اولیه اساساً عقد مکره را شامل می‌شود یا خیر؟ ایشان با تمسک به امتنانی بودن حدیث رفع درباره ادله اولیه صحت عقود، حکم کرده که اصالة العموم بر اصالة الاطلاق مقدم است و عقد مکره پس از زوال اکراه مشمول این اطلاقات نیست، در حالی که این بیان صحیح نیست؛ زیرا امتنانی بودن حدیث رفع مربوط به مفاد خودش است و به مفاد سایر ادله ربطی ندارد و نمی‌توان از این حدیث فهمید که تمام ادله اولیه (که حدیث رفع ناظر به آنهاست) تنها در صورت امتنان جعل شده است.

خلاصه با این بیان نمی‌توان شمول ادله اولیه را نسبت به عقد مکره پس از

راضی شدن مالک، اثبات کرد.

وجه ترجیح عموم بر اطلاق در کلام مرحوم شیخ: معلق بودن ظهور اطلاق بر عدم بیان البته مرحوم شیخ در رسائل، با بیانی، ظهور عموم را بر ظهور اطلاق مقدم دانسته است؛ زیرا ظهور عموم که مستند به وضع است، ظهوری منجز و فعلی است، اما ظهور اطلاق به مقدمات حکمت نیازمند است و یکی از مقدمات حکمت، عدم وجود بیان تا وقت عمل است^۱، در حالی که عام می‌تواند بیان بر تقیید باشد؛ بنابراین اصالة العموم موضوع اصالة الاطلاق را از بین می‌برد، پس باید ظهور کلام در عموم را حفظ کرد و از ظهور اطلاق دست کشید.^۲

اشکال: تنجیزی بودن ظهور اطلاق نسبت به دلیل منفصل

اما مرحوم آخوند در کفایه^۳، و به تبع وی، معمول متأخرین^۴ در پاسخ این کلام گفته‌اند: عدم بیانی که از مقدمات حکمت است، عدم بیان در مقام مخاطب است نه عدم بیان برای همیشه؛ لذا اگر در مقام مخاطب بیانی نبود، ظهور مطلق در عمومیت حکم منعقد می‌گردد و دیگر حالت منتظره‌ای وجود ندارد؛ مثلاً اگر کسی از معامله ربوی سؤال کند و امام علیه السلام آن را تحریم نمایند، چنانچه امام علیه السلام در مقام بیان باشند و حکم تحریم در مقام ثبوت، اختصاص به قسم خاصی از معاملات ربوی (مثلاً معامله مکیل و موزون) داشته باشد، باید در همان جلسه پاسخ، این قید ذکر شود و اگر ذکر نشد موضوع اصالة الاطلاق تام می‌گردد، و چون فرض این است که عام، منفصل از مطلق است، لذا اصالة العموم با اصالة الاطلاق یکسان گردیده هر دو فعلی و غیر معلق بر عدم دیگری هستند، لذا برای ترجیح یکی بر دیگری باید دلیل دیگری پیدا کرد.

۱. توضیح بیشتر: به تعبیر مرحوم آخوند در بحث مقدمات حکمت: «انتفاء ما یوجب التعیین» (کفایة الأصول (چاپ آل البیت)، ص ۲۴۷).

۲. فرائد الأصول، ج ۲، ص ۷۹۲.

۳. کفایة الأصول (چاپ آل البیت)، ص ۲۴۸.

۴. برای نمونه: نهاية الدراية في شرح الكفاية (چاپ قدیم)، ج ۳، ص ۴۰۱؛ درر الفوائد (حائری)، ص ۶۸۰-۶۸۱؛ تهذیب الأصول، ج ۲، ص ۲۴۴؛ أيضاً: عنایة الأصول، ج ۶، ص ۱۱۰.

عدم ارتباط مسئله «تقدیم عموم بر اطلاق» به مقام

این اشکال مرحوم آخوند به مرحوم شیخ اشکالی متین است. البته به بحث مکروه بعد از لحوق اجازه ربطی ندارد؛ چون در حدیث رفع، نسبت به صورت بعد از لحوق اجازه اطلاقی وجود ندارد؛ زیرا خلاف امتنان است.

اشکال چهارم: اشکالات بر پاسخ چهارم آقای خوئی

پاسخ چهارم ایشان نیز با اشکال مواجه است.^۱

۱. توضیح بیشتر: مبنای مرحوم آقای خوئی کشف حکمی به معنایی غیر از نظر مرحوم شیخ انصاری است؛ یعنی از حین اجازه حکم به صحت عقد از ابتداء می شود (یعنی اعتبار صحت در زمان اجازه است ولی معتبر آن در زمان عقد است) اما مبنای شرط متأخر به معنای کشف حقیقی را ایشان نپذیرفته است. به موارد ذیل توجه شود:

موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۲۱: «أما الكشف الحقيقي فهو وإن كان ممكناً في نفسه بحيث تكون الإجازة شرطاً متأخراً، إلا أنه لا دليل عليه أيضاً، فإن ظاهر الأدلة إنما هو اعتبار نفس الرضا والإجازة، لا اعتبار تعقبهما ...»؛ و ص ۲۴: «إذن فلا محيص بمقتضى ظهورات الأدلة عن الالتزام بما ذكرناه من الكشف الحكمي، فيقال: إن العقد بعد الإجازة يكون صحيحاً من الأول»؛ و ص ۲۵: «ثم إن الكشف الحكمي بالمعنى الذي اخترناه غير الكشف الحكمي الذي ذهب إليه شيخنا الأعظم ...» و الفرق بينهما يمكن في أنه ... يرى اتحاد زمان الاعتبار والمعتبر، بمعنى كونهما معا بعد الإجازة، غاية الأمر أن الآثار إنما ترتب من حين العقد في حين إننا نرى اختلاف زمانهما، فإن الاعتبار إنما يكون حين الإجازة، وأما المعتبر فهو متقدم عليه و ثابت حين العقد. فإن ما ذهب إليه ... خلاف ظاهر الأدلة. ولا دليل يساعد عليه»؛ و ص ۲۶: «... فالمتحصّل من جميع ما تقدّم أن القول بالكشف الحكمي لما كان ممكناً في نفسه و كان يساعد عليه دليل نفوذ العقد و بعض الأدلة الخاصة، تعين القول به دون سائر الأقوال، من النقل أو الكشف الحقيقي أو الانفلاحي أو الحكمي بالمعنى الذي ذكره شيخنا الأعظم ...» لما عرفت من أنها بين ما هو ممتنع في نفسه، و ما لا يساعد عليه الدليل؛ «مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۳۳۹: «و الصحيح: هو القول بالكشف في كلا المقامين (بيع المكروه و البيع الفضولي)، و ذلك لأن الإجازة و ان كانت متأخرة عن العقد، إلا أنها متعلقة بالعقد، و إمضاء له، و لازم ذلك هو الحكم بتأثيره من أول الأمر»؛ و ج ۴، ص ۱۴۳: «و بالجملة بعد القول بتحقيق الاعتبار قبل الإجازة فمقتضى - العموماً - نحكم بالصحة و كونه بيعاً صحيحاً للمالك لانضمامه إليه بالإجازة لا ان الإجازة كشف عن أنّ الملكية كانت حاصلة من الأول بل الإجازة أوجبت حصول الملكية فعلاً اذن فيترتب عليه آثار الملكية من الأول و على هذا فلا تكون مضطراً للميل الى ما ذهب اليه المصنف من الالتزام بالكشف الحكمي حيث انه فيما لم يكن لنا طريق على طبق ما تقتضيه القواعد و ليس هذا مثل الواجب التعليقي ...»

لذا محتمل است که در تقریر کلام ایشان در این بحث اشتباهی رخ داده باشد.

اشکال اول: ظهور آیه تجارت در اعتبار تقارن رضایت با عقد

اولاً، ظاهر «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» آن است که تراضی به عنوان شرط مقارن اخذ شده است نه به عنوان اعم از شرط مقارن و شرط متأخر، وگرنه آیه مثلاً باید چنین بیان می‌کرد: «لَا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً وَ يَكُونَ الْمَالُكَ رَاضِياً وَ لَوْ فِي الْمُسْتَقْبَلِ»، در حالی که بنا بر بیان ایشان باید از ظهور آیه در شرطیت مقارنت رضایت با عقد چشم پوشید.

اشکال دوم: تنافی شرط متأخر بودن رضایت با مبنای رفع جمیع آثار در حدیث رفع ثانیاً، شرط متأخر بودن رضایت مالک بدین معناست که عقدی که ملحق به رضایت باشد از آغاز صحیح باشد، در حالی که به عقیده ایشان حدیث رفع به احکام تکلیفی اختصاص ندارد، بلکه تمام احکام وضعی را از مکره بر می‌دارد، البته به شرط آنکه در این رفع، امتنانی بر مکره باشد.^۱ از سوی دیگر، بطلان عقد مکره در زمانی که هنوز رضایت مالک نیامده مطابق امتنان است گرچه بطلان این عقد پس از لحوق اجازه مطابق امتنان نیست. پس اگر عقد مکره در این فاصله زمانی صحیح باشد، به معنای آن است که مبنای مرفوع بودن جمیع احکام وضعی را در حدیث رفع نپذیرفتیم؛ لذا کلام ایشان در این بحث با مبنای ایشان در تفسیر حدیث رفع سازگار نیست.

تحقیق در مقام: اشتراط وجود اکره حدوداً و بقاء در بطلان عقد مکره
تحقیق در مقام، مقتضی صحت عقد مکره بعد از اجازه لاحق است که در ضمن دو مطلب تبیین می‌شود.

مطلب اول: تصاویر سه‌گانه عناوین ادله احکام
مطلب اول این است که نحوه اخذ عناوین وارد شده در ادله احکام به یکی از این سه صورت است:

تصویر اول (عنوان مشیر): دخالت نداشتن عنوان در ثبوت حکم
گاهی عنوان فقط مشیر به ذات خارجی است و خود، در ثبوت حکم دخالتی ندارد.

۱. مصباح الأصول (چاپ مؤسسه احیاء آثار سید خونی)، ج ۱، ص ۳۰۸.

۲. مصباح الأصول (چاپ مؤسسه احیاء آثار سید خونی)، ج ۱، ص ۳۱۲.

مثال: در روایت مفصل بن عمر از امام صادق علیه السلام خطاب به فیض بن المختار آمده است:

«فإذا أردت بحديثنا فعليك بهذا الجالس و أومى إلى رجل من أصحابه فسألت أصحابنا عنه فقالوا زرارة بن أعين.»^۱

در اینجا عنوان «الجالس» عنوان مشیر به زراره بوده و جلوس وی هیچ تأثیری در حکم ندارد و نمی‌توان گفت که اگر زراره از حال جلوس به حال قیام انتقال پیدا کرد حکم تغییر می‌کند (یا اگر اصلاً جالس نبود حکم ثابت نبود) چون وجوب اخذ حدیث به مناط جالس بودن نیامده است.

تصویر دوم: دخالت مجرد حدوث عنوان در ثبوت مستمر حکم

گاهی عنوان، در حکم دخالت دارد ولی حدوث عنوان، حکم مستمری را می‌آورد؛ یعنی حدوث عنوان، موضوع برای حدوث و بقای حکم است.

مثال: در کلام فقهاء آمده است: «إذا لاقى الثوب نجاسة فيجب تطهيره»^۲، در اینجا

۱. رجال الکشي، ص ۱۳۵ - ۱۳۶، رقم ۲۱۶: محمد بن قولويه، قال حدثني سعد بن عبد الله، قال حدثني محمد بن الحسين بن أبي الخطاب، عن محمد بن سنان، عن المفضل بن عمر، قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يوماً ودخل عليه الفيض بن المختار، فذكر له آية من كتاب الله تعالى تأوله أبو عبد الله عليه السلام فقال له الفيض جعلني الله فداك ما هذا الاختلاف الذي بين شيعتكم قال وأي الاختلاف يا فيض فقال له الفيض إني لأجلس في حلقهم بالكوفة فأكاد أشك في اختلافهم في حديثهم، حتى أرجع إلى المفضل بن عمر فيوقني من ذلك على ما تستريح إليه نفسي ويطمنن إليه قلبي، فقال أبو عبد الله عليه السلام أجل هو كما ذكرت يا فيض! إن الناس أولعوا بالكذب علينا إن الله افترض عليهم لا يريد منهم غرة وإني أحدث أحدهم بالحديث فلا يخرج من عندي حتى يتأوله على غير تأويله، وذلك أنهم لا يطلبون بحديثنا وبحثنا ما عند الله وإنما يطلبون الدنيا، وكل يحب أن يدعى رأساً أنه ليس من عبد يرفع نفسه إلا وضعه الله وما من عبد وضع نفسه إلا رفعه الله وشرقه، فإذا أردت بحديثنا فعليك بهذا الجالس وأومى إلى رجل من أصحابه فسألت أصحابنا عنه فقالوا زرارة بن أعين.»

۲. تهذيب الأحكام، ج ۱، ص ۲۷۶، ح ۹۸: ما أخبرني به الشيخ أبوه الله عن أحمد بن محمد بن أبيه عن محمد بن يحيى عن الحسين بن عبيد الله عن أحمد بن محمد بن يحيى عن أبيه محمد بن يحيى عن محمد بن علي بن محبوب عن العباس عن الحسن بن محبوب عن علي بن رباب عن إبراهيم بن ميمون قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقع ثوبه على جسد الميت قال إن كان غسل الميت فلا تغسل ما أصاب ثوبك منه وإن كان لم يغسل الميت فاغسل ما أصاب ثوبك منه. ثم قال أبوه الله تعالى وإذا وقع على ميتة من غير الناس نجسه أيضاً وجب عليه غسله منه بالماء. فالأصل فيه أن

ملاقاتات ثوب با نجاست که امری آنی است، در زمان بعد از ملاقات هم وجوب تطهیر را به دنبال می‌آورد؛ چون تناسب حکم و موضوع اقتضاء می‌کند که ملاقات ثوب با نجاست، آلودگی در ثوب ایجاد کرده که پس از ارتفاع ملاقات هم این آلودگی باقی است و بقاء آلودگی دائر مدار بقاء ملاقات نیست. مثال دیگر تعبیر «لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ»^۱ در قرآن است که قرائن نشان می‌دهد که حدوث ظلم در یک فرد سبب می‌گردد که تا ابد شایسته تصدی منصب امامت نباشد.

تصویر سوم: دخالت حدوث و بقاء عنوان در ثبوت حکم

گاهی هم عنوان، حدوثاً و بقاءً در ثبوت حکم دخالت دارد، بنابراین با زوال عنوان، حکم هم زایل می‌گردد، که از طریق تناسبات حکم و موضوع و ارتکازات عقلاء می‌توان فهمید که مراد کدام قسم است.

مثال: اگر در دلیلی احترام عالم، واجب شود و در دلیل منفصل دیگری حرمت احترام فاسق عالم آمده باشد، جمع بین این دو دلیل اقتضا می‌کند که احترام عالم غیر فاسق واجب باشد. در اینجا تناسب حکم و موضوع مقتضی این است که موضوع وجوب احترام از دو جزء برخوردار باشد؛ علم و عدم فسق، لذا همان طور که اگر کسی قبلاً عالم نبود و بعداً عالم شد (با برخورداری از شرط دیگر) وجوب احترام دارد، همین طور اگر کسی قبلاً عالم بود ولی شرط عدم فسق را نداشت، پس از اینکه واجد این شرط شد مشمول این دلیل می‌گردد؛ یعنی به تناسبات حکم و موضوع، دلیلی که عدم وجوب احترام فاسق را می‌رساند در حقیقت، عدم وجوب احترام فاسق در زمان فسق را بیان می‌کند، نه اینکه حدوث فسق در یک شخص در یک زمان، موجب می‌شود که حتی در زمان عدالت نیز وجوب احترام نداشته باشد، و از این جهت اجمالی هم ندارد.

مطلب دوم: تطبیق تصویر سوم بر عقد مکروه

مطلب دوم این است که در مقام، ادله اولیه بر صحت و لزوم عقود دلالت می‌کند

المیت نجس بلا خلاف و إذا لاقى الثوب نجاسة فيجب تطهيره ليكون على يقين من دخول الصلاة بطهارة الثوب و يدل عليه أيضا.

و به دلیل منفصل یعنی حدیث رفع، عقد مکروه از این ادله خارج شده است؛ ولی تناسب حکم و موضوع اقتضاء می‌کند که خروج عقد مکروه از این ادله تنها در زمان اکراه باشد نه به طور دائمی، چنان که در سایر فقرات حدیث همچون فقره «ما اضطرّوا إليه» هم حکم همین‌گونه است و اگر کسی در یک زمان به شرب خمر اضطرار پیدا کرد، این اضطرار سبب نمی‌شود که حتی پس از زوال اضطرار هم حرمت شرب خمر مرفوع و در نتیجه این عمل جایز باشد، بلکه رفع حرمت، مادام الاضطرار است. رفع صحت و لزوم عقد مکروه هم به تفاهم عرفی مادام الاکراه است. بنابراین تناسب حکم و موضوع اقتضاء می‌کند که عقد مکروه از مصادیق قسم سوم از اقسام سه‌گانه گذشته بوده و حکم بطلان حدوثاً و بقاءً دایر مدار صدق عنوان اکراه باشد، لذا پس از لحوق اجازه دیگر حکم به بطلان عقد نمی‌شود.

اشکال بر مطلب دوم: ملازمه تطبیق فوق با بطلان عقد به مجرد نارضایتی لاحق شاید گفته شود اگر صحت عقد، حدوثاً و بقاءً دایر مدار رضایت طرفین باشد، باید پس از تحقق عقدی که از ابتدا با رضایت طرفین بوده، اگر یکی از دو طرف معامله از رضایت خود برگردد، عقد باطل گردد؛ چون شرط صحت، بقاءً موجود نیست در حالی که این قابل التزام نیست.

پاسخ: بنای عقلا بر عدم بطلان عقد به مجرد نارضایتی لاحق اما پاسخ این است که اینکه عقود دایر مدار رضایت طرفین باشند، به جهت تناسب حکم و موضوع و فهم عقلاء است و بنای عقلاء بر این نیست که طرفین معامله هر زمان که بخواهند بتوانند عقد را به هم بزنند، بلکه اگر در یک زمان، عقد مقرون به رضایت، تحقق یافت، بر لزوم پابندی به این عقد حکم می‌کنند؛ لذا نمی‌توان حکم عقد را پس از زوال رضایت با حکم عقد مکروه که در ابتداء همراه رضایت نبوده و بعداً رضایت حاصل شده قیاس نمود.

نتیجه: صحت عقد مکروه ملحق به رضایت

لذا در جایی که شخص بر انجام عقدی برای خودش اکراه شده است، چنانچه

بعداً نسبت به این عقد راضی شود، چنین عقدی بعد از حصول رضایت، صحیح و لازم است.

معتبر نبودن ذکوریت در عاقد

مسألة ۱۵: «لا يشترط الذكورة في العاقد، فيجوز للمرأة الوكالة عن الغير في اجراء الصيغه، كما يجوز اجرائها لنفسها.»^۱

اطلاقات و عموماً صحت و لزوم معاملات و نکاح اقتضاء می‌کند که در مجری صیغه، بین مرد و زن فرقی نباشد، خصوصاً در جایی که زن برای خودش عقد می‌کند که روایات خاص هم وارد شده است، مانند روایت ابان بن تغلب که در آن، کیفیت عقد متعه را بیان کرده است: «فإذا قالت نعم فقد رضيت فهي امرأتك و أنت أولى الناس بها.»^۲ لذا بحثی در این مسئله نیست.

اعتبار بقاء صلاحیت متعاقدين تا اتمام صیغه عقد

مسألة ۱۶: «يشترط بقاء المتعاقدين على الاهلية الى تمام العقد، فلو أوجب ثم جن أو أغمى عليه قبل مجيء القبول لم يصح و كذا لو أوجب ثم نام بل أو غفل عن العقد بالمرة و كذا الحال في سائر العقود و الوجه عدم صدق المعاقدة و المعاهدة،

۱. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۵۴.

۲. الکافي، ج ۵، ص ۴۵۵، ح ۳: علي بن إبراهيم عن أبيه عن عمرو بن عثمان عن إبراهيم بن الفضل عن أبان بن تغلب و علي بن محمد عن سهل بن زياد عن إسماعيل بن مهران و محمد بن أسلم عن إبراهيم بن الفضل عن أبان بن تغلب قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام كيف أقول لها إذا خلوت بها قال تقول أتزوجك متعة على كتاب الله و سنة نبيه ﷺ لا واردة و لا موروثه كذا و كذا يوما و إن شئت كذا و كذا سنة بكذا و كذا درهما و تسفي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلا كان أم كثيرا فإذا قالت نعم فقد رضيت فهي امرأتك و أنت أولى الناس بها قلت فإني أستحبني أن أذكر شرط الأيام قال هو أضمر عليك قلت و كيف قال إنك إن لم تشترط كان تزويج مقام و لزمتك النفقة في العدة و كانت واردة و لم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق السنة.»

مضافاً إلى دعوى الإجماع وانصراف الأدلة.^۱

فروض مسئله در کلام آقای خوئی

مرحوم آقای خوئی برای مسئله سه فرض بیان کرده است:

فرض اول: صلاحیت قابل حین قبول نه ایجاب

فرض اول این است که قابل، هنگام ایجاب موجب، فاقد صلاحیت باشد ولی در زمان قبول، واجد صلاحیت باشد، اما صلاحیت خود موجب تا زمان قبول قابل، باقی باشد.

فرض دوم: زوال صلاحیت موجب حین قبول

فرض دوم این است که طرفین عقد هنگام ایجاب، واجد صلاحیت باشند، اما صلاحیت موجب هنگام قبول قابل از بین رفته باشد.

فرض سوم: عدم صلاحیت یکی از طرفین بین ایجاب و قبول

فرض سوم این است که طرفین عقد، هنگام ایجاب و قبول واجد صلاحیت باشند ولی در فاصله بین ایجاب و قبول، در صلاحیت یکی از طرفین (به صورت مانعة الخلو) انقطاعی حاصل شود و این حالت استمرار نیابد.^۲

توسعه در فروض مسئله با توجه به فرض تقدم قبول بر ایجاب

مرحوم آقای خوئی، فروض مسئله را بر اساس تقدیم ایجاب بر قبول تصویر کرده، ولی از آنجا که مواردی هم هست که قبول مقدم می شود، بهتر بود مانند صاحب شرایع، دایره وسیع تری فرض می شد؛^۳ لذا طرح مسئله بر محور طرف اول و دوم عقد

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۴.

توضیح بیشتر: با عدم شمول ادله صحت، با استصحاب عدم تحقق نقل و انتقال و عدم ترتب اثر هرچند به جهت بنای عقلاء، حکم به بطلان معامله می شود و استدلال به انصراف نیز برای تکمیل، به افزودن استصحاب نیازمند است، چنان که در کلام استاد^{علیه السلام} اشاره خواهد شد.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۵۹.

۳. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۸.

یا عاقد اول و دوم جامع و دقیق تر است؛ مثلاً باید گفته می‌شد: آیا هنگامی که رکن اول عقد - چه ایجاب چه قبول - محقق می‌شود، طرف دیگر عقد نیز باید واجد صلاحیت باشد یا لازم نیست؟ همچنین در هنگام اجرای رکن دوم عقد، طرف رکن اول عقد باید همچنان بر صلاحیت خود باقی باشد یا لازم نیست؟

ادله پنج‌گانه مسئله

از مجموع کلمات فقهاء پنج وجه برای اعتبار بقاء اهلیت متعاقدين به دست می‌آید.

دلیل اول: اجماع در برخی صور مسئله

دلیل اول، اجماع است. در جایی که موجب، پس از ایجاب، به جنون یا اغماء مبتلا گردد، صاحب جواهر به بطلان این ایجاب حکم کرده است و می‌فرماید: «بلا خلاف اجده فيه کما اعترف به بعضهم»^۱ و مرحوم سید نیز در عروه ادعای اجماع را به عنوان یکی از ادله اشتراط بقاء صلاحیت متعاقدين در حین ایجاب و قبول ذکر می‌کند.^۲

بررسی انتساب «بطلان قبول حین خواب موجب» به تذکره

مرحوم شهید ثانی در مسالک^۳ بطلان قبول قابل را هنگامی که شخص موجب، خواب باشد به «قیل» نسبت داده و می‌فرماید: «و به قطع فی التذکره». در جواهر^۴ و مستمسک^۵ هم این کلام، از مسالک نقل شده است، در حالی که در تذکره به بطلان عقد در صورت نوم موجب در هنگام قبول، تصریح نشده است. البته علامه در این کتاب در مورد جنون و اغماء حکم به بطلان می‌کند، ولی در مسئله نوم می‌فرماید: اگر نوم بر موجب عارض شد و هنگام قبول بیدار بود عقدش صحیح است.^۶ شاید مرحوم شهید ثانی از مفهوم عبارت علامه استفاده کرده است که اگر بیدار نشد

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۷.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۴.

۳. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۱۰۰.

۴. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۴۷.

۵. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۹۰.

۶. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۲.

عقد باطل است، آن گاه بطلان در این فرض را مانند مسئله جنون و اغماء نزد وی مقطوع به دانسته است.

البته علامه حلی در تذکره نیز مثالی زده است که نشان دهنده عدم اشتراط استمرار صلاحیت تخاطب در نظر ایشان است. ایشان مثال می زند که واسطه ای به کسی می گوید دختر خود را به عقد زید درآور و او نیز می گوید: «زوجه بنتی من زید» با اینکه اصلاً زید متوجه نیست که پدر دختر یکی از دو رکن عقد را انجام داده است؛ سپس واسطه، جریان را برای زید نقل می کند و او نیز رکن دیگر عقد را جاری می کند. ایشان در این مثال حکم به صحت کرده است با اینکه موقع انشاء رکن اول، طرف دوم عقد واجد صلاحیت نبوده؛ چون اصلاً در این مورد، چیزی نشنیده و صلاحیت تخاطب نداشته است.^۱

اشکال دلیل اول: نبود اجماع در مسئله و عدم حجیت آن

صاحب جواهر در مواردی که ادعای «لا خلاف» می کند نوعاً فحص کاملی نکرده است.^۲ از طرفی در کشف اللثام که صاحب جواهر این گونه اطلاعات خود را نوعاً از آن اخذ می کند چنین مطلبی نیست؛ لذا مشخص نیست که منظور ایشان از «بعضهم» که از او «عدم خلاف» را نقل می کند چه کسی است.

البته مرحوم شیخ در مبسوط در باب نکاح در جایی که پیش از انشاء عاقد دوم، بر عاقد اول (موجب باشد یا قابل) اغماء یا جنون و یا مرضی عارض شود می فرماید: چنین عقدی بلا خلاف باطل است.^۳ البته مراد ایشان از «بلا خلاف» در آن کتاب، عدم خلاف بین مسلمین است.

در هر حال، اگر چنین لا خلافی که صاحب جواهر اعا کرده از طریق فحص نیز ثابت شده باشد، برای اثبات اجماع کفایت نمی کند؛ زیرا «لا خلاف» هنگامی می تواند دلیل بر اجماع باشد که از قدیم، همه فقهاء یا اکثریت قریب به اتفاق آنها،

۱. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۳.

۲. این مطلب با تتبع در مواردی که صاحب جواهر ادعای اجماع یا لا خلاف کرده به دست می آید؛ رک: کتاب نکاح، حکم زنا قبل از عقد، بررسی اقوال فقهاء.

۳. المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۴.

مسئله را عنوان کرده باشند و خلافتی بین آنها مشاهده نگردد، اما در این بحث، عده کمی مسئله را عنوان کرده‌اند و عدم خلاف بین آنان، اجماع را ثابت نمی‌کند، و بر فرض که بین فقهای یک عصر هم چنین اجماعی باشد، به زمان معصوم متصل نبوده و کاشف از تقریر معصوم نیست. طبق مبنای صحیح که حجیت اجماع بر تقریر معصوم علیه السلام (ولو با عدم ردع) استوار است، در مسائلی که به ندرت اتفاق می‌افتد و محلّ ابتلا نیست، مانند عروض جنون یا اغماء پس از انشاء عاقد اول و پیش از انشاء عاقد دوم، با عدم وصول ردع نمی‌توان تقریر معصوم را اثبات کرد، هرچند در میان عامه مخالفی هم نداشته باشد؛ لذا در این مسئله نیازی به بررسی اقوال عامه نیست.

بنابراین در این بحث، نه «اجماع» و نه «عدم خلاف» سودمند نیست.

دلیل دوم: اعتبار استمرار قصد و رضایت موجب

صاحب جواهر یکی از وجوه دالّ بر اعتبار بقای اهلیت متعاقدین در تمام زمان عقد را اعتبار قصد و رضا در عقد می‌داند. عبارت ایشان در توضیح کلام محقق حلّی در شرایط - که دالّ بر بطلان ایجاب موجب با عروض جنون یا اغماء بر وی قبل از پذیرفتن قابل است - چنین است:

«... مضافاً الی ما دل علی شرطیة العقد و القصد و الرضا و نحوها فی العقد الذی هو عبارة عن الإيجاب و القبول لا الإيجاب وحده، و المراد من اشتراطه مثلاً بالنسبة إلی الموجب بقاؤه عاقلاً الی قبول القابل، لا حال صدور الإيجاب منه، فإنه لیس شرطاً فی العقد حیثنذ، فإذا فرض ارتفاع القابلیة بعد الإيجاب قبل القبول لم یحصل الشرط فی تمام العقد الذی یراد منه استمراره علی الحال الذی یحصل له حال نطقه بالإيجاب.»^۱

از عبارت مرحوم صاحب جواهر استفاده می‌شود که ایشان اشتراط بقاء قصد و رضا را تنها در موجب (یا به تعبیر بهتر «عاقد اول») معتبر می‌داند و کلام ایشان ناظر به اشتراط آن در قابل هنگام ایجاب عاقد اول نیست، چنان‌که مرحوم آقای

خوئی نیز بر خلاف مرحوم شیخ انصاری چنین شرطی را انکار کرده است؛^۱ ولی مرحوم آقای حکیم از کلام جواهر چنین استفاده کرده است که ایشان بقاء قصد و رضا را هم پس از ایجاب موجب و هم در قابل حین ایجاب موجب، شرط می‌داند.^۲

اشکال: فقدان دلیل بر لزوم قصد و رضایت در تمام مدت عقد اما آنچه ثابت است، اعتبار قصد و رضایت هر یک از طرفین عقد در وقت انشاء خود است، و ایشان هم برای مدعای خود استدلالی ذکر نمی‌کند. التزام در عقود یک معنای قاز دارد؛ لذا در عالم بقاء اگر رضایت طرفینی باشد، کافی است. پس اگر طرف دوم عقد فقط هنگام انجام رکن دوم راضی است، و طرف اول هم از التزام خود بر نگشته، التزام طرفین به هم متصل می‌گردد و معاهده صدق می‌کند.^۳

دلیل سوم: تشبیه ایجاب بدون قبول به عقود جائزه
دلیل سوم در مسئله نیز از صاحب جواهر است و پیش از وی نیز مطرح بوده است.^۴ این دلیل متشکل از دو مقدمه است.

مقدمه اول: امکان فسخ ایجاب توسط موجب قبل از قبول قابل (تشبیه به عقد جائز)
مقدمه اول این است که لزوم در عقود به این معنا است که طرفین باید به عقد

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۵۹.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۹۰.

۳. استاد رحمته الله در مباحث بیع مطلبی فرموده که در تبیین آنچه در متن آمده مناسب است ذکر شود. ایشان فرموده است: اگر موجب از ایجاب خود عدول کند، مثل اینکه اگر کسی اذن تصرف به شما بدهد و بعداً از اذنی که داده منصرف شود، اذن او که «لا اذن» است و شما حق تصرف ندارید، اما در صورتی که شخص اذن داده و از اذن خود هم عدول نکرده است، ولی این اذن دادن در تصور او نیست، همان اذن اول استندامه حکمی خواهد داشت، مثل نیت در نماز که استندامه حکمی دارد. در مورد مسئله هم اگر موجب از ایجاب و رضایت خودش برگردد و عدول کند، دیگر عقد درست نخواهد بود، اما اگر موجب عدول نکرده باشد، استندامه حکمی دارد و هیچ اشکالی در انعقاد عقد و قبول طرف مقابل وجود ندارد، هرچند در زمان حدوث ایجاب، شخص قابل صلاحیت قبول را نداشته است.

۴. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۰۰.

ملتزم بوده و به آن ترتیب اثر دهند و نمی‌توانند آن را همچون عقد جایز فسخ کنند؛ ولی در عین حال پیش از اینکه قابل، عقد را بپذیرد، عقد لازم مانند عقد جائز است، یعنی موجب می‌تواند ایجاب خود را کالعدم حساب کرده و آن را فسخ کند.

مقدمه دوم: بطلان عقد جائز با اغماء و جنون

مقدمه دوم آن است که اغماء و جنون در عقود جایزه باعث بطلان قهری آن می‌شود. از همین روست که عروض جنون یا اغماء بر موکل پس از توکیل موجب بطلان وکالت می‌شود.

بنابراین عروض اغماء و جنون بر موجب، پیش از قبول قابل در عقود لازمه نیز باعث بطلان ایجاب می‌گردد.^۱

اشکال دلیل سوم

اما این دلیل نیز قابل مناقشه است.

اشکال مقدمه اول: بطلان قیاس مقام با عقود جائزه

اولاً، بر فرض تمامیت کبرا (بطلان هر عقد جائز با عروض اغماء و مانند آن)، این قیاس مع الفارق است؛ زیرا عقودی همچون بیع و نکاح را که پیش از تحقق رکن دوم عقد، زمینه لزوم در آنها وجود دارد، نمی‌توان با عقدی که جایز بوده و اصلاً قابلیت لزوم ندارد قیاس نمود. دلیل لفظی هم در کار نیست تا دلالت کند که هر انشایی که لازم الوفاء نیست با عروض اغماء و جنون باطل می‌شود تا شامل بیع و نکاح (پیش از پذیرفتن قابل) نیز گردد. تنها دلیل، اجماع در عقود جایزه است که بر فرض تمامیت آن نمی‌توان از موردش به این‌گونه عقدهای لازم تعدی نمود؛ لذا این دلیل ناتمام است.

اشکال مقدمه دوم: ثابت نبودن بطلان عقود جائز با اغماء و جنون

ثانیاً، چنان‌که خود صاحب جواهر هم فرموده کلیت مقیّس علیه یعنی بطلان هر عقد جایزی با عروض اغماء و جنون ثابت نیست.^۲ تنها در باب وکالت ادعای

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۷.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۵، ص ۱۰۷.

اتفاق شده^۱ که آن هم محلّ تأمل است و به بررسی نیاز دارد. ولی در هر حال نمی‌توان آن را به صورت کبرای کلی در همه عقود جایز پذیرفت.

دلیل چهارم: عدم صدق معاهده

یکی دیگر از وجوه مذکوره، لزوم صدق معاهده است و ادعا شده که با عروض جنون یا اغماء بین ایجاب و قبول یا در وقت اجراء طرف مقابل، دیگر معاهده صدق نمی‌کند.^۲

کلام آقای حکیم: اعتبار صلاحیت مخاطب و مضرّ نبودن حجر

مرحوم آقای حکیم بین اموری که صلاحیت خطاب را از بین می‌برند مثل خواب و دیوانگی و اغماء، و بین اموری که فقط مانع نفوذ انشاء است تفصیل قائل شده و فرموده است: در هنگام وقوع هر دو رکن عقد، اموری که صلاحیت خطاب را از بین می‌برند، نباید در هیچ یک از متعاقدين وجود داشته باشند، یعنی متعاقدين در موقع تحقق هر دو رکن عقد باید دارای صلاحیت مخاطب باشند؛ زیرا عقد، قراردادی است که بین طرفین واقع می‌شود لذا باید هر دو در حالتی باشند که بتوان به آنها خطاب نمود. اما در اموری که مانع نفوذ انشاء است مثل بالغ نبودن، مفلس شدن و سفه، چون مخاطب مجری صیغه، قابل خطاب شدن است، همین مقدار که هر یک از متعاقدين به هنگام انجام وظیفه خود، متصف به این امور باشند، کافی است.^۳

اشکال اول: خروج موارد صحیح تأهلی از محلّ بحث

اما کلام ایشان، در حقیقت، تفصیل در محلّ بحث نیست؛ زیرا بحث در شرایط صیغه و اهلیت متعاقدين برای اجراء صیغه است و سفیه و مفلس دارای این صلاحیت هستند و مجرد احتیاج عقد سفیه یا مفلس به اجازه ولی یا دّیان^۴ سبب

۱. مسالك الألفهام، ج ۵، ص ۲۴۷.

۲. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۱۷۷.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۹۱.

۴. توضیح بیشتر: البته این اجازه هم در جایی لازم است که سفیه یا مفلس بر مال خودشان معامله می‌کنند، ولی اگر معامله بر روی مال دیگری با اذن یا اجازه آنها باشد، به اجازه هم نیاز ندارد، و همین طور در مورد عقد صبی هم نیاز به اجازه خود پس از بلوغ یا اجازه ولی در جایی است که بر مال خود

نمی‌شود که صیغه سفیه یا مفلّس بی‌اثر باشد، همان طور که در مورد عقد صبیّ بنا بر یک مبنا صبیّ مسلوب العبارة نیست و احتیاج عقد صبیّ به اجازه بعد از بلوغ یا اجازه ولیّ او، به معنای باطل بودن عقد او نیست.

پس بحث در جایی است که در هنگام اجرای صیغه توسط یکی از طرفین عقد، حالاتی همچون خواب و بیهوشی و دیوانگی بر طرف دیگر عقد عارض گشته است؛ لذا اساساً صحت تأهلی هم ندارد، ولی در جایی که فقط صحت فعلی وجود ندارد مسئله دیگری است که خارج از محل بحث است.

اشکال دوم: عدم صحت فعلیه در فرض محجوریت عاقد اول قبل از اتمام رکن دوم عقد
به علاوه کلام ایشان در مورد محجورین ناتمام است؛ زیرا ایشان حتی در صورتی که طرف اول عقد در هنگام اجرای صیغه، واجد صلاحیت بوده و شرایط نفوذ فعلی عقد را دارا باشد ولی هنگام انجام رکن دوم عقد توسط طرف مقابل، به وصفی متصف گردد که انشاء وی را از نفوذ فعلی می‌اندازد مثلاً محجور شود، عقد را نافذ دانسته^۱ در حالی که هنوز شارع حکم به نقل و انتقال نکرده^۲ و مال مورد نظر در ملک مالک سابق است، در این هنگام اگر این شخص - به حکم حاکم یا بدون آن، طبق مبنایی که حکم حاکم را دخیل نمی‌داند - محجور گردد، معامله وی نافذ نخواهد بود.

البته اگر پس از اتمام عقد، این شخص محجور شود، چون مال معامله شده دیگر در ملک او نیست و او نسبت به آن بیگانه است، حکم حجر شامل این مال نخواهد بود.

پس باید بین اهلیت نداشتن طرف دوم عقد در هنگام اجراء رکن اول عقد و بین اهلیت نداشتن طرف اول عقد در هنگام اجراء رکن دوم عقد، فرق گذاشت و

عقد می‌کند.

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۹۲-۳۹۱.

۲. استاد^{قدس سره} در کتاب بیع به خلاف این مطلب تصریح کرده است. ایشان فرموده است: با اینکه هنوز حکم به نقل و انتقال نشده، باز هم معامله صحیح است. شخص در وقت خودش ایجاب کرده است و صحیح است و اگر هر دو در زمان خودشان صالح برای کارشان باشند، هیچ اشکالی ندارد، نه در مشتری و نه در بایع هیچ دلیلی برای بطلان نداریم.

صورت اول را صحیح فعلی و صورت دوم را مشروط به اجازه دیان و ولی دانست.

کلام آقای خوئی

مرحوم آقای خوئی نیز با لحاظ دلیل چهارم (عدم صدق معاهده) در برخی فروض مسئله فتوا به بطلان داده است.

مطلب اول: صدق معاهده در فرض حدوث صلاحیت قابل هنگام تحقق رکن دوم توسط وی ایشان در مورد فرضی که قابل، هنگام ایجاب دارای صلاحیت نبوده ولی هنگام قبول صلاحیت خود را به دست آورده است می‌فرماید: وجهی برای بطلان نیست و معاهده صادق است.^۱

در توضیح کلام ایشان می‌توان گفت: عقد، عبارت از خود ایجاب و قبول نیست؛ زیرا ایجاب و قبول، الفاظی است که در پی هم می‌آیند که حادث هستند و بقایبی ندارند، بلکه عقد، یک قرارداد است که وجودش، حدوث و بقاء دارد؛ لذا تعبیر می‌شود که فلان شخص، عقد را فسخ کرد، در حالی که فسخ، در جایی تعبیر می‌شود که ارتباط بین اجزاء یک موجود قطع گردد. پس عقد، یک امر قاز، و التزامی مرتبط به التزام دیگر است و فرض این است که التزام اول تا هنگام التزام دوم باقی است و التزام دوم هم در زمانی تحقق می‌یابد که التزام اول باقی است، در این صورت، وجهی برای بطلان عقد نیست و لازم نیست که هنگام اجرای رکن اول، طرف دیگر نیز صلاحیت داشته باشد؛ بلکه مهم این است که التزام دوم به شکلی صحیح به التزام اول ملحق و مرتبط گردد، و در صورتی که طرف رکن دوم در هنگام تحقق رکن دوم توسط او دارای صلاحیت باشد، این ارتباط و الحاق به شکل صحیح محقق می‌شود.

مطلب دوم: عدم صدق معاهده در فرض تحقق رکن دوم در زمان زوال صلاحیت خطاب نفر اول اما در فرضی که هنگام ایجاب، هر دو نفر از متعاقدين، واجد صلاحیت هستند ولی موقع قبول، موجب، صلاحیت خود را از دست می‌دهد مثلاً بیهوش یا دیوانه می‌شود، ایشان قائل به بطلان عقد شده است؛ زیرا هنگام تحقق التزام دوم، التزام اول

از بین رفته و لذا دو التزام به هم متصل و مرتبط نمی شوند و معاقدۀ صادق نیست.^۱

مطلب سوم: نفوذ عقد در فرض زوال موقتی صلاحیت بین ایجاب و قبول به دلیل بنای عقلاء در فرض سوم هنگام ایجاب و قبول، متعاقدین واجد صلاحیت هستند اما در فاصله بین ایجاب و قبول، یکی از متعاقدین فاقد صلاحیت می گردد و دوباره هنگام قبول، واجد صلاحیت می شود، ایشان در این فرض می فرماید: دلیلی بر بطلان عقد نیست؛ زیرا هنگام حکم به صحت عقد، دو التزام، به هم مرتبط هستند، پس معاقدۀ صادق است. شاهد این مدعا، بنای عقلاء است که اگر کسی انشاء عقدی کرده و نامه ای به طرف مقابل بنویسد که چنین انشایی انجام گرفته و طرف مقابل هم قبول کند، عقلاء چنین عقدی را صحیح می دانند با اینکه در فاصله بین انشاء موجب و قابل، ممکن است غفلت های زیادی پدید آید، مثلاً خواب عارض شود، اما عقلاء به این غفلت ها اعتنایی نمی کنند و اینها شاهد بر این مطلب است که استمرار صلاحیت در این جا لازم نیست.^۲

نقد کلام آقای خوئی: نفوذ عقد در فرض مطلب دوم به دلیل بنای عقلاء تعبیر ایشان، موجب و قابل است ولی تعبیر جامع و بهتر، عاقد اول و عاقد دوم یا طرف رکن اول و طرف رکن دوم است؛ چون گاهی ایجاب، مؤخر و قبول، مقدم می شود. شاهدی هم که ایشان برای فرض سوم بیان کرد، دلیلی برای رد تفصیل ایشان در بحث است و در حقیقت این سیره، شاهدی است بر اینکه بین صورتی که صلاحیت یکی از متعاقدین در فاصله بین ایجاب و قبول از بین رفته باشد، و صورتی که صلاحیت موجب در هنگام قبول از بین رود فرقی نیست و همین سیره عقلاء، خصوصاً در گذشته که بین دو کشور قرارداد منعقد می شد و بین ایجاب و قبول، هفته ها و ماه ها فاصله می افتاد گویای این است که در قراردادها، استمرار حقیقی لازم نیست، بلکه استمرار حکمی کافی است^۳، به این معنا که هنگام

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۶۰.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۶۰-۱۶۱.

۳. در نیت نماز نیز همین استمرار حکمی و عدول نکردن از نیت معتبر است و لازم نیست که اخطار در ذهن و مانند آن تا آخر زمان باقی باشد.

انشاء طرف دوم، طرف اول از التزام خود برنگشته باشد گرچه هنگام انشاء طرف دوم خواب یا غافل باشد؛ لذا همین مقدار برای ارتباط التزام دوم به التزام اول کافی است. از علامه حلی کلامی ذکر شد که نشان می‌داد ایشان نیز استمرار صلاحیت متعاقدین را قائل نیست.^۱

پس این سیره عقلاء شاهد بر آن است که در فرض دوم هم مانند فرض سوم، عقد صحیح بوده و وجهی برای بطلان نیست. معاهده به معنای ارتباط پیدا کردن عقد به طرفین است و چون عقد دارای بقاء است، تا زمانی که طرف اول از انشاء خود رجوع نکرده باشد، التزام او در عالم اعتبار باقی است و همین که طرف دوم با انشاء به آن ملتزم شود، این عقد به طرفین مرتبط می‌شود. لذا دلیل چهارم نیز برای اثبات اعتبار بقاء اهلیت طرفین، تمام نیست.

دلیل پنجم: انصراف ادله صحت عقود از مقام و جریان اصل فساد
ممکن است گفته شود ادله صحت عقود، از فروضی که طرفین عقد در بعضی از مدت عقد صلاحیت برای عقد را نداشته‌اند، منصرف است و لذا شامل آن فروض نمی‌شود^۲ و پس از انصراف ادله و نبود دلیل بر صحت عقد در این موارد، زمینه تمسک به استصحاب فراهم می‌آید که اقتضا می‌کند در این فروض مشکوکه، نقل و انتقالی حاصل نشده باشد؛ بنابراین چنین عقدی باطل است.

اشکال: حجت نبودن انصراف بدوی

اما انصراف، گاهی بدوی و گاهی مستقر است. انصراف بدوی آن است که ذهن شخص عادی فقط در مرحله تصور، به یک موردی منتقل نمی‌شود و لذا آن مورد

توضیح بیشتر: نیت نماز را بسیاری از قدماء به اخطار به قلب تفسیر می‌کرده‌اند؛ لذا چون این حالت غالباً به صورت بالفعل استمرار ندارد، استمرار حکمی آن را کافی می‌دانند؛ یعنی نیت متضاد با نیت اول نداشته و در خزانه قلب وی نیت موجود باشد به گونه‌ای که اگر التفات داده شود، اخطار فعلیت پیدا می‌کند. متأخرین معمولاً نیت را از باب داعی و انگیزه الهی می‌دانند، که در اینجا استمرار حقیقی آن امکان داشته و استمرار حکمی مطرح نیست.

۱. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۳.

رک: ذیل دلیل اول (اجماع).

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۴.

فقط خارج از تصوّر است، اما اگر به آن توجه کند می‌گوید: این مورد با سایر موارد فرقی ندارد و آن هم همین حکم را دارد. ولی انصراف مستقرّ آن است که ذهن مردم عادی به آن مورد توجهی نمی‌کند و اگر هم به آن توجه کند تصدیق می‌کند که آن مورد خارج از دلیل است و حکم موجود در دلیل شامل آن نمی‌شود؛ مثلاً اگر کسی در معامله بگوید این لباس را به صد هزار تومان خریدم، با اینکه در ذهنش پولی که در جیبش بود، آمده بود نه پول‌های دیگر، اما این فقط انصراف تصویری است و منشأ انصراف تصدیقی از بقیه پول‌ها نیست؛ زیرا اگر به او بگویند فقط همین پول در جیب مراد توست می‌گوید فرقی ندارد.

انصرافی که حجت است انصراف مستقرّ و تصدیقی است و برای روشن شدن اینکه آیا در این بحث، ادله انصراف مستقرّ از این فروض دارند یا نه، باید وجوه دیگری که برای لزوم بقاء صلاحیت طرفین اقامه شده است، ملاحظه گردد تا معلوم شود که بعد از توجه به آن وجوه هم، ذوق عرفی، حکم به انصراف می‌کند یا خیر؟ در بررسی دلیل چهارم گذشت که سیره عقلاء بر صحت عقود انجام شده از طریق مکاتبات است و این از عدم اشتراط صلاحیت مخاطب و اهلیت متعاقدین در تمام مدت عقد کشف می‌کند، در نتیجه وجهی برای ادعای انصراف نیست؛ زیرا انصراف همیشه ناشی از اموری مانند ارتکازات عرفیه، بناء عقلا و مناسبات حکم و موضوع (که همه امور عقلانی هستند) است و وقتی سیره عقلاء بر انجام چنین عقدی باشد (که ایجاب در شهری و قبول در شهر و زمان دیگر و همراه با تخلّل نوم و غفلت یا در حال نوم و غفلت موجب، انجام شده است) دیگر منشأی برای ادعای انصراف ادله از چنین عقدی وجود نخواهد داشت.

نظر مختار: اختصاص بطلان عقد به فرض زوال طولانی عقل

لذا تمام وجهی که برای بطلان در موارد مورد بحث ذکر شد، مخدوش و ناتمام است و بر فرض که اجماع معتبر در مسئله وجود داشته باشد، ولی تعدّی از مثل جنون و اغماء به نوم و غفلت، آن‌طور که مرحوم سید در عروه مدعی وجود اجماع

و انصراف و عدم صدق معاقدہ در آنها نیز شدہ است، بی تردید صحیح نیست، و برای همین است کہ در باب وکالت کہ ادعای اتفاق بر بطلان آن با عروض جنون و اغماء شدہ، کسی عروض نوم و غفلت را (غیر از شہید ثانی کہ در آن تردید دارد) موجب بطلان آن ندانستہ است.

البتہ عقلاء، جنونی را کہ طولانی و مستقر شود موجب زوال التزامات شخص می دانند؛ لذا اگر پس از ایجاب، چنین حالتی عارض شود، قبول قابل، بدون تجدید ایجاب، مفید نخواہد بود؛ اما جنون موقت و اغماء کہ پس از مدتی اندک بر طرف می شود موجب بطلان عقد نیست. مستی ہم کہ یک نوع زوال موقت عقل است، مانند اغماء محسوب می شود و موجب بطلان نمی شود.

۱. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۰۰: «و لا یضَرَّ عروض النوم، كما لا یقدح ذلك في الوكالة و نحوها، لكن هل یصحّ الإتيان بالقبول من الآخر حالته؟ قيل: لا، و به قطع في التذكرة، لأنّ التخاصب بين المتعاقدين معتبر، و هو منتف مع نوم صاحبه، ... و یحتمل الصّحة هنا، لأنّ الإیجاب توجّه إلى هذا القابل قبل النوم، و الأصل الصّحة.»

البتہ در مسالك در مبحث وکالت، شہید ثانی بدون اظهار تردید حکم بہ صحت کردہ است: مسالك الأفهام، ج ۵، ص ۲۴۷: «قوله: "و لا تبطل الوكالة بالنوم و إن تطاول" لبقاء أهلية التصرف، و من ثمّ لا تثبت عليه به ولاية. و مثله السكر إلا أن بشرط في الوكيل العدالة، كوكيل ولي اليتيم و ولي الوقف العام و وكيل الوكيل مطلقا، فتبطل وکالته بالشكر الاختياري. و کذا لو فعله الموكّل الذي تشترط عدالته. و قيد في اللمعة النوم المتطاول بأن لا يؤذي إلى الإغماء. و هو حسن إلا أنه خرج عن موضع الفرض.»

بررسی اعتبار تعیین ثبوتی و اثباتی زوجین در عقد

بررسی اعتبار تعیین ثبوتی و اثباتی زوجین در عقد

مسألة ۱۷: «یشترط تعیین الزوج و الزوجة علی وجه یمتاز کل منهما عن غیره بالاسم أو الوصف الموجب له أو الإشارة فلو قال «زوجتک إحدى بناتی» بطل و کذا لو قال «زوجت بنتی أحد ابنیک أو أحد هذین» و کذا لو عین کل منهما غیر ما عینه الآخر بل و کذا لو عینا معینا من غیر معاهدة بینهما بل من باب الاتفاق صار ما قصده أحدهما عین ما قصده الآخر و أما لو کان ذلك مع المعاهدة لکن لم یکن هناك دال علی ذلك من لفظ أو فعل أو قرينة خارجية مفهمة فلا یبعد الصحة وإن کان الأحوط خلافه.»^۱

توضیح اجمالی عبارت عروه

گاهی مراد از اشتراط تعیین، تعیین اثباتی است؛ یعنی عنوانی که موجب یا قابل در کلامشان اخذ می‌کنند باید معجل نبوده بلکه دارای مشخصه‌ای باشد که با زوج یا زوجة مورد نظر انطباق پیدا کند، و گاهی مراد، تعیین ثبوتی است، یعنی صرف نظر از عنوان اخذ شده در کلام، در واقع، زوج یا زوجة معینی را به ازدواج درآورند. تعیین ثبوتی هم گاهی به نحو شخصی است، مانند اینکه بگوید دخترم فاطمه را به ازدواج

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۴-۸۵۵.

شروط مطرح شده در مسائل قبل، مربوط به شرایط متعاقدين بما هما متعاقدين بود. اما برخی شرایط مربوط به خود زوجین بما هما زوجین است؛ مثلاً زوجین باید معین باشند - نظیر آنچه در شرایط عوضین در مباحث معاملات مطرح است - یا مثلاً آیا زوجین می‌توانند «حمل» باشند؟ که این مسئله نیز پس از مسئله تعیین زوجین خواهد آمد (مسألة ۲۰: «لا یصح نکاح الحمل و إنکاحه و إن علم ذکورته أو أنوثته ...»).

این مطلب نیز توجه شود که برخی مسائل مثل اعتبار کفالت (اعتبار اسلام و ایمان) در زوجین را ممکن است بتوان در مباحث شرایط زوجین بحث کرد، گرچه در موانع نکاح یا اسباب حرمت نکاح بررسی می‌شود. صاحب عروه نیز این نوع مسائل را به تبعیت از سابقین در بحث جاری مطرح نکرده است.

تو درآوردم، و گاهی به نحو کلی بین چند نفر است، مانند اینکه بگوید یکی از دخترانم را به ازدواج تو در آوردم، یا بگوید دخترم را به ازدواج یکی از پسرانم در آوردم. در مقابل این دو صورت، صورت اجمال است یعنی عقد را نه بر فرد معین و مشخصی اجراء می‌کند و نه بر کلی بین چند نفر، بلکه می‌خواهد صرفاً ازدواجی در مقابل عدم صرف صورت گیرد، اما به تعیین آن حتی به نحو کلی در معین، نظری ندارد.

مرحوم سید می‌فرماید: در صحت ازدواج شرط است که هر یک از زوجین به وسیله اسم یا وصف یا اشاره از دیگران متمایز شوند و لذا اگر ازدواج بر عنوان جامع و کلی قرار گیرد که ثبوتاً نیز دارای تعین نیست، عقد باطل است، مانند اینکه بگوید: یکی از دخترانم را به ازدواج تو در آوردم، یا بگوید: دخترم را به ازدواج یکی از پسرانم در آوردم. همچنین است اگر به نحو قضیه مهمله باشد. در کلام مرحوم سید به صورت اجمال تصریح نشده است، ولی از اطلاق کلام ایشان که می‌گوید: «باید زوج و زوجه ثبوتاً متعین باشند» فهمیده می‌شود که اجمال هم صحیح نیست. البته صورت اجمال غیر از صورت ابهام است. در اجمال تعین ثبوتی وجود دارد، ولی لفظ قابل انطباق بر چند نفر است. مرحوم سید صورت اجمال را جداگانه ذکر کرده است.

همچنین اگر هر یک از موجب و قابل در انشاء خود، فردی غیر از فرد مورد نظر طرف مقابل را تعیین کنند، این عقد باطل است؛ زیرا عقد بر دو نفر جداگانه واقع شده است و طرفین اتفاق نظر ندارند. بلکه اگر فرد مورد نظر هر دو طرف، ثبوتاً معین بوده و بر هم منطبق باشند ولی هنگام عقد هیچ‌یک از مقصود طرف دیگر آگاه نبوده و به طور اتفاقی فرد مورد نظر هر یک با دیگری منطبق شده باشد، چنین عقدی در نظر مرحوم سید باطل است؛ زیرا معاهده آنها بر فرد معینی نبوده است. اما در جایی که بر فرد معینی معاهده شده باشد و مقصود هر دو طرف یکی باشد ولی در مقام اثبات، دلیلی لفظی یا قرینه‌ای خارجی که دلالت بر آن فرد معین کند موجود نباشد، مرحوم سید فرموده بعید نیست که عقد صحیح باشد، هرچند احتیاط استحبابی این است که به صحت عقد حکم نشود.

لذا مسئله جاری فروع مختلفی دارد که در ذیل بررسی شده است.

فرع اول: بطلان عقد در فرض تعیین کلی زوجین

فرع اول این است که اگر کسی بدون تعیین و به صورت کلی با تعبیراتی مثل «احدی بناتی» یا «احد ابنیک» در مورد زوجه یا زوج، (بدون آنکه در نیت، یکی از آنها را مشخص کند) عقدی انشاء کند، این تعبیرات کافی نبوده و عقد باطل است.^۱

بررسی وجوه بطلان عقد

در این فرع، وجوهی برای اثبات بطلان عقد مطرح است.

وجه اول: اجماع

وجه اول، اجماع است. شیخ طوسی در مبسوط^۲ و ابن ادریس در سرائر^۳ قائل به بطلان شده‌اند و بسیاری از جمله علامه در تذکره^۴ و مرحوم فاضل هندی در کشف اللثام^۵ بر بطلان عقد بدون تعیین ادعای اجماع کرده‌اند.

اشکال: عدم تحقق اجماع و عدم حجّیت آن در مسائل فرعی نادر

اما اجماع در صورتی حجّت است که اتصال آن به زمان معصوم محرز باشد، در حالی که احراز این اتصال در مورد مسائل نادر و غیر معروف به هیچ وجه ممکن نیست؛ بلکه اصلاً چنین مسائلی در کلمات فقهاء در سطحی مطرح نبوده که بیانگر این باشد که این مطلب از فقهاء پیشین به ایشان رسیده است، و همچنین این مسئله از مسائلی که بین راویان و اصحاب ائمه علیهم‌السلام مطرح بوده، نیست. لذا در روایات از سؤال در مورد این مسئله اثری نیست و بر فرض که در زمان معصومین فی الجمله مطرح بوده، ولی از فقدان تخطئه و ردع نمی‌توان با معیار «لو کان لبان» تقریر و امضاء معصوم را نتیجه گرفت؛ زیرا کشف تقریر در مورد مسائلی است که مبتلی به بوده و از معروفیت کافی برخوردار باشد، لذا در مسائل فرعی نادر که بسیار

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۴.

۲. المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۲.

۳. السرائر، ج ۲، ص ۵۷۳.

۴. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۴.

۵. کشف اللثام، ج ۷، ص ۴۹.

کم اتفاق می افتد جاری نیست. پس با ادعای اجماع نمی توان لزوم تعیین طرفین عقد نکاح را اثبات نمود.

ممکن است گفته شود از آیه شریفه «أُرِيدُ أَنْ أَمْكُحَكَ إِحْدَى ابْنَتَي هَاتَيْنِ»^۱ استفاده می شود که ازدواج با جامع و قدر مشترک از قدیم مطرح بوده است.

اما معلوم نیست که این عبارت در آیه شریفه، صیغه نکاح باشد و ظاهراً گفتگوهای مقدماتی عقد است و اگر در مورد صیغه نکاح بود، زمینه سؤال از ائمه واقع می شد، در حالی که حتی یک مورد هم درباره این آیه شریفه سؤال نکرده اند.

وجه دوم: قیاس نکاح با سایر عقود در اشتراط تعیین

وجه دوم کلامی از علامه در تذکره است که می فرماید: همچنان که در بیع و سایر عقود باید عوضین مشخص باشد، در عقد نکاح نیز باید زوجین معین باشند؛ چون عقود از این جهت از یک سنخ بوده و تفاوتی بین آنها نیست و تعیین از اموری است که عقلاء در تمامی عقود معتبر می دانند.^۲

اشکال: جواز بیع و اجاره کلی و نبود دلیل بر اعتبار کلی نبودن عوضین یا طرفین

اما کلام علامه در مورد مشابهت عقد نکاح و بیع و ضرورت تعیین عوضین در تمامی عقود، تمام نیست؛ زیرا دلیل عامی که تعیین طرفین عقد را در همه عقود لازم بداند، وجود ندارد.

این امر حتی در مورد بیع نیز صحیح نیست و مسلم است که مبیع در برخی اقسام بیع می تواند کلی در ذمه، یا کلی در معین (صاع من صبرة) باشد. همچنین یک طرف عقد (بایع یا مشتری) ممکن است «جهت» باشد که کلی است. عقد اجاره نیز مانعی ندارد که بر کلی واقع شود، و برای صحت آن، همین مقدار کافی است که با تسلیم فردی از کلی، امکان انتفاع فراهم می گردد.^۳ در برخی از روایات

۱. القصص، ۲۷.

۲. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۴.

۳. ر.ک: کتاب اجاره (تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی)، ذیل فصل ۶، فصل فی العین المستأجرة، م ۱ عروه: «لا بأس بإجارة حصّة من أرض معینة مشاعة كما لا بأس بإجارة حصّة منها علی وجه الکلی فی المعین مع مشاهدتها علی وجه یرتفع به الغرر و أما إجارتهما علی وجه الکلی فی الذمة فمحل إشکال بل

هم در خصوص متعه، تعبیر «هنّ مستأجرات» آمده است؛ یعنی آنان در حکم اجیرانی هستند که منافعشان مورد اجاره واقع شده است.

پس این مطلب مسلمی نیست که در عقود به طور کلی باید عوضین و طرفین عقد معین باشند، و همچنان که در عقد بیع و اجاره، کلی بودن یک طرف، سبب بطلان آن نمی شود، بُعدی ندارد که طرف عقد نکاح نیز کلی باشد.

وجه سوم: عدم امکان استمتاع از زوجه کلی

در تذکره^۱ و در برخی کتب دیگر^۲ آمده است که چون جواز استمتاع از آثار عقد نکاح است و استمتاع از طبیعت و جامع ممکن نیست و جز با تعیین زوج و زوجه امکان پذیر نمی گردد، لذا تنها عقدی صحیح است که طرفین عقد معین باشند.

اشکال اول: امکان استمتاع فعلی بعد از تسلیم فرد از کلی

اما برای صحت عقد، لغو نبودن و ترتّب ثمره بر آن کافی است، اما اینکه یکی از شرایط صحت عقد، جواز بالفعل استمتاع باشد، دلیلی ندارد. بنابراین، ممکن نبودن استمتاع از کلی، دلیل بر بطلان عقد نخواهد بود؛ زیرا طرف عقد وظیفه دارد آنچه را که مورد عقد واقع شده، تسلیم کند، و تسلیم کلی نیز به تسلیم فرد آن است و همین که فرد را تسلیم کند، استمتاع نیز امکان و فعلیت پیدا می کند، مانند عقد حائض که استمتاع از او جایز نیست، ولی پس از رفع محذور حیض، استمتاع از او بدون مانع است^۳، لذا عقدش در حال حیض نیز

قد يقال بعدم جوازها لعدم ارتفاع الغرر بالوصف ولذا لا يصح السلم فيها وفيه أنه يمكن وصفها على وجه يرتفع فلا مانع منها إذا كان كذلك؛ و م ۱۱: «لا فرق في المرتضع بين أن يكون معيناً أو كلياً ولا في المستأجرة بين تعيين مباشرتها للإرضاع أو جعله في ذمتها...».

۱. الکافي، ج ۵، ص ۴۵۲، ح ۷: الحسين بن محمد عن أحمد بن إسحاق عن سعدان بن مسلم عن عبيد بن زرارة عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ذكرت له المتعة أي من الأربع فقال تزوج منهن ألفاً فإنهن مستأجرات».

۲. تذكرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۴.

۳. برای نمونه: مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۰۷.

۴. در این نظیر اشکالی به نظر می رسد؛ زیرا در زن حائض، سایر استمتاعات، ممکن است و فقط تمتع خاص ممکن نیست.

صحیح است.^۱

اشکال دوم: شرط نبودن امکان استمتاع فعلی در صحت تأهلی

به علاوه، بر فرض که امکان استمتاع، یکی از شرایط نفوذ و صحت فعلیه عقد نکاح باشد، ولی لازمه اش این نیست که عقد نکاح به طور کلی باطل باشد؛ بلکه ممکن است عقد نکاح صحیح باشد اما نفوذ آن و حصول علقه زوجیت بعد از تعیین کلی باشد، همچنان که بیع صرف و سلم به مجرد انشاء عقد صحیح است ولی تا وقتی قبض صورت نگرفته، ملکیت حاصل نمی شود. همچنین در بیع خیارى بنا بر نظر مرحوم شیخ طوسی تا زمانی که خیار منقضى نشده، ملکیت حاصل نمی شود.^۲ لذا در نکاح نیز ممکن است گفته شود عقد نکاح بر کلی، صحت تأهلی دارد و باطل نیست ولی تا وقتی کلی، معین نشده است، صحت فعلیه پیدا نکرده و زوجیت محقق نمی شود. پس این استدلال تذکره بر شرطیت تعیین زوج و زوجه نیز تمام نیست.

وجه چهارم: عدم تحقق زوجیت در نزد عقلاء بدون معین بودن طرفین

وجه چهارم، وجهی است که در کلام مرحوم آقای حکیم مطرح شده است. ایشان می فرماید: زوجیت، اعتبار خاصی است که عقلاء طبق مرتکرات خود، آن را بدون تعیین طرفین محقق نمی دانند، بلکه همچون اخوت و ابوت و بنوت از امور ذات اضافه است که در اعتبار عقلاء بر امر معین واقع می شود. ایشان محل بحث را به مواردی تشبیه کرده است، مثل اعتبار زوجیت برای میت

۱. توضیح بیشتر: عقد دائم دختر شیرخوار نیز چنین است؛ زیرا پس از بزرگ شدن استمتاع از او ممکن می گردد لذا عقدش در حال کودکی صحیح است.

۲. استاذ^۳ در مقام تبیین مبنای شیخ طوسی نبوده و تنها در صدد آن است که تنظیر را بیان کند. طبق مبنای شیخ طوسی بین خیار داشتن خصوص مشتری و خیار داشتن خصوص بائع یا بائع و مشتری - هر دو با هم - تفاوت است:

الخلاف، ج ۳، ص ۲۲: «فان كان (العقد) مطلقاً فإنه يلزم بالافتراق بالأبدان، و ان كان مشروطاً يلزم بانقضاء الشرط، فان كان الشرط لهما أو للبائع فإذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم، و ان كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد، لكنه لم ينتقل إلى المشتري حتى ينقضي الخيار، فإذا انقضى ملك المشتري بالعقد الأول».

یا غیر انسان که اعتبار صحیحی نیست؛ زیرا طبیعت زوجیت، یک نحوه ارتباط بین دو طرف است و این نحوه رابطه در میت یا غیر انسان معقول نیست.^۱

اشکالات وجه چهارم

اما این وجه قابل مناقشه است؛ زیرا:

اشکال اول: نبود ارتکاز بر بطلان عقد کلی

اولاً، لزوم تعیین دو طرف عقد نکاح از مطالبی نیست که مرتکز عقلاء باشد؛ زیرا اعتبار نکاح بر کلی از اموری نیست که عقلاء از اعتبار آن اباة داشته باشند، مثلاً اگر کسی بگوید یکی از این دو مال، ملک تو باشد، عقلاء آن را صحیح دانسته و برای او اعتبار ملکیت می‌کنند و یک نحوه قیمومیتی برای او بر این مال اعتبار می‌کنند. همچنین وقتی پدری می‌گوید: یکی از دو دخترم همسر تو باشد، انکار صحت تأهل چنان عقده کاملاً بدون وجه است و به هیچ وجه خلاف ارتکاز عقلاء نیست که این عقد صحیح باشد، اما زوجیت زمانی حاصل می‌شود که پدر این دو دختر، همسر این مرد را معین کند تا قابل تسلیم باشد، خصوصاً در عقد متعه که در روایات، زوجه مستأجر شمرده است^۲، گویا ولی دخترها، یکی از دو دختر خود را در اجاره شوهر قرار داده و بعداً تعیین کرده و تسلیم می‌کند.

اشکال دوم: خلاف عرف نبودن بقاء زوجیت با همسر میت و ازدواج با جن

ثانیاً، مثال‌هایی که ایشان مطرح کرده محل مناقشه است؛ زیرا در فرضی که مردی تازه از دنیا رفته، در نزد عرف این مرد هنوز شوهر محسوب می‌شود و اگر کسی - اعم از خود این زن یا دیگری - به این مرد نگاه کند، گفته می‌شود که نگاه به شوهر این زن شده است. برخی از احکام نیز شرعاً جاری است، مانند جواز غسل توسط زوجه. البته وقتی دفن شد مطلب دیگری است، ولی در همان اوایل زمان پس از مردن، زوجیت صادق است.

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۹۳.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۵۲، ح ۷: الحسین بن محمد عن أحمد بن إسحاق عن سعدان بن مسلم عن عبید بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «ذكرت له المتعة أهي من الأربع فقال تزوج منهن ألفاً فإنهن مستأجرات» (وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص ۱۸، ح ۲).

همچنین زوجیت بین انسان و غیر انسان مثل جنّ نیز از اموری است که بر اساس مفاد بعضی روایات^۱، ممکن فرض شده است و چون استمتاع آنان از یکدیگر امکان پذیر است، نمی توان اعتبار آن را غیر عقلایی دانست. در تاریخ قاجاریه نوشته اند که یکی از پسرهای فتحعلی شاه که گمان می کنم شیخ الملوک است، حاکم نهاوند بوده، کسی او را فریب می دهد که من شاه جن را برای تو عقد می کنم و آن بیچاره هم باور کرده بود.^۲ چنین ازدواج هایی گرچه صحیح نیست، اما به گونه ای نیست که قابل اعتبار عقلایی نباشد. البته عقلاء، ازدواج انسان با جماد یا گیاه را اعتبار نمی کنند.^۳

وجه پنجم: شامل نشدن ادله صحت عقد نکاح نسبت به عقد کلی

مرحوم آقای خوئی علاوه بر استدلال به اینکه قوام زوجیت به افراد خارجی است

۱. الکافی، ج ۵، ص ۵۶۹، ح ۵۸: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن الحسين بن سعيد عن صفوان بن یحیی عن خالد بن إسماعیل عن رجل من أصحابنا من أهل الجبل عن أبي جعفر علیه السلام قال: «ذكرت له المجوس وأتهم يقولون نکاح کنکاح ولد آدم وإنهم یحاجوننا بذلك فقال أنا أنتم فلا یحاجونکم به لما أدرك هبة الله قال آدم یا ربّ زوج هبة الله فأهبط الله ﷻ له حوراء فولدت له أربعة غلّة ثم رفعها الله فلما أدرك ولد هبة الله قال یا ربّ زوج ولد هبة الله فأوحى الله ﷻ إليه أن یخطب إلى رجل من الجنّ وكان مسلماً أربع بنات له علی ولد هبة الله فزوجهن فما كان من جمال وحلم فمن قبل الحوراء والثبوة وما كان من سفه أو حدة فمن الجنّ»؛ صحیفة الإمام الرضا علیه السلام، ص ۹۳-۹۴، ح ۲۹؛ و باسناده إلى الحسين بن علی علیه السلام قال: جاء رجل إلى الحسن بن علی علیه السلام فقال حقّ ما یقول الناس، إنّ آدم زوج هذه البنت من هذا الابن فقال حاشا الله ﷻ [الله] کان لآدم علیه السلام ابنان و هو شیث و عبد الله، فأخرج الله لشیث حوراء من الجنة، وأخرج لعبد الله امرأة من الجنّ فولد لهذا ولد لذلك فما کان من حسن و جمال فمن ولد الحوراء، و ما کان من قبح و بذاء فمن ولد الجنّة.

۲. دستور الأعقاب، ص ۱۵۷.

۳. شاید اشکال شود که ظاهراً یا به احتمال قوی مراد آقای حکیم ایجاد زوجیت است نه بقاء زوجیت؛ لذا ایشان در این کلام، بقاء زوجیت نسبت به شوهر از دنیا رفته را انکار نکرده است. موافق ارتکاز بودن ازدواج انسان با جنّ نیز روشن نیست. البته اگر شارع آن را اعتبار کند، ارتکاز انکاری نسبت به آن وجود ندارد و آقای حکیم نیز مدعی ارتکاز انکاری نشده است. اما پاسخ این است که ایشان مقام را نظیر اخوت و ابوت دانسته است؛ یعنی اصلاً نمی توان زوجیت بدون تعیین را تصور کرد و قابل اعتبار نیست؛ لذا ایشان در ازدواج با میت یا جنّ نیز قائل است که امکان اعتبار وجود ندارد و طبق این استدلال بین ایجاد زوجیت و بقاء آن فرقی نیست.

می‌فرماید: این مطلب از برخی آیات و روایات نیز استفاده می‌شود، مثل: «وَأَنْكَحُوا الْأَيَّاتِي مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ»^۱ و مانند: «فَأَنْكَحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ»^۲، به این بیان که حکم در آنها انحلالی است نه مجموعی تا مقصود این باشد که مجموع آنان را مثلاً جمع کرده و آنان را به ازدواج درآورید، و مقتضای انحلال این حکم عام، جواز نکاح برای فرد فرد زنان و مردانی است که به ازدواج نیاز دارند؛ یعنی این حکم در مورد مردان و زنان به افراد آنها مثل زید، بکر، عمرو و فاطمه، زینب، ام کلثوم انحلال پیدا می‌کند؛ پس این ادله شامل عقد کلی نمی‌شوند.^۳ اما این وجه نیز ناتمام است؛ زیرا:

اشکال اول: دلالت نداشتن ادله «صحّت نکاح در فرض تعیین» بر اشتراط تعیین اولاً، وقتی موضوع آیات، منحصر به عناوین خاصی مثل «الْأَيَّاتِي» و «مَا طَابَ لَكُمْ» بود، فقط می‌توان گفت که موضوع این ادله، افراد معین است، ولی این، به معنای دلالت داشتن بر اشتراط تعیین نیست تا در صورت عدم تعیین بتوان بطلان عقد را نتیجه گرفت.

اشکال دوم: تنافی نداشتن انحلالی بودن مورد آیات با کلی بودن مورد عقد ثانیاً، انحلالی بودن آیات مذکور نیز به این معنا نیست که موضوع آن فرد معین باشد نه کلی؛ زیرا مانعی ندارد آیات مذکور به مواردی منحلّ شود که برخی از آنها کلی باشند، چنان‌که در «تَبَارَءَ عَنْ تَرَاضٍ»^۴ رضایت به جامع و رضایت به فرد، قابل تصویر است. در مثل «مَا طَابَ لَكُمْ» (آنچه مطابق میل شماست) نیز ممکن است به فرد یا جامعی که مطابق میل است انحلال صورت پذیرد؛ زیرا «مَا طَابَ لَكُمْ» همچنان‌که می‌تواند فرد باشد، ممکن است کلی باشد که پس از عقد به وسیله تسلیم یکی از افراد کلی، متعین می‌گردد.

۱. النور، ۳۲.

۲. النساء، ۳.

۳. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۶۱.

۴. النساء، ۲۹.

نظیر این مطلب فراوان است؛ مثلاً در باب استصحاب، «لا تنقض یقین بالشک»^۱ نیز انحلالی است و به مصادیق یقین و شک منحل می‌شود، در عین حال گاهی مستصحاب شخصی و گاهی کلی است، مثلاً گاهی به وجود زید در سابق یقین داریم و گاهی یقین داریم که کلی انسان سابقاً وجود داشته و الان مشکوک است. خلاصه، لازمه انحلال عام این نیست که فقط به افراد معین منحل شود؛ لذا این استدلال آقای خوئی برای اثبات شرطیت تعیین نیز ناتمام است.

نظر مختار: بطلان عقد به دلیل احراز نشدن بنای عقلاء و رجوع به اصل فساد

اما با اینکه دلالت هیچ‌یک از وجوه فوق برای اثبات اشتراط تعیین و بطلان عقد در صورت عدم تعیین تمام نیست، ولی اثبات بناء عقلاء بر صحت عقد بدون تعیین طرفین نیز مشکل است و با توجه به مقتضای اصل اولی که عدم انتقال است^۲، فنوای مرحوم سید به اشتراط تعیین زوج و زوجه در صحت نکاح و بطلان ازدواج با زوج یا زوجة کلی، صحیح است.

فرع دوم: بطلان عقد در فرض عدم اتحاد مقصود متعاقدين در فرد مورد نظر

فرع دوم این است که هریک از متعاقدين فردی غیر از شخصی که دیگری اراده کرده، قصد کند که در این جا بطلان عقد واضح است.^۳

۱. تهذیب الأحکام، ج ۱، ص ۸، ح ۱۱؛ و بهذا الإسناد عن الحسين بن سعيد عن حماد عن حريز عن زرارۃ قال: «قلت له الرجل ينام و هو على وضوء أتوجب الخفقة و الخفقتان عليه الوضوء فقال يا زرارۃ قد تنام العين و لا ينام القلب و الأذن فإذا نامت العين و الأذن و القلب فقد وجب الوضوء قلت فإن حرك إلى جنبه شيء و لم يعلم به قال لا حتى يستيقن أنه قد نام حتى يجيء من ذلك أمر بين و إلا فإنه على يقين من وضوئه و لا ينقض اليقين أبداً بالشك و لكن ينقضه يقين آخر».

۲. بر اساس قانون عقلاء وقتی چیزی قبلاً ملک کسی بوده است، باید ثابت شود که از ملک او خارج شده است، چه در شبهات حکمیة و چه در شبهات موضوعیة؛ لذا اگر هم استصحاب را در شبهات حکمیة جاری ندانیم، باز می‌توانیم به اصالة الفساد تمسک کنیم. در مورد زوجیت نیز بنای عقلاء چنین است.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۴.

فرع سوم: بطلان عقد در فرض اتحاد اتفاقی فرد مورد نظر متعاقدين

فرع سوم این است که فرد مورد نظر متعاقدين در عقد یکی باشد، ولی بدون قرار قبلی و به طور اتفاقی مرادشان از فرد مورد نظر، مطابق شده است که مرحوم سید این صورت را باطل دانسته است.^۱

فرع چهارم: احتیاط استحبابی بطلان عقد در فرض اتحاد فرد مورد نظر در قرار قبلی

فرع چهارم این است که بر خلاف فرع سوم، قرار قبلی در کار بوده ولی در صیغه عقد، لفظ یا فعل یا قرینه خارجیّه دالّ بر فرد معین را قرار ندهند که مرحوم سید احتیاط استحبابی در بطلان کرده است.^۲

اشکال بر فرع چهارم

دو اشکال بر فرع چهارم مطرح است.

اشکال اول: وجیه نبودن احتیاط استحبابی به دلیل تحقق عقد بر اساس قرار قبلی

اشکال اول این است که مرحوم آقای خوئی می‌فرماید: بعد از اینکه متعاقدين صحبت و قرار قبلی داشتند و مطابق آن هم عقد را منعقد کردند، وجهی برای بطلان عقد باقی نمی‌ماند؛ پس باید به طور جزم به صحت عقد حکم شود.^۳

پاسخ: عدم جزم به اتحاد مقصود طرفین به دلیل احتمال انصراف متعاقدين از قرار قبلی

اما در مسئله فرض نشده که هر یک از طرفین می‌دانند که مقصود طرف مقابل با مقصود او مطابق است و از معاهده قبلی منصرف نشده است، بلکه احتمال انصراف وجود دارد، هرچند واقعاً منصرف نشده باشد. از این جهت، مرحوم سید

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۴.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۴.

۳. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۶۲.

می‌فرماید: بعید نیست که نفس انجام شدن عقد بعد از قرار قبلی، قرینه عرفی بر اتحاد مقصود باشد، هر چند دالّ لفظی یا قرینه خارجی دیگری در کار نیست، و چون مسئله از بدیهیات نبوده و علم آور نیست بلکه تنها اماره عرفی قائم شده است، احتیاط استحبابی در باطل دانستن عقد است. پس اشکال ایشان به احتیاط استحبابی صاحب عروه تمام نیست.

اشکال دوم: نامعقول بودن عدم قرینه با فرض وجود قرار قبلی

اشکال دوم بر کلام صاحب عروه در فرع چهارم اشکالی از مرحوم آقای بروجردی است. ایشان به تصویر مذکور در فرض چهارم اشکال کرده و فرموده است: اگر معاهده‌ای قبل از عقد در کار بوده، پس قبل از اجرای عقد مقصود خودشان را افهام کرده‌اند و مقصود آنها در زمان معاهده یکی بوده است، و گرنه تحقق معاهده متصور نیست پس در موقع معاهده بر امر واحد توافق شده است. اما در موقع اجرای عقد نیز اجراء عقد مبتنی بر معاهده، دلالت بر اتحاد مقصود در زمان اجرای عقد دارد، پس وحدت مقصود در هر دو مقام حاصل است و الا اگر در مقام معاهده هیچ قرینه‌ای بر وحدت مقصود نباشد، در حقیقت بر امر واحد قرار و معاهده‌ای نشده است، نه اینکه معاهده شده است اما دالّ بر وحدت مقصود نداریم.^۱

پاسخ اوّل: معقول بودن عدم قرینه نزد سایرین و وجود قرینه نزد متعاقدين

اما ممکن است مراد مرحوم سید از اینکه می‌فرماید: «لکن لم یکن هناک دال علی ذلک من لفظ او قرینه خارجیة مفهومة» خصوص قرائنی باشد که دیگران نیز از آن اطلاع داشته باشند، نه مطلق قرینه تا اشکال شود که فرض قرار قبلی به معنای وجود قرینه است.

طبق این احتمال، اگر قرار قبلی در کار باشد ولی کسی غیر از متعاقدين از آن اطلاع نداشته باشد، داخل در فرض عبارت است.

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۰۵.

پاسخ دوم: معقول بودن «عدم قرینه در عقد» نزد متعاقدين

بلکه چنان‌که در پاسخ به اشکال مرحوم آقای خوئی گذشت، در صورت وجود قرار قبلی، باز هم احتمال انصراف هر طرف از قرار قبلی وجود دارد؛ لذا قرار قبل از عقد، قرینه قطعی بر مقصود نیست؛ پس ممکن است مراد مرحوم سید از قرینه خارجیّه مفهّمه قرائن دیگری باشد که موجب یقین به مقصود می‌شود.

صور مختلف در فرع سوم و چهارم

در هر حال، فروض مختلفی در این دو فرع سوم و چهارم وجود دارد:

صورت اول: انشاء با لفظ مطلق

صورت اول این است که عنوان مطلق در صیغه نکاح به کار برود. این صورت، دو حالت دارد:

الف. بطلان عقد در صورت اراده استعمالی جامع با لفظ مطلق

حالت اول این است که عقد را روی همان عنوان کلی انشاء کنند؛ یعنی وقتی موجب می‌گوید «زوجتک بنتی» کلی و جامع بین دخترهایش را در نظر بگیرد. چنین عقدی باطل است؛ چون در مراد استعمالی لفظ - که زوجیت را برای آن انشاء کرده‌اند - زوجه معین نشده و عنوانی کلی است، هرچند قصد واقعی متعاقدين معین بوده و با یکدیگر تطابق هم داشته باشد و در بطلان چنین عقدی فرقی نیست که متعاقدين از قصد یکدیگر اطلاع داشته باشند یا خیر، و وجود معاهده قبلی نیز چنین انشاء نکاحی را تصحیح نمی‌کند.

ب. صحت عقد در صورت اراده استعمالی فرد معین با لفظ مطلق

حالت دوم این است که لفظ، مطلق است اما آن را در فرد مشخصی استعمال کرده و روی همان فرد معین عقد نکاح را انشاء کرده‌اند؛ یعنی وقتی موجب گفته است «زوجتک بنتی» مراد استعمالی او از «بنتی» فاطمه بوده، و نکاح با فاطمه را انشاء کرده و قابل نیز همان را پذیرفته است. این صورت دو فرض دارد.

فرض اول: علم طرفین به تطابق مراد استعمالی یکدیگر

فرض اول این است که قابل می‌داند که موجب برای فرد معینی انشاء نکاح کرده است و او هم نکاح با همان شخص را می‌پذیرد. در این فرض عقد صحیح است و وجهی برای بطلان عقد نیست و فرقی نیست که با قرار قبلی عقد بسته شده باشد یا خیر.

البته این فرض از ظاهر کلام مرحوم سید خارج است.

فرض دوم: جهل طرفین به مراد استعمالی یکدیگر

فرض دوم این است که قابل نمی‌داند که مراد استعمالی موجب از «زوجتک بنتی» چیست؟ عبارت «بنتی» را در جامع استعمال کرده یا در فرد؟ یا اگر می‌داند در فرد استعمال کرده، نمی‌داند مقصود او کدام یک از دخترانش می‌باشد؟ حتی شاید طرفین خیال می‌کنند مقصودشان با هم متفاوت است.

در این فرض اگر شخص مورد نکاح را حاضر کنند، گاهی هر دو خواهند گفت که مقصود ما همین شخص است، اما خودشان علم به تطابق نداشته‌اند، و گاهی هم حتی پس از دیدن فرد معین نیز چنین نیست که طرفین تصدیق کنند که مرادشان همین فرد بوده است. در هر حال، چون مراد واقعی استعمالی شخص موجب، تزویج فاطمه بوده و با این لفظ معیناً نکاح فاطمه را قصد کرده و قابل نیز نکاح با فاطمه را قبول کرده، عقد صحیح است و وجهی برای بطلان نکاح نیست؛ چون متعلق ایجاب و قبول، معین و با یکدیگر مطابق است و حتی اگر خیال می‌کرده‌اند ایجاب و قبول مطابق نیست، مانع صدق نکاح و صحت نکاح نخواهد بود. لذا در صحت آن فرقی نیست که انشاء عقد مسبوق به معاهده قبلی باشد یا خیر.

عدم دخالت معاهده قبل عقد در تصحیح فروض مسئله

خلاصه در هیچ‌یک از دو فرض فوق، وجود معاهده قبلی در صحت نکاح دخالتی ندارد. بلی در صورتی که نکاح با قرار قبلی باشد، وجود معاهده قبلی قرینه می‌شود که مراد از «بنتی» خصوص «فاطمه» است و این استعمال هرچند مجازی است ولی عرفاً مستنکر نیست. اما اگر بدون قرار قبلی باشد ممکن است اشکال شود که

به جهت مجاز مستنکر بودن صیغه نکاح، این عقد باطل است؛ چون لفظی را که برای جامع فرض شده (بنتی) بدون قرینه در فرد (فاطمه) به کار برده‌اند.

اما این اشکال ناتمام است و چنان‌که بیان شد عقد حتی در این صورت که مبتنی بر معاهده قبلی هم نباشد، صحیح است. مهم این است که مراد استعمالی هر دو در انشاء، مصداقاً متحد باشد؛ لذا حتی اگر معاهده قبلی هم در کار باشد ولی مراد استعمالی مبنی بر آن معاهده نباشد، عقد باطل است، و در مقابل اگر معاهده قبلی در کار نباشد ولی مراد استعمالی هر دو مصداقاً یکی باشد، عقد، صحیح است.

البته وجود معاهده قبلی خودش قرینه می‌شود که منظور متعاقدين از «زوجه‌تک بنتی» خصوص فاطمه است و تطابق ایجاب و قبول اتفاقی نخواهد بود؛ ولی چنان‌که در پاسخ به اشکال آقای بروجردي بیان شد، منظور مرحوم سید از اینکه می‌فرماید: «لکن لم یکن هناك دال علی ذلک من لفظ او قرینه خارجیة مفهومة» محتمل است خصوص قرائنی باشد که دیگران نیز از آن اطلاع داشته باشند؛ پس اگر معاهده‌ای باشد ولی کسی - غیر از متعاقدين - از آن اطلاع نداشته باشد، داخل در عبارت «لم یکن هناك دال» می‌باشد.

صورت دوم: انشاء با عنوان جزئی

صورت دوم این است که هریک از موجب و قابل، عقد برای فرد معین را با عنوانی جزئی انشاء کرده‌اند، ولی عنوان در ایجاب غیر از عنوان در قبول است مثلاً موجب گفته است: «زوجه‌تک فاطمه» و قابل گفته است: «قبلت النکاح لأُم کلثوم» ولی در واقع فردی که مقصود قابل است همان فردی است که موجب نکاح او را انشاء کرده است.

این صورت نیز مانند حالت دوم از صورت سابق، دو فرض دارد:

فرض اول: علم طرفین به تطابق مراد استعمالی یکدیگر

فرض اول این است که متعاقدين می‌دانند که زوج و زوجه‌ای که موضوع ایجاب و قبول آنهاست با یکدیگر تطابق دارد و مقصود واقعی آنها از زوج و زوجه یک نفر

است؛ مثلاً شخص یک دختر بیشتر ندارد یا دختری که وقت ازدواج او باشد، یکی بیشتر نیست، ولی موجب می‌گوید: «من فاطمه را به تو تزویج کردم» و قابل می‌گوید: «من ازدواج خودم را با ام کلثوم می‌پذیرم». در این جا اختلاف اینها در اسم دختر است و هریک فکر می‌کند دیگری در اسمش اشتباه می‌کند، خواه بعداً معلوم شود که یکی از دو نفر اشتباه می‌کرده یا هر دو اسم صحیح بوده و فاطمه، اسم آن دختر و ام کلثوم، کنیه‌اش بوده است.

در این فرض، عقد صحیح است هر چند معاهده‌ای قبلی نباشد؛ چون مقصود متعاقدين معین بوده و با یکدیگر متطابق است، هر چند یکی از اینها در اسم این شخص اشتباه کرده یا هیچ یک اشتباه نکرده‌اند بلکه فقط خیال می‌کرده‌اند که دیگری در اسمش اشتباه می‌کند.

از طرف دیگر اینکه اسم دختر فاطمه یا ام کلثوم باشد در مقصود آنها از ازدواج دخالتی ندارد و چنین نیست که اراده آنها بر ازدواج با این شخص منحصر به صورتی باشد که اسمش فاطمه یا ام کلثوم باشد. به بیانی دیگر: مقصود اصلی آنها از ازدواج با هم تطابق دارد و این امر را هر دو نیز می‌دانند، فقط در یک مطلب اضافی که هریک ابراز می‌کنند اختلاف دارند. این فرض از کلام مرحوم سید خارج است؛ چون تطابق آنها اتفاقی نیست و صحت عقد در این فرض روشن است.

فرض دوم: جهل طرفین به مراد استعمالی یکدیگر

فرض دوم این است که مقصود طرفین از زوج و زوجه فرد معینی بوده و با یکدیگر تطابق هم دارد، اما طرفین خیال می‌کنند مقصودشان با هم متفاوت است یا لاقول شک دارند؛ یعنی قابل نمی‌داند کسی که نکاحش را قبول می‌کند همان فردی است که موجب عقد نکاح او را انشاء کرده یا خیر؟ مثلاً یکی او را به نام فاطمه می‌شناسد و دیگری اسم او را ام کلثوم می‌داند، اما اگر شخص مورد نکاح را حاضر کنند هر دو خواهند گفت که مقصود ما همین شخص است، اما خودشان علم به تطابق نداشته‌اند، مثل اینکه در باب بیع یکی بگوید من انگور می‌فروشم و دیگری می‌گوید: من عنب می‌خرم و طرفین توجه ندارند که انگور و عنب یک چیز است، اما چون مقصود هر دو نفر با یکدیگر تطابق دارد ارکان عقد بیع محقق شده و

معامله صحیح است، مانند داستان انگور و عنب و اوزوم و استافیل^۱ که در مثنوی معنوی آمده است.^۲ در مثال انگور و عنب نیز وقتی این میوه را طرفین مشاهده کنند تصدیق می‌کنند که مرادشان یکی بوده است.

حتی گاهی پس از دیدن فرد معین نیز چنین نیست که طرفین تصدیق کنند که مرادشان همین فرد بوده است؛ مثلاً پدری می‌خواهد «دختر بزرگش» را به عقد پسری درآورد، زوج می‌خواهد با باسوادترین دختر این مرد ازدواج کند، اگر واقعاً باسوادترین دختر این مرد، بزرگترین آنهاست، مقصود واقعی اینها با یکدیگر منطبق است اما حتی پس از دیدن دختر بزرگ، باز هم برای مرد روشن نمی‌شود که مصداق خواسته او همین دختر است، بلکه می‌گوید من با سوادترین دختر را می‌خواهم.^۳

در این مثال هرچند «دختر بزرگ بودن» برای پدر دختر و همچنین «اعلم بودن» برای زوج اهمیتی دارد، ولی هر دو جهت در یک فرد منطبق بوده و هیچ یک خیالی نیست^۴، پس قابل، نکاح همان دختری را که موجب، نکاح او را انشاء کرده بود،

۱. لغت نامه دهخدا، ج ۲، ص ۲۱۰۵: «استافیل [۱] (از یونانی، ۱) به لغت رومی انگور را گویند و به عربی عنب را خوانند».

۲. چار کس را داد مردی یک درم
آن یکی دیگر عرب بد گفت لا
آن یکی ترکی بد و گفت این بنم
آن یکی رومی بگفت این قبل را
آن یکی گفت این به انگوری دهم
من عنب خواهم نه انگور ای دغا
من نمی‌خواهم عنب خواهم ازم
ترک کن خواهیم استافیل را

۳. مراد استاد رحمته الله فرضی نیست که در بحث بعدی خواهد آمد. در بحث بعدی این مسئله مطرح است که گاهی - مثلاً - طرفین (مرد و ولی دختر) بر دختر بزرگتر توافق کرده‌اند، اما امکان تمیز این دختر از سایرین ممکن نیست. این فرض بر خلاف بحث جاری است؛ زیرا در مثال اخیر از بحث جاری چنین نیست که دختر اعلم، غیر متمیز باشد بلکه فقط وقتی مرد او را ببیند مانند مثال عنب و اوزوم به محض دیدن تصدیق نمی‌کند که این همان مقصود اوست و منافاتی ندارد که بعد از فحص یا اختیار از دخترها برای او تصدیق حاصل شود. به علاوه در بحث آتی طرفین - بر خلاف مقام - علم به تطابق مقصود دارند و فقط مشکل در تشخیص مصداق است.

۴. توضیح بیشتر: البته روشن است صحت عقد در این مثال مخصوص صورتی است که انشاء ولی زوجه مقتید به این نباشد که دختر بزرگش، اعلم دخترها نباشد، و الا اگر خیال می‌کرده این دختر اعلم دخترها نیست و با توجه به این امر ازدواج «دختر بزرگش را که اعلم دخترها نیست» انشاء کرده است، چنانچه بعداً معلوم شود دختر بزرگش اعلم دخترها بوده، ایجاب ولی زوجه بی‌مورد است و همچنین

پذیرفته است. در هر حال، چنین عقدی صحیح است، و وجهی برای بطلان آن نیست، خواه مسبوق به معاهده قبلی باشد یا خیر.

کلام آقای خوئی: لزوم احراز توافق در مقصود در صدق عقد

اما مرحوم آقای خوئی می‌فرماید: در صدق معاهده و عقد، شرط است که هنگام عقد، توافق در مقصود برای طرفین احراز شده باشد؛ یعنی مجرد تطابق خارجی مقصود واقعی متعاقدين کفایت نمی‌کند بلکه طرفین باید بدانند که بر یک امر ملتزم شده‌اند تا عنوان عقد و معاهده صدق کند. بنابراین در فرض دوم (عدم احراز) که این شرط محقق نشده، عقد نکاحی نیز محقق نشده تا مشمول عموماً نکاح یا عقود باشد.^۱

بیان ایشان از دو مقدمه تشکیل شده است:

۱. در صدق معاهده و عقد، معتبر است که متعاقدين احراز کرده باشند که بر امر واحدی توافق کرده‌اند و تطابق واقعی دو التزام کفایت نمی‌کند.
 ۲. باید عنوان عقد و معاهده صدق کند تا نکاح محقق گردد.
- ولی هر دو مقدمه ایشان محل مناقشه است.

اشکال اول: عدم اعتبار علم متعاقدين حين عقد به تطابق مقصود

اولاً، عقد در مقابل ایقاع قرار دارد؛ یعنی بر خلاف ایقاع که رضایت طرف مقابل نقشی ندارد، عقد، التزام طرفینی بر یک امر از روی رضایت است، هرچند متعاقدين در هنگام انشاء ندانند که بر یک امر واحدی توافق کرده‌اند، پس همین که به امر واحدی ملتزم شوند در صدق عقد و قرارداد کافی است.

اشکال دوم: توقف نداشتن صدق نکاح بر صدق عقد

ثانیاً، دلیلی بر توقف صدق عنوان نکاح بر صدق عنوان عقد و معاهده نیست،

اگر زوج خیال می‌کرده که این دختری که می‌خواهد با او ازدواج کند علاوه بر اعلم بودن، دختر بزرگ این مرد هم نیست (مثلاً در صورتی که سن دختر بزرگ بیشتر از این شوهر است و با او متناسب نیست) و لذا به نحو مقتید، انشاء کرده است که من ازدواج با «اعلم دخترها که دختر بزرگ نیست» را قبول می‌کنم، در این صورت نیز اگر اعلم دخترها همان دختر بزرگ باشد قبول زوج موضوع ندارد.

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۶۲.

بلکه همین مقدار که طرفین بر نکاح زوج و زوجۀ مشخصی، از روی رضایت توافق کنند کافی است، هرچند تطابق ایجاب و قبول بعد از عقد معلوم گردد و عنوان معاهده در هنگام انشاء صدق نکند؛ چون حتی اگر شارع مقدس یا عقلاء نکاح را از ایقاعات می دانست و با انشاء یکی از طرفین به حصول علقۀ زوجیت حکم می کرد، هیچ گونه منافاتی با حقیقت نکاح نداشت.

به بیانی دیگر، علقۀ نکاح در رابطۀ زوجیت هرچند متقوم به طرفین است و تا زوج و زوجۀ ای نباشد چنین رابطۀ ای معقول نیست، ولی لازمه اش این نیست که انشاء چنین علقۀ ای و به تبع آن، صیغۀ نکاح نیز متقوم به طرفین باشد. به همین دلیل اگر قانون گذار - شارع یا عقلاء - چنین علقۀ ای را با یک انشاء محقق بدانند خلاف حقیقت نکاح نیست. پس باید دید، عقلاء و شارع مقدس برای حصول علقۀ نکاح چه چیزی را در انشاء آن معتبر می دانند و ما دلیلی بر اعتبار صدق عقد و معاهده در حصول چنین علقۀ ای نزد شرع یا عقلاء نداریم.

خلاصه همان طور که در باب بیع اگر بایع، واقع میوه انگور را به عنوان «عنب» بفروشد و مشتری همان حقیقت را به عنوان «اوزوم» بخرد، اگر در وقت انشاء، اطلاعی از اتحاد این دو التزام نداشته باشند، عرفاً بیع و تجارت صادق است حتی اگر عقد صادق نباشد، در باب نکاح هم اگر موجب، ازدواج با دختری را به عنوان «فاطمه» قصد کند و قابل نیز ازدواج با همان دختر را با عنوان «ام کلثوم» بپذیرد، نکاح محقق شده است، هرچند بعد از انشاء - نه حین انشاء - بفهمند که به امر واحدی ملتزم شده اند و وقتی چنین شرطی نزد عرف معتبر نیست، اعتبار آن نزد شارع مقدس در صیغۀ نکاح و بیع و سایر معاملات بدون دلیل است.

شاید اشکال شود که از آیه شریفه ﴿وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾^۱ و آیه شریفه ﴿أَوْ يَغْفُوَ الَّذِي بَيْنَهُمَا عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾^۲ استفاده می شود که در نکاح، صدق عقد شرط است.

اما پاسخ این است که در صحت چنین تعبیراتی کافی است که بر متعارف نکاح هایی که اتفاق می افتد عقد صدق کند و این آیات ناظر به سایر فروض نیست.

۱. البقرة، ۲۳۵.

۲. البقرة، ۲۳۷.

نتیجه: کفایت تعین ثبوتی و تعین در مراد استعمالی

پس آنچه که در صحت نکاح دخیل است دو امر است:

الف. مقصود واقعی متعاقدين معین بوده و بایکدیگر تطابق هم داشته باشد.
ب. در انشاء عقد، متعاقدين نکاح همان فرد معین را انشاء نمایند و مراد استعمالی انشایی هر دو از متعلق صیغه عقد، یک نفر باشد؛ لذا وجود و عدم معاهده و مقاوله قبلی هیچ دخالتی در صحت عقد ندارد.

نتیجه آن است که اگر عنوان جامع به کار رود، اگر مراد استعمالی از جامع، معنای خود جامع باشد، عقد باطل است؛ ولی اگر عنوان جامع در فرد معینی به کار رود یا عنوان جزئی به کار رود، در صورت تطابق مراد استعمالی، عقد صحیح است.

بررسی کفایت تمییز واقعی زوجین در فرض عدم امکان تمییز بعد از عقد

مسألة ۱۷: «... و لا يلزم تمییز ذلک المعین عندهما حال العقد بل یکفی التمییز الواقعی مع امکان العلم به بعد ذلک كما اذا قال: زوجتک بنتی الکبری و لم یکن حال العقد عالما بتاريخ تولد البنّین لکن بالرجوع الی الدفتر یحصل له العلم، نعم اذا کان ممیزا واقعا و لکن لم یمكن العلم به ظاهرا. كما اذا نسی تاریخ ولادتهما و لم یمكنه العلم به. فالاقوی البطلان لانصراف الادلة عن مثله فالقول بالصحة و التشیخ بالقرعة ضعیف.»^۱

آنچه در این فرع مطرح است این است که اگر در ایجاب، مثلاً زوجه با وصف یا اسم مشخصی ذکر شد و زوج نیز همان شخص را پذیرفت، مثلاً ولی زوجه گفت: دختر بزرگم را تزویج کردم و زوج نیز آن را پذیرفت در حالی که نمی دانست دختر بزرگ او بر چه کسی منطبق می گردد، چنانچه پس از عقد، حتی با رجوع به شناسنامه و مانند آن، امکان علم به مصداق دختر بزرگ نباشد، مرحوم سید به بطلان چنین عقدی حکم کرده است.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۵.

وجه صحت عقد: اطلاقات نکاح

مرحوم آقاضیاء عراقی^۱ و آقای حکیم^۲ و آقای خوئی^۳ این فرض را صحیح دانسته‌اند؛ چون همان طور که اگر اشتباه بعد از عقد پیش بیاید چنین عقدی مشمول اطلاقات صحت نکاح است و مشتبه با قرعه تعیین می‌شود، اگر اشتباه قبل از اجرای عقد هم باشد اطلاقات نکاح، به صحت عقد حکم می‌کند و مشتبه با قرعه قابل تعیین است و بین اشتباه بعد از عقد و اشتباه قبل از عقد فرقی نیست.

وجه بطلان در جواهر: اصاله الفساد در معاملات

عده‌ای از فقهاء در صحت چنین عقدی اشکال کرده‌اند. مرحوم صاحب جواهر ابتداء می‌فرماید: اطلاقات اقتضای صحت می‌کند، پس زوجۀ واقعی با قرعه تعیین می‌شود، سپس می‌فرماید: شاید چنین گفته شود: قاعده اولیه در معاملات اقتضاء فساد می‌کند، فقط صورتی که تمییز واقعی داشته و قابل تشخیص هم باشد، از این اصل خارج شده است و در غیر این متیقّن، مرجع اصاله الفساد است.^۴

اشکال مستمسک: تقدم اطلاق لفظی بر اصل فساد

مرحوم آقای حکیم به این وجه اشکال کرده و می‌فرماید: با وجود اطلاقات نوبت به اخذ به قدر متیقّن و استصحاب عدم انتقال نمی‌رسد.^۵

پاسخ مرحوم سید: انصراف اطلاقات ادله نکاح از فرض عدم امکان تمیز زوجین

این پاسخ در نظر بدوی صحیح به نظر می‌رسد، ولی مرحوم سید می‌فرماید: اطلاقات نکاح از چنین موردی منصرف است و لذا اصل، اقتضای فساد می‌کند.^۶

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۰۵.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۹۴.

۳. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۰۵؛ موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۶۳.

۴. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۵۷.

۵. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۹۴.

۶. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۵.

نظر مختار: بطلان عقد در فرض التباس حین عقد بدون امکان رفع آن

به نظر می‌رسد بین اشتباه بعد از عقد و اشتباه در حین عقد فرق است. اگر زوجه به هنگام عقد، معین و معلوم بوده است، عقد به طور صحیح، منعقد شده است، پس چنانچه بعد از عقد، اشتباه حاصل شده است، اینجا عقلاء عقد را بقاء باطل نمی‌دانند بلکه با مثل قرعه رفع اشتباه می‌کنند.

اما اگر از هنگام عقد، زوجه معلوم نباشد و در تعیین زوجه به قرعه نیاز باشد، در صورتی که عقد را روی زنی که با قرعه خارج می‌شود جاری کنند مثلاً مقصود مرد و ولی دختر، دختر بزرگ یا دختر باسواد نیست، بلکه مقصود این است که با کسی که با قرعه خارج می‌شود مرد ازدواج کند، چنین عقدی صحیح است و تشخیص آن با قرعه زدن است. در این جا، قرعه واقعاً محقق عنوانی است که عقد روی آن جاری شده است، ولی در صورتی که عقد را - مثلاً - روی دختر بزرگتر بسته‌اند ولی تشخیص دختر بزرگتر ممکن نیست و باید او را با قرعه تعیین کرد، در چنین موردی بناء عقلاء بر صحت عقد ثابت نیست و معلوم نیست که شارع بیشتر از آنچه عقلاء آن را صحیح می‌دانند امضاء کرده باشد، بلکه شاید بتوان گفت اطلاقات ناظر به فروض دیگر است.

پس اگر بر لفظ جمود شود، ابتداءً از نصوص، اطلاق فهمیده می‌شود، ولی چون نصوص در باب معاملات غالباً تأسیسی نیست بلکه امضاء موارد معهود و متعارف در بین عقلاء است، اقوا بطلان چنین عقدی است؛ زیرا مقتضای اصل عملی، فساد چنین عقدی است.

اختلاف «اسم یا وصف» با «اشاره» در تعیین زوجین در صیغه عقد

مسألة ۱۸: «لو اختلف الاسم والوصف او احدهما مع الإشارة أخذ بما هو المقصود وألغى ما وقع غلطاً. مثلاً لو قال: «زوّجتک الکبری من بناتی فاطمة» و تبين أنّ اسمها خديجة، صح العقد على خديجة التي هي الکبری. ولو قال: «زوّجتک فاطمة و هي الکبری» فتبين انها صغرى صح على فاطمة لانها المقصود و وصفها بانها کبری وقع غلطاً فيلغى. و کذا لو قال: «زوّجتک هذه و هي فاطمة» او «و هي کبری» فتبين

ان اسمها خدیجه او انها صغری فان المقصود تزویج مشار الیهما و تسمیتها بفاطمة او وصفها بانها الکبری وقع غلطاً فیلغی.^۱

اگر زوج یا زوجه با اسم و وصف یا اسم و اشاره یا وصف و اشاره در صیغه عقد تعیین شد و معینات یعنی اموری که با آنها تعیین می‌شد، مخالف هم بودند، حکم چیست؟ و بر فرض صحت عقد، معیار در تعیین زوجه کدام است؟ مرحوم سید می‌فرماید: عقد برای کسی واقع می‌شود که مقصود عاقد است؛ یعنی می‌خواهد با او ازدواج کند، نه آن قسمتی که غلط تعبیر شده است.

تاریخچه بحث

بحثی که مرحوم سید در این جا عنوان کرده سابقه زیادی دارد. این بحث در مبسوط شیخ هم مطرح شده است^۲ و مظنون این است که قبل از شیخ، عامه^۳ نیز این فرع را مطرح کرده‌اند.

معیار در تعیین مقصود واقعی متعاقدين

باید توجه داشت اصل کبرای مسئله، مطلب صحیحی است؛ یعنی عقد بر کسی واقع می‌شود که مقصود واقعی متعاقدين است، و عنوان ذکر شده، چنانچه اشتباه و غلط باشد، به انشاء مقصود ضرری نمی‌زند، ولی بحث، در صغرای مسئله یعنی تعیین مقصود واقعی متعاقدين است که معیارهایی برای آن بیان شده است:

معیار اول: تقدیم در ذکر

مرحوم سید سه مثال برای این بحث بیان می‌کند:

مثال اول: عقد به این نحو انشاء می‌شود: «زوّجتک الکبری من بناتی فاطمه» یعنی

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۵.

۲. المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۲.

۳. این فرع در منابع قدیمی عامه مثل کتب مالک مطرح نشده (برای نمونه، رک: المدونة الكبرى، کتاب النکاح) لذا به نظر می‌رسد این فرع در زمان‌های بسیار قبل‌تر از عصر شیخ طوسی مطرح نشده گرچه در کتب عامه پس از عصر شیخ طوسی به طور مفصل آمده است.

المجموع شرح المذهب، ج ۱۶، ص ۲۰۶-۲۰۷؛ المغنی (ابن قدامة)، ج ۷، ص ۹۱.

دختر بزرگم را که نامش فاطمه است عقد کردم و بعداً معلوم می شود نامش فاطمه نیست بلکه خدیجه است. اینجا عقد بر روی دختر بزرگ واقع می شود؛ زیرا او مقصود است و زوج می خواهد با او ازدواج کند، خواه اسمش فاطمه باشد یا نباشد، لذا آن انشاء غلط، مبطل انشاء صحیح که روی دختر بزرگتر رفته، نیست؛ چون معتبر در باب نکاح، انشاء از روی قصد است و در این مثال نسبت به دختر بزرگتر انشاء از روی قصد بوده است ولی فاطمه بودن در اراده ازدواج او دخالتی ندارد و از روی اشتباه و صرفاً به عنوان معترف ذکر شده است. در اینجا قیدی که از روی اشتباه ذکر شده، ملغی می شود و منشأ از روی قصد - که عقد برای دختر بزرگتر است - واقع می شود.

مثال دوم: گاهی در انشاء این گونه گفته می شود: «زَوجَتک فاطمه و هی الکبری» یعنی دخترم فاطمه را به ازدواج تو در می آورم و او دختر بزرگ من است. در اینجا عاقد ازدواج فاطمه را اراده کرده و نکاح با او را انشاء کرده است، ولی چون خیال می کند که دختر بزرگتر است، در صیغه عقد، او را با وصف «هی الکبری» معرفی می کند و این جهت در تصمیم ازدواج او دخالتی ندارد؛ یعنی می خواهد با فاطمه ازدواج کند، خواه دختر بزرگتر باشد یا بزرگتر نباشد، ولی چون فکر می کند دختر بزرگتر است با «هی الکبری» او را معرفی می کند و یا می دانسته دختر بزرگ نیست و سهواً «هی الکبری» بر زبانش جاری شده است. این اشتباه سبب نمی شود که آنچه از روی قصد واقع شده، صحیح نباشد و لذا فاطمه که دختر بزرگ نیست معقوده زوج می شود و آن توصیف به کبری ملغی است.

مثال سوم: گاهی عقد همراه با اشاره انجام می شود؛ مثلاً پدر دختر می گوید: «زَوجَتک هذه و هی فاطمه (أو الکبری)» یعنی این دخترم را به شما تزویج می کنم که اسمش فاطمه است یا دختر بزرگتر من است و بعداً معلوم می شود مشارالیهها فاطمه نیست بلکه خدیجه است، یا کوچکتر است. در اینجا نیز آن اشتباهی که در تسمیه یا توصیف شده ملغی شده و عقد برای مشارالیهها، واقع می شود.

مثال های مرحوم سید نشان می دهد که گویا ایشان در مقام تشخیص مقصود واقعی، معیار را تقدیم در ذکر می داند.

اشکال معیار اول: ترجیح نداشتن اصل عدم خطا در صدر کلام بر ذیل

ولی چنان‌که بعضی از محققین^۱ هم اشکال کرده‌اند، این مطلب، به هیچ وجه کلیت ندارد که هر یک در ذکر مقدم شود همیشه مقصود بوده و لذا عقد برای او واقع شود.

وقتی علم اجمالی باشد که خطایی در صدر یا ذیل کلام صورت گرفته است، مثلاً کسی که دختر بزرگی به نام خدیجه و دختر کوچکی به نام زینب دارد، بگوید: «دختر کوچکم خدیجه را تزویج کردم»، در این موارد، بناء عقلاء بر این نیست که اصل عدم خطا، در صدر کلام جاری کرده و ذیل کلام بر خطا حمل شود تا گفته شود شخص می‌خواسته دختر کوچکش را شوهر دهد و اسم او را از روی اشتباه گفته است.

البته گاهی قرینه هست که مقصود، ازدواج دختر کوچک است، مثلاً شرایط دختر بزرگ اصلاً با ازدواج با این مرد تطبیق نمی‌کند و انسان عاقل با چنین شرایطی حاضر نیست چنین دختری را بگیرد. در اینجا معلوم است که در اسم، اشتباه شده است؛ ولی اگر قرینه‌ای نباشد، مثلاً در همین مثال عاقد که صرفاً وکیل در صیغه عقد است گفته است: دختر بزرگ این آقا به نام فاطمه را تزویج کردم، بنای عقلاء بر معیار بودن عنوانی که اول ذکر شده برای تعیین مقصود اصلی نیست.

این مطلب نیز صحیح نیست که گفته شود با آمدن صدر، ظهور منعقد می‌شود و نوبت به ذیل نمی‌رسد؛ زیرا ظهور کلام با مجموع صدر و ذیل باید لحاظ شود. حتی در کلامی که متشکل از دو جمله کامل است باید برای استظهار کردن مجموع این دو جمله را لحاظ کرد.

در دو خبر نیز چنین است؛ یعنی اگر دو خبر با فاصله زمانی از یک مخبر یا دو مخبر نقل شده باشد - مثلاً دو نقل از امام صادق (ع) از یک مجلس حضرت نقل شده - بنای فقها این نیست که خبر اول را قبول کنند و دومی را کنار بگذارند.

لذا تعجب است که مرحوم سید این مطلب را که عنوان اول، معیار است، اصل مسلم گرفته است و غیر از یکی از محققین^۲، دیگران اشکال نکرده‌اند، با اینکه

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۰۶.

۲. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۰۶: «إن كان المقصود الكبرى والاشتباه وقع في الاسم و علی فاطمة إن كانت هي المقصودة والاشتباه وقع في كونها كبرى و كذا فيما ذكره بعد هذا و لا اعتبار بالعنوان المذكور أولاً. (الفیروزآبادی).»

تقریباً روشن است که مقصود بودن و اصالت عدم خطا، اول و آخر ندارد تا با این وجه یکی بر دیگری ترجیح داده شود.

معیار دوم (نظر شیخ طوسی): تقدیم صفات ثابت بر غیر ثابت

مرحوم شیخ در مبسوط می‌فرماید: اگر بین اسم یا وصف یا شیء دیگری که ذکر شده بود چنین تخالفی پیدا شد، صفت ثابت اخذ می‌شود و از غیر ثابت، رفع ید می‌شود. مثلاً دختر بزرگ بودن از عناوین ثابتة اشخاص است اما نام شخص، مثل فاطمه یا خدیجه و امثال اینها از عناوین عارضی و غیر ثابت است؛ چون ممکن است تسمیه‌اش عوض شود یا از اول چنین اسمی نداشته باشد؛ لذا آن که ثابت است اخذ می‌شود و غیر ثابت الغاء می‌شود.^۱

قریب به همین مضمون در کلام علامه در تذکره نیز آمده است. ایشان می‌فرماید: کسی که یک دختر بیشتر ندارد و او را فاطمه نامیده است ولی سهواً خدیجه می‌گوید، در اینجا عقد بر صفت لازمه واقع می‌شود و بر تسمیه واقع نمی‌شود. علامه این قول را تقویت کرده و می‌فرماید: اصح وجهین شافعیه هم همین است. ولی اگر بین اشاره و تسمیه اختلاف شد، در اینجا شافعیه ترجیحی نداده و فقط دو وجه ذکر کرده‌اند.

علامه هم در این فرض اخیر ترجیحی نداده است، گویا با آنها موافق است.^۲ گویا وجه عدم ترجیح این است که مشا‌ئله بودن، صفت ثابت نیست؛ زیرا وقتی مکانش تغییر کند، صفت مشا‌ئله بودن را از دست می‌دهد. تسمیه به فاطمه یا اسم دیگر هم صفت غیر ثابت است. علامه در ادامه سه فرع مطرح می‌کند:

فرع اول: فروشنده می‌گوید: «این خانه‌ام که دویست متر است را فروختم» و بعداً معلوم شود صد و نود متر است. این عقد صحیح است؛ چون تعویل بر اشاره کرده است.

فرع دوم: فروشنده بگوید: «خانه‌ای که در فلان محله است و دویست متر

البته کلام استاد رحمته‌الله ناظر به عروه محنتی چاپ جامعه مدرسین است.

۱. المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۲.

۲. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۴.

است را فروختم»، چنانچه معلوم شود صد و نود متر بوده، معامله باطل است؛ چون اشاره‌ای در کار نیست.

فرع سوم: بدون اشاره بگوید: «خانه‌ام را که دویست متر است فروختم»، چنانچه فقط یک خانه داشته باشد بیع صحیح است، هرچند معلوم شود صد و نود متر بوده است؛ چون عنوان «خانه من» مبیع را معین می‌کند، همچنان‌که اگر بگوید «زوجتک بنتی فاطمه» و فقط یک دختر داشته باشد که اسمش خدیجه است، عقد روی خدیجه واقع می‌شود.^۱

وجه تردید علامه در مستمسک: تردید در وحدت یا تعدّد مطلوب بودن قید مرحوم آقای حکیم ذیل کلام مرحوم سید بعد از نقل عبارت تذکره (لو قال: زوجتک هذه فاطمة و اشار اليها و كان اسمها زينب، فالوجهان للشافعية) در بیان وجه اشکال شافعیه و ظاهراً موافقت علامه با شافعیه در مشکل بودن مسئله می‌فرماید: «و منشأ الاشکال: هو أن القيد أخذ على نحو تعدّد المطلوب. أو وحدته، فعلى الأول: يصح. و على الثاني: يبطل».^۲

اشکال بر مستمسک: تفاوت مقام با بحث وحدت و تعدّد مطلوب اما کلام ایشان ارتباطی با کلام علامه در تذکره و کلام مرحوم سید ندارد؛ چون بحث در جایی است که دو عنوان در صیغه نکاح آورده شده و یکی از آنها از روی اشتباه بوده است، ولی بحث وحدت و تعدّد مطلوب مربوط به دو عنوانی است که هر دو به نحو صحیح در صیغه نکاح آورده شده است که اگر یکی از دو عنوان مقتید به عنوان دیگر، متعلق نکاح قرار گرفته باشد، وحدت مطلوب است، و اگر یکی از دو عنوان به طور مطلق، متعلق نکاح باشد، تعدّد مطلوب بوده است؛ یعنی عنوان دوم هم مورد توجه متعاقدين بوده است ولی اگر این عنوان هم موجود نباشد، باز هم عنوان اول متعلق انشاء نکاح است.

اگر بحث وحدت و تعدّد مطلوب مطرح باشد، اگر نکاح از عقود بود که جعل خیار در آن مشروع بود، در صورت تعدّد مطلوب، عقد صحیح بوده و حق خیار

۱. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۴.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۹۵.

فسخ ثابت می‌شد، در حالی که اگر کلام مرحوم سید در باب بیع فرض شود، خیار ثابت نمی‌شود. مثلاً کسی برای کارهای دفتری نیازمند یک منشی بوده است و برای همین منظور، عبدی را خریده و گفته است: «اشتریت هذا العبد الکاتب الیمانی» در صورتی که مقصود او خریدن «عبد کاتب» بوده و یمانی بودن فقط به عنوان معرفی آن عبد صورت گرفته باشد، در اینجا اگر این عبد مصری هم بود عقد صحیح و لازم است و خیار فسخ ندارد، ولی اگر یمانی بودن نیز مورد نظر مشتری بوده، چنانچه نظر مشتری به نحو وحدت مطلوب باشد عقد باطل می‌شود و اگر به نحو تعدد مطلوب باشد خیار فسخ ثابت می‌گردد.

البته کلام مرحوم آقای حکیم به برخی مثال‌های علامه یعنی فروش خانه - مثلاً دویست متری - مربوط است که به بحث جاری ربطی ندارد و البته مناسب بود مرحوم سید آن را مطرح می‌کرد.

اشکال معیار دوم: تفاوت نداشتن عناوین ثابت و غیر ثابت در امکان اشتباه
در هر حال، اخذ به عنوان ثابت و الغاء عنوان غیر ثابت مثل تسمیه و امثال آن، که مبسوط و تذکره و بسیاری از عامه قائل شده‌اند، محل اشکال است.
همیشه این طور نیست که اشتباه در تسمیه و عنوان‌های غیر ثابت باشد و در عنوان‌های ثابت اشتباه نباشد بلکه چه بسا اشتباه در همین صفات ثابته باشد، خصوصاً اگر عاقد غیر از پدر و امثال او باشد که نمی‌داند کوچک و بزرگ از آنها کدام است، در نتیجه ممکن است در این صفات هم اشتباه رخ دهد؛ لذا هیچ‌یک از عناوین ثابته بر غیر ثابته ترجیح و اولویتی ندارند و چنین هم نیست که اشتباه در اوصاف ثابته بسیار کم باشد ولی اشتباه در اوصاف غیر ثابت بسیار باشد، تا گفته شود اشتباه نادر باید الغاء شود.

نتیجه: قرعه در صورت نبود قرائن عرفی
اینکه باید مقصود را اخذ کرد و غیر مقصود را کنار گذاشت مطلب صحیحی است، ولی از جهت صغروی، تقدیم در ذکر یا ثابت بودن وصف، وجهی برای تشخیص مقصود واقعی نیستند، بلکه باید با قرائن، مشخص شود که کدام مراد بوده است و اگر مشخص نشد، باید مانند سایر موارد با قرعه مقصود واقعی را تعیین کرد.

حکم تخلف در اوصاف ذکر شده برای زوجین

مناسب بود بحث وحدت و تعدّد مطلوب را که مرحوم آقای حکیم در مسئله اخیر مطرح کرد، مرحوم سید نیز مطرح می‌کرد؛ مثلاً اگر گفته شود: «زوجتک هذه و هی الکبری» و هر دو جهت مورد نظر زوج و ولیّ زوج باشد، چنانچه یکی از دو جهت، اشتباه بود و معلوم شد که مثلاً این دختر، دختر بزرگ نیست، صحت عقد در این مورد مبتنی بر مسئله وحدت و تعدّد مطلوب است. در واقع اگر رضایت متعاقدين به عقد با این شخص مشروط و مقتید به این است که دختر بزرگ باشد عقد باطل است، و اگر مقتید به این وصف نبود عقد صحیح است، و اینکه این دو جهت ذاتی شخص و از اوصاف ثابته باشد یا عرضی، تفاوتی نمی‌کند.

کلام آقای حکیم: ارتکاز عرفی بر تعدّد مطلوب و ثبوت خیار فسخ در غیر نکاح

در مقام اثبات یعنی تشخیص موارد تعدّد یا وحدت مطلوب، مرحوم آقای حکیم می‌فرماید: در این موارد ارتکاز عرفی بر تعدّد مطلوب است. پس اگر این شخص دختر بزرگ هم نبود، عقد صحیح است و اگر خیار فسخ در عقد نکاح مشروع بود حق فسخ هم بود، و لذا در عقد بیع اگر بایع بگوید: «بعتک هذا العبد الکاتب» چنانچه معلوم شود که این عبد کاتب نیست، چون ارتکاز عرفی بر تعدّد مطلوب است، عقد صحیح است ولی مشتری حق فسخ دارد.^۱

اشکالات کلام آقای حکیم

به نظر می‌رسد کلام ایشان قابل مناقشه است.

اشکال اول: نبود ارتکاز بر تعدّد مطلوب

بیان ایشان شامل دو ادعاست؛ یکی اینکه ارتکاز عرفی بر این است که از باب تعدّد مطلوب است و دیگر اینکه در فرض تعدّد مطلوب حق فسخ ثابت است. ولی هر دو ادعا محل مناقشه است؛ مثلاً کسی نیاز به یک منشی دارد و کاری به عبد بودن و امثال آن ندارد، بلکه می‌خواهد شخصی منشی تجارت‌خانه او باشد

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۹۵.

و برای این منظور، عبدی را به عنوان کاتب می‌خرد، آیا در این معامله ارتکاز عرفی بر این است که این معامله واقع می‌شود و لو عبد، فاقد کتابت باشد و فقط خیار دارد؟ یا اینکه در این موارد اصلاً چنین عبدی را نمی‌خواهد؛ چون مشکل او را حل نمی‌کند، چون هدف او داشتن صفت کتابت در عبد بوده؟ اینجا بلا اشکال از باب وحدت مطلوب است. پس ارتکازی در کار نیست که اگر قید، از قبیل اوصاف یک چیزی شد، به نحو وحدت مطلوب نیست بلکه التزامی در التزام دیگر است، یعنی دو چیز است؛ یکی التزام مطلق و مطلوبیت مطلقه - به این معنا که اگر شیء مورد نظر، فاقد قید ذکر شده بود، باز هم حاضر به پذیرفتن آن است - و دیگری مطلوبیت اوصاف. چنین ارتکازی به نحو کلی وجود ندارد.

اشکال دوم: عدم انضباط مطلوب تبعی در فرض تعدّد مطلوب
بر فرض، تعدّد مطلوب باشد، اما اینکه کدام یک از این دو، مطلوب اصلی است و کدام مطلوب تبعی و فرعی است، ضابطه کلی ندارد و تقدیم در ذکر یا ذاتی بودن، دلیل اصل بودن نیست.

اشکال سوم: نبود دلیل بر حق فسخ در صورت تعدّد مطلوب
به علاوه عدم تحقق التزام دوم که مظروف است، دلیلی بر حق فسخ التزام اول (که مطلوب اول و ظرف برای دومی است) نیست. مثلاً اگر کسی دو عقد مستقل انجام دهد، اما عقد دوم مبنی بر عقد اول باشد یعنی التزامی مبتنی بر التزام اول بوده بدون اینکه شرطی در کار باشد، چنانچه شخص در عقد اول تخلف کند و ترتیب اثر ندهد، دلیلی بر ثبوت حق فسخ برای طرف مقابل در التزام دوم نیست و ایشان هم وجهی برای ادعای خود ذکر نمی‌کند.

کلام آقای خوئی: حق فسخ در فرض تعدّد مطلوب

به دلیل مشروط کردن «التزام به عقد» به «وجود شرط»

مرحوم آقای خوئی می‌فرماید: این موارد به معنای التزام به اصل حدوث است ولی التزام به بقای عقد، مشروط به وجود شرط است؛ یعنی نسبت به اصل حدوث عقد هیچ قید و شرطی در کار نیست و در حقیقت مثلاً می‌گوید: من حاضرم این

عبد را مالک شوم چه کتابت داشته باشد چه نداشته باشد، ولی بقاء بر این التزام (یعنی خودم را مالک بدانم و طرف را هم مالک پولی که می‌دهم بدانم و حق فسخ نداشته باشم) در صورتی است که کاتب باشد؛ لذا اگر کاتب نبود حق فسخ دارد. به عبارت دیگر، بالاترکاز خیار فسخ جعل شده است.^۱

اشکال: نبود ارتکاز بر مشروط بودن التزام به عقد به وجود شرط

اما چنین ارتکازی وجود ندارد بلکه در این موارد، حکم فضولی به نحو نقل (نه کشف) را خواهد داشت و اگر در آینده رضایت دهد، ملک خودش می‌شود، که در حقیقت، عقدی جدید است.^۲

اختلاف در اصل تعیین زوجین

مسألة ۱۹: «اذا تنازع الزوج والزوجة فی التعیین و عدمه حتی یکون العقد صحیحاً و باطلا فالقول قول مدعی الصحة کما فی سائر الشروط اذا اختلفا فیها و کما فی سائر العقود».^۳

۱. مصباح الفقاهة، ج ۷، ص ۳۵۷.

۲. استاد علیه السلام در کتاب بیع (مبحث اجازه مالک نسبت به عقد فضولی با فرض اجازه نکردن شرط ضمن عقد) مطالبی را بیان فرموده که ملخص آن چنین است:

مرحوم آقای خوئی چهار معنا برای شرط بیان کرده که معنای چهارم همان التزام فی التزام است. سپس ایشان فرموده است: استعمال شرط به این معنا در دو جا وجود دارد و دو نحوه تعلیق داریم: تعلیق الالتزام، تعلیق علی الالتزام؛ ایشان این دو صورت را در قسم چهارم در نظر گرفته است و معنایش این است که ایشان قائل به اشتراک معنوی بین دو صورت است، ولی عرف چه جامعی را بین این دو مورد در نظر می‌گیرد؟ بین تعلیق الالتزام و التعلیق علی الالتزام چه معنای جامعی اراده شده است که به اختلاف مصادیقش اختلاف پیدا کند؟ لذا نظر مختار این است که شروط در این موارد، گاهی به معنای تعلیق است مثل اینکه شخص می‌گوید: من به این شرط این شیء را به تو می‌فروشم، یعنی اگر این شرط محقق نشد، قبول ندارم، گاهی هم شرط به معنای الزام و التزام است، مثل اینکه گفته می‌شود: «شرط الله قبل شرطکم» به این معنا که خود یا طرف مقابل را الزام به کاری بکنند؛ بنابراین شرط در مواردی که محل ابتلاء است، یا به معنای تعلیق است یا به معنای الزام. البته شرط، معانی دیگری هم دارد که در جای خود از آن بحث می‌شود.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۶-۸۵۵.

نظر مرحوم سید: تقدیم قول مدعی صحت

مرحوم سید می‌فرماید: هرگاه بین زن و مرد اختلاف شود که عقد آنها همراه با تعیین زوج و زوجه بوده تا عقد صحیح باشد یا تعیینی صورت نگرفته و قهراً باطل محسوب می‌شود، قول کسی مقدم است که می‌گوید: تعیین صورت گرفته و عقد صحیح است، چنان‌که در اختلاف متعاقدين در دیگر شرایط صحت نکاح و همچنین در سایر عقود، همین حکم (تقدیم قول مدعی صحت) جاری است. البته در اینجا فرض بر این است که تعیین از شرایط صحت عقد است. این بیان با دو اشکال مواجه است.

اشکال اول: جاری نشدن اصاله الصحة در موارد شک در مقومات عقد

مرحوم آقای خوئی می‌فرماید: شک در تعیین زوج و زوجه (در قبال عدم تعیین آن دو، یعنی به نحو کلی یا مردّد یا مهمّل) شک در مقومات عقد است که موضوع عقد با آن محقق می‌شود، نه شک در حصول شرایط عقد یا فقد موانع آن، و اصاله الصحة (تنها مستند در این مسئله) که مبتنی بر بناء عقلاء است، تنها در مورد شک در شرایط و فقد موانع جاری است نه در مورد شک در اصل موضوع و ارکان عقد. مثلاً اگر شک شود که بایع، خمر فروخته است یا سرکه، نمی‌توان با اصاله الصحة اثبات کرد که سرکه فروخته است. پس در این مسئله، اصاله الصحة جاری نیست بلکه اصل اولی بر فساد است، لذا قول منکر صحت مقدم می‌شود.^۱ مرحوم آقای حکیم هم به همین تقریب در شمول اصاله الصحة نسبت به شک در اصل موضوع عقد تأمل دارد.^۲

اشکال دوم: عدم حجّیت مثبتات اصاله الصحة

بر فرض که اصاله الصحة در مورد شک در ارکان عقد و تحقق موضوع آن نیز جاری باشد و عقد مورد بحث تصحیح شود، ولی همان‌گونه که مرحوم شیخ در بحث

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۶۴.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۳۹۶.

اصالة الصّحه فرموده است^۱، چون مثبتات اصول، حجت نیست و لوازم عقلی یا عادی اصول مترتب نمی‌شود، پس نمی‌توان به زوجیت شخص خاص و لزوم تمکین او حکم نمود، همان‌طور که اگر کسی ببیند کلامی از دهان زید خارج شد و نداند فحش بوده و مرتکب فسق شده یا سلام کرده است، هرچند اصالة الصّحه اقتضا می‌کند که مثلاً او از عدالت خارج نشده است، ولی ثابت نمی‌شود که او سلام کرده تا جواب سلامش واجب شود.

پاسخ اشکالات

در پاسخ، می‌توان دو بیان برای توجیه نظر مرحوم سید بیان کرد که ملخّص آن این است که:

پاسخ اول: جریان اصل صحت به لحاظ ترتب آثار جامع عقد

پاسخ اول این است که بعضی از احکام نکاح از آثار زوجیت زن و مرد معین است، مانند وجوب نفقه بر مرد و وجوب تمکین بر زن، که برای ترتیب این‌گونه احکام باید زوج و زوجه در عقد، معین شده باشند. ولی برخی احکام دیگر از آثار جامع و اصل وقوع عقد است نه آثار عقد واقع شده بر زوج و زوجه معین، مانند حرمت نکاح زوجه پنجم و یا جمع بین دو خواهر. در این دسته از احکام به تعیین زوجین نیازی نیست، بلکه اگر عقد بر جامع و کلی بین چند نفر هم واقع شده باشد، برای ترتیب حرمت ازدواج با زوجه پنجم یا با خواهر آن چند نفر کافی است. اشتراط تعیین زوج و زوجه هم که قبلاً بحث آن گذشت^۲، برای ترتیب احکام زوجیت خصوص زن و مرد است نه احکام جامع عقد. پس اگر شک در اصل تعیین زوج و زوجه باشد، برای ترتیب آثار زوجیت خصوص زن و مرد نمی‌توان به اصالة الصّحه تمسک کرد، بلکه در شک در شرایط دیگر نیز، برای ترتب آثار خصوص زوج یا زوجه، اصالة الصّحه به دلیل مثبت بودن مفید نیست. مثلاً اگر کسی نذر کند در صورت تکلم زید به زبان عربی صدقه بدهد و نداند آیا او عقد را به زبان عربی اجرا کرده یا نه، در این جا بنا

۱. فرائد الأصول، ج ۲، ص ۷۲۸.

۲. در مسئله ۱۷ گذشت.

بر اعتبار عربیت در صیغه، نمی‌توان با اصاله الصحه حکم کرد که او به زبان عربی تکلم کرده و موضوع نذر، محقق شده است، ولی می‌توان با اصاله الصحه، اصل وقوع عقد و لو بر جامع را اثبات کرد، و آثار جامع (همچون بطلان نکاح زوجۀ پنجم یا ازدواج با خواهر آن چند زن مردّد) را مترتب کرد، ولی در جایی که مسلماً عقد و انشایی همراه با قصد واقع شده است، اگر بعضی از مقدمات آن مشکوک باشد، بنای عقلاء بر ترتیب آثار مترتب بر جامع عقد است.

لذا اگر در صحت معامله‌ای به جهت اینکه معلوم نیست خمر فروخته است یا سرکه، شک شود، نمی‌توان صحت آن را با اصاله الصحه در خصوص خلّ ثابت کرد، ولی کسی که معاملات زیادی انجام داده و اموالی به دست آورده است که معلوم نیست آنها را از طریق خرید و فروش خمر یا سرکه به دست آورده است و شک در حلیت اموال او شود، بنای عقلاء بر اجراء اصاله الصحه به معنای حلیت اصل اموال او وجود دارد، حتی اگر ذوالید نباشد. البته خصوص سرکه بودن مبیع و احکام آن همچون طهارت آن مایع، ثابت نمی‌شود.

شاید مرحوم سید هم که فرموده است: قول مدعی صحت مقدم است، مقصودش اجرای احکام جامع عقد باشد نه اجرای احکام خصوص زوجیت - مثلاً - زید و فاطمه؛ زیرا با توجه به بیانی که گذشت، در جایی که شک شود که عقد بر خصوص زن معینی واقع شده یا بر چند نفر به نحو کلی، بعید است ایشان بگویند: به سبب تقدّم قول مدعی صحت، زن باید احکام زوجیت را بر خود مترتب کند، بلکه ممکن است مراد ایشان این باشد که جریان اصاله الصحه به لحاظ اثر جامع مانعی ندارد، سیره عقلاء نیز بر آن قائم است و به این لحاظ مثبت هم نیست لذا نه اشکال اوّل و نه اشکال دوم وارد نیست.

پاسخ دوم: جریان اصل صحت درباره فرد معین شده نظیر بیع مکره

پاسخ دوم این است که ممکن است مراد مرحوم سید این باشد که اختلاف آنها در این است که عقد به صورت مردّد یا کلی بوده و بعداً فرد تعیین شده است، یا اینکه از اوّل عقد روی فرد معین انشاء شده است که در صورت اوّل چون در زمان اجرای صیغه عقد، تعیین صورت نگرفته است عقد باطل است، ولی در صورت دوم شرط صحت عقد حاصل است و لذا عقد صحیح است. طبق این پاسخ، مراد

مرحوم سید این است که نزاع در مقومات عرفی عقد نیست؛ زیرا اقوام عرفی عقد به حدوث تعیین نیست بلکه نزاع در تحقق شرطی است که مقوم نیست یعنی نزاع در این است که آیا تعیین از ابتدا بوده یا نه، لذا چون شک در رکن عقد نیست، در مورد زنی که هر دو متفق اند تعیین شده و فقط نزاع در زمان تعیین اوست (ابتدا یا بعد از عقد) اصالة الصحة جاری است و اشکال مثبت بودن نیز وجود ندارد؛ چون درباره زنی مشخص اصل صحت جاری شده نه اینکه اصل صحت نسبت به کلی عقد جاری شده باشد و در صدد باشیم صحت عقد زنی خاص را ثابت کنیم.

البته اگر دلیل خاصی بر لزوم تعیین نبود، به لحاظ وجود التزام طرفین و تمامیت سایر شروط، در مقام برای تصحیح عقد به چیز دیگری مانند اصل صحت نیاز نبود و چنین عقدی صحیح بود، ولی با توجه به ادله شرطیت تعیین^۱، گرچه این احتمال وجود دارد که مورد عقد از اول نیز معین بوده، اما به لحاظ احتمال مرّد یا کلی بودن آن در زمان انشاء، حصول این شرط و به تبع آن صحت عقد مشکوک است.

توجیهی که می‌توان برای فتوای مرحوم سید بیان کرد به نحوی که حتی حکم به نکاح صحیح برای فرد معین شود، توجیهی است که شبیه تصحیح عقد مکره با اجازه لاحق است. همچنان که مرحوم آقای خوئی در عقد مکره فرموده است^۲، گرچه الفاظی که با آنها انشاء عقد می‌شود دارای معنای حدوثی و از امور غیر قارّه است که ثبات و دوامی ندارند، ولی قرار و التزام و آنچه که به وسیله الفاظ انشاء می‌شود (مُنشأ) امری اعتباری و قارّه است، و در عالم اعتبار و در نظر عقلاء، دارای ثبات و بقاء است و به همین جهت است که فسخ یا انفساخ عقد معنا پیدا می‌کند؛ زیرا انفساخ و فسخ عبارت از گسسته شدن و از بین بردن چیزی است که دارای استمرار و بقاء باشد.

بر همین اساس در عقد مکره نظر به اینکه عقد دارای یک معنای قارّه است و التزام و مُنشأ در عالم اعتبار باقی است، گرچه در زمان اکراره، ادله نفوذ شامل آن نمی‌شود، ولی با رضایت و اذن لاحق، بدون اینکه نیازی به عقد جدید باشد، همان

۱. ولو از جهت اینکه بنای عقلاء در عقد بدون تعیین ثابت نیست و اصل اولی در آن بطلان عقد است.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۵۷.

التزام و پیمان، مشمول «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۱ گردیده، و آن عقد صحیح می‌گردد.^۲ بدین ترتیب، در بحث جاری با اجرای اصل صحت، ثابت می‌شود که این عقد، عقدی است که شرع هم آن را قبول دارد و چون فرض این است که قرار فعلی بر فرد خاصی است، این قرار فعلی را با اصل صحت، شرعاً صحیح می‌دانیم. لذا عقد سابق بقاء صحیح است و این بدان معنا نیست که ثابت می‌شود همین زن معین، از اول زوجه بوده تا اشکال مثبت بودن مطرح شود.

حکم به تحالف در صورت اختلاف در فرد تعیین شده در عقد

مسألة ۱۹: «... و ان اتفقا الزوج و ولی الزوجة علی انهما عینا معینا و تنازعا فیہ انهما فاطمة او خدیجة فمع عدم البينة المرجع التحالف کما فی سائر العقود.»^۳ اگر طرفین در عقد معترف‌اند که زوجین معین شده‌اند، ولی در فرد تعیین شده اختلاف داشته باشند، مثلاً زوج می‌گوید: عقد بر فاطمه واقع شده و ولی زوجه می‌گوید: بر خدیجه واقع شده است، در اینجا چون هریک از آنها، مدعی فرد مورد نظر خود و منکر فرد دیگر هستند، باب تعدای می‌شود؛ لذا اگر هیچ یک بینه‌ای نداشتند یا هر دو بینه آوردند، باید تحالف کنند و اگر یکی از آنها از قسم خوردن نکول کرد، حق با دیگری است و اگر هر دو قسم خوردند یا هر دو نکول کردند، هر دو دعوا تساقط می‌شود و شهرت بسیار قوی بر این است که چنین عقدی منفسخ می‌شود. البته مرحوم سید فقط صورت عدم بینه را ذکر کرده است. اما تحقیق این مسئله که پس از تساقط هر دو دعوا چه حکمی مترتب می‌شود به بحث طولانی نیاز دارد که مربوط به باب قضا و شهادات است.^۴

۱. المائدة، ۱.

۲. طبق نظر مرحوم آقای خونی عقد مکروه با رضایت لاحق از ابتدا تصحیح می‌شود ولی طبق نظر استاد^۵ از زمان رضایت تصحیح می‌شود. ر.ک: مسئله ۱۴ از همین بخش (لا بأس بعقد السفیه اذا كان وکیلاً أو أصیلاً مع إجازة الولي. و کذا لا بأس بعقد المکروه علی إجراء الصیغة للغير، أو لنفسه إذا أجاز بعد ذلك).

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۶.

۴. ر.ک: کلام استاد^۶ در کتاب اجاره فصل ۷ (تنازع) مسئله ۲ (تنازع بین مدعی اجاره و مدعی عاریه)

فرع: حکم نزاع بین زوج و پدر دختران در فرض تعیین در ضمیر پدر نه در خارج

مسألة ۱۹: «... نعم هنا صورة واحدة اختلفوا فيها وهي ما إذا كان لرجل عدة بنات فزوج واحدة ولم يسمها عند العقد ولا عينها بغير الاسم لكنه قصدها معينة و اختلفا فيها فالمشهور على الرجوع إلى التحالف الذي هو مقتضى قاعدة الدعاوى و ذهب جماعة إلى التفصيل بين ما لو كان الزوج رءاهن جميعا فالقول قول الأب و ما لو لم يرهن فالنكاح باطل و مستندهم صحيحة أبي عبيدة الحذاء و هي وإن كانت صحيحة إلا أن إعراض المشهور عنها مضافا إلى مخالفتها للقواعد مع إمكان حملها على بعض المحامل يمنع عن العمل بها فقول المشهور لا يخلو عن قوة و مع ذلك الأحوط مراعاة الاحتياط و كيف كان لا يتعدى عن موردها.»^۱

مرحوم سید می‌فرماید: از موردی که زوج و ولی زوجہ در مقصود از فرد تعیین شده اختلاف داشته‌اند که حکم آن تحالف بود، یک مورد استثنا شده است و آن جایی است که پدری که دارای چند دختر است یکی از آنها را بدون اینکه وصف کند یا نام ببرد، فقط در نیت خود تعیین کرده و او را به ازدواج مردی درآورد، سپس بین آنها اختلاف شود و شوهر بگوید نیت من، دختر دیگر بوده است.

در این مورد نیز مشهور بنا به قاعده باب دعاوی که در فرع قبل گذشت قائل به تحالف شده‌اند، ولی جماعتی به استناد صحیحہ ابی عبیدة حذاء بین موردی که زوج، دختران را دیده باشد و موردی که بدون رؤیت آنها، اقدام به ازدواج کرده، قائل به تفصیل شده و در صورت اول، قول پدر را مقدم دانسته و در صورت دوم، حکم به بطلان عقد کرده‌اند. البته در موردی که قول پدر مقدم است، هر چند از نظر حکم ظاهری، قول او مقدم است و هر چه ادعا کند پذیرفته می‌شود، ولی وظیفه دارد همان دختری را که واقعا تعیین و قصد کرده، در اختیار زوج قرار دهد؛ زیرا وظیفه‌اش آن است که طبق نیتی که داشته عمل کند.

مرحوم سید در ادامه می‌فرماید: در این فرع هم، به دلیل اعراض مشهور از این

و همچنین کتاب نکاح، تنازع در مهر، نزاع در قدر و وصف مهر، ذیل عبارت شرائع (شرائع، ج ۲، ص ۲۷۷: «لو اختلفا فی قدره او وصفه»).

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۶.

صحیحہ و همچنین مخالفت آن با قواعد مسلم و امکان حمل آن بر معانی دیگر، قول اول (تحالف) خالی از قوت نیست؛ ولی در عین حال مراعات احتیاط بهتر است و در هر حال از مورد روایت به موارد دیگر نمی‌توان تعدی نمود.

بررسی صحیحہ ابی عبیدہ حذاء

محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد و علی بن إبراهیم عن أبيه جميعا عن ابن محبوب عن جميل بن صالح عن ابی عبیدة قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كانت له ثلاث بنات أبكار فزوّج واحدة منهن رجلاً ولم يسمّ الزّوج للزّوج ولا للشهود و قد كان الزّوج فرض لها صداقها فلما بلغ إدخالها على الزّوج بلغ الرجل أنّها الكبرى من الثلاثة فقال الزّوج لأبيها إنّما تزوّجت منك الصّغرى من بناتك قال فقال أبو جعفر عليه السلام إنّ كان الزّوج رآهن كلّهنّ ولم يسمّ له واحدة منهنّ فالقول فى ذلك قول الأب و على الأب فيما بينه و بين الله أن يدفع إلى الزّوج الجارية الّتى كان نوى أن يزوّجها إياه عند عقدة النّكاح و إن كان الزّوج لم يرهّن كلّهنّ ولم يسمّ واحدة عند عقدة النّكاح فالنّكاح باطل»^۱.

نظر مرحوم سید: خلاف قاعده بودن روایت بودن و اعراض مشهور از آن مرحوم سید فرموده است: مشهور از این روایت اعراض کرده‌اند؛ زیرا مورد این روایت همان فرض تداعی است که طبق قاعده محکوم به تحالف است.^۲

دو احتمال در عبارت عروه (مع امکان حملها على بعض المحامل)

مرحوم سید پس از بیان فوق (اعراض مشهور و مخالفت روایت با قواعد) فرموده است: «مع امکان حملها على بعض المحامل» این کلام را به دو نحو می‌توان معنا کرد:

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۱۲، باب نادر، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۴، باب ۱۵ «باب حکم من کان له بنات فزوّج واحدة منهن رجلاً و لم یسمّها وقت العقد»، ح ۱.
۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۶.

ممکن است این جمله متمم جمله قبل باشد؛ یعنی هرگاه ظاهر مفاد صحیح‌ه‌ای بر خلاف قواعد بود و امکان حمل بر معنای غیر ظاهری آن وجود داشت، در این فرض چنین روایتی مانند روایات مجمل است که نمی‌توان به آن عمل کرد. احتمال دیگر این است که هریک از مخالفت با قواعد و امکان حمل بر معنای دیگر در کلام مرحوم سید، وجهی جداگانه برای وهن در عمل به روایت باشد. اگر مراد مرحوم سید وجه اول باشد مبنای آن قابل دفاع است؛ زیرا اگر بتوان روایت مخالف با قواعد را به نحوی توجیه کرد که عرف آن را پسندیده و از آن ابایی نداشته باشد، لازم است بر قواعد تحفظ نموده و روایت مخالف را توجیه کرد؛ چون وجهی ندارد که به دلیل روایتی که وجوه مختلفی در آن محتمل است، از قواعد مسلم صرف نظر شود.

ولی احتمال دوم با مبانی کسانی که خبر واحد را حجت می‌دانند سازگار نیست؛ زیرا هرچند برخی در تخصیص آیات قرآن با خبر واحد مناقشه دارند، ولی همه قائلین به حجیت خبر واحد، تخصیص قواعد را با خبر واحد، بی‌اشکال می‌دانند، در نتیجه مخالفت روایت با قواعد، نمی‌تواند به تنهایی موجب وهن روایت شود. مگر اینکه مراد مرحوم سید این باشد که هرچند قواعد فقهی مانند قواعد ریاضی نیست که تخصیص آن محال باشد، ولی بعضی از قواعد به گونه‌ای است که انسان به حسب ارتکازات عرف و متشرعه و نبود هیچ‌گونه مشابهی در تخصیص آن، به عمومیت آن اطمینان نوعی پیدا می‌کند، به طوری که موجب وهن در حجیت خبر واحد مخالف با آن است و در نتیجه نمی‌توان قاعده را با آن تخصیص زد. لذا گمان می‌کنم مرحوم حاج شیخ عبد‌الکریم حائری در درر، در دوران امر بین تخصیص عام و تحفظ بر هیئت آن و بین رفع ید از هیئت عام و تحفظ بر عمومیت آن، به تحفظ بر عمومیت عام متمایل گشته است.^۱ مثلاً اگر گفته شود: «اکرم العلماء و

۱. مرحوم حاج شیخ عبد‌الکریم حائری در موارد متعدّد در دوران امر بین تقیید ماده و تصرف در هیئت، تصرف در هیئت را ترجیح داده است (برای نمونه: کتاب الصلاة (حائری)، ص ۳۶۱، ۳۳۷ و ۳۹۴). نکته اصلی آن این است که ملاک جمع عرفی به مناط اظهر بودن است؛ البته اینکه ایشان در مواردی که نکته عرفی در بین نباشد، مطلقاً بر مقتید حمل می‌کند، با مطلبی که بیان شد، منافاتی ندارد؛ زیرا به عقیده ایشان، در آن موارد حمل مطلق بر مقتید دارای نکته عرفی است؛ ولی تصرف در هیئت، مطابق

لا یجب اکرام زید العالم» در اینجا اگر از ظهور عام در وجوب، رفع ید شده و حمل بر استحباب شود و لذا بر عمومیت آن تحفظ شود، بهتر از تحفظ بر هیئت وجوبی و تخصیص عموم است. شیخ انصاری هم می‌فرماید: اگر حکومت در کار نباشد باید اقوانیت را در نظر گرفت.^۱

در هر حال، هیچ‌یک از این دو ادعا (اعراض مشهور و مخالفت با قواعد) در کلام ایشان صحیح نیست.

عدم اعراض مشهور از روایت ابی عبیده

ادعای اعراض مشهور از این روایت صحیح نیست؛ زیرا از اوایل قرن چهارم، یعنی زمان مرحوم کلینی (متوفای ۳۲۸)^۲ تا اوایل قرن دهم، یعنی زمان محقق کرکی (متوفای ۹۳۷)^۳، تنها دو نفر با مفاد روایت مخالفت کرده‌اند که یکی قبل از محقق حلی (متوفای ۶۷۶)^۴ و دیگری بعد از او بوده است؛ یکی ابن ادریس در نیمه دوم قرن ششم^۵ که اساساً خبر واحد را حجت نمی‌دانند و دیگری ابن متوج بحرانی، معاصر شهید اول و شاگرد فخر المحققین - بنا به نقل صاحب حدائق از شاگرد او، ابن فهد احسایی^۶ - که در نیمه دوم قرن هشتم بوده است.

مرحوم کلینی آن را در یک باب نادر آورده است^۷ و آوردن روایت در یک باب

فهم عرفی نیست (در الفوائد حائری)، ص ۲۳۶-۲۳۷؛ کتاب الصلاة (حائری)، ص ۱۸۲-۱۸۳.

۱. فرائد الأصول، ج ۴، ص ۱۴-۱۵.

۲. رجال النجاشی، ص ۳۷۷.

۳. أمل الأمل، ج ۱، ص ۱۲۲.

۴. کتاب الرجال (ابن داوود حلی)، ص ۸۳.

۵. السرائر، ج ۲، ص ۵۷۳.

۶. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۷۹؛ مرحوم صاحب حدائق در پاورقی چنین می‌فرماید: «أقول: نقل الشيخ الفاضل شهاب الدین أحمد بن فهد بن إدریس الأحسانی فی شرحه علی الإرشاد هذا القول أيضاً عن شیخه، والمراد به الشيخ جمال الدین و قیل: فخر الدین الشیخ أحمد بن عبد الله بن المتوج البحرانی تلمیذ الشیخ فخر الدین بن العلامة (علیه السلام) لأن الشیخ أحمد المذكور أحد تلامذته، و الیه یشیر كثيراً فی الكتاب المذكور بشیخنا. (منه (علیه السلام)).»

۷. الکافی، ج ۵، ص ۴۱۲، باب نادر، ح ۱: محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمّد و علی بن إبراهیم عن أبیه جمیعاً عن ابن محبوب عن جمیل بن صالح عن أبی عبیده قال: «سألت أبا جعفر (علیه السلام)...

نادر که تحت ضوابط کلی قرار نمی‌گیرد، دلیل بر اعتماد او به روایت است. شیخ صدوق نیز آن را در فقیه که کتاب فتوایی اوست، نقل کرده است.^۱ شیخ طوسی در نهاییه^۲، ابن بزّاج در مهذب^۳، و قطب الدین کیدری در اصباح^۴ به آن فتوا داده‌اند. محقق در شرایع^۵ و نافع^۶ به آن اخذ کرده و در شرائع فرموده است که مفاد آن مطابق با قواعد است. شاگرد او فاضل آبی نیز روایت را قبول کرده و با ابن ادریس با تندی برخورد کرده است.^۷ علامه در قواعد^۸، تحریر^۹، تذکره^{۱۰}، تبصره^{۱۱}، ارشاد^{۱۲} و تلخیص^{۱۳} به آن اخذ کرده است. اگر کتاب مختلف^{۱۴} علامه را نیز بیفزاییم هفت کتاب از

۱. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۲۱، ح ۴۴۶۸. روی جمیل بن صالح عن ابی عبیده قال: «سألت أبا جعفر علیه السلام عن رجل كن له ثلاث بنات أبكار فزوج واحدة منهن رجلاً ولم یسم التي زوج للزوج ولا للشهود وقد كان الزوج فرض لها صداقاً فلما بلغ أن یدخل بها علی الزوج وبلغ الزوج أنها الکبری قال الزوج لأبيها إنما تزوجت منك الضغری من بناتك فقال أبو جعفر علیه السلام إن كان الزوج رآهن کلهن ولم یسم له واحدة منهن فالقول في ذلك قول الأب وعلی الأب فيما بینه وبين الله تعالى أن یدفع إلى الزوج الجارية التي كان نوى أن یزوجها إياه عند عقدة النکاح وإن كان الزوج لم یرهن کلهن ولم یسم له واحدة منهن عند عقدة النکاح فالنکاح باطل».

۲. النهایة (شیخ طوسی)، ص ۴۶۸.

۳. المهذب (ابن بزّاج)، ج ۲، ص ۱۹۶.

۴. اصباح الشیعة، ص ۴۰۶.

۵. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۸.

۶. المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۷۰.

۷. کشف الرموز، ج ۲، ص ۱۰۲-۱۰۳.

۸. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۱۰.

۹. تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۴۳۰.

۱۰. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۴.

۱۱. تبصرة المتعلمین، ص ۱۳۳.

۱۲. إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۶.

۱۳. تلخیص المرام، ص ۱۹۵.

۱۴. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۳۵: «والتخريج لهذه الرواية (رواية ابی عبیده): أن الزوج إذا كان قد رآهن کلهن، فقد رضي بما یعقد علیه الأب منهن، ورضي باختیاره، وكل الأمر إلیه، فكان في الحقيقة وکیله، وقد نوى الأب واحدة معینة، فصرف العقد إلیها. وإن لم یکن قد رآهن، كان العقد باطلاً، لعدم رضی الزوج بما یسمیه الأب وبعینه في ضمیره. والأصل في ذلك أن نقول: إن كان الأب قد نوى واحدة

کتاب علامه چنین خواهد بود. کتاب منتهی و نهایه علامه حلی هم بخش نکاح را ندارند.^۱ همچنین شهید اول در لمعه^۲ و فاضل مقداد در تنقیح^۳ به آن عمل کرده‌اند. فقط محقق کرکی آن را رد کرده است^۴ و شهید ثانی هم در شرح لمعه^۵ که آن را چند سال قبل از مسالک نوشته، نظر مرحوم ابن ادریس را ترجیح داده ولی در مسالک گرچه نخست به کلام ابن ادریس متمایل شده، ولی نهایتاً کنار گذاشتن روایت صحیح السند را مشکل می‌داند^۶، و در حاشیه کوتاهش بر ارشاد - که در حاشیه غایه المراد شهید اول چاپ شده است - روایت را پذیرفته و کلام علامه حلی که می‌گوید: «و القول قول الأب» را پذیرفته و فقط ضمیمه شدن قسم پدر را لازم دانسته است.^۷

مرحوم نراقی نیز در مستند، روایت را فقط به جهت مجمل دانستن آن، نپذیرفته است. ایشان پس از نقل کلام شهید ثانی در مسالک که قول به تفصیل را به اکثر فقها نسبت داده، فرموده است که مستند فقهاء در تفصیل بین رؤیت دختران و عدم آن توسط زوج، صحیحی ابی عبیده حدّاء است و سپس فرموده است:

بعینها و کانت رؤیة الزوج لهنّ دلیلا علی الرضی بما یعینه، صخ العقد، و کان القول قول الأب فیما عینه، وإلا فلا.^۸

مرحوم علامه حلی در مختلف الشیعه بر خلاف شش کتاب ذکر شده، صحت عقد و اعتبار قول پدر دخترها را منوط به این دانسته که رؤیت دخترها دلالت بر رضایت مرد به تعیین پدر دخترها داشته باشد؛ ولی در هر حال از روایت اعراض نکرده است.

۱. آنچه از منتهی و نهایه علامه حلی موجود است شامل کتاب النکاح و بسیاری از ابواب دیگر نیست (رک: الذریعة إلى تصانیف الشیعة، ج ۲۳، ص ۱۱-۱۲، رقم ۷۸۴۱؛ و ج ۲۴، ص ۳۹۴، رقم ۲۱۰۸).

۲. اللمعة الدمشقیة، ص ۱۷۵.

۳. التنقیح الرابع، ج ۳، ص ۱۷.

۴. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۲.

۵. الروضة البهیة (چاپ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۶۳.

۶. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۱۰۶.

۷. حاشیه الإرشاد، ج ۳، ص ۱۸: «قوله: "فالقول قول الأب مع الیمین." (متن ارشاد اینگونه است: «و لو زوجه الأب بإحداهنّ و لم یسمها فی العقد بل قصد معینة، و اختلفا فی المعقود علیها، فالقول قول الأب إن کان الزوج رآهنّ، وإلا بطل.»).

«و استندوا فيه إلى صحيحة الحدّاء و هي مردودة لا بما قيل من أنّها مخالفة للقواعد الشرعية من التفرقة بين صورة الرؤية و عدمها، لأنّ القواعد كما بالأدلة الشرعية تؤسّس، كذلك بها تخصّص، بل بالإجماع، لاحتمالها كلا من الصور الثلاث.»^۱

عبارت «لأنّ القواعد كما بالأدلة الشرعية تؤسّس، كذلك بها تخصّص» عبارت زیبایی است. در هر حال، به احتمال قوی تعبیر «بالاجماع»، به دلیل سهو قلم یا به دلیلی دیگر، «بالاجمال» بوده است؛ زیرا بعد از آن فرموده است سه احتمال در روایت است. لذا در حاشیه چنین نوشتیم: «لایبعد کون الصواب بالاجمال» البته احتمال این هم وجود دارد که همان «بالاجماع» باشد که توجیه آن را در حاشیه چنین نوشتیم: «و ان امکن توجیه ما هنا بان یكون المراد ان الرواية لاجمالها و ترددها بین الاحتمالات لاتکون حجة فی شیء من الصور اجماعاً»

البته ظاهراً همان «بالاجمال» صحیح باشد. به چاپ قدیمی مستند مرحوم نراقی هم بعداً رجوع کردیم، «بالاجمال» نوشته بود و ظاهراً در چاپ های بعدی اشتباه شده است.

در هر حال، مرحوم نراقی بعد از بیان سه احتمال در معنای روایت می فرماید: «پس این روایت در هیچ یک از صور حجت نیست.»^۲

صاحب مدارک در نهایه المرام^۳، مرحوم سبزواری در کفایه^۴، و نیز کاشف اللثام^۵، صاحب حدائق^۶، صاحب ریاض^۷ و صاحب جواهر^۸ و ... همگی روایت را اخذ کرده، برخی تعبداً و گروهی با توجیهاتی که در معنای روایت کرده اند، تلاش کرده اند

۱. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۰۳.

۲. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۰۴.

۳. نهایه المرام، ج ۱، ص ۳۸.

۴. کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۹۱.

۵. کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۰-۵۲.

۶. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۸۴.

۷. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۲۶.

۸. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۵۶-۱۵۷.

مفاد آن را مطابق قواعد بدانند.

بنابراین، نسبت اعراض از این روایت به مشهور درست نیست.

منحصر نبودن مورد روایت در «تداعی» با تبیین معانی محتمل روایت

همچنین ادعای مرحوم سید که این روایت را خلاف قواعد دانست، صحیح نیست؛ زیرا در این روایت چند احتمال وجود دارد که مرحوم نراقی در مستند سه مورد را مطرح کرده است. با توجه به محتملات معنایی در این روایت که برخی مطابق قواعد است، دیگر نمی‌توان آن را مخالف قواعد دانست. در ذیل، این احتمالات که سه مورد اول آن در کلام مرحوم نراقی آمده است بررسی خواهد شد.

احتمال اول: توافق تفصیلی در معقود علیها قبل از عقد و اختلاف در بعد از عقد

احتمال اول این است که طرفین قبل از اجرای عقد در مورد اینکه معقود علیها کدام یک از دخترها باشد، توافق کرده‌اند ولی در موقع اجرای عقد، اسمی از اینکه آن دختر، مثلاً کبیره است یا صغیره، برده نشده است، شهود نیز اطلاعی ندارند^۱ و طرفین بر همان که قرار گذاشته بودند عقد خوانده‌اند، ولی پس از عقد اختلاف به وجود می‌آید و زوج می‌گوید: آن دختری که من برای ازدواج با او، با تو توافق کردم دختر کوچک است، ولی پدر زوجه مدعی است که فرد مورد توافق، دختر بزرگ بوده و عقد بر او واقع شده است.^۲

طبق این احتمال، که مرحوم سید آن را مورد روایت می‌داند، هیچ‌یک ادعای بطلان عقد ندارند بلکه طرفین مدعی صحت عقد هستند و اختلاف در فرد مورد توافق است که طبق قاعده، با تحالف باید نزاع برطرف شود، ولی در روایت اثری از تحالف نیست، از این رو اگر مراد روایت، این احتمال باشد، مخصص قاعده تحالف باب قضاء می‌شود.

احتمال دوم: اختلاف در متعلق ایجاب و قبول

احتمال دوم این است که طرفین عقد هریک فردی را تعیین کرده‌اند و فرد مورد نظر هر

۱. اعتبار اشهاد بین عامه اختلافی است؛ رک: مسائل متفرقه از مباحث آتی، ذیل «المسألة الثانية» (العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۷-۸۵۹).

۲. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۰۲.

یک با دیگری فرق دارد، اما هریک، دیگری را در آنچه قصد کرده است تصدیق می‌کند.^۱

بررسی احتمال دوم با بیان اشکالات وارد بر مطالب آقای خوئی

برای بررسی این احتمال، مناسب است کلام مرحوم آقای خوئی در این مسئله بررسی شود.

مطلب اول: تعیین احتمال دوم در روایت ابی عیبه

آقای خوئی در این مسئله دو احتمال را مطرح کرده است که احتمال اول همان احتمال مرحوم سید است و احتمال دوم ایشان شبیه^۲ همین احتمال دوم است و مورد روایت را همین احتمال دوم خود دانسته است. ایشان فرموده است: اختلاف و نزاع در صحت و بطلان عقد است و پدر مدعی است که بر اساس وکالت و امثال آن، دختر بزرگ خود را به عقد زوج در آورده و این عقد صحیح است، لکن زوج معتقد است که نیت وی، دختر کوچک بوده است و می‌گوید: «اگر تو دختر بزرگ را نیت کردی، من او را قبول نکرده‌ام» و لذا تطابقی بین ایجاب و قبول نیست و عقد باطل است.^۳

اما کلام ایشان قابل مناقشه است؛ زیرا:

اشکال اول: وجیه نبودن تفصیل بین دیدن دخترها توسط زوج و ندیدن او

اولاً، بر اساس این احتمال دوم، تفصیل در روایت، خلاف قاعده است، یا باید به طور مطلق حکم به بطلان عقد نمود یا اینکه مطلقاً عقد را صحیح دانست. به عبارت دیگر حتی اگر این عقد صحیح باشد، تفصیل در آن بی‌وجه است و

۱. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۰۳.

۲. البته بین کلام مرحوم نراقی و مرحوم آقای خوئی در این احتمال دوم کمی تفاوت وجود دارد؛ زیرا طبق احتمال مرحوم نراقی طرفین، یکدیگر را در نیتشان تصدیق می‌کنند؛ اما در کلام مرحوم آقای خوئی تنها عدم انکار طرف مقابل مطرح شده و این اعم از آن است که تصدیق طرف مقابل هم وجود داشته باشد یا فقط مجرد عدم انکار باشد؛ لذا بر اساس کلام مرحوم آقای خوئی در این احتمال، امکان بحث از جریان اصل صحت وجود دارد که در بررسی کلام مرحوم آقای خوئی خواهد آمد، بر خلاف کلام مرحوم نراقی که با فرض تصدیق طرفین مجالی برای اجرای اصل صحت به هیچ نحوی باقی نمی‌ماند.

۳. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۶۶-۱۶۷.

بسیار مستبعد است که شارع مقدس در صورتی که مورد ادعای زوج و ولی زوج متفاوت باشد تعبداً بفرمایند اگر زوج دخترها را دیده، عقد، بر کسی واقع می‌شود که پدر دخترها قصد کرده است. به تعبیر دیگر: در موردی که ظاهر امر، حاکی از تطابق ایجاب و قبول نیست (یعنی نه نشانه تفویض امر نکاح به پدر زوج در کار است و نه نشانه‌های توافق بر زوج مشخصی و لذا اماره و نشانه‌ای بر تطابق در کار نیست^۱)، در عین حال شارع مقدس حکم کند که عقد، بر کسی واقع شده که پدر دخترها قصد کرده است، این تعبدی بسیار بعید است و نمی‌توان روایت را بر چنین فرضی حمل کرد و اگر روایت در این فرض هم وارد شده بود، گفته می‌شد که روایت قابل اخذ نیست و باید علمش را به ائمه علیهم‌السلام رد کرد.

بررسی جریان اصل صحت در احتمال دوم

البته این بحث قابل بررسی است که آیا امکان اجرای اصالة الصحة وجود دارد؟^۲ عده‌ای از محققین^۳ عروه فرموده‌اند: اگر اصالة الصحة در موارد شک در قابلیت نیز جاری باشد، در این جا جاری نیست؛ چون نزاع در این جا، نزاع در تحقق عقد است، زیرا وقتی زوج می‌گوید: تطابقی بین ایجاب و قبول نیست، در واقع مدعی است که عقدی (که مرکب از ایجاب و قبول متطابق با یکدیگر است) واقع نشده است و لذا با اصالة الصحة نمی‌توان حکم کرد که عقد واقع شده است.

در مقابل، مرحوم صاحب جواهر معتقد است که در اینجا نیز اصالة الصحة جاری است.^۴ شاید بتوان کلام صاحب جواهر را چنین بیان کرد: شکی نیست که در این فرض، قبولی از ناحیه زوج گفته شده است، ولی اختلاف در این است که این قبول مربوط به همان ایجاب است تا اینکه به طور صحیح واقع شده باشد و

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۶۷.

۲. البته توجه شود که استاد علیه‌السلام بررسی اصالة الصحة را طبق احتمال دوم بیان شده در کلام مرحوم آقای خوئی مطرح کرده نه طبق احتمال دومی که در کلام مرحوم نراقی است؛ زیرا طبق بیان مرحوم نراقی اصلاً احتمال صحت وجود ندارد، در حالی که طبق احتمال دوم مطرح شده در کلام آقای خوئی چنین احتمالی وجود دارد.

۳. ر.ک: العروة الوثقی والتعلیقات علیها، ج ۱۵، ص ۴۴۱-۴۴۳.

۴. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۵۷.

یا اینکه ربطی به ایجاب پدر ندارد و لذا یک قبول باطلی است. در اینجا اصالة الصحه حکم به صحت قبول از ناحیه زوج می‌کند و معنایش این است که قبولی که زوج انشاء کرده است، در نقل و انتقال مؤثر بوده است. به هر حال، چه اصالة الصحه جاری باشد و چه نباشد، تفصیل در روایت، طبق قاعده نیست.

اشکال دوم: مطابق نبودن مورد روایت با احتمال دوم

ثانیاً، این احتمال، اصلاً خلاف ظاهر روایت هم می‌باشد و اصلاً توهمی بیش نیست؛ زیرا وقتی می‌توان گفت: «القول قول الأب» که نزاعی در کار باشد در حالی که طبق احتمال دوم اصلاً نزاعی نیست. ظاهر روایت این است که زوج نیز مدعی صحت عقد است؛ تعبیر «إِنَّمَا تَزَوَّجْتَ مِنْكَ الصَّغْرَى مِنْ بَنَاتِكَ» نیز نشانگر آن است که زوج نیز ادعا دارد که حقیقتاً بنت صغیره همسر او است و لذا او را مطالبه می‌کند، نه اینکه فقط یک «قبلت» گفته باشد بدون اینکه چیزی را که ولی زوجه قصد نموده است، قبول کرده باشد.

مطلب دوم: اختصاص کلام فقهاء به احتمال دوم

مطلب دیگر مرحوم آقای خویی این است: مرحوم سید در اقوال و حکم این دو فرع، خلط کرده است؛ در فرع دوم، گروهی بر اساس قواعد اولیه گفته‌اند: عقد باطل است و جماعتی بر اساس روایت ابی عبیده حذاء تفصیل داده و گفته‌اند: اگر زوج همه دخترها را دیده است، قول پدر دختر معیار است و اگر ندیده است، عقد نکاح باطل است. در این فرع است که در بین علماء دو قول بطلان و تفصیل دیده می‌شود و مورد از موارد تحالف نیست؛ چون هیچ یک ادعای طرف مقابل را

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۱۲، ح ۱: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد و علي بن إبراهيم عن أبيه جميعاً عن ابن محبوب عن جميل بن صالح عن أبي عبدة قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كانت له ثلاث بنات أبكار فزوج واحدة منهن رجلاً ولم يسمِ التي تزوج للزوج ولا للشهود وقد كان الزوج فرض لها صداقها فلما بلغ إدخالها على الزوج بلغ الرجل أنها الكبرى من الثلاثة فقال الزوج لأبيها إِنَّمَا تَزَوَّجْتَ مِنْكَ الصَّغْرَى مِنْ بَنَاتِكَ قال فقال أبو جعفر عليه السلام إِنْ كَانَ الزَّوْجُ رَأَى مِنْ كُلِّهِنَّ وَلَمْ يَسْمِ لَهَا وَاحِدَةً مِنْهُنَّ فَالْقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ الْأَبِ وَعَلَى الْأَبِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى الزَّوْجِ الْجَارِيَةَ الَّتِي كَانَ نَوَى أَنْ يَزَوِّجَهَا إِنِّيَاهُ عِنْدَ عَقْدَةِ النِّكَاحِ وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ لَمْ يَرَهُنَّ كُلِّهِنَّ وَلَمْ يَسْمِ وَاحِدَةً عِنْدَ عَقْدَةِ النِّكَاحِ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ».

رد نمی‌کند و لذا تداعی نیست، بلکه هر یک تنها از نیت خود خبر می‌دهد و این دو نیت با یکدیگر متطابق نیست نه اینکه یکدیگر را انکار کنند. پس طبق قواعد اولیه عقد باطل است و طبق روایت، در آن تفصیل است و هیچ‌یک از اصحاب در این فرع قائل به تحالف نشده‌اند.^۱

اشکال: مطرح نشدن احتمال دوم در کلام فقهاء با بیان شواهد آن اما این کلام مخدوش است و اصحاب چنین فرضی را از روایت نفهمیده‌اند و شواهدی برای آن وجود دارد:

شاهد اول: مفروغ بودن تحقق عقد نزد طرفین در عبارات فقهاء
اولاً، محقق حلی، و فقهای پس از او غالباً این مسئله را چنین طرح کرده‌اند: «اذا كان للزوج عدة بنات فزوج واحدة و لم یسمها عند العقد لکن قصدها بالنية و اختلفا فی المعقود علیها»^۲، یعنی طرفین، اصل تحقق عقد را مسلم دانسته و اختلافشان تنها در معقود علیها است، در حالی که اگر بین ایجاب و قبول تطابقی نباشد اصلاً عقدی واقع نشده است.

در تعبیرات قبل از محقق حلی نیز همین معنا استفاده می‌شود؛ مثلاً می‌گویند: اگر شوهر، دخترها را دیده باشد، قول پدر مقدم است: «القول قول الاب»^۳، در حالی که اگر پدر دختر هیچ‌گونه ادعایی در مورد قبول زوج نداشته باشد بلکه فقط مثلاً بگوید: «من فاطمه را شوهر دادم، ولی نمی‌دانم زوج، نکاح چه کسی را قبول کرده است»، چنین عقدی قابل تصحیح نیست؛ چون تطابق ایجاب و قبول مشکوک است و در نتیجه تحقق اصل عقد مورد تردید است.

بلکه بسیاری از فقهاء مانند علامه در تذکره^۴، محقق کرکی^۵، صاحب ریاض^۶ و

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۶۶-۱۶۷.

۲. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۸.

۳. النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۶۸.

۴. تذکرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۴.

۵. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۰.

۶. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۲۵.

صاحب جواهر تصریح کرده‌اند که موضوع مسئله، عقدی است که به طور صحیح روی فرد معینی واقع شده، سپس در معقود علیها اختلاف شده است. گویا مرحوم آقای خوئی اصلاً مقتید به دیدن جواهر نبوده است؛ زیرا اگر به جواهر رجوع می‌کرد، چنین ادعایی را مطرح نمی‌کرد.

شاهد دوم: مناقشه ابن ادریس به روایت از حیث «اعتبار اشاره یا وصف در معقوده» نه عدم تطابق ایجاب و قبول

ثانیاً، ابن ادریس هم که به روایت ابی عبیده عمل نمی‌کند و آن را به جهت اینکه خلاف قواعد است کنار می‌گذارد، چنین اشکال نمی‌کند که چرا روایت، عقدی را که ایجاب و قبول آن متطابق نیست تصحیح می‌کند؟ و روایت بدون حصول توافق بر یک امر، نکاح دختری را که پدرش قصد کرده، تحقق یافته می‌داند، هرچند شوهر این نکاح را قبول نکرده باشد؟! بلکه اشکال می‌کند که باید معقود علیها با اشاره یا وصف یا امثال آنها در صیغه نکاح مشخص باشد.^۲

شاهد سوم: خلاف ظاهر بودن احتمال دوم در صحیحه ابی عبیده

ثالثاً، در خود روایت ابو عبیده آمده است که اگر شوهر دخترها را دیده «القول فی ذلک قول الأب» و بسیار بعید است که شارع مقدس در فرضی که به جهت عدم احراز تطابق ایجاب و قبول، عقدی رخ نداده است از روی تعبد، حکم کند که اگر زوج، دخترها را دیده است، عقد روی همان کسی واقع می‌شود که پدر دخترها قصد کرده است.

احتمال سوم: توافق اجمالی زوج با نیت پدر زوجه و نزاع پس از عقد در منوی

احتمال سوم این است که قبل از اجرای عقد، توافقی بین طرفین صورت نگرفته است، بلکه پدر دخترها در موقع اجرای عقد، یکی از آنها را در نیت خود به عقد زوج در آورده است و زوج نیز با وجود عدم علم تفصیلی به منوی پدر دختر، اجمالاً همان دختری را که او نیت کرده، قبول کرده است، ولی پس از اجرای عقد، در منوی پدر اختلاف شده است و پدر می‌گوید: من کبیره را نیت کردم و قهراً تو نیز کبیره

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۵۳-۱۵۴.

۲. السرائر، ج ۲، ص ۵۷۳.

را قبول کردی، اما زوج می‌گوید: آنکه تو نیت کرده‌ای صغیره است، چرا که مثلاً معلوم است که من شرائط ازدواج با کبیره را ندارم (مثل اینکه از نظر سنتی با یکدیگر ناسازگارند) و من نیز صغیره را قبول کردم. در این فرض نیز هر دو مدعی صحت عقد هستند، و اختلاف در مورد تعیین معقود علیها است.^۱

اشکال: عدم فرق بین دیدن و عدم دیدن دخترها توسط زوج

طبق این احتمال نیز قسمتی از روایت خلاف قاعده است؛ زیرا حکم مسئله در این فرض، تقدیم قول پدر است مطلقاً، چرا که منازعه در مورد نیت پدر است و این هم از اموری است که فقط پدر می‌تواند آن را مشخص کند (لا یعرف الا من قبل الأب)، و در اینکه زوج، دخترها را دیده یا ندیده باشد فرقی نیست. پس اینکه در صورت ندیدن زوج، نکاح باطل شمرده شده است، خلاف قاعده است.

احتمال چهارم: کشف «رؤیت دخترها و سکوت زوج» از «رضایت زوج به تعیین پدر» احتمال چهارم این است که تفصیل در روایت بین دیدن دخترها و ندیدن آنها توسط زوج، بدین علت است که اگر دخترها را دیده باشد، چون در مورد تعیین هیچ‌یک، حرفی نزده و سکوت نموده، این سکوت او علامت این است که به انتخاب پدر رضایت دارد و به عبارت دیگر، معنای سکوت او این است که پدر را در انتخاب از ناحیه خود وکیل قرار داده است. در این صورت اگر اختلافی در مورد معقود علیها واقع شود، قول پدر مقدم است و عقد، صحیح است ولی اگر دخترها را ندیده باشد، در این صورت، مسئله وکالت مطرح نیست و توافق، احراز نشده است و جریان اصالة الصحة نیز در این موارد که شک در ارکان است، خیلی واضح نیست، لذا عقد باطل دانسته شده است. محقق حلی و علامه، روایت را بر این احتمال حمل کرده‌اند.^۲

تبیین تطابق احتمال چهارم با قواعد کلی فقه

طبق این احتمال، تفصیل در روایت، مطابق با قاعده خواهد بود؛ زیرا وقتی زوج،

۱. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۰۳.

۲. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۸؛ مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۳۵؛ کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۱.

دخترها را دیده باشد، به این معناست که پدر دخترها در مورد هریک از دخترها، احتمال می‌داده است که زوج او را پسندد؛ چون اگر یقین داشت که زوج به ازدواج با یکی از آنها راضی نیست اجازه نمی‌داد زوج او را ببیند. اکنون که زوج، دخترها را دیده، و بدون آن که یکی از آنها را معین کند همراه با پدر دخترها عقد را انشاء کرده است، این سکوت، عرفاً نشانه و علامت این است که پدر را در انتخاب یکی از دخترها وکیل قرار داده و امر انتخاب را به پدر دختر تفویض کرده است - همچنان که سکوت باکره در روایات علامت رضایت او قرار داده شده است^۱ - و اگر در مقطعی در این توکیل تردید کرده باشد، تا زمانی که عدم رضایت خود را ابلاغ نکرده و خبر عزل از وکالت به وکیل نرسیده باشد، تصرف وکیل شرعاً صحت واقعی دارد. پس عقدی که پدر دخترها خوانده شرعاً صحیح است و اگر بعداً بین زوج و ولی زوجه در تعیین معقود علیها اختلاف شد، قول پدر معیار است؛ چون این از اموری است که فقط از طریق پدر معلوم می‌شود لذا قول او در این موارد حجت است و لذا مسئله از باب تداعی نیست.

ولی اگر زوج، دخترها را ندیده باشد، سکوت او بر وکالت دادن به پدر دلالت نمی‌کند، در نتیجه پدر و زوج هریک فردی را در نیت خود انتخاب کرده‌اند، لذا به خاطر نبودن تطابق بین ایجاب و قبول، عقد نکاح در فرض عدم رؤیت باطل است.

بررسی اشکالات احتمال چهارم

در این احتمال اشکالاتی مطرح است:

اشکال اول: عدم ملازمه «رؤیت دخترها» با تفویض عقد به پدر دخترها
اشکال اول، اشکال محقق کرکی در جامع المقاصد^۲ و به تبع ایشان، شهید ثانی

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۴، ح ۸: محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: «قال أبو الحسن عليه السلام في المرأة البكر إذا نها صماتها والثيب أمرها إليها؛ وسائل الشيعة، ج ۲۰، ص ۲۷۴، ح ۱.

۲. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۱-۸۲: «لكن لا يخفى أن ما ادعاه غير واضح، لأنه لا ملازمة بين الرؤية و الرضا بتعيين الأب، و بين عدمها و عدم الرضا بتعيينه. و لو نزلت الرواية على أن الرؤية دلت على الرضا بمن يعينها الأب و عدمها على العدم، كان تنزيلاً للفظ الرواية على ما لا يحتمل، و تخصيصاً لها بما لم يصرح به أحد من الأصحاب، لأن العاملين بها أجروها على ظاهرها. و التنزيل المذكور يتضمن جواز

در مسالک^۱ است که فرموده‌اند: هیچ یک از دیدن و ندیدن، ملازم تفویض و عدم تفویض نیستند؛ زیرا دیدن، اعم از تفویض است چنان‌که ندیدن هم، اعم از عدم تفویض است، بنابراین با چنین توجیهی نمی‌توان مفاد روایت را منطبق بر قواعد دانست.

صاحب جواهر نیز پس از مطرح کردن همین اشکال، می‌فرماید: طبق قاعده، نکاح صحیح است و بین صورت رؤیت و عدم آن فرقی نیست؛ چون اگر مفاد ایجاب، مجمل باشد و احتمال اراده هر یک از دختران را داشته باشد و با این وجود، باز هم زوج قبول کند، این قبول همراه با ترک استیضاح، نشانه رضایت بر تمام احتمالات است، در حالی که اگر راضی نبود سؤال می‌کرد که مراد کدام دختر است. طبق این تقریب، هرچند دخترها را ندیده باشد باز هم عقد صحیح است و اگر ترک سؤال، علامت رضایت زوج به منوی پدر دخترها نباشد عقد باطل است اگرچه دخترها را دیده باشد در حالی که روایت، تفصیل داده است.^۲

قبول نکاح من قصد الولی أو الوکیل لعدة نساء أنکحها بالإیجاب، من غیر أن يعرف قصده و لو لم یکن قد رآهن، و فیه خروج عن صریح الروایة.

البته چنان‌که استاد^۳ نیز فرموده است برخی در بیان این احتمال روایت ابی عبیده تعبیری را به کار برده‌اند که خالی از اشکال نیست؛ زیرا در بیان این احتمال گفته‌اند: دیدن، دال بر رضایت است و ندیدن دال بر عدم رضایت است، در حالی که باید چنین گفته می‌شد: «دیدن دال بر رضایت است و ندیدن دال بر رضایت نیست»

در عبارت مختلف الشیعة، این اشتباه رخ داده و به جامع المقاصد و مسالک نیز سرایت کرده است. مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۳۵: «و التخریج لهذه الروایة: أن الزوج إذا کان قد رآهن کلهن، فقد رضی بما یعتقد علیه الأب منهن، و رضی باختیاره، و کل الأمر إلیه، فکان فی الحقیقة وکیله، و قد نوى الأب واحدة معینة، فصرف العقد إلیها. و إن لم یکن قد رآهن، کان العقد باطلا، لعدم رضی الزوج بما یسمیه الأب و یعینه فی ضمیره.»

جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۱-۸۲: «لکن لا یخفی أن ما ادعاه غیر واضح، لأنه لا ملازمة بین الرؤیة و الرضا بتعیین الأب، و بین عدمها و عدم الرضا بتعیینه. و لو نزلت الروایة علی أن الرؤیة دلت علی الرضا بمن یعینه الأب و عدمها علی العدم، کان تنزیلا للفظ الروایة علی ما لا یحتمل، ...»

مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۱۰۶: «و دعوی أن رؤیتهم دلت علی الرضا بما یعینه الأب، و عدمها علی عدمه، فی موضع المنع، لأن کل واحد من الحالین أعم من الرضا بتعیین الأب و عدمه.»

۱. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۱۰۵-۱۰۶.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۵۵.

پاسخ: امارت عرفی سکوت بر تفویض در صورت رؤیت

اما می‌توان گفت: شاید ترک استیضاح زوج در فرض عدم رؤیت به این دلیل بوده است که برای زوج واضح بوده که پدر دخترها فقط یکی از دخترها را که - مثلاً به خاطر سنشان - متناسب با این ازدواج می‌داند به عقد او در می‌آورد و لذا هنگام قبول، استیضاح نکرده است اما پدر دخترها می‌گوید: شخص دیگری را در نظر گرفته است، در نتیجه ایجاب و قبول روی دختر معینی صورت نگرفته است. پس نمی‌توان گفت مجرد ترک استیضاح، دال بر تفویض تعیین به پدر دخترها است، بر خلاف فرض رؤیت دخترها که اگر پدر دخترها فقط یکی از دخترها را متناسب با این ازدواج می‌دانست اجازه دیدن تمامی دخترها را نمی‌داد، در چنین حالتی ترک استیضاح، دال بر تفویض تعیین زوجه به پدر دخترها است.

اشکال دیگر این است که وقتی نزاع در این است که صغری زوجه است یا کبری، دیگر رؤیت سایر دخترها چه اثری در مسئله دارد در حالی که در روایت فرموده بود: «إِنْ كَانَ الرَّوْجُ رَأَهَنَ كُلَّهُنَّ ...» یعنی اگر همه دخترها را دیده است قول پدر مقدم است.

اما ممکن است بگوییم شاید رؤیت، اماره شرعی بر تفویض است و اینکه مرد همه دخترها را دیده باشد، ممکن است کاشفیتش از تفویض، نسبت به کاشفیت مجرد رؤیت کبری و صغری اقوا باشد؛ یعنی از اینکه مرد همه را دیده معلوم می‌شود خواسته خیلی تحقیق کند و حساسیت به خرج دهد اما با این حال سکوت کرده و این نشانه‌ای قوی است که کار را به پدر دخترها تفویض کرده است، بر خلاف فرضی که به دلایلی مثل تنبلی تنها یک یا دو دختر را دیده باشد که در این صورت چنان کاشفیتی از تفویض وجود نخواهد داشت.

در حقیقت ممکن است بگوییم اگر فقط یک یا دو دختر را دیده بود، شارع سکوت او را اماره ندانسته است، اما در فرضی که همه را دیده شارع ملاحظه کرده که مطابقت این اماره با واقع (تفویض واقعی) بیشتر است.

اشکال دوم: تردید در نفوذ عمل وکیل ظاهری در فرض عدم توکیل واقعی

اشکال دوم این است که طبق احتمال چهارم، توکیل ظاهری مانند توکیل واقعی محسوب شده است، در حالی که این مطلب در کلام فقهاء روشن نیست.

توضیح مطلب: طبق احتمال چهارم، سکوت زوج نشانه و اماره تفویض امر به پدر دخترهاست. طبق این احتمال چون مرد از زمان توکیل تا قبل از اجرای عقد ابراز نکرده که مقصود من دختر کوچک تر بوده، مجرد اینکه نیت درونی او دختر کوچک تر بوده کافی نیست بلکه باید قبل از اجرای عقد به پدر دخترها ابلاغ کند که در تزویج هر دختری از دخترهایش وکیل نیست. لذا تا زمانی که عزل وکیل (پدر) را به او ابلاغ نکرده باشد وکالت باقی است و مانند فرضی است که واقعاً توکیلی رخ داده باشد - نه مانند مقام که با اماره توکیل ثابت شده است - یعنی اگر شخصی واقعاً دیگری را در عقدی وکیل کند، تا خبر عزل از وکالت به وکیل نرسد، در نزد شارع، وکالت او واقعاً باقی است و اعمال وکیل، در فرضی که مطابق اختیاراتش باشد، صحت واقعی دارد و شارع مقدس برای وکیل واقعی احترام قائل شده است، همین طور اگر فقط با اماره و حجتی شرعی - مثلاً ظهور کلام شخص در توکیل - وکالت ثابت شود و به چنین توکیلی قطع نباشد، اشکال این است که در این حالت، گرچه این ظهور، حجت شرعی بر وکالت است، اما آیا مانند توکیل واقعی تا قبل از رسیدن خبر عزل به وکیل، وکالت واقعاً باقی است با اینکه گاهی واقعاً نیت درونی موکل تغییر کرده و به مفاد وکالت راضی نیست و حتی گاهی از ابتدا توکیلی در کار نبوده است؟ آیا اگر دختری که پدر او را به عنوان زوجه تسلیم زوج کرده غیر از دختری است که حین انشاء نیت کرده است تصرفات پدر صحت واقعی دارد؟ آیا در نزد فقهاء در مباحث توکیل چنین مطلبی پذیرفته شده است؟ در روایت چنین آمده است: «و علی الأب فیما بینہ و بین الله أن یدفع إلى الزوج جاریة الّتی کان نوى أن یزوجها إیاه عند عقدة النکاح» یعنی پدر، باید آن دختری را که واقعاً نیت کرده، تسلیم زوج کند ولی امام علیه السلام درباره زوج نفرمودند که اگر واقعاً پدر دخترها را وکیل نکرده باشد، از تحویل گرفتن دختر امتناع ورزد و احکام زوجیت را بار نکند یا او را طلاق دهد. گویا حکم ظاهری درباره پدر را زوج باید به عنوان حکمی واقعی محسوب کند.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۱۲، باب نادر، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۴، باب ۱۵ «باب حکم من کان له بنات فزوج واحدة منهن رجلاً و لم یستھا وقت العقد»، ح ۱.

اگر این صحت ظاهری توکیل را صحتی واقعی بدانیم روایت فوق، مطابق قاعده است، اما اگر این صحت را صحت واقعی ندانیم، مفاد روایت استثناء از قاعده خواهد بود.

احتمال پنجم: مفروغ بودن توکیل در روایت و اعتبار رؤیت به دلیل تقلیل جهل زوج احتمال دیگر در این روایت، احتمالی است که در کشف اللثام آمده است. کاشف اللثام می‌فرماید: وجه تفصیل بین رؤیت زوج و عدم رؤیت او این نیست که رؤیت دلیل تفویض و توکیل است. در این جا از طرفی، زوج بدون اینکه زوجه را معین کند از پدر دخترها درخواست نکاح می‌کند و از طرف دیگر، پدر دخترها در صیغه نکاح، زوجه را مشخص نمی‌کند، و زوج بدون استیضاح، نکاح را می‌پذیرد. این بدین معناست که زوج با نکاح همان دختری که پدر دخترها انتخاب کرده، موافق است، و رؤیت و عدم آن در این جهت تأثیری ندارد.

ولی در مواردی که زوج، دخترها را دیده است، نظر به اینکه خصوصیات آنان در نزد او فی الجمله مشخص و معلوم است و جهالت ناشی از مردّد بودن بین چند نفر نیز قابل اغماض است، تفویض در انتخاب یکی از دخترها مانعی ندارد و لذا حضرت در این صورت حکم به صحت و تقدیم قول پدر کرده‌اند؛ ولی در جایی که زوج، دخترها را ندیده، با توجه به کثرت جهالت نسبت به آنان - به مقداری که غیر قابل اغماض است - با تفویض، عقد تصحیح نمی‌شود.^۱

نتیجه بررسی کلام مرحوم سید

با توجه به مطالب فوق می‌توان درباره نظر صاحب عروه چنین گفت:

مطلب اول: منحصر نبودن معنای روایت در فرض تداعی

اولاً، اینکه مرحوم سید گمان کرده است که معنای روایت منحصر در احتمال اول است صحیح نیست و نمی‌توان این روایت را مخالف قاعده دانست؛ زیرا چنان‌که گذشت، محتملات دیگری در معنای این روایت وجود دارد که مخالف قواعد نیست.

۱. کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۱.

مطلب دوم: عدم اعراض مشهور از روایت ابی عبیده

ثانیاً، بر خلاف نظر مرحوم سید، ادعای اعراض مشهور از این روایت صحیح نیست؛ زیرا در بررسی اعراض مشهور از صحیحۃ ابی عبیده بیان شد که تنها دو نفر با مفاد روایت مخالفت کرده‌اند که یکی قبل از محقق حلی (متوفای ۶۷۶) و دیگری بعد از او بوده است؛ یکی ابن ادریس در نیمه دوم قرن ششم^۱ که اساساً خبر واحد را حجت نمی‌داند و دیگری ابن متوج بحرانی، معاصر شهید اول و شاگرد فخر المحققین - بنا به نقل صاحب حدائق از شاگرد او، ابن فهد احسائی^۲ - که در نیمه دوم قرن هشتم بوده است.

مطلب سوم: یافت نشدن فتوای منطبق با روایت ابی عبیده در فرض تداعی

ثالثاً، اینکه مرحوم سید فرموده است که جماعتی از فقهاء در فرض احتمال اول^۳ بر طبق این روایت حکم به تفصیل داده‌اند^۴، صحیح نیست و ممکن است روایت را ناظر به احتمال چهارم دانسته باشند که حکم در آن تحالف نبود، نه اینکه این عده با حفظ احتمال اول در مورد روایت، برخلاف قاعده، طبق روایت فتوا داده‌اند.

اشکال دلالی ابن ادریس: اعتبار تسمیه یا اشاره یا وصف در تعیین زوجة

اما با قطع نظر از آنچه گذشت، این روایت با اشکال دیگری نیز مواجه است. مرحوم ابن ادریس در سرائر پس از مطرح کردن روایت، می‌گوید: از شروط صحت عقد،

۱. السرائر، ج ۲، ص ۵۷۳.

۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۷۹: مرحوم صاحب حدائق در پاورقی چنین می‌فرماید: «أقول: نقل الشيخ الفاضل شهاب الدين أحمد بن فهد بن إدريس الأحسائي في شرحه على الإرشاد هذا القول أيضاً عن شيخه، والمراد به الشيخ جمال الدين و قيل: فخر الدين الشيخ أحمد بن عبد الله بن المتوج البحراني تلميذ الشيخ فخر الدين بن العلامة (رحمه الله) لأن الشيخ أحمد المذكور أحد تلامذته، و اليه يشير كثيراً في الكتاب المذكور بشيخنا. (منه رحمه الله)».

۳. استاد (رحمه الله): در احتمال اول، طرفین قبل از اجرای عقد در مورد اینکه معقود علیها کدام یک از دخترها باشد، توافق کرده‌اند ولی در موقع اجرای عقد، اسمی از اینکه آن دختر، مثلاً کبیره است یا صغیره، برده نشده و شهود نیز اطلاعی ندارند، و بر همان که قرار گذاشته بودند عقد خوانده می‌شود، ولی پس از عقد اختلاف به وجود می‌آید.

۴. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۵۶.

تمیز دادن معقود علیها در هنگام عقد است و مجرد اینکه طرف مقابل، راضی به منوی دیگری باشد کافی نیست. عقدی که زوجه آن متمیز باشد، بلا خلاف صحیح است و اگر معقود علیها از هم تمیز داده نشود دلیلی بر صحت آن نیست یا در صحت آن از نظر اقوال، اختلاف است و احتیاط اقتضا می‌کند چنین عقدی باطل باشد^۱ لذا روایت کنار گذاشته می‌شود.^۲

یعنی حتی اگر ولی زوجه، معقود علیها را در نیت خود مشخص کند و زوج نیز به این تعیین راضی باشد و نکاح او را قبول کند، برای صحت عقد کافی نیست؛ چون هر چند نکاح بر یک فرد معین و مورد رضایت طرفین واقع شده است و در نتیجه ایجاب و قبول نیز مطابق است ولی از شرایط صحت عقد این است که معقود علیها مشخص باشد.

پاسخ کاشف اللثام: عدم اشتراط تمیز اثباتی و کفایت تعیین ثبوتی کاشف اللثام در پاسخ به ابن ادریس مطلبی فرموده که مفاد آن با توضیحی بیشتر چنین است:

تمیزی که از شرایط صحت نکاح است، تعیین واقعی است یعنی ازدواج با کلی و فرد مردّد صحیح نیست و در فرض روایت، پدر زوجه، نکاح دختر معینی را قصد کرده و شوهر هم نکاح با همان فرد مورد نیت پدر را قبول کرده است؛ لذا همین مقدار برای صحت عقد کافی است، هر چند شوهر، نتواند زوجه را در خارج تعیین کند؛ بنابراین اگر زوج، دختر بزرگ کسی را به عقد ازدواج درآورد با اینکه نمی‌تواند این عنوان را بر خارج تطبیق کند و با اشاره آن دختر را نشان دهد و مشخص کند - چون آنها را ندیده است - عقدش صحیح است در حالی که بین این مثال و فرض جاری فرقی نیست.^۳

۱. البته وجه احتیاط در سرائر بیان نشده است ولی کاشف اللثام این احتیاط ابن ادریس را از جهت فروج دانسته است: کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۲.

۲. السرائر، ج ۲، ص ۵۷۳.

۳. کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۲.

اشکال صاحب جواهر بر کاشف اللثام: ضرورت اشتراط تمییز با اسم یا وصف یا اشاره صاحب جواهر پس از اینکه می‌گوید ابن ادریس چنین عقدی را باطل می‌داند، مناقشه کاشف اللثام را - بدون ذکر نام - بیان می‌کند و در پایان به این مناقشه اشکال می‌کند و این اشکال را واضح و ضروری نیز می‌داند.

ایشان می‌فرماید: از شرایط صحت عقد این است که معقود علیها با اسم یا وصف یا اشاره، ممیز باشد، و در مورد روایت که زوج همان مقصود پدر زوجه را نیت کرده است، چون دختری را که پدر قصد کرده فقط برای خود او مشخص بوده و برای زوج مشخص نیست، بالضروره تمییزی که شرط صحت عقد است برای زوج حاصل نشده، و در نتیجه عقد باطل است، بر خلاف وقتی که زوج، عنوان «البنات الکبری» را قصد می‌کند، چون معقود علیها با این وصف مشخص است، لذا عقد صحیح است.^۱

تأیید کاشف اللثام

اما اشکال صاحب جواهر به کاشف اللثام تمام نیست؛ زیرا کاشف اللثام می‌گوید: وقتی تعیین معقود علیها با عنوان «البنات الکبری» برای صحت عقد کافی است - هر چند تشخیص فرد خارجی با اشاره برای زوج ممکن نباشد - معلوم می‌شود که تعیین از طریق عناوین اجمالی که باعث تعین واقعی معقود علیها می‌شود و ثبوتاً بر غیر از یک نفر منطبق نیست، کافی است، هر چند متعاقدين هنگام عقد ندانند که این عنوان بر چه کسی منطبق است. یکی از این عناوین هم «ما قصده الولی» است - یعنی آنچه ولی زوجه آن را قصد کرده است - که تعین ثبوتی دارد و زوج همان معین واقعی را با عنوان اجمالی (ما قصده الولی) قصد کرده است و این مقدار برای صحت عقد کافی است.

بسیاری از مطالبی که در جواهر ادعای وضوح و ضرورت شده برای ما اصلاً روشن نیست و دارای خفاء است.

نظر مختار: لزوم عمل به مفاد روایت ابی عبیده

در هر حال، این روایت چه مطابق قاعده باشد یا نباشد باید به آن اخذ کرد و وجهی برای طرح آن وجود ندارد. البته اگر روایت، مطابق قاعده نباشد نمی‌توان به غیر از مورد روایت تعدی کرد. مورد روایت، صورتی است که مهریه در عقد تعیین شده باشد نه اینکه مثلاً تعیین مهر هم به پدر زوجه تفویض شده باشد.

بررسی صحت ازدواج با حمل و معامله با آن

بررسی صحت ازدواج با حمل

مسألة ۲۰: «لا یصح نکاح الحمل و إن علم ذکوریته أو أنویتیته و ذلك لانصراف الأدلة کما لا یصح البیع أو الشراء منه و لو بتولی الولی و إن قلنا بصحة الوصیة له عهدیة بل أو تملیکیة أيضا.»^۱

توضیح اجمالی عبارت عروه

مرحوم سید می‌فرماید نکاح حمل صحیح نیست؛ یعنی شخص نمی‌تواند با بچه‌ای که هنوز به دنیا نیامده، ازدواج کند یا او را به ازدواج دیگری درآورد گرچه مذکر یا مؤنث بودن بچه‌ای که در شکم مادر است، معلوم باشد. البته در زمان حاضر، تشخیص این مطلب بسیار آسان است.

مرحوم سید در ادامه فرموده است حتی اگر وصیت عهدیه و بلکه وصیت تملیکیه برای حمل را صحیح بدانیم، نکاح حمل و بیع و شراء برای حمل را صحیح نمی‌دانیم. توضیح مطلب: اگر بخواهند شیئی را برای صبی بفروشند یا بخرند، اگر ولی، قبول کند و متولی عقد شود هیچ اشکالی ندارد، اما اگر برای حمل بخواهند چنین کنند حتی اگر ولی، متولی عقد شود جایز نیست؛ زیرا حمل، صلاحیت ندارد، حتی اگر بگوییم وصیت عهدیه و تملیکیه برای حمل صحیح است؛ مثلاً شخصی در وصیت عهدیه بگوید این حمل، از طرف من حج به جا آورد، بعد که بچه استعداد و صلاحیت پیدا کرد از طرف موصی، حج به جا می‌آورد. در وصیت عهدیه قبول معتبر نیست تا گفته شود حمل نمی‌تواند قبول کند. البته در وصیت تملیکیه طبق نظر مشهور، قبول معتبر است؛ یعنی اگر موصی بگوید بعد از مرگ من، فلان مال برای زید باشد، باید موصی له قبول کند تا مالک شود، اما باز هم

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۶، م ۲۰.

وصیت تملیک‌تیه به حمل صحیح است؛ زیرا پس از تولّد و بلوغ، می‌تواند قبول کند و لازم نیست همان وقت وصیت قبول کند یا ممکن است ولی او همان وقت قبول کند. مرحوم سید فرموده است: حتی اگر در باب وصیت ما این وصیت را صحیح بدانیم اما به دلیل انصراف ادله در باب زوجیت و بیع و شراء، عقد باطل است.

بررسی ادله بطلان

حال ادله بطلان نکاح حمل بررسی می‌شود.

دلیل اول: اجماع

ممکن است برای اثبات بطلان چنین نکاحی به اجماع تمسک شود. صاحب جواهر، چنین فرموده است: «و العمدة فيه الإجماع إن تم.»^۱

اشکال دلیل اول

اما این دلیل، ناتمام است.

مطلب اول: مطرح نشدن مسئله بین عمده قداماء امامیه

شکی نیست که بر بطلان نکاح با حمل اجماعی وجود ندارد؛ زیرا قبل از مرحوم محقق حلی، فقط مرحوم شیخ طوسی در کتاب مبسوط^۲ این مسئله را عنوان

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۵۸.

۲. المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۳: «و أما نکاح الحمل مثل أن يقول زوجتك حمل هذه المرأة أو حمل هذه الجارية كان باطلاً، لأن الجهالة یكثر فأنه قد یكون حاملاً و قد لا یكون حاملاً و قد یكون بذکر أو أنثى أو بهما، فان كانت أنثى فلا یدری واحدة هی أم أكثر، فکثرت الجهالة فبطل النکاح.»
مرحوم شیخ طوسی، نکاح حمل را به دلیل جهالت نسبت به حمل، باطل دانسته است. باید توجه داشت که فرض متن عروه ظاهراً این است که از جهت جهالت نسبت به حمل مشکلی وجود نداشته باشد و تنها بحث این است که آیا مجرد عدم تولّد بچه مانع از صحت معامله یا نکاح است؛ لذا شاید وجه اینکه اسناد^۳ جهالت نسبت به حمل را به عنوان یکی از وجوه بطلان نکاح حمل ذکر نکرده است، همین باشد که خلاف فرض مسئله است. البته مسئله غرر در مسئله آنی (مسألة ۲۱): «لا یشرط فی النکاح علم کل من الزوج والزوجة باوصاف الآخر...» بررسی خواهد شد.

کرده است.^۱

مطلب دوم: عدم کشف تقریر معصوم از فتوای عامه در مسائل غیر عام البلوی البته در بین عامه، علی القاعده و طبعاً این مسئله مطرح شده^۲ اما در آن دسته از فروع فقهی که مانند مسئله نکاح حمل، به ندرت واقع می‌شود، از عدم وجود دلیل بر خلاف، نمی‌توان تقریر معصوم علیه السلام را کشف کرد.

دلیل دوم: انصراف ادله نکاح از حمل

دلیل دیگر بر بطلان نکاح با حمل، انصراف ادله تزویج از این مورد است که در کلام مرحوم سید مطرح شده است؛ بیع و شراء با حمل نیز صحیح نیست گرچه ولی حمل، متولی آن باشد و از طرف حمل، ایجاب یا قبول را انشاء کند. البته مرحوم سید ضمیمه کردن بیع و شراء را ظاهراً از مرحوم صاحب جواهر^۳ و ایشان از مرحوم محقق کرکی^۴ اخذ کرده است^۵ و احتمالاً محقق کرکی نیز از

نکته قابل توجه این است که شیخ طوسی در این فرع به اجماع تمسک نکرده است و این نشان می‌دهد که در مسئله اجماعی وجود ندارد.

۱. به جز مرحوم شیخ طوسی، مرحوم ابن ادریس و کیدری نیز متعرض این مسئله شده‌اند: السرائر، ج ۲، ص ۵۷۴، باب من يتولى العقد على النساء؛ إصباح الشیعة، ص ۴۰۹.

۲. در عامه این فرع مطرح نشده است؛ لذا مرحوم علامه حلی در تذکره نیز از عامه در باب نکاح در این باره فتوایی نقل نکرده است (تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۵). ظاهراً آنچه در قدام عامه مطرح بوده بیع حمل است که محور بحث هم مسئله غرر بوده است: تذکره الفقهاء، ج ۱۰، ص ۶۶، م ۳۸؛ و ص ۲۷۵، م ۱۲۵؛ المغنی (ابن قدامة)، ج ۴، ص ۱۵۷، م ۳۰۹۲.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۵۸.

۴. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۷۹.

۵. چنان‌که استاد رحمته الله در موارد متعدد فرموده است، صاحب جواهر مطالب بسیار فراوانی را از مسالک و جامع المقاصد اخذ می‌کند. در مقام نیز با توجه به اینکه در این بحث صاحب جواهر متعرض عبارت مسالک شده و در مسالک مسئله بیع و مانند آن در این بحث مطرح نشده است (مسالک، ج ۷، ص ۱۰۷)، و از سویی در عبارت جامع المقاصد چنین آمده است: «فإذا زوجه إحدى ابنتيه لم يصح و كذا لو زوجه الحمل لأن الأحكام الشرعية لا تجري على الحمل إلا بعد تولده فلا يصح البيع له ولا الشراء ولا غير ذلك» لذا ظاهراً صاحب جواهر از جامع المقاصد اخذ کرده است؛ زیرا این مطلب فقط در آنجا آمده است. البته چنان‌که در باب وصیت از کتاب جامع المقاصد آمده است، محقق کرکی وصیت

تذکره^۱ اخذ کرده باشد. البته علامه بیع و شراء را مطرح نکرده بلکه ارث و وصیت را - که احتمالاً مرادش وصیت تملیکیه است - مطرح کرده است، گرچه صاحب جواهر وصیت و ارث را باطل ندانسته است.

اشکال اول: عدم صدق «نکاح» بر نکاح حمل

مرحوم آقای گلپایگانی اشکال کرده که نزد عرف، بی اعتباری نکاح حمل بعید نیست؛ بنابراین اصلاً نکاح حمل، نکاح شمرده نمی شود تا نیاز به تمسک به انصراف باشد.^۲

پاسخ: قبول انصراف ادله نکاح در اشکال اول

اما بیان ایشان نقد کلام مرحوم سید نیست بلکه دلیل بر آن است؛ زیرا آقای گلپایگانی - بر خلاف آقای خوئی که بیان آن خواهد آمد - در دلالت وضعی الفاظ اشکال نکرده است؛ پس کلام ایشان همان نظر مرحوم سید است که الفاظ ادله از جهت دلالت وضعی، اقتضای شمول نسبت به حمل را دارند ولی از آنجا که عقلاء، نکاح را برای حمل اعتبار نمی کنند، موجب انصراف ادله نکاح از حمل می شود و الا اگر عقلاء برای حمل نیز اعتبار نکاح می کردند، باید به اطلاقات تمسک می شد.

اشکال دوم: مرز عرفی نبودن لحظه ولادت برای انصراف

ممکن است اشکال شود که مرز انصراف و عدم انصراف ادله از حمل، لحظه ولادت نیست که یک لحظه قبل از ولادت، ادله صحت نکاح انصراف از حمل داشته باشند و یک لحظه پس از ولادت، ادله شامل آن شود و منصرف از آن نباشد و اینکه چنین مرزی برای انصراف قائل شویم عرفی نیست.

برای حمل را صحیح می داند (برای نمونه: جامع المقاصد، ج ۱۰، ص ۸۴ و ۸۷) و لذا مانند صاحب جواهر مواردی مانند وصیت را مستثنی می داند.

۱. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۵.

۲. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۰۸.

پاسخ: مرز عرفی بودن اوایل طفولیت و اختصاص تخطئه شارع نسبت به بعد از ولادت اما در پاسخ می‌توان گفت: ممکن است مرحوم سید، در صدد بیان این نکته بوده که انصراف ادله صحت نکاح، به «حمل» اختصاص ندارد؛ بلکه ادله از اوایل سنین طفولیت مانند دوره رضاع نیز منصرف است؛ زیرا عقلاء برای چنین طفلی نیز اعتبار نکاح نمی‌کنند و چنین نیست که مثلاً در عصر ائمه علیهم‌السلام، عقلاء برای طفل رضیع اعتبار نکاح می‌کرده و در اعصار بعدی به صورت دفعی و آنی، تغییری در اعتبار عقلاء حاصل شده باشد. از سوی دیگر، شارع این اعتبار عقلانی را در مورد طفل صغیر تخطئه کرده و ازدواج با آنان را صحیح دانسته است؛ پس به صحت عقد با طفل صغیر حکم می‌شود - این مطلب از ادله مختلفی استفاده می‌شود مانند دلیلی که حکم شیر خوردن زوجه صغیره از زوجه کبیره را بیان می‌کند^۱ - ولی در مورد تصحیح نکاح با حمل هیچ دلیل شرعی وجود ندارد و عقلاء نیز نکاح با حمل را معتبر نمی‌دانند پس به بطلان نکاح حمل حکم می‌شود.

دلیل سوم: عدم صدق «عناوین ادله نکاح» بر «حمل»

مرحوم آقای خوئی در مورد بطلان نکاح با حمل فرموده است:

«إِنَّ أدلة المقام لإطلاق لها يشمل الحمل فإن الآيات الكريمة و النصوص الواردة في النكاح جوازا و منعا، واردة في الإنسان الخارجي

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۴۴، ح ۴: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه‌السلام قال: «لو أن رجلا تزوج جارية رضيعا فأرضعتها امرأته فسد نكاحه قال و سألته عن امرأة رجل أرضعت جارية أتصلح لولده من غيرها قال لا قلت فنزلت بمنزلة الأخت من الرضاعة قال نعم من قبل الأب.» (وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۰۳، ح ۱)

الکافی، ج ۵، ص ۴۴۵، ح ۶: علي بن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي و عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه‌السلام «في رجل تزوج جارية صغيرة فأرضعتها امرأته أو أم ولده قال تحرم عليه.» (وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۳۹۹، ح ۲)

الکافی، ج ۵، ص ۴۴۶، ح ۱۳: علي بن محمد عن صالح بن أبي حماد عن علي بن مهزيار رواه عن أبي جعفر عليه‌السلام قال: «قيل له إن رجلا تزوج بجارية صغيرة فأرضعتها امرأته ثم أرضعتها امرأة له أخرى فقال ابن شبرمة حرمت عليه الجارية و امرأته فقال أبو جعفر عليه‌السلام أخطأ ابن شبرمة حرمت عليه الجارية و امرأته التي أرضعتها أولا فاما الأخيرة فلم تحرم عليه كأنها أرضعت ابنتها.» (وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۴۰۲، ح ۱)

اعنی ما هو بالفعل متصف بالإنسانية كالرجل و المرأة و الصغير و البالغ و العبد و الأمة و من الواضح عدم صدق شیء من هذه العناوین علی الحمل إذن فلیس هناك إطلاق یشمل الحمل، کی یدعی انصرافه عنه. و من هنا فیحکم بالبطلان، لعدم الدلیل علیه من الكتاب أو السنة، و عدم جریان بناء العقلاء علی إنکاح الحمل.^۱

در توضیح کلام ایشان می توان گفت: برای مثال، لفظ «رجل» از مردی که دارای دو سر است انصراف دارد ولی هیچ وقت نمی گویند که لفظ «رجل» از زن منصرف است؛ زیرا اصلاً صلاحیت انطباق بر زن را ندارد و در محل بحث نیز موضوع ادله نکاح، «انسان» است که صلاحیت انطباق بر حمل را ندارد تا ادعای انصراف شود. البته اگر مراد آقای خوئی همین مطلب فوق باشد، اشکال واضحی دارد؛ زیرا سلب انسان از حمل پس از ولوج روح در آن، وجهی ندارد، و طبعاً مرحوم سید که در مقام مدعی انصراف شده، مرادش انسانی است که به صورت «حمل» است یعنی ولوج روح رخ داده است و فرض قبل از ولوج روح خارج از موضوع مسئله است. مرحوم آقای خوئی در حاشیه عروه چاپ جامعه مدرسین نیز چنین فرموده است: «الظاهر أنه لا یوجد إطلاق یعم نکاح الحمل حتی یدعی انصرافه»^۲ در این حاشیه ایشان، استدلال به عدم صدق انسان وجود ندارد.

در هر حال، شاید نظر ایشان این باشد که ادله باب نکاح مانند «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ»^۳ متضمن الفاظ مطلق نیستند تا شامل حمل شوند و انصراف ادله، مشکل را حل کند؛ زیرا صدق لفظ «ایم»^۴ - مفرد «ایامی» - بر حمل، مشروط به ولادت است و همچنین تعبیر «منکم» دلالت می کند که زوج و زوجه

کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۷۶، ح ۴۶۷۰؛ و روی العلاء عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر علیه السلام قال: «لو أن رجلاً تزوّج جاریة رضیعة فأرضعتها امرأة فسد النکاح» (وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۳۹۹، ح ۱).

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۶۹.

۲. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۰۸.

۳. النور، ۳۲.

۴. برای نمونه: مفردات ألفاظ القرآن، ص ۱۰۰.

باید از شما متولد شده‌ها باشند و اینکه حمل، مصداق «منکم» باشد محرز نیست.^۱

اشکال: شمول برخی از عناوین نسبت به حمل

اما ادله نکاح اختصاص به این آیه ندارد و ادله دیگری نیز وجود دارد که شمول آنها نسبت به حمل از جهت دلالت وضعی اشکالی ندارد، مانند نکاح ابن، نکاح بنت، نکاح انثی و امثال آن. به علاوه طبق مبانی فقهایی مانند مرحوم آقای خوئی به عموماتی مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۲ و «المؤمنون عند شروطهم»^۳ نیز می‌توان استناد کرد.

دلیل چهارم: قصور ادله ولایت ولی در نکاح حمل

مرحوم آقای حکیم فرموده است: بر اساس قواعد، مراد مرحوم سید از انصراف ادله نکاح از حمل، حملی است که در آن، ولوج روح شده باشد و گرنه حملی که در آن ولوج روح نشده، جمادی بیش نیست و بحث از انصراف یا عدم انصراف دلیل از آن بی‌معنا است.

۱. به نظر می‌رسد مراد آقای خوئی بر اساس آنچه در تقریرات ایشان آمده چنین است: «ادله لفظی باب نکاح در مورد "انسان خارجی" وارد شده است؛ زیرا عناوین موجود در این ادله عناوینی مانند رجل، مرأة، امه و عبد و صغیر می‌باشد که هیچ‌یک از این عناوین بر حمل صادق نیست»؛ لذا مراد ایشان از «انسان» ماهیت انسان نیست تا گفته شود انسان بر حمل بعد از ولوج نیز صادق است بلکه مراد ایشان چنان‌که در تقریراتشان آمده است «انسان خارجی» است و مراد ایشان از «انسان بالفعل» نیز چیزی غیر از آن نیست. خصوصاً که مباحث ایشان ناظر به عبارات مستمسک است و صدق انسان بر «حمل بعد از ولوج روح» در مستمسک مطرح شده است. نتیجه آن است که ایشان مورد مجموع ادله نکاح را عناوین مذکور دانسته است که مصادیق این عناوین همگی انسان خارجی است. به نظر می‌رسد در هر حال پاسخ استاد رحمه الله به کلام مرحوم آقای خوئی می‌تواند پاسخ به این تقریب از کلام ایشان نیز باشد.

۲. المائدة، ۱.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۷۱، ح ۶۶: عن علي بن الحسن عن أنوب بن نوح عن صفوان بن يحيى عن منصور بن رزق عن عبد صالح رضي الله عنه قال: «قلت إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبى عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها فأعطاهما ذلك ثم بدا له في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع قال بنس ما صنع و ما كان يدري ما يقع في قلبه بالليل والنهار قل له فليف للمرأة بشرطها فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال المؤمنون عند شروطهم.» (وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۷۶، ح ۴).

ایشان در ادامه دلیل دیگری - غیر از انصراف - بر عدم صحت نکاح حمل بیان کرده و فرموده است: اگر نکاح حمل، صحیح باشد ولی حمل، متولّی انشاء عقد خواهد بود، در حالی که در مسئله نکاح، ولایت ولی بر حمل ثابت نیست؛ بنابراین قصور در ناحیه متصرف است نه در رابطه با موضوع تصرف^۱.

اشکال: قاصر نبودن ادله ولایت ولی در نکاح حمل با انکار انصراف ادله نکاح

اینکه موضوع ادله نکاح، حمل بعد از ولوج روح است، کلام صحیحی است؛ اما اینکه مرحوم آقای حکیم ادله را از اثبات ولایت ولی در مورد نکاح حمل قاصر دانسته، صحیح نیست؛ زیرا با انکار انصراف ادله نکاح، قصوری در ادله ولایت نسبت به نکاح حمل وجود ندارد؛ زیرا انکار انصراف ادله نکاح به این معناست که در بناء عقلاء بین حمل بعد از ولوج روح و فرزند متولد شده فرقی نیست و هر دو «ولد» هستند و لذا وجهی برای انصراف ادله ولایت بر ولد وجود ندارد.

نظر مختار: بطلان نکاح حمل به دلیل عدم اعتبار عقلانی آن

دلیل اصلی بر بطلان نکاح با حمل، همان انصرافی است که مرحوم سید فرموده است؛ زیرا اساساً بناء عقلاء بر صحت عقد حمل نیست و از نظر عقلاء، موضوع ادله نکاح، اطلاق ندارد و از موارد نادری مانند مسئله نکاح با حمل، منصرف است؛ بنابراین در این موارد نادر اگر شارع بخواهد موردی را از باب تخطئه عرف و عقلاء داخل در موضوع حکم کند، نمی‌تواند به الفاظ مطلق و غیر صریح اکتفاء کند بلکه باید با الفاظ خاص و صریح آن را بیان کند.

البته در مورد طفل شیرخوار شارع این بی‌اعتباری در نزد عقلاء را تخطئه کرده است؛ ولی در مورد نکاح با حمل چنین تخطئه‌ای وجود ندارد.

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۰۲-۴۰۳.

بررسی معامله با حمل

مسألة ۲۰: «لا يصح نكاح الحمل وإنكاحه ... كما لا يصح البيع أو الشراء منه ولو بتولى الولي وإن قلنا بصحة الوصية له عهدية بل أو تمليلية أيضا.»^۱

کلام مرحوم سید: بطلان بیع با حمل به دلیل انصراف ادله بیع

مرحوم سید فرموده است: بیع و شراء با حمل نیز صحیح نیست، گرچه ولی حمل، متولی آن باشد و خود ایجاب یا قبول را انشاء کند. لذا بیع و شراء با حملی که متولد نشده با بیع و شراء با طفلی که متولد شده فرق دارد؛ بیع و شراء با طفل تولد یافته به واسطه ولی طفل جایز است.

اشکال نقضی آقای حکیم: صحت معامله بر ارث حمل در برخی فروض

مرحوم آقای حکیم فرموده است که نظر مرحوم سید (بطلان بیع و شراء حمل) صحیح نیست. ایشان با بیان نقضی بر مرحوم سید چنین فرموده است: «و أما البيع والشراء له فالظاهر أنه في الجملة لا إشكال فيه فإنه يجوز للوصی بيع التركة وإن كان بعض الورثة حملا، وإذا عزلت حصة الحمل فخیف علیها جاز للحاکم الشرعی أو غیره بیعها بما لا یخاف علیه.»^۲

لذا اجمالا بیع و شراء حمل صحیح است و اطلاق کلام مرحوم سید تمام نیست.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۶، م ۲۰.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۰۳.

نقد کلام آقای حکیم با بررسی احتمالات ارث حمل

برای بررسی نقضِ مرحوم آقای حکیم باید مسئلهٔ سهم ارث حمل و احتمالات آن بررسی شود. در تعلق ارث به حمل باید دانست که اگر حمل، زنده متولد نشود ارث نمی‌برد و کالعدم است و روایات هم دالّ بر این مدعا است؛^۱ ولی اگر زنده متولد شود، دربارهٔ ارث او چند احتمال وجود دارد:

احتمال اول: ارث نبردن حمل به دلیل عدم صدق «ولد» بر حمل

احتمال اول این است که ارث به کسانی تعلق می‌گیرد که در زمان موت مورث، مصداق یکی از عناوینی باشند که صلاحیت ارث دارند، مانند عناوین ولد، اب، ام و...؛ اما حمل، مصداق عنوان «ولد» نیست بنابراین مشمول «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِ كَرِمَتُ لِمِثْلِ حَظِّ الْأُنثَيْنِ»^۲ نشده و ارث نمی‌برد. شاهدش این است که در مورد نوزادهای دوقلو، ملاک تشخیص ولد اکبر را تقدّم در ولادت دانسته‌اند نه زمان حمل، گرچه برخی از کارشناسان قائل‌اند: آنکه نطفه‌اش زودتر منعقد شده، دیرتر به دنیا می‌آید.^۳

نمی‌دانم این احتمال قائلی دارد یا ندارد؟ در هر حال، این احتمال، مرجوح است و مجرد تصوّری در مسئله است.

احتمال دوم: انصاف حمل به مالکیت پس از ولادت به صورت زنده

احتمال دوم این است که حمل در زمان موت مورث، مالک نمی‌شود و سهم او در

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۶، ص ۳۰۲، باب ۷ «باب أنّ الحمل يرث و یورث إذا ولد حیّاً و يعرف بأن یصح أو یتحرک حركة اختیاریة و لا یرث من دون ذلك و حکم میراث الذیة».

۲. النساء، ۱۱.

۳. در روایتی -البته به سند ضعیف- نیز این مطلب آمده است:

الکافی، ج ۶، ص ۵۳، ح ۸: و عنه عن محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمّد بن عیسی عن علی بن أحمد بن أشیم عن بعض أصحابه قال: «أصاب رجل غلامین فی بطن فیهما أبو عبد الله ﷺ قال أنهما أكبر» قال: الذی خرج أولاً فقال أبو عبد الله ﷺ الذی خرج أخیراً هو الأكبر أما تعلم أنها حملت بذلك أولاً و أنّ هذا دخل علی ذلك فلم یمكنه أن یرجح حتّى خرج هذا فالذی یرجح أخیراً هو أكبرهما».

ملک مورث باقی می ماند، ولی پس از ولادت حمل حیاً، در ملک حمل داخل می شود.

احتمال سوم: انصاف فعلی حمل به مالکیت مشروط به ولادت به صورت زنده
احتمال سوم این است که حمل اگر در زمان موت مورث، حی باشد مالک می شود،
ولی مالکیت او به صورت شرط متأخر، به زنده به دنیا آمدن حمل مشروط است.

احتمال چهارم: اشتراط استقرار ملکیت حمل به ولادت به صورت زنده
احتمال چهارم این است که ملکیت حمل در زمان موت مورث به صورت متزلزل
است؛ یعنی اصل ملکیت برای حمل، محقق می شود ولی استقرار ملکیت، مشروط
به زنده به دنیا آمدن حمل است؛ پس اگر حمل در شکم مادر بمیرد، مال از حمل
به سایر ورثه (ورثه خودش یا ورثه میت) منتقل می شود.

بطلان اشکال نقضی مستمسک به دلیل وجود مبانی مختلف در ارث حمل
با توجه به این چهار احتمال، نقض مرحوم آقای حکیم تنها بر طبق برخی از مبانی
وارد است؛ مثلاً صاحب جواهر - که بیان شد مرحوم سید بطلان بیع و شراء را از
او اخذ کرده - معتقد است اصلاً حمل مالک نمی شود و مالکیت او پس از ولادت
است^۱ بنابراین نقض ایشان طبق این مبنا وارد نیست.^۲

۱. جواهر الکلام، ج ۳۹، ص ۷۲.

۲. البته مرحوم آقای حکیم به مرحوم سید اشکال کرده است نه به صاحب جواهر، ولی گویا ایشان این
نقض را طبق همه مبانی وارد دانسته است. البته در استغاثات از مرحوم سید چنین آمده است:
سؤال و جواب (سید یزدی)، ص ۳۸۸، سؤال ۶۱۴: «وصیت برای حمل با مرده متولد شدن آن؛ هر گاه
وصیت کند از برای حملی، و آن حمل مرده متولد شود یا سقط شود، صحیح است یا نه؟
جواب: وصیت از برای حمل صحیح است. پس هر گاه زنده متولد شود، مالک می شود هر چند بلافضل
بمیرد. پس موصی به می رسد به وارث و فرق نیست در صحت، ما بین این که وصیت قبل از ولوج روح
باشد یا بعد از آن. و اما هر گاه زنده متولد نشود، پس بنا بر آن چه ظاهر می شود از کلمات متعرضین
مسئله، بطلان وصیت است. لکن وجه آن واضح نیست و قیاس بر ارث صحیح نیست. پس مقتضای
قاعده، انتقال به وارث او است. و دعوی آنه غیر قابل للملکیه کما تری، و لذا در صورت تولد حیا
صحت من حین العمل است، هر گاه موصی قبل از تولد او وفات کند.»

نتیجه: امکان اثبات مالکیت حمل به دلیل اعتبار عقلانی آن

البته اصل ادعای آقای حکیم که اعتبار ملکیت برای حمل، اشکال عقلانی ندارد، مطلب صحیحی است؛ پس اگر اطلاقی موجود باشد با تمسک به آن می‌توان به مالکیت حمل، حکم کرد. در تاریخ نقل شده که شاپور ذوالاکتاف دهمین پادشاه ساسانی که سلطنتش ۷۰ سال شمسی و ۷۲ سال قمری طول کشیده، زمانی که در شکم مادر بود پدرش مرد، و او در وقتی که حمل بود به پادشاهی رسید و لذا تاج سلطنت را روی شکم مادرش گذاشتند. این مطلب در لغت‌نامه دهخدا نیز آمده است.^۱ لذا از نظر عقلایی حتی اعتبار سلطنت هم برای حمل واقع شده است.

اما از این جواب مرحوم سید مبنای ایشان در ارث قابل برداشت نیست و ممکن است مبنای ایشان در ارث مانند صاحب جواهر باشد و در نتیجه نقض مرحوم آقای حکیم حتی بر خصوص مرحوم سید نیز وارد نیست.

۱. لغت‌نامه دهخدا، ج ۹، ص ۱۳۹۴۱، شاپور.

بخش دوازدهم

عدم اعتبار علم به اوصاف دخیل در مقدار مهر و رغبت طرفین

عدم اعتبار علم به اوصاف دخیل در مقدار مهر و رغبت طرفین

مسألة ۲۱: «لا يشترط في النكاح علم كل من الزوج والزوجة باوصاف الآخر مما تختلف به الرغبات وتكون موجبة لزيادة المهر أو قلته فلا يضر بعد تعيين شخصها الجهل باوصافها فلا تجرى قاعدة الغرر هنا.»^۱

همانطور که مرحوم سید فرموده، هرچند در باب نکاح، تعیین معتبر است، اما لازم نیست تمام کمالات و اوصافی که در رغبات اشخاص و در مقدار مهر دخالت دارد، مشخص شود و این جزء ضروریات فقه است و سیره قطعی مسلمین هم بر آن جاری شده است که بدون اطلاع از همه خصوصیات ازدواج می‌کنند، و در فقه هم مسلم است که مواردی را به عنوان عیوب مجوز فسخ به حساب آورده‌اند؛ یعنی عیبی که هنگام عقد مشخص نبوده و بعداً معلوم شده باعث حق فسخ می‌شود و هیچ‌کس حکم نکرده که این عیوب با تعیین معتبر در عقد منافات دارد و موجب بطلان عقد می‌شود. همچنین اگر تعیین فی الجمله شده باشد، مثلاً گفته شود دختر کوچک‌تر را تزویج کردم ولی طرف مقابل نمی‌داند کدام یک کوچک‌تر است و اوصاف آنها هم با یکدیگر مختلف است، ازدواج صحیح است.

عدم امکان تعدی از حکم غرر منهی در بیع به نکاح

ممکن است گفته شود به دلیل غرری بودن نکاح در فرض جهل به اوصاف، همانند بیع، نکاح نیز باطل است. اما این ادعا قابل مناقشه است؛ زیرا ماهیت نکاح با معاوضات دیگر متفاوت است، به علاوه، خود دلیل غرر محل بحث است که شامل نکاح می‌شود یا نه؟ روایتی که در عیون^۲ نقل شده و نیز روایاتی که از

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۷.

۲. عیون أخبار الرضا علیه السلام، ج ۲، ص ۴۶، ح ۱۶۸: و بهذا الإسناد عن الحسين بن علي عليه السلام أنه قال خطبنا أمير المؤمنين عليه السلام فقال: «سيأتي على الناس زمان عضوض بعض المؤمن على ما في يده و لم يؤمن

طرق عامه^۱ نقل شده متضمن نهی پیامبر ﷺ از بیع غرری است و روایتی نیست که از مطلق غرر نهی کرده باشد. البته در مباحث اجاره^۲ بیان شد که ممکن است

بذلك قال الله تعالى ﴿وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ و سبانی زمان یقدم فيه الأشرار و ينسى فيه الأخيار و بیایع المضطر و قد نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر و عن بيع الغرر فانقوا الله يا أيها الناس و أصلحو ذات بينكم و احفظوني في أهلي.

طریق شیخ صدوق چنین است: «حدَّثنا أبو الحسن محمد بن علي بن الشَّاه الفقيه المروزي بمرورود في داره قال حدَّثنا أبو بكر بن محمد بن عبد الله النيسابوري قال حدَّثنا أبو القاسم عبد الله بن أحمد بن عامر بن سليمان الطائفي بالبصرة قال حدَّثنا أبي في سنة ستين و مائتين قال حدَّثني علي بن موسى الرضا عليه السلام سنة أربع و تسعين و مائة و حدَّثنا أبو منصور أحمد بن إبراهيم بن بكر الخوري بنيسابور قال حدَّثنا أبو إسحاق إبراهيم بن هارون بن محمد الخوري قال حدَّثنا جعفر بن محمد بن زياد الفقيه الخوري بنيسابور قال حدَّثنا أحمد بن عبد الله الهروي الشيباني عن الرضا علي بن موسى عليه السلام قال حدَّثني أبي موسى بن جعفر قال حدَّثني أبي جعفر بن محمد قال حدَّثني أبي محمد بن علي قال حدَّثني أبي علي بن الحسين» (عيون أخبار الرضا عليه السلام، ج ۲، ص ۲۴ - ۲۵).

۱. برای نمونه:

السنن الكبرى (نسائي)، ج ۴، ص ۱۷، ح ۱/۶۱۰۹: أخبرنا عبيد الله بن سعيد قال حدَّثنا يحيى بن سعيد عن عبيد الله قال أخبرني أبو الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة و عن بيع الغرر».

سنن أبي داود، ج ۳، ص ۲۶۲، باب ۲۵ «باب في بيع الغرر»، ح ۳۳۷۸: حدَّثنا أبو بكر وعثمان ابنا أبي شعبة، قالا: حدَّثنا ابن إدريس، عن عبيد الله، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر»، زاد عثمان، «والحصاة».

سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۷۳۹، ح ۲۱۹۴: حدَّثنا محرز بن سلمة العدني حدَّثنا عبد العزيز بن محمد عن عبيد الله عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر و عن بيع الحصاة».

مسند أحمد بن حنبل (تحقيق ارزووط)، ج ۲، ص ۱۰، ح ۹۳۷: حدَّثنا هشيم أنبأنا أبو عامر المزني حدَّثنا شيخ بن بني تميم قال: «خطبنا علي، أو قال: قال علي: يأتي على الناس زمان عضوض، بعض الموسر على ما في يديه، قال: ولم يؤمر بذلك، قال الله ﷻ: ﴿وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾، وينهد الأشرار، ويستذل الأخيار، وبياع المضطرون، قال: وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطرين، وعن بيع الغرر، وعن بيع الشعرة قبل أن تدرك».

در منابع بسیار دیگری از عامه این حدیث نقل شده است ولی به همین مقدار اکتفا می شود.

۲. رک: کتاب اجاره (تقریرات درس آیت الله شبیری زنجانی)، اعتبار علم به عوضین، بررسی روایت ابی الربیع شامی، ذیل «الثالث العوضان و يشترط فيها أمور الأول المعلومية ...» (العروة الوثقى، ج ۲، ص ۵۷۵).

برخی^۱ به عموم تعلیل استدلال کنند؛ چون در بعضی از روایات وارد شده که مثلاً فروش ماهی در دریا جایز نیست و چنین تعلیل شده است: «هو غرر»^۲ لذا گفته اند غرر مطلقاً موجب بطلان معاوضه است مگر در مواردی که دلیلی داشته باشیم مانند صلح. ولی حق آن است که این روایات اجمال دارند؛ چون مشخص نیست ضمیر «هو» به بیع بر می گردد یا به مبیع. در صورت اول می توان به واسطه عموم تعلیل به سایر معاوضات تعدی کرد، اما در صورت دوم نمی توان تعدی کرد؛ چون مفاد تعلیل این می شود که مبیع مجهول الاصلیاد مصداق غرر است؛ بنابراین از خصوص آن موضوع تعدی می کنیم اما از حکم و متعلق آن تعدی به امور دیگر نمی شود، همانطور که اگر گفته شود «لا تشرب الخمر لانه مسکر» مفاد تعلیل این می شود که «لا تشرب المسکر»؛ یعنی به جای خمر، مسکر قرار داده می شود و در نتیجه از خصوص خمر به مطلق مسکر تعدی می کنیم، اما متعلق حکم یعنی شرب محفوظ است، پس حکم مالیدن خمر به بدن استفاده نمی شود. پس با توجه به اجمال این روایات نمی توان غرر را در مطلق معاوضات موجب بطلان دانست.

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۰، ص ۳۴.

۲. دعائم الإسلام، ج ۲، ص ۲۳، ح ۴۲؛ و عن علي (صلوات الله عليه) «أنه سئل عن بيع السمك في الأكمام واللبن في الضروع والصوف على ظهر الغنم قال هذا كله لا يجوز لأنه مجهول غير معروف يقل ويكثر وهو غرر».

مسائل متفرقه

بخش سیزدهم



مسئله اول: اشتراط خيار در عقد نكاح

«الاولى: لا يجوز فى النكاح دواما او متعة اشتراط الخيار فى نفس العقد فلو شرطه بطل و فى بطلان العقد به قولان المشهور على أنه باطل و عن ابن إدريس أنه لا يبطل ببطلان الشرط المذكور و لا يخلو قوله عن قوة إذ لا فرق بينه و بين سائر الشروط الفاسدة فيه مع أن المشهور على عدم كونها مفسدة للعقد و دعوى كون هذا الشرط منافيا لمقتضى العقد بخلاف سائر الشروط الفاسدة التى لا يقولون بكونها مفسدة كما ترى و أما اشتراط الخيار فى المهر فلا مانع منه و لكن لا بد من تعيين مدته و إذا فسخ قبل انقضاء المدة يكون كالعقد بلا ذكر المهر فيرجع إلى مهر المثل هذا فى العقد الدائم الذى لا يلزم فيه ذكر المهر و أما فى المتعة حيث إنها لا تصح بلا مهر فاشتراط الخيار فى المهر فيها مشكل»^١

اين مبحث از مباحث بسيار قديمى است كه در كتب عامه از قديم مطرح بوده و در كتب فقهاء اماميه نيز مطرح بوده است. بحث اين است كه آيا عاقد مى تواند در زمان عقد براى خود اختيار فسخ نكاح يا بر هم زدن مهر معين شده را قرار دهد يا خير؟ و بر فرض بطلان چنين شرطى، آيا موجب بطلان عقد نيز خواهد شد، يا به صحت عقد ضررى نمى زند؟ ابتدا فرع اول بررسى مى شود.

وجوه بطلان اشتراط خيار در نكاح

«الاولى: لا يجوز فى النكاح دواما او متعة اشتراط الخيار فى نفس العقد فلو شرطه بطل...»^٢

وجوه متعددى بر بطلان شرط خيار، ذكر شده، به عنوان مثال مرحوم آقاى

١. العروة الوثقى، ج ٢، ص ٨٥٧، فصل ١١ «فى مسائل متفرقة»، م ١.

٢. العروة الوثقى، ج ٢، ص ٨٥٧، فصل ١١ «فى مسائل متفرقة»، م ١.

آشتیانی در تقریرات درس مرحوم حاج شیخ عبدالکریم حائری پنچ وجه ذکر کرده است^۱ و در کتب دیگر مانند جواهر^۲، جامع المقاصد^۳ و تذکره^۴ نیز وجوه مختلفی ذکر شده که در ادامه وجوه قابل اعتناء بررسی خواهد شد. البته برخی وجوه ذکر شده در جواهر شاید در تقریرات درس مرحوم حاج شیخ نیامده باشد.

وجه اول: اجماع

وجه اول، اجماع است.

الف. اجماع خاصه

از زمان مرحوم شیخ طوسی، فقهای که این مسئله را مطرح کرده‌اند، به بطلان این شرط فتوا داده‌اند^۵ و مخالفی نیز در این مسئله پیدا نشد.

کتاب متضمن ادعای اجماع

به علاوه در کتب متعددی ادعای اجماع شده، یا تعبیری شبیه به آن بیان شده است که در ذیل بیان می‌شود:

۱. کتاب النکاح (حائری)، ص ۳۱۴: «مسئله لو شرط الخيار فی النکاح فالمشهور بین الاصحاب هو بطلان العقد فضلا عن الشرط، وعلله بعضهم بأن التراضی والقصد لم يتعلق بالعقد إلا مقیدا بالشرط فإذا لم يتم الشرط لا یصح العقد لانقضاء القصد الیه؛ وعلله آخر بان هذا الشرط مناف لمقتضى العقد فیلزم من اشتراطه بطلان العقد لاستلزامه التناقض فی الانشاء والقصد وعلله ثالث بان الدوام ماخوذ فی مفهوم النکاح فلا یمکن أن یراد بلفظ النکاح معناه مع اشتراط الفسخ، وعلله رابع بان النکاح فیہ شائبة العبادة التی لا تقبل الخيار، وعلله خامس بان موجبات فسخ النکاح محصورة و لیس منها اشتراط الخيار. ولا یخفی ما فی کل ال...»

البته عمده وجوه فوق، تنها وجوه بطلان شرط نیست بلکه وجوه بطلان عقد و شرط، هر دو است.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۴۹.

۳. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۶.

۴. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۳.

۵. برای نمونه علاوه بر آنچه در سطور آتی خواهد آمد می‌توان موارد ذیل را مطرح کرد:

شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۷۴؛ الجامع للشرائع، ص ۴۴۱؛ ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۲۰۸؛ جامع المقاصد، ج ۱۳، ص ۳۹۴؛ مسالك الأفتها، ج ۸، ص ۲۵۷؛ کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۲۴۱؛ کشف اللثام، ج ۷، ص ۴۲۳.

مبسوط، مهذب، سرائر، مسالك وكشف اللثام

شیخ طوسی در کتاب خلاف به «بلا خلاف» تعبیر کرده است و این تعبیر ایشان در مسائلی که بین عامه و خاصه مطرح است و مورد ابتلاء نیز می باشد، با اجماع تفاوتی ندارد و در مبسوط^۱ نیز به اجماع کرده تصریح است. همچنین این براج در مهذب^۲ و ابن ادریس در سرائر^۳ و شهید ثانی در مسالك^۴ و کاشف اللثام^۵ به اجماع تصریح کرده اند.

ظهور عبارت تذکره و جامع المقاصد در ادعای اجماع

ظاهر عبارت علامه حلی در تذکره، ادعای اجماع است؛ زیرا فرموده است: «لا یصح اشتراط الخيار فی النکاح ولا یشت فیہ خيار المجلس اجماعاً»^۶. گرچه کلمه «اجماعاً» پس از خيار مجلس ذکر شده و احتمال دارد که فقط به مطلب اخیر (ثبوت خيار مجلس در عقد نکاح) ناظر باشد ولی با توجه به اینکه در بسیاری از کتب قدام (چه عامه^۷ و چه خاصه^۸) حکم این دو خيار در کنار یکدیگر بیان شده و به هر دو حکم فتوا داده شده و ادعای اجماع شده است، این کلمه به هر

۱. الخلاف، ج ۳، ص ۱۶.
۲. المبسوط، ج ۲، ص ۸۱.
۳. المهذب (ابن براج)، ج ۱، ص ۳۵۶.
۴. السرائر، ج ۲، ص ۵۷۵: «عقد النکاح لا یدخله خيار المجلس، ولا خيار الشرط، لأنه عقد لازم من الطرفين، فإن شرط ذلك فیہ بطل الشرط، و صح العقد».
- در عبارت فوق ادعای اجماع مطرح نشده و عبارت دیگری نیز یافت نشد.
۵. مسالك الأفهام، ج ۳، ص ۲۱۲.
۶. كشف اللثام، ج ۷، ص ۵۴.
۷. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۳.
۸. الحاوی الکبیر، ج ۹، ص ۱۶۳: «المهذب فی فقه الإمام الشافعی، ج ۲، ص ۴۳۸: البیان فی مذهب الإمام الشافعی، ج ۹، ص ۲۳۷: قواعد الأحکام فی مصالح الأئام، ج ۲، ص ۱۴۸: المجموع شرح المهذب، ج ۱۶، ص ۲۱۳.
- البته برخی از عامه خيار مجلس را در نکاح باطل نمی دانند. به عنوان نمونه می توان به موارد ذیل اشاره کرد: التنبصرة (لخمی)، ج ۴، ص ۱۸۶۰: المختصر الفقهي (ابن عرفه)، ج ۳، ص ۲۳۵.
۹. المبسوط، ج ۴، ص ۱۹۴: السرائر، ج ۲، ص ۵۷۵: إصباح الشیعة، ص ۲۰۳: إصباح الشیعة، ص ۴۱۰: الجامع للمشرائع، ص ۲۵۷: تحریر الأحکام (چاپ قدیم)، ج ۲، ص ۵.

دو مطلب مذکور در عبارت کتاب تذکره ناظر است؛ بنابراین ایشان در اشتراط خيار در عقد نکاح نیز ادعای اجماع بر بطلان کرده است.

محقق کرکی نیز در جامع المقاصد^۱ در باب بیع پس از قول به جواز شرط خيار در بیع، به بطلان آن در نکاح قائل شده و مسئله را اجماعی دانسته است. در باب نکاح گرچه عبارت ایشان صریح نیست، ولی می‌توان در این باب نیز ادعای اجماع را به ایشان نسبت داد؛ زیرا ایشان فرموده است: «فان شرط کان الشرط باطلا قطعاً و هل يبطل به العقد؟ فيه قولان.»^۲ اینکه ایشان شرط خيار را قطعاً باطل دانسته ولی در مورد بطلان عقد به سبب این شرط فرموده که در آن دو قول است، استفاده می‌شود که خود شرط خيار را به قول واحد، باطل دانسته است؛ یعنی اجماع بر بطلان آن وجود دارد.

وجه نبودن تردید محقق اردبیلی و محقق سبزواری در اجماعی بودن مسئله فقط مرحوم محقق اردبیلی که در باب بیع این مسئله را مطرح کرده^۳ ادعای اجماع را با تعبیر «شرح الشرائع» به مسالک نسبت داده^۴ و با مخدوش دانستن ادله مسئله فرموده است: «العمدة الاجماع ان كان.»^۵

محقق سبزواری نیز در کفایه پیرو محقق اردبیلی درباره مستند بطلان فرموده است: «کأن مستنده الاجماع إن ثبت.»^۶

ولی ظاهراً مرحوم اردبیلی بدون تتبع فقط به کتاب مسالک مراجعه کرده و چون گمان کرده فقط شهید ثانی مدعی اجماع شده، در ادعای اجماع ایشان تردید کرده است. به طور کلی مسئله‌ای که از مسائل تفریعی نیست و از اصول مسائل و مورد ابتلاء مردم است و فقهاء از قدیم نیز آن را مطرح کرده‌اند و فقیهی بر خلاف آن فتوا

۱. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۳۰۳.

۲. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۶.

۳. استاذ الله: باب نکاح کتاب ایشان در دست نیست.

۴. مجمع الفائدة و البرهان، ج ۸، ص ۴۱۱.

۵. مجمع الفائدة و البرهان، ج ۸، ص ۴۱۱.

۶. کفایة الأحکام، ج ۱، ص ۴۷۰.

نداده، اجماعی خواهد بود.

کلام آقای حکیم: انتساب بطلان شرط خیار به مشهور در حدائق

ولی مرحوم آقای حکیم فرموده است: از ظاهر عبارت صاحب حدائق که بطلان این شرط را به مشهور نسبت داده، استفاده می‌شود که در مسئله مخالف وجود دارد و البته غیر از صاحب حدائق، کسی چنین نسبتی به مشهور نداده است؛ ولی معلوم نیست که مخالف، چه کسی است؟^۱

مرحوم آقای خوئی نیز ظاهراً همین مطلب را از مستمسک اخذ کرده و فرموده است: «و قد نسب إلى بعض القول بجوازه، إلا أنه لم يعرف قائله».^۲

اشکال بر آقای حکیم: انتساب بطلان نکاح (نه بطلان شرط) به مشهور در حدائق

اما در حدائق، مؤلف کتاب هم در باب صیغه عقد و هم در باب مهر این مسئله را مطرح کرده، ولی در هیچ‌کدام از این دو باب چنین مطلبی نفرموده است و شاید مرحوم آقای حکیم به دلیل اعتماد به حافظه خویش بین شهرت در بطلان نفس عقد و شهرت در بطلان شرط مذکور، خلط کرده است و گرنه صاحب حدائق در بطلان شرط مذکور تردیدی نداشته و در باب صیغه عقد، آن را به مشهور نسبت نداده، بلکه فقط بطلان نفس عقد را به مشهور نسبت داده است.^۳ در باب مهر نیز مانند باب صیغه عقد فرموده است: «المشهور بین الاصحاح بطلان النکاح بشرط الخيار»^۴؛ بنابراین شکی نیست که در این مسئله مخالفی وجود ندارد و صاحب حدائق نیز اصل بطلان اشتراط را مفروغ عنه دانسته و هیچ اختلافی نیز درباره آن نقل نکرده است.

ب. اجماع عامه و کاشفیت آن در مقام

به علاوه در بین عامه نیز از عصر امام صادق علیه السلام به بعد این مسئله مطرح بوده

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۰۵.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۷۱.

۳. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۸۴.

۴. الحدائق الناضرة، ج ۲۴، ص ۵۴۴.

و فقهای عامه^۱ نیز به بطلان فتوا داده‌اند. در مورد چنین مسئله مهمی اگر حکم واقعی، جواز شرط خیار بود و بر اساس آن زوجین می‌توانستند پس از نارضایتی به ادامه زندگی، عقد ازدواج را فسخ کنند به‌ویژه در موردی که مهر را سنگین و بیش از اجرت المثل گرفته‌اند، این تبدیل به سیره عملی می‌شد و زوجین از این راه حل، استفاده می‌کردند تا به راحتی نکاح را فسخ کنند، و اگر ائمه معصومین علیهم‌السلام در چنین مسئله عام البلوی به جواز اشتراط حکم کرده بودند، مخفی نمی‌ماند. این نکته نیز توجه شود که چنین نیست که امام علیه‌السلام در تمام اوقات نتواند حکم واقعی را به خواص اصحابش بگوید؛ بلکه بسیاری از مسائلی که نسبت به آن تقیّه شدید بوده به ما رسیده است. بله اگر روایتی مطابق و روایتی مخالف با عامه بود، در روایت موافق، اصل تقیّه جاری بود ولی این احتمال که در تمام مدت ائمه علیهم‌السلام نتوانند حکم واقعی را نه برای خواص و نه برای عوام بیان کنند، عرفی نیست، احکام عام البلوی باید بیان شود و اگر بیان شده مخفی نخواهد ماند. پس اجماع در این مسئله تمام است و در آن تردیدی نیست؛ بلکه می‌توان بطلان شرط خیار فسخ را از مسلمّات دانست.

وجه دوم: انحصار موارد جواز فسخ به عیوب خاص

وجه دیگر استدلال به روایاتی است که فقط در موارد خاصی، عقد نکاح را قابل فسخ دانسته است، مانند صحیحۃ حلبی: «عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إنّما يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل»^۲. لازمه حصر در این روایات، عدم جواز فسخ در غیر عیوب مذکور از جمله اشتراط خیار است؛ بنابراین شرط خیار در عقد نکاح نافذ نیست.

اشکال: نسبی بودن حصر در عیوب مجوّز فسخ

اما این وجه ناتمام است؛ زیرا در این‌گونه روایات، حصر نسبی است نه حقیقی، و

۱. الخلاف، ج ۳، ص ۱۶، م ۱۷؛ کتاب الأصل (شیبانی، تحقیق افغانی)، ج ۱۰، ص ۲۵۰؛ التفریع فی فقه الإمام مالک بن أنس، ج ۱، ص ۳۷۰؛ المبسوط (سرخسی)، ج ۵، ص ۹۴؛ المحیط البرهانی، ج ۳، ص ۱۴.
۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۰۶، ح ۶؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۰۹، ذیل ح ۶.

مراد، انحصار عیوب مجوّز فسخ به عیوب مذکوره است، نه انحصار مطلق حتی نسبت به غیر عیوب و لذا این روایات، نسبت به عدم جواز فسخ نکاح به وسیله ارتداد یا رضاع - که به منظور فسخ نکاح، عمداً کلمه رده بر زبان جاری شود یا عمداً رضاع محرّم انجام شود - نظارت ندارد؛ لذا منافات ندارد که در غیر عیوب مذکوره در موارد دیگری مانند مقام نیز بتوان نکاح را فسخ کرد.

وجه سوم: مخالفت اشتراط خيار فسخ با دوام مستفاد از مقتضای عقد نکاح

وجه سوم بطلان اشتراط خيار این است که شرطی در عقد جایز است که مخالف مقتضای عقد نباشد، که این مخالفت یا بر اساس متفاهم عرفی بین شرط و بین مدلول عقد - اعم از مدلول مطابقی یا تضمّنی یا التزامی - است، یا از این جهت است که عقد بر اساس ادله شرعی، موضوع احکامی است که شرط، مخالف آن احکام است.

شرط خيار هم به لحاظ متفاهم عرفی و هم بر اساس ادله شرعی، مخالف مقتضای عقد نکاح است؛ زیرا مقتضای اشتراط خيار در عقد دائم این است که این عقد، هم دائم است و هم به جهت خيار فسخ، دوامی ندارد که این تناقض است، مانند آنکه گفته شود: «بعتک بشرط أن لا تملك ثمنه» یا به قول مرحوم آقای حکیم^۱ مثل این است که گفته شود «بعتک بلا ثمن» یا «آجرتک بلا اجرة» که با مفهوم عقد منافات دارد.

در روایات نیز در مورد عقد دائم به «ترویج مقام»^۲ و «نکاح بات»^۳ تعبیر شده و دلالت می‌کند بر اینکه دوام و همیشگی بودن از نظر شرعی، از احکام عقد دائم

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۰۶.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۵۵، ح ۳: علي بن ابراهيم عن ابيه عن عمرو بن عثمان عن ابراهيم بن الفضل عن اَبان بن تغلب و علي بن محمد عن سهل بن زياد عن اسماعيل بن مهران و محمد بن أسلم عن ابراهيم بن الفضل عن اَبان بن تغلب قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام كيف أقول لها إذا خلوت بها قال ... قال إنك إن لم تشترط كان ترويج مقام...».

۳. الکافی، ج ۵، ص ۴۵۶، ح ۱: علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابن أبي عمير عن عبد الله بن بكير قال قال أبو عبد الله عليه السلام: «ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح و ما كان بعد النكاح فهو جانر و قال إن سقي الأجل فهو متعة و إن لم يسَم الأجل فهو نكاح بات».



است؛ لذا شرط خیار، مخالف سنت و شرع است.

مرحوم آقای خوئی شرط خیار در عقد منقطع را نیز منافی با مقتضای عقد دانسته است، با این بیان که معنای اشتراط خیار در عقد منقطع این است که شخص می‌تواند حتی قبل از تمام شدن مدّت عقد منقطع، آن را فسخ کند و این با رکن عقد منقطع یعنی لزوم تعیین مدّت به صورتی که قابل کم و زیاد شدن نباشد، تنافی دارد.^۱

اشکال وجه سوم

اما این وجه با اشکالاتی مواجه است؛ زیرا:

اشکال اوّل (نقضی): جواز اشتراط خیار در اجاره

اولاً، اگر اشتراط خیار با دوام تنافی دارد پس چرا فقهاء در باب اجاره قائل شده‌اند که اگر مثلاً خانه‌ای به مدّت ده سال اجاره شود، اشتراط خیار برای صاحب خانه و مستأجر جایز است و فقیه‌ی اشتراط خیار را منافی با مدّت تعیین شده ندانسته است، با وجود اینکه اشتراط خیار ظاهراً با مالکیت ده ساله منفعت سازگار نیست؟

اشکال دوم: عدم تنافی قید لزوم (اشتراط خیار) با دوام نکاح

ثانیاً، منافی دانستن اشتراط خیار و دوام عقد، ناشی از خلطی است که در باب اطلاق و تقیید شده است، با این بیان که گاهی اطلاق و تقیید، مربوط به حکم و گاهی مربوط به موضوع حکم (یا متعلّق حکم بر اساس اختلاف موجود در اصطلاح فقهاء) است. اشتراط خیار، قید حکم به لزوم عقد نکاح است نه قید متعلّق آن، تا با دوام زوجیت منافات داشته باشد. به عنوان مثال، وجوب حجّ، مشروط به استطاعت است و فقهاء بقاء استطاعت را تا پایان حجّ، شرط دانسته‌اند؛ بنابراین اگر اموال شخص مستطیع در بین اعمال حجّ به سرقت رود، مستطیع نخواهد بود، مگر اینکه اموال خود را اتلاف کند که در این صورت، حجّ در ذمه‌اش مستقر خواهد بود؛ ولی در اینجا سؤالی مطرح است و آن اینکه آیا معیار در شرط بودن استطاعت،

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۷۱-۱۷۲.

فقط حدوث استطاعت است یا حدوث و بقاء استطاعت یا هر دو دخالت دارند؟ اگر فقط حدوث استطاعت، شرط باشد، در فرض اول (سرقت اموال شخص) نیز ممکن است گفته شود حجّ در ذمّه شخص، مستقرّ می شود و اگر حدوث و بقاء استطاعت هر دو دخیل باشند، در فرض دوم نیز نباید حجّ مستقرّ شود پس تفاوت این دو فرض در چیست؟

پاسخ این سؤال - چنان که از پیش، به ذهن می رسید و در مباحث حجّ مطرح شد و در کلام مرحوم آقای حکیم^۱ نیز آمده است - آن است که معیار در شرط بودن استطاعت، فقط حدوث آن است؛ بنابراین در فرض اول که اموال شخص سرقت شده، حدوثاً مستطیع بوده ولی سرقت شدن اموال کشف می کند از اینکه حدوثاً نیز مستطیع نبوده و از ابتدا قدرت بر انجام حجّ کامل نداشته، بر خلاف فرض دوم که حدوثاً قدرت بر انجام حجّ کامل را داشته ولی به اختیار خود، استطاعت را از بین برده که حجّ در ذمّه او مستقرّ می شود.

این مطلب در مورد اشتراط خيار در عقد اجاره نیز جاری است. مستأجر با عقد اجاره، مالک منفعت ده ساله خانه می شود ولی بقاء این مالکیت از شروط صحت عقد اجاره نیست؛ بنابراین اگر عقد اجاره به عنوان مثال به واسطه تلف شدن عین مستأجره باطل شود، منافاتی با صحت اولیّه عقد اجاره نخواهد داشت. اگر مثلاً متعلّق اجاره منفعت ده ساله باشد، مستأجر، مالک ده سال منفعت است و فسخ به واسطه خيار به معنای محدود کردن متعلّق اجاره نیست و مستأجر می تواند در صورت عدم وجود مانع، این منفعت معین را به شخص دیگری واگذار کند؛ بنابراین تعیین مدت و اشتراط خيار در عقد اجاره تنافی ندارند.

در محلّ بحث (اشتراط خيار در عقد نکاح) نیز همین بیان جاری است؛ زیرا اشتراط خيار در عقد دائم، برای متعلّق نکاح (زوجیت دائمی) محدودیتی به وجود نمی آورد و فقط حکم لزوم وفاء به عقد نکاح را محدود می کند، و محدودیت حکم لزوم با دوام عقد نکاح تنافی ندارد؛ بنابراین اگر مرد در عقد نکاح به گونه شرط مؤکد برای خود حق طلاق قرار دهد و بگوید: «با تو ازدواج می کنم به شرط

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۰، ص ۱۰۷.

اینکه هر وقت خواستم تو را طلاق دهم» چنین عقدی بدون شک، طبق نظر عامه و خاصه صحیح خواهد بود، در حالی که بر اساس ادعای مرحوم آقای خوئی - که حق خیار به معنای محدودیت متعلق عقد است - معنای شرط طلاق نیز باید محدود کردن زوجیت باشد و اشتراط آن صحیح نباشد و مسلم است که ایشان نیز چنین شرطی را شرط مباین و متنافی نمی‌داند؛ لذا نباید بین محدودیت متعلق و متعلق خلط شود.

اشکال سوم: مانعیت اشتراط خیار از عملکرد مقتضی نه ایجاد اقتضاء عدم ثالثاً، بر فرض بپذیریم که اشتراط خیار، قید متعلق حکم است نه قید حکم، اما چنانکه در کلام مرحوم حاج شیخ عبد‌الکریم حائری نیز آمده است^۱، تنافی بین عقد دائم و خیار در صورتی مضر است که ایجاد محدودیت از نظر اقتضاء باشد؛ یعنی شرط خیار سبب شود که عقد نکاح اقتضاء محدودیت پیدا کند؛ ولی چنانچه از نظر اقتضاء محدودیتی به وجود نیآورد و عقد، طبعاً دائم باشد و محدودیت صرفاً از نظر فعلیت باشد، در این صورت اشکالی وجود نخواهد داشت. تفاوت عمده عقد دائم با عقد منقطع نیز - با اینکه عقد دائم هم گاهی به وسیله طلاق یا برخی عیوب منفسخ می‌گردد - در این است که عقد دائم اقتضاء محدودیتی ندارد، ولی عقد منقطع از نظر اقتضاء دارای محدودیت است. بنابراین شرط خیار نیز گرچه بالفعل سبب محدودیت عقد دائم می‌گردد، اما به لحاظ اینکه اقتضاء باعث محدودیت آن نمی‌شود منافاتی با دوام آن نداشته، و اشتراط آن بی اشکال است.

تقسیم عقد نکاح به دائم و منقطع به این معنا است که دوام در عقد دائم یا مدت معین در عقد منقطع، از مقتضیات طبیعی این دو عقد است؛ یعنی اگر مانعی نبود، عقد دائم، مقتضی دوام و عقد منقطع، مقتضی مدت معین است؛ بنابراین منافات ندارد که با اشتراط یا با وجود مانع، به فعلیت نرسد. بلی اگر مراد از اشتراط، ایجاد اقتضای عدم دوام در عقد دائم و ایجاد اقتضای عدم مدت معین در عقد موقت باشد، این مستلزم اقتضاء وجود و اقتضای عدم می‌گردد که تناقض است؛ اما اگر

۱. کتاب النکاح (حائری)، ص ۳۱۴.

تنها در عالم فعلیت، آن دوامی را که در عالم اقتضا است رفع کند، مستلزم تناقض و تنافی نیست. لذا انفساخ عقد دائم با کفر و رضاع یا با فسخ ناشی از عیوب معینه، موجب تنافی و تناقض با مجعول اولی و مقتضای عقد دائم نخواهد بود. در انفساخ عقد منقطع با بذل مدت پیش از رسیدن اجل نیز چنین است.

وجه چهارم: حکم بودن لزوم عقد نکاح به دلیل بطلان تقابل در نکاح

وجه چهارم که مرحوم آقای حکیم مطرح کرده و مرحوم آقای خوئی به آن تمسک کرده این است که اشتراط خيار فسخ در عقدی جایز است که لزوم در آن عقد از حقوق طرفین باشد تا با اشتراط خيار، حق خود را اسقاط کنند، ولی در عقدی که لزوم از احکام شرعی آن عقد است و ربطی به حقوق طرفین ندارد، اشتراط خيار فسخ با حکم شرع تنافی دارد و نافذ نخواهد بود، همان طور که اشتراط لزوم در عقدی که شارع آن را جایز دانسته، خلاف حکم شرع است؛ بنابراین نمی توان عقد وکالت را که از عقود جایز است با شرط نتیجه، لازم قرار داد و حکم جواز آن را وضعاً تغییر داد؛ یعنی نمی توان وکالت را غیر قابل عزل قرار داد و چنین شرطی علاوه بر خلاف شرع بودن، خلاف مقتضای عرفی وکالت نیز می باشد. البته شرط فعل مانعی ندارد و می توانند تکلیفاً متعهد شوند که وکیل را عزل نکنند.

دلیل اینکه لزوم در عقد نکاح از احکام شرعی است نه از حقوق طرفین، عدم جواز تقابل در آن است؛ یعنی اگر لزوم در عقد نکاح از حقوق طرفین می بود، طرفین می توانستند از حق خود صرف نظر کنند و به صورت توافقی، عقد نکاح را فسخ کنند، در حالی که هیچ یک از فقهاء بدون طلاق این امر را جایز ندانسته است؛ پس لزوم از احکام عقد نکاح است و قابل اسقاط نیست، بر خلاف عقد بیع که لزوم از حقوق طرفین است و می توانند عقد را فسخ کنند.^۱

بسیاری از جمله مرحوم شیخ انصاری در کتاب مکاسب^۲ و مرحوم آقای نائینی^۳ نیز این چنین استدلال کرده اند.

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۷۱؛ مستمک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۰۵.

۲. کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۵، ص ۱۵۱.

۳. منية الطالب في حاشية المکاسب، ج ۲، ص ۵۶.

اشکال: اختصاص «اجماع بر بطلان تقایل» به فرض عدم اشتراط خيار

اما بطلان تقایل مستلزم حکم شرعی بودن لزوم در عقد نکاح نیست؛ زیرا همان طور که ممکن است بطلان تقایل به این دلیل باشد که عقد نکاح ذاتاً قابلیت تقایل ندارد و در نتیجه لزوم از احکام عقد نکاح حدوثاً و بقائاً باشد، احتمال دارد به این دلیل باشد که اگر متعاقدين در زمان انشاء عقد، شرط خيار نکنند، بقائاً نمی توانند تقایل کنند ولی اگر حدوثاً شرط خيار کنند، بقائاً نیز می توانند عقد را بر هم زنند و به بیان دیگر، لزوم، حدوثاً از حقوق طرفین است ولی بقائاً بر فرض عدم اشتراط در زمان انشاء عقد، از احکام عقد است، و قابل اسقاط نیست و با توجه به اینکه دلیل بطلان تقایل، دلیل لثبی (اجماع) است^۱ باید به قدر متیقن آن اخذ شود که صورت اول است. بنابراین در صورت دوم نمی توان قائل شد که لزوم، حدوثاً و بقائاً از احکام عقد است و فسخ عقد ممنوع است و شاید ذیل عبارت مرحوم آقای حکیم که فرموده است: «اللهم إلا أن يستدل على ذلك بعدم صحة التقایل فيه، فيدل ذلك على لزومه بنحو لا يكون الاختيار فيه للمتعاقدین، فيكون شرط الخيار منافياً لمقتضاه، اللهم إلا أن يناقش في ذلك بدعوى كون ذلك مقتضى اطلاقه لا مقتضى ذاته»^۲ به همین پاسخ اشاره داشته باشد.

در حقیقت بین دو مطلب خلط شده است؛ از جواز تقایل در عقد، می توان استفاده کرد که لزوم در آن عقد، از حقوق متعاقدين است و همچنین می توان به اولویت اثبات کرد که اشتراط خيار نیز در زمان انشاء عقد، برای یک طرف یا دو طرف عقد مانعی ندارد؛ زیرا بین جواز تقایل و جواز اشتراط خيار ملازمه وجود دارد، ولی از عدم جواز تقایل بعد از عقد نمی توان استفاده کرد که اشتراط خيار حین عقد نیز جایز نیست، همان طور که از عدم جواز تغییر ثمن یا مثنی بعد از انعقاد عقد نمی توان استفاده کرد که قبل از انعقاد عقد نیز چنین حقی برای دو طرف عقد ثابت نیست؛ زیرا بین عدم جواز تقایل و عدم جواز اشتراط خيار، ملازمه عقلی و عرفی نیست و دلیلی بر ملازمه شرعی نیز وجود ندارد.

۱. جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۵۶.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۰۵.

کلام آقای نایینی: حق بودن لزوم در «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و حکم بودن آن در عناوین خاصه اما ملاک حق یا حکم بودن لزوم عقد چیست؟ در نظر مرحوم نائینی برای تشخیص حقی یا حکمی بودن لزوم در عقد باید دلیل مثبت لزوم بررسی شود. اگر موضوع دلیلی که لزوم را اثبات می‌کند «عقد» باشد مثل اینکه لزوم به واسطه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۱ اثبات شده باشد، لزوم حقی است؛ ولی چنانچه موضوع، عناوینی مثل بیع یا نکاح باشد، در این صورت لزوم، حکمی است و منوط به اختیار طرفین نیست.^۲

اشکال بر آقای نایینی

اما این بیان قابل مناقشه است؛ زیرا:

اشکال اول: احتمال اراده عقد عالم ذر یا عقود مشروع در «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۱ اولاً، «ال» در «العقود» ممکن است ال عهد باشد یعنی عقودی که در عالم ذر بین خداوند و مردم بسته شده است؛ پس ارتباطی به بیع و سایر عقود ندارد، و چنانچه مربوط به عقود رایج بین مردم هم باشد، مفاد آن مانند مفاد «المؤمنون عند شروطهم»^۲ است که مردم را ملزم به پایبندی به عقودی می‌کند که شرعاً صحیح است و به هیچ وجه در مقام تصحیح قراردادهای مردم نبوده و مفاد آن این نیست که به هر عقد و قراردادی و لو نامشروع ملتزم باشید تا در نتیجه، خروج عقود فاسده را از باب تخصیص بدانیم. بنابراین در مواردی که مشروعیت عقدی، مشکوک باشد، برای تصحیح آن نمی‌توان به «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۳ تمسک کرد؛ زیرا دلیل، نمی‌تواند موضوع خود را تعیین کند و در محل بحث نیز مشروع بودن اشتراط خیار در ضمن عقد نکاح مشکوک است.

اشکال دوم: حقی نبودن همه موارد لزوم عقد ناشی از عناوین خاصه ثانیاً، حتی اگر موضوع دلیلی که لزوم را اثبات می‌کند خود عناوین خاصه باشد،

۱. المائدة، ۱.

۲. منية الطالب في حاشية المكاسب، ج ۲، ص ۵۶-۵۷.

۳. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۳۷۱، ح ۶۶.

۴. المائدة، ۱.

احکامی که بر آن مترتب می‌شود الزاماً یک سنخ نیست؛ زیرا احکامی که بر یک شیء مترتب می‌شود دو صورت دارد: گاهی از احکامی است که بر آن شیء لو خلی و طبعه و بر حسب طبع مترتب می‌گردد، و گاهی از احکام فعلی آن شیء است. به عنوان مثال: مقام و دوام که از احکام شرعی زوجیت دائمه است، حکمی است که بر زوجیت لو خلی و طبعه بار می‌شود، ولی همین حکم ممکن است به وسیله طلاق مرتفع گردد؛ لذا منافات ندارد که شوهر آن را به صورت شرط مؤکد در خود عقد قرار داده و شرط کند که امر طلاق در اختیار او باشد. بنابراین حتی در صورتی که لزوم برای خود عناوین خاصه نیز اثبات شود این لزوم به حسب طبع، از احکام شرعی آن عناوین است؛ لذا با مرتفع ساختن آن به وسیله جعل خیار و غیر آن منافات نداشته و این امری خلاف شرع نیست.

تحقیق در مقام با قطع نظر از اجماع: توقف جواز اشتراط خیار در عقود بر دو مقدمه تحقیق در مقام این است که صحت اشتراط خیار در هر عقدی - با قطع نظر از اجماع بر بطلان اشتراط خیار در خصوص نکاح - به دو مقدمه وابسته است:

مقدمه اول: دلیل عام یا مطلق وجود داشته باشد تا صحت و لزوم شروط را اثبات کند.^۱

مقدمه دوم: از ادله لزوم عقد نکاح یا ادله سایر عقود، حکمی بودن لزوم استفاده نشود و الا اشتراط خیار، مخالف کتاب و سنت و باطل خواهد بود.

مقدمه اول (شمول ادله لزوم شروط نسبت به هر شرطی) و بررسی آن

ابتدا مقدمه اول بررسی می‌شود. ممکن است با تمسک به ادله‌ای مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۲ و «المؤمنون عند شروطهم»^۳ گفته شود صحت و لزوم هر شرطی قابل اثبات است.

۱. فرض این است که دلیل خاصی بر صحت شرط خاصی وجود ندارد و آنچه از ادله موجود است، تنها عمومات و اطلاقات نفوذ عقود و شروط است.

۲. المائدة، ۱.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۷۱، ح ۶۶.

نفی شمول ادله لزوم شروط با دو بیان

اما با دو بیان ممکن است در این استدلال مناقشه شود.

بیان اول: اراده عقود و شروط شرعی از ادله لزوم

بیان اول این است که مراد از عقد و شرط در این ادله، عقد و شرط صحیح شرعی است؛ لذا این ادله در مقام بیان وجوب التزام به امر مشروع هستند، مثلاً «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۱ مانند «المؤمن اذا وعد وفى»^۲ است که ناظر به وعده‌های مشروع است و بیانگر همان مطلب بالفطره است که باید به تعهدات پایبند بود، نه اینکه هر تعهدی - گرچه در نزد مقتن و مشرع نامشروع باشد - باید به آن عمل شود.

پس در مورد شک در صحت و مشروع بودن عقود و شروط، نمی‌توان به این ادله استناد کرد؛ زیرا حتی اگر تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص جایز باشد، هیچ‌کس تمسک به عام در شبهه مصداقیه عام را جایز ندانسته است و محل بحث از قبیل شبهه مصداقیه عام است.

بیان دوم: مهمل بودن عمومات

بیان دوم این است که حتی اگر مراد از عقد یا شرط، عقد یا شرط عرفی باشد، ادله مذکور در مقام اهمال هستند؛ زیرا گرچه ذات عام یا مطلق، بر عقود مورد نظر انطباق دارد، ولی با توجه به اینکه متکلم در مقام بیان نیست، نمی‌توان به عموم یا اطلاق این ادله تمسک کرد. به عنوان مثال اگر به مریضی گفته شود: «به پزشک مراجعه کن» گرچه عنوان «پزشک» بر تمام پزشکان قابل انطباق است، ولی چون متکلم در مقام اهمال است نمی‌توان گفت که حکم لزوم مراجعه، در مورد تمام

۱. المائدة، ۱.

۲. التمحیص، ص ۷۴، ح ۱۷۱: «و روی أن رسول الله ﷺ قال: «لا يكمل المؤمن إيمانه حتى يحتوي على مائة وثلاث خصال فعل وعمل ونية وباطن وظاهر فقال أمير المؤمنين علي عليه السلام يا رسول الله ما يكون المائة وثلاث خصال فقال يا علي من صفات المؤمن أن يكون جوال الفكر جوهری الذکر كثيرا علمه ... قليل المنام قلبه تقى وعمله زكى إذا قدر عفا وإذا وعد وفى».

الکافی، ج ۲، ص ۲۹۰، ح ۸: «عده من أصحابنا عن سهل بن زياد عن بعض أصحابه عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال قال رسول الله ﷺ: «ثلاث من كن فيه كان منافقا وإن صام وصلى وزعم أنه مسلم من إذا اتهم خان وإذا حدث كذب وإذا وعد أخلف ...».

پزشکان جریان دارد و همچنین است اگر گفته شود: «از مجتهد تقلید کن» که متکلم در مقام بیان لزوم مجتهد بودن مقلد است و در مقام بیان کافی بودن اجتهاد در جواز یا لزوم تقلید نیست؛ بنابراین برای الغاء سایر شرایط مقلد نمی‌توان به اطلاق یا عموم این کلام تمسک کرد. در مورد ادله تصحیح و الزام عقود و شروط^۱ نیز چنین است که این ادله در مقام بیان تمام خصوصیات و شرایط نیستند؛ بنابراین مطلق نخواهند بود، و اصلاً به طور کلی آیات قرآن و بسیاری از روایاتی که فقهاء به اطلاق یا عموم آن استناد کرده‌اند، مطلق و عام نیستند.

توضیح مطلب:

فقهاء خود فرموده‌اند: «ما من عام إلا وقد خص»^۲؛ این عبارت بر کثرت تخصیص ادله دلالت دارد؛ لذا در آیات قرآن و روایات ممکن است احکام به موضوعاتی تعلق گرفته باشد اما قید و شرط آن بیان نشده باشد. غیر از مواردی که حکم عقل شاهد بر آن است، در مواردی که نوعی تعبد در آن وجود دارد، کمتر موضوعی وجود دارد که قید و شرط نداشته باشد، و در بسیاری از موارد این قید و شرط به صورت متصل در قرآن بیان نشده بلکه یا در روایات یا در آیات دیگر به صورت منفصل بیان شده است. به عنوان مثال در آیات حرمت ربا^۳، شرایط حکم و مستثنیات آن در دلیل حرمت بیان نشده، بلکه در روایات^۴ مطرح شده است. پس با توجه به اینکه اکثر عمومات و اطلاقات با ادله منفصل تخصیص یا تقیید خورده‌اند، نمی‌توان به عموم یا اطلاق آنها تمسک کرد، به خصوص در مطلقات که شرط انعقاد اطلاق این است

۱. استاد بزرگوار: شروط خود نوعی قرارداد است؛ بنابراین ادله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نیز شامل آن است.

توضیح بیشتر: استدلال به آیه شریفه یا به این اعتبار است که نفس شرط، مصداق عقد است، یا به این اعتبار است که عقدی که در ضمن آن چنین شرطی شده (مشروط بما هو مشروط) از مصادیق این آیه است و نفوذ مشروط قهراً نفوذ شرط را نیز در بر دارد.

۲. برای نمونه:

کنز العرفان، ج ۱، ص ۸۸؛ ایضاً: مسالك الأفهام، ج ۲، ص ۳۷۴؛ مجمع الفائدة والبرهان، ج ۸، ص ۴۳۲؛ مسالك الأفهام إلى آیات الأحكام، ج ۳، ص ۱۸۹.

۳. البقرة، ۲۷۵-۲۸۱.

۴. وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۱۳۲، باب ۶ «باب أن الزبا لا یثبت إلا فی المکیل والموزون غالباً و أن الاعتبار فیهما بالعرف العام دون الخاص».

که متکلم در مقام بیان تمام خصوصیات باشد. البته در غالب موارد برای احراز در مقام بیان بودن به اصل عقلانی رجوع می‌شود که بر غلبه در مقام بیان بودن متکلم استوار است؛ ولی در ادله شرعی چطور می‌توان به چنین اصلی متوسل شد و از دلیل شرعی، اطلاق یا عموم را استفاده کرد در حالی که رسم قانون‌گذار این است که در زمان القاء اصل قانون، تبصره‌ها و استثناء‌ها را بیان نمی‌کند و آن‌ها را با ادله منفصل بیان می‌کند؟^۱

پاسخ به نفی شمول ادله لزوم
اما می‌توان گفت:

پاسخ نقضی: تمسک ائمه به عموم و اطلاق قرآن
اولاً، اگر نصوص قرآن و سنت، عام یا مطلق نیست و صلاحیت استناد ندارد، پس چگونه ائمه معصومین علیهم‌السلام در موارد جزئی و تطبیقات به عموم آیات استدلال کرده‌اند^۲ با اینکه این آیات در مقام بیان نیستند؛ لذا بیان دوم قابل نقض است.

۱. توضیح بیشتر: در بیان مذکور بین عام و مطلق فرقی وجود ندارد ولی ممکن است کسی قائل به فرق شود به این بیان که در مطلق با توجه به اینکه استفاده اطلاق به وضع نیست و بر اساس مقدمات حکمت است، یکی از مقدمات حکمت که در مقام بیان بودن متکلم است، تمام نیست؛ بنابراین اطلاقی منعقد نمی‌شود، در حالی که استفاده عموم به وضع است و در آن تردیدی نیست. ولی پاسخ از شبهه این قائل روشن است؛ زیرا نفس القاء عموم نمی‌تواند دلیل بر مشمولیت آن نسبت به تمام مصادیق حکم باشد و با توجه به اینکه متکلم نیز تمام مستثنیات احتمالی را به همراه آن عموم بیان کرده، نمی‌توان اصالة العموم را حجت و معتبر دانست؛ زیرا فرض این است که اعتبار اصالة العموم از باب امارت و کاشفیت نوعی آن است که در این موارد چنین کاشفیتی برای عموم وجود ندارد در نتیجه در حکم مسئله بین عام و مطلق فرقی نیست.

۲. برای نمونه در برخی موارد به آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» تمسک شده است: الکافی، ج ۵، ص ۹۵، ح ۲: عده من أصحابنا عن سهل بن زیاد و أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن أبي أنوب عن سماعة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل منا يكون عنده الشيء يتبلغ به و عليه دين أيطعمه عياله حتى يأتي الله تعالى بميسرة فيقضي دينه أو يستقرض على ظهره في خبث الزمان و شدة المكاسب أو يقبل الصدقة قال يقضي بما عنده دينه و لا يأكل أموال الناس إلا و عنده ما يؤذي إليهم حقوقهم إن الله تعالى يقول «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» و لا يستقرض على ظهره إلا و عنده وفاء و لو طاف على أبواب الناس فردوه باللقمة و اللقمتين و الثمرة و

پاسخ حلی: تمسک ائمه به آیات از باب اطلاق مقامی

ثانیاً، می‌توان هر دو بیان از اشکال را به گونه‌ای پاسخ داد که پاسخ نقضی فوق نیز حل شود؛ زیرا تمسک ائمه معصومین علیهم‌السلام به ادله قرآنی با وجود اهمال آنها از باب اطلاق مقامی این ادله است نه اطلاق لفظی.

توضیح مطلب:

هر قانون‌گذاری در زمان وضع قانون - مثل وجوب عتق رقبه یا حرمت ربا - گرچه در مقام بیان تمام شرایط و استثناء‌های قانون نیست، ولی باید تا ظرف عمل، شرایط و استثناء‌ها را بیان کند و از عدم بیان شرطی تا ظرف عمل کشف می‌شود که شرط دیگری معتبر نیست و حکم، استثنائی ندارد؛ لذا اطلاق منعقد می‌شود و عام، حجیت می‌یابد و این اطلاق، اطلاق مقامی است.

الثمّرتین إلّا أن یكون له ولی یقضي دينه من بعده ليس منّا من میت إلّا جعل الله ﷻ له ولیاً یقوم فی عدته و دینه فیقضی عدته و دینه. (ایضاً: تفسیر العیاشی، ج ۱، ص ۸۵، ح ۲۰۷).

همچنین در بسیاری از موارد به آیه «عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» تمسک شده است:

الكافي، ج ۶، ص ۱۶۸، ح ۲: محمّد عن أحمد عن ابن فضال عن مفضل بن صالح عن لیث المرادي قال: «سألت أبا عبد الله ﷺ عن العبد هل يجوز طلاقه فقال إن كانت أمتك فلا إن الله ﷻ يقول (عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ) وإن كانت أمة قوم آخرين أو حرة جاز طلاقه».

کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۵۴۱، ح ۴۸۶۰: و روی ابن اذینه عن زرارة عن أبي جعفر و أبي عبد الله ﷺ «قالا المملوك لا يجوز طلاقه و لا نکاحه إلّا بإذن سيده قلت فإن السيد كان زوجة بيد من الطلاق قال بيد السيد، (صَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ) و الشّيء الطلاق».

تهذیب الأحکام، ج ۵، ص ۲۰۰، ح ۴: الحسين بن سعيد عن الحسن بن علي بن فضال عن ابن بكير عن الحسن العطار قال: «سألت أبا عبد الله ﷺ عن رجل أمر مملوكه أن يتمتع بالعمة إلى الحج أ عليه أن يذبح عنه قال لا إن الله تعالى يقول (عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ)».

تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۴۰، ح ۲۳: روی الحسين بن سعيد عن حماد بن عيسى عن حريز عن محمّد بن مسلم قال: «سألت أبا عبد الله ﷺ عن رجل ينكح أمة من رجل أ يفزق بينهما إذا شاء فقال إن كان مملوكه فليفزق بينهما إذا شاء إن الله تعالى يقول (عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ) فليس للعبد شيء من الأمر و إن كان زوجها حراً فإن طلاقها صفتها».

ایضاً: تفسیر العیاشی، ج ۲، ص ۲۶۴-۲۶۵، ح ۴۸-۵۱ و ۵۳-۵۴.

رک: تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۱۸، ح ۷۸: وقعة صفین، ص ۵۱۳: شرح نهج البلاغة (ابن ابی الحدید)، ج ۲، ص ۲۳۸.

می‌توان گفت که اگر در قانون، حکمی بر موضوعی مترتب شود، در صورتی که اعتبار قانون‌گذار غیر از اعتبار محیطی باشد که قانون در آن صادر شده، باید آن را بیان کند و گرنه عرف محیط صدور، به یکسانی اعتبار آن قانون و اعتبار محیط صدور، حکم می‌کند. برای نمونه اگر دلیلی بر صحت بیع وجود داشته باشد و مراد از بیع نیز بیع صحیح شرعی باشد، اگر شارع در صحت شرعی بیع، غیر از شرایط صحت عرفی بیع شرط دیگری را قائل است، باید بیان کند و گرنه عرف همان مصادیق بیع صحیح عرفی را بیع صحیح شرعی می‌داند، و همین‌طور است در ادله نفوذ شرط که عرف با عدم ردع شارع، اتحاد شرایط نفوذ عرفی و شرایط نفوذ شرعی را نتیجه می‌گیرد؛ بنابراین در کشف مصادیق عقد شرعی یا شرط شرعی، نظر عرف، معیار است؛ زیرا این نوع قوانین شرعی، تأسیسی نیست و بر اساس قوانین عرفی شکل گرفته، البته با توسعه و تضییقی که در موارد لازم انجام گرفته است.

این راه حل، مبتنی بر سیره عقلاء است؛ یعنی در جایی که انسان پس از فحص کامل، دلیلی بر تغایر اعتبار شرع و اعتبار عرف پیدا نکرد، بر اساس بناء عقلاء، عدم وجدان پس از فحص، حجتی بر عدم تغایر اعتبار شرع و عرف است؛ لذا تمسک به عمومات و اطلاقات کتاب و سنت با توجه به اطلاق مقامی بدون اشکال است.

بالحاظ مطلب فوق، اثبات مشروعیت شرط خیار در عقود، متوقف بر فحص کامل از استثنائات و مخصص‌هاست؛ یعنی باید بررسی کرد که آیا مخصص یا مقتیدی برای عموم حاصل از اطلاق مقامی فوق وجود دارد یا نه؟ البته طبق مبنای رایج که پذیرش اطلاق لفظی است نیز همین مباحث جاری خواهد بود و تفاوتی وجود نخواهد داشت.

مقدمه دوم (حقی بودن لزوم عقد) و بررسی آن

آنچه ممکن است بتواند به عنوان مخصص یا مقتید در مقام مطرح شود، ادله‌ای است که بر لزوم عقود دلالت دارد. این ادله اگر بر حکم بودن لزوم عقدی دلالت داشته باشند، مانع صحت شرط خیار در آن عقد خواهند شد؛ زیرا مفاد این ادله آن است که لزوم عقد، حکمی از احکام الهی است و در نتیجه بر ادله مشروعیت

شروط وارد خواهد بود؛ زیرا ادله شروط مقتید به عدم مخالفت با احکام الهی است؛^۱ لذا شرط خیار در چنین فرضی مشروع نخواهد بود؛^۲ اما اگر از این ادله حق بودن لزوم عقدی استفاده شود، منافاتی با شرط خیار نخواهد داشت و بدین ترتیب مقدمه دوم (حکمی نبودن لزوم عقد) ثابت خواهد شد و در نتیجه شرط خیار مشروع خواهد بود.

چنان‌که در کتب سابق در باب شروط مطرح شده^۳، با لحاظ فرقی که میان ادله احکام الزامی و اباحی وجود دارد، می‌توان حکمی یا حقی بودن لزوم موجود در عقود را تشخیص داد و بر اساس آن، نسبت به عقود مختلف، درباره صحت و بطلان شرط خیار قضاوت کرد.

توضیح مطلب:

ظاهر ادله احکام الزامی تکلیفی و احکام وضعی این است که این احکام دارای ملاک‌اند و تا امر اهملی در مقابل این ملاکات قرار نگیرد و مانع تأثیر آنها نشود، به قوت خود باقی هستند. عناوینی مانند حرج و ضرر و ضرورت اساساً مانع فعلی

۱. برای نمونه:

کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۰۲، ح ۳۷۶۵: و روی عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال «المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله ﷻ فلا يجوز».

تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۲، ح ۱۰: عنه عن النضر بن سويد عن ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله ﷻ فلا يجوز».

تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۶۷، ح ۸۰: عنه عن الحسن بن موسى الخشاب عن غياث بن کلوب عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام أن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حزم حلالاً أو أحل حراماً».

۲. استاد ﷻ: در این بحث چه عمومات یا مطلقات در مقام اهمال باشند، چه در مقام عموم یا اطلاق، به هر حال فحص از مخصص و مقید، لازم است.

توضیح بیشتر: همچنین در بحث شروط که با عنایت به بطلان شرط مخالف کتاب و سنت، شرط لازم، شرط مشروع شرعی می‌باشد، مراجعه به ادله لزوم یک عقد - مثلاً - به جهت تعیین مصداق شرط مخالف کتاب و سنت و جداسازی آن از شرط مشروع شرعی لازم است، نظیر آن در مورد «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» هم بنا بر اینکه مراد از عقود، عقود صحیح شرعی هم باشد جریان دارد.

۳. برای نمونه:

کتاب مکاسب (شیخ انصاری)، ج ۶، ص ۲۶-۲۷.

شدن چنین احکامی می‌شوند. اما مواردی مانند شرط ضمن عقد و نذر و عهد و یمین و اجاره و جعاله هنگامی نفوذ پیدا می‌کنند و واجب الوفا می‌شوند که به وسیله آنها ملاکی از ملاکات اولیه از بین نرود؛ لذا در تقابل با این احکام الزامی یا وضعی قرار نمی‌گیرند.

اما ظاهر ادله اباحه آن است که حکم به اباحه از باب لا اقتضاء است؛ یعنی به جهت اینکه مقتضی حرمت و وجوب در آنها نیست، مباح هستند؛ بنابراین، این امور مباح، با شرط ضمن عقد و نذر و عهد و مانند آن الزام‌پذیر هستند. البته ممکن است به طور نادر، اباحه‌ای باشد که به جهت وجود ملاک اقتضایی، مباح باشد، مانند اموری که ذاتاً و طبعاً مقتضی حرمت است اما شارع به جهت مصلحتی آن را حلال کرده است.

در نتیجه به طور کلی شروط می‌تواند امور مباح (لا اقتضائی) را الزامی کند؛ اما نمی‌تواند امور الزامی (اقتضائی) را نفی کند.

حال در مقام می‌توان گفت: از آنجا که لزوم، از احکام وضعی است و در سطور قبل بیان شد که ظهور احکام وضعی مانند ظهور احکام الزامی تکلیفی در این است که این احکام، دارای ملاک هستند، لذا اگر دلیل لفظی در لزوم ظهور داشته باشد، این ظهور بر امثال ادله شروط ورود پیدا می‌کند و از این عدم نفوذ معلوم می‌شود که لزوم موجود در عقد، لزوم حقی نیست. البته اگر دلیل بر لزوم عقدی، دلیل لفظی نبود بلکه اجماع بود، ممکن بود از کلمات مجمعین استفاده شود که این لزوم، حقی یا حکمی است.

بررسی حکم شک در حقی بودن لزوم عقد

اما اگر چنین ظهوری در دلیل لفظی وجود نداشته باشد یا اینکه این لزوم از اجماع ثابت شود و از کلمات مجمعین نیز، حقی یا حکمی بودن آن روشن نباشد، مطلب همچنان مشکوک می‌ماند. در چنین فرضی ابتدا باید مقتضای ادله لفظی در موارد شک، بررسی شود و در صورت فقدان چنین دلیل لفظی به اصول عملیه رجوع کرد. قبل از بررسی مقتضای ادله لفظی، لازم است حکم صور احتمال تخصیص یا تقييد عمومات و مطلقات بیان شود.

بررسی کلی حکم صور احتمال تخصیص عموماً

در مواردی که تخصیص یا تقييد قانون عامی مشکوک است، چند صورت وجود دارد که حکم هر یک در ذیل، بیان خواهد شد:

صورت اول: اجمال مخصّص

صورت اول، صورتی است که اصل تخصیص یا تقييد ثابت است ولی لفظ مخصّص یا مقید، مجمل و بین معانی مختلف مردّد است، که در این صورت اگر مخصّص یا مقید، منفصل و مردّد بین اقلّ و اکثر باشد، فقهاء معمولاً در موارد مشکوک به عموماً و اطلاعات تمسک کرده‌اند. به عنوان مثال اگر مولا بگوید: «اکرم العلماء» و «لا تکرّم الفساق من العلماء» با وجود دلیل خاص، اصل تخصیص مسلّم است ولی مشکوک است که مرتکب صغیره نیز فاسق است تا مشمول دلیل خاص و مستثنا باشد یا مفهوم فاسق، مرتکب صغیره را شامل نمی‌شود و تحت عموم «اکرم العلماء» باقی است؟ در این موارد بین مخصّص متصل و منفصل فرق گذاشته شده و در مورد اول بر خلاف مورد دوم، تمسک به عام جایز شمرده شده است.^۱

نظر مختار در صورت اول: عدم جواز تمسک به عام مطلقاً

ولی حقّ این است که بین مخصّص متصل و منفصل تفاوتی نیست و در هر دو مورد کاشفیت دلیل نسبت به اراده جدی مولا اجمال پیدا می‌کند^۲ و نمی‌توان به عام تمسک کرد.^۳

۱. علاوه بر آنچه در کتب فقهی استنباطی فقهاء وجود دارد در کتب اصولی نیز به این مطلب تصریح شده است: مطالع الأنظار (طبع جدید)، ج ۲، ص ۱۵۵؛ کفایة الأصول (چاپ آل البيت)، ص ۲۲۰؛ أجود التفریقات، ج ۱، ص ۴۵۵؛ مقالات الأصول، ج ۱، ص ۴۳۹؛ منتهی الأصول، ج ۱، ص ۶۴۲؛ محاضرات فی أصول الفقه، ج ۴، ص ۳۳۲؛ تهذیب الأصول، ج ۲، ص ۱۷۶-۱۷۷؛ حقائق الأصول، ج ۱، ص ۴۹۵.

۲. توضیح بیشتر: موضوع اصالة الظهور، کاشفیت دلیل نسبت به اراده استعمالی یا اراده فقهی نیست و تا دلیل، در اراده جدی مولا ظهور نداشته باشد، معتبر نیست؛ بنابراین دلیل عام پس از ورود دلیل خاص، بقا از ظهور خود در کاشفیت از اراده جدی می‌افتد هرچند که قرائن منفصل باشند؛ زیرا درست است که قرینه منفصل مانع از انعقاد ظهور استعمالی دلیل نمی‌شود ولی مانع از ظهور جدی خواهد بود.

۳. در فرض اجمال مخصّص، امکان تمسک به عام یا مطلق طبق مبنای استاد الله نیز که در بحث

البته اگر احتمال رود که عناوین ثانوی وجود داشته باشد که با کسر و انکسار ملاکات، این عناوین ثانوی مانع فعلیت مقتضای عناوین اولی شود، بناء عقلاء بر این است که تا عنوان ثانوی احراز نشده بر اساس مقتضای عناوین اولی عمل شود.

صورت دوم: فقدان مخصّص

صورت دوم، صورت فقدان نصّ بر تخصیص و تقيید است، مانند اینکه «أكرم العلماء» بیان شده ولی دلیل معتبری بر استثناء زید نیست و فقط احتمال استثناء وجود دارد.

صورت سوم: تعارض مخصّص با نص دیگر

صورت سوم، صورت تعارض است؛ یعنی دلیل معتبری بر استثناء یا تقيید موردی وجود دارد ولی به سبب وجود دلیل معارض، استثناء یا تقيید آن ثابت نیست.

نظر مختار در صورت دوم و سوم: لزوم تمسک به عام

در صورت دوم و سوم، بناء عقلاء بر عدم اعتناء به احتمال استثناء است و تا استثناء و تقيید ثابت نشود، بر اساس عموم و اطلاق لفظی مستفاد از ادله لفظی عمل می‌کنند. بر اساس مبنای مختار نیز که اثبات شمولیت و اطلاق، بر اطلاق مقامی یا اصل اتحاد اعتبار عرف و اعتبار شرع مبتنی است، همین مطلب جاری است؛ یعنی مطلقاتی که در مقام بیان نیستند و اهمال دارند، اگر پس از فحص، قیود و شرایط آن تا ظرف عمل احراز نشود، عقلاء به احتمال قید یا شرط اعتناء نمی‌کنند و همچنین اگر حکمی بر عقد صحیح شرعی مترتب شده باشد، تا دلیلی بر تغایر اعتبار عرف و اعتبار شرع بیان نشود، به اتحاد دو اعتبار، حکم می‌شود و نتیجه صحت عرفی، صحت شرعی خواهد بود.

قانون اخذ به مطلقات (اطلاق لفظی یا اطلاق مقامی) و قانون اتحاد اعتبار عرف و شرع، قانون بسیار مهمی است که در بسیاری از احکام الهی و عقلانی به آن نیاز است؛ بنابراین با توجه به اینکه این مسئله محل ابتلاء عامه مردم بوده و اگر ردعی

جاری به اطلاق مقامی - نه اطلاق لفظی - تمسک می‌کند، وجود ندارد؛ زیرا اعتبار این اطلاق مقامی از جهت بناء عقلاء است و در صورت اول که مخصّص مجمل است عقلاء چنین بنایی ندارند که به قانون عمل کنند و لاقفل چنین بنایی محرز نیست؛ لذا طبق هر دو مبنا (وجود اطلاق لفظی در ادله یا وجود اطلاق مقامی) اجمال مخصّص منفصل مانع از تمسک به عمومات است.

از آن می‌شد، حتماً واصل می‌گشت، قطعاً از آن ردعی نشده و جریان اصل اطلاق یا اصل عموم در موارد احتمال تخصیص یا تقیید، مستحکم است.^۱

صورت چهارم: شبهه مصداقیه

صورت دیگری نیز وجود دارد که اصل تخصیص مسلم است و اجمال مفهومی نیز در مخصص وجود ندارد اما احتمال تخصیص به لحاظ این است که برخی از مصداقیق مخصص مشکوک است و به لحاظ مصداق - نه مفهوم - تخصیص محتمل است. باید توجه داشت که شبهه مصداقی حکمی با شبهه مفهومی خلط نشود. در شبهه مفهومی، مفهوم مجمل است مانند «اکرم العلماء»، و بعداً با دلیل منفصلی «لا تکرّم الفساق» گفته می‌شود و مراد از فساق مردّد بین مرتکبین کبائر و اعم از مرتکبین کبیره و صغیره است. اما در شبهه مصداقی حکمی، مفهوم، روشن است؛ مثلاً روشن است که مراد از فساق اعم از مرتکبین کبائر و صغائر است، ولی اینکه ریش تراشیدن هم مثلاً فسق باشد نامعلوم است؛ یعنی شبهه مصداقی حکمی در مورد فسق است نه در مورد مفهوم فسق.

طبق مبنای مرحوم سید، تمسک به عام در شبهات مصداقیه جایز است؛^۲ اما

۱. در حقیقت گاهی در فرعی از فروع فقهی، عقلاء، بناء خاصی دارند و در نتیجه این بحث مطرح می‌شود که آیا این بناء عقلاء معتبر است؟ آیا این بناء در منظر شارع بوده و شارع از آن ردعی نکرده است؟ آیا فرع مذکور، عام البلوی بوده که با عدم وصول ردع، کشف رضایت شارع شود؟ اما بناء دیگری (بناء ثانوی) وجود دارد که همواره - چه در مسائل عام البلوی چه در غیر آن - در عمل به همه قوانین، عقلاء از آن پیروی می‌کنند. مفاد این بناء آن است که اگر هر قانون‌گذاری قانونی را جعل کرد و تا ظرف عمل، قیود و استثنائات آن بعد از فحص واصل نشد، عقلاء بدون اعتنا به احتمال وجود قید یا استثناء به قانون عمل می‌کنند و خود این مسئله (عمل به قانون در فرض عدم وصول قیود)، مسئله‌ای عام البلوی است و اگر شارع آن را ردع می‌کرد حتماً واصل می‌شد؛ لذا شارع به این بناء ثانوی عقلاء و لو ظاهراً رضایت دارد.

۲. تکملة العروة الوثقی، ج ۱، ص ۲۰-۲۱، م ۱۵: «إذا شك في مورد في اتحاد جنس العوضين و عدمه، فالظاهر جواز المعاملة مع التفاضل فيه، إذ حرمة التفاضل معلقة على الاتحاد المشكوك تحققة الموجب للشك في حرمة فيرجع فيه إلى عموم مثل «أحل الله البيع».

و دعوی: ان الشبهة موضوعية ولا يجوز التمسك فيها بالعموم، لأن المفروض ان الشك في ان الشيء الفلاني متحد مع الآخر جنساً أولاً، والعام ليس متكفلاً لبيان هذا، كما إذا قال: أكرم العلماء وقال أيضاً: لا تکرّم الفساق و شك في ان زيد العالم فاسق أو عادل لا يكون قوله: أكرم العلماء مبتناً لانه فاسق أو

طبق نظر معروف، تمسک به عام جایز نیست و در عبارات فقهاء هم بین شبهه مصداقی حکمی و شبهه مصداقی موضوعی تفصیلی وجود ندارد؛ لذا منکرین تمسک به عام در شبهات مصداقیه بین این دو فرقی قائل نیستند.^۱

مقتضای ادله لفظی در موارد شک

حال با لحاظ مطالب فوق می‌توان چنین گفت:

الف. شبهه مفهومی مخصّص

از سویی ادله نفوذ شروط دلیل عامی است که شامل هر شرطی از جمله شرط خیار خواهد بود و از سوی دیگر، بر اساس آنچه درباره صورت تخصیص احتمالی عمومات بیان شد، ادله لزوم عقودی که در ضمن آن شرط خیار شده، یا چنین است که نسبت به حکمی و حقی بودن این لزوم، مجمل است که صورت اول از سه صورت فوق است، یا چنان است که صورت دوم (فقدان نص مخصّص) یا صورت سوم (تعارض نصّین) است؛ لذا در هر یک از این سه صورت طبق آنچه در مطالب فوق بیان شد نتیجه مسئله به دست می‌آید: در صورت اول، طبق نظر مختار، لزوم حقی ثابت نخواهد شد، ولی در صورت دوم و سوم به عمومات نفوذ شرط تمسک می‌شود و شرط خیار نافذ خواهد بود و در نتیجه لزوم عقد، حقی خواهد بود.

این نکته نیز توجه شود که اگر مخصّص (دلیل بر لزوم)، دلیل لبتی همچون اجماع باشد، به منزله فقدان نص است و در نتیجه در مواردی که در نفوذ خیار شرط شک داریم، به عمومات نفوذ شرط تمسک می‌کنیم.

ب. شبهه مصداقی مخصّص

گاهی نیز شبهه مصداقیه است؛ مثلاً در مقام، طبق نظر معروف، مفاد ادله لفظی

لا، مدفوعة: بمنع عدم جواز التمسك بعد ظهور العموم في جميع أفراده التي منها الفرد المشتبه، ...».

۱. استاذ^۲ در کتاب بیع (بررسی دلالت استصحاب بر لزوم معاطات) با واسطه از مرحوم آقای سید احمد خوانساری نقل کرده که ایشان تمسک به عام در شبهه مصداقی حکمی را صحیح می‌دانند. در جامع المدارک ایشان تصریح به همین مبنا کرده است:

جامع المدارک، ج ۱، ص ۳۴۴: «وإن كان المقام من قبيل الشبهة المصداقية إلا أنه حيث كان رفع شخص الشبهة وظيفة الشارع كان من قبيل الشبهة المفهومية فتدبر».

مانند «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۱ و «المؤمنون عند شروطهم»^۲ نفوذ هر شرطی از جمله شرط خیار است. از سویی مخصص منفصلی وارد شده که مفاد آن این است که شرط مخالف کتاب و سنت نافذ نیست، البته در مقام، برخی مخصص‌ها متصل هستند^۳ و از باب تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصص نمی‌توان به عام تمسک کرد؛ اما برخی مخصص‌ها منفصل هستند^۴ و متصل بودن باقی مخصص‌ها ضرری

۱. المائدة، ۱.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۷۱، ح ۶۶.

۳. الکافی، ج ۵، ص ۱۶۹، ح ۱: عده من أصحابنا عن سهل بن زیاد و أحمد بن محمد جميعا عن ابن محبوب عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال سمعته يقول «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له ولا يجوز على الذي اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله عليه السلام». کتاب من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص ۲۰۲، ح ۳۷۶۵: و روی عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال «المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عليه السلام فلا يجوز».

تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۲، ح ۱۰: عنه عن النضر بن سويد عن ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عليه السلام فلا يجوز».

تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۲، ح ۱۱: الحسن بن محبوب عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال سمعته يقول «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عليه السلام فلا يجوز له على الذي اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله عليه السلام».

تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۶۷، ح ۸۰: عنه عن الحسن بن موسى الخشاب عن غياث بن كُؤوب عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام أن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حزم حلالاً أو أحل حراماً».

۴. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۳۷۱، ح ۶۶: عنه عن أيوب بن نوح عن صفوان بن يحيى عن منصور بزرج عن عبد صالح عليه السلام قال: «قلت إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبى عليه إلا أن يجعل الله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها فأعطها ذلك ثم بدا له في التزوج بعد ذلك فكيف يصنع قال بنس ما صنع و ما كان يدرى ما يقع في قلبه بالليل و النهار قل له فليف للمرأة بشرطها فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال المؤمنون عند شروطهم».

الکافی، ج ۵، ص ۴۰۴، ح ۹: عده من أصحابنا عن سهل بن زیاد و علي بن إبراهيم عن أبيه جميعا عن ابن محبوب عن علي بن رباب عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال: «سئل و أنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه إلى بلاده فإن لم تخرج معه فإن مهرها خمسون ديناراً إن أبت أن تخرج معه إلى بلاده قال فقال إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك و لها مائة دينار التي أصدقها إياها و إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين و دار الإسلام فله ما اشترط عليها و المسلمون عند شروطهم و ليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدي إليها صداقها أو ترضى منه من

نمی‌زند.^۱ حال اگر در یک موردی تردید شود که از مصادیق مخصّص است یا نه،

ذلك بما رضى و هو جائز له.»

الكافي، ج ۶، ص ۱۸۷، ح ۹: علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «في المكاتب إذا أذى بعض مكاتبته فقال إن الناس كانوا لا يشترطون و هم اليوم يشترطون و المسلمون عند شروطهم فإن كان شرط عليه أنه إن عجز رجع وإن لم يشترط عليه لم يرجع...»
كتاب من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص ۴۸، ح ۳۳۰۱: و روى حماد عن الحلبي قال «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول في المكاتب كان الناس مدة لا يشترطون إن عجز فهو رد في الرق فهم اليوم يشترطون و المسلمون عند شروطهم و يجلد في الحد على قدر ما أعتق منه قلت أ رأيت إن أعتق نصفه أ تجوز شهادته في الطلاق قال إن كان معه رجل و امرأة جازت شهادته.» و ص ۱۲۸، ح ۳۴۷۶: و روى القاسم بن بريد عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «في مكاتب شرط عليه إن عجز أن يرز في الرق قال المسلمون عند شروطهم.»

الكافي، ج ۶، ص ۱۸۸، ح ۱۳: محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن مالك بن عطية عن سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل كان له أب مملوك و كانت لأبيه امرأة مكاتبه قد أذت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤذي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي إذا أنت ملكك نفسك قالت نعم فأعطاهما في مكاتبتهما على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ما ملك قال لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم.» و ج ۷، ص ۱۵۰، ح ۱: عده من أصحابنا عن سهل بن زياد عن ابن محبوب و محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد بن عيسى و علي بن إبراهيم عن أبيه جميعا عن ابن محبوب عن العلاء بن رزین عن محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كانت له أم مملوكة فلما حضرته الوفاة انطلق رجل من أصحابنا فاشترى أمه و اشترط عليها أني أشتريك و أعتقك فإذا مات ابنك فلان بن فلان فورثته أعطيتني نصف ما ترضين على أن تعطيني بذلك عهد الله و عهد رسوله فرضيت بذلك فأعطته عهد الله و عهد رسوله لتفنين له بذلك فاشترائها الرجل فأعتقها على ذلك الشرط و مات ابنها بعد ذلك فورثته و لم يكن له وارث غيرها قال فقال أبو جعفر عليه السلام لقد أحسن إليها و أجر فيها إن هذا لفقير و المسلمون عند شروطهم و عليها أن تفني له بما عاهدت الله و رسوله عليه.»

۱. ممکن است گفته شود که با وجود مخصّص متصل دیگر نمی‌توان به عام تمسک کرد؛ زیرا با وجود مخصّص متصل، عموماً با اطلاعات نفوذ شروط حتی اگر در مواردی مخصّصش منفصل باشد، در نظر عرف، دلیلی عام نخواهد بود و لااقل کبرای تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصّص منفصل معلوم نیست که در نزد مرحوم سید بر این موارد قابل تطبیق باشد. اما در پاسخ می‌توان گفت مرحوم سید -طبق آنچه در تکملة عروه (ج ۱، ص ۲۰ و ۲۱، م ۱۵) مطرح کرده- به دلیل شکل‌گیری ظهور عام در فرض انفصال مخصّص، جریان عام را بلا مانع دانسته و این دلیل در فرض جاری نیز وجود دارد. البته ممکن است حجّیت این ظهور در فرض فراوانی موارد مخصّص متصل، مخدوش باشد. به علاوه می‌توان گفت تخصیص و تقیید به عدم مخالفت با کتاب و سنت، تخصیص و تقیید به قید لئی

در اینجا، برای مصادیق مشتبه نمی‌توان به آن مطلقات و عومات تمسک کرد تا بتوان نفوذ شرط خیار را ثابت و در نتیجه حکمی بودن لزوم عقد را نفی کرد. در مقابل، مرحوم سید، طبق مبنای خود که جواز تمسک به عام در شبهه مصداقی مخصّص منفصل است، می‌تواند به عام تمسک کند.^۱

البته ابتدا این‌طور گمان می‌کردم که مرحوم سید در مورد تمسک به عموم عام در شبهه مصداقیه دو نظر مختلف دارد؛ یعنی در ملحقات عروه آن را صحیح می‌داند و در کتاب نکاح عروه صحیح نمی‌داند. بعداً به نظرم آمد که چنین نیست و اینکه در باب نکاح در برخی موارد فرموده است تمسک به عام در شبهه مصداقیه نمی‌کنیم به این دلیل است که در آن موارد، استثناء متصل است؛ لذا طبق نظر ایشان، در استثناء و مخصّص منفصل، مثل مقام، همه جا تمسک به عام در شبهه مصداقیه مخصّص جایز است.^۲ البته ایشان تمسک به قانون مقتضی و مانع را هم

واضح است؛ زیرا در هر قانونی لزوم وفای به عقود و شروط واضح است که موقوف بر عدم مخالفت با سایر قوانین است؛ لذا این قید لینی واضح به منزله قرینه متصله خواهد بود و دیگر حتی طبق مبنای جریان عام در شبهات مصداقیه مخصّص نیز تمسک به عام صحیح نیست؛ زیرا عامی وجود ندارد.

۱. توجه شود که عموم «المسلمون عند شروطهم» با مخصّصی که مفادش «الا ما خالف کتاب الله» است تخصیص خورده است و از سویی این تردید وجود دارد که عقدی که در ضمن آن شرط خیار شده، لزوم حقی یا حکمی است؟ این تردید در حقیقت شبهه مصداقی حکمی برای مخصّص است؛ یعنی نمی‌دانیم که لزوم عقد، مصداق مخالفت با کتاب الله است یا نه، نه اینکه مفاد «ما خالف کتاب الله» مجمل باشد. استاد^۳ نیز در تبیین موافقین و مخالفین تمسک به عام در شبهات مصداقیه - با لحاظ عدم تفصیل در کلام موافقین و مخالفین این مبنا - فرموده است بین مصداق حکمی و موضوعی فرقی وجود ندارد.

۲. تکملة العروة الوثقی، ج ۱، ص ۲۰-۲۱، م ۱۵: «إذا شك في مورد في اتحاد جنس العوضين و عدمه، فالظاهر جواز المعاملة مع التفاضل فيه، إذ حرمة التفاضل معلقة على الاتحاد المشكوك تحققة الموجب للشك في حرمة فیرجع فيه إلى عموم مثل (أحل الله البيع).

و دعوی: ان الشبهة موضوعية و لا يجوز التمسك فيها بالعموم، لأن المفروض ان الشك في ان الشيء الفلاني متحد مع الآخر جنسياً أولاً، و العام ليس متكفلاً لبيان هذا، كما إذا قال: أكرم العلماء و قال أيضاً: لا تكرم الفساق و شك في ان زيد العالم فاسق أو عادل لا يكون قوله: أكرم العلماء مبيّناً لانه فاسق أو لا، مدفوعة، بمنع عدم جواز التمسك بعد ظهور العموم في جميع أفراده التي منها الفرد المشتبه، ...»

العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۰۵-۸۰۷، م ۵۰: «مسألة إذا اشتبه من يجوز النظر إليه بين من لا يجوز بالشبهة المحصورة وجب الاجتناب عن الجميع و كذا بالنسبة إلى من يجب التستر عنه و من لا يجب وإن

جایز می‌داند، و عمومات را مقتضی و مخصص‌ها را از قبیل موانع می‌داند، چه مخصص متصل باشد چه منفصل باشد.

در هر حال، طبق قاعده مقتضی و مانع که مبنای دیگری از مرحوم سید است می‌توان گفت حتی اگر مخصص متصل باشد تمسک به عام ممکن است؛ زیرا شرط جریان این قاعده منفصل بودن مخصص نیست. البته طبق نظر مرحوم سید جریان این قاعده متوقف بر وجودی بودن مخصص است.^۱

در هر حال، طبق نظر مختار، عمومات مذکور، تنها شروط و عقود مشروع را الزام می‌کند و در مقام مشروعیت دادن به همه شروط و عقود نیست؛ لذا مقام از قبیل شبهه مصداقی خود عام است و کسی قائل به تمسک به عام در چنین صورتی نیست؛ زیرا اساساً عمومی ثابت نشده تا بتوان به آن تمسک کرد. قاعده مقتضی و مانع نیز با دو اشکال مواجه است؛ زیرا:

- اولاً، مشابه اشکال فوق، بر صغرای این قاعده وارد است و اصلاً دلیل لفظی عاتی نداریم تا بتواند به عنوان مقتضی لحاظ شود.
- ثانیاً، جریان عمومی قاعده مقتضی و مانع مختص به فرض تراحم ملاکات عناوین ثانویه با ملاکات عناوین اولیه است.^۲

كانت الشبهة غير محصورة أو بدوية فإن شك في كونه مماثلاً أو لا أو شك في كونه من المحارم النسبية أو لا فالظاهر وجوب الاجتناب لأن الظاهر من آية وجوب الغض أن جواز النظر مشروط بأمر وجودي و هو كونه مماثلاً أو من المحارم فمع الشك يعمل بمقتضى العموم لا من باب التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية بل لاستفادة شرطية الجواز بالمماثلة أو المحرمية أو نحو ذلك فليس التخصيص في المقام من قبيل التنويع حتى يكون من موارد أصل البراءة بل من قبيل المقتضي والمانع وإذا شك في كونه زوجة أو لا....»

مرحوم آقای خرنی با استشهداد به عبارت اخیر برداشت کرده که انتساب مبنای «جریان عام در شبهات مصداقیه» به مرحوم سید صحیح نیست، در حالی که روشن شد این انتساب صحیح است.

محاضرات في أصول الفقه، ج ۴، ص ۳۴۰: «و مما يشهد على أنه ليس من القائلين بذلك ما ذكره في كتاب النكاح واليك نصه: مسألة ۵۰: إذا اشتبه من يجوز النظر اليه بين من لا يجوز بالشبهة المحصورة....»

۱. ر.ک: کتاب نکاح، مسئله وجوب ديه و نفقه در وطی زوجة مشکوک الصغر، وجه صحیح وجوب ديه و نفقه از نظر مرحوم سید (العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۱۳، م ۸).

۲. البته استاد رحمته چنانکه در سابق (نکاح خواهرزاده و برادرزاده زوجة، مسئله ۱۴ عروه) نیز بیان شد در مواردی که از تناسب حکم و موضوع بتوان تشخیص داد که عام از قبیل مقتضی و خاص از

طبق مبنای برخی مانند مرحوم آقای حکیم^۱ و مرحوم آقای خوئی^۲ نیز که در این

قبیل مانع است قاعده مقتضی و مانع را جاری می‌داند: لذا آنچه در متن آمده است نفی کلیت «جواز تمسک به عام در شبهات مصداقیه مخصوص» است.

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۲، ص ۳۵ (در تعلیقه بر مسئله «إذا شك في متنجس أنه من الظروف حتى يعتبر غسله ثلاث مرات، أو غيره حتى يكفي فيه المرة، فالظاهر كفاية المرة»): «و أما في الشبهة المصداقية فألصاق عدم كونه من الظروف، المنقح لموضوع العام، بناء على أن موضوعه بعد الجمع بينه و بین الخاص كل فرد لا ينطبق عليه عنوان الخاص. أما بناء على عدم اقتضائه ذلك، بل مجرد ثبوت حكم الخاص لأفراد الواقعية، و بقاء ما عدها تحت حكم العام، أو امتنع جريان الأصل المذكور، لعدم الحالة السابقة، و قلنا بعدم جريان الأصل في العدم الأولي، فحينئذ يدور الأمر في حكم الفرد بين حكم العام و حكم الخاص ...».

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱، ص ۵۶۲ (در تعلیقه بر مسئله «إذا شك في دم أنه من الجروح أو القروح أم لا، فالأحوط عدم العفو عنه»): «و جزم به بعضهم. لأصالة عدم كون الدم من الجروح أو القروح بناء على ما هو الظاهر من أن نفي عنوان الخاص بالأصل يكفي في ثبوت حكم العام له. و جزم بعضهم بالعفو. و كانه لأن الأصل المذكور من قبيل الأصل الجاري في العدم الأولي ...».

مرحوم آقای حکیم در مستمسک، اصل عدم ازلی را ذاتاً جاری دانسته است:

مستمسک العروة الوثقی، ج ۱، ص ۱۳۵: «أما في الصورة الأولى: فأصالة العدم فيها من قبيل استصحاب العدم الأولي الثابت قبل وجود الموضوع، و هو محل كلام بين الأعلام، و إن كان الظاهر جريانه، لعموم الأدلة بعد اجتماع أركانه من اليقين و الشك»: أيضاً: ج ۱۲، ص ۳۱۷؛ ج ۱۳، ص ۲۷۵.

۲. مرحوم آقای خوئی در مباحث اصولی خود، بر مرحوم آخوند که اصل عدم ازلی را در این موارد جاری دانسته و به عمومات ضمیمه کرده، اشکال کرده و این اصل را اصل مثبت دانسته است:

المحاضرات (مباحث أصول الفقه)، ج ۱، ص ۴۵۵-۴۵۶: «قد عرفت عدم جواز التمسك بالعام في الشبهات المصداقية المخصص لفظيا كان أو غيرها، فهل يمكن احراز موضوع العام بالأصل الموضوعي أم لا؟ لا ينبغي التردد في امكانه فيما إذا كان للمشكوك حالة سابقة موافقة للعام فيستصحب، كما قد يحرز موضوع المخصص اذا كانت موافقة له، ... انما الكلام فيما اذا لم يكن له حالة سابقة مع فرض وجوده، فهل يكفي فيه استصحاب العدم الأولي أم لا؟»

ذهب في «الكفاية» إلى امكانه و قال: ان الباقي تحت العام فيما إذا كان مخصصا بالمنفصل أو المتصل بغير تقييد ليس معنونا بعنوان خاص بل هو معنونا بغير عنوان الخاص، فيكفي في التمسك بالعام نفي عنوان الخاص عنه، و يمكن احرازه باستصحاب العدم الأولي أيضا و لا يحتاج فيه إلى اثبات عنوان خاص حتى يكون مثبتا ... لكنه لا يخفى ان ذلك انما يصح لو كان الحكم مترتبا علي عدم الوصف للذات مع تجريدها من ملاحظة الوجود و العدم، و هو كما ترى اذ احكام العمومات لا يترتب علي الطابع، و إلا فالطبيعة من حيث هي ليست إلّا هي، بل هي يترتب علي وجوداتها فالحكم مترتب علي عدم الوصف للموضوع مع عناية الوجود الخارجي، و بعد فرض الوجود ليس له حالة عدم الوصف سابقة حتى يستصحب، و لا اثر في استصحاب العدم الأولي إلا بناء علي أصل المثبت.»

موارد برای نفی خاص به استصحاب عدم ازلی تمسک می‌کنند و عمومیت ادله نفوذ شروط را نیز پذیرفته‌اند، در مصادیق مشتبه به آن عموماً تمسک می‌شود و در مورد مشکوک، به دلیل نافذ بودن شروط، لزوم حقی ثابت خواهد شد. تعیین مصادیق قواعد مطرح شده به مراجعه به ادله در تک تک موارد نیاز دارد و در اینجا نمی‌توان قانون عامی را که در همه موارد پیاده شود، بیان کرد.

مقتضای اصل عملی

حال اگر ادله لفظی نتواند مبین حکم شک در مقام باشد، نوبت به اصول عملیه می‌رسد. بنابر جریان استصحاب در شبهات حکمی، مقتضای استصحاب، حمل مورد شک بر لزوم حکمی است؛ زیرا نفوذ شرط موجب تغییر حالت سابقه می‌شود و مقتضای استصحاب بقای حالت سابقه، عدم نفوذ شرط است و با وجود حالت سابقه و استصحاب، آن شرط، نفوذ نخواهد داشت و لزوم، حکمی خواهد بود.^۲

نظر مختار: بطلان اشتراط خيار در نکاح به دلیل اجماع

این بحث‌ها، بحث‌های کلی بود که به تناسب شرط خيار در نکاح به توضیح آن پرداخته شد. اما در خصوص نکاح بیان شد که با توجه به اجماع مسلمین و سیره متشرعه بطلان شرط خيار در نکاح واضح است و به بحث نیاز ندارد.

اما ایشان در مباحث فقهی در فرضی که مخصص، عنوانی وجودی داشته باشد، اصل عدم ازلی را به عموماً ضمیمه کرده است؛ برای نمونه:

موسوعة الإمام الخوئي، ج ۲، ص ۴۱۱-۴۱۲: «و التمسك باستصحاب العدم الأزلی إنما ينتج في جواز التمسك بالعام فيما إذا كان الخارج عن عمومه عنواناً وجودياً حتى يحرز عدمه بالاستصحاب.»
ایضاً: موسوعة الإمام الخوئي، ج ۲، ص ۴۴۶؛ ج ۲۰، ص ۳۰؛ ج ۲۱، ص ۲۴۶؛ ج ۲۸، ص ۲۸۸.

۱. واضح است که اگر احتمال تخصیص، از قبیل فقدان نص مخصص یا تعارض مستقرین نص مخصص با نصوص دیگر باشد، باید به عموماً نفوذ شروط رجوع شود و نوبت به اصل عملی نمی‌رسد.

۲. به نظر می‌رسد طبق مبنای مختار استاذ^۳ که عدم جریان استصحاب در شبهات حکمی است، اصل جاری، اصل عدم مشروعیت و عدم نفوذ چنین شرطی خواهد بود و این اصل، با انکار استصحاب در شبهات حکمی منافاتی ندارد؛ زیرا مشروعیت، محتاج دلیل است؛ لذا شرط خيار، نافذ نخواهد بود و لزوم عقد، به منزله لزوم حکمی خواهد بود.

بررسی بطلان عقد نکاح به سبب اشتراط خيار

«الاولی: ... و فی بطلان العقد به قولان المشهور علی أنه باطل و عن ابن ادریس أنه لا یبطل ببطلان الشرط المذكور ولا یخلو قوله عن قوة ...»^۱

مخالفت ابن ادریس بافتوای مشهور به مبطلت شرط خيار در نکاح

مرحوم سید می فرماید: بر خلاف مرحوم ابن ادریس مشهور فقهاء^۲ اشتراط خيار در عقد نکاح را موجب بطلان عقد دانسته اند؛ اما قول مرحوم ابن ادریس خالی از قوت نیست. محقق حلی نیز در باب مهر^۳ تردید کرده و در باب صیغه عقد^۴ عبارتی مجمل بیان کرده که مورد بحث قرار گرفته است.^۵ شهید اول نیز در لمعه^۶ عبارتی دارد که خالی از اجمال نیست. صاحب حدائق در باب مهر^۷ قائل به عدم بطلان شده و در باب صیغه عقد^۸ در بطلان عقد تردید کرده است. مرحوم حاج شیخ عبدالکریم حائری نیز صریحاً به عدم بطلان حکم کرده است.^۹ عده ای از محشین کتاب عروه نیز با مرحوم سید موافقت و قول مرحوم ابن ادریس را تقویت کرده اند.^{۱۰}

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۷، فصل ۱۱ فی مسائل متفرقة، م ۱.

۲. السرائر، ج ۲، ص ۵۷۵.

۳. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۷۴.

۴. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۴۵.

۵. در بحث بعدی که اشتراط خيار در مهر است عبارت محقق بررسی خواهد شد. در آنجا استاد^{رحمته} می فرماید ظاهراً مراد محقق حلی فاسد نشدن عقد به سبب شرط خيار در مهر است.

۶. اللمعة الدمشقیة، ص ۱۷۵.

۷. الحدائق الناضرة، ج ۲۴، ص ۵۴۵.

۸. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۸۵.

۹. کتاب النکاح (حائری)، ص ۳۱۵.

۱۰. برای نمونه: العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۰۹.

اما محقق کرکی نیز در جامع المقاصد^۱ فرموده است عامه فقهاء قائل به بطلان عقد شده‌اند، ولی با توجه به احاطه مرحوم محقق کرکی و اینکه ایشان در موارد دیگری مرحوم ابن ادریس را از مخالفان در مسئله به شمار آورده است، باید گفت مراد از عامه فقهاء، اکثریت قریب به اتفاق -مانند تعبیر «جمهور» که از آن، اکثریت قریب به اتفاق اراده می‌شود نه اجماع- است نه اینکه مسئله، اجماعی باشد تا با اختلافی بودن مسئله منافات پیدا کند.

اشکال نقضی مرحوم سید بر مشهور: مفسد نبودن شرط فاسد نزد مشهور

مرحوم سید یزدی اشکال کرده که مشهور به طور کلی در بحث شروط ضمن عقد، شرط فاسد را مفسد عقد نکاح ندانسته^۲ ولی شرط خیار که فاسد است را مفسد دانسته‌اند، در حالی که بین شرط خیار و سایر شروط فرقی وجود ندارد^۳. در توضیح عدم فرق می‌توان گفت:

شرط و عقد یا مجموعاً التزام واحدی است به این معنا که شرط، قید رضایت و منشأ است که در این صورت، باید در تمام موارد، حکم به بطلان عقد شود؛ زیرا با نبود قید، منشأ و رضایت هم نیست، و یا به نحو قید نیست و تعدد التزام است به معنای اینکه التزام در ضمن التزام است؛ یعنی التزام اول (عقد) مقید به التزام دوم (شرط) نیست بلکه موضوع التزام دوم است -نظر مرحوم سید نیز همین است-

۱. جامع المقاصد، ج ۱۳، ص ۳۹۴.

۲. اصل این مطلب که شرط فاسد موجب فساد عقد (چه نکاح و چه غیر نکاح) نیست در عبارات بسیاری مطرح شده است، اگرچه شاید نتوان گفت مشهور بین قدماء چنین باشد؛ زیرا بسیاری متعرض مسئله نشده‌اند. در هر حال موارد ذیل قابل توجه است:

الخلافاً، ج ۳، ص ۲۵۴؛ المبسوط، ج ۲، ص ۱۲۳؛ إصباح الشیعة، ص ۲۳۴؛ جامع الخلافاً و الوفاق، ص ۲۵۴.

البته برخی نیز شرط فاسد را مفسد می‌دانند از جمله مرحوم ابن براج و علامه: المذهب (ابن براج)، ج ۱، ص ۴۷۹؛ تذکرة الفقهاء، ج ۱۳، ص ۲۵۶؛ و ص ۲۶۱؛ مختلف الشیعة، ج ۷، ص ۱۳۶.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۷.

که باید در تمام موارد، به صحت عقد حکم شود؛ زیرا التزام دوم موضوع التزام اول نیست و در نتیجه فساد شرط ربطی به فساد عقد نخواهد داشت؛ بنابراین وجهی که برای فساد یا عدم فساد عقد بیان می‌شود در تمام شروط فاسد جاری است.^۱

دفاع آقای خوئی از مشهور: تنافی شرط خیار در نکاح با رکن عقد دائم (دوام عقد)

مرحوم آقای خوئی تفصیل مشهور را تقویت کرده و وجه آن را چنین فرموده است: ارتکاز عرفی در باب شرط ضمن عقد این است که شخص التزام به مفاد عقد را بر شرط، معلق کرده است؛ یعنی شرط، قید التزام شخص است نه قید خود عقد؛ لذا به خودی خود بطلان شرط، موجب فساد عقد نمی‌شود، بر خلاف شرط خیار فسخ در نکاح که موجب فقدان رکنی از ارکان عقد می‌شود؛ زیرا قوام عقد دائم به عدم محدودیت و استمرار دائمی است، در حالی که قرار دادن خیار به معنای اختیار داشتن در محدود کردن آن است و این دو با هم در تنافی هستند؛ زیرا عقد به وسیله اشتراط خیار تا زمانی محدود می‌شود که ذو الخیار از حق خود برای فسخ عقد استفاده نکرده است. این مسئله مانند آن است که گفته شود: «بعثک بشرط أن لا تملک ثمنه» و یا به قول مرحوم آقای حکیم مثل این است که گفته شود «بعثک بلا ثمن» یا «اجرتک بلا اجرة» که با مفهوم عقد منافات دارد. پس اشتراط خیار موجب تناقض در انشاء است و لازم می‌آید که عقد هم دائم باشد و هم غیر دائم باشد، لذا در مقام خصوصیتی است که در سایر شروط نیست.^۲

اشکال بر کلام آقای خوئی

اما دفاع آقای خوئی قابل مناقشه است؛ زیرا:

اشکال اول: عدم وجود ارتکاز عرفی بر «تعلیق التزام به عقد بر شرط»

اولاً، اینکه ایشان فرموده است طبق ارتکاز عرفی، در شرط ضمن عقد، التزام شخص

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۷.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۷۲.

به عقد، بر شرط معلق شده است، استظهار صحیحی نیست.^۱

۱. استاد رحمته به این مطلب در کتاب النکاح مسئله ۱۸ (فصل عقد و احکام آن) نیز اشاره کرده است: اما مفصل تر آن در کتاب البیع مطرح شده است. ایشان در کتاب البیع، بحث «اجازة مالک نسبت به عقد فضولی و اجازه نکردن شرط ضمن عقد فضولی» مطالبی را بیان فرموده که ملخص آن چنین است: مرحوم آقای خوئی چهار معنا برای شرط بیان کرده است که معنای چهارم همان التزام فی التزام است. سپس ایشان فرموده است: استعمال شرط به این معنا در دو صورت است و دو نحوه تعلیق داریم: تعلیق الالتزام، التعلیق علی الالتزام. «تعلیق الالتزام» یعنی التزام به عقد - نه اصل عقد - معلق بر شرط شده است و در نتیجه اگر به شرط عمل نشود «مشروط له» در مقابل «مشروط علیه» التزام به عقد نداشته و می تواند عقد را فسخ کند. اما «التعلیق علی الالتزام» یعنی اصل عقد - نه التزام به عقد - مشروط به التزام به چنین شرطی است و عقد، بر چنین شرطی معلق شده ولی این تعلیق باطل نیست؛ زیرا تعلیق بر امر موجود (التزام مشروط علیه) است.

برای نمونه: موسوعة الإمام الخوئي، ج ۱، ص ۲۶۲: «يقع الكلام في معنى الاشتراط فنقول: إن معناه في الأمور الجزئية حسبما يقتضيه الاستقراء والارتكاز أحد أمرين على سبيل منع الخلو: أحدهما: تعلیق الالتزام بالمعاملة، وعدم الرجوع فيها على تحقق الشرط في الخارج، وهذا كما في اشتراط كون الفرس من جیاد الخیل أو الكتاب المعین من طبعة كذا، وغير ذلك من الأوصاف والقيود الخارجة عن الاختیار، فإن معنى اشتراطها حسبما يفهمه العرف بارتكازهم أن التزامی بالبيع معلق على كون الفرس كذا أو الكتاب من طبعة كذا، فعند التخلف يثبت للمشتري له الخيار في الالتزام بالمعاملة وفسخها.

ثانيهما: تعلیق أصل الالتزام المعاملي على التزام الطرف الآخر بتحقيق الشرط في الخارج لا على وجوده خارجا و هذا كما في الموارد التي لا يجري فيها الخيار، كما إذا اشترطت الزوجة على زوجها أن يكون اختيار المسكن بيدها فإن النكاح لا يجري فيه الخيار، فمعنى الاشتراط فيه أن التزام الزوجة بالنكاح و الزوجية معلق على التزام الزوج بأن يكون اختيار المسكن بيدها، فالزوج بقوله قبلت، يبرز أمرين أحدهما التزامه بأصل الزواج، و ثانيهما التزامه بالعمل في الخارج، و ليست نتيجة الخيار عند تخلف الزوج عفا التزم به في المعاملة، فإن النكاح كما مر مما لا يجري فيه جعل الخيار عند العقلاء، و لا في الشريعة المقدسة بل و لا في الأديان السابقة، فالاشتراط في مثله ليس بمعنى التعلیق في الالتزام بالمعاملة، و إنما هو من التعلیق في أصل الالتزام المعاملي. و مثل هذا التعلیق غير مضر بصحة العقد، لأنه تعلیق على التزام الطرف الآخر لا على وجود الشرط في الخارج نظير التعلیق في الإيجاب لأنه من التعلیق على قبول المشتري للالتزام المعاملي. و هذا بخلاف الصورة المتقدمة، لأن كون الفرس أو الكتاب من جیاد الخیل أو من طبعة النجف أمر خارج عن الاختیار و لا معنى للالتزام بما هو غير مقدور للملتزم، فما قدمناه لا يأتي إلّا فيما هو داخل تحت الاختیار. و هذان قسمان و لا يخلو أمر الاشتراط من أحدهما»؛ و ج ۳۰، ص ۸۸-۸۹.

ایشان این دو صورت را در قسم چهارم در نظر گرفته است و معنایش این است که ایشان قائل به اشتراك معنوی بین این دو صورت است، ولی عرف متعارف چه جامعی را بین این دو مورد در نظر می گیرد؟!

اشکال دوم: لزوم حکم به بطلان نکاح در موارد تخلف شرط

ثانیاً، ایشان در باب نکاح، جعل شرط خیار فسخ را منافی با مقتضای عقد و مفسد دانسته اما در باب خیار اشتراط که همان خیار تخلف شرط است (مثلاً شخصی در ضمن عقد، شرط خیاطت کند و طرف مقابل به شرط عمل نکند) می‌فرماید: اگر به شرط عمل نکند، «من له الشرط» حق دارد عقد را به هم بزند و خیار تخلف شرط پیدا می‌کند. ایشان در کتاب الاجاره^۱ و مواضع دیگر^۲ می‌فرماید: اگر شخصی التزام خود به عقد را بر وجود شرط معلق می‌کند و برگشت چنین تعلیقی به این است که اگر تو شرط را انجام ندهی، من حق به هم زدن عقد را داشته باشم. ولی اشکال مطلب این است که اگر خیار تخلف شرط به شرط خیار فسخ برمی‌گردد، ایشان در موارد تخلف شرط در نکاح نیز باید به بطلان عقد نکاح حکم می‌کرد، در حالی که چنین حکمی نکرده، پس تفکیک ایشان بین شرط خیار فسخ و خیار تخلف شرط وجهی ندارد.^۳

بین «تعلیق الالتزام» و «التعلیق علی الالتزام» چه معنای جامعی اراده شده است که به اختلاف مصداقش اختلاف پیدا کند؟

نظر مختار این است که شروط در این موارد دو قسم است:

قسم اول: گاهی به معنای تعلیق و تقبید است، مثل اینکه شخص می‌گوید: من به این شرط این شیء را به تو می‌فروشم؛ یعنی اگر این شرط محقق نشد، قبول ندارم.

قسم دوم: گاهی هم شرط به معنای الزام و التزام است، مثل اینکه گفته می‌شود: «شرط الله قبل شرطکم» به این معنی که خود یا طرف مقابل را الزام به کاری بکنند؛ بنابراین شرط در این گونه موارد که محل ابتلاء است، یا به معنای تعلیق است یا به معنای الزام. البته شرط معانی دیگری هم دارد که در جای خود از آن بحث می‌شود.

استاد^۴ در کتاب نکاح مسئله ۱۸ (فصل عقد و احکام آن) دربارهٔ قسم اول شرط که طبق نظر مختار ایشان تعلیق عقد است فرموده است: این موارد، حکم فضولی را دارد که اگر بعداً «من له الشرط» رضایت داد و امضاء کرد ملکیت از همان زمان حاصل می‌شود؛ لذا فضولی به شکل نقل خواهد بود و این در حقیقت عقد جدید است.

۱. برای نمونه: موسوعة الإمام الخوئی، ج ۲۰، ص ۸۸-۸۹.

۲. در موارد بسیار فراوانی مرحوم آقای خوئی این مطلب را بیان کرده است؛ برای نمونه:

موسوعة الإمام الخوئی، ج ۱، ص ۲۶۲ (اجتهاد و تقلید)؛ و ج ۲۲، ص ۴۶۸ (اعتکاف)؛ و ج ۲۶، ص ۱۳۶؛ و ج ۲۷، ص ۴۰؛ و ج ۲۸، ص ۶۵ (حج)؛ و غیره.

۳. شاید گفته شود این اشکال بر مرحوم آقای خوئی وارد نیست؛ زیرا ایشان خود به این نکته توجه داشته

نظر مختار: بطلان نکاح در فرض شرط خیار به دلیل وحدت مطلوب در شروط مهم

اما طبق نظر مختار همواره اینطور نیست که عقد، موضوع برای التزام به شرط باشد و در حقیقت دو التزام باشد که یکی موضوع برای دیگری باشد؛ بلکه شاید بتوان گفت در بیشتر موارد، التزام به عقد، معلق و مقید به شرط است و ارتکازات بر این است که اگر شرط محقق نباشد اصلاً شخص به عقد راضی نیست، خصوصاً در مقام که زنان با جعل خیار شرط می‌خواهند راهی برای فسخ عقد پیدا کنند و اگر حق فسخ برای آنها نباشد در خیلی از موارد بلکه بیشتر موارد راضی به اصل عقد نیستند. عرف در اینگونه موارد که شرط اساسی و مهمی است نه مثل خیاطت ثوب، انحلال را نمی‌فهمد بلکه تعلیق را می‌فهمد؛ لذا طبق قاعده با بطلان شرط، عقد هم فاسد می‌شود؛ چون یک انشاء بیشتر نیست تا انحلال و تعدّد التزام فهمیده شود پس عقد فاسد است. مشهور قریب به اتفاق^۱ نیز در مسئله، به بطلان

و در مباحث متعدد از جمله در کتاب الاجاره (موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳، ص ۸۸-۸۹) نیز این اشکال را پاسخ داده است. ایشان فرموده است طبق ارتکاز عرف، در عقودی که قابل فسخ نیست خیار تخلف شرط به شرط خیار باز نمی‌گردد و تنها به معنای دوم شرط یعنی «تعلیق عقد بر التزام به شرط» باز می‌گردد. البته این تعلیق، مبطل نیست؛ زیرا تعلیق بر امر موجود در حال عقد است. نتیجه این شرط ضمن عقد تنها الزام تکلیفی «من علیه الشرط» است، نه حق فسخ برای «من له الشرط».

ایشان در مقام نیز، در تعلیق بر عروه به همین مطلب اشاره کرده است:

العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۰۹: «و هذا بخلاف سائر الشروط الفاسدة، فإنها بحسب الارتكاز العرفي لا ترجع في خصوص النكاح إلى جعل الخيار على تقدير التخلف، وإنما ترجع إلى تعلیق الالتزام بترتيب الآثار على وجود الشرط، ففسادها لا يسري إلى العقد».

لذا در مقام، غیر از اصل اشکال به معنای شرط در نزد ایشان، اشکال دیگری وارد نیست.

اما در پاسخ می‌توان گفت: در حقیقت اشکال استاد^۲ بر کلام ایشان این است که چگونه مجرد اجماع بر فسخ ناپذیری عقد نکاح (مگر در موارد خاص) می‌تواند مانع ارتکاز ادعایی ایشان باشد؟ اگر ارتکاز عرفی آن است که خیار اشتراط به خیار شرط برمی‌گردد، اجماع بر عدم حق فسخ در خیار موجب شکل نگرفتن ارتکاز عرفی نمی‌شود؛ زیرا «عرف بما هو عرف» کاری به شرع ندارد.

۱. الخلاف، ج ۳، ص ۱۶؛ المبسوط، ج ۲، ص ۸۱؛ المهذب (ابن براج)، ج ۲، ص ۲۱۲؛ جواهر الفقه، ص ۱۷۴؛ غنية النزوع، ص ۳۴۹-۳۵۰؛ إصباح الشيعة، ص ۴۱۰؛ الجامع للشرائع، ص ۴۴۱؛ جامع الخلاف والوفاق، ص ۴۴۸؛ تحرير الأحكام (چاپ قدیم)، ج ۲، ص ۵؛ قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۷۷؛ إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۱۷؛ تذكرة الفقهاء، ج ۱۱، ص ۶۶؛ تلخیص المرام، ص ۱۹۵؛ مختلف الشيعة، ج ۷، ص ۱۳۶؛ اللمعة الدمشقية، ص ۱۷۵؛ تلخیص الخلاف، ج ۲، ص ۳۳۴؛ م ۵۴؛ جامع المقاصد، ج ۱۳.

عقد حکم کرده‌اند. پس اگر در باب شروط تفصیل باشد، باید بین شروط اساسی و مهم و غیر آن تفصیل داد، نه اینکه بین خیار شرط و غیر آن تفصیل داد.^۱

ص ۳۹۴؛ حاشیه الإرشاد، ج ۳، ص ۱۳۱؛ الروضة البهية (جواب مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۶۶؛ مسالك الأفيهام، ج ۸، ص ۲۵۷؛ كفاية الأحكام، ج ۲، ص ۲۴۱؛ كشف اللثام، ج ۷، ص ۴۲۳؛ كتاب المناهل، ص ۳۳۶؛ أنوار الفقاهة، كتاب النكاح، ص ۲۵۲-۲۵۳؛ جواهر الكلام، ج ۳۱، ص ۱۰۶.

۱. بر اساس آنچه در مباحث سابق (كتاب نكاح مسئله ۱۸ (فصل عقد و احكام آن)) بيان شد، ظاهراً مراد استاد رحمته الله از بطلان اين است كه عقد به منزله فضولى است كه با رضائيت بعدى گويا عقد جديدى منعقد مى‌شود.

اشترای خیار در مهر در عقد نکاح

«الاولی: ... و أما اشترای الخیار فی المهر فلا مانع منه ...»^۱

بررسی عبارت شرائع (یصح اشترای الخیار فی الصداق خاصة ولا یفسد به العقد)
محقق حلی در مورد اشترای خیار در باب نکاح عبارتی دارد که شهید ثانی در مسالک^۲ و صاحب جواهر^۳ در مورد آن بحث کرده‌اند. عبارت شرائع چنین است: «یصح اشترای الخیار فی الصداق خاصة ولا یفسد به العقد»^۴ که دو معنا در آن احتمال داده شده است:

احتمال اول: صحت اشترای خیار در مهر و فاسد نشدن عقد
معنای اول این است که اشترای خیار در مهر صحیح است و عقد را فاسد نمی‌کند ولی اشترای خیار در اصل عقد، صحیح نیست.

اشکال: بی معنا بودن «لا یفسد به العقد» در فرض صحت اشترای خیار در مهر
اما این معنا با اشکال مواجه است؛ زیرا اگر اشترای خیار در مهر صحیح باشد، دیگر بحث از فاسد شدن عقد به سبب اشترای خیار، لغو و از قبیل سالبه به انتفاء موضوع است؛ یعنی وقتی اشترای خیار صحیح باشد، توهم این وجود ندارد که شاید عقد صحیح نباشد. فساد عقد در فرض فساد شرط مطرح است نه در فرض صحت شرط.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۷، فصل ۱۱ فی مسائل متفرقة، م ۱.

۲. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۱۰۱.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۵۰.

۴. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۸.

احتمال دوم: عدم فساد عقد در فرض اشتراط خيار در اصل عقد

معنای دوم این است که اشتراط خيار در مهر صحيح است، ولی در اصل عقد صحيح نیست گرچه اشتراط خيار در اصل عقد، موجب فاسد شدن عقد نمی‌شود؛ پس ضمیر در «لا یفسد به العقد» به «اشتراط خيار در عقد» برمی‌گردد که از مفهوم «خاصة» استفاده می‌شود.

نظر مختار: ظهور عبارت شرائع در احتمال اول به قرینه عبارات اصحاب

بنابراین دو معنا محتمل است، ولی ظاهراً همان معنای اول، مراد است؛ زیرا این عبارت در مبسوط شیخ طوسی^۱ و مهذب ابن بزاج^۲ و تذکره علامه حلی^۳ نیز ذکر شده و این بزرگان شرط خيار در نکاح را مفسد عقد می‌دانند^۴ لذا مراد این عده آن نیست که شرط فاسد (شرط خيار در اصل عقد) موجب فساد عقد نمی‌شود. کلام مرحوم محقق حلی نیز مانند این عده است. البته خود ایشان در مورد مفسد بودن اشتراط خيار در اصل عقد تردید دارد.^۵

در هر حال، این فرع فقهی در دو عقد دائم و منقطع به صورت مستقل بررسی خواهد شد.

بررسی مسئله در عقد دائم

مسألة ۱: «... و اما اشتراط الخيار فی المهر فلا مانع منه.»^۶

اشتراط خيار در مهر عقد دائم اشکالی ندارد. فقهاء فرموده‌اند که اشتراط خيار در مهر به غرض فسخ آن مانعی ندارد و برخی^۷ تعلیل کرده‌اند که در نکاح دائم، ذکر

۱. المبسوط، ج ۲، ص ۸۱.

۲. المهذب (ابن بزاج)، ج ۲، ص ۲۱۲.

۳. تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۳.

۴. المبسوط، ج ۲، ص ۸۱؛ المهذب (ابن بزاج)، ج ۲، ص ۲۱۲؛ تذکره الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۳.

۵. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۷۴.

۶. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۷، فصل ۱۱ في مسائل متفرقة، م ۱.

۷. برای نمونه: جامع المقاصد، ج ۱۳، ص ۳۹۵.

مهر، رکن عقد نیست و در صورت عدم ذکر مهر، یا بر مهر جدید توافق می‌شود و یا به «مهر المثل» رجوع می‌شود؛ بنابراین فقدان مهر با دوام نکاح تنافی ندارد و تضاد در مجعول لازم نمی‌آید.

عدم فتوی فقها به بطلان عقد یا شرط

نتیجهٔ مراجعه و بررسی قریب به چهل کتاب^۱ این است که حتی یک فقیه در این فرع به بطلان شرط یا عقد قائل نشده است. صاحب جواهر فرموده است: «بطلان اشتراط خيار در مهر توهم شده است.»^۲ ولی اینکه متوهم چه کسی است، روشن نیست. فقط محقق سبزواری^۳ در این مسئله تأمل کرده و صریحاً فتوا نداده است، نه اینکه به بطلان اشتراط خيار حکم کرده باشد. تعبیر ایشان این است که شرط خيار در مهر، براساس نظر مشهور فقهاء جایز است؛ یعنی فقط جواز اشتراط خيار را به مشهور فقهاء نسبت داده و به «علی الاقوی» یا «علی المشهور المنصور» تعبیر نکرده و فتوا نداده است.

۱. برای نمونه می‌توان موارد ذیل را نام برد:

الخلافة، ج ۳، ص ۱۶؛ و ج ۴، ص ۳۸۸، م ۳۳؛ المبسوط، ج ۴، ص ۳۰۴؛ المهدب (ابن براج)، ج ۲، ص ۲۱۲؛ جواهر الفقه، ص ۱۷۴؛ غنية النزوع، ص ۳۴۹-۳۵۰؛ السرائر، ج ۲، ص ۵۷۵؛ إصباح الشيعة، ص ۴۱۰؛ الجامع للشرائع، ص ۴۴۲؛ جامع الخلافة والوفاء، ص ۴۴۸؛ شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۷۴؛ إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۱۷؛ تحرير الأحكام، ج ۳، ص ۵۶۱؛ تذكرة الفقهاء، ج ۱۱، ص ۶۶ (تذكرة الفقهاء (چاپ قدیم)، ص ۵۸۳)؛ تلخیص المرام، ص ۱۹۵؛ قواعد الأحكام، ج ۳، ص ۷۷؛ اللعة الدمشقية، ص ۱۷۵؛ القواعد والفوائد، ج ۱، ص ۳۸۷؛ جامع المقاصد، ج ۱۳، ص ۳۹۵؛ نضد القواعد الفقهية، ص ۴۲۶؛ معالم الدين في فقه آل ياسين، ج ۲، ص ۲۵؛ المهدب البارع، ج ۳، ص ۳۹۰؛ حاشية الإرشاد، ج ۳، ص ۱۳۱؛ مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۰۱؛ الروضة البهية (چاپ مجمع الفكر)، ج ۳، ص ۱۶۶؛ كشف اللثام، ج ۷، ص ۴۲۳؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۸۴؛ كتاب المناهل، ص ۳۳۶؛ أنوار الفقاهة، كتاب النكاح، ص ۲۵۸؛ جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۱۴۹؛ وسيلة النجاة (با تعليقات امام خميني)، ص ۷۰۵.

۲. جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۱۴۹.

۳. كفاية الأحكام، ج ۲، ص ۲۴۱.

بررسی مسئله در عقد منقطع

مسألة ۱: «... و أما فی المتعة حیث إنها لا تصح بلا مهر فاشتراط الخيار فی المهر فیها مشکل.»^۱

تردید مرحوم سید در بطلان شرط

مرحوم سید می‌فرماید: صحت اشتراط خيار در مهر در عقد منقطع محل اشکال است. صاحب جواهر^۲ نیز با وجود تمایل به بطلان شرط، در مسئله تردید کرده است.

کلام آقای خوئی: بطلان عقد منقطع به سبب رکن بودن مهر

مرحوم آقای خوئی فرموده است بدون شک عقد باطل است و جای تردید نیست؛ زیرا ذکر مهر در نکاح منقطع، رکن عقد است و اشتراط خيار در مهر مستلزم خلل عقد منقطع از مهر و بطلان عقد است. به بیان دیگر شرط خيار فسخ مهر در عقد منقطع، فاسد و مفسد عقد است؛ زیرا شرط منافی با رکن عقد است.^۳

اشکال بر آقای خوئی با دو تقریب

اما کلام مرحوم آقای خوئی قابل مناقشه است. دو تقریب می‌توان مطرح کرد تا مشکل بودن مسئله را ثابت کرد. یک تقریب با قطع نظر از فتاوی‌ای مرحوم سید و یک تقریب با توجه به فتاوی‌ای ایشان.

تقریب اول

تقریب اول این است که عمده دلیل بر فاسد و مفسد بودن شرط خيار در عقد نکاح، اجماع است، چنان‌که مرحوم سید نیز در حاشیه مکاسب همین مطلب را معتقد است.^۴ از طرفی از کلمات فقهاء استفاده می‌شود شرط خيار در مهر، صحیح

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۷، فصل ۱۱ فی مسائل متفرقه، م ۱.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۵۱.

۳. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۷۳.

۴. حاشیه مکاسب (سید یزدی)، ج ۲، ص ۳۲.

است. اطلاق این فتوا اقتضاء می‌کند که عقد دائم و منقطع هر دو را شامل شود. لذا اجماع بر بطلان شرط خیار در عقد و اجماع بر صحت شرط خیار در مهر باهم ناسازگار است؛ زیرا اگر شرط خیار در عقد شامل عقد موقت هم باشد، در عقد موقت، شرط خیار در مهر نیز باطل خواهد بود - چون ظاهر ادله رکن بودن مهر و ظاهر عبارات فقهاء در این باره آن است که مهر حدوداً و بقائاً رکن است - در حالی که طبق اجماع دوم، چنین شرطی صحیح است، و اگر گفته شود هر دو اجماع به عقد متعارف، یعنی عقد دائم ناظر است، دلیلی بر بطلان شرط خیار در عقد موقت باقی نخواهد ماند، اما چون مسئله روشن نیست، مشکل است که با اجماع که تنها دلیل در مسئله است، مسئله را حل کرد.

تقریب دوم

تقریب دوم که توجیهی برای تردید مرحوم سید است این است که مرحوم سید در باب شرط خیار در عقد نکاح، بین عقد دائم و منقطع فرقی قائل نشده و تصریح به اطلاق کرده و این شرط را باطل دانسته است^۱ لذا نباید در توجیه تردید ایشان گفته شود که برای ایشان روشن نبوده که هر دو اجماع ناظر به عقد دائم بوده یا شامل منقطع نیز می‌باشد.

وجه تردید مرحوم سید محتمل است این باشد که اجماعاً در هیچ عقدی اشتراط خیار (حق فسخ عقد) حدوداً جایز نیست؛ زیرا یقیناً چنین شرطی باطل است ولی اگر در اصل عقد، حدوداً شرط خیار نشد و بقائاً چنین شرطی شد، مرحوم سید در بطلان این عقد تردید کرده است.

توضیح مطلب:

به جهت شرط خیار در مهر - نه عقد - که در عقد موقت رکن است برای ذوالخیار در مهر، حق فسخ نسبت به اصل عقد بقاء حاصل می‌شود؛ زیرا با اعمال خیار در مهر عقد موقت نیز فسخ خواهد شد؛ لذا خیار فسخ عقد برای این شخص بقاء وجود دارد. مرحوم سید در بطلان عقدی که فقط بقاء خیار فسخ عقد در آن وجود دارد تردید کرده است. منشأ این تردید شاید آن است که از یک سو ظاهر ادله رکن

بودن مهر است و ظاهراً عبارات فقهاء در این باره آن است که مهر حدوثاً و بقائاً رکن است و لذا شرط خیار در مهر به شرط خیار در عقد رجوع می‌کند و اجماعاً هم شرط خیار در عقد باطل است چه در عقد دائم چه در عقد موقت، و از سوی دیگر با لحاظ اطلاق کلمات فقهاء، اشتراط خیار فسخ در مهر حتی در عقد موقت مانعی ندارد؛ لذا مسئله، محل تردید و تأمل است و تعبیر مرحوم سید به «مشکل» صحیح است.

نظر مختار: تردید در صحت شرط خیار فسخ در مهر عقد منقطع

به نظر مختار نیز در مسئله تأمل و تردید است. فقهاء تا زمان محقق کرکی، به جواز شرط خیار در مهر - بدون تفصیل بین عقد دائم و موقت - قائل بوده‌اند و پس از ایشان نیز به همین نحو قائل به جواز شده‌اند و فقط مرحوم فیض کاشانی در کتاب مفاتیح صریحاً تفصیل داده و فرموده است: «اشتراط خیار در مهر در عقد دائم جایز است ولی در عقد منقطع جایز نیست»^۱

البته در عبارات محقق کرکی^۲ و شهید ثانی^۳ و صاحب حدائق^۴ و کاشف اللثام^۵، این فتوا، به اینکه صدق رکن عقد نیست تعلیل شده است، و این تعلیل مختص به عقد دائم است؛ زیرا در عقد منقطع، صدق رکن عقد است؛ پس احتمال دارد که مراد فقهای دیگر نیز از فتوای مطلق و ذکر نکردن تعلیل، عقد دائم باشد؛ زیرا فرد شائع نکاح، عقد دائم است. ولی روشن نیست که مراد فقهای دیگر جز این عده معدود نیز خصوص عقد دائم باشد؛ لذا مسئله محل تردید است.

۱. مفاتیح الشرائع، ج ۲، ص ۲۷۰.

۲. جامع المقاصد، ج ۱۳، ص ۳۹۵.

۳. مسالك الأفهام، ج ۸، ص ۲۵۷.

۴. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۸۴.

۵. كشف اللثام، ج ۷، ص ۵۴.



لزوم تعیین مدتِ اشتراطِ خيار در مهر

«الاولی ... أما اشتراط الخيار فی المهر فلا مانع منه و لكن لا بدّ من تعیین مدّته.»^۱

کلام آقای خوئی: عدم لزوم تعیین مدتِ خيار در مهر به دلیل یکسانی نکاح با سایر عقود
مرحوم آقای خوئی معتقد است دلیلی بر لزوم مشخص بودن مدتِ تعیین شدهِ خيار در مهر وجود ندارد و دلیل خود را چنین بیان کرده است:

«فانه لا فرق بین النکاح و غیره من العقود حیث یصحّ جعل الخيار فیهِ من غیر اشتراط لتعیین المدة نعم، یعتبر فیهِ أن لا یكون مجهولا مطلقا و مبهما من جمیع الوجوه بأن یجعل لنفسه الخيار فی ساعة ما فقط من غیر تعیین لتلك الساعة، فانه یبطل لعدم قابلیته للجعل، باعتبار أنه لا واقع له و لا تعیین حتی فی علم الله سبحانه. و أما لو كان معینا نوع تعیین و لو یجعله إلى الأبد و ما دامّا حیّین، فلا مانع من الالتزام بصحته من دون اعتبار لتحديدہ زمانا بحدّ معین و مضبوط. و لعل هذا هو مقصود الماتن رحمته فی المقام.»^۲

اشکال: اجماع بر لزوم انضباط مدتِ خيار در سایر عقود

مرحوم آقای خوئی مسلم دانسته است که در سایر عقود غیر از عقد نکاح، منضبط بودن مدتِ خيار، شرط نیست، در حالی که فقهاء در کتاب بیع پس از بحث از خيار شرط بیان کرده اند که شرایطِ خيار شرط چیست. از کلمات فقهاء در کتاب هایی

۱. العروة الوثقی. ج ۲، ص ۸۵۷، فصل ۱۱.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۷۳.

مانند مبسوط^۱، مهذب^۲، وسیله^۳، سرائر^۴، اصباح^۵، شرایع^۶، نافع^۷، قواعد^۸، تذکره^۹، تحریر^{۱۰}، تبصرة^{۱۱}، ارشاد^{۱۲}، تلخیص^{۱۳}، جامع مرحوم یحیی بن سعید^{۱۴}، لمعه^{۱۵}، دروس^{۱۶}، تنقیح^{۱۷}، مسالك^{۱۸}، کفایه^{۱۹}، مفاتیح مرحوم فیض کاشانی^{۲۰}، حدائق^{۲۱}،

۱. المبسوط، ج ۲، ص ۷۸.

۲. المهذب (ابن براج)، ج ۱، ص ۳۵۳.

۳. الوسيلة، ص ۲۳۸.

۴. السرائر، ج ۲، ص ۲۴۳.

۵. إصباح الشيعة، ص ۱۹۹: «اسباب الخيار خمسة احدها: ... والثاني: اشتراط المدة» این عبارت مرحوم کیدری تنها دلالت دارد که یکی از اسباب خيار، خياری است که ناشی از شرط خيار است که همان شرط کردن خيار در مدتی است. ایشان درباره خصوصیات مدت شرط شده مطلبی نفرموده است و این کلام ایشان ممکن است شامل مواردی هم باشد که مدت مجهولی ذکر شده و لااقل عدم شمول آن نسبت به این فرض معلوم نیست (مثلاً شرط شود که تا زمان بازگشت حاجی ها از سفر حج، حق فسخ وجود داشته باشد). در هر حال، عبارت دیگری از اصباح الشيعة یافت نشد تا شاهد بر مدعی استاد رحمه الله باشد و محتمل است نسخه إصباح الشيعة در نزد استاد رحمه الله با نسخه موجود متفاوت باشد.

۶. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۱۶.

۷. المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۲۱.

۸. قواعد الأحكام، ج ۲، ص ۶۶.

۹. تذكرة الفقهاء، ج ۱۱، ص ۲۸؛ و ص ۴۱ و ۲۳۴.

۱۰. تحرير الأحكام، ج ۲، ص ۲۸۶.

۱۱. تبصرة المتعلمين، ص ۹۷.

۱۲. إرشاد الأذهان، ج ۱، ص ۳۷۴.

۱۳. تلخیص المرام، ص ۱۰۱.

۱۴. جامع الخلاف والوفاق، ص ۲۵۶.

۱۵. اللمعة الدمشقية، ص ۱۱۸.

۱۶. الدروس الشرعية، ج ۳، ص ۲۶۸.

۱۷. التنقيح الرائع، ج ۲، ص ۴۶.

۱۸. مسالك الأفهام، ج ۳، ص ۲۰۱.

۱۹. كفاية الأحكام، ج ۱، ص ۴۶۵.

۲۰. مفاتيح الشرائع، ج ۳، ص ۶۹.

۲۱. الحدائق الناضرة، ج ۱۹، ص ۳۵.

ریاض^۱، جواهر^۲ و مفتاح الکرامه^۳ استفاده می‌شود که بطلان اشتراط خيار معلق بر قدوم حاج و امثال آن که مدت در آن منضبط نیست، از مسلمّات است و بر آن اجماع وجود دارد و هیچ فقیهی یافت نشد که این امر را شرط ندانند. مدّعی اجماع و شبه اجماع نیز در این مسئله فراوان است، از جمله صاحب مفتاح الکرامه که تعبیر به «بالاجماع»^۴ کرده و در مسالک، ریاض و جواهر تعبیر به «قولا واحدا»^۵ شده و حتّی محقّق اردبیلی^۶ که نوعاً در مسائل مسلمّ تشکیک می‌کند، مطابق متن - که ارشاد علامه حلّی است - مسئله را مسلمّ دانسته و اشکال نکرده و شیخ انصاری نیز که در بسیاری از موارد اطمینان نمی‌کند به «لا خلاف»^۷ تعبیر کرده است.^۸

همچنین غرری بودن بیع در فرض مضبوط نبودن مدت خيار نیز در عبارات فقهاء مطرح شده و به همین لحاظ مجهول بودن مدت خيار را موجب بطلان بیع دانسته‌اند.^۹ لذا از امثال مرحوم آقای خوئی با آن حافظه قوی و احاطه بر فقه عجیب است که چنین مطلب روشنی از دید ایشان مخفی مانده و فرموده است در سایر

۱. ریاض المسائل، ج ۸، ص ۳۰۱.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۳۲.

۳. مفتاح الکرامه، ج ۱۴، ص ۱۹۲.

۴. مفتاح الکرامه، ج ۱۴، ص ۱۹۲.

۵. مسالک الأفهام، ج ۳، ص ۲۰۱؛ ریاض المسائل، ج ۸، ص ۳۰۱؛ جواهر الکلام، ج ۲۳، ص ۳۲.

۶. مجمع الفائدة و البرهان، ج ۸، ص ۴۰۰.

۷. کتاب مکاسب (شیخ انصاری)، ج ۵، ص ۱۱۳.

۸. باید توجه داشت که اگر مدت خيار مشخص نشود، در مباحث بیع، اختلاف نظری بین فقهاء وجود دارد و برخی مثل سید مرتضی در انتصار و شیخ طوسی در خلاف، به صحت آن حکم کرده، فرموده‌اند مدت خيار تا سه روز است.

الانتصار، ص ۴۳۸؛ الخلاف، ج ۳، ص ۲۰، م ۲۵.

شیخ انصاری (کتاب مکاسب، ج ۵، ص ۱۱۶-۱۱۹) نیز به طور مفصل این قول را بررسی کرده و آن را نفی کرده است. در هر حال، کلام مرحوم آقای خوئی که مدعی بود انضباط مدت تعیین شده خيار در فسخ مهر لازم نیست، مخدوش است و هیچ‌کس به آن قائل نشده است و قول مخالفی که در بالا نقل شد مختص به بیع است.

۹. تذکرة الفقهاء، ج ۱۱، ص ۴۱؛ ریاض المسائل (چاپ قدیم)، ج ۱، ص ۵۲۴؛ مقابیس الأنوار، ص ۲۴۶؛ کتاب المناهل، ص ۳۲۹؛ کتاب مکاسب (شیخ انصاری)، ج ۵، ص ۱۱۶.

عقود، منضبط بودن مدت لزومی ندارد و فقط لازم است تعیین واقعی داشته باشد. تعیین مدت خیار در عقد نکاح معمولاً در کتب فقهاء متقدّم بیان نشده و کاشف اللّثام^۱ به دلیل عدم بیان این مسئله در کتب فقهاء متقدّم احتمال اطلاق در کلام آنها داده و در مسئله تردید کرده است و همچنین محقّق کرکی^۲ نیز به لزوم تعیین مدت تمایل پیدا کرده؛ اما از جهت ذکر نشدن این مسئله در کتب قدماء در مسئله تأمل کرده است.

اما اگرچه اشتراط تعیین مدت در باب نکاح در کتب قدماء نیامده است ولی چنانکه گذشت، قدماء در خیار شرط در باب بیع از جمله شرایطی که برای آن ذکر کرده‌اند مسئله اشتراط تعیین مدت است و سپس بیان کرده‌اند که خیار شرط در چه عقودی داخل می‌شود و در چه عقودی داخل نمی‌شود. از جمله عقود که فرموده‌اند خیار شرط در آن داخل می‌شود، خیار در مهر است و ظاهرش این است که خیار شرط با همان قیود و شرایطی که در آن اعتبار دارد و از جمله آنها تعیین مدت است، در باب نکاح نیز جایز است، و اینکه آنها تعیین مدت را ذکر نکرده‌اند به این دلیل است که کلامشان ناظر به عقد سلبی قضیه است؛ یعنی در مقابل اینکه در اصل نکاح خیار شرط داخل نمی‌شود فرموده‌اند که در مهر، خیار شرط داخل می‌شود و منظور آنها خیاری است که همان شرایط معتبر در باب بیع را دارا باشد.

۱. کشف اللّثام، ج ۷، ص ۴۲۳.

۲. جامع المقاصد، ج ۱۳، ص ۳۹۵.

مسئلة دوم: ادعاى زوجيت از جانب مرد يا زن نسبت به يكديگر

«الثانية: إذا ادعى رجل زوجية امرأة فصدقته أو ادعت امرأة زوجية رجل فصدقها حكم لهما بذلك فى ظاهر الشرع و يرتب جميع آثار الزوجية بينهما لأن الحق لا يعدوهما و لقاعدة الإقرار وإذا مات أحدهما ورثه الآخر و لا فرق فى ذلك بين كونهما بلديين معروفين أو غريبين و أما إذا ادعى أحدهما الزوجية و أنكر الآخر فيجوز عليهما قواعد الدعوى فإن كان للمدعى بينة و إلا فيحلف المنكر أو يرد اليمين فيحلف المدعى و يحكم له بالزوجية و على المنكر ترتيب آثاره فى الظاهر لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع بينه و بين الله و إذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجية بينهما لكن المدعى مأخوذ بإقراره المستفاد من دعواه- فليس له إن كان هو الرجل تزويج الخامسة و لأم المنكرة و لا بنتها مع الدخول بها و لا بنت أخيها أو أختها إلا برضاها و يجب عليه إيصال المهر إليها نعم لا يجب عليه نفقتها لنشوزها بالإنكار و إن كانت هى المدعية لا يجوز لها التزويج بغيره إلا إذا طلقها و لو بأن يقول هى طالق إن كانت زوجتى و لا يجوز لها السفر من دون إذنه و كذا كل ما يتوقف على إذنه و لو رجع المنكر إلى الإقرار هل يسمع منه و يحكم بالزوجية بينهما فيه قولان و الأقوى السماع إذا أظهر عذرا لإنكاره و لم يكن متهما و إن كان ذلك بعد الحلف و كذا المدعى إذا رجع عن دعواه و كذب نفسه نعم يشكل السماع منه إذا كان ذلك بعد إقامة البينة منه على دعواه إلا إذا كذبت البينة أيضا نفسها.»^١

١. العروة الوثقى، ج ٢، ص ٨٥٧-٨٥٩.

تاریخچه بحث

این مسئله در کلام برخی از قدماء مانند شیخ طوسی به اختصار آمده^۱ اما اولین فردی که آن را با این تفصیل مطرح کرده، محقق کرکی است.^۲ بعد از ایشان، شهید ثانی^۳ این مسئله را از محقق کرکی با همان ترتیب اخذ کرده است. صاحب جواهر^۴ نیز با کمی تغییر از شهید ثانی اخذ کرده است اما بهتر بود آن تغییرات صورت نمی‌گرفت. مرحوم سید نیز از جواهر با تغییری اخذ کرده که مناسب بود تغییر نمی‌داد.^۵ مصدر بسیاری از مباحث فقهی که در کتب متأخرین مطرح شده کتاب جامع المقاصد محقق کرکی است و انصافاً لقب «محقق» زیبنده ایشان است چه آنکه او و همچنین محقق اول هر دو در فقه صاحب مکتب بوده و رونق بسیاری به فقه شیعه بخشیده‌اند.

در هر حال، چند صورت در این مسئله، مورد بررسی قرار گرفته است:

صورت اول: تصدیق زوجیت ادعایی طرف مقابل

مسألة ۲: «الثانية: إذا ادعى رجل زوجية امرأة فصدقته أو ادعت امرأة زوجية رجل فصدقها حكم لهما بذلك في ظاهر الشرع و يرتب جميع آثار الزوجية بينهما لأن الحق لا يعدوهما و لقاعدة الإقرار و إذا مات أحدهما ورثه الآخر و لا فرق في ذلك بين كونهما بلديين معروفين أو غريبين و أما إذا ادعى أحدهما الزوجية و أنكر الآخر...»^۶

صورت اول این است که چنانچه مردی ادعا کند زنی همسر اوست و زن نیز تصدیق کند، یا زنی ادعا کند مردی شوهر اوست و مرد نیز تصدیق کند، در مقام

۱. الخلاف، ج ۶، ص ۳۳۶-۳۳۷، م ۷، و م ۸.

۲. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۶-۸۷.

۳. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۰۲.

۴. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۵۲.

۵. تفصیل این مطلب در بررسی صورت دوم (انکار ادعای زوجیت از جانب طرف مقابل) خواهد آمد.

۶. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۷-۸۵۸.

ظاهر، به زوجیت آن‌ها حکم می‌شود؛ به این معنا که افراد غیر مطلع از واقع، موظف‌اند آنها را زن و شوهر بدانند و حاکم شرع، باید به زوجیت آنها حکم کند. این مسئله در ضمن دو مطلب قابل بررسی است:

مطلب اول: بررسی ادله اثبات زوجیت

مرحوم سید در بیان دلایل مسئله به دو دلیل اشاره کرده است:

دلیل اول: حکم عقلا به ثبوت حق با فرض اتفاق طرفین حق

دلیل اول این است که حکم به زوجیت در این مسئله، به زوج و زوجه مربوط می‌شود. شخص ثالثی وجود ندارد تا حقی او مانع از حکم به زوجیت شود. بینه و قسم در دعوی، مربوط به دو طرف دعواست، و مدعی باید بینه بیاورد و منکر، قسم بخورد. اگر حق بین دو طرف مردد باشد و طرفین با یکدیگر موافق باشند، ادعا و انکار دیگران در آن موضوع، نقشی ندارد و از نظر عقلاء، در صورت توافق افراد ذی حق، باید آثار آن را مترتب کرد.

دلیل دوم: حجیت اقرار

دلیل دیگری که برای ثبوت زوجیت، مطرح شده، اقرار طرفین بر زوجیت است که نافذ است.

اشکال دلیل دوم: عدم اثبات «امور نافع برای مقرّ» به دلیل انحلالی بودن اقرار

برخی محشین عروه در تمسک به اقرار مناقشه کرده‌اند که اقرار، مثبت تمام مدعا نیست بلکه تنها اموری را اثبات می‌کند که علیه مقرّ باشد، برخلاف اموری که اثبات آن به نفع مقرّ است.^۱

در توضیح این اشکال می‌توان گفت: تنها احکامی را به وسیله اقرار می‌توان ثابت کرد که به ضرر شخص مقرّ باشد نه هر حکمی از احکام نکاح؛ زیرا مبنای حجیت اقرار، «اقرار العقلاء علی انفسهم جائز» است؛ به عنوان مثال، اگر مردی ادعای زوجیت کند، به مقتضای اقرارش باید به زن نفقه و مهر بدهد و از ازدواج با مادر،

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۱۰.

خواهر و دخترش منع شود. همچنین ازدواج با دختر خواهر و دختر برادر او بدون رضایت وی حرام است. اگر زنی همسری مردی را ادعا کند، به مقتضای اقرارش نمی‌تواند اموری همچون نذر، سفر، روزه مستحبی و امثال آن را بدون اذن شوهر به جا آورد، یا یمین وی بدون اجازه شوهر منعقد نمی‌شود، البته در صورتی که این حکم اخیر را بر علیه زن حساب کنیم. اما اموری که به نفع آنهاست مانند جواز تمتع از یکدیگر، با اقرار ثابت نمی‌گردد و در این‌گونه موارد باید به ادله دیگر مراجعه کرد. بسیاری از مسائل این باب که در کلام مرحوم سید نیز بدان اشاره شده، مبتنی بر «اقرار» است؛ به این نحو که بین آثار نافع و آثار مضر به حال مقر، تفصیل داده شده است.

پاسخ: لحاظ بر آئین اقرار در نزد عقلاء نه لحاظ انحلالی اقرار

اما اشکال کلی در اقرار وجود دارد. قاعده اقرار، به دلیل آنکه از قواعد و امارات عقلانی است، به اقرارهای متعدد، منحل نمی‌گردد؛ بلکه باید نافع بودن یا مضر بودن اعتراف، به صورت مجموعی، ملاحظه شود. اگر اقرار، به نگاه مجموعی، عرفاً به نفع مقر به حساب آید، اقرارش نافذ نیست و اگر به ضرر او باشد - هرچند مختصر نفعی هم برای مقر به دنبال داشته باشد - عرفاً نافذ است.

کاشفیت اقرار، امر تعبدی نیست بلکه مسئله‌ای عقلانی است. اشخاص، در مواردی که علیه خود اعتراف می‌کنند معمولاً انگیزه دیگری غیر از ابراز حقیقت ندارند. انسان، نوعاً انگیزه ندارد که به دروغ، علیه خود اعتراف کند. بنابراین، اقرار در چنین مواردی، کشف از واقع می‌کند و کاشفیت آن نیز بسیار قوی است و بر بینه و امثال آن نیز مقدم است. اما در مواردی که تنها برخی از آثار، علیه شخص مقر است، چنین انگیزه نوعی بر راستگویی وجود ندارد و این نکته به طور کلی در اخبار، اقرار و گزارش‌ها همواره باید مورد توجه قرار گیرد؛ به عنوان مثال، اگر عادل بگوید فلان محدوده از زمین، ملک زید است و عادل دیگر بگوید که محدوده دیگری از زمین، ملک اوست، و فرض این باشد که مالکیت زید نسبت به هر دو محدوده صحیح نباشد، نمی‌توان نسبت به قسمت مشترک، ادله حجیت بینه را تمام دانست؛ زیرا اگر به هر یک از دو نفر گفته شود که بخشی از این محدوده، ملک زید نیست، ممکن است بخش دیگر آن محدوده را نیز ملک زید نداند و بگوید منشأ اخبارش، سند خاصی بوده که به مقتضای آن، کل محدوده، ملک

زید است و اگر این سند اعتبار نداشته باشد، نسبت به مالکیت قسمتی از این محدوده نیز نظری ندارد.

به عبارت دیگر، در این موارد، اخبار هر یک نسبت به کل محدوده به نحو ارتباطی است نه استقلالی و چه بسا دلالت تضمینی، تابع دلالت مطابقی باشد؛ لذا نمی‌توان حکم مستقل بر آن بارکرد. در نتیجه، انحلال خبر به اخبار متعدد در این موارد ناتمام است، مانند آنکه در امر به مرکب، هر جزء از مرکب در فرض اتیان باقی اجزاء، امر دارد؛ بنابراین اگر شخصی فقط یک جزء را بیاورد، امتثال خصوص امر آن جزء را نیز نکرده است؛ لذا چنین نیست که -مثلاً- عبد، امر به رکوع شده باشد و این امر، مطلق باشد به این معنا که یعنی رکوع را به جا آور حتی اگر سایر اجزاء را نیاوردی، خیر چنین نیست بلکه رکوع در ضمن نماز امر دارد.

البته اگر در موردی مدلول تضمینی، مستقل از مدلول مطابقی باشد به گونه‌ای که با فرض علم به بطلان اخبار به کل، اخبار به جزء وجود داشته باشد، پذیرش اخبار به جزء مانعی ندارد.

بنابراین اقرار به یک مجموعه، در صورتی نافذ است که در نزد مقرّ، تحقق این مجموعه به ضرر او باشد و با این حال معترف به آن شده است؛ زیرا حجّیت اقرار از باب تعبّد محض نیست تا بتوان با تمسک به اطلاق دلیل خاص، آن را معتبر دانست. اعتبار اقرار از جهت کاشفیت نوعی عقلانی از واقع است؛ یعنی وقتی شخص به ضرر خود اقرار کند نوعاً انگیزه دروغ گفتن ندارد و این در نزد عقلاء، کاشف از واقع خواهد بود؛ لذا اگر حتی مجموعه مورد اعتراف شخص، به ضرر او باشد ولی خودش متوجه آن نباشد دیگر چنین کاشفیتی وجود نخواهد داشت. البته اگر شخص، بدون تخیل منفعتی برای خود، به کاری اعتراف کند که خود نیز معتقد است این اعتراف به ضرر اوست اما اعتقاد و التفات او فقط به مقدار خاصی از ضرر باشد، در این صورت حتی اگر نسبت به لوازم دیگر اقرار خود ملتفت نباشد، آن لوازم نیز مترتب خواهد شد.^۱

۱. مثلاً اگر در واقعه‌ای مسلم باشد که قاتل، همان شخصی است که از مقتول سرقت کرده است، در این صورت اگر فردی اعتراف به سرقت کند قاتل بودن او نیز ثابت خواهد شد؛ زیرا با لحاظ کاشفیت اقرار، سارق بودن این شخص ثابت شده و در نتیجه شخص قاتل نیز معلوم شده است. البته این در فرضی

نمونه اقرارهای غیر مقبول در نزد عقلاء

نمونه‌هایی از اقرارهایی که در نزد عقلاء قابل قبول نیست، در ذیل بیان می‌شود:

نمونه اول: اثبات نشدن لزوم خمس با اقرار به ملکیت

به عنوان مثال اگر کسی بگوید این ملک، مال من است و این ملک، ملکی باشد که پنجاه میلیون تومان ارزش دارد، آیا باید یک پنجم آن را به عنوان خمس پرداخت؟ این مقدار اگرچه به ضرر مقرر است اما نمی‌توان با این اقرار، خمس را اثبات نمود؛ زیرا اقرار او مقتید به مالکیت کل زمین است. چنین اعترافی، در مجموع به نفع وی تمام می‌شود و چهار پنجم در ملک او باقی می‌ماند.

نمونه دوم: اقرار به بدهی در فرض ادای بدهی

اقرار به دین، در ضمن ادعای اداء دین نیز این چنین است. اگر کسی بدهی خود را به صورت مطلق نپذیرد بلکه بگوید: «اگر به زید بدهکار باشم، دین را اداء کرده‌ام» نمی‌توان کلام وی را به اقرار نسبت به اداء دین و اقرار نسبت به اصل دین، منحل نمود.

نمونه سوم: اقرار به نبوت حضرت موسی در فرض اقرار ایشان به نبوت پیامبر اکرم ﷺ

در مناظره‌ای که در رسائل^۱ مرحوم شیخ انصاری نسبت به نبوت حضرت موسی نقل شده است، شخص یهودی برای اثبات استمرار نبوت حضرت موسی، به اقرار مسلمانان به نبوت حضرت موسی تمسک کرد و با استصحاب، به استمرار آن نبوت حکم کرد. عالم مسلمان به او پاسخ داد که اقرار ما به نبوت حضرت موسی مطلق نیست، بلکه به نبوت حضرت موسی در فرض اقرار وی به نبوت حضرت ختمی مرتبت -صلی الله علیه و آله و علی جمیع الانبیاء- اعتراف داریم؛ لذا اقرار، مقتید است و نمی‌توان از آن، نبوت حضرت موسی را به صورت مطلق نتیجه گرفت تا زمینه استصحاب به وجود آید.

است که درباره مقرر، به صورت متعارف، تخیل منفعتی فرض نشود؛ مثلاً اگر از نظر عقلانی محتمل باشد که فردی در اقرار به سرقت، منافی را -مثل «مشهور شدن» برای برخی افراد غیر متعارف جویای نام خصوصاً در فرضی که مورد سرقت به گونه‌ای نباشد که تحمل مجازات‌های شدید را به دنبال داشته باشد- لحاظ کرده و چنین اعترافی کرده است، در این صورت نه سرقت و نه قتل ثابت نخواهد شد.

نمونه چهارم: اثبات نشدن مهریه به مجرد اقرار به آن توسط مرد

نمونه دیگر این است که اگر مرد، از جهت آنکه زن، زوجه اوست، به لزوم پرداخت مهر اقرار کند، در صورتی ذمه خود را به پرداخت مهر مشغول می‌داند که زوجیت زن برای وی ثابت باشد؛ اما اگر زن را به عنوان زوجه مرد به حساب نیاورند، لزوم پرداخت مهر را هم نخواهد پذیرفت؛ یعنی اقرار او به مهر، مشروط به ثبوت زوجیت با زن است. این چنین اقراری که در واقع مشروط است، از نظر عقلاء کاشفیت ندارد و نافذ نیست.

البته اگر مقرّر، لوازم کلام خود را به صورت مطلق بپذیرد، آن لوازم ثابت می‌شود؛ مانند اینکه شخص به صراحت بگوید مهریه زن را باید پردازم هر چند او را به عنوان زوجه ام حساب نکنند.

نتیجه: بطلان اقرار در فرض مشروط بودن اقرار

نتیجه آنکه از نظر عقلاء، کاشفیت اقرار و نفوذ آن، در جایی است که مستقل و به طور مطلق باشد. اقرارهای ضمنی اطلاق نداشته و کاشفیت آن مقتید به پذیرفته شدن مطلبی است که اقرار در ضمن آن آمده است. در بین فقهاء نیز در کبرای این مسئله مخالفی نیافتیم.

مطلب دوم: عدم فرق بین معروف و غریب بودن طرفین تصدیق کننده زوجیت

بنابر نظر مرحوم سید، در صورت اتفاق طرفین بر زوجیت، احکام زوجیت در حق آنها ثابت می‌شود، خواه آن دو، از اهالی همان شهری باشند که در آنجا ادعا و تصدیق صورت گرفته است و نزد مردم آن شهر، معروف باشند یا اینکه کسی آنها را شناسد و غریب باشند. در هر دو صورت، به آوردن بینه نیازی نیست؛ «لا فرق فی ذلک بین کونهما بلدیین معروفین او غریبین»^۱

نظر برخی از عامه: نیاز به اقامه بینه در فرض «معروف بودن طرفین»

این اطلاق، در مقابل فتوای عامه است. بعضی از آنها گفته‌اند اگر در شهر غریب

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۷-۸۵۸.

۲. الجامع لمسائل المدونة، ج ۲۱، ص ۵۳۹؛ المحلی بالآثار، ج ۱۱، ص ۲۴۳؛ التهذیب فی فقه الإمام

باشند، احتیاج به بینه ندارد؛ اما اگر در شهر خودشان باشند که اشخاص را می‌شناسند، عادل و غیر عادل را می‌شناسند و برای آنها اقامه بینه مشکل نیست، باید بینه اقامه شود.

اشکال بر عامه: معتبر نبودن اشهاد در نکاح و اختلافی بودن مسئله در عامه اما دلیلی بر این تفصیل وجود ندارد و بسیاری از عامه هم این تفصیل را قبول نکرده‌اند.^۱

صورت دوم: انکار ادعای زوجیت از جانب طرف مقابل

مسألة ۲: «الثانية: ... و أما إذا ادعى أحدهما الزوجية و أنكر الآخر فيجری علیهما قواعد الدعوى فإن كان للمدعى بینه و إلا فيحلف المنكر أو يرد اليمين فيحلف المدعى و يحكم له بالزوجية و على المنكر ترتيب آثاره فى الظاهر لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع بینه و بين الله و إذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجية بينهما لكن المدعى مأخوذ بإقراره المستفاد من دعواه فليس له إن كان هو الرجل تزويج الخامسة و لأم المنكرة و لا بنتها مع الدخول بها و لا بنت أخيها أو أختها إلا برضاها و يجب عليه إيصال المهر إليها نعم لا يجب عليه نفقتها لنشوزها بالإنكار و إن كانت هى المدعية لا يجوز لها التزويج بغيره إلا إذا طلقها و لو بأن يقول هى طالق إن كانت زوجتى و لا يجوز لها السفر من دون إذن و كذا كل ما يتوقف على إذن ...»^۲

صورت دوم مسئله این است که کسی ادعای زوجیت کند و این ادعاء، از طرف مقابل انکار شود. در این صورت، قواعد باب دعاوی جاری می‌شود؛ بدین معنا که اثبات زوجیت، متوقف بر بینه است و اگر بینه نباشد، با قسم منکر، حکم به عدم زوجیت می‌شود و در صورت امتناع منکر از قسم خوردن، با قسم مدعی زوجیت ثابت می‌شود.

در این مقام، دو مطلب بیان خواهد شد.

۱. الشافعي، ج ۸، ص ۳۲۸؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج ۹، ص ۱۸۴.

۲. الجامع لمسائل المدونة، ج ۲۱، ص ۵۳۹؛ التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج ۸، ص ۳۲۸؛ البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج ۹، ص ۱۸۴.

۳. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۵۸.

مطلب اول: وجوب عمل به وظیفه واقعی

مطلب اول این است که اگر بر اساس اقرار و توافق طرفین، به زوجیت آنها حکم شود و یا بر اساس قواعد باب دعاوی، با یمین منکر، به عدم زوجیت حکم شود، طرفین به حسب ظاهر موظف اند حکم قاضی را رعایت کنند و حاکم نیز آنها را به رعایت آن مجبور می کند. اما اگر خودشان، حکم حاکم را بر خلاف واقع بدانند، باید واقع امر را مراعات کنند؛ مثلاً در مواردی که حاکم، حکم به زوجیت کرده است، اگر زن خودش می داند همسر آن مرد نیست نباید به او تمکین کند؛ یا در صورتی که حاکم، حکم به عدم زوجیت کرده و زن می داند همسر طرف مقابل است، نباید با دیگری ازدواج کند؛ زیرا حکم واقعی - یعنی حرمت - با حکم ظاهری حاکم، تغییر نمی کند.

مطلب دوم: الزام مقرّ به لوازم اقرار

مطلب دوم این است که در مواردی که با قسم منکر، به عدم زوجیت آنها حکم می شود، مرحوم سید به تبع محقق کرکی^۱، شهید ثانی^۲ و صاحب جواهر^۳ مدّعی زوجیت را ملزم به پذیرش لوازم اقرار دانسته است. این مطلب در دو بخش قابل بررسی است:

بخش اول: لوازم اقرار مرد به زوجیت و بررسی آن
بخش اول، لوازم اقرار مرد به زوجیت است.

الف. حرمت ازدواج با زن پنجم و دختر و مادر و خواهر زن

اگر مرد، مدّعی زوجیت باشد، هر چند با قسم زن (منکر)، به عدم زوجیت حکم می شود، ولی چون او مدّعی است که شوهر آن زن است باید از ازدواج با زن پنجم، مادر زن و دختر زن خودداری کند. همچنین نباید بدون رضایت زن، با دختر خواهر یا دختر برادر وی ازدواج کند.

۱. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۷.

۲. مسالك الأتھام، ج ۷، ص ۱۰۳.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۵۲.

شهید ثانی در مسالک^۱ مطابق با جامع المقاصد^۲ مطالب را مطرح کرده و تنها زیاده‌ای را آورده که آن هم تقریباً لازمه عبارت جامع المقاصد است و منافاتی با آن ندارد.^۳ اما مرحوم سید به پیروی از صاحب جواهر^۴ پس از ذکر حرمت ازدواج با دختر زن، قید «مع الدخول بها» را آورده است؛ اما ذکر نشدن این قید، مناسب‌تر است، همان‌طور که در جامع المقاصد و مسالک، مطرح نشده است؛ زیرا مشهور قریب به اتفاق فقهاء^۵، از جمله مرحوم سید^۶، ازدواج با دختر زوجه را تا زمانی که زن، در حباله نکاح مرد است حرام می‌دانند، خواه زوجه مدخوله باشد یا غیر مدخوله. اگرچه حرمت ابدی متوقف بر دخول به مادر است، اما لوازمی که مرد بر اساس ادعایش باید به آن پایبند باشد، منحصر به پرهیز از محرمات ابدی نیست، بلکه حرمت جمعی را نیز شامل می‌شود.

البته ذکر این قید، بنابر فتوای مرحوم آقای خوئی صحیح است؛ زیرا ایشان بر خلاف مشهور، حرمت ازدواج با دختر زن را منحصر در مدخوله بودن مادرش می‌داند و ازدواج با دختر زوجه غیر مدخوله را باطل نمی‌داند^۷ هر چند در این صورت، با تحقق عقد دختر، زوجیت مادر خود به خود باطل می‌گردد؛ زیرا مادر زن، بر او حرام ابدی می‌شود.

۱. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۱۰۳.

۲. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۷.

۳. در این بخش دو مطلب در مسالک (ج ۷، ص ۱۰۳) آمده است که در جامع المقاصد نیست: یکی عبارت «و لو أوقع الرجل المنکر صورة الطلاق - و لو معلقاً بقوله: إن کانت زوجتی فهی طالق - انتفت عنها الزوجية، و جاز لها التزوج بغيره، لا بایه و ابنة مطلقاً، لا عتقها بما یوجب حرمة المصاهرة.» این عبارت، صحیح است و لازمه کلام محقق کرکی هم همین است؛ یعنی اگر طلاق صوری از سوی مرد منکر زوجیت رخ دهد در حالی که زن، مدعی زوجیت است، نتیجه‌اش انتفاء زوجیت است. البته با پدر و پسر این مرد باز هم نمی‌تواند ازدواج کند.

دیگری عبارت «و لا فعل ما یتوقف علی إذن الزوج بدونه، کالسفر المندوب و العبادات المتوقفة علیه.» که این مثال نیز از آثار اقرار زن مدعی زوجیت است و در جواهر (ج ۲۹، ص ۱۵۳) هم عیناً همین مطلب منعکس شده است.

۴. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۵۲.

۵. برای نمونه: جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۳۳۶.

۶. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۷۶.

۷. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۹.

همچنین مناسب بود مرحوم سید برای کامل تر شدن مسئله، حرمت ازدواج با خواهرزن را نیز اضافه می کرد، همان طور که در جامع المقاصد^۱ مسالك^۲ و جواهر^۳ مطرح شده است؛ زیرا ازدواج با خواهر زن نیز تا زمانی که زن بر اساس ادعای مرد، در حباله نکاح اوست، حرام است، هر چند این حرمت، ابدی نیست.

ب. وجوب پرداخت مهریه

از نظر مرحوم سید، چنانچه مرد، مدّعی زوجیت باشد اما با قسم منکر، به عدم زوجیت حکم شود، پرداخت مهریه بر مرد لازم است؛ زیرا مدّعی باید طبق اقرارش عمل کند.

کلام آقای خوئی: تساقط اقرار مرد با اقرار زن به مستحق نبودن مهریه

مرحوم آقای خوئی در حاشیه خود بر عروه، مطلبی مخالف متن عروه مطرح نکرده و این نشان از موافقت وی با مرحوم سید است^۴؛ اما در تقریرات فرموده است: هر چند پرداخت مهریه بر مرد - در صورتی که خود را به حسب واقع زوج او می داند - لازم است، اما این الزام از جهت اقرار نیست؛ زیرا اقرار مرد به لزوم پرداخت مهریه، با اقرار زن به عدم استحقاق مهر، معارض است و هر دو اقرار به علت تنافی، ساقط می شوند.^۵

اشکال: نفوذ اقرار هر یک از زوجین بنا بر مبنای آقای خوئی (اماره نبودن اقرار)

ممکن است بگوییم که اشکال ایشان در صورتی وارد است که حجیت اقرار از باب کاشفیت باشد؛ زیرا دو اقرار متنافی نمی تواند کاشف از ثبوت مهر باشد؛ زیرا هر یک دیگری را نقض می کند. اما بنا بر مبنای مرحوم آقای خوئی و عده ای که اقرار را به عنوان یک اصل پذیرفته اند و احکام اصل را بر آن مترتب کرده اند، مانعی وجود ندارد که به مقتضای اقرار هر کدام از اقرارکنندگان اخذ شود، مانند حکم به طهارت و عدم جنابت دو شخصی که در لباس مشترک، منی می بینند، که با وجود علم به جنابت یکی از آن دو، هر یک می تواند اصل طهارت و عدم جنابت را در مورد

۱. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۷.

۲. مسالك الأفيام، ج ۷، ص ۱۰۳.

۳. جواهر الكلام، ج ۲۹، ص ۱۵۲.

۴. العروة الوثقى (المحشى)، ج ۵، ص ۶۱۱.

۵. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۷۵.

خویش جاری سازد. در مقام نیز هر چند قاضی به مخالفت با واقع یکی از آن اقرارها، علم داشته باشد، اما مرد را ملزم به پرداخت مهریه و زن را ملزم به عدم اخذ آن می‌کند، مگر اینکه طرف مقابل به نحو مطلق راضی باشد، و اگر طرفین تحصیل رضایت نکنند مانند واجب کفایی است که ترک آن تعزیر دارد؛ یعنی اگر یکی از طرفین جلب رضایت دیگری کند کافی خواهد بود، و مرد حق ندارد مال را ندهد مگر اینکه زن به نحو مطلق راضی باشد و زن هم حق ندارد مال را بگیرد مگر اینکه مرد به نحو مطلق مال را به او تملیک کند.

مرحوم آقای خوئی در این مسئله که شخصی به بدهکار بودن خود یقین دارد و طلبکار به طلبکار نبودن یقین دارد این را قائل شده که مصلحه لازم است؛ ولی در مقام، این مطلب را قائل نشده است.

پاسخ: تعارض اقرار زوجین با لحاظ نفوذ اقرارشان درباره دیگران

اما انصاف این است که این اشکال به مرحوم آقای خوئی وارد نیست؛ زیرا جریان اصل و نفوذ اقرار، منحصر به اقرارکنندگان نیست؛ بلکه دیگران نیز موظف‌اند به لوازم آن ترتیب اثر دهند. مدّعی ازدواج که اقرار می‌کند مهریه را بدهکار است هم خودش باید به مفاد اقرار عمل کند و هم دیگران باید آن را بپذیرند. همچنین زن که به عدم استحقاق خود نسبت به مهریه اقرار می‌کند خودش و دیگران باید به آن پایبند باشند. در این صورت، عمل به مفاد هر دو اقرار از سوی هیچ‌یک از دو طرف ممکن نیست و دو اقرار با هم متناقض خواهند بود. البته ممکن است گفته شود ادله اقرار - خواه اجماع یا دلیل لفظی باشد - قابل تخصیص است؛ پس می‌توانیم این ادله را نسبت به دیگران تخصیص بزنیم، اما این مطلب نیز ناتمام است؛ زیرا ادله اقرار، ادله لفظی یا اجماع نیست تا بتوان قائل به تخصیص شد.^۲

ج. وجوب پرداخت نفقه

حال نوبت به بررسی وجوب ادای نفقه می‌رسد.

۱. ر.ک: منهاج الصالحین (خوئی)، ج ۲، ص ۱۹۴، مسألة ۹۱۶.

۲. به عبارت دیگر وجه حجیت اقرار، بناء عقلا است که شارع آن را پذیرفته است و در بناء عقلاء چنین تفکیک و تخصیصی وجود ندارد تا گفته شود حجیت اقرار را مختص به مقزین می‌دانیم.

نظر مرحوم سید: عدم وجوب نفقه به دلیل عدم تمکین زن

از نظر مرحوم سید، چنانچه با وجود اقرار مرد به زوجیت، به دلیل قسم منکر، به عدم زوجیت وی حکم شود، پرداخت نفقه بر مرد لازم نیست؛ زیرا زن با انکار زوجیت، از تمکین امتناع کرده و ناشزه است، هرچند عدم تمکین به جهت حکم ظاهری شرع باشد.

نظر آقای حکیم: وجوب نفقه به دلیل عذر شرعی زن در عدم تمکین

مرحوم آقای حکیم مجرد عدم تمکین را موجب نشوز و سقوط استحقاق نفقه ندانسته است. وی عدم تمکینی را موجب نشوز دانسته که بدون عذر شرعی باشد؛ لذا عدم تمکین زن به جهت عروض حیض یا انجام سفر واجب حج، مانع از استحقاق نفقه نمی‌گردد. در این فرع نیز، به دلیل آنکه عدم تمکین از روی عذر شرعی بوده است، بنا بر نظر ایشان نفقه از مرد ساقط نمی‌شود.^۱

نظر مختار: سقوط نفقه با نبود حق استمتاع مرد به دلیل انکار زن

اما حق با مرحوم سید است و پرداخت نفقه بر مرد واجب نیست؛ زیرا نفقه در مقابل حق استمتاع است و هر زمان مرد از این حق محروم شود، زن نیز از حق نفقه‌اش محروم می‌گردد، هرچند وی به جهت اعتقادش به عدم زوجیت، در عدم تمکین معذور باشد.

اما قیاس مقام به موارد عذر شرعی نیز صحیح نیست؛ زیرا در آن موارد، شارع حق استمتاع مرد را محدود کرده است، بر خلاف این مسئله که شارع به نوبه خود، مرد را از حق استمتاع، محروم نکرده، بلکه زن با انکارش - هرچند از روی عذر- سبب محرومیت مرد شده است.

بخش دوم: لوازم اقرار زن به زوجیت و بررسی آن

بخش دوم، لوازم اقرار زن به زوجیت است.

الف. توقف ازدواج زن با دیگری بر گرفتن طلاق از مرد

اگر زن مدعی زوجیت باشد اما به جهت حلف مرد منکر، به عدم زوجیت وی

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۱۰-۴۱۱.

حکم شود، چنانچه بخواهد با مرد دیگری ازدواج کند باید قبل از ازدواج به هر شکلی که ممکن است - هرچند با رجوع به حاکم شرع - از مرد منکر، طلاق بگیرد.

نظر مرحوم سید: کفایت (هی طالق إن کانت زوجتی) از سوی مرد

از نظر مرحوم سید، همین مقدار که در طلاق، به صورت تعلیقی گفته شود: (هی طالق إن کانت زوجتی) کفایت می‌کند؛ زیرا مرد منکر زوجیت با زن است.

اشکال: بطلان طلاق معلق طبق اطلاق کلام مرحوم سید در بحث تنجیز عقد

صحت طلاق تعلیقی در چنین مواردی اگرچه مطلب حقی است، اما با ظاهر کلام مرحوم سید در بحث اشتراط تنجیز منافات دارد. ایشان در بحث اشتراط تنجیز عقد، همانند برخی دیگر از علماء، قائل به بطلان تعلیق شده و تنها تعلیق بر امر محقق معلوم را از حکم به بطلان استثناء کرده است.^۱ بر این اساس، اطلاق کلام ایشان در آن بحث، اقتضا می‌کند که تعلیق بر «ما يتوقف علیه صحة العقد» را نیز باطل بدانند، درحالی که در این بحث، تعلیق به آنچه صحت طلاق وابسته به آن است را بی مانع و صحیح دانسته است. این در حالی است که حکم به بطلان در این بحث، اولویت دارد؛ زیرا در بحث اشتراط تنجیز، معمولاً بحث در صورت شک است یعنی فرضی که شخص، در حصول معلق علیه شک دارد، مثل اینکه نمی‌داند فلان شیء مال اوست و با این حال می‌گوید: «إن کان لی فقد بعته»؛ اما در بحث کنونی، فرض مسئله یا خصوص جایی است که شخص به طور قطع، منکر زوجیت است، یا لااقل اطلاق کلام مرحوم سید، این فرض را نیز شامل می‌شود و نمی‌توان آن را از تحت اطلاق خارج نمود؛ لذا حکم به بطلان در فرض یقین به عدم تحقق معلق علیه اولی از حکم به بطلان در فرض شک در تحقق معلق علیه است. در هر حال، کلام ایشان در بحث تنجیز، ناقص است و باید علاوه بر استثنا کردن تعلیق بر «ما هو محقق معلوم»، تعلیق بر آنچه صحت عقد یا ایقاع متوقف بر آن است - حتی اگر یقین به عدم تحقق معلق علیه باشد - صحیح دانسته شود. این فتوا به مرحوم سید اختصاص ندارد، بلکه عده‌ای مانند شیخ طوسی^۲

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۳.

۲. المبسوط، ج ۲، ص ۳۸۵.

شهید ثانی^۱ و صاحب جواهر^۲ نیز به صحت تعلیق «بما يتوقف عليه صحة العقد» حکم کرده‌اند. شیخ انصاری در مکاسب فرموده است: ظاهر اطلاق کلمات علماء، بطلان تعلیق به صورت مطلق است و شامل تعلیق «بما يتوقف عليه صحة العقد» نیز می‌شود.^۳ اما در ادامه می‌فرماید: شیخ طوسی در المبسوط در مسئله «إن كان لی فقد بعته» قول به صحت را از برخی عامه نقل نموده و آن را نقد نکرده است و این امر در رضایت او ظهور دارد. سپس می‌فرماید: ظهور رضایت شیخ طوسی سبب می‌شود که اطمینانی به اجماع بر بطلان تعلیق «بما يتوقف عليه صحة العقد» حاصل نگردد.^۴

البته شیخ طوسی، علاوه بر قول به صحت، قول به بطلان را نیز از عامه نقل کرده و در مورد هیچ‌یک از دو قول، اظهار نظر نفرموده است.^۵ گویا شیخ انصاری از یک قسمت کلام ایشان غفلت نموده است. در هر حال شیخ طوسی در بحث اقرار از کتاب المبسوط به صراحت، به صحت چنین تعلیقی قائل شده است.^۶

ب. حرمت امور مشروط به اذن شوهر بدون اذن شوهر
اگر زن، مدعی زوجیت باشد، تا زمانی که از منکر، طلاق نگرفته، کارهایی که متوقف بر اذن شوهر است، مانند سفر مستحبتی و ... بدون اجازه شوهر برای او جایز نیست.

کلام آقای خوئی: جواز سفر بدون اذن شوهر به دلیل اقرار مرد به ذی حق نبودن مرحوم آقای خوئی در این باره اشکال کرده و چنین فرموده است:
«فيه إشكال، بل منع، فإنّ عدم جواز ذلك للزوجة إنما هو من جهة مزاحمته لحق، ولذا فلو لم تكن هناك مزاحمة لحقه كما لو كان

۱. مسالك الأفهام، ج ۵، ص ۲۷۶.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۴۰۵.

۳. کتاب المكاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۱۶۸.

۴. کتاب المكاسب (شیخ انصاری)، ج ۳، ص ۱۶۹.

۵. المبسوط، ج ۲، ص ۳۸۵.

۶. المبسوط، ج ۳، ص ۲۲.

مسافراً لم يتوقف جواز سفر المرأة على إذنه. و حيث إنه لا مزاحمة في المقام، باعتبار أن الرجل لا يرى حقاً لنفسه فيها، فلا وجه للحكم بتوقف جوازه على إذنه. و مما تقدّم يظهر الحال فيما أفاده رحمته بعد هذا، من عدم جواز كل ما يتوقّف على إذنه بالنسبة إليها.»

اشکال: بطلان تعدی از مسئله خروج از منزل به سایر امور
کلام مرحوم آقای خوئی در خصوص مسئله سفر، طبق مبنای خود ایشان - که ذاتاً حقّی برای زوج قائل نیستند، بلکه از باب مزاحمت با حقوق شوهر، اذن را لازم می‌دانند - صحیح است؛ اما ایشان با تعبیر «و مما تقدّم يظهر الحال فيما أفاده رحمته بعد هذا، من عدم جواز كل ما يتوقّف على إذنه بالنسبة إليها.» این مبنای خود را به موارد دیگر هم سرایت داده است و این محلّ اشکال است.

توضیح مطلب:

مرحوم آقای خوئی، عموم یا اطلاق ادله حرمت سفر بدون اذن زوج را نپذیرفته و تنها در صورت مزاحمت با حق شوهر، اذن را لازم شمرده است، اما این استظهار، اقتضاء آن را ندارد که سایر امور موقوف بر اذن شوهر نیز به خودی خود، جزء حقوق شوهر نباشد بلکه منع آن به جهت مزاحمت با حق شوهر باشد. به عنوان مثال، طبق روایات، زن برای انجام روزه مستحبی باید از شوهر اذن بگیرد^۱ اما دلیلی وجود ندارد که این حکم، مقتید به فرض مزاحمت با حق شوهر باشد، بلکه شاید حکمتی غیر از مزاحمت با حق شوهر داشته باشد. البته اگر کسی بگوید انکار زوجیت توسط مرد به اجازه یا اسقاط حق بازگشت می‌کند، این ادعا محتاج دلیل است، و مردی که منکر زوجیت است لزوماً این طور نیست که بر فرض زوجیت هم اجازه روزه گرفتن بدهد، چه بسا اگر به او بگویند: با فرض زوجیت آیا اجازه می‌دهی؟ بگوید: نه اجازه نمی‌دهم، مثل کسی که منکر ملکیت خودش است و در عین حال می‌گوید: با فرض ملکیت، اجازه تصرف نمی‌دهم.

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۷۶.

۲. وسائل الشیعة، ج ۱۰، ص ۵۲۷ باب ۸، «باب صوم المرأة تطوعاً بغير اذن الزوج».

صورت سوم: رجوع مدعی یا منکر از ادعا و انکار قبل از اقامه بینه

مسألة ۲: «الثانية: ... و لو رجع المنکر الى الإقرار هل یسمع منه و یحکم بالزوجية بينهما فيه قولان و الأقوی السماع إذا أظهر عذرا لإنکاره و لم یکن متهما و إن کان ذلك بعد الحلف و کذا المدعی إذا رجع عن دعواه و کذب نفسه ...»^۱

اگر منکر دست از انکار بردارد و به زوجیت، اقرار کند، چنانچه در انکارش معذور باشد و متهم نباشد، کلامش پذیرفته و به زوجیت آنان حکم می شود، هر چند بعد از حلف باشد؛ زیرا حلف سابق، ادعا و اقرار را باطل نمی کند. مدعی نیز اگر از ادعایش رفع ید کند و خود را تکذیب کند، کلامش مقبول است، البته اگر بینه اقامه نشده باشد که در ادامه بیان خواهد شد.

کلام آقای خوئی: انحصار حجیت اقرار در ترتب آثار علیه مقرر نه همه آثار

مرحوم آقای خوئی در مقام اشکال می فرماید: حجیت اقرار به صورت مطلق، به این معنا نیست که تمام آثار زوجیت - خواه به نفع مقرر باشد یا به ضرر وی - بر آن مترتب گردد؛ بلکه با اقرار، تنها آثاری که علیه مقرر است، ثابت می شود.^۲

اشکال: کفایت تصدیق زوجین در اثبات همه آثار زوجیت

البته اشکال ایشان وارد نیست؛ زیرا مرحوم سید در فرض توافق طرفین بر زوجیت، دو دلیل بر ترتب جمیع آثار زوجیت بین آنها مطرح کرد؛ یکی توافق طرفین بر زوجیت و عدم صلاحیت شخص ثالث برای ممانعت از آن، و دیگری قاعده اقرار.^۳

مرحوم آقای خوئی در آن بحث، اگرچه قاعده اقرار را نپذیرفت، ولی دلیل اول را تأیید کرده و آن را مقتضای سیره قطعیۀ عقلانیۀ دانسته است.^۴

همان دلیل در اینجا نیز مدعی مرحوم سید را ثابت می کند. اگر دو نفر با هم اختلاف داشته باشند سپس نزاع بین آنها برطرف گردد، بنای عقلاء بر این است

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۸-۸۵۹.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۷۶-۱۷۷.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۷-۸۵۸.

۴. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۷۳.

که نزاع را خاتمه یافته می‌بینند و بر اموری که مربوط به طرفین است و از حقیقت آن کسی جز خودشان مطلع نیست، ترتیب اثر می‌دهند و آن را تصدیق می‌کنند. عقلاء، انکار قبلی آنها را مانع به حساب نمی‌آورند؛ زیرا دقیقاً مانند این می‌ماند که اختلاف و انکاری در کار نبوده است؛ بنابراین جمیع آثار بر آن مترتب می‌گردد.

صورت چهارم: رجوع مدعی بعد از اقامه یتنه

مسألة ۲: «الثانية: ... و لو رجع المنکر الى الإقرار هل یسمع منه ... الأقوی السماع إذا أظهر عذراً لإنکاره و لم یکن متهما ... نعم یشکل السماع منه إذا کان ذلك بعد إقامة البينة منه علی دعواه إلا إذا کذبت البينة أيضا نفسها.»^۱

ثابت نبودن بنای عقلاء در نادیده گرفتن یتنه در مقام

اگر مدعی زوجیت، برای اثبات ادعای خود، یتنه اقامه کند و سپس از ادعای خود برگردد، پذیرش کلام او مشکل است؛ زیرا بنای عقلاء در این مورد ثابت نیست. به عبارت دیگر، معلوم نیست بنای عقلاء بر این باشد که یتنه را نادیده گرفته و به توافق اخیر آنها ترتیب اثر دهند، مگر آنکه یتنه نیز خود را تکذیب کند.

مسئله سوم: ادعای زوجیت با زوجه دیگری بدون اقامه بینه

«الثالثة: اذا تزوج امرأة تدعى خلوتها عن الزوج فادعى زوجيتها رجل آخر لم تسمع دعواه إلا بالبينة، نعم له مع عدمها على كل منهما اليمين فان وجه الدعوى على المرأة فانكرت وحلفت سقط دعواه عليها. وان نكلت أو ردت اليمين عليه فحلف، لا يكون حلفه حجة على الزوج - و تبقى على زوجية الزوج مع عدمها سواء كان عالماً بكذب المدعى أو لا^۱ وان أخبر ثقة واحد بصدق المدعى؛ وان كان الأحوط^۲ حينئذ طلاقها^۳ - فيبقى^۴ النزاع بينه وبين الزوج، فان حلف سقط دعواه بالنسبة

۱. مرجع ضمير، «البينة» است.

۲. استاد^{علیه السلام}: در چاپ جامعه مدرسين (العروة الوثقى (المحشى)، ج ۵، ص ۶۱۴) قبل از عبارت «وإن أخبر» نقطه پایان، گذاشته شده است، در حالی که «وإن» جمله وصلیه است (نه شرطیه) و ادامه جمله سابق می باشد.

۳. استاد^{علیه السلام}: این احتیاط استحبابی ظاهراً به دلیل روایت سماعه است که در بررسی روایات خواهد آمد.
۴. استاد^{علیه السلام}: جمله معترضه صدر مسئله در چاپ جامعه مدرسين علامت گذاری نشده است. ابتدای این جمله معترضه از عبارت «و تبقى على زوجية الزوج» شروع می شود، اما نسبت به انتهای آن، دو نظر وجود دارد:

مرحوم آقای فیروزآبادی انتهای جمله را بعد از «زوجية الزوج» دانسته است؛ بنابراین عبارت این گونه علامت گذاری می گردد: «لا يكون حلفه حجة علي الزوج - و تبقى على زوجية الزوج - مع عدمها سواء كان عالماً...»، العروة الوثقى (المحشى)، ج ۵، ص ۶۱۴: «تفريع على قوله: و تبقى على زوجية الزوج. قوله: بينه وبين الزوج أي بين المدعى. (الفیروزآبادی).»

این تفسیر گرچه محتمل و قابل اعتناست، اما مناسب تر این است که انتهای جمله در دو سطر بعد و پس از جمله «و ان كان الاحوط حينئذ طلاقها» باشد که در نتیجه عبارت این گونه خواهد بود: «لا يكون حلفه حجة علي الزوج. و تبقى علي زوجية الزوج مع عدمها ... و ان كان الاحوط حينئذ طلاقها. فيبقى النزاع بينه وبين الزوج...».

۵. استاد^{علیه السلام}: جمله «فيبقى النزاع بينه وبين الزوج»، شق دیگر برای «فان وجه الدعوي علي المرأة» است که صاحب عروه به جای تعبیر «و ان وجه الدعوي علي الزوج» جمله «فيبقى النزاع بينه وبين الزوج» را به کار برده است.

إليه أيضا وإن نكل أو ردّ اليمين عليه فحلف حكم له بالزوجة إذا كان ذلك بعد أن حلف في الدعوى على الزوجة بعد الردّ عليه وإن كان قبل تمامية الدعوى مع الزوجة^۱ فيبقى النزاع بينه وبينها كما إذا وجه الدعوى أولا عليه والحاصل أن هذه الدعوى على كل من الزوج والزوجة فمع عدم البينة أن حلفا سقط دعواه عليهما وإن نكلا أو ردّا^۲ اليمين عليه فحلف ثبت مدّعه وإن حلف أحدهما دون الآخر فلكل حكمه فإذا حلف الزوج في الدعوى عليه فسقط بالنسبة إليه والزوجة لم تحلف بل ردت اليمين على المدّعى أو نكلت ورد الحاكم عليه فحلف وإن كان لا يتسلط عليها لمكان حق الزوج إلا أنه لو طلقها أو مات عنها ردت إليه سواء قلنا إن اليمين المردودة بمنزلة الإقرار أو بمنزلة البينة أو قسم ثالث نعم في استحقاقها النفقة والمهر المسمى على الزوج إشكال خصوصا إن قلنا إنه بمنزلة الإقرار أو البينة هذا كله إذا كانت منكراً لدعوى المدعى وأما إذا صدقته وأقرت بزوجيته فلا يسمع بالنسبة إلى حق الزوج ولكنها مأخوذة بإقرارها فلا تستحق النفقة على الزوج ولا المهر المسمى بل ولا مهر المثل إذا دخل بها لأنها بغية بمقتضى إقرارها إلا أن تظهر عذرا في ذلك وترد على المدعى بعد موت الزوج أو طلاقه إلى غير ذلك.^۳

این مسئله متشکل از چند مطلب عمده است:

مطلب اول: اگر مردی با زنی که مدّعی خلیه بودن است ازدواج کند و مرد دیگری

۱. استاد^{رحمته}: کلمه «الزوجة» در چاپ جامعه مدرّسین (العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۱۴) غلط است و صحیح آن «الزوجة» است.

۲. استاد^{رحمته}: تعبیر «الزوجة» در چاپ جامعه مدرّسین (العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۱۴) غلط است و صحیح آن «الزوجة» است.

۳. استاد^{رحمته}: در تقریرات درس مرحوم آقای خونی (موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳، ص ۱۷۹) و مستمسک العروة، ج ۱۴، ص ۴۱۸ و عروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۰، ردّ اليمين به صیغه مفرد آمده است، اما صحیح، «ردّا» به صیغه تشنیه است. عبارت «ردّ اليمين» که در چاپ جامعه مدرّسین است (العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۱۴) در جمله «و إن نكلا أو ردّ اليمين عليه فحلف ثبت مدّعه» به قرینه «نكلا» باید به صورت تشنیه باشد؛ زیرا به آن عطف شده است. خواندن جمله به صورت مجهول یعنی «ردّ اليمين» نیز تناسبی ندارد. این مطلب با مقابله‌ای که نسبت به نسخه اصلی عروه (به خط مرحوم سید) انجام شده نیز تأیید می‌شود؛ زیرا عبارت در آنجا به صورت تشنیه است.

۴. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۹-۸۶۰.

ادعا کند که خودش زوج این زن است، ادعای مرد دوم فقط با بینه پذیرفته می شود؛ لذا اگر بینه نداشته باشد و زن نیز ادعای مرد دوم را منکر است، چنانچه قسم بر نفی ادعای مرد دوم بخورد، ادعای مرد دوم ساقط است.

مطلب دوم: اگر زن نکول کند یا رد قسم به مدعی کند و مدعی قسم بخورد، مدعی مرد دوم ثابت نخواهد شد و زوجیت مرد اول منتفی نمی شود، حتی اگر مرد اول نداند مرد دوم کاذب است یا صادق است و حتی اگر شخصی ثقه به صدق مرد دوم شهادت دهد (... و ان نکلت أو ردت اليمين عليه فحلف، لا يكون حلفه حجة على الزوج و تبقى على زوجية الزوج مع عدمها سواء كان عالما بكذب المدعى أو لا، و ان أخبر ثقة واحد بصدق المدعى ...)

مطلب سوم: اگر زن در این مقام، یمین را به مدعی رد کند، استحقاق وی نسبت به نفقه و مهر المسمی، مشکل است، به ویژه اگر رد یمین به منزله اقرار یا بینه باشد؛ زیرا اگر زن کاری کند که به منزله اقرار بر زوجیت با مدعی یا اقامه بینه بر آن باشد، گویا حق خویش را از زوج اسقاط کرده است (... بل ردت اليمين على المدعى أو نکلت و رد الحاكم عليه فحلف و إن كان لا يتسلط عليها المكان حق الزوج إلا أنه لو طلقها أو مات عنها ردت إليه ... نعم في استحقاقها النفقة والمهر المسمى على الزوج إشكال خصوصاً إن قلنا إنه بمنزلة الإقرار أو البينة هذا كله إذا كانت منكراً لدعوى المدعى ...)

مطلب چهارم: اگر زن، مدعی را در ادعای زوجیت تصدیق کند، اقرار وی نسبت به حق زوج، نافذ نخواهد بود و تنها در اموری که علیه خود اوست، به اقرار وی اخذ می شود؛ بنابراین زن نسبت به زوج، بدون اشکال، مستحق نفقه و مهر المسمی نیست؛ بلکه مستحق مهر المثل نیز نخواهد بود؛ زیرا با اقرار به زوجیت با مدعی، تمکین به زوج را به منزله زنا قلمداد نموده است، مگر آنکه عذری بیاورد تا دخول به او تحت مصادیق وطی به شبهه قرار گیرد. در هر صورت، زن به مقتضای اقرارش پس از جدایی از زوج، همسر مدعی به حساب می آید (... و أما إذا صدقته و أقرت بزوجيته ... و ترد على المدعى بعد موت الزوج أو طلاقه إلى غير ذلك).

اصل این مطلب که اگر مدعی برای اثبات ادعای خود، بینه نداشته باشد و زن ادعای وی را انکار کند، محل اختلاف است که آیا به دلیل نداشتن بینه، ادعای

مذعی رد می‌گردد یا آنکه قانون مذعی و منکر جاری می‌شود؛ به این معنا که منکر باید قسم بخورد و در صورت نکول، اگر حاکم یا منکر، قسم را به مذعی رد کند، در صورت حلف مذعی، مطلب به نفع وی ثابت می‌گردد. این مسئله، در روایات مطرح شده و فقهاء از دو جهت پیرامون آن بحث کرده‌اند:

جهت اول: مقتضای قواعد با قطع نظر از روایات خاصه
جهت دوم: مقتضای روایات خاصه.

جهت اول: مقتضای قواعد

در جهت اول بحث، ظاهر کلمات بسیاری از فقهاء در مقام، عدم جریان قانون مذعی و منکر است. استفاده از تعبیری همچون «لم تسمع دعواه» یا «لم يلتفت الی دعواه»^۱، در خصوص شخصی که بر دعوایش، بینه اقامه نکرده است، در عدم جریان قانون مذعی و منکر ظهور دارد.^۲ در مقابل، عده‌ای قانون مذعی و منکر را جاری می‌دانند. تفصیل دلایل این دو قول به شرح ذیل است:

قول اول: عدم جریان قانون مذعی و منکر به دلیل عدم وجود ثمره

در استدلال بر عدم جریان قانون مذعی و منکر گفته شده است: این قانون در مواردی جاری می‌گردد که بر جریان آن، اثری مترتب گردد، درحالی که جریان این قانون در مسئله مورد بحث، فاقد هر گونه اثر و ثمره است. جریان قانون مذعی و منکر مشروط است به اینکه صاحب حقی وجود داشته باشد که با اقرار و عدم انکار وی، نزاع خاتمه یابد؛ اما چون زوج و زوجه هر دو، صاحب حق به شمار می‌آیند، با اقرار زوجه مبنی بر صحت ادعای مذعی، نزاع برطرف نمی‌گردد؛ زیرا این اقرار، علیه زوجی است که آن زن را به عقد خویش درآورده است، و اقراری که علیه دیگری باشد، نافذ نیست؛ بلکه به مقتضای اصالة الصحة، به صحت عقد زوج حکم می‌شود.

۱. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۹.

۲. توجه شود که محل بحث، فرض وجود حق نذر سوم است. عبارات فقها نیز در همین فرض است.

از طرف دیگر، در مواردی که اقرار نافذ نباشد، انکار نیز فاقد اثر است. بنابراین، بر انکار و قسم زن نیز اثری مترتب نخواهد شد.

نتیجه آنکه اگر ادعای مدعی همراه با بینه نباشد، قانون مدعی و منکر جاری نخواهد شد؛ زیرا اقرار زن یا حلف وی در صورت انکار، ثمره‌ای ندارد.

البته طبق این قول، قسم متوجه زوج نیز نمی‌شود. مرحوم آقای خوئی نیز به پیروی از مرحوم آقای نائینی، قائل به عدم جریان قانون مدعی و منکر شده و جریان آن را بی‌اثر دانسته است. البته مرحوم آقای نائینی وجهی برای مطلب ذکر نکرده است^۱ اما مرحوم آقای خوئی وجه عدم توجه قسم به زوج را چنین بیان کرده است:

«و الوجه فيه أنه لا مجال لوصول النوبة في المقام إلى اليمين، إذ الزوج ليس منكراً لما يدعيه الآخر كي يتوجه إليه اليمين، فإنه لا يدعي إلا زوجية المرأة له استناداً إلى العقد عليها والمحكوم بالصحة بحسب الظاهر، لدعواها خلوها من البعل مع كونها مصدقة في ذلك شرعاً، ومن دون أن ينفي ما يدعيه الآخر واقعا. و من هنا فليس هو بمنكر كي يلزمه الحلف بمقتضى قواعد القضاء، بل يكفيه في ترتيب آثار الزوجية عليها مجرد جهله بالحال والواقع، كما هو مفروض الكلام.»^۲

وجه اینکه قسم متوجه زوجة نمی‌شود نیز در کلام مرحوم آقای خوئی چنین بیان شده است:

«اليمين إنما يتوجه على المنكر فيما إذا كان لاعترافه أثر، بحيث لو أقر لكان إقراره مسموعاً، فإذا لم يكن كذلك فلا وجه لتحليفه عند الإنكار. و حيث إنه لا أثر لاعتراف المرأة في المقام على ما سيأتي بيانه فلا معنى لتكليفها باليمين عند إنكارها.

و بعبارة اخرى: إنّ المرأة في المقام لو لم تحلف و ردّت اليمين إلى المدعى فحلف، لم يكن للحاكم الحكم بزوجيتها للمدعى، نظراً لكونها زوجة للغير ظاهراً، فلا يسمع إقرارها المنافي لذلك، و بهذا

۱. العروة الوثقى (المحشى)، ج ۵، ص ۶۱۳.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۷۸.

الملاك ليس للحاكم تحليفها باعتبار أنه ليس لها الإقرار بذلك.
والحاصل أن مثل هذه الدعوى لا تنفصل إلا بالبينة، فإن أقامها
المدعى فهو، وإلا فلا أثر لإقرارها أو يمينها.^۱

علّت اینکه زوج در این مسئله نمی تواند قسم بخورد این است که مدّعی، در مقام ادعای اصل زوجیت است و نسبت به علم و جهل زوج ادعایی ندارد. در این صورت اگر قانون مدّعی و منکر جاری باشد، زوج باید بر نفی اصل زوجیت قسم بخورد؛ اما فرض این است که زوج نسبت به واقع، جاهل بوده است.^۲ قسم به نفی علم در صورتی صحیح است که مدّعی، ادعا کند زوج با علم به شوهردار بودن زن، با وی ازدواج کرده است. در این صورت زوج می تواند قسم یاد کند که به این موضوع، عالم نبوده است. قسم به نفی علم که در کلمات فقهای سابق^۳ از جمله صاحب وسیله^۴ نیز مطرح شده مربوط به همین فرض است که مدّعی، ادعای علم طرف مقابل را کرده است.

البته می توان گفت: جهل زوج نسبت به واقع همیشگی نیست، بلکه گاهی با قرائن و شواهد، به حال زوجه علم دارد، علاوه بر اینکه حتی در فرض شک نسبت به واقع نیز زوج می تواند به نفی علم قسم بخورد. تفصیل این دو فرض در بیان صاحب جواهر و مرحوم آقای بروجرودی ذیل ثمره سوم خواهد آمد.

قول دوم: جریان قانون مدّعی و منکر به دلیل وجود ثمره

در مقابل عدّه ای از فقهاء، برای جریان قانون مدّعی و منکر در مقام، ثمراتی تصویر کرده اند و در نتیجه قائل به جریان این قانون شده اند.

در ادامه، دیدگاه ها و ثمرات مذکور، بررسی می شود:

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۷۸.

۲. استاد الله: مفروض روایت این است که زوج نسبت به واقع، جاهل است؛ ولی صاحب عروه با تعبیر «سواء كان عالماً بكذب المدّعي أو لا»، صورت مسئله را اعم از مورد روایت گرفته است.

۳. المبسوط، ج ۸، ص ۲۰۶.

۴. الوسيلة، ص ۲۲۹.

ثمره اول: ضمان منافع بضع با اقرار زن به زوجیت با مدعی

محقق کرکی برای جریان قانون مدعی و منکر در مقام، ثمره‌ای ذکر کرده که آن را به تذکره علامه نیز نسبت داده است.^۱ ثمره این است که زن، در صورت اقرار به زوجیت با مدعی، باید به لوازم آن پایبند باشد. لازمه اقرار زن این است که نسبت به مدعی، ضامن مهر المثل خواهد بود؛ زیرا به واسطه عقد دوم، بین مدعی و بضع، مانع ایجاد کرده و منافع بضع را از مدعی تقویت کرده است؛ پس اقرار زن ثمره دارد و در نتیجه انکار وی نیز صحیح است؛ اما در صورتی که زن، زوجیت با مدعی را انکار کند، می‌تواند با حلف بر نفی زوجیت، ضمان منافع بضع را اسقاط کند. محقق کرکی در مقابل، عدم ضمان منافع بضع را به تحریر علامه نسبت داده است. نتیجه نپذیرفتن ضمان، جاری نبودن قانون مدعی و منکر است.^۲

محقق کرکی، همان‌طور که شهید ثانی نیز کلام ایشان را نقل کرده^۳، با بیان هر دو قول، قول به ضمان را تقویت کرده است.^۴

۱. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۱.

۲. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۱: «نعم إذا عقد علیها غیره، ففي سماع دعواه علیها قولان: أحدهما - و هو ظاهر اختیار التذکره - تسمع، بناء علی أنها لو أقرت فی هذه الحالة لأغرمنها مهر المثل، لحیلولتها بین الزوج و منافع البضع بالعقد علی الثاني، كما لو باع شیئا علی أنه لم ثم أقر بأنه مال زید. فإنه یغرم لزید عوضه.

و الثاني: لا، و هو اختیار التحریر، لأن البضع لیس مالا للزوج، وإنما حقه الانتفاع به، و منافع الجزء لا تضمن بالفوات، لأنها لا تدخل تحت الید، علی أن منافع البضع لیست کسائر المنافع، لأن الزانیة لا تستحق مهرا و لا زوجها، و مع الوطء بالشبهة فالمهر لها دون الزوج، و حیث کان كذلك لا تسمع الدعوی، لأن غایتها إقرار الزوجة، و هو غیر مسموع، أو رد الیمین، و المردودة إن كانت کالإقرار فظاهر، و إن كانت کالبینه، فإنما هی كذلك بالنسبة إلی المتداعیین خاصة دون الزوج الثاني، فلا تقید ثبوت النکاح، و لزوم مهر المثل لا دلیل علیه، فلا أثر لسماع هذه الدعوی أصلا.

استاد^۵: در جامع المقاصد چاپ مؤسسه آل البيت علیه السلام به جای عبارت «منافع الحز لا تضمن بالفوات» چنین آمده است: «منافع الجزء لا تضمن بالفوات» که غلط است؛ زیرا معنای عبارت این است که عبد، خودش و منافعهش هر دو مضمون است اما منافع حز مورد ضمان نیست.

۳. مسالك الأتھام، ج ۷، ص ۱۱۱.

استاد^۶: بسیاری از مطالب متأخرین و از جمله ادعاهای اجماع در کلمات متأخرین به محقق کرکی می‌رسد. اجماعات محقق کرکی هم در بسیاری از موارد به کلام مرحوم فخر الدین در ابضاح می‌رسد.

۴. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۱.

در هر حال، جریان قاعده مدعی و منکر در مقام، در کلمات عده‌ای مانند محقق کرکی و شهید ثانی، متوقف بر این دانسته شده که ضمان منافع بضع پذیرفته شود؛ لذا اگر نسبت به منافع بضع، قائل به عدم ضمان شویم، دیگر اقرار و انکار، بی تأثیر خواهد بود و قانون مدعی و منکر به دلیل عدم ثمره جاری نمی‌شود.

به عبارت دیگر، اقرار یا انکار یا حلف زوجه همگی فقط نسبت به حق خود زوجه مؤثر است نه نسبت به دیگری، و در فرض عدم ضمان منافع بضع، این اقرار و انکار تأثیر ندارد؛ پس دعوای مدعی مسموع نیست و مجرای برای قانون مدعی و منکر نیست.

بررسی ثمره اول

اما این ثمره با اشکال مواجه است.

اشکال: دوری بودن ثمره

اشکالی که ممکن است بر ثمره اول وارد شود اشکالی از صاحب حدائق است. شهید ثانی، کلام محقق کرکی را در مسالک نقل کرده و پذیرفته است.^۱ صاحب حدائق، که طبق گفته خود، شرحی از شروح قواعد در اختیارش نبوده، کلام شهید ثانی را از مسالک نقل و اشکال کرده است.^۲

اشکال این است که جریان چنین ثمره‌ای مستلزم دور است؛ زیرا جریان قانون مدعی و منکر متوقف بر ثبوت ضمان منافع بضع است، در حالی که ضمان نیز به وسیله این قانون، اثبات می‌شود.^۳

پاسخ: رفع دور بر مبنای شیخ انصاری

شیخ انصاری در مسئله خروج از محل ابتلاء، مطلبی را بیان کرده که مشابه آن در مقام برای حل اشکال دور قابل بیان است. ایشان می‌فرماید: اگر در خروج از محل ابتلاء یا عدم آن شک شود، با عمومات و اطلاعات احکام الزامی، می‌توان کشف

۱. مسالک الأفهام، ج ۷، ص ۱۱۰.

۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۹۰-۱۹۱.

۳. در حقیقت، اگر از خارج بدانیم منافع بضع مضمون است، این ثمره قابل دفاع است، اما وقتی چنین ضمانی مشکوک است و برای اثبات آن محتاج جریان قواعد مدعی و منکر باشیم، چنین دوری لازم می‌آید.

کرد که مورد مشکوک داخل در محل ابتلاء است.^۱

در مقام نیز، در صورتی دور لازم می‌آید که فقدان اثر به جهت عدم وجود موضوع قانون به نحو تخصص باشد؛ در این صورت اگر حصول موضوع قانون، مشکوک باشد، به وسیله کبرای قضیه، نمی‌توان وجود صغرا (موضوع) را اثبات کرد؛ زیرا مستلزم دور است. مثلاً اگر عالم بودن زید مشکوک باشد، چون خروج غیر عالم از تحت «اکرم العلماء» به تخصص است، با اصاله العموم نمی‌توان وجوب اکرام زید را ثابت نمود؛ یعنی نمی‌توان گفت زید اکرامش واجب است پس عالم است. در حقیقت حکم، موضوع خود را نمی‌سازد.

اما در مسئله مورد بحث، وجود موضوع، مشکوک نیست تا گفته شود که اثبات وجود آن با قانون مدعی و منکر، مستلزم دور است. موضوع قانون مدعی و منکر، شخص مدعی و منکر است، در حالی که مورد شک، وجود ثمره برای این قانون است. اگر قانون مدعی و منکر ثمره نداشته باشد، عام، تخصیص عقلی می‌خورد. در چنین فرضی می‌توان با اصاله العموم، وجود ثمره را کشف کرد.

به عبارت دیگر، شیخ انصاری، تمسک به عمومات برای اثبات داخل بودن مورد مشکوک در محل ابتلاء را مانند تمسک به عمومات برای کشف مصالح می‌داند. در مسئله کشف مصالح از عمومات، مشهور بر این باورند که عمومات و قوانین، تابع مصالح و مفاسد نفس الامری هستند و تا چیزی مصلحت نداشته باشد شارع به آن حکم نمی‌کند. بر این اساس، از عموم استفاده می‌شود که تمام مصادیق عام، مصلحت دارند؛ بنابراین در جایی که هیچ قصوری در تطبیق عام بر مصداق نیست و فقط شک در تخصیص عقلی آن است، با تمسک به اصاله العموم می‌توان عدم تخصیص عقلی را کشف نمود. به عنوان مثال از عموم عبارت «لعن الله بنی أمیه قاطبة»^۲ کشف می‌شود که هیچ یک از افراد بنی امیه از لعن مستثنا نیستند؛ بنابراین چنانچه در جواز لعن فردی از آنها به جهت کارهای نیکش شک شود، با تمسک به دلیل عام، تخصیص عقلی نفی می‌شود؛ زیرا از عموم دلیل کشف می‌شود که هیچ یک از بنی امیه، مقرب درگاه الهی نیستند.

۱. فراند الأصول، ج ۲، ص ۲۲۴.

۲. کامل الزیارات، ص ۱۷۶-۱۷۹.

بنابر این همان طور که از عموماًت، می توان به مصلحت داشتن مورد مشکوک پی برد، می توان از آنها به داخل بودن مشکوک در محل ابتلاء نیز پی برد. مرحوم آقای نائینی نیز نظر شیخ انصاری را اختیار کرده و برای اثبات آن بسیار تلاش کرده است.^۱

در محل بحث نیز می توان این توجیه را برای کلام محقق کرکی و شهید ثانی مطرح کرد؛ به این صورت که در فرض شک در جریان قانون مدعی و منکر، می توان به عموم این قانون تمسک کرد و وجود ثمره و عدم تخصیص را اثبات کرد؛ زیرا فرض این است که موضوع قانون، بر محل بحث منطبق است و اگر مورد، از موضوع قانون خارج باشد خروجش به نحو تخصّص نخواهد بود، بلکه به نحو تخصیص است.

تثبیت اشکال دور باره مبنای شیخ انصاری

حق این است که اصل مبنای شیخ انصاری در بحث خروج از محل ابتلاء، قابل قبول نیست. همان طور که مرحوم حاج شیخ در درمی فرماید^۲، وجود مصلحت در تمام افراد عام را در اموری که عرف مردم از آن آگاه نیستند - خصوصاً در تعبدیاتی که عرف قادر به تشخیص نیست - بلکه شارع هنگام قانون گذاری، وجود مصلحت در تمام افراد عام را احراز کرده، می توان از عموم دلیل به دست آورد؛ اما در اموری که شارع، متصدی احراز آن نیست، مانند دخول یا عدم دخول شیء در محل ابتلاء، عموم دلیل کاشف از آن امور نیست؛ بلکه عرف، متصدی تشخیص آن است. به عنوان مثال، عموم دلیل «اجتناب عن الخمر» در موارد شک در خروج از محل ابتلاء، کشف نمی کند که خمر مشکوک، داخل در محل ابتلاء است؛ لذا مسئله دخول در محل ابتلاء، مانند مسئله کشف مصالح از عموماًت نیست تا از عموم عام، دخول در محل ابتلاء کشف گردد^۳. در مقام نیز، ثمره داشتن یا نداشتن قانون،

۱. فوائد الأصول، ج ۴، ص ۵۷ - ۵۸؛ أجود التقریرات، ج ۲، ص ۲۵۵.

۲. درر الفوائد (حائری)، ص ۲۱۷.

۳. البته مرحوم حاج شیخ عبد الکرم حائری حتی ظهور حال مولا در فحص را هم معتبر ندانسته و احتمال فحص مولا را هم کافی دانسته است (درر الفوائد (حائری)، ص ۲۱۷، تعلیقه ۱: «بل و لو لم ینظر و کان محتماً، فان معیار صحه الرجوع الی کلام المتکلم صحه السؤال عن نفسه بما هو متکلم، و مع الاحتمال یصح السؤال، فیصح الرجوع»).

از اموری نیست که عموم قانون، متکفل بیان آن باشد؛ بلکه قانون تنها در مواردی جریان پیدا می‌کند که ثمره مدعی یا منکر بودن از خارج به اثبات رسیده باشد. اگر وجود ثمره برای ادعا یا انکار، مشکوک باشد، از عموم قانون «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر»^۱ نمی‌توان کشف کرد که مورد مشکوک واجد ثمره است.

مرحوم آخوند در مخصصات لثبی می‌فرماید: موضوع حکم، در احکام عقلی، از عموماً ثابت می‌شود؛ اما در برخی موارد، قیود عقلی به اندازه‌ای واضح هستند که به منزله قید لفظی متصل‌اند. در این موارد، اگر وجود قید عقلی، مشکوک باشد، برای نفی آن قید نمی‌توان به عموم تمسک نمود.^۲

مسئله دخول در محل ابتلاء یا ثمره داشتن یک مصداق برای قانون عام، در حقیقت از قبیل قسم دوم در کلام مرحوم آخوند (قید لثبی واضح) است.^۳

۱. الکافی، ج ۷، ص ۴۱۵: «باب أنَّ البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه».

۲. كفاية الأصول (جواب آل البيت)، ص ۲۲۲-۲۲۳.

۳. در کتب اصولی دو مبحث مطرح است که مرتبط با مقام است.

مبحث اول: بررسی اجمال مخصص - مفهوماً یا مصداقاً - و سرایت آن به عام؛ این مبحث در مباحث اصول لفظی (عام و خاص) مطرح شده است.

مبحث دوم: بررسی اعتبار مورد ابتلاء بودن اطراف علم اجمالی و حکم موارد شک در مبتلا به بودن؛ این مبحث در مباحث اشتغال از مسائل اصول عملیه مطرح شده است.

مبنای مذکور در کلام مرحوم حاج شیخ عبد الکریم حائری، در مبحث اول، ولی در فرض اجمال مصداق - نه اجمال مفهوم - مطرح شده است. از عبارت ایشان در مبحث دوم نیز استفاده می‌شود همین وجه اسناد^۴ را در مبحث دوم پذیرفته باشد. عبارت ایشان چنین است:

در الفوائد (حائری)، ص ۴۶۵: «انما الاشكال في حكم موارد الشك في كون الطرف خارجا عن محل الابتلاء او داخل فيه، لا من جهة الامور الخارجية، بل من جهة اجمال ما هو خارج عن موارد التكليف الفعلي، فهل يكون المقام مما يتمسك باصالة البراءة، او الاحتياط، او اطلاق الأدلة، بملاحظة ان التقييد بالمجمل المررد بين الأقل و الأكثر يوجب الاقتصار فيه على المتيقن، و هنا كذلك، لان الخارج ليس عنوانا مبنيا فيشك في الانطباق حتى يصير المقام من التمسك بالعام او المطلق في الشبهة المصداقية، كما لا يخفى».

و الحق عدم جواز التمسك بالدلیل اللفظی فی امثال المقام مما يكون الشك فيه راجعا الى حسن الخطاب و عدمه لوجهين: احدهما ان الأدلة الشرعية ليست ناظرة الى هذه الجهات، الثاني انه لا يمكن القطع بحکم ظاهري بواسطه اصالة الاطلاق و العموم، لان المفروض الشك في ان خطاب الشرع في هذا المورد حسن ام لا، و لا تفاوت بين الخطاب الواقعي و الظاهري.

در نتیجه، حق با صاحب حدائق است. اگر جریان قانون در محل بحث، متوقف بر ضمان منافع بضع باشد، اثبات ضمان منفعت بضع، توسط قانون مدعی و منکر، مستلزم دور خواهد بود؛ بنابراین از جهت ضمان منافع بضع، نمی‌توان به قانون مدعی و منکر تمسک کرد.

ثمره دوم: تأثیر اقرار در لوازم زوجیت

ثمره دیگری که برای جریان قانون مدعی و منکر در مقام گفته شده این است که اقرار زن، هرچند نقشی در اثبات یا نفی زوجیت ندارد، اما در لوازم زوجیت مؤثر است. اگر زن به زوجیت با مدعی اقرار کند، مهر و نفقه وی بر زوج عاقد واجب نیست. با توجه به این ثمره، در صورت نبود بینه برای مدعی، می‌توان به قانون مدعی و منکر تمسک کرد.

اشکال: خروج ثمره دوم از محل بحث به دلیل محل کلام نبودن لوازم زوجیت

اما ثمره مذکور محتمل است که از محل بحث خارج باشد؛ زیرا بیشتر چنین به ذهن می‌آید که مراد فقهاء از این فرع، اثبات و عدم اثبات اصل زوجیت است نه لوازم آن. فقهاء، عبارت مورد بحث را در مقابل صورتی ذکر کرده‌اند که مدعی، بینه داشته باشد؛ به این معنا که در صورت داشتن بینه، زوجیت برای مدعی ثابت می‌گردد، اما اگر بینه موجود نباشد، اقرار، حلف یا انکار زن، در ثبوت یا عدم ثبوت زوجیت با مدعی نقشی ندارد. لااقل می‌توان گفت مراد فقهاء در این مسئله روشن نیست که بیش از اصل زوجیت را اراده کرده باشند.

ثمره سوم: ثبوت زوجیت مدعی بعد از مرگ زوج عاقد یا فراق شرعی او و اقرار سابق زن

ثمره دیگر، ثمره‌ای است که در کلام صاحب جواهر مطرح شده است. ایشان فرموده

و علی هذا فهل القاعدة تقتضي البراءة او الاحتياط؟ التحقيق الثاني، لان البيان المصحح للعقاب عند العقل، و هو العلم بوجود مبعوض المولى بين امور، حاصل، و ان شك في الخطاب الفعلي من جهة الشك في حسن التكليف و عدمه، و هذا المقدار يكفى حجة عليه، نظير ما اذا شك في قدرته على اتیان المأمور به و عدمها بعد احراز كون ذلك الفعل موافقا لغرض المولى و مطلوبوا له ذاتا، و هل له ان لا يقدم على الفعل بمجرد الشك في الخطاب الفعلي الناشئ من الشك في قدرته، و الحاصل ان العقل بعد احراز المطلوب الواقعي للمولى او مبعوضه لا يرى عذرا للعبد في ترك الامتثال هذا.

است اگر زوج عاقد فوت کند، یا زن را طلاق دهد یا به هر ترتیب فسخ یا انفساخی حاصل گردد - مانند بذل مدت یا اتمام آن در عقد موقت - در این صورت با اقرار گذشته زن به ضمیمه خروج وی از حباله نکاح مرد عاقد، زوجیت مرد مدعی برای زن ثابت می‌گردد. بنابراین قانون مدعی و منکر ثمره می‌یابد و قابل اجرا خواهد بود.^۱

ثمره چهارم: امکان اثبات ادعای زوجیت

ثمره چهارم این است که ممکن است گفته شود اصلاً خود زوجیت - بدون وفات یا فراق زوج - قابل اثبات است و در نتیجه اشکال عدم وجود ثمره دیگر وارد نخواهد بود. در نظر متأخرین^۲، چنانچه مدعی در ابتدا، دعوا را متوجه زن سازد و زن انکار کند و قسم بخورد، می‌تواند بعد از آن، دعوا را متوجه زوج سازد؛ بنابراین اگر زوج نیز قسم بخورد، دعوا با این دو قسم تمام می‌شود، همچنان که اگر زن، اعتراف کند و سپس زوج، نکول کرده یا قسم را به مدعی رد کند، مدعی می‌تواند قسم بخورد و دعوا را به نفع خویش تمام کند.

پس تعبد شارع به حجیت اقرار یا حلف زن، لغو نیست و در برخی حالات، اثر دارد، همان طور که در موضوعات مرکب گفته شده است: اگر یک جزء موضوع بالوجدان و جزء دیگر به وسیله اماره یا اصل، ثابت گردد، مانعی ندارد.

کلام صاحب جواهر: امکان اثبات زوجیت در فرض امکان حلف زوج عاقد

مرحوم صاحب جواهر فرموده است: زوجیت برای مدعی تنها با بینه، اثبات نمی‌گردد؛ بلکه اگر قسم خوردن برای زوج عاقد ممکن باشد، می‌توان با جریان قانون مدعی و منکر، زوجیت مدعی را به اثبات رساند، مانند مواردی که زوج، با اعتماد به یقین خود نسبت به شوهر نداشتن زن، با وی ازدواج کرده است. در این موارد، چنانچه زن و زوج عاقد هر دو به زوجیت مدعی اقرار کنند و یا قسم را به مدعی رد کنند و مدعی نیز قسم بخورد، زوجیت برای مدعی ثابت می‌شود؛ اما

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۶۶.

۲. مراد استاد^۳ از متأخرین، اصطلاح «متأخرین» در مقابل «قدماء» نیست، بلکه ظاهراً مراد ایشان فقهایی مانند مرحوم نراقی و صاحب جواهر و برخی دیگر از فقهای بعدی است.

برای نمونه: مستند الشیعه، ج ۱۶، ص ۱۶۰.

چنانچه قسم خوردن برای زوج عاقد، ممکن نباشد، ادعای زوجیت از جانب مدعی ثابت نمی‌گردد، هرچند زن به زوجیت با وی اقرار کند، مانند مواردی که زوج عاقد، با اتکاء به گفته زن مبنی بر اینکه شوهر دیگری ندارد، با او ازدواج کرده باشد و از واقع امر اطلاعی نداشته باشد؛ در این صورت تا زمان حیات زوج عاقد، زن در حباله نکاح اوست، هرچند اقرار به زوجیت با مدعی کرده باشد.^۱

کلام آقای بروجردی: امکان اثبات زوجیت در هر دو فرض علم و شک زوج مرحوم آقای بروجردی مسئله را به دو فرض علم و شک زوج نسبت به حال زوجہ تقسیم کرده است.^۲

توضیح کلام ایشان این است که دو فرض وجود دارد:

فرض اول: زوج، بر اساس ادعای زن، مبنی بر نداشتن شوهر، از راه قرائن، به صدق او اطمینان پیدا کرده است؛ قرائنی همچون پارسایی و بی‌بند و بار نبودن زن، عدم جرأت زن بر چنین اقدامی به جهت ترس از بی‌آبرویی و یا عدم سنخیت مرد مدعی با زن. البته این اطمینان گاهی قبل از ازدواج با این زن حاصل است و گاهی پس از ازدواج حاصل می‌شود و در هر حال هنگام طرح دعوی مرد دوم، زوج می‌تواند به صورت قطعی منکر شود و قسم بخورد.^۳

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۶۶.

۲. از دو تعلیقه پشت سر هم از مرحوم آقای بروجردی بر دو جای این مسئله عروه، استفاده می‌شود که ایشان فرض علم زوج را نیز صحیح می‌دانند، به علاوه در تعلیقه دوم، ایشان فرموده است که حتی در فرض شک زوج نیز قانون مدعی و منکر جاری است.

العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۱۳-۶۱۴، پاورقی ۴: «إن كان الزوج أيضا منكرا لدعواه على البتة». (البروجردی)؛ و ص ۶۱۴، پاورقی ۵: «و لا ميزانا للفصل بينه وبين المدعى حتى يحكم الحاكم له على الزوج بسببه و هذا فيما إذا كان الزوج منكرا لدعواه على البتة و أما إذا قال أنا لا أعلم و إنما تزوجتها بأخبارها فالظاهر أن الحاكم يلزمه الحكم بيمين المدعى إذا رذها الزوجة عليه و يكون حكمه حجة على الزوج أيضا و لا يبقى بعده نزاع بينهما» (البروجردی).

۳. روشن است که اطمینان یا شک زوج را باید در زمان انکار مرد دیگر در محکمه لحاظ کرد. گاهی ممکن است برای زوج از ابتدا اطمینانی نسبت به زوجه حاصل شده، اما هنگام انکار به شک افتاده و قادر بر انکار قطعی نباشد.

فرض دوم: زوج، نسبت به بی‌شوهری زن، جاهل بوده و با اعتماد به گفته زن با وی ازدواج کرده است.

در فرض اول، قانون مدعی و منکر جاری است. در فرض دوم نیز که فرض شک است، قانون مدعی و منکر جاری است و حلف زن یا اقرار وی کافی است؛ زیرا زوج، حرف مدعی را انکار نکرده و نسبت به آن ادعایی ندارد؛ فقط زن طرف دعواست و به همین جهت اقرار یا انکار وی به همراه حلف یا تحلیف، مسئله را تمام می‌کند. لذا مرحوم آقای بروجردی در هر دو فرض، قواعد مدعی و منکر را جاری دانسته است و ظاهراً ایشان در این نظر متفرّد است.

کلام آقای خوئی: نافذ نبودن اقرار زوجه به زوجیت با مدعی
اما مرحوم آقای خوئی فرموده است:

«الظاهر أنه حينئذ ليس له إحلاف الزوج ولا الزوجة أما الزوج فيكفي له عدم علمه بالحال وأما الزوجة فلأنّ اعترافها بالزوجية لا أثر له حتى يكون لحلفها أثر وبذلك يظهر الحال في بقية المسألة»^۱

لذا ایشان جهل زوج را دلیل بر این دانسته که قانون مدعی و منکر جاری نباشد؛ زیرا در فرض جهل، زوج نمی‌تواند در رد ادعای مرد دیگر قسم بخورد و از طرفی قسم خوردن زن به تنهایی هم اثری ندارد؛ چون حق زوج در میان است؛ لذا نه زوج و نه زوجه قابل احلاف نیستند.

اشکال به کلام آقای خوئی

اما کلام ایشان صحیح نیست؛ زیرا:

اشکال اول: امکان احلاف زوج در فرض علم او

اولاً، ایشان توجه به فرض علم زوج فعلی نکرده و نتیجه کلی گرفته که زوج نمی‌تواند قسم بخورد و فرموده است که احلاف زوجه نیز به همین دلیل، بی‌اثر خواهد بود.

اشکال دوم: تابعیت «زوج شک» نسبت به زوجه در اقرار و ردّ قسم

ثانیاً، با لحاظ اینکه زوج فعلی، از خود استقلالی ندارد و با اتکاء و تبعیت از گفته

زن با او ازدواج کرده است، متفاهم عرفی در فرض جهل زوج فعلی، آن است که اگر زن با اقرار خودش و یا ردّ یمین بر مدّعی، محکوم شود و زوجیت برای مدّعی ثابت گردد، زوج فعلی نیز به تبع او محکوم می‌شود. همان‌طور که شارع، گفته زن را در مورد نداشتن شوهر، برای زوج فعلی، حجت قرار داده و زوجیت او را امضا کرده، در فرض اقرار زن نیز همین شارع او را تابع زن قرار داده است؛ به این معنا که در پی محکومیت زن، این زوج نیز محکوم می‌شود و از زوجیت با این زن خارج می‌گردد. بر این اساس، اقرار زن از قبیل اقرار غیر نافذ علیه دیگری نخواهد بود؛ زیرا اقرار علیه شخص دیگر در صورتی غیر نافذ است که آن شخص نسبت به مورد اقرار، تابع مقرّ نباشد.^۱

نظر مختار: جریان قانون مدّعی و منکر در مقام

ظاهراً نظر مرحوم آقای بروجردی نظر خوبی است و ثمره قابل تصویر است و قانون مدّعی و منکر در مقام جاری است؛ پس به جز یتنه، راه‌های دیگری نیز برای اثبات زوجیت زن نسبت به مدّعی وجود دارد.^۲

۱. البته اینکه استاد رحمته الله اقرار زن را نافذ دانسته در فرضی است که این اقرار به خودی خود معتبر باشد؛ زیرا ایشان حجیت اقرار را به این جهت می‌دانند که اطمینان نوعی وجود دارد که شخص مقرّ، نمی‌خواهد به خود ضرر بزند؛ لذا در فرضی که محتمل است مقرّ با اقرارش به دنبال انتفاع باشد، ایشان چنین اقراری را معتبر نمی‌دانند؛ یعنی در مقام اگر چنین احتمالی - به جهت مثلاً ثروت مرد مدّعی - وجود داشته باشد، اقرار او پذیرفته نیست.

مطلب دیگر این است که درباره نکول گفته نشده که باید - به مانند اقرار - احتمال اراده انتفاع، منتفی باشد تا نکول پذیرفته شود، مگر گفته شود ردّ یمین بعد از نکول، به صورت مطلق حتی برای سقوط حق زوج، به منزله اقرار است و معتبر است، که در این صورت این سؤال مطرح می‌شود که آیا باید احتمال اراده انتفاع، منتفی باشد؟

۲. توجه شود که تفاوت کلام صاحب جواهر و مرحوم سید با کلام مرحوم آقای بروجردی، در فرضی است که زوج نسبت به وضعیت زوجه جاهل است. طبق نظر صاحب جواهر و مرحوم سید، اقرار زوجه یا ردّ قسم او به مدّعی و قسم خوردن مدّعی، موجب حکم به بطلان زوجیت نمی‌شود و تنها اگر به هر دلیلی این زوجیت در آینده از بین رود (مانند طلاق، فسخ، انفساخ و ...) مدّعی، شوهر این زن خواهد بود؛ ولی طبق نظر مرحوم آقای بروجردی که مختار استاد رحمته الله است، با اقرار زوجه یا ردّ قسم او و قسم خوردن مدّعی، زوجیت مدّعی ثابت خواهد شد.

جهت دوم: مقتضای روایات

اما این مسئله طبق روایات نیز باید بررسی شود. در مسئله، چهار روایت وارد شده که تنها یکی از آنها ضعف سندی دارد. سه روایت دیگر، یکی صحیحه (مکاتبه حسین بن سعید)، دیگری (روایت عبد العزیز) حسنه و به نظر ما صحیحه، و سومی (روایت سماعه) مؤثقه است. صاحب حدائق به اصحاب اعتراض کرده و مدعی شده اصحاب به روایات تمسک نکرده‌اند و کسی را هم استثنا نکرده و ظاهراً این است که گویا کسی قبل از ایشان متعرض روایات نشده است^۱ با اینکه ایشان به نه‌ای المرام مراجعه کرده^۲ و در نه‌ای المرام صاحب مدارک یکی از روایات مسئله (روایت عبد العزیز) را ذکر کرده است.^۳

در هر حال، قبل از صاحب مدارک کسی به نصوص تمسک نکرده است. مشکل عمده روایات، تعارض آنها با یکدیگر است که در ذیل به بررسی تفصیلی آن پرداخته می‌شود:

روایت اول: صحیحۀ عبد العزیز بن المهدی

علی بن ابراهیم عن أبيه عن عبد العزيز بن المهدی قال:

«سألت الرضا عليه السلام قلت جعلت فداك إن أختي ماتت وتزوجت امرأتها فجاء عمي فأدعى أنه قد كان تزوجها سرّاً فسألتها عن ذلك فأنكرت أشد الإنكار وقالت ما كان بيني وبينه شيء قط فقال يلزمك إقرارها

البته یک بحث کلی مطرح است که آیا کسی که در صحت ادعای مدعی شک دارد می‌تواند با قسم بر نفی علم مدعی را رد کند به گونه‌ای که دیگر از مدعی بینه پذیرفته نشود یا نه؟ برای بررسی این مطلب، برای نمونه، ر.ک: کتاب المکاسب (شیخ انصاری)، ج ۵، ص ۳۴۲.

۱. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۸۹.

۲. دلیل بر این مطلب آن است که محدث بحرانی در مطالب آتی از همین بخش در نقد کلام شهید ثانی چنین فرموده است: «و بذلك أيضاً اعترف سبطه السيد السند رحمه الله في شرح النافع فقال: والحق بالتضمنين غير واضح. انتهى.» (الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۹۱).

سبط شهید ثانی که تعبیر «السيد السند» نیز از او می‌شود و صاحب حدائق نیز درباره او از همین تعبیر بسیار فراوان استفاده کرده، همان صاحب مدارک است.

۳. نه‌ای المرام، ج ۱، ص ۳۵-۳۶.

و یلزمه إنکارها.^۱

این روایت در فقیه نیز نقل شده است.^۲ در سند روایت، ابراهیم بن هاشم واقع شده است. برخی او را ممدوح دانسته و بدین جهت، روایت را حسنه توصیف کرده‌اند.^۳ اما طبق نظر مختار، وی از ثقات است؛ لذا این روایت صحیح است. در روایت، عموی زوج، مدعی است که قبل از ازدواج زن با زوج، مخفیانه با آن زن ازدواج کرده است. حضرت در پاسخ، زن را زوجه شوهر فعلی محسوب کرده و مدعی را ملزم می‌کند تا به انکار زن ترتیب اثر دهد. فرض روایت، حالتی است که برای مدعی امکان اقامه بینه وجود ندارد؛ زیرا او مدعی است که ازدواج به صورت مخفیانه بوده است.

روایت دوم و سوم: مضمرة یونس و مکاتبة حسین بن سعید

مضمرة یونس: عنه^۴ عن أحمد عن علی بن أحمد عن یونس قال:

«سألته عن رجل تزوج امرأة فی بلد من البلدان فسألها ألك زوج
فقال لا فتزوجها ثم إن رجلا أتاه فقال هی امرأتی فأنكرت المرأة
ذلك ما يلزم الزوج فقال هی امرأته إلا أن یقیم البینه.»^۵

احمد بن محمد در روایت، بین احمد بن محمد بن عیسی و احمد بن محمد بن خالد مردّد است. ظاهراً مراد از احمد بن محمد، فرزند عیسی است^۶ هرچند هر

۱. الکافی، ج ۵، ص ۵۶۳، ح ۲۷؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۹، باب ۲۳، ح ۱.

۲. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۷۲، ح ۴۶۵۰؛ و روی ابراهیم بن هاشم عن عبد العزیز بن المهتدی قال: «سألت الرضا علیه السلام فقلت له جعلت فداک إن أخي مات و تزوجت امرأته فجاء عتي و ادّعی أنه کان تزوجها سراً فسألناها عن ذلك فأنكرت أشدّ الإنکار و قالت ما کان بینی و بینہ شيء فقل فقال يلزمك إقرارها و يلزمه إنکارها».

۳. برای نمونه: کفایة الأحکام، ج ۱، ص ۵۷۵؛ غنائم الأيام، ج ۳، ص ۲۳۵؛ مستند الشیعة، ج ۱۰، ص ۹۳.

۴. ضمیر در این سند به صفار بر می‌گردد که مرجع ضمائر در اسناد قبلی و بعدی نیز او می‌باشد.

۵. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۶۸، ح ۸۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۳۰۰، ح ۳.

۶. علت ذکر اسامی راویان به طور مطلق (بدون قرینه معین کننده نام دقیق آنها) این است که معمولاً یا بر اسناد سابق تکیه شده یا بر قرائن عامه‌ای مانند شهرت آن راوی تکیه شده است. در مقام هیچ‌یک از این دو نکته درباره احمد بن محمد بن خالد صادق نیست؛ زیرا شهرت احمد بن محمد بن خالد

نزد راویان لااقل بیش از شهرت احمد بن محمد بن عیسی نیست، و به علاوه در اسناد موجود در ابواب سابق بر روایت مورد بحث چنین نیست که نام احمد بن محمد بن خالد به عنوان مروی عنه صفار آمده باشد تا گفته شود تکیه بر آن اسناد سابق سبب شده که نام کامل وی در این سند نیاید. اما درباره احمد بن محمد بن عیسی می توان چنین گفت: در تهذیب در ابواب مختلف، اسناد فراوانی وجود دارد که صفار از احمد بن محمد بن عیسی با تصریح به قید «بن عیسی» روایت نقل کرده و در اسناد سابق بر روایت مورد بحث قرار دارد:

التهذیب، ج ۱، ص ۷، ح ۸ و ۹؛ و ص ۸، ح ۱۰ و ۱۱؛ و ص ۹، ح ۱۵؛ و ص ۱۰، ح ۱۶ و ۱۸؛ و ص ۱۱، ح ۲۱؛ و ص ۱۲، ح ۲۴؛ و ص ۱۶، ح ۳۶؛ و ص ۱۷، ح ۳۹ و ۴۰؛ و ص ۱۹، ح ۴۵ و ۴۷؛ و ص ۲۲، ح ۵۷ و ۵۸؛ و ص ۲۳، ح ۵۹؛ و ص ۳۸، ح ۴۱ و ۴۲؛ و ص ۳۹، ح ۴۶؛ و ص ۴۰، ح ۴۷؛ ج ۱، ص ۱۲۲، ح ۱۶؛ و ص ۱۲۴، ح ۲۴؛ و ص ۲۰۵، ح ۶۹؛ ج ۲، ص ۳۹، ح ۲۶؛ ج ۳، ص ۴۴، ح ۱۰؛ ج ۴، ص ۶، ح ۴۷، ح ۱۷؛ و ص ۳۱۰، ح ۶۰ و ۶۱؛ و ص ۳۱۲، ح ۷۱؛ ج ۷، ص ۲۷۹، ح ۲۰.

البته توجه شود که آدرس های فوق مبتنی بر تصریح به «بن عیسی» در سند با قطع نظر از موارد دیگری است که می توان با لحاظ مشیخه تهذیب به دست آورد؛ زیرا با توجه به عبارت مشیخه تهذیب می توان استفاده کرد که مراد از احمد بن محمد به قول مطلق در اسناد تهذیب همان «احمد بن محمد بن عیسی» است.

توضیح مطلب:

مرحوم شیخ طوسی در مشیخه در طریق به برخی کتب چنین آورده است:

تهذیب الأحکام، ج ۱۰، المشیخه، ص ۷۲: «و ما ذکرته فی هذا الكتاب عن محمد بن علي بن محبوب فقد أخبرني به الحسين بن عبيد الله عن احمد بن محمد بن يحيى العطار عن ابيه محمد بن يحيى عن محمد بن علي بن محبوب».

و من جمله ما ذکرته عن احمد بن محمد بن عیسی ما رویت بهذا الاسناد عن محمد بن علي بن محبوب الاشعري القمي، ابو جعفر، عن محمد بن علي بن محبوب عن احمد بن محمد.

و من جمله ما رویت عن الحسين بن سعيد و الحسن بن محبوب ما رویت بهذا الاسناد عن محمد بن علي بن محبوب عن احمد بن محمد بن محمد عنهما جميعا.

و ما ذکرته فی هذا الكتاب عن محمد بن الحسن الصفار فقد أخبرني به الشيخ ابو عبد الله محمد بن محمد بن النعمان و الحسين بن عبيد الله و احمد بن عبدون کلهم عن احمد بن محمد بن الحسن بن الوليد عن ابيه و أخبرني به أيضا ابو الحسين بن ابي جید عن محمد بن الحسن بن الوليد عن محمد بن الحسن الصفار.

و من جمله ما ذکرته عن احمد بن محمد ما رویت بهذا الاسناد عن محمد بن الحسن الصفار عن احمد بن محمد.

و من جمله ما ذکرته عن الحسن بن محبوب و الحسين ابن سعيد ما رویت بهذا الاسناد عن احمد بن محمد عنهما جميعا.

از عبارات فوق استفاده می شود که مراد از احمد بن محمد به قول مطلق همان احمد بن محمد بن

عیسی است؛ زیرا بلافاصله بعد از طریق خود به احمد بن محمد بن عیسی در طریق خود به کتاب حسین بن سعید نام احمد بن محمد را آورده که ظاهراً مراد احمد بن محمد بن عیسی است؛ زیرا احمد بن محمد قبل از این طریق همان احمد بن محمد بن عیسی است؛ به علاوه طریق مورد اعتماد اصحاب برای نقل کتاب حسین بن سعید، احمد بن محمد بن خالد نیست، گرچه او نیز راوی کتاب حسین بن سعید است:

رجال النجاشی، ص ۵۸: «أخبرنا بهذه الكتب غیر واحد من أصحابنا من طرق مختلفة كثيرة. فمنها ما كتب إلي به أبو العباس أحمد بن علي بن نوح السيرافي رحمته الله في جواب كتابي إليه؛ والذي سألت تعريفه من الطرق إلى كتب الحسين بن سعيد الأهوازي رحمته الله فقد روى عنه أبو جعفر أحمد بن محمد بن عیسی الأشعري القمي و أبو جعفر أحمد بن محمد بن خالد البرقي و الحسين بن الحسن بن أبان و أحمد بن محمد بن الحسن بن السكن القرشي البردعي و أبو العباس أحمد بن محمد الدينوري. فأما ما عليه أصحابنا و الممول عليه ما رواه عنهما أحمد بن محمد بن عیسی أخبرنا الشيخ الفاضل أبو عبد الله الحسين بن علي بن سفيان البزوفري فيما كتب إلي في شعبان سنة اثنتين و خمسين و ثلاثمائة قال: حدثنا أبو علي الأشعري أحمد بن إدريس بن أحمد القمي قال: حدثنا أحمد بن محمد بن عیسی عن الحسين بن سعيد بكتبه الثلاثين كتاباً. و أخبرنا أبو علي أحمد بن محمد بن يحيى العطار القمي قال: حدثنا أبي و عبد الله بن جعفر الحميري و سعد بن عبد الله جميعاً عن أحمد بن محمد بن عیسی. و أما ما رواه أحمد بن محمد بن خالد البرقي فقد حدثنا أبو عبد الله محمد بن أحمد الصفواني ...»

لذا بسیار بعید است که مرحوم شیخ طوسی در فهرست نیز همین طریق را انتخاب کرده است:

فهرست الطوسی، ص ۱۵۰: «و أخبرنا بها عدة من أصحابنا عن محمد بن علي بن الحسن عن أبيه و محمد بن الحسن و محمد بن موسى بن المتوكل عن سعد بن عبد الله و الحميري عن أحمد بن محمد بن عیسی عن الحسين بن سعید.»

حال که چنین است معلوم می شود مراد شیخ طوسی از احمد بن محمد به قول مطلق همان احمد بن محمد بن عیسی است؛ زیرا طریق شیخ طوسی در مشیخه تهذیب به کتاب «احمد بن محمد» چنین است:

«و من جملة ما ذكرته عن احمد بن محمد ما روته بهذا الاسناد عن محمد بن الحسن الصفار عن احمد بن محمد.»

این در حالی است که قبل و بعد از این عبارت مراد از احمد بن محمد همان احمد بن محمد بن عیسی است؛ زیرا به عنوان راوی کتاب حسین بن سعید از او نام برده شده است، و به علاوه در سه طریق قبلی طریق به کتاب احمد بن محمد بن عیسی با تصریح به نام او آمده است. پس معلوم می شود طریق شیخ طوسی به برخی از کتب احمد بن محمد بن عیسی با طریق ایشان به برخی کتب دیگر وی متفاوت است، برخی از طریق صفار و برخی از طریق محمد بن علی بن محبوب است. در فهرست شیخ طوسی نیز صفار راوی کتب احمد بن محمد بن عیسی است (فهرست الطوسی، ص ۶۱) در حالی که راوی کتب احمد بن محمد بن خالد نه صفار است نه محمد بن علی بن محبوب.

کدام باشد، هر دو از ثقات هستند.

مراد از یونس در این طبقه، یونس بن عبد الرحمن است^۱ که از اجلّاء ثقات به شمار می‌آید و اضممار او مضّر نیست.

مراد از علی بن احمد که از یونس روایت می‌کند، علی بن احمد بن اُشیم است.^۲

همچنین روایات فراوانی در ابواب مختلف وجود دارد که احمد بن محمد بن عیسی با قید «بن عیسی» از علی بن احمد نقل روایت کرده و در اسناد سابق بر روایت مورد بحث قرار دارد:

التّهذیب، ج ۱، ص ۱۵۶، ح ۱۷؛ ج ۲، ص ۱۶، ح ۱۱؛ ج ۲، ص ۱۵۵، ح ۶۵؛ ج ۳، ص ۲۶، ح ۲؛ ج ۴، ص ۳۸، ح ۸؛ ج ۴، ص ۱۱۸، ح ۱؛ و ص ۲۲۷، ح ۴۲؛ ج ۵، ص ۱۱۵، ح ۴۷؛ و ص ۳۰۹، ح ۵۸؛ و ص ۴۱۴، ح ۱۸۶؛ ج ۷، ص ۳۴۱، ح ۲۴؛ و ص ۳۷۴، ح ۷۷؛ و ص ۴۱۹، ح ۵۰.

لذا عدم ذکر «بن عیسی» در سند روایت مورد بحث می‌تواند به جهت تکیه بر اسناد سابق باشد. این در حالی است که در تهذیب در هیچ سندی، از صفار با تصریح به قید «بن خالد» از احمد بن محمد بن خالد روایتی نقل نشده است. به علاوه صفار در زمره راویان کتب احمد بن محمد بن عیسی ذکر شده (فهرست الطوسی، ص ۶۱) در حالی که در زمره راویان کتب احمد بن حمد بن خالد نیامده است (فهرست الطوسی، ص ۵۴).

۱. یونس در این سند ابتدائاً به نظر می‌رسد بین یونس بن یعقوب و یونس بن عبد الرحمن مرّد باشد؛ یعنی احتمال اینکه مراد از «یونس»، یونس بن یعقوب باشد نیز وجود دارد؛ زیرا یونس بن یعقوب گرچه از اصحاب امام صادق علیه السلام نیز می‌باشد، اما تا زمان امام رضا علیه السلام قبل از هجرت حضرت به خراسان زنده بوده و خود حضرت متولّی تجهیز او شدند:

رجال النجاشی، ص ۴۴۶، رقم ۱۲۰۷: «یونس بن یعقوب بن قیس أبو علی الجلاب البجلي الدهني ... اختص بأبي عبد الله وأبي الحسن علیهما السلام وکان يتوکل لأبي الحسن علیه السلام ومات بالمدينة في أيام الرضا علیه السلام فتولّى أمره. وکان حظیاً عندهم موثقاً».

از طرفی در موارد متعدّد، احمد بن محمد بن عیسی با یک واسطه از او نقل روایت کرده است، خصوصاً با واسطه حسن بن علی بن فضال و حسن بن محبوب؛ لذا از نظر طبقه این احتمال بی‌وجه نیست که مراد از یونس در سند مورد بحث، یونس بن یعقوب باشد.

ولی به نظر می‌رسد مراد از یونس ظاهراً همان یونس بن عبد الرحمن باشد؛ البته به جهت مجرد تکیه بر اسناد سابق نمی‌توان گفت مراد از یونس همان یونس بن عبد الرحمن است؛ زیرا نام یونس بن یعقوب نیز به وفور در اسناد سابق مطرح شده است، اما می‌توان گفت علی بن احمد بن اُشیم که در سند مورد بحث، راوی از یونس است شخصی است که معمولاً از صفوان و ابن ابی عمیر و کسانی که در طبقه شاگردان یونس بن یعقوب هستند نقل روایت می‌کند؛ لذا ظاهراً مراد از یونس، یونس بن یعقوب نیست و تنها شخصی که در این طبقه ممکن است به نام یونس باشد، یونس بن عبد الرحمن است.

۲. در اسناد فراوانی نام این راوی به طور صریح با ذکر «بن اُشیم» آمده به طوری که در این اسناد، احمد بن محمد راوی از اوست؛ برای نمونه، ر.ک: التّهذیب، ج ۵، ص ۱۱۵، ح ۴۷؛ و ص ۴۱۴، ح ۸۶؛ ج ۶،

شیخ طوسی، او را از اصحاب امام رضا علیه السلام و از افراد مجهول شمرده است.^۱ مجهول بودن راوی با وثاقت وی منافات ندارد. ممکن است در مورد یک روای هیچ توثیق و یا شرح حالی در کتب رجالی و تراجم یافت نشود ولی در عین حال از ثقات باشد؛ زیرا احتمال دارد اصحاب و محدثین پس از آنکه وی را شناخته و به وثاقتش پی برده‌اند، از او اخذ حدیث کرده باشند اما ترجمه‌ای از وی به دست ما نرسیده باشد؛ بنابراین می‌توان وثاقت اشخاص مجهول یا مهمل را با جمع‌آوری قرائن اثبات نمود. البته اگر اهل فن و صاحبان کتب رجال و تراجم تصریح کنند که راوی را نشناخته‌اند (مانند روای مورد بحث) مجهول بودن راوی موجب ضعف روایت می‌گردد.

با این حال در خصوص روایت مورد بحث، از این جهت، مشکلی در روایت به وجود نمی‌آید؛ زیرا شیخ طوسی عین این روایت را با سند صحیح، در مکاتبه‌ای از حسین بن سعید نقل کرده است:

أحمد بن محمد عن الحسين «أنه كتب إليه يسأله عن رجل تزوج امرأة في بلد من البلدان فسألها ألك زوج قالت لا فتزوجها ثم إن رجلا أتاه فقال هي امرأتی فأنكرت المرأة ذلك ما يلزم الزوج فقال هي امرأته إلا أن يقيم البينة.»^۲

مراد از حسین که احمد بن محمد از او به صورت ملخص نام آورده همان حسین بن سعید است. در این روایت، علاوه بر فرض انکار زن و عدم وجود بینه، فرض وجود بینه نیز ذکر شده است بر خلاف روایت عبد العزیز؛ زیرا فرض آن روایت، حالتی بود

ص ۳۵۹، ح ۱۵۲؛ و ج ۷، ص ۴۱۹، ح ۵۰؛ و ج ۸، ص ۴۹، ح ۷۲؛ و ص ۷۴، ح ۱۶۶؛ و ص ۱۱۴، ح ۴۴؛ و ص ۱۴۱، ح ۹۰؛ و ج ۹، ص ۱۴، ح ۵۴؛ و ص ۳۵۸، ح ۱۲؛ و ج ۱۰، ص ۲۲۴، ح ۱۶.
به علاوه کسی که به نام علی بن احمد باشد و از یونس روایت نقل کند فقط ابن اشیم است و در برخی اسناد به «اشیم» تصریح شده است (التهذیب، ج ۱، ص ۳۳۴، ح ۱۴۸؛ و ج ۳، ص ۲۸۸، ح ۲۲).
۱. رجال الطوسی، رقم ۶۶.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۷۷، ح ۱۲۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۳۰۰، ذیل ح ۳.
عجیب آن است که صاحب جواهر (جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۶۶-۱۶۷) روایت را دلیل بر آن دانسته که این حکم درباره خلیه نیز صادق است، در حالی که موضوع روایت یونس و حسین بن سعید معقوده است نه خلیه.

که برای مدعی - با لحاظ مخفیانه بودن ازدواج - امکان اقامه بینه وجود نداشت. صاحب حدائق با وجود اهتمام خاص به نقل و بررسی روایات، روایت یونس را ذکر کرده؛ اما به صحیحۀ حسین بن سعید که در وسائل الشیعة هم مطرح شده^۱ اشاره‌ای نکرده است.^۲

روایت چهارم: موثقه سماعه

الحسین بن سعید عن أخيه الحسن عن زرعة عن سماعة قال: «سألته عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها فحدثه رجل ثقة أو غير ثقة فقال إن هذه امرأتی و لیست لی بینه؛ فقال إن كان ثقة فلا یقربها وإن كان غیر ثقة فلا یقبل منه»^۳

روایت از حیث سند، موثق است؛ زیرا زرعه واقفی است و درباره سماعه نیز گفته شده واقفی است؛ اما در هر حال این دو از ثقات به شمار می‌آیند.^۴

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۳۰۰، ح ۳؛ و یاسناذه عن أحمد بن محمد عن الحسن
۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۸۹.
۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۶۱، ح ۵۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۳۰۰، ح ۲.
۴. رجال الطوسی، ص ۳۳۷، رقم ۵۰۱۱ - ۲: «زرعة بن محمد الحضرمي واقفي»؛ رقم ۵۰۲۱ - ۴: «سماعة بن مهران مولى حضرموت و يقال: مولى خولان كوفي له كتاب روى عن أبي عبد الله واقفي».
- رجال النجاشي، ص ۱۹۳، رقم ۵۱۷: «سماعة بن مهران بن عبد الرحمن الحضرمي ... روى عن أبي عبد الله و أبي الحسن (ع) و مات بالمدينة ثقة ثقة»؛ و ص ۱۷۶، رقم ۴۶۶: «زرعة بن محمد أبو محمد الحضرمي ثقة روى عن أبي عبد الله و أبي الحسن (ع) و كان صاحب سماعة و أكثر عنه و وقف».
- البته ظاهراً طبق نظر مختار استاد^۵ سماعه امامی است یا لاقل در اوائل واقفی بوده و برگشته است. علت این است که با وجود شهادت شیخ صدوق به واقفی بودن وی، مرحوم شیخ مفید در رساله عددیه و نجاشی هیچ‌کدام او را واقفی ندانسته‌اند. حتی ممکن است گفته شود قبل از امام رضا (ع) از دنیا رفته است.
- کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۲، ص ۱۲۱: «و بهذه الأخبار أفني و لأفني بالخبر الذي أوجب عليه القضاء لأنه رواية سماعة بن مهران و كان واقفياً».
- جوابات أهل الموصول (شیخ مفید)، ص ۲۵: «فهم فقهاء أصحاب أبي جعفر محمد بن علي و أبي عبد الله جعفر بن محمد (و أبي الحسن موسى بن جعفر و أبي الحسن علي بن موسى و أبي جعفر محمد بن علي) و أبي الحسن علي بن محمد و أبي محمد الحسن بن علي بن محمد ص و الأعلام الرؤساء المأخوذ عنهم الحلال و الحرام و الفتيا و الأحكام الذين لا یطعن عليهم و لا طریق إلى ذم واحد منهم و هم أصحاب الأصول المدونة و المصنفات المشهورة و کلهم قد أجمعوا نقلاً».

بررسی دلالت

در برخی مباحث، چنین می‌گفتیم که در بسیاری از موارد اگر قرینه‌ای وجود نداشته باشد «تزوج» در عقد متعارف که عقد دائم است به کار می‌رود. در این روایت نیز تزوج، قسیم تمتع به کار رفته است که مؤید همین معناست. لذا گاهی انسان در تعدی کردن از احکام مترتب بر تزوج به عقد موقت به تردید می‌افتد. البته تمتع به معنای لغوی آن هم محتمل است؛ یعنی مراد از آن، انتفاع جنسی از کنیز تحلیل شده باشد، ولی این معنا با لحاظ موارد استعمال این تعبیر، خلاف ظاهر است.^۱

«بینه» در این روایت به معنای اصطلاحی خود، یعنی دو شاهد عادل، به کار رفته است، نه به معنای مطلق حجت اعم از خبر ثقه واحد؛ زیرا اگر لفظ بینه شامل خبر ثقه واحد شود، معنا ندارد کسی که در حجیت خبر ثقه تردید دارد (فحدّثه رجل ثقه أو غیر ثقه) به صورت قطعی بگوید: «بینه وجود ندارد». این نشان می‌دهد که بینه را در عدلین به کار برده که چنین با جزم، عدم وجود بینه را مطرح کرده است.^۲

۱. «تمتع» غالباً در معنای عقد متعه به کار می‌رود. برای نمونه:

کشف الغمّة، ج ۲، ص ۴۲۳؛ النوادر (اشعری)، ص ۸۸، ح ۲۰۳؛ و ص ۱۱۱، ح ۲۷۴؛ الکافی، ج ۶، ص ۱۴۴، ح ۲ و ۳؛ تهذیب الأحکام، ج ۸، ص ۱۵۷، ح ۱۴۵؛ کتاب الغیبة (شیخ طوسی)، ص ۲۷۵.

۲. در تبیین این استدلال می‌توان گفت ظاهراً یا احتمالاً سائل فردی غیر از مردی است که ازدواج کرده است؛ اما سائل فرض کرده بینه‌ای برای مدعی وجود ندارد و همین سائل از امام علیه السلام درخواست کرده که در هر دو فرض ثقه بودن مدعی و ثقه نبودن او پاسخ داده شود. پس معلوم می‌شود که سائل از تعبیر بینه، ثقه واحد را اراده نکرده و الا اگر چنین بود وجهی نداشت که از امام علیه السلام، پاسخ در فرض ثقه واحد را نیز مطالبه کند.

اما می‌توان گفت: سائل در اینکه ثقه بودن مدعی تأثیری در حکم داشته باشد یا نه مردّد بوده، اما در اینکه مدعی فردی غیر از خود را به عنوان شاهد ندارد تردید ندارد؛ لذا این معنا کاملاً عرفی است که از امام علیه السلام چنین سؤال شود: مردی مدعی زوجیت است و حتی ممکن است ثقه باشد، اما غیر از خود شاهدی ندارد. طبق این بیان، بینه در لسان سائل، در مطلق حجت به نحوی که اعم از وثاقت مدعی هم باشد به کار نرفته است تا اشکال فوق مطرح شود.

پس به نظر می‌رسد استدلال مناسب برای استعمال بینه در بینّه اصطلاحی تمسک به تبادر این معنا از واژه بینه است که استاد رحمته الله در مباحث آتی (مسئله نهم از همین فصل) در بررسی روایت مسعده بیان خواهد کرد.

بررسی وجوه رفع تعارض مکاتبه حسین بن سعید با موثقه سماعه

اما مکاتبه حسین بن سعید - همچنین مضمرة یونس - با موثقه سماعه معارض است. در مکاتبه، فقط بینه به عنوان مثبت دعوا مطرح شده است. مراد از «بینه» در آن، دو شاهد عادل است؛ زیرا مورد سؤال در این مکاتبه این است که آیا ادعای مرد مدعی بر شوهر فعلی حجت است یا نه و دیگر معنا ندارد که امام علیه السلام در پاسخ بفرمایند ادعایش باطل است مگر حجت داشته باشد.^۱ لذا با توجه به اینکه راه ثبوت ادعا در مکاتبه حسین بن سعید و مضمرة یونس، منحصر در بینه قرار داده شده است، اراده مطلق حجت، اعم از خبر عدلین و ثقه واحد، از لفظ بینه، بسیار بعید است و در نتیجه کلام امام علیه السلام نسبت به عدم کفایت ثقه واحد، کالصریح است، در حالی که طبق موثقه سماعه، قول یک فرد ثقه نیز برای اثبات دعوا کفایت می‌کند. صاحب حدائق، قواعد عامه در رفع تنازعات و اثبات موضوعات توسط دو شاهد عادل را به وسیله روایت سماعه، تخصیص زده است،^۲ در حالی که تخصیص قواعد با روایت معتبر، فرع عدم تعارض آن روایت با روایات دیگر است. در مقام، مکاتبه حسین بن سعید با موثقه سماعه در تعارض است و اگر نتوان مشکل تعارض را حل کرد، باید بر قواعد عامه تحفظ نمود.

در رفع تعارض مکاتبه با موثقه سماعه، چند توجیه ممکن است مطرح شود:

وجه اول: حمل «فلا یقربها» در روایت سماعه بر حرمت نزدیکی

وجه اول این است که روایت سماعه محمول بر بیان حکم نزدیکی است؛ به این معنا که روایت حسین بن سعید، در فرض عدم بینه، حکم به زوجیت آن زن با زوج عاقد می‌کند، ولی روایت سماعه می‌گوید اگر مدعی ثقه باشد، نزدیکی حرام است.

اشکال: عدم ظهور «فلا یقربها» در حرمت نزدیکی

ولی به نظر می‌رسد کسی این توجیه را به عنوان وجه جمع نپذیرفته باشد. بعید

۱. به نظر می‌رسد این استدلال نیز ناتمام است؛ زیرا مورد سؤال در مکاتبه این است که آیا مجرد ادعای مرد مدعی حجت است یا نه، و امام علیه السلام در پاسخ فرموده‌اند: «حجت نیست اما اگر مجرد ادعا نباشد و بینه بیاورد حجت خواهد بود».

۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۹۰.

است کسی با جمود بر لفظ «فلا یقربها» به حرمت نزدیکی مرد حکم کند با وجود آنکه مرد، زوج محسوب می‌گردد و نزدیکی هر چهار ماه یک بار حق زن است.

وجه دوم: تقدیم موثقه سماعه به دلیل اخص مطلق بودن آن

وجه دوم این است که مکاتبه حسین بن سعید اعم است از اینکه مدعی، ثقه یا غیر ثقه باشد، اما موثقه سماعه که می‌گوید: اگر مدعی ثقه بود «لا یقربها» مختص به صورت ثقه بودن مدعی است؛ از این رو اطلاق آن روایت را به نص موثقه سماعه تقلید می‌کنیم، و این حمل مطلق بر فرد نادر نیست؛ زیرا چنین نیست که غالب مدعی‌ها افراد ثقه‌ای باشند.

اما این وجه نیز قابل پاسخ است؛ زیرا:

اشکال اول: اجماع بر عدم کفایت وثاقت مدعی برای اثبات دعوی او

اولاً این مطلب اجماعی است که در منازعات به مجرد ادعای شخص ثقه - در فرضی که اطمینان آور نباشد - سخن او پذیرفته نمی‌شود، و پذیرفتن ادعای او در هیچ یک از ابواب فقه نظیر ندارد.

اشکال دوم: اولویت قبول شهادت ثقه نسبت به قبول ادعای ثقه

ثانیاً، لازمه این جمع آن است که اگر سخن مدعی ثقه پذیرفته شود - با آنکه ادعای او با تمایلات او سازگار است و قبول ادعا به نفع او تمام می‌شود - به طریق اولی باید شهادت ثقه‌ای که مدعی و ذی نفع نیست پذیرفته شود و حال آنکه روایات، بینه و تعدد شاهد را معتبر شمرده است.

پاسخ اشکال دوم: احتمال خطای کمتر در مدعی ثقه نسبت به شاهد ثقه

شاید اشکال شود که بین مدعی ثقه و غیر مدعی که ثقه است فرق است؛ چون خود مدعی در این مسئله بعید است اشتباه کند، اما ثقه دیگر احتمال اشتباهش زیاد است. پس بین این دو صورت فرق است و اولوی در کار نیست.

منافقه در پاسخ: کمتر بودن احتمال تعدد کذب شاهد ثقه نسبت به مدعی ثقه

اما پاسخ این است که اشکال در اشتباه و عدم اشتباه نیست، بلکه اشکال در تعدد کذب است؛ زیرا چنان‌که در روایت آمده، مدعی می‌گوید: من ازدواج سری کردم؛

بنابراین فقط احتمال تعدّد کذب مطرح است و این با ثقه بودن شخص منافاتی ندارد؛ زیرا ثقه فردی است که در نوع موارد دروغ نمی‌گوید نه اینکه دروغ گفتن او محال باشد. پس در مقام احتمال اشتباه مطرح نیست تا گفته شود احتمال اشتباه در ثقه غیر مدّعی نسبت به ثقه مدّعی بیشتر است.

وجه سوم: حمل «فلا یقربها» بر امر به تطلیق زن

ممکن است در جمع دو روایت گفته شود که عبارت «فلا یقربها» کنایه از امر به تطلیق زن است. مرحوم سید نیز در این مسئله، طلاق را موافق با احتیاط استحبابی دانسته است.^۱

وجه چهارم: حمل موثقه سماعه بر اطمینان به گفتار مدّعی ثقه

می‌توان گفت از اینکه در این روایت، لزوم قبول به وثاقت مدّعی مقید شده است عرفاً استظهار می‌شود که دلیلش آن است که از گفته شخص ثقه نوعاً اطمینان حاصل می‌شود؛ یعنی حکم، دائر مدار اطمینان نوعی به این ادعای اوست نه اینکه دعوای ثقه واحد و لو اطمینان‌آور نباشد باید قبول شود. شیخ انصاری نیز در مباحث حجّیت خبر واحد^۲ از روایات اعتبار خبر ثقه چنین استفاده کرده است.^۳

رفع تعارض مکاتبه حسین بن سعید با قواعد عامه قضاء

علاوه بر تعارض مکاتبه حسین بن سعید با موثقه سماعه، این مکاتبه با قواعد عامه باب قضاء نیز در تعارض است؛ زیرا به مقتضای این قواعد، در صورت عدم وجود بینه، یا با ردّ یمین به مدّعی یا حلف مدّعی در صورت نکول منکر، ادعای مدّعی ثابت می‌گردد، در حالی که مکاتبه، ثبوت دعوای مدّعی را منحصر در بینه دانسته است. مرحوم آقای حکیم در مقام جمع بین روایت و قواعد عامه، مورد روایت را بیان تکلیف زوج، پیش از مراجعه به حاکم دانسته است؛ به عبارت دیگر، روایت در مقام بیان کیفیت رفع اختلاف و نزاع نیست تا با قواعد عامه تعارض داشته باشد؛ بنابراین

۱. ظهور قوی «فلا یقربها» در بطلان نکاح است نه امر به تطلیق؛ لذا وجه سوم، غیر عرفی است.

۲. فرائد الأصول، ج ۱، ص ۳۰۹.

۳. حمل روایت بر فرض اطمینان - لا اقلّ در مقام جمع بین روایات - کاملاً عرفی است.

منافات ندارد که پس از ترافع نزد حاکم، بر طبق قواعد عامه باب قضاء عمل شود.^۱ اما در کلام ایشان هیچ شهادتی برای عدم اطلاق جواب حضرت و اختصاص آن به فرض مذکور ذکر نشده است؛ بلکه می‌توان گفت نفس سؤال کردن از حضرت، به نوعی درخواست قضاوت و رفع نزاع است.

کلام ایشان را می‌توان به بیان دیگری ثابت کرد؛ با این تقریب که هیچ فقیهی قوانین باب قضاء را منحصر در اقامه یتنه ندانسته است؛ بنابراین در دوران امر بین تخصیص قواعد قضاء و بین رفع ید از اطلاق روایت و حمل آن بر قبل از مراجعه به حاکم، تحفظ بر قواعد، اقواست؛ به ویژه با توجه به محیط آن زمان که حاکمان جور مسلط بوده و ترافع، نزد حاکم مقبول در نظر شرع، چندان میسر نبوده است و فقط گاهی بعضی از شیعیان منصبی نزد حکومت داشتند، اما نادر بوده است. بنابراین می‌توان گفت در روایت حسین بن سعید، تکلیف عملی شیعیان قبل از مراجعه به حاکم، بیان شده و با اجراء قواعد باب قضاء پس از مراجعه به حاکم شرع، منافات ندارد. مرحوم صاحب جواهر^۲ و مرحوم سید^۳ نیز به جریان قواعد قضاء حکم کرده‌اند.

وجوه عبارت «لم تسمع دعواه إلا بالیتنه»

البته عبارت «لم تسمع دعواه إلا بالیتنه» در صدر کلام مرحوم سید، ظهور بدوی دارد در اینکه دعوای مدعی تنها در فرض اقامه یتنه پذیرفتنی است. این عبارت، اختصاص به متن عروه ندارد؛ بلکه نظیر این عبارت در کلمات بسیاری از فقهای گذشته از جمله مرحوم محقق حلی در شرایع^۴ و مختصره^۵، مرحوم علامه در ارشاد^۶،

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۱۷.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۶۵.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۹.

۴. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۹.

۵. المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۷۰.

۶. إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۶-۷.

تلخیص^۱ و نه‌یه^۲ و مرحوم سبزواری در کفایه^۳ به چشم می‌خورد.

اما این مطلب، علاوه بر آنکه مستلزم نفی جریان قواعد مدعی و منکر است، با ذیل کلام مرحوم سید نیز سازگاری ندارد؛ زیرا وی در ادامه، ضمن یک استدراک، حلف را در برخی شرایط، از موجبات پذیرش دعوای مدعی دانسته است؛ بنابراین تعبیر مرحوم سید، خالی از مسامحه نیست.

استدراک مذکور در کلام مرحوم سید، نشان می‌دهد که مراد ایشان در صدر مسئله نیز انکار جریان قواعد مدعی و منکر نبوده بلکه مراد، عدم پذیرش دعوای مجرد ادعاست.

شاید دلیل استفاده ایشان از عبارت «لم تسمع دعواه الالبینه» تبیین مراد فقهاء بوده باشد؛ به این معنا که فقهاء نیز مرادشان از این عبارت، نفی جریان قواعد مدعی و منکر نبوده بلکه فقهاء در مقام بیان این بوده‌اند که اگر بینه در کار نباشد ادعای مدعی به مجرد ادعای پذیرفته نمی‌شود و باید مراحل باب تنازع دنبال شود. لذا کلام مرحوم سید اشعار به این دارد که مراد سابقین نیز از چنین تعبیری همین مطلب بوده است.

مطلب قابل توجه این است که مرحوم علامه در قواعد چنین فرموده است «ولو ادعی زوجیه امرأه لم یلتفت الیه الا بالینه سواء عقد علیها غیره اولاً»^۴ لذا مرحوم علامه حتی در فرض خلیه بودن زن نیز همین تعبیر را به کار برده است. محقق کرکی در جامع المقاصد به کلام علامه اشکال کرده که این مطلب تنها نسبت به معقوده صادق است اما در مورد خلیه با جریان قواعد مدعی و منکر، علاوه بر بینه، قسم نیز در شمار دلایل واقع می‌گردد.^۵

۱. تلخیص المرام، ص ۱۹۵.

۲. نه‌یه المرام، ج ۱، ص ۳۵.

۳. کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۹۲.

مراد استاد رحمته الله ظاهراً این است که این تعبیر در عبارت مرحوم سبزواری وجود دارد نه اینکه مرحوم سبزواری آن را پذیرفته باشد.

۴. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۱۱.

۵. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۱.

کاشف اللثام در صدد توجیه عبارت قواعد بر آمده و به تکلف فراوانی افتاده است.^۱ صاحب جواهر نیز مطلبی را بیان کرده که محضلی ندارد.^۲ به نظر می‌رسد توجیهی برای کلام علامه در قواعد وجود دارد که همان توجیه می‌تواند توجیه کلام صاحب عروه باشد. این توجیه، وجه دومی است که برای توجیه کلام صاحب عروه در ذیل آمده است.

۱. کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۷.

۲. این نکته توجه شود که محقق حلی در شرائع (ج ۲، ص ۲۱۹) در فرض معقوده بودن زن چنین فرموده است: «التاسعة إذا عقد على امرأة فادعى آخر زوجيتها لم يلتفت إلى دعواه إلا مع البينة» مرحوم شهید ثانی در مسالك (ج ۷، ص ۱۱۲) فرموده است علت اینکه مرحوم محقق حلی درباره خلیه چنین فرموده آن است که در مورد خلیه بی‌تردید قواعد قضاء جاری است:

«وإنما جعل المصنف موضوع المسألة الدعوى على المعقود عليها ليرتب الحزم بعدم سماع الدعوى نظرا إلى ما ذكرناه، فإنها لو كانت خلیة لسمعت قطعا، وترتب عليها اليمين مع الإنكار، ولزوم العقد بالإقرار، وثبوت النكاح لو نكلت، أو ردت عليه اليمين فحلف».

اما صاحب جواهر (جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۶۷-۱۶۶) در اشکال به مسالك چنین فرموده است:

«و فيه أنه يمكن إرادة المصنف هنا والنافع وغيره ما سمعته في النص من عدم ثبوت دعواه مطلقا إلا مع البينة، فإنها حجة على كل من الزوج والأمرأة بخلاف اليمين من كل واحد منهما، فإن النكول عنه إنما يثبت في حقه لا في حق الآخر، ولعله لذا قال في القواعد: ولو ادعى زوجية امرأة لم يلتفت إليه إلا بالبينة سواء عقد عليها غيره أم لا، ضرورة معلومية توجه اليمين عليها مع عدم العقد، مع أنه نفى الالتفات إلى الدعوى إلا مع البينة».

در حقیقت صاحب جواهر کلام علامه در قواعد را چنین توجیه کرده که یمین و نکول حجت بر زوجین - هر دو - نیست بلکه فقط برای کسی که قسم خورده یا کسی که طرف مقابلش نکول کرده حجت است، بر خلاف بینه که بر زوجین - هر دو - حجت است. البته روشن است که این توجیه به خلیه ارتباطی ندارد؛ زیرا در خلیه فرد دیگری جز همین زن مطرح نیست لذا حمل عبارت شرائع بر اعم از خلیه و معقوده و توجیه تصریح علامه در قواعد به عدم فرق بین خلیه و معقوده، و همچنین اشکال ایشان به شهید ثانی صحیح نیست؛ پس چنان‌که استاد^۳ بیان فرمود کلام صاحب جواهر محضلی ندارد؛ یعنی نمی‌توان تقریبی برای کلام ایشان مطرح کرد تا استدلال ایشان تقریب به ذهن شود؛ زیرا استدلال ایشان به فرض خلیه بودن زن ارتباطی ندارد.

عجیب آن است که صاحب جواهر روایت را دلیل بر آن دانسته که این حکم درباره خلیه نیز صادق است، در حالی که موضوع روایت یونس و حسین بن سعید معقوده است نه خلیه.

اصل توجیه صاحب جواهر نیز همان توجیهی است که مرحوم آقای گلپایگانی برای حصر حجت در بینه مطرح کرده که اشکال آن در متن بیان شد.

وجه اول: حمل عبارت بر فرض اقامه حجت بر زوجین با هم

وجه اول، وجهی از مرحوم آقای گلپایگانی است. ایشان در توجیه عبارت عروه، فرض مسئله را جایی دانسته که مدعی در مقام اقامه حجت علیه طرفین (زوج و زوجه) است. در این فرض، بینة تنها دلیلی است که صلاحیت حجیت بر هر دو طرف (زوج و زوجه) را دارد.^۱ اگر مدعی بر دعوای خویش، بینة نداشته باشد، حلف مدعی در فرض نکول زن یا ردّ قسم از جانب وی، اثر نسبی دارد؛ به این معنا که تنها بر زوجه حجت است و شامل زوج نمی‌شود؛ لذا بعد از حلف مدعی، جدایی از زوجه بر زوج لازم نیست.

اشکال: حجیت اقرار، رد قسم یا نکول زوجین در حق زوجین با هم

کلام ایشان در توجیه عبارت مذکور، قابل پذیرش نیست؛ زیرا دلیلی که صلاحیت حجیت بر طرفین (زوج و زوجه) را دارا باشد، به بینة اختصاص ندارد. لاقلاً در سه مورد دیگر نیز چیزی که صلاحیت احتجاج بر طرفین را داشته باشد، موجود است. آن سه مورد عبارتند از:

۱. زوج و زوجه هر دو به ادعای مدعی اقرار نمایند. البته این فرض نادری است.
۲. زوجین هر دو ردّ قسم کرده باشند که در نتیجه با حلف مدعی قضیه اثبات می‌گردد.
۳. زوجین نکول کرده باشند (نه قسم خورده‌اند و نه ردّ قسم کرده‌اند)؛ در این صورت حاکم شرع، مدعی را وادار به قسم خوردن می‌کند و مدعی هم قسم می‌خورد؛ بلکه بنا بر نظر برخی از فقهاء، به مجرد نکول، دعوای مدعی ثابت می‌گردد و نیازی به تحلیف نیست.^۲

وجه دوم (مختار): انحصار حجت در بینة با فرض عدم رجوع به حاکم

توجیه مختار درباره عبارت مذکور این است که فرض مسئله مختصّ به پیش از

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۱۳.

۲. برای نمونه: شرائع الإسلام، ج ۴، ص ۸۲.

مراجعه به دادگاه است. در مواردی که دعوا بدون نیاز به دادگاه بخواهد اثبات شود، تنها دلیل قابل اعتناء، بیّنه است. سایر دلایل از قبیل حلف یا استخلاف، نیازمند مراجعه به دادگاه است؛ زیرا این امور، از شئون اختصاصی حاکم محسوب می‌شود. حتی درباره اقرار هم جای تردید وجود دارد؛ زیرا شاید گفته شود از ظاهر عبارت فقها استفاده می‌شود که اقرار باید در دادگاه باشد. اگر این توجیه درباره اقرار هم پذیرفته نشود، باز هم می‌توان گفت اقرار فرد نادری است و در نتیجه محتمل است که مراد ایشان از اطلاق در صدر مسئله، بیان صورت متعارف آن یعنی انکار زن و عدم اقرار وی بوده است. در چنین فرضی راه روشن شدن تکلیف زوجین نسبت به یکدیگر - بدون رجوع به دادگاه - منحصر در شهادت بیّنه است. عدالت بیّنه نیز اگر در نزد غیر حاکم ثابت شده باشد کافی است، مانند سایر موضوعات - از جمله نجاست و طهارت - که با بیّنه ثابت می‌شود؛ لذا اثبات عدالت بیّنه نیز، متوقف بر رجوع به دادگاه نیست.

کیفیت طرح مسئله در عروه نیز می‌تواند مؤید این توجیه باشد؛ زیرا مرحوم سید، پس از طرح مسئله به صورت مطلق، با عبارت «هذا کله اذا کانت منکره لدعوی المدعی و اما اذا صدقته و اقزت...» متعرض فرض اقرار زن به زوجیت با مدعی شده که فرض نادری است؛ لذا در صدر مسئله کلام ایشان ناظر به چنین فرد نادری نبوده است.^۱

کافی نبودن نکول زوجه در اثبات دعوی مدعی

مسألة ۳: «... و ان نکلت أو ردّت الیمین علیه فحلف، لا یكون حلفه حجة علی

۱. به نظر می‌رسد توجیه مذکور، ناتمام است؛ زیرا در عروه بلافاصله پس از عبارت «لم تسمع دعواه...» عبارت «نعم لم مع عدمها... آمده و بسیار بعید است که قبل از «نعم»، فرض عدم رجوع به دادگاه باشد و بلافاصله با «نعم»، فرض مسئله عوض شود.

تعبیر «لم تسمع دعواه» و مشابهات آن - که در عبارات سایر فقها نیز آمده است و در متن نیز به برخی موارد آن اشاره شد - تعبیر رایجی است که مراد از آن این است که اصلاً اجازه طرح دعوا داده نمی‌شود. البته این استثنائاتی دارد که یکی ارائه بیّنه است و حصر موجود در عبارت عروه حصر حقیقی نیست و با «نعم»، توهم حقیقی بودن حصر برطرف شده است.

الزوج و تبقى على زوجية الزوج مع عدمها سواء كان عالما بكذب المدعى أو لا...»^۱ در اینکه آیا نفس نکول، برای اثبات دعوای مدعی کافی است یا علاوه بر آن، مدعی باید قسم بخورد، بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد.

مختار مرحوم سید از دیدگاه آقای خمینی: کفایت نکول برای اثبات دعوای مدعی
از نظر مرحوم آقای خمینی، مختار مرحوم سید در مقام، کفایت نکول است.^۲ شاهد ایشان، کلمه «فحلف» در عبارت «وإن نكل أو ردّ اليمين عليه فحلف» است.^۳ ایشان این کلمه را تنها مربوط به قسمت دوم جمله یعنی «ردّ اليمين عليه» دانسته است. در نتیجه اگر زن نکول کند، دعوای مدعی ثابت می‌گردد بدون آنکه به قسم مدعی نیاز باشد، هرچند تأثیری بر رابطه بین زوج و زوجه نخواهد داشت. همچنین اگر زن، ردّ یمین بر مرد کند و مرد قسم بخورد، یمین او نسبت به زوج اول هیچ‌گونه حجّیتی ندارد.

البته مرحوم آقای خمینی، اصل مطلب را صحیح ندانسته و در فرض نکول، قائل به لزوم انضمام قسم مدعی شده است.^۴

نقد برداشت آقای خمینی

تفسیر مرحوم آقای خمینی از عبارت مرحوم سید صحیح نیست. کلمه «فحلف» به تمام جمله سابق معطوف است؛ یعنی هم در فرض ردّ یمین و هم در فرض نکول، انضمام قسم مدعی برای ترتیب اثر، لازم است؛ زیرا:
• اولاً، تفسیر فوق خلاف ظاهر همین عبارت است^۵ و به علاوه جملات

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۰.

۲. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۱۴.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۰.

۴. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۱۴.

۵. زیرا در این عبارت چنین آمده است: «وإن نكل أو ردّ اليمين عليه فحلف حکم له بالزوجية إذا كان ذلك بعد أن حلف في الدعوى على الزوجية بعد الردّ عليه» لذا «حکم له بالزوجية إذا كان ذلك بعد أن حلف، جزای شرط برای «وإن نكل...» است پس معلوم می‌شود در نکول نیز «قسم» طرف مقابل معتبر است؛ زیرا قید «إذا كان ذلك بعد أن حلف» در جمله جزا آمده است.

قبلی و بعدی نیز دال بر نیاز به حلف است. در جملات قبل چنین آمده است: «وإن نکلت أو ردّت اليمين عليه فحلف لا يكون حلفه حجة على الزوج»^۱، جزء شرط در این جمله برای هر دو صورت نکول و ردّ یمین است؛ لذا عبارت «حلفه» باید قابل انطباق بر فرض نکول هم باشد پس باید فرض شود مدّعی بعد از نکول زن، قسم خورده است؛ لذا این عبارت، بر خلاف برداشت مرحوم آقای خمینی تقریباً صراحت دارد. برخی از جملات بعد نیز در همین مطلب صریح است.^۲

• ثانیاً، مرحوم سید در باب قضاء از کتاب عروه، مختار خود را بیان و تصریح کرده است که نفس نکول منکر، کفایت نمی‌کند و باید قسم مدّعی به آن ضمیمه گردد.^۳

عدم استحقاق نفقه و مهریه در فرض ردّ یمین و استحقاق مهریه از مدّعی با قسم مدّعی
مسألة ۳: «... بل ردت اليمين على المدّعی أو نکلت و رد الحاکم علیه فحلف و إن کان لا يتسلط علیها لکان حق الزوج إلا أنه لو طلقها أو مات عنها ردّت إلیه سواء قلنا إن اليمين المردودة بمنزلة الإقرار أو بمنزلة البينة أو قسم ثالث نعم فی استحقاقها النفقة و المهر المسمى على الزوج إشکال خصوصاً إن قلنا إنه بمنزلة الإقرار أو البينة هذا كله إذا كانت منكرة لدعوى المدّعی...»^۴
مرحوم سید فرموده است اگر زن نکول یا رد یمین کند، مشکل است که زن را مستحق نفقه و مهر از شوهر فعلی بدانیم.

اگر زن اقرار کند که زوج فعلی، زوج او نیست، بی‌اشکال مستحق نفقه و مهر از او نیست و اگر رابطه او با مرد فعلی زنا باشد، مهر المثل را نیز مستحق نیست. اما

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۹.

۲. دو عبارت «وإن نکلا أو ردّا اليمين عليه فحلف ثبت مدّعا» و «أو نکلت و ردّ الحاکم علیه فحلف» در این مطلب صریح است.

۳. تکملة العروة الوثقی، ج ۲، ص ۶۶.

۴. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۰.

اگر به جای اقرار، نکول یا ردّ یمین کند، بسیار محتمل است که گفته شود گویا این زن با نکول یا ردّ یمین خود می‌خواهد بگوید مرد مدّعی، شوهر واقعی اوست و در نتیجه مهر المسمی و نفقه را از زوج فعلی طلب ندارد. البته اگر نکول و ردّ یمین به منزله اقرار یا بیّنه باشد، حکم فوق، روشن‌تر است.

مطلبی را که مرحوم سید مطرح نکرده این است که زن مهر را از مرد مدّعی طلبکار است؛ چون مدّعی، مقرّر به زوجیت است و زن هم با نکول یا ردّ یمین، گویا این ادعا را قبول کرده است؛ اما نفقه چنین نیست چون زن خود را تسلیم مرد مدّعی نکرده است.

مبانی در حکم یمین مردود

در صورتی که زوجه، یمین را به مدّعی ردّ کند، و مدّعی قسم بخورد، ادعای مدّعی زوجیت نسبت به غیر از آنچه علیه زوج است، ثابت می‌شود، خواه قسم مردود، در حکم اقرار باشد یا در حکم اقامه بیّنه باشد و یا در هر مورد بر حسب اقتضای قواعد، حکم ثالثی داشته باشد.

در میان قدماء، در مورد قَسَم مردود، دو نظریه وجود دارد؛ برخی آن را در حکم اقرار و برخی دیگر در حکم بیّنه دانسته‌اند.^۱ صاحب جواهر، حکم مستقلّی برای آن در نظر گرفته و در هر مورد به حسب اقتضای قواعد، حکمی بر آن مترتب کرده است. وی این نظریه را به «بعض متأخری المتأخّرين» نسبت می‌دهد.^۲ مرحوم سید نیز در باب قضاء از ملحقات عروه، این نظریه را پذیرفته است.^۳

مرحوم آقای حکیم فرموده است اگر یمین مردود مانند بیّنه مدّعی باشد، همه لوازم را ثابت می‌کند و زوج هم ملزم به آن است؛^۴ البته سابقین می‌گویند اگر یمین

۱. برای نمونه: مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱۲، ص ۱۴۱.

۲. المقنعة (شیخ مفید)، ص ۷۴۰؛ المبسوط، ج ۵، ص ۱۰۴ (ر.ک: المبسوط، ج ۲، ص ۲۷۳؛ السرائر، ج ۲، ص ۱۶۵).

۳. جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۷۸-۱۷۹.

۴. تکملة العروة الوثقی، ج ۲، ص ۶۵.

۵. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۱۹.

مردود در حکم بیته باشد، ادعای مدعی تنها علیه زوجه ثابت می شود نه زوج.^۱

اقرار زن به زوجیت با مدعی

مسألة ۳: «... و أما إذا صدقته وأقرت بزوجيته فلا يسمع بالنسبة إلى حق الزوج و لكنها مأخوذة بإقرارها فلا تستحق النفقة على الزوج ولا المهر المسمى بل ولا مهر المثل إذا دخل بها لأنها بغية بمقتضى إقرارها إلا أن تظهر عذرا في ذلك و ترد على المدعى بعد موت الزوج أو طلاقه إلى غير ذلك.»^۲

مرحوم سید معتقد است اگر زن، مدعی را در ادعای زوجیت تصدیق کند، اقرار وی نسبت به حق زوج، نافذ نخواهد بود و تنها در اموری که علیه خود اوست، به اقرار وی اخذ می شود؛ بنابراین زن نسبت به زوج، بدون اشکال، مستحق نفقه و مهر المسمى نیست؛ بلکه مستحق مهر المثل نیز نخواهد بود؛ زیرا با اقرار به زوجیت با مدعی، تمکین به زوج را به منزله زنا قلمداد نموده است، مگر آنکه عذری بیاورد تا دخول به او تحت مصادیق وطی به شبهه قرار گیرد.

در هر صورت، زن، به مقتضای اقرارش پس از جدایی از زوج، همسر مدعی به حساب می آید. بر همین اساس، سایر احکام مانند اقامه حد، حرمت ابد و ... نیز مترتب می گردد.

۱. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۹۱؛ مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۱۱؛ نهاية المرام، ج ۱، ص ۳۵؛ كشف اللثام، ج ۸، ص ۷۸؛ الحدائق الناضرة، ج ۲۱، ص ۴۶۶.

۲. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۶۰.



مسئله چهارم: حکم ازدواج با زن با وجود مدعی زوجیت او

«الرابعة: اذا ادعى رجل زوجية امرأة و انكرت فهل يجوز لها ان تتزوج من غيره قبل تمامية الدعوى مع الاول، وكذا يجوز لذلك الغير تزويجها، أو لا إلا بعد فراغها من المدعى؟ وجهان؛ من أنها قبل ثبوت دعوى المدعى خلية و مسلطة على نفسها، و من تعلق حق المدعى بها، و كونها في معرض ثبوت زوجيتها للمدعى، مع ان ذلك تفويت حق المدعى اذا ردت عليه و حلف، فانه ليس حجة على غيرها و هو الزوج. و يحتمل التفصيل بين ما اذا طالت الدعوى فيجوز، للضرر عليها بمنعها حينئذ و بين غير هذه الصورة و الاظهر الوجه الاول و حينئذ فإن اقام المدعي بينة و حكم له بها كشف عن فساد العقد عليها و إن لم يكن له بينة و حلفت بقيت على زوجيتها و إن ردت اليمين على المدعى و حلف ففيه وجهان من كشف كونها زوجة للمدعي فيبطل العقد عليها و من أن اليمين المردودة لا يكون مسقطا لحق الغير و هو الزوج و هذا هو الأوجه فيشمر فيما إذا طلقها الزوج أو مات عنها فإنها حينئذ تردد على المدعى و المسألة سيالة تجري في دعوى الأملاك و غيرها أيضا و الله العالم.»^۱

این مسئله درباره مردی است که مدعی زوجیت زنی است در حالی که آن زن منکر است، و این زن قصد ازدواج با مرد دیگری را دارد. عبارت عروه در این مسئله دو بخش دارد و باید جداگانه مطرح شود:

الف. آیا این ازدواج برای آن دو جایز است، یا اینکه الزاماً باید پس از پایان نزاع صورت گیرد؟

ب. اگر ازدواج آنها جایز باشد، و ازدواج پیش از ختم نزاع واقع شود، سرنوشت دعوا چه می‌شود؟

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۰-۸۶۱.

الف. حکم مسئله قبل از اتمام دعوا

بخش اول مسئله این است که زن انکار کننده زوجیت، بخواهد پیش از ختم این نزاع با مرد دیگری ازدواج کند. مرحوم سید برای این بخش، سه احتمال را همراه با دلایل آن مطرح کرده است:

احتمال اول: جواز ازدواج مطلقاً

احتمال اول این است که ازدواج این زن مطلقاً جایز است؛ زیرا این زن قبل از ثبوت ادّعی مدّعی، زنی بی شوهر است و اختیارش به دست خودش است، لذا ازدواج او و نیز ازدواج مرد با این زن بی مانع است.

احتمال دوم: حرمت ازدواج مطلقاً

احتمال دوم این است که ازدواج مطلقاً ممنوع است؛ زیرا همسر بودن وی برای مرد مدّعی در معرض ثبوت است و آن مرد اجمالاً نسبت به وی حق پیدا کرده است؛ مثلاً اگر مرد مدّعی، بی‌تنه نداشته باشد و زن ردّ قسم کند و او قسم بخورد، چنانچه ازدواج این زن قبل از اتمام دعوا مجاز باشد، این ازدواج، قسم مدّعی را بی‌اثر کرده و حقّ او را ضایع می‌کند؛ چون قسم او علیه کسی جز زن حجّت نیست؛ لذا اگر این زن ازدواج نکند حق مدّعی با قسم مردوده ثابت می‌شود.

احتمال سوم: جواز ازدواج در فرض اطالّه دعوا

احتمال سوم تفصیل بین موارد اطالّه دعوا و موارد دیگر است که در فرض اول ازدواج جائز است؛ زیرا ممانعت از ازدواج زن به ضرر اوست، اما در صورت دوم حرام است.

نظر مرحوم سید: جواز مطلق به دلیل ثابت نشدن حق مدّعی و ناتمامی احتمال سوم مرحوم سید احتمال اول را اظهر می‌داند؛ زیرا ازدواج زن، حقّ ثابت مدّعی را از بین نمی‌برد و استیفاء حقّ او را نیز متعذّر نمی‌کند، بلکه صرفاً موضوع حقّ را از بین می‌برد؛ لذا قول به تفصیل هم ناتمام است.

نظر شهید ثانی: مبتنی بودن حکم مسئله بر سماع قول مدعی زوجیت

نخستین بار این مسئله را شهید ثانی ذیل مسئله سوم (مردی که نسبت به یک زن معقوده ادعای زوجیت کرده) مطرح کرده، و قبل از او کسی آن را عنوان نکرده است. ایشان می‌فرماید: جواز یا حرمت این ازدواج، فرع بر اختلاف در مسئله قبل (مسئله سوم) است؛ اگر در آن مسئله قول مدعی نسبت به زن معقوده را مسموع بدانیم، مسئله دو وجه پیدا می‌کند:

به اعتبار اینکه ازدواج سبب می‌شود حتی در صورت اقرار زن، مدعی نتواند مالک بضع زن گردد و تسلط وی بر بضع ساقط می‌شود، ازدواج تا پایان نزاع جایز نیست. اما به اعتبار اینکه بعد از ازدواج هم ادعای مدعی فایده دارد و در صورت اقرار زن - گرچه مدعی نمی‌تواند مالک بضع او گردد - چون زن منافع بضع را تقویت کرده، مدیون مدعی خواهد شد، ازدواج بی مانع است.

و اگر قول مدعی نسبت به زن معقوده را مسموع ندانیم، ازدواج تا پایان نزاع جایز نخواهد بود.

البته در مواردی که مدعی برای تسلیم شدن زن، دعوا را طولانی کند، نظر به اینکه ممانعت از ازدواج زن موجب ضرر برای اوست، ازدواج بنابر هر دو مبنا مطلقاً جائز است.^۱

اشکال کلام شهید ثانی: فعلی نبودن حق مدعی زوجیت

اما حقی را که شهید ثانی برای مدعی مسلم فرض کرده حقی مشروط است، نه مطلق. حق مدعی بر این زن مشروط به ثبوت ادعای او علیه این زن است و شرعاً دلیلی نداریم که زن موظف باشد زمینه ابقاء اثر ادعا بر چنین حق مشروطی را فراهم کند و در نتیجه نتواند ازدواج کند. بنابراین، بر فرض که ترک ازدواج موجب ضرر و حرجی برای زن نباشد، حق مدعی، مطلق نیست که زن وظیفه داشته باشد زمینه استیفای آن حق را از بین نبرد.

نظر مختار: جواز مطلقاً

لذا مختار مرحوم سید صحیح است و ازدواج در هر صورت بی مانع است. به بیانی دیگر، حتی اگر کبرویاً در شرع مقدس مردم وظیفه داشته باشند به منظور از بین نبردن زمینه استیفای حق دیگران، از استیفای حق خودشان اجتناب کنند، اما بحث در صغرای این کبرا است که آیا این مدعی چنین حق مطلقى دارد که زن حق نداشته باشد با ازدواجش ادعای او را بی اثر کند؟ ظاهراً دلیلی بر آن نداریم و به مقتضای قواعد اولیه نیز زن بی شوهر محسوب شده و ازدواج او بی مانع است.^۱

ب. حکم مسئله بعد از اتمام دعوا

«و حینئذ فإن اقام المدعى بينة و حکم له بها کشف عن فساد العقد علیها، و ان لم یکن له بینة و حلفت بقیة علی زوجیتها، و ان ردّت الیمین علی المدعی و حلف ففیه وجهان: من کشف کونها زوجة للمدعی فیبطل العقد علیها، و من انّ الیمین المردودة لا یكون مسقطاً لحقّ الغير و هو الزوج، و هذا هو الاوجه، فیثمر فیما اذا طلقها الزوج او مات عنها، فانها حینئذ تردّ علی المدعی و المسألة سیالة تجری فی دعوی الأملاک و غیره ایضاً و الله اعلم.»

طبق نظر مرحوم سید - که جواز ازدواج را اظهر دانست - اگر این زن پیش از ختم نزاع ازدواج کند سرنوشت دعوا چه می شود؟ سه فرض برای مسئله متصور است که حکم هریک جداگانه بیان می شود:

فروض سه گانه مسئله و احکام آنها

فرض اول این است که مدعی برای اثبات مدعایش بینة اقامه و حاکم شرع هم به نفع او حکم می کند. در این فرض حکم حاکم کاشف از فساد عقد جدید است. فرض دوم این است که مدعی بینة ندارد و زن به عنوان منکر قسم می خورد. در این فرض عقد جدید، صحیح است.

۱. البته به نظر می رسد کلام استاد علیه السلام ناظر به فرضی نیست که حاکم شرع می داند حق ثابت خواهد شد و فقط باید مراحل دادگاه سپری شود، در چنین فرضی، عدم جواز ازدواج بعید نیست.

فرض سوم این است که زن با نکول، یمین را به مدّعی رد می‌کند و مدّعی قسم می‌خورد. در این فرض یکی از دو وجه محتمل است:

۱. بطلان عقد جدید؛ زیرا قسم مدّعی می‌تواند کاشف از زوجیت زن برای او باشد.

۲. بقاء عقد جدید؛ زیرا یمین مردوده نمی‌تواند مسقط حقّ دیگری (مرد دوم) باشد.

مرحوم سید وجه دوم را أوجه دانسته البته فرموده است: قسم مردوده بی فایده نیست؛ زیرا اگر شوهر فعلی بمیرد یا زن را طلاق دهد، زن به مدّعی تحویل داده می‌شود. البته برای بازگرداندن زن به مدّعی، صور دیگری مثل فسخ یا انفساخ عقد و ... نیز قابل تصوّر است.

جریان حکم مسئله نسبت به دعاوی غیر از زوجیت

«والمسألة سیالة تجری فی دعوی الأملاک و غیرها أيضا و الله أعلم».

چنان‌که مرحوم سید فرموده، حکم این مسئله به باب نکاح اختصاص ندارد و دربارهٔ املاک و غیر آن نیز جاری است. بنابراین، اگر مالی در اختیار کسی است و دیگری نسبت به آن ادعای مالکیت می‌کند، آیا قبل از به نتیجه رسیدن دعوا می‌تواند آن مال را با دیگری معامله کند یا نه؟ طبق تحقیق، چنان‌که نسبت به زوجیت بیان شد، نسبت به اموال نیز این کار جایز است، اما اگر بعداً بینه‌ای علیه او اقامه شود کاشف از بطلان معامله خواهد بود.

کلام آقای خوئی: جاری نشدن حکم مسئله در سایر دعاوی

مرحوم آقای خوئی بین ادعای زوجیت و ادعای غیر زوجیت فرق می‌گذارد، زیرا در باب زوجیت چنان‌که در مسئلهٔ ثالثه گذشت، «لا یسمع الدعوی الا بالبینة» اما در غیر باب زوجیت ایشان چنین فرموده است: «یمكن للمدعی عند عدم البينة اثبات دعواه بالیمین المردودة». بنابراین، اگر کسی که خانه‌ای در اختیار دارد، آن را

بفروشد، طبق قاعدهٔ ید، این بیع صحیح است و چنانچه شخصی ادعای مالکیت این خانه را داشت می‌تواند به حاکم شرع رجوع کند و بینه اقامه کند و اگر بینه نداشت منکر را قسم دهد و اگر اعتراف کرد یا ردّ قسم به مدّعی کرد یا بدون ردّ قسم به مدّعی تنها از قسم نکول کرد تا مدّعی قسم بخورد، در همهٔ این صور، بائع ضامن قیمت خانه می‌شود، اما ضامن عین خانه نیست؛ زیرا اعتراف یا قسم مدّعی گرچه در حق منکر نافذ است اما در حق غیر نافذ نیست.^۱

اشکال: مسموع بودن ادعای زوجیت زن شوهردار به دلیل مثمر بودن

اما در مسئلهٔ ثالثه گذشت که مطلب ایشان محل اشکال است. ایشان در باب نکاح دلیل «لا یسمع دعواه الا بالبینه» را فقدان ثمره در سماع دعوا دانست؛ اما - چنان که در جواهر^۲ و مستمسک^۳ نیز آمده است - ثمره منحصر به مهریه نیست که چون زن با اعتراف به نفع مدّعی تفویت منافع بضع کرده است، باید غرامت آن را به مدّعی بپردازد، تا کسی بگوید: «منافع بضع مورد ضمان نیست و لذا ثمره منتفی است»، بلکه مسئله ثمراتی دارد که در مسئلهٔ سوم گذشت:

ثمرهٔ اول: اگر زن به نفع مدّعی اقرار کند، مهریه را از مدّعی طلبکار می‌شود؛ چون طرفین زوجیت را تصدیق کرده‌اند، اما از زوج فعلی او طلبکار مهریه نمی‌شود؛ چون اعتراف می‌کند که زوجهٔ او نیستم، همان طور که طلبکار نفقه از زوج فعلی نمی‌شود.^۴

ثمرهٔ دوم: در جواهر^۵ و عروه^۶ آمده است که بعد از اعتراف زن یا ردّ قسم به

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۸۳.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۶۶.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۱۶.

۴. استاد الله: البته همیشه اقرار او به این معنا نیست که خود را زناکار دانسته است، بلکه اقرار زن با این امر سازگار است که جماع خود را - با فرض تحقق جماع - در عقد دوم وطی شبهه بداند و لذا از مرد دوم مهر المثل را طلبکار است.

۵. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۶۶.

۶. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۵۹.

مدعی و حلف او هرچند این زن به زوجیت شوهر قبلی باقی است، اما در فرض فراق - با مرگ این شوهر، طلاق، فسخ، انفساخ، انقضاء مدت یا بذل مدت در متعه - سماع دعوا ثمره می‌یابد و این زن طبق اعتراف خودش یا حلف مدعی، باید از آن مدعی تمکین کند.

بنابراین نظر صاحب عروه صحیح است و این مسئله به باب نکاح مختص نبوده و در اموال و املاک نیز جاری است. البته اگر بینه اقامه شود و زوجیت زن برای مرد دوم ثابت شود، کشف می‌شود که جواز ازدواج زن فقط حکمی ظاهری بوده و در واقع باطل بوده است.

مسئله پنجم: ادعای زوجیت و انکار زن در فرض ادعای زوجیت توسط خواهر زن

«الخامسة: اذا ادعى رجل زوجية امرأة فانكرت و ادعت زوجيته^۱ امرأة اخرى لا يصح شرعا زوجيتها لذلك الرجل مع الامراة الاولى. كما اذا كانت اخت الاولى أو امها أو بنتها. فهناك دعويان إحداها: من الرجل على الامراة، و الثانية: من الامراة الاخرى على ذلك الرجل و حينئذ فاما ان لا يكون هناك بينة لواحد من المدعين، أو يكون لاحدهما دون الآخر أو لكليهما، فعلى الاول: يتوجه اليمين على المنكر فى كلتا الدعويين، فان حلفا سقطت الدعويان، و كذا ان نكلا و حلف كل من المدعين اليمين المردودة. و ان حلف احدهما و نكل الآخر و حلف مدعية اليمين المردودة سقطت دعوى الاول و ثبت مدعى الثانى. و على الثانى - و هو ما اذا كان لاحدهما بينة - ثبت مدعى من له البينة. و هل تسقط دعوى الآخر أو يجرى عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو رده؟ قد يدعى القطع بالثانى لأن كل دعوى لابد فيها من البينة أو الحلف، و لكن لا يبعد تقوية الوجه الاول، لأن البينة حجة شرعية و اذا ثبت بها زوجية إحدى امرأتين لا يمكن معه زوجية الاخرى، لأن المفروض عدم امكان الجمع بين امرأتين، فلازم ثبوت زوجية إحداها بالامارة الشرعية عدم زوجية الاخرى، و على الثالث فاما ان يكون البينتان مطلقتين، أو مؤرختين^۲ متقارنتين، أو تاريخ احدهما اسبق من الاخرى، فعلى الاولين تتساقطان و يكون كما لو لم يكن

۱. استاد^{علیه السلام}: مرحوم سيد ابن مسئله را طبق قواعد قضاء و مدعى و منكر تنظيم کرده، و روايتى را هم که بر خلاف قواعد در موردی از ذیل مسئله وارد شده، نپذيرفته است.

۲. استاد^{علیه السلام}: در چاپ عروه محشى که چاپ جامعه مدرسين است به جای «زوجيته» به غلط «زوجية» چاپ شده؛ يعنى ضمير «ه» از آخر زوجية افتاده است. منشأ اين اشتباه، اشتباه در چاپ عروه پنج حاشيه‌ای است. يا اصلاً با اصل نسخه عروه مقابلہ نشده، يا اينکه در هنگام مقابلہ به اين نکته توجه نشده است. در مستند مرحوم آقاى خونى و مستمسک مرحوم آقاى حکيم و همچنين عروه با حاشيه مرحوم آقاى خونى اين عبارت، صحيح آمده است.

۳. استاد^{علیه السلام}: علامت «،» که در بعضی از چاپ‌ها بين اين دو کلمه قرار داده شده، غلط است.

بینة اصلا و على الثالث ترجح الأسبق ...»^۱

مسئله پنجم درباره مردی است که ادعا کرده زنی زوجه اوست و زن منکر شود، و زن دیگری نیز ادعا کند خودش همسر آن مرد است، در حالی که شرعاً جایز نیست این زن همزمان با زن مدعی علیها زوجه آن مرد باشد، مثل خواهر، مادر یا دختر آن زن، و نیز زن بیگانه‌ای که اگر با این مرد ازدواج کند زوجه خامسه به حساب می‌آید. البته این مثال اخیر را مرحوم سید مطرح نکرده است.

صور سه‌گانه مسئله

این مسئله از دو ادعا تشکیل می‌شود: «ادعای زوجیت مرد علیه زن اول» و «ادعای زوجیت زن دوم علیه آن مرد»؛ لذا مسئله سه صورت خواهد داشت:

صورت اول: هیچ‌یک از دو مدعی بینه ندارند.

صورت دوم: تنها یکی از آنان بینه دارد.

صورت سوم: هر دو مدعی بینه دارند.

این صور در دو مرحله بررسی می‌شود: مقتضای قواعد و مقتضای روایات.

مقتضای قواعد در صور مسئله

صورت اول: فقدان بینه در هر دو مدعی

ابتدا صورت اول که هیچ‌یک از دو مدعی بینه ندارند بررسی می‌شود.

فروض متصور مرحوم سید برای صورت اول

مرحوم سید برای صورت اول، تنها سه فرض را مطرح کرده است، که عبارتند از اینکه یا هر دو منکر قسم می‌خورند؛ یا هر دو منکر نکول کرده و هر دو مدعی، سوگند مردوده می‌خورند؛ یا یکی از منکرها قسم خورده و منکر دوم نکول می‌کند و مدعی یمین مردوده قسم می‌خورد.

تکمیل فروض صورت اول

اما مسئله پنج فرض دارد و باید قبل از فرض سوم ایشان دو فرض «قسم نخوردن هر دو مدعی یا یکی از آنها در یمین مردوده» نیز بدان افزوده شود؛ لذا این فروض بدین ترتیب بررسی می‌شود:

فرض اول: قسم خوردن هر دو منکر؛

فرض دوم: نکول هر دو منکر و قسم خوردن هر دو مدعی؛

فرض سوم: نکول هر دو مدعی از یمین مردوده؛

فرض چهارم: نکول یکی از دو مدعی از یمین مردوده و قسم خوردن منکر دیگر؛

فرض پنجم: قسم خوردن یکی از دو منکر و قسم خوردن مدعی دیگر در

یمین مردوده.

حکم فرض اول (قسم منکرها): نفی هر دو زوجیت

در فرض اول که هر دو منکر، قسم می‌خورند، هر دو دعوا ساقط و هر دو زوجیت نفی می‌شود. البته این دو حلف تعارضی ندارند، بلکه هر دو حلف حجت‌اند و مؤدای خود را ثابت می‌کنند، و نتیجه آن عدم ثبوت زوجیت در هر دو دعوا است.

ترتیب آثار معلوم بالاجمال در علم اجمالی به صدق یکی از دو یمین

تعارض نکردن حلفین در صورتی است که به علم اجمالی ندانیم که یکی از این دو زن زوجه مرد است؛ زیرا اگر بدانیم که یکی از آنها زوجه اوست حلفین بالعرض تعارض می‌کنند و اگرچه نمی‌توان زوجیت احدهما بعینها را ثابت کرد اما طبق مبنای مرحوم آخوند^۱ که مختار ما هم همین است آثار معلوم بالاجمال بر آن بار می‌شود. در نتیجه مثلاً برای این مرد، تزویج رابعه یا ازدواج با خواهر آن زن جایز نخواهد بود. البته این بیان مبتنی بر آن است که بگوییم همانطور که دو اماره متعارضی که علم اجمالی به صدق یکی از آنها داریم، نسبت به احدهما لا بعینه حجیت دارند و آثار معلوم بالاجمال مترتب است، همچنین دو اصل عملی متعارضی که علم به مطابقت یکی از آنها با واقع داریم نیز نسبت به آن معلوم بالاجمال حجت هستند، که این مطلب جای بحث و گفتگو و تأمل دارد.

۱. توضیح مبنای مرحوم آخوند و صحت مبنای ایشان در مباحث آینده بیان خواهد شد.

حکم فرض دوم (نکول منکرها و قسم مدعی ها): نفی هر دو زوجیت

در فرض دوم هر دو منکر نکول کرده و هر دو مدعی قسم می‌خورند، اما طبق اصل مسئله مرد نمی‌تواند میان دو زن جمع کند؛ لذا هر دو دعوا تعارض می‌کند و چون هیچ‌یک مرجح ندارد، هر دو ساقط می‌شود و زوجیت هیچ‌یک از دو زن ثابت نمی‌شود.

اشکال: لغویت رد قسم به مدعیه در دعوای دوم

برخی مانند صاحب جواهر^۱ و مرحوم آقای حکیم^۲ در خصوص فرض دوم این اشکال را مطرح کرده‌اند که منکر تنها وقتی می‌تواند قسم را به مدعی رد کند که ارجاع قسم مقدمه قبول و حجیت آن باشد و دعوا با آن ثابت گردد، اما اگر نتیجه رد قسم به مدعی سقوط و عدم حجیت آن باشد، منکر نمی‌تواند قسم را به مدعی رد کند. مثلاً در دعوای اول که زن منکر و مرد مدعی زوجیت است، اگر زن رد قسم کند و مرد نیز بر ثبوت زوجیت بین خودش و آن زن قسم بخورد، این مرد نمی‌تواند در دعوای دوم - که منکر است و خواهر زن اول مدعی است - قسم را به آن زن رد کند؛ زیرا قسم خوردن زن دوم موجب تساقط هر دو حلف و عدم حجیت آنها می‌شود. بنابراین، باید دعوای اول ثابت شود و نوبت به تساقط نرسد و دعوای دوم بی‌اثر گردد.

به بیان دیگر، تعارض دو دلیل و ترجیح ندادن به واسطه سبق زمانی در جایی است که هر دو دلیل متعارض فی حد نفسه صلاحیت حجیت را داشته و ادله حجیت آنها را شامل شود؛ به عبارت دیگر حجیت هیچ‌یک با سقوط حجیت دیگری ملازم نباشد؛ اما در مسئله جواز رد یمین توسط منکر، دلیل حجیت یمین از ابتداء این یمین را شامل نمی‌شود؛ زیرا در جایی منکر می‌تواند قسم را به مدعی رد کند که یمین قابلیت اثبات دعوا را داشته باشد، اما اگر ارجاع قسم نه تنها موجب اثبات دعوا نشود بلکه این ارجاع به جهت تعارضی که بین دو حلف به وجود می‌آید، سبب سقوط حلف قبلی نیز گردد، ادله جواز رد یمین شامل آن نمی‌شود.

پاسخ آقای خوئی: تعارض بقائی (نه حدوثی) قسم مدعی با قسم مدعیه

مرحوم آقای خوئی می‌فرماید: رد قسم از سوی منکر دوم به مدعی دوم (مدعیه)

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۶۰.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۲۴.

مانعی ندارد؛ زیرا دو دعواست و باید قواعد باب قضاء جداگانه دربارهٔ هر یک جاری شود و مجرد تقدم زمانی یکی از آنها موجب ترجیح آن مورد و سقوط قواعد باب قضاء دربارهٔ دعوای دیگر نمی‌شود.^۱

سپس ایشان مثالی را برای عدم تأثیر سبق زمانی می‌زند^۲ که ما مطلب ایشان را با مثال دیگری که خیال می‌کنیم بهتر از مثال ایشان باشد، توضیح می‌دهیم.

اگر بینه‌ای بر اعلمیت زید شهادت دهد و پس از مدتی بینهٔ دیگری بر اعلمیت عمرو شهادت دهد، بعد از اقامهٔ بینه دوم، بقاء با یکدیگر تعارض می‌کنند و اخذ به هیچ یک از آنها ترجیحی ندارد و مجرد اینکه بینهٔ اول حدوثاً معارض ندارد موجب ترجیح آن بر بینهٔ دوم نیست. عمومات حجیت بینه به لحاظ مراد جدی، بقاء شامل هر دو بینه - باهم - نمی‌شود؛ لذا هر دو بینه از حجیت ساقط می‌شوند.^۳

در مقام نیز هر چند قسم مرد در دعوای اول معارضی ندارد، اما پس از اینکه خود او در دعوای دوم، یمین را به زن رد می‌کند، موضوع جدیدی برای حلف پیدا می‌شود و طبق قواعد باب قضاء اشکالی نیست؛ نهایتاً دو قسم با یکدیگر تعارض و تساقط می‌کنند؛ زیرا ترجیح یمین اول به خاطر سبق زمانی آن وجهی ندارد.^۴

تأیید کلام آقای خوئی: توقف «اثبات ادعای مرد» بر «قسم مردوده به او»

به نظر می‌رسد حق با مرحوم آقای خوئی است و در مقام، یمین مردوده توسط مرد اقتضای حجیت دارد؛ زیرا در حقیقت دو دعوا وجود دارد و چون هیچ کدام از دو مدعی بینه‌ای برای اثبات مدعای خود ندارند، ثبوت مدعای هر یک نیازمند دو قسم است؛ زیرا مثلاً در دعوای اول که مرد مدعی زوجیت است و زن قسم را به

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۸۵.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۸۵.

۳. وجه بهتر بودن این مثال نسبت به مثال مرحوم آقای خوئی شاید این باشد که در مثال ایشان آنچه هر دو مدعی ادعا می‌کنند یک چیز است (مال واحد که در ید شخص ثالث است) در حالی که در مسئله جاری ادعای هر یک از دو مدعی مربوط به یک چیز نیست؛ دعوای اول ادعای زوجیت زن اول است و دعوای دوم ادعای زوجیت مرد است؛ لذا تنظیر استاد^{علیه السلام} مناسب تر است؛ زیرا شهادت هر بینه مربوط به دو شخص مختلف (زید و عمرو) است.

۴. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۸۵.

مرد ردّ می‌کند، دعوای مرد در صورتی ثابت می‌شود که یک قَسَم بر اثبات زوجیت زن اوّل و قسم دوم بر نفی زوجیت زن دوم بخورد و بدون قسم دوم، مدعایش ثابت نمی‌شود. بنابراین، اثبات مدعای مرد به دو قَسَم نیاز دارد، قَسَم اوّل به مقتضای قسم مردوده از منکر به او، و قَسَم دوم به مقتضای منکر بودن در دعوای دوم که حق وی است.

همین مطلب درباره دعوای دوم نیز صادق است و اثبات مدعای زن مدّعیه به دو قَسَم نیاز دارد، قَسَم اوّل بر نفی زوجیت خواهرش برای آن مرد است، و قَسَم دوم بر اثبات زوجیت خودش برای آن مرد، که این قَسَم دوم، قَسَم مردوده از آن مرد به اوست. بر این اساس هر یک از دو دعوای او را می‌توان با دو قَسَم ثابت کرد و لذا ادّله حلف و ردّ قَسَم، هر دو دعوای او را شامل می‌شود و جریان همان قواعد قَسَم مانعی ندارد.

حکم فرض سوم (نکول مدّعی‌ها از یمین مردوده): نفی هر دو زوجیت در فرض سوم، بعد از ردّ یمین توسط خود منکرها یا حاکم، هر دو مدّعی از قسم استنکاف می‌کنند؛ لذا طبق انکار منکر عمل می‌شود و تعارضی هم وجود ندارد؛ چون هیچ‌یک از منکرها و مدّعی‌ها قسم نخورده‌اند. در این فرض هم هر دو زوجیت نفی می‌شود. مرحوم سید این فرض را نیز مطرح نکرده است.

حکم فرض چهارم: نفی هر دو زوجیت
فرض چهارم این است که یکی از دو منکر برای نفی زوجیت قسم می‌خورد اما دیگری قسم را بر مدّعی ردّ می‌کند و مدّعی نیز قسم نمی‌خورد، و چون نتیجه نکول با انکار یکی است، لذا در این فرض نیز هر دو زوجیت نفی می‌شود. مرحوم سید، این فرض را هم ذکر نکرده است.

حکم فرض پنجم: اثبات ادعای مدّعی قسم خورده
فرض پنجم این است که یکی از دو منکر قسم بر نفی زوجیت می‌خورد و دیگری ردّ قسم بر مدّعی می‌کند و مدّعی قسم می‌خورد. در این صورت دعوای مدّعی اوّل ساقط اما دعوای مدّعی دوم ثابت می‌شود.

صورت دوم: بیته داشتن یکی از دو مدعی

صورت دوم از صور مسئله صورتی است که یکی از دو مدعی بیته دارند.

نظر مرحوم سید: کفایت بیته بدون حلف برای نفی دعوای دیگر

در این صورت، مدّعی صاحب بیته ثابت می شود اما نسبت به دعوای دیگری که بیته ندارد دو وجه مطرح است:

وجه اول این است که صرف اقامه بیته از سوی مدّعی اول کافی است و دعوای مدّعی دوم ساقط می شود؛ زیرا از سویی جمع بین دو زن امکان ندارد و از سوی دیگر، بیته اماره ای شرعی است و لوازم آن نیز حجت است.

مرحوم سید تقویت این وجه را بعید نمی داند؛ زیرا بیته حجت شرعی است و لوازم و مثبتات شرعی امارات نیز حجت است؛ لذا وقتی زوجیت یکی از این دو زن ثابت شود - که طبق اصل مسئله، مرد نمی تواند آنها را در زوجیت خود جمع کند - لازمه اش نفی زوجیت دیگری است.

وجه دوم این است که مرد منکر باید طبق قواعد باب قضاء برای نفی دعوای دوم قسم بخورد یا ردّ یمین کند، و اقامه بیته درباره دعوای اول، دعوای دوم را ساقط نمی کند؛ زیرا دو دعوای مستقل است و طبق قواعد باب قضاء باید در هریک جداگانه اجرا شود.

شهید اول: لزوم ضمیمه شدن «حلف بر نفی دعوای دیگر» هنگام شهادت بیته به عقد در این مسئله اولین بار شهید اول در لمعه، حلف را لازم دانسته است، شهید ثانی نیز آن را توضیح داده است. البته موضوع مسئله در لمعه با موضوع مسئله در عروه اندکی تفاوت دارد:

عبارت عروه درباره شهادت بیته بر مستب از عقد و زوجیت است. به عبارت دیگر، موضوع بحث مرحوم سید موردی است که لازمه شهادت بیته اول، نفی زوجیت دیگری باشد^۱ که طبق مبنای حجیت مثبتات امارات شرعی با اثبات زوجیت یکی از آن دو زن، قهراً زوجیت دیگری نفی می شود.

۱. خواه مفاد شهادت بیته، صحت از جمیع جهات باشد یا اینکه مفاد بیته، صحت صیغه عقد بوده و تحقق سایر شرایط نیز محرز باشد، که در هر دو صورت لازمه شهادت بیته، نفی عقد دیگر است.

اما شهید اول شهادت را درباره وقوع سبب (عقد) مطرح کرده است^۱ که بینه نیز همان را حس می‌کند، و چنین شهادتی، وقوع عقد دیگری - مثلاً عقد بر خواهر آن زن - پیش از آن را نفی نمی‌کند؛ چون شاید ثبوت آن مرد یکی از آن دو خواهر را در یک زمان و خواهر او را در زمان دیگر عقد کرده باشد. لذا شخصی که بینه اقامه کرده باید برای نفی احتمال وقوع عقد دیگری بر خواهرش، قسم بخورد؛ زیرا مفاد بینه او با واقع نشدن عقد دیگری ملازم نیست و به مسئله حجیت مثبتات امارات ربطی ندارد.

توضیح شهید ثانی درباره نحوه حلف دو مدعی و علت نیاز به حلف مرد با وجود بینه شهید ثانی در توضیح مراد شهید اول می‌فرماید: «قسم مرد چون مربوط به فعل خودش است قسم قطعی است بر اینکه قبلاً با خواهر او عقد نبسته است، ولی زن بر «ندانستن» خود قسم می‌خورد که این برای نفی زوجیت کافی نیست، مگر اینکه به خاطر تعلق قسم به فعل غیر کافی دانسته شود». البته شهید ثانی در کفایت قسم زن بر نفی علم، مردّد است.

شهید ثانی مسئله را به گونه‌ای فرض کرده که نفی احتمال وقوع عقد دیگر، به حلف نیاز دارد، در حالی که اگر بطلان عقد دیگر از لوازم عقد اول بود نفی آن به حلف نیازی نداشت؛ چون مثبتات امارات شرعیه حجت‌اند و از آنجا که بینه بر زوجیت خواهر اقامه شده است، لازمه آن بطلان عقد خواهر است. ایشان علت حلف را اطلاع نداشتن بینه اقامه شده از واقع شدن یا نشدن عقد دیگر قبل از شهادت دانسته است؛ لذا کسی که بینه دارد برای نفی این احتمال، باید قسم بخورد.^۲

اعتراض مرحوم نراقی به تفسیر شهید ثانی از لمعه

مرحوم نراقی، مسئله را مثل مرحوم سید فرض کرده است و به سبب تفسیر متفاوت از کلام شهید اول به شهید ثانی معترض است.

مرحوم نراقی می‌فرماید: شهید ثانی کلام شهید اول را چنین توضیح داده که «اقامه کننده بینه باید برای اثبات زوجیت زن مورد ادعایش قسم بخورد نه برای نفی زوجیت خواهر او؛ و هیچ‌یک از اصحاب پیش از شهید اول بر این مطلب تنبه

۱. اللعة الدمشقیة، ص ۱۷۶.

۲. الروضة البهیة (چاپ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۷۱.

نیافته است»، اما تفسیر ایشان از عبارت شهید اول صحیح نیست؛ زیرا شهید اول برای اثبات زوجیت زن مورد ادعا، اقامه بینه را کافی می‌داند و برای نفی زوجیت خواهر دیگر حلف را لازم می‌داند و برای اثبات زوجیت زن مورد ادعایش حلف را لازم ندانسته است. لذا اینکه شهید ثانی ادعا کرده که هیچ‌یک از اصحاب پیش از شهید اول بر لزوم حلف تنبّه نیافته است، صحیح نیست.^۱

در هر حال، مرحوم نراقی پس از تساقط عمومات متعارض در مقام، با تمسک به اصل، حلف را لازم ندانسته است.^۲ ظاهراً مقصود ایشان از «اصل» برائت از لزوم حلف است، در حالی که استصحاب عدم زوجیت جاری است، نه اصل برائت از لزوم حلف.

اشکال بر مرحوم نراقی

اما کلام ایشان قابل مناقشه است؛ زیرا:

اشکال اول: صحت تفسیر شهید ثانی

اولاً، این تعبیر شهید اول در لمعه «لجواز صدق البینه مع تقدّم عقده علی من ادّعاها و جواز صدق بینه من تقدّم عقده علی من ادّعت»^۳ با برداشت شهید ثانی تناسب دارد و بعید نیست مراد شهید اول همان تفسیر شهید ثانی باشد نه آنچه مرحوم نراقی از کلام شهید اول فهمیده است؛ زیرا شهید اول می‌فرماید: بینه نمی‌تواند بر همه مقصود شهادت دهد و شهود تنها بر آنچه دیده‌اند - یعنی وقوع عقد - شهادت می‌دهند و واقع شدن یا نشدن عقد دیگری بر خواهر او را ندیده و حس نکرده‌اند، اما ثبوت زوجیت علاوه بر اثبات وقوع عقد به اثبات واقع نشدن عقد دیگری بر خواهر او نیز نیاز دارد، و این جهت باید با حلف ثابت شود.

اشکال دوم: صحت ادعای شهید ثانی بر بی سابقه بودن حکم به حلف قبل از شهید اول ثانیاً، بر فرض هم مراد شهید اول از لزوم ضمیمه حلف بر بینه فقط برای نفی

۱. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۶۳.

۲. مستند الشیعة، ج ۱۶، ص ۱۶۲.

۳. اللّمة الدمشقیة، ص ۱۷۶.

زوجیت خواهر دیگر باشد نه اثبات زوجیت فرد مورد شهادت بینه، و کلام شهید ثانی در این جهت صحیح نباشد، اما در هر دو صورت، کلام دیگر شهید ثانی صحیح است که فرمود: «هیچ کس پیش از شهید اول بر این مطلب تنبه پیدا نکرده است»؛ زیرا در کلمات سابقین هیچ اثری از لزوم حلف در این مسئله نیست، خواه حلف برای اثبات زوجیت زنی باشد که بینه برای او اقامه می شود و خواه برای نفی زوجیت خواهرش. عبارات کسانی که بدون اشاره به لزوم حلف و تنها طبق قواعد یا نصوص زوجیت زنی که بینه به آن شهادت داده را ثابت دانسته و احکام زوجیت را بر خواهر دیگر مترتب نکرده اند، ظهور در این دارد که آنان حلف را بر مدعی لازم نمی دانند. ظاهراً مرحوم نراقی یمین بر عقد سلبی قضیه را از نظر فقهی گذشته منتفی نمی داند، در حالی که ظاهر عبارات آنها که به لزوم بینه اکتفا کرده اند کلام نراقی را مخدوش می سازد و مؤید شهید ثانی است.

البته در عبارت شهید اول مطلبی است که شهید ثانی هم در تفسیر آن به مشکل افتاده و تفسیری ارائه داده که صحیح نیست و مرحوم سلطان العلماء تفسیر دیگری ارائه داده و مرحوم آقا جمال هم آن را پسندیده است و به نظر ما تفسیر صحیح مطلب دیگری است که در این مقام، مجال آن نیست.^۱

۱. در تفسیر این عبارت شهید اول در لمعه (ص ۱۷۶) که فرموده است: «فإن أقامت بینه فالعقد لها، وإن أقام بینه فالعقد له، و الأقرب توجه اليمين على الآخر في الموضعين»، شهید ثانی چنین فرموده است:

الروضة البهية (چاپ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۷۰: «والأقرب توجه اليمين على الآخر» وهو ذو البينة «في الموضعين» وهما: إقامته البينة فيحلف معها، وإقامتها فتحلف معها. ولا يخفى منافاة لفظ «الآخر» لذلك. وفي بعض النسخ «الأخذ» بالذال المعجمة والمراد به أخذ الحق المدعى به، وهو من حكم له ببينة، وهو قريب من «الآخر» في الغرابة.

ایشان در تفسیر واژه «الآخر» با مشکل مواجه شده است؛ زیرا ظهور «الآخر» در کلام شهید اول در این است که طرف مقابل ذو البینه مراد باشد، در حالی که در اعتقاد شهید ثانی مراد شهید اول این است که ذو البینه باید قسم بخورد، اما در عین حال ایشان معتقد است که تعبیر شهید اول با این معنا مناسبت ندارد؛ لذا مرحوم سلطان العلماء در تفسیر این کلام شهید اول توجه ذیل را بیان کرده است: «يمكن أن يقال إن الظرف المذكور متعلق باليمين لا بالتوجه، والمراد أن اليمين على العقد الآخر أي على نفيه متوجه فالآخر في العبارة ليس المراد فاعل اليمين بل متعلق اليمين و فاعل اليمين غير المذكور و هو صاحب البينة بقرينة المقام، وفائدة ذكر متعلق اليمين الأشعار بما سيذكره الشارح من أن

توضیحی پیرامون حجّیت مثبتات یتنه

ولی عبارتی که از شهید اول نقل شد گواه بر این است که ایشان فرض مسئله را شهادت یتنه بر اصل وقوع عقد - که منافی با وقوع عقد دیگری نیست - تصویر کرده است نه بر تحقق زوجیت. البته شهید اول فرض متعارفی را مطرح کرده است و تصویر مرحوم سید کمتر اتفاق می افتد اما اینجا به تبع صاحب عروه و برای تحقیق درباره حجّیت مثبتات یتنه و تعارضش با ادله دیگر، فرض ایشان دنبال می شود. فقها درباره حجّیت مثبتات امارات اختلاف نظر دارند. برخی مانند شیخ انصاری^۱ و مرحوم نائینی^۲ آن را مطلقاً حجت می دانند و برخی دیگر مانند مرحوم حاج آقا رضا همدانی^۳ و آقای خوئی^۴ - طبق نظر صحیح - تفصیل داده اند، اما همه

الیمین لیث علی اثبات ما اثبت بالبینة بل نفی العقد الآخر، و الحاصل ان کلام کل من الطرفين محلل بکلامین و البینة علی احد الکلامین و الیمین علی الآخر، فتأمل.^۱
مرحوم سلطان العلماء «الآخر» را وصف «العقد» مقدر دانسته و «علی الآخر» را متعلّق به «الیمین» دانسته نه فاعل آن؛ لذا معنا این می شود که قسم به عقد دیگر - که در حقیقت قسم بر نفی عقد دیگر است - باید محقق شود. البته مرحوم سلطان فرموده که طبق این تفسیر، در عبارت لمعه فاعل مشخص نشده و از قرینه مقام معلوم است که ذو البینة قسم می خورد.
مرحوم آقا جمال خوانساری نیز همین کلام را پذیرفته است:

التعلیقات علی شرح اللمعة الدمشقیة (آقا جمال خوانساری)، ص ۳۸۵: «يمكن ان يقال ان الظرف متعلق بالیمین لا بالتوجه و المراد ان الیمین و فاعل الیمین غیر مذکور و هو صاحب البینة بقرينة المقام و فائدة ذکر متعلق الیمین الاشعار بما سیذكر الشارح من ان الیمین لیس علی اثبات ما اثبت بالبینة بل علی نفی العقد الآخر و الحاصل ان کلام کل من الطرفين محلل بکلامین و البینة علی احد الکلامین و الیمین علی الآخر فتأمل کذا افاده سلطان العلماء^۲»

استاد^۳ این توجیه را نپذیرفته و ممکن است تفسیر مناسب در نظر ایشان این باشد که چون نسخه معتبر لمعه «و الاقرب توجیه الیمین ...» است نه «فالاقرب ...»؛ لذا معنای صحیح این است که علاوه بر خود ذو البینة، اقرب آن است که طرف مقابل ذو البینة هم باید قسم بخورد؛ زیرا ذو البینة نسبت به تقدم عقد خود یتنه اقامه نکرده لذا نوبت به منکر این تقدم می رسد و اگر او بر نفی تقدم قسم بخورد دیگر شهادت یتنه، مدعای ذو البینة را ثابت نخواهد کرد.

۱. فرائد الأصول، ج ۱، ص ۱۲۲، و نیز: ج ۳، ص ۲۴۳.

۲. فوائد الأصول، ج ۴، ص ۴۸۸.

۳. حاشیه فرائد الأصول (الفوائد الرضویة)، ص ۴۰۱.

۴. مصباح الأصول (چاپ مؤسسه احیاء آثار سید خوئی)، ج ۲، ص ۱۸۶.

حجّیت مثبتات و لوازم «بیّنه» را به اتفاق پذیرفته‌اند؛ زیرا مقتضای ادلّه حجّیت بیّنه و قبول شهادت عدلین، ترتیب اثر به مفاد شهادت آنها و به همه لوازم گفته آنهاست؛ چون اگر تنها مدلول مطابقی شهادت بیّنه مقبول باشد نه لوازم آن، اعم از لوازمی که به آن توجه داشتند یا لوازمی که حتی منکرش باشند، عملاً بیّنه تصدیق نشده و شهادتشان پذیرفته نشده است. مثلاً اگر بیّنه به تاریخ فوت زید شهادت دهد، بدون اینکه از وجود وارثی برای او در آن تاریخ باخبر باشد، و بدانیم فرزند او در آن تاریخ زنده بوده است، و با وجود این فرزندش وارث شمرده نشود، در واقع شهادت آن بیّنه پذیرفته نشده است. البته برخی گمان کرده‌اند حجّیت لوازم شهادت بیّنه از این جهت است که شهادت آنها به ملزوم، شهادت به لوازم نیز هست^۱، اما چنین نیست و حجّیت بیّنه مختص به لوازمی نیست که بیّنه منکر آن نبوده و به آن علم یا التفات داشته باشد؛ بلکه حجّیت بیّنه نسبت به لوازم از جهت مقتضای خود ادلّه حجّیت شهادت بیّنه است.^۲

بررسی لزوم حلف بر ذوالبیّنه با بررسی احتمالات مسئله

هرچند مقتضای ادلّه حجّیت بیّنه، ثبوت زوجیت آن زنی که بیّنه بر زوجیتش اقامه شده و نفی زوجیت خواهرش است، ولی از طرف دیگر ادلّه «الیمین علی من ادّعی علیه»^۳ اقتضا می‌کند کسی که بیّنه آورده برای دفع ادعای طرف مقابل فاقد بیّنه، قسم بخورد، در نتیجه سه احتمال در مسئله وجود دارد:

احتمال اوّل: تقیید «الیمین علی من ادّعی علیه»

احتمال اوّل اینکه اطلاق ادلّه «الیمین علی من ادّعی علیه» مقید شود و مفاد آن به غیر این مورد (جایی که لازمه شهادت بیّنه مدعی نفی دعوای طرف مقابلش

۱. برای نمونه: کفایة الأصول، ص ۴۱۶؛ محاضرات فی فقه الإمامیة (صلاه المسافر و قاعدتی الصخه و الید)، ص ۴۴۸.

۲. استاد بزرگوار در کتاب البیع فرموده است: اگر مناط حجّیت، طریقت محض باشد و مانعی هم در کار نباشد، اگر هم اطلاق دلیل شامل حجّیت لوازم نباشد، مناط دلیل، بر حجّیت آن دلالت خواهد نمود، ولی این مناط حجّیت، در باب اصل نیست، بلکه فقط در باب اماره است.

۳. الکافی، ج ۷، ص ۴۱۵، «باب أنّ البینه علی المدّعی و الیمین علی المدّعی علیه»، ح ۱.

است) مختص گردد.

احتمال دوم: تقید ادله حجیت یتنه

احتمال دوم اینکه ادله حجیت یتنه مقید شود، و اثبات زوجیت مورد شهادت، علاوه بر یتنه، به قسم بر نفی زوجیت خواهرش نیز نیاز داشته باشد. برخی ادله یمین را مقدم داشته‌اند.^۱

احتمال سوم: حجیت یتنه در مقام نسبت به ادعای مرد نه نفی زوجیت خواهر زوجه

احتمال سوم اینکه دائره حجیت یتنه مختص به ملزوم باشد و ضمن حکم به زوجیت زنی که مورد شهادت یتنه واقع شده برای نفی زوجیت خواهرش به استناد ادله «الیمین علی من ادعی علیه» بر او قسم لازم باشد؛ زیرا زوجیت یک خواهر هرچند با نفی زوجیت خواهر دیگر به حسب واقع منافات دارد، اما چون در امارات از نظر اعتبار شرعی تفکیک بین لازم و ملزوم امری خلاف حکم عقل نیست، می‌توان در آنجا نیز مانند اصول عملیه از نظر حکم ظاهری بدان ملتزم شد و اثبات زوجیت خواهری را منوط به یتنه اما نفی زوجیت خواهر دیگر را منوط به حلف دانست.

ادعای حکومت یا ورود ادله حجیت یتنه بر «الیمین علی من انکر»

شاید ادعا شود ادله حجیت یتنه بر قانون قضایی «الیمین علی من انکر» ورود یافته و موضوع آن را از بین می‌برد یا بر آن حاکم می‌شود و نوعی تخصیص به قانون مدعی و منکر وارد می‌آید.

اشکال: مقید نبودن «الیمین علی من انکر» به «نداشتن یتنه از سوی منکر»

اما این مطلب صحیح نیست و ادله حجیت یتنه^۲ بر قانون یمین منکر، حکومت یا ورود ندارد؛ زیرا ظاهر قوی و کالصریح قانون «الیمین علی من انکر»^۳ که مطابق

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۱۷-۶۱۸.

۲. استاد بزرگوار: ادله حجیت یتنه طبق قولی بر اصول عملیه وارد است، اما چون ادله حجیت اماره ناظر هستند به اینکه احکام شک را نباید بار کرد، لذا موضوع اصول عملیه را ادعای نفی می‌کنند، و لذا طبق قول اصح حاکم‌اند؛ ولی در هر حال، قیاس مقام به آن بحث درست نیست.

۳. وسائل الشیعة، ج ۲۷، ص ۲۹۳، ح ۳.

نظر مشهور نیز هست این است که منکر در مرحله اول تنها با حلف به مقصود خود می‌رسد، چنان‌که راه اثبات ادعای مدعی در مرحله اول، فقط اقامه یبینه است و هیچ‌یک در این مرحله بین اقامه یبینه و حلف مخیر نیستند؛ چه طبق مبنایی که به محض نکول منکر از قسم، به نفع مدعی حکم می‌شود، چه طبق مبنایی که منکر در صورت نکول باید رد قسم کند و مدعی قسم بخورد، منکر تنها با حلف به مقصود خویش می‌رسد. اما مرحوم آقای خوئی فرموده است که منکر، چه قسم بخورد و چه یبینه بیاورد فرقی ندارد.^۱ لذا ایشان خلاف نظر مشهور نظر داده است اما اشکال سخن ایشان آن است که اگر برای منکر متعین نبود که قسم بخورد، به او گفته می‌شد: «یا یبینه بیاور یا قسم بخور» نه اینکه به او تنها گفته شود: «قسم بخور». بنابراین موضوع قانون «الیمین علی من أنکر» قید «ان لم یکن للمنکر البینه فعلیه الیمین» را ندارد تا با وجود یبینه، برای قاعده فوق موضوعی نماند. وقتی موضوع قانون مدعی و منکر چنین قیدی ندارد، ادله حجیت یبینه نمی‌تواند موضوع قانون مدعی و منکر را از بین ببرد یا دائره حکم را نسبت به آن، محدود کند. در نتیجه، حتی منکر دارای یبینه هم، نمی‌تواند یبینه اقامه کند و تنها می‌تواند قسم بخورد. بنابراین، هر دو دلیل عام‌اند؛ یکی ادله حجیت یبینه و دیگری قانون یمین منکر، که این دو با هم تعارض می‌کنند. بنابراین یبینه یکی از دو مدعی که موضوعی را اثبات می‌کند سبب تصرف یا تخصیص موضوع ادعای دیگر نیست.

دلالت روایت زهری بر عدم نیاز به حلف

البته ادله حجیت یبینه وقتی با قانون قضایی فصل خصومت تعارض می‌کند که به روایت زهری^۲ عمل نشود، ولی چنان‌که خواهد آمد برخی مطابق آن فتوا داده و نسبت اجماع هم داده‌اند.^۳ اگر به این روایت عمل شود، باید به ادله حجیت یبینه اخذ کرد و تعارضی نخواهد بود؛ زیرا مورد این روایت تعارض یتتین است و چنان‌که صاحب جواهر هم فرموده: شارع یبینه را در این مورد کافی می‌داند و به یمین نیازی

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۲۳، ص ۱۸۶.

۲. این روایت در مباحث بعدی در بررسی ادله خاصه مسئله مطرح خواهد شد.

۳. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۸؛ جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۶۱.

نیست.^۱ بنابراین به طریق اولی وقتی بینه بدون معارض باشد که مورد فرض دوم همین است، آن بینه برای عقد سلبی هم کفایت می‌کند و به یمین نیازی نیست.

نظر مختار: لزوم حلف

اما چنان‌که خواهد آمد، طبق نظر مختار روایت زهری معتبر نیست و هیچ‌یک از سه احتمال فوق بر دیگری ترجیح ندارد. ادله حجیت بینه نیز بر «الیمین علی من انکر» حاکم و وارد نیست لذا عمومات دو طرف تعارض و تساقط می‌کنند. استصحاب عدم زوجیت هم اقتضا می‌کند اگر طرف دارای بینه بر نفی زوجیت خواهرش قسم نخورد، زوجیت او ثابت نشود؛ لذا کلام مرحوم سید تمام نیست و همراه با بینه، قسم نیز لازم است.

صورت سوم (بینه داشتن هر دو مدعی) و فروض چهارگانه آن

در صورت سوم که هر دو مدعی بینه دارند، بینه‌ها تعارض می‌کنند و مسئله فروضی دارد که سید یزدی سه فرض را مطرح کرده که فرض چهارمی نیز باید بدان افزوده شود:^۲

۱. هر دو بینه شهادت مطلق می‌دهند و تاریخی را برای تحقق عقدها معین نمی‌کنند.

۲. هر دو بینه بر وقوع عقد در تاریخ واحد شهادت می‌دهند.

۳. تاریخ یکی مقدم بر تاریخ دیگر است.

۴. یکی از بینه‌ها تاریخ دار است.

حکم فرض اول (شهادت بینه‌ها بدون تاریخ): تساقط به دلیل عدم ترجیح

مرحوم سید درباره هر دو فرض اول و دوم بینه‌ها را ساقط دانسته است، به شکلی که گویا از ابتدا بینه‌ای نبوده است.

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۶۲.

۲. بحث فعلی در مورد تعارض بینات مربوط به جایی است که دو نفر با هم منازعه می‌کنند و هنوز حکمی ثابت نشده است؛ ولی اگر بعد از اقامه بینه مدعی اول و ثبوت حکم به نفع وی، دیگری اقامه دعوا کند و بینه بیاورد، از بحث کنونی خارج است و ممکن است گفته شود مقتضای قاعده این است که حکم اول نافذ است و به بینه دوم اخذ نمی‌شود، همانطور که در بررسی روایت زهری در مطالب آتی خواهد آمد.

در فرض اول که شهادت آنها مطلقه است تساقط بیینه‌ها به جهت تعارض آنها نیست؛ چون شاید هر دو شهادت صحیح باشد و این مرد یک بار با این زن عقد خوانده باشد و یک بار نیز پس از طلاق او با خواهر وی تزویج نموده باشد، پس تساقط بیئتین به جهت این است که چون هر دو بیینه اقامه کرده‌اند و تقدیم یکی بر دیگری وجهی ندارد، مثل فرض اقامه نشدن بیینه است.

حکم فرض دوم (شهادت بیینه‌ها با تاریخ واحد): تساقط به دلیل تعارض در صورت دوم تساقط دو بیینه به سبب تعارض آنهاست؛ زیرا وقتی هر دو بیینه بر وقوع عقد در تاریخ واحدی شهادت می‌دهند قطعاً این دو بیینه با یکدیگر تعارض و تساقط می‌کنند و البته طبق نظر مختار که توضیحش در سطور آتی خواهد آمد، احدهما لا بعینه حجت است و باید آثارش را مترتب کرد. این بحث در فرض عدم بیینه نیز تصویر می‌شود، مثل اینکه هیچ‌یک از دو مدعی بیینه ندارند و هر دو منکر قسم را به مدعی‌ها رد می‌کنند و هر دو مدعی بر زوجیت قسم می‌خورند پس دو حلف متعارض می‌شود. بنابراین بحث مذکور در فرض دوم از صورت اول نیز تصویر دارد.

نفی ثالث بعد از تساقط بیئتین

در کفایه^۱ بحثی مطرح است که با این بحث ارتباط دارد و در حواشی عروه بدان توجه نشده است، و آن اینکه اگر دو بیینه در مدلول مطابقی تعارض و تساقط کردند آیا در مدلول التزامی هم تساقط می‌کنند؟

اگر مدلول التزامی دو دلیل ساقط شده، باقی باشد، مدلول التزامی آنها نفی ثالث می‌کند و در نتیجه در محل بحث با تمسک به مدلول التزامی این دو بیینه ثابت می‌شود که یکی از این دو زن، زوجه این مرد است، و اگر مثلاً این مرد سه زن دیگر داشته باشد، یکی از این دو زن زوجه چهارم است و گرفتن زن پنجم برایش حرام می‌شود. همچنین ازدواج با خواهر مشترک هر دو زن حرام می‌شود؛ چون نهایتاً یکی از اختین زوجه او است. همچنین اگر این دو خواهر در مادر مشترک باشند، ازدواج

۱. کفایة الأصول (چاپ آل البيت)، ص ۴۳۹-۴۴۰.



با مادر آنها حرام می‌شود.^۱ اما دلیل نفی ثالث چیست؟

دلیل اول نفی ثالث: تبعیت نکردن مدلول التزامی از مطابقی در حجیت

برخی از بزرگانی^۲ که نفی ثالث را با دو دلیل متعارض ممکن می‌دانند، برای اثبات نظر خود چنین استدلال کرده‌اند که هرچند وجود مدلول التزامی تابع مدلول مطابقی است و بدون مدلول مطابقی، مدلول التزامی هم نخواهد بود، اما این تبعیت در اصل دلالت است و در حجیت تابع آن نیست؛ زیرا مدلول مطابقی بینة با بینة دیگر تعارض دارد؛ اما مدلول التزامی معارض ندارد و تساقط نمی‌کند لذا این دو بینة نفی ثالث می‌کنند.

برای مثال اگر بینة ای بر اعلمیت زید و بینة دیگر بر اعلمیت عمرو قائم شود، این دو بینة در مدلول مطابقی تعارض و تساقط می‌کنند. اگر این دو بینة نفی ثالث کنند، شخص بر اعلمیت احدهما نامعین حجت دارد و اگر مکلف بخواهد احتیاط یا تأخیر کند، این احتیاط یا تأخیر نسبت به همین زید و عمروی است که بینة بر اعلمیت آنها قائم شده است؛ زیرا این دو بینة اعلمیت ثالث را نفی می‌کنند و درباره‌ی اعلم نبودن بکر تعارض ندارند؛ لذا باید به مدلول التزامی دو بینة اخذ شود.

اشکال: تبعیت مدلول التزامی از مطابقی در حجیت

اما این تقریب تمام نیست و دو بینة متعارض در همه‌ی موارد نفی ثالث نمی‌کنند و تنها وقتی دو شهادت متعارض نفی ثالث می‌کنند که هر یک از شهادت‌ها، به دو شهادت مستقل بازگردد و مدلول التزامی شهادت او، شهادتی مستقل باشد؛ مثلاً اگر بینة بر اعلمیت زید بعد از ابطال مستند شهادت خود و اثبات اشتباه بودن آن شهادت، باز هم اعلمیت بکر و خالد را نفی کند، چنین شهادتی به دو شهادت برمی‌گردد: ۱. شهادت به اعلمیت زید ۲. شهادت به نفی اعلمیت عمرو و بکر و خالد، که شهادت دوم از شهادت اول مستقل است.

۱. همچنین اگر دو خواهر در مادر مشترک نباشند، ازدواج با هر دو مادر حرام خواهد بود؛ چون قطعاً یکی از این مادرها به جهت علم اجمالی، مادر زن است. در مثال قبلی نیز ازدواج با هر دو خواهر که غیر مشترک هستند مجاز نیست؛ چون علم اجمالی داریم که یکی از این دو خواهر، خواهر زن است.

۲. فوائد الأصول، ج ۴، ص ۷۵۶.

ولی گاهی شهادت بیینه به دو شهادت بر نمی‌گردد؛ مثلاً وقتی بیینه بر اعلمیت زید بعد از اثبات اشتباه بودن آن شهادت، اعلمیت عمرو و بکر و خالد را نفی نکند، در این فرض چنان‌که مدلول التزامی در اصل دلالت تابع مدلول مطابقی است، در حجیت نیز تابع آن خواهد بود.

دلیل دوم نفی ثالث (مختار): حجیت اجمالی یکی از دو بیینه نامعین

مرحوم آخوند برای نفی ثالث به تقریب دیگری ملتزم شده که بین موارد تفصیل نمی‌دهد. توضیح مطلب این است که علت حجیت بیینه، کاشفیت داشتن آن است؛ زیرا تعمد بر کذب یا اشتباه و شهادت بر خلاف واقع، درباره دو عادل، فرض نادری است. هنگام تعارض دو بیینه، اجمالاً معلوم می‌شود یکی از این دو بیینه عمد یا اشتباهاً خلاف واقع شهادت داده‌اند و چون خلاف واقع بودن هریک از این دو بیینه نادر است، خلاف واقع بودن هر دو بیینه بسیار نادر خواهد بود و نمی‌توان بدان ملتزم شد، بلکه اجمالاً می‌توان یک بیینه نامعین از آن دو را اشتباه و بیینه دیگر نامعین را صحیح دانست. بنابراین حجت اجمالی بر مطابقت یکی از این دو بیینه با واقع وجود دارد و آن بیینه‌ای که حجت واقعی است نفی ثالث می‌کند.

مبنای مرحوم آخوند در حجت اجمالی، صحیح است؛ لذا در باب شهادت به اعلمیت نیز با تعارض دو بیینه، اعلمیت ثالث نفی می‌شود و احتیاط یا تخییر باید بین دو نفر مورد تعارض انجام شود. در محل بحث نیز اجمالاً یکی از این دو خواهر، زوجه این مرد می‌شود، یا یکی از این مادر و دختر، زوجه این مرد است و اثر حجت اجمالی در زوجیت یکی از این زن‌ها مرتب می‌شود.^۱ اما در عروه و حواشی آن مطلبی در این باره نیست.

حکم فرض سوم (تقدم زمانی متعلق شهادت بیینه یکی از طرفین)

«و علی الثالث ترجح الأسبق إذا كانت تشهد بالزوجية من ذلك التاريخ إلى زمان الثانية وإن لم تشهد ببقائها إلى زمان الثانية فکذلك إذا كانت الامرأتان الأم والبنت مع تقدم تاریخ البنت بخلاف الأختين والأم والبنت مع تقدم تاریخ الأم لإمكان

۱. استاد^۱ در مباحث احکام رضاع، استدراکی نسبت به نظر مختار خود ارائه کرده است (ر.ک: جلد ۱۳ از کتاب حاضر).

صحة العقدین بأن طلق الأولى و عقد على الثانية فى الأختین و طلق الأم مع عدم الدخول بها و حينئذ ففى ترجیح الثانية أو التساقط وجهان.^۱

فرض سوم از صورت سوم این است که هر دو مدعى بیته دارند و بیته یکى به لحاظ تاریخ بر بیته دیگرى مقدم است. مرحوم سید برای این فرض سه حالت را تصویر و نظر خود را درباره آنها اظهار می کند:

حالت اول: شهادت بیته به عقد سابق و بقاء تا زمان عقد دوم

حالت اول این است که بیته یکى از مدعى ها هم به حدوث عقد سابق و هم به بقاء آن تا زمان حدوث عقد دوم شهادت دهد. مرحوم سید در این حالت به صورت مطلق عقد سابق را ترجیح داده و بیته مدعى دیگر که به حدوث عقد لاحق شهادت می دهد را باطل می داند.

حالت دوم: شهادت بیته به عقد سابق در فرض کفایت حدوث عقد سابق برای بطلان عقد لاحق

حالت دوم این است که بیته تنها به حدوث عقد سابق شهادت دهد و درباره بقاء آن ساکت باشد، ولى حدوث عقد سابق برای بطلان عقد لاحق کافی است. مثلاً اگر یک بیته بر عقد سابق دختر و بیته مدعى دیگر بر عقد لاحق مادر شهادت دهد، بیته بر عقد دختر مقدم و بیته دیگر باطل می شود؛ زیرا شهادت بر تقدّم حدوث عقد دختر، بقاء عقد دختر و بطلان عقد لاحق مادر را نیز ثابت می کند؛ چون به مجرد عقد با دختر، مادر او بر آن مرد حرام ابدى می شود و به دخول و امثال آن هم مشروط نیست. حکم صورت شهادت بیته اول به معقود بودن مادر در فرض دخول به وی نیز همچون این صورت است؛ لذا مرحوم سید، محل تردید را در آخر مسئله به «مع عدم الدخول بها» مقید کرده است.

حالت سوم: شهادت بیته به عقد سابق و سکوت از بقاء آن

حالت سوم این است که بیته اول تنها به حدوث عقد سابق شهادت دهد و صحت عقد سابق نیز با صحت عقد لاحق منافات نداشته باشد. مرحوم سید

۱. العروة الوثقى، ج ۲، ص ۸۶۲.

برای این فرض دو مثال بیان می‌کند و ما نیز مثال سوم را افزوده‌ایم:

۱. یک بینه بر وقوع عقدی در گذشته بر این زن و بینه دیگر بر وقوع عقد با خواهر این زن شهادت دهد.

۲. یک بینه بر زوجیت این زن (مادر) برای آن مرد و بینه دیگر بر ازدواج امسال این مرد با دختر آن زن شهادت دهد.

۳. مردی سه زن دارد و بینه بر ازدواج سال گذشته او با زن چهارمی شهادت دهد، و بینه دیگر بر ازدواج امسال او با این زن شهادت می‌دهد که در صورت دوم، اگر ازدواج این زن جدید، صحیح باشد زن پنجم خواهد بود.

در این مثال‌ها صحت هر دو عقد امکان دارد؛ یعنی عقد اول با فسخ یا طلاق زائل شود و امسال زن دیگر را عقد کند. در مثال اول بین دو خواهر جمع نمی‌شود، در مثال دوم، مادر را بدون دخول طلاق داده و با دخترش ازدواج کند. در مثال سوم نیز یکی از چهار زنش را طلاق داده و با زن دیگری امسال ازدواج کند.

مرحوم سید در این فرض، دو احتمال را مطرح کرده است، یکی تعارض و تساقط دو بینه و احتمال دیگر ترجیح بینه دوم، که هیچ‌یک از احتمالات در نظر ایشان ترجیح ندارند؛ لذا فرموده است: «و جهان».

دلیل تردید ایشان این است که از یک جهت طلاق زن مورد عقد سابق، قبل از ازدواج با دومی، معلوم نیست؛ پس باید تعارض و تساقط هر دو بینه را پذیرفت، و از جهت دیگر صحت عقد لاحق با بینه یا اصاله الصحة ثابت شده و بینه عقد سابق به بقاء آن شهادت نمی‌دهد و شاید با مثل طلاق یا فسخ و انفساخ زائل شده باشد؛ پس تعارضی نخواهد بود و بینه لاحق - که بر وقوع عقد لاحق صحیحی شهادت داده - مقدم است.

تصویر بهتر از تصویر مرحوم سید

مرحوم آقای خوئی و مرحوم آقای گلپایگانی در حواشی خود بر عروه به گونه دیگری بحث را مطرح کرده‌اند که به نظر ما تصویری که ما در ذیل مطرح خواهیم کرد مناسب‌تر از آن است. به نظر ما مسئله دو حالت دارد:

حالت اول: شهادت هر دو بینه به صحت الفاظ عقد نه سایر شرایط صحت عقد
حالت اول این است که هر دو بینه به «وقوع صحیح الفاظ عقد» تعلق بگیرد؛ مثلاً
بینه یکی از مدعی‌ها بر حضور سال گذشته خود در جلسه عقد این زن و مرد و
دیدن اجرای صیغه و وجود شرایط صحت صیغه شهادت دهد، و از وجود سایر
شرایط صحت عقد ساکت باشد،^۱ و بینه دیگر هم بر حضور امسال خود در جلسه
عقد این مرد با خواهر یا مادر یا دختر آن زن و دیدن وقوع صیغه عقد شهادت دهد،
و از وجود سایر شرایط ساکت باشد. در این فرض، صحت عقد در دایره شهادت
دو بینه داخل نیست و باید با اصاله الصحه صحت عقد و ترتب آثار را ثابت کرد.
در این حالت، مسئله دو صورت دارد:

الف. حکم شهادت بینه عقد سابق به محقق نشدن فراق شرعی
صورت اول آن است که بینه اول علاوه بر شهادت به وقوع عقد، بر واقع نشدن فسخ
یا انفساخ یا طلاق در فاصله این عقد تا عقد دوم نیز شهادت دهد. البته شهادت
به واقع نشدن فسخ یا انفساخ یا طلاق شهادت به نفی است و اگر بین دو عقد
فاصله زیادی مثل چند ماه باشد، شهادت به نفی مسموع نیست؛ اما اگر فاصله
بین دو عقد اندک باشد شهادت به نفی مسموع است؛ زیرا همراهی دو شاهد با
زوج در مدت کوتاه امکان دارد.^۲
در این صورت که بینه اول علاوه بر وقوع عقد، بر واقع نشدن طلاق و مانند آن

۱. توضیح بیشتر: شرایط صحت عقد بر دو گونه است؛ یکی شرایط صحت صیغه عقد همچون عربیت و ماضویت، و دیگری سایر شرایط مثل عدم تقدم عقد صحیح بر دختر این زن (خواه عقد نکاح باقی باشد یا نباشد). بینه‌هایی که در مجلس عقد حاضرند، چه بسا تنها شرایط صحت صیغه عقد را گواهی دهند و نسبت به سایر شرایط سخنی نداشته باشند، یا اگر نسبت به سایر شرایط هم شهادت دهند، چه بسا ادعا شود به دلیل غیر محسوس بودن مورد شهادت، از اعتبار شرعی برخوردار نیستند.

۲. توضیح بیشتر: شهادتی مسموع است که در امور محسوس یا قریب به حس باشد و احتمال رود که شاهد از روی حس خود شهادت می‌دهد. در شهادت به نفی در فاصله زمانی اندک این احتمال وجود دارد، ولی در فاصله زمانی بسیار شهادت به نفی پذیرفته نیست؛ چون محتمل نیست که در تمام احوال، شاهد و زوج با هم همراه باشند. بنابراین ملاک اصلی این است که آیا احتمال عرفی می‌رود که شاهد عدم طلاق یا فسخ یا انفساخ را از روی حس فهمیده باشد (که شهادت مسموع است) یا احتمال نمی‌رود، و فرق بین فاصله اندک و فاصله بسیار مبنی بر غالب است.

در فاصله این دو عقد هم شهادت می‌دهد، اصاله الصحه درباره وقوع عقد اول با اصاله الصحه درباره وقوع عقد دوم تعارض می‌کند؛ زیرا صحت عقد نخست و بقای آن تا زمان اجرای عقد دوم اقتضا می‌کند آن زن همسر این مرد باشد، از طرف دیگر صحت عقد دوم هم اقتضا می‌کند عقد اول باطل باشد؛ چون همسری آن زن همزمان با خواهر، مادر یا دخترش و اجتماع صحت این دو عقد امکان ندارد؛ پس این دو اصاله الصحه تعارض و تساقط می‌کنند، و در این صورت تقدم عقد سابق بر عقد لاحق وجهی ندارد.

ب. حکم سکوت بینه عقد سابق از تحقق فراق شرعی

صورت دوم آن است که بینه اول تنها بر اصل وقوع عقد شهادت دهد و درباره وجود یا نفی فسخ، طلاق و مانند آنها اظهار نظری نکند. در این صورت هر دو عقد با عنایت به اصاله الصحه اقتضاء صحت دارند و دو اصاله الصحه هم تعارضی ندارند؛ چون شاید هم عقد اول و هم عقد دوم صحیح باشد؛ زیرا شاید در فاصله عقد اول و عقد دوم، عقد اول زائل شده و لذا صحت عقد دوم بی مانع باشد. پس ممکن است در این صورت، قائل به صحت عقد دوم شویم.

تذکر این نکته لازم است که در صورت دوم هم تعارض اصاله الصحه درباره عقد اول با اصاله الصحه درباره عقد دوم، در دو مورد قابل تصویر است:

مورد اول اینکه موضوع عقد سابق، دختر و موضوع عقد لاحق، مادر باشد، که در این صورت، عقد دوم باطل است؛ زیرا عقد مادران حرام ابدی است، حتی اگر عقد دختر زائل شده باشد.

مورد دوم اینکه موضوع عقد اول مادر باشد و دخول هم واقع شده باشد، که در این صورت، عقد دختر باطل است؛ زیرا ازدواج با دختر زن مدخوله جایز نیست.

حالت دوم: شهادت هر دو بینه به وقوع عقد صحیح

حالت دوم این است که هر دو بینه بر «وقوع عقد صحیح» یا «زوجیت این زن نسبت به مرد» شهادت دهند. شهادت به سبب «وقوع عقد صحیح» با شهادت به مسبب (زوجیت) نتیجه یکسانی دارند؛ زیرا وقوع عقد صحیح با زوجیت ملازم است.

این حالت نیز دو صورت دارد:

الف. حکم شهادت **بینه** عقد سابق به عدم فراق شرعی: تساقط **بینه** ها

صورت اول این است که **بینه** عقد اول علاوه بر زوجیت، بر استمرار آن تا وقوع عقد دیگر نیز - که مورد **بینه** دوم است - شهادت دهد. در اینجا دو **بینه** تعارض می‌کند؛ زیرا نتیجه صحت و استمرار عقد صحیح، اثبات زوجیت آن زن با این مرد است، از طرفی **بینه** دوم نیز بر وقوع عقد صحیح شهادت می‌دهد که نتیجه آن فقدان علقه زوجیت بین زن سابق و این مرد است.

البته اگر **بینه** اول به وقوع عقد دختر و **بینه** دوم بر وقوع عقد مادر شهادت دهد، یا **بینه** اول بر عقد مادر مدخوله و **بینه** دوم بر عقد دختر شهادت دهد، دو **بینه** با هم تعارض می‌کنند، حتی اگر عقد سابق قبل از عقد لاحق به فراق شرعی انجامیده باشد؛ چون هریک، مدعی «وقوع عقد صحیح» هستند و صحت هر دو عقد در این دو مثال ممکن نیست.^۱

ب. حکم سکوت «**بینه** عقد سابق» از «تحقق فراق شرعی»: صحت عقد دوم

صورت دوم این است که **بینه** تنها به وقوع عقد صحیح شهادت دهد و به استمرار آن تا زمان وقوع عقد دوم شهادت ندهد. در اینجا صحت حدوث عقد اول با بطلان عقد دوم ملازمه ندارد، و دو شهادت با هم منافات ندارند؛ چون شاید در فاصله عقد اول تا عقد دوم، عقد اول زائل شده باشد؛ لذا صحت هر دو عقد در زمان خود امکان دارد.

بررسی اشکالات وارده بر کلام مرحوم سید

در کلام مرحوم سید دو اشکال به نظر می‌رسد:

اشکال اول: **موجه نبودن ترجیح بینه سابق در حالت اول و دوم از فرض سوم عروه**

مرحوم سید در صورت شهادت **بینه** به استمرار عقد اول تا زمان عقد دوم (یا علم خارجی به استمرار) یا ملازمه داشتن صحت عقد سابق با بطلان عقد لاحق، **بینه**

۱. توضیح بیشتر: صورت‌های حالت دوم (شهادت به عقد صحیح) همانند صورت‌های حالت اول (شهادت به صحت الفاظ عقد) می‌باشد با این تفاوت که در حالت اول، اگر تعارضی رخ دهد، تعارض بین اصالة الصحه‌های مربوط به دو عقد می‌باشد، ولی در حالت دوم، در صورت تعارض، تعارض بین مفاد خود **بینه** ها (به طور مستقیم) است.

سابق را ترجیح داده است؛ اما این اشکال مطرح است که ترجیح فوق، وجهی ندارد، چه خود دو بینه متنافی باشند^۱ چه با توجه به جریان اصالة الصحة متنافی باشند^۲.

پاسخ اول: مرجح بودن اصل عملی (استصحاب بقاء عقد سابق) برای بینه موافق آن ممکن است کلام مرحوم سید را به گونه‌ای توجیه کرد؛ این توجیه بر این بحث اصولی مبتنی است که هنگام تعارض امارات آیا اصل عملی، مرجح یکی از دو اماره گشته و حجیت اماره موافق با اصل را حفظ می‌کند یا دو اماره با هم تعارض کرده و بعد از تساقط آنها اصل عملی مرجع است؟ اگر اصل عملی مرجح اماره باشد، مثبتات این اماره معتبر است و اگر اصل مرجع باشد مثبتات آن معتبر نیست.

می‌توان مرجح بودن اصل عملی را چنین تقریب کرد که اصالة العموم در دلیل حجیت امارات - که مصداق اماره در محل بحث «بینه» است - فی نفسه هر دو اماره را شامل می‌شود؛ اما با توجه به تعارض دو اماره، اصالة العموم نمی‌تواند هر دو را شامل شود و دو احتمال مطرح است: یا اصل مرجح است و اصالة العموم تنها در اماره مخالف بی اعتبار می‌شود اما در اماره موافق با اصل اعتبار دارد، یا اصل مرجح نیست و اصالة العموم در هر دو اماره بی اعتبار می‌شود. اما طبق هر دو احتمال، اصالة العموم درباره اماره مخالف با اصل، ساقط می‌شود؛ اما سقوط اصالة العموم درباره اماره موافق با اصل، مشکوک است؛ لذا می‌توان با اصالة العموم اماره موافق اصل را ترجیح داد.^۳

شاید مرحوم سید نیز اصل عملی را مرجح می‌داند؛ لذا بینه سابق مطابق با

۱. مراد همان بخش الف از حالت دوم تصویر استاد رحمته الله است.

۲. مراد همان بخش الف از حالت اول تصویر استاد رحمته الله است.

۳. توضیح بیشتر: استاد رحمته الله این تقریب را برای ترجیح در مورد مرجحات غیر منصوصه نیز ذکر کرده است با این بیان که سقوط دلیل غیر ذو المزیه قطعی است؛ لذا نمی‌تواند سبب سقوط دلیل ذو المزیه که مشکوک است گردد. استاد این دلیل را صناعی دانسته ولی آن را عرفی نمی‌دانستند، لذا در اخبار علاجیه راوی در ترجیح ذو المزیه تردید کرده و از امام علیه السلام حکم مسئله را پرسیده است. پرسش - لا اقل - کاشف از عدم اطمینان عرف به این گونه تقریبات می‌باشد و چون به عقیده استاد رحمته الله اصالة العموم تا اطمینانی نباشد حجت نیست، پس تقریب فوق ناتمام است.

استصحاب را بر یئنه لاحق ترجیح داده است.

نقد پاسخ: بطلان استصحاب بقاء عقد سابق در فرض تنافی حدوث عقد سابق با لاحق اما این پاسخ فقط وقتی صحیح است که حدوث عقد اول با حدوث عقد دوم متنافی نباشد و تنها استمرار عقد اول (که با استصحاب ثابت شده) با حدوث عقد دوم متنافی باشد؛ ولی در جایی مانند عقد بر دختر که به مجرد عقد، ازدواج با مادر وی حرام می‌گردد، استصحاب و اصلی جاری نیست تا بتوان به جهت مرجح بودن اصل، یئنه سابق را ترجیح داد و چون مرحوم سید حالت دوم^۱ از فرض سوم این مسئله را نیز به حالت اول^۲ ملحق کرده است و در اینجا یئنه عقد دختر، علاوه بر بقاء از جهت حدوث هم با یئنه عقد مادر تعارض دارد و اصل عملی هم جاری نیست، معلوم می‌شود فتوای ایشان (تقدیم یئنه اسبق) مستند به مبنای ترجیح یکی از دو یئنه متعارض به جهت مطابقت با اصل نبوده است.^۳

پاسخ دوم: اراده تصویر اول از دو صورت شهادت یئنه به نظر می‌رسد وجه تقدیم یئنه سابق در عروه مطلب دیگری باشد؛ زیرا به طور کلی می‌توان برای شهادت هر دو یئنه دو صورت کلی را بیان کرد:

صورت اول: شهادت یئنتین بدون نفی زوجیت سابق با یئنه لاحق.
صورت دوم: شهادت یئنتین در فرض تنافی هر یک از یئنتین.

صورت اول: شهادت یئنتین بدون نفی زوجیت سابق با یئنه لاحق
متعارف شهادت یئنتین همین صورت اول است؛ زیرا معمولاً آنچه محسوس و

۱. شهادت یئنه به عقد سابق در فرض کفایت حدوث عقد سابق برای بطلان عقد لاحق مثل شهادت بر سبق عقد دختر بر عقد مادر.

۲. شهادت یئنه به عقد سابق و بقاء تا زمان عقد دوم.

۳. به علاوه ظاهراً مرحوم سید یردی در تعارض اخبار چنین مبنایی ندارد و اصول عملیه را مرجح نمی‌داند:

کتاب التعارض، ص ۵۷۰: «و التحقیق عدم کون اعتبار الأصول من باب الظن، و علی فرضه فالظن إنما يحصل منها مع عدم الدلیل، و لو علی طبقها، فلا تكون مرجحة مطلقاً؛ و ص ۵۷۳: «و علی أي حال فالحق عدم الترجیح بموافقة الأصل، و لا بمخالفته».

شهود است اجرای صیغه است، خواه متعلق شهادت بپتنتین، اصل اجرای صیغه باشد یا صحت اجرای صیغه باشد.

در هر حال، صورت متعارف دعوا این است که تردیدی از جهات دیگر وجود ندارد و تنها در عقد دوم، تردید در تحقق صحیح عقد اول است که مانع صحت عقد دوم می‌شود. بنابراین، بینه لاحق به اجرای صیغه عقد شهادت می‌دهد بدون اینکه متعرض این جهت باشد که آیا برای این مرد پیش از آن، عقد دیگری مثلاً بر خواهرش واقع شده یا نه.

به احتمال قوی، همانطور که عبارات سابقین نیز ناظر به همین صورت است، کلام مرحوم سید نیز ناظر به همین صورت است. در این فرض، بینه عقد سابق، مقدم است؛ زیرا با تحقق عقد اول، دیگر موضوعی برای عقد دوم باقی نمی‌ماند و این منافاتی با بینه عقد لاحق ندارد؛ زیرا لازمه بینه عقد دوم نفی عقد زوجیت یا نفی عقد سابق نیست.

صورت دوم: شهادت پتنتین در فرض تنافی هریک از پتنتین

صورت دوم، صورتی است که شهادت پتنتین با هم تنافی دارد که دو فرض دارد:

الف. لازمه شهادت پتنتین تنافی داشته باشد؛ در این فرض، پتنتین شهادت به اصل صیغه داده‌اند و سایر شرایط صحت عقد نیز محرز نیست و در نتیجه صحت هریک از دو عقد با اصل صحت ثابت می‌شود و لذا اصاله الصحة در هر دو عقد با هم تعارض می‌کند و هیچ‌یک بر دیگری ترجیحی ندارد، مانند اینکه کسی دو مطلب بگوید و خلاف واقع گفتن (به عمد یا سهو) در یکی از آنها به نحو اجمالی معلوم باشد که در این صورت هیچ‌یک بر دیگری اولویت ندارد و نمی‌توان اولی را صادق و دومی را اشتباه یا دروغ دانست.^۱

۱. در صورت اول که فرض متعارف است، تعارض بین اصل صحت‌ها رخ نمی‌دهد؛ زیرا در عقد اول نسبت به صحت آن شکی وجود ندارد تا اصل صحت جاری شود و اگر شکی وجود داشته باشد در صحت عقد دوم است؛ زیرا محتمل است عقد اول رخ داده و مانع از تحقق عقد دوم شده باشد، اما در عقد دوم نیز اصل صحت جاری نخواهد شد؛ زیرا با وجود مانعی که شارع آن را به رسمیت شناخته - یعنی عقد اول - دیگر نوبت به صحت عقد دوم نمی‌رسد. در حقیقت صحت عقد دوم منوط به نبود عقد اول است، ولی صحت عقد اول منوط به نبود عقد دوم نیست.

ب. بَیِّنَتین به صورت مستقیم تنافی داشته باشند؛ در این فرض، بَیِّنَةُ لاحِق، بر وقوع عقدی صحیح از جمیع جهات حتی از جهت «حرمت جمع بین الاختین» شهادت حتی می‌دهند؛ یعنی مثلاً می‌گویند: «دیدیم عقد فلان زن برای این مرد، صحیح خوانده شد و پیش از آن نیز خواهرش معقوده او نبوده است»، بَیِّنَةُ سابق نیز شهادت به صحت از جمیع جهات می‌دهد. در این فرض نیز تقدیم بَیِّنَةُ عقد اول بر بَیِّنَةُ عقد متأخر هیچ ترجیحی ندارد، بلکه یکدیگر را تکذیب می‌کنند و دروغ یا اشتباه در یکی از آنها معلوم است. در این صورت، تعارض بین محسوسات بَیِّنَتین است، بر خلاف فرض قبل که تعارض بین اصل صحت در هر یک از دو عقد است.^۲

اشکال دوم: موجه نبودن تردید در صحت عقد لاحق هنگام سکوت بَیِّنَةُ عقد سابق از بقاء آن اشکال دوم بر مرحوم سید این است که در حالت سوم (شهادت بَیِّنَةُ به عقد سابق و سکوت از بقاء آن بدون تنافی حدوث عقد سابق با لاحق) مفاد دو بَیِّنَةُ تنافی ندارند و طبق قاعده باید بَیِّنَةُ دوم که متعرض حال فعلی است معتبر باشد. همچنین اگر بَیِّنَةُ ها فقط بر خواندن صیغه عقد شهادت دهند، اصالة الصحه در دو بَیِّنَةُ تعارض ندارند و باید به هر دو اخذ کرد و در نتیجه طبق بَیِّنَةُ لاحِق حکم می‌شود؛ ولی با این حال چرا مرحوم سید در اینجا تردید کرده و «وجهان» تعبیر می‌کند؟

اما در صورت دوم حتی عقد اول نیز صحتش منوط به جریان اصل صحت است و اصل صحت نسبت به هر دو عقد اول و دوم علی السویه است و هیچ یک بر دیگری ترجیحی ندارد.

۱. قبلاً بیان شد شهادت بَیِّنَةُ عقد لاحق به عقد سلبی و نفی زوجیت سابق قابل تصویر است، مثل جایی که فاصله بین دو عقد به قدری کم باشد که متعارف باشد که بَیِّنَةُ دوم چنین بگوید: «زمان مورد شهادت بَیِّنَةُ اول آنجا بودیم و عقدی در آن زمان واقع نشد».

۲. گاهی بَیِّنَةُ دوم علاوه بر شهادت به صحت صیغه عقد، شهادت می‌دهد که اگر عقد اولی هم رخ داده باشد استمرار نداشته و هنگام عقد دوم زوجیت سابق باقی نمانده است و هنگام این عقد، خواهر معقوده، زوجه نبوده است، ولی زوجیت در هنگام عقد سابق را نفی نمی‌کند. در این صورت مسئله متفاوت است؛ لذا در اصل تحقق عقد اول تعارضی نیست و پس از تعارض بَیِّنَةُ ها در استمرار عقد اول، استصحاب بقاء زوجیت در عقد اول می‌شود.

پاسخ: تردید مرحوم سید در حجیت مثبتات اصاله الصّحة در عقد لاحق

طبق احتمال قوی چنان‌که در پاسخ به اشکال سابق بیان شد، مرحوم سید به صورتی نظر دارد که شهود به «زوجیت» یا «عقد صحیح» شهادت نمی‌دهند، بلکه به اصل وجود عقد لاحق با صیغه صحیح شهادت می‌دهند؛ زیرا بینه معمولاً به امور محسوس خود شهادت می‌دهد. از این رو، شهود به حضور خودشان در جلسه عقد و نیز شنیدن اجرای صیغه به شکل صحیح شهادت می‌دهند، اما «صحت عقد از تمام جهات» و «زوجیت» جزء محسوسات نیستند و وجود همه شرایط صحت عقد، برای شهود قابل حس نیست. اینکه خواهر این زن قبلاً معقوده این مرد بوده یا نه، به این جهات معمولاً توجه نمی‌شود و برای اشخاص محسوس و مشهود نیست. بنابراین، بینه دوم که به «زوجیت» زن دوم برای این مرد شهادت می‌دهد، در واقع تنها بر جاری شدن صیغه صحیح عقد بین آنها شهادت می‌دهد و باید وجود سایر شرایط را با اصاله الصّحة احراز نمود. بینه اول هم که به زوجیت زن اول برای این مرد شهادت می‌دهد، زوجیت زن اول را در همان زمان سابق ثابت می‌کند و چون فرض جاری (حالت سوم) این است که بینه عقد اول ساکت از بقاء عقد اول است، استصحاب بقاء زوجیت سابق، زوجیت زن اول را تا زمان عقد دوم ثابت می‌کند و اگر جاری شود، با اصل صحت عقد دوم تعارض می‌کند.

اصاله الصّحة در عقد دوم بر استصحاب عدم تحقق صحیح عقد دوم حاکم است؛ اما آیا بر استصحاب جاری درباره عقد دیگر نیز حاکم است؟^۱ اگر اصاله الصّحة را جزء اماراتی بدانیم که مثبت آن هم حجت باشد، شاید بر آن استصحاب هم حاکم دانسته شود؛ ولی اگر اصاله الصّحة را اصل بدانیم یا اگر جزء امارات بدانیم اما مثبتات آن را حجت ندانیم، معلوم نیست چنین حکومتی را بتوان ثابت کرد.

۱. توضیح بیشتر: در موارد اصاله الصّحة غالباً استصحابی جریان دارد که مخالف اصاله الصّحة است. مثلاً در جایی که عقدی انجام گرفته که در صحت آن تردید داریم، اصل عدم ترتب اثر عقد می‌باشد که با فساد عقد همخوان است؛ لذا لازمه حجیت اصاله الصّحة عدم اعتبار این‌گونه اصول مخالف می‌باشد، وگرنه اصاله الصّحة لغو می‌باشد. این بیان تنها ترجیح اصاله الصّحة را بر استصحاب مخالفی که در همان مورد اصاله الصّحة جاری است می‌رساند و دلیل بر ترجیح اصاله الصّحة بر استصحاب در غیر مورد اصاله الصّحة نیست.

به احتمال قوی مرحوم سید در اعتبار مثبتات اصالة الصحة تردید دارد و لذا به «وجهان» تعبیر کرده است. اگر مثبتات اصالة الصحة را حجت ندانیم هر دو اصل جاری می‌شود و با هم تساقط می‌کنند و هیچ کدام بر دیگری ترجیح ندارند؛ لذا چنین نیست که دربارهٔ مطلب واضحی، مرحوم سید به تردید افتاده باشد. پس اینکه برخی بطلان نظر مرحوم سید را واضح دانسته‌اند، صحیح نیست و ممکن است مراد مرحوم سید صورتی باشد که مشهود به «عقد صحیح از جمیع جهات» نیست، بلکه فقط صیغهٔ صحیح عقد است که معمولاً مشهود است.^۱

حکم فرض چهارم (تاریخ دار بودن یکی از بیته‌ها): صحت عقد معلوم التاريخ مرحوم سید در عروه تنها سه فرض با صورت‌های مختلف را مطرح کرد؛ اما فقهای گذشته، فروضی دیگری را نیز مطرح کرده‌اند که محتاج بررسی است.

یکی از این فروض که سابقین از محقق کرکی به بعد^۲ مطرح کرده‌اند این است که یکی از دو بیته مطلق و بدون تاریخ باشد و دیگری در ضمن شهادت خود، زمانی را برای وقوع عقد مشخص نماید. در این فرض، آنکه مجهول التاريخ است دو صورت دارد: گاهی احتمال تأخر از معلوم التاريخ وجود دارد، گاهی فقط احتمال تقدّم و تقارن است، و گاهی هر سه احتمال هست: هم تأخر، هم تقدّم، هم تقارن.

اگر تأخر هر دو عقد نسبت به دیگری محتمل باشد، یعنی عقدی که بدون تاریخ به آن شهادت داده شده، شاید قبل از عقد با تاریخ یا بعد از آن منعقد شده باشد، در اینجا چون روایت زهری معتبر نیست می‌توان با تمسک به استصحاب گفت بنابر مبنای مختار در مسئله معلوم و مجهول التاريخ که فقط در مجهول التاريخ اصل جاری می‌شود، دو اصل تعارض نمی‌کنند^۳ و به مقتضای جریان استصحاب

۱. برای نمونه: العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۱۹.

۲. توضیح بیشتر: یا اگر شهادت وی هم به عقد صحیح باشد، به علت غیر محسوس بودن شرایط صحت عقد، از اعتبار لازم برخوردار نیست.

۳. برای نمونه: جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۸؛ مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۰۹.

۴. بنابر مبنای مرحوم آقای خونی که هر دو اصل را جاری می‌داند بین دو اصل تعارض می‌شود و به صحت هیچ کدام نمی‌توان حکم نمود. به عنوان نمونه رک: موسوعة الإمام الخوئی، ج ۲۴، ص ۲۹۷؛ «الخامسة: إذا علم أنّ مورثه كان مکلفاً بإخراج الزکاة و شک فی أنّه أذاها أم لا».

در مجهول التاريخ و اینکه تا این تاریخ معلوم، عقدی بر خواهر دیگر جاری نشده است عقد معلوم التاريخ صحیح است.

ترتیب آثار مشترک در فرض تعارض اصلها

مطلبی که مناسب است تذکر داده شود این است که حتی در فرض تعارض دو اصل با یکدیگر، یکی از عقدها اجمالاً صحیح است و فی الجمله یکی از این دو خواهر همسر این مرد است و می توان آثار مشترک این دو بینه را که حجیت احدهما است مترتب کرد؛ مثلاً اگر دختر و مادر باشند، حتی اگر هر دو اصل با هم تعارض کنند اما در بطلان عقد «مادرِ مادر» با هم مشترک اند؛ چون چه دختر، معقوده باشد چه مادر وی، در هر حال مادرِ مادرِ حرام ابدی شده است؛ زیرا اگر دختر، معقوده باشد با مادرِ مادر او یعنی جدّه او نمی توان ازدواج کرد و اگر معقوده، مادر باشد، با مادرِ مادر یعنی مادر زن نمی توان ازدواج کرد.

مقتضای ادله خاصه (روایات زهری و ثقفی) در مسئله

آنچه تا کنون بیان شد مقتضای قواعد بود. مرحوم سید در ادامه مقتضای ادله خاصه را چنین مطرح کرده است:

«الخامسة: ... هذا و لكن وردت رواية تدل على تقديم بينة الرجل الا مع سبق بينة المرأة المدعية او الدخول بها في الاختين وقد عمل بها المشهور في خصوص الاختين و منهم من تعدى الى الام و البنات ايضا و لكن العمل بها حتى في موردها مشكل لمخالفتها للقواعد و امكان حملها على بعض المحامل التي لا تخالف القواعد.»^۱

اختصاص ادله خاصه به صورت سوم (بینه داشتن هر دو مدعی)

مرحوم سید می فرماید روایتی وارد شده که در مورد اختین باید بینه مرد را بر بینه زن مقدم داشت مگر اینکه زن دوم مدخوله باشد و یا مدلول بینه او (تاریخ وقوع عقدی که بر آن شهادت داده) از بینه مرد اسبق باشد که در این صورت بینه زن دوم مقدم

می شود و در سایر صور، اعم از اینکه شهادت هر دو بیته مطلق باشد و یا یکی مطلق باشد و دیگری وقت تعیین کند و یا هر یک به وقوع عقد خود در همان زمان عقد دیگر شهادت دهند، باید بیته مرد مقدم شود، در حالی که قواعد چنین اقتضایی ندارد. در هر حال این روایت مختص به صورت سوم (بیته داشتن هر دو مدعی) است.

روایات زهری و ثقفی

این روایت، روایتی از زهری از امام سجاد علیه السلام است:

علی بن ابراهیم عن ابيه و علی بن محمد القاسانی عن القاسم بن محمد عن سلیمان بن داود عن عیسی بن یونس عن الأوزاعی عن الزهري عن علی بن الحسین علیه السلام: «فی رجل اذعی علی امرأة أنه تزوجها بولی و شهود و أنكرت المرأة ذلك فأقامت أخت هذه المرأة علی هذا الرجل البينة أنه قد تزوجها بولی و شهود و لم یوقتاً وقتاً فكتب أن البينة بينة الرجل و لا تقبل بينة المرأة لأن الزوج قد استحق بضع هذه المرأة و تريد أختها فساد التکاح و لا تصدق و لا تقبل بینتها إلا بوقت قبل وقتها أو بدخول بها.»^۱

البته در روایت دیگری همین مفاد، از امام صادق علیه السلام نقل شده است:

محمد بن الحسن الصفار عن علي بن محمد عن القاسم بن محمد عن سلیمان بن داود عن عبد الوهاب بن عبد الحميد الثقفی عن أبي عبد الله علیه السلام قال سمعته يقول: «فی رجل اذعی علی امرأة أنه تزوجها بولی و شهود و أنكرت المرأة ذلك فأقامت أخت هذه المرأة علی هذا الرجل البينة أنه تزوجها بولی و شهود و لم یوقتاً وقتاً إن البينة بينة الزوج و لا تقبل بينة المرأة لأن الزوج قد استحق بضع هذه المرأة و تريد أختها فساد التکاح فلا تصدق و لا تقبل بینتها إلا بوقت قبل وقتها أو دخول بها.»^۲

۱. الکافی، ج ۵، ص ۵۶۲، ح ۲۶؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۹، باب ۲۲، ح ۱.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۲۳۶، باب البینتین یتقابلان أو یتزوج بعضهما علی بعض و حکم القرعة،

در سند روایت دوم در بعضی نسخ، عبد الحمید ثقفی نوشته شده است که اشتباه است و عبد المجید ثقفی صحیح است که در کتب عامه^۱ و خاصه^۲ نام او آمده است. در برخی نسخ رجال شیخ طوسی عبد الحمید آمده؛ ولی در نسخ معتبر آن عبد المجید آمده است.^۳

مرحوم سید می‌فرماید یک روایت در این باره وجود دارد، در حالی که دو روایت است که از دو امام نقل شده است، همچنان که محقق اول در نکت النهایه نیز از دو روایت یاد می‌کند.^۴

دلایل ضعف سندی

هر دو سند این دو روایت ضعیف است.

ضعف سلیمان بن داود المنقری

اولاً، در هر دو سلیمان بن داود المنقری واقع شده که از عامه است و برخی او را تضعیف کرده‌اند.^۵

ح ۱۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۷، ص ۲۵۴، ح ۱۳.

استاد رحمه الله: در باب زیادات تهذیب این روایت چنین آمده است:

تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۳۱۲، ح ۶۷: عنه عن علي بن محمد القاساني عن القاسم بن محمد عن سليمان بن داود المنقري عن عبد الوهاب بن عبد الحميد الثَّقَفِي عن أبي عبد الله عليه السلام قال سمعته يقول: «في رجل ادعى على امرأة أنه تزوجها بولي وشهود وأنكرت المرأة ذلك فأقامت أخت هذه المرأة على رجل آخر البيّنة أنه تزوجها بولي وشهود ولم يوفّنا وقتاً إن البيّنة بينة الزوج ولا تقبل بيّنة المرأة لأن الزوج قد استحق بضع هذه المرأة وتريد أختها فساد النكاح فلا تصدّق ولا تقبل بينتها إلا بوقت قبل وقتها أو دخول بها».

در این نقل به جای «هذا الرجل»، «رجل آخر» آمده است که ظاهراً تصحیح اجتهادی است.

۱. برای نمونه: سیر أعلام النبلاء، ج ۹، ص ۲۳۷، رقم ۶۷؛ التاريخ الكبير، ج ۶، ص ۹۷، رقم ۱۸۲۲؛ الطبقات الكبرى، ج ۷، ص ۲۱۲؛ تاریخ بغداد، ج ۱۱، ص ۱۹، رقم ۵۶۸۷؛ الاغتباط (سبط ابن عجمی)، ص ۲۳۰، رقم ۷۶؛ المختلطین، ص ۷۸، رقم ۳۲.

۲. کتاب الطبقات (برقی)، ص ۲۵؛ الغيبة (نعمانی)، ص ۱۲۶.

۳. رک: رجال الطوسي، ص ۲۴۲، رقم ۲۴۵.

۴. نکت النهایه، ج ۲، ص ۳۷۱.

۵. ابن غضائری، سلیمان بن داود المنقری را تضعیف کرده است:

الرجال لابن الغضائري، ج ۱، ص ۶۵، رقم ۴: «سلیمان بن داود المنقري الأصبهاني. ضعيف جدا

مردود بودن قاسم بن محمد بین جوهری ثقة و اصفهانی ضعیف

ثانیاً، قاسم بن محمد بین جوهری و اصفهانی مردود است. جوهری به دلیل اینکه بعضی از اجلاء از او نقل حدیث کرده‌اند ثقة است^۱ و طبق نظر مرحوم آقای خوئی چون در اسناد کامل الزیارات واقع شده ثقة است^۲، اما در هر حال، در این روایت دلیلی وجود ندارد که مراد، جوهری باشد؛ چون در این سند، جوهری و اصفهانی از نظر راوی و مروی عنه مشترک‌اند، هرچند در بسیاری از جاهای دیگر مختلف‌اند.^۳

عدم دلیل بر وثاقت عیسی بن یونس، اوزاعی و زهری

ثالثاً، عیسی بن یونس عامی و از مشاهیر محدثین عامه است؛ البته محقق حلی او

لا یلینت الیه بوضع کثیرا علی المهمات. «اما نجاشی در فهرست خود درباره او می‌گوید: ... بصری لیس بالمتحقق بنا غیر انه روی عن جماعة من اصحاب جعفر بن محمد (ع) و کان ثقة له کتاب. «رجال النجاشی، ص ۱۸۴، شماره ۴۸۸). «لیس بالمتحقق بنا» ظاهراً یعنی امامی نیست.

۱. حسین بن سعید از او اکثراً روایت کرده است.

۲. مرحوم آقای خوئی در موارد متعدد به جهت وقوع جوهری در اسناد کامل الزیارات وی را توثیق کرده است؛ برای نمونه:

موسوعة الإمام الخوئی، ج ۱۱، ص ۱۱۷ و ۲۵۹؛ ج ۱۳، ص ۲۵۲؛ ج ۱۴، ص ۳۸۶؛ ج ۱۵، ص ۳۷۱. اما ایشان در اواخر تنها مشایخ بلا واسطه مرحوم ابن قولویه را توثیق کرده است؛ لذا جوهری نیز طبق نظر اخیر ایشان ثقة نیست.

۳. به نظر می‌رسد مراد از قاسم بن محمد در این سند اصفهانی است نه جوهری؛ زیرا راوی از او علی بن محمد قاسانی و مروی عنه او منقری است، در حالی که در اسناد شاهی وجود ندارد که این افراد برای جوهری راوی و مروی عنه باشند، بر خلاف اصفهانی که این افراد راوی و مروی عنه او هستند (مثلاً، تهذیب، ج ۸، ص ۳۱۶، ح ۵۲؛ ج ۴، ص ۱۶۴، ح ۳۵؛ و ص ۱۸۳، ص ۱۲) همچنین در مشیخه فقیه طریق به منقری همین قاسم بن محمد اصفهانی است:

کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، المشیخه، ص ۴۶۷: «و ما کان فیه عن سلیمان بن داود المنقری فقد رویته عن أبي یونس عن سعد بن عبد الله، عن القاسم بن محمد الأصبهانی، عن سلیمان بن داود المنقری المعروف بابن الشاذکونی.»

لذا ظاهراً راوی کتاب منقری که در فهرست طوسی با نام قاسم بن محمد معرفی شده همین اصفهانی است (فهرست الطوسی، ص ۲۲۱، رقم ۳۲۶).

برای تفصیل بیشتر درباره این دو راوی، رک: مباحث آتی از کتاب نکاح، احکام تدلیس در عقد نکاح، زنای قبل از عقد.

را نشناخته، لذا در مورد او از تعبیر «مجهول» استفاده کرده است.^۱ وی نوه ابو اسحاق سبّعی است و عامه به او بسیار اعتماد کرده‌اند^۲ اما در کتب شیعه درباره او توثیقی وارد نشده است. اوزاعی و زهری نیز از عامه هستند و دلیلی بر وثاقت آنها نداریم.^۳

جبران ضعف سند با شهرت عملی در نظر صاحب عروه

از آنجا که مبنای مرحوم سید، جبران ضعف سند روایت با عمل مشهور به آن است^۴ و خودش نیز عمل به مفاد این روایت را به مشهور نسبت داده و بلکه برخی^۵ به اجماع نیز نسبت داده‌اند، لذا ایشان از اشکال در سند صرف نظر کرده و اشکال دلالی یعنی مخالفت آن با قواعد را مطرح کرده است و چون دلالت آن نیز این قابلیت را دارد که به گونه‌ای حمل شود که مخالف با قواعد نباشد، لذا ایشان روایت را توجیه و بر قواعد تحقّق می‌کند. گویا ایشان عمل مشهور به مفاد یک روایت را تنها جابر ضعف سند آن می‌دانند، هر چند خود مفاد مورد عمل آنها را نپسندند و روایت را به نحوی دیگر توجیه کند.

بررسی تحقّق شهرت عملی

ابتدا تحقّق شهرت عملی نسبت به این روایت بررسی می‌شود.

سیر تحولات مسئله

مرحوم سید، چنان‌که پیش از این گذشت، به تبع صاحب جواهر مسئله را با قیود و فروضی متعدد بیان کرده است؛ فروضی مثل اینکه مرد ادّعی زوجیت زنی را دارد

۱. نکت النهایة، ج ۲، ص ۳۷۲.

۲. التاریخ الکبیر، ج ۶، ص ۴۰۶؛ سیر أعلام النبلاء، ج ۸، ص ۴۸۹، رقم ۱۳۰: الطبقات الکبری، ج ۷، ص ۳۳۹، رقم ۳۹۸۹؛ تاریخ بغداد، ج ۱۱، ص ۱۵۴، رقم ۵۸۴۷.

۳. برای نمونه درباره اوزاعی، رک: سیر أعلام النبلاء، ج ۷، ص ۱۰۷، رقم ۴۸؛ و درباره زهری: میزان الاعتدال، ج ۴، ص ۴۰، رقم ۸۱۷۱.

۴. برای نمونه:

حاشیة المکاسب (سید یزدی)، ج ۱، ص ۲؛ و ص ۱۵: رسالة في منجزات المریض (سید یزدی)، ص ۲۱.

۵. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۸.

۶. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۶۰-۱۶۱.

و در مقابل زنی ادعای زوجیت این مرد را دارد که یا خواهر زن قبلی است یا مادر یا دختر او است و یا زن پنجم است. در هریک از این فرض‌ها یا هر دو بینه دارند، یا هیچ کدام بینه ندارند و یا تنها یک مدعی بینه دارد.

اما این مسئله از ابتدا با همه این فروض و قیود در کلمات فقهاء مطرح نبوده، بلکه به تدریج بر وسعت موضوع و فروض مسئله افزوده شده است. خوب است این مسئله روشن شود که کدام فرض در کدام مقطع از تاریخ و در کدام کلام فقیه افزوده شده است.

مطرح شدن خصوص فرض بینه داشتن هر دو مدعی تا زمان شهید اول

در کلمات قدماء تا زمان شهید اول تنها صورتی که مورد بحث قرار گرفته این است که هر دو مدعی بینه داشته باشند، اما سایر فروض مسئله، یعنی فرضی که هیچ کدام بینه نداشته باشند یا تنها یک مدعی بینه داشته باشد، مورد بحث قرار نگرفته است. ظاهراً برای اولین بار این فرض که یکی از دو مدعی بینه داشته باشد یا هیچ کدام بینه نداشته باشند در کلام شهید اول^۱ مطرح گردیده است.

مطرح نشدن فرض انکار زن (مدعی علیه) تا زمان محقق کرکی

همچنین در کلمات قدماء مسئله تنها با این عنوان مطرح شده که مردی ادعای زوجیت زنی را دارد و خواهر آن زن نیز ادعای زوجیت با آن مرد را دارد. اما اینکه آن زنی که مورد ادعای مرد است منکر رابطه زوجیت باشد در کلمات قدماء مطرح نیست جز اشاراتی که در کلام محقق کرکی^۲ و شهید ثانی^۳ وجود دارد. این در حالی است که در متن روایت زهری و ثقفی، فرض انکار زن شده و چنین تعبیر شده

۱. اللعة الدمشقیة، ص ۱۷۶.

۲. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۸: «وإن أقام أحدهما البينة خاصة قضی له...»
ظاهراً اشاره‌ای که استاد^۴ از آن صحبت می‌کند عبارت است از اینکه محقق کرکی مرد را هم مدعی فرض کرده و مأمور به اقامه بینه دانسته است، و اقامه بینه در صورتی بر عهده مرد می‌آید که زن اول (زنی که مدعی زوجیت نیست) منکر باشد؛ چون مرد در برابر زن مدعی زوجیت صرفاً منکر است و وظیفه اقامه بینه ندارد.

۳. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۰۹.

است: «وأنكرت المرأة ذلك».

همچنین در کلمات فقهای سابق تنها از ادعای خواهر علیه خواهر (مرد ادعای ازدواج با یک خواهر را داشته باشد و خواهر دیگر ادعای زوجیت با آن مرد را) سخن گفته شده است، اما این فرض که دختر علیه مردی که ادعای زوجیت با مادر او را دارد یا مادر علیه مردی که ادعای زوجیت با دختر او را دارد، ادعا نماید، تنها در جواهر و عروه مطرح گردیده و پس از ایشان، دیگران هم آن را بحث کرده‌اند. البته پیش از ایشان علامه در قواعد برای اولین بار مسئله مادر و دختر را مطرح و در مورد اینکه حکم آنها نیز مانند حکم اختین باشد اشکال کرده است.^۱

بررسی تطابق روایت با قاعده در نظر فقهاء

از مسائلی که باید مورد توجه قرار گیرد این است که آیا احکامی که در کلمات فقهاء در رابطه با این مسئله بیان گردیده برخلاف قاعده و مستنبط از نصوص است و قائلین به آنها بر نص خاصی تکیه کرده‌اند یا اینکه این احکام موافق قاعده بوده و به وجود نص خاصی نیاز ندارد و قائلین به آنها نیز بر طبق قاعده و با استفاده از قواعد، این احکام را بیان کرده‌اند.

در مجموع دو مشرب در میان فقهاء وجود داشته است. برخی روایت را طبق قاعده دانسته و برخی نیز بر خلاف قاعده دانسته‌اند.

از کلمات برخی از فقهاء استفاده می‌شود که در مسئله بر اساس قواعد مشی نموده و مستند آنها نص یا روایت خاصی نبوده است:

از کلام مرحوم محقق در نکت النهایه^۲ بلکه چنان‌که در ادامه توضیح داده خواهد شد، شاید از شرایع^۳ استفاده می‌شود که ایشان بر اساس قواعد فتوا داده است. از عبارت سید عمید الدین در کنز الفوائد^۴ نیز چنین مطلبی استفاده می‌شود. ابن ادریس نیز که چندان به نصوص اعتنائی ندارد، طبعاً بر اساس قواعد فتوا

۱. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۱۱.

۲. نکت النهایه، ج ۲، ص ۳۷۱.

۳. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۹.

۴. کنز الفوائد (عمیدی اعرجی)، ج ۲، ص ۳۰۹.

داده است. قبل از علامه نیز کسی که اشاره‌ای کرده باشد به اینکه در مسئله بر نص خاص تکیه کرده وجود ندارد و محتمل است که آنها بر طبق قاعده مشی کرده باشند.

کلام محقق در نکت النهایة: تمسک شیخ طوسی به نص

مرحوم محقق در نکت النهایة به مرحوم شیخ طوسی نسبت داده است که مستند فتوای ایشان در نهایة همین دو روایتی است که پیش از این نقل گردید، و سپس فرموده است که این دو روایت به دلیل ضعف سند قابل استناد نیستند.

عبارت محقق چنین است:

«والشیخ رحمته الله اعتمد فی ذلك علی رواية سلیمان بن داود المنقری عن عیسی بن یونس عن الاوزاعی عن الزهری عن علی بن الحسین رحمته الله قال: فی رجل ادعی علی امرأة أنه تزوجها بولی و شهود و أنکرت المرأة ذلك اخت هذه المرأة علی هذا الرجل البینه أنه قد تزوجها بولی و شهود و لم یوقتاً وقتاً فکتب أن البینه بینة الرجل و لا تقبل بینة المرأة لأن الزوج قد استحق بضع هذه المرأة و ترید أختها فساد التکاح و لا تصدق و لا تقبل بینتها إلا بوقت قبل وقتها أو بدخول بها» و روی هذه الرواية أيضا الصفار عن علی بن محمد عن القاسم بن محمد عن سلیمان بن داود عن عبد الوهاب بن عبد المجید الثقفی عن أبی عبد الله رحمته الله و هاتان الروایتان الاصل فیهما سلیمان بن داود و هو ضعیف قال النجاشی: سلیمان بن داود المنقری لیس بالمتحقق بنا غیر أنه روی عنه جماعة اصحابنا و عیسی بن یونس مجهول و الاوزاعی و الزهری عامیان و القاسم بن محمد واقفی فاذا الروایتان ساقطتان و الاعتماد علی ما ذکرنا.^۳

۱. سند روایت در کافی (ج ۵، ص ۵۶۲، ح ۲۶) چنین است: علی بن ابراهیم عن أبیه و علی بن محمد القاسانی عن القاسم بن محمد عن سلیمان بن داود عن عیسی بن یونس عن الاوزاعی عن الزهری عن علی بن الحسین رحمته الله.

۲. یعنی شیعه نیست.

۳. نکت النهایة، ج ۲، ص ۳۷۱.

مراد از «ما ذکرنا» این است که حکم باید علی القاعدة اثبات شود.

اشکال بر نکت النهایه: عدم ظهور عبارت نهایه در تمسک شیخ به نص
اما از عبارات شیخ به روشنی به دست نمی‌آید که ایشان بر اساس نص فتوا داده
باشد، بلکه محتمل است قاعده را تمام دانسته و بر اساس آن فتوا داده باشد و
صرف اینکه شیخ این دو روایت را در تهذیب نقل کرده است نیز دلیل بر فتوای
شیخ نیست؛ زیرا در عبارات تهذیب تعبیری چون «و تدلّ علی هذا» و امثال آن
وجود ندارد که از آن استفاده شود که مرحوم شیخ به روایت استدلال کرده است.
مرحوم شیخ این دو روایت را که مضمون بسیار نزدیک به هم دارند در چهار جای
تهذیب^۱ نقل کرده؛ اما در هیچ‌یک، روایت را به عنوان دلیل کلام خود مطرح نکرده
است. بنابراین نمی‌توانیم مطمئن شویم که مرحوم شیخ در نهایه بر اساس این دو
روایت ضعیف السند فتوا داده باشد.

مطرح شدن مسئله در شرائع به نحو مطابق با قاعده

مرحوم شیخ در نهایه در دو جا مسئله را عنوان کرده و در یک جا فرض دخول به
مدعیه را مطرح و در جای دیگر چنین صورتی را مطرح نکرده است؛ اما فقهاء فقط
یکی از دو موضع نهایه را که فرض دخول در آن وجود ندارد نقل نموده‌اند. محقق در
نکت نیز فقط همین عبارت نهایه را نقل نموده و بر آن حاشیه زده است.

موضع اول: عبارت مرحوم شیخ در اواخر باب دوم نکاح نهایه چنین است:

«و اذا اقام الرجل بينة على العقد على امرأة و اقامت اخت المرأة
البينة بانها امرأة الرجل كانت البينة بينة الرجل ولا يلتفت الى بينتها
الا ان تكون بينتها قبل بينة الرجل او يكون مع بينتها قد دخل بها
فان ثبت لها احد هذين الشيئين ابطلت بينة الرجل.»^۲

۱. این چهار مورد عبارت‌اند از:

باب بینتین اذا تعارضتا به طریق ثقی: تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۲۳۶، ح ۱۲.
بَابُ مِنَ الزَّيَادَاتِ فِي الْقَضَايَا وَ الْأَحْكَامِ: تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۳۱۱، ح ۶۷.
باب زیادات کتاب نکاح به طریق زهری، تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۵۴، ح ۲۷.
بَابُ التَّنْذِيلِ فِي النِّكَاحِ وَ مَا يَرُدُّ مِنْهُ وَ مَا لَا يَرُدُّ: تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۳۳، ح ۲۰.
۲. النهایه (شیخ طوسی)، ص ۴۶۰.

موضع دوم: عبارت مرحوم شیخ در اواخر باب نهم نکاح نهایی چنین است:

«و متى أقام الرجل بينة على أنه تزوج بامرأة، و عقد عليها عقدا صحيحا، و أقامت أختها على هذا الرجل البينة أنه عقد عليها، فإن البينة بينة الرجل، و لا يلتفت الى بينة المرأة. اللهم إلا أن تقيم البينة بأنه عقد عليها قبل عقده على أختها فإذا كان الأمر كذلك، قبلت بينتها و أبطلت بينة الرجل»^۱

در موضع اول نهایی، فرض دخول هم شده و مرحوم محقق بر آن حاشیه ای ندارد. ولی ایشان، عبارت دوم نهایی را که صورت دخول به مدعیه در آن وجود ندارد نقل نموده و برای توضیح این مطلب که چرا بینة مرد رجحان دارد چنین حاشیه زده است:

«الجواب: إنما قضى ببينة الرجل، لأن كل واحد من الزوج و الزوجة مدع ما يبطل دعوى الآخر، و لا يمكن القضاء بهما، لتحقيق التعارض، و الزوج له يد على زوجة مقررة له بالزوجة، فيقضى له ببينته، لأن معها ترجيحاً، و هو تثبت الأخرى بنكاحه، فيجری مجرى ما لو ادعت كل واحد منهما أنه زوجها، و أقامتا بينتين، فصدق هو واحدة، فإنه يكون الترجيح بجانبها دون الأخرى»^۲

همانگونه که از این عبارت به خوبی روشن است، ایشان مسئله را در جایی فرض کرده که زن مدعی علیها با ادعای مرد موافق است و مشکل فقط از ناحیه خواهر زن است؛ لذا تعبیر کرده: «زوجة مقررة له بالزوجة»، این فرض علی القاعده است و ربطی به نص ندارد.

شاهد مطلب هم این است که در شرایع اصولاً مسئله عدم دخول را مطرح نکرده و گویا نسبت به این فرض به آنچه در نکت نهایی بیان داشته بسنده نموده است؛ اما در مقابل فرض دخول را که نیاز به توجیه داشته مطرح کرده است.

عبارت شرایع نسبت به فرض دخول چنین است:

«لو ادعى زوجية امرأة و ادعت أختها زوجيته و أقام كل واحد منهما

۱. النهایة (شیخ طوسی)، ص ۴۸۸.

۲. نکت النهایة، ج ۲، ص ۳۷۱.

بینه فإن كان دخل بالمدعية كان الترجيح لبينتها لأنه مصدق لها بظاهر فعله.^۱

از این عبارت شرایع نیز استفاده می‌شود که فرض مورد بحث مرحوم محقق جایی است که مرد ادعای زوجیت زنی را دارد و زن نیز او را تصدیق نموده است، و تنها مانع ادعای متقابل خواهر این زن است که می‌خواهد زوجیت آن مرد با خواهرش را باطل کند، اما از آنجا که مرد ادعای زوجیت خواهر زن را با عمل خود یعنی دخول، تصدیق می‌کند، بینه خواهر زن مقدم می‌شود. بنابراین به نظر می‌رسد که فرض محقق حلی در شرایع نیز همان چیزی است که ایشان در نکت، کلام نهاییه را بر آن حمل نموده است؛ یعنی مراد محقق در شرایع صورتی است که مرد نسبت به زنی ادعایی دارد و آن زن نیز او را تصدیق می‌کند. بنابراین مرحوم محقق حکم مسئله را مطابق با قواعد دانسته است.

سید عمید الدین نیز می‌گوید طبق قاعده حکم مسئله همین است که بینه مرد مقدم است مگر اینکه به مدّعیه دخول شده باشد.^۲

از ملاحظه مجموع این عبارات دانسته می‌شود که معلوم نیست قدماء، حتی شیخ طوسی، بر اساس این دو روایت ضعیف السند در مسئله حکم کرده باشند؛ لذا نمی‌توانیم آنطور که محقق کرکی^۳ ادعا کرده و مسئله را اجماعی دانسته استنتاج نموده و آن اجماع را جابر ضعف سند دو روایت قرار دهیم.

نظر علامه حلی: مخالفت روایت زهری با قواعد

از کلمات مرحوم علامه در قواعد^۴ و همچنین کلمات مرحوم فخر المحققین در کتاب ایضاح^۵ و مرحوم محقق کرکی^۶ و مرحوم شهید ثانی^۷ و مرحوم صاحب

۱. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۱۹.

۲. کنز الفوائد (عمیدی اعرجی)، ج ۲، ص ۳۰۹-۳۱۰.

۳. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۸.

۴. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۱۱.

۵. ایضاح الفوائد، ج ۳، ص ۱۵.

۶. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۸.

۷. مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۱۰۸.

مدارک^۱ و کاشف اللثام^۲ و معمول متأخرین استفاده می‌شود که نص وارد شده در مقام را معتبر دانسته‌اند؛ اما این احتمال نیز وجود دارد که مسئله را اجماعی تلقی کرده و به همین دلیل، نص را معتبر دانسته‌اند.

البته مرحوم علامه پس از بیان مسئله می‌فرماید «و فی انسحاب الحکم فی مثل الام و البنت اشکال»^۳ این فرع قبل از علامه مطرح نشده است. از تعبیر «اشکال» معلوم می‌شود که حکم مسئله را بر اساس قواعد نمی‌داند؛ چون بنابر قواعد اختین خصوصیتی ندارند و بلا اشکال ام و بنت نیز همین حکم را دارند؛ اما اگر مستند، دو روایت باشد چون مورد آنها اختین است، تعدی از مورد اختین به ام و بنت جای تأمل است.

نتیجه: ثابت نشدن شهرت عملیه

در هر حال، شهرت عملیه در مورد این روایت ثابت نیست. از میان قدا ما غیر از شیخ در نهاییه^۴ و ابن براج در مهذب^۵ و ابن ادریس^۶ کسی یافت نشد که فتوایش منطبق با این روایت باشد.

چون ابن ادریس به خبر واحد عمل نمی‌کند، طبعاً به این دلیل این فتوا را برگزیده که آن را منطبق بر قواعد دانسته است. پس از ابن ادریس، محقق اول در نکت النهایه با اینکه به سقوط حجّیت روایت به خاطر ضعف سند تصریح می‌کند^۷، چون مفاد آن را طبق قاعده قلمداد کرده، به آن فتوا داده است.^۸ البته این فتوا پس از محقق در کتب علامه آمده و در میان فقها مشهور شده است، اما محتمل است لا اقل برخی از آنان نیز وجهی را که محقق ذکر کرده پسندیده و حکم را

۱. نهایه المرام، ج ۱، ص ۳۲-۳۳.

۲. کشف اللثام، ج ۷، ص ۵۵.

۳. قواعد الأحکام، ج ۳، ص ۱۱.

۴. النهایه (شیخ طوسی)، ص ۴۶۰.

۵. المهذب (ابن براج)، ج ۲، ص ۱۸۹.

۶. السرائر، ج ۲، ص ۵۴۸.

۷. نکت النهایه، ج ۲، ص ۳۷۲.

۸. نکت النهایه، ج ۲، ص ۳۷۱.

علی القاعده دانسته باشند. حتی شاید شیخ طوسی هم چون مفاد روایت را منطبق بر قواعد یافته به آن عمل کرده و این براج هم که نوعاً در آراء خویش از شیخ تبعیت می‌کند بر اساس همان وجه عمل نموده باشد.

خلاصه اینکه شهرت عملیه ثابت نیست و اجماعی هم وجود ندارد، لذا باید بر قواعد مسلم باب قضاء و شهادات تحفظ شود.

اتحاد خبر زهری و ثقفی و وقوع تصحیف در سند خبر ثقفی و متن خبر زهری

نکته قابل توجه این است که متن این دو روایت با تفاوت ناچیزی، کاملاً به هم شبیه است و بسیار مستبعد است که با تحفظ بر الفاظ و ترتیب عبارات و محتوا، دو روایت باشند و احتمالاً در باب زیادات قضاء سند روایت قبلی به این روایت اضافه شده است. سند روایت در این باب با روایت قبل از آن تا سلیمان بن داود منقری یکسان است؛^۱ لذا این احتمال تقویت می‌شود که اصولاً همه سند روایتی که به نقل از عبد الوهاب بن عبد المجید ثقفی عن ابی عبد الله علیه السلام است، مربوط به یک روایت دیگری بوده که به این روایت افزوده گردیده است. البته چنین خلط و اشتباهی در استنساخ کتب خصوصاً برای امثال شیخ که کثیر التالیف بوده متعارف بوده است. اشتباه بدین صورت اتفاق می‌افتد که به هنگام استنساخ، دو سندی که در یک بخشی از آنها اشتراک وجود دارد، چشم از یکی به دیگری منتقل می‌شود و قسمتی از سندی را به سند دیگر ضمیمه می‌کند.^۲ به احتمال قوی در

۱. تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۳۱۱.

ح ۶۶: عنه عن علی بن محمد عن القاسم بن محمد عن سلیمان بن داود المنقری قال أخبرنی عبد العزیز بن محمد الذرأوردی قال: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن أخذ أرضا بغير حقها و بنی فیها قال یرفع بناؤه و تسلم الثربة إلى صاحبها لیس لعرق ظالم حق ثم قال قال رسول الله صلی الله علیه و آله من أخذ أرضا بغير حقها كلف أن یحمل ترابها إلى المحشر.»

ح ۶۷: «عنه عن علی بن محمد القاسانی عن القاسم بن محمد عن سلیمان بن داود المنقری عن عبد الوهاب بن عبد الحمید الثقفی عن ابی عبد الله علیه السلام»

۲. استاد قدس سره: کسانی که مانند شیخ طوسی زیاد تالیف می‌کنند، اشتباهاتشان هم فراوان است و خلاف آن غیر عادی است. یکی از کسانی که خیلی زیاد استنساخ می‌کرده و می‌نوشته شیخ حر صاحب وسایل است. مثلاً سه مرتبه وسایل را از اول تا آخر نوشته و شنیده‌ام چهار مرتبه أمل الاکل را نوشته است. من کتاب‌های خطی زیادی دیده‌ام یا عکس آنها را دیده‌ام که به خط شیخ حر بوده است. در نوشتن‌های

روایت ثقفی، تصحیفی واقع شده و سند و متن صحیح همان است که شیخ در زیادات کتاب نکاح تهذیب از زهری از علی بن الحسین علیه السلام نقل کرده و به همین صورت نیز در کافی^۱ موجود است.

روایت ثقفی در دو جای تهذیب نقل شده است: یکی «زیادات باب قضاء»^۲ و دیگری در «باب البینتین یتقابلان»^۳. در تهذیب مطبوع (باب زیادات باب نکاح) عبارت روایت زهری اینگونه است: «فأقامت أخت هذه المرأة على هذا الرجل البينة أنه تزوجها بولي وشهود»^۴ و در نقل دیگر (باب زیادات قضاء) که روایت ثقفی است چنین آمده است: «فأقامت أخت هذه المرأة على رجل آخر البينة أنه تزوجها بولي وشهود»^۵.

در نسخه‌های معتبر مانند نسخه شهید ثانی در باب «البینتین اذا تعارضتا» و در باب زیادات کتاب القضاء «علی رجل آخر» آمده است؛ اما در نسخه‌های چاپی در باب «البینتین اذا تعارضتا» - مطابق کافی و کتاب النکاح تهذیب - با عبارت «علی هذا الرجل» ضبط گردیده است (در استبصار «علی الآخر» ضبط گردیده است)^۶. به نظر می‌رسد که نسبت به «علی رجل آخر» در روایت زهری به نقل تهذیب که در نسخه‌های معتبر وجود دارد تصحیح اجتهادی صورت گرفته و خواسته‌اند با «علی

زیاد، شخص خسته می‌شود و سهوهای خیلی شدید رخ می‌دهد. محدث ارموی کتاب‌هایی به وسیله مرحوم حاج میرزا حسن نوری برای مرحوم بروجردی فرستاده بود که بخشی از آن به خط شیخ حر بود و من آن کتاب‌ها را در دست مرحوم نوری دیدم البته آنها را باز نکردم. از جمله آنها کتاب فهرست منجذب الدین بود. مرحوم نوری گفت شیخ حر در این کتاب «ضالین» را با ذال نوشته است.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۵۶۲، ح ۲۶.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۳۱۲، باب من الزیادات فی القضا یا و الاحکام، ح ۶۷. متن چاپی روایت این باب موافق کافی است، ولی در نسخه‌های معتبر مثل نسخه شهید ثانی، همان چیزی است که در باب بینتین یتقابلان آمده است.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۲۳۶، باب البینتین یتقابلان أو یترجح بعضها علی بعض و حکم القرعة، ح ۱۲.

۴. تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۲۳۶، ح ۱۲.

۵. تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۳۱۱، ح ۶۷.

۶. الاستبصار، ج ۳، ص ۴۱، ح ۱۴۰.

هذا الرجل» که در جای دوم تهذیب و در کافی آمده و تا حدودی معنای روشن‌تری دارد تصحیح گردد.

از این رو به احتمال قوی این دو روایت در واقع یک روایت‌اند و در تهذیب دو تصحیف رخ داده است؛ یکی در روایت ثقفی که تصحیف سندی رخ داده و دیگری در روایت زهری که تصحیف متنی صورت گرفته است. شاید اعتقاد صاحب حدائق نیز همین بوده که در یکی از دو جای تهذیب سهوی صورت گرفته است و روایت را فقط همان روایت زهری می‌دانسته؛ لذا طریق ثقفی را ذکر نکرده است.^۱

بررسی دلالت روایت زهری

مرحوم سید گرچه قبول دارد که خبر واحد می‌تواند قواعد را تخصیص بزند، ولی در مقام، به دلیل اینکه ظهور عمومات و قواعد در اینجا از ظهور این روایت قوی‌تر است، به وسیله این روایت، قواعد را تخصیص نزده، بلکه این روایت را بر معنایی حمل کرده که با قواعد مخالفت پیدا نکند. اما معانی که ممکن است روایت بر آن حمل شود چیست و آیا این روایت مخالف قواعد هست یا خیر؟
پیش از پرداختن به این پرسش‌ها لازم است به دو مطلب اشاره شود:

تقديم قواعد بر خبر واحد در فرض استبعاد عرفی تخصیص قواعد

اگر ظاهر روایتی بر خلاف قواعد بود، آیا باید روایت خلاف قاعده را کنار بگذاریم یا آنکه قواعد را تخصیص بزنیم؟

ممکن است گفته شود اگر آن قاعده از قواعدی باشد که تخصیصش مستبعد است، حفظ آن قاعده بر حفظ ظهور روایت مقدم است؛ چون دلیل عقلی بر این مطلب وجود ندارد که هر خاصی که در مقابل عامی قرار گرفت بر عام مقدم می‌شود. تقدیم خاص بر عام از باب تقدیم نص بر ظاهر یا تقدیم اظهر بر ظاهر است؛ لذا گاهی ممکن است ظهور عامی از ظهور خاص مخالف با عام اقوا باشد. مرحوم شیخ انصاری^۲ در باب تعادل و ترجیح رسائل می‌فرماید: بین خاص و عام و بین حاکم و محکوم فرق است. در خاص و عام، مراعات اظهر و ظاهر می‌شود و

۱. الحدائق الناضرة، ج ۲۳، ص ۱۹۳.

۲. فرائد الأصول، ج ۴، ص ۱۴.

در صورتی که خاص اظهر از عام باشد عام را تخصیص می‌زند، اما اگر ظهور عام از ظهور خاص اقوا باشد، خاص نمی‌تواند عام را تخصیص بزند. ولی در حاکم و محکوم بحث اظهر و ظاهر در کار نیست، و ظهور حاکم را باید اخذ کرد و در ظهور محکوم باید تصرف نمود، چه حاکم اظهر باشد و چه نباشد.

بنابراین اگر ظهور روایتی خلاف قواعد بود، اینجا جای بحث است که آیا باید در قاعده تصرف کنیم یا باید به قاعده اخذ کنیم.

گاهی قاعده ثابتی در بین نیست تا روایت، مخالف آن باشد، بلکه با قطع نظر از این حدیث، طریق اثبات نداریم نه اینکه قاعده‌ای داریم که روایت، مخالف آن قاعده باشد؛ یعنی حدیث اثبات می‌کند چیزی را که اصلاً دلیلی بر خلاف آن نداریم. در این صورت جای بحث از اخذ به قواعد یا تخصیص قواعد نیست، بلکه بلا اشکال باید به روایت اخذ کنیم؛ چون اگر روایت نبود و دلیلی نداشتیم، از باب عدم دلیل به اصل تمسک می‌کردیم اما حالا که دلیل، مثبت حکمی است جلوی اصل می‌ایستد و اینجا جای بحث از اینکه اصل را حفظ کنیم یا روایت را اخذ کنیم نیست.

با توجه به مطالب بالا مفاد حدیث زهری را بررسی می‌کنیم.

بررسی موافقت صدر خبر زهری با قواعد با ارزیابی چند تقریب

چند تقریب ممکن است بیان شود تا صدر روایت زهری، مطابق با قاعده دانسته شود.

تقریب اول: مدعی نبودن خواهر زن به دلیل اقرارش به مملوک بودن بضع

صاحب جواهر برای اثبات اینکه تقدیم بینه مرد طبق قاعده است تقریبی را مطرح کرده است. ایشان می‌فرماید: مرد با ادعای زوجیت یکی از دو خواهر، در واقع ادعای مالکیت بضع زن را دارد و برای اثبات این ادعای خود بینه اقامه می‌کند؛ اما زن که ادعای زوجیت این مرد را دارد در حقیقت مدعیه نیست بلکه مدعی علیها است و به ضرر خودش سخن گفته است؛ زیرا می‌گوید این مرد شوهرم است و بضع من مملوک اوست، از این رو او را باید مقرّ تلقی کرد نه مدعی، و از آنجا که اقامه بینه بر عهده مدعی است، بینه او مقدم می‌شود.

توجه شود که هر یک از زن و مرد، به لحاظ لوازم ادعا می‌توانند مدعی و

مدّعی علیها باشند؛ چون ادعای له و علیه برای آنها تصور می‌شود؛ زیرا مهر و نفقه به گردن مرد است و اطاعت از شوهر به گردن زن است، اما در مقام شناخت مدّعی و مدّعی علیه باید اصل ادّعا یعنی زوجیت - که تملک بضع است - لحاظ شود نه لوازم آن که مهر و نفقه و اطاعت و امثال این امور است.

پس مصبّ دعوی زن مسلّط قرار دادن مرد بر زن است. از این رو مرد مدّعی و زن مدّعی علیها می‌شود و اقامه یتنه بر عهده مدّعی است؛ بنابراین یتنه مرد مقدم می‌شود و بحث در تعارض دو یتنه نیست.^۱

اشکالات تقریب اوّل

اما این تقریب تمام نیست؛ زیرا:

اوّلًا، این طور نیست که زوجیت زن همیشه به ضرر او باشد به گونه‌ای که زن مدّعی علیها شود؛ چون در بسیاری از مواقع برای مرد کسر شأن است که این زن همسر او باشد، ولی برای زن افتخار و شرف است که این مرد همسر او باشد. ثانیًا، اگر این کبرا صحیح باشد که برای شناخت مدّعی، اصل ادّعا یعنی زوجیت - نه لوازم مشترکه زوجیت - معیار است و چنانچه اصل ادعا به ضرر شخص بود آن شخص مقرر، مدّعی علیه به حساب می‌آید، پیامدش این است که اگر مرد یتنه نداشت اما زن یتنه داشت، به یتنه زن اعتنا نشود؛ چون زن مدّعی نیست، با آنکه خود ایشان^۲ و دیگران^۳ فتوا داده‌اند که چنانچه مرد یتنه نداشت و زن یتنه داشت، به یتنه زن ترتیب اثر داده می‌شود؛ پس کلام ایشان لازمه‌ای دارد که با مسلّمات سازگار نیست.

تقریب دوم: طرح دعوی خواهر زن پس از اثبات شرعی زوجیت اوّل

تقریب دوم - که در ابتدا نیز همین معنا به ذهن می‌آید - این است که مردی

۱. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۶۳.

۲. جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۱۶۰.

۳. برای نمونه: اللمعة الدمشقیة، ص ۱۷۶؛ التنقیح الزائع، ج ۳، ص ۱۴؛ جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۸۸؛ الروضة البهیة (چاپ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۱۷۰؛ نهاية المرام، ج ۱، ص ۳۳؛ ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۲۱.

مدعی شده که این زن، همسر است و بینه هم اقامه کرده و از نظر ظاهر شرع نیز زن او شده، سپس زن دیگری مدعی می شود که زوجه این مرد است و می خواهد این عقدی را که به حسب ظاهر محقق شده و صحیح است به هم بزند و بینه هم بر ادعای خود اقامه می کند. در چنین فرضی در روایت آمده عقدی که به حسب ظاهر محقق است به قوت خود باقی است، مگر آنکه دلیل ارجحی وجود داشته باشد؛ یعنی بینه زن به دخول به وی مقرون باشد، که دخول، مرجح است، یا آنکه مشهود بینه زن، تاریخش مقدم بر مشهود بینه مرد باشد که تقدّم تاریخ، مرجح است.

بررسی تقریب دوم

در بررسی این تقریب دو مطلب قابل ذکر است:

مطلب اول: عدم مخالفت تقریب دوم با قواعد به دلیل قصور حجّت بینه خارج (خواهر زن) مطلب اول این است که اگر معنای روایت این تقریب باشد، روایت مخالف قواعد نیست؛ زیرا قاعده عامی بر خلاف این روایت نداریم؛ چون روایاتی که درباره تعارض بینات است مربوط به جایی است که دو نفر با هم منازعه می کنند و هنوز حکمی ثابت نشده است؛ مثلاً مالی است که در دست هیچ یک از طرفین نیست و هر یک، ادعای مالکیت آن را دارند، که در این صورت، هر کدام بینه بیاورند قول او پذیرفته است و اگر هر دو بینه آوردند، دو بینه تعارض می کند و اگر یکی بینه آورد، حاکم شرع باید صبر کند تا اگر دیگری بینه ای دارد اقامه کند.^۱

اما اگر شخصی ارائه بینه و مدرک کرده و فعلاً نزاعی در بین نیست یا اگر هست طرف مقابل مدرک و بینه ای ندارد و به حسب ظاهر شرع ثابت شده که این شیء مال کسی است که بینه و مدرک اقامه کرده است، سپس شخص دیگری ادعای دیگری دارد و بینه اقامه می کند بر اینکه آن شیء مال اوست با آنکه به حسب ظاهر شرع حکم شده که این شیء مال شخص اول است، اینجا دلیلی نداریم که

۱. تهذیب الأحکام، ج ۶، ص ۲۳۳، باب ۹۰، «باب البینتین یتقابلان أو یتترخ بعضها علی بعض و حکم القرعة»؛ وسائل الشیعة، ج ۲۷، ص ۲۴۹، باب ۱۲، «باب حکم تعارض البینتین و ما ترجح به إحداهما و ما یحکم به عند فقد الترجیح».

دو بینه تعارض می‌کنند، بلکه ممکن است بگوییم تا بینه دوم ترجیح نداشته باشد اخذ به او نمی‌شود و مورد روایت زهری از همین باب است. این مطلب فی الجمله در فقه مشابه نیز دارد. در صحیحہ عبد الله بن ابی یعفور آمده است که اگر مدعی بینه نداشت و به منکر گفت قسم بخور و منکر قسم خورد، و پس از قسم خوردن منکر، مدعی بر ادعای خودش بینه اقامه کرد، به این بینه ترتیب اثر داده نمی‌شود، هر چند که قبل از قسم خوردن منکر اگر مدعی اقامه بینه می‌کرد، به بینه او ترتیب اثر داده می‌شد:

علی بن ابراهیم عن أبيه عن ابن فضال عن علي بن عقبة عن موسى بن أكيلى التميمي عن ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا رضى صاحب الحقّ يمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قبله ذهب اليمين بحقّ المدعى فلا دعوى له قلت له وإن كانت عليه بينة عادلة قال نعم وإن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له وكانت اليمين قد أبطلت كلّ ما ادّعاء قبله ممّا قد استحلفه عليه.»^۱

در روایت زهری نیز لحن روایت این است که مرد مالک بضع زن شده و نزاعش با زنی که ادعای زوجیت او را می‌کند تمام شده چون بینه بر زوجیت با او اقامه کرده است، سپس خواهر این زن می‌خواهد زوجیت مرد با همسرش را خراب کند و بینه اقامه می‌کند.

در اینجا روایت می‌فرماید: باید بینه او ارجح بر بینه مرد باشد وگرنه اگر معادل یا مرجوح باشد، به بینه او توجه نمی‌شود و نمی‌تواند با بینه مرد معارضه کند. بنابراین نمی‌توان گفت مفاد روایت زهری خلاف قاعده است.

مطلب دوم: موافقت تقریب دوم با قواعد در فرض اعتبار استصحاب حجیت بینه مرد مطلب دیگر این است که طبق نظر عده‌ای ممکن است روایت زهری به وجه دیگری هم مطابق قاعده باشد؛ چون در جایی که دو بینه متعارض تساقط می‌کنند

۱. الکافی، ج ۷، ص ۴۱۷، باب أنّ من رضي باليمين فحلف له فلا دعوى له بعد اليمين وإن كانت له بينة، ح ۱.

به دلیل نبود مرجح ثبوتی و اثباتی است؛ لذا اخذ یکی، ترجیح بلا مرجح است. اما در اینجا ممکن است سبق اقامه بینه و حجت شدن بینه سابق یا دخول، مرجح ثبوتی باشد، همانطور که امام علیه السلام طبق صحیح ابن ابی یعفور فرمودند: اگر منکر قسم خورد و با یمین نزاع تمام شد، مدعی بعد از آن نمی تواند اقامه بینه کند، اینجا هم شارع می گوید: اگر قبلاً حکم ظاهری تمام شده باشد به بینه زن بدون مرجح اعتناء نمی شود و فقط تقدم زمانی یا دخول مرجح است.

حال، علاوه بر مرجح ثبوتی در مقام، ممکن است گفته شود بدون روایت زهری هم مرجح اثباتی وجود دارد و آن موافقت بینه زوج با استصحاب است؛ چون بینه زوج حجت است و نمی دانیم بینه زن که بعداً اقامه شده آن را از حجیت ساقط می کند یا نه، و روایت زهری می گوید: تا زمانی که بینه زن مرجح اقوایی ندارد، بینه مرد مقدم است، و مفاد آن با استصحاب حجیت بینه مرد موافق است، البته بنابر آنکه استصحاب در شبهات حکمیه جاری باشد چون حجیت از احکام وضعیه کلیه است. پس اگر استصحاب در شبهات حکمیه جاری باشد، مفاد این روایت با استصحاب موافق است. بله، اگر استصحاب در شبهات حکمیه جاری نباشد، که نظر مختار همین است، استصحاب و اصلی در بین نیست تا بگوییم مفاد روایت زهری با آن موافق یا مخالف است.

البته گاهی حتی مرجح ثبوتی نیز وجود ندارد تا نوبت به مرجح اثباتی برسد، مثل انائین مشتهین که نمی دانیم کدام یک نجس است و لذا دو اصل تعارض و تساقط می کند؛ زیرا عرف احتمال نمی دهد که مجرد اینکه این اناء سمت راست واقع شده یا سمت چپ واقع شده، مرجح ثبوتی برای جریان اصل طهارت در او باشد، در نتیجه احتمال مرجح ثبوتی نمی دهیم، به علاوه که مرجح اثباتی هم وجود ندارد. گاهی هم احتمال مرجح ثبوتی وجود دارد، اما اثباتاً دلیلی بر ترجیح یک طرف نداریم، مثل اینکه اگر مادر و دختر در عقد واحد جمع شدند، ممکن است شارع ثبوتاً به صحت خصوص عقد مادر حکم کرده باشد یا بالعکس، اما این ترجیح محتاج دلیل اثباتی است؛ اگر دلیل اثباتی قائم شد، ترجیح بلا مرجح نیست؛ ولی چون دلیل اثباتی نداریم، به تساقط حکم می کنیم.

نتیجه این است که طبق مطلب اول، در صدر این روایت، مخالفتی با قواعد رخ

نداده است، بلکه طبق مطلب اخیر، روایت زهری مطابق قاعده است.

تقریب سوم: معلوم التاریخ بودن بینه مرد نه بینه خواهر زن

تقریب سوم در روایت که از مجموع صدر و ذیل روایت استفاده می‌شود، آن است که بینه‌ای که مرد اقامه کرده، موقت (دارای تاریخ) است و بینه‌ای که زن اقامه کرده موقت نیست؛ زیرا ذیل روایت آمده است: «ولا تقبل بینتها إلا بوقت قبل وقتها»، یعنی فقط درباره بینه زن، تاریخ دار بودن مطرح شده؛ لذا لااقل اشعار دارد که بینه زن در صدر روایت، موقت نبوده و بینه مرد موقت بوده است. علاوه بر اینکه در فقره اول از روایت آمده: «ولم یوقتا وقتا» که دلیل بر عدم تعیین وقت در بینه زن است؛ چون ضمیر «لم یوقتا» به بینه زن بر می‌گردد و تشبیه بودن ضمیر نیز به دلیل مراعات معنای بینه است که مثنی است (شاهدان) و یا از باب «وَلَا تُؤَيِّدُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشُّدُسُ»^۱ است که مرجع ضمیر در «ابویه» از قرائن کلام فهمیده می‌شود و به میت برمی‌گردد با اینکه لفظ آن نیامده است؛ لذا ضمیر «لم یوقتا» به دو بینه برنمی‌گردد، بلکه تنها به بینه زن بر می‌گردد و این نیز لااقل اشعار دارد که بینه مرد دارای وقت و تاریخ است. در مجموع به نظر می‌رسد ظاهر روایت موردی است که بینه زن تاریخ ندارد و بینه مرد تاریخ دار است.

این نکته نیز توجه شود که به طور کلی تعبیر «شهود» در روایات چنین نیست که به معنای بیش از دو شاهد باشد، بلکه برای دو شاهد نیز به کار می‌رود.^۲ در روایت

۱. النساء، ۱۱.

۲. برای نمونه:

وسائل الشیعة، ج ۱۲، ص ۵۲۱، ح ۲: و عن علي بن محمد عن سهل بن زياد عن ابن أبي نجران عن محمد بن الفضل قال: «كنا في دهليز يحيى بن خالد بمكة و كان هناك أبو الحسن موسى عليه السلام و أبو يوسف فقام إليه أبو يوسف و ترنح بين يديه فقال يا أبا الحسن جعلت فداك المحرم يظلل قال لا قال فيستظل بالجدار و المحمل و يدخل البيت و الخباء قال نعم قال فضحك أبو يوسف شبه المستهزئ فقال له أبو الحسن عليه السلام: يا أبا يوسف إن الذين ليس يقاس كقياسك و قياس أصحابك إن الله ﷻ أمر في كتابه بالطلاق و أكد فيه شاهدين و لم يرض بهما إلا عدلين و أمر في كتابه بالتزويج و أهمله بلا شهود فأتينهم بشاهدين فيما أبطل الله و أبطلتم شاهدين فيما أكد الله ﷻ و أجزتم طلاق المجنون و الشكران حخ رسول الله ﷺ فأحرم و لم يظلل و دخل البيت و الخباء و استظل بالمحمل و الجدار فقلنا كما فعل رسول الله ﷺ فسكت».

محل بحث نیز تعبیر «لم توثّق» نیامده تا به بیّنه بازگردد، بلکه هم در نقل کافی (روایت زهری) و هم در نقل تهذیب (روایت ثقفی)، «لم یوثّق» آمده است. البته در

وسائل الشیعة، ج ۱۸، ص ۴۰۱، ح ۳: عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن عباد بن صهیب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن متاع في يد رجلين أحدهما يقول استودعتكاه والآخر يقول هو رهن قال فقال القول قول الذي يقول إنه رهن إلا أن يأتي الذي ادّعى أنه أودعه بشهود.»

وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۹۸، ح ۵: وعن عذّة من أصحابنا عن سهل بن زياد عن داود التّهدی عن ابن أبي نجران عن محمد بن الفضیل قال: «قال أبو الحسن موسى عليه السلام لأبي يوسف القاضي إن الله أمر في كتابه بالطلاق وأخذ فيه بشاهدين ولم يرض بهما إلا عدلين وأمر في كتابه بالتزويج فأهمله بلا شهود فأثبتهم شاهدين فيما أحمل وأبطلتم الشاهدين فيما أكّد.»

وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۲۷، ح ۵: وعن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن علي بن الحكم عن موسى بن بكر عن زرارّة عن أبي جعفر عليه السلام «أنه سئل عن امرأة سمعت أنّ رجلاً طلقها ووجد ذلك أقيم معه قال نعم وإن طلاقه بغير شهود ليس بطلاق والطلاق لغير العذّة ليس بطلاق ولا يحلّ له أن يفعل فيطلقها بغير شهود ولغير العذّة التي أمر الله تعالى بها.»

و ح ۶: وعنه عن أحمد عن محمد بن إسماعيل بن بزيع عن محمد بن الفضیل عن أبي الضّباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «من طلق بغير شهود فليس بشيء.»

وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۱۸، ح ۹: محمد بن علي بن الحسين بإسناده عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قام رجل إلى أمير المؤمنين عليه السلام فقال إني طلقّت امرأتی للعذّة بغير شهود فقال ليس طلاقك بطلاق فارجع إلى أهلک.»

وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۱۳۴، ح ۳: وعنه عن أبيه عن ابن أبي عمير عن عمر بن أذينة عن زرارّة و محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إن الطلاق لا يكون بغير شهود وإن الزّجعة بغير شهود رجعة و لكن ليشهد بعد فهو أفضل.»

وسائل الشیعة، ج ۲۲، ص ۱۳۷، ح ۲: وعن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي نجران عن عاصم بن حمید عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام «أنه قال في رجل طلق امرأته وأشهد شاهدين ثمّ أشهد على رجعتها سزا منها واستكنتم ذلك الشهود فلم تعلم المرأة بالزّجعة حتّى انقضت عذّتها قال تخير المرأة فإن شاءت زوجها وإن شاءت غير ذلك وإن تزوّجت قبل أن تعلم بالزّجعة التي أشهد عليها زوجها فليس للذي طلقها عليها سبيل وزوجها الأخير أحقّ بها.»

وسائل الشیعة، ج ۲۷، ص ۲۳۹، ح ۱: الحسن بن علي العسكري عليه السلام في تفسيره عن آبائه عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وآله إذا تخاصم إليه رجلان قال للمدّعي أ لك حجة فإن أقام بيّنة يرضاها ويعرفها أنفذ الحكم على المدّعي عليه وإن لم يكن له بيّنة حلف المدّعي عليه بالله ما لهذا قبله ذلك الذي ادّعاه ولا شيء منه وإذا جاء بشهود لا يعرفهم بخير ولا شرّ قال للشهود أين قبائلكما فيصفان أين سوفكما فيصفان أين منزلكما فيصفان»

۱. ظاهر در همه نسخ کافی چنین است؛ رک: کافی (دار الحديث)، ج ۱۱، ص ۲۹۸.

برخی مواضع تهذیب «لم توقّت» آمده^۱ و در برخی مواضع «لم یوقّت» آمده است.^۲

موافق قاعده بودن تقریب سوم

روایت زهری طبق این تقریب سوم، نه تنها مخالف قواعد نیست بلکه موافق قواعد است؛ زیرا اگر بینة مرد بگوید - مثلاً - ۲۰ شعبان چنین عقدی واقع شده و بینة زن هم بگوید با خواهر این زن، عقدی واقع شده و تعیین نکند که در چه تاریخی این عقد واقع شده است، مقتضای استصحاب که استصحاب در شبهة موضوعیه است، این است که عقدی بر این زن (مدعیه) تا ۲۰ شعبان واقع نشده، پس عقدی که مرد ادعا می‌کند مانعی نداشته است. عقدی هم که بعد از این تاریخ جاری می‌شود در بطلان عقدی که مرد ادعا می‌کند تأثیری ندارد.

شاید اشکال شود که اصل عدم تحقق عقد خواهر زن قبل از عقد مورد ادعای مرد معارض دارد؛ زیرا اصل، عدم تحقق عقد مورد ادعای مرد قبل از عقد خواهر زن است. اما پاسخ این است که طبق تقریب سوم، بینة مرد، معلوم التاريخ و بینة زن (خواهر زن مرد)، مجهول التاريخ است و از سوی دیگر، طبق قول صحیح که موافق مشهور است در تعارض بین معلوم و مجهول، اصل در معلوم التاريخ جاری نمی‌شود و فقط در مجهول التاريخ جاری می‌شود. البته مرحوم آقای خوئی چون در معلوم التاريخ نیز اصل را جاری می‌داند^۳، قائل به تعارض اصلین است و لذا

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۳۳، ح ۴۰: عنه عن علي بن محمد عن القاسم بن محمد عن سليمان بن داود المنقري عن عيسى بن يونس عن الأوزاعي عن الزهري عن علي بن الحسين عليه السلام: «في رجل ادعى على امرأته أنه تزوجها بولي وشهود وأنكرت المرأة ذلك وأقامت أختها على هذا الزجل البينة أنه تزوجها بولي وشهود ولم توقّت وقتاً...».

در تهذیب محشای استاد علیه السلام نیز به همین نحو آمده است. طبق این نقل نیز «لم توقّت» به بینة زن برمی‌گردد. البته اگر به جای «لم توقّت»، «لم توقّتا» آمده بود، محتمل بود به بینة زن و مرد - هر دو - برگردد.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۵۴، ح ۲۷: محمد بن علي بن محبوب عن علي بن محمد عن القاسم بن محمد عن سليمان بن داود المنقري عن عيسى بن يونس عن الأوزاعي عن الزهري عن علي بن الحسين عليه السلام: «في رجل ادعى على امرأة أنه تزوجها بولي وشهود وأنكرت المرأة ذلك وأقامت أخت هذه المرأة على الزجل البينة أنه تزوجها بولي وشهود ولم يوقّت وقتاً...».

در تهذیب محشای استاد علیه السلام نیز به همین نحو آمده است.

۳. مصباح الأصول (چاپ مؤسسه احباء انار سیند خوئی)، ج ۲، ص ۲۲۹.

روایت را خلاف قاعده به حساب آورده و می‌گوید هیچ‌یک از دو بینه مرجح ندارد.^۱ پس بنابر تفصیل در جریان اصل بین معلوم التاريخ و مجهول التاريخ، بینه مرد مقرون به مانع نیست و مقدم می‌شود، و روایت موافق قواعد است و اگر روایت هم نبود، مقتضای قاعده همان مفاد روایت بود. بلکه اگر هر دو بینه موقت باشند و بینه زن تاریخش مقدم باشد، بینه او مقدم است.

تذکر این نکته مفید است که طبق تقریب دوم مسئله موافقت با قاعده مبتنی بر جریان و عدم جریان استصحاب در شبهات حکمیّه بود؛ اما در تقریب سوم مسئله مبتنی بر استصحاب عدم تحقق عقد بر خواهر است که استصحاب شبهه موضوعیه است و استصحاب در شبهات موضوعیه بی‌شک جاری است. در هر حال طبق هیچ‌یک از دو تقریب فوق، روایت مخالف قواعد نیست.

بررسی موافقت ذیل حدیث زهری با قواعد

بر اساس آنچه که تا کنون بیان گردید، روایت زهری یک صدوری دارد که در آن، به تقدم بینه مرد حکم شده است و یک ذیلی دارد که در آن، دو امر (سبق زمانی و دخول) مرجح بینه زن قرار داده شده است. روشن شد که حکم صدر روایت مخالف قواعد نیست، اما در ذیل روایت بر خلاف صدر روایت، بینه زن تاریخ دار است و دو امر نسبت به چنین بینه‌ای به عنوان مرجح مطرح گردیده است. پرسشی که مطرح است این است که وجه این ترجیح چیست؟

مطلب اول: بی‌اشکال بودن صدر روایت با فرض اشکال در ذیل

باید این نکته اشاره شود که ذیل روایت پاسخ سؤال سائل نیست - هرچند از بعضی جهات با سؤال ارتباط دارد - بلکه مطلب اضافی است که امام سجاد علیه السلام تفضلاً فرموده‌اند. پس ذیل روایت مربوط به مسئله دیگری غیر از مورد سؤال است و اگر عمل به ذیل به دلیلی ممکن نبود و از حجیت ساقط شد، این سبب نمی‌شود که به صدر عمل نشود.

مطلب دوم: تطابق «إلا بوقت قبل وقتها» با قواعد

ذیل روایت دو فقره دارد. در مورد فقره «إلا بوقت قبل وقتها» واضح است که بینه زن

۱. العروة الوثقى (المحشى)، ج ۵، ص ۶۱۸-۶۱۹.

مقدم است؛ زیرا هر دو بیته دارای وقت هستند و بیته زن از نظر زمانی سابق است و باید به آن اخذ شود چرا که بیته لاحق، معمولاً به عقد ایجابی نظر دارد و تنها به وقوع عقد شهادت می‌دهد، اما به عقد سلبی و ابطال زوجیت سابق نظر ندارد؛ از این رو به بیته زن اخذ می‌شود.

مطلب سوم: مرجع بودن نزدیکی

الف. خلاف ارتکاز نبودن مرجع بودن نزدیکی

اما در مورد فقره «أو بدخول بها» به نظر می‌رسد مرجع قرار دادن دخول ذاتاً اشکالی ندارد و در بعض روایات که فتوا هم طبق آن داده شده در نظائر مسئله دخول مرجع قرار داده شده است، مثل روایتی^۱ که در آن آمده است زنی اظهار نکرده که -مثلاً- در عده شوهری هستم و حاضر شده با مردی ازدواج کند و عقد بر او خوانده شد و دخول هم واقع شد، سپس زن ادعا می‌کند که هنگام عقد مانع شرعی وجود داشت، اگر قبل از دخول می‌گفت مانع شرعی دارم از باب اینکه «هی المصدقة علی نفسها»^۲، سخنش پذیرفته بود، ولی بعد از دخول اگر این سخن را بگوید، در آن روایت است که تصدیق نمی‌شود؛ چون دخول شده است.

در مقام هم مردی به زنی (مذعیه) دخول کرده و عملاً او را زوجه خودش حساب کرده و اکنون ادعا می‌کند که خواهر این زن، همسر است و بیته هم اقامه کرده است و هر یک از مرد و زن مدخول بها بیته اقامه کرده‌اند، در اینجا ممکن است بیته زن به دلیل دخول به او مقدم باشد و این خلاف قاعده و خلاف ذوق عرفی و ارتکاز نیست؛ پس ذاتاً مانعی در کار نیست که دخول مرجع باشد.

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۳۳، ح ۳۷: محمد بن علی بن محبوب عن أحمد بن محمد بن الحسن بن محبوب عن هشام بن سالم عن أبي بصير قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فقالت أنا حبلى وأنا أختك من الرضاة وأنا على غير عدة قال فقال إن كان دخل بها وواقعها لم يصدقها وإن كان لم يدخل بها ولم يواقعها فليتحز وليسأل إذا لم يكن عرفها قبل ذلك».

۲. الکافي، ج ۵، ص ۴۶۲، ح ۲: عده من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن مبشر قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام ألقى المرأة بالغلاة التي ليس فيها أحد فأقول لها هل لك زوج فتقول لا فأتزوجها قال نعم هي المصدقة علی نفسها».

ب. اطمینان آور بودن دخول برای اثبات زوجیت خواهر زن

به علاوه می توان گفت دخول در معمول موارد اطمینان می آورد که حق با زن است و با وجود اطمینان، بینه مرد حجیتی پیدا نمی کند؛ زیرا مراد از دخول در مقام، دخول ثبوتی محض نیست بلکه دخولی است که اثباتاً دلیل بر آن اقامه شود، مثل اینکه خود مرد اقرار کند که با این زن زنا کردم یا بگوید این دو خواهر را با هم اشتباه کردم یا بگوید که نمی دانستم که دو خواهر را نمی شود با هم گرفت یا بگوید که خیال کردم عقد صحیح بر او خوانده شده و بعداً معلوم شد که صیغه عقد غلط خوانده شده است. البته این فروض مستبعد است اما فرض متعارف این است که در عروسی های رسمی زن ها خبر می آورند که عروسی و دخول شده است و بحثی و مخالفتی هم در بین نیست. در این صورت برای مردم اطمینان به دخول پیدا می شود؛ بنابراین فرض اینکه مرد با زنی عقد کرده باشد و بعد با خواهرش عقد علنی کرده و دخول کند بسیار نادر است؛ البته اگر این مرد بر خواهر این زن عقدی در خفاء و سری در شهر دیگر جاری کند، خیلی بعید نیست و امکان عرفی آن هست. بنابراین، دخول به زن در فرضی که علناً اثبات شده اطمینان می آورد که این زن زوجه مرد است، خصوصاً در زمان سابق؛ از این رو بینه زن بر بینه مرد مقدم می شود.

تعدی از مورد روایت به امّ و بنت در فرض مطابقت روایت با قواعد

پس اگر روایت را موافق قواعد بدانیم، در مثل امّ و بنت نیز می توان گفت قَسَم لازم نیست و این حکم به مورد روایت اختصاصی ندارد.

مسئله ششم: خریداری کنیز توسط عبد پس از ازدواج او با کنیز

«السادسة: إذا تزوج العبد بمملوكة ثم اشتراها بإذن المولى فإن اشتراها للمولى بقى نكاحها على حاله ولا إشكال فى جواز وطئها وإن اشتراها لنفسه بطل نكاحها و حلت له بالملك على الأقوى من ملكية العبد و هل يفتقر وطؤها حينئذ إلى الإذن من المولى أو لا وجهان أقواهما ذلك لأن الإذن السابق إنما كان بعنوان الزوجية و قد زالت بالملك فيحتاج إلى الإذن الجديد ولو اشتراها لا بقصد كونها لنفسه أو للمولى فإن اشتراها بعين مال المولى كانت له و تبقى الزوجية و إن اشتراها بعين ماله كانت له و بطلت الزوجية و كذا إن اشتراها فى الذمة لانتصافه إلى ذمة نفسه و فى الحاجة إلى الإذن الجديد و عدمها الوجهان.»^٢

١. وسائل الشيعة، ج ٢١، ص ١٥٣، باب ٤٦، «باب أن زوج الجارية إذا اشتراها بطل العقد و حلت له بالملك و إن اشترى بعضها بطل العقد و حرمت عليه حتى يشتري الباقي»، ح ١: محمد بن يعقوب عن محمد بن يحيى عن محمد بن أحمد عن العباس بن معروف عن الحسن بن محمد عن زرعة عن سماعة قال: «سألته عن رجلين بينهما أمة فروّجهاها من رجل ثم إن الرجل اشترى بعض التهمين فقال حرمت عليه» و ح ٢: و بالإسناد عن سماعة مثله إلا أنه قال «حرمت عليه باشتراؤه إياها و ذلك أن بيعها طلاقها إلا أن يشتريها من جميعهم».

برای اطلاعات بیشتر در این باره، رک: مستمسک العروة الوثقى، ج ١٤، ص ٤٣٠-٤٣١؛ موسوعة الإمام الخوئي، ج ٣٣، ص ١٩٢-١٩٣.

٢. العروة الوثقى، ج ٢، ص ٨٦٢-٨٦٣.

مسئله هفتم: جواز ازدواج با مدعی خلیه بودن

«السابعة: يجوز تزويج امرأة من الزوج من غير فحص مع عدم حصول العلم بقولها بل وكذا إذا لم تدع ذلك ولكن دعت الرجل إلى تزويجها أو أجابت إذا دعت إليه بل الظاهر ذلك وإن علم كونها ذات بعل سابقا وادعت طلاقها أو موته^١ نعم لو كانت متهمة في دعواها فالأحوط الفحص عن حالها ومن هنا ظهر جواز تزويج زوجة من غاب غيبة منقطعة ولم يعلم موته وحياته إذا دعت حصول العلم لها بموته من الإمارات والقرائن أو بإخبار المخبرين وإن لم يحصل العلم بقولها ويجوز للوكيل أن يجري العقد عليها ما لم يعلم كذبها في دعوى العلم ولكن الأحوط الترك خصوصا إذا كانت متهمة»^٢

دو نکته در عبارت عروه

در عبارت عروه دو نکته قابل توجه است.

نکته اول: استدراک بودن «نعم لو كانت متهمة...» از همه جملات قبل

نکته اول این است که شاید ابتدا تصور شود عبارت «نعم لو كانت متهمة في دعواها...» به جمله اخیر مربوط است، و تنها وقتی مرد بداند زنی سابقاً شوهر داشته و زن مدعی مرگ شوهرش یا طلاق باشد اما مرد او را متهم بداند، تفحص

١. استاد^{رحمته}: در عروه محشی چاپ جامعه مدرسین به اشتباه «دعت الیه» آمده است.

٢. استاد^{رحمته}: یا چهار صورت دیگر که عبارت است از: فسخ، انفساخ (مثلاً در اثر ارتداد یا رضاع)، انقضاء اجل و بذل مدت در متعه.

٣. العروة الوثقی، ج ٢، ص ٨٦٣.

در این چاپ نیز به اشتباه به جای «إذا دعی الیه»، «إذا دعت الیه» آمده است.

از حال او احوط است، اما در سایر صور مانند جایی که حالت سابقه او را نداند یا زن اصلاً دعوی خلّیه بودن نکرده بلکه تنها تقاضای ازدواج او را بپذیرد، چنین احتیاطی لازم نیست؛ ولی با توجه به کلمات فقها^۱ و روایات باب^۲ که مرحوم سید هم طبق آنها این مسئله را مطرح کرده است، این احتیاط به جمله اخیر اختصاص ندارد و در همه صور مسئله جاری است؛ لذا بهتر است در چاپ جدید عروه جمله «بل الظاهر ذلک و ان علم کونها ذات بعل سابقاً و ادعت طلاقها او موته» میان دو خط تیره قرار گیرد تا عبارت «نعم...» تنها به جمله اخیر تعلق نگیرد.

نکته دوم: اراده احتیاط استحبابی در عبارت «فالأحوط الفحص»

نکته دوم این است که مرحوم آقای حکیم در مستمسک^۳ و برخی از محشین عروه همچون مرحوم آقای خمینی^۴ و مرحوم آقای خوئی^۵ گمان کرده‌اند مراد سید از عبارت «نعم لو كانت متهمه فی دعواها فالأحوط الفحص...» احتیاط وجوبی است، یا عبارت را برای مخاطبین مجمل و مشتبه دانسته‌اند و در حاشیه به استحبابی بودن آن تصریح کرده‌اند. اما به قرینه ذیل مسئله، مراد مرحوم سید احتیاط استحبابی است نه وجوبی. مستند این احتیاط صحیحهُ ابی مریم^۶ است که بیان آن خواهد آمد.

۱. برای نمونه: شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۴۸؛ مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۴۳۴؛ جواهر الکلام، ج ۳، ص ۱۵۸.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۵۳، باب أنه لا يجوز التمتع إلا بالعفيفة، ح ۱: محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابان عن ابی مریم عن ابی جعفر علیه السلام «انه سئل عن المتعه فقال: ان المتعه اليوم ليست كما كانت قبل اليوم انهن كن يومنن يؤمن و اليوم لا يؤمنن فاسألوا عنهن» (وسائل الشیعه، ج ۲۱، ص ۲۳، باب ۶، «باب استحباب اختیار المأمونة العقیقة للمتعة»).

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۳۳.

۴. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۲۱.

۵. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۲۱.

۶. الکافی، ج ۵، ص ۴۵۳، باب أنه لا يجوز التمتع إلا بالعفيفة، ح ۱: محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابان عن ابی مریم عن ابی جعفر علیه السلام «انه سئل عن المتعه فقال: ان المتعه اليوم ليست كما كانت قبل اليوم انهن كن يومنن يؤمن و اليوم لا يؤمنن فاسألوا عنهن».

البتّه در چنین مواردی که حکم ابتدا به شکل عموم بیان می‌شود سپس بعضی از افراد آن که عنوان خاصی دارد استثناء شده و در آن احتیاط می‌شود، دو احتمال وجود دارد:

• احتمال اوّل اینکه استثناء از اصل حکم مراد باشد، و حکم مستثنی‌منه در افراد استثنا شده مترتب نبوده و در آنها تنها حکم احتیاطی مترتب شده باشد و چون این احتیاط به دنبال فتوا نیامده، اصطلاحاً احتیاط وجوبی نامیده می‌شود.

• احتمال دوّم اینکه استثناء از اصل حکم نبوده بلکه از اینکه آن افراد تنها دارای یک حکم باشد و در آن احتیاطی تشریع نشده باشد استثناء صورت گرفته باشد؛ به این معنی که در آن افراد علاوه بر حکم مترتب بر مستثنی‌منه، احتیاط هم مترتب شده باشد، که چون این احتیاط همراه با فتوا است، احتیاط استحبابی است.

اما چون مرحوم سید ذیل همین مسئله دربارهٔ مردی که شوهر داشتن زن در گذشته را می‌داند و زن مدعی موت او شده، ازدواج با او را جایز دانسته است هرچند از گفتهٔ او علم نیابد، و از سویی ایشان فتوا به جواز در ذیل را بر فتوای مذکور در صدر متفرع نموده (و من هنا ظهر جواز تزویج زوجة من غاب غیبة منقطعة و لم یعلم موته و حیاته ...) و بعد از این فتوا، احتیاط کرده است، معلوم می‌شود مرادش از «احوط» در صدر نیز احتیاط استحبابی است.

بلکه می‌توان روش ایشان در عروه را از همین مسئله استظهار کرد که هر جا عبارات را به این شکل بیاورد مراد ایشان بقاء حکم مستثنی‌منه به اطلاق خود حتی در مورد مستثنی است و مراد از احتیاط در بخشی از آن، احتیاط استحبابی است.

بررسی ادله جواز ازدواج و عدم لزوم فحص

در این مسئله به چهار دلیل برای اثبات جواز ازدواج^۱ تمسک شده است:

دلیل اول: سیره قطعیه

دلیل اول سیره است. این دلیل را اختصاصاً مرحوم آقای خوئی^۲ ذکر کرده و این سیره را با قطعیت ادعا می‌کند، چنان‌که ایشان مطالب بسیاری را با قاطعیت بیان می‌کند، در حالی که جای تأمل دارد. ایشان فرموده است: افراد در شهر غریب به گفته هر زنی که مدعی شوهر نداشتن است تکیه کرده و با او ازدواج می‌کنند و همه این ازدواج را صحیح می‌دانند.

در توضیح کلام ایشان این مطلب ضمیمه شود که زوال بکارت با امثال پریدن، فرض نادر است و در غالب موارد ثبیه بودن از ازدواج ناشی می‌شود؛ لذا این سیره درباره زنانی است که شوهر داشته‌اند، نه زنانی که با امثال پریدن، ثبیه شده‌اند.

اشکال دلیل اول

اما صغرا و کبرا در ادعای ایشان ناتمام است؛ زیرا:

اشکال صغروی: نبود سیره در فرض شک در زوال ازدواج سابق زن

اولاً، وقتی مردم درباره ادعای شوهر نداشتن زنی شک دارند یا از شوهر داشتن قبلی او باخبرند، بسیار بعید است که روش آنها بر این باشد که تنها به ادعای زن یا اقدام او به ازدواج اعتماد کرده و بدون فحص با او ازدواج کنند با اینکه از ادعای او اطمینان نمی‌یابند، بلکه گاه به صادق نبودن او ظن دارند و احتمال هم می‌دهند بعداً شوهرش بیاید و برای آنها دردسرهای فراوانی ایجاد کند. سیره مردم بر چنین ازدواجی بدون فحص، قطعی نیست بلکه ممنوع است، و مردم یا در فرض اطمینان یا در فرض غفلت به چنین کاری اقدام می‌کنند.

بر فرض اگر سیره‌ای هم باشد تنها در فرضی است که شوهر ثبیه فوت کرده

۱. مراد از جواز در مقام، جواز وضعی ازدواج بدون فحص از حال زن است.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۹۴.

یا طلاقش داده است و ازدواج مجدد او معلوم نیست، نه صورتی که شک داریم شوهرش مرده یا طلاقش داده است.

نتیجه بودن ظهور در این ندارد که حتماً قبلاً شوهر داشته و الان بقاء زوجیت وی مشکوک است؛ بلکه گاهی استصحاب عدم زوجیت جاری است - مثل فرض یقین به طلاق یا موت شوهر - یا گاهی توارد حالتین است^۱، لذا جاری نشدن استصحاب زوجیت به فرض امثال پریدن منحصر نیست تا فرد نادر دانسته شود و اثبات شود که عقلاء در موارد جریان استصحاب بقاء زوجیت هم اقدام به ازدواج با این زن می‌کنند، خیر چنین نیست، بلکه موارد جاری نشدن اصل بقاء زوجیت نیز نادر نیست.

اشکال کبروی: عدم حجیت سیره ناشی از فتاوا

ثانیاً، عدم لزوم فحص در این مسئله از امور ارتکازی نیست و نمی‌توان اطمینان یافت که چنین سیره‌ای در اثر ارتباط با ائمه علیهم‌السلام و ردع نکردن آنها ایجاد شده و سیره آنها بر فتوای فقهاء تقدّم دارد، بلکه به احتمال زیاد چنین سیره‌ای به استناد فتاوی فقهاء ایجاد شده است، بر خلاف سیره در نظر به مادر و محارم که متأثر از فتاوی نبوده است و درباره جواز نظر به محارم اصلاً از ائمه سؤال نمی‌کردند. بر فرض هم صغرای چنین سیره‌ای ثابت شود، نمی‌توان آن را حجت دانست؛ زیرا اگر مردم به استناد فتاوی فقهاء و با تقلید از آنها به انجام کاری ملتزم شده باشند و سیره آنها متأخر و متأثر از فتاوی باشد، باید خود آن فتاوی ملاحظه شود، که اگر به زمان معصومین علیهم‌السلام متصل بود از باب اجماع حجیت می‌یابد و الا چنین سیره‌ای فی نفسه حجیت ندارد.

۱. گاهی بر یک زن دو حالت عارض شده یعنی مثلاً زمانی طلاق داده شده و خلیه بوده و زمانی خلیه نبوده و مثلاً شوهردار بوده اما معلوم نیست کدام حالت از نظر زمانی مقدم بوده است لذا حالت سابقه این زن نه شوهردار بودن است نه خلیه بودن است.

دلیل دوم: ادعای اجماع در حدائق

مرحوم آقای حکیم^۱ از حدائق و غیر آن اجماعی بودن جواز ازدواج بدون فحص را استظهار کرده است.

اشکال دلیل دوم

اما این کلام ایشان قابل مناقشه است؛ زیرا:

اشکال اول: نبود ادعای اجماع در حدائق

اولاً، دو تعبیر در حدائق هست؛ یکی «قالوا...»^۲ و دیگری «عبارات الأصحاب تضمنت سؤالها»^۳، معنای این دو عبارت این نیست که همه این مسئله را مطرح کرده و به آن فتوا داده‌اند، بلکه ایشان بعد از دیدن فتوای عده‌ای از آنها هم می‌توانند تعبیر کنند که اصحاب چنین گفته‌اند.

اشکال دوم: اجماعی نبودن جواز

ثانیاً، نمی‌توان اجماع را دلیل بر مسئله دانست؛ چون برخی فحص را لازم دانسته‌اند، و فتاوای بسیاری از معاریف قدما همچون شیخ مفید، سید مرتضی، ابوالصلاح حلبی، سلار، ابن حمزه، ابن زهره در دست نیست. فتوای مرحوم صدوق هم معلوم نیست؛ زیرا ایشان علاوه بر روایت یونس بن عبدالرحمن که بر عدم لزوم فحص دلالت دارد، روایت ابی مریم انصاری را که ظاهراً بر لزوم فحص دلالت دارد نقل کرده است.^۴ البته شاید میان این دو روایت به گونه‌ای جمع شود ولی معلوم نیست شیخ صدوق چگونه بین این دو جمع می‌کند و کدام یک از این دو روایت را توجیه می‌کند. این مسئله در قواعد و شروح آن از جمله جامع المقاصد و کشف اللثام نیز نیست لذا فتوای این عده معلوم نیست.

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۳۳.

۲. الحدائق الناضرة، ج ۲۴، ص ۱۲۸.

۳. الحدائق الناضرة، ج ۲۴، ص ۱۳۰.

۴. روایت ابی مریم: کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۵۹، ح ۴۵۸۵؛ و روایت یونس بن عبدالرحمن:

کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۶۲، ح ۴۵۹۹.

البته قطب الدین کیدری در اصباح^۱ فحص را لازم می‌داند و احتمالاً با پذیرش روایت ابی مریم انصاری^۲ و به استناد آن چنین فتوایی داده است. از طرف دیگر شیخ در تهذیب^۳ و نهاییه^۴ و ابن براج در مهذب^۵ و ابن ادریس در سرائر^۶ و محقق اول در شرایع^۷ و نافع^۸ و بعضی از متأخرین دیگر^۹ به لازم نبودن فحص فتوا داده‌اند.^{۱۰}

مرحوم کلینی^{۱۱} نیز روایتی را نقل کرده که در لازم نبودن فحص ظهور دارد، هرچند روایت ابی مریم^{۱۲} را هم نقل کرده که بر لزوم فحص دلالت دارد، ولی بعداً برای نقل روایت ابی مریم در کافی توجیهی ذکر می‌شود؛ لذا ظاهراً نظر ایشان عدم لزوم فحص است.

۱. اصباح الشیعة، ص ۴۲۱.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۵۱، ح ۹: ... عن أبي مریم عن أبي جعفر عليه السلام «أنه سئل عن المتعة فقال إن المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم إتهن كن يومنك يؤمن فاليوم لا يؤمن فسلوا عنهم».

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۵۳.

۴. النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۹۰.

۵. المهذب (ابن براج)، ج ۲، ص ۲۴۰.

۶. السرائر، ج ۲، ص ۶۲۱.

۷. شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۲۴۸.

۸. المختصر النافع، ج ۱، ص ۱۸۱.

۹. برای نمونه:

تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۵۲۳؛ مسالك الأفهام، ج ۷، ص ۴۳۴؛ نهاية المرام، ج ۱، ص ۲۲۶؛ ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۳۱۶.

۱۰. گرچه فتوای ابن عده به جواز، همگی در نکاح موقت است، ولی ممکن است گفته شود در نگاه عرفی بین نکاح دائم و موقت فرقی نیست.

۱۱. الکافی، ج ۵، ص ۵۶۹، ح ۵۵: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن علی بن الحکم عن عمر بن حنظلة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام إني تزوجت امرأة فسألت عنها فقيل فيها فقال وأنت لم سألت أيضاً ليس عليكم التفطيش».

۱۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۵۳.

دلیل سوم: اصالة الصحة با دو تقریب

دلیل سوم، اصالة الصحة است. این دلیل را به دو نحو می توان تقریب کرد:

تقریب اول: اصل صحت در عقود

تقریب اول این است که اصل در عقود و معاملات، مقتضی صحت است؛ لذا ازدواج با چنین زنی بدون فحوص از حال او صحیح خواهد بود.

اشکال: جریان اصل فساد در شبهه موضوعیه نفس متعاقدين

ولی این تقریب، صحیح نیست؛ زیرا آنچه در مقام، محل بحث است حکم عقد با فرض شبهه موضوعیه است.^۱ اگر خود شخصی که وجود شرایط معامله را احراز نکرده، بخواهد عقدی را انشاء کند، اصل صحت جاری نمی شود، بلکه اصل عدم تحقق عقد صحیح، جاری می شود. اصل صحت درباره عقد دیگران است؛ یعنی وقتی وجود شرایط هنگام انشای عقد آنها معلوم نیست، اصل صحت درباره عقد آنها جاری می شود.

اما اینکه گاهی در کلمات فقهاء درباره خود ایجاد کننده عقد به اصالة الصحة تمسک شده، ممکن است با مطلب فوق تنافی نداشته باشد و مربوط به شبهات حکمیّه باشد؛ مثلاً اگر اعتبار عربیت در عقد مشکوک باشد، می گویند درباره عقد فاقد عربیت اصل صحت جاری است، ولی این به شبهات موضوعیه و احراز شرایط موضوع ربطی ندارد؛ زیرا در واقع مراد فقها از این اصل، تمسک به عمومات و اطلاعات است که مقتضای آن عدم شرطیت عربیت است؛ اما اگر شرطیت امری مانند بلوغ عاقد برای ما ثابت شده باشد، بدون احراز تحقق خارجی آن از سوی طرف مقابل، اصل بر فساد آن معامله است.

تقریب دوم: شرعی بودن اقدام زن به ازدواج

تقریب دوم این است که زنی که قصد ازدواج دارد طبعاً خلاف شرع انجام نمی دهد و اقدام او شرعاً جایز است؛ پس اگر او را عقد کنیم، این عقد صحیح است.

۱. یعنی ابهام و شبهه در شناخت موانع ازدواج وجود ندارد و روشن است که زن باید بی شوهر و غیر معتدّه و ... باشد و فقط شبهه در این است که آیا این زن مثلاً بی شوهر است یا نه؟

اشکال تقریب دوم

تقریب دوم نیز صحیح نیست؛ زیرا:

اشکال اول: بی اعتباری اصل عدالت

اولاً، این بیان بر اصالة العدالة مبتنی است، به این معنا که اصل بر عدالت آن زن است و اقدام او خلاف شرع نیست، در حالی که دلیلی بر «اصالة العدالة» وجود ندارد.

اشکال دوم: عدم جریان تقریب دوم در فرض علم به فسق زن

ثانیاً، این دلیل، اخص از مدعا است؛ زیرا بر فرض هم اصالة العدالة را بپذیریم، این اصل تنها عقد زنانی را تصحیح می کند که به فسق آنها عالم نباشیم، در حالی که مطلوب، اثبات جواز عقد هر زنی است که مدعی خلیه بودن باشد حتی اگر عادل نباشد؛ پس با این وجه نمی توان آیه نبأ را که مقتضی وجوب تحقیق در مورد فاسق است، در خصوص تزویج، تخصیص زده و در مورد فاسق نیز به عدم وجوب تحقیق حکم کرد.

دلیل چهارم: روایات

دلیل عمده در مقام، روایات است. مجموعاً چهارده روایت نقل شده که یکی از آنها به دیگری ارجاع می شود و جز چهار روایت که سندشان ضعیف است همه روایات معتبرند؛ دو روایت مؤتقه و بقیه صحیح السند هستند. سند و دلالت چهار روایت از این روایات در گذشته^۱ بررسی شد.

روایت اول: صحیحہ عبدالعزیز بن المهتدی

علي بن إبراهيم عن أبيه عن عبد العزيز بن المهتدي قال: «سألت الرضا عليه السلام قلت جعلت فداك إن أخي مات وتزوجت امرأته فجاء عمتي فادّعى أنه قد كان تزوّجها سراً فسألتها عن ذلك فأنكرت أشد الإنكار وقالت ما كان بيني وبينه شيء قط فقال يلزمك إقرارها ويلزمه إنكارها.»^۲

۱. ر.ک: مسئله ۳ از همین مباحث.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۵۶۳، ح ۲۷؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۹، باب ۲۳، ح ۱.

روایت دوم: مضمرة یونس و مکاتبة حسین بن سعید

عنه (الصفار) عن أحمد عن علي بن أحمد عن يونس قال: «سألته عن رجل تزوج امرأة في بلد من البلدان فسألها ألك زوج فقالت لا فتزوجها ثم إن رجلاً أتاه فقال هي امرأتي فأنكرت المرأة ذلك ما يلزم الزوج فقال هي امرأته إلا أن يقيم البينة.»^۱

أحمد بن محمد عن الحسين «أنه كتب إليه يسأله عن رجل تزوج امرأة في بلد من البلدان فسألها ألك زوج قالت لا فتزوجها ثم إن رجلاً أتاه فقال هي امرأتي فأنكرت المرأة ذلك ما يلزم الزوج فقال هي امرأته إلا أن يقيم البينة.»^۲

این روایت صحیح است، ولی در سند یونس، علی بن احمد، مجهول است. این دو روایت بر صحت عقد زنی دلالت دارد که مدعی خلیه بودن شده است بدون اینکه تفحص لازم باشد.

روایت سوم: موثقة سماعه

الحسين بن سعيد عن أخيه الحسن عن زرة عن سماعة قال: «سألته عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها فحدثه رجل ثقة أو غير ثقة فقال إن هذه امرأتی و لیست لی بینة فقال إن كان ثقة فلا یقر بها وإن كان غیر ثقة فلا یقبل منه.»^۳

روایات سماعه، معمولاً از طریق زرعه است^۴ و مورد عمل اصحاب است^۵ زرعه

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۶۸، ح ۸۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۳۰۰، ح ۳.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۷۷، ح ۱۲۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۳۰۰، ذیل ح ۳.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۶۱، ح ۵۳؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۳۰۰، ح ۲.

۴. البته عثمان بن عیسی از سماعه روایات بیشتری را نقل کرده است؛ اما در هر حال روایات بسیار فراوانی از زرعه از سماعه نقل شده است. برای نمونه در تهذیب بیش از ۱۵۰ روایت توسط زرعه از سماعه نقل شده است.

۵. با تتبع در عبارات اصحاب، می توان این مطلب را ثابت کرد. در فقیه که کتاب فتاوی شیخ صدوق است روایات متعددی در فروع مختلف فقهی از احکام الزامی از زرعه از سماعه نقل شده است (برای نمونه: کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۲۱۲، ح ۳۷۸۹؛ و ص ۴۴۹، ح ۴۵۵۴؛ و ص ۴۶۶، ح ۴۶۱۰؛ و ج ۴، ص ۳۱۹، ح ۵۶۸۹). در تهذیب نیز شیخ طوسی روایت وی از سماعه را تضعیف نکرده است. ایشان در مواردی از جمله در استبصار تنها به جهت روایت زرعه از سماعه نظری را اختیار کرده است: الاستبصار، ج ۳، ص ۳۰۶-۳۰۷: «علی أن الذي اختاره هو أنه إنما ترثه بعد انقضاء العدة إذا طلقها للإضرار بها و يحمل على هذا التفصيل جميع ما تقدم من الأخبار المجملة يدل على ذلك [ح ۱۴] ما

واقفی است^۱ و درباره سماعه هم گفته شده او واقفی است ولی مورد بحث است.^۲ طبق این روایت عقد زنی که حاضر به ازدواج شده در صورتی جایز است که ثقه دیگری مدعی شوهردار بودنش نشود. تقیید مدعی ثالث به وثاقت در نگاه عرف به این جهت است که گفتار شخص موثق به حسب متعارف اطمینان آور است، و اطمینان معیار حکم است نه اینکه ادعای ثقه واحد پذیرفته شود گرچه اطمینان نیاورد. شیخ انصاری در بحث حجیت خبر ثقه همین مطلب را از روایات استفاده کرده است.^۳

روایت چهارم: روایت ابان بن تغلب

عَدَّة من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن خالد عن محمد بن علی عن محمد بن أسلم عن إبراهيم بن الفضل عن أبان بن تغلب قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام أنتی أكون فی بعض الطرقات فأرى المرأة الحسنة ولا آمن أن تكون ذات بعل أو من العواهر قال ليس هذا عليك إنما عليك أن تصدقها فی نفسها.»^۴ این تنها روایتی است که صاحب جواهر آن را تمام دانسته و برای اثبات مدعا در

رواه الحسين بن سعيد عن أخيه الحسن عن زرعة عن سماعة قال: «سألته عليه السلام عن رجل طلق امرأته و هو مريض قال ترثه ما دامت في عذتها وإن طلقها في حال إضرار فهي ترثه إلى سنة فإن زاد على السنة يوم واحد لم ترثه و تعتد أربعة أشهر و عشرة عَدَّة المتوفى عنها زوجها.» البته اینکه روایات زرعه از سماعه مورد عمل اصحاب است منافاتی با این ندارد که در تعارض این روایات با سایر روایات معتبر، روایات سماعه کنار گذاشته شود. آنچه مراد استاد علیه السلام است اعتبار ذاتی این روایات - با قطع نظر از تعارض آنها با سایر اخبار - در نزد اصحاب است.

۱. رجال النجاشی، ص ۱۷۶، رقم ۴۶۶.

۲. طبق برخی نقل ها او اصلاً زمان وقف را درک نکرده و اساساً در زمان امام صادق علیه السلام از دنیا رفته است. رجال النجاشی، ص ۱۹۴-۱۹۵؛ و ذکر أحمد بن الحسن علیه السلام، أنه وجد في بعض الكتب أنه مات سنة خمس وأربعين و مائة في حياة أبي عبد الله علیه السلام و ذلك أن أبا عبد الله علیه السلام قال له: إن رجعت لم ترجع إلينا فأقام عنده فمات في تلك السنة و كان عمره نحواً من ستين سنة. و ليس أعلم كيف هذه الحكاية لأن سماعه روى عن أبي الحسن علیه السلام و هذه الحكاية تتضمن أنه مات في حياة أبي عبد الله علیه السلام و الله أعلم. به علاوه نجاشی واقفی بودن او را مطرح نکرده است و تنها شیخ طوسی در رجال آن هم ذیل اصحاب امام کاظم علیه السلام او را واقفی دانسته است (رجال الطوسی، ص ۳۳۷، باب السین، رقم ۴).

۳. فرائد الأصول، ج ۱، ص ۱۷۴.

۴. الکافی، ج ۵، ص ۴۶۲، ح ۱.

این روایت در وسائل نقل نشده است.

مقام به آن استدلال نموده است.^۱

روایت پنجم: صحیحۀ عمر بن حنظله

محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن علی بن الحکم عن عمر بن حنظلة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام إني تزوجت امرأة فسألت عنها فقیل فیها فقال وأنت لم سألت أيضا لیس علیکم التفتیش».^۲

وثاقت عمر بن حنظله به دلیل نقل صفوان از او

عمر بن حنظله را ثقه می دانیم؛ زیرا صفوان از عمر بن حنظله بی آنکه به دیگری عطف شود حدیث نقل کرده است.^۳ البته صفوان حدیث دیگری را از او با عطف به حارث بن مغیره و منصور بن حازم نقل کرده است.^۴ اما نقل این حدیث دوم وثاقت «عمر بن حنظله» را ثابت نمی کند؛ زیرا شاید صفوان به خاطر وثاقت دو نفر دیگر این حدیث را نقل کرده باشد و مانند ضمیمه کردن موثق به غیر موثق باشد. البته در کمال الدین، ابن ابی عمیر هم از «عمر بن حنظله» روایتی دارد^۵ اما در آن سند نام «ابی ایوب خزاز» بین ابن ابی عمیر و عمر بن حنظله ساقط شده است؛^۶ لذا آن روایت، وثاقت عمر بن حنظله را ثابت نمی کند.

۱. جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۱۵۸.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۵۶۹، ح ۵۵؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۳۰۱، باب ۲۵، ح ۱.

۳. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۶۱: «روی صفوان بن یحیی عن عمر بن حنظلة».

۴. الإستبصار، ج ۱، ص ۲۵۰، ح ۲۵: «سعد بن عبد الله عن موسى بن الحسن عن الحسن بن الحسين اللؤلؤی عن صفوان بن یحیی عن الحارث بن المغیره النضری و عمر بن حنظلة و منصور بن حازم قالوا...».

۵. کمال الدین، ج ۲، ص ۶۵۰: الحسن بن سعید عن محمد بن أبي عمير عن عمر بن حنظلة قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول «قبل قيام القائم خمس علامات محتومات الیمانی و السفیانی و الضیحة و قتل النفس الزکیة و الخسف بالبیداء».

۶. وجه سقوط نام «ابی ایوب خزاز» آن است که همین روایت را ابن ابی عمیر با واسطه ابی ایوب خزاز از عمر بن حنظله نقل کرده است:

الغیبة (نعمانی)، ص ۲۵۲، ح ۹: أخبرنا محمد بن همام قال حدثنا جعفر بن محمد بن مالك الفزاري قال حدثني عبد الله بن خالد التميمي قال حدثني بعض أصحابنا عن محمد بن أبي عمير عن أبي أيوب الخزاز عن عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «للقائم خمس علامات ظهور السفیانی و الیمانی و الضیحة من السماء و قتل النفس الزکیة و الخسف بالبیداء».

بررسی کلام آقای حکیم

مرحوم آقای حکیم، به تبع صاحب جواهر^۱ مورد بحث در مسئله هفتم^۲ را خصوص صورت قبل از ازدواج قرار داده است و لذا می‌فرماید: روایت عمر بن حنظله چون درباره تفتیش و سؤال بعد از تزویج است به محل کلام ربطی ندارد؛ بلکه روایت یونس و روایت عبدالعزیز بن المهتدی و مکاتبه حسین بن سعید می‌توانند دلیل بر مسئله هفتم باشد.^۳

این کلام بسیار عجیب است؛ زیرا اولاً مورد بحث، اعم از قبل ازدواج و بعد آن است، و ثانیاً بر فرض هم مورد بحث را تنها صورت قبل از تزویج بدانیم، سه روایت یونس و عبدالعزیز و مکاتبه حسین بن سعید نیز به این مسئله مربوط نخواهند بود؛ چون مورد آنها نیز فرض بعد از ازدواج است.

روایت ششم: صحیحۀ میسر یا میسرة

محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن الحسين بن سعيد عن فضالة بن أيوب عن عمر بن أبان الكلبي عن ميسرة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام ألقى المرأة بالفلاة التي ليس فيها أحد فأقول لها لك زوج فتقول لا فأتزوجها قال نعم هي المصدقة على نفسها.»^۴

مراد از میسرة، میسر بن عبد العزیز است^۵ که در اسانید، با عنوان میسر نیز ذکر شده است.^۶

۱. جواهر الکلام، ج ۳۰، ص ۱۵۸.

۲. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۳، م ۷.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۳۲: «و نحوهما خبر یونس و خبر عبد العزیز بن المهتدی المتقدمان فی المسألة الثالثة. و أما خبر عمر بن حنظلة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني تزوجت امرأة فسألت عنها، فقيل فيها. فقال: وأنت لم سألت أيضاً؟! ليس عليكم التفتيش.» فغير ظاهر فيما نحن فيه.» گرچه در بحث جاری، ایشان مکاتبه حسین بن سعید را مطرح نکرده، اما در مسئله ناله در کلام ایشان مطرح شده بود (مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۱۵: «و نحوه مکاتبه الحسين ابن سعيد»).

۴. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۲، ح ۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۰، ح ۱.

۵. رجال الطوسی، ص ۱۴۵، رقم ۱۲؛ رجال الکشی، ص ۲۴۲، رقم ۴۴۳.

۶. برای نمونه: الکافی، ج ۵، ص ۴۶۲، باب أنها مصدقة على نفسها، ح ۲.

وثاقت همه راویان در سند

این روایت در دو جا از کافی آمده است؛ در «باب التزويع بغير ولي»، فضاله از عمر بن ابان کلبی از میسرۑ نقل کرده؛ اما در «باب أنها مصدقة علی نفسها»، عمر بن ابان کلبی وجود ندارد^۱ که ظاهراً سقطی صورت گرفته است؛ زیرا فضاله بی واسطه از میسرۑ بن عبد العزیز روایت نمی‌کند.^۲ اما به هر حال چه واسطه‌ای باشد یا نباشد، روایت صحیحه است.^۳

روایت هفتم: صحیحه یا موثقۑ فضل مولی محمد بن راشد

روی محمد بن أحمد بن یحیی عن علی بن السندی عن عثمان بن عیسی عن إسحاق بن عمار عن فضل مولی محمد بن راشد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت إني تزوجت امرأة متعة فوقع فی نفسی أن لها زوجاً ففتشت عن ذلك فوجدت لها زوجاً قال ولم فتشت.»^۴

اثبات تصحیف فضل به فضیل

علی بن سندی ثقه است^۵، عثمان بن عیسی از ثقات واقفه است، طبق تحقیق اسحاق بن عمار فطحی نیست و دوازده امامی و صحیح است، و فضل مولی محمد بن راشد نیز ثقه دوازده امامی است.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۲، ح ۴.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۶۲، باب أنها مصدقة علی نفسها، ح ۲.

۳. روایات میسرۑ که توسط فضاله نقل شده اندک است، ولی در هیچ سندی جز حدیث دوم از «باب أنها مصدقة علی نفسها» فضاله بی واسطه از میسرۑ نقل نکرده، بلکه یا با واسطه عمر بن ابان کلبی است یا با واسطه «حماد بن عثمان عن علي بن أبي المغيرة» است.

۴. دلیل وثاقت عمر بن ابان الکلبی توثیق صریح نجاشی و روایت جماعتی از کتاب وی است؛ ر.ک: رجال النجاشی، ص ۲۸۵، رقم ۷۵۹.

۵. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۵۳، ح ۱۷؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۱، ح ۳.

۶. محمد بن علی بن محبوب از وی اکتار روایت کرده است و ده‌ها روایت از وی در تهذیب توسط محمد بن علی بن محبوب نقل شده است و محمد بن احمد بن یحیی نیز بیش از بیست روایت از وی نقل کرده و جزء مستثنیات روایات محمد بن احمد بن یحیی نیز نیست؛ لذا روایت، صحیح خواهد بود. ر.ک: رجال الکشی، ص ۵۹۸، رقم ۱۱۱۹.

تصحیف نام فضل به فضیل یا فضیل به فضل بسیار شایع است، مثل شیوع تصحیف «فضیل بن یسار» به «فضل بن یسار». شیخ در رجال «فضل» ها و «فضیل» ها را جداگانه ذکر کرده است^۱، طبق این ترتیب نیز باید نام صحیح راوی محل بحث «فضل مولی محمد بن راشد» باشد که نسخ تهذیب نام او را در یک مورد^۲ «فضل» ضبط کرده اند، اما در یک مورد^۳ در بعضی نسخ خطی به «فضیل» تصحیف شده است، که البته همین مورد هم در نسخه ای از تهذیب که شهید ثانی تصحیح کرده، «فضل» ثبت شده است. در استبصار هم فضل^۴ آمده است.

تغییرات در رجال برقی^۵ در این باره بیشتر است؛ زیرا در اصحاب امام صادق علیه السلام چنین آمده است: «فضیل بن محمد بن راشد مولی» که فضل به فضیل تصحیف شده، و کلمه «بن» هم اضافی است و کلمه مولی نیز مؤخر است. ابن داود نام راوی را در نسخه ای از رجال برقی با خط شیخ، «الفضل مولی محمد بن راشد» دیده است.^۶ در رجال کشی «فضل غلام محمد بن راشد» ثبت شده که ظاهراً باز هم تصحیف است.^۷ جای دیگری از تهذیب و نیز استبصار^۸ روایتی از محمد بن ابی عمیر از «فضیل مولی راشد» نقل شده که اینجا نیز به احتمال قوی همان فضل مولی محمد بن

۱. رجال الطوسی، ص ۲۶۸-۲۶۹، رقم ۳۸۶۰-۷.

۲. رک: تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۵۳، ح ۱۷.

۳. رک: تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۶۲، ح ۲۷۱، که در معجم رجال مرحوم آقای خوئی به اشتباه ۳۷۱ نوشته شده است: «أبو المغراء عن فضیل مولی محمّد بن راشد...» (معجم رجال الحديث، ج ۱۴، ص ۳۴۰).

۴. در نسخه مطبوع استبصار (ج ۳، ص ۸۱، ح ۲۷۳-۴)، «فضیل» آمده است: «أبو المغراء عن فضیل مولی محمّد بن راشد قال: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل باع جارية حبلی و هو لا یعلم فنکحها الذی اشتری قال یزّدها و یزّدها نصف عشر قیمتها».

همچنین در سه نسخه ۲۴۱۵ و ۲۵۱۸ و ۲۶۴۷ در نرم افزار نسخ خطی کتابخانه کاشف الغطاء نیز «فضیل» آمده است.

۵. کتاب الطبقات (برقی)، ص ۳۴.

۶. کتاب الرجال (ابن داود حلی)، ص ۲۷۳-۲۷۴، رقم ۱۱۸۳.

۷. در رجال کشی مطبوع «فضیل» آمده است: رجال الکشی، ص ۱۱: «حدّثنا محمّد بن عبد الحمید العطار الکوفی، عن یونس بن یعقوب، عن فضیل غلام محمّد بن راشد،...» اما در معجم الرجال به نقل از رجال کشی «فضل» آمده است (معجم رجال الحديث، ج ۱۵، ص ۹۷).

۸. الاستبصار، ج ۳، ص ۱۳۸، ح ۱۲؛ تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۳۸، ح ۶۰.

راشد صحیح است و فضل به فضیل تصحیف شده و بر اثر سقط کلمه «بن» یا اختصاراً از باب اطلاق نام پدر بر پسر به جای مولی محمد بن راشد، مولی راشد آمده است.^۱ اسم صحیح او «فضل مولی محمد بن راشد» است که در جاهای معتبر با این نام آمده است.

اطلاق نام پدر بر پسر در فارس و عرب بسیار رایج بوده است. مثلاً شیخ در رجال درباره عمر بن اذینه گفته است که «غلب علیه اسم ایبه»؛ یعنی نامش عمر نبوده، و نام پدرش عمر بوده است.^۲ به عبد‌الکریم بن قاسم فقط قاسم می‌گفتند با اینکه او پسر قاسم بوده است. به محمود بن سبکتکین (سلطان محمود غزنوی) فقط سبکتکین اطلاق می‌شده^۳ و به حسین بن منصور بن حلاج، منصور حلاج می‌گفتند.^۴

نتیجه این است که روایت مورد بحث، از نظر فضل مولی محمد بن راشد مشکلی ندارد؛ اما به لحاظ عثمان بن عیسی که از ثقات واقفیه است^۵، ممکن است گفته شود روایت، موثق است.

روایت هشتم: صحیحۃ اشعری

محمد بن احمد بن یحیی عن الهیثم بن أبی مسروق التّهدی عن أحمد بن محمد بن أبی نصر و محمد بن الحسن الأشعری عن محمد بن عبد الله الأشعری قال: «قلت للرضا علیه السلام الرجل یتزوّج بالمرأة فیقع فی قلبه أنّ لها زوجاً قال ما علیه أ رأیت لو سألتها البینة کان یجد من یشهد أن لیس لها زوج.»^۱

امام علیه السلام در پاسخ فرموده‌اند اگر مطالبه یتنه هم بشود، او قادر نیست یتنه بیاورد که حتی در خفاء هم عقدی خوانده نشده است.

۱. در تهذیبین چنین آمده است: تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۳۸، ح ۶۰: أحمد بن محمد بن محمد بن عیسی عن محمد بن أبی عمیر عن فضیل مولی راشد قال: «قلت لأبی عبد الله علیه السلام لمولای فی یدی مال فسألته أن یحلّ لی ما اشتري من الجوّاری فقال...» به همین نحو در استبصار (ج ۳، ص ۱۳۸، ح ۱۲) نیز آمده است.

۲. رجال الطوسی، ص ۳۱۳، رقم ۶۸۰.

۳. برای نمونه، ر.ک: منتخب من سیاق تاریخ نيسابور، ص ۶۸۰.

۴. برای نمونه: طبقات الصوفیة (سلمی)، ص ۲۳۶.

۵. رجال النجاشی، ص ۳۰۰، رقم ۸۱۷.

۶. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۵۳، ح ۱۹؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۱، ح ۳.

بیان احتمالات سه‌گانه در سند

در سند این روایت سه احتمال وجود دارد:

احتمال اول: حیلولة سندی در نقل خود شیخ

احتمال اول این است که عطف محمد بن الحسن الاشعری بر ما قبل، بیانگر وقوع حیلولة سندی از جانب شیخ طوسی است؛^۱ یعنی شیخ طوسی از دو کتاب نقل کرده؛ یکی نوادرو دیگری کتابی از محمد بن عبد الله الاشعری. پس روایت دو طریق دارد، یکی طریق محمد بن احمد بن یحیی از احمد بن محمد بن ابی نصر، و دیگری طریق محمد بن الحسن الاشعری از محمد بن عبد الله اشعری؛ یعنی چنین است:

الف. محمد بن احمد بن یحیی عن الهیثم بن ابی مسروق التّهدی عن أحمد بن محمد بن ابی نصر قال: ...

ب. محمد بن الحسن الأشعری عن محمد بن عبد الله الأشعری قال: ...

لذا عطف موجود در سند، بیانگر این نیست که هر یک از احمد بن محمد بن ابی نصر و محمد بن الحسن الاشعری از محمد بن عبد الله اشعری نقل کرده‌اند. اما احتمال وقوع حیلولة سندی از شیخ، بعید است؛ زیرا محمد بن الحسن الاشعری صاحب کتاب نیست^۲ تا شیخ از کتاب او نقل کرده باشد.

احتمال دوم: حیلولة سندی در نقل نوادر الحکمة

احتمال دوم این است که عطف بیانگر وقوع حیلولة سندی در کتاب محمد بن احمد بن یحیی، صاحب نوادر الحکمة باشد و ایشان حدیث را به دو طریق از امام رضا علیه السلام نقل کرده است؛ یکی طریق هیثم از ابن ابی نصر بزنطی، و دیگری طریق محمد بن حسن الاشعری از محمد بن عبد الله الاشعری، و هر یک از بزنطی و محمد

۱. استاد رحمته الله: منظور از حیلولة سندی این است که گاهی مقداری از سندی در سند دیگری وارد می‌شود و صورت جمله معترضه به خود می‌گیرد. برای مشخص شدن این مطلب در نسخ خطی، حاء خطی (ح) قرار می‌دادند که مختصر شده حیلولة است.

۲. در فهرست نجاشی و شیخ طوسی نامی از وی نیامده است. در رجال شیخ و رجال برقی نیز تنها چنین آمده است: رجال الطوسی، ص ۳۶۶، رقم ۵۲: «محمد بن الحسن بن ابی خالد القمی الأشعری»؛ کتاب الطبقات (برقی)، ص ۵۱: «محمد بن الحسن بن ابی خالد الأشعری القمی».

بن عبد الله اشعری با طریقی جداگانه سؤال مشابهی را از امام رضا علیه السلام پرسیده و جواب مشابهی گرفته‌اند؛ لذا سند روایت چنین خواهد بود:

- محمد بن احمد بن یحیی عن الهیثم بن ابی مسروق التّهدی عن أحمد بن محمد بن ابی نصر قال: ...
- محمد بن احمد بن یحیی عن محمد بن الحسن الأشعری عن محمد بن عبد الله الأشعری قال: ...

از عبارت مسالک^۱ استفاده می‌شود که ایشان نیز قائل به حیلولة است؛ زیرا چنین تعبیر کرده است: «و قد روی أحمد بن أبی نصر و غیره..»
بعید نیست گفته شود به دلیل اشکالی که در احتمال اول بیان شد، مراد شهید ثانی احتمال اول حیلولة نباشد، بلکه همین احتمال دوم مراد ایشان باشد.
در هر حال، سند روایت طبق احتمال دوم، بی‌اشکال است؛ چون راوی اول طبق یک طریق بزنطی است و اگر محمد بن عبد الله الاشعری را هم توثیق نکنیم اشکالی وجود ندارد.

احتمال سوم (مختار): عطف محمد بن الحسن الاشعری بر بزنطی و عدم حیلولة
احتمال سوم این است که حیلولة‌ای در سند واقع نشده بلکه محمد بن حسن اشعری بر احمد بن محمد بن ابی نصر عطف شده و هر دو راوی از محمد بن عبد الله اشعری نقل می‌کنند و تنها محمد بن عبد الله از امام رضا علیه السلام سؤالی پرسیده و جوابی گرفته است و راوی اول روایت «محمد بن عبد الله اشعری» است؛ زیرا ابن ابی نصر از او زیاد روایت نقل می‌کند و وقوع حیلولة شاهی ندارد؛ لذا همین احتمال سوم اصح است.

وثائق محمد بن عبد الله اشعری به دلیل نقل بزنطی از او
هرچند درباره محمد بن عبد الله اشعری توثیق صریحی وارد نشده، ولی طبق تحقیق، بزنطی «لا یروی و لا یرسل الا عن ثقة» است^۲ لذا محمد بن عبد الله اشعری از ثقات

۱. مسالک الأتھام، ج ۷، ص ۲۳۵.

۲. استاد رحمته الله: گرچه مشهور روایت اصحاب اجماع را علامت توثیق همه راویان قبل از اصحاب اجماع

خواهد بود.^۱

نقل روایت اشعری در رساله المتعه شیخ مفید

جعفر بن محمد بن عبد الله الأشعری عن أبيه قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن تزويج المتعة وقلت أنهما بأن لها زوجا يحل لي الدخول بها قال عليه السلام: إن سألتها البينة على أن ليس لها زوج تقدر على ذلك.»^۲

این روایت در رساله المتعه مرحوم شیخ مفید نقل شده است. نسخ این رساله اشتباهات زیادی دارد؛ زیرا مانند کتب اربعه مقابله نشده تا نسخه های معتبر داشته باشد، این روایت نیز با تغییر و اشتباه نقل شده است.^۳ مستدرک هم روایت را از رساله المتعه نقل کرده اما بعد از «الاشعری» عبارت «عن ابيه» ساقط شده است،^۴ درحالی که همین تعبیر «عن ابيه» در سند روایت بحار^۵ به درستی آمده است؛ البته در بحار نیز «عبد الله الأشعری» به «عبید الأشعری» تصحیف شده است. اختلاف نسخه در مورد عبد الله الأشعری در موارد بسیاری وجود دارد؛^۶ همچنین در روایات با یک مضمون واحد دیده می شود گاهی عبد الله و گاهی عبید الله آمده است^۷؛ لذا

می دانند، اما این صحیح نیست؛ ولی در عین حال روایت ابن ابی نصر بزندی و صفوان و ابن ابی عمیر اماره وثاقت مروی عنه است.

۱. برای نمونه در بیش از ۱۰ مورد در کتاب شریف کافی نقل بزندی از محمد بن عبد الله اشعری آمده است. به علاوه صفوان نیز از او روایت نقل کرده است (تهذیب الأحکام، ج ۳ ص ۲۸۲، ح ۱۵۵).

۲. المتعة (شیخ مفید)، ص ۱۴، ح ۳۷.

۳. استاد رحمته الله در بررسی فوریت تسلیم مهریه در متعه فرموده است: رساله المتعه در دسترس نیست؛ ولی علامه مجلسی در بحار، ۴۳ حدیث از آن را نقل کرده است (بحار الأنوار، ج ۱۰، ص ۳۰۵، ح ۱۳ تا ص ۳۱۱، ح ۵۵) و در مصنفات شیخ مفید هم که چاپ شده از بحار اخذ شده است.

۴. مستدرک الوسائل، ج ۱۴، ص ۴۵۹، ح ۱۷۲۸۳.

۵. بحار الأنوار، ج ۱۰، ص ۳۱۰، ح ۵۰.

۶. برای نمونه رک: الکافی (دار الحدیث)، ج ۳، ص ۲۸۸، ح ۱؛ ج ۸، ص ۲۰۱، ح ۳۴؛ و ص ۵۶۷، ح ۷؛ ج ۱۰، ص ۴۲۱، ح ۳.

۷. برای نمونه روایت ذیل در مناقب ابن شهر آشوب از محمد بن عبید الله نقل شده و در خرائج و همچنین اثبات الهداة نام راوی همین طور ذکر شده است:

مناقب آل أبي طالب علیهم السلام، ج ۴، ص ۳۲۴: محمد بن عبید الله الأشعری قال «كنت عند الرضا عليه السلام

معلوم می‌شود یک نفر است و یکی به دیگری تصحیف شده است.

محمد بن عبد الله الاشعری همان محمد بن عبد الله القمی است، اشعری‌ها همان اشعری‌های قم هستند. همچنین در رساله المتعه به جای «قلت للرضا علیه السلام»، تعبیر «سألت ابا الحسن علیه السلام» ذکر شده که مراد همان ابا الحسن الرضا علیه السلام است. به هر حال مضمون دو روایت اخیر و راوی آنها یکی است و ظاهراً این دو روایت متحدند، لذا اسقاط در سند هر چند این روایت را به خودی خود از اعتبار می‌اندازد، ولی مؤکد روایت قبل است.

روایت نهم: مرسله مهران بن محمد

عن أيوب بن نوح عن مهران بن محمد عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قيل له إن فلانا تزوج امرأة متعة فقيل له إن لها زوجا فسألها فقال أبو عبد الله عليه السلام ولم سألها؟»^۱

روایت دهم: مرسله یونس بن عبد الرحمن

روي عن يونس بن عبد الرحمن قال: ... و قلت للرضا عليه السلام «المرأة تتزوج متعة فينقضي شرطها فتتزوج رجلاً آخر قبل أن تنقضي عدتها قال وما عليك إنما إثم ذلك عليها.»^۲

این روایات، حجیت ادعای زن در خلیه بودن را اثبات می‌کند.

روایات معارض

اما در مقابل برخی روایات، بر عدم حجیت قول زن در این زمینه دلالت می‌کند.

فأصابني عطش شديد فكرت أن أستسقي في مجلسه فدعا بماء فذاقه ثم قال يا محمد اشرب فإنه بارد. الخرائج والجرائح، ج ۲، ص ۷۳۲، ح ۳۹؛ إنبات الهداة، ج ۴، ص ۳۲۳، ح ۴۱، در حالی که در کتب ذیل نام راوی محمد بن عبد الله آمده است:

دلائل الإمامة، ص ۳۶۹، ح ۲۲؛ بصائر الدرجات، ج ۱، ص ۲۳۹، ح ۱۶؛ عیون أخبار الرضا علیه السلام، ج ۲، ص ۲۰۴، ح ۳.

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۵۳، ح ۱۸؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۱، ح ۴.

۲. کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۶۲-۴۶۳، ح ۴۵۹۹؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۱، ح ۲.

روایت اول: روایت جعفریات

عن علی علیه السلام أنه قال «فی امرأة قدمت علی قوم و قالت لیس لی زوج ولا يعرفها أحد فقال لا تتزوج حتی تقیم شهودا عدولا أنه لا زوج لها»^۱
این روایت قابل اعتنا نیست؛ زیرا روایات جعفریات نوعاً بر خلاف اصول حدیثی شیعه است.^۲

روایت دوم: صحیحہ ابی مریم انصاری

محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد بن ابن محبوب عن أبان عن أبی مریم عن

۱. الأشعثیات، ص ۱۰۰.

۲. برای نمونه موارد ذیل را می توان بیان کرد:

الأشعثیات، ص ۱۶: عن جده علي بن الحسين عن أبيه قال: «كان علي عليه السلام إذا توضأ تمضمض و استنشق و غسل يديه ثلاثاً و غسل وجهه ثلاثاً و غسل ذراعيه ثلاثاً و مسح برأسه ثلاثاً و نضح غابته ثم قال هكذا وضأت [وضاءة] رسول الله صلى الله عليه وآله...» عن علي عليه السلام قال: «قال لنا رسول الله صلى الله عليه وآله ليأخذ [لا يأخذ] أحذكم عند الوضوء ليمسح رأسه ماء مستأففاً؛ عن جده جعفر بن محمد عن أبيه «أن علياً عليه السلام كان يقول من توضأ فلم يمسح رأسه فإن كان في لحيته بلل فليمسح به رأسه و ليمض في صلاته»
الأشعثیات، ص ۱۸: عن علي عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله «أمرني جبرائيل عن ربّي ﷻ أن أغسل منكبي [فينكي] عند الوضوء»

الأشعثیات، ص ۱۹: عن جده جعفر بن محمد عن أبيه «أنه كان لا يتوضأ من الدّم إلا دماً يقطر أو يسيل»
الأشعثیات، ص ۱۹: عن علي عليه السلام قال: «من رعى و هو في الصلاة فليتنصرف فليتوضأ وليستأنف الصلاة»
الأشعثیات، ص ۲۱: عن جده جعفر بن محمد عن أبيه «أن علياً عليه السلام سئل عن رجل احتلم أو جامع ففسى أن يغتسل جمعة فصلّى جمعة و هو في شهر رمضان فقال علي عليه السلام عليه قضاء الصلاة و ليس عليه قضاء صيام شهر رمضان»

الأشعثیات، ص ۹۷: عن علي عليه السلام قال: «أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وآله فقال يا رسول الله أمي أستاذن عليها فقال نعم قال و لم يا رسول الله قال يسرك أن تراها عريانة قال لا قال فاستأذن عليها قال يا رسول الله حتى [أخشى] ينكشف شعرها بين يدي قال لا قال و لم قال أخاف إن أبدت شيناً من محاسنها و من شعرها أو معصمها أن يواقعها»

الأشعثیات، ص ۱۰۰: و بإسناده عن علي عليه السلام أنه قال: «في امرأة قدمت علی قوم و قالت لیس لی زوج ولا يعرفها أحد فقال لا تتزوج حتی تقیم شهودا عدولا أنه لا زوج لها»

الأشعثیات، ص ۱۱۰: عن علي عليه السلام قال: «قالت الأنصار يا رسول الله صلى الله عليه وآله ما ذا نقول إذا زفينا عرائسنا فقال ﷺ أتيناكم أتيناكم فحنونا نحييكم لو لا الهدية [الهدية] الحمراء ما حلت فتاننا بواديكم»

الأشعثیات، ص ۱۱۶: عن علي عليه السلام قال: «أنه كان يقول المضة الواحدة تحزم» عن علي عليه السلام قال: «يحزم قليل الرضاع وكثيره»

أَبِي جَعْفَرٍ عليه السلام «أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الْمَتْعَةِ فَقَالَ: إِنَّ الْمَتْعَةَ الْيَوْمَ لَيْسَ كَمَا كَانَتْ قَبْلَ الْيَوْمِ
إِنَّهُمْ كَرَنَ يَوْمَهُدَّ يَوْمَئِذٍ وَالْيَوْمَ لَا يَوْمَئِذٍ فَاسْأَلُوا عَنْهُمْ»^۱

بررسی کلام مرحوم فیض در احتمالات عبارت «لا یؤمن»
مرحوم فیض^۲ درباره عبارت «لا یؤمن» در این روایت دو احتمال مطرح کرده است؛
یکی «لا یؤمن» به فتح میم و دیگری «لا یؤمن» به کسر میم.

احتمال اول: مفتوح بودن میم
بنابر قرائت فتح، عبارت به این معنا است که این زنان مورد اطمینان و وثوق نیستند
و شاید شوهردار باشند. طبق قرائت فتح این روایت به محل بحث ارتباط می یابد.^۳

احتمال دوم: مکسور بودن میم از ریشه ایمان
بنابر قرائت کسر، این تعبیر از ریشه ایمان است و عبارت به این معناست که چون
زنان در آن ایام به حلیت متعه ایمان نداشتند، نباید بی تحقیق با آنها ازدواج کرد،
بلکه ابتدا تحقیق شود، و اگر متعه را قبول داشتند با آنها ازدواج کرد.

بررسی اشکالات احتمال دوم
اما این احتمال ممکن است قابل مناقشه باشد.

اشکال اول: جواز متعه با غیر مؤمنه
صاحب حدائق قرائت کسر را بی وجه می داند؛ چون ازدواج موقت با زن مخالف
اشکالی ندارد.^۴

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۵۳، باب أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّمَتُّعُ إِلَّا بِالْعَفِيفَةِ، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۳، باب
۶، «باب استحباب اختيار المأمنة العفیفه للمتعة»، ح ۱.

۲. الوافی، ج ۲۱، ص ۳۴۹، «باب التمتع بغير العفیفه و العارفة».

۳. البته مرحوم فیض طبق این احتمال معنای دیگری را هم مطرح کرده و فرموده است ممکن است
مراد از صیغه مجهول این باشد که زن نسبت به کتمان سر، مورد اعتماد نیست، که البته طبق این معنا
روایت ارتباطی با بحث جاری ندارد (الوافی، ج ۲۱، ص ۳۴۹: «و إما بفتحها من الأمانة بمعنى صيانة
أنفسهن عن الفجور أو عن الإذاعة إلى المخالفين»).

۴. الحدائق الناضرة، ج ۲۴، ص ۱۳۰.

پاسخ: وجود اخبار دالّ بر اعتبار ایمان به متعه

اما اشکال صاحب حدائق به مرحوم فیض وارد نیست؛ زیرا از روایات استفاده می‌شود که اگر عاقه، حلّیت متعه نزد پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله را پذیرند و تحریم عمر را نپذیرند، ازدواج با او جایز است، و گرنه از قبیل زنا می‌شود؛ چون او بدون پذیرش حلّیت متعه، قصد ازدواج ندارد بلکه قصد زنا دارد؛ لذا ازدواج با او باطل است.^۱

اشکال دوم: منافات احتمال دوم با تعبیر «قبل الیوم یؤمن»

با این حال، اشکال بر قرائت کسر این است که اگر این تعبیر امام باقر علیه السلام «قبل الیوم إِنْ هُنَّ كُنَّ یَوْمَئِذٍ یُؤْمِن» به کسر میم قرائت شود، معنای روایت چنین می‌شود که مثلاً زمان پدر و جدّم به حلّیت متعه ایمان داشته و در این زمان دیگر به متعه ایمان ندارند و این با واقعیت خارجی مطابقت ندارد؛ زیرا عاقه از زمان عمر تا زمان امام باقر علیه السلام و بعد از آن تا کنون حلّیت متعه را نپذیرفته‌اند.

لذا همان قرائت فتح صحیح است و معنای روایت این است که قبلاً زن‌ها فاسد نبودند و زن شوهردار خود را بی شوهر معرفی نمی‌کرد؛ اما به تدریج فساد شایع شد و تا زمان امام باقر علیه السلام و بعد از آن همچنان اوضاع در سراسیمه‌ی انحطاط بود و به همین جهت زمان امام باقر و امام صادق علیه السلام باید از وضع زنی که ادعای خلیه بودن می‌کند تفتیش شود، در حالی که روایات دالّ بر لازم نبودن تفتیش نیز از همین

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۵۵، ح ۲: محمّد بن یحیی عن محمّد بن الحسین و عذّة من أصحابنا عن أحمد بن محمّد عن عثمان بن عیسی عن سماعة عن أبي بصیر قال: «لا بدّ من أن تقول فی هذه الشروط أتزوج متعة کذا و کذا یوماً بکذا و کذا درهما نکاحاً غیر سفاح علی کتاب الله صلی الله علیه و آله و سنة نبیه...»
الکافی، ج ۵، ص ۴۵۵، ح ۴: علی بن إبراهیم عن أبيه عن ابن أبي نصر عن ثعلبة قال: «تقول أتزوج متعة علی کتاب الله و سنة نبیه صلی الله علیه و آله نکاحاً غیر سفاح...»

کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۶۲، ح ۴۵۹۷: و سأله محمّد بن النعمان الأحول «فقال أدنی ما یترّجّح به الرجل المتعة قال کفّ من برّ یقول لها زوجینی نفسك متعة علی کتاب الله و سنة نبیه نکاحاً غیر سفاح...»

تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۶۳، ح ۶۱: محمّد بن أحمد بن یحیی عن العباس بن معروف عن صفوان عن القاسم بن محمّد عن جبیر أبی سعید المکفوف عن الأحول قال: «سألت أبا عبد الله علیه السلام قلت ما أدنی ما یترّجّح به الرجل المتعة قال کفّ من برّ یقول لها زوجینی نفسك متعة علی کتاب الله و سنة نبیه نکاحاً غیر سفاح...»

دو امام صادر شده است؛ لذا این دو دسته روایات با هم تعارض می‌کنند.

روایت سوم: صحیحۀ ابی بصیر

ابن محبوب عن هشام بن سالم عن أبي بصير قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فقالت أنا حبلى وأنا أختك من الرضاعة وأنا على غير عدة قال فقال إن كان دخل بها وواقعها فلا يصدّقها وإن كان لم يدخل بها ولم يواقعها فليخبر و ليسأل إذا لم يكن عرفها قبل ذلك.»^۱

هرچند موضوع صحیحۀ ابی بصیر به مقام مربوط نیست - و به مسئله ثامنه مربوط است - ولی با اولویت، بخشی از مورد بحث را اثبات می‌کند.

در این روایت آمده که مرد با زنی ازدواج کرده سپس زن ادعا می‌کند که مانعی از ازدواج داشته و ازدواج باطل بوده است. حضرت می‌فرماید: بعد از دخول به سخن زن اعتنایی نمی‌شود، اما قبل از دخول اعتناء می‌شود و باید تحقیق کرد.

طبق این روایت اگر ازدواج محقق شده و دخول نیز واقع شود اما زن صحت ازدواج را انکار کند، به قول زن اعتناء نمی‌شود و تحقیق لازم نیست. مفهوم اولویت این روایت آن است که اگر ازدواج و دخول واقع شود و زن هم صحت ازدواج را انکار نکرده، بلکه صحت آن را تأیید کند، به اولویت تحقیق لازم نیست.

بررسی وجوه جمع بین روایات متعارض

برای جمع بین این روایات وجوهی بیان شده است:

وجه اول: حمل روایات وجوب فحوص بر استحباب

وجه اول این است که صحیحۀ ابی مریم در وجوب فحوص ظهور دارد؛ اما روایات نافی وجوب فحوص، صریح در عدم وجوب فحوص است، و جمع بین این ادله اقتضا می‌کند صحیحۀ ابی مریم بر استحباب حمل شود.

اشکال: قابل جمع نبودن مرجوحیت تحقیق با حمل بر استحباب

صاحب حدائق در اشکال به این جمع فرموده است: اگر روایات نافی، تنها نفی

۱. الکافی، ج ۵، ص ۵۶۱، ح ۲۰؛ وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۶، باب ۱۸، ح ۱.

و جوب می‌کرد، حمل صحیحۀ ابی مریم بر استحباب ممکن بود، اما طبق برخی روایات^۱ امام علی (ع) بر تحقیق کردن اعتراض می‌کنند، که لسان آن مرجوح بودن تحقیق است و به وضوح مرجوحیت تحقیق با امر استحبابی به تحقیق جمع نمی‌شود؛ بنابراین، حمل روایت ابی مریم بر استحباب صحیح نیست. البته ایشان نیز توانسته بین روایات جمع کند.

وجه دوم: اختصاص روایات ناهیه به بعد از ازدواج

وجه دوم کلامی از صاحب ریاض است که می‌فرماید: روایت ناهیه از تحقیق ناظر به موردی است که مرد بعد از ازدواج، قصد تحقیق دارد؛ اما صحیحۀ ابی مریم که به تحقیق امر کرده ناظر به تحقیق قبل از ازدواج است.^۲

بنابراین اگر مرد قبل از ازدواج در اثر غفلت تحقیق نکرد یا با توجه به این نکته که شوهر این زن تازه فوت کرده یا او را طلاق داده است و هرچند عده گذشته است ولی فاصله زیادی از عده نگذشته که دوباره ازدواج کرده باشد، اطمینان کرد که شوهر ندارد، سپس بعد از ازدواج شک کرد، در این صورت تحقیق بعد از ازدواج مرجوح است، اما اگر قبل از ازدواج غفلت نکرد و مطمئن هم نشد، تحقیق قبل از ازدواج لازم است.

اشکال: اطلاق اخبار و فتاوی نسبت به قبل و بعد ازدواج

اما وجه دوم نیز برای دفع تعارض صحیح نیست؛ زیرا هرچند صاحب جواهر^۳ و مرحوم آقای حکیم^۴ محل بحث در لزوم یا استحباب تحقیق و عدم آن را مختص

۱. البته ظاهر عبارت حدائق آن است که همه روایات معارض روایت ابی مریم، حتی روایت یونس و میسر، ظهور در کراهت سؤال دارد، در حالی که همه این اخبار چنین نیست؛ ولی چون صریح کلام محدث بحرانی چنین نیست، لذا استاد^۵ در تقریبی صحیح از کلام ایشان فرموده است که برخی اخبار ظهور در مرجوح بودن دارد.

الحدائق الناضرة، ج ۲۴، ص ۱۳۱: «و ظاهر هذه الأخبار كما ترى كراهية السؤال وإن كان مع التهمة، و هو خلاف ما دل عليه صحيح أبي مریم المتقدم، ولا يخلو ذلك من الإشكال».

۲. ریاض المسائل، ج ۱۱، ص ۳۱۷.

۳. جواهر الکلام، ج ۲۰، ص ۱۵۸.

۴. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۳۲.

به قبل از تزویج دانسته‌اند؛ اما موضوع مسئله به آن منحصر نیست، و روایات مسئله قبل از ازدواج و بعد از آن را شامل می‌شود. روایت ابی مریم که دربارهٔ متهمه به تحقیق امر می‌کند، قبل از ازدواج و بعد از آن را شامل می‌شود. روایاتی هم که با امثال تعبیر «هی المصدقة علی نفسها» تحقیق بعد از تزویج را لازم ندانسته، هرچند دربارهٔ بعد از تزویج است، اما این تعبیر قبل از تزویج را هم شامل می‌شود.

عبارات فقهاء - که در دلیل دوم گذشت - نیز بر نفی لزوم تحقیق قبل از ازدواج و بعد از آن دلالت می‌کند؛ اما فقهاء دربارهٔ متهمه تحقیق را مستحب می‌دانند و ظاهرش اعم از قبل تزویج و پس از آن است؛ بلکه در نهایت شیخ طوسی که مضمون روایات در آن آمده، مضمون روایتی آمده که هرچند مورد آن بعد از ازدواج است^۱ ولی ایشان هیچ قیدی که روشن کند روایت مربوط به بعد از ازدواج است، نیاورده است؛ لذا ظاهراً فهم شیخ طوسی، لازم نبودن تحقیق حتی در فرض قبل از ازدواج است.

وجه سوم: حمل صحیحهٔ ابی مریم بر دورهٔ شیوع فساد

وجه سوم این است که گفته شود: شاید صحیحهٔ ابی مریم به دورهٔ شیوع فساد و متهمه بودن، و روایات عدم لزوم تحقیق به دورهٔ عدم چنین شیوعی مربوط است.

اشکال: صدور همهٔ اخبار متعارض در دورهٔ شیوع فساد

اما این وجه نیز ناتمام است؛ زیرا مورد صحیحهٔ ابی مریم و نیز مورد سایر روایات، دورهٔ حاکمیت فساد است. صحیحهٔ ابی مریم از امام باقر علیه السلام صادر شده و سایر روایات از ائمه بعد از امام باقر علیه السلام صادر شده است؛ بلکه مرحوم آقای خوئی فساد در زمان‌های بعد از امام باقر علیه السلام را رو به تزاید می‌داند.^۲ پس مورد روایات از لحاظ شیوع فساد متحدند.

وجه چهارم: انقلاب نسبت

طریق انقلاب نسبت وجهی دیگر برای جمع بین روایات است. برای انقلاب نسبت

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۲، ح ۴: «عن میسرة قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام: «ألقي المرأة بالفلاة التي ليس فيها أحد فأقول لها لك زوج فتقول لا فأ تزوجها قال نعم هي المصدقة علی نفسها».

۲. النهاية (شیخ طوسی)، ص ۴۹۰.

۳. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۹۵.

دو تقریب مطرح است:

تقریب اول

تقریب اول متشکل از دو مقدمه است:

مقدمه اول: روایات این مسئله بر سه قسم هستند:

۱. روایات دال بر عدم لزوم فحوص مطلقاً چه قبل و چه پس از ازدواج (مثل روایت میسر^۱).

۲. روایات دال بر لزوم فحوص مطلقاً که مفاد صحیحۀ ابی مریم^۲ است.

۳. روایات دال بر عدم لزوم فحوص پس از تزویج (مثل صحیحۀ اشعری^۳).

مقدمه دوم: نسبت قسم سوم با صحیحۀ ابی مریم، عام و خاص مطلق است؛ لذا باید صحیحۀ ابی مریم به واسطه آن تخصیص بخورد و تنها قبل از تزویج فحوص لازم باشد. وقتی صحیحۀ ابی مریم به قبل از تزویج مختص شد، نسبت آن با روایت قسم اول نیز از تباین خارج شده و به عام و خاص مطلق منقلب می شود. در نتیجه باید به واسطه صحیحۀ ابی مریم (که به قبل از تزویج مختص شده است) قسم اول تخصیص بخورد و عدم لزوم فحوص به «بعد از تزویج» منحصر گردد و «قبل از تزویج» از تحت آن خارج شود.

بنابراین، قبل از تزویج فحوص لازم است؛ ولی بعد از تزویج فحوص واجب نیست.

اشکال تقریب اول: اخراج مورد روایت قسم اول (صحیحۀ میسر) از تحت آن

پاسخ این تقریب از انقلاب نسبت واضح است؛ زیرا روایت قسم اول (میسر) که فحوص را لازم نمی داند، درباره قبل از تزویج است؛ یعنی قدر متیقن آن است که در همین فرض، زن را در ادعایش مصدقه دانسته است. نتیجۀ تخصیص این روایت با روایت دوم که بعد از انقلاب نسبت خاص شده، این است که در همین فرض که مورد روایت است، زن مصدقه نبوده و فحوص لازم باشد، در حالی که نمی توان مورد

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۲، ح ۴؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۰، ح ۱.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۵۳، باب أنه لا يجوز التمتع إلا بالعفيفة، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۳، باب

۶، «باب استحباب اختیار المأمنة العفيفة للمتنعة»، ح ۱.

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۵۳، ح ۱۷؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۱، ح ۳.

خود روایت را از آن خارج کرد. البته عموم جواب امام علیه السلام اقتضا می‌کند روایت «بعد از تزویج» را هم شامل شود، ولی مورد روایت میسر قبل از تزویج است؛ لذا چنین جمعی ممکن نیست.

لذا اگر بخواهیم بین روایت میسره و ابی مریم جمع کنیم، راه جمع این است که به قرینه صراحت روایت میسره که قبل از تزویج تحقیق را لازم ندانسته، در هیئت امر موجود در صحیحۀ ابی مریم تصرف کرده و از ظهور آن در وجوب دست برداشته شود و صحیحۀ روایت ابی مریم بر استحباب حمل شود.

تقریب دوم

تقریب دوم نیز مشتمل بر دو مقدمه است:

مقدمۀ اول: صورت دیگر از انقلاب نسبت، این است که نسبت میان دو عام، تباین باشد، مثل «اکرم العلماء» و «لا یجب اکرام العلماء» سپس دو مخصص بر عام اول وارد شود که یکی اخض از دیگری است، مثلاً مخصص اول چنین است: «لا یجب اکرام فاسق العلماء» که این خاص هر یک از مرتکب صغیره و کبیره را شامل می‌شود و مخصص دوم نیز چنین است: «لا یجب اکرام العلماء المرتکب للکبیره» که اخض از خاص است. اگر بر فرض هیچ‌یک از این خاص‌ها مفهوم نداشته باشد، نسبت بین دو خاص عموم و خصوص مطلق می‌شود.^۱

۱. توضیح بیشتر: بحث انقلاب نسبت صور مختلفی دارد که در اصول به صورت مفصل و جداگانه درباره هر یک از صور آن بحث شده است. آنچه در متن به آن اشاره شده است یکی از صور مورد نزاع است که آیا در این صورت نیز انقلاب نسبت به وجود می‌آید یا نمی‌آید. در این صورت یعنی فرضی که بین خاصین عموم و خصوص مطلق است، اگر دلیل اخض مفهوم داشته باشد، بلا اشکال دلیل اخض، خاص را تخصیص می‌زند و در نتیجه عام به مقدار دلیل اخض تخصیص می‌خورد و جای طرح این بحث که آیا انقلاب نسبت صحیح است یا صحیح نیست وجود ندارد. مثلاً اگر دلیل عام می‌گفت «اکرم کلّ عراقی» و دلیل خاص بگوید «لا تکرّم العراقي الفاسق» و دلیل اخض بگوید: «العراقی الفاسق إن کان کذاباً لا تکرّمه» در این جا بلا اشکال دلیل اخض، خاص را تخصیص زده و او هم عام را به مقدار دلیل اخض تخصیص می‌زند. پس بحث از انقلاب نسبت در جایی است که دلیل اخض مفهوم ندارد، مثل اینکه در جواب سؤال واقع شده باشد. آنچه در کلام استاد آمده است فقط اشاره‌ای به این بحث است. برای تفصیل بیشتر به کتب اصولی، مبحث انقلاب نسبت (مانند مصباح الأصول، ج ۳، ص ۳۹۳-۳۹۴) مراجعه شود.

مقدمه دوم: در چنین موردی این بحث مطرح است که چگونه باید بین روایات جمع کرد؟ آیا ابتدا باید خاصّ اوّل که شامل خاصّ دوم نیز هست، مخصّص عام اوّل قرار گیرد - که در این صورت دلیل اخصّ نیز با اخراج خاصّ از عام، از تحت عام اوّل خارج می‌شود و عام مخصّص به خاصّ اوّل (اکرم العلماء غیر الفساق) با «لا تکرّم العلماء» که عامّ دوم است جمع عرفی می‌شود - یا ابتدا باید خاصّ دوم که اخصّ است و قدر متیقّن از تخصیص است از تحت عامّ اوّل خارج شود، سپس بین نسبت این عام مخصّص با خاصّ اوّل سنجیده شود، که در این صورت، انقلاب نسبت از «عامّ و خاصّ مطلق» به «عامّ و خاصّ من وجه» حاصل می‌شود؟ طبق تحقیق انقلاب نسبت در این حالت بعید نیست.

تطبیق تقریب دوم بر مقام با ذکر چند مطلب

تقریب فوق از انقلاب نسبت بر مقام به این شکل تطبیق می‌شود که اگر با پذیرش انقلاب نسبت بگوییم اوّل باید اخصّ از تحت عام خارج گردد سپس نسبت خاصّ دیگر با عامّ تخصیص خورده ملاحظه شود، در مقام نیز نسبت «عموم مطلق» به «عموم من وجه» منقلب می‌شود.

مطلب اوّل: اطلاق صحیحۀ ابی مریم در لزوم تحقیق و اطلاق روایت میسر در عدم لزوم در مقام دو عام داریم.

الف. صحیحۀ ابی مریم (دلیل اوّل) که مطلقاً تحقیق را لازم می‌داند؛ قبل از تزویج یا بعد از تزویج، وجوباً یا استحباباً، بعد از تزویج دخول شده باشد یا نشده باشد.

ب. معتبرۀ میسرۀ بن عبد العزیز (دلیل دوم) که مطلقاً در هیچ یک از این موارد تحقیق را لازم نمی‌داند.

این دو عام با هم متعارض اند و نسبت شان تباین است.

مطلب دوم: اختصاص صحیحۀ اشعری به بعد تزویج و صحیحۀ ابی بصیر به بعد دخول دو خاص هم داریم که صحیحۀ اشعری (دلیل سوم) و صحیحۀ ابی بصیر (دلیل چهارم) است و دومی اخصّ از آن است. صحیحۀ اشعری بعد از تزویج، تحقیق را - دخول شده باشد یا نشده باشد - واجب نمی‌شمارد. در صحیحۀ ابی بصیر بعد از

تزویج و دخول، به عدم وجوب تحقیق حکم شده است. هرچند موضوع صحیحۀ ابی بصیر به مقام مربوط نیست - و به مسئلهٔ ثامنۀ مربوط است - ولی با اولویت، بخشی از مورد بحث را اثبات می‌کند. در این روایت آمده که مرد با زنی ازدواج کرده سپس زن ادعا می‌کند که مانعی از ازدواج داشتیم و ازدواج باطل بوده است؛ حضرت می‌فرمایند: بعد از دخول به سخن زن اعتنایی نمی‌شود، اما قبل از دخول اعتناء می‌شود و باید تحقیق کرد.^۱ طبق این روایت اگر ازدواج محقق شده و دخول نیز واقع شود اما زن صحت ازدواج را انکار می‌کند، به قول زن اعتناء نمی‌شود و تحقیق لازم نیست. مفهوم اولویت این روایت آن است که اگر ازدواج و دخول واقع شود و زن هم صحت ازدواج را انکار نکرده، بلکه صحت آن را تأیید کند، به اولویت، تحقیق لازم نیست.

مطلب سوم: انقلاب نسبت صحیحۀ ابی مریم با صحیحۀ اشعری

در اینجا انقلاب نسبت بدین شکل است که ابتدا عام اول، یعنی روایت ابی مریم را با روایت ابی بصیر، تخصیص بزیمنیم، در نتیجه لزوم فحص در روایت ابی مریم به صورت عدم دخول مختص می‌شود، آنگاه نسبت بین این روایت و روایات اشعری که پس از تزویج فحص را لازم ندانسته است عموم من وجه می‌شود و مادهٔ اجتماع آنها فرضی می‌شود که تزویج شده ولی دخول صورت نگرفته باشد، در این صورت روایت ابی مریم فحص را لازم می‌داند ولی آن روایات، فحص را لازم نمی‌دانند.

نتیجه: لزوم تحقیق در فرض عدم دخول

اگر انقلاب نسبت را بپذیریم، جمع بین دلیل اول (صحیحۀ ابی مریم) و چهارم (صحیحۀ ابی بصیر) اقتضا می‌کند در فرض ازدواج و دخول، تحقیق لازم نباشد و این فرض از صحیحۀ ابی مریم خارج باشد، و روایات نافی تحقیق، به فرض ازدواج و دخول ناظر است، اما در فرض عدم دخول باید تفتیش شود.^۲ اما اینکه این امر به تفتیش،

۱. الکافی، ج ۵، ص ۵۶۱، ح ۲۰: این محبوب عن هشام بن سالم عن أبي بصير قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فقالت أنا حبلى وأنا أختك من الرضاعة وأنا على غير عدة قال فقال إن كان دخل بها واقعا فلا يصدّقها وإن كان لم يدخل بها ولم يواقعها فليختبر وليسأل إذا لم يكن عرفها قبل ذلك».

۲. مخفی نماند که اگر انقلاب نسبت بشود ماده اجتماع، صورت تزویج و قبل از دخول است که دلیل اول و سوم نسبت به این فرض تعارض دارند و در کلام استاد علیه السلام بیانی بر تقدیم صحیحۀ ابی مریم در

وجوبی است یا استحبابی، از صراحت روایاتی که قبل از ازدواج تحقیق را لازم نمی‌داند می‌توان عدم وجوب را استفاده کرد و بعید نیست استحباب تفتیش را بپذیریم. در کلماتی از فقهاء هم که گفته‌اند تحقیق لازم است، گرچه بین فرض دخول و عدم دخول تفصیلی نیست، اما از حمل بر فرض عدم دخول ابایی ندارد و بعید نیست مرادشان همین فرض باشد. روایات نیز از این تخصیص اباء ندارد. تعلیل «هی المصدقة علی نفسها» نیز با این تخصیص منافاتی ندارد؛ زیرا این تعلیل، امری عقلی نیست که قابل تخصیص نباشد و از طرفی روایت مقابل یعنی صحیحہ ابی مریم نیز مشتمل بر تعلیل است:

محمّد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن أبان عن أبي مریم عن أبي جعفر (ع) «أنه سئل عن المتعة فقال: إن المتعة اليوم ليس كما كانت قبل اليوم إنهن كنّ يومئذ يؤمنن و اليوم لا يؤمنن فاسألوا عنهن»^۱

پس بنابر انقلاب نسبت، باید در لزوم تحقیق، بین دخول و عدم دخول تفصیل داد. حمل روایات دالّ بر عدم لزوم فحص بر فرض دخول، حمل بر افراد متعارف است؛ زیرا نوعاً چنین نیست که به مجرد عقد و قبل از دخول، تردید در ذهن ایجاد شود، بلکه متعارف این است که بعد از دخول چنین تردیدی رخ می‌دهد. اما اگر انقلاب نسبت را نپذیریم، جمع بین دلیل اوّل و سوّم اقتضا می‌کند قبل از تزویج تحقیق لازم باشد، اما بعد از تزویج تحقیق لازم نباشد.

اشکال صغروی بر تقریب دوم

این تقریب نیز برای انقلاب نسبت تمام نیست و محل کلام، صغرای چنین انقلاب نسبتی نیست. با ذکر مقدمات ذیل می‌توان این مطلب را ثابت کرد.

مقدمه اوّل: حمل امر به فحص در روایت ابی مریم بر استحباب به قرینه روایت میسر مقدمه اوّل این است که با توجه به صراحت روایت میسر در عدم وجوب فحص

این فرض نیامده است.

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۶۲، ح ۲.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۵۳، باب أنه لا يجوز التمتع إلا بالعفيفة، ح ۱؛ وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۲۳، باب

۶ «باب استحباب اختیار المأمونة العفيفة للمتعة»، ح ۱.

قبل از تزویج (بلکه مقتضای اطلاقش بعد از تزویج را نیز شامل می‌شود) باید امر وارد شده در روایت ابی مریم را حمل بر استحباب کرد.

مقدمه دوم: دلالت روایت ابی بصیر بر «عدم لزوم فحوص پس از دخول» نه مرجوح بودن مقدمه دوم این است که از روایت ابی بصیر استفاده می‌شود که پس از دخول تحقیق لازم نیست، اما بر مرجوح بودن تحقیق پس از دخول، دلالتی ندارد؛ لذا روایت ابی مریم را که بر استحباب حمل شد، تخصیص نمی‌زند.

مقدمه سوم: دلالت روایات عمر بن حنظله و فضل بر مرجوحیت فحوص بعد از تزویج مقدمه سوم این است که روایات فضل مولی محمد بن راشد^۱ و روایت عمر بن حنظله^۲ تحقیق بعد از تزویج را نه تنها واجب نشمرده‌اند، بلکه حتی آن را مرجوح دانسته‌اند.

نتیجه: جاری نشدن انقلاب نسبت به دلیل عدم تنافی روایت ابی بصیر و ابی مریم با توجه به این مقدمات، مسئله انقلاب نسبت و تخصیص روایت ابی مریم با روایت ابی بصیر در صورتی تمام است که امر به تحقیق در روایت ابی مریم، وجوبی باشد؛ اما اگر امر آن استجابی باشد چنان‌که در مقدمه اول بیان شد، روایت ابی بصیر مخصص آن نیست؛ زیرا طبق این فرض روایت ابی مریم فحوص را مطلقاً راجح و مستحب می‌داند و روایت ابی بصیر نیز طبق مقدمه اول استحباب را نفی نمی‌کند؛ لذا این دو با یکدیگر تنافی ندارند. تنها مخصص روایت ابی مریم، روایت فضل مولی محمد بن راشد و روایت عمر بن حنظله است که تحقیق بعد از ازدواج را مرجوح می‌داند. پس فرض بعد از تزویج از تحت روایت ابی مریم که بر رجحان فحوص دلالت دارد مطلقاً، خارج می‌شود و در این فرض، فحوص مرجوح خواهد شد.

۱. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۵۳، ح ۱۷. روی محمد بن أحمد بن یحیی عن علی بن السندي عن عثمان بن عیسی عن إسحاق بن عمار عن فضل مولی محمد بن راشد عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «قلت إني تزوجت امرأة متعة فوقع فی نفسی أن لها زوجا ففتشت عن ذلك فوجدت لها زوجا قال ولم فتشت.» (وسائل الشیعة، ج ۲۱، ص ۳۱، ح ۳).

۲. الکافی، ج ۵، ص ۵۶۹، ح ۵۵: محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن علی بن الحکم عن عمر بن حنظلة قال: «قلت لأبی عبد الله علیه السلام إني تزوجت امرأة فسألت عنها فقيل فيها فقال و أنت لم سألت أيضا ليس علیکم التفتیش.» (وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۳۰۱، باب ۲۵، ح ۱).

بنابراین، جمع از طریق انقلاب نسبت نیز ناتمام است.

نظر مختار در جمع روایات متعارض

به نظر می‌رسد در جمع روایات، نکات زیر را می‌توان مطرح کرد:

نکته اول: صحیحۀ عبدالعزیز بن مهدی^۱، مکاتبۀ حسین بن سعید^۲، روایت یونس که همان مضمون مکاتبه را دارد^۳، صحیحۀ عمر بن حنظله^۴، صحیحۀ میسر^۵ و صحیحۀ اشعری^۶ مشتمل بر کلمۀ تزویج است و شمول کلمۀ تزویج نسبت به عقد انقطاعی مشکل است. شاهد مطلب این است که روایت سماعه^۷ که قبلاً

۱. الکافی، ج ۵، ص ۵۶۳، ح ۲۷: علی بن ابراهیم عن أبيه عن عبد العزيز بن المهدي قال: «سألت الرضا عليه السلام قلت جعلت فداك إن أخي مات وتزوجت امرأته فجاء عتي فأدعى أنه قد كان تزوجها سزا فسالته عن ذلك فانكرت أشد الإنكار وقالت ما كان بيني وبينه شيء قط فقال يلزمك إقرارها ويلزمه إنكارها».

۲. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۴۷۷، ح ۱۲۲: أحمد بن محمد عن الحسين: «أنه كتب إليه يسأله عن رجل تزوج امرأة في بلد من البلدان فسالها ألك زوج قالت لا فتزوجها ثم إن رجلاً أتاه فقال هي امرأتي فانكرت المرأة ذلك ما يلزم الزوج فقال هي امرأته إلا أن يقيم البينة».

۳. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۴۶۸، ح ۸۲: عنه عن أحمد بن علي بن أحمد عن يونس قال: «سالته عن رجل تزوج امرأة في بلد من البلدان فسالها ألك زوج فقالت لا فتزوجها ثم إن رجلاً أتاه فقال هي امرأتي فانكرت المرأة ذلك ما يلزم الزوج فقال هي امرأته إلا أن يقيم البينة».

۴. الکافی، ج ۵، ص ۵۶۹، ح ۵۵: محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن علي بن الحكم عن عمر بن حنظلة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام إني تزوجت امرأة فسالته عنها فقيل فيها فقال وأنت لم سألت أيضاً ليس عليكم التفتيش».

۵. الکافی، ج ۵، ص ۳۹۲، ح ۴: محمد بن يحيى عن أحمد بن محمد عن الحسين بن سعيد عن فضالة بن أيوب عن عمر بن أبان الكلبي عن ميسرة قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام ألقى المرأة بالفلاة ألتى ليس فيها أحد فأقول لها لك زوج فتقول لا فتزوجها قال نعم هي المصدقة على نفسها» (وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص ۳۰، ح ۱).

۶. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۲۵۳، ح ۱۷: عنه (محمد بن أحمد بن يحيى) عن الهيثم بن أبي مسروق النهدي عن أحمد بن محمد بن أبي نصر و محمد بن الحسن الأشعري عن محمد بن عبد الله الأشعري قال: «قلت للرضا عليه السلام الرجل يتزوج بالمرأة فيقع في قلبه أن لها زوجاً قال ما عليه أ رأيت لو سالها البينة كان يجد من يشهد أن ليس لها زوج» (وسائل الشيعة، ج ۲۱، ص ۳۱، ح ۳).

۷. تهذيب الأحكام، ج ۷، ص ۴۶۱، ح ۵۳: الحسين بن سعيد عن أخيه الحسن عن زرعة عن سماعه قال: «سالته عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها فحدثه رجل ثقة أو غير ثقة فقال إن هذه امرأتى وليست لى بينة فقال إن كان ثقة فلا يقربها وإن كان غير ثقة فلا يقبل منه».

گذشت تزویج را در مقابل متمتع بها قرار داده بود؛ لذا این چهار روایت با صحیحہ ابی مریم تعارض ندارند؛ زیرا موضوع صحیحہ ابی مریم متعه است و موضوع این چهار روایت عقد دائم است. البته شاید گفته شود تعلیل موجود در روایت ابی مریم «انھن کن یومئذ یؤمن و الیوم لا یؤمن» نسبت به تزویج دائم هم عمومیت دارد؛ اما باید توجه داشت که تزویج سری درباره متعه شایع است، از این رو متعه زمینه شیوع فساد را دارد، اما تزویج سری در عقد دائم شیوع ندارد؛ لذا نمی توان تعلیل موجود در روایت را به عقد دائم تعمیم داد. در اطلاق صحیحہ اشعری نسبت به فرض متعه محل تردید است.

نکته دوم: روایت ابان بن تغلب^۱ اطلاق دارد و فرض متعه و دائم هر دو را می گیرد. **نکته سوم:** صحیحہ ابی مریم حتی اگر نسبت به بعد از ازدواج نیز اطلاق داشته باشد، اما اکثر روایاتی که تحقیق را لازم ندانسته اند ناظر به بعد از ازدواج هستند؛^۲ لذا صحیحہ ابی مریم از این جهت قابل تخصیص است و می تواند به فرض قبل از تزویج یا قبل از دخول مختص باشد.

نکته چهارم: صحیحہ عبدالعزیز بن المہدی و موثقہ سماعه - علاوه بر اینکه مربوط به فرض بعد از ازدواج هستند - درباره جایی است که تحقیق ممکن نیست و شخص، قدرت بر تحقیق ندارد؛ زیرا در موثقہ سماعه می گوید بینہ ندارم، و در روایت عبدالعزیز ادعای تزویج سری می کند؛ لذا این دو روایت نیز با صحیحہ ابی مریم وجه جمع دارد؛ یعنی روایت ابی مریم به صورتی ناظر است که شخص قدرت بر تحقیق دارد.^۳

۱. الکافی، ج ۵، ص ۴۶۲، ح ۱: عده من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن خالد عن محمد بن علی عن محمد بن اسلم عن إبراهيم بن الفضل عن أبان بن تغلب قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام إني أكون في بعض الظروف فأرى المرأة الحسنة ولا آمن أن تكون ذات بعل أو من العواهر قال ليس هذا عليك إنما عليك أن تصدقها في نفسها».

این روایت در وسائل نقل نشده است.

۲. صحیحہ عبد العزیز، مکاتبه یونس، موثقہ سماعه، صحیحہ عمر بن حنظله و صحیحہ اشعری همگی لااقل بعد از عقد دائم، فحص را لازم ندانسته و روایات فضل و مهران نیز که در متعه وارد شده اند، فحص بعد از متعه را لازم ندانسته اند.

۳. بعید نیست گفته شود روایت اشعری نیز ناظر به فرض تمکن از تحقیق باشد «أريتك إن سألتها

نکته پنجم: صحیحۀ میسر و روایت ابان - که مورد هر دو فرض قبل از ازدواج است - به صراحت لزوم تحقیق را نفی کرده‌اند و احتمالاً صحیحۀ اشعری چنین صراحتی داشته باشد.^۱ در مقابل، ظاهر صحیحۀ ابی مریم تحقیق را واجب می‌داند؛ لذا این روایات تعارض دارند و باید بین آنها جمع کرد. وجه جمع این است که به قرینۀ صراحت این سه روایت از ظهور روایت ابی مریم در وجوب رفع ید شود، و در نتیجۀ قبل از ازدواج تحقیق مستحب می‌شود.

البته اگر مبنای انقلاب نسبت در مقام جاری بود، بعد از ازدواج و قبل از دخول - در موارد مشکوک - تحقیق مستحب بود، و بعد از ازدواج و دخول تحقیق مستحب هم نبود؛ اما چون این مبنا در مقام جاری نیست، بین دخول و عدم دخول فرقی نیست و در هر حال بعد از عقد، فحوص نه لازم و نه مستحب است.^۲

جواز تصدیق ادعای عملی زن نسبت به بی‌شوهری

مسئله هفتم: «... بل و کذا إذا لم تدع ذلك و لكن دعت الرجل إلى تزويجها أو أجابت إذا دعت إليه بل الظاهر ذلك وإن علم كونها ذات بعل سابقاً و ادعت طلاقها أو موته.»^۳

مناسب بود این عبارت نیز به انتهای عبارت فوق افزوده می‌شد: «او ادعت فسخاها او انفساخها».

البینه علی آن لیس لها زوج تقدّر علی ذلك» لذا در زمره روایت عبدالعزیز و سماعه خواهد بود و از این جهت اطلاقی ندارد.

۱. تعبیر «أ رأیت لو سألتها البینه کان یجد من یشهد أن لیس لها زوج» ممکن است به این معنا باشد که تنها اگر برای زن امکان اقامه بینه نباشد فحوص لازم نیست؛ لذا محتمل است که صریح در نفی لزوم فحوص نباشد. این نکته نیز توجه شود که راوی بعد از ازدواج، این سؤال را مطرح کرده و ممکن است کلام امام علیه السلام نیز ناظر به فرض بعد از ازدواج باشد.

۲. از ملاحظه مجموع این نکات می‌توان گفت: چه قبل و چه بعد از ازدواج تحقیق لازم نیست، با این تفاوت که بعد از ازدواج، مرجوح است، اما قبل از ازدواج راجح است. البته باید گفت با لحاظ نکته اول در متن، این رجحان مختص به ازدواج موقت است.

۳. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۳.

کلام آقای حکیم و نقد آن

مرحوم آقای حکیم^۱ این بخش از مسئله هفتم را چنین توضیح داده که اگر زن ادعای خلیه بودن نمی‌کند اما از مردی طلب ازدواج کند یا دعوت مردی برای ازدواج را بپذیرد، مانند صورتی است که ادعای خلیه بودن بکند؛ بنابراین فحوص از مزوجه بودن او لازم نیست و تصدیق می‌شود. دلیل بر تصدیق شدن زن در این بخش هم روایت فضل مولی محمد بن راشد^۲ و محمد بن عبد الله الاشعری^۳ است. سپس خود ایشان مناقشه کرده و فرموده است: این دو روایت درباره فرض بعد از تزویج هستند و محل کلام فرض قبل از ازدواج است؛ لذا این دو روایت نمی‌تواند دلیل بر این قسمت از مسئله باشد. عبارت ایشان چنین است: «لکن الظاهر من الخبر من ترک السؤال بعد التزویج اعتماداً علی العلم بأنها خلیة». ^۴ سپس در ادامه می‌فرماید: شاید بتوان روایت اشعری را به گونه‌ای مشعر به محل بحث - صورت قبل تزویج - دانست.

وجه اشعار در نظر ایشان این است که در روایت اشعری آمده است که اگر از این زن درخواست شود که بینه بیاورد که شوهر نداری، آیا او می‌تواند چنین بینه‌ای اقامه کند؟ معلوم است که نمی‌تواند بینه اقامه کند. می‌توان از این کلام امام فرض قبل از ازدواج را نیز استفاده کرد؛ چون زن قبل از ازدواج نیز نمی‌تواند بر گفته خودش بینه اقامه کند؛ زیرا چگونه دو نفر عادل می‌توانند شهادت حسی بدهند که این زن با شخص دیگری ازدواج نکرده است؟! به این جهت، روایت مشعر به محل کلام نیز می‌باشد. ولی در هر حال، طبق نظر ایشان دلیل بر مطلب نیست.^۵

اما کلام ایشان مبتنی بر منحصر کردن محل کلام به فرض قبل از تزویج است که

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۳۲.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۵۳، ح ۱۷: ... عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت إني تزوجت امرأة متعة فوقع فی نفسی أن لها زوجاً ففتشت عن ذلك فوجدت لها زوجاً قال و لم فتشت».

۳. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۲۵۴، ح ۱۹: ... قال: «قلت للرضا عليه السلام: الرجل يتزوج بالمرأة فيقع فی قلبه أن لها زوجاً. فقال عليه السلام: وما عليه، رأيت لو سألتها البينة كان يجده من يشهد أن ليس لها زوج».

۴. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۳۲-۴۳۳.

۵. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۳۳.

اشکالش بیان شد. به علاوه چنانکه مرحوم آقای خوئی^۱ به خوبی در مقام استدلال فرموده است، تعبیر «هی المصدقة علی نفسها»^۲ در روایت میسر به این معناست که اخبار زن درباره شوهر نداشتن پذیرفته می شود و اطلاق این تعبیر اخبار عملی را نیز شامل می شود.

البته مرحوم آقای خوئی با تمسک به سیره فرموده است که ادعای قولی و عملی تفاوتی ندارند؛ اما چنانکه بیان شد^۳، این استدلال ناتمام است.

جواز ازدواج در فرض ادعای علم به موت زوج از سوی زوجه

مسئله هفتم: «... و من هنا ظهر جواز تزویج زوجة من غاب غيبة منقطعة و لم يعلم موته و حیاته، اذا ادعت حصول العلم لها بموته من الأمارات و القرائن، او باخبار المخبرین و ان لم يحصل العلم بقولها و يجوز للوكیل ان یجری العقد علیها لكنّ الاحوط الترك خصوصاً اذا كانت متهمة»^۴

دلیل جواز: اطلاق «هی المصدقة علی نفسها»

غیبت منقطعه مرد، آن است که رابطه مرد با اقوام و همسرش به نحوی قطع شود که حتی از زنده بودن او اطلاعی در دست نباشد.

دلیل این مسئله نیز اطلاق «هی المصدقة علی نفسها»^۵ است؛ لذا تا وقتی کذب زن معلوم نباشد طبق این استدلال می توان به سخن زن اعتماد کرد و اگر در تزویج وکیل بگیرد، وکیل هم می تواند با اعتماد به سخن او عقد را جاری کند. البته احتیاط استحبابی در ترک است، خصوصاً در فرض اتهام که متعارف مردم به سخن زن اطمینان نمی کنند.

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۹۴.

۲. الکافی، ج ۵، ص ۴۶۲، ح ۲.

۳. دلیل اول از ادله جواز ازدواج در فرض ادعای قولی زن، سیره بود که اشکالات آن بیان شد.

۴. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۳.

۵. الکافی، ج ۵، ص ۴۶۲، ح ۲.

اشکال: عدم اعتبار قول زن مبتنی بر اجتهاد ناشی از مدرک باطل

مرحوم آقا ضیاء در اینجا بر عروه حاشیه‌ای دارد^۱ که مطلب صحیحی است و در مباحث سابق^۲ بیان شد. دلیلی که بر تصدیق زن در ادعای بی‌شوهری دلالت دارد، شامل مواردی نیست که ادعای زن بر اجتهاد شخصی مبتنی باشد و دیگران مستند اجتهاد او را ناتمام بدانند، مثل اینکه مدرک ادعای زن قول مخبری است که دیگران آن مخبر را به هیچ وجه مورد اعتماد نمی‌دانند، یا مثلاً در شبهه حکمیه خود زن به اجتهاد خود خیال می‌کند عقدی که بین او و زوج خوانده شده باطل بوده است و لذا ادعای خلیه بودن می‌کند، در حالی که دیگران مستند این اجتهاد را غلط می‌دانند. خلاصه آنکه «هی المصدقة علی نفسها» مربوط به مواردی است که احتمال می‌دهیم که زن اطلاعاتی زاید بر اطلاع سایر افراد دارد.

نظیر همین امر درباره رجوع به فتوای مرجع تقلید نیز مطرح است؛ یعنی در مواردی که مدرک مورد استناد مجتهد، معلوم است و شخص دیگری استناد به آن مدرک را تخطئه می‌کند، فتوای وی در حق این شخص حجت نیست، مثل اینکه در روایت مورد استناد وی، تصحیف و سقطی صورت گرفته ولی مرجع تقلید به آن التفات نداشته است.

۱. رجوع شود به: العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، ص ۶۲۲، حاشیه مرحوم آقا ضیاء ذیل کلمه «من الامارات والقرائن» چنین است: «ما لم یکن حدسیة محضه و الأفقیه اشکال و وجهه واضح».

۲. رک: جمع بین اخبار متعارض از بحث ازدواج با زن شوهردار.

مسئله هشتم: ادعای شوهر داشتن پس ازدواج

«الثامنة: اذا ادعت امرأة انها خلية فتزوجها رجل ثم ادعت بعد ذلك كونها ذات بعل لم تسمع دعوها، نعم لو اقامت البينة على ذلك فزق بينه و بينه وان لم يكن هناك زوج معين بل شهدت بانها ذات بعل على وجه الاجمال»^۱

نظر مرحوم سید: عدم قبول ادعای خلیه نبودن بعد از ادعای خلیه بودن

منشأ ادعای دوم زن در مقام، امور مختلفی از جمله موارد ذیل است:

۱. گمان می کرده عقد سابق باطل بوده است.

۲. از شوهر سابق طلاق گرفته و گمان داشته طلاق صحیحی منعقد شده است.

۳. شوهرش مفقود شده و او گمان داشته شوهرش مرده است.

۴. عمداً در ادعای اول خود دروغ بگوید و بعد پشیمان شود.

به هر تقدیر، زن ابتدا ادعا کرده که شوهر ندارد و بر اساس این ادعا مردی با او ازدواج کرده، سپس برای بار دوم ادعا می کند که شوهر داشته است. مرحوم سید می فرماید: ادعای دوم او مسموع نیست.

البته اگر بر شوهر داشتن، بینه اقامه کند، بینه پذیرفته می شود و شهادت اجمالی بر شوهر داشتن این زن کافی است و لازم نیست بینه بر زوجیت این زن با شخص خاصی مثل زید شهادت دهد.

مرحوم آقای خوئی درباره قبول قول زن با بینه فرموده است، دلیل مطلب ادله حجیت بینه است^۲، ولی چون مبنای ایشان این است که عدل واحد، بلکه ثقه

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۳.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۹۶.

واحد هم کافی است^۱، بهتر بود در اینجا عدل یا ثقه واحد را هم می‌افزود و به شهادت بینه اکتفا نمی‌کرد.

اشکال: لزوم قبول ادعای خلیه نبودن به قرینه روایات لزوم تصدیق زن

شاید گفته شود وقتی طبق روایات، سخن زن در ادعای لفظی یا عملی بر بی‌شوهری، مسموع است و می‌توان با او ازدواج کرد، چرا نمی‌توان از همین روایات استفاده کرد که سخن زن در ادعای بعدی زن نیز مسموع است؟

پاسخ: اختصاص روایات مصدق بودن زن به قبل ازدواج

مرحوم آقای حکیم^۲ و آقای خوئی^۳ از این استدلال پاسخ داده‌اند که روایاتی که می‌گوید زن‌ها تصدیق می‌شوند^۴ موضوعشان حدوث است؛ لذا می‌توان سخن زن را نسبت به اصل ازدواج پذیرفت، ولی دلیلی نداریم که بعد از ازدواج، قول زن درباره ابطال آن عقد تصدیق شود. درباره ابطال هم اگر از ابتدا بگوئید که برای ازدواج مانع دارم، مسموع است؛ ولی اگر در ادامه چنین ادعایی را مطرح کند، روایات آن را شامل نمی‌شود.

مناقشه در پاسخ

اما این پاسخ صحیح نیست؛ زیرا:

مناقشه اول: اطلاق روایات تصدیق زن نسبت به بعد ازدواج

اولاً، اختصاص تعبیر «هی المصدقة علی نفسها»^۵ به ابتدای ازدواج، صحیح نیست،

۱. برای نمونه: موسوعة الإمام الخوئی، ج ۱۱، ص ۳۷۸.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۳۴.

۳. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۹۶.

۴. الکافی، ج ۵، ص ۴۶۲، باب أنها مصدقة علی نفسها.

۵. الکافی، ج ۵، ص ۴۶۲، باب أنها مصدقة علی نفسها.

مانند تعبیر «صدق العادل» که وقتی عادل دیروز سخنی و امروز هم سخنی دیگر بگوید که یکی از آنها باطل است، وجهی ندارد سخن اول تصدیق و سخن دوم ابطال شود.

مناقشه دوم: عدم اطلاق روایات نسبت به ادعای متعارض زن

ثانیاً، بر فرض مورد مخصص باشد و تعبیر روایات هم فقط به حدوث ناظر باشد نه بقاء، ولی باز هم اطلاق این روایات شامل فرضی نمی شود که ادعای خلیه بودن با ادعای متأخر خودش معارض باشد؛ زیرا اصلاً اطلاق ناظر به چنین فرضی نیست.

مقتضای قواعد: استصحاب بقاء حجیت قول زن در قبل ازدواج

بنابراین در مسئله شک می کنیم. بعد از شک طبق مبنای کسانی مانند مرحوم آقای حکیم^۱ که استصحاب در احکام کلی را جاری می دانند، می توان گفت ادله حدوث، حجیت قول زن را ثابت کرده است، وقتی سخنی با سخن قبلی معارض شود، بقاء حجیت سخن قبلی مشکوک می شود و استصحاب بقاء حجیت جاری خواهد شد. استدلال به استصحاب اعم از این است که روایات فقط حدوث را شامل شود یا حدوث و بقاء هر دو را در بر بگیرد. همین که سخن قبلی حجت بوده، چون معارض نداشته، حال که معارض یافته، می توان استصحاب حجیت جاری کرد و سخن جدید را کنار نهاد.

البته آقای حکیم در این بحث به استصحاب استدلال نکرده و گمان کرده اطلاق روایات برای اخذ به ادعای اول و کنار نهادن ادعای دوم کافی است؛ ولی این صحیح نیست و باید برای اثبات مدعا به استصحاب تمسک کند.

اشکال اول (مبنایی): حجت نبودن استصحاب حکمی

ولی طبق مبنای مرحوم آقای خوئی^۲ و نظر مختار، استصحاب در شبهات حکمیة کلیه جاری نیست و نمی توان استصحاب حجیت را جاری کرد. اثبات حجیت آن

۱. حقائق الأصول، ج ۲، ص ۴۱۲.

۲. مصباح الأصول (چاپ مؤسسه احیاء آثار سید خوئی)، ج ۲، ص ۴۶.

ادعای اوّل هم به دلیل شرعی نیاز دارد. پس این استدلال تمام نیست.

اشکال دوم: وجود دلیل لفظی (صحیحہ ابی بصیر)

البته در این مسئله روایت خاص وجود دارد ولی به آن توجه نشده است. روایت هم در کافی^۱ و هم در تهذیب^۲ با سند صحیح به حسن بن محبوب می‌رسد^۳ که از هشام بن سالم و او از ابی بصیر چنین نقل کرده است:

قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة فقالت أنا حبلى وأنا أختك من الرضاة وأنا على غير عدة قال فقال إن كان دخل بها وواقعها فلا يصدّقها وإن كان لم يدخل بها ولم يواقعها فليختبر و ليسأل إذا لم يكن عرفها قبل ذلك.»^۴

زن ابتدا با مردی ازدواج کرده و پس از ازدواج به مرد گفته: حامله‌ام و خواهر رضاعی تو هستم و آمادگی برای ازدواج نداشتم (و أنا على غير عدة)^۵ و خلاصه برای ازدواج مانع داشتم، امام می‌فرماید: اگر بعد از واقعه چنین گفته، به سخنش اعتنا نمی‌شود، ولی اگر قبل از واقعه بوده، باید تحقیق کند که راست می‌گوید یا نه؟ در این روایت، بین دخول و عدم دخول تفصیل داده؛ ولی در عروه بین این دو

۱. الکافی، ج ۵، ص ۵۶۱، ح ۲۰.

۲. تهذیب الأحکام، ج ۷، ص ۴۳۳، ح ۳۷.

۳. شیخ صدوق نیز این روایت را در فقیه نقل کرده است: کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۴۷۰، ح ۴۶۴۰: و روی الحسن بن محبوب عن هشام بن سالم عن ابی بصیر قال «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة فقالت له أنا حبلى أو أنا أختك من الرضاة أو على غير عدة فقال إن كان دخل بها وواقعها فلا يصدّقها وإن كان لم يدخل بها ولم يواقعها فليحتط و ليسأل إذا لم يكن عرفها قبل ذلك.» طریق مرحوم صدوق به حسن بن محبوب در مشیخه فقیه، طریق صحیحی است.

کتاب من لایحضره الفقیه، ج ۴، ص ۴۵۳: «و ما كان فيه عن الحسن بن محبوب فقد رويته عن محمد بن موسى بن المتوكل عليه السلام عن عبد الله بن جعفر الحميري؛ و سعد بن عبد الله، عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن الحسن بن محبوب.»

۴. وسائل الشیعة، ج ۲۰، ص ۲۹۶، باب ۱۸، «باب حکم دعوی المرأة بعد العقد أنّها حبلى أو أخت الزوج أو في عدة.» ح ۱.

۵. استاد علیه السلام: این تعبیر، «عدة» به کسر نیست و الامعناى روایت این خواهد بود که من در عده نیستم، در حالی که زن می‌خواهد بگوید من مانعی از ازدواج داشتم.

صورت تفاوتی نگذاشته است و سخنی از تحقیق نیز به میان نیامده است.^۱

احتمالات معنای «إذا لم یکن عرفها قبل ذلک»

درباره جمله «إذا لم یکن عرفها قبل ذلک» که در ذیل روایت آمده دو احتمال وجود دارد:

احتمال اول: اگر این زن را موثق می‌داند، به تحقیق نیازی ندارد، و سخن زن مسموع است و اگر او را ناموثق می‌داند، سخنش مسموع نیست و اگر وثاقت یا عدم وثاقت این زن را نمی‌داند، تحقیق کند.

احتمال دوم: اگر واقعیت طبق قواعد برای مرد معلوم است - نه براساس شناخت موثق بودن یا نبودن زن - در این صورت به تحقیق نیازی نیست؛ مثلاً طبق قواعد می‌داند ادعای در عده وفات و طلاق بودن یا ادعای حاملگی یا خواهر رضاعی بودن از جانب زن، صحیح نیست؛ مثلاً مرد می‌داند که فاصله زمان رسیدن خبر فوت شوهر سابق به این زن با زمان ازدواج دوم او به قدری بوده که ادعای معتده بودن به عده وفات ادعای باطلی است یا مرد می‌داند که زن از شوهر سابق خود به مقداری جدا بوده که امکان معتده بودن زن در هنگام ازدواج دوم وجود نداشته یا اگر زن

۱. البته اصل لزوم تحقیق در فرض عدم دخول ممکن است مستحب باشد، همان‌طور که علامه مجلسی این مطلب را به اصحاب نسبت داده است:

مرأة العقول، ج ۲۰، ص ۴۱۴: «قوله فلا یصدقها» لأن قولها مناف لتمکینها بعد معرفة الزوج بخلاف ما إذا ادعت ذلك قبل الموافقة، فإنه یمكنها أن تقول لم أکن أعرفک و الآن عرفتک، و إن أمکن حمل الثانی علی الاستحباب كما هو ظاهر الأصحاب.

مجلسی اول نیز اختبار را مستحب دانسته است: روضة المتقین، ج ۸، ص ۵۲۸: «(فلیختبر) و الظاهر أنه علی الاستحباب كما سیجی...»

اما مرحوم آقای خونی تحقیق را لازم دانسته است: موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۲، ص ۱۸۵: «و لو تنزلنا عن ذلك و سلمنا إطلاق صحیحة زارة، فلا تنزل عما ذكرناه من الحكم، و ذلك لصحیحة أبی بصیر، قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن رجل تزوج امرأة... فأنها بتفصیلها بین الدخول و عدمه حیث یجب الاختبار و السؤال فی الثانی دون الأول، دلت علی صحة العقد و عدم تصدیقها فی دعاها علی کلا التقدرین، فتكون مقيدة لإطلاق صحیحة زارة لو تم فتدل علی اختصاص قبول قولها بما إذا كان الإخبار عن الحالة الفعلية، و أما إذا كان الإخبار عن الحالة السابقة فلا یسمع قولها».

ادعا کرده حامله بوده مرد دیگری در کار نبوده تا این زن حامله بوده باشد یا اگر زن ادعا کرده خواهر رضاعی مرد است زنی نبوده که به او شیر دهد. ولی اگر واقعیت از قبل برای او معلوم نیست، درباره ادعای زن تحقیق کند نه بدان اکتفا کند و نه بدان بی اعتنا باشد؛ لذا طبق احتمال دوم، «إِذَا لَمْ يَكُنْ عَرَفَهَا قَبْلَ ذَلِكَ» شرط محقق موضوع است.



مسئله نهم: حکم نزدیکی به مجرد خبر «ثقه» یا «وکیل عقد» از تحقق عقد

«التاسعة: إذا وكلا وكيلاً في إجراء الصيغة في زمان معين لا يجوز لهما المقاربة بعد مضي ذلك الزمان إلا إذا حصل لهما العلم بإيقاعه ولا يكفي الظن بذلك وإن حصل من إخبار مخبر بذلك وإن كان ثقة نعم لو أخبر الوكيل بالإجراء كفى إذا كان ثقة بل مطلقاً لأن قول الوكيل حجة فيما وكل فيه.»^۱

اگر شخصی دیگری را برای اجرای عقد وکیل کرده اما نمی داند که این عقد خوانده شده یا نه، آیا حتی اگر وکیل ثقه نباشد خبرش حجت است؟ نظیر اینکه بسیاری در حجج کسی را برای قربانی کردن وکیل می کنند، اما از انجام قربانی خبر ندارند تا بتوانند حلق و تقصیر کنند، درحالی که تا قربانی ثابت نشود حق حلق و تقصیر ندارد و ظنّ کفایت نمی کند، حتی اگر ناشی از خبر ثقه واحد باشد. حال آیا ادعای انجام قربانی از وکیل حتی اگر ثقه نباشد مقبول است؟

دو ادعا در عبارت مرحوم سید مطرح است:

اول: ظنّ کفایت نمی کند هرچند منشأ ظن، مخبر ثقه باشد.

دوم: وکیل اگر خبر دهد قولش حجت است، هرچند ثقه نباشد.

لذا باید دلیل این دو مسئله بررسی شود.

مطلب اول: بررسی حجیت خبر ثقه در موضوعات

نظر مرحوم سید: بی اعتباری خبر عدل واحد در موضوعات

مرحوم سید می فرماید: ظنّ کفایت نمی کند، هرچند ثقه ای از اجرای صیغه عقد خبر آورد، و ثقه واحد شامل عدل واحد هم می شود.

۱. العروة الوثقی، ج ۲، ص ۸۶۳.

مرحوم سید معمولاً هر جا بحث «عدل واحد» باشد احتیاط کرده و می‌فرماید: فیه اشکال.^۱ اما ظاهر عبارت اینجا این است که مرحوم سید در خبر ثقه چه عدل باشد و چه غیر عدل، به عدم کفایت فتوا داده است. به نظر می‌رسد جمع بین کلمات مرحوم سید این است که چون در هر حال حتی اگر در عدل واحد تردید باشد باز هم نمی‌توان به خبر مخبر اکتفا کرد. البته اینکه در فرض عادل بودن ثقه، حق رجوع به مجتهد دیگری وجود داشته باشد مسئله دیگری است، اما در هر حال طبق نظر مرحوم سید نمی‌توان به خبر عدل واحد اکتفا کرد.

در هر حال، ریشه این تردید مرحوم سید چیست و چرا نباید به ظن حاصل از خبر ثقه اعتماد کرد؟

کلام آقای خوئی

مرحوم آقای خوئی ادعا کرده که خبر ثقه چنان‌که در احکام حجت است، بر خلاف نظر مشهور^۲ در موضوعات نیز حجت است. استدلال ایشان از دو مقدمه تشکیل شده است.

مقدمه اول: بنای عقلاء بر عمل به خبر ثقه در احکام و موضوعات مقدمه اول این است که دلیل حجیت خبر ثقه، بنای عقلا است و بنای عقلا در اعتماد به خبر ثقه بین احکام و موضوعات تفاوتی ندارد.^۳ البته ایشان فرموده تنها در باب قضاء این بناء عقلاء ردع شده و مجرد یک شاهد عادل کافی نیست.

مقدمه دوم: عدم ردع بنای عقلاء در روایت مسعدة بن صدقه مقدمه دوم ایشان آن است که روایت مسعدة رادع این سیره عقلاء نیست.

علی بن ابراهیم عن هارون بن مسلم عن مسعدة بن صدقة عن ابي عبد الله عليه السلام

۱. برای نمونه: العروة الوثقی، ج ۱، ص ۴۶ و ۷۳ و ۱۳۷ و ۱۵۱ و ۵۳۱؛ ج ۲، ص ۲۱۲ و ۲۵۴.

۲. برای نمونه: المبسوط، ج ۱، ص ۸؛ المهدب (ابن بزاج)، ج ۲، ص ۵۰۰؛ جواهر الفقه، ص ۹، ح ۷؛ السرائر، ج ۱، ص ۸۶؛ تحریر الأحکام (جواب قدیم)، ج ۱، ص ۶؛ الرسائل العشر (ابن فهد حلی)، ص ۳۴۳، م ۵؛ البیان، ص ۳۵۹.

۳. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۹۶.

قال:

«سمعتہ يقول كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك وذلك مثل الثوب يكون قد اشتريته و هو سرقة أو المملوك عندك ولعله حر قد باع نفسه أو خدع فبيع أو قهر أو امرأة تحتك و هي أختك أو رضيعتك والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البينة»^۱

مشهور واژه «بینه» در این روایت را به معنای شاهدین عدلین دانسته‌اند و طبق این روایت در موضوعات کمتر از یقین و شهادت عدلین را کافی نمی‌دانند. به عبارت دیگر، بعضی از مفاهیم كالصريح است، مثلاً اگر گفته شود: «قصر خواندن نماز جایز نیست مگر اینکه هشت فرسخ مسافت طی شود» نمی‌توان گفت کمتر از هشت فرسخ هم کافی است؛ چون تعبیر فوق صراحت دارد، و معنای تعیین حد آن است که کمتر از آن حد کافی نیست. در روایت فوق - که البته همه مثال‌های آن از موضوعات است - اقامه «بینه» برای اثبات موضوع مشکوک لازم شمرده شده است. معنایش آن است که کمتر از بینه، یعنی عدل واحد و ثقة واحد کافی نیست. بنابراین هرچند بناء عقلاء اعتماد بر خبر ثقة در مطلق موضوعات است، ولی شارع بار دع این بناء، اقامه بینه را لازم دانسته است. آقای حکیم هم به تبعیت از مشهور، همین استدلال را دارد.^۲

استعمال بینه در روایت مسعده در معنای لغوی بالحفاظ عدم انحصار حجج در بینه اصطلاحی مرحوم آقای خوئی در پاسخ فرموده است^۳ معنای لغوی «بینه» دلیل و حجت است

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۱۳، ح ۴۰؛ وسائل الشیعة، ج ۱۷، ص ۸۹، ح ۴.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۳۴.

۳. مرحوم آقای خوئی غیر از آنچه در متن آمده است اشکال‌های دیگری نیز بیان کرده است، از جمله: الف. ضعف سندی (اگرچه مسعده در رجال کامل الزیارات است؛ اما مرحوم آقای خوئی از مبنای توثیق عام رجال کامل الزیارات عدول کرده است).

ب. معتبر نبودن خبر عدل واحد نسبت به ذوالید و استناد اباحه به ذوالید.

موسوعة الإمام الخوئی، ج ۲، ص ۲۶۵: «و قد يتوهم كما عن غير واحد منهم أن السيرة مردوعة بما ورد فی ذیل رواية مسعدة المتقدمة من قوله «و الأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم

و در این روایت هم به همین معناست. ایشان در تعلیل اینکه معنای لغوی در روایت اراده شده چنین فرموده است:

«وذلك لوضوح أنه لا ينحصر طريق الاستبانة بشهادة عدلين أو أربعة عدول فإن التبين يحصل بالإقرار وقول ذي اليد والاستصحاب ونحوها، فلا دليل على اختلاف الحال في الشبهات الموضوعية عن الشبهات الحكمية، باعتبار التعدّد في الأولى دون الثانية.»^۱

در تبیین کلام ایشان می‌توان گفت: «بیتنه» در آیات متعدد قرآن به همین معنای لغوی است مثل «لِيَهْلِكَ مَنْ هَلَكَ عَنْ بَيِّنَةٍ وَيَحْيَى مَنْ حَيَّ عَنْ بَيِّنَةٍ»^۲، و در روایات نیز به همان معنای لغوی است؛ چون معنای لغوی آن مهجور نشده به طوری که در لسان مردم یا در لسان ائمه علیهم‌السلام استعمال نشود.

از طرفی، اگر واژه «بیتنه» در لسان روایات به معنای یقین یا شهادت عدلین باشد، و شارع مقدس اصالة الاباحة را مطلقاً حجت بداند مگر وقتی که یقین یا بیتنه اصطلاحی بر خلاف آن باشد، تخصیص اکثر در این اصالة الاباحة لازم می‌آید؛ زیرا علاوه بر استصحاب و قاعده ید که در کلام مرحوم آقای خوئی مطرح شده، اقرار،

به البینه»^۳ حيث حصر ما يثبت به الشيء في الاستبانة و قيام البينة عليه فلو كان خبر العادل كالبينة معتبرا شرعا لبينته عليه السلام لا محالة، و يدفعه:

أولاً: أن الرواية ليست بصدد حصر المثبت فيهما لوضوح أن النجاسة وغيرها كما تثبت بهما كذلك تثبت بالاستصحاب و بأخبار ذي اليد كما يأتي عن قريب.

و ثانياً: أن الرواية غير صالحة للردعية لضعفها.

و ثالثاً: أن عدم ذكر إخبار العادل في قبال البينة والعلم إنما هو لأجل خصوصية في مورد الرواية، و هي أن الحلية في مفروض الرواية كانت مستندة إلى قاعدة اليد في مسألة الثوب و من المعلوم أنه لا اعتبار لإخبار العادل مع اليد، و كأنه عليه السلام بصدد بيان ما هو معتبر في جميع الموارد على وجه الإطلاق.

و رابعاً: البينة في الرواية كما تقدم بمعنى الحجة و ما به البيان و هو الذي دلت الرواية على اعتباره في قبال العلم الوجداني، و أما أن الحجة أي شيء فلا دلالة للرواية عليه، و لا بدّ من إحراز مصاديقها من الخارج، و قد استكشفنا حجية إخبار العدلين من اعتمادهم عليهم‌السلام عليه في المخاصمات، فاذا أقمنا الدليل من السيرة أو غيرها على اعتبار خبر العدل أيضاً فلا محالة يدخل تحت كبرى الحجة و ما به البيان، و يكون معتبراً في جميع الموارد على نحو الإطلاق بلا فرق في ذلك بين الموضوعات و الأحكام.

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص ۱۹۷.

۲. الأنفال، ۴۲.

قسم و نکول - طبق برخی مبانی - نیز حجت هستند. زن در ایام عادتش اوصاف خون حیض را که می‌بیند اماره بر حیض است و نمی‌تواند با اجرای اصالة الاباحة، وارد مسجد شود و همین طور است قاعده امکان که بعضی آن را اماره حیض می‌دانند؛ لذا روایت در مقام حصر نیست. خلاصه آنکه امارات عامه و امارات خاصه و اصول تنزیلی که در برابر اصالة البرائه قرار دارد، فراوان است.

اگر شارع مقدس اصالة الاباحة را مطلقاً حجت بدانند مگر وقتی که یقین یا حجت شرعی بر خلاف آن باشد، همه امارات یاد شده را شامل می‌شود و اشکالی ندارد؛ بلکه حتی اگر استعمال «بینه» در معنای لغوی محتمل باشد، مانع از استدلال به روایت مسعده است. البته صغریات بینه متفاوت است، گاه چهار شاهد، گاه دو شاهد، گاه یک شاهد و گاه استصحاب لازم است و در موارد دیگر، امارات دیگر معتبر است.

تعبیر «حتی یستبین لک» نیز که در مقابل بینه به کار رفته به معنای این است که بر تو واضح گردد. البته اگر بینه مطرح نمی‌شد، اشکالی نداشت که بگوئیم مراد از «حتی یستبین لک» اعم از علم و علمی است؛ اما حال که در مقابل بینه (علمی = حجت) به کار رفته همان معنای اخص آن (علم) اراده شده است. در مباحث سابق نیز بیان شد که گاهی برخی از مصادیق مفاهیم گرچه از کلام استظهار می‌شود ولی اشکالی ندارد که متکلم به همان مصادیق تصریح کند تا از ظهور به نص تبدیل شود و تردیدی در مخاطب ایجاد نشود. در مقام نیز اشکالی ندارد که به اعتبار دلیل علمی (بینه لغوی) تصریح شود و در کنار «علم» یعنی «حتی یستبین لک» ذکر شود.

نتیجه: کفایت خبر ثقه در موضوعات و احکام

بالحاظ دو مقدمه فوق ایشان فرموده است:

«و الحاصل أنَّ الصحيح هو كفاية اخبار الثقة الواحد وإن لم يكن
وكيلاً، لأن الأصل حجية خبره إلّا ما ثبت بالدليل، كما هو الحال في
باب القضاء.»^۱

علاوه بر باب قضاء که در ذیل عبارت فوق استثنا شده، در باب نجاسات نیز این بناء عملی ردع شده است؛ زیرا در روایت چنین آمده است:

أحمد بن محمد الكوفي عن محمد بن أحمد التهدي عن محمد بن الوليد عن أبان بن عبد الرحمن عن عبد الله بن سليمان عن أبي عبد الله عليه السلام «في الجبن قال كل شيء لك حلال حتى يجيئك شاهدان يشهدان أنّ فيه ميتة»^۱

این روایت، صحیحه است^۲ اما شاید به نظر مرحوم آقای خوئی معتبر نباشد.^۳

۱. الکافی، ج ۶، ص ۳۳۹، باب الجبن، ح ۲؛ وسائل الشیعة، ج ۲۵، ص ۱۱۸، ح ۲.

۲. در این سند، احمد بن محمد الكوفي که همان احمد بن محمد العاصمی است، از مشایخ کلینی و امامی ثقة است (رجال النجاشی، ص ۹۳، رقم ۲۳۲). ابان بن عبد الرحمن نیز همان ابان بن عثمان است. او از اصحاب اجماع (رجال الکثینی، ص ۳۷۵) و طبق نظر استاد رحمته الله از امامیه است. اما دو نفر در این سند محل کلام هستند: محمد بن احمد التهدي و عبد الله بن سليمان.

درباره مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ التَّهْدِيّی با اینکه نجاشی درباره او گفته است: «محمد بن أحمد بن خاقان النهدي أبو جعفر القلاسي المعروف بحمدان كوفي مضطرب» (رجال النجاشي، ص ۳۴۱، رقم ۹۱۴) اما این تعبیر دال بر تضعیف وی از جهت کذب در گفتار نیست، بلکه به نظر می‌رسد به جهت نکات متن‌شناسی در روایات اوست و در رجال ابن غضائری نیز ظاهراً به همین جهت تضعیف شده است (الرجال لابن الغضائري، ج ۱ ص ۹۶-۹۷، رقم ۲۸): «محمد بن أحمد بن خاقان النهدي أبو جعفر القلاسي الملقب حمدان كوفي. ضعيف يروي عن الضعفاء».

در مقابل، کشی شهادت عیاشی به وثاقت وی را نقل کرده است:

رجال الکثینی، ص ۵۳۰، رقم ۱۰۱۴: «قال أبو عمرو: سألت أبا النضر محمد بن مسعود عن جميع هؤلاء؟ فقال ... وأما محمد بن أحمد التهدي: وهو حمدان القلاسي كوفي فقيه ثقة خير».

رجال الکثینی، ص ۵۶۳، رقم ۱۰۶۴: «ابن مسعود، قال حَدَّثَنِي حمدان بن أحمد القلاسي، قال، حَدَّثَنِي معاوية بن حكيم، عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، عن حمدان الحضيني قال، قلت لأبي جعفر عليه السلام إنّ أخي مات فقال لي رحم الله أخاك فإنه كان من خَصِيص شيعتي.

قال محمد بن مسعود: «حمدان بن أحمد من الخصيص قال الخاصة الخاصة».

درباره عبد الله بن سليمان نیز می‌توان گفت: صفوان و ابن ابی عمیر کتاب عبد الله بن سليمان را نقل کرده‌اند (کتاب من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۴۶۳: «و ما كان فيه عن عبد الله بن سليمان فقد رويته عن محمد بن الحسن عليه السلام عن محمد بن الحسن الصفار، عن يعقوب بن يزيد، عن صفوان بن يحيى؛ و محمد ابن أبي عمير جميعا عن عبد الله بن سليمان») و طبق نظر مختار استاد رحمته الله مروی عنه برخی از جمله این دو امامی ثقة هستند.

۳. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۱، ص ۱۷۲؛ و ج ۲، ص ۲۶۲.

اشکال بر کلام آقای خونی

در هر حال، هر دو مقدمه کلام ایشان قابل مناقشه است:

اشکال اول: بنای عقلاء بر عمل به خبر اطمینانی نه خبر ثقه

اولاً، بر خلاف مقدمه اول ایشان، عقلاء بناء عامی بر حجیت خبر ثقه ندارند و موارد آن مختلف است.

اگر مسئله مربوط به عمل خود انسان باشد نه روابط بین موالی و عباد، اشخاص به علم و اطمینان شخصی یا ظن شخصی یا شک شخصی خود - بر اساس اینکه کدام یک از اطمینان، ظن یا شک منشأ اثر باشد - ترتیب اثر می دهند و در هر حال به خبر ثقه اعتنایی نمی کنند. البته گاه تشخیص دیگران در تحقق این حالات درونی سه گانه در شخص موثر است. پس اینکه - مثلاً - آیا شخص عطش دارد یا ندارد تا آب بخورد، مربوط به تشخیص خود اوست، یا اگر شخص در امور مربوط به خود با مواردی از تراحم مواجه شود به دنبال - مثلاً - ظن شخصی است و مجرد خبر ثقه تأثیری در تصمیم او ندارد.

در روابط بین موالی و عباد نیز نه تنها مجرد خبر ثقه معتبر نیست؛ بلکه تشخیص خود شخص (حالات شخصی) نیز معیار نیست و فقط باید متعارف مردم در نظر گرفته شود؛ زیرا عقلاء و موالی عرفی برای تقنین، نوع موارد را لحاظ می کنند و الا هرج و مرج می شود و هر کس طبق اطمینان شخصی خود عمل می کند؛ لذا شخص و سواسی یا کسی که دیر یا زود یقین پیدا می کند، نمی تواند به تشخیص خود عمل کند.^۱

۱. البته ظاهراً مراد استاد رحمته الله این است که اطمینان غیر متعارف حجت نیست، نه اینکه فقط اطمینان نوعی حجت است؛ لذا اگر کسی به جهتی اطمینان حاصل کند هر چند غالب مردم چنین اطمینانی نداشته باشند، تنها در صورتی این اطمینان بی اعتبار است که این اطمینان شخص، اطمینانی غیر متعارف باشد.

۲. البته اینکه آیا علم و سواسی معتبر است یا نه بین فقها اختلاف نظر است و برخی از فقهاء حجیت قطع شخصی را حتی درباره سواسی ذاتی می دانند؛ رجوع شود به: العروة الوثقی (المحتمی)، ج ۱، ص ۱۵۱، م ۱: «لا اعتبار بعلم الوسواسی فی الطهارة و النجاسة».

لذا ملاک، اطمینان نوعی است و مجرد خبر ثقه بدون حصول اطمینان نوعی معتبر نخواهد بود؛ مثلاً زمانی که هوا صاف است اگر ثقه‌ای شهادت دهد که ماه را دیده است اما شخص دیگری غیر از او ماه را ندیده باشد، در این صورت به سخن او اطمینان نمی‌شود گرچه او ثقه است و در بسیاری از موارد دیگر سخن اطمینان نوعی ایجاد می‌کند و در نزد عقلاء مقبول است، اما در خصوص این مورد، عقلاء کلام او را نمی‌پذیرند و حجت نمی‌دانند و اگر شارع هم خبر او را معتبر بداند، تعبدی خواهد بود، نه اینکه بر اساس بنای عقلاء باشد.

شیخ انصاری نیز می‌فرماید آنچه در روایات در مورد خبر ثقه وارد شده امضای همان بناء عقلاء یعنی اعتبار خبر اطمینانی است، و خبر اگر اطمینان‌آور باشد پذیرفته می‌شود، اعم از اینکه مخبر آن ثقه باشد یا غیر ثقه^۱. البته ایشان می‌فرماید خبر اطمینانی بسیار نادر است^۲. از قدیم نیز نظر ما این بود که دلیلی بر اعتبار خبر ثقه به صورت کلی نداریم.

اشکال دوم: استعمال یثنه در یثنه اصطلاحی در غیر مسائل اعتقادی

ثانیاً، با قطع نظر از اشکال اول، مقدمه دوم ایشان نیز قابل مناقشه است؛ زیرا گرچه در اصول عقاید، اراده معنای لغوی یثنه، خلاف ظاهر نیست، اما در فروع احکام اراده چنین معنایی خلاف ظاهر است و فقط معنای مصطلح از لفظ متبادر است. مثلاً در حدیث پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله «إِنَّمَا أَقْضَى بَيْنَكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ وَالْأَيِّمَانِ»^۳ می‌دانیم یثنه به معنای شاهدین عدلین است؛ چون یمین که از حجج است در مقابل یثنه قرار داده شده، و از این قرینه مقابله معلوم می‌شود که یثنه نمی‌تواند به معنای لغوی و حجت باشد؛ بلکه مراد معنای اصطلاحی یعنی دو شاهد عادل است. ظاهر کالصریح روایت مسعده^۴ نیز این است که شاهد واحد کفایت نمی‌کند؛

۱. فرائد الأصول، ج ۱، ص ۳۶۶.

۲. فرائد الأصول، ج ۱، ص ۲۱۵.

۳. الکافی، ج ۷، ص ۴۱۴، «باب أَنَّ الْقَضَاءَ بِالْبَيِّنَاتِ وَالْأَيِّمَانِ»، ح ۱.

۴. الکافی، ج ۵، ص ۳۱۳، ح ۴۰: عَلِيٌّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ [عَنْ أَبِيهِ] عَنْ هَارُونَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ مُسْعَدَةَ بِنِ صَدَقَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ سَمِعْتَهُ يَقُولُ: «كُلُّ شَيْءٍ هُوَ لَكَ حَلَالٌ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ حَرَامٌ بَعَيْنَهُ فَتَدْعَهُ مِنْ

اما با وجود این از مثال های مذکور در این روایت معلوم می شود که موضوع این روایت به تصرفات ذوالید محدود است و در نتیجه قانون کلی «الأشیاء كلها على هذا» که ذیل روایت آمده نیز به دایره این مثال ها، یعنی تصرفات ذوالید محدود می شود. به عبارت دیگر، تصرفات ذوالید بر چیزی که تحت ید اوست تا زمانی که یقین یا دو شاهد عادل بر خلافتش نباشد، صحیح است و اعتبار ذوالید بر قوت خود باقی است. البته اقرار هم معتبر است و علت اینکه در روایت مطرح نشده آن است که روایت متعرض موارد متعارف است، همان طور که در «انما اقضي بينكم بالبينات والایمان»^۲ اقرار مطرح نشده است؛ چون اقرار علیه خود، از موارد نادر است و حصر در روایت ناظر به آن نیست.

البته با این روایت فقط می توان حجیت خبر عدل واحد در خصوص موارد ذوالید را نفی کرد. اما این روایت نسبت به غیر مورد ذوالید مانند اثبات اول ماه با خبر عدل واحد، ساکت است و حجیت را نفی نمی کند. پس اگر اشکالی بر این روایت وارد باشد، این است که این روایت فی الجملة (فقط در موارد ذوالید) حجیت خبر ثقه واحد را نفی می کند؛ لذا مفاد این روایت اخص از مدعای مشهور (نفی کلی حجیت خبر عدل واحد) است.

اشکال سوم: عدم لزوم تخصیص اکثر به دلیل خارج بودن موارد نقض از مورد روایت ثالثاً، نقض هایی که ایشان بر اراده یبینه اصطلاحی وارد کرد - و ما نیز مواردی را به آن افزودیم - وارد نیست؛ زیرا با لحاظ مثال های مذکور در روایت مسعده و تطبیق قانون کلی تصریح شده بر آنها (الأشیاء كلها على هذا)، معلوم می شود

قبل نفسك وذلك مثل الثوب يكون قد اشتريته وهو سرقة أو المملوك عندك ولعله حر قد باع نفسه أو خدع فبيع أو قهر أو امرأة تحتك وهي أختك أو رضيعتك والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البينة».

۱. الکافی، ج ۵، ص ۳۱۳، ح ۴۰.

۲. الکافی، ج ۷، ص ۴۱۴، ح ۱؛ علي بن إبراهيم عن أبيه ومحمد بن إسماعيل عن الفضل بن شاذان جميعاً عن ابن أبي عمير عن سعد بن هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام قال «قال رسول الله صلى الله عليه وآله «إنما أقضي بينكم بالبينات والایمان وبعضكم الحن بحجته من بعض فأتما رجل قطع له من مال أخيه شيئاً فأتما قطع له به قطعة من النار» (وسائل الشيعة، ج ۲۷، ص ۲۳۲، ح ۱).

که با اینکه استصحاب عدم انتقال و عدم انعقاد زوجیت در این مثال‌ها وجود دارد، شارع به ملکیت و زوجیت حکم کرده و فرموده است این استصحاب در مقابل اصالة الصحة‌ای که در مورد ذوالید جاری می‌شود تاب مقاومت ندارد. نقض‌های دیگر نیز نقض‌های درستی نیست؛ چون موضوع این روایت فقط اصالة الصحة جاری در مورد ذوالید است و ثابت شدن حیض، با اوصاف و عادت و موارد دیگر که موجب حرام شدن ورود به مسجد و مباشرت با زوج و امثال آن می‌شود و در مقابل اصالة الاباحه قرار دارند، خارج از مورد روایت است و نقض بر روایت نخواهد بود.

به عبارت دیگر اباحه مذکور در این روایت اباحه مطرح در نزد اصولیون نیست که در مقابل اخباریون مطرح می‌شود؛ بلکه فقط دلالت دارد که تصرفات ذوالید محکوم به صحت است.^۱

نظر مختار: حجت نبودن خبر عدل واحد به دلیل نبود بنای عقلاء نه روایت مسعده
نتیجه این شد که بینه در روایت مسعده به معنای اصطلاحی (دو شاهد عادل) است و روایت، فقط در موارد ذوالید، حجیت خبر عدل واحدی را که اطمینان‌آور عرفی نباشد، نفی می‌کند؛ اما نسبت به غیر موارد ذوالید از یک سو این روایت ساکت است و نفی حجیت نمی‌کند و از سوی دیگر بناء عقلا بر حجیت این خبر غیر اطمینانی نداریم. البته در موارد ذوالید اگر خبر عدل واحد، اطمینان‌آور عرفی باشد، در این صورت علاوه بر بناء عقلاء می‌توان حجیت آن را به وسیله همین روایت اثبات نمود؛ زیرا در روایت تعبیر «حتی یستبین» آمده است و اطمینان هم عرفاً داخل در مفهوم علم و استبانه است و چون در مسئله حجیت، نوع عقلاء ملاک است، این اطمینان باید نوعی باشد.

البته توجه شود که خبر عدلین -چه در موارد ذوالید چه غیر آن- تا اطمینان نوعی بر خلاف آن نباشد حجت است، حتی اگر ظن به خلاف داشته باشیم.

۱. اصل اباحه که اصولیون در مقابل اخباری‌ها مطرح کرده‌اند، اباحه کلی در موارد شک در تکلیف است، اما روایت مسعده ناظر به شبهات موضوعیه در موارد ذوالید است.

مطلب دوم: بررسی ادله حجیت قول وکیل

مطلب دیگر در مسئله نهم این است که مرحوم سید یزدی با اینکه فرموده اخبار ثقه به اجرای صیغه عقد توسط وکیل حجت نیست، اما ایشان مدعی شده اگر خود وکیل خبر دهد، کافی است، حتی اگر وکیل، ثقه هم نباشد. این ادعای ایشان نیازمند اقامه دلیل است.

دلیل اول (قاعده «من ملک شیئاً ملک الاقرار به») و بررسی آن

ممکن است برای اثبات این ادعا به قاعده «من ملک شیئاً ملک الاقرار به» تمسک شود. این قاعده از زمان شیخ طوسی^۱ به بعد مطرح و سپس مشهور گشته^۲ و مفادش این است که اگر کسی در چیزی جواز تصرف داشته باشد و ادعا کند که در آن تصرف کرده است، قولش متبع است؛ یعنی نسبت به آن اختیار اقرار نیز دارد. بنابراین وکیل که نسبت به «موکّل فیهِ» جواز عمل دارد، اگر اقرار کند که موکّل فیهِ را انجام داده است، کلام و اقرار او مسموع است.

شیخ انصاری نیز رساله‌ای درباره این قاعده نوشته است.^۳

تمسک به قاعده اقرار در اثبات قاعده «من ملک شیئاً...»

برخی برای اثبات قاعده «من ملک» به قاعده «إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» تمسک کرده‌اند که از نظر فتوای قاعده‌ای مسلّم است و منصوص^۵ نیز می‌باشد.

۱. المبسوط، ج ۳، ص ۱۹.

۲. برای نمونه: شرائع الإسلام، ج ۳، ص ۱۱۹؛ تذکرة الفقهاء، ج ۱۴، ص ۱۶۹؛ قواعد الأحکام، ج ۲، ص ۴۱۳؛ ایضاً: إيضاح الفوائد، ج ۳، ص ۳۰۳؛ القواعد و الفوائد، ج ۲، ص ۲۷۹؛ مسالک الأفهام، ج ۱۱، ص ۸۹؛ ر.ک: رسائل فقهیة (شیخ انصاری)، ص ۱۸۰-۱۸۳.

۳. رسائل فقهیة (شیخ انصاری)، ص ۱۸۷.

۴. برای نمونه: النهاية (شیخ طوسی)، ص ۳۲۷؛ تذکرة الفقهاء، ج ۱۰، ص ۳۰۶؛ مختلف الشیعة، ج ۵، ص ۲۳۷؛ غایة المراد، ج ۲، ص ۲۰۶.

۵. وسائل الشیعة، ج ۲۳، ص ۱۸۴، ح ۲؛ و روی جماعة من علمائنا فی کتب الاستدلال عن النبی ﷺ أنه قال: «إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز».

عمده روایت قاعده اقرار، روایت نبوی است که در کتب فقهی امامیه به عنوان ارسال مسلمّات تلقی

مناقشه شیخ انصاری: اختصاص قاعده اقرار به اقرار بالغین بر ضرر خود

مرحوم شیخ انصاری، این استناد را نپذیرفته است و آن را مدرک قاعده نمی داند؛ زیرا شرط «اقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» این است که اولاً مقرر، به ضرر خودش اقرار کرده باشد و ثانیاً مکلف باشد؛ چون بر اساس حدیث رفع قلم، اقرار نابالغ اعتباری ندارد. پس موضوع قاعده «من ملک» که شامل اقرار نسبت به دیگری و اقرار نابالغ نیز هست، اوسع از موضوع «اقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» است؛ زیرا بر اساس قاعده «من ملک» اقرار وکیل نسبت به موکل فیه که حق تصرف نسبت به آن دارد نافذ است، هر چند به ضرر خودش نباشد، بلکه به ضرر موکلش باشد؛ همین طور اقرار صبی به تصرفاتی مانند وصیت، نافذ است، در حالی که بر اساس قاعده «اقرار العقلاء علی أنفسهم جائز» چنین امری ثابت نمی شود.^۲

موارد نقض، به این دو مورد - یکی اقرار کبیر بر ضرر دیگری مانند اقرار وکیل بر ضرر موکل، و دیگری اقرار صبی بر ضرر خودش - که مرحوم شیخ انصاری مطرح کرده اختصاص ندارد؛ بلکه علاوه بر این دو مورد گاهی کبیر اقراری می کند که نه بر ضرر خودش است و نه بر ضرر دیگران؛ مثلاً شخص بالغی اقرار می کند که یک واجب کفایی را انجام دادم و به ضرر خودش هم نیست. اگر قاعده «من ملک» صادق باشد، این مورد را هم شامل می شود.

این نکته نیز توجه شود که تعبیر «اقرار» همیشه به معنای اعتراف بر ضرر خود نیست تا گفته شود مستند قاعده «من ملک» همان قاعده اقرار است؛ بلکه تعبیر اقرار اگر با «علی» باشد، به معنای اعتراف بر ضرر خود است.

اشکال نقضی بر «من ملک شیئاً...»: مقبول نبودن اقرار صبی

اما مرحوم آقای خویی نفوذ اقرار صبی به وصیت را که مرحوم شیخ انصاری به عنوان مطلبی مسلم دانسته انکار کرده و گویا عدم نفوذ اقرار را مسلم دانسته و در

شده است.

۱. رسائل فقهیه (شیخ انصاری)، رساله فی قاعده من ملک، ص ۱۷۹.

۲. آنچه منصوص است مشروعیت وصیت صبی است نه نفوذ اقرار وی به وصیت، و اینکه فقها اقرار صبی به وصیت را پذیرفته ولی اقرار صبی به امور دیگر را نپذیرفته اند، نشان می دهد که به استناد این قاعده بوده است.

نتیجه به عنوان نقض بر قاعده «من ملک» ذکر کرده، و می‌فرماید بچه ده ساله بر خود وصیت سلطنت دارد ولی اقرارش به وصیت نافذ نیست؛ این نشان می‌دهد که این قاعده تمام نیست. صبی ده ساله مصداق «من ملک» است، اما مالک اقرار به آن شیء نیست.^۱

پاسخ: عدم تحقق جمله شرط در «من ملک...» در حق صبی اما این نقض مرحوم آقای خوئی وارد نیست؛ زیرا گرچه ممکن است برخی فقهاء در نفوذ اقرار صبی بر وصیت اشکال کرده باشند، اما جهت اشکال‌شان در اصل مشروعیت وصیت صبی است؛ یعنی در تحقق موضوع قاعده که «من ملک» است، اشکال می‌کنند، نه اینکه حتی با قبول مالک بودن در نفوذ اقرارش اشکال کرده باشند. توضیح مطلب:

برای اثبات کلام مرحوم شیخ انصاری لازم نیست حتماً فقهاء به طور منجز به صحت اقرار صبی به وصیت فتوا داده باشند، بلکه فتوا به صحت اقرار حتی اگر به صورت قضیه تعلیقیه و ملازمه تعلیقی بین صحت تصرفاتی مانند وصیت برای بچه و صحت اقرار بچه به آن تصرفات ثابت شود، برای اثبات ادعای شیخ کافی است؛ یعنی اگر فقهاء گفته باشند در صورتی که قائل به صحت تصرفاتی مانند وصیت برای صبی شویم، اقرار او به آن تصرفات نیز صحیح خواهد بود، همین مقدار، کلام شیخ انصاری را اثبات و تصحیح می‌نماید. مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید فقهایی که می‌گویند اگر کسی در چیزی حق تصرف داشته باشد اقرار او به آن چیز نیز نافذ است به قاعده «من ملک شیئاً ملک الاقرار به» تمسک کرده‌اند نه به قاعده «اقرار العقلاء علی أنفسهم جائز»؛ زیرا این قاعده حتی به صورت ملازمه تعلیقی نیز نفوذ اقرار غیر مکلف را ثابت نمی‌کند، در حالی که حتی کسانی که اقرار بچه را صحیح نمی‌دانند، صحت آن را به صورت قضیه تعلیقیه قبول دارند.

در صحت و بطلان تصرفاتی مانند وصیت بچه ده ساله، بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. مشهور و همچنین روایات فراوان قائل به صحت‌اند و اقوا نیز صحت

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۹۷.

است. طبق روایات تصرفاتی مثل عتق، وقف و هبه نیز صحیح است.^۱ اکنون باید ببینیم که بین صحت اینگونه تصرفات و صحت اقرار به آنها ملازمه وجود دارد یا نه؟ از محقق حلی به بعد، فقهای که ما با عباراتشان مواجه شدیم، همه ملازمه بین نفوذ وصیت صبی و اعتبار اقرار نسبت به آن را پذیرفته‌اند. برخی فقهاء هم وصیت صبی را نافذ می‌دانند و هم ملازمه را به صورت قضیه تجزیه قبول دارند و صریحاً اقرار بچه به وصیت را نیز مسموع می‌دانند. علامه در ارشاد فرموده است: «و لو أقرّ الصبی بالوصیة بالمعروف صحّ علی رأی»^۲، از مرحوم فخر المحققین نقل شده که هر جا تعبیر «علی رأی» آمده، فتوای پدرم است گرچه مسئله اختلافی است.^۳ مرحوم فیض^۴ نیز چنین است.

اما فقهای که قائل به صحت وصیت صبی نیستند نیز این ملازمه را به صورت قضیه تعلیقیته پذیرفته‌اند و می‌گویند اگر قبول کنیم که بچه حق چنین تصرفاتی را دارد، در این صورت اقرار او به آنها نیز نافذ خواهد بود. مرحوم محقق حلی در کتاب شرایع^۵، علامه حلی در عده‌ای از کتاب‌های خود از جمله تذکره^۶،

۱. رک: وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۳۶۰، باب ۴۴، «باب حکم وصیة الصغیر و من بلغ عشر سنین أو ثمانی سنین أو سبعا و عدم جواز وصیة السفیه و المجنون و حد البلوغ».

۲. ارشاد الأذهان، ج ۱، ص ۴۰۶-۴۰۷.

۳. روضات الجنات، ج ۶، ص ۳۳۵: «و من جملة فوائد المنقولة عنه فی مقدمات شرح کتاب «القواعد» بیانہ مراد والده العالمة من قوله علی رأی المکرر وقوعه فی «القواعد» و «الإرشاد» و هو انه قال انه إذا قال: «علی رأی» یکون اختیاره ما قبله، و نته بقوله: «علی رأی» علی أن فیہ خلافا لبعض الأصحاب».

در موارد متعدد در قواعد علامه ابن تعبیر به کار رفته و مرحوم فخر المحققین آن را به عنوان فتوا تلقی کرده است: برای نمونه: إیضاح الفوائد، ج ۱، ص ۴۵، ۱۰۸، ۱۱۱.

۴. مفتاح الشرائع، ج ۳، ص ۱۵۹.

۵. شرائع الإسلام، ج ۳، ص ۱۱۹.

۶. تذکره الفقهاء، ج ۱۵، ص ۲۵۱-۲۵۳: «یشترط فی المقرّ البلوغ، فأقاریر الصبی لاغیه، سواء کان ممیزاً أو لا، و سواء أذن له الولی أو لا، عند علمائنا ... و لنا و للشافعیة قول فی صحّة تدبیره و وصیته، فعلى هذا القول عندنا و عند الشافعی یصحّ إقراره بهما».

استاد رحمه الله: لذا علامه در تذکره هم - بر خلاف برداشت شیخ انصاری از تذکره - به ملازمه تعلیقی قائل است: رسائل فقهیة (شیخ انصاری)، ص ۱۹۴: «و العالمة و ان ظهر منه المخالفة فی بعض الموارد، حتّى فی مسألة إقرار الصبی بماله أن یفعله و إقرار العبد فیما یعلق بالتجارة - علی ما فی التذکره - إلا أن

تحریر^۱ و قواعد^۲، شهید اول در دروس^۳، شهید ثانی در شرح لمعه^۴، مسالک^۵ و حاشیه ارشاد^۶ و مرحوم سبزواری در کفایه^۷ به صورت قضیه تعلیقیه اقرار بجه را نافذ دانسته‌اند. بنابراین از مجرد اینکه در برخی عبارت‌های فقهاء اقرار صبی غیر نافذ دانسته شده است، نمی‌توان گفت آنها قاعده را قبول ندارند.

اشکال بر کلام شیخ انصاری: عدم عمومیت قاعده «من ملک» نزد برخی فقهاء

البته با اینکه ادعای مرحوم آقای خوئی به کلیتتش صحیح نیست، اما کلام مرحوم شیخ هم به کلیت خود صحیح نیست و این‌گونه نیست که فقهاء به اتفاق، اقرار صبی را (چه به صورت تنجیزی یا به صورت تعلیقی) نافذ دانسته باشند؛ زیرا از برخی عبارت‌های فقهاء استفاده می‌شود که علی‌رغم اینکه تصرفات صبی ده ساله در امور مذکور را نافذ می‌دانند، اقرارش را نافذ نمی‌دانند؛ لذا معلوم می‌شود این فقهاء صبی ده ساله را مصداق «من ملک» می‌دانند ولی «مالک اقرار» نمی‌دانند. نتیجه این دو دسته عبارت این است که نه عدم نفوذ اقرار صبی نزد فقهاء از مسلمات است بنابراین کلام مرحوم آقای خوئی صحیح نیست، و نه نفوذ اقرارش مسلم است، و در نتیجه کلام مرحوم شیخ انصاری نیز صحیح نیست. طبق تتبع، دسته‌ای از فقهاء، تصرفات صبی را صحیح دانسته‌اند، ولی اقرار وی را نافذ نمی‌دانند. این فقهاء عبارتند از: ابوالصلاح در کافی^۸، ابن حمزه در

صریحه فی کثیر من الموارد الاستناد إلى القاعدة.

۱. تحریر الأحکام، ج ۴، ص ۳۹۹.

۲. قواعد الأحکام، ج ۲، ص ۴۱۳.

۳. الدروس الشرعیة، ج ۳، ص ۱۲۶.

۴. الروضة البهیة (چاپ مجمع الفکر)، ج ۳، ص ۵۲۷.

۵. مسالک الأفهام، ج ۱۱، ص ۸۹.

۶. حاشیه ارشاد با کتاب حاشیه غایة المراد چاپ شده است. حاشیه الإرشاد، ج ۲، ص ۲۴۴.

۷. کفایة الأحکام، ج ۲، ص ۵۰۳.

۸. الکافی فی الفقه، ص ۴۱۱: «ولا یقبل إقرار الصبی».

ایشان در صفحه ۳۶۴، وصیت صبی ده ساله را صحیح می‌دانند: «ولا یعضی من وصیة من لم یبلغ عشر سنین و المحجور علیه الا ما تعلق بأبواب البر».

وسیله^۱، ابن براج در مهذب^۲، قطب الدین کیدری در اصباح^۳. شیخ هم در مبسوط با اینکه اقرار صبی را نافذ نمی‌داند^۴ ولی عتق و تدبیر صبی را - با این تعبیر که اصحابنا روایت کرده‌اند - تأیید می‌کند.^۵ پس در میان فقها کسانی که تصرفات صبی را نافذ دانسته‌اند، مسلم نیست که اقرارش را هم نافذ دانسته‌اند و مسلم نیست که اقرارش را نافذ ندانسته‌اند. بنابراین از کلمات فقهاء نمی‌توان اجماعی را استفاده کرد. درباره اقرار کبیر بر ضرر دیگری مانند اقرار وکیل بر ضرر موکلش نیز مطلب چنین است و اجماعی وجود ندارد که این اقرار، نافذ است.^۶

مناقشه در برداشت شیخ انصاری از کلام محقق کرکی

مرحوم شیخ انصاری با نقل نظریات بسیاری از اساطین فقه فرموده است این عده به قاعده مورد بحث تمسک کرده‌اند.^۷ ایشان از همین فقهاء موارد متناقضی را

۱. الوسيلة، ص ۲۱۳: «وإن كان غير عاقل ولا بالغ لم يسمع إقراره».

ایشان در صفحه ۳۷۲، وصیت صبی را فی الجملة می‌پذیرد: «و حکم کمال العقل یكون للمراهق الذی لم یضع الأشياء فی غیر مواضعها فان وصيته و صدقته و عتقه و هبته بالمعروف ماضية دون غيرها».

۲. المهذب (ابن براج)، ج ۱، ص ۴۰۴: «إذا أقر الحر البالغ الكامل العقل الذی لیس بمولی علیه، المطلق التصرف علی نفسه بشيء، كان إقراره ماضيا».

ایشان در ج ۲، ص ۱۱۹ وصیت صبی معین را نافذ می‌داند: «فان كان صغيرا و كان سنة قد بلغ عشر سنين و لم يكمل عقله، و كان ممن یضع الشيء فی موضعه، كانت وصيته ماضية فی المعروف من وجوه البر».

۳. اصباح الشیعة، ص ۳۳۱: «لا یصح الإقرار إلا من مكلف غیر محجور علیه».

ایشان در ص ۳۵۴ چنین فرموده است: «و من شرائط الوصية كون الموصی ثابت العقل حرا، و ابن عشر سنين إذا لم یضع الأشياء إلا فی مواضعها أمضت وصيته فی وجوه البر لا غیر، و كذلك یجوز صدقته و هبته بالمعروف».

۴. المبسوط، ج ۳، ص ۳.

۵. المبسوط، ج ۶، ص ۱۸۴.

استاد^۷: تعبیر «روی اصحابنا» در این کلام بر فتوای شیخ طوسی دلالت دارد.

۶. برای نمونه: تحریر الأحکام، ج ۳، ص ۴۳ م ۴۱۲۸؛ غایة المرام، ج ۲، ص ۳۶۱.

۷. رسائل فقهیة (شیخ انصاری)، ص ۱۸۰-۱۸۲.

مطرح کرده که این قاعده را جاری ندانسته‌اند؛ مثلاً از محقق ثانی^۱ مطلبی را نقل می‌کند که گویا در این قاعده تردید دارد.^۲ مطلب این است: اگر از مردی پرسیدند: آیا دخترت را شوهر داده‌ای یا نه، و بگوید: بله، شوهر داده‌ام، اما دختر انکار کند و بگوید: مرا شوهر نداده است،^۳ در اینکه آیا اقرار پدر نافذ است (از باب قاعده من ملک) یا باید دختر قسم بخورد، دو احتمال وجود دارد. ایشان در حقیقت تردید دارد که در چنین صورتی قاعده من ملک جاری است یا نه؟ اما موردی را که شیخ انصاری از محقق به عنوان تردید در قاعده نقل کرده است، تردید محقق ثانی در اصل قاعده را ثابت نمی‌کند.

توضیح مطلب:

در باره قاعده «من ملک» بحث است که آیا معنای این قاعده آن است که صدق «من ملک» در ظرف اقرار معتبر است یا در ظرف اعم از ظرف اقرار و ظرف «مقرّب»؟ شیخ انصاری از کلمات بزرگان استظهار می‌کند که ظرف اقرار ملاک است؛ زیرا تعبیر «من ملک» ظاهر در این است که الآن مالک است،^۴ نظیر اینکه در تعبیر «العالم یجب اکرامه» اگر قرائنی بر خلاف نباشد، ظاهرش این است که فقط صورت تحقق علم را شامل می‌شود، یا اگر مثلاً طبق قانون گفته شود که منتخب و منتخب باید هر دو مسلمان باشند، آیا حکم کسی که مسلمان بود و پس از مدتی اسلامش زائل شد، از این قانون قابل استفاده است؟ خیر، باید از تناسبات حکم و موضوع مسئله را روشن کرد و الا حکم در اینجا متعرض حال تلبس این وصف اشتقاقی است و شامل بعد از زوال تلبس نیست. مرحوم آخوند در کفایه حکمی را که بر عنوانی جاری می‌شود، سه قسم دانسته است: الف. گاه عنوان مشیر است. ب. گاهی عنوان موضوع فقط حدویش در حکم دخالت دارد. ج. گاه عنوان موضوع،

۱. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۷۳.

۲. رسائل فقهیه (شیخ انصاری)، ص ۱۹۳.

۳. البته مرحوم محقق کرکی حتی در فرضی نیز که دختر انکار نکند و فقط اظهار بی‌اطلاعی کند، در جریان قاعده مورد بحث، تردید کرده است.

۴. رسائل فقهیه (شیخ انصاری)، ص ۱۹۷.

حدوث و بقائش دخالت دارد. این مطلب با کلام شیخ در این مقام منافاتی ندارد. گاه تناسبات حکم و موضوع قرینه می‌شود بر اینکه عنوان، عنوان مشیر است مخصوصاً در قضایای شخصی، ولی در احکام کلی معمولاً عنوان مشیر بودن، خلاف ظاهر است و دلیل خاصی لازم دارد که دخالت عنوان را سلب کنیم. شاید بتوان گفت نظر مرحوم آخوند در دو صورت اخیر نیز منطبق با نظر شیخ است. البته توجه شود که در مانند «العالم یجب اکرامه» مفهومی وجود ندارد به این معنا که با زوال علم، وجوب اکرام منتفی می‌شود؛ لذا هم با صورتی می‌سازد که حدوثاً عالم باشد و هم با صورتی که حدوثاً و بقائاً عالم باشد تا وجوب اکرام به او تعلق بگیرد. در حقیقت گاه سخن از شخص الحکم است که ربطی به مفهوم ندارد، «العالم یجب اکرامه» یک حکم شخصی است، و وجوب اکرام را در زمان تحقق علم اثبات می‌کند، و نسبت به بعد از زوال علم، مجمل نیست بلکه ساکت است و مفهوم هم ندارد.^۱

در هر حال، در مسئله جاری، شیخ انصاری استظهار می‌کند که اقرار «در زمان مالک بودن تصرف» نافذ است، هرچند خودش فرموده بعضی فقها، خلاف این را گفته‌اند. اما تردید محقق ثانی در مسئله به معنای تردید در اصل قاعده «من ملک» نیست؛ زیرا از تردید محقق ثانی در اینکه زن قسم بخورد یا اقرار پدر نافذ باشد، معلوم می‌شود که ظرف اقرار پدر پس از بلوغ دختر است که در آن زمان، پدر بر دختر ولایت ندارد، اما ظرف «مقرّبه»، حال صغر دختر است؛ لذا ظرف «اقرار» و ظرف «مقرّبه» یکی نیست و در نتیجه تردید محقق کرکی در این فرض به معنای تردید در ظاهر قاعده نیست. محقق کرکی در حال بلوغ دختر برای پدر ولایت قائل نیست و دختر را مستقل می‌داند.^۲ در حقیقت شبهه محقق از این ناحیه است که پدر گرچه قبل از بلوغ دختر ولایت دارد و «مقرّبه» او نیز نکاح دختر قبل از بلوغ است،

۱. استاد رحمه الله: ممکن است مرحوم آخوند هم این مطلب را در مورد شخص الحکم قبول داشته باشد و لذا قائل به اجمال حکم نسبت به فرض مجرد حدوث موضوع نباشد، پس تعارض بین کلام شیخ و آخوند، مسلم نیست.

۲. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۲۳.

اما چون ظرف اقرارش پس از بلوغ دختر است، آیا قاعده «من ملک» این فرض را هم شامل می‌شود یا نه؟ پس این مورد در کلام محقق کرکی نقض محسوب نمی‌شود. اما به نظر می‌رسد این قاعده عمومیت ندارد که تفصیل آن در بیان نظر مختار خواهد آمد.

دلیل دوم: سیره قطعی بر حجیت قول وکیل

دلیل دوم بر حجیت قول وکیل، سیره است. مرحوم آقای خوئی فرموده است^۱ در خصوص باب وکالت، سیره قطعی است که اگر کسی به دیگری وکالت داد تا کاری برای او انجام دهد، بعداً نمی‌تواند از او بخواهد که اثبات کند که آن کار را کرده است، و نفس توکیل کفایت می‌کند که به قول وکیل اعتماد کند.

نظر مختار

به نظر می‌رسد دو مطلب را نباید با هم خلط کرد.

مطلب اول: سیره عقلاء بر مطالبه نکردن اثبات انجام فعل از وکیل

مطلب اول این است که گاه شخصی را برای انجام کاری وکیل می‌کنند، در این صورت، اثبات انجام کار را از وکیل مطالبه نمی‌کنند و بنای عقلاء بر مطالبه دلیل از وکیل نیست.

مطلب دوم: عدم تحقق بناء عقلاء بر قبول قول غیر اطمینانی وکیل

ولی اگر موکل وظیفه‌ای داشته که به وکیل واگذار کرده است مثل اینکه به دیگری بگوید: در مکه برایم ذبح کن، اگر بعداً شک کرد که آیا ذبح کرده یا نه، نمی‌تواند در فرض عدم اطمینان، به سخن وکیل اکتفا کند و تکلیف را از خود ساقط شده بدانند. مرحوم آقای حکیم نیز در عمومیت جواز اکتفاء به قول وکیل نسبت به غیر ثقه مناقشه کرده است.^۲ البته نمی‌توان از وکیل مطالبه اثبات ذبح کرده و او را محاکمه کرد.

۱. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص ۱۹۸.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۴۳۵.

بناء عقلاء یا متشرعه نیز موضوع «من ملک» را به آن کلیت و وسعت قبول ندارد، مثلاً در مسئله اداء تبرّعی دین شخص دیگر یا انجام حج تبرّعی برای متوفی که بر اجازه از مدیون یا ورثه متوقف نیست و متبرّع حق چنین تصرفی را دارد، به صرف اقرار شخص غیر ثقه به اداء دین یا انجام حج برای متوفی، آن حق الناس یا حق الله از مدیون یا ورثه متوفی ساقط نمی شود، یا اگر کسی وصیت کرد که این مقدار از اموال مرا به عنوان حقوق الهی یا بدهی به اشخاص بپردازید، صرف اینکه شخص غیر ثقه مدعی شود که دین او را پرداخته، تکلیف از ورثه و وصی ساقط نمی شود. اینکه بگوییم چون او اختیار اداء دین دیگری را دارد بنابراین اقرارش هم نافذ است، در مورد شخص غیر ثقه چنین نیست و بعید است کسی این مطلب را پذیرفته باشد.

فهرست تفصیلی

۵

فهرست اجمالی

بخش نهم

شرایط متعاقدان

شرایط عاقد

۱۱

۱۱

شرط اول (بلوغ) و ادله اعتبار آن

۱۲

دلیل اول: آیه «وَابْتَئَلُوا الْيَتَامَىٰ...»

۱۲

کلام آقای خمینی و بررسی آن

۱۲

مطلب اول: احتمالات ثبوتی اعتبار بلوغ و رشد در دفع اموال

۱۲

مطلب دوم: بررسی احتمالات اثباتی آیه

۱۳

احتمال اول: عاطفه بودن «حتی» و اختصاص جواز ردّ اموال صبیّ به فرض رشد

۱۳

بررسی احتمال اول

۱۳

اشکال مقدّر: مانعیت «عدم یتیم بعد از بلوغ» از دخول غایت در مغیّی

۱۳

پاسخ آقای خمینی: شایع بودن اطلاق یتیم در اوایل بلوغ

۱۴

اشکال: اراده تمام ازمنه بلوغ از مدخول «حتی» نه اوایل بلوغ

- ۱۴ پاسخ مختار: احتمال اعتبار یُتم در حدوث حکم به ابتلاء نه بقاء
- ۱۵ احتمال دوم: غایت بودن «حتی» و کفایت تحقق یکی از دو امر بلوغ و رشد
- ۱۵ بررسی احتمال دوم
- ۱۵ علل احتمالی عدم لزوم اختبار بعد از بلوغ
- ۱۶ علت اول: اماره اثباتی بودن بلوغ برای موضوع ثبوتی رشد
- ۱۶ علت دوم: رشد و بلوغ هر یک موضوع ثبوتی مستقل
- ۱۶ عدم اثبات احتمال چهارم با نفی امارت بلوغ برای رشد
- ۱۸ احتمال سوم: غایت بودن «حتی» و لزوم تحقق بلوغ و رشد
- ۱۸ علت احتمالی لزوم اختبار قبل بلوغ
- ۱۸ علت اول: احتیاج تشخیص رشد به زمان طولانی
- ۱۸ علت دوم: لزوم ردّ فوری اموال به دلیل لزوم احتیاط در اموال
- ۱۹ احتمال چهارم: ابتدائی بودن «حتی» و شرطیه بودن «اذا»
- ۱۹ بررسی احتمال سوم
- اشکال صاحب جواهر: بیشتر بودن محجوریت بالغ از صبی رشید طبق احتمال سوم
- ۲۰ جواب‌های آقای خمینی به صاحب جواهر و بررسی آن
- ۲۰ جواب نقضی: عدم لزوم ابتلاء بعد از بلوغ طبق احتمال چهارم
- ۲۱ ردّ جواب نقضی
- ۲۱ مقدمه اول: احتمال معنای حدوثی در «یتامی»
- ۲۱ مقدمه دوم: مغتایب بودن اختبار به دلیل ابتدائی بودن «حتی»
- ۲۲ نتیجه: لزوم اختبار بعد از بلوغ طبق نظر صاحب جواهر
- ۲۲ جواب حاکمی: لزوم اختبار بعد از بلوغ به قرینه مناسبات حکم و موضوع
- ۲۲ اشکال: رفع نشدن لغویت غایت به مجرد مناسبت حکم و موضوع
- ۲۳ پاسخ اشکال
- مطلب اول: محور بحث بودن مفهوم بالجمله در اصول، نه مفهوم فی الجمله
- ۲۴ مطلب دوم: نبود مفهوم فی الجمله در ذکر موارد خفی
- مطلب سوم: توجیه کلام آقای خمینی با تطبیق مطلب اول و دوم بر مقام

- ۲۶ اشکالات مختار بر احتمال سوم
- ۲۶ اشکال اول: ظهور «اذا» در شرطیت
- ۲۷ اشکال دوم: نامتعارف بودن اختبار مستمر
- ۲۷ بررسی احتمال چهارم با بیان قرائن شرطیه نبودن «اذا»
- ۲۸ قرینه اول: عرفی و فصیح نبودن جزای شرط با ساختار شرطی
- ۲۸ اشکال: شواهد فراوان شرطیه بودن جزای شرط در قرآن و اخبار
- ۳۲ قرینه دوم: مانعیت «ظهور» حتی "در غائیت" از شرطیه بودن «اذا»
- ۳۳ اشکال اول: کاربرد فراوان «حتی اذا» در قرآن در معنای شرطیت
- ۳۴ بررسی سه آیه مُوهم شرطیه نبودن «حتی اذا»
- ۳۴ آیه اول: آیه ۷۳ سوره زمر
- ۳۶ اتفاق نظر نحویون در شرطیه بودن «اذا» در آیه
- ۳۶ آیه دوم: آیه ۱۱۸ سوره توبه
- ۳۶ زانده یا عاطفه بودن ثم
- ۳۶ آیه سوم: آیه ۱۵۲ سوره آل عمران
- ۳۷ زانده یا عاطفه بودن ثم
- ۳۷ اشکال دوم: اتفاق نظر جمهور نحویون بر شرطیه بودن «اذا» در ترکیب «حتی اذا»
- ۳۸ مطلب سوم: بررسی دلالت آیه بر عدم کفایت اذن ولی
- ۳۹ تمسک به «غرض شارع از ابتلاء» برای اثبات «دلالت آیه بر عدم کفایت اذن ولی»
- اشکال: تأمین غرض شارع در حفظ اموال صبی با اشتراط رعایت مصلحت در اذن ولی
- ۳۹
- ۴۰ تمسک آقای حکیم به آیه ابتلاء برای صحت معامله صبی مأذون از ولی
- ۴۰ توضیح و تکمیل بیان آقای حکیم
- ۴۱ مناقشه در کلام آقای حکیم
- ۴۱ مناقشه اول: کفایت معامله صوری برای تشخیص رشد
- ۴۱ تأیید و تکمیل مناقشه اول

- ۴۲ مناقشه دوم: دخالت مقدمات معامله (نه اجرای صیغه) در اختبار
- ۴۲ مناقشه سوم: امکان انجام معامله با اموال ولی توسط صبی
- ۴۲ مناقشه چهارم: اثبات نشدن صحت معامله صبی در غیر اختبار
- ۴۳ مناقشه پنجم: مناقشه در کیفیت تقریر آقای حکیم
- ۴۳ بررسی اشکالات دلالت آیه ابتلاء بر بطلان عقد صبی
- ۴۳ اشکال اول: دلالت مفهوم آیه بر عدم وجوب دفع اموال نه حرمت
- ۴۴ اشکال دوم: ملازمه نداشتن حرمت دفع مال و بطلان معامله
- ۴۴ اشکال سوم: عدم دلالت آیه بر بطلان معاملات وکالتی صبی
- ۴۴ پاسخ‌های صاحب جواهر به اشکال اول و بررسی آن
- ۴۴ پاسخ اول: دلالت عرفی مفهوم آیه بر حرمت دفع
- ۴۵ اشکال: دلالت نداشتن مفهوم عرفی آیه بر حرمت دفع با ذکر شواهد عرفی
- ۴۵ پاسخ دوم: اثبات حرمت از آیه «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ»
- ۴۶ اشکالات پاسخ دوم
- ۴۶ اشکال اول: دلالت «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» بر حرمت دفع اموال نه بطلان معاملات
- ۴۶ اشکال دوم: ملازمه نداشتن بطلان معامله سفیه با بطلان معامله یتیم
- ۴۶ پاسخ سوم: استفاده حرمت با لحاظ حرمت تصرف در اموال غیر
- ۴۶ تأیید پاسخ سوم
- ۴۷ نتیجه: عدم دلالت آیه ابتلاء بر محجوریت صبی
- ۴۷ دلیل دوم بر بطلان عقد صبی: تمسک به حدیث رفع قلم
- ۴۷ تمسک قدماء عاتقه و خاصه به حدیث رفع قلم
- ۴۹ اشکالات شیخ انصاری به دلالت حدیث رفع قلم
- ۴۹ اشکال اول: ظهور حدیث در رفع قلم مؤاخذه نه قلم جمل احکام
- ۴۹ اشکال دوم: شمول احکام وضعی نسبت به صبی طبق مشهور

- اشکال سوم: امکان موضوع بودن افعال غیر بالغین برای بالغین ۵۰
- بررسی ابهاماتی در اشکال دوم و سوم شیخ انصاری ۵۱
- ابهام اول: ابهام در علت تعبیر «المشهور» به جای طرح نظر خود در اشکال دوم ۵۱
- پاسخ اول: تناقض بین قول مشهور به ثبوت حکم وضعی در صبی و تمسک به رفع قلم در مقام ۵۱
- پاسخ دوم: حجیت مطلق ظنّ با تمسک به مبنای انسداد ۵۱
- ابهام دوم: ابهام در فرق «سبب» در اشکال دوم و «موضوع» در اشکال سوم ۵۲
- پاسخ ابهام دوم با ذکر سه مطلب ۵۲
- مطلب اول: اراده صحت عقد صبی (نه سیبیت) از حکم وضعی در اشکال دوم ۵۲
- مطلب دوم: تعبیر «سبب» به دلیل مقوم یا مصحح بودن حکم تکلیفی برای حکم وضعی ۵۳
- مطلب سوم: قبول صحت عقد صبی در اشکال دوم مرحوم شیخ به خلاف اشکال سوم ۵۳
- بررسی مناقشه در اشکال اول شیخ انصاری ۵۳
- مناقشه اول: قبول ملازمه بین رفع مؤاخذه و رفع حکم در بحث برائت رسائل ۵۴
- پاسخ مناقشه اول ۵۴
- پاسخ اول: قبول ملازمه در رفع احکام الزامی نه مطلق احکام ۵۴
- پاسخ دوم: قبول ملازمه در بحث برائت به دلیل جریان قاعده قبح ۵۵
- بررسی پاسخ دوم با بررسی اشکالات مرحوم آخوند ۵۷
- اشکال اول: جدلی بودن تمسک به قبول اخباری نسبت به ملازمه ۵۷
- پاسخ: برهانی بودن ملازمه به دلیل جریان قاعده قبح ۵۷
- اشکال دوم: عدم ملازمه نفی عقاب و نفی استحقاق عقاب در نزد اخباری ۵۷
- پاسخ آقای نایینی ۵۸
- مطلب اول: نقض غرض بودن حکم به تحریم با اخبار به عدم عقاب ۵۸
- مطلب دوم: نقض غرض نبودن اخبار از نفی عقاب در برخی موارد ۵۸

- اشکال بر پاسخ آقای نایینی ۵۹
- اشکال نقضی: نفی عقاب ذنوب تا چهار ماه بعد از حج با وجود بقاء حرمت ۵۹
- اشکال حلی: رادعیت مکلف با حرمان از ثواب ۶۱
- مناقشه دوم: قابل جعل و رفع مستقیم نبودن عقوبت و ثواب ۶۱
- پاسخ مناقشه دوم ۶۱
- پاسخ اول: عدم دلیل بر حمل همه روایات بر احکام ۶۱
- پاسخ دوم: کفایت قابلیت جعل و رفع عقاب به واسطه جعل و رفع احکام ۶۵
- نتیجه: صحت اشکال اول مرحوم شیخ بر حدیث رفع قلم ۶۶
- بررسی مناقشه در اشکال دوم شیخ انصاری ۶۶
- مناقشه آقای خوئی: تنافی اشکال دوم با مبنای انتزاع حکم وضعی از تکلیفی ۶۶
- پاسخ: انتزاع حکم وضعی صبیان از حکم تعلیقی صبیان نه حکم فعلی آنها ۶۶
- بررسی مناقشه در اشکال سوم شیخ انصاری ۶۷
- مناقشه سید یزدی: غیر معقول بودن نسبی بودن ملکیت ۶۸
- پاسخ مناقشه ۶۸
- پاسخ اول: معقول بودن حکم تکلیفی نسبی نظیر کلام شیخ انصاری در معامله فضولی ۶۸
- پاسخ دوم (مختار): تفسیر دیگر از کلام شیخ انصاری ۶۹
- دلیل ترجیح پاسخ دوم بر اول ۷۰
- اول: اطلاق عبارت مکاسب نسبت به حکم وضعی ۷۰
- دوم: عدم انحصار بالغین در عبارت مکاسب به طرف معامله صبی ۷۰
- رفع القلم در روایت ابی ظبیان (قصه مجنون در زمان عمر) ۷۰
- بررسی سندی: اطمینان به صدور مفاد روایت به دلیل تعدد نقل و ذکر فضیلت علی علیه السلام ۷۱
- بررسی دلالتی ۷۵
- اشکال: نظارت تعبیر «أما علمت...» به امر معهود از پیامبر صلی الله علیه و آله و احتمال اراده قلم حدّ ۷۵

- ۷۵ پاسخ اشکال
- ۷۵ دلیل سوم بر بطلان عقد صبی: اجماع
- ۷۶ بررسی صحت نسبت ادعای اجماع به ابن زهره
- ۷۶ اشکال: ادعای اجماع ابن زهره در ناقص العقل نه صبی ممیز
- ۷۷ پاسخ اول: شمول ادعای اجماع نسبت به صبی ممیز به دلیل تمسک ابن زهره به رفع قلم
- ۷۸ اشکالات پاسخ اول
- ۷۸ اشکال اول: عدم حجیت اخبار آحاد نزد ابن زهره
- ۷۸ اشکال دوم: جدلی بودن تمسک ابن زهره به رفع قلم در مقابل عامه
- ۷۸ پاسخ دوم: صحت نسبت ادعای اجماع به ابن زهره به قرینه سایر عبارات وی
- ۷۸ مقدمه اول: اطلاق کمال عقل بر اعم از بلوغ در عبارات فقهاء از جمله ابن زهره
- مقدمه دوم: تصریح به حجر صبی و تفریع ادعای اجماع غنیه بر اشتراط ولایت عاقد ۸۰
- ۸۰ نتیجه: صحت انتساب ادعای اجماع به ابن زهره
- ۸۲ عدم اعتبار اجماع منقول در غنیه به دلیل اجتهادی بودن آن
- ۸۳ ادعای اجماع در جواهر
- ۸۵ بررسی اقوال فقهاء
- ۸۵ دسته اول: تصریح به مسلوب العبارة بودن صبی
- ۸۵ دسته دوم: بطلان عقد صبی بدون اذن ولی
- ۸۵ دسته سوم: بطلان عقد صبی بدون ظهور در قول دسته اول و دوم
- ۸۶ نتیجه: عدم اجماع بر بطلان عقد صبی با اذن یا اجازه ولی
- ۸۶ عدم حجیت اجماع ادعایی به دلیل عدم احراز اتصال به زمان معصوم
- ۸۶ دلیل چهارم بر بطلان عقد صبی: شهرت
- ۸۶ ظهور کلام مرحوم شیخ در استقلال دلیل شهرت

- اشکال: عدم حجیت شهرت در رسائل ۸۷
- پاسخ اول: احتمال عدول از مبنا ۸۷
- اشکال: اهتمام مرحوم شیخ به اصلاح رسائل و مکاسب تا آخر عمر ۸۷
- پاسخ دوم (مختار): قبول مبنای انسداد توسط مرحوم شیخ ۸۸
- مطلب اول: عدم اظهار نظر صریح مرحوم شیخ نسبت به مقدمه اول انسداد ۸۸
- مطلب دوم: تمامیت مقدمه اول انسداد نزد شیخ ۸۹
- ظن آور نبودن شهرت در مقام به دلیل اشکال در مستند مشهور ۹۰
- دلیل پنجم بر بطلان عقد صبی: روایات عدم جواز امر صبی ۹۰
- اشکال دلالی شیخ انصاری: عدم جواز امر صبی به معنای عدم استقلال ۹۱
- استشهاد مرحوم شیخ به فقره «إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهَا» ۹۱
- پاسخ آقای خمینی: صحت استثناء «الصَّبِيَّ لَا يَجُوزُ أَمْرُهُ إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهِ» ۹۱
- توضیح پاسخ با ذکر دو نکته ۹۲
- نکته اول: ظهور استثناء در اتصال ۹۲
- نکته دوم: امارت «استعمال بدون تأویل لغت» بر حقیقت ۹۲
- نتیجه: جواز امر صبی به معنای صحت کار او نه استقلال وی ۹۳
- اشکالات پاسخ آقای خمینی ۹۳
- اشکال اول: ظهور «جاز امر» در استقلال تصرف ۹۳
- اشکال دوم: مؤکد بودن عبارت «إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ» ۹۴
- اشکال برخی از محشین مکاسب بر استدلال به این روایات ۹۵
- دلیل ششم بر بطلان عقد صبی: حدیث «عَمَدُ الصَّبِيِّ وَخَطَاؤُهُ وَاحِدٌ» ۹۶
- کلام شیخ انصاری ۹۶

مطلب اول: دلالت حدیث بر یکسانی حکم انشاء عقد عمدی صبی با سهوی بالغین ۹۶

مطلب دوم: مثبتین بودن روایات مذتیل به «تحمله العاقلة» و روایات غیر مذتیل ۹۷

۹۷ بررسی اشکالات کلام شیخ انصاری

۹۷ اشکال اول: نبود مقتضی برای اطلاق روایت نسبت به غیر باب جنایات

۹۸ مقدمه اول: لزوم اثر دار بودن منزل علیه در تنزیل ایجابی

۹۹ مقدمه دوم: ظهور «عمد الصبی خطأ» در تنزیل ایجابی

۹۹ مقدمه سوم: وجود اثر در جنایات خطائی بالغین نه عقود و ایقاعات

۹۹ مقدمه چهارم: عدم شمول حدیث نسبت به موجبات سهو در نماز و صید حال احرام

۱۰۰ نتیجه مقدمات: عدم مقتضی اطلاق حدیث نسبت به غیر باب جنایات

۱۰۱ پاسخ اول: اثر بودن احکام عدمی مثل بطلان عقد خطائی بالغین

۱۰۱ تفاوت بیان آقای خمینی با پاسخ اول

پاسخ دوم: عدم ترجیح «تقیید حدیث به جنایات» بر «تقیید حدیث رفع قلم به احکام

۱۰۲ تکلیفی»

۱۰۳ اشکال دوم (وجود مانع): تأسیس فقه جدید با فرض اطلاق حدیث

۱۰۳ تأیید اشکال دوم

۱۰۳ اشکال سوم: خروج معاملات از موضوع روایت

۱۰۴ پاسخ اشکال سوم

۱۰۴ پاسخ اول: امکان تطبیق حدیث بر امر غیر قصدی مانند الفاظ معامله

۱۰۵ پاسخ دوم: امکان تصویر خطا در امور قصدی

۱۰۵ اشکال چهارم: اختصاص روایات به باب جنایات

پاسخ اشکال چهارم: ظهور «خطا» در خطای اعم نه مصطلح فقهی (خطای اخص) ۱۰۶

۱۰۷ اشکال پنجم: عدم شمول روایت نسبت به غیر باب جنایات بالحاظ احتمال تقطیع

۱۰۸ دلیل هفتم بر بطلان عقد صبی: روایت ابوالبحتری

۱۰۸ کلام شیخ انصاری

- مقدمه اول: تصویر ارتباط «و قد رفع عنهما القلم» با «عمد الصبی و خطاه واحد» ۱۰۸
- تصویر اول: علت بودن رفع قلم برای ثبوت دیه بر عاقله ۱۰۸
- تصویر دوم: معلول بودن رفع قلم برای «عمدهما خطاً» ۱۰۸
- مقدمه دوم: اعم بودن رفع قلم نسبت به عقوبات دنیایی طبق هر دو تصویر ۱۰۹
- نتیجه: اطلاق رفع قلم نسبت به همه الزامات صبی مثل عقد او ۱۰۹
- بررسی اشکالات بر کلام شیخ انصاری ۱۰۹
- اشکال اول: بطلان رفع قلم نسبت به ضمان اتلافات صبی ۱۰۹
- پاسخ اول: عدم ورود اشکال طبق تصویر معلول بودن رفع قلم ۱۰۹
- پاسخ دوم: منافات امتنانی بودن رفع القلم با عدم ضمان صبی ۱۱۰
- اشکال پاسخ دوم: امتنانی نبودن حدیث رفع قلم بر خلاف حدیث رفع ۱۱۱
- اشکال دوم: عدم علت رفع قلم برای ثبوت دیه بر عاقله ۱۱۱
- پاسخ: امکان علت به واسطه نفی قصاص و دیه ۱۱۱
- اشکال سوم: احتمال استقلال «و قد رفع عنهما القلم» از «عمدهما خطاً» ۱۱۲
- اشکال چهارم: عقوبت نبودن الزام صبی بر وفای به عقدش ۱۱۳
- اشکال پنجم: عدم ظهور رفع قلم در عموم بالحاظ عدم اطلاق در صدر روایت ۱۱۳
- اشکال ششم: دخالت عدم حرمت تکلیفی - نه خطائی بودن عمل - در عدم ثبوت دیه ۱۱۴
- مقدمه اول: وابستگی فعلیت برخی احکام وضعی به فعلیت احکام تکلیفی ۱۱۴
- مقدمه دوم: مشروط بودن فعلیت قصاص و دیه بر مکلف بودن جانی نه عمد او ۱۱۵
- نتیجه: قرینه نبودن تقارن «عمدهما خطاً» و «قد رفع عنهما القلم» بر رفع عقوبات دنیوی ۱۱۵
- پاسخ اشکال ششم: دخالت نداشتن رفع حرمت در ثبوت دیه بر عاقله و شواهد فقهی آن ۱۱۵
- شاهد اول: جواز قتل عمدی نفس محترمه برای دفاع از کشور اسلامی و ثبوت دیه بر

- بیت المال ۱۱۵
- شاهد دوم: حکم سهوی مفتی به قتل نفس و مسئول نبودن عاقله ۱۱۶
- نظر مختار دربارهٔ روایت ابی البختری ۱۱۶
- کلام آقای خمینی دربارهٔ جمع بین روایات معاملات صبی و دفع اموالش به او ۱۱۸
- طوائف اخبار ناظر به آیه ابتلاء ۱۱۹
- دستهٔ اول: اعتبار بلوغ ۱۱۹
- صحیحۀ حمران ۱۱۹
- دستهٔ دوم: اعتبار رشد ۱۱۹
- روایت اصبع بن نباته ۱۱۹
- دستهٔ سوم: اعتبار یکی از بلوغ و رشد ۱۲۰
- صحیحۀ عیص ۱۲۰
- دستهٔ چهارم: اعتبار بلوغ و رشد با هم ۱۲۰
- صحیحۀ هشام ۱۲۱
- صحیحۀ ابی بصیر ۱۲۱
- حمل دستهٔ اول و دوم بر دستهٔ سوم و چهارم با حمل مطلق بر مقید ۱۲۱
- حمل دستهٔ سوم بر چهارم به دلیل صراحت دستهٔ چهارم ۱۲۱
- ترجیح دستهٔ چهارم بر سوم به دلیل موافقت کتاب ۱۲۲
- بررسی کلام آقای خمینی ۱۲۲
- اشکال اول: قرینیت دستهٔ سوم بر مثالیت بلوغ و رشد در دو دستهٔ اول ۱۲۲
- پاسخ: تقیید منطوق دو دستهٔ اول با دستهٔ سوم ۱۲۳
- اشکال دوم: نظارت دستهٔ اول و دوم به شرطیت بلوغ و رشد نه کفایت هر یک ۱۲۳
- اشکال سوم: مناقشه در معنای «اذا زُوجت» ۱۲۵



- ۱۲۵ مطلب اول: غیر عرفی بودن استعمال کنایی تزویج در معنای بلوغ
- ۱۲۵ مطلب دوم: بیان ولایت شوهر بر زن - نه کنایه از بلوغ - با تعبیر «اذا زوّجت»
- ۱۲۵ مطلب سوم: امکان استعمال «اذا زوّجت» به عنوان اماره رشد
- ۱۲۶ جمع بین روایات دسته اول و دوم بر اساس مسئله اصولی تعدّد شرط و اتحاد جزاء
- ۱۲۶ جمع اول: جمع به نحو «واو» (تقیید منطوق‌ها)
- ۱۲۶ جمع دوم: جمع به نحو «أو» (احد الامرین)
- ۱۲۷ تقریب اول: (تقیید مفهوم هر یک با منطوق دیگری)
- ۱۲۷ انشکال تقریب اول: عدم امکان تقیید مفهوم بدون تقیید منطوق
- ۱۲۷ تقریب دوم: تقیید «ظهور سکوتی منطوق در انحصار شرط» یا جمله شرطیه دیگر
- تقریب سوم (مختار): نبود مفهوم شرط با رفع انحصار شرط توسط جمله شرطیه دیگر
- ۱۲۷
- ۱۲۸ نظر مختار در جمع بین طوائف چهارگانه: اعتبار بلوغ و رشد با هم
- ۱۲۹ ادله صحت عقد صبی با اذن ولی یا توکیل دیگری
- ۱۲۹ اطلاعات و عمومات صحت عقود
- ۱۲۹ دلیل خاص: روایت تزویج ام سلمه
- ۱۳۰ بررسی سندی
- ۱۳۱ بررسی وثاقت سلمه بن الخطاب
- کلام آقای خوئی: تعارض تضعیف ابن غضائری و نجاشی با توثیق روات کامل الزیارات
- ۱۳۱
- ۱۳۱ اشکالات کلام آقای خوئی
- ۱۳۱ اشکال اول: اجتهادی بودن تضعیفات ابن غضائری
- ۱۳۱ اشکال دوم: صراحت نداشتن تعبیر نجاشی (ضعیف فی حدیثه) در عدم وثاقت
- ۱۳۲ اشکال سوم: کافی نبودن وقوع در اسناد کامل الزیارات برای توثیق
- ۱۳۲ ادله مختار در توثیق سلمه بن الخطاب

- دلیل اول: اکتار اجلاء از سلمة ۱۳۲
- دلیل دوم: نقل روایت سلمه در نوادر الحکمة و استثناء نشدن او توسط ابن ولید ۱۳۲
- بررسی ابراهیم بن ابی یحیی ۱۳۲
- کلام آقای خونی: وثاقت ابراهیم به دلیل وقوع در اسناد کامل الزیارات ۱۳۳
- ادله مختار در توثیق ابراهیم بن ابی یحیی ۱۳۳
- دلیل اول: دلالت کلام نجاشی و شیخ طوسی بر وثاقت ۱۳۳
- اشکال: امکان حمل کلام نجاشی و شیخ بر اعتبار نداشتن تضعیف عامه ۱۳۳
- پاسخ: مخفی نبودن ضعف افراد مشهور مانند ابراهیم ۱۳۳
- دلیل دوم: توثیق ابراهیم توسط شافعی ۱۳۴
- مخالفت مرحوم سید با مشهور در دو مورد ۱۳۵
- مورد اول: وکالت صبی در اجرای صیغه ۱۳۵
- مورد دوم: عقد صبی برای خود با اذن یا اجازه ولی یا اجازه خودش بعد از بلوغ ۱۳۵
- نظر مختار در عقد صبی ۱۳۶
- شرط دوم (عقل) و بررسی حکم عقد مست ۱۳۶
- مطلب اول: ادعای تسلّم در بطلان عقد مرد در حال مستی بر خلاف زن مست ۱۳۷
- مناقشه در مطلب اول ۱۳۷
- مناقشه اول: عدم تفصیل بین مرد و زن در کلمات سابقین ۱۳۷
- مناقشه دوم: مخالفت تفصیل با مذاق شارع (واگذاری امور تعقلی به مردها) ۱۳۹
- مطلب دوم: بررسی دلیل صحت عقد مست (صحیحه ابن بزيع) ۱۴۰
- صحت سندی روایت طبق هر دو نقل فقیه و تهذیب ۱۴۱
- ادعای اعراض اصحاب از روایت در کلام شهید ثانی و صاحب ریاض ۱۴۳
- پاسخ از اعراض اصحاب با ذکر قائلین به صحت عقد سکران ۱۴۳

- ۱۴۵ بررسی اجمالی مدلول روایت
- ۱۴۶ موضوع روایت به نظر آقای خوئی: مست لایعقل
- ۱۴۶ اشکالات کلام آقای خوئی
- ۱۴۶ اشکال اول: موضوع نبودن مست لایعقل در اقوال فقهاء
- ۱۴۶ اشکال دوم: بی اثر بودن انشاء مست لایعقل و ممکن نبودن تصحیح آن با اجازه لاحق ۱۴۶
- ۱۴۷ اشکال سوم: انصراف «عقد سگری» از «عقد مست لایعقل»
- ۱۴۸ بررسی اشکالات دلالی روایت
- ۱۴۸ اشکال اول: مخالفت روایت با اصول قطعیه
- ۱۴۹ پاسخ اشکال اول
- ۱۴۹ توجیه اول: حمل سکر بر عدم زوال عقل
- ۱۴۹ اشکال: عدم نیاز به اجازه لاحق در فرض عدم زوال عقل
- ۱۵۰ توجیه دوم: حمل سکر بر عقل غیر مستقر
- ۱۵۱ توجیه سوم: حمل سکر بر سفاهت مقطعی
- ۱۵۱ توجیه چهارم: حمل روایت بر عقد فضولی
- ۱۵۲ توجیه پنجم: حمل روایت بر بیان حکم ظاهری
- ۱۵۳ اشکال: منافات تعبیر «فهو رضا منها» با ظاهری بودن حکم به صحت عقد ۱۵۳
- ۱۵۳ اشکال دوم: عدم تأثیر رضایت بعد از ردّ
- ۱۵۳ پاسخ اشکال دوم
- ۱۵۳ پاسخ اول (کبروی): اختصاص اجماع بر «عدم تأثیر رضای بعد انکار» به باب فضولی
- ۱۵۴ پاسخ دوم (صغروی): وجود احتمالات دیگر درباره انکار مذکور در روایت ۱۵۴
- ۱۵۴ احتمال اول (صاحب جواهر): انکار به معنای وحشت کردن
- ۱۵۴ اشکال: خلاف ظاهر بودن معنای «وحشت کردن» برای انکار
- ۱۵۴ احتمال دوم: نفی اصل تحقق عقد
- ۱۵۵ احتمال سوم: نفی وقوع عقد صحیح

- ۱۵۵ احتمال چهارم: انکار به معنای عدم اطلاع
- ۱۵۶ بعید بودن احتمال چهارم به دلیل دخیل نبودن اطلاع از عقد در سؤال سائل
- ۱۵۶ اشکال سوم: بی اثر بودن رضایت ناشی از جهل
- ۱۵۷ پاسخ‌های اشکال سوم و بررسی آن
- ۱۵۷ پاسخ اول: فرض نشدن «ظننت أنه يلزمها...» در کلام امام علیه السلام
- ۱۵۷ اشکال: ممنوعیت اخراج مورد روایت از کلام امام علیه السلام
- ۱۵۷ پاسخ دوم: بی تأثیر بودن تخلف از داعی در فرض رضایت فعلی
- ۱۵۸ اشکال: دلالت صحیحه ابی ولاد بر بی اعتباری رضایت ناشی از جهل
- ۱۵۹ دفاع از پاسخ دوم با بررسی فرق‌های صحیحه ابن بزیع و ابی ولاد
- ۱۵۹ فرق اول: تفاوت در رضایت به فعل غیر و رضایت به فعل خود
- ۱۵۹ فرق دوم: احتمال صوری بودن رضایت مذکور در صحیحه ابی ولاد
- ۱۵۹ فرق سوم: تفاوت موضوع صحیحه ابی ولاد و موضوع صحیحه ابن بزیع
- ۱۶۰ فرق چهارم: تفاوت رضایت واقعی ثانوی و رضایت ناشی از جهل به حکم
- ۱۶۱ فرق پنجم: تفاوت در وجود رضایت در اعماق نفس و عدم وجود آن
- ۱۶۲ دوران امر بین قاعده و نصّ
- ۱۶۲ نظر شهید ثانی: اولویت ترجیح قواعد بر نصّ مخالف قاعده
- ۱۶۳ اشکال: لزوم تخصیص قواعد با نصوص
- ۱۶۴ تأیید اشکال با شاهی از فتوای شهید ثانی در ارث
- ۱۶۴ نظر مختار درباره روایت ابن بزیع
- ۱۶۴ مطلب اول: حمل روایت بر سکر خفیف و انصراف از دو فرض هذیان و نشو
- ۱۶۵ انصراف عبارت نهاییه شیخ طوسی از فرض هذیان
- ۱۶۶ مقتضای قواعد اولیه: عدم نیاز به اجازه لاحق در فرض سکر خفیف
- ۱۶۷ الحاق حکمی سکر خفیف به سَفَه در روایت ابن بزیع
- ۱۶۸ مطلب دوم: عدم فرق بین مرد مست و زن مست

- ۱۶۹ شرط سوم و چهارم (رشد و عدم اکراه)
- ۱۷۱ بررسی حکم عقد مکره برای دیگران
- ۱۷۱ کلام آقای خوئی: صحت عقد و عدم جریان حدیث رفع نسبت به غیر مکره
- ۱۷۱ کلام آقای حکیم: خلاف امتنان بودن رفع صحت
- ۱۷۲ اشکال بر کلام آقای حکیم و آقای خوئی
- ۱۷۲ نظر مختار: نفوذ عقد مکره برای دیگران
- ۱۷۳ بررسی عقد مکره برای خود
- ۱۷۳ نسبت صحت تأهلیه عقد مکره به مشهور در کلام شیخ انصاری و آقای خوئی
- ۱۷۳ بررسی اشکالات صحت عقد مکره
- ۱۷۳ اشکال اول: عدم دلیل بر دخول عقد اجازه شده مکره تحت «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»
- ۱۷۴ پاسخ: شمول اطلاعات نفوذ عقود به دلیل قاز بودن عقود
- ۱۷۴ اشکال دوم: بطلان بیع به دلیل اعتبار تقارن رضایت با بیع
- ۱۷۵ پاسخ‌های آقای خوئی به اشکال دوم
- ۱۷۵ پاسخ اول: صدق «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» بر بیع ملحق به رضایت
- ۱۷۵ پاسخ دوم: باطل نبودن تجارت مکره با اجازه لاحق در نظر عرف
- پاسخ سوم: ترجیح رفع ید از «اطلاق احوالی ادله بطلان» بر «تخصیص عموم افرادی ادله صحت به غیر مکره»
- ۱۷۷ پاسخ چهارم: صحت عقد مکره ملحق به اجازه بنا بر مسلک کشف
- ۱۷۷ اشکال بر پاسخ‌های آقای خوئی
- ۱۷۷ اشکال اول: وجود مقتضی صحت در بیع مکره ملحق به اجازه
- ۱۷۸ پاسخ: تقیید سایر عموماًت بیع به آیه تجارت
- ۱۷۸ اشکال پاسخ: منفصل بودن استثنای متصل آیه تجارت برای سایر عموماًت
- ۱۷۹ اشکال دوم: اراده باطل و صحیح واقعی در آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ»

- اشکال سوم: عدم ارتباط امتنانی بودن حدیث رفع با شمول ادله صحت نسبت به عقد مکره ۱۸۰
- وجه ترجیح عموم بر اطلاق در کلام مرحوم شیخ: معلق بودن ظهور اطلاق بر عدم بیان ۱۸۱
- اشکال: تنجیزی بودن ظهور اطلاق نسبت به دلیل منفصل ۱۸۱
- عدم ارتباط مسئله «تقدیم عموم بر اطلاق» به مقام ۱۸۲
- اشکال چهارم: اشکالات بر پاسخ چهارم آقای خوئی ۱۸۲
- اشکال اول: ظهور آیه تجارت در اعتبار تقارن رضایت با عقد ۱۸۳
- اشکال دوم: تنافی شرط متأخر بودن رضایت با مبنای رفع جمیع آثار در حدیث رفع ۱۸۳
- تحقیق در مقام: اشتراط وجود اکراه حدوداً و بقاء در بطلان عقد مکره ۱۸۳
- مطلب اول: تصاویر سه گانه عناوین ادله احکام ۱۸۳
- تصویر اول (عنوان مشیر): دخالت نداشتن عنوان در ثبوت حکم ۱۸۳
- تصویر دوم: دخالت مجرد حدوث عنوان در ثبوت مستمر حکم ۱۸۴
- تصویر سوم: دخالت حدوث و بقاء عنوان در ثبوت حکم ۱۸۵
- مطلب دوم: تطبیق تصویر سوم بر عقد مکره ۱۸۵
- اشکال بر مطلب دوم: ملازمه تطبیق فوق با بطلان عقد به مجرد نارضایتی لاحق ۱۸۶
- پاسخ: بنای عقلا بر عدم بطلان عقد به مجرد نارضایتی لاحق ۱۸۶
- نتیجه: صحت عقد مکره ملحق به رضایت ۱۸۶
- معتبر نبودن ذکوریت در عاقد ۱۸۷
- اعتبار بقاء صلاحیت متعاقدين تا اتمام صیغه عقد ۱۸۷
- فروض مسئله در کلام آقای خوئی ۱۸۸
- فرض اول: صلاحیت قابل حین قبول نه ایجاب ۱۸۸

- ۱۸۸ فرض دوم: زوال صلاحیت موجب حین قبول
- ۱۸۸ فرض سوم: عدم صلاحیت یکی از طرفین بین ایجاب و قبول
- ۱۸۸ توسعه در فروض مسئله با توجه به فرض تقدم قبول بر ایجاب
- ۱۸۹ ادله پنج گانه مسئله
- ۱۸۹ دلیل اول: اجماع در برخی صور مسئله
- ۱۸۹ بررسی انتساب «بطلان قبول حین خواب موجب» به تذکره
- ۱۹۰ اشکال دلیل اول: نبود اجماع در مسئله و عدم حجیت آن
- ۱۹۱ دلیل دوم: اعتبار استمرار قصد و رضایت موجب
- ۱۹۲ اشکال: فقدان دلیل بر لزوم قصد و رضایت در تمام مدت عقد
- ۱۹۲ دلیل سوم: تشبیه ایجاب بدون قبول به عقود جائزه
- ۱۹۲ مقدمه اول: امکان فسخ ایجاب توسط موجب قبل از قبول قابل (تشبیه به عقد جائز) ۱۹۲
- ۱۹۳ مقدمه دوم: بطلان عقد جائز با اغماء و جنون
- ۱۹۳ اشکال دلیل سوم
- ۱۹۳ اشکال مقدمه اول: بطلان قیاس مقام با عقود جائزه
- ۱۹۳ اشکال مقدمه دوم: ثابت نبودن بطلان عقود جائز با اغماء و جنون
- ۱۹۴ دلیل چهارم: عدم صدق معاقد
- ۱۹۴ کلام آقای حکیم: اعتبار صلاحیت مخاطب و مضر نبودن حجر
- ۱۹۴ اشکال اول: خروج موارد صحیح تأقلی از محل بحث
- اشکال دوم: عدم صحت فعلیه در فرض محجوریت عاقد اول قبل از اتمام رکن دوم
- ۱۹۵ عقد
- ۱۹۶ کلام آقای خونی
- مطلب اول: صدق معاقد در فرض حدوث صلاحیت قابل هنگام تحقق رکن دوم

- توسط وی ۱۹۶
مطلب دوم: عدم صدق معاقدۀ در فرض تحقق رکن دوم در زمان زوال صلاحیت
خطاب نفر اول ۱۹۶
مطلب سوم: نفوذ عقد در فرض زوال موقت صلاحیت بین ایجاب و قبول به دلیل
بنای عقلاء ۱۹۷
نقد کلام آقای خوئی: نفوذ عقد در فرض مطلب دوم به دلیل بنای عقلاء ۱۹۷
دلیل پنجم: انصراف ادله صحت عقود از مقام و جریان اصل فساد ۱۹۸
اشکال: حجت نبودن انصراف بدوی ۱۹۸
نظر مختار: اختصاص بطلان عقد به فرض زوال طولانی عقل ۱۹۹

بخش دهم

بررسی اعتبار تعیین ثبوتی و اثباتی زوجین در عقد

- بررسی اعتبار تعیین ثبوتی و اثباتی زوجین در عقد ۲۰۳
توضیح اجمالی عبارت عروه ۲۰۳
فرع اول: بطلان عقد در فرض تعیین کلی زوجین ۲۰۵
بررسی وجوه بطلان عقد ۲۰۵
وجه اول: اجماع ۲۰۵
اشکال: عدم تحقق اجماع و عدم حجیت آن در مسائل فرعی نادر ۲۰۵
وجه دوم: قیاس نکاح با سایر عقود در اشتراط تعیین ۲۰۶

- اشکال: جواز بیع و اجاره کلی و نبود دلیل بر اعتبار کلی نبودن عوضین یا طرفین ۲۰۶
- وجه سوم: عدم امکان استمتاع از زوجه کلی ۲۰۷
- اشکال اول: امکان استمتاع فعلی بعد از تسلیم فرد از کلی ۲۰۷
- اشکال دوم: شرط نبودن امکان استمتاع فعلی در صحت تأهل ۲۰۸
- وجه چهارم: عدم تحقق زوجیت در نزد عقلاء بدون معین بودن طرفین ۲۰۸
- اشکالات وجه چهارم ۲۰۹
- اشکال اول: نبود ارتکاز بر بطلان عقد کلی ۲۰۹
- اشکال دوم: خلاف عرف نبودن بقاء زوجیت با همسر میت و ازدواج با جن ۲۰۹
- وجه پنجم: شامل نشدن ادله صحت عقد نکاح نسبت به عقد کلی ۲۱۰
- اشکال اول: دلالت نداشتن ادله «صحت نکاح در فرض تعیین» بر اشتراط تعیین ۲۱۱
- اشکال دوم: تنافی نداشتن انحلالی بودن مورد آیات با کلی بودن مورد عقد ۲۱۱
- نظر مختار: بطلان عقد به دلیل احراز نشدن بنای عقلاء و رجوع به اصل فساد ۲۱۲
- فرع دوم: بطلان عقد در فرض عدم اتحاد مقصود متعاقدين در فرد مورد نظر ۲۱۲
- فرع سوم: بطلان عقد در فرض اتحاد اتفاقی فرد مورد نظر متعاقدين ۲۱۳
- فرع چهارم: احتیاط استحبابی بطلان عقد در فرض اتحاد فرد مورد نظر در قرار قبلی ۲۱۳
- اشکال بر فرع چهارم ۲۱۳
- اشکال اول: وجیه نبودن احتیاط استحبابی به دلیل تحقق عقد بر اساس قرار قبلی ۲۱۳
- پاسخ: عدم جزم به اتحاد مقصود طرفین به دلیل احتمال انصراف متعاقدين از قرار قبلی ۲۱۳
- اشکال دوم: نامعقول بودن عدم قرینه با فرض وجود قرار قبلی ۲۱۴
- پاسخ اول: معقول بودن عدم قرینه نزد سایرین و وجود قرینه نزد متعاقدين ۲۱۴

- ۲۱۵ پاسخ دوم: معقول بودن «عدم قرینه در عقد» نزد متعاقدين
- ۲۱۵ صور مختلف در فرع سوم و چهارم
- ۲۱۵ صورت اول: انشاء با لفظ مطلق
- ۲۱۵ الف. بطلان عقد در صورت اراده استعمالی جامع با لفظ مطلق
- ۲۱۵ ب. صحت عقد در صورت اراده استعمالی فرد معین با لفظ مطلق
- ۲۱۶ فرض اول: علم طرفین به تطابق مراد استعمالی یکدیگر
- ۲۱۶ فرض دوم: جهل طرفین به مراد استعمالی یکدیگر
- ۲۱۶ عدم دخالت معاهده قبل عقد در تصحیح فروض مسئله
- ۲۱۷ صورت دوم: انشاء با عنوان جزئی
- ۲۱۷ فرض اول: علم طرفین به تطابق مراد استعمالی یکدیگر
- ۲۱۸ فرض دوم: جهل طرفین به مراد استعمالی یکدیگر
- ۲۲۰ کلام آقای خونی: لزوم احراز توافق در مقصود در صدق عقد
- ۲۲۰ اشکال اول: عدم اعتبار علم متعاقدين حين عقد به تطابق مقصود
- ۲۲۰ اشکال دوم: توقف نداشتن صدق نکاح بر صدق عقد
- ۲۲۲ نتیجه: کفایت تعیین ثبوتی و تعیین در مراد استعمالی
- ۲۲۲ بررسی کفایت تمییز واقعی زوجین در فرض عدم امکان تمییز بعد از عقد
- ۲۲۳ وجه صحت عقد: اطلاعات نکاح
- ۲۲۳ وجه بطلان در جواهر: اصاله الفساد در معاملات
- ۲۲۳ اشکال مستمسک: تقدم اطلاق لفظی بر اصل فساد
- ۲۲۳ پاسخ مرحوم سید: انصراف اطلاعات ادله نکاح از فرض عدم امکان تمییز زوجین



- ۲۲۴ نظر مختار: بطلان عقد در فرض التباس حين عقد بدون امکان رفع آن
- ۲۲۴ اختلاف «اسم یا وصف» با «اشاره» در تعیین زوجین در صیغه عقد
- ۲۲۵ تاریخچه بحث
- ۲۲۵ معیار در تعیین مقصود واقعی متعاقدين
- ۲۲۵ معیار اول: تقدیم در ذکر
- ۲۲۷ اشکال معیار اول: ترجیح نداشتن اصل عدم خطا در صدر کلام بر ذیل
- ۲۲۸ معیار دوم (نظر شیخ طوسی): تقدیم صفات ثابت بر غیر ثابت
- ۲۲۹ وجه تردید علامه در مستمسک: تردید در وحدت یا تعدّد مطلوب بودن قید
- ۲۲۹ اشکال بر مستمسک: تفاوت مقام با بحث وحدت و تعدّد مطلوب
- ۲۳۰ اشکال معیار دوم: تفاوت نداشتن عناوین ثابت و غیر ثابت در امکان اشتباه
- ۲۳۰ نتیجه: قرعه در صورت نبود قرائن عرفی
- ۲۳۱ حکم تخلف در اوصاف ذکر شده برای زوجین
- ۲۳۱ کلام آقای حکیم: ارتکاز عرفی بر تعدّد مطلوب و ثبوت خیار فسخ در غیر نکاح
- ۲۳۱ اشکالات کلام آقای حکیم
- ۲۳۱ اشکال اول: نبود ارتکاز بر تعدّد مطلوب
- ۲۳۲ اشکال دوم: عدم انضباط مطلوب تبعی در فرض تعدّد مطلوب
- ۲۳۲ اشکال سوم: نبود دلیل بر حق فسخ در صورت تعدّد مطلوب
- ۲۳۲ کلام آقای خوئی: حق فسخ در فرض تعدّد مطلوب به دلیل مشروط کردن «التزام به عقد» به «وجود شرط»
- ۲۳۳ اشکال: نبود ارتکاز بر مشروط بودن التزام به عقد به وجود شرط

- ۲۳۳ اختلاف در اصل تعیین زوجین
- ۲۳۴ نظر مرحوم سید: تقدیم قول مدعی صحت
- ۲۳۴ اشکال اول: جاری نشدن اصاله الصحه در موارد شک در مقومات عقد
- ۲۳۴ اشکال دوم: عدم حجیت مثبتات اصاله الصحه
- ۲۳۵ پاسخ اشکالات
- ۲۳۵ پاسخ اول: جریان اصل صحت به لحاظ ترتب آثار جامع عقد
- ۲۳۶ پاسخ دوم: جریان اصل صحت درباره فرد معین شده نظیر بیع مکروه
- ۲۳۸ حکم به تحالف در صورت اختلاف در فرد تعیین شده در عقد
- ۲۳۹ فرج: حکم نزاع بین زوج و پدر دختران در فرض تعیین در ضمیر پدر نه در خارج
- ۲۴۰ بررسی صحیحه ابی عبیده حذاء
- ۲۴۰ نظر مرحوم سید: خلاف قاعده بودن روایت بودن و اعراض مشهور از آن
- ۲۴۰ دو احتمال در عبارت عروه (مع امکان حملها علی بعض المحامل)
- ۲۴۲ عدم اعراض مشهور از روایت ابی عبیده
- ۲۴۶ منحصر نبودن مورد روایت در «تداعی» با تبیین معانی محتمل روایت
- ۲۴۶ احتمال اول: توافق تفصیلی در معقود علیها قبل از عقد و اختلاف در بعد از عقد
- ۲۴۶ احتمال دوم: اختلاف در متعلق ایجاب و قبول
- ۲۴۷ بررسی احتمال دوم با بیان اشکالات وارد بر مطالب آقای خوئی
- ۲۴۷ مطلب اول: تعین احتمال دوم در روایت ابی عبیده
- ۲۴۷ اشکال اول: وجیه نبودن تفصیل بین دیدن دخترها توسط زوج و ندیدن او
- ۲۴۸ بررسی جریان اصل صحت در احتمال دوم
- ۲۴۹ اشکال دوم: مطابق نبودن مورد روایت با احتمال دوم
- ۲۴۹ مطلب دوم: اختصاص کلام فقهاء به احتمال دوم
- ۲۵۰ اشکال: مطرح نشدن احتمال دوم در کلام فقهاء با بیان شواهد آن

- شاهد اول: مفروغ بودن تحقق عقد نزد طرفین در عبارات فقهاء ۲۵۰
- شاهد دوم: مناقشه ابن ادریس به روایت از حیث «اعتبار اشاره یا وصف در معقوده» ۲۵۱
- نه عدم تطابق ایجاب و قبول ۲۵۱
- شاهد سوم: خلاف ظاهر بودن احتمال دوم در صحیحہ ابی عبیده ۲۵۱
- احتمال سوم: توافق اجمالی زوج با نیت پدر زوجه و نزاع پس از عقد در منوی ۲۵۱
- اشکال: عدم فرق بین دیدن و عدم دیدن دخترها توسط زوج ۲۵۲
- احتمال چهارم: کشف «رؤیت دخترها و سکوت زوج» از «رضایت زوج به تعیین پدر» ۲۵۲
- تبیین تطابق احتمال چهارم با قواعد کلی فقه ۲۵۲
- بررسی اشکالات احتمال چهارم ۲۵۳
- اشکال اول: عدم ملازمه «رؤیت دخترها» با تفویض عقد به پدر دخترها ۲۵۳
- پاسخ: امارت عرفی سکوت بر تفویض در صورت رؤیت ۲۵۵
- اشکال دوم: تردید در نفوذ عمل وکیل ظاهری در فرض عدم توکیل واقعی ۲۵۵
- احتمال پنجم: مفروغ بودن توکیل در روایت و اعتبار رؤیت به دلیل تقلیل جهل زوج ۲۵۷
- نتیجہ بررسی کلام مرحوم سید ۲۵۷
- مطلب اول: منحصر نبودن معنای روایت در فرض تداعی ۲۵۷
- مطلب دوم: عدم اعراض مشهور از روایت ابی عبیده ۲۵۸
- مطلب سوم: یافت نشدن فتوای منطق با روایت ابی عبیده در فرض تداعی ۲۵۸
- اشکال دلالی ابن ادریس: اعتبار تسمیه یا اشاره یا وصف در تعیین زوجه ۲۵۸
- پاسخ کاشف اللثام: عدم اشتراط تمییز اثباتی و کفایت تعیین ثبوتی ۲۵۹
- اشکال صاحب جواهر بر کاشف اللثام: ضرورت اشتراط تمییز یا اسم یا وصف یا اشاره ۲۶۰
- تأیید کاشف اللثام ۲۶۰
- نظر مختار: لزوم عمل به مفاد روایت ابی عبیده ۲۶۱

بخش یازدهم

بررسی صحت ازدواج با حمل و معامله با آن

۲۶۵	بررسی صحت ازدواج با حمل
۲۶۵	توضیح اجمالی عبارت عروه
۲۶۶	بررسی ادله بطلان
۲۶۶	دلیل اول: اجماع
۲۶۶	اشکال دلیل اول
۲۶۶	مطلب اول: مطرح نشدن مسئله بین عمده قداماء امامیه
۲۶۷	مطلب دوم: عدم کشف تقریر معصوم از فتوای عامه در مسائل غیر عام البلوی
۲۶۷	دلیل دوم: انصراف ادله نکاح از حمل
۲۶۸	اشکال اول: عدم صدق «نکاح» بر نکاح حمل
۲۶۸	پاسخ: قبول انصراف ادله نکاح در اشکال اول
۲۶۸	اشکال دوم: مرز عرفی نبودن لحظه ولادت برای انصراف
۲۶۹	پاسخ: مرز عرفی بودن اوایل طفولیت و اختصاص تخطئه شارع نسبت به بعد از ولادت
۲۶۹	دلیل سوم: عدم صدق «عناوین ادله نکاح» بر «حمل»
۲۷۱	اشکال: شمول برخی از عناوین نسبت به حمل
۲۷۱	دلیل چهارم: قصور ادله ولایت ولی در نکاح حمل
۲۷۲	اشکال: قاصر نبودن ادله ولایت ولی در نکاح حمل با انکار انصراف ادله نکاح

- ۲۷۲ نظر مختار: بطلان نکاح حمل به دلیل عدم اعتبار عقلانی آن
- ۲۷۳ **بررسی معامله با حمل**
- ۲۷۳ کلام مرحوم سید: بطلان بیع با حمل به دلیل انصراف ادله بیع
- ۲۷۳ اشکال نقضی آقای حکیم: صحت معامله بر ارث حمل در برخی فروض
- ۲۷۴ نقد کلام آقای حکیم با بررسی احتمالات ارث حمل
- ۲۷۴ احتمال اول: ارث نبردن حمل به دلیل عدم صدق «ولد» بر حمل
- ۲۷۴ احتمال دوم: انصاف حمل به مالکیت پس از ولادت به صورت زنده
- ۲۷۵ احتمال سوم: انصاف فعلی حمل به مالکیت مشروط به ولادت به صورت زنده
- ۲۷۵ احتمال چهارم: اشتراط استقرار ملکیت حمل به ولادت به صورت زنده
- ۲۷۵ بطلان اشکال نقضی مستمسک به دلیل وجود مبانی مختلف در ارث حمل
- ۲۷۶ نتیجه: امکان اثبات مالکیت حمل به دلیل اعتبار عقلانی آن

بخش دوازدهم

عدم اعتبار علم به اوصاف دخیل در مقدار مهر و رغبت طرفین

- ۲۷۹ عدم اعتبار علم به اوصاف دخیل در مقدار مهر و رغبت طرفین
- ۲۷۹ عدم امکان تعدی از حکم غرر منهی در بیع به نکاح

- ۲۸۵ مسئله اول: اشتراط خيار در عقد نکاح
- ۲۸۵ وجوه بطلان اشتراط خيار در نکاح
- ۲۸۶ وجه اول: اجماع
- ۲۸۶ الف. اجماع خاصه
- ۲۸۶ کتب متضمن ادعای اجماع
- ۲۸۷ مبسوط، مهذب، سرائر، مسالك و كشف اللثام
- ۲۸۷ ظهور عبارت تذکره و جامع المقاصد در ادعای اجماع
- ۲۸۸ وجیه نبودن تردید محقق اردبیلی و محقق سبزواری در اجماعی بودن مسئله
- ۲۸۹ کلام آقای حکیم: انتساب بطلان شرط خيار به مشهور در حدائق
- ۲۸۹ اشکال بر آقای حکیم: انتساب بطلان نکاح (نه بطلان شرط) به مشهور در حدائق
- ۲۸۹ ب. اجماع عامه و کاشفیت آن در مقام
- ۲۹۰ وجه دوم: انحصار موارد جواز فسخ به عیوب خاص
- ۲۹۰ اشکال: نسبی بودن حصر در عیوب مجوز فسخ
- ۲۹۱ وجه سوم: مخالفت اشتراط خيار فسخ با دوام مستفاد از مقتضای عقد نکاح
- ۲۹۲ اشکال وجه سوم
- ۲۹۲ اشکال اول (نقضی): جواز اشتراط خيار در اجاره
- ۲۹۲ اشکال دوم: عدم تنافی قید لزوم (اشتراط خيار) با دوام نکاح
- ۲۹۴ اشکال سوم: مانعیت اشتراط خيار از عملکرد مقتضی نه ایجاد اقتضاء عدم

- ۲۹۵ وجه چهارم: حکم بودن لزوم عقد نکاح به دلیل بطلان تقایل در نکاح
- ۲۹۶ اشکال: اختصاص «اجماع بر بطلان تقایل» به فرض عدم اشتراط خيار
- ۲۹۷ کلام آقای نایینی: حق بودن لزوم در «أوفوا بالعقود» و حکم بودن آن در عناوین خاصه
- ۲۹۷ اشکال بر آقای نایینی
- ۲۹۷ اشکال اول: احتمال اراده عقد عالم ذر یا عقود مشروع در «أوفوا بالعقود»
- ۲۹۷ اشکال دوم: حقی نبودن همه موارد لزوم عقد ناشی از عناوین خاصه
- ۲۹۸ تحقیق در مقام با قطع نظر از اجماع: توقف جواز اشتراط خيار در عقود بر دو مقدمه
- ۲۹۸ مقدمه اول (شمول ادله لزوم شروط نسبت به هر شرطی) و بررسی آن
- ۲۹۹ نفی شمول ادله لزوم شروط با دو بیان
- ۲۹۹ بیان اول: اراده عقود و شروط شرعی از ادله لزوم
- ۲۹۹ بیان دوم: مهمل بودن عمومات
- ۳۰۱ پاسخ به نفی شمول ادله لزوم
- ۳۰۱ پاسخ نقضی: تمسک ائمه به عموم و اطلاق قرآن
- ۳۰۲ پاسخ حلی: تمسک ائمه به آیات از باب اطلاق مقامی
- ۳۰۳ مقدمه دوم (حقی بودن لزوم عقد) و بررسی آن
- ۳۰۵ بررسی حکم شک در حقی بودن لزوم عقد
- ۳۰۶ بررسی کلی حکم صور احتمال تخصیص عمومات
- ۳۰۶ صورت اول: اجمال مخصص
- ۳۰۶ نظر مختار در صورت اول: عدم جواز تمسک به عام مطلقاً
- ۳۰۷ صورت دوم: فقدان مخصص
- ۳۰۷ صورت سوم: تعارض مخصص با نص دیگر
- ۳۰۷ نظر مختار در صورت دوم و سوم: لزوم تمسک به عام
- ۳۰۸ صورت چهارم: شبهه مصداقته

- ۳۰۹ مقتضای ادله لفظی در موارد شک
- ۳۰۹ الف. شبهه مفهومی مخصص
- ۳۰۹ ب. شبهه مصداقی مخصص
- ۳۱۵ مقتضای اصل عملی
- ۳۱۵ نظر مختار: بطلان اشتراط خيار در نکاح به دليل اجماع
- ۳۱۶ بررسی بطلان عقد نکاح به سبب اشتراط خيار
- ۳۱۶ مخالفت ابن ادریس با فتوای مشهور به بطلان شرط خيار در نکاح
- ۳۱۷ اشکال نقضی مرحوم سید بر مشهور: مفسد نبودن شرط فاسد نزد مشهور
- ۳۱۸ دفاع آقای خوئی از مشهور: تنافی شرط خيار در نکاح با رکن عقد دائم (دوام عقد)
- ۳۱۸ اشکال بر کلام آقای خوئی
- ۳۱۸ اشکال اول: عدم وجود ارتکاز عرفی بر «تعليق التزام به عقد بر شرط»
- ۳۲۰ اشکال دوم: لزوم حکم به بطلان نکاح در موارد تخلف شرط
- ۳۲۱ نظر مختار: بطلان نکاح در فرض شرط خيار به دليل وحدت مطلوب در شروط مهم
- ۳۲۳ اشتراط خيار در مهر در عقد نکاح
- ۳۲۳ بررسی عبارت شرائع (يصح اشتراط الخيار في الصداق خاصة ولا يفسد به العقد)
- ۳۲۳ احتمال اول: صحت اشتراط خيار در مهر و فاسد نشدن عقد
- ۳۲۳ اشکال: بی معنا بودن «لا يفسد به العقد» در فرض صحت اشتراط خيار در مهر
- ۳۲۴ احتمال دوم: عدم فساد عقد در فرض اشتراط خيار در اصل عقد

- ۳۲۴ نظر مختار: ظهور عبارت شرائع در احتمال اول به قرینه عبارات اصحاب
- ۳۲۴ بررسی مسئله در عقد دائم
- ۳۲۵ عدم فتوی فقها به بطلان عقد یا شرط
- ۳۲۶ بررسی مسئله در عقد منقطع
- ۳۲۶ تردید مرحوم سید در بطلان شرط
- ۳۲۶ کلام آقای خوئی: بطلان عقد منقطع به سبب رکن بودن مهر
- ۳۲۶ اشکال بر آقای خوئی با دو تقریب
- ۳۲۶ تقریب اول
- ۳۲۷ تقریب دوم
- ۳۲۸ نظر مختار: تردید در صحت شرط خیاب فسخ در مهر عقد منقطع
- ۳۲۹ لزوم تعیین مدت اشتراط خیاب در مهر
- ۳۲۹ کلام آقای خوئی: عدم لزوم تعیین مدت خیاب در مهر به دلیل یکسانی نکاح با سایر عقود ۳۲۹
- ۳۲۹ اشکال: اجماع بر لزوم انضباط مدت خیاب در سایر عقود
- ۳۳۳ مسئله دوم: ادعای زوجیت از جانب مرد یا زن نسبت به یکدیگر
- ۳۳۴ تاریخچه بحث
- ۳۳۴ صورت اول: تصدیق زوجیت ادعایی طرف مقابل
- ۳۳۵ مطلب اول: بررسی ادله اثبات زوجیت
- ۳۳۵ دلیل اول: حکم عقلا به ثبوت حق با فرض اتفاق طرفین حق

- ۳۳۵ دلیل دوم: حجیت اقرار
- ۳۳۵ اشکال دلیل دوم: عدم اثبات «امور نافع برای مقرّ» به دلیل انحلالی بودن اقرار
- ۳۳۶ پاسخ: لحاظ برآیند اقرار در نزد عقلاء نه لحاظ انحلالی اقرار
- ۳۳۸ نمونه اقرارهای غیر مقبول در نزد عقلاء
- ۳۳۸ نمونه اول: اثبات نشدن لزوم خمس با اقرار به ملکیت
- ۳۳۸ نمونه دوم: اقرار به بدهی در فرض ادای بدهی
- ۳۳۸ نمونه سوم: اقرار به نبوت حضرت موسی در فرض اقرار ایشان به نبوت پیامبر اکرم ﷺ
- ۳۳۹ نمونه چهارم: اثبات نشدن مهریه به مجرد اقرار به آن توسط مرد
- ۳۳۹ نتیجه: بطلان اقرار در فرض مشروط بودن اقرار
- ۳۳۹ مطلب دوم: عدم فرق بین معروف و غریب بودن طرفین تصدیق کننده زوجیت
- ۳۳۹ نظر برخی از عامه: نیاز به اقامه یتنه در فرض «معروف بودن طرفین»
- ۳۴۰ اشکال بر عامه: معتبر نبودن اشهاد در نکاح و اختلافی بودن مسئله در عامه
- ۳۴۰ صورت دوم: انکار ادعای زوجیت از جانب طرف مقابل
- ۳۴۱ مطلب اول: وجوب عمل به وظیفه واقعی
- ۳۴۱ مطلب دوم: الزام مقرّ به لوازم اقرار
- ۳۴۱ بخش اول: لوازم اقرار مرد به زوجیت و بررسی آن
- ۳۴۱ الف. حرمت ازدواج با زن پنجم و دختر و مادر و خواهر زن
- ۳۴۳ ب. وجوب پرداخت مهریه
- ۳۴۳ کلام آقای خوئی: تساقط اقرار مرد با اقرار زن به مستحق نبودن مهریه
- ۳۴۳ اشکال: نفوذ اقرار هر یک از زوجین بنا بر مبنای آقای خوئی (اماره نبودن اقرار)
- ۳۴۴ پاسخ: تعارض اقرار زوجین با لحاظ نفوذ اقرارشان درباره دیگران
- ۳۴۴ ج. وجوب پرداخت نفقه

- ۳۴۵ نظر مرحوم سید: عدم وجوب نفقه به دلیل عدم تمکین زن
- ۳۴۵ نظر آقای حکیم: وجوب نفقه به دلیل عذر شرعی زن در عدم تمکین
- ۳۴۵ نظر مختار: سقوط نفقه با نبود حق استمتاع مرد به دلیل انکار زن
- ۳۴۵ بخش دوم: لوازم اقرار زن به زوجیت و بررسی آن
- ۳۴۵ الف. توقف ازدواج زن با دیگری بر گرفتن طلاق از مرد
- ۳۴۶ نظر مرحوم سید: کفایت (هی طالق إن کانت زوجتی) از سوی مرد
- ۳۴۶ اشکال: بطلان طلاق معلق طبق اطلاق کلام مرحوم سید در بحث تنجیز عقد
- ۳۴۷ ب. حرمت امور مشروط به اذن شوهر بدون اذن شوهر
- ۳۴۷ کلام آقای خوئی: جواز سفر بدون اذن شوهر به دلیل اقرار مرد به ذی حق نبودن
- ۳۴۸ اشکال: بطلان تعدی از مسئله خروج از منزل به سایر امور
- ۳۴۹ صورت سوم: رجوع مدعی یا منکر از ادعا و انکار قبل از اقامه بینه
- ۳۴۹ کلام آقای خوئی: انحصار حجیت اقرار در ترتب آثار علیه مقرر نه همه آثار
- ۳۴۹ اشکال: کفایت تصدیق زوجین در اثبات همه آثار زوجیت
- ۳۵۰ صورت چهارم: رجوع مدعی بعد از اقامه بینه
- ۳۵۰ ثابت نبودن بنای عقلاء در نادیده گرفتن بینه در مقام
- ۳۵۱ مسئله سوم: ادعای زوجیت با زوجه دیگری بدون اقامه بینه
- ۳۵۴ جهت اول: مقتضای قواعد
- ۳۵۴ قول اول: عدم جریان قانون مدعی و منکر به دلیل عدم وجود ثمره
- ۳۵۶ قول دوم: جریان قانون مدعی و منکر به دلیل وجود ثمره
- ۳۵۷ ثمره اول: ضمان منافع بضع با اقرار زن به زوجیت با مدعی
- ۳۵۸ بررسی ثمره اول

- ۳۵۸ اشکال: دوری بودن ثمره
- ۳۵۸ پاسخ: رفع دور بر مبنای شیخ انصاری
- ۳۶۰ تثبیت اشکال دور با رد مبنای شیخ انصاری
- ۳۶۲ ثمره دوم: تأثیر اقرار در لوازم زوجیت
- ۳۶۲ اشکال: خروج ثمره دوم از محل بحث به دلیل محل کلام نبودن لوازم زوجیت
- ۳۶۲ ثمره سوم: ثبوت زوجیت مدعی بعد از مرگ زوج عاقد یا فراق شرعی او و اقرار سابق زن
- ۳۶۳ ثمره چهارم: امکان اثبات ادعای زوجیت
- ۳۶۳ کلام صاحب جواهر: امکان اثبات زوجیت در فرض امکان حلف زوج عاقد
- ۳۶۴ کلام آقای بیروجردی: امکان اثبات زوجیت در هر دو فرض علم و شک زوج
- ۳۶۵ کلام آقای خوئی: نافذ نبودن اقرار زوجه به زوجیت با مدعی
- ۳۶۵ اشکال به کلام آقای خوئی
- ۳۶۵ اشکال اول: امکان احلاف زوج در فرض علم او
- ۳۶۵ اشکال دوم: تابعیت «زوج شک» نسبت به زوجه در اقرار و رد قسم
- ۳۶۶ نظر مختار: جریان قانون مدعی و منکر در مقام
- ۳۶۷ جهت دوم: مقتضای روایات
- ۳۶۷ روایت اول: صحیحۃ عبدالعزیز بن المهتدی
- ۳۶۸ روایت دوم و سوم: مضمرة یونس و مکاتبه حسین بن سعید
- ۳۷۳ روایت چهارم: موثقة سماعه
- ۳۷۴ بررسی دلالت
- ۳۷۵ بررسی وجوه رفع تعارض مکاتبه حسین بن سعید با موثقة سماعه
- ۳۷۵ وجه اول: حمل «فلا یقر بها» در روایت سماعه بر حرمت نزدیکی

- اشکال: عدم ظهور «فلا یقربها» در حرمت نزدیکی
 ۳۷۵
- وجه دوم: تقدیم موثقه سماعه به دلیل اخص مطلق بودن آن
 ۳۷۶
- اشکال اول: اجماع بر عدم کفایت وثاقت مدعی برای اثبات دعوای او
 ۳۷۶
- اشکال دوم: اولویت قبول شهادت ثقه نسبت به قبول ادعای ثقه
 ۳۷۶
- پاسخ اشکال دوم: احتمال خطای کمتر در مدعی ثقه نسبت به شاهد ثقه
 ۳۷۶
- مناقشه در پاسخ: کمتر بودن احتمال تعمّد کذب شاهد ثقه نسبت به مدعی ثقه
 ۳۷۶
- وجه سوم: حمل «فلا یقربها» بر امر به تطلیق زن
 ۳۷۷
- وجه چهارم: حمل موثقه سماعه بر اطمینان به گفتار مدعی ثقه
 ۳۷۷
- رفع تعارض مکاتبه حسین بن سعید با قواعد عامه قضاء
 ۳۷۷
- وجوه عبارت «لم تسمع دعواه إلا بالیثه»
 ۳۷۸
- وجه اول: حمل عبارت بر فرض اقامه حجت بر زوجین با هم
 ۳۸۱
- اشکال: حجیت اقرار، رد قسم یا نکول زوجین در حق زوجین با هم
 ۳۸۱
- وجه دوم (مختار): انحصار حجت در یثنه با فرض عدم رجوع به حاکم
 ۳۸۱
- کافی نبودن نکول زوج در اثبات دعوای مدعی
 ۳۸۲
- مختار مرحوم سید از دیدگاه آقای خمینی: کفایت نکول برای اثبات دعوای مدعی
 ۳۸۳
- نقد برداشت آقای خمینی
 ۳۸۳
- عدم استحقاق نفقه و مهریه در فرض ردیمین واستحقاق مهریه از مدعی با قسم مدعی
 ۳۸۴
- مبانی در حکم یمین مردود
 ۳۸۵
- اقرار زن به زوجیت با مدعی
 ۳۸۶

۳۸۷	مسئله چهارم: حکم ازدواج با زن با وجود مدعی زوجیت او
۳۸۸	الف. حکم مسئله قبل از اتمام دعوا
۳۸۸	احتمال اول: جواز ازدواج مطلقاً
۳۸۸	احتمال دوم: حرمت ازدواج مطلقاً
۳۸۸	احتمال سوم: جواز ازدواج در فرض اطاله دعوا
۳۸۸	نظر مرحوم سید: جواز مطلق به دلیل ثابت نشدن حق مدعی و ناتمامی احتمال سوم
۳۸۹	نظر شهید ثانی: مبتنی بودن حکم مسئله بر سماع قول مدعی زوجیت
۳۸۹	اشکال کلام شهید ثانی: فعلی نبودن حق مدعی زوجیت
۳۹۰	نظر مختار: جواز مطلقاً
۳۹۰	ب. حکم مسئله بعد از اتمام دعوا
۳۹۰	فروض سه گانه مسئله و احکام آنها
۳۹۱	جریان حکم مسئله نسبت به دعاوی غیر از زوجیت
۳۹۱	کلام آقای خوئی: جاری نشدن حکم مسئله در سایر دعاوی
۳۹۲	اشکال: مسموع بودن ادعای زوجیت زن شوهردار به دلیل مثمر بودن
۳۹۴	مسئله پنجم: ادعای زوجیت و انکار زن در فرض ادعای زوجیت توسط خواهر زن
۳۹۵	صور سه گانه مسئله
۳۹۵	مقتضای قواعد در صور مسئله
۳۹۵	صورت اول: فقدان بینه در هر دو مدعی

- ۳۹۵ فروض متصور مرحوم سید برای صورت اول
- ۳۹۶ تکمیل فروض صورت اول
- ۳۹۶ حکم فرض اول (قسم منکرها): نفی هر دو زوجیت
- ۳۹۶ ترتب آثار معلوم بالاجمال در علم اجمالی به صدق یکی از دو یمین
- ۳۹۷ حکم فرض دوم (نکول منکرها و قسم مدعی‌ها): نفی هر دو زوجیت
- ۳۹۷ اشکال: لغویت رد قسم به مدعیه در دعوی دوم
- ۳۹۷ پاسخ آقای خوئی: تعارض بقائی (نه حدوثی) قسم مدعی با قسم مدعیه
- ۳۹۸ تأیید کلام آقای خوئی: توقف «اثبات ادعای مرد» بر «قسم مردوده به او»
- ۳۹۹ حکم فرض سوم (نکول مدعی‌ها از یمین مردوده): نفی هر دو زوجیت
- ۳۹۹ حکم فرض چهارم: نفی هر دو زوجیت
- ۳۹۹ حکم فرض پنجم: اثبات ادعای مدعی قسم خورده
- ۴۰۰ صورت دوم: بینه داشتن یکی از دو مدعی
- ۴۰۰ نظر مرحوم سید: کفایت بینه بدون حلف برای نفی دعوی دیگر
- ۴۰۰ شهید اول: لزوم ضمیمه شدن «حلف بر نفی دعوی دیگر» هنگام شهادت بینه به عقد ۴۰۰
- ۴۰۱ توضیح شهید ثانی درباره نحوه حلف دو مدعی و علت نیاز به حلف مرد با وجود بینه ۴۰۱
- ۴۰۱ اعتراض مرحوم نراقی به تفسیر شهید ثانی از لمعه
- ۴۰۲ اشکال بر مرحوم نراقی
- ۴۰۲ اشکال اول: صحت تفسیر شهید ثانی
- اشکال دوم: صحت ادعای شهید ثانی بر بی سابقه بودن حکم به حلف قبل از شهید
- ۴۰۲ اول
- ۴۰۴ توضیحی پیرامون حجیت مثبتات بینه

- بررسی لزوم حلف بر ذوالبیته با بررسی احتمالات مسئله ۴۰۵
- احتمال اول: تقیید «الیمین علی من ادعی علیه» ۴۰۵
- احتمال دوم: تقیید ادله حجیت بیته ۴۰۶
- احتمال سوم: حجیت بیته در مقام نسبت به ادعای مردنه نفی زوجیت خواهر زوج ۴۰۶
- ادعای حکومت یا ورود ادله حجیت بیته بر «الیمین علی من انکر» ۴۰۶
- اشکال: مقید نبودن «الیمین علی من انکر» به «نداشتن بیته از سوی منکر» ۴۰۶
- دلالت روایت زهری بر عدم نیاز به حلف ۴۰۷
- نظر مختار: لزوم حلف ۴۰۸
- صورت سوم (بیته داشتن هر دو مدعی) و فروض چهارگانه آن ۴۰۸
- حکم فرض اول (شهادت بیته‌ها بدون تاریخ): تساقط به دلیل عدم ترجیح ۴۰۸
- حکم فرض دوم (شهادت بیته‌ها با تاریخ واحد): تساقط به دلیل تعارض ۴۰۹
- نفی ثالث بعد از تساقط بیتهین ۴۰۹
- دلیل اول نفی ثالث: تبعیت نکردن مدلول التزامی از مطابقی در حجیت ۴۱۰
- اشکال: تبعیت مدلول التزامی از مطابقی در حجیت ۴۱۰
- دلیل دوم نفی ثالث (مختار): حجیت اجمالی یکی از دو بیته نامعین ۴۱۱
- حکم فرض سوم (تقدم زمانی متعلق شهادت بیته یکی از طرفین) ۴۱۱
- حالت اول: شهادت بیته به عقد سابق و بقاء تا زمان عقد دوم ۴۱۲
- حالت دوم: شهادت بیته به عقد سابق در فرض کفایت حدوث عقد سابق برای بطلان عقد لاحق ۴۱۲
- حالت سوم: شهادت بیته به عقد سابق و سکوت از بقاء آن ۴۱۲
- تصویر بهتر از تصویر مرحوم سید ۴۱۳
- حالت اول: شهادت هر دو بیته به صحت الفاظ عقد نه سایر شرایط صحت عقد ۴۱۴
- الف. حکم شهادت بیته عقد سابق به محقق نشدن فراق شرعی ۴۱۴

- ۴۱۵ ب. حکم سکوت بینة عقد سابق از تحقق فراق شرعی
- ۴۱۵ حالت دوم: شهادت هر دو بینة به وقوع عقد صحیح
- ۴۱۶ الف. حکم شهادت بینة عقد سابق به عدم فراق شرعی: تساقط بینة ها
- ۴۱۶ ب. حکم سکوت «بینة عقد سابق» از «تحقق فراق شرعی»: صحت عقد دوم
- ۴۱۶ بررسی اشکالات وارده بر کلام مرحوم سید
- ۴۱۶ اشکال اول: موجه نبودن ترجیح بینة سابق در حالت اول و دوم از فرض سوم عروه
- ۴۱۷ پاسخ اول: مخرج بودن اصل عملی (استصحاب بقاء عقد سابق) برای بینة موافق آن
- نقد پاسخ: بطلان استصحاب بقاء عقد سابق در فرض تنافی حدوث عقد سابق
- ۴۱۸ بالاحق
- ۴۱۸ پاسخ دوم: ارادة تصویر اول از دو صورت شهادت بینة
- ۴۱۸ صورت اول: شهادت بینتین بدون نفی زوجیت سابق با بینة لاحق
- ۴۱۹ صورت دوم: شهادت بینتین در فرض تنافی هر یک از بینتین
- اشکال دوم: موجه نبودن تردید در صحت عقد لاحق هنگام سکوت بینة عقد سابق
- ۴۲۰ از بقاء آن
- ۴۲۱ پاسخ: تردید مرحوم سید در حجیت مثبتات اصالة الصحة در عقد لاحق
- ۴۲۲ حکم فرض چهارم (تاریخ دار بودن یکی از بینة ها): صحت عقد معلوم التاريخ
- ۴۲۳ ترتب آثار مشترک در فرض تعارض اصل ها
- ۴۲۳ مقتضای ادلة خاصه (روایات زهری و ثقفی) در مسئله
- ۴۲۳ اختصاص ادلة خاصه به صورت سوم (بینة داشتن هر دو مدعی)
- ۴۲۴ روایات زهری و ثقفی
- ۴۲۵ دلایل ضعف سندى
- ۴۲۵ ضعف سلیمان بن داود المنقری
- ۴۲۶ مردد بودن قاسم بن محمد بین جوهری ثقه و اصفهانی ضعیف
- ۴۲۶ عدم دلیل بر وثاقت عیسی بن یونس، اوزاعی و زهری

- ۴۲۷ جبران ضعف سند با شهرت عملی در نظر صاحب عروه
- ۴۲۷ بررسی تحقق شهرت عملی
- ۴۲۷ سیر تحولات مسئله
- ۴۲۸ مطرح شدن خصوص فرضِ بینه داشتن هر دو مدعی تا زمان شهید اول
- ۴۲۸ مطرح نشدن فرض انکار زن (مدعی علیه) تا زمان محقق کرکی
- ۴۲۹ بررسی تطابق روایت با قاعده در نظر فقهاء
- ۴۳۰ کلام محقق در نکت النهایة: تمسک شیخ طوسی به نص
- ۴۳۱ اشکال بر نکت النهایة: عدم ظهور عبارت نهایة در تمسک شیخ به نص
- ۴۳۱ مطرح شدن مسئله در شرائع به نحو مطابق با قاعده
- ۴۳۳ نظر علامه حلی: مخالفت روایت زهری با قواعد
- ۴۳۴ نتیجه: ثابت نشدن شهرت عملیه
- ۴۳۵ اتحاد خبر زهری و ثقفی و وقوع تصحیف در سند خبر ثقفی و متن خبر زهری
- ۴۳۷ بررسی دلالت روایت زهری
- ۴۳۷ تقدیم قواعد بر خبر واحد در فرض استبعاد عرفی تخصیص قواعد
- ۴۳۸ بررسی موافقت صدر خبر زهری با قواعد با ارزیابی چند تقریب
- ۴۳۸ تقریب اول: مدعی نبودن خواهر زن به دلیل اقرارش به مملوک بودن بضع
- ۴۳۹ اشکالات تقریب اول
- ۴۳۹ تقریب دوم: طرح دعوی خواهر زن پس از اثبات شرعی زوجیت اول
- ۴۴۰ بررسی تقریب دوم
- مطلب اول: عدم مخالفت تقریب دوم با قواعد به دلیل قصور حجیت بینه خارج (خواهر زن)
- ۴۴۰
- مطلب دوم: موافقت تقریب دوم با قواعد در فرض اعتبار استصحاب حجیت بینه مرد
- ۴۴۱
- تقریب سوم: معلوم التاریخ بودن بینه مرد نه بینه خواهر زن
- ۴۴۴
- موافق قاعده بودن تقریب سوم
- ۴۴۵

- ۴۴۶ بررسی موافقت ذیل حدیث زهری با قواعد
- ۴۴۶ مطلب اول: بی اشکال بودن صدر روایت با فرض اشکال در ذیل
- ۴۴۶ مطلب دوم: تطابق «الابوقت قبل وقتها» با قواعد
- ۴۴۷ مطلب سوم: مرجح بودن نزدیکی
- ۴۴۷ الف. خلاف ارتکاز نبودن مرجح بودن نزدیکی
- ۴۴۸ ب. اطمینان آور بودن دخول برای اثبات زوجیت خواهر زن
- ۴۴۸ تعدی از مورد روایت به ام و بنت در فرض مطابقت روایت با قواعد
- ۴۴۹ مسئله ششم: خریداری کنیز توسط عبد پس از ازدواج او با کنیز
- ۴۵۰ مسئله هفتم: جواز ازدواج با مدعی خلیه بودن
- ۴۵۰ دو نکته در عبارت عروه
- ۴۵۰ نکته اول: استدراک بودن «نعم لو كانت متهمة...» از همه جملات قبل
- ۴۵۱ نکته دوم: اراده احتیاط استجابی در عبارت «فالأحوط الفحص»
- ۴۵۳ بررسی ادله جواز ازدواج و عدم لزوم فحص
- ۴۵۳ دلیل اول: سیره قطعی
- ۴۵۳ اشکال دلیل اول
- ۴۵۳ اشکال صغروی: نبود سیره در فرض شک در زوال ازدواج سابق زن
- ۴۵۴ اشکال کبری: عدم حجیت سیره ناشی از فتاوا
- ۴۵۵ دلیل دوم: ادعای اجماع در حدائق
- ۴۵۵ اشکال دلیل دوم
- ۴۵۵ اشکال اول: نبود ادعای اجماع در حدائق

- ۴۵۵ اشکال دوم: اجماعی نبودن جواز
- ۴۵۷ دلیل سوم: اصالة الصحة با دو تقریب
- ۴۵۷ تقریب اول: اصل صحت در عقود
- ۴۵۷ اشکال: جریان اصل فساد در شبهة موضوعیة نفس متعاقدين
- ۴۵۷ تقریب دوم: شرعی بودن اقدام زن به ازدواج
- ۴۵۸ اشکال تقریب دوم
- ۴۵۸ اشکال اول: بی اعتباری اصل عدالت
- ۴۵۸ اشکال دوم: عدم جریان تقریب دوم در فرض علم به فسق زن
- ۴۵۸ دلیل چهارم: روایات
- ۴۵۸ روایت اول: صحیحہ عبد العزیز بن المہدی
- ۴۵۹ روایت دوم: مضمرة یونس و مکاتبہ حسین بن سعید
- ۴۵۹ روایت سوم: موثقة سماعه
- ۴۶۰ روایت چهارم: روایت ابان بن تغلب
- ۴۶۱ روایت پنجم: صحیحہ عمر بن حنظله
- ۴۶۱ وثاقت عمر بن حنظله به دلیل نقل صفوان از او
- ۴۶۲ بررسی کلام آقای حکیم
- ۴۶۲ روایت ششم: صحیحہ مُیسر یا ميسرة
- ۴۶۳ وثاقت همه راویان در سند
- ۴۶۳ روایت هفتم: صحیحہ یا موثقة فضل مولی محمد بن راشد
- ۴۶۳ اثبات تصحیف فضل به فضیل
- ۴۶۵ روایت هشتم: صحیحہ اشعری

- ۴۶۶ بیان احتمالات سه‌گانه در سند
- ۴۶۶ احتمال اول: حیلولة سندی در نقل خود شیخ
- ۴۶۶ احتمال دوم: حیلولة سندی در نقل نوادر الحکمة
- ۴۶۷ احتمال سوم (مختار): عطف محمد بن الحسن الاشعری بر بزنطی وعدم حیلولة ۴۶۷
- ۴۶۷ وثاقت محمد بن عبد الله اشعری به دلیل نقل بزنطی از او
- ۴۶۸ نقل روایت اشعری در رساله المتعه شیخ مفید
- ۴۶۹ روایت نهم: مرسله مهران بن محمد
- ۴۶۹ روایت دهم: مرسله یونس بن عبدالرحمن
- ۴۶۹ روایات معارض
- ۴۷۰ روایت اول: روایت جعفریات
- ۴۷۰ روایت دوم: صحیحه ابی مریم انصاری
- ۴۷۱ بررسی کلام مرحوم فیض در احتمالات عبارت «لا یؤمن»
- ۴۷۱ احتمال اول: مفتوح بودن میم
- ۴۷۱ احتمال دوم: مکسور بودن میم از ریشه ایمان
- ۴۷۱ بررسی اشکالات احتمال دوم
- ۴۷۱ اشکال اول: جواز متعه با غیر مؤمنه
- ۴۷۲ پاسخ: وجود اخبار دال بر اعتبار ایمان به متعه
- ۴۷۲ اشکال دوم: منافات احتمال دوم با تعبیر «قبل الیوم یؤمن»
- ۴۷۳ روایت سوم: صحیحه ابی بصیر
- ۴۷۳ بررسی وجوه جمع بین روایات متعارض
- ۴۷۳ وجه اول: حمل روایات وجوب فحوص بر استحباب
- ۴۷۳ اشکال: قابل جمع نبودن مرجوحیت تحقیق با حمل بر استحباب
- ۴۷۴ وجه دوم: اختصاص روایات ناهیه به بعد از ازدواج

- ۴۷۴ اشکال: اطلاق اخبار و فتاوی نسبت به قبل و بعد ازدواج
- ۴۷۵ وجه سوم: حمل صحیحۀ ابی مریم بر دورۀ شیوع فساد
- ۴۷۵ اشکال: صدور همه اخبار متعارض در دورۀ شیوع فساد
- ۴۷۵ وجه چهارم: انقلاب نسبت
- ۴۷۶ تقریب اول
- ۴۷۶ اشکال تقریب اول: اخراج مورد روایت قسم اول (صحیحۀ میسر) از تحت آن
- ۴۷۷ تقریب دوم
- ۴۷۸ تطبیق تقریب دوم بر مقام با ذکر چند مطلب
- مطلب اول: اطلاق صحیحۀ ابی مریم در لزوم تحقیق و اطلاق روایت میسر در عدم لزوم
- ۴۷۸ مطلب دوم: اختصاص صحیحۀ اشعری به بعد تزویج و صحیحۀ ابی بصیر به بعد دخول
- ۴۷۸ مطلب سوم: انقلاب نسبت صحیحۀ ابی مریم با صحیحۀ اشعری
- ۴۷۹ نتیجه: لزوم تحقیق در فرض عدم دخول
- ۴۸۰ اشکال صغروی بر تقریب دوم
- مقدمۀ اول: حمل امر به فحص در روایت ابی مریم بر استحباب به قرینۀ روایت میسر ۴۸۰
- مقدمۀ دوم: دلالت روایت ابی بصیر بر «عدم لزوم فحص پس از دخول» نه مرجوح بودن
- ۴۸۱ مقدمۀ سوم: دلالت روایات عمر بن حنظله و فضل بر مرجوحیت فحص بعد از تزویج
- ۴۸۱ نتیجه: جاری نشدن انقلاب نسبت به دلیل عدم تنافی روایت ابی بصیر و ابی مریم ۴۸۱
- ۴۸۲ نظر مختار در جمع روایات متعارض
- ۴۸۴ جواز تصدیق ادعای عملی زن نسبت به بی شوهری
- ۴۸۵ کلام آقای حکیم و نقد آن

- ۴۸۶ جواز ازدواج در فرض ادعای علم به موت زوج از سوی زوج
- ۴۸۶ دلیل جواز: اطلاق «هی المصدّقة علی نفسها»
- ۴۸۷ اشکال: عدم اعتبار قول زن مبتنی بر اجتهاد ناشی از مدرک باطل
- ۴۸۸ **مسئله هشتم: ادعای شوهر داشتن پس ازدواج**
- ۴۸۸ نظر مرحوم سید: عدم قبول ادعای خلیه نبودن بعد از ادعای خلیه بودن
- ۴۸۹ اشکال: لزوم قبول ادعای خلیه نبودن به قرینه روایات لزوم تصدیق زن
- ۴۸۹ پاسخ: اختصاص روایات مصدّق بودن زن به قبل ازدواج
- ۴۸۹ مناقشه در پاسخ
- ۴۸۹ مناقشه اول: اطلاق روایات تصدیق زن نسبت به بعد ازدواج
- ۴۹۰ مناقشه دوم: عدم اطلاق روایات نسبت به ادعای متعارض زن
- ۴۹۰ مقتضای قواعد: استصحاب بقاء حجّیت قول زن در قبل ازدواج
- ۴۹۰ اشکال اول (مبنایی): حجت نبودن استصحاب حکمی
- ۴۹۱ اشکال دوم: وجود دلیل لفظی (صحیحۃ ابی بصیر)
- ۴۹۲ احتمالات معنای «إذا لم یکن عرفها قبل ذلک»
- ۴۹۴ **مسئله نهم: حکم نزدیکی به مجرد خبر «ثقه» یا «وکیل عقد» از تحقق عقد**
- ۴۹۴ مطلب اول: بررسی حجّیت خبر ثقه در موضوعات
- ۴۹۴ نظر مرحوم سید: بی اعتباری خبر عدل واحد در موضوعات
- ۴۹۵ کلام آقای خوئی
- ۴۹۵ مقدمه اول: بنای عقلاء بر عمل به خبر ثقه در احکام و موضوعات

- ۴۹۵ مقدمه دوم: عدم ردع بنای عقلاء در روایت مسعده بن صدقه
- استعمال بیته در روایت مسعده در معنای لغوی بالحاظ عدم انحصار حجج در بیته
اصطلاحی ۴۹۶
- نتیجه: کفایت خبر ثقه در موضوعات و احکام ۴۹۸
- اشکال بر کلام آقای خوئی ۵۰۰
- اشکال اول: بنای عقلاء بر عمل به خبر اطمینانی نه خبر ثقه ۵۰۰
- اشکال دوم: استعمال بیته در بیته اصطلاحی در غیر مسائل اعتقادی ۵۰۱
- اشکال سوم: عدم لزوم تخصیص اکثر به دلیل خارج بودن موارد نقض از مورد روایت ۵۰۲
- نظر مختار: حجت نبودن خبر عدل واحد به دلیل نبود بنای عقلاء نه روایت مسعده ۵۰۳
- مطلب دوم: بررسی ادله حجیت قول وکیل ۵۰۴
- دلیل اول (قاعده «من ملک شیئاً ملک الاقرار به») و بررسی آن ۵۰۴
- تمسک به قاعده اقرار در اثبات قاعده «من ملک شیئاً...» ۵۰۴
- مناقشه شیخ انصاری: اختصاص قاعده اقرار به اقرار بالغین بر ضرر خود ۵۰۵
- اشکال نقضی بر «من ملک شیئاً...»: مقبول نبودن اقرار صبی ۵۰۵
- پاسخ: عدم تحقق جمله شرط در «من ملک...» در حق صبی ۵۰۶
- اشکال بر کلام شیخ انصاری: عدم عمومیت قاعده «من ملک» نزد برخی فقهاء ۵۰۸
- مناقشه در برداشت شیخ انصاری از کلام محقق کرکی ۵۰۹
- دلیل دوم: سیره قطعیه بر حجیت قول وکیل ۵۱۲
- نظر مختار ۵۱۲
- مطلب اول: سیره عقلاء بر مطالبه نکردن اثبات انجام فعل از وکیل ۵۱۲
- مطلب دوم: عدم تحقق بناء عقلاء بر قبول قول غیر اطمینانی وکیل ۵۱۲

کتابنامه این مجموعه را علاوه بر مجلد دوازدهم، در صفحه اینترنتی زیر نیز می‌توانید مشاهده کنید:

